

La trasformazione digitale presenta modelli differenziati in quanto, come dimostra l'esperienza storica, l'attuazione, l'intensità e la portata dei cambiamenti tecnologici possono variare in modo significativo tra i diversi Paesi e settori produttivi, e i loro impatti possono avere un effetto diseguale anche sui diversi gruppi di popolazione. Storia, cultura e specificità istituzionale di ogni esperienza giuridica possono determinare un differente paradigma tecnologico. Sullo sfondo si delinea, inoltre, il tema della natura degli algoritmi, della loro capacità di incidere significativamente sulle sfere individuali dei lavoratori, nonché della loro pretesa neutralità. Attraverso uno sguardo comparato, gli Autori hanno inteso offrire un contributo sul crescente processo di digitalizzazione dell'impresa e sul connesso aumento del rischio di raccolta di dati personali dei lavoratori in occasione dello svolgimento della loro attività.

ISBN 979-12-5965-155-6



9 791259 651556

€ 50,00



CACUCCI EDITORE
BARI

La tutela dei dati del lavoratore

M. Ricci A. Olivieri (a cura di)

a cura di

Maurizio Ricci

Antonello Olivieri

LA TUTELA DEI DATI DEL LAVORATORE

Visibile e invisibile in una prospettiva comparata

Maurizio Ricci, professore ordinario di Diritto del lavoro nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Foggia, è componente di Comitati scientifici, di direzione e di valutazione di numerose riviste scientifiche giuslavoristiche. Già Presidente dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale (A.I.D.La.S.S.), è Presidente della Conferenza delle Associazioni Scientifiche dell'Area Giuridica 12 (C.A.S.A.G.).

Antonello Olivieri è professore associato di Diritto del lavoro nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia ove è titolare di diversi insegnamenti. È vicedirettore della Rivista *“Variazioni su Temi di Diritto del lavoro”* e componente di Comitati di valutazione di numerose riviste scientifiche giuslavoristiche. È altresì autore della monografia *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro. Dalla postmodernità giuridica alla modernità economica?*, Torino, 2017. Ha curato, insieme a Mario Pio Fuiano, il volume *Alternative labour dispute resolutions. A Collection of Comparative Studies*, Bari, 2020.

La tutela dei dati del lavoratore

Visibile e invisibile in una prospettiva comparata

a cura di

Maurizio Ricci

Antonello Olivieri

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2022 Cacucci Editore – Bari
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Comitato scientifico: Alessandro Bellavista, Juan Gorelli Hernández, Alessandro Garilli, Enrico Gragnoli, Maria Giovanna Greco, Nelson Mannrich, Antonio Ojeda Avilés, Antonello Olivieri, Shinya Ouchi, Valentina Pasquarella, Juan Raso Delgue, Maurizio Ricci, Alessandro Riccobono, Francisco Tapia Guerrero.

I contributi sono stati assoggettati a procedura di referaggio doppio cieco (double blind peer review).

Pubblicazione realizzata con il contributo del Fondo per i Progetti di Ricerca dell'Università di Foggia (PRA) anno 2020.

Un particolare ringraziamento al dott. Antonio Pellicano per il diligente lavoro redazionale.

I Curatori intendono, inoltre, ringraziare l'Editore Dott. Nicola Cacucci che ha contribuito alla realizzazione di questa opera ed ai suoi collaboratori per il prezioso supporto operativo, per l'attenzione e la professionalità dimostrata.

Indice

Introduzione

Il problema del senso del limite

di Maurizio Ricci e Antonello Olivieri 1

I Sezione – Il contesto sovranazionale

The proposal of european directive on digital platforms work, and gig economy: a common approach

di Antonio Ojeda Avilés 19

II Sezione – La prospettiva italiana

Rivoluzione digitale, tutela del lavoro e libertà d'impresa

di Alessandro Garilli 51

La vis (espansiva?) dei controlli a distanza:

dallo Statuto dei lavoratori al Jobs Act (e oltre)

di Maurizio Ricci 75

I controlli difensivi

di Alessandro Bellavista 97

Il potere di controllo del datore di lavoro e lo Statuto dei diritti dei lavoratori

di Enrico Gagnoli 121

Social Network, diritto di critica e controlli a distanza

di Maria Giovanna Greco 155

Capitalismo digitale e controlli sulle attività telematiche dei lavoratori

di Alessandro Riccobono 181

<i>La tutela dei dati dei lavoratori agili (privati) nell'era post-pandemica: un mosaico normativo ancora in fase di composizione</i>	
<i>di Valentina Pasquarella</i>	209
<i>Tutela del desiderio, ideologia e religione</i>	
<i>di Antonello Olivieri</i>	233
<i>Il problema della qualificazione giuridica del rapporto di lavoro dei riders nella giurisprudenza italiana</i>	
<i>di Antonello Olivieri</i>	273
<i>Verso le transazioni algoritmiche: gli Smart Contracts e i modelli negoziali intelligenti</i>	
<i>di Carmela Robustella</i>	329
<i>Controllo (datoriale) e privacy (dei lavoratori): riflessioni sul ruolo del sindacato</i>	
<i>di Francesco di Noia</i>	347
<i>Sulla (in)utilizzabilità dei dati del lavoratore raccolti in violazione del Codice della privacy</i>	
<i>di Mario Pio Fuiano</i>	365
 Sez. III – La prospettiva comparata	
<i>Y Dios dijo: ¡hágase la luz!; y la luz se hizo (pero poco). La gestión algorítmica del trabajo y la necesidad de transparencia en el ordenamiento español</i>	
<i>di Juan Gorelli Hernández</i>	385
<i>Protección de datos y digitalización en el ámbito jurídico-laboral español</i>	
<i>di Inmaculada Marín Alonso e Carmen Solís Prieto</i>	411
<i>Protección de los datos personales del trabajador y límites del poder de control del empresario en el derecho uruguayo</i>	
<i>di Juan Raso Delgue, Alejandro Castello e Federico Rosenbaum Carli</i>	445
<i>A proteção de dados pessoais de trabalhadores no Brasil</i>	
<i>di Nelson Mannrich e Alessandra Barrichello Boskovic</i>	465
<i>Employee Privacy and Personal Information Protection in Japan</i>	
<i>di Tzuan Liu</i>	479

<i>La protección de datos del trabajador en Chile</i> <i>di Lucía Planet Sepúlveda e Francisco Tapia Guerrero</i>	499
<i>Personal Data Protection – Lithuanian Labour Law Perspective</i> <i>di Daiva Petrylaitė e Vida Petrylaitė</i>	529
<i>La preservación de la intimidad del trabajador y el poder de control patronal: Perspectiva de una tensión desde el Derecho argentino</i> <i>di Guido A. Seren Novoa</i>	539
<i>Legality of video surveillance of employees: the analysis of Russian case law</i> <i>di Elena Sychenko</i>	569

INTRODUZIONE

Il problema del senso del limite

MAURIZIO RICCI, ANTONELLO OLIVIERI

1. La proteiforme rivoluzione tecnologica, informatica, robotica sta incidendo in misura profonda sulle nostre vite, sulla nostra quotidianità, sui nostri rapporti sociali e professionali, condizionando anche i nostri comportamenti¹. In tale *milieu*, il lavoro ha perso i caratteri ancestrali e ha acquisito, in diversi settori produttivi, quelli di una realtà lavorativa quasi virtuale, fatta di macchine “pensanti”, che non sostituisce l’uomo, come in passato, bensì se ne serve, lo plasma, lo rimodula, mutando le caratteristiche esecutive della sua prestazione, ma non per questo le esigenze di tutela.

Ciò ha determinato profonde ripercussioni nei tradizionali perimetri delle categorie del diritto del lavoro: dalla nozione di datore di lavoro alla dicotomia autonomia/subordinazione; dai poteri datoriali (specie, quelli direttivo e di controllo) alle modalità di svolgimento dei rapporti di lavoro (tra tutte, orario e luogo di lavoro); dal delicato rapporto tra tempi di lavoro, tutela della riservatezza e vita privata dei lavoratori alle relazioni industriali.

Il cambiamento in corso, che impone un nuovo modo di affrontare il tema della conoscenza, non va valutato solo sul piano quantitativo, bensì – e, soprattutto – su quello qualitativo, in virtù delle modalità attraverso cui i dati sono trattati, elaborati e, infine, utilizzati anche nei processi decisionali automatizzati².

¹ M. BROLLO, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2019, p. 469 ss. «Penetra fino alla più intima situazione spirituale e strutturale del vivere stesso», aveva già colto S. COTTA, *La sfida tecnologica*, Il Mulino, 1968, p. 18.

² In tal senso si v. già le osservazioni di P. CHIECO, *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, Cacucci, 2000, p. 26.

Orbene, gli inediti livelli di penetrazione degli odierni strumenti digitali³, attraverso soluzioni IoT che integrano piattaforme avanzate di analisi dati e algoritmi di intelligenza artificiale, in grado di semplificare la gestione dei rapporti di lavoro, pongono un evidente problema, quanto al profilo oggettivo della nostra riflessione, in relazione alla possibile lesione del diritto alla protezione dei dati personali, alla riservatezza e – più in generale – ai diritti e alle libertà fondamentali.

L'esperienza giuridica viene renderizzata in dati comportamentali sorvegliabili e sanzionabili.

Predittività e prescrittività, scrittura del codice algoritmico ed elaborazione di norme giuridiche si muovono lungo due itinerari paralleli che delineano una nuova *sfida tecnologica*⁴. Ed è compito del giurista, apocalittico o integrato, coglierne il senso nella sua ambivalente possibilità⁵.

2. Ficcarsi lo viso al fondo. Penetrare il volto, da un lineamento all'altro, quasi come a (ri)costruirlo, per (ri)conoscerlo. Un'azione che presuppone un complesso percorso di identificazione di ciò che s'intende scrutare.

L'immagine dantesca ben si attaglia al rapporto che la dimensione lavoristica ha assunto, *rectius* subito, nei confronti delle recenti evoluzioni della modernità economica. Un diritto materiale, corporeo, quello del lavoro, disorientato dalle continue manifestazioni di intangibilità che gli attuali dispositivi digitali offrono alle imprese, riverberandosi inevitabilmente sulla persona del lavoratore.

Ed è un intercettare due mondi speculari, il reale e il virtuale, l'abisso e la luce per rimanere avvolti nella metafora iniziale⁶.

Fino a quale punto è possibile spingersi, valicare, oltrepassare i confini sempre più vasti e incerti del controllo sulla prestazione di lavoro e, soprattutto, sul lavoratore nella sua carnalità.

L'evoluzione tecnologica e il connesso avvento della società digitale hanno provocato continui stravolgimenti nell'organizzazione del lavoro, rendendo ora disponibili metodi di raccolta di informazioni personali che – pur

³ Già M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2016, p. 486.

⁴ Il riferimento è, ovviamente, a S. COTTA, *La sfida tecnologica*, op. cit., *passim*.

⁵ Cfr. M. TIRABOSCHI, *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, Adpat University Press, 2019, p. 156-157.

⁶ *Inf. IV*, 11 e *Par. XXXIII*, 83.

molto sofisticati – sono nel contempo anche pervasivi. Il controllo datoriale a distanza⁷ si espande e si dirama, reticolarmente, a differenza del passato, lungo molteplici canali. La navigazione in *internet*, la corrispondenza via *e-mail*, la presenza sui *social network*⁸, l'uso di algoritmi consentono al creditore di selezionare dati e informazioni sulla condotta dei lavoratori anche in relazione alla possibilità di un loro utilizzo a fini disciplinari⁹.

È il problema del senso del limite, non dissimile sul piano teleologico rispetto agli anni in cui è sorto lo Statuto dei lavoratori, ma profondamente più complesso sul piano della concreta attuazione rispetto ai mezzi impiegati.

In sostanza, interrogarsi sì sul *limes*, ma anche sul *limen*.

I limiti al potere di controllo del datore di lavoro derivano dall'ineliminabile conflitto d'interessi tra le parti, dal necessario rispetto della riservatezza, della dignità personale, della libertà di espressione e di comunicazione del lavoratore, contemperando comunque il diritto del datore di lavoro alla tutela dei beni aziendali o all'accertamento di comportamenti illeciti.

Tuttavia, adagiandosi solo su tale crinale non sembrerebbero scorgersi novità all'orizzonte.

Invero, nel paradigma dell'accelerazione quale cifra del contemporaneo¹⁰, l'immanenza al rapporto di lavoro del potere direttivo e di controllo, poteri intrinsecamente giuridici¹¹, va misurata in relazione alla loro intensità e alla modalità di svolgimento della stessa prestazione, senza nutrire timori per un futuro che si prospetta non essere più quello di una volta.

Appare superfluo ricordare che, se l'icona del lavoro nel secolo precedente era la fabbrica fordista, retta dai principî tayloristici dell'organizzazione scientifica del lavoro¹², l'emblema del nuovo secolo è, invece, lo spazio aperto, globale e immateriale, anche se continuano a sopravvivere forme tradizionali

⁷ *Amplius*, A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, 1995, *passim*.

⁸ Cfr. M.G. GRECO, in questo volume.

⁹ Cfr. A. RICCOBONO, in questo volume.

¹⁰ Sulla seconda età delle macchine, v. E. BRYNJOLFSSON, R. MACAFEE, *La nuova rivoluzione delle macchine*, trad. it. G. Carlotti, Feltrinelli, 2015, *passim*.

¹¹ M. PERSIANI, *Il potere direttivo e l'organizzazione del lavoro*, in M. Martone (a cura di), *Contratto e rapporto di lavoro*, in F. Carinci, M. Persiani (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. 4, Tomo I, Cedam, 2017, p. 416.

¹² F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto di lavoro individuale*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1985, p. 211 ss.

di modelli organizzativi¹³. Dalla pesantezza della macchina, l'*hardware*, si è passati alla leggerezza del digitale, il *software* che agisce sul mondo esterno e sulle stesse macchine. Una rivoluzione tecnologica leggera che corre lungo i circuiti di corpuscoli invisibili, dei *bits*, dei *like*¹⁴. Una leggerezza che pretende, però, di rendere meno pesante il codice protettivo messo a garanzia del lavoro. Ma anche nell'età dell'algoritmo, il diritto del lavoro continua a rappresentare un «osservatorio privilegiato»¹⁵ nei rapporti con la tecnica, nel tentativo di soddisfare simultaneamente le necessità insite nel progresso tecnologico e i riflessi prodotti sui lavoratori¹⁶.

Molti anni fa, Umberto Romagnoli non nascondeva una sorta di conflitto interiore determinato dalla sensazione di attrazione, ma al contempo di notevole disagio, nell'esaminare il tema delle nuove tecnologie¹⁷.

Difficoltà e disagio nascono in primo luogo dall'impossibilità di analizzare le conseguenze del capitalismo della sorveglianza¹⁸, di quel sesto potere¹⁹ espanso nella nostra società con la stessa velocità degli strumenti di cui si avvale, in termini universali e invasivi. Le numerose *res novae*, presentate come istanze emergenti all'interno del mondo giuridico, attendono ancora di essere adeguatamente metabolizzate dalla cultura giuridica di ogni singolo ordina-

¹³ P. LOI, *Il lavoro nella gig economy nella prospettiva del rischio*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2017, p. 261: «per quanto si tratti indubbiamente di contesti produttivi e di epoche diversi, si può sostenere che la scomposizione dei compiti in minuziose operazioni governate da algoritmi attraverso le piattaforme digitali [...] non sia altro che la riproposizione del modello taylorista-fordista, nel quale il controllo, la misurazione, nonché la ricomposizione delle singole prestazioni lavorative sono effettuati da un algoritmo anziché dall'attività umana sotto la direzione dell'imprenditore».

¹⁴ I. CALVINO, *Lezioni americane*, Mondadori, 2007, p. 12.

¹⁵ A. SUPLOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, 143. Sulla relazione tra diritto e tecnica, v. N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, 2001, *passim*.

¹⁶ Già, G. GIUGNI, *Il progresso tecnologico e la contrattazione collettiva dei rapporti di lavoro*, in F. Momigliano (a cura di), *Lavoratori e sindacati di fronte alle trasformazioni del progresso produttivo*, Feltrinelli, 1961, p. 316-317.

¹⁷ U. ROMAGNOLI, *Noi e loro. Diritto del lavoro e nuove tecnologie*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, p. 378.

¹⁸ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it. P. Bassotti, Luiss University Press, 2019, *passim*.

¹⁹ Z. BAUMAN, D. LYON, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Laterza, 2014, *passim*.

mento, poiché le soluzioni normative e giurisprudenziali non possono non risentire delle diverse tradizioni giuridiche.

È possibile, però, evidenziare un tratto comune sotteso alle diverse esperienze giuridiche. Il giuslavorista è per sua natura costretto, se non condannato, ad affrontare lo spettro della modernità, del fuggitivo, del transitorio, della continua metamorfosi che da sempre mette in dubbio la trama regolativa del diritto del lavoro e il suo sistema di principi e di valori²⁰.

Se è vero che «la storia del contratto non può separarsi dalla storia delle tecnologie»²¹, anche il contratto di lavoro non può pretendere di essere immune da tale inevitabile confronto, né lo è stato nel corso degli anni. Sarebbe, infatti, errato considerare il diritto del lavoro «come un'entità concettualmente separata» dalla tecnica²².

3. Siamo costantemente osservati²³, dominati da un invisibile che ci controlla, indirizza, scruta, appunto, ma che non possiamo identificare se non mutando la nostra prospettiva, divaricando la nostra vista cartesiana, allontanandoci per coglierlo nella sua inapparenza²⁴.

In questo lacanian gioco di specchi contrapposti, come può squaderarsi il diritto, quali sono le implicazioni di questo fenomeno sul terreno dei rapporti di lavoro?

L'enorme impatto quantitativo della digitalizzazione del mercato del lavoro si riverbera sulla qualità dei diritti e delle tutele dei lavoratori.

I nuovi processi produttivi digitali rendono ora possibile il ricorso a modelli organizzativi diversi, che possono anche prescindere dal tradizionale requisito della gestione diretta del coordinamento spazio-temporale delle

²⁰ Il diritto del lavoro, non solo quello italiano, vive all'interno di questo fragile equilibrio, di incessante ripensamento del modello tradizionale, di rivisitazione delle categorie fondanti.

²¹ N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, 2006, p. 187.

²² G. VARDARO, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Politica del diritto*, 1986, p. 79.

²³ G. DIDI-HUBERMAN, *Ce que nous voyons, ce que nous regarde*, Minuit, 1992, *passim*.

²⁴ M. MERLEAU-PONTY, *Segni*, trad. it. G. Alfieri, Il Saggiatore, 2002, p. 44: «L'invisibile è il rilievo e la profondità del visibile, e il visibile non comporta positività pura più dell'invisibile».

prestazioni lavorative²⁵. L'individuazione dei nuovi caratteri costitutivi del tempo e del luogo della prestazione, del potere direttivo e di controllo del datore di lavoro in contesti ormai dematerializzati, sfuggenti, rappresentano interrogativi costanti del dibattito dottrinale²⁶ che non può più riposarsi sulla contemplazione del mondo di ieri.

E allora guardando avanti è opportuno uscire dalla logica manichea secondo cui i nuovi strumenti digitali possono rappresentare alternativamente o nuove forme oppressive di alienazione del lavoro ovvero opportunità salvifiche per i lavoratori. Appare, invece, più utile interrogarsi sulla conformità delle scelte regolative che non possono prescindere da legittime esigenze di giustizia sociale soprattutto ove si consideri che i tempi del diritto del lavoro non sono quelli delle rivoluzioni tecnologiche.

Perciò, occorre scegliere se affrontare la nuova realtà trincerandosi nel segnare un confine, una separazione netta ovvero concepirla come soglia dove può sopraggiungere lo sguardo²⁷.

Il senso del limite richiamato dal nostro interrogativo assume così un'ambiguità di fondo, ha una natura anfibia: separazione o passaggio.

In questo modello bipolare, non è sufficiente camminare lungo il *limes* se non si oltrepassa il *limen*. Come potrebbe il diritto del lavoro occuparsi dei nuovi modelli di produzione senza tentare di penetrare nel dominio delle frontiere digitali per individuare, almeno, una *ad-finitas*.

Certo, durante il cammino, vi è il rischio di trovarsi un po' de-formati lontano dalle terre tradizionali. E la terra è il luogo, il *topos*, appunto il confine. E qual è il *fine* di questo *confine* se non uscire da sé per ritrovare se stessi?

Fortificare il luogo è rideterminarne il confine attraversandolo, è *andare oltre* le tradizionali impostazioni concettuali²⁸ non in ossequio a una presunta,

²⁵ Cfr. A. TODOLI SIGNES, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant Lo Blanch, 2017, *passim*.

²⁶ Cfr. L. FIORILLO, *Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione*, in Giuseppe Santoro-Passarelli, *Giurista della contemporaneità*, I, Giappichelli, 2018, p. 316, secondo cui vi è stato «un sensibile affievolimento sia dell'esercizio del potere direttivo che dei vincoli di spazio e di tempo».

²⁷ M. CACCIARI, *Nomi di luogo: confine*, in *Aut Aut*, 2000, p. 73.

²⁸ M. D'ANTONA, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, 1989, p. 43 ss. Un concetto cottiano espresso in diversi articoli da A. PERULLI. Tra i tanti si rinvia alla sua recente monografia *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2022.

quanto pericolosa, sovrapposizione tra nuovo e moderno da inseguire di per sé e, in certi casi, da anticipare anche in rottura con la tradizione. In una realtà caratterizzata da un'economia sempre più sconfinata e globalizzata, dall'apertura dei mercati e da un continuo rinnovamento tecnologico, imprese e lavoratori non possono non confrontarsi con la necessità di adattamento²⁹.

Nuovi orizzonti sì, ma anche vecchi confini, dunque³⁰.

Confini rispetto al proprio statuto epistemologico. Interrogarsi sull'adeguatezza dell'*organon* del giurista del lavoro di fronte alle recenti frontiere tecnologiche e, allo stesso tempo, sulla capacità di garantire un *fair and equal treatment* e una *adequate social protection*. Correzione delle dinamiche distorsive e protezione del lavoro: in fondo nulla di più!

In tal senso, l'analisi comparata sui criteri di qualificazione dei rapporti di lavoro all'interno delle piattaforme digitali³¹ conferma le incertezze delle soluzioni proposte dai molteplici attori dei singoli ordinamenti nazionali. Alle eterogenee soluzioni normative³², la giurisprudenza degli Stati membri ha dimostrato come le *digital labour platform* abbiano introdotto nuove forme di organizzazione che hanno messo in discussione, al di là delle differenti culture giuridiche, i tradizionali statuti protettivi. Infatti, a fronte di un'altissima percentuale di lavoratori assunti con contratto autonomo vi è stata un'intensa risposta giurisprudenziale finalizzata a ricondurre entro lo schema del lavoro subordinato l'attività prestata dai *riders* che rappresentano, però, solo una parte dell'indistinguibile mondo delle piattaforme, *online* e *offline*³³.

²⁹ Cfr. A. OLIVIERI, *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro. Dalla postmodernità giuridica verso la modernità economica?*, Giappichelli, 2017, p. 223.

³⁰ Cfr. 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 (Cassino, 18-19 maggio 2017), Giuffrè, 2018, p. 18

³¹ Un recente contributo oltre i confini dell'Unione europea è offerto dall'interessante e raffinato lavoro di F. ROSENBAUM CARLI, *El trabajo mediante plataformas digitales y sus problemas de calificación jurídica*, Aranzadi, 2021, *passim*.

³² Cfr. T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2022, p. 8.

³³ Cfr. F. LUNARDON, *Le reti d'impresa e le piattaforme digitali della sharing economy*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2018, 2, p. 381 ss.

E, dunque, un ulteriore confine, quello tra autonomia e subordinazione alla luce delle recenti modalità con cui è resa la prestazione di lavoro³⁴.

La rivoluzione digitale mette sotto *stress* i tradizionali criteri di qualificazione del rapporto di lavoro³⁵. Ed è proprio all'interno «una precisa natura assiologico-teleologica»³⁶, tra il sedicente ruolo delle imprese digitali di renditore di una società in crisi e l'opportuna riformulazione di un diverso *ethos* dei processi di trasformazione dei modelli produttivi, la Commissione europea³⁷ ha delineato alcuni *standard* minimi comuni con particolare attenzione ai profili qualificatori di tali lavoratori³⁸.

Invero, lo stesso GDPR riconosce alle persone che lavorano mediante piattaforme digitali una serie di diritti relativi ai loro dati personali³⁹. Pur tuttavia, non possono trascurarsi le criticità relative alla linea di demarcazione tra decisioni algoritmiche “neutrali” e “significative”.

Vi è una stretta interazione tra lo svolgimento della prestazione di lavoro e le tecnologie applicate ai processi produttivi che generano, accumulano e controllano un volume enorme di dati e mediante algoritmi li trasformano in informazioni utili. La gestione algoritmica del rapporto di lavoro ha intensifi-

³⁴ Cfr. O. RAZZOLINI, *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2014, p. 976 ss.; M. WEISS, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2016, p. 651; J. RASO DELGUE, *La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo*, in *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 1, 2017, p. 76 ss.

³⁵ W. SANGUINETI RAYMOND, *El test de laboralidad y la dialéctica de los indicios de subordinación y de autonomía*, in *Revista de derecho social*, 2022, p. 15 ss.

³⁶ A. PERULLI, *Il rider di Glovo: tra subordinazione, etero-organizzazione e libertà*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2021, p. 38.

³⁷ A. OJEDA, in questo volume.

³⁸ Cfr. 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. Cfr. A. ALAIMO, *Lavoro e piattaforme tra subordinazione e autonomia: la modulazione delle tutele nella proposta della Commissione europea*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2022, p. 639 ss.

³⁹ Tali diritti comprendono, in particolare, il diritto dell'interessato di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato in grado di produrre effetti giuridici che lo riguardino o che incida significativamente sulla sua persona (salvo alcune eccezioni), nonché il diritto alla trasparenza in merito al ricorso a processi decisionali automatizzati.

cato l'esigenza di protezione del lavoratore⁴⁰. Ora, l'applicazione e le difficoltà nella tracciabilità e trasparenza di tali dati, soprattutto in contesti transfrontalieri, rischiano di aggravare le condizioni di lavoro e di favorire situazioni di inadeguata protezione sociale in ragione di un determinato assetto normativo più "leggero". In tal senso, si avverte in maniera incessante l'esigenza di garantire equità, trasparenza e responsabilità nella gestione algoritmica anche attraverso l'introduzione di *nuovi diritti materiali* e di un monitoraggio umano dell'impatto dei sistemi automatizzati sulle condizioni di lavoro.

4. Chi controlla l'algoritmo?

La *ratio* sottesa alle decisioni organizzative, assunte nel mondo dell'*algorithmic management*, resta circoscritta nel cono d'ombra in grado di proiettare nuove asimmetrie informative. Le tecnologie basate sull'intelligenza artificiale, accanto ai plurimi benefici, «possono avere gravi implicazioni per l'integrità materiale e immateriale degli individui, dei gruppi e della società nel suo complesso»⁴¹.

La digitalizzazione nella gestione dei rapporti di lavoro determina un senso di disorientamento lungo quel confine tra il giuridicamente visibile e il giuridicamente invisibile, tra la riappropriazione del controllo umano sulle vicende lavorative *tout court* e lo slancio pervasivo verso sistemi decisionali automatizzati imperscrutabili. È il tentativo di antropomorfizzare il mondo invisibile degli algoritmi che richiederà, molto probabilmente, una rinnovata capacità di accettazione e comprensione, una rivoluzione copernicana delle stesse relazioni industriali⁴² contro la «dittatura del calcolo»⁴³.

⁴⁰ *Amplius*, E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University, 2019, p. 160 ss.

⁴¹ P9_TA(2020)0275, Quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate. Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate (2020/2012(INL)) (2021/C 404/04).

⁴² Un tema non nuovo, quello della modernizzazione delle relazioni industriali, già evidenziato, a proposito dell'avanzare della *new economy* agli inizi del secolo, nel *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, p. 87. Cfr., altresì, M. TIRABOSCHI, F. SEGHEZZI, *Il piano nazione industria 4.0: una lettura lavoristica*, in *LabourLawIssues*, 2, 2, 2016, p. 11.

⁴³ P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Adelphi, 2018, *passim*.

L'*opacità* dei criteri utilizzati, in generale delle informazioni sulla base delle quali sono poi assunte determinate decisioni, richiede (*rectius*: pretende) uno sforzo di trasparenza⁴⁴ per rendere visibile ciò che, ammantato dal velo di Maya, non affiora⁴⁵. La realtà come appare non è compatibile con la realtà in sé.

Insomma, quando lo stesso datore di lavoro appare senza volto e senza corpo⁴⁶, per quanto si aguzzi la vista a scrutare la tenebra brumosa non è certo agevole la distinzione tra visibile e invisibile.

5. - Ma quale trasparenza?

La tecnologia, il *driver* più significativo⁴⁷, non è neutrale, bensì produce effetti in relazione alle peculiari «modalità d'uso, che contribuiscono a definire senso e portata sociale»⁴⁸, «reca con sé visioni del mondo»⁴⁹. L'algoritmo, con le sue modalità automatizzate, assume in concreto una decisione destinata a ripercuotersi sulla sfera giuridica degli interessati⁵⁰. Anche la sua eventuale cecità o incoscienza⁵¹ non restituisce all'interprete alcun momento

⁴⁴ Cfr. Libro Bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, COM(2020) 65 final.

⁴⁵ Cfr. L. CORAZZA, *L'umanità dell'algoritmo. Note a margine di A. Aloisi, V. De Stefano, Il tuo capo è un algoritmo*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2021, p. 347.

⁴⁶ S. O'CONNOR, *When your boss is an algorithm*, Financial Times, September 8, 2016; A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Laterza, 2020, *passim*. Cfr. anche D. GAROFALO, *La prima disciplina del lavoro su piattaforma digitale*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, p. 5.

⁴⁷ R. DEL PUNTA, *Introduzione*, in R. Del Punta (a cura di), *Valori tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze University Press, 2022, p. 11.

⁴⁸ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, 1995, p. 14. Sul tema della neutralità della tecnica, già S. COTTA, *L'uomo tolemaico*, Rizzoli, 1975, p. 16.

⁴⁹ M. BROLLO, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, op. cit., p. 469.

⁵⁰ Secondo A. ODDENINO, *Decisioni algoritmiche e prospettive internazionali di valorizzazione dell'intervento umano*, in *DPCE online*, 2020, p. 200, gli algoritmi «incorporano scelte non scontatamente neutrali, che segnano la fase della loro concezione e perpetuano, talora amplificandoli, i limiti cognitivi e valoriali dei dati su cui si innesta la loro operatività».

⁵¹ Tribunale di Bologna, ordinanza del 31 dicembre 2020. Nel caso esaminato, l'algoritmo Frank imponeva il rispetto della sessione di lavoro prenotata e la connessione entro 15 minuti dall'inizio della sessione nella zona di lavoro, ma di fatto penalizza l'adesione del *rider* a forme di autotutela collettiva e, in particolare, ad astensioni totali

di imparzialità e anzi può agevolare il perpetuarsi di pratiche potenzialmente discriminatorie che il giudice deve poter individuare, certo con gli occhi di chi è ben consapevole del substrato valoriale di riferimento, ma pur sempre sporgendosi verso la soglia dell'oltremondo⁵².

Al di là delle problematiche relative alla proprietà intellettuale⁵³ (*trade secrets*) ovvero alla difficoltà di rintracciare la *ratio* di un algoritmo che modifica la propria struttura dopo ogni decisione o analisi, la sola trasparenza – intesa come conoscibilità e comprensibilità – appare una soluzione ingenua o, al più, non è sufficiente per superare l'opacità intrinseca a una decisione automatizzata, relativamente a una specifica situazione soggettiva, i cui criteri di inferenza non sono facilmente riproducibili⁵⁴. Perfino l'integrale rivelazione del codice sorgente potrebbe non determinare l'intelligibilità del modo di operare dei recenti algoritmi di ultima generazione, basati prevalentemente, se non in modo esclusivo, su dati statistici e non sul principio di causalità. La trasparenza così intesa non è garanzia di equità, sicurezza e affidabilità, né riuscirebbe a spiegare il procedimento di apprendimento automatico⁵⁵.

È la penetrazione dell'invisibile attraverso lo sguardo del giudice in una sorta di complesso processo pedagogico dell'algoritmo finalizzato «a perseguire logiche sostanziali di eguaglianza, a capire che in alcuni casi le condizioni di partenza sono storicamente squilibrate»⁵⁶. Predisporre in chiave rimediale meccanismi idonei a bilanciare il portato automatico del potere algoritmico significa

dal lavoro coincidenti con la sessione prenotata. Così, nel sanzionare con perdita di punteggio i *riders* che non rispettavano le sessioni di lavoro, penalizzava, tutte le forme lecite di astensione dal lavoro in quanto determinava la retrocessione nella fascia di prenotazione limitando le future occasioni di lavoro.

⁵² Sul concetto di oltremondo digitale è interessante il punto di vista di A. BARICCO, *The game*, Einaudi, 2018, *passim*.

⁵³ Cfr. Considerando n. 63 del GDPR.

⁵⁴ J.A. KROLL, J. HUEY, S. BAROCAS, E.W. FELTEN, J.R. REIDENBERG, D.G. ROBINSON, H. YU, *Accountable Algorithms*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, p. 657.

⁵⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 su una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale, 2018/2088(INI), punti 160-170.

⁵⁶ A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo" e le sfide dell'intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 2019, p. 17: «appare molto [...] complicato educare un algoritmo a perseguire logiche sostanziali di eguaglianza, a capire che in alcuni casi le condizioni di partenza sono storicamente squilibrate».

cogliere l'anomalia – secondo una prospettiva umana – all'interno della sintassi computazionale, individuare una sorta di sistema di *trust* nello iato genetico tra l'intelligenza artificiale e gli elementi di precomprensione artificialmente introdotti dall'uomo.

Per superare l'opacità intrinseca, per certi versi l'attitudine discriminatoria degli algoritmi di apprendimento automatico⁵⁷, la trasparenza dovrebbe consistere proprio nella (necessaria) dimostrazione di una razionalità giuridica alla base di una decisione automatizzata, dell'esistenza di comprovate ragioni dotate di rilievo giuridico (per esempio, i limiti circa il legittimo esercizio del potere disciplinare e di controllo ovvero l'inesistenza di criteri – anche indiretti – volti a preferire, nella selezione del personale, i candidati uomini, il c.d. algoritmo sessista). E sul datore incombe, evidentemente, l'onere di allegazione e prova della leggibilità del concreto meccanismo di funzionamento dell'algoritmo⁵⁸. Aprire la scatola nera per verificare la possibile «*fallacy of inscrutability*»⁵⁹, per rintracciare la visibilità della regola scritta con un linguaggio non giuridico. Gli algoritmi fondano le valutazioni sulle statistiche, per esempio, dei dati relativi alle precedenti esperienze lavorative. In tal senso, risulta fondamentale conoscere il peso dell'elemento valutativo-decisionale nel procedimento. In sostanza, la *tecnologica* avvolta dall'aura di mistero degli algoritmi⁶⁰.

Irrazionale sarebbe invece, anche in termini di costi e tempi processuali⁶¹, tentare di decifrare chissà quale *verità* all'interno dei dispositivi algoritmici⁶². Come l'Ulisse dantesco, il lavoratore verrebbe indebolito dalla sua smania di

⁵⁷ A. CHANDER, *The Racist Algorithm?*, in *Michigan Law Review*, 115, 6, 2017, p. 1023 ss.

⁵⁸ Cfr. M. BIASI, *L'inquadramento giuridico dei riders alla prova della giurisprudenza*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2018, 2, p. 13-14.

⁵⁹ J.A. KROLL, *The Fallacy of Inscrutability*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society*, 376, 2018, p. 2 ss.

⁶⁰ Cfr. art. 15, paragrafo 1, lett. f), GDPR: il diritto di ottenere informazioni circa «l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato».

⁶¹ E. GRAGNOLI, *The employment relationship, automated decisions and related limitations. The regulation of incomprehensible phenomena*, Relazione presentata al Convegno Ethicomp 2020 (Logrono 16 – 18 giugno 2020) tenuto in via telematica.

⁶² Seppur si v. TAR Lazio, 14 febbraio 2017, n. 3769, in *Giornale diritto amministrativo*, 2018, p. 647 ss.

conoscenza e condannato alla tribolazione, qualora cercasse di oltrepassare le colonne d'Ercole della complessità informatico-digitale, del cambiamento tecnologico aziendale, della «evoluzione lineare della robotica»⁶³.

Inoltre, di fronte al cosmopolitismo dell'economico e della tecnica il legislatore europeo appare poco attento nello stabilire penetranti divieti, per esempio in merito all'acquisizione dei *dati particolari* o all'essere sottoposti a decisioni basate esclusivamente sul trattamento automatizzato, là dove poi individua una pluralità di eccezioni che, immerse nella dimensione lavoristica, ne ridimensionano – se non annullano – l'efficacia. Infatti, il riferimento al principio consensualistico⁶⁴ trasforma le nobili finalità europee in *flatus vocis* perché presupporrebbe l'esistenza di un diritto del lavoro meno intriso della logica eteronoma⁶⁵, libero dai ben noti timori reverenziali.

Non si può dilatare a dismisura il confine sulle criticità e i pericoli insiti nell'universo dell'intelligenza artificiale, senza conoscere le peculiarità del territorio (giuridico) di riferimento.

6. Tra un *laissez-faire* tecnologico e un luddismo di retroguardia⁶⁶, le molteplici espressioni fenomeniche, solo in parte accennate, pongono, dunque, la delicata questione della (in)visibilità del mondo digitale all'interno di due dimensioni: l'una *proattiva* (la raccolta e l'uso dei dati all'interno dei trattamenti algoritmici), l'altra *reattiva* (la valutazione del processo decisionale).

Nel primo caso, si prelude a un possibile governo democratico di tali processi digitali attraverso la creazione di un ecosistema informativo⁶⁷, stabilendo per esempio *ex ante* gli *input* di accuratezza ed esattezza dei dati. Ma la leggibilità dell'algoritmo in fase di programmazione non elimina i possibili rischi di discriminazione indotti dal *machine learning*, da un sistema di apprendimento iterativo non sempre cristallino. Dunque, un'invisibilità che non va confusa con il grado massimo di trasparenza. Ciò che impedisce la vista è la

⁶³ L'espressione è di V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2018, p. 1417.

⁶⁴ Contenuto altresì nell'art. 9, paragrafo 2, lett. a), GDPR oltre che nell'art. 22, paragrafo 2, GDPR.

⁶⁵ M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1991, p. 457.

⁶⁶ G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, p. 233.

⁶⁷ Per la distinzione tra informazione semantica, sintattica e strutturale, v. C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Giappichelli, 2021, p. 18 ss.

presenza di una *barriera*⁶⁸ che s'interpone tra lo sguardo dell'osservatore e l'oggetto stesso, una forma di oscuramento, una sospensione, come le nuvole (oggi le chiameremmo *clouds*) narrate nei miti dell'antica Grecia avvolgevano le divinità e le occultavano ai mortali⁶⁹. Un potere per certi versi invisibile, a proposito di democrazia⁷⁰.

La seconda ipotesi appare, invece, più funzionale rispetto agli interessi di giustizia sociale se si allontanano faticose impostazioni costruite attraverso modelli generali di controllo e si imboccano, invece, sentieri più agili verso l'accertamento della razionalità di una decisione assunta in relazione alla specifica situazione soggettiva e fattuale.

E il giurista, spinozianamente, dovrebbe essere in grado di vedere, almeno con *gli occhi della mente*, l'invisibilità di alcuni significati collegati ai bisogni di tutela derivanti dalle nuove tecniche di acquisizione dei dati, come Goethe vedeva la sua pianta simbolica⁷¹.

Il diritto del lavoro, basato da sempre sulla realtà effettuale, dovrebbe porsi, oggi anche «nella prospettiva tridimensionale»⁷², il compito di rivedere la tecnica⁷³, di non soggiacere alla sua «manipolazione utilitaria»⁷⁴. Il suo codice genetico, infatti, consiste proprio in questo: nella metamorfosi,

⁶⁸ Ritorna, ancora una volta, il tema del *limen* e del *limes*.

⁶⁹ Sulla distinzione tra l'invisibilità quale categoria moderna e la concezione insita nel pensiero greco, *amplius* M. BETTINI, *Visibilità, invisibilità e identità degli dèi*, in G. Pironti, C. Bonnet (a cura di), *Gli dèi di Omero. Politeismo e poesia nella Grecia antica*, Carocci, 2016, p. 29 ss.

⁷⁰ Il riferimento è a N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1980, 181 ss. Cfr. anche A. GARILLI, in questo volume, secondo cui «il potere è dunque accentrato in chi possiede dati, e in chi è in grado di elaborare algoritmi».

⁷¹ Il famoso colloquio tra Goethe e Schiller è ripreso, tra i tanti, da M. BRETONE, *Il diritto invisibile. Concetti e metafore nel "Sistema" di Savigny*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, p. 22.

⁷² B. CARUSO, L. ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro 'tridimensionale': valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in R. Del Punta, *Valori*, op. cit., p. 50.

⁷³ Il riferimento è, ovviamente, a Ortega y Gasset e alla sua *Meditación de la técnica* del 1931. Un prezioso contributo è offerto da F.H. LLANO ALONSO, *Singularidad tecnológica, metaverso e identidad personal: del homo faber al novo homo ludens*, in F. Llano Alonso (director) e J. Garrido Martín, R. Valdivia Jiménez (coordinadores), *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*, Laborum, 2022, p. 189 ss.

⁷⁴ S. COTTA, *L'uomo tolemaico*, op. cit., p. 46.

nel suo sapersi adeguare alle radicali trasformazioni della società, nel rallentare l'accelerazione, anche attraverso nuovi angoli di osservazione senza, però, farsi «sopraffare da un'insensata ansietà da automazione»⁷⁵.

⁷⁵ L. NOGLER, *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2015, p. 339.