

IANUS

Diritto e Finanza



Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 24 - dicembre 2021

QUALCHE RIFLESSIONE A PARTIRE DAI
PRIMI ORIENTAMENTI DELLA
GIURISPRUDENZA DI MERITO IN TEMA DI
“DISCRIMINAZIONI ALGORITMICHE”

Matteo Borzaga

**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.