

La tutela contro le discriminazioni dei lavoratori tramite piattaforma digitale*

di
Pia De Petris*

SOMMARIO: 1. Il fenomeno discriminatorio nell'era digitale. - 2. Reputazione digitale e discriminazioni. - 3. Lo "Statuto dei riders autonomi" e la tutela antidiscriminatoria. - 4. Le peculiarità delle discriminazioni su piattaforma e le risposte del moderno diritto antidiscriminatorio. - 5. La tecnologia come strumento di lotta alle discriminazioni?

1. Il fenomeno discriminatorio nell'era digitale

Negli ultimi anni la digitalizzazione si è consolidata e imposta a livello globale, ha favorito la nascita di vere e proprie nuove economie e con esse anche di inedite e iperflessibili forme e/o modalità di lavoro. Tra queste, in particolare, occorre distinguere da un lato le forme di lavoro rese totalmente in rete, prive di una qualche "fenomenologia" nell'economia reale (*crowdwork*); e dall'altro quelle rese *offline* nei confronti di una pluralità di committenti ma veicolate, organizzate, controllate (in alcuni casi finanche eterodirette¹) *online* dalle piattaforme digitali (cd. *labour platforms*).

* Il presente contributo riprende, in una versione elaborata, l'intervento svolto al Convegno "Le norme antidiscriminatorie del lavoro nell'Unione europea", tenutosi il 3 settembre 2019, nell'Università degli Studi del Sannio di Benevento.

* Dottoranda di ricerca in "Diritto delle Persone, delle Imprese e dei Mercati" - Università di Napoli Federico II.

¹ L'individuazione di poteri di eterodirezione da parte delle *digital platform* rappresenta un argomento complesso e molto spinoso, affrontato anche dalla giurisprudenza nazionale e straniera. Se nei confini nazionali la recente sentenza n. 1663/2020 della Corte di cassazione sul caso *Foodora* ha suggellato la soluzione della eteroorganizzazione ai sensi dell'art. 2 d.lgs. 81/15, la giurisprudenza straniera oscilla tra diverse posizioni, con recenti aperture al riconoscimento dell'eterodirezione delle prestazioni effettuate tramite piattaforma digitale. Cfr. sul caso *Uber Vara do Trabalho de Belo Horizonte*, sent. 14 febbraio 2017; sul caso *Take Eat Easy* si veda la Corte di Cassazione francese, *Chambre Sociale*, n. 1737/2018; analogamente sul caso *Deliveroo* la giurisprudenza belga, *Commission Administrative de règlement de la relation de travail (CRT)* del 9 marzo 2018, n. 113.

In quest'ultima ipotesi rientrano le diffuse forme di lavoro cd. a chiamata *via app*, di cui l'esempio più noto e socialmente diffuso è costituito dai *riders* del *delivery food* che tramite l'intermediazione di una pluralità di piattaforme (es. *Uber Eats, Glovo, Deliveroo, Just Eat*) si dedicano alla consegna di beni a domicilio, mediante l'ausilio di propri dispositivi informatici e propri mezzi di trasporto. Cosicché da qualche anno la riflessione giuslavorista è tenuta a confrontarsi con la complessa e variopinta realtà dei lavori resi su tali piattaforme, nate come nuovi luoghi virtuali di intermediazione lavorativa e, in taluni casi, evolute in veri e propri datori di lavoro *smart*, esercenti poteri organizzativi, di controllo e disciplinari². Le delicate problematiche poste dal lavoro su tali piattaforme ripercorrono trasversalmente l'intero diritto del lavoro, dalla centralissima *vexata quaestio* qualificatoria di rapporti che sembrano oscillare tra autonomia e subordinazione³ alla difficoltosa tutela della *privacy* in un'economia fondata sulla trattazione di dati personali, dalla frammentazione della prestazione al declino della centralità di luogo e orario di lavoro.

Nella tecnologica realtà del "capitalismo delle piattaforme" anche il fenomeno discriminatorio si manifesta in modi nuovi e forse ancora più pervasivi, dato che nell'era digitale la discriminazione, annidandosi in sistemi algoritmici ancora troppo poco chiari e poco trasparenti, risulta difficile da prevenire, individuare, controllare e dunque sanzionare. Infatti, le *labour platform*, nella promozione di forme di lavoro flessibili e frazionate, si avvalgono di meccanismi di funzionamento sofisticati in grado

² Così CGUE, sent. 20 dicembre 2017, Causa C-434/15, che ha qualificato le attività svolte dalla piattaforma *Uber* come vero e proprio servizio di trasporto, escludendo che si trattasse di semplice servizio di intermediazione. Sulla possibilità di qualificare le piattaforme digitali come datore di lavoro si veda l'approccio funzionale di J. PRASSL e M. RISAK, *Sottosopra e al rovescio: le piattaforme di lavoro on demand come datori*, in *RGLPS*, 2017, 219 e ss., secondo cui il datore di lavoro può esser concepito come «entity, or combination of entities, playing a decisive role in the exercise of relational employing functions, as regulated or controlled in each particular domain of employment law».

³ Al fine di ricostruire l'ampio dibattito dottrinale si rinvia: M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclo-fattorini*, in *LLI*, vol. 5, n. 2, 2019, 4 ss.; R. DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2019, 2, 358 ss.; M. MAGNANI, *Subordinazione, eteroorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *DRI*, 2020, 105 ss.; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni eteroorganizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 410/2020; G. QUADRI, *Il lavoro tramite piattaforme digitali: problemi di qualificazione e tecniche di tutela*, in *DML*, 2019, 735 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 411/2020.

di governare in tempo reale l'incontro tra domanda e offerta di lavoro. Questi meccanismi, che consentono di superare tempi e distanze a favore di un lavoro più agile e flessibile, sfuggono, tuttavia, ad un controllo trasparente e risultano sotto diversi aspetti opachi se non oscuri. Pertanto, come confermato da diversi studi⁴, è piuttosto alto il rischio che in tali sistemi si sviluppi un effetto domino di abusi, distorsioni e disparità in grado di alimentare, con meccanismi nuovi, vecchie discriminazioni.

Nel lavoro *on-demand*, dunque, il fenomeno discriminatorio si presenta con un volto parzialmente nuovo. Dietro lo schermo di (apparente) neutralità degli avanzati strumenti *hi-tech* le piattaforme digitali possono celare veri e propri nuovi canali di diffusione di discriminazione, che rischiano di disperdersi nell'immaterialità e anonimità tipica del mondo virtuale. Tra questi canali occorre senz'altro considerare l'impiego di sistemi algoritmici di gestione automatizzata dei lavoratori su piattaforma, accompagnati dal diffuso impiego di dettagliati meccanismi di *rating* reputazionale.

Per quanto concerne la gestione automatizzata dei lavoratori iscritti alle piattaforme, è opportuno ricordare che quest'ultime si basano sull'uso di algoritmi capaci di analizzare un'ingente quantità di dati e rielaborare gli *input* ricevuti anche in modo autonomo così da adottare una vera e propria decisione automatizzata. Il processo di trasformazione dell'*input* in *output* dell'algoritmo risulta essere ancora oggi particolarmente complesso, oscuro e, quindi, scarsamente controllabile a decisione adottata. Ragion per cui, qualora il *software* di programmazione dovesse contenere delle distorsioni oppure qualora la macchina, nel processo di autoapprendimento che la caratterizza⁵, dovesse estrapolare dati da una realtà distorta, le piattaforme

⁴ Cfr., in particolare, L. SWEENEY, *Discrimination in Online Ad Delivery*, in *CACM*, vol. 56, n. 5, 2013, 44 ss.; N. VAN DOORN, *Platform labor: on the gendered and racialized exploitation of low-income service work in the 'on-demand' economy*, in *ICS*, 2017, 6, 898 ss.

⁵ A conferma della circostanza che l'algoritmo nel processo di autoapprendimento è in grado di modificare in modo imprevedibile le variabili di riferimento, anche in senso discriminatorio, si consideri la vicenda *Facebook* in merito alle intersezioni pubblicitarie discriminatorie. L'algoritmo di *Facebook* è stato accusato nel 2019 dal Governo americano di modellare gli annunci in base ai dati sensibili estrapolati dalla piattaforma, mostrando sistematicamente annunci immobiliari di scarso valore a persone aventi la pelle nera rispetto agli utenti bianchi. Tale sistema di visibilità veniva impiegato dall'algoritmo anche quando gli inserzionisti impostavano a priori parametri di *targeting* di tipo altamente inclusivo. Cfr. M. VALSANIA, *Facebook accusata di discriminazione razziale negli annunci immobiliari*, in *Il Sole 24 ore*, 28 marzo 2019.

tenderebbero a ripetere le medesime disparità del modello osservato. Ad esempio, le piattaforme digitali che, al fine di suggerire assunzioni e promozioni, si dedicano all'analisi della forza lavoro ben potrebbero impiegare dati, informazioni e meccanismi discriminatori trasformandoli, nell'ambito del processo decisionale, in vere e proprie discriminazioni sia con riferimento all'accesso al lavoro, sia in relazione allo svolgimento del rapporto (ad esempio con riferimento al trattamento retributivo o all'accesso a mansioni più professionali) e persino con riferimento alla cessazione dello stesso. Le piattaforme di lavoro della *gig economy*, in altre parole, non sono immuni da discriminazioni⁶ dato che un modello di dati statisticamente distorto ben potrebbe sistematicamente sfavorire un particolare gruppo di utenti, portatori di un interesse protetto. Non a caso la dottrina statunitense ha introdotto il concetto di "*classification bias*"⁷, per descrivere la creazione di modelli di classificazione automatizzata che, basandosi su dati e informazioni estranee al tipo di attività lavorativa, sistematicamente seguono linee di discriminazione di sesso, razza e altri fattori protetti. Uno studio condotto nel 2016 dalla *Washington University*⁸ dimostra che alcune piattaforme di ricerca di lavoro sistematicamente pubblicizzano e segnalano per l'espletamento di mansioni di tipo altamente professionale maggiormente profili di sesso maschile. Analogamente, un altro studio conferma che nelle piattaforme di ricerca di lavoro gli annunci relativi alle occasioni di lavoro in determinate aree, come quelle scientifiche, vengono -a parità di competenze- maggiormente mostrati ad utenti uomini piuttosto che ad utenti donna⁹. La spiegazione è che l'algoritmo, estrapolando dati dalla realtà sociale per affinare la sua decisione, abbia incluso nella sua

⁶ È chiaro che nel caso dell'algoritmo non può riscontrarsi intenzione volontaria di discriminazione, tuttavia gli effetti discriminatori sono concreti. In ossequio alle attuali regole del diritto antidiscriminatorio deve essere valorizzato il concreto svantaggio subito dalla categoria protetta perché l'illecito discriminatorio ha connotazione oggettiva e richiede una valutazione comparativa del trattamento preferenziale riservato ad un altro soggetto in situazioni analoghe. Tale comparazione può essere incentrata sul passato, sul presente e anche su situazioni ipotetiche, come chiarito dalla CGUE, sent. 25 aprile 2012, causa C-81/12. Sull'illecito discriminatorio si rinvia a M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 2003, 399 ss.

⁷ Sul punto P. T. KIM, *Data-Driven Discrimination at Work*, in *WMLR*, vol. 58, n. 3, 2017, 890.

⁸ Si veda A. DATTA, D. K. MULLIGAN, M. C. TSCHANTZ, *Discrimination in Online Personalization: A Multidisciplinary Inquiry*, in *PMLR*, n. 81, 2018, 1 ss.

⁹ Cfr. A. LAMBRECHT, C. TUCKER, *Algorithmic Bias? An Empirical Study into Apparent Gender-Based Discrimination in the Display of STEM Career Ads*, in *MS*, 2018, vol. 75, n. 7, 2966 ss.

valutazione il dato statistico delle maggiori posizioni di lavoro degli utenti di sesso maschile, finendo per perpetuare le medesime disparità del modello osservato.

Alle classificazioni automatizzate dalla piattaforma si aggiungono, come si diceva, le costanti valutazioni di *rating* reputazionale da parte della clientela, anch'esse suscettibili di fungere da catalizzatori di pregiudizi e illecite disparità.

2. Reputazione digitale e discriminazioni

Tra i fondamenti dell'economia della condivisione vi è senz'altro la fiducia distributiva, elevata a linguaggio sociale di scambio in un sistema produttivo costantemente interconnesso e condiviso. Se l'impiego delle nuove tecnologie consente di mettere in connessione committenti, prestatori e clienti potenzialmente provenienti da ogni parte del mondo, è gioco forza che tale collaborazione, svincolata dai rapporti materiali, si fondi su una stretta condivisione di informazioni, dati e valutazioni pregresse. In altre parole, il successo dell'economia delle piattaforme si deve proprio alla predisposizione di una sofisticata architettura reputazionale in grado di classificare ogni utente/lavoratore che decida di collaborare con la piattaforma, così da conquistare la fiducia dei consumatori in un mercato che altrimenti sarebbe penalizzato da ontologici profili di immaterialità. Infatti, sia nelle piattaforme di *crowdwork* puro che nelle piattaforme di *lavoro via app*, il lavoratore digitale è sottoposto ad un costante e capillare controllo reputazionale. Alla fine di ogni prestazione o meglio di ogni micro-prestazione il cliente è chiamato ad offrire il suo giudizio reputazionale, riempiendo un *format* predisposto dalla piattaforma, che tiene conto di diverse voci tra cui la celerità, la disponibilità, l'affidabilità, cristallizzando poi il giudizio sul lavoratore in un voto numerico che di solito si muove nel *range* di cinque valori. D'altra parte, l'algoritmo della piattaforma elabora, classifica e calcola i *feedback* della clientela congiuntamente ad altre variabili, sconosciute ai clienti, come la celerità nell'accettazione dell'incarico, la frequenza di connessione alla piattaforma, il numero di volte che il lavoratore si è avvalso della facoltà di rifiutare l'incarico dopo averlo accettato (cd. funzione *swap*), andando così ad arricchire ulteriormente il profilo del lavoratore, mediante una strenua targhettizzazione del suo operato sulla piattaforma. Tale sistema di valutazione si sviluppa in totale assenza di contraddittorio dato che al lavoratore *on-demand* non è data la possibilità di discutere o argomentare i riscontri negativi della

clientela, né è data la facoltà di richiedere di essere sentito da personale umano per discutere le classificazioni automatizzate dall'algoritmo.

I riflessi di tale architettura reputazionale nel rapporto di lavoro sono evidenti¹⁰. In primis, il sistema di *rating* reputazionale, unito ai sistemi di geolocalizzazione, consente un controllo capillare, costante e ininterrotto del lavoratore e della sua *performance*¹¹. In secundis, molto più connessa al problema discriminatorio, è la circostanza che molte piattaforme basano le offerte di lavoro e/o le prenotazioni dei turni, proprio sulla reputazione digitale. Ad esempio, nel contenzioso che nel nostro ordinamento ha fatto “esplosione” la questione sociale dei *riders*, ossia il noto caso *Foodora*, se il giudice di primo grado aveva valorizzato, ai fini della riconduzione al paradigma dell'autonomia, la libertà del lavoratore di accettare o rifiutare la prestazione, le decisioni della Corte d'appello di Torino e della Corte di cassazione riconoscono che i meccanismi di funzionamento della piattaforma sono in grado di coartare la libertà del *rider* che è costretto a subire l'eteroorganizzazione della prestazione da parte della piattaforma¹². Per quanto concerne la giurisprudenza straniera, anche la Corte di Cassazione francese ha sancito che i meccanismi di controllo della prestazione e l'impiego di sistemi di *rating* ai fini disciplinari rappresentano delle (nuove) manifestazioni di poteri datoriali; per tali ragioni la Suprema Corte ha riconosciuto la subordinazione dei *riders* della piattaforma *Take Eat Easy*¹³. Ancora più coraggiosamente, la giurisprudenza brasiliana sul caso *Uber*¹⁴ ha argomentato la soggezione del lavoratore al potere direttivo, di controllo e disciplinare,

¹⁰ Si veda G. PACELLA, *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?*, in *LLI*, vol. 3, n. 1, 2017.

¹¹ Sull'invasività del controllo a distanza nella *gig economy* si veda, in particolare, A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, Bari, 2018, 68 ss.

¹² Non si ignora il dibattito acceso sviluppatosi sul caso *Foodora*, soprattutto a seguito dell'intervento del giudice di legittimità. Per ricostruirne le linee essenziali si rinvia, pertanto, al focus “*La sentenza di Cassazione n° 1663 sui riders: un approdo e un punto di partenza*”, in *LDE*, 24 gennaio 2020.

¹³ Vedi C. Cassation, *Chambre Sociale*, n. 1737/2018. Per un commento dell'approccio della Suprema Corte vedi: M. PEYRONNET, *Take Eat Easy contrôle et sanctionne des salariés*, in *RDT*, 2019, n. 1, 36 e ss.

¹⁴ Cfr. *Vara do Trabalho de Belo Horizonte*, sent. 14 febbraio 2017. Per un commento della decisione, delle potenzialità e dei punti critici soprattutto in merito al ricorso alla comparazione giuridica si veda G. PACELLA, *Lavoro e piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica subordinato il rapporto tra Uber e gli autisti*, in *RIDL*, 2017, 560 e ss.

proprio facendo leva sull'impatto del *rating* reputazione sul rapporto di lavoro, dato che la piattaforma sbarrava l'accesso ai *drivers* privi di un *rating* superiore a 4.4/5.

Dunque, come confermato da alcune pronunce giurisprudenziali, nel lavoro *on-demand* l'accesso alle occasioni di lavoro o ai livelli retributivi più alti connessi con "task" più professionali¹⁵ e finanche la cessazione del rapporto con la piattaforma sono strettamente connessi, anzi assoggettati, alla reputazione digitale che il lavoratore possiede sulla singola piattaforma (essendo spesso esclusa la portabilità della reputazione da una piattaforma all'altra).

Chiarita la centralità nel rapporto del sistema di *rating*, appare piuttosto chiaro che, qualora quest'ultimo dovesse presentare distorsioni pregiudizievoli e pratiche discriminatorie, potrebbero verificarsi vere e proprie discriminazioni, dall'accesso al lavoro alla sua cessazione. Discriminazioni che rischiano di proliferare ed autoalimentarsi in un sistema caratterizzato da estrema scarsità (se non proprio assenza) di adeguati controlli da parte della piattaforma in merito all'oggettività e la veridicità delle valutazioni dei clienti e delle classificazioni automatizzate. Inoltre, per come è congeniato, il sistema di *rating* presenta il rischio di un effetto domino nella diffusione di valutazioni distorte. Infatti, la possibilità, fornita dalle piattaforme, di rimanere anonimi, anche mediante la creazione di un profilo utente senza dati veritieri, tende ad amplificare i rischi di condotte discriminatorie. Non a caso, all'interno delle piattaforme di *social network* da qualche anno si assiste ad una forte crescita della diffusione del cd. *hate speech*, ossia di discorsi incitanti all'odio, di razza e di genere in particolare, che diffondono, in modo virale, nella società (virtuale) preoccupanti stigmatizzazioni e pregiudizi¹⁶.

¹⁵ È il caso delle cd. *macrotask* di *Amazon Mechanical Turk*. Si tratta di prestazioni più professionali a cui si può accedere solo mediante un punteggio reputazionale alto.

¹⁶ La crescita della problematica negli ultimi anni e la difficoltà di contrastare il fenomeno della viralità dei contenuti d'odio hanno spinto la Commissione europea nel 2016 a siglare, insieme alle aziende informatiche *Facebook*, *Twitter*, *YouTube* e *Microsoft*, un codice di condotta sull'illecito incitamento all'odio *online*. Il codice impegna le aziende informatiche a sensibilizzare ed educare gli utenti, nonché a predisporre celeri, trasparenti e chiare procedure di segnalazione e rimozione dei contenuti di *hate speech*. Per un'analisi approfondita si rinvia a N. ALKIVIADOU, *Hate speech on social media networks: towards a regulatory framework?*, in *JICTL*, vol. 28, 2019, 19 ss.

La concretezza dei rischi di discriminazione, riferiti a diversi fattori, nei sistemi di *rating* reputazionale è confermata da diversi studi d'oltreoceano¹⁷. Per quanto riguarda, ad esempio, le discriminazioni di razza, si è riscontrato che nelle piattaforme di *crowdwork* è statisticamente più diffusa la mancata assegnazione degli incarichi o la loro cancellazione o persino il rifiuto della retribuzione qualora il lavoratore condivide foto o dati personali da cui si evince espressamente l'appartenenza ad una determinata etnia¹⁸. Il Rapporto del Parlamento Europeo "*The situation of workers in the collaborative economy*" del 2016 sottolinea la diffusione nelle *labour platform* di annunci direttamente discriminatori¹⁹, volti ad esortare soggetti appartenenti ad una specifica etnia o ad uno specifico sesso a non candidarsi per determinati profili, senza giustificazione ragionevole connessa con il tipo di attività richiesta²⁰.

Analogamente accade per le discriminazioni di genere. In effetti, anche se l'ampia flessibilità del lavoro in rete potrebbe rappresentare un incentivo per l'occupazione delle donne²¹ - che da sempre chiedono forme di lavoro più flessibili capaci di bilanciarsi coi carichi di cura familiari- studi recenti²² dimostrano, invece, che le piattaforme tendono a confermare, se non amplificare, le medesime disparità di genere nell'accesso al lavoro e nel trattamento retributivo, purtroppo ancora assai

¹⁷ Cfr., in particolare, M. KULLMANN, *Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law*, in *CLLIR*, vol. 34, n. 1, 2018, 8 ss.

¹⁸ Vedi N. LEONG, *The sharing economy has a race problem*, in *Salon*, 2014. Disponibile al sito <http://adapt.it/adapt-indice-a-z/j-bracy-sharing-economy-reputation-replace-regulationprivacyassociation-org-10-giugno-2015/>.

¹⁹ Non vi è dubbio, infatti, che si tratti di una fattispecie di discriminazione diretta come statuito dalla Corte di Giustizia a partire della Causa *Feryn* (sent. del 10 luglio 2008), secondo cui se il datore di lavoro afferma con dichiarazioni pubbliche che non assumerà determinati soggetti, perché appartenenti ad una determinata razza, sesso, religione ecc., commette una discriminazione diretta, ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. a, dir. 2000/43/CE.

²⁰ A titolo esemplificativo nel Rapporto si elencano i seguenti annunci : «*This job is not for people from Bangladesh and Pakistan and your bid would be rejected automatically if you are from any one of the mentioned countries*»; «*Business to Business appointment setters needed: with previous calling experience Filipinos are preferred*»; «*The client has requested they want a female caller with a British or Australian or New Zealand accent working on the campaign*». P.E., *The situation of workers in the collaborative economy*, October 2016, 16 e 17.

²¹ Tale considerazione sembra confermata dagli ultimi dati *Eurofound* che affermano che la maggior parte dei *freelances online* è costituita da lavoratrici di sesso femminile. Eurofound, *New forms of employment*, Lussemburgo, 2016.

²² Sul punto A. R. BARZILAY, A. BEN-DAVID, *Platform Inequality: Gender in the Gig-Economy*, in *SHLR*, vol. 47, n. 2, 393 ss. In particolare, viene analizzato il *gap* occupazionale e retributivo di genere tra i lavoratori - con più accesso alla piattaforma persino con *feedback* più bassi- e le lavoratrici, statisticamente meno ricercate e, a parità di lavoro, meno remunerate.

diffuse nell'economia reale. Ad esempio, dopo diverse segnalazioni di disparità di genere²³, nel 2018 la *US Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)* ha avviato un contenzioso contro la piattaforma *Uber* per l'impiego di pratiche discriminatorie di genere, relative a trattamenti sfavorevoli nell'accesso e nella retribuzione per le lavoratrici di sesso femminile. Il contenzioso si è concluso con un patteggiamento del colosso della *gig economy*, che si è impegnato a pagare 4,4 milioni di dollari per risolvere le accuse di molestie e discriminazioni di genere²⁴.

Ancora, nel dicembre 2019 i sindacati *Filt*, *Filcams* e *Cgil* nazionali hanno promosso innanzi al tribunale di Bologna un'azione legale contro la nota piattaforma *Deliveroo* per discriminazione collettiva. Secondo il sindacato, il funzionamento della piattaforma si fonda su un algoritmo, "*Frank*", congeniato per penalizzare i lavoratori che, per malattie o scioperi, non si rendono sempre disponibili al lavoro. Più precisamente l'accusa è che l'algoritmo, nei suoi continui processi di ottimizzazione dell'organizzazione del lavoro, stilerebbe una classifica di *slot* e zone prioritarie sulla base della partecipazione e affidabilità del lavoratore, cosicché, per poter accedere alle zone residenziali aventi più ordini e alle fasce orarie diffusamente più comode e remunerate, il *rider* dovrebbe connettersi con ritmi frequenti e continuativi. Viceversa, egli rischierebbe un'automatica retrocessione nel punteggio reputazionale (e quindi nell'accesso alle migliori occasioni lavorative) in casi di astensione dal lavoro, come nel caso di sciopero e malattia²⁵. Il ricorso mira, dunque all'espreso riconoscimento del diritto dei *riders* ad associarsi per svolgere attività sindacali attraverso forme di

²³ Tra le segnalazioni si veda l'indagine condotta nel 2019 da *ProPublica*, secondo cui, analizzando 91 messaggi pubblicitari, inerenti alla ricerca di personale da parte di *Uber*, solo uno di essi era rivolto alle donne e solo tre erano privi di distinzioni di genere, essendo tutti gli altri indirizzati esclusivamente a uomini. Cfr. <https://www.propublica.org/article/facebook-ads-discrimination-settlement-housing-employment-credit>.

²⁴ L'accordo è stato siglato in data 18.12.19. Le parole del Commissario *EEOC* confermano la piena responsabilità della piattaforma: «*This agreement holds Uber accountable, and, going forward, positions the company to innovate and transform the tech industry by modeling effective measures against sexual harassment and retaliation*». <https://techcrunch.com/2019/12/18/uber-agrees-to-pay-4-4-million-to-settle-eeoc-sexual-harassment-and-retaliation-charge/>.

²⁵ Nella nota del 18/12/19 la *Cgil* spiega: «*l'algoritmo, nell'elaborare i ranking reputazionali dei cicofattorini, che determinano di fatto le future opportunità di lavoro e le priorità di prenotazione per le consegne, emargina, fino ad estrometterli dal ciclo produttivo, coloro che non riescono a essere disponibili a loggarsi nelle aree di lavoro loro assegnate. Il rider – prosegue – che non si adegua alla logica dell'algoritmo viene gradualmente escluso dalle possibilità di impiego, arrivando in alcuni casi a essere delogato dal sistema*» (in <http://www.cgil.it/riders-cgil-causa-contro-multinazionale-food-delivery-per-condotta-discriminatoria-algoritmo-penalizza-diritti-di-sciopero-e-malattia/>).

astensione collettiva, con pieno riconoscimento dei diritti di sciopero e di malattia, senza subire penalizzazioni nelle future occasioni di lavoro. Infine, stando alla comunicazione della Cgil²⁶, il ricorso chiede la predisposizione da parte della piattaforma di un piano per rimuovere tutti i fattori oscuri e scarsamente controllati che favorirebbero lo sviluppo di discriminazioni.

In effetti, la scarsità dei controlli e le ombre dell'intermediazione tecnologica, espongono i lavoratori anche a odiosi rischi di interposizioni illecite, specie nei confronti di lavoratori stranieri, dando vita a seri rischi di "caporalato digitale". È quanto accaduto di recente col commissariamento della nota piattaforma *Uber Eats Italia*, accusata nel 2019 dalla Procura di Milano di impiegare una società interpositoria, la *Flash Road City s.r.l.*, per sfruttare il lavoro di migranti irregolari. Col recentissimo decreto n. 9 del 2020, il Tribunale di Milano ha disposto l'amministrazione giudiziaria per un anno di *Uber Eats*, a cui viene contestato il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ai sensi dell'art. 603-bis c.p. Stando alle risultanze probatorie presentate dalla Procura, la società *Flash Road City s.r.l.* avrebbe reclutato come *riders* irregolari moltissimi stranieri e approfittando del loro stato di bisogno – trattandosi di persone provenienti da contesti di guerra e povertà alimentare e per lo più alloggiati in centri di accoglienza temporanei – li avrebbe costretti a lavorare per la piattaforma con turni massacranti e una paga a cottimo di soli tre euro a consegna, indipendentemente dalla lunghezza del tragitto percorso e dalle condizioni meteorologiche avverse. Secondo le prove raccolte dall'accusa, le mance erogate sul sito venivano trattenute dalla società interpositoria, che tratteneva a titolo di penale anche 50 centesimi su ogni consegna cancellata. E, stando alle testimonianze, in questa catena di sfruttamento, quando qualcuno osava lamentarsi delle condizioni di lavoro veniva minacciato di essere estromesso dal circuito, "bannato a vita" dalla collaborazione con piattaforma, che per i ciclofattorini irregolari rappresenta un'opportunità di reddito difficilmente sostituibile. Il Tribunale di Milano, nel predisporre la misura cautelare, ha ravvisato la responsabilità della piattaforma digitale (anche a titolo meramente colposo) valorizzando la circostanza che *Uber* «indirizzasse e limitasse le capacità decisionali» della società interponente «con

²⁶ Cfr. ancora <http://www.cgil.it/riders-cgil-causa-contro-multinazionale-food-delivery-per-condotta-discriminatoria-algoritmo-penalizza-diritti-di-sciopero-e-malattia/>.

ripercussioni sull'autonomia decisionale dei riders», coinvolgendo anche propri dipendenti nell'organizzazione dei turni di lavoro e nel sanzionamento dei migranti. Dunque, tenendo conto di tali circostanze e della recente esplosione dei servizi di consegne a domicilio a causa dell'emergenza sanitaria da Covid-19 (che rischiava di causare un reclutamento massivo e incontrollato), il giudice ha ritenuto necessario predisporre la misura in esame per impedire il rischio che i soggetti coinvolti potessero, mediante lo schermo delle tecnologie digitali, lucrare sulla manodopera di «*persone disposte a tutto per sopravvivere, sfruttate e discriminate da datori di lavoro senza scrupoli*»²⁷.

Dunque, i rischi di discriminazione nell'economia delle piattaforme sono vari e concreti. Essi si attecchiscono in modo parzialmente nuovo, rendendo necessaria una riflessione sulle risposte che l'apparato protettivo presente nel nostro ordinamento possa fornire a queste nuove e insidiose forme di "discriminazione da tecnologie digitali". Prima di analizzare nello specifico le soluzioni protettive che potrebbero trarsi dal diritto antidiscriminatorio ritengo opportuno vagliare la risolutività, in merito al contrasto alle discriminazioni su piattaforma, delle recenti tutele *ad hoc* introdotte per la categoria sociale di lavoratori *on-demand* più diffusa e nota nei confini nazionali, ossia quella dei *riders*.

3. Lo "Statuto dei riders autonomi" e la tutela antidiscriminatoria

Nel nostro ordinamento solo di recente, dopo alcune sperimentazioni a livello regionale²⁸, il legislatore nazionale è intervenuto a regolamentare, parzialmente, il fenomeno del lavoro su piattaforma digitale mediante la predisposizione di apposite tutele per la categoria dei *riders*, sia autonomi che etero-organizzati. Sebbene il peculiare oggetto d'indagine scelto in questa sede si limiti alla tutela

²⁷ È quanto si legge nel decreto in esame a pagina 8.

²⁸ Ci si riferisce, in particolare, alla Carta di Bologna del 2018, che seppur priva di efficacia vincolante riconosce la necessità di estendere *in toto* la tutela antidiscriminatoria al lavoro digitale. Ancora più compiutamente, la legge della Regione Lazio n. 4 del 2019 riconosce il principio di parità di trattamento e non discriminazione nel *rating* reputazionale. Nonostante il limite territoriale e le ombre di illegittimità costituzionale, le garanzie introdotte dal legislatore regionale paiono meritevoli di attenzione perché pensate e modulate sulle problematiche della *gig economy* come: a) la garanzia di trasparenza nell'utilizzo dell'algoritmo; b) la garanzia di procedure di valutazione chiare, trasparenti e imparziali del *rating* reputazionale, a seguito di contestazione da parte del lavoratore digitale; e c) la garanzia della portabilità del *rating* reputazionale.

antidiscriminatoria, è opportuno chiarire, almeno per somme linee, il complesso dibattito che ha accompagnato l'intervento legislativo a sostegno dei *riders*, almeno con riferimento al campo di applicazione, che chiaramente investe tutte le tutele, anche quella contro le discriminazioni.

Con la legge del 2 novembre 2019, n. 128, legge di conversione del d.l. del 3 settembre 2019, n. 101, il legislatore ha optato per una normativa che definirei "emergenziale" -e per questo limitata sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo- volta a fornire una risposta all'oramai troppo ingombrante questione sociale dei *riders*, cristallizzata nel già richiamato *caso Foodora*. L'intervento legislativo, caratterizzato da grande asistematicità, sembra seminare una scia di dubbi e incertezze, la cui risoluzione è chiaramente rimessa all'interprete²⁹. In estrema sintesi ricostruttiva, l'intervento normativo, lungi dal risolvere l'annosa questione qualificatoria dei rapporti di lavoro tramite piattaforma, sembra distinguere due ipotesi: qualora le modalità di lavoro su piattaforma integrino la fattispecie delle riformate e ampliate (oltre che discussissime) *co.co.org.* ai sensi dell'art. 2 d.lgs. 81/15³⁰, riconosciuto il vincolo di eterorganizzazione, troverà applicazione la disciplina del lavoro subordinato, con il suo *intero* apparato protettivo, previo vaglio di compatibilità³¹; ove, invece, la piattaforma non eserciti poteri di etero-organizzazione, al lavoro (autonomo

²⁹ L'intervento in esame non è di certo l'unico a presentare tali fragilità, essendo quest'ultime al centro di una riflessione di ampio respiro sulla certezza e conoscibilità del diritto (in particolar modo di un diritto fisiologicamente dinamico e stratificato come quello del diritto del lavoro) per la cui trattazione si rinvia a R. SANTUCCI, *Sull'interpretazione del diritto del lavoro per consentirne la 'migliore certezza possibile'*, in *Scritti in onore di Francesco Santoni*, in corso di pubblicazione.

³⁰ Com'è noto, le incertezze sulla fattispecie delle collaborazioni organizzate dal committente sono ampie ed estremamente dibattute, data l'insormontabile difficoltà di distinguere tra etero-organizzazione ed eterodirezione. Per la ricostruzione della fattispecie, si rinvia ad A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 410/2020.

³¹ L'applicazione integrale della disciplina della subordinazione alle *co.co.org.* rappresenta, ad avviso di chi scrive, una questione tutt'ora aperta, nonostante il recente intervento chiarificatore della Corte di cassazione che con la sentenza n. 1663/2020 parla di «*applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato*». Tuttavia, in motivazione stesso il giudice di legittimità afferma: «*non possono escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 cod. civ.*» (punto 41).

e discontinuo³²) dei *riders* si applicheranno le tutele *ad hoc* del capo V-bis, tra cui spicca la disciplina antidiscriminatoria. La limitatezza del campo di applicazione del capo V-bis si evince chiaramente dall'art. 47-bis che fissa tutele minime «*per i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore, attraverso piattaforme anche digitali*». Le tutele predisposte troveranno applicazione solo nei confronti di quest'ultimi, restando ancora non regolamentati i lavori su piattaforme (anch'essi diffusi e bisognosi di protezione) che svolgono servizi diversi dalla consegna di beni a domicilio, siano essi resi nell'economia *online* o in quella reale.

Come si diceva, tra le tutele predisposte per i *riders* autonomi, l'art. 47-*quinquies*, rubricato "Divieto di discriminazione", al comma primo stabilisce l'applicazione anche ai *riders* autonomi della «*disciplina antidiscriminatoria e di quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma*».

In verità, l'estensione della disciplina posta a tutela della libertà e dignità del lavoratore, non sembra suggerire immediatamente un criterio di selezione delle tutele applicabili, posto che l'intero apparato protettivo del lavoro subordinato mira proprio a tutelare libertà e dignità del lavoratore. Pertanto, una garanzia così formulata sembra priva di significato, finché non vengono individuate le normative a cui il legislatore ha inteso far riferimento³³. L'unica via percorribile pare quella della verifica di compatibilità con la natura, ostentatamente dichiarata autonoma, del rapporto. Il pensiero si indirizza subito agli articoli 1-13 del Titolo I Stat. Lav., non a caso titolato "Della libertà e dignità del lavoratore". Particolarmente meritevole è il riconoscimento della libertà di opinione (art. 1 Stat. lav.) e del divieto di indagini sulle opinioni (art. 8 Stat. lav.), nonché della tutela della salute e dell'integrità fisica (art. 9 St. lav.). Tali estensioni non sembrano porre particolari problemi di compatibilità e risultano fondamentali per ridurre le discriminazioni nell'accesso a lavoro poste in essere da

³² Non si ignora che tale ricostruzione è solo una delle interpretazioni prospettabili in merito alla dubbia portata sistemica dell'introduzione del Capo V-bis. Per una diversa costruzione cfr. F. CARINCI, *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, in *LDE*, 2020, 2 ss.

³³ Cfr. E. RAIMONDI, *Il lavoro nelle piattaforme digitali e il problema della qualificazione della fattispecie*, in *LLI*, vol. 5, n. 2, 2019, 87.

piattaforme che si dedicano all'analisi dei cd. *big data*, andando a valutare un'enorme mole di dati, anche molto personali come nel caso dei *behavioral data* estrapolabili dai *social network*. D'altro canto, tuttavia, molto più complessa sembra l'estensione delle tutele volte a limitare i poteri datoriali, in particolar modo ai sensi dell'art. 3, 4, 7, 13 St. lav. In effetti, se il *riders* è autonomo, in capo al committente non può configurarsi potere disciplinare o *ius variandi*. Analogamente vale per il potere di controllo sulla conformazione alle direttive impartite³⁴ (escluso chiaramente il potere di controllo del committente sul rispetto delle condizioni stabilite dal contratto e dalla regola dell'arte). Pertanto, seguendo il criterio della compatibilità con il rapporto autonomo l'estensione delle tutele si contrae in modo sensibile. Tuttavia, è necessario considerare che il pressante ruolo affidato al *rating* reputazionale ben può costituire in concreto uno strumento in grado di controllare, e all'occorrenza, sanzionare il *rider*, che se presta attività discontinua per la piattaforma, non potendo far valere l'etero-organizzazione, dovrebbe appellarsi proprio all'estensione della disciplina statutaria posta a tutela della libertà e dignità del lavoratore.

Viceversa, meritevole e senz'altro più lineare è l'estensione della tutela contro le discriminazioni, a cui si aggiunge l'importante garanzia del secondo comma, appositamente modellata sulle fragilità del lavoro su piattaforma e già sperimentata, in effetti, dalla contrattazione collettiva del settore³⁵. Nel comma secondo si legge: «l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione sono vietate». Sicché alla piattaforma viene fatto divieto di ridurre o negare le occasioni di lavoro a causa della mancata accettazione della prestazione. La garanzia dell'art. 47-*quinquies* comma secondo è fondamentale per quei lavoratori che, come si diceva, sono chiamati costantemente a non retrocedere nel proprio punteggio reputazionale per poter accedere alla prenotazione dei turni successivi. Infatti, la disposizione in esame consente di poter vietare l'uso di sistemi algoritmici di prenotazione per fasce di priorità, dove in una logica di esasperata

³⁴ Il controllo d'altronde «è una caratteristica immanente al rapporto di lavoro subordinato»: G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1992, 3.

³⁵ Il CCNL logistica trasporto e spedizioni siglato il 18 luglio 2018, infatti, esclude il giudizio reputazionale come criterio di distribuzione delle offerte di lavoro e, spingendosi oltre, vieta di l'utilizzo delle informazioni acquisite dai sistemi di geolocalizzazione per finalità disciplinari. Tuttavia, molto meritevole è l'estensione per mezzo della legge 128/19 della garanzia anche ai rapporti privi di vincolo di subordinazione a cui invece si riferiva il contratto collettivo.

competizione ed estrema sostituibilità della forza lavoro, il lavoratore più assiduo, celere e obbediente potrà accedere alle sessioni di lavoro e alle zone caratterizzate da maggior guadagno, restando invece penalizzati quei lavoratori che tendono a rifiutare le prestazioni offerte.

Tuttavia, viste le fragilità a cui è esposto il lavoratore digitale in generale, il *rider* in particolare, si poteva immaginare un più audace intervento. In effetti, l'art. 47-*quinquies* co. II, si limita ad escludere che l'algoritmo possa richiedere livelli minimi di prestazione ai fini dell'accesso alle offerte di lavoro sulla piattaforma, ignorando altre problematiche connesse al sistema reputazionale, come la sua scarsa trasparenza e oggettività, l'impatto sui livelli retributivi, la mancanza di misure di controllo atte a contrastare le eventuali discriminazioni, l'assenza di contraddittorio e la mancata portabilità del proprio punteggio reputazionale. In altre parole, la discriminazione del *rider* (come di ogni altro lavoratore *on-demand*) nell'accesso al lavoro, alla retribuzione o nella cessazione del rapporto a causa del punteggio reputazionale non si limita affatto alla mancata accettazione degli incarichi precedentemente offerti. Ad esempio, nel *ranking* reputazionale nella voce disponibilità il lavoratore potrebbe presentare un valore alto, ma a causa di valutazioni distorte sulle altre voci, il suo punteggio potrebbe abbassarsi progressivamente. In questo caso, la garanzia della norma che parla solo di «mancata accettazione dell'incarico» non offrirebbe una solida tutela e il lavoratore potrebbe essere svantaggiato nell'accesso alle occasioni di lavoro a causa della sua bassa reputazione digitale.

A ciò si aggiunga la scarsa imperatività della disposizione in esame, dato che non si fissa alcuna sanzione per i gestori della piattaforma in caso di mancata modifica degli algoritmi di riferimento. In via interpretativa non sembrano configurarsi particolari scogli ermeneutici per l'estensione della sanzione della nullità tradizionalmente prevista a tutela del principio di non discriminazione, nonostante la normativa sui licenziamenti non possa essere estesa ai *riders* autonomi. Pertanto, nel caso di disattivazione dell'*account* per la mancata accettazione dell'incarico si dovrà configurare nulla l'espulsione fondata sul *rating* reputazionale del *riders*, che quindi potrà godere della tutela non solo risarcitoria, ma reintegratoria, con l'aggiunta della tutela dell'attenuazione dell'*onus probandi*. Il lavoratore potrebbe agire in giudizio e soddisfare l'onere probatorio anche facendo semplicemente ricorso a presunzioni e dati

statistici che dimostrano il trattamento più favorevole riservato ad altri lavoratori che sottoponendosi a turni di lavoro più assidui e stringenti, presentano un più alto punteggio reputazionale. Tuttavia, tali soluzioni interpretative sono destinate a scontrarsi con la concreta difficoltà di far luce sui meccanismi algoritmici di classificazione, la prova del cui funzionamento potrebbe essere diabolica.

Inoltre, le garanzie di cui alla legge 128/19 sembrano ignorare la circostanza che, oltre le accettazioni degli incarichi, le piattaforme digitali hanno accesso a molti dati relativi alla *performance* lavorativa, come la quantità e rapidità delle consegne, dati che vengono automaticamente analizzati dall'algoritmo e finiscono per arricchire il profilo reputazionale. Pertanto, residuano irrisolti problemi relativi all'assenza di regole di trasparenza delle piattaforme e dei loro algoritmi, specie con riferimento a questioni delicate come l'assegnazione d'incarichi e la valutazione delle prestazioni. In chiave interpretativa, per risolvere le problematiche legate alla scarsa trasparenza degli algoritmi, il *rider* potrebbe invocare l'obbligo informativo previsto dall'art. 47-ter, dove si legge che «*i contratti individuali di lavoro di cui all'articolo 47-bis sono provati per iscritto e i lavoratori devono ricevere ogni informazione utile per la tutela dei loro interessi, dei loro diritti e della loro sicurezza*». In effetti, dati come le modalità di attribuzione degli incarichi o la valutazione della prestazione per i lavoratori sono chiaramente informazioni «*utili per la tutela dei loro interessi*». La previsione di un obbligo di informazione trasparente su tutti i passaggi del funzionamento dell'algoritmo in capo ai gestori della piattaforma rappresenterebbe un importante fattore di responsabilizzazione e di riequilibrio delle posizioni contrattuali.

Dunque, l'intervento del legislatore nel caso di specie appare meritevole e innovativo, specie se si considera l'assenza di una normativa di riferimento nell'ordinamento europeo e nella maggior parte degli ordinamenti degli altri Paesi dell'Unione. Inoltre, se si guarda alla garanzia del comma secondo dell'art. 47-quinquies, l'intervento normativo è senz'altro anche specifico e modellato sulla complessa realtà di riferimento, potendo ben rappresentare un primo esperimento normativo nel segno di uno "Statuto del lavoro digitalizzato". Tuttavia, oltre ai problemi relativi al ristretto ambito di applicazione soggettivo, non si può non notare che le debolezze che accompagnano il funzionamento del *rating* reputazionale non vengono approfondite, limitando fortemente la risolutività dell'intervento in esame

rispetto al problema discriminatorio. Il che rende necessario ricercare risposte più approfondite nell'ambito del generale diritto antidiscriminatorio.

4. Le peculiarità delle discriminazioni su piattaforma e le risposte del moderno diritto antidiscriminatorio

Al fine di valutare se il ricorso al moderno diritto antidiscriminatorio sia in grado di offrire una protezione adeguata alle discriminazioni dell'era digitale, un primo scoglio da superare è dato all'ambito soggettivo di applicazione. Considerando che, nonostante sia un tema estremamente dibattuto e incerto, la gran parte delle ricostruzioni dottrinali riconduce il lavoro *on-demand* (diverso da quello dei *riders* per cui si registrano aperture a favore della subordinazione³⁶) all'ambito del lavoro autonomo, è necessario anzitutto valutare l'applicabilità dell'apparato protettivo contro le discriminazioni anche a rapporti di lavoro non subordinato. Sul punto, sebbene le origini del diritto antidiscriminatorio siano modulate sul lavoro dipendente, i successivi e ingenti sviluppi³⁷ registrano, invece, il confortante tentativo di apprestare una tutela piena e universalistica, a prescindere dalla classificazione del lavoratore come autonomo o subordinato. Pertanto, secondo buona parte della dottrina³⁸, la forza espansiva del diritto antidiscriminatorio ben consente una protezione alle forme di lavoro prive di vincolo di subordinazione. Non a caso, in tema di discriminazioni nell'accesso al lavoro, l'art. 3 della direttiva 2000/78/CE, si applica «*alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e*

³⁶ Si veda *ex multis* M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclo-fattorini*, in *LLI*, vol. 5, n. 2, 2019, 4 ss.

³⁷ Grazie al prezioso apporto, spesso creativo, della giurisprudenza della Corte di Giustizia l'apparato protettivo ha conosciuto un'evoluzione importante, sia sul piano tipologico, grazie alla progressiva estensione dei cd. fattori di protezione, sia sul piano dell'effettività, mediante l'incremento di una tutela di tipo promozionale, così da offrire una solida protezione sostanziale e processuale. Per la ricostruzione dell'evoluzione del diritto antidiscriminatorio si veda M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 2007, 33 ss.; Per l'evoluzione giurisprudenziale: R. SANTAGATA DE CASTRO, *Le discriminazioni sul lavoro nel «diritto vivente». Nozioni, giustificazione, prova*, ESI, Napoli, 2019; M. BARBERA, *Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 372/2018, 2 ss.

³⁸ Sul punto anche C. ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. ALESSI, M. BARBERA L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019, 686.

le condizioni di assunzione indipendentemente dal ramo di attività». Analogamente, in tema di discriminazione di genere, la direttiva 2006/54/CE presenta importanti aperture al lavoro autonomo, seppur con delle eccezioni. L'art. 14, contenuto nel capo III del titolo II, dedicato alla «parità di trattamento per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro», vieta, anche nei confronti dei lavoratori autonomi, qualsiasi discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso, per quanto attiene «alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione indipendentemente dal ramo di attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale, nonché alla promozione». Nell'ordinamento interno l'art 27 d.lgs. 198/2006 prevede un'estensione ancora più ampia e onnicomprensiva della tutela antidiscriminatoria, vietando «qualsiasi discriminazione per quanto riguarda l'accesso al lavoro, in forma subordinata, autonoma o in qualsiasi altra forma, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, nonché la promozione, indipendentemente dalle modalità di assunzione e qualunque sia il settore o ramo di attività, a tutti i livelli della gerarchia professionale». Più recentemente si consideri anche la direttiva 2010/41/UE, sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma.

D'altronde, l'inscindibile legame tra il primo e il secondo comma dell'art. 3 della Carta costituzionale contempla una tutela dell'eguaglianza piena e, in armonia con l'art. 35 Cost., universalistica, sottratta al mero egualitarismo e bilanciata dal rigore del canone ermeneutico della ragionevolezza. Pertanto, in ossequio alla fisiologica universalità propria del principio costituzionale dell'eguaglianza formale e sostanziale³⁹ e nonostante l'insolita assenza della garanzia antidiscriminatoria nella legge n. 81/2017 (meglio nota come Statuto del lavoro autonomo), la qualificazione dei lavoratori come autonomi non esclude di per sé l'applicazione della tutela

³⁹ Per una ricostruzione delle tappe ermeneutiche fondamentali relative alla ricostruzione del principio di eguaglianza e non discriminazione si veda M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991, 19 ss.; D. IZZI, *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005.

antidiscriminatoria, almeno con riferimento all'accesso al mercato del lavoro⁴⁰, se si considerano i fattori di discriminazione diversi dal sesso.

Compresa l'opportunità, anzi la necessità⁴¹, dell'estensione della normativa antidiscriminatoria, in merito alle discriminazioni dei lavoratori *on-demand* assoggettati al *rating* reputazionale credo che il giurista debba riflettere anzitutto su quale rilievo possa assumere il gradimento degli utenti nell'ambito della libertà d'impresa dunque quale sia bilanciamento tra quest'ultima e il principio di non discriminazione. Indicazioni preziose sul punto provengono dalla Corte di Giustizia che, all'interno delle sentenze gemelle del 14 marzo 2017 -relative a due ricorsi svolti da Belgio e Francia (rispettivamente C-157/15 *Achbita* e C-188/15 *Bougnaoui*) - ben dà l'idea della complessità e delicatezza di tale bilanciamento. Chiamata a giudicare la legittimità di una politica aziendale neutrale rispetto ad ogni simbolo religioso, politico, ideologico che imponeva ad una lavoratrice di spogliarsi del velo islamico -pur giungendo a delle conclusioni opinabili⁴²- la Corte ha affermato un importante principio di diritto. Pur

⁴⁰ Tale analisi è confermata anche dalla giurisprudenza nazionale. La Corte di Appello di Brescia, in merito al Caso Taormina (sent. del 05 settembre 2014, n. 399), ha condannato l'avvocato che affermò di negare l'accesso al proprio studio a collaboratori omosessuali. La Corte territoriale ha espressamente disatteso la difesa di parte convenuta, che faceva leva sull'impossibilità di applicare la normativa antidiscriminatoria in vista della futura natura autonoma dei rapporti di lavoro. Sul caso Taormina è di recente intervenuta anche la Corte di Giustizia che, con sentenza del 23 aprile 2020 (causa C-507/18, NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford), ha chiarito che rientrano nella nozione di «condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro» (ai sensi dell'art. 3 dir. 2000/78), anche le dichiarazioni pubbliche discriminatorie provenienti da un soggetto che sia sprovvisto della capacità giuridica di definire direttamente la politica assuntiva, ma che sia comunque capace di esercitare un'influenza determinante su quest'ultima o comunque che sia in grado di scoraggiare gli appartenenti alla categoria protetta di partecipare alle selezioni. Per un commento della recente decisione della Corte di Giustizia si rinvia a M. PIRONE, *La corte di giustizia e il primo caso italiano di discriminazione nel lavoro fondata sull'orientamento sessuale*, in corso di pubblicazione.

⁴¹ A sottolinearne l'estrema necessità, in tempi non sospetti e con estrema lungimiranza, è Marco Biagi nel suo Libro Bianco (38 e ss.): «*E' vero piuttosto che alcuni diritti fondamentali devono trovare applicazione, al di là della loro qualificazione giuridica, a tutte le forme di lavoro rese a favore di terzi: si pensi al diritto alla tutela delle condizioni di salute e sicurezza sul lavoro, alla tutela della libertà e della dignità del prestatore di lavoro, all'abolizione del lavoro minorile, all'eliminazione di ogni forma di discriminazione nell'accesso al lavoro, al diritto a un compenso equo, al diritto alla protezione dei dati sensibili, al diritto di libertà sindacale. È questo zoccolo duro e inderogabile di diritti fondamentali che deve costituire la base di un moderno "Statuto dei lavori"*».

⁴² La Corte di Giustizia, nel caso di specie, ha ritenuto legittima e non contrastante col diritto antidiscriminatorio l'adozione di una *policy* aziendale completamente neutrale rispetto ad ogni simbolo religioso, politico, ritenendo i mezzi impiegati appropriati e necessari. La decisione finale di escludere che nel caso di specie ci fosse una discriminazione indiretta presta il fianco ad alcune critiche dato che nel bilanciamento offerto dal giudice europeo il principio della

premettendo che il rispetto del gradimento dei clienti rappresenta un'estrinsecazione della libertà di impresa (tutelata *ex art.* 16 della Carta di Nizza), la CGUE ha precisato che, nel rispetto del disposto dell'articolo 4 della direttiva 2000/78/CE⁴³, il tener conto del desiderio dei clienti non può essere considerato un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, in quanto tale capace di escludere la sussistenza di discriminazioni⁴⁴. Pertanto, la volontà di assecondare le preferenze espresse dai clienti non può costituire per il datore di lavoro una causa di giustificazione di eventuali disparità di trattamento, siano esse direttamente o indirettamente discriminatorie. Tale conclusione è, d'altronde, perfettamente coerente con l'ormai consolidata interpretazione dell'art. 4 dir. 2000/78/CE⁴⁵: l'impiego di un criterio discriminatorio può essere giustificato solo se oggettivamente correlato alla specifica natura dell'attività lavorativa, nonché al contesto produttivo di riferimento; per contro, il tenore del richiamato articolo, «*non può includere considerazioni soggettive, quali la volontà del datore di lavoro di tener conto dei desideri particolari del cliente*»⁴⁶.

libertà di espressione del proprio credo sembra comprimersi eccessivamente a favore della valorizzazione della libertà d'impresa.

⁴³ L'art. 4, par. 1, della Dir. 2000/78/CE, in tema di requisiti per lo svolgimento dell'attività lavorativa, attribuisce agli Stati membri la possibilità di «*stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno qualunque dei motivi di cui all'art. 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato*».

⁴⁴ Precisamente nel caso *Bougnaoui* l'imposizione di togliere il velo in omaggio alle preferenze di un cliente, in assenza di una più ampia politica di neutralità aziendale, secondo la Corte integra una fattispecie di discriminazione diretta a meno che il "desiderio del cliente" non si riferisca ad un requisito essenziale e determinante della prestazione lavorativa, ferma restando la verifica della finalità legittima e della proporzionalità del requisito stesso. Per una maggiore trattazione della problematica, e in generale delle discriminazioni religiose si rinvia a M. MOCELLA, *Tutela della libertà religiosa e divieto di discriminazioni*, in www.dirittifondamentali.it, 1, 2020, 1691 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Freedom of Religion in the Workplace: the Current State of the Art*, in *VTDL*, 2019, 1263 ss. S. SCARPONI, *Rapporto di lavoro e simboli religiosi: neutralità e pregiudizio nelle sentenze della Corte di Giustizia sul velo islamico*, in www.europeanrights.eu;

⁴⁵ Cfr. CGUE, sent. 12 gennaio 2010, *Wolf*, C-229/08; CGUE sent. 13 settembre 2011, *Prigge*, C-447/09; CGUE sent. 13 novembre 2014, *Vital Pérez*, C-416/13. Per un focus sulle recenti applicazioni giurisprudenziali dell'art. 4, par. 2, dir. 2000/78 cfr. V. ALLOCCA, *I recenti sviluppi del divieto di discriminazione dei lavoratori per età e religione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in www.dirittifondamentali.it, 2/2020, 540 ss.

⁴⁶ CGUE, sent. 14.3.2017, C-188/15.

D'altronde, tale impostazione è altresì ribadita dalla giurisprudenza di merito interna⁴⁷ e si presenta come espressione diretta del nostro impianto assiologico costituzionale dato che, com'è noto, nel bilanciamento tra valori, la Carta costituzionale limita la tutela della libertà d'impresa se realizzata «*in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*»⁴⁸. Infine, assurgere a causa di giustificazione il gradimento del cliente significherebbe legittimare, in nome della maggiore redditività, la diffusione dei pregiudizi sociali, determinando un'illogica deprivazione di effettività al principio di non discriminazione e al singolo valore tutelato.

Dunque, in ossequio al diritto antidiscriminatorio, nazionale ed europeo, subordinare l'accesso al lavoro o alla retribuzione, nonché la continuazione della collaborazione all'esclusivo rispetto del gradimento dei clienti, non può rappresentare una causa di giustificazione qualora il desiderio del cliente sia di stampo discriminatorio. Sicché, nel caso delle piattaforme digitali - che hanno costruito la propria fortuna sulla promozione di una politica aziendale fortemente "appagativa" del desiderio del cliente, chiamato ad alimentare una costante profilazione reputazionale del lavoratore- le eventuali discriminazioni dovute a valutazioni distorte, non possono essere giustificate, né dalla politica di *customer satisfaction*, né dalla circostanza che esse siano state realizzate mediante l'impiego di strumenti di tecnologici apparentemente neutrali.

Pertanto, compresa l'applicabilità del diritto antidiscriminatorio e la non giustificabilità del ricorso al gradimento della clientela, occorre valutare l'adeguatezza della tutela antidiscriminatoria dinnanzi alle peculiarità delle discriminazioni nel lavoro su piattaforma.

In effetti, nei meccanismi algoritmici -sia quelli di *rating* che di *automatic management*- riconoscere, individuare e provare l'esistenza (o comunque la plausibilità) della discriminazione è cosa assai difficile. *In primis*, perché i meccanismi di funzionamento delle piattaforme digitali sono spesso oscuri e complessi da analizzare, il fenomeno decisorio viene scomposto in una pluralità di passaggi e influenzato da un

⁴⁷ Cfr. A. Milano, sent. 20 maggio 2016, n. 579, che ha dichiarato illegittima la richiesta fatta ad una lavoratrice di togliere il velo, motivata dalla sola preferenza del datore di lavoro per lavoratrici con "capelli lunghi e vaporosi".

⁴⁸ Art. 41 Cost.

set di dati abbondantissimo. Inoltre, gran parte delle discriminazioni che vengono a palesarsi sono discriminazioni indirette, visto l'impiego di meccanismi e sistemi apparentemente neutrali, capaci tuttavia di creare svantaggio in particolari gruppi di utenti, in vista dell'appartenenza ad un determinato sesso o orientamento sessuale, ad una determinata razza, origine e così via. Com'è noto, nonostante meritevoli aperture della dottrina⁴⁹, il dato normativo (si vedano i decreti legislativi n. 215 e 216 del 2003) suggerisce, come presupposto tipico di una discriminazione indiretta, il cd. *disparate impact*⁵⁰, la cui individuazione potrebbe essere molto complessa nei sistemi digitalizzati, vista la loro complessità e la scarsa trasparenza. Analogamente, potrebbe risultare in concreto molto difficile per la vittima soddisfare i requisiti della precisione e concordanza nella produzione di fatti idonei «fondare la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori⁵¹».

Per risolvere la problematica dell'oscurità dei meccanismi algoritmici, utili argomentazioni potrebbero rinvenirsi, ancora una volta, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quest'ultima, infatti, nella sentenza *Danfoss* (C-109/88) chiarì che qualora l'impresa dovesse adottare un sistema retributivo totalmente privo di

⁴⁹ Ci si riferisce all'autorevole tesi secondo cui la ricostruzione oggettiva del fenomeno discriminatorio impone una qualificazione del fenomeno svincolata dalla necessità di istaurare un confronto con la situazione di altri soggetti. Sicché si dovrebbe venire a configurare «un diritto assoluto a non essere discriminati, intimiditi degradati, umiliati e dunque a non essere "svantaggiati" e non già "più svantaggiati"». M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione*, cit., 410 e 411.

⁵⁰ Sulle nozioni di discriminazione diretta e indiretta si rinvia a A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi e tutele*, Cedam, Padova, 2010, 63 ss.

⁵¹ Art. 40 Codice delle Pari Opportunità. La garanzia dell'alleggerimento dell'*onus probandi* rispetto alla regola di cui all'art. 2729 c.c. è specificata ulteriormente nell'art. 28 d.lgs. 150/2011 secondo cui «quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata». I requisiti di precisione e concordanza continuano ad essere necessari per soddisfare l'onere probatorio, come ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, che seppur con delle aperture (si richiede una «pluralità di tratti distintivi di univoca convergenza») continua a ribadire che il ricorso a dati statistici non costituisce criterio autonomo/sostitutivo di prova. Cfr. Cassazione civile, sez. lav., 26 luglio 2016, n. 15435. Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale nazionale in tema di discriminazioni si veda M. CERBONE, *Profili processuali della tutela antidiscriminatoria: il ruolo dei giudici*, in A. VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 133 ss.; M. CERBONE, *La tutela antidiscriminatoria nella giurisprudenza italiana*, in R. SANTUCCI, G. NATULLO, V. ESPOSITO, P. SARACINI (a cura di), «Diversità culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni», Franco Angeli, Milano, 2009, 168 ss.

trasparenza -tenuto conto che il soggetto discriminato non può provare la fondatezza dell'accusa di discriminazione e neppure la sua verosimiglianza, secondo il regime dell'attenuazione dell'onere probatorio⁵²- incomberà interamente sulla parte datoriale l'onere di dimostrare che tale prassi non è discriminatoria. Per analogia allora si potrebbe ritenere che qualora il datore di lavoro faccia affidamento ad oscuri meccanismi algoritmici, in presenza di una discriminazione, allora sarà la parte datoriale a dover dimostrare che in concreto l'algoritmo impiegato non ha attuato illecite disparità di trattamento, sussistendo una causa di giustificazione o una deroga legittima.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha manifestato ulteriori aperture ad un alleggerimento dell'onere probatorio nell'interpretazione offerta della direttiva 2006/54, affermando che «l'articolo 19, paragrafo 1, della suddetta direttiva va interpretato nel senso che tale disposizione non impone alla parte che si ritiene lesa da una siffatta discriminazione di produrre, per stabilire un'apparenza di discriminazione, statistiche o fatti precisi relativi ai lavoratori interessati dalla normativa nazionale in oggetto se detta parte non ha accesso o ha accesso solo difficilmente a tali statistiche o fatti»⁵³. Sicché, secondo la Corte il soggetto che si ritiene lesa da una discriminazione indiretta ben può dimostrare la parvenza di discriminazione ricorrendo a fatti statistici generali riferiti al mercato del lavoro nello Stato membro interessato, nel caso in cui, per le particolarità del caso, l'interessato non è nella possibilità di produrre informazioni più specifiche, relative al preciso gruppo di lavoratori pertinente, essendo tali dati difficilmente accessibili, se non indisponibili.

Inoltre, sempre in merito alla difficoltà di assolvere all'onere probatorio, a partire dalla causa *Meister*, la Corte di Giustizia ha anche chiarito che il giudice, ai fini della decisione, può tener conto della difficoltà della vittima della discriminazione di accedere ai documenti indicanti indizi e/o presunzioni di discriminazione. Precisamente i giudici europei ricordano che anche se la normativa europea «non

⁵² Si tratterebbe di una mera inversione dell'onere probatorio, dato che gli elementi di fatto forniti dal ricorrente devono comunque soddisfare il requisito di "serietà". Cfr. R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina*, in ADL, 2015, 820 ss.

⁵³ Cfr. CGUE, causa C-274/18, *Minoo Schuch-Ghannadan* contro *Medizinische Universität Wien*, sent. 3 ottobre 2019, par. 57.

prevede a favore di colui che si ritenga leso dal mancato rispetto del principio della parità di trattamento un diritto specifico di accedere alle informazioni utili a dimostrare elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta, resta il fatto che non può essere escluso che il diniego da parte della convenuta di fornire informazioni, nell'ambito dell'accertamento dei fatti stessi, possa rischiare di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva medesima, privando in tal modo detta disposizione, segnatamente, del proprio effetto utile⁵⁴».

Dunque, sulla scia di tali aperture, l'estrema difficoltà di far luce sulle tappe decisionali dei meccanismi algoritmici - che, nel *mare magnum* di dati e informazioni, organizzano il lavoro sulle piattaforme digitali, selezionano e classificano i lavoratori - potrebbe essere superata da una completa inversione dell'onere probatorio. Tuttavia, tale soluzione è destinata a scontrarsi con l'altra grande difficoltà di individuare la discriminazione nei meandri delle piattaforme digitali, nonché dalla debolezza dell'iniziativa individuale in contesti, come quelli del lavoro *on-demand*, dominati ancora da forte individualismo. Per rafforzare l'agibilità e l'effettività della tutela antidiscriminatoria, anche e soprattutto nel lavoro sulle piattaforme, sarebbe auspicabile un ampliamento e rafforzamento delle azioni collettive a tutela delle discriminazioni⁵⁵. Per superare i limiti dell'attivismo individuale e dar voce a lavoratori che altrimenti difficilmente potrebbero attivarsi, la mobilitazione di organismi collettivi rappresenta un'azione preziosa contro forme di discriminazioni che si annidano in contesti tendenzialmente anonimi e ombrosi.

5. La tecnologia come strumento di lotta alle discriminazioni?

⁵⁴ Cfr. CGUE, causa C-415/10, sent. 19 aprile 2012, par. 39.

⁵⁵ Com'è noto il diritto comunitario si limita a consentire che gli Stati, accanto alle azioni individuali, introducano forme di sostegno collettive. L'ordinamento interno ha provveduto, tuttavia in modo disomogeneo, riconoscendo la legittimazione passiva alle associazioni e organizzazioni rappresentative dell'interesse leso (art. 36 Codice delle Pari Opportunità e art. 5 d.lgs. 216/2003), nonché alle associazioni, iscritte ad appositi elenchi e in possesso di delega (art. 5 d.lgs. 215/2003). A partire dalla già richiamata sentenza *Feryn*, la Corte di Giustizia ha promosso le azioni collettive, riconoscendo la categoria delle cd. "discriminazioni senza vittima", ossia di discriminazioni in cui non vi è una vittima identificabile per cui viene riconosciuta la legittimazione attiva di enti esponenziali. Per una ricostruzione azioni collettive cfr. M. PIRONE, *Le azioni collettive contro le discriminazioni nel lavoro*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, 242 ss.

È possibile affermare che dietro l'apparente neutralità e imparzialità delle piattaforme digitali e dei loro modernissimi algoritmi si celano rischi pericolosi di discriminazione in materia di assunzione, condizioni di lavoro, trattamento retributivo, promozione e licenziamento. In teoria, l'oggettività dell'algoritmo dovrebbe favorire la creazione di un mercato del lavoro neutrale e inclusivo; invece le sperimentazioni finora messe in campo dalle piattaforme digitali risultano idonee a rafforzare i pregiudizi esistenti, perché a differenza degli umani chiaramente gli algoritmi non sono equipaggiati per contrastare consapevolmente il pregiudizio appreso da una programmazione o da un *set* di dati distorti.

Così, le tradizionali debolezze della repressione del fenomeno discriminatorio rischiano di acuirsi nelle forme di lavoro su piattaforma a causa dell'oscurità dei meccanismi della *gig economy*, della pervasività del *rating* reputazionale nella sfera professionale, della difficoltà di individuare la discriminazione e riconoscere la responsabilità in capo alle piattaforme digitali. A tali difficoltà si aggiunge il rischio di un tautologico ricorso all'algoritmo, ovvero, che l'impiego dell'algoritmo finisca per essere una giustificazione in sé, per quei datori di lavoro che, chiamati a giustificare la mancata assunzione o promozione di un lavoratore o il suo licenziamento adducano di aver utilizzato un criterio neutrale, perché algoritmico.

Pertanto, se da un lato l'apparato protettivo del moderno diritto antidiscriminatorio, grazie alla sua naturale *vis* espansiva e alle preziose aperture della Corte di Giustizia, risulta in grado di contrastare anche queste nuove manifestazioni della discriminazione, d'altro canto le difficoltà di far luce sui meccanismi delle piattaforme digitali, la complessità di provare il *fumus* della discriminazione, le debolezze dell'attivazione individuale o collettiva, in contesti ancora poco rappresentati, potrebbero rischiare di vanificare del tutto l'effettività della tutela. Per questo è fondamentale intervenire con la regolamentazione del lavoro sulle piattaforme digitali e dei loro algoritmi⁵⁶, sia quelli utilizzati per l'assegnazione dei turni e delle occasioni di lavoro sia quelli di classificazione dei lavoratori tramite i processi di *data mining*.

⁵⁶ Da diversi anni le scienze umane parlano di "tecnoregolazione", per indicare non solo la necessità di regolamentare la tecnologia, ma anche la necessità che la tecnologia diventi parte integrante della regolamentazione. Cfr. C. AGATA, A. MANGIAMELI, *Tecno-diritto e tecnoregolazione. Spunti di riflessione*, in *RFD*, 2017, 87 ss.

Per mezzo di una regolamentazione implementativa e strategica, si potrebbero valorizzare le tante potenzialità delle nuove tecnologie digitali, che sono e saranno sempre più parte integrante della vita sociale ed economica. Mediante interventi tecnoregolamentativi lungimiranti si potrebbero impiegare le nuove tecnologie come ulteriori strumenti di contrasto alle discriminazioni. A tal fine, anzitutto pare necessario intervenire sulla garanzia di trasparenza e tracciabilità dei processi decisionali e gestionali impiegati dalle *digital labour platforms*. La regolamentazione della trasparenza degli algoritmi, dunque, lungi dal rappresentare un freno alla loro proliferazione, potrebbe rappresentarne finanche un incentivo. A sottolinearlo tra le righe d'altronde è anche il Consiglio di Stato⁵⁷, secondo cui l'impiego di algoritmi nella Pubblica Amministrazione oltre che attività lecita è attività meritevole e incoraggiabile, ponendosi il loro impiego come doverosa declinazione dell'art. 97 della Carta costituzionale⁵⁸. Tuttavia, nel rispetto della trasparenza, imparzialità e buon andamento, è necessario che i fondamenti della decisione dell'algoritmo siano chiari e tracciabili affinché possano esser assoggettati alla piena cognizione e al pieno sindacato del giudice.

La trasparenza e la tracciabilità si pongono, dunque, come requisiti imprescindibili per un largo uso degli algoritmi. A sottolinearlo è anche il Libro bianco della Commissione Ue del 19/02/2020, secondo cui affinché il ricorso alle nuove tecnologie possa essere affidabile e pienamente rispettoso di diritti fondamentali della

⁵⁷ Si fa riferimento alla decisione con cui il Consiglio di Stato ha dichiarato fondato l'appello di alcuni insegnanti contro l'impiego di un algoritmo per le assegnazioni delle sedi. Secondo i giudici l'impossibilità di comprendere le modalità concrete di funzionamento dell'algoritmo e, dunque, dei criteri in base a cui i posti sono stati assegnati costituisce un vizio capace di inficiare l'intera procedura. L'impiego di un algoritmo oscuro è diretta violazione dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza dato che al giudice non risulta possibile «*comprendere per quale ragione le legittime aspettative di soggetti collocati in una determinata posizione in graduatoria siano andate deluse*», comportando disparità di trattamento nella procedura pre-assuntiva. Cfr. Consiglio di Stato, sentenza 8 aprile 2019 n. 2270.

⁵⁸ Secondo il Collegio «*l'utilizzo di una procedura informatica non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata. In altre parole, l'assenza di intervento umano in un'attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, secondo regole predeterminate (che sono, queste sì, elaborate dall'uomo), e l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97 Cost., coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica*».

persona (principio di non discriminazione e *privacy* in particolare) è necessario promuovere una regolamentazione, auspicabilmente di livello sovranazionale, che tenga conto di sette requisiti fondamentali: a) intervento e sorveglianza umani; b) robustezza tecnica e sicurezza; c) riservatezza e governance dei dati; d) trasparenza; e) diversità, non discriminazione ed equità; f) benessere sociale e ambientale, e *accountability*⁵⁹.

Nel rispetto di tali requisiti, la regolamentazione dovrà avvenire in modo mirato, *in primis* con il riconoscimento dell'obbligo in capo alle piattaforme di rendere trasparenti parametri, valori e meccanismi che guidano la valutazione algoritmica per consentire ai lavoratori di esserne consapevoli e partecipare alla loro definizione. A ciò deve aggiungersi una promozione delle misure collettive per contrastare l'invisibilità individuale, la garanzia del diritto al contraddittorio del lavoratore valutato negativamente, l'estensione del divieto di clausole e condotte abusive.

Per evitare che i benefici delle intelligenze artificiali possano essere appannaggio di una ristretta cerchia di privilegiati attori economici, si dovranno promuovere interventi volti a sfruttare le potenzialità delle nuove tecnologie a vantaggio dell'eguaglianza sostanziale. Nel *web*, ad esempio, sono sorte alcune innovative sperimentazioni di "autotutela" contro le piattaforme digitali, come *Faircrowdwork* e *Turkopticon*, nate con l'obiettivo di contrastare l'asimmetria informativa tipica del *lavoro on-demand* e rafforzare la posizione dei lavoratori nel mercato digitale⁶⁰. Tali piattaforme utilizzano *a contrariis* i meccanismi tipici della *gig economy*, andando a recensire l'operato delle piattaforme, l'affidabilità dei committenti, i rischi, i pericoli e gli abusi a cui i lavoratori vengono esposti. Negli Stati Uniti nel 2017 è nata l'**Algorithmic Justice League, un'associazione avente la finalità di individuare e contrastare le discriminazioni da algoritmo**. Sulla scia di tali eventi, il contrasto alle

⁵⁹ Commissione Europea, *On Artificial Intelligence. A European approach to excellence and trust*, White Paper, 65, 2020, 11 ss. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_it.pdf.

⁶⁰ Si tratta di forme di "organizzazione sindacale informale", in grado di valorizzare gli strumenti digitali per neutralizzare i rischi del lavoro *on-demand*, in primis il mancato pagamento. Il sindacato tedesco *Ig Metal* ha creato un'apposita piattaforma sindacale, la *FairCrowdWork Watch*, per il controllo del lavoro sul *web*, stabilendo forme di partenariato con altri sindacati e giungendo a stipulare un Codice di Condotta in grado di costituire una base per una cooperazione leale tra le piattaforme, i clienti e i *crowdworkers*.

discriminazioni potrebbe essere inserito nei codici di funzionamento come finalità a cui uniformare la decisione dell'algoritmo. Ad esempio, tra le variabili di cui l'algoritmo deve tener conto potrebbero introdursi, come correttivi, anche i dati statistici sulle discriminazioni. In maniera complementare si potrebbe altresì fissare un obbligo di comunicazione dei risultati algoritmici di gestione della forza lavoro così da monitorare costantemente l'eventuale proliferazione di discriminazioni. Inoltre, nei *software* di programmazione si potrebbero inserire i cd. *gender equality plans*⁶¹, e in generale avvalersi della tecnologia per la promozione di azioni positive⁶².

Dunque, le osservazioni sinora svolte dimostrano quanto necessaria e urgente sia l'adozione di una regolamentazione implementativa che, attraverso un maggiore dialogo tra saperi (giuridici, sociali, tecnologici, economisti), pianifichi una disciplina in grado di governare la rivoluzione digitale, valorizzando le potenzialità delle nuove tecnologie al servizio dei diritti fondamentali e indirizzando il loro impiego alla costruzione di una società e di un mercato del lavoro più inclusivi, liberati, finalmente, da odiosi pregiudizi, stereotipi e stigmatizzazioni.

⁶¹ Cfr. <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/toolkits/gear/what-gender-equality-plan-gep>.

⁶² Per la trattazione dei caratteri e delle potenzialità delle azioni positive cfr. A. LASSANDARI, *op. cit.*, 322 ss.

Bibliografia

- C. AGATA, A. MANGIAMELI, *Tecno-diritto e tecno-regolazione. Spunti di riflessione*, in *RFD*, 2017, 87 ss.
- C. ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. ALESSI, M. BARBERA L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019, 683 ss.
- N. ALKIVIADOU, *Hate speech on social media networks: towards a regulatory framework?*, in *JICTL*, vol. 28, 2019, 19 ss.
- V. ALLOCCA, *I recenti sviluppi del divieto di discriminazione dei lavoratori per età e religione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in www.dirittifondamentali.it, 2/2020, 524 ss.
- M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991.
- M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 2003, 399 ss.
- M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 2007.
- M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclo-fattorini*, in *LLI*, vol. 5, n. 2, 2019, 4 ss.
- S. BAROCAS, A. D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, in *CLR*, 104, 2016, 674 ss.
- A. R. BARZILAY, A. BEN-DAVID, *Platform Inequality: Gender in the Gig-Economy*, in *SHLR*, Vol. 47, n. 2, 393 ss.
- G. BIRGILLITO, M. BIRGILLITO, *Algorithms and ratings: tools to manage labour relations. Proposals to renegotiate labour conditions for platform drivers*, in *LLI*, 2, 2018, 27 ss.
- F. CARINCI, *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020*, n. 1663, in *LDE*, 2020, 2 ss.
- M. T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada... sulle ruote dei riders di Foodora*, in *RIDL*, 2019, 350 ss.
- M. CERBONE, *Profili processuali della tutela antidiscriminatoria: il ruolo dei giudici*, in A. VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 133 ss.
- M. CERBONE, *La tutela antidiscriminatoria nella giurisprudenza italiana*, in R. SANTUCCI, G. NATULLO, V. ESPOSITO, P. SARACINI (a cura di), *"Diversità" culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, Franco Angeli, Milano, 2009, 168 ss.
- E. DAGNINO, *Una questione di fiducia: la reputazione ai tempi delle piattaforme online tra diritto alla privacy e prospettive di mercato*, in *DRI*, 2017, 247 ss.
- A. DATTA, D. K. MULLIGAN, M. C. TSCHANTZ, *Discrimination in Online Personalization: A Multidisciplinary Inquiry*, in *PMLR*, n. 81, 2018, 1 ss.
- R. DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2019, 358 ss.
- G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001.
- P. HACKER, *Teaching fairness to artificial intelligence: Existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law*, in *CMLR*, no. 4, 2018, 1143 ss.
- D. IZZI, *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005.
- P. T. KIM, *Data-Driven Discrimination at Work*, in *WMLR*, vol. 58, n. 3, 2017, 857 ss.
- M. KULLMANN, *Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law*, in *CLLIR*, 34, n. 1, 2018, 1 ss.
- A. LAMBRECHT, C. TUCKER, *Algorithmic Bias? An Empirical Study into Apparent Gender-Based Discrimination in the Display of STEM Career Ads*, in *MS*, 2018, vol. 75, n. 7, 2966 ss.
- A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi e tutele*, Cedam, Padova, 2010.
- N. LEONG, A. BELZER, *The New Public Accommodations: Race Discrimination in the Platform Economy*, in *GLJ*, vol. 105, 2017, 1271 ss.
- M. MAGNANI, *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *DRI*, 2020, 105 ss.
- M. MOCELLA, *Tutela della libertà religiosa e divieto di discriminazioni*, in www.dirittifondamentali.it, 1, 2020, 1691 ss.
- G. PACELLA, *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?*, in *LLI*, vol. 3, n. 1, 2017.
- G. PACELLA, *Lavoro e piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica subordinato il rapporto tra Uber e gli autisti*, in *RIDL*, 2017, pp. 560 e ss.
- M. PEYRONNET, *Take Eat Easy contrôle et sanctionne des salariés*, in *RDT*, 2019, n. 1, 36 e ss.

- A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 410/2020.
- M. PIRONE, *Le azioni collettive contro le discriminazioni nel lavoro*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, 242 ss.
- M. PIRONE, *La corte di giustizia e il primo caso italiano di discriminazione nel lavoro fondata sull'orientamento sessuale*, in *DML*, in corso di pubblicazione.
- A. PIZZOFERRATO, *Freedom of Religion in the Workplace: the Current State of the Art*, in *VTDL*, 2019, 1263 ss.
- G. QUADRI, *Il lavoro tramite piattaforme digitali: problemi di qualificazione e tecniche di tutela*, in *DML*, 2019, 735 ss.
- E. RAIMONDI, *Il lavoro nelle piattaforme digitali e il problema della qualificazione della fattispecie*, in *LLI*, vol. 5, no. 2, 2019, 59 ss.
- R. SANTAGATA DE CASTRO, *Le discriminazioni sul lavoro nel «diritto vivente». Nozioni, giustificazione, prova*, ESI, Napoli, 2019.
- R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina*, in *ADL*, 2015, 820 ss.
- R. SANTUCCI, *Sull'interpretazione del diritto del lavoro per consentirne la 'migliore certezza possibile'*, in *Scritti in onore di Francesco Santoni*, in corso di pubblicazione.
- G. SANTORO PASSARELLI, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 411/2020.
- L. SWEENEY, *Discrimination in Online Ad Delivery*, in *CACM*, vol. 56, n. 5, 2013, 44 ss.
- N. VAN DOORN, *Platform labor: on the gendered and racialized exploitation of low-income service work in the 'on-demand' economy*, in *ICS*, 2017, 6, 898 ss.

Abbreviazioni delle riviste

ADL = Argomenti di diritto del lavoro
BJELL = Berkeley Journal of Employment & Labor Law
CLR = California Law Review
CACM = Communications of the ACM
CMLR = Common Market Law Review
DLRI = Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
DML = Diritto del mercato del lavoro
DRI = Diritto delle Relazioni industriali
GLJ = Georgetown Law Journal
ICS = Information, Communication & Society
JICTL = Journal Information & Communications Technology Law
LDE = Lavori Diritti Europa
LLI = Labour & Law Issues
MLR = Maryland Law Review
MS = Management science
PMLR = Proceedings of Machine Learning Research
RDT = Revue Droit du Travail
RFD = Rivista di filosofia del diritto
RIDL = Rivista italiana di diritto del lavoro
SHLR = Seton Hall Law Review
VTDL = Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro
WMLR = William & Mary Law Review