

Riflessioni intorno alla partecipazione dei lavoratori nell'era dell'algoritmo, alla luce dell'accordo Just Eat- Takeaway.com

di Ingrao Alessandra

1. Statuto dei lavoratori e codeterminazione delle soluzioni tecnologiche adottate dall'impresa

Il valore della legge n. 300 del 1970 è il portato di scelte precorritrici dei tempi compiute da un legislatore lungimirante sul terreno delle implicazioni dell'evoluzione tecnologica nel rapporto di lavoro. In un'epoca in cui negli ambienti produttivi non era diffusa né la tecnologia informatica né quella algoritmica, lo Statuto dei lavoratori aveva infatti intrapreso una scelta di protezione autentica dell'uomo che lavora e dei diritti fundamentalissimi che gli appartengono di dignità e libertà, riuscendo al contempo a favorire le esigenze di ammodernamento tecnologico dell'impresa.

Di fronte ai rischi insiti nell'installazione dei primi impianti audiovisivi nelle fabbriche, segnalati dalla dottrina più attenta sul finire del 1960,¹ il legislatore dello Statuto dei lavoratori dimostrava di aver

¹ C. Smuraglia, *Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore (a proposito della installazione di impianti di ripresa televisiva nelle fabbriche)*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1960, I, pp. 303-316.

ben compreso quanto un controllo tecnologico sull'attività lavorativa, anonimo e onnipervasivo, potesse essere lesivo della sfera giuridica del lavoratore.² Per tale ragione, l'art. 4 di quella legge aveva optato per una forma di tutela prevenzionistica e partecipativa dei prestatori, che valorizzava ampiamente il preventivo controllo dei rappresentanti dei lavoratori in azienda sulle apparecchiature che il datore di lavoro avrebbe inteso installare nell'ambiente lavorativo.

Dalla norma discendeva, infatti, un obbligo del datore di lavoro a trattare con la RSA – nel rispetto dell'art. 39, comma 1, cost.,³ ogniqualvolta intendesse installare tecnologie che potessero dare vita preterintenzionalmente a un controllo a distanza sull'attività lavorativa, fermo restando che il monitoraggio diretto del prestatore restava assolutamente precluso.

La trattativa aziendale, finalizzata alla stipulazione di un accordo gestionale⁴ con la RSA,⁵ presupponeva logicamente che questa fosse

2 A. Freni, G. Giugni, *Lo Statuto dei lavoratori*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 83.

3 In difetto di accordo – nel caso in cui nell'unità produttiva non fossero state costituite RSA o, nonostante la loro costituzione, non fosse stato possibile raggiungere l'accordo – il datore di lavoro doveva fare istanza alle Direzioni territoriali del lavoro. L'organo amministrativo, per il tramite di un provvedimento, aveva il potere di dettare "le modalità per l'uso di tali impianti". Avverso i provvedimenti dell'Ispettorato del lavoro, e in seguito delle Dtl, "il datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza di queste, la commissione interna, oppure i sindacati dei lavoratori di cui al successivo art. 19, (potevano) ricorrere entro 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento, al Ministero per il lavoro e la previdenza sociale". Cfr. A. Bellavista, *Gli accordi sindacali in materia di controlli "a distanza" sui lavoratori*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2014, 8-9, pp. 737 ss., spec. P. 739.

4 L'accordo era in grado di vincolare la generalità dei lavoratori, anche non iscritti al sindacato, visto che la norma prevedeva un'autorizzazione equipollente e alternativa, il cui contenuto è applicabile all'intera collettività aziendale. Inoltre, si trattava di una materia "indivisibile", che necessariamente coinvolge tutti i lavoratori che si trovano nel medesimo luogo d'installazione delle apparecchiature, C. Zoli, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. 1, Padova, CEDAM, 2010, p. 494.

5 Nel vigore della vecchia disposizione era insorto un contrasto interpretativo relativo all'ipotesi in cui sul luogo di lavoro fossero presenti più RSA. Ci si chiedeva in particolare se l'accordo, per essere valido, dovesse essere sottoscritto da tutte le RSA oppure se fosse sufficiente il raggiungimento della maggioranza dei consensi. Quest'ultima interpretazione aveva riscosso maggiore successo in dottrina, anche in ragione del principio generale che informa ogni sistema rappresentativo, in base al quale "ferma la possibilità di tutti di concorrere, la maggioranza ha diritto di governare" G. Pera, *Sub art. 4*, in C. Assanti, G. Pera, *Commento allo statuto dei lavora-*

anche titolare del diritto-dovere di esaminare le “apparecchiature” incorporanti funzioni di controllo, permettendole così di acquisire elementi conoscitivi necessari al fine di pianificare eventuali misure di protezione dei lavoratori da negoziare con il datore di lavoro. Per questa via, dunque, il legislatore dello Statuto nel 1970 attribuiva ai lavoratori di un diritto d’informazione e accesso che consentiva loro, per il tramite dei loro rappresentanti, di esercitare “un efficace controllo (...) sul controllo dell’imprenditore”.⁶

In secondo luogo, la RSA avrebbe dovuto riscontrare in concreto le esigenze tassativamente descritte dall’art. 4, comma 1, organizzative, produttive e di sicurezza sul lavoro sottese all’installazione, soffermandosi così anche sugli scopi che animavano l’azienda a introdurre sui luoghi di lavoro una nuova tecnologia.

Il regime co-determinativo appena descritto ci permette di apprezzare come, nella logica statutaria, la protezione dei diritti di libertà e dignità non era una questione da affrontare sul piano individuale, quanto piuttosto affidata a una forma di tutela collettiva considerata l’unica capace di imporsi sulle scelte della controparte.

L’assunto è confermato sia dal contenuto degli accordi stipulati nel vigore del vecchio testo dell’art. 4 dello Statuto dei lavoratori che contenevano immancabilmente la clausola di non utilizzabilità a fini disciplinari delle informazioni raccolte,⁷ sia dalle statuizioni di quella giurisprudenza che aveva elaborato il principio di tassatività dei soggetti legittimati a contrattare, non ammettendo che il regime co-deter-

tori, Padova, CEDAM, 1972, p. 35; E. Stenico, *La tutela della riservatezza del lavoratore nell’esercizio della prestazione*, in *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2000, n. 24, pp. 153 ss., spec. p. 175.

6 A. Bellavista, *Elaborazione automatizzata dei dati personali e tutela della privacy*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 1989, vol. II, p. 1129.

7 Nella prassi gli accordi replicavano il divieto generale e imperativo di controllo sull’attività lavorativa di cui all’art. 4, comma 1, st. lav., rafforzandone la portata. Al fine di tutelare la dignità del lavoratore, in altri termini, la codeterminazione inibiva l’impiego dei dati per finalità non riconducibili alle ragioni organizzative produttive e di sicurezza del lavoro, imprimendo così un vincolo finalistico sull’utilizzabilità delle informazioni raccolte.

minativo potesse essere aggirato ottenendo il consenso del lavoratore, espresso o meno in forma scritta, né individualmente né collegialmente⁸ (come aveva, viceversa, riconosciuto nel 2012 una isolata e molto criticata sentenza della Corte di Cassazione)⁹ né tanto meno l'assenso di un soggetto sindacale diverso da quello indicato nella norma.¹⁰

La co-determinazione, peraltro, era il procedimento da preferire rispetto all'autorizzazione amministrativa, pur prevista in assenza di accordo con i rappresentanti dei lavoratori a seguito di una trattativa non fruttifera, ma avviata dal datore di lavoro in buona fede. Viceversa, il datore di lavoro che, volendo bypassare la trattativa con la RSA per l'installazione della tecnologia di controllo a distanza si fosse rivolto direttamente alla Direzione Territoriale del lavoro competente, avrebbe commesso una condotta antisindacale reprimibile con il procedimento speciale delineato dall'art. 28 dello Statuto dei lavoratori.¹¹

8 Cfr., *inter alias*, Cass. 17 aprile 2012, n. 16622, in *Foro italiano*, 2012, I, cc. 3328 ss. e, da ultimo, Cass. pen. 31 gennaio 2017, n. 22148, che pronunciandosi sull'installazione di una telecamera non autorizzata ha ritenuto violato il precetto penale, riformato a seguito del *Jobs Act*, ribadendo il principio di diritto secondo cui il reato è integrato anche se il datore di lavoro ha acquisito, preventivamente e in forma scritta, il consenso di tutti i lavoratori, perché il bene tutelato dalla disposizione è di titolarità collettiva.

9 Si fa riferimento a Cass. pen., 11 giugno 2012, n. 2261, in *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 2012, pp. 465 ss. (est. Banti) che aveva ritenuto la liceità, con esclusione della responsabilità penale del datore di lavoro, di un sistema di videosorveglianza installato con la preventiva autorizzazione in forma scritta di tutti i lavoratori dell'unità produttiva.

10 Per l'esclusione delle Rsu, v. M. Miscione, *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 2013, pp. 761 ss. Cass. 16 settembre 1997, n. 9211 aveva poi escluso che gli organi di coordinamento delle RSA previsti dall'art. 19, ultimo c., st. lav. fossero legittimati a stipulare l'accordo. Il Ministero del lavoro, 19 giugno 1989, in *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 1989, p. 437 aveva stabilito, nell'ipotesi di impresa con sedi dislocate sul territorio nazionale, che "in assenza di una RSA in una unità produttiva, la titolarità a ricercare un preventivo accordo con l'azienda ai sensi e per gli effetti dell'art. 4 st. lav. non (poteva) essere attribuita in via surrogatoria alla RSA di una qualsiasi altra unità produttiva della medesima azienda", perché in tal caso il datore avrebbe dovuto rivolgersi direttamente all'Ispettorato provinciale del lavoro per ottenere l'autorizzazione amministrativa. Inoltre, nel medesimo provvedimento il Ministero aveva negato la possibilità di "centralizzare" la procedura sindacale e amministrativa nel luogo in cui fosse ubicata la direzione generale della società, senza coinvolgere le RSA costituite presso le singole Unità produttive o le Direzioni territoriali competenti.

11 Cass. 16 settembre n. 9211; Cass., pen., 31 gennaio 2017, n. 22148

Senza potersi dilungare su tale rimedio in questa sede, non è possibile non notare che l'effettività dei diritti protetti dalla l. 300 del 1970 era garantita grazie a un sistema circolare che includeva una norma di chiusura volta a reprimere le eventuali condotte antisindacali che il datore avrebbe potuto realizzare.

Infine, occorre ricordare che l'installazione di tecnologia di controllo non co-determinata con la RSA o autorizzata dall'autorità amministrativa possedeva una rilevanza probatoria, oltretutto sostanziale. La violazione della disposizione, infatti, non solo non avrebbe permesso al datore di lavoro di utilizzare contro il lavoratore le informazioni memorizzate nei dispositivi in un eventuale procedimento disciplinare o processo – imponendo anche al giudice il vincolo istruttorio di dichiarare inammissibili le prove raccolte illecitamente grazie a un controllo sleale – ma avrebbe altresì integrato gli estremi di un reato contravvenzionale assoggettato alla sanzione penale di cui all'art. 38 st. lav.

La percezione di una giovane studiosa è che l'art. 4 st. lav. conteneva già nel 1970 l'intuizione che le minacce derivanti dalla tecnologia all'uomo si possono fronteggiare soltanto attraverso due vie. La prima è quella della partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, sub specie di partecipazione alla gestione, miglioramento e umanizzazione delle prerogative tecnologiche dell'impresa.¹² La seconda è quella che fa leva sul principio di prevenzione e trasparenza.

12 Cfr. C. Smuraglia, *Progresso tecnico*, cit., 311-316, il quale, facendo leva sul precetto contenuto nell'art. 46 cost., che enuclea il diritto di ciascun lavoratore alla collaborazione alla gestione dell'impresa, ipotizzava, già prima dell'emanazione dello Statuto, che i lavoratori per il tramite delle associazioni collettive potessero “studiare con la direzione aziendale i problemi” che dall'installazione di impianti di videosorveglianza potessero derivare e, una volta installate le telecamere, controllarne l'uso.

2. I nuovi modelli imprenditoriali data-driven: dal controllo alla direzione e organizzazione dell'attività lavorativa per il tramite dei dati. Brevi riflessioni sugli algoritmi decidenti delle piattaforme del food delivery

Prima di soffermarsi sulle modifiche all'art. 4 st. lav. attraverso la sua sostituzione a opera dell'art. 23, d.lgs. 151 del 2015 attuativo della più ampia del c.d. *Jobs Act*, occorre fare il punto sui nuovi rischi cui l'evoluzione tecnologica sta originando negli ambienti lavorativi. Se lo Statuto dei lavoratori aveva intrapreso scelte coraggiose di sostegno alla contrattazione collettiva nei luoghi di lavoro, avendo compreso la realtà tecnologica di quel tempo, allora anche oggi il giuslavorista non può ritenersi esente dal compito di studiare i principali snodi della realtà per pensare e studiare soluzioni regolative che siano adeguate alle sfide che progresso tecnologico pone all'organizzazione del lavoro.

Su questo fronte non può essere trascurato che le “apparecchiature” che possono essere installate nei luoghi di lavoro o date in dotazione ai lavoratori all'esterno di questi, non si limitano più soltanto a controllare l'attività, ma – per far fronte alle esigenze di gestire, organizzare e dirigere il personale – sfruttano appieno il loro potenziale estrattivo del carburante che permette all'ecosistema digitale di sopravvivere: il dato personale.

Nella società dell'informazione, infatti, l'analisi e l'interpretazione dei dati costituiscono operazioni strategicamente rilevanti per l'impresa che voglia prendere *smarter business decision*. La c.d. *data analysis* consente, infatti, all'impresa sul fronte esterno-consumeristico, di comprendere le preferenze della clientela e persino di predirne i futuri *market trends*; mentre, sul fronte interno-organizzativo, essa dà vita al c.d. *data driven management* che si propone di organizzare, dirigere e ottimizzare anche la gestione delle risorse umane, utilizzando informazioni estratte grazie alle nuove tecnologie dall'attività dei lavoratori.¹³

13 Il dibattito estero sul tema è ampio cfr., *inter alias*, il numero speciale *Comparative Labor Law & Policy Journal*, “Automation, Artificial Intelligence, and Labour Protection” a cura di V. De Stefano; al suo interno v., in particolare, J. Prassl, *What if your boss was an algorithm? Economic Incentives, Legal Challenges and the rise of*

Alcuni casi contribuiranno a chiarire esemplificativamente quanto si sta affermando.

2.1 Algoritmi, poteri e decisioni automatizzate

Che gli algoritmi e i dati personali di cui essi si nutrono servano a prendere all'azienda "decisioni automatizzate" (cfr. art. 22 Regolamento 2016/679/UE sulla protezione dei dati personali delle persone fisiche, c.d. *Gdpr*) che impattano fortemente sull'organizzazione del lavoro e sulle vite lavorative dei prestatori lo testimonia la giurisprudenza di merito intervenuta nei casi relativi alla qualificazione dei ciclo-fattorini del *food delivery*.

Senza qui potersi addentrare nella disputa relativa alla qualificazione del rapporto di lavoro instaurato dai *rider* con le piattaforme – che vede contrapporsi i sostenitori dell'autonomia a quelli della subordinazione o dell'etero-organizzazione – è bene rilevare che recentemente il Tribunale di Palermo 24 novembre 2020, n. 3570¹⁴ ha ritenuto che il ricorrente, sig. Tuttolomondo, fosse un lavoratore subordinato e non autonomo proprio sul presupposto che la società impartiva il lavoro (ossia, assegnava le consegne) per il tramite dell'algoritmo e, dunque, la sua libertà di scegliere se è quando lavorare era soltanto fittizia. L'approfondita ricostruzione del giudice mette in evidenza che l'intero ciclo produttivo della piattaforma si realizzava attraverso un algoritmo che, oltre a calcolare il fabbisogno di manodopera necessario per soddisfare la domanda di pasti dell'utenza di una determinata area e in una determinata fascia oraria, si occupava di distribuire il lavoro (le consegne) tra i ciclo-fattorini, gestendo e pianificando scientificamen-

Artificial Intelligence at Work, p. 8 e E. Dagnino, I. Armaroli, *A seat at the table: negotiating data processing in the workplace. A national case study and comparative insights*; P. Moore, M. Upchurch, X. Whittaker, *Humans and Machines at Work: Monitoring, Surveillance and Automation in Contemporary Capitalism. Dynamics of Virtual Work*, Springer International Publishing, 2018.

14 La sentenza è commentata da G. Cavallini, *Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione*, in *Giustizia civile.com*, 21.12.2020.

te il flusso di lavoro dei *rider*, al quale veniva poi comunicato il turno tramite *App*.

La presunta scientificità del sistema di gestione dei turni si basava poi sul fatto che la società pretendeva di assegnare i turni prioritariamente ai *rider* maggiormente produttivi (che avevano ottenuto un punteggio di “eccellenza” elevato), penalizzando viceversa quei ciclo-fattorini che – a seguito di profilazione e susseguente valutazione dell’attività lavorativa – non risultavano essersi conformati alle regole della piattaforma, pubblicate sul suo sito internet e in un opuscolo consegnato ai lavoratori al momento dell’ingaggio. I “migliori”, quindi, potevano visualizzare il calendario sul quale prenotare le consegne in anticipo rispetto a coloro che, avendo un *rating* inferiore, dovevano accontentarsi di prenotare i turni residui, non saturati da scelte precedenti, con l’ovvia conseguenza della loro minor possibilità di scegliere quando e, soprattutto, se lavorare.

Infine, è rilevante mettere a fuoco che il *rating*, il punteggio di affidabilità e produttività che ciascun *rider* ottiene e che determina la priorità di accesso al calendario, viene costruito dalla piattaforma attraverso i dati che essa raccoglie ed elabora all’interno dei suoi algoritmi. Esso è espresso in un numero che va da 0 a 100 e si costruisce attraverso la ponderazione delle informazioni relative alla vita lavorativa di quel *rider* estratte dall’*App* associata al *device* che utilizza.¹⁵

2.2 Gli algoritmi che contribuiscono a creare un’organizzazione discriminatoria

Ciò non basti a esaurire il discorso, perché un secondo profilo merita di essere analizzato. Il modello organizzativo delle piattaforme della

15 Dalla sentenza del Tribunale di Palermo e dal sito internet di Deliveroo si evince che il *rating* tiene conto al 35% di quante volte ha lavorato negli orari di punta; al 35 % dell’efficienza (parametro molto incisivo, che include i dati sulla velocità di accettazione degli ordini, sulla affidabilità del *rider* che una volta occupato uno slot non si rifiuta di eseguire l’ordine portando alla sua riassegnazione) e al 10 % dell’esperienza (ossia numero di ordini effettuato); infine, sono conteggiati i punteggi ottenuti dai fattorini nelle recensioni e feedback del consumatore e del ristorante raccolte tramite l’*App* (che pesano rispettivamente il 15 % e il 5% sulla valutazione).

Gig economy, rigidamente strutturato sul binomio dato-algoritmo che assume decisioni automatizzate ed è capace, dunque, di imporre scelte organizzative ai lavoratori, può dare vita a un'organizzazione del lavoro discriminatoria.¹⁶

Tale aspetto che era già stato comprovato da alcune ricerche scientifiche di tipo statistico,¹⁷ è venuto alla ribalta a seguito del ricorso che Filcams-CGIL, Nidil-CGIL e Filt-CGIL di Bologna hanno presentato nei confronti dell'algoritmo Frank utilizzato da Deliveroo Italia s.r.l.

È un fatto curioso che il nome dell'intelligenza artificiale auto-apprendente Frank fosse tratto dalla sit-com "C'è sempre il sole a Philadelphia", dove Danny DeVito interpreta Frank Reynolds, un business man cinico e manipolatore con una tendenza spiccata a prendere decisioni illegali (sino ad arrivare a sfruttare i propri figli).

L'algoritmo Frank, non diversamente da quello esaminato dal giudice di Palermo, impiegava dati per valutare le prestazioni dei lavoratori e classificarli in base ad affidabilità e partecipazione, quindi creare un sistema di preferenze nell'assegnazione dei turni che premiasse il rider efficiente, cioè colui che non si assentava mai dal lavoro o che non disdiceva le consegne una volta prenotate.

In questo processo di elaborazione dati, però, Frank considerava le assenze dei lavoratori tutte uguali. Così come "una notte in cui tutte le vacche sono nere" l'algoritmo non indagava, non riconosceva, e non distingueva tra assenze legittimate giustificate per malattia o per l'esercizio del diritto di sciopero costituzionalmente garantito e assenze non giustificate, giungendo a penalizzare (facendo retrocedere nella

16 Sia consentito rinviare su questo aspetto a A. Ingraio, *I sistemi di feedback basati su rating e reviews tra controllo della prestazione lavorativa e divieto di decisioni automatizzate*, in C. Alessi, M. Barbera, L. Guaglianone (a cura di) in *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, 2019, Bari, Cacucci, al paragrafo "Il lato oscuro delle infrastrutture di analisi e calcolo: l'affidabilità del giudizio rilasciato dalla clientela e il pericolo di giudizi discriminatori", p. 203.

17 L. You, R. Sikora, Performance of Online Reputation Mechanisms under the Influence of Different Types of Biases, in *Information Systems and e-Business Management*, 2014, p. 12; Leong N. (2014), The sharing economy has a race problem, Salon, 2 novembre 2014 http://www.salon.com/2014/11/02/the_sharing_economy_has_a_race_problem/; B. Rogers, *The social cost of Uber*, in *University Chicago Law Review Dialogue*, 2015, 82, pp. 85 ss.

possibilità di prenotare gli *slot* orari) i *rider* che si astenevano legittimamente dal lavoro, di fatto emarginandoli, in modo generalizzato, dal ciclo produttivo della società.

Questa vicenda giudiziaria ci può insegnare che, come il pensiero umano che decide può essere affetto da pregiudizi, così anche la macchina – a dispetto di una sua presunta scientificità e oggettività – può replicare e, anzi amplificare generalizzandoli a un'intera platea di lavoratori, gli stessi errori di valutazione del decisore umano.

Occorre dunque che lo sviluppo e la gestione di tali sistemi sia trasparente per i lavoratori che sono sottoposti alle loro decisioni e che esso la predisposizione dei parametri di decisione avvenga in ottemperanza alle prescrizioni che il *Gdpr* prevede in tali casi, che possono essere riassunte brevemente nell'obbligo del datore di lavoro di valutare l'impatto di questi sistema prima di introdurli e utilizzarli, sottoponendoli a un documentato processo di analisi e verifica da cui si possa evincere una riflessione approfondita sulle misure intraprese per assicurare la legalità del trattamento e il rispetto dei diritti di dignità e libertà dei prestatori (cfr. art. 35 *Gdpr*).

2.3 Algoritmi ed estromissione del diritto di “voice” del lavoratore

Infine, occorre dare atto che algoritmi e intelligenza artificiale assumono decisioni automatizzate che talvolta dimenticano di considerare che l'intelligenza umana, specialmente in situazioni critiche, è in grado di decidere meglio di una macchina, grazie al bagaglio di conoscenza ed esperienza maturata in un certo lavoro e alla creatività.

L'esempio delle società appaltatrici di Amazon è in proposito paradigmatico. Gli autisti, infatti, sono geo-localizzati dall'*App* di Amazon che, grazie a un algoritmo che tiene conto dell'orario di lavoro di ciascuno, delle distanze da coprire e dei pacchi da consegnare, calcola a inizio giornata il numero e l'ordine delle consegne da eseguire e indica a ciascun lavoratore il percorso e gli orari di consegna di ciascun pacco. Dalle proteste dei trasportatori è dato sapere che quando i trasportatori disobbediscono all'algoritmo, ricevono direttamente dal committen-

te Amazon richiami verbali (telefonici). L'algoritmo che predetermina il tragitto e i tempi di consegna, sottrae ai lavoratori qualsiasi margine di discrezionalità, anche quando il trasportatore potrebbe rendere più efficienti le consegne contando sulla presenza di un portinaio a un certo orario in uno stabile e decidendo di consegnare i pacchi in quel condominio in un orario diverso da quello indicato dall'algoritmo.¹⁸ A una riflessione più profonda, l'intelligenza umana del lavoratore non può essere surclassata da una macchina che esercita un potere direttivo e che non ammette un contraddittorio immediato.

La partecipazione dei lavoratori al miglioramento del sistema è, dunque, fondamentale, tanto più che tali sistemi si nutrono dei dati che i lavoratori rilasciano più o meno consapevolmente, che hanno un valore strategico per le imprese e che, pertanto andrebbero contrattati a vantaggio non soltanto del lavoratore ma dell'efficienza complessiva del sistema produttivo.

Non è un caso che proprio che, a seguito delle proteste dei lavoratori delle aziende di trasporto appaltatrici di Amazon, il sindacato sia riuscito a sottoscrivere un accordo istitutivo di una commissione paritetica per la gestione dei dati che l'applicativo acquisisce, soprattutto nell'ipotesi di "disobbedienza" dei lavoratori alle direttive dell'algoritmo per risparmiare tempo nella consegna.

3. Il depotenziamento della tutela sindacale preventiva nel nuovo art. 4 st. lav. e le ripercussioni sul primo accordo integrativo aziendale stipulato nell'ambito della gig economy: il controllo a distanza nel contratto Just eat- take-away.com express

È noto che proprio nell'epoca in cui la trasformazione tecnologica imperversa, il legislatore abbia deciso di rimettere mano alla logica preventiva e partecipativa sottesa alla procedura co-determinativa di cui si è detto nel primo paragrafo di questo scritto.

¹⁸ L. Stanzone, *Amazon in Lombardia una battaglia vinta*, in *Idea diffusa*, marzo 2018, p. 4.

La integrale sostituzione dell'art. 4 st. lav. a opera del d.lgs. 151/2015 attuativo del c.d. *Jobs Act*, tra il resto,¹⁹ ha depotenziato il ruolo delle rappresentanze sindacali nella vicenda del controllo dell'attività lavorativa, come del resto già poteva intuirsi dalla legge delega (art. 1, c. 7, lett. f, l. 183/2014) che conteneva un'eloquente omissione. La "revisione della disciplina del controllo a distanza (...)" avrebbe dovuto essere attuata, "tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e contemperando le esigenze organizzative e produttive con la dignità e la riservatezza del lavoratore", ma senza i rappresentanti dei lavoratori in azienda che il criterio di delega, appunto, tralasciava di menzionare.

La versione novellata dell'art. 4 st. lav. oggi prevede che accanto agli strumenti individuati nel comma 1 della norma (videosorveglianza e altri strumenti di controllo), per cui si conferma il regime autorizzatorio precedente, vi siano altri strumenti – quelli che servono al lavoratore a rendere la prestazione e al datore di lavoro a registrare gli accessi e le presenze (art. 4, comma 2, st. lav.) – che possano essere dati in dotazione ai lavoratori senza il "contro-controllo" preventivo della RSA o della Rsu o senza l'autorizzazione dell'Ispettorato del Lavoro. Per tali strumenti, nondimeno, il datore di lavoro è obbligato a consegnare un'adeguata informazione sulle modalità consentite di utilizzo di tali strumenti e sul modo in cui intende esercitare il suo potere di controllo tecnologico, nonché a garantire il rispetto della normativa privacy.

La modifica non poteva poi non ripercuotersi sul sistema sanzionatorio di stampo penale, ove si è determinata una *abolitio criminis* parziale. La fattispecie di reato contravvenzionale previsto nell'art. 171 d.lgs. 196/2003²⁰ oggi non più ipotizzabile nell'ipotesi in cui il datore consegna uno strumento di lavoro o di registrazione degli accessi e

19 Sul tema di recente cfr. A. Sartori, *Il controllo tecnologico sui lavoratori*, 2020, Torino, Giappichelli; V. Nuzzo, *La protezione dei lavoratori dai controlli impersonali*, 2018, Napoli, ESI e sia consentito rinviare a A. Ingraio, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, 2018, Bari, Cacucci.

20 Avvenuta, con l'art. 23 d.lgs. l'art. 23 d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, intitolato "Modifiche all'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e all'art. 171 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196"

delle presenze, restando incriminabili esclusivamente le condotte di installazione degli strumenti di cui al comma 1 (videosorveglianza e altri strumenti da cui possa scaturire il controllo a distanza) non precedute dalla procedura co-determinativa o autorizzatoria o comunque impiegate per finalità differenti da quelle previste nell'accordo.

È chiaro che l'applicazione della norma porterà – e ha già portato – gli interpreti e la giurisprudenza²¹ a discutere su cosa sia “ontologicamente” uno strumento di lavoro, con molte pagine e dibattiti che non sembrano mai raggiungere un vero e proprio punto fermo, visto che la distinzione tra strumenti di controllo e strumenti di lavoro si basa su una scelta del datore di lavoro, libero di predisporre a suo piacimento l'organizzazione strumentale e tecnologica dell'azienda.

A questo proposito e riprendendo il discorso sui fattorini della *Gig economy*, si vogliono prendere le mosse dal recentissimo contratto collettivo aziendale stipulato il 30 marzo 2021 da Takeaway.com Express Italy (società del gruppo Just eat takeaway s.r.l.) e Filt-CGIL, Fit-CISL e UIL trasporti nonché Nidil CGIL, Felsea-CISL e Uiltemp con cui l'azienda, attiva nel settore del *food delivery*, riconosce per la prima volta in Italia, nero su bianco, che i ciclo-fattorini – a seguito dell'esercizio del “diritto di precedenza” stabilito nell'art. 23 dell'accordo, siano lavoratori subordinati a tutti gli effetti, con diritto all'applicazione del CCNL logistica e trasporti.

21 Trib. Milano 24 ottobre 2017, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2019, p. 303, nt. G. Cassano, che considera *WhatsApp* uno strumento di controllo ai sensi dell'art. 4, co. 1, st. lav. in quanto programma “aggiunto” allo *smartphone* e non caratterizzato da un “vincolo di strumentalità” rispetto alla prestazione di lavoro (si trattava di una addetta alla selezione e formazione di *hostess*). Interessante è anche la motivazione di Trib. Roma, ord., 7 giugno 2018, n. 57668 secondo cui un *software* e la casella di posta elettronica sono strumenti che rientrano nel comma primo poiché anche se hanno funzioni lavorative sono idonee a consentire il controllo a distanza sull'attività lavorativa. Secondo Trib. La Spezia, ord., 25 novembre 2016, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 303, nt. Cassano rientrano nel campo di applicazione del comma 2 “anche strumenti, quali la tessera Viacard, non imprescindibili, ma comunque utilizzati dai lavoratori come ausilio allo svolgimento della propria prestazione”. In dottrina, V. Pinto, *I controlli difensivi del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, in P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, 2017, Torino, Giappichelli, pp. 146-147;

L'accordo riconosce all'art. 22 i diritti sindacali previsti dalla legge e dal CCNL, tacendo però sulla possibilità che i *rider* eleggano la Rsu.

Per quanto qui interessa l'art. 9, rubricato "pianificazione dei turni" prevede al comma ottavo l'accordo delle parti stipulanti circa l'installazione dello strumento di controllo a distanza "Scoober App", l'applicativo connesso al sistema informatico della società attraverso cui i *rider* riceveranno notizia dei turni e dotato di un sistema di geolocalizzazione.

Le parti si danno atto, in primo luogo, che l'applicativo costituisce uno "strumento di lavoro indispensabile ai fini dello svolgimento della prestazione lavorativa" ai sensi dell'art. 4, comma 2, st. lav., neutralizzando così la possibilità che le RSA (l'accordo tace completamente sulla possibilità per i ciclo-fattorini di eleggere Rsu) debbano trovarsi ad autorizzarne l'installazione, sede per sede, città per città.

In secondo luogo, è previsto che l'utilizzo delle informazioni raccolte dall'App – che riguardano, come in passato, il numero, gli orari delle consegne effettuate e anche la velocità di consegna di ciascun *rider* – non potranno essere utilizzate a fini disciplinari, salvo poi riconoscere un'eccezione alla regola. Il controllo a distanza per finalità disciplinari, infatti, potrebbe essere svolto dalla società per verificare l'eventuale commissione di illeciti penali da parte del lavoratore, legittimando un controllo difensivo della società sull'attività di questo e, altresì, per riscontrare l'inadempimento di questi nei confronti delle disposizioni relative all'orario di lavoro.

È, infine, previsto poi che la società s'impegnerà a rispettare la normativa privacy e a non geo-localizzare il ciclo fattorino al termine del turno.

Dunque, seppur in un settore particolarmente esposto a violazioni della disciplina del rapporto di lavoro come quello della *food delivery*, l'art. 9 comma 8 dell'accordo suscita diverse perplessità nella parte in cui le parti qualificano l'applicativo, comprensivo di geo-localizzatore, come strumento di lavoro.

Tale qualificazione vale a escludere la possibilità dei rappresentanti dei lavoratori in azienda di ispezionare e monitorare il funzionamento dell'App al fine di comprendere se effettivamente le informazioni ri-

cavate – che si badi bene riguardano anche la prestazione lavorativa, *sub specie* di commissione di attività penalmente rilevante e di rispetto dell'orario di lavoro – sono trattate nel rispetto dei principi di trasparenza, minimizzazione e finalità previste dal d.lgs.196/2003 adeguato al Regolamento n. 679.

Occorre ricordare che la funzione di geo-localizzazione, nell'opinione abbastanza consolidata degli interpreti e dell'Ispettorato Nazionale di Lavoro e del Garante per la protezione dei dati personali,²² sia considerato uno strumento di controllo a distanza “aggiunto” allo strumento di lavoro e come tale rientrante nel disposto dell'art. 4, comma 1, che prevede il previo accordo con le RSA o con la Rsu.

In effetti, se ben ci si riflette, si ritiene che il Gps nel caso che ci occupa sia installato per esigenze organizzative e logistiche della piattaforma che eccedono le necessità immediate della prestazione dei *rider*. Questi ultimi ben potrebbero eseguire la consegna ricevendo l'ordine sul proprio *smart phone*, e poi utilizzare un GPS non installato sull'*App* sviluppata dalla piattaforma per orientarsi per le vie della città, qualora ne avessero bisogno. La necessità di monitorare il *rider*, la velocità della sua pedalata durante il tragitto nonché altri aspetti comportamentali, in altri termini, è funzionale a soddisfare esclusivamente interessi propri dell'attività imprenditoriale del committente, essendo indubbio che il fattorino possa eseguire la consegna sottraendosi a quel controllo diretto sull'esecuzione della prestazione lavorativa.

²² Sui sistemi GPS v. la Circolare Inl 7 novembre 2016, n. 2. che riconduce all'art. 4, co. 1, Statuto dei lavoratori le apparecchiature di localizzazione GPS su auto aziendali in quanto costituiscono un elemento “aggiunto” agli strumenti di lavoro, facendo, però, fa salvi i “casi del tutto particolari”. La posizione del Garante emerge con limpidezza dalle relazioni sull'attività 2016, 2017 e 2018, consultabili sul sito www.garanteprivacy.it. In dottrina, M.T. Carinci, *Il controllo “a distanza” sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in P. Tullini (a cura di), *op.cit.*, p. 53, che riporta l'esempio di un GPS installato su uno *smartphone* all'unico scopo di rendere maggiormente efficiente un'attività di consegna plichi sul territorio, cui dovrebbe applicarsi il c. 1 della disposizione. Cfr., *contra*, A. Maresca, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 st. lav.*, in P. Tullini (a cura di), *op. cit.*, pp. 16-17 e I. Alvino, *I nuovi limiti controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *Lab. law. iss.*, 2016, vol. 2, n. 1, p. 25 secondo i quali il GPS sarebbe strumento di lavoro ogniqualvolta la prestazione sia caratterizzata da mobilità del prestatore sul territorio.

A ciò si aggiunga che, essendo Takeaway - Just eat un'impresa multi-localizzata sul territorio nazionale l'installazione dello strumento avrebbe potuto essere autorizzata – dietro puntuale verifica delle relazioni tecniche del sistema di controllo a distanza – direttamente dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative a sul piano nazionale *ex art. 4, comma 1, seconda parte*, per tutte le unità produttive, corrispondenti ai maggiori centri urbani in cui opera la piattaforma. In altri termini, le stesse parti stipulanti – integrata la firma di “rider per i diritti”, l'unione dei sindacati autonomi dei *rider* che potrebbero essere rappresentativi dei ciclo-fattorini di Justeat – avrebbero potuto esercitare il proprio potere co-determinativo autorizzatorio, invece che disporre sulla qualificazione di uno strumento che, a conti fatti, non pare essere a chi scrive uno strumento di lavoro.

Tanto più che la giurisprudenza che è stata esaminata nei paragrafi precedenti attesta che i dati utilizzati dagli algoritmi venivano proprio estratti dall'applicativo che i *rider* installano sul proprio *smart phone*. Nulla dice l'accordo sull'eventuale utilizzo di algoritmi decidenti che potrebbe però essere superato dal regime di turnazione oraria previsto dall'accordo.

4. Alcune riflessioni finali sulla necessità di ripensare un modello regolativo basato sul coinvolgimento tecnologico dei lavoratori

Nonostante i numerosi proclami europei sulla strategia di umanizzazione degli algoritmi e sull'importanza di preservare i diritti e i valori umani nelle realtà *data-driven*, non esiste allo stato una Direttiva o un Regolamento che sostengano la contrattazione finalizzata al coinvolgimento dei lavoratori nelle soluzioni tecnologiche.

Persino il Regolamento sulla protezione dei dati n. 2016/679/UE, pur adottando un nuovo approccio alla protezione dei dati personali delle persone fisiche coinvolte in processi tecnologici pervicaci, costituisce un'occasione perduta, almeno per quanto riguarda la prospettiva collettiva. La nuova logica, simile a quella già fatta propria in materia di

salute e sicurezza dal legislatore europeo, pone al centro il principio di responsabilizzazione del titolare del trattamento datore di lavoro che è tenuto ad adottare misure (tecniche, giuridiche e organizzative) che minimizzino il rischio per i diritti fondamentali della persona, dignità, identità e autodeterminazione. Il Regolamento però agisce in una prospettiva individuale e non dà spazio e rilevanza alla partecipazione dei corpi intermedi all'umanizzazione del processo tecnologico. Tanto che nella valutazione d'impatto privacy di cui all'art. 35 Reg., i rappresentanti degli interessati del trattamento possono soltanto proporre osservazioni di cui il titolare del trattamento può tenere conto (par. 9) e non si specifica nemmeno se tale importante documento – che contiene ogni valutazione di chi dispone e programma la tecnologia – debba essere reso trasparente agli interessati del trattamento, ai loro rappresentanti o possa essere mantenuto segreto.

Lo Statuto dei lavoratori, invece, l'importanza della partecipazione dei lavoratori a tale processo l'aveva ben compresa e attraverso una scelta coraggiosa si era allineato con molto anticipo alle indicazioni oggi contenute nell'art. 21 della Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa R(2015)5 del 1 aprile 2015²³ – che costituisce attuazione del *right to private life* di cui all'art. 8 CEDU – dove si indicano i principi di informazione e consultazione sindacale come via preferenziale per l'effettiva tutela dei diritti messi in pericolo dalla sorveglianza informatica e dalla raccolta di dati personali dei lavoratori negli ambienti lavorativi.²⁴

23 Il “*right to private life*” tutelato dalla Convenzione e la cui interpretazione estensiva di “diritto a stabilire relazioni con altri esseri umani”, include le relazioni di lavoro; così da ultimo Corte EDU, Grande Camera, sentenza 5 settembre 2017 n. 61496, *Barbulescu v. Romania*, (Ric. n. 61496/08), in *Nuova giur. civ.*, 2017, fasc. 12, pp. 1652, con nota di A. Sitzia, *I limiti del controllo della posta elettronica del lavoratore: una chiara presa di posizione della grande camera della Corte Europea dei Diritti Uomo*.

24 Benché tale raccomandazione non fino a oggi non sia stata recepita in una legge ordinaria (essendo mancata nel nostro paese la volontà di emanare una disciplina settoriale sulla protezione dei dati dei lavoratori), la sua efficacia di *soft law*, non vale a impedire che in eventuale futuro giudizio la Corte EDU possa stigmatizzare la legislazione dello stato che risulti manifestamente contrastante con i principi fondanti del sistema.