

COMITATO SCIENTIFICO E ORGANIZZATIVO

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



# LA REGOLAZIONE DEL LAVORO OLTRE IL DIRITTO DEL LAVORO

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

*a cura di*  
G. De Simone – M. Novella

EDITORIALE SCIENTIFICA  
NAPOLI

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

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

*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright novembre 2024 Editoriale Scientifica s.r.l.  
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli  
[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com) [info@editorialescientifica.com](mailto:info@editorialescientifica.com)  
ISBN 979-12-235-0109-2

## INDICE

MARZIA BARBERA, <i>Premessa. Il lavoro, regolato con altri mezzi</i>	7
I SESSIONE	
MARIA VITTORIA BALLESTRERO, <i>Presentazione della prima sessione del convegno</i>	15
TATIANA SACHS, <i>Grammatiche per la ridefinizione di "impresa": lezioni dal diritto francese</i>	19
CORRADO MALBERTI, <i>Scopo dell'impresa e corporate governance: dallo shareholder value al successo sostenibile</i>	31
OLIVIER FAVERAU, <i>Codetermination as the future of corporate governance: the Italian sources</i>	49
BRUNO CARUSO, <i>Impresa partecipata e contratto di lavoro</i>	61
II SESSIONE	
GISELLA DE SIMONE, <i>Impatto sociale dell'attività di impresa: modelli regolativi</i>	101
PIERA LOI, <i>Gestione del rischio e modelli regolativi del lavoro</i>	107
GUIDO SMORTO, <i>Distribuzione del rischio e tutela dei diritti nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Una riflessione critica</i>	127

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

## III SESSIONE

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

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

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

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

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

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

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

MARZIA BARBERA

PREMESSA.  
IL LAVORO, REGOLATO CON ALTRI MEZZI

1. Questo volume raccoglie gli atti del terzo Convegno annuale di LLC, tenutosi all'Università di Genova nel dicembre del 2023 e dedicato a *“La regolazione del lavoro oltre il diritto del lavoro”*.

Il Convegno nasce, forse prima di ogni altra cosa, da uno scopo di auto-apprendimento collettivo, vale a dire da una spinta ad acquisire esperienze e conoscenze in parte nuove e attinenti a settori del diritto diversi dal diritto del lavoro, che abbiamo però ritenuto importanti anche per la nostra materia. L'obiettivo ulteriore è stato quello di provare a ricomporre e trasformare il sapere appreso in nuovi modelli concettuali e pratici utili anche alla cultura giuslavoristica.

Come rivela il titolo stesso del Convegno, vi è ormai fra molte e molti di noi una diffusa presa di coscienza del fatto che, come giuslavoristi, abbiamo davanti un panorama normativo composito, in cui la disciplina dei rapporti di lavoro e quella dei rapporti d'impresa sembrano correre su binari paralleli ma ciò non impedisce che la seconda incida in profondità anche sulla prima.

In particolare, molti dei recenti interventi della UE destinati a riverberarsi sui rapporti di lavoro, più che le tracce risalenti della normativa lavoristica tradizionale o della normativa *soft* sulla responsabilità d'impresa, o quelle “costituzionalistiche” della Carta europea dei diritti fondamentali e del Pilastro europeo, seguono le tracce delle normative relative all'impresa, quali i regolamenti e le direttive in materia di società europea, di fusioni transfrontaliere, di trasparenza delle informazioni finanziarie e non, di mercati digitali, di catene di fornitura.

Tali interventi attingono perciò soprattutto al diritto societario, al diritto dei mercati finanziari, al diritto della concorrenza, al diritto dei contratti digitali, messi al servizio anche di preoccupazioni di carattere sociale. Si tratta di sviluppi che, in via diretta, interessano pure il diritto nazionale, il quale ha conosciuto anch'esso modifiche normative (anche di rango costituzionale: si pensi alle modifiche all'art. 9 e all'art. 41 Cost.) dotate di rilevanti effetti trasversali.

Il lavoro regolato con altri mezzi, si potrebbe dire; mezzi diversi dal diritto del lavoro, dove il destinatario – ma anche l'attore principale – della regolazione è l'impresa. Ciò che ne risulta è un'ibridazione fra principi e norme lavoristici e principi e norme relative all'impresa, nel nome di una nuova valutazione dei rischi di mercato, ambientali e sociali connessi all'attività economica e produttiva dell'impresa.

In risposta all'espansione e al mutamento della tipologia di tali rischi, il legislatore – in particolare quello europeo – ha adottato in modo prevalente un metodo di natura procedurale, ispirato alla tecnica del *risk management*, diretto ad amministrare il rischio attraverso processi di identificazione, valutazione e gestione normati solo in generale dalla legge ma gestiti in concreto dalle imprese, tenute a minimizzare l'impatto negativo della loro attività sull'ambiente e sui diritti sociali fondamentali dei lavoratori.

Le due direttive sulla rendicontazione di sostenibilità aziendale del 2014 e del 2022, il regolamento sulla tassonomia ambientale del 2020, il regolamento sulla IA e la direttiva sulla *due diligence* in materia di sostenibilità del 2024 costituiscono alcuni fra gli esempi più rilevanti di questo approccio. In ambito lavoristico, tali tendenze, già sperimentate nei campi della protezione della *privacy* e della sicurezza sul lavoro ma in parallelo alla presenza di norme di natura inderogabile, si sono riprodotte in normative di settore più recenti, come la direttiva relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme, anch'essa del 2024, che costituisce, in realtà, un esempio di regolazione ibrida, in cui, a norme di impianto di ispirazione classica (come la presunzione di subordinazione), coesistono norme *risk-based*.

Quanto al diritto societario, si è affermato un tipo di regolazione caratterizzato dal *favor* verso una prospettiva strategica di lungo termine, alla stregua del quale gli amministratori sono tenuti a guardare oltre i soli scopi di tutela degli interessi dei soci, per abbracciare anche quelli relativi agli interessi degli *stakeholders* (ci si riferisce, in particolare alla direttiva del 2017 sull'impegno a lungo termine degli azionisti). A ciò si è aggiunta un'intensa attività di auto-regolazione sotto forma di codici di condotta adottati su base volontaria (in Italia, è il caso del *Codice di corporate governance* del 2020).

2. Come si è detto all'inizio, vi è molto da apprendere su questi processi, ma anche molto da discuterne, ed è quello che ci siamo proposti di fare nel corso del Convegno di Genova. In termini generali, molti degli interventi hanno segnalato la propensione degli attori pubblici (mutuata in parte dagli organismi internazionali e da strumenti come i Principi guida dell'ONU su



impresa e diritti umani) a fare dell'impresa, in virtù dei suoi accresciuti poteri privati regolativi e di controllo, un tramite delle politiche pubbliche di tutela di beni di rilevanza generale, come la sicurezza del lavoro o la *privacy* o, più di recente, l'ambiente o l'identità personale; beni, cioè, su cui insistono diritti fondamentali della persona o della collettività.

Una delle premesse sottostanti a tale filosofia, è che, se le grandi imprese, soprattutto di dimensione multinazionale, hanno sottratto potestà regolative agli stati, allora, per lo stesso motivo, esse possono diventare, attraverso le loro scelte strategiche e di gestione, il tramite della protezione dei diritti fondamentali.

Quanto alle tecniche operazionali, esse, lo si accennava prima, sono prevalentemente mutate dalle pratiche aziendali di *risk management*. Ovviamente, il rischio non è una categoria nuova per il diritto del lavoro e, anzi, l'intera materia può essere letta come un meccanismo di redistribuzione dei rischi di mercato e dei rischi sociali dai lavoratori al datore di lavoro o alla collettività. Vi sono però, differenze sostanziali fra la distribuzione del rischio nel diritto del lavoro tradizionale, regolata, anzitutto, senza possibilità di graduazioni, attraverso la scelta del tipo contrattuale, e quella adottata nelle più recenti normative *risk-based*. Come si è visto, in quest'ultimo caso, il rischio risulta graduato secondo di "piramide di criticità" che esclude solo in pochi casi l'ammissibilità di taluni rischi, mentre gli altri rischi sono amministrati attraverso misure di carattere prevalentemente procedurale, di natura flessibile e dagli esiti aperti. Una seconda differenza risiede nell'individuazione del soggetto legittimato a valutare e individuare le diverse fattispecie di rischio e di condotta e a esercitare una funzione di controllo, che nel caso del diritto del lavoro classico sono il legislatore e il giudice, mentre nell'approccio *risk-based* è, di norma, un attore privato. Oltre alle imprese e ai loro fornitori, soggetti privati sono anche gli enti certificatori e gli organismi di normazione per la definizione di standard tecnici, riconosciuti dalle istituzioni europee e nazionali, ma che fanno capo a soggetti privati e, in particolare, alle imprese dei diversi settori. Il che fa parlare di una vera e propria "privatizzazione" delle regole di derivazione europea, già ampiamente discussa in altri settori dell'armonizzazione del mercato.

Infine, non è necessario argomentare come alla concezione (e dunque alla valutazione e gestione) del rischio siano legati complessi problemi etici e giuridici, la cui soluzione era delegata in passato soprattutto agli attori pubblici. Oggi, viceversa, negli interventi normativi prima citati, questa soluzione risulta affidata a soggetti di natura privata, chiamati a ponderare valori e interessi altri dai meri valori economici.

3. Da un'ottica giuslavoristica, una simile svolta, oltre a implicare problemi di ordine generale, in termini anzitutto di giustizia distributiva, connessi sia alla qualificazione del rischio che alla sua ripartizione, segnala con chiarezza come le dimensioni delle trasformazioni in corso nell'impresa – organizzative, gestionali e regolative – siano, in realtà, dimensioni collegate.

Di qui la necessità di studiarle tutte da vicino, più di quanto non si sia soliti farlo, e in modo integrato. Il che, come si vedrà, da una parte, può portare qualcuno a ripensare le categorie di base del diritto del lavoro – come la natura del contratto di lavoro o il significato dei vincoli apposti alla libertà di iniziativa privata dal (nuovo) testo dell'art. 41. Ma, dall'altra parte, richiede conoscenze particolari e specialistiche. Per esempio, abbiamo bisogno di comprendere meglio il significato di tassonomia ambientale e tassonomia sociale. Dietro l'acronimo ESG, sempre più conosciuto anche fuori dal mondo della finanza e dell'impresa, stanno tre termini apparentemente chiari: “environmental”, “social” e “governance”. Si tratta di tre dimensioni fondamentali per verificare l'impegno in termini di sostenibilità ambientale e sociale di una impresa. Ebbene, mentre sono stati fatti passi importanti verso la misurazione della gestione delle questioni ambientali da parte delle aziende, siamo ancora lontani dall'aver elaborato standard efficaci di misurazione della gestione degli obiettivi sociali.

Una delle ragioni di queste difficoltà risiede nella diversa “grammatica” che ispira il sistema dei diritti del lavoro e quello dei diritti umani, riferimento principale di molti dei modelli regolativi di cui si è parlato finora. A rilevare, dunque, non è tanto l'essere produttori o l'essere gruppo sociale, ma l'essere persona. La dimensione collettiva dei diritti (sia pure non ignorata) è scarsamente presente o è subordinata alla dimensione individuale. Questo aspetto comporta qualche conseguenza di non poco conto rispetto ai nostri modelli antropologici e normativi classici.

La derivazione dal diritto internazionale spiega anche, in larga parte, altri punti critici dei modelli regolativi indagati, come la mancanza, nell'indicazione dei riferimenti normativi, di una netta distinzione fra atti vincolanti o meno. Nel diritto internazionale, *soft law* e *hard law* hanno confini più labili di quanto non accada nel diritto interno.

Un altro aspetto su cui occorre riflettere è l'accezione di “responsabilità” a cui si ispirano questi interventi normativi. Anche la nozione di responsabilità adottata dal diritto ha molto a che fare con dilemmi di giustizia distributiva, come si vedrà seguendo i ragionamenti fatti a proposito dell'adozione del modello della responsabilità per colpa o di quello della responsabilità oggettiva. Non è indifferente che la regolazione si orienti in un senso o

nell'altro, poiché le scelte regolative sottintendono precise opzioni politiche e valoriali.

L'insieme di questi sviluppi sembrano comportare una particolare idea di impresa in quanto attore sociale e in quanto attore politico. In quanto attore sociale, l'impresa si atteggia come organizzazione economico-produttiva e come collettività sociale complessa, diversa dalla persona giuridica e dalla proprietà delle azioni. Mentre la persona giuridica consente la fuga dalla responsabilità, e la proprietà delle azioni richiede che si prendano in considerazione solo gli interessi degli *shareholders*, la caratterizzazione dell'impresa come organizzazione produttiva e sociale complessa richiede comportamenti e scelte socialmente responsabili, condivisi e trasparenti, la creazione di fiducia, la presa in carico di interessi e scopi sociali, diversi dai puri scopi economici.

In quanto attore politico, l'impresa si atteggia come soggetto regolatore cui vengono delegati dal legislatore nuovi compiti e finalità tipici dei pubblici poteri. Ciò sembra richiedere, a meno di non assecondare visioni autoritarie del potere d'impresa, che alla trasformazione delle funzioni dell'impresa nel senso della sostenibilità ambientale e sociale si accompagni la modifica del suo assetto di governo, operando nel senso della democratizzazione della *governance* dell'impresa e dando spazio alla partecipazione interna ed esterna degli altri soggetti di tale trasformazione.

Scopo di questa premessa era quella di introdurre al dibattito che, nel corso del Convegno, si è svolto su questi processi normativi fra studiosi e studiose di diverse discipline, i quali hanno espresso valutazioni e previsioni non sempre convergenti. A chi legge non sarà difficile constatare che è proprio la ricchezza e il pluralismo delle opinioni che emergono dai saggi qui raccolti a farne uno strumento fertile di riflessione scientifica.

Al gruppo di Genova di LLC va il merito, oltre che di aver contribuito in modo determinante all'ideazione e realizzazione del Convegno, di aver curato la raccolta e la sistematizzazione di questi rilevanti risultati scientifici.



## I SESSIONE



MARIA VITTORIA BALLESTRERO

## PRESENTAZIONE DELLA PRIMA SESSIONE DEL CONVEGNO

Nel dare l'avvio ai lavori del III Convegno annuale di LLC, mi corre anzitutto l'obbligo di ringraziare gli organizzatori per avermi affidato il compito di presiedere la sessione che si svolgerà questa mattina. Ne sono onorata. E lasciatemi aggiungere che sono davvero lieta che la scelta di Genova come sede del Convegno di LLC mi dia l'occasione di essere anche fisicamente presente, insieme a tutti voi, nella splendida Aula Magna storica della nostra Università.

La necessità di rispettare (e ahimè, far rispettare) una tabella di marcia molto serrata, mi induce ad evitare di perdere tempo nelle futili chiacchiere di prammatica, limitandomi alle poche parole necessarie a presentare la densa sessione che ci attende. Non senza aver detto, almeno, che questo convegno affronta una serie di problemi e questioni su cui si registra un crescente interesse dei giuslavoristi, che si stanno dedicando allo studio della sostenibilità ambientale e sociale delle attività economiche, sollecitati anche dalle modifiche apportate all'art. 41, 2 comma Cost., nonché all'art. 2086 cod. civ., e sempre *en attendant* la Direttiva UE sulla *due diligence*, ormai – forse – in dirittura di arrivo<sup>1</sup>.

I temi che saranno affrontati a partire da questa prima sessione interrogano i giuslavoristi sui confini della loro disciplina. È un interrogativo su cui si riflette da tempo, a causa della pressione per l'allargamento del diritto del lavoro verso il lavoro “in tutte le sue forme”, nella prospettiva di una nuova modulazione delle tutele, oltre i bisogni codificati dalla fattispecie del lavoro subordinato. Il tema della governance societaria sostenibile, al centro

<sup>1</sup> Così pareva allora, ma le cose sono cambiate nelle more della pubblicazione degli Atti del Convegno. Il 28 febbraio 2024 scorso non vi è stata una maggioranza del Consiglio di Ministri europei a favore dell'adozione della Direttiva sulla *due diligence*. Il voto era già stato annullato due volte all'ultimo minuto, malgrado l'accordo raggiunto con la Commissione e con il Parlamento europeo nel dicembre del 2023. La Germania si è astenuta e altri paesi, tra cui l'Italia, hanno votato contro, benché l'adozione della direttiva fosse richiesta anche da molti grandi gruppi industriali del settore dell'alimentazione. Successivamente, la Direttiva è stata approvata e poi pubblicata il 5 luglio 2024 (Direttiva UE 2024/1760 - *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*).

della discussione che si svolgerà in questo Convegno, interroga i giuslavoristi sull'allargamento dei confini del diritto del lavoro non nel senso dell'espansione della disciplina oltre il lavoro subordinato, ma in altro senso. Non si tratta neppure di non fermarsi a considerare la condizione del lavoratore, e di prestare invece la dovuta attenzione all'altra parte del contratto di lavoro, come ci aveva indotto a fare, tempo fa, Marzia Barbera, antesignana di studi che sono venuti arricchendosi di ulteriori contributi in questi anni. Si tratta, piuttosto, di spostarsi su di un altro terreno di gioco: il terreno delle imprese e delle molteplici discipline che coinvolgono la governance societaria.

Il terreno del diritto del lavoro che conosciamo, perché è quello sul quale siamo abituati a collocare le nostre riflessioni, è quello delle disegualianze e della lotta dei diseguali/svantaggiati per l'eguaglianza, e dunque per quell'insieme di diritti che possiamo riassumere nella nozione di "cittadinanza". È un terreno sul quale al lavoro si guarda dal punto di vista dei lavoratori; sono loro i protagonisti del diritto che, come ripeteva Romagnoli, dal lavoro prende il nome. Protagonisti spesso perdenti (come nei film di Ken Loach), ma sempre protagonisti.

Spostandoci sul terreno di gioco delle imprese, spostiamo il *focus* dal lavoro al mercato in cui operano le imprese, spingendo magari lo sguardo lungo quelle complesse catene del valore, di cui abbiamo dovuto occuparci nell'era della globalizzazione, ridimensionata certo, riassetata ma non tramontata. Vicende di questi giorni ci dimostrano, se mai ce ne fosse bisogno, che vengono chiuse fabbriche in ottima salute perché il management multinazionale ha deciso di delocalizzare, senza che la legge (del 2022, nella specie) riesca a fermare questa strage di posti di lavoro. Su questo terreno di gioco i lavoratori diventano al massimo dei comprimari, *stakeholders* fra altri *stakeholders* di imprese che, per il fatto stesso di essere imprese, non possono non soddisfare, in via primaria, gli interesse degli *shareholders*.

Il terreno di gioco delle imprese deve essere scandagliato con cura, anche a causa della complessità di materie (commerciali, bancarie, finanziarie) a cui i giuslavoristi si affacciano dalla finestra laterale della tutela in via mediata dei diritti sociali. La prima domanda che pare indispensabile porsi è: di cosa parliamo quando parliamo di impresa? Specie se dobbiamo condire la nozione di impresa con quella di sostenibilità ambientale e sociale che, in qualche misura, la vincola a spostarsi dal suo consueto (e forse naturale) *shareholders approach*, per farsi carico degli interessi degli *stakeholders*. La sostenibilità sociale può essere intesa come garanzia dei diritti ai lavoratori - *stakeholders*; ma non è chiaro (almeno a me) in che misura quei diritti va-



dano oltre il “minimo sindacale” dei diritti umani, ed è ancora meno chiaro se, ed eventualmente in che misura, la garanzia riesca ad estendersi all’intera catena del valore.

Tatiana Sachs, *Professeur de droit du travail*, Université Paris Nanterre e Corrado Malberti, Professore associato di diritto commerciale, Università di Trento, ci daranno di che riflettere su tali questioni.

Altre domande impone al giuslavorista il cambiamento del terreno di gioco, dovendo necessariamente interrogarsi sulle regole del lavoro che nascono, per così dire, nelle stanze delle imprese. Certo, atti normativi vincolanti (come le regole sulla *due diligence*), che costringono le imprese a bilanciare lo *shareholders approach* con la considerazione degli interessi degli *stakeholders* possono dar luogo a nuove misure di protezione economica e sociale. Ma quale voce dei lavoratori, attraverso i loro rappresentanti, riesce a risuonare in quelle stanze? Pare allora inevitabile imboccare la strada della partecipazione, perché certamente informazione e trasparenza non bastano a garantire la effettiva trasformazione della governance societaria nella direzione della sostenibilità sociale.

Sui modelli di partecipazione – come è noto – c’è ancora molto da discutere. Qui lo faranno Olivier Favereau, *Professeur de sciences économiques*, Université Paris Nanterre, e Bruno Caruso, Professore ordinario di diritto di lavoro, Università di Catania.

Per parte mia, sono convinta che sia ora di abbandonare i vecchi pregiudizi che hanno caratterizzato l’approccio assai diffidente della sinistra politica e sindacale alla partecipazione dei lavoratori, mediante il coinvolgimento delle loro rappresentanze sindacali nella organizzazione aziendale. Giusto aprirsi ad un confronto libero da pregiudizi: ma quando, nelle cronache parlamentari, mi capita di leggere frasi come (cito tra virgolette) «l’interesse comune tra lavoratori e l’imprenditore alla prosperità dell’impresa» a me vengono i brividi. Non so a voi.

Ciò detto questo, posso tacere e dare la parola ai relatori, che tutti voi siete ansiosi di poter ascoltare.



TATIANA SACHS

GRAMMATICHE PER LA RIDEFINIZIONE DI “IMPRESA”:  
LEZIONI DAL DIRITTO FRANCESE

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Su come la legge abbia contribuito alla distorsione dell’impresa – 2.1 L’origine della distorsione giuridica dell’impresa: lo iato tra la società commerciale e l’impresa – 2.2 le conseguenze della deformazione giuridica dell’impresa – 3. Una proposta di tipologia di grammatiche per ridefinire l’impresa – 3.1 La grammatica delle conseguenze – 3.2 La grammatica del progetto – 3.3 Una grammatica politica

1. *Introduzione*

L’impresa si trova a un bivio. Da un lato, il suo ruolo nel sistema economico è considerato centrale: abbiamo bisogno del valore generato dalle imprese per creare posti di lavoro, finanziare lo stato sociale, ecc. Dall’altro lato, l’impresa, e il suo modo di operare, è ritenuta all’origine di molti mali della società: l’impoverimento dei lavoratori, il deterioramento della loro salute, la distruzione dell’ambiente e così via. Non mancano quindi i motivi per riflettere sulla necessità di un ripensamento della stessa nozione di impresa. Oltre alle ragioni congiunturali – le crisi che si sono succedute (economica nel 2008, Covid nel 2020) – ci sono ragioni più strutturali. L’impresa è il meccanismo principale di quello che chiamiamo Antropocene. È infatti il potere creativo, produttivo e normativo dell’impresa che ha reso possibile l’ascesa e la diffusione della meccanizzazione e lo sviluppo di nuove fonti di energia. L’urgenza della transizione ecologica ci impone di ripensare l’impresa.

Sorge immediatamente la domanda: quale ruolo può svolgere il diritto in questa ridefinizione?<sup>1</sup> La risposta alla domanda è resa ancora più difficile dal fatto che l’impresa, a differenza della società commerciale, non è un soggetto di diritto. Certo, i riferimenti all’impresa sono presenti nelle disposizioni giuridiche, sia nelle leggi nazionali<sup>2</sup> che nei testi europei<sup>3</sup> e internazionali.

<sup>1</sup> E. PESKINE, T. SACHS, *La refondation de l’entreprise à la croisée des chemins*, in *A droit ouvert. Mélanges en l’honneur d’Antoine Lyon-Caen*, Parigi, 2018, 745

<sup>2</sup> Il Codice del lavoro francese contiene numerosi riferimenti all’impresa, ad esempio per determinare il quadro di riferimento per la costituzione della rappresentanza dei lavoratori

Tuttavia, quando si tratta di definire l'impresa, è forte la tentazione di ricorrere a conoscenze esterne, come quelle fornite dalle scienze economiche. Molto spesso, l'impresa viene trattata come un concetto e/o una realtà economica che viene imposta al diritto<sup>4</sup>. Questa tentazione si scontra con una difficoltà: l'impresa costituisce un "punto cieco della conoscenza", in particolare nelle scienze economiche. I giuristi non possono affidarsi semplicemente a conoscenze esterne per comprendere l'impresa.

Di conseguenza, il diritto e i giuristi devono svolgere un ruolo nella ridefinizione dell'impresa<sup>5</sup>. Questo ruolo è tanto più importante in quanto la disattenzione del diritto nei confronti dell'impresa ha creato le condizioni per il capitalismo finanziario e i suoi eccessi<sup>6</sup>. Il diritto ha ignorato l'impresa e ha concentrato l'attenzione sulle strutture societarie, permettendo così lo sviluppo di organizzazioni produttive che sfuggono a qualsiasi responsabilità<sup>7</sup>. Al centro di queste organizzazioni c'è un potere che non risponde delle sue decisioni<sup>8</sup>. Questa "grande deformazione" merita di essere descritta.

Se il diritto è all'origine di certi mali, il rimedio potrebbe essere quello di far emergere l'impresa come concetto giuridico?<sup>9</sup>. Riconoscere questo necessario contributo del diritto ci porta a rivalutare il suo ruolo nella rifondazione dell'impresa: non si tratta tanto di riconoscere un'entità che già esiste, quanto di offrire risorse giuridiche per scongiurare gli "squilibri" creati dalla prevalenza della categoria di società commerciale. In realtà, l'impresa compare nel discorso giuridico ogni volta che il riferimento alla sola società appare insoddisfacente. Questo non vuol dire che l'emersione della dimensione giuridica dell'impresa risponda a un'esigenza giuridica creata da una realtà non giuridica, o che colmi una lacuna. Ciò significherebbe accogliere una

<sup>3</sup> F. BERROD, A. ULLESTAD, *Le droit de l'Union européenne et la notion d'entreprise: donner un sens juridique à l'exercice de l'activité économique*, in *La RSE saisie par le droit perspectives interne et internationale*, a cura di K. Martin-Chenut, R. Dequénaudon, Parigi, 2015.

<sup>4</sup> B. SEGRESTIN, B. ROGER, S. VERNAC, *L'entreprise. Point aveugle du savoir*, Auxerre, 2014.

<sup>5</sup> A. LYON-CAEN, *Le droit sans l'entreprise*, in *L'entreprise. Point aveugle du savoir, op. cit.*, 36 ss.; *Revue de Droit du Travail*, 2013, 748.

<sup>6</sup> Certo, vi sono molti riferimenti alla società nel diritto del lavoro, nel diritto della crisi d'impresa, nel diritto tributario e nel diritto della concorrenza. Ma resta il fatto che l'azienda non è né il soggetto né l'oggetto del diritto.

<sup>7</sup> S. VERNAC, *Le pouvoir d'organisation, au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, Tesi Paris X Nanterre La Défense, 2012.

<sup>8</sup> O. FAVEREAU, *Entreprises: La grande déformation*, in *Paroles et silences*, collana Collège des Bernardins, 2014.

<sup>9</sup> C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, 1991.

concezione «naturalistica» di impresa. Piuttosto, il riferimento all'impresa tende a ristabilire un equilibrio laddove la focalizzazione sulla società commerciale porta a un risultato non conforme alle aspettative create dal diritto stesso. Così, a titolo esemplificativo, il velo giuridico creato dalla personalità giuridica paralizza le norme giuridiche che regolano la responsabilità della società madre per i danni creati dalla sua controllata<sup>10</sup>. In questo modo, se il diritto deve intervenire nella ridefinizione dell'impresa, non è tanto per ricalcare fedelmente la realtà (economica) dell'impresa, quanto per fornire un quadro di riferimento all'azione delle autorità pubbliche che desiderano cambiare le regole del gioco. Il riferimento all'impresa offre un quadro di riferimento tanto più conveniente in quanto riecheggia l'esperienza comune che tutti hanno dell'impresa. Può quindi essere utilizzato per giustificare una regola senza che sia necessario definirla.

A questo proposito, è degno di nota il fatto che le proposte contemporanee per la trasformazione giuridica dell'impresa non contengano alcuna definizione dell'impresa. Al contrario, questa trasformazione avviene attraverso cambiamenti nelle funzioni della società. Gli sviluppi nel diritto francese, che sono principalmente il risultato della legge PACTE del 22 maggio 2019, illustrano questo progetto di ridefinizione dell'impresa attraverso il riesame delle sue funzioni. In particolare, le funzioni sociali e ambientali vengono promosse legalmente. Questa promozione avviene in modi diversi<sup>11</sup>. Questa differente grammatica merita di essere spiegata per comprendere meglio la sua portata.

## 2. Su come la legge abbia contribuito alla distorsione dell'impresa

La distorsione dell'impresa non è ovviamente solo opera del diritto. Le teorie economiche e manageriali hanno promosso concezioni dell'impresa interamente incentrate su un obiettivo: la massimizzazione del valore per gli azionisti. Tuttavia, il ruolo del diritto non è trascurabile: ha fornito un qua-

<sup>10</sup> Secondo un autore, "l'impresa non è altro che un campo di intervento per norme giuridiche che esprimono vari obiettivi politici e si strutturano attorno a varie questioni essenziali e permanenti" (C. HANNOUN, *La réalité juridique de l'entreprise, Réflexions sur la perception par le droit de la réalité matérielle de l'entreprise*, in *Quelles normes pour l'entreprise, Entreprises et histoire*, 2009, 4, 57).

<sup>11</sup> La parola grammatica è comoda perché si riferisce sia alle parole utilizzate, sia al modo in cui sono allineate e organizzate.

dro giuridico all'impresa «deformata»<sup>12</sup>. Questa deformazione è radicata nello iato tra l'impresa e la società commerciale (2.1). Essa ha almeno due effetti: determina una carenza di responsabilità imprenditoriale e enfatizza l'influenza della *governance* societaria (2.2.).

2.1. *L'origine della distorsione giuridica dell'impresa: lo iato tra la società commerciale e l'impresa*

La prima osservazione è che il diritto ha un rapporto complicato con l'impresa. Da un lato, branche del diritto come il diritto civile e il diritto commerciale hanno familiarità con la società commerciale. Poiché le società commerciali hanno personalità giuridica, il diritto civile le considera come entità con diritti e obblighi. Il diritto commerciale, invece, riconosce e disciplina la società commerciale. Questo ramo del diritto definisce i diversi tipi di società commerciali e assegna le prerogative delle parti del contratto di società. Esso conferisce inoltre alle società commerciali la loro struttura di *governance*.

Dall'altro lato, il diritto del lavoro contiene un duplice riferimento: il datore di lavoro e l'impresa. In molti casi, il datore di lavoro è l'entità giuridica strutturata come società commerciale. Tuttavia, questo ramo del diritto si occupa anche dell'impresa<sup>13</sup>. I riferimenti all'impresa non mancano e hanno molte funzioni. A volte il riferimento all'impresa serve a delimitare l'area geografica di applicazione di una norma giuridica<sup>14</sup>. È il caso del Codice del lavoro francese che fa riferimento all'impresa per determinare l'area in cui è possibile distribuire i volantini sindacali<sup>15</sup>. Il riferimento all'impresa è talvolta utilizzato per “[estendere] l'ambito di valutazione degli obblighi del datore di lavoro oltre i confini della persona giuridica”. In questo modo, gli obblighi del datore di lavoro – la persona giuridica – si applicano oltre i confini della persona giuridica. A titolo esemplificativo, l'obbligo del datore di lavoro di cercare una soluzione per ricollocare il dipendente – e quindi evitare il licenziamento per motivi economici – si estende oltre la società datrice di lavoro. Si può citare una terza funzione del riferimento all'impresa: l'interesse del-

<sup>12</sup> O. FAVEREAU, *op. cit.*

<sup>13</sup> E. PESKINE, *À la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement*, in *Revue de Droit du travail*, 2019, 19. La tipologia e gli esempi citati di seguito sono presi in prestito dall'autore.

<sup>14</sup> Art. L. 2142-4 del Codice del lavoro.

<sup>15</sup> E. PESKINE, *op. cit.*

l'impresa – e non quello del datore di lavoro – viene utilizzato come giustificazione per le azioni del datore di lavoro. In questo caso, il riferimento all'impresa suggerisce che l'interesse tutelato va oltre quello del datore di lavoro, per riguardare l'interesse superiore dell'impresa<sup>16</sup>. Il riferimento all'impresa conferisce quindi legittimità all'azione del datore di lavoro<sup>17</sup>.

Qualunque sia la funzione svolta dal riferimento all'impresa, è da notare che l'impresa rimane distinta dal datore di lavoro. Tuttavia, non è facile definire un'impresa. Si ritiene che sia un'entità organizzata per svolgere un'attività economica<sup>18</sup>, i cui contorni variano<sup>19</sup>. Non è questa la sede per andare alla ricerca di questa organizzazione. Al massimo, vorremmo sottolineare che non sempre c'è una sovrapposizione tra l'organizzazione - che alcuni descrivono come economica – e la strutturazione giuridica come società commerciale. In altre parole, un'organizzazione economica non corrisponde a un soggetto giuridico. Con l'evoluzione del capitalismo, si sono moltiplicati gli esempi di questo scollamento. Ad esempio, le catene globali del valore, che costituiscono un'unità organizzativa economica, non hanno di per sé un'esistenza giuridica<sup>20</sup>. Questo scollamento tra le organizzazioni economiche complesse e la strutturazione giuridica dell'attività economica ha conseguenze di vasta portata.

## 2.2 Le conseguenze della deformazione giuridica dell'impresa

Si possono individuare almeno due conseguenze di questa distorsione. La prima è l'emergere di organizzazioni economiche che si sottraggono alle proprie responsabilità: le imprese irresponsabili. Le imprese giocano con i confini geografici e territoriali per evitare le proprie responsabilità. Si tratta di una pratica di lunga data, che spiega in parte il processo di esternalizzazione delle attività. Il ricorso al subappalto e al franchising consente al sog-

<sup>16</sup> Per una lettura critica di questo riferimento all'interesse dell'impresa, si veda T. SACHS *L'intérêt de l'entreprise entre droit et économie*, in *La crise de l'entreprise et sa représentation* a cura di A. Lyon-Caen e Q. Urban, Paris, *Thèmes et commentaires*, 2012, 63.

<sup>17</sup> Si veda la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sulla definizione di società.

<sup>18</sup> A questo proposito, si veda, ad esempio, la giurisprudenza sull'identificazione dell'entità economica autonoma per l'applicazione delle norme sul trasferimento di imprese.

<sup>19</sup> E. PESKINE, *op. cit.*

<sup>20</sup> Questa affermazione non è più del tutto vera dopo l'adozione della direttiva CS3D (direttiva 1760/2024 dal 13/06/2024). Questa direttiva contiene una definizione di catene globali del valore.

getto che controlla una rete di eludere le proprie responsabilità nei confronti dei lavoratori delle aziende che ne fanno parte. Ad esempio, le catene globali del valore sono costituite da più entità giuridiche sparse in tutto il mondo. Di conseguenza, la responsabilità associata a questa struttura aziendale è frammentata.

La seconda conseguenza dello iato tra la società commerciale (persona giuridica) e l'impresa è il modo in cui viene concepita la *corporate governance*. Il diritto commerciale, che si concentra sulla società commerciale, fornisce strumenti per la *corporate governance* che è interamente orientata a soddisfare gli interessi dei fornitori di capitale. Partendo dall'affermazione che i soci sono proprietari della società, è emersa l'idea che gli amministratori sono agenti dei soci e devono agire nel loro interesse.

A seguito del lavoro di ricerca svolto al Collège des Bernardins dal 2009 al 2018, pare opportuno porre in discussione la premessa stessa della *corporate governance*, ossia l'affermazione che gli azionisti sono i proprietari della società commerciale<sup>21</sup>. A pensarci bene, questa affermazione contraddice un'opposizione strutturale nel diritto tra persone e beni, che sono le uniche cose di cui ci si può appropriare. Poiché la società commerciale è una persona giuridica, non può essere oggetto di appropriazione. In realtà, il corrispettivo dell'apporto di capitale dei soci è triplice: i soci sono parti del contratto di società, detengono una parte del capitale sociale e hanno diritti politici all'interno della società. Inoltre, se guardiamo alla società - e non alla partnership - possiamo vedere che gli azionisti non sono gli unici a fornire uno strumento di produzione essenziale per l'attività dell'azienda<sup>22</sup>. Questo cambiamento di prospettiva ha conseguenze di vasta portata e, in particolare, giustifica un trattamento simmetrico di dipendenti e azionisti nella *governance* delle imprese.

Come si vede, la frammentazione delle responsabilità e l'orientamento della *governance* verso il soddisfacimento degli interessi dei soci sono dovuti a questa mancanza di sovrapposizione, a questo scollamento tra società commerciale (struttura giuridica) e impresa (organizzazione sociale ed economica). Precisamente, una delle sfide della ridefinizione dell'impresa è quella di ricollegare la struttura giuridica e le pratiche organizzative, per creare una (ri)connessione tra l'impresa e la società.

<sup>21</sup> J.-P. ROBE, *L'entreprise et la constitutionnalisation du système monde de pouvoir*, Collège des Bernardins-département Economie, Hommes, Société, 2011.

<sup>22</sup> A questo proposito, si veda il contributo di O. FAVEREAU in questa pubblicazione.



### 3. Una proposta di tipologia di grammatiche per ridefinire l'impresa

Sulla base di uno studio del diritto francese, proponiamo di distinguere tre approcci alla ridefinizione dell'impresa – intesa come organizzazione – che consentirebbero di correggere la *governance* societaria o di limitare la frammentazione delle responsabilità. Il primo approccio prevede l'integrazione delle conseguenze sociali e ambientali dell'attività d'impresa nella gestione aziendale. Questa grammatica delle conseguenze si basa su un arsenale giuridico specifico, caratterizzato da una debole forza normativa<sup>23</sup>(3.1). Un altro approccio potrebbe essere più promettente: quello del progetto<sup>24</sup>. Consiste nel cercare di sancire nel diritto una concezione dell'impresa come forma di azione collettiva diretta al raggiungimento di un obiettivo condiviso da tutti i soggetti coinvolti, non solo dai fornitori di capitale (3.2). Una terza grammatica di ridefinizione merita infine di essere evidenziata: quella ancorata a una concezione dell'impresa come essere politico (3.3.).

#### 3.1 La grammatica delle conseguenze

La grammatica consequenzialista è alla base della Responsabilità sociale d'impresa (RSI). La RSI consiste nell'incoraggiare - piuttosto che obbligare - le imprese a tenere conto delle conseguenze sociali e ambientali delle loro attività nella loro gestione.

Sono stati sviluppati numerosi strumenti, con un'ampia varietà di standard, per incoraggiare le imprese a mappare i rischi e a mettere in atto procedure e risorse per evitare che questi ultimi si verifichino: obblighi di *rendicontazione* non finanziaria, etichette, certificazioni, ecc. Questi strumenti hanno un elemento in comune: inviano segnali ai mercati dei beni e dei servizi (consumatori) e ai mercati finanziari (investitori). L'efficacia della responsabilità sociale delle imprese si basa sulla disciplina di mercato. In questa logica, le imprese, che sono diventate trasparenti grazie all'uso di questi strumenti, hanno interesse a essere virtuose per non allontanare investitori e consumatori. Soprattutto, le informazioni fornite dovrebbero consentire di superare l'asimmetria informativa in cui si trovano i destinatari di tali informazioni, gli investitori, i consumatori e, più in generale, la società civile. La divulgazione di informazioni sulle attività di un'azienda è quindi una misura

<sup>23</sup> C. THIBIERGE, *La force normative. Naissance d'un concept*, Parigi, 2009.

<sup>24</sup> B. SEGRESTIN, A. HATCHUEL, *L'entreprise comme dispositif de création collective: vers un nouveau type de contrat collectif*, Collège de Bernardins, 2011.

che sostiene la disciplina di mercato alla base della responsabilità sociale delle imprese.

La grammatica consequenzialista permette di introdurre nella gestione aziendale obiettivi diversi dalla massimizzazione del valore per gli azionisti. In questo modo, offre un modo per ricollegare l'impresa e la società commerciale. La gestione non si concentra esclusivamente sugli interessi degli azionisti, ma integra anche gli interessi degli altri *stakeholder*. Questa grammatica permette quindi di correggere uno degli effetti della principale distorsione che abbiamo descritto in precedenza.

Tuttavia, la grammatica delle conseguenze ha i suoi limiti: sebbene gli interessi degli altri *stakeholder* siano presi in considerazione, essi rimangono relegati in secondo piano. Inoltre, “la RSI si basa su un presupposto di compatibilità con gli interessi degli azionisti”<sup>25</sup>. Una delle giustificazioni della RSI è il legame positivo tra i risultati finanziari dell'impresa e i suoi risultati non finanziari. Tale giustificazione condanna il perseguimento di valori civici che non contribuirebbero alla salute economica e finanziaria dell'impresa. Tanto che, in ultima analisi, la responsabilità sociale, lungi dall'ostacolare la *governance* degli azionisti, la rende addirittura accettabile. Occorre quindi rivolgersi a un'altra grammatica: quella del progetto.

### 3.2 Grammatica del progetto

Attraverso una serie di innovazioni giuridiche, la legge francese PACTE del 2019<sup>26</sup> mira a introdurre nel diritto l'impresa come progetto, come azione collettiva: la possibilità per la società di inserire nel proprio statuto una ragion d'essere o una missione. Attraverso il riconoscimento giuridico, l'obiettivo è quello di “dare sostanza alla finzione giuridica rappresentata dalla società”<sup>27</sup>. La parola “raison” nell'espressione “raison d'être” si riferisce innanzitutto alla giustificazione del progetto aziendale. Ad esempio, la *raison d'être* di Michelin è “offrire a tutti una strada migliore”<sup>28</sup>. La ragion d'essere di Danone è “innovare per riportare il piacere nel cibo”<sup>29</sup>. Potremmo rimanere scettici di fronte a questa affermazione e temere che la spiegazione di

<sup>25</sup> K. LEVILLAIN, A. HATCHUEL, B. SEGRESTIN, *Normer l'entreprise pour l'émanciper? Vers de nouvelles options juridiques*, in *L'entreprise. Point aveugle du savoir*, op. cit., 2019.

<sup>26</sup> L. n. 2019-486 del 22 maggio 2019.

<sup>27</sup> K. LEVILLAIN, A. HATCHUEL, B. SEGRESTIN, op. cit.

<sup>28</sup> <https://www.michelin.com/fr/groupe-michelin/profil/mobilite-notre-raison-d-etre>.

<sup>29</sup> <https://www.danone.com/fr/about-danone/sustainable-value-creation/our-company-goals.html>.

una *raison d'être* sia principalmente un'operazione commerciale. Tuttavia, dato che questa *raison d'être* è oggetto di deliberazioni all'interno degli organi di governo societario, non potrebbe invece costituire un contrappeso all'imperativo categorico della massimizzazione del valore per gli azionisti? L'obiettivo è quello di dare un significato assiologico alla scelta dell'oggetto sociale<sup>30</sup>. In questa prospettiva, la ricerca del profitto non può essere l'unico motore dell'impegno nel progetto aziendale. Il termine "ragione" è anche legato alla razionalità e si riferisce quindi all'organizzazione messa in atto per raggiungere l'obiettivo perseguito. Il riferimento alla ragion d'essere dà quindi luogo, nel diritto, a una concezione dinamica e collettiva dell'impresa<sup>31</sup>. Ciò comporta di per sé una proiezione verso il futuro e contribuisce quindi all'affermazione giuridica dell'impresa come "sistema di azione collettiva"<sup>32</sup>. (Ri)definire l'impresa intorno al suo progetto: questo approccio è al centro dell'economia sociale<sup>33</sup>. La delimitazione di ciò che copre questo settore di attività è stata oggetto di lunghi e numerosi dibattiti e rimane controversa. Il giurista prudente può affidarsi a una definizione giuridica. Secondo il legislatore francese, l'economia solidale si riferisce a «una forma di impresa e di sviluppo economico adattata a tutti i settori dell'attività umana a cui appartengono persone giuridiche di diritto privato e che soddisfano le seguenti condizioni cumulative»<sup>34</sup>: perseguire un obiettivo diverso dalla mera ripartizione dei profitti; garantire una *governance* democratica, prevedendo l'informazione e la partecipazione dei soci, dei dipendenti e degli *stakeholder* ai risultati dell'impresa, espressione che non è legata unicamente al loro apporto di capitale; disporre di un sistema di gestione orientato allo sviluppo dell'attività<sup>35</sup>. La combinazione di queste condizioni costituisce il DNA delle entità che compongono l'economia sociale. Fino a poco tempo fa, prevaleva

<sup>30</sup> Il termine inglese è "*purpose*". Sull'emergere dello "scopo", si veda K. LEVILLAIN, *Les entreprises à mission. Un modello di governance per l'innovazione*, Parigi, 2017.

<sup>31</sup> S. VERNAC, *L'entreprise et sa raison d'être*, in *Semaine Sociale Lamy*, vol. 1807, 2018.

<sup>32</sup> B. SEGRESTIN, A. HATCHUEL, *L'entreprise, une invention moderne en attente de droit?*, in *Entreprises et histoire*, 2009, vol. 57, n. 4, 218.

<sup>33</sup> A questo proposito, si veda P. FRÉMEAUX, *Economie sociale et solidaire*, in *L'Entreprise. Point aveugle du savoir*, op. cit.

<sup>34</sup> Legge 2014-856 del 31 luglio 2014, che ha proposto una definizione di economia sociale e solidale.

<sup>35</sup> La legge aggiunge quanto segue: [La maggior parte degli utili] deve essere destinata al mantenimento o allo sviluppo dell'attività dell'impresa (art. 1, I, 3., a). Per le società commerciali, questo vincolo permette di limitare la speculazione sul capitale e sulle azioni e di certificare così lo scopo sociale dell'impresa.

l'idea che questi requisiti dovessero trovare una concreta espressione giuridica, in particolare negli statuti specifici delle entità dell'economia sociale. È questo il terreno di coltura del quartetto di organizzazioni dell'economia sociale con uno status giuridico speciale, composto da associazioni, fondazioni, mutue e cooperative. Ognuno a suo modo, gli statuti danno espressione giuridica alla centralità del progetto per il quale gli attori sono impegnati. Ad esempio, nel caso delle cooperative le cui azioni sono detenute dai dipendenti, questi ultimi sono anche e necessariamente operatori (e viceversa): apportano sia capitale che lavoro. L'obbligo di indossare due cappelli (dipendente/socio), il principio democratico "una persona = un voto", l'accantonamento prioritario degli utili: sono tutte regole operative che garantiscono «lo sforzo comune e la messa a disposizione delle risorse necessarie»<sup>36</sup>.

Questo dirottamento verso l'economia sociale dimostra che la grammatica del progetto ha una virtù: garantisce che l'attività dell'impresa si inserisca nel lungo periodo. Ciò significa liberarla dai vincoli imposti da una gestione a breve termine incentrata sulla massimizzazione del valore per gli azionisti. In realtà, la formalizzazione della ragion d'essere dell'impresa è uno strumento per spostare i vincoli. Nel contesto della *corporate governance*, il vincolo grava sui manager. L'emergere dell'impresa come progetto trasferisce il vincolo – favorendo la realizzazione del progetto – sugli azionisti... e quindi libera il manager<sup>37</sup>. Poiché la ragion d'essere è oggetto di deliberazione da parte degli organi di gestione, la sua formalizzazione tende a relativizzare il ruolo del valore del profitto e permette quindi di instaurare il pluralismo nel lungo periodo.

Fermezza orientata ad allentare la morsa della creazione di valore per gli azionisti sulla gestione dell'impresa, questa concezione dell'azienda solleva una domanda: che posto deve essere dato ai lavoratori che operano per svolgere l'attività senza essere impegnati nel progetto? In realtà, non è facile conciliare una visione dell'azienda come progetto con il concetto giuridico di lavoratore subordinato. Il progetto non richiede forse il coinvolgimento e la creatività di tutti? Ecco perché un autore ci invita a "prevedere nuove forme di contratti di impegno che organizzino il lavoro intorno a un futuro deside-

<sup>36</sup> Articolo 1 L. 1947 modificato dalla legge n. 2014-856 del 31 luglio 2014.

<sup>37</sup> K. LEVILLAIN, A. HATCHUEL, B. SEGRESTIN, *Normer l'entreprise pour l'émanciper? Verso nuove opzioni giuridiche*, in *L'entreprise. Point aveugle du savoir*, op. cit., 292; S. VERNAC, *Donner corps à un droit de la direction de l'entreprise, une condition nécessaire à la refondation de l'entreprise*, in *Revue de droit du travail*, 2017, 519.

rabile"<sup>38</sup>. La precisazione della ragion d'essere, volta a conferire una certa indipendenza agli amministratori nei confronti dei soci, non potrebbe essere opposta, se non imposta, anche ai dipendenti?

### 3.3. Una grammatica politica

Le logiche che mirano a una concezione pluralista dell'impresa, non centrata sulla produzione di valore per gli azionisti, hanno tutte un elemento in comune: l'impresa non è mai ridotta a un'entità produttiva. Anzi, l'azienda può essere vista come un "luogo", uno "spazio" in cui si confrontano i valori. Al centro delle operazioni di un'azienda c'è uno scontro di valori: valori economici, valori sociali e valori ambientali<sup>39</sup>. La legge fornisce strumenti per questo confronto di valori quando organizza forme di confronto dialettico tra la direzione aziendale e i rappresentanti dei lavoratori. Seguendo le orme di un economista francese, F. Eymard-Duvernay, proponiamo di considerare l'azienda come un'organizzazione in cui e su cui interagiscono "poteri di valorizzazione"<sup>40</sup>. Il potere di valorizzazione può essere definito come la capacità di un attore o di un gruppo di attori all'interno di un'azienda di influenzare e determinare i criteri e i processi con cui le risorse, le azioni e i risultati vengono valutati e giudicati. Questo potere è essenziale per capire come vengono prese le decisioni, come vengono stabilite le priorità e come vengono implementate e bilanciate le diverse logiche di valutazione all'interno dell'organizzazione. Questo potere di valutazione, detenuto da alcuni attori, si basa su criteri che risiedono negli standard o nelle misure utilizzate per valutare il valore di azioni, risorse o risultati. Ad esempio, i criteri possono essere finanziari (redditività, costi), tecnici (efficienza, qualità), sociali (benessere dei dipendenti) o ambientali. All'interno dei criteri, ci sono diversi modi di valutare: mercato, industria, casa, civiltà, ecc.<sup>41</sup>. Questi diversi modi coesistono e possono entrare in conflitto tra loro. Il potere di

<sup>38</sup> B. SEGRESTIN, *Subordinare il lavoro o ordinarlo a un futuro comune? Pour de nouveaux contrats d'engagement dans l'entreprise*, in *Revue Française de SocioÉconomie*, 2015, 2 (Hors-série), 73-88.

<sup>39</sup> Su questo punto, si veda F. EYMARD-DUVERNAY, *Le travail dans l'entreprise. Pour une démocratisation des pouvoirs de valorisation*, collana Collège des Bernardins, 2011.

<sup>40</sup> Su questo punto, si veda F. EYMARD-DUVERNAY in *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, *op. cit.*

<sup>41</sup> Motivazione. In un'economia di mercato, i responsabili delle decisioni danno la priorità ai criteri finanziari e alla redditività. In una città industriale, ingegneri e tecnici possono avere un potere maggiore grazie alle loro competenze tecniche.

valorizzazione implica la capacità di promuovere una certa logica e di convincere altri attori della sua importanza. In questa visione della società, gli spazi di deliberazione e negoziazione sono essenziali, per due motivi. In primo luogo, l'apertura di tali spazi è necessaria per la costruzione delle giustificazioni utilizzate nell'esercizio del potere. In secondo luogo, questi spazi consentono di negoziare. Il potere di valorizzazione non è assoluto e può essere soggetto a negoziazioni e compromessi. Gli attori devono spesso negoziare per far accettare i loro criteri di valutazione, soprattutto in ambienti complessi in cui coesistono diverse logiche.

Questa concezione dell'impresa è eminentemente politica. La ridefinizione dell'impresa non è estranea alla questione della democrazia<sup>42</sup>. L'ambizione di alcuni è quella di rendere l'impresa uno spazio democratico, organizzando, nel quadro della codeterminazione, un confronto tra i diversi poteri di valorizzazione all'interno degli organi di gestione<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> C. GENDRON, *Vers une approche politique de l'entreprise*, in *L'entreprise. Point aveugle du savoir*, op. cit.

<sup>43</sup> V. il contributo di O. FAVEREAU in questa pubblicazione.

CORRADO MALBERTI

SCOPO DELL'IMPRESA E *CORPORATE GOVERNANCE*:  
DALLO *SHAREHOLDER VALUE* AL SUCCESSO SOSTENIBILE

SOMMARIO: 1. La responsabilità sociale delle imprese secondo Milton Friedman. – 2. Lo scopo dell'impresa nell'insegnamento di Easterbrook, Fischel e Posner. – 3. Il dibattito italiano sull'interesse sociale tra istituzionalismo e contrattualismo. – 4. L'affermazione dello *shareholder value* nel diritto societario italiano. – 5. Una prima revisione del paradigma: l'introduzione dell'impresa sociale. – 6. L'influenza del diritto dell'Unione europea sull'evoluzione del dibattito italiano in materia di *environmental, social, and corporate governance*. – 7. L'introduzione della società *benefit* e la riforma dell'impresa sociale. – 8. Il nuovo Codice di Corporate Governance e il paradigma del successo sostenibile. – 9. Il «Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile». – 10. Conclusione.

1. *La responsabilità sociale delle imprese secondo Milton Friedman*

Nel 1970 Milton Friedman pubblicava un celebre articolo sul New York Times Magazine<sup>1</sup>, con cui riproponeva alcune tesi già sostenute otto anni prima in *Capitalism and Freedom*<sup>2</sup>, affermando che l'unica responsabilità sociale delle imprese è quella di massimizzare i profitti. Oggetto della critica di Friedman era in particolare la scelta del *management* di General Motors di istituire un nuovo *public-policy committee*, che avrebbe dovuto occuparsi di temi di utilità sociale. A sua volta, General Motors aveva preso questa decisione perché alcuni attivisti avevano chiesto in assemblea – senza successo – l'istituzione di un comitato per studiare la *performance* della società su temi quali la sicurezza dei prodotti e l'inquinamento, proponendo di nominare tre amministratori che rappresentassero interessi di utilità sociale<sup>3</sup>.

Nonostante la sua chiara presa di posizione a favore della massimizzazione dei profitti, la critica di Friedman non riguardava tanto gli obiettivi perseguiti dai fautori della responsabilità sociale delle imprese,

<sup>1</sup> M. FRIEDMAN, *The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits*, in *The New York Times Magazine*, 13 settembre 1970, 33 ss.

<sup>2</sup> M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Chicago - London, 2002, pubblicato originariamente nel 1962.

<sup>3</sup> Per un quadro d'insieme sul contesto del tempo, si veda P.I. BLUMBERG, *The Politicalization of the Corporation*, in *Boston University Law Review*, 51, 1971, 425 ss.

quanto le modalità con cui perseguire questi stessi obiettivi. Friedman, infatti, affermava che l'attività d'impresa avrebbe dovuto comunque rispettare le c.d. «rules of the game»<sup>4</sup> imposte dall'ordinamento: in questa prospettiva, quindi, gli *stakeholder* e la società in generale sarebbero stati tutelati in modo più efficace con la previsione di vincoli esterni all'attività imprenditoriale piuttosto che con regole di *governance*<sup>5</sup>.

## 2. Lo scopo dell'impresa nell'insegnamento di Easterbrook, Fischel e Posner

Dopo poco più di vent'anni dall'articolo di Friedman, Easterbrook e Fischel pubblicavano *The Economic Structure of Corporate Law*, in cui sostenevano che, in ultima istanza, la scelta di dare prevalenza agli interessi dei soci o degli *stakeholder* dovrebbe essere rimessa all'autonomia contrattuale<sup>6</sup>. Ciononostante, almeno come regola suppletiva, questi autori rilevavano anche che la massimizzazione degli utili nel lungo periodo, almeno in linea di principio, era preferibile, perché una scelta diversa si sarebbe scontrata con le logiche economiche del mercato<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Più precisamente M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, cit., 133, affermava che «there is one and only one social responsibility of business — to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition, without deception or fraud».

<sup>5</sup> Sul punto si veda J. TIROLE, *The Theory of Corporate Finance*, Princeton - Oxford, 2005 60, il quale ricorda che i fautori «of the maximization of shareholder value (hopefully) do not object to the goals of the stakeholder society. Rather, they disagree on how these goals are to be reached. Implicit in their position is the view that externalities are best handled through the contractual and legal apparatus, rather than through some discretionary action by the firm's officers and directors».

<sup>6</sup> F.H. EASTERBROOK - D.R. FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge - London, 1996, 35 ss., originariamente pubblicato nel 1991, interrogandosi sul tema dello scopo delle società, affermavano: «what is the goal of the corporation? Is it profit, and for whom? Social welfare more broadly defined? Is there anything wrong with corporate charity? Should corporations try to maximize profit over the long run or the short run? Our response to such questions is: who cares? If the *New York Times* is formed to publish a newspaper first and make a profit second, no one should be allowed to object. Those who came in at the beginning consented, and those who came later bought stock the price of which reflected the corporation's tempered commitment to a profit objective. If a corporation is started with a promise to pay half of the profits to the employees rather than the equity investors, that too is simply a term of the contract. It will be an experiment. Professors might not expect the experiment to succeed, but such expectations by strangers to the bargain are no objection».

<sup>7</sup> F.H. EASTERBROOK, D.R. FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, cit., 36 ss.



Questa impostazione rievoca indirettamente anche le considerazioni di Posner, il quale, in *Economic Analysis of Law*, segnalava che la massimizzazione degli utili, più che un dovere, è in realtà la logica conseguenza delle pressioni concorrenziali imposte al *management* dal mercato del prodotto, da quello del controllo societario e dalle regole di *governance*<sup>8</sup>.

Secondo tutti questi autori, quindi, la massimizzazione degli utili non sarebbe un obiettivo imposto alle società dall'ordinamento, ma, più semplicemente, la logica conseguenza delle strutture di mercato in cui le società si trovano a operare.

### 3. Il dibattito italiano sull'interesse sociale tra istituzionalismo e contrattualismo

Calate nel contesto italiano, queste considerazioni evocano il delicato dibattito sull'interesse sociale e la classica contrapposizione tra istituzionalismo e contrattualismo: mentre per i fautori di quest'ultima impostazione l'interesse sociale, in definitiva, sarebbe quello dei soci, le tesi istituzionaliste ritengono che l'interesse sociale trascenda gli interessi di queste persone<sup>9</sup>. Tuttavia, anche all'interno di questi due approcci contrapposti, vi sono posizioni variegate.

Le diverse teorie istituzionaliste vengono declinate in modo molto eterogeneo e, almeno in alcuni casi, giungono a risultati applicativi non lontani da quelli di alcune teorie contrattualiste. In questo senso, vi sono evidenti affinità soprattutto tra chi, nel campo istituzionalista, reputa che le società non debbano perseguire soltanto gli interessi dei soci attuali, ma anche quelli dei soci futuri<sup>10</sup> e chi, nel campo contrattualista, ritiene che l'interesse dei soci

<sup>8</sup> R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 9<sup>th</sup> ed., New York, 2014, §15.14, infatti, afferma, che «Were there no competition in product markets, no market for corporate control, no governance by directors and shareholders, and no law of fiduciary obligations, corporate managers would not be constrained to maximize corporate profits. They would maximize their own utility, presumably by skimming off the whole of the corporation's net income as salaries».

<sup>9</sup> Per un sintetico quadro d'insieme sui diversi approcci tradizionali al tema dell'interesse sociale, si veda D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale, Torino, 1991, vol. 3\*\*, 3 ss.

<sup>10</sup> Per questo approccio si veda, ad esempio, il fondamentale contributo di A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Rivista delle società*, 1959, 618 ss.

debba essere inteso in modo ideale, astraendo dagli obiettivi concretamente perseguiti da ciascun socio.

In realtà anche prescindendo dalle possibili affinità con le teorie contrattualiste, i diversi approcci istituzionalisti hanno caratteristiche molto diverse tra loro. Così, mentre alcuni reputano che le società debbano prendere in considerazione gli interessi dei dipendenti<sup>11</sup>, altri sostengono che sia necessario perseguire gli interessi dei creditori<sup>12</sup>, oppure, più in generale, il successo dell'economia nazionale<sup>13</sup>.

Contro tutte queste ricostruzioni viene però mosso uno stesso ordine di critiche, vale a dire che il nostro ordinamento non riconosce ai portatori di questi "altri" interessi diritti significativi nella *governance* delle società, come quello di nominare o revocare gli organi sociali, o quello di promuovere azioni di responsabilità<sup>14</sup>. In questa prospettiva l'istituzionalismo si riduce ad una semplice petizione di principio che non consente agli *stakeholder* di perseguire i loro interessi in modo efficace.

D'altra parte, i sostenitori del contrattualismo reputano che le società debbano promuovere gli interessi dei loro soci, senza però che vi sia uniformità di vedute su come questi interessi debbano essere intesi. Così, mentre alcuni affermano che si debba massimizzare la produzione di lucro<sup>15</sup>, altri sostengono che sia il valore delle partecipazioni a dover essere massimizzato<sup>16</sup> e

<sup>11</sup> Su queste diverse teorie si veda D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., 9 ss.

<sup>12</sup> In tal senso si veda, ad esempio, F. GALGANO, *Circolazione delle partecipazioni azionarie nei gruppi di società*, in *Contratto e impresa*, 1986, 357 ss., 364.

<sup>13</sup> Questa teoria, che, com'è stato rilevato, è strettamente legata alla dottrina tedesca dell'*Unternehmen an sich*, non ha ricevuto molto sostegno nel nostro paese. Sul punto si vedano le considerazioni critiche di D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., 13.

<sup>14</sup> Si deve ricordare, infatti, che il nostro ordinamento riconosce ai creditori, ai sensi dell'art. 2394 c.c., il diritto di promuovere l'azione di responsabilità contro gli amministratori. Particolarmente delicata è quindi la questione del perché il perseguimento degli interessi di questi soggetti non dovrebbe rilevare nell'individuazione dell'interesse sociale. In argomento si veda ancora D. PREITE *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., 11 ss.

<sup>15</sup> In tal senso G. MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, in *Rivista di diritto civile*, 1956, 314 ss., 319.

<sup>16</sup> Questa è la tesi di L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in *Rivista delle società*, 1956, 441 ss., 453 ss.

altri ancora ritengono, invece, che l'interesse da perseguire sia quello alla distribuzione degli utili<sup>17</sup>.

Tra queste teorie, è probabilmente quest'ultima quella più aderente alla nozione del contratto di società fornita dall'art. 2247 c.c., in forza del quale, com'è noto, «due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili». L'esplicito riferimento all'obiettivo della divisione degli utili è infatti difficilmente conciliabile con le teorie che enfatizzano la massimizzazione del lucro o del valore delle partecipazioni, perché questi due approcci prescindono dal conseguimento da parte dei soci di un lucro soggettivo. A difesa di queste due impostazioni, però, si può rilevare anche che neppure le teorie di chi pone al centro del proprio ragionamento l'obiettivo della distribuzione degli utili sono del tutto esenti da critiche, perché, né l'art. 2247 c.c., né altre disposizioni, impongono alle società di decidere la distribuzione di utili ai soci. Argomentando in questo senso, mentre le prime due teorie sopra indicate, almeno nella sostanza, non sarebbero incompatibili con il quadro normativo, gli argomenti letterali a favore della tesi che pone al centro la distribuzione degli utili sarebbero, invece, indeboliti<sup>18</sup>.

Le teorie contrattualiste fin qui richiamate ritengono che sia necessario considerare gli interessi dei soci in modo uniforme e, per questa ragione, come sopra accennato, alcune delle loro declinazioni presentano affinità con alcuni approcci istituzionalisti<sup>19</sup>. Ad esempio, se si reputa che non vi siano significative differenze tra gli interessi della maggioranza e della minoranza, o dei soci attuali e futuri, o se si ritiene che nella società i soci possano perseguire esclusivamente interessi di natura economica, diventa difficile distinguere tra contrattualismo e istituzionalismo. Più distanti dalle posizioni istituzionaliste sono invece quelle tesi che individuano l'interesse sociale in modo non unitario ma pluralistico, vale a dire prendendo in considerazione i diversi interessi perseguiti dai soci<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Per altre indicazioni su quest'approccio, si veda D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., 19 ss.

<sup>18</sup> Per ulteriori dettagli sulle critiche a questa teoria, si veda ancora D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., 19 ss.

<sup>19</sup> P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, 90 ss.; D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., 16 ss.

<sup>20</sup> In tal senso è orientato D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., 20 ss.

#### 4. *L'affermazione dello shareholder value nel diritto societario italiano*

Alla fine degli anni novanta, dopo la tumultuosa crescita del mercato finanziario italiano, il dibattito sull'interesse sociale e sullo scopo dell'impresa tendeva ormai verso un consapevole riconoscimento del paradigma dello *shareholder value*, ovvero della massimizzazione del valore delle partecipazioni sociali, che se, da un lato, pone al centro l'interesse dei soci, dall'altro, ricostruendo questo interesse in modo omogeneo come interesse al valore della partecipazione, presentava anche alcune caratteristiche proprie dell'istituzionalismo<sup>21</sup>. In questa direzione, ad esempio, era orientato il primo codice di autodisciplina delle società quotate del 1999, in cui si affermava che lo scopo principale di una buona *Corporate Governance* è quello della «massimizzazione del valore per gli azionisti, ritenendo che il perseguimento di tale obiettivo, in un orizzonte temporale non breve, possa innescare un circolo virtuoso, in termini di efficienza e di integrità aziendale, tale da ripercuotersi positivamente anche sugli altri *stakeholder* – quali i clienti, creditori, consumatori, fornitori, dipendenti, le comunità e l'ambiente – i cui interessi sono già tutelati nel nostro ordinamento»<sup>22</sup>. Sempre il primo codice di autodisciplina affermava poi che lo *shareholder value* era compatibile con il diritto societario italiano, «che vede nell'interesse sociale il parametro di riferimento dell'operato di coloro che sono alla guida della società»<sup>23</sup>.

Nel 2003, anche la riforma del diritto societario sanciva il riconoscimento di questa impostazione. In particolare, tra le norme dedicate alla direzione e il coordinamento delle società, il nuovo testo dell'art. 2497 c.c. affermava abbastanza chiaramente l'adesione della novella al paradigma dello *shareholder value*, stabilendo che chi esercita attività di direzione e coordinamento

<sup>21</sup> Sul punto si veda P.G. JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2000, I, 795 ss., il quale concludeva questo suo lavoro affermando, a p. 812, che «si potrebbe sostenere che la *shareholder value*, più che essere «contrattualistica» e [sic] la versione moderna dell'istituzionalismo dell'*Unternehmen an sich*, intesa però l'«*Unternehmen*» non come comunità di persone, ma come un «sacco di denaro» che deve essere riempito sempre di più».

<sup>22</sup> COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE DELLE SOCIETÀ QUOTATE, *Relazione. Codice di Autodisciplina*, testo disponibile sul sito <https://www.borsaitaliana.it/comitato-corporate-governance/codice/versioniprecedenticodice.htm>, 1999, 19.

<sup>23</sup> Per questa conclusione, si veda ancora COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE DELLE SOCIETÀ QUOTATE, *Relazione. Codice di Autodisciplina*, cit., 33, in cui si afferma che «l'enfasi posta sullo *shareholder value*, oltre a riflettere un indirizzo prevalente in campo internazionale, si concilia con l'indirizzo normativo italiano, che vede nell'interesse sociale il parametro di riferimento dell'operato di coloro che sono alla guida delle società».

può essere chiamato a rispondere «per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale». Tale disposizione, pur non incidendo direttamente sul disposto dell'art. 2247 c.c., chiariva, all'esito di un lungo dibattito sull'interesse di gruppo, che, nell'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, ma forse anche all'interno delle singole società, la lesione dell'interesse che può giustificare un risarcimento del danno è quella alla redditività e al valore della partecipazione sociale.

##### 5. Una prima revisione del paradigma: l'introduzione dell'impresa sociale

All'esito della riforma del diritto societario del 2003, gli interessi degli *stakeholder* avevano ancora scarso riconoscimento nella *governance* delle società italiane. Ciononostante, quasi come un'eccezione che conferma la regola, nel 2006 il nostro legislatore introduceva con il d.lgs. n. 155 del 2006 una normativa espressamente dedicata alle imprese sociali.

Anche le società previste nel codice civile potevano assumere la qualifica di impresa sociale, purché fossero soddisfatti alcuni requisiti piuttosto stringenti. Tra le condizioni più significative si deve segnalare che a queste imprese era consentito svolgere unicamente determinate attività aventi, appunto, connotati sociali (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 155 del 2006). Soprattutto, in evidente contrapposizione con quanto stabilito all'art. 2247 c.c., veniva proibita la distribuzione di utili ai soci, escludendo di fatto il conseguimento di un lucro soggettivo (art. 3 d.lgs. n. 155 del 2006)<sup>24</sup>.

Se l'introduzione dell'impresa sociale apriva la porta al riconoscimento di interessi estranei a quelli dei soci, si deve però anche riconoscere che questa normativa aveva una portata tanto dirompente quanto circoscritta: l'esigenza di dare rilievo ad "altri" interessi, infatti, veniva soddisfatta prevedendo uno statuto specifico, senza però ripensare alle basi il sistema del diritto societario.

Comunque, anche nel suo ambito circoscritto e nonostante la deviazione evidente da alcuni principi cardine del nostro diritto commerciale, il d.lgs. n. 155 del 2006 scontava ancora il retaggio di un'impostazione tradizionale. Così, ad esempio, nelle società imprese sociali, non si consentiva ancora chiaramente – né tantomeno si imponeva – l'attribuzione agli *stakeholder* di diritti di nomina, né si riconosceva a loro favore il diritto di promuovere azioni di responsabilità contro gli organi sociali.

<sup>24</sup> Successivamente il rigore di questa disposizione è stato attenuato (sul punto si veda l'art. 3 d.lgs. n. 112 del 2017).

D'altra parte, si deve anche riconoscere che il d.lgs. n. 155 del 2006 imponeva l'introduzione di alcuni strumenti per assicurare il coinvolgimento dei lavoratori e dei destinatari delle attività delle imprese sociali, prevedendo, in particolare, meccanismi di informazione, consultazione o partecipazione, per consentire a tali soggetti di «esercitare un'influenza sulle decisioni ... almeno in relazione alle questioni che incidano direttamente sulle condizioni di lavoro e sulla qualità dei beni e dei servizi prodotti o scambiati» (art. 12 d.lgs. n. 155 del 2006). L'eterogeneità degli strumenti di coinvolgimento ammessi, tuttavia, consentiva comunque ai soci di depotenziare l'intervento degli *stakeholder* nella *governance* delle imprese sociali costituite in forma societaria.

6. *L'influenza del diritto dell'Unione europea sull'evoluzione del dibattito italiano in materia di environmental, social, and corporate governance.*

Negli ultimi anni il dibattito italiano sull'*environmental, social, and corporate governance* si è dovuto confrontare anche con il diritto dell'Unione europea che, a sua volta, è stato influenzato dalle iniziative dei diversi Stati membri. In questa prospettiva, l'adozione della direttiva 2014/95/UE sulle informazioni di carattere non finanziario, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 254 del 2016, nonostante il suo campo d'applicazione piuttosto limitato<sup>25</sup>, ha avuto un impatto anche nel nostro paese. I commentatori di questa normativa hanno evidenziato, infatti, come vi sia una stretta relazione tra l'informativa non finanziaria, il dibattito sull'interesse sociale e il ruolo degli *stakeholder* nel nostro diritto societario.

Tuttavia, da un punto di vista concreto, il d.lgs. n. 254 del 2016 non ha inciso direttamente sulla *governance* delle società italiane, né ha imposto agli amministratori di perseguire gli interessi degli *stakeholder*. Pur prevedendo obblighi di *disclosure*, la cui violazione può comportare sanzioni, questa normativa, infatti, non incide direttamente sui doveri degli amministratori, né conferisce agli *stakeholder* alcun potere specifico per spingere gli organi sociali a promuovere interessi diversi da quelli degli azionisti.

Un secondo, per certi versi inatteso, riconoscimento di derivazione unionale delle politiche di sostenibilità può essere individuato nel recepimento della direttiva (UE) 2017/828, che modifica la direttiva 2007/36/CE sui diritti degli azionisti, potenziandone le prerogative. In relazione a questo

<sup>25</sup> L'art. 2, d.lgs. n. 254 del 2016, infatti, limita il campo di applicazione di questa normativa soltanto alle società di più grandi dimensioni.

provvedimento non si può non rilevare una certa schizofrenia del legislatore dell'Unione europea, che, contemporaneamente, in alcune iniziative promuove i diritti degli azionisti, e in altre aspira a tutelare gli interessi dei creditori<sup>26</sup> e degli altri *stakeholder*<sup>27</sup>. Per quanto riguarda i diritti degli azionisti, se, da un lato, viene potenziato il loro ruolo, attribuendo all'assemblea il diritto di pronunciarsi sulla remunerazione degli amministratori, dall'altro, viene affermato che le politiche di remunerazione degli amministratori debbano contribuire «agli interessi a lungo termine e alla sostenibilità della società» (art. 9 *bis*, para. 6, direttiva 2007/36/CE come modificata dalla direttiva (UE) 2017/828). Con il recepimento di questa direttiva, la “sostenibilità della società”, peraltro in una prospettiva di “lungo termine”, ha fatto quindi ingresso anche nel TUF all'art. 123-*ter*, comma 3-*bis*, proprio nella stessa disposizione in cui si riconosce ai soci il diritto di esprimersi con un voto vincolante sulle politiche di remunerazione<sup>28</sup>.

### 7. L'introduzione della società *benefit* e la riforma dell'impresa sociale

Un'ulteriore breccia nel sistema elaborato dal codice civile al fine di assicurare il riconoscimento di interessi diversi da quelli dei soci può essere individuata nell'art. 1, comma 376 ss., della l. n. 208 del 2015, con cui è stata introdotta nel nostro ordinamento la c.d. “società *benefit*” (art. 1, commi 376 ss., l. n. 208 del 2015). Qualsiasi società del libro V del codice civile può ottenere la qualifica di società *benefit* (art. 1, comma 377, l. n. 208 del 2015), purché essa, «nell'esercizio di una attività economica, oltre allo scopo di dividerne gli utili, persegu[a] una o più finalità di beneficio comune e oper[i] in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse» (art. 1, comma 376, l. n. 208 del 2015).

La società *benefit*, quindi, non esclude lo scopo di lucro soggettivo, ma mira a contemperare questo scopo con il raggiungimento di altri obiettivi. La

<sup>26</sup> Sul punto si veda la direttiva (UE) 2019/1023, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva.

<sup>27</sup> Il riferimento è alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, COM(2022) 71 final, Bruxelles, 23 febbraio 2022, che è stata recentemente adottata divenendo la direttiva (UE) 2024/1760.

<sup>28</sup> Sul tema dell'«impatto sociale e ambientale e il governo societario», si veda poi anche l'art. 124-*quinquies*, comma 1, TUF, il quale affronta la questione in relazione alle strategie d'investimento degli investitori istituzionali.

peculiare natura di queste società, logicamente, incide anche sui doveri degli amministratori, i quali devono «bilanciare l'interesse dei soci, il perseguimento delle finalità di beneficio comune e gli interessi [degli *stakeholder*]» (art. 1, comma 380, l. n. 208 del 2015) e possono essere chiamati a rispondere in caso di una violazione di questi loro doveri (art. 1, comma 381, l. n. 208 del 2015). Ciononostante, qualora si verifichi una violazione di detti doveri, «si applica quanto disposto dal codice civile in relazione a ciascun tipo di società in tema di responsabilità degli amministratori» (art. 1, comma 381, l. n. 208 del 2015) e, di conseguenza, sono ancora soltanto i soci ad essere legittimati all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità contro gli organi sociali, mentre – a quanto pare – agli *stakeholder* è consentito soltanto di avvalersi dell'azione prevista dall'art. 2395 c.c. per ottenere il risarcimento dei danni che essi, eventualmente, hanno subito direttamente<sup>29</sup>.

Se, quindi, le società *benefit* si caratterizzano per la pluralità di finalità e di interessi che esse perseguono e per la necessità che gli amministratori operino un bilanciamento tra gli stessi, si deve però rilevare anche che non vengono dati agli *stakeholder* strumenti efficaci per imporre agli amministratori il rispetto di questi doveri, né vengono previste forme di coinvolgimento nella *governance* della società che impongano la previsione di specifici obblighi di informazione, consultazione e partecipazione.

Successivamente, nel contesto di una più ampia riforma del terzo settore, con il d.lgs. n. 112 del 2017 il nostro legislatore è tornato ad occuparsi anche dell'impresa sociale, rafforzando la posizione degli *stakeholder*. In particolare, questa riforma rende obbligatoria la nomina dell'organo di controllo, a cui è – tra l'altro – affidato il compito di vigilare sull'osservanza delle regole previste per questi enti (art. 10, comma 1, d.lgs. n. 112 del 2017). La riforma prevede poi che il coinvolgimento dei dipendenti e degli *stakeholder* debba avvenire attraverso procedure di consultazione o di partecipazione, e non più semplicemente attraverso procedure di informazione, come era invece consentito dal d.lgs. n. 155 del 2006 (art. 11, comma 2, d.lgs. n. 112 del 2017).

Il d.lgs. n. 112 del 2017 stabilisce poi chiaramente anche che lo statuto di questi enti può riservare la nomina di componenti degli organi sociali a soggetti esterni all'impresa sociale, purché la maggioranza degli amministratori sia nominata dai soci (art. 7, comma 1, d.lgs. n. 112 del 2017). Infine, nelle imprese sociali che superino determinati parametri calibrati su quelli previsti dall'art. 2435-*bis* c.c. per la redazione del bilancio in forma abbrevia-

<sup>29</sup> ASSONIME, *Circolare n. 19 del 20 giugno 2016*, testo disponibile sul sito <http://www.societabenefit.net/wp-content/uploads/2017/02/Assonime-Benefit-Corporation.pdf>, 2016, 27 ss.



ta, viene comunque resa necessaria la nomina «da parte dei lavoratori ed eventualmente degli utenti» di almeno un amministratore e un componente l'organo di controllo (art. 11, comma 1, d.lgs. n. 112 del 2017). Questa riforma quindi potenzia il ruolo degli *stakeholder* nelle imprese sociali, riconoscendo agli stessi importanti diritti di *governance*.

### 8. Il nuovo Codice di Corporate Governance e il paradigma del successo sostenibile

È tuttavia con il Codice di Corporate Governance del 2020 che si assiste ad un radicale cambiamento di prospettiva. L'ultima versione del codice di autodisciplina, infatti, pone al suo centro il c.d. "successo sostenibile" della società, che viene definito come l'obiettivo, «che si sostanzia nella creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri *stakeholder* rilevanti per la società»<sup>30</sup>. Il primo principio dell'art. 1 del Codice di Corporate Governance oggi afferma enfaticamente che «[l]'organo di amministrazione guida la società perseguendone il successo sostenibile»<sup>31</sup>. Sempre l'art. 1 di questo codice, nel suo quarto principio, afferma anche che «[l]'organo di amministrazione promuove, nelle forme più opportune, il dialogo con gli azionisti e gli altri *stakeholder* rilevanti per la società»<sup>32</sup>. Anche la politica di remunerazione degli amministratori e del *top management* «è funzionale al perseguimento del successo sostenibile»<sup>33</sup>. Viene poi confermato che gli obiettivi di *performance* degli amministratori debbano essere finalizzati a promuovere tale obiettivo e che essi possono comprendere anche parametri non finanziari<sup>34</sup>. Ugualmente significativa è poi la modifica dell'orizzonte temporale in cui l'organo amministrativo deve raggiungere l'obiettivo del successo sostenibile della società, che ormai è quello del "lungo termine". Il Codice di Corporate Governance, quindi, oggi sembra ispirarsi, seppur soltanto come regola di autodisciplina, al paradigma del c.d. *enlightened shareholder value*, seguendo le orme del Companies Act inglese del 2006.

<sup>30</sup> COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Codice di Corporate Governance*, consultabile su <https://www.borsaitaliana.it/comitato-corporate-governance/homepage/homepage.htm>, 2020, 4.

<sup>31</sup> COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Codice di Corporate Governance*, cit., 5.

<sup>32</sup> COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Codice di Corporate Governance*, cit., 5.

<sup>33</sup> COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Codice di Corporate Governance*, cit., 15.

<sup>34</sup> COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Codice di Corporate Governance*, cit., 16.

Questa svolta, che, almeno per quanto riguarda la storia della *self-regulation* delle società quotate italiane, è certamente epocale, presenta però anche qualche ombra di cui occorre dar conto. Un primo tema che si deve segnalare è quello del depotenziamento delle prerogative degli azionisti e dell'assemblea. Al contrario del passato, infatti, il nuovo Codice di Corporate Governance dedica soltanto pochi riferimenti al ruolo degli azionisti e dell'assemblea nella *governance* delle società quotate. Per quanto possa sembrare paradossale, un depotenziamento della rilevanza dei soci nella *governance* può anche andare a detrimento degli interessi degli altri *stakeholder*, perché il controllo da parte dei soci costituisce una prima linea di difesa contro gli abusi degli amministratori e dei soci di maggioranza<sup>35</sup>. In questa prospettiva, i riferimenti del nuovo Codice di Corporate Governance alle minoranze sono, rispetto al passato, quasi inesistenti<sup>36</sup>. Il ridimensionamento della posizione dei soci poi non è neppure controbilanciato dall'attribuzione di particolari poteri agli *stakeholder*, che in tutto il codice sono evocati soltanto nella definizione del sintagma "successo sostenibile" e per affermare che l'organo amministrativo deve instaurare forme di dialogo con questi soggetti. Ovviamente, questo non significa che l'organo amministrativo non sia più sottoposto al giudizio dei soci, i quali potranno, molto semplicemente, vendere le loro partecipazioni qualora non approvino le scelte degli amministratori. In questo modo, però, si pone meno l'accento su strumenti di governance interni alla società (*voice*) è più su meccanismi di mercato (*exit*). In breve, gli amministratori assistono ad un ampliamento della loro discrezionalità a scapito dei soci<sup>37</sup>, mentre gli *stakeholder* vedono loro riconosciuto in termini ampi, ma indefiniti, un ruolo nella *governance* delle società quotate.

<sup>35</sup> È questa la classica impostazione di F.H. EASTERBROOK, D.R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, cit., 38, i quali affermano che «maximizing profits for equity investors assists the other "constituencies" automatically», e che troviamo anche richiamata nel primo Codice di Autodisciplina del 1999 (vedi *supra* nota 22 e testo corrispondente).

<sup>36</sup> In realtà, si deve anche segnalare che il Comitato per la Corporate Governance ha cercato di rendere il nuovo codice più breve ed incisivo rispetto alle versioni precedenti. Di conseguenza, il ridimensionamento dei riferimenti agli azionisti potrebbe anche essere considerato come semplicemente fisiologico. Inoltre si deve rilevare che la necessità di promuovere un «dialogo con gli azionisti» viene oggi sancita addirittura quale principio dell'art. 1 del codice. Nonostante queste precisazioni, sembra comunque che, per le ragioni indicate nel testo, il ruolo degli azionisti – e in particolare quello dei soci di minoranza e dell'assemblea – risulti depotenziato in quest'ultima versione del codice di autodisciplina.

<sup>37</sup> In questa prospettiva, già F.H. EASTERBROOK, D.R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, cit., 38, affermavano che «a manager told to serve two masters (a little for the equity holders, a little for the community) has been freed of both and is answerable to neither».

In questa stessa prospettiva è poi interessante sottolineare che il nuovo Codice di Corporate Governance, al contrario di quanto previsto in passato, non impone più all'organo amministrativo di valutare l'istituzione di un comitato dedicato alla supervisione delle questioni di sostenibilità. Da questo punto di vista certamente il cambiamento di paradigma adottato nel 2020 impone di considerare il tema della sostenibilità a un livello più alto, ma, d'altro canto, vi è anche il rischio di annacquare le politiche ESG con altri obiettivi.

Queste considerazioni portano a ritenere che la dichiarazione del nostro codice di autodisciplina di orientare le società quotate al perseguimento del successo sostenibile si potrebbe rivelare priva di un vero significato, se non accompagnata da altre previsioni che consentano agli *stakeholder* di avere un'influenza effettiva sulle decisioni delle società. D'altra parte, il nostro diritto positivo è comprensibilmente parco nel riconoscere diritti a soggetti estranei alla compagine sociale e ciò anche in enti, come le società *benefit*, che mettono al centro della loro azione il tema del bilanciamento degli interessi dei soci e di altri soggetti. Più significativi sono invece i diritti riconosciuti agli *stakeholder* nelle imprese sociali, dal momento che, in certi casi, questi si possono sostanziare in veri e propri diritti di nomina.

Se quindi gli strumenti più efficaci per influire sulle decisioni delle società restano nelle mani dei soci, difficilmente gli amministratori potranno prescindere dal tenere in debita considerazione gli interessi di chi li ha nominati. Soltanto il tempo potrà dire se i diritti di nomina oggi riconosciuti agli *stakeholder* nelle imprese sociali sono soltanto il primo passo verso l'elaborazione di poteri più penetranti. Ciò che è certo è invece l'arretramento, almeno a livello di autodisciplina, della posizione dei soci e in particolare dei soci di minoranza. Questo arretramento però non avvantaggia tanto gli *stakeholder* quanto gli amministratori, che oggi si trovano a godere di maggiore libertà nell'amministrare le società per perseguirne il successo sostenibile, ma che, d'altra parte, potrebbero anche abusare della maggiore discrezionalità che gli viene riconosciuta<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> In realtà, il riconoscimento agli amministratori di una maggiore discrezionalità decisionale non si pone in netta contrapposizione con il paradigma dello *shareholder value* (in tal senso si veda, ad esempio, S.M. BAINBRIDGE, *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, New York, 2008, che promuove l'idea di una *director primacy*). Secondo questa impostazione l'adozione del paradigma della sostenibilità non aumenterebbe tanto la discrezionalità decisionale, di cui gli amministratori in pratica già godono, ma, da un lato, toglie ai decisori il parametro di riferimento per orientare le loro scelte e, dall'altro, permette agli amministratori di abusare più facilmente delle loro prerogative (S.M. BAINBRIDGE, *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, cit., 65 ss.).

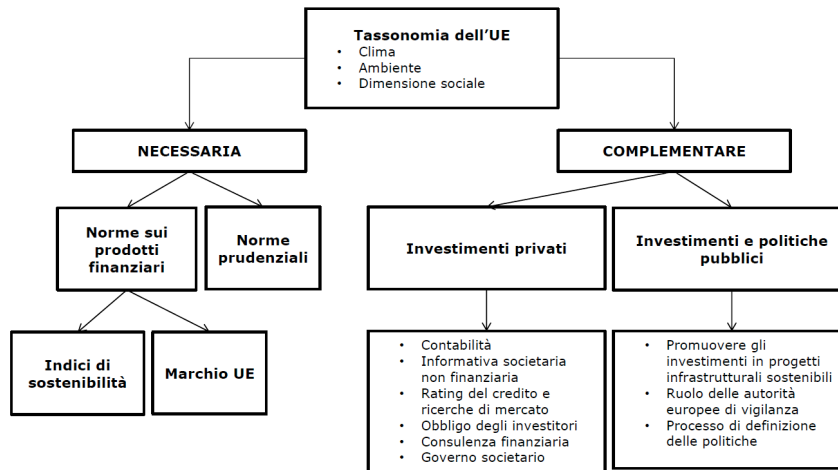
Resta poi anche il dubbio che queste prime aperture alle politiche ESG non siano altro che il tentativo di addomesticare il dibattito su questi temi, al fine di ricondurlo su un terreno di battaglia – la *self-regulation* – più familiare alle nostre società e al nostro ceto imprenditoriale. In particolare, si deve escludere che la scelta di rivedere il codice di autodisciplina sia stata assunta senza aver avuto ben presente l'esperienza di altri ordinamenti, come quello francese, in cui il movimento ESG ha portato a riforme ben più radicali e dirimpenti, quali la *loi pacte*, che non si sono limitate a incidere sull'autodisciplina, ma hanno rivoluzionato il diritto societario di questo paese.

#### 9. Il «Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile»

Il nostro ordinamento oggi deve poi confrontarsi anche con la più recente normativa del Unione europea in materia di ESG elaborata in particolare nel corso dell'ultima legislatura del Parlamento europeo. Se, infatti, le prime avvisaglie di un cambiamento di paradigma potevano già essere individuate nella direttiva 2014/95/UE e nella direttiva (UE) 2017/828, è con l'adozione e l'attuazione del Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile<sup>39</sup>, che si intende promuovere l'adesione dei mercati finanziari e delle società quotate al nuovo paradigma della sostenibilità. Nel contesto di questa iniziativa le regole di *corporate governance* giocano un ruolo importante ma soltanto ancillare, come è ben rappresentato nell'Allegato I di questo piano (di seguito riportato), in cui si chiarisce quale debba essere il ruolo delle regole sul governo societario in questo contesto.

<sup>39</sup> Il riferimento è alla *Comunicazione della Commissione, Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*, COM(2018) 97 final, Bruxelles, 8 marzo 2018.

Allegato I – Ruolo della tassonomia dell'UE nel piano d'azione



Più precisamente, l’Azione 10 di questo piano auspica di promuovere un governo societario che attenni la visione a breve termine nei mercati dei capitali e favorisca maggiormente gli investimenti sostenibili, valutando (a) l’eventuale necessità di imporre ai consigli di amministrazione di elaborare e divulgare una strategia in materia di sostenibilità, compresa una *due diligence* lungo l’intera catena di approvvigionamento, nonché obiettivi di sostenibilità misurabili, e (b) l’eventuale necessità di chiarire le norme che impongono agli amministratori di agire nell’interesse a lungo termine dell’impresa.

È proprio a partire da questo punto del piano d’azione che, nel 2022, è stata elaborata la Proposta di direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità<sup>40</sup>, su cui recentemente è stato trovato un accordo politico. Tuttavia, si deve rilevare che, all’esito di un lungo dibattito, la portata innovativa della proposta iniziale è stata ridimensionata, proprio in relazione agli aspetti più strettamente legati alla *governance* societaria.

Oltre a questa direttiva occorre rilevare che vi sono anche altri recenti provvedimenti dell’Unione europea che impattano sulla *governance* delle società e, tra questi, in particolare, si deve segnalare la direttiva (UE) 2022/2464 (c.d. direttiva CSRD) relativa alla rendicontazione societaria di sostenibilità, che, seppur in modo indiretto, avrà certamente ricadute importanti sulle strutture societarie e sui processi decisionali.

Negli ultimi anni, quindi, l’Unione europea ha certamente accelerato l’adozione di iniziative tese a recepire il nuovo paradigma della sostenibilità.

<sup>40</sup> COM(2022) 71 final, Bruxelles, 23 febbraio 2022, che, come sopra ricordato, è stata recentemente adottata divenendo la direttiva (UE) 2024/1760.

Si deve riconoscere però anche che l'impatto di queste iniziative sulle strutture di governo societario, seppur non trascurabile, è stato relativamente modesto e che le occasioni di coinvolgimento degli *stakeholder* nelle società restano ancora oggi limitate.

## 10. Conclusione

Una volta ridimensionato il paradigma dello *shareholder value* il nostro diritto societario oggi si confronta con i nuovi metodi e obiettivi dell'*environmental, social, and corporate governance*. Per alcuni questa nuova svolta offre soprattutto ai *manager* la possibilità di aumentare il loro margine di discrezionalità nelle scelte imprenditoriali a scapito della *accountability* nei confronti dei soci. Chi aderisce a questa impostazione, in sostanza, valorizza il ruolo degli amministratori della società come demiurghi della sostenibilità.

Altri, invece, cercano semplicemente di cavalcare la tigre della sostenibilità da cui, almeno per ora, non possono scendere. I fautori di questo approccio cercano di ridimensionare l'impatto delle politiche ESG, favorendo il ricorso all'autodisciplina e osteggiando l'adozione di norme imperative. In particolare, chi segue questa impostazione avversa le regole che incidono direttamente sulle strutture di *governance* e sui poteri degli *stakeholder*, preferendo l'adozione di regole di *disclosure* e *reporting* – possibilmente elaborate da organismi tecnocratici – oppure l'introduzione di vincoli esterni all'azione degli amministratori.

Non si deve poi dimenticare che anche chi aderisce in modo convinto al nuovo paradigma della sostenibilità, in realtà, persegue obiettivi eterogenei. Se, infatti, per alcuni il dibattito sui fattori ESG è in sostanza una riproposizione in chiave moderna delle discussioni in tema di *corporate social responsibility*, altri pongono l'accento soprattutto sul tema ambientale o sui cambiamenti climatici. Anche chi pone l'accento su questioni sociali, poi, può concentrarsi soprattutto sullo specifico tema della violazione dei diritti umani nelle catene globali di approvvigionamento o di valore<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Sul punto si veda J. TIROLE, *The Theory of Corporate Finance*, cit., 61, il quale segnala che «in the case of externalities not covered by any private contract (as is the case, for instance, with diffuse pollution externalities), courts (in reaction to lawsuits), or regulators (say, through environmental taxation), can substitute for the missing contracts. The counterargument to this last point is that the legal and regulatory framework is itself imperfect. It sometimes lags the collective will (if such a thing exists). And it is often influenced by intense interest group lobbying ... So, when laws are "suboptimal," managers may need to substitute for

Non si può infine non segnalare un'ultima impostazione, ovvero quella di chi reputa necessario che le società aderiscano ai valori della sostenibilità per bilanciare alcuni effetti negativi della globalizzazione, nell'impossibilità di prevedere vincoli esterni efficaci in un libero sistema di scambi internazionali<sup>42</sup>. Tenendo ben presente quali logiche e principi oggi regolano la *corporate governance*, se questa impostazione, da un lato, impone vincoli e obblighi alle società, dall'altro, però, enfatizza il ruolo delle stesse società nel mercato globale, quali attori in grado di raggiungere obiettivi che anche gli stati sovrani faticano a perseguire.

In questa prospettiva, quindi, l'abbandono dello *shareholder value* per aderire al nuovo paradigma della sostenibilità potrebbe rivelarsi funzionale al riconoscimento di nuovi compiti politici per le società, nel contesto di una globalizzazione che si presuppone ineludibile. In questa chiave, se si vorrà riconoscere alle società una funzione politica, per non correre il rischio di ricadere in visioni elitiste o semplicemente plutocratiche, l'esame del tema dell'effettiva rappresentanza degli interessi degli *stakeholder* nella *governance* delle società non potrà essere sottovalutato.

the required reforms (but, as noted above, nothing guarantees that they will better represent the "collective will" than the courts or legislators)».

<sup>42</sup> Sul punto si veda in particolare J.-P. ROBÉ, *Globalization and constitutionalization of the World Power System*, in J.-P. Robé, A. Lyon-Caen, S. Vernac, *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Abingdon - New York, 2016, 11 ss., 34, il quale afferma che il c.d. «World Power System should be analyzed as a global constitutional system in which the constitutionalization of enterprises' power is required in the absence of an unachievable and undesirable "global State"».





OLIVER FAVEREAU

CODETERMINATION AS THE FUTURE  
OF CORPORATE GOVERNANCE:  
THE ITALIAN SOURCES<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. The first Italian source: do you know Honneth's "Normative Reconstruction" ? – 2. The second Italian source: isn't 'nothing' the common thread between Capital and Labor? – 3. The third Italian source: now what should come first for labor, lack of income or lack of freedom? – 4. The fourth Italian source: wouldn't codetermination become the long-awaited lever for social freedom?

One of the most surprising things for an institutionalist economist like the author of this chapter is the fact that codetermination is *already* the *present* of corporate governance, on the European continent. No less than 13 European countries have *some* scheme of codetermination – at least there are more numerous than the countries practising the standard mode of corporate governance, which is known among scholars as the "shareholder value (or primacy or sovereignty) model". And yet, it is still the standard mode which is taught in the best business schools and the best departments of economics, all over the world. Indeed there are thousands of mathematical models on shareholder value and the best devices to align the interests of managers on those of the shareholders, wrongly supposed to be the "owners" of the firm (Cf. Jean-Philippe Robé, *Property, power and politics*, Bristol university press, 2020), whereas it requires an exceptional dose of bibliographical erudition to find at least *a dozen* of theoretical models of codetermination (it's a little easier to find econometric studies or quantitative comparisons, but they are usually void of any critical reflexion on criteria).

Before deconstructing the paradox, it may be useful – especially after this introduction to the subject! – to recall the content of codetermination rules. They consist of two institutional sets, the first one is the existence of Board

<sup>1</sup> This paper is a transcription of a talk at the third annual conference of the Labour Law Community in Genova on the 1<sup>st</sup> december 2023. It dwells on the chapter 2 of the forthcoming *A Treatise on Codetermination*, to be published by the Presses de l'Université Laval, in 2024/25. I am deeply grateful to Professors Novella and Sachs for their invitation to deal with "the future of corporate governance".

Level Employee Representatives (BLER), from  $1/3$  to  $1/2$  (with the same rights as the representatives of capital), the second one is the existence of Works Councils, i.e. an elected body of employee representatives, endowed with predetermined prerogatives on matters of work organization – or a functional equivalent like influent trade union representatives within the firm.

As for BLER, here is the situation (in parentheses, the workforce thresholds), synthetized by Waddington & Conchon (*Board Level Employee Representation in Europe*, Routledge, 2016), which clearly shows three political/cultural areas. Notice that BLER may be either in the Board of Directors (*B*) (in the case of a monist system of governance), or in the Supervisory Board (*SB*) (in the case of a dual system : *SB* + Directory Board (*DB*)) – in practice, that does not not make a huge difference.

- Germanic area: Germany:  $1/2$  *SB* (>2000),  $1/3$  *SB* (> 500); Austria:  $1/3$  *SB* (> 300); Luxemburg:  $1/3$  *B* (> 1000)
- Nordic area: Norway: 1 BLER from 30 to 50, up to  $1/3$  *B* after 50,  $1/3+1$  after 200); Denmark:  $1/3$  *B* (> 35); Sweden: 2 BLER at *DB* from 25 to 1000, 3 > 1000 but less than  $1/2$ ; Finland :  $1/5$  *B* or *DB* or *SB* (>150);
- Eastern Europe area: Poland ( $1/3$  *SB* >0); Hungary ( $1/3$  *B* or *SB*, >200); Slovakia ( $1/3$  *SB*, > 50); Czech Rep( $1/3$  *SB*, > 50); Slovenia (between  $1/3$  and  $1/2$  *SB*, > 50)

Since 2013, France has from 1 to 2 BLER according to the size of the Board (> 1000, since 2015), with a global result of 10 to 15% BLER among all french companies.

As for Works Councils, although the paradigm case is the german « *betriebsrat* », the situation is much more diverse and it could not be so easily summarized through quantitative figures. Moreover, as we know, within all european countries, there are various devices playing the role of works councils – organizing some sort of recurrent negotiations between manpower and management, nine times out of ten under the aegis of trade unions. Anyway we already have enough material to start explaining our paradoxical initial observation : why are we not more conscious of the fact that codetermination is the *normal* mode of corporate governance in Europe, at least in the down-to-earth meaning of “normal” – as the most frequent, at least more than average? This paradox has its other side : if codetermination is the normal governance structure, then the standard shareholder-centered model is an *unnatural* one. That inference may look excessively heterodox, but, after all, the weaknesses and the perverse effects of the standard model are by now well documented (cf the seminal study of Sumantra Ghoshal

“Bad management practices are destroying good management practices” *Academy of management Management Learning & Education*, 2005, Vol. 4, No. 1, 75–9) – but the problem, as already stressed, is that departments of economics and business schools are in dearth of an alternative model. Since nature abhors vacuum, especially in pedagogical matters, we keep on teaching the dominant models.

Now we introduce our general hypothesis: even in countries having adopted codetermination, fully or partially, it has not been thought at the appropriate analytical level – either in economics or in law, although it stands in clear opposition to received economic or legal doctrine. How can we tackle such a strange lack of reflexivity? If the very countries which are practising codetermination are not able to justify what they are doing, there is little hope that the other countries will imitate them. So to convince the new candidates to codetermination, it looks as if we have to criticize the first followers – for having not exteriorized and explicitated the richness of their heterodox institutions!

1. *The first Italian source: do you know Honneth's “Normative Reconstruction”?*

Here comes to our aid the first Italian source of inspiration: the final chapter on codetermination within the European Union written by Professor Adalberto Perulli (University Ca' Foscari, at Venezia) for the forthcoming *Treatise on Codetermination* to be published by The Presses de l'Université Laval at the end of 2024. He suggested to pay the highest attention to *The Law of Freedom*, published in 2011 in German, by philosopher Axel Honneth, the present leader of the Frankfurt critical school. In order to found his concept of “social liberty”, Axel Honneth needed a special type of normative analysis which he called « normative reconstruction ». It appears as well suited to the lack of reflexivity which we see at the heart of the political and epistemological problem of codetermination. Let us sketch what this method is, in a quick and probably simplistic summary. The question is: how should an economist, or more generally a social scientist, proceed to formulate a normative judgment on a precise set of institutions? Mainstream economists (but some of the greatest political philosophers too, from Kant to Rawls) define their norms a priori, out of a *transcendental* position: axioms of rationality, Pareto optimality, and so on. The risk, at least

for economics, is the arbitrariness of the choice, which makes the conclusion too directly inspired by the premises.

Axel Honneth argues at length for an *immanent* methodology, in the tradition of Hegel rather than Kant. It is not necessary to search for values within the sky of platonist ideas: indeed the institutions of the actual world already contain norms and values. But they are neither isolated nor deepened at the point of having extracted the whole of their potential normative richness. Therefore the task of the social scientist is (i) to resume and push as far as possible the analytical job on a carefully selected set of existing institutions, (ii) to “reconstruct” the norms underneath in their maximum extent, and (iii) to compare them with their present actualisation, opening the way to a critical position, which is in a sense endogeneous to the actual institutions.

This is exactly what we will try to do now, with the two institutional pillars of codetermination.

First, we have to define an abstract model of codetermination. We shall retain the most consistent features of the empirical data to build a model of “plenary codetermination”.

The 1<sup>st</sup> pillar is at the level of the Board (*B* or *SB*), in charge of the strategic choices of the firm. Its core is parity 50/50 between representatives of capital and labor, with various modes of designation for BLER. Here we follow the German model (with an important proviso about the size threshold: see below).

The 2<sup>nd</sup> pillar is at the level of shop floor, in charge of work organization *lato sensu*. Germany significantly distinguishes «establishment codetermination» from the previous level dubbed «enterprise codetermination». The works council is only composed of elected members, among employees. The head-manager is usually invited, but he is not member. There is a predetermined structure of prerogatives on matters of work organization *lato sensu* between the works council and the management, ranging from a simple right of information to a right of codecision. Here we closely follow the German scheme (*Betriebsrat*).

As for the size thresholds, they should be the lowest possible: here we select the Nordic model rather than the German one. The scalar model of ETUC for European Companies is interesting (because it corresponds to a large consensus among trade unions): for a workforce between 50 and 250, the Board should have from 2 to 3 BLER; between 250 and 1000: 30% BLER; more than 1000: 50% BLER.

Our task from now on is to launch the « normative reconstruction » of those 2 pillars: the 50/50 rule on the board and a works council “*Betriebsrat-like*”. The reader should be warned that Axel Honneth, when founding “social liberty” in the economic sphere, applied his method of “normative reconstruction” not to the firm but to the market, which looks *a posteriori* less relevant. Therefore the suggestion of Professor Perulli is a constructive and creative borrowing from Honneth – not a simple copied and pasted.

The “normative reconstruction” will be led in two steps. The first one is to translate the analytic features we have just enumerated into a material more amenable to normative judgments. The second one will be to implement the “normative reconstruction” strictly speaking.

What is striking is that the two pillars could be translated into quite symmetrical and equally paradoxical pre-normative statements: negatively turned, the 50/50 rule says that shareholders no longer monopolize strategic choices; positively turned, it says that Capital and Labour have something common, although any economist, either mainstream or Marxist, should admit they have nothing common *a priori*. Likewise, the works council rule, negatively turned, says that managers no longer monopolize decisions about work organization; positively turned it says that intellectual (e.g. coordinating) labor and operating (e.g. manual) labor have something in common, although the same economists would agree that those types of labor totally differ in the quantity and quality of their human capital. For both pillars, it looks as if the translation into a pre-normative formal language leads to a kind of inconsistency.

The new and decisive step of “normative reconstruction” will get rid of this apparent dead end – but for that result, we will have to introduce a lot of new arguments which will constitute the second and third Italian sources.

## 2. *The second Italian source: isn't 'nothing' the common thread between Capital and Labor?*

The “normative reconstruction” of the 50/50 rule would not have been possible without a fundamental borrowing from the Italian philosopher Roberto Esposito, in his book *Communitas*, (published in French by the PUF, in 2000, for the sake of “College International de Philosophie”, in Paris). In the same way as Professor Perulli uses Honneth’s argument to speak about firms (which was not the subject of Honneth), the reader should be

warned that we will use Esposito's argument to speak about firms (which was not the subject of Esposito).

Roberto Esposito stresses the etymological duality of meanings for «*commun*»: in latin "*cum-munus*". The part "*cum*" means something we own together. Anyone acquainted with set theory would recognize that "common" is then analogous to the "intersection" between two sets. The part "*munus*" means: debt, onus, lack, and the appropriate metaphor in set theory would be the "union" between two sets. Esposito draws from this differentiation conclusions of utmost importance, for the history of modern philosophy.

The first round of conclusions is that what gathers "us" is either what we already have together (*cum*) or it may be rather *what we lack*: that which is not the same for both of "us" but which is strongly needed by each of "us", in order to have a future (*munus*). Esposito could then enunciate the paradox of «*munus*»: "we have nothing in common" does not mean that "we don't have anything in common". "Nothing" is not nothing, when it is a relational term, as said by logicians. Then "nothing" may reunify "us".

The second round of conclusions has great anthropological and political implications about the question of identity, personal or collective. The part "*cum*" corresponds to a conception of identity-by-similarity, whereas the part "*munus*" is linked with a conception of identity-by-complementarity, implying that identity is necessarily incomplete in that case, but not in the previous one. Identity becomes intrinsically future-oriented. We are not content with what we have/are, and we agree to get out of Oneself, to meet an Other and build a Third Party. Esposito shows that etymologically the opposite of community is: immunity.

Now let us apply Esposito's argument to the firm (which he did not do, for obvious reasons). That may seem incongruous for the reader – above all the legal reader. Yet it's a legal argument which is the key to the migration from philosophy to economics. If the shareholders stay alone in the «company» (corporation), of which they are the only members, no profit for them. Symmetrically, if the workers stay by themselves, not looking for a company to recruit them, they will starve. What misses both agents is a new entity we could call «enterprise» or whatever (no legal definition, contrasting with «company»).

So what gathers capital and labour is *not something present but something future which does not exist (not yet)*! This is a beautiful example of «coordination by the future» (Jean-Pierre Dupuy, *L'avenir de l'économie*, Flammarion, 2012). Now we can understand the wordly – and recent – success of the phrase "corporate governance" (in French "gouvernement d'entreprise"):

Corporate governance is nothing else than the relation between «company» and «enterprise». What is extraordinary in the case of codetermination is that shareholders invite workers to contribute to the governance of something they have not founded, but *of no economic value without them*. And paradoxically that *fair deal* expresses the *true* nature of the firm, which is nothing but a dispositive of power for collective creation (Cf., my chapter “firm” in the *Handbook of economics and sociology of conventions*, directed by Rainer Diaz-Bone and Guillemette de Larquier, Springer, 2024). Shareholders do not *create* anything, even if they bring the finance to make creation *possible*, i.e. the conversion of the static organization of work into a dynamic process of organizational learning: new products, new technology, new techniques of management.

To make this point clear, we have to complete our project of “normative reconstruction”, by considering the 2<sup>nd</sup> pillar – with the help of another Italian source.

### 3. *The third Italian source: now what should come first for labor, lack of income or lack of freedom?*

The normative reconstruction of the 2<sup>nd</sup> pillar of codetermination comes from the work (well known in France) of Bruno Trentin. I will use *La città del lavoro*, 1998, and chapter 1 of *La Libertà viene prima*, 2004.

Bruno Trentin in his 1998 book (Chapter 19, «Les autres voies», French translation, 387-97) praised Simone Weil’s *Réflexions sur les causes de la liberté et de l’oppression sociale* (1933) about her powerful distinction between

- *exploitation* (which *might* be solved by changing property rules, although the historical experience is rather negative),
- and *oppression* (which *cannot* be solved by the same way, because it proceeds from the unavoidable power of coordinating labor (which is intellectual) upon manual (or executive) work. But, as Simone Weil said, ‘unavoidable’ does not mean ‘uncontrollable’ (*Réflexions*, op. cit., in: *Œuvres Complètes*, Tome 2, vol.2, Gallimard, 88-89)). And that is exactly the function of Works Council – which did not exist at the time of Simone Weil.

Trentin denounced the strategic mistake of fordism which concurred to develop political liberty and social rights - *outside the organization of work within the firm*, with monetary compensation for mechanical tasks. But could there be any conceivable compensation for a lack of *freedom*?

The reference to freedom arises as the crucial point, because it will allow to connect the intellectual worlds of Bruno Trentin and Axel Honneth, thanks to Simone Weil. Since Bruno Trentin is especially persuasive, I couldn't do better than to let him speak, through three substantial extracts.

The first one, at the very beginning of his 2004 books, urges us to redirect attention to freedom.

“Freedom has always been the real issue in wage disputes. Organized collective action has of course challenged the level of remuneration for work, but it has also called into question the indivisible principle of authority, that prerogative of property rights. This is what generations of philanthropists, as well as many observers, social actors and reformers, had trouble understanding. They have imagined that it is only by relegating essential freedoms to the background, such as the possibility of challenging the authority of those who monopolize information and knowledge, that some compensation can be obtained, *outside the workplace*, thanks to a fairer distribution of income.” (*Le travail et la liberté*, my English translation of the French edition, 31) (stress added by us).

The second firmly puts the question of freedom at the center of work organization, i.e. within the firm:

“Neither the socialist movement nor the trade-unions have succeeded, in the name of this redistributive justice, in balancing powers within the company nor have they so far succeeded in challenging the injustice of the monopoly of information and decision held by managers. (...) This has never been the main thrust of the socialist movement. The goal of equality - equality of results, not of opportunities - has always prevailed in practice, *within companies*, over the rejection of oppression and the assertion, here and now, of freedom and self-determination” (*Le travail et la liberté*, my English translation of the French edition, 38) (stress added by us).

The third one logically converts the demand for freedom into a claim for a new set of individual/social rights:

“I am talking about a new generation of civil rights capable of restoring solidarity and cohesion (...) It is a right to freedom because there is no freedom without knowledge and without knowledge any relationship between those who govern and those who are governed, *starting in the work-place*, becomes oppression and subordination. I am talking about the right (...) to control the *organization of work* (...)” (*Le travail et la liberté*, my English translation of the French edition, 58) (stress added by us)

Now Trentin's notions of freedom at work and of social rights remain weakly specified. Then Axel Honneth, with the creative reading by Professor



Perulli, will help us to make the decisive step – our last but not least Italian source.

4. *The fourth Italian source: wouldn't codetermination become the long-awaited lever for social freedom?*

Let us briefly summarize the three previous steps. The «normative reconstruction» of codetermination, backed by the methodology of Axel Honneth, puts to the fore a radical political project of attacking inequalities not through redistribution, but *at the root*, from within the firm, in the very functioning of the production process - moreover not only between labor and capital, but also between manual (executive) labor and intellectual (coordinating) labor. So much for the objectives. They are incredibly radical – but the proper innovation is elsewhere: the impulse towards this horizon is *not so much a question of equality than a question of liberty*.

In *The Law of Freedom*, which Professor Perulli so convincingly invites us to read, Axel Honneth adds to the classical concepts of freedom («negative» (i.e. no interference) / «reflexive» (i.e. self-determination) a more comprehensive one: «social freedom» which includes intersubjectivity and effectivity in its definition: (roughly said) we are free when others recognize my freedom and I recognize theirs, so that our projects become complementary.

Better to let Axel Honneth speak for himself, especially when he explains the hegelian filiation of his own thought:

“The notion of ‘mutual recognition’ has always been the keystone of the Hegelian concept of freedom. As an isolated subject, and despite his reflexive freedom, man remains cut off from the external world of social organizations and institutions(...).

‘Mutual recognition’ simply refers to the reciprocal experience of seeing oneself confirmed in the desires and goals of the other, insofar as the existence of this other represents a condition for the realization of our own desires and goals. (...) Freedom that was previously merely reflexive becomes intersubjective freedom(...).

Hegel considers that such reciprocal intelligibility is guaranteed by the *institutions of recognition*, i.e., by a whole set of behavioral norms that ‘objectively’ bring together individual goals.” (My English translation of *La Loi de la Liberté*, 74,75) (stressing added by us).

“The notion of recognition, which serves as Hegel's key to determining the intersubjective nature of freedom, is also the central foundation of his

conception of institutions: because such sets of normatively regulated behaviors must provide subjects with a social model for the reciprocal realization of freedom, institutions must themselves constitute *coagulated forms of mutual recognition*.

We have seen that a change in the concept of social justice has occurred whenever a new idea of freedom has appeared in the philosophical discourse of modernity.” (My english translation of *La Loi de la Liberté*, 88, 89) (stressing added by us).

Now what we have called the two ‘pillars of codetermination’ are obviously two ‘institutions of recognition’: A board with 50% BLER and 50% representatives of capital, on the one hand, and a works council where elected employee representatives have real prerogatives with respect to management, on the other hand, establish ‘social freedom’ within the firm. That is the thesis of Professor Perulli, in our *Traité de Codétermination*, even if we have followed a somewhat different way to introduce it.

Starting from this thesis, Professor Perulli draws an important conclusion, for the future of the European Union. By embedding codetermination under the heading of “social liberty”, he becomes able to view it simultaneously as a subjective right of the person, and a fundamental social right of the worker, already inspiring the normative background of the 1989 Community Charter of Fundamental Social Rights for Workers and the 2007 Treaty on The Functioning of the European Union (cf. art. 151 and 153). Indeed Professor Perulli recalls the Italian Constitution, providing the “right of workers to collaborate, in the ways and within the limits established by law, to the management of companies” (art.46).

It remains to move from the implicit to the explicit. Since salvation can only come from the European countries who have not put even a finger in the mechanics of codetermination, should Italy initiate this move<sup>2</sup>, that would be the decisive signal that the European Union is engaged in an overhaul of its model of the firm.

\*\*\*

As a conclusion, we may recall our initial query: why is the academic thought still centered on the standard corporate governance, whereas more than half of European countries resort to the antagonist model of codetermi-

<sup>2</sup> For Portugal, another country without codetermination whatsoever, see the recent book by Helena Lopes and Christophe Clerc, *Political economy of the firm: authority, governance and economic democracy*, Routledge, 2024

nation? Our hypothesis was that part of the answer lies in the surprising dearth of deep analytic thinking about an alternative majority model. We have seen that extremely powerful norms could easily be claimed in support of it, but the reader may have remarked they all originate from rather recent theoretical work – produced during the last twenty years. The most difficult problem is the one we don't know how to pose.

Now we know.



BRUNO CARUSO

## IMPRESA PARTECIPATA E CONTRATTO DI LAVORO<sup>a</sup>

*«Ogni soluzione che non desse esclusiva autorità e responsabilità a uomini di altissima preparazione è da considerarsi un inganno. L'operaio direttore di fabbrica è un romantico ma anacronistico ricordo dei primi tempi della rivoluzione sovietica, mentre l'operaio membro di un consiglio di amministrazione è una tragica finzione retorica della repubblica sociale fascista. L'accesso alle università in generale, ai politecnici e ad altri istituti superiori dei figli più intelligenti e più studiosi dei lavoratori, reso facile e normale nel nuovo Stato, darà in breve volgere di anni la possibilità di sfruttare non valutabili energie, oggi in gran parte inutilizzate. Questa nuova condizione rivoluzionerà i privilegi di classe in modo assai più profondo e benefico di una malintesa democrazia industriale che ponesse direttamente in mano di chi non ha sufficienti capacità i delicati gangli della vita economica e l'ingranaggio complesso del ciclo produttivo...»*

Adriano Olivetti, *Società Stato Comunità*, 1952 (62-63).  
Edizioni di Comunità. Edizione del Kindle.

*...while attorneys draft legal contracts, the parties draft relational agreements....*

Robert C. Bird, *Employment as Relation Contract*, *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, 27

SOMMARIO: 1. Un eterno ritorno alla partecipazione per democratizzare l'impresa? – 2. Le diverse tipologie di partecipazione. Ascesa e crisi dell'approccio per tassonomie. – 3. Il dibattito teorico sulla partecipazione nell'impresa nel secolo breve. – 3.1. segue... tre modelli idealtipici di partecipazione. – 3.2. Realizzazioni tassonomiche positive: il disegno di legge di iniziativa popolare della Cisl. – 4. Cosa è l'impresa partecipata, cosa la partecipazione. Per una prospettiva olistica (collaborativa) della partecipazione. – 5. I raccordi con la trasformazione della governance dell'impresa. – 6. Un apparente paradosso. La relativizzazione della

<sup>a</sup> Il saggio è destinato agli atti del Convegno “*La regolazione del lavoro oltre il diritto del lavoro*” (a cura di G. De Simone e M. Novella, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024), tenutosi a Genova l'1 e 2 dicembre 2023 in occasione del convegno annuale dell'associazione LLC-Labour Law Community. Il testo è una rielaborazione della relazione ivi tenuta.

partecipazione dei rappresentanti del lavoro e la rifocalizzazione dell'impresa sul lavoro. – 7. Implicazioni giuridiche della partecipazione dal basso. La proposta di direttiva due diligence riguarda altro. – 7.1. Ricadute rilevanti: una nuova prospettiva di indagine sul contratto e sul rapporto individuale di lavoro. – 8. Il contratto di lavoro collaborativo.

### 1. *Un eterno ritorno alla partecipazione per democratizzare l'impresa?*

Il tema della partecipazione dei lavoratori è un classico del diritto sindacale che periodicamente ritorna al centro del dibattito politico sindacale e della riflessione dei giuristi del lavoro: quasi vichianamente, una sorta di appuntamento della storia (almeno di quella contemporanea)<sup>1</sup>.

Si tratta di un tema, pertanto, ampiamente dissodato su cui poco di innovativo ci sarebbe ormai da dire e da scrivere, ma che rimane divisivo. La *querelle* è schematicamente riconducibile a due posizioni, la seconda con qualche variante interna. La prima, più tradizionale, vede nella partecipazione dei lavoratori lo strumento per democratizzare l'impresa<sup>2</sup>; ciò sul presupposto, quasi assunto ontologicamente, che l'impresa è una formazione sociale che, per generare profitto, che è il suo fine unico e ultimo, deve abbracciare una naturale vocazione autoritaria (questa vocazione si addensa nel potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro imprenditore)<sup>3</sup>. L'impresa, secondo questa classica posizione, va allora considerata, e trasformata – anche con l'ausilio della legge oltre che con l'azione del contropotere sindacale –, in uno “spazio politico” dove si possano affermare i principi e le regole tipici della

<sup>1</sup> Si v. A. ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali*, Biblioteca '20 Maggio' – 2/2014; M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori: avanti piano quasi indietro*, in *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, a cura di M. Corti, Milano, 2021; M. BIASI, *Cornici generali di una riforma per rafforzare la partecipazione*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 2, 2016, 113-137.

<sup>2</sup> L'impostazione classica è quella di U. ROMAGNOLI, *Autorità e democrazia in azienda: teorie giuridico-politiche*, in U. ROMAGNOLI *Lavoratori e sindacato tra vecchio e nuovo diritto*, Bologna, 1974; ID., *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in *Rivista Trimestrale Diritto Procedura Civile*, 1977, 1049; F. MARTELLONI, *Lavoro, diritto e democrazia. La norma giuslavoristica in cerca di legittimazione: rilievi critici*, Padova, 2018; V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Bari, 2012.

<sup>3</sup> Scrive U. ROMAGNOLI, *Autorità e democrazia*, 116 «...possono mutare soltanto le forme d'esercizio dell'autorità aziendale; ma questa è un dato permanente, addirittura universale immutabile per principio»

democrazia e rappresentanza politica, che diventa in tal caso non solo un fine (una questione di potere), ma anche un mezzo (procedurale) per affermare diritti politici, ma anche umani e sociali dei lavoratori e per migliorarne il benessere materiale e psicologico<sup>4</sup>. La partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori nei boards delle imprese (soprattutto quelle in forma di società anonime) è, in questa visione, considerata un processo di lunga lena assimilabile al passaggio dalla forma di governo monarchico a quello repubblicano<sup>5</sup>. In questa visione il problema della produzione di valore come fine istituzionale dell'impresa non è tale ovvero, meglio, viene assorbito nella visione pan politica dell'impresa e retrocesso a fine secondario se non accidentale.

Si oppone a questa teoria non solo chi nega – ed è la prima variante, sintetizzata dalla celeberrima, lapidaria e *tranchant* affermazione di Milton Friedman<sup>6</sup> – che contestare il potere di governo – degli *shareholder* (*principal*) e dei manager e consiglieri nei *board* (*agent*) – di adempiere al mandato di valorizzare l'investimento, significherebbe negare l'intrinseca natura

<sup>4</sup> Di recente M. BARBERA, *Contrattazione e partecipazione: uno sguardo retrospettivo e uno prospettico*, in *Lavoro e diritto*, 4, 2023, 679-696. Il dibattito sulla democratizzazione dell'impresa nel costrutto giuridico della società per azioni con riguardo alla sua *governance* è da sempre in atto nella dottrina giuscommercialistica: i richiami sono pleonastici; si rinvia comunque a B. CARUSO, *Lavoro e stakeholderism (a partire dai contributi di Marzia Barbera su diritto del lavoro e impresa)*, di prossima pubblicazione. Di recente l'idea dell'impresa, intesa come comunità occupazionale e spazio di esercizio di diritti procedurali nell'economia post-industriale, è rilanciata da R. DUKES, W. STREECK, *Labour Constitutions and Occupational Communities: Social Norms and Legal Norms at Work*, in *Journal of Law and Society*, v. 47, n. 4, 2020, 612-638.

<sup>5</sup> I. GONZALES RICOY, *Little Republics: Authority and the Political Nature of the Firm*, in *Philosophy & Public Affairs*, 50, no. 1, 2021, 90-120; criticamente H. LANDEMORE, I. FERRELLAS, *In Defense of Workplace Democracy: Towards a Justification of the Firm-State Analogy*, in *Political Theory*, vol. 44, no. 1, 53-81. Lo stesso U. ROMAGNOLI, in *Autorità*, cit. 113 ricorda che lo stesso Hobbes si riferiva alle *corporation* quasi che fossero «delle piccole repubbliche nelle viscere del Levitano».

<sup>6</sup> *The social Responsibility of Business Is to increase its Profits*, era questo il titolo del breve e polemico articolo di Milton Friedman pubblicato in *The New York Times Magazine*, September 13, 1970, che così esordisce: «When I hear businessmen speak eloquently about the “social responsibilities of business in a free-enterprise system”, I am reminded of the wonderful line about the Frenchman who discovered at the age of 70 that he had been speaking prose all his life. The businessmen believe that they are defending free enterprise when they declaim that business is not concerned “merely” with profit but also with promoting desirable “social” ends; that business has a “social conscience” and takes seriously its responsibilities for providing employment, eliminating discrimination, avoiding pollution and whatever else may be the catchwords of the contemporary crop of reformers [...]. Businessmen who talk this way are unwitting puppets of the intellectual forces that have been undermining the basis of a free society these past decades».

dell'impresa ma anche il ruolo del mercato e alla fine contestare la formazione sociale capitalismo teorizzandone la transizione verso una nuova formazione sociale<sup>7</sup>. Ma si oppongono alla visione dell'impresa come arena di democrazia repubblicana anche coloro che pensano che un maggiore coinvolgimento dei lavoratori e dei rappresentanti, lungi dallo sconvolgere la natura e i fini *profit* dell'impresa capitalista, possa agevolarne la basilare e immutata funzione, di produzione di valore e di ricchezza, contribuendo tuttavia a una più equa distribuzione – tra gli *shareholder* tra cui anche i lavoratori – di quello generato e aumentato; e, oggi, anche di perseguire obiettivi – oltre, ma non in sostituzione del profitto –, di interesse generale riconducibili al paradigma della sostenibilità<sup>8</sup>.

Nei termini su descritti, la partecipazione dei lavoratori al governo dell'impresa, soprattutto nella prima variante, potrebbe, dunque, sembrare un argomento in qualche modo *demodé*, ingrigito e attempato, non proprio adatto a coinvolgere nella discussione e nella ricerca le nuove generazioni di giuslavoristi attratti da temi più *à la page* quali, per citarne alcuni, l'impatto delle nuove tecnologie, il lavoro digitale e il diritto del lavoro delle piattaforme. Ma è pur vero che una rivisitazione di tematiche che appartengono alla tradizione, al piccolo mondo antico del diritto sindacale, risulta sempre fecondo. Ciò detto, si cercherà, tuttavia, di dimostrare in questo scritto che l'argomento non è poi così antico come appare; anzi ha marcati tratti di modernità, o addirittura di postmodernità giuslavoristica.

## 2. Le diverse tipologie di partecipazione. Ascesa e crisi dell'approccio per tassonomie

Se si vuole riflettere anche criticamente sulla partecipazione dei lavoratori va chiarito in premessa che il sintagma è plurisenso e pluri-semantic, e pertanto «ambiguo, sfuggente e camaleontico»<sup>9</sup>: parlando di partecipazione

<sup>7</sup> Una rapida ed efficace rassegna delle teorie dell'impresa nella dialettica tra *shareholderism* e *stakeholderism*, in F. DE BENEDETTI, *Fare profitti, Etica dell'impresa*, Venezia, 2021, 21 ss. ma *passim*.

<sup>8</sup> H. LANDEMORE, I. FERRERAS, *In Defense of Workplace Democracy*, *op. cit.* 56, si v. gli articoli di V. BRINO; M. BORZAGA, T. GROPPI, C. FALERI, G. BEVIVINO, su *Lavoro e diritto*, 3, 2023, *Governance societaria e sostenibile*.

<sup>9</sup> Tale corretta valutazione, non a caso molto ripresa, è di L. ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *Giornale di Diritto Lavoro e di Relazioni Industriali*, 3, 2005, 380.



al governo dell'impresa storicamente i fenomeni richiamati sono certamente diversi. La complessa realtà sottostante alla partecipazione ha oltretutto indotto un eccesso di modellistica più teorica che riferita a prassi reali, che ha finito per riflettere, in modo sbiadito e solo parzialmente, i fenomeni sottostanti ai concetti<sup>10</sup>. Nella letteratura corrente l'approccio ai diversi profili della partecipazione nell'impresa ha, infatti, ingenerato l'utilizzo di molteplici categorie definitorie, certamente meno intense di altre grandi categorie, ad alta salienza concettuale, tradizionalmente utilizzate dai giuslavoristi<sup>11</sup>.

Il tema della partecipazione è notoriamente oggetto di riflessioni trasversali alle scienze sociali: se ne sono occupati anche i sociologi e gli economisti. Ma nel corso del tempo sono stati soprattutto i giuristi a esercitarsi sulle declinazioni del concetto. N'è scaturita una bulimia definitoria che in effetti contrasta con la scarsa diffusione di reali modelli legislativi. Un eccesso di classificazione, dunque, in controtendenza rispetto alla storica reticenza del legislatore italiano a impegnarsi nella costruzione, o nel sostegno, di modelli legislativi partecipativi, per altro, non in un vuoto di indicazioni costituzionali<sup>12</sup>. Il caso più significativo è costituito dall'oblio, e da una sorta di lunga rimozione dalla memoria collettiva, dell'art. 46 della Costituzione, già a partire dalla immediata fase post costituzionale, dopo la fiammata di dibattito e di travagliate esperienze tra la fine della guerra e i primi anni '50 del secolo breve<sup>13</sup>; e ciò diversamente dall'altra grande inattuazione costituzionale, costitui-

<sup>10</sup> Sulla salienza dei concetti giuridici e sulla loro capacità di modellare e interferire sui fenomeni sociali S. DEAKIN, *Juridical ontology: the evolution of legal form*, in *Historical Social Research*, 40(1), 170-184. 2015 <https://doi.org/10.12759/hsr.40.2015.1.170-184> che analizza i concetti di "property", "contract", "company" e "employee".

<sup>11</sup> Di recente T. TREU (*Trasformazione o fine delle categorie?*, in *Giornale di Diritto Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2023, 339 – 374), si è soffermato su tre grandi coppie concettuali che hanno costituito la spina dorsale del diritto del lavoro contemporaneo: subordinazione/autonomia, collettivo/individuale, pubblico/privato, sotto il cui ombrello sono effettivamente riconducibili temi e problemi che attraversano l'attualità e che compendiano trasformazioni di grande portata.

<sup>12</sup> Per una rassegna degli interventi legislativi aventi a oggetto la partecipazione dei lavoratori e del sindacato ad ampio spettro, e relativa bibliografia che si ferma però al 2009, si veda *Percorsi di lettura. La partecipazione di lavoratori*, coordinato da Y. PARNICHEE, F. SAMMARCO, Bollettino Adapt 16 ottobre 2009. Per una ricostruzione diacronica dell'evoluzione normativa e del dibattito sul tema, con attenzione alla legislazione europea e ai modelli comparati M. BIASI, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia*, Milano, 2013; M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori*, cit.; ID. *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea*, Milano, 2012.

<sup>13</sup> S. LEONARDI, *La partecipazione dei lavoratori in una prospettiva storica: i Consigli di gestione*, in *Lavoro e Diritto*, 1997, 11, 469; A. BALDASSARRE, *Il lavoro tra conflitto e partecipa-*

ta dall'art. 39 II parte che, com'è noto, per la sua capacità impeditiva – esempio di regolamentazione negativa – ha contribuito, invece, alla costruzione di un ordinamento sindacale di fatto, *praeter constitutionem*.

A tale riluttanza del legislatore italiano alla regolazione e alla costruzione di modelli di partecipazione dei lavoratori, ha del resto fatto da *pendant* lo scarso entusiasmo – *pour ainsi dire* – delle parti sociali a impegnarsi sul tema. Esse si sono cimentate più in studi e analisi, anche approfondite sul tema, affidate ai propri centri di ricerca piuttosto che impegnarsi in concrete proposte operative di regolazione e di costruzione nella pratica di modelli, se si eccettuano rare fiammate, alcune anche recenti: in passato la vicenda dei protocolli nelle imprese pubbliche (protocollo IRI del 1985)<sup>14</sup>, o i contratti di sviluppo negli anni '70 del '900 in alcune grandi imprese private (Fiat, Pirelli, Sit Siemens, Zanussi) e oggi, nella prassi, le interessanti esperienze aziendali del modello di partecipazione delle imprese controllate da capitale tedesco e allocate lungo la via Emilia: Ducati, Lamborghini ecc.<sup>15</sup>; ma anche l'esperienza del Patto della fabbrica del 2018 che segna una prima unitaria posizione delle parti sociali a favore del metodo della partecipazione organizzativa<sup>16</sup> e, sul versante delle proposte regolative, la recente, forte e significativa, sterzata propositiva della Cisl<sup>17</sup>.

*zione. Dai consigli di gestione a nuove collaborazioni*, in *Diritti lavori mercati*, 2008, 3, 471; L. LANZARDO, *Classe operaia e partito comunista alla Fiat: 1945-49*, Torino, 1971; S. MUSSO, *La partecipazione nell'impresa responsabile. Storia del Consiglio di gestione Olivetti*, Bologna, 2009, che è la interessante ed estremamente attuale ricostruzione del CDG aziendale che storicamente più ha lasciato tracce. L. LANZARDO, *I consigli di gestione nella strategia della collaborazione*, in *Problemi del movimento sindacale*, Milano 976; U. MORELLI, *I consigli di gestione, dalla liberazione ai primi anni 50*, Fondazione Giovanni Agnelli, 1977; M. BIASI, *Il nodo della partecipazione*, cit., cap. I.

<sup>14</sup> M. PEDRAZZOLI, *Sull'introduzione per via contrattuale di comitati paritetici nel gruppo IRI*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1985, n. 2, I, 217 ss.; T. TREU, *Le relazioni industriali nell'impresa: il protocollo IRI*, ivi, 1986, n. 3, I, 396.

<sup>15</sup> F. D'ALOISO, *Partecipare all'impresa globale*, Milano, 2021; V. TELLJOHANN, *Le nuove piste di Lamborghini e Ducati*, in *La partecipazione incisiva*, a cura di M. Carrieri, P. Nerozzi, T. Treu, Bologna, 2015.

<sup>16</sup> Anche per riferimenti a dati ed esperienze empiriche scaturenti dal Patto, G. IMPELLIZZERI, *La cosiddetta "partecipazione organizzativa": un primo bilancio a cinque anni dal Patto per la fabbrica*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2023, n. 4, 1029-1053. Dà rilievo all'esperienza pure T. TREU, *Riflessioni sulla partecipazione a partire dalla proposta CISL*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 4, 2023, 899.

<sup>17</sup> Il testo in <https://www.partecipazione.cisl.it/>. Su tale proposta oltre a T. TREU, *Riflessioni*, cit., i commenti di E. ALES, *La proposta di legge Cisl sulla partecipazione dei lavoratori all'impresa socialmente responsabile: una stimolante e articolata base per una seria riflessione*,

Malgrado questa reticenza del legislatore e delle parti sociali, la dottrina<sup>18</sup> si è esercitata in operazioni ampiamente classificatorie della partecipazione anche a fini di proposta regolamentativa. Si è fatto così ricorso a concetti riassuntivi di modelli strutturali e funzionali variegati, quali la partecipazione normativa, gestionale, decisionale, istituzionale, strategica, organica, organizzativa, economica o finanziaria, procedimentale, informale, interna, esterna e via classificando. Si è poi distinto, seguendo il flusso del lessico europeo, tra partecipazione e coinvolgimento dei lavoratori; si è parlato di partecipazione forte intendendo la cogestione, e di partecipazione debole guardando ai diritti di consultazione e informazione anche di fonte primaria europea (l'art. 27 della Carta di Nizza e la, a volte problematica, giurisprudenza della Corte di giustizia)<sup>19</sup>, discettando se la consultazione e l'informazione propedeutica alla contrattazione possano essere ricondotte comunque alla partecipazione<sup>20</sup>.

Tale approccio classificatorio rimane, comunque, utile anche in ragione del fatto che alle parole e alle definizioni occorre sempre dare la giusta attenzione, posto che, come scrive condivisibilmente un ex giudice oggi affermato scrittore, esse tendono a «essere consumate con usi impropri, eccessivi o anche solo inconsapevoli»<sup>21</sup>. Occorre, infatti, ricordare che con riguardo alla più corretta tassonomia – anche sotto il profilo meramente lessicale – della partecipazione dei lavoratori nell'impresa, si sono esercitati, in passato, autori del calibro di Massimo D'Antona, Marcello Pedrazzoli e Tiziano Treu<sup>22</sup>;

ivi, 913-938. M. CORTI, *L'eterno ritorno del dibattito sulla partecipazione in Italia. La proposta della Cisl nel quadro comparato*, ivi, 939-957. L. ZOPPOLI, *La partecipazione sindacale nella civiltà digitale*, ivi 958-975.

<sup>18</sup> Senza entrare nel merito, pare prevalente, nell'ampia letteratura sulla partecipazione, la differenza di approccio di giuristi, sociologi ed economisti con prevalenza di analisi istituzionali e intenti prescrittivi nei primi, più descrittivi e analitici negli altri.

<sup>19</sup> Cfr. Corte di giustizia 15 gennaio 2014, C/176/12, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT e altri*.

<sup>20</sup> Sulla questione terminologica M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea*, cit. e A. ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione*, cit.; M. PEDRAZZOLI, *Partecipazione, costituzione economica e art. 46. Chiose e distinzioni sul declino di una idea*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2005, I, 427-453.

<sup>21</sup> G. CAROFIGLIO, *La nuova manomissione delle parole*, Feltrinelli, 2021, 17.

<sup>22</sup> M. D'ANTONA, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, ora in M. D'ANTONA, *Opere*, v. II, a cura di B. Caruso, S. Sciarra, Milano, 2000, 203 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano 1985, su cui la rilettura di E. ALES, *Il contropotere di democrazia industriale in Marcello Pedrazzoli: l'attualità di un pensiero*, in *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, a cura di L. NOGLER, L. CORAZZA, Milano, 2013. T. TREU, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, 2017,

più di recente, chi si è occupato del tema, non ha quasi mai resistito a cimentarvisi<sup>23</sup>.

E tuttavia, non si può sfuggire alla sensazione che tale approccio alla partecipazione sia euristicamente esaurito. L'impressione, infatti, è che la tassonomia, per quanto ben strutturata e articolata, finisca inevitabilmente per imbrigliare le dinamiche reali di coinvolgimento dei lavoratori, a volte imprevedibili e informali; fenomeni di partecipazione sono infatti di frequente collegati a cambiamenti tecnologici, organizzativi, finanziari, culturali e sociali che hanno un ritmo di cambiamento, per molti aspetti, più rapido della capacità di concettualizzazione dei giuristi e di descrizione e previsione degli stessi sociologi. Per altri aspetti, non sono in grado di rispecchiare per intero i processi, o risultano troppo vaghi e generici rispetto ai fenomeni che intendono riflettere.

Questo iato tra realtà e concetti, sul tema della partecipazione, si è, con ogni probabilità, accentuato nel nuovo secolo e soprattutto nell'ultimo decennio. Oggi, anche a causa della maggiore complessità che accompagna la partecipazione nell'impresa, simili operazioni di classificazione rischiano di risultare alla fine un po' astratte, se non proprio inutili.

### 3. *Il dibattito teorico sulla partecipazione nell'impresa nel secolo breve*

Se si guarda, tuttavia, retrospettivamente andando anche non troppo indietro nel secolo breve, ci si rende conto di come il dibattito teorico sui modelli di partecipazione nell'impresa sia stato caratterizzato da un forte spessore prescrittivo e valoriale oltre che teorico. Poiché era tramontata, certamente e soprattutto dopo il 1989, ogni ipotesi di trasformazione palinogenetica della società, dell'impresa e dell'economia, quella della democrazia industriale rimaneva la linea d'orizzonte più avanzata del "riformismo possibile" in senso socialdemocratico (più legata alla trasformazione e alla transizione socialista piuttosto che agli ideali repubblicani calati sull'impresa).

A tale proposito vale la pena richiamare il dibattito ospitato nella rivista *Mondoperaio* o il confronto di autori sulla democrazia industriale nella rivista

[https://www.treccani.it/enciclopedia/partecipazione-dei-lavoratori-alla-gestione-delle-imprese\\_%28Diritto-on-line%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/partecipazione-dei-lavoratori-alla-gestione-delle-imprese_%28Diritto-on-line%29/)

<sup>23</sup> A. ALAIMO, *I nuovi termini del discorso giuridico sulla partecipazione dei lavoratori. Partecipazione organizzativa e diretta versus partecipazione indiretta (i.e.: della rappresentanza): per una dialettica senza contrapposizione*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 480/2024; M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori: avanti piano quasi indietro*, cit.

*Politica del diritto* tra la metà e la fine degli anni '70 e gli inizi degli anni '80<sup>24</sup>, interessante in chiave di storia del pensiero riformista di impronta culturale socialdemocratica; in quel dibattito vengono attraversati i grandi temi della democrazia industriale, dell'autogestione e del cooperativismo.

Si tratta di scritti ormai datati di giuristi intellettuali del calibro di Gino Giugni, Federico Mancini, Giuliano Amato, Francesco Galgano, Umberto Romagnoli, con una proposta di legge di Franco Carinci e Marcello Pedrazzoli<sup>25</sup> che si ispirava alla cogestione tedesca in palese controtendenza rispetto all'*humus* culturale dominante nei partiti di sinistra e nei sindacati del tempo, ispirati alla c.d. partecipazione conflittuale<sup>26</sup>; scritti invero intrisi, anche nel lessico, dell'ideologia del controllo operaio, ancora dominante negli anni '70, poi rivista, almeno in certi settori, negli anni '80 con la svolta neocorporativa<sup>27</sup>.

È un dibattito culturale di grande rilievo nella tradizione del movimento operaio, che riguarda le storiche divisioni tra riformisti e rivoluzionari, e le diverse anime al loro interno, e che ha incrociato temi di più ampia portata: la transizione dal capitalismo, la connessione tra democrazia economica e democrazia politica, il costituzionalismo democratico sociale, il rapporto tra impresa, persona che vi lavora e rappresentanza degli interessi, il dualismo tra logica del conflitto e logica della comunità ecc. Il tutto segnato da appuntamenti, anche drammatici, che hanno scandito la storia del '900: il biennio

<sup>24</sup> G. AMATO, *Quattro note sulla democrazia industriale*, G. F. MANCINI, *Non cogestione ma contropotere*, F. GALGANO, *Per una «fase2» della legislazione di sostegno. Dopo lo statuto, quid, controllo operaio!*; U. ROMAGNOLI *Non solo sindacato*, tutti in *Politica del diritto*, I, 1976, 9 ss. con l'aggiunta poi della nota di Gino Giugni, *Ancora una nota sulla democrazia industriale*, ivi, 1976, 2, 151. Alcuni di questi scritti, tra cui quello di G. GIUGNI e L. CAFAGNA, *Democrazia industriale e strategia del sindacato*, riprodotti nel celeberrimo volumetto *Lo statuto dei lavoratori: un bilancio politico*, della serie Dissensi dell'editore De Donato, collana che all'epoca ospitava gli interventi, fuori dai canali accademici ordinari, dei giuslavoristi riformisti. Una interessante ricostruzione di quel dibattito ora in M. GAMBILONGHI, *Tra partecipazione conflittuale e codeterminazione: socialisti, comunisti e democrazia industriale nei lunghi anni Settanta*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 2020, 3-4,

<sup>25</sup> F. CARINCI, M. PEDRAZZOLI, *Una legge per la democrazia industriale*, in *Mondoperaio*, 1983, n. 1-2, 34; sull'attualità e le difficoltà del modello di cogestione tedesca oggi, M. CORTI, *A proposito di un libro di W. Daubler e M. Kittner sulla partecipazione dei lavoratori in Germania. Un'opera ricca di spunti interessanti anche per la transizione ecologica*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2023, 1-2, 143 -175.

<sup>26</sup> M. GAMBILONGHI, *La partecipazione conflittuale*, in *Mondoperaio*, 2019, 205 dove la ricostruzione dell'itinerario di G. Giugni sul tema.

<sup>27</sup> M. GAMBILONGHI, *Tra partecipazione conflittuale e codeterminazione: socialisti, comunisti e democrazia industriale nei lunghi anni Settanta*, cit.

rosso italiano e i consigli di fabbrica teorizzati dal Gramsci dell'ordine nuovo; i consigli operai della repubblica di Weimar e la loro proiezione costituzionale prima della sanguinosa repressione<sup>28</sup>; i soviet della prima fase della rivoluzione bolscevica e il dibattito all'interno della socialdemocrazia europea nelle sue varianti e diverse anime nazionali: quella inglese della società fabiana dei coniugi Webb, quella dell'austromarxismo con il contributo di un teorico illuminato come Otto Bauer che guardava al socialismo delle gilde e all'autogestione dei produttori e certamente non alla nazionalizzazione dell'industria<sup>29</sup> e quella più ortodossa tedesca con il coinvolgimento diretto di grandi giuslavoristi come Hugo Sinzheimer<sup>30</sup>; fino all'esperienza più recente e ancora per certi versi attuale dei consigli di fabbrica dell'autunno caldo<sup>31</sup>.

Sono riflessioni e realizzazioni, in via di prassi ma anche giuridico-istituzionali, che hanno attraversato direttamente l'esperienza politica di governi socialdemocratici, ma non solo, sia in occidente sia in oriente.

Con riguardo all'oriente del mondo, si pensi all'esperimento giapponese del toyotismo teorizzato da Taiichi Ono che, rovesciando il paradigma culturale di Edward Said<sup>32</sup>, tanto ha influenzato l'occidente (la specializzazione flessibile, la *lean* e la *just in time production* è in larga misura *made in Japan* e da lì emigrata in occidente con forte influenza sui modelli organizzativi, ma anche culturali e antropologici occidentali). Con riguardo all'occidente, alla cogestione e ai consigli di azienda tedeschi nel ciclo di riforme che si sono susseguite, o al piano Meidner svedese e alla cogestione scandinava<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Si v. ricostruzione di M. BIASI, *Il nodo della partecipazione*, cit., cap. II.

<sup>29</sup> O. BAUER, *Bolscevismo o socialdemocrazia*, in *Austromarxismo e socialismo fra le due guerre*, a cura di G. Marramao, Roma, 1977, 198 ss. specie 204-205.

<sup>30</sup> Si rinvia al denso saggio di M. GAMBILONGHI, *Controllo operaio e transizione nel dibattito del socialismo mitteleuropeo: fra democrazia industriale, organicismo e trasformazione sociale*, in *Democrazia e Diritto*, 1, 2020, 201-226. Per una ricostruzione a ritroso S. LEONARDI, *Pianismo e riforme di struttura nel socialismo europeo fra gli anni '20 e i "trenta gloriosi"*, in *Alternative per il socialismo*, 2021, 60, 201 ss.

<sup>31</sup> Sulla vicenda indispensabile il confronto, anche retrospettivo, con B. TRENTIN e la sua celeberrima intervista, *Il sindacato dei consigli*, di B. UGOLINI, Roma 1980, cap. I; ma pure la continuazione ideale di quella intervista ne *Il coraggio dell'utopia*, Milano, 1994, 35 ss.

<sup>32</sup> Notoriamente secondo il grande studioso, *Orientalismo*, Milano, 2013, l'orientalismo è stato il modo occidentale per esercitare la propria influenza e predominio sull'oriente. Si vedano, anche in chiave di rassegna storica della grande dicotomia culturale e come esempio di grande giornalismo, F. RAMPINI, *Oriente e occidente, Massa e individuo*, Torino, 2020.

<sup>33</sup> Su cui ampiamente M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea*, cit. 239 ss.

Si tratta di esperienze e modelli che si iscrivono nella logica di accettazione e non del superamento del capitalismo e dell'economia di mercato e che si distaccano dalla impostazione della pianificazione e del controllo tramite il piano economico partecipato, più tipica della elaborazione teorica del comunismo italiano degli anni '70; da cui la critica alla ideologia della cogestione e della collaborazione impressa nell'art. 46 della Cost.<sup>34</sup>.

### 3.1. segue... tre modelli idealtipici di partecipazione

Le tre esperienze comparate citate – quella giapponese della partecipazione nel *workplace*, quella tedesca della rappresentanza istituzionalizzata e quella svedese della partecipazione azionaria, oltre che di variante scandinava della partecipazione istituzionale – sono paradigmatiche della teoria delle varianti del capitalismo in versione di riformismo anche socialdemocratico, e possono essere considerate veri e propri modelli idealtipici abbastanza alternativi storicamente, fattualmente, per implicazioni giuridico-istituzionali e pure costituzionali.

Il modello giapponese riflette la partecipazione organizzativa in azienda con prassi e metodi (il *Kaizen* e la sua profonda cultura, o il *kanban*) di coinvolgimento dei lavoratori e della loro intelligenza nell'organizzazione del lavoro per il miglioramento paziente e continuo di processo e di prodotto anche mediante la comunicazione visiva (il che rende oggi in quel contesto poco popolare il lavoro a distanza che ha registrato invece grande successo in occidente durante e dopo la pandemia): il c.d. apprendimento organizzativo descritto nel celeberrimo lavoro di Ronald Dore<sup>35</sup>. L'esperienza che si ispira

<sup>34</sup> I riferimenti sono superflui: è sufficiente citare l'ampio commento all'art. 46 di G. GHEZZI, *Sub art. 46 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, 1980 (molto in linea con dibattito politico dell'epoca: anni '70) ove i riferimenti al dibattito teorico dei dirigenti del PCI di allora come Giorgio Napolitano sulle colonne del Settimanale *Rinascita*, autentica palestra della migliore cultura comunista italiana. Si veda pure la bella e densa ricostruzione del dibattito storico e interdisciplinare in S. LEONARDI, *Ideologie giuridiche e politiche sindacali nel dibattito costituente sulla partecipazione operaia. L'art. 46*. [https://www.fondazionedivittorio.it/sites/default/files/content-attachment/Art.%2046\\_Centenario.pdf](https://www.fondazionedivittorio.it/sites/default/files/content-attachment/Art.%2046_Centenario.pdf).

<sup>35</sup> L'esperienza delle relazioni industriali cooperative in Giappone, dalla fase dell'egemonia anche culturale di quel modello, sino alle avvisaglie di crisi in concomitanza con la lunga fase di stagnazione dell'economia giapponese a partire dalla seconda metà degli anni '90 e al suo rilancio dopo la grande crisi del 2007/2009, è resa ampiamente conoscibile in occidente dagli studi di R. Dore: R. DORE, P. SACCO, *Bisogna prendere il Giappone sul serio. Saggio sulla varietà dei capitalismi*, Bologna, 1990; ID., *Capitalismo di borsa o capitalismo di welfa-*

al toyotismo giapponese, almeno prima della sua crisi che inizia con la stagnazione economica del paese a partire dalla metà degli anni '90 del secolo scorso<sup>36</sup> è quella che, a opinione di chi scrive, meglio riflette la prospettiva partecipativa più coinvolgente i lavoratori come singoli, nel pieno rispetto della logica di impresa, proprio perché è riferita a una dinamica *bottom up*, necessariamente rispettosa dei diritti dei lavoratori come persone; essa, infatti, funzionalmente, mira a valorizzarne capacità e talenti individuali, conoscenze e coinvolgimento proattivo e presuppone il costituzionalismo in fabbrica come conquista consolidata e non più quindi disputato (oggetto di conflitto mirato)<sup>37</sup>. Tale modello, per altro, – non è circostanza da trascurare – risulta pienamente compatibile con – anzi esalta la – logica di efficiente e innovativa gestione imprenditoriale e manageriale dell'impresa intesa come comunità di lavoro; non si configura né come partecipazione strumentale e propedeutica alla negoziazione (come invece nel caso dei diritti di informazione e consultazione sindacale); né come coinvolgimento sindacale, in funzione di controllo e/o di cogestione burocratica, con relativo appesantimento decisionale sulle scelte strategiche e operative dell'impresa. Né, tantomeno, come astratta realizzazione degli ideali repubblicani e della democrazia procedurale nell'impresa. Infine, il ramo giapponese della partecipazione attrae oggi particolarmente l'attenzione perché sembra essere quello più in linea con i cambiamenti organizzativi dell'impresa e del lavoro al seguito della doppia transizione ambientale e tecnologica e con ricadute sulla qualità (cognitiva ma non solo) del lavoro ed evidenti effetti di umanizzazione dell'organizzazione del lavoro ma anche dell'azienda in generale (il modello HR di *employee centricity*)<sup>38</sup>.

re?, Bologna, 2002; ID., *Il lavoro nel mondo che cambia*, Bologna, 2005; ID., *Finanza Pigliatutto*, Bologna, 2009.

<sup>36</sup> R. DORE, *Tutto ciò che è successo ai Circoli di qualità (e al modello giapponese)*, in *Quaderni Rassegna Sindacale*, 2005, 133-140.

<sup>37</sup> R. DUKES, *The Labour Constitution. The enduring Idea of Labour Law*, Oxford, 2014, 12 e ss, 33 e ss.

<sup>38</sup> Sono idee già espone insieme a Del Punta e Treu in B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, 2020, in <https://csdle.lex.unict.it/our-users/bruno-caruso-riccardo-del-punta-tiziano-treu-manifesto-un-diritto-del-lavoro-sostenibile>; B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Il diritto del lavoro nella giusta transizione. Un contributo "oltre" il manifesto*, 2023, in <https://csdle.lex.unict.it/our-users/bruno-caruso-riccardo-del-punta-tiziano-treu-il-diritto-del-lavoro-nella-giusta>. Sul modello HR fondato sull'*employee centricity* si v. A.C. SCAPOLAN, *Costruire l'employee centricity: il collaboratore al centro dell'esperienza*; S. BUDINI *Humanistic management. Un approccio sostenibile per gestire*



Il modello partecipativo che sta, invece, dietro all'esperienza storica della cogestione tedesca – come segnalato a suo tempo da Gunther Teubner – riflette l'idealtipo di partecipazione istituzionale e procedimentale ad alta giuridificazione della rappresentanza degli interessi dei lavoratori, anche tramite il sindacato. Si tratta di un coinvolgimento procedimentale su materie del rapporto di lavoro – più che su affari riguardanti la conduzione dell'impresa – in altri contesti riservati alla contrattazione collettiva (con le commistioni tra competenze gestionali e di tutela del lavoro che gli studiosi del modello hanno rilevato)<sup>39</sup>. Nell'analisi di Teubner, riferita al secolo scorso, sulla base di studi sociologici si dimostrava un fatto che si ritiene ancora di rilevante attualità; vale a dire che la codeterminazione formale, che riguarda soprattutto il sindacato (e le sue élite dirigenti) non coinvolge il lavoratore come persona: non ne diminuisce l'alienazione individuale dall'organizzazione del lavoro fordista, al contrario di altri strumenti quali la formazione e l'arricchimento professionale attraverso (allora) i circoli di qualità e i sistemi di rotazione delle mansioni. A conferma che il sistema formale e istituzionale di partecipazione, innestato nell'organizzazione del lavoro (fordista), non solo non aiuta più di tanto a trasformarlo, ma si riduce, in fondo a una mera superfetazione partecipativa (a favore della burocrazia sindacale) separata dalla concretezza dell'organizzazione del lavoro<sup>40</sup>. Da qui anche l'astrattezza delle teorizzazioni neo-repubblicane sull'impresa.

Come si dirà, e come dimostrato da studi empirici<sup>41</sup>, i modelli di partecipazione formalizzati, laddove efficacemente implementati, certamente aiutano a fluidificare e favorire la partecipazione organizzativa; quest'ultima è invece, oggi, il nodo saliente di una partecipazione funzionale a migliorare, anche grazie alle nuove tecnologie, la qualità del lavoro; non trascurando che proprio il benessere, con e nel lavoro, è il fine e il bene ultimo tutelato da tale diritto procedurale strumentale (non certo la questione del potere come obiettivo finalistico). E ciò qualora si consideri l'impresa una comunità viva di interessi integrati e di produttori organizzati per generare valore da redi-

*le risorse umane in Ridisegnare il lavoro* a cura di G. Gabrielli, Milano, 2022, Edizione del Kindle.

<sup>39</sup> M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori*, cit. pag. 127 ss.; ID., *A proposito di un libro di W. Daubler e M. Kittner*, cit.; M. BIASI, *Il nodo della partecipazione*, 46 ss.

<sup>40</sup> Tale prospettiva assunta anche in B. CARUSO, *Conversando con Umberto Romagnoli. La partecipazione "moderna"*, in *Lavoro e diritto*, 2023, 3, 713-734.

<sup>41</sup> In tal senso A. M. PONZELLINI, G. DELLA ROCCA, *Continuità e discontinuità nelle esperienze di partecipazione dei lavoratori all'innovazione produttiva. Partecipazione istituzionale e partecipazione diretta*, in *Economia & lavoro*, 2015, 3, 65.

stribuire equamente, e non uno spazio di esercizio della democrazia (una piccola repubblica nella elaborazione della teoria neo repubblicana)<sup>42</sup>.

Infine, in questa rapida rassegna critica degli idealtipi, il modello svedese del piano Meidner – gradualmente e storicamente divenuto marginale rispetto a prassi di cogestione riferibili al caso scandinavo<sup>43</sup> – rappresenta una sorta di riferimento storico, ideologicamente orientato in senso socialdemocratico, della partecipazione economica o finanziaria attraverso l'accesso, anche progressivamente maggioritario, al capitale azionario da parte dei lavoratori e dei loro rappresentanti come viatico della trasformazione in senso socialista dell'economia e, in prospettiva, dello Stato (una proposta *ante litteram* dello *stakeholderism* lavorista, come si potrebbe dire attualizzando). Tale modello in effetti si caratterizza, sul piano storico, per un profilo soprattutto politico-istituzionale, in parte ideologico, nella misura in cui proietta la partecipazione sul piano politico sistemico (la socializzazione, più che la nazionalizzazione, progressiva dell'industria); una dimensione quindi ancor più distante da istanze di valorizzazione della persona attraverso il lavoro nella concreta organizzazione. La partecipazione finanziaria è riferita, come chiarito da Marcello Pedrazzoli<sup>44</sup>, alla sua dimensione utilitarista dell'avere e non dell'essere di chi lavora. E così si presentano, in effetti, gli schemi oggi più ricorrenti e attuali di azionariato dei dipendenti<sup>45</sup>.

### 3.2. Realizzazioni tassonomiche positive: il disegno di legge di iniziativa popolare della Cisl

Nel progetto Cisl, prima citato<sup>46</sup>, si raggiunge la sintesi migliore dell'approccio tassonomico e per modelli prima evidenziato, e già solo per

<sup>42</sup> Supra nota 5. Adde, K.P. SCHAFF, *Democratic Rights in the Workplace*, in *Inquiry* 55, 2012, 4, 386; C. MCMAHON, *Public Capitalism: The Political Authority of Corporate Executives*, Philadelphia, 2012.

<sup>43</sup> Ampiamente M. CORTI, *op. loc. cit.*

<sup>44</sup> M. PEDRAZZOLI, *Partecipazione, costituzione economica*, cit., 431

<sup>45</sup> E. GHERA, *L'azionariato dei lavoratori dipendenti*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1997, 6, 1-25; id, *La partecipazione azionaria dei dipendenti dopo lo Statuto S.E.*, in *Diritto del lavoro*, 2, 2005, 123-28; A. ALAIMO, *Gli effetti della partecipazione azionaria dei lavoratori sul governo dell'impresa: il caso italiano*, in *Lavoro e diritto*, 2003, 4, 613-632; ID., *La partecipazione azionaria dei lavoratori, Retribuzione, rischio e controllo*, Milano, 1998. Nel modello partecipativo olivettiano l'azionariato operaio mantiene in effetti un ruolo centrale.

<sup>46</sup> Testo e commenti *supra* nt. 17.

questo si lascia apprezzare – al di là delle effettive ricadute regolative che sembrano più dubbie nell’attuale congiuntura politica.

La proposta, con riguardo ai diversi modelli di partecipazione in campo, appare ecumenica, sincretica e molto chiara, li prende in considerazione praticamente tutti<sup>47</sup>; l’unico dubbio è la capacità del vettore implementativo prescelto, la contrattazione collettiva, a fungere da propulsore se, e una volta che, il disegno dovesse divenire legge. I dubbi non derivano dallo strumento di sostegno prescelto; non sembra concettualmente contraddittorio, anzi molto hegeliano, affidare alla contrattazione l’implementazione di un metodo che in prospettiva nega sé stessa: si partecipa di solito per collaborare con l’impresa al raggiungimento di scopi comuni, non per agevolare la futura negoziazione su interessi contrapposti; questo è il senso della metamorfosi o dell’alchimia della partecipazione negoziata. I dubbi riguardano anche la salienza decisionale e la perizia attuativa dell’attuale legislatore (oltre che la sua volontà) a cui la proposta Cisl sembra affidarsi (e di cui sembra fidarsi) troppo, laddove invece la legge in questa materia dovrebbe limitarsi a promuovere l’autonomia della contrattazione “crisalide”, destinata a morire per diventare partecipazione, non a regolare i modelli di partecipazione (con il classico approccio *top down*).

A prescindere dai colori dei governi che hanno introdotto – e più volte confermato – la nuova stagione di legislazione di sostegno ad accordi sindacali di produttività, welfare aziendale e coinvolgimento paritetico dei lavoratori<sup>48</sup>, non pare dubbio, infatti, anche in ragione dei dati che circolano<sup>49</sup>, che

<sup>47</sup> Come ricorda, con buona sintesi, L. ZOPPOLI, *La partecipazione sindacale*, cit. 962, sono quattro i tipi di partecipazione su cui si concentra il progetto Cisl: a) gestionale, cioè «alle scelte strategiche dell’impresa»; b) economico-finanziaria, cioè ai profitti e risultati di impresa, anche mediante l’azionariato dei lavoratori; c) organizzativa, cioè alle «decisioni relative alle varie fasi produttive e organizzative della vita dell’impresa»; d) consultiva, cioè tramite pareri e proposte «nel merito delle decisioni che l’impresa deve assumere».

<sup>48</sup> Si fa riferimento alle disposizioni introdotte a partire dall’art. 1, commi 182-190 della Legge n. 208/2015 e dal D.M. 25.3.2016, che hanno previsto, a decorrere dal 2016, un sistema di tassazione agevolata (mediante applicazione di un’imposta sostitutiva) sul premio di produttività, oggetto di detassazione in caso di conversione del premio in welfare, e ulteriormente agevolato dal punto di vista contributivo se gli accordi prevedano “un coinvolgimento paritetico” dei lavoratori (per le modalità operative, si rinvia ai documenti di prassi interpretativa dell’Agenzia delle entrate, tra i quali si possono ricordare le Circolari n. 23/E del 2023, n. 5/E del 2018, n. 28/E del 2016). Da ultimo, per il 2024, la Legge n. 213 del 30 dicembre 2023 (Legge di Bilancio 2024) ha previsto l’innalzamento della soglia di detassazione relativa ai fringe benefit.

il successo riscontrato da questo modello partecipativo (un esempio regolazione *win-win*) risieda anche nel metodo: un *mix* di legislazione riflessiva e *soft* che rinvia alle migliori prassi produttivistiche e di benessere per i lavoratori e che gli attori aziendali sono in grado di mettere di concerto in atto, limitandosi la legge non a regolare dall'alto, ma a sostenere finanziariamente (tipico approccio premiale)<sup>50</sup>, verificando *ex post* le autonome e spontanee iniziative dal basso.

Se dovesse essere ribadito e rafforzato questo *trend* di sostegno legislativo a un modello di coinvolgimento paritetico, diffuso e spontaneo, *made in Italy* se non proprio "patriottico", l'iniziativa della CISL, anche se indirettamente, avrà comunque segnato un successo della nuova cultura della partecipazione propugnata da tale Confederazione.

#### 4. Cosa è l'impresa partecipata, cosa la partecipazione. Per una prospettiva olistica (collaborativa) della partecipazione

Un dovuto chiarimento sintattico segna una tappa intermedia rispetto al prosieguo dell'analisi intrapresa. Nel titolo di questo contributo si fa riferimento non alla *partecipazione dei lavoratori*, intesa quale attività in divenire le cui modalità vengono rese individuabili, se non proprio fotografate, mediante i vari modelli normativi di partecipazione. Ci si confronta invece con l'*impresa partecipata*, vale a dire una monade produttiva, e secondo alcuni politica e/o sociale, integrata nel e, condizionata dal, mercato; essa rappresenta una realtà, oltre che regolata giuridicamente con riguardo alla sua governance soprattutto nella forma della società anonima (*corporation*), anche empiricamente e storicamente operante in un contesto ambientale, sociale e territoriale situato; una monade produttiva ancora dotata di una intrinseca e peculiare dinamicità e innovatività anche con riguardo alle ricadute sui terri-

<sup>49</sup> La stampa specializzata, sin dall'esordio di tale strumento nel 2016, ne segnala il progressivo successo anche in termini quantitativi: per dati recenti si veda Il sole 24 ore del primo marzo 2024, "Contratti di produttività in aumento, quasi 10mila intese per 3 milioni di addetti" e del 20 gennaio 2024, "Contratti di produttività, in un anno crescita superiore al 30%".

<sup>50</sup> La torsione premiale degli interventi legislativi in materia di lavoro sottolineata da B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Il diritto del lavoro nella giusta transizione. Un contributo "oltre" il manifesto*, 2023, <https://csdle.lex.unict.it/our-users/bruno-caruso-riccardo-del-punta-tiziano-treu-il-diritto-del-lavoro-nella-giusta>.

tori in cui si inserisce e con cui interagisce<sup>51</sup>. Spostare il *focus* della riflessione dalla partecipazione dei lavoratori o del sindacato (che si attivano), all'impresa (che si trasforma) e in cui rilevano una pluralità di interessi da correlare e mettere in comunicazione (i consumatori, i clienti, i fornitori, la pubblica amministrazione, gli investitori, l'ambiente, i creditori, i concorrenti, le generazioni future)<sup>52</sup>, non è ovviamente senza conseguenze analitiche e anche prescrittive.

Guardare alla partecipazione dal versante della cogestione della protezione del lavoro – o dell'avanzamento del contropotere sindacale – è stato, infatti, l'orizzonte strategico e teorico della riflessione della dottrina sul tema e delle conseguenziali proposte regolative.

Il cambiamento di ottica – dall'attività all'oggetto, l'impresa partecipata – suggerisce di guardare alla partecipazione anche dal versante dell'interesse dell'impresa e degli imprenditori, e considerarne una visione olistica qualora non si voglia utilizzare il sintagma impresa-comunità-concreta che evoca fantasmi ideologici organicisti, aborriti nella cultura giuslavorista post costituzionale<sup>53</sup>; non trascurando, tuttavia, che proprio questa era la prospettiva a cui guardava – nel pieno del *boom* economico degli anni '50 del secolo scorso e della egemonia dell'organizzazione del lavoro Taylor-fordista<sup>54</sup> – un cattolico social-liberale come Adriano Olivetti e il suo progetto, di concreta utopia e fortemente umanistico, di impresa comunità<sup>55</sup>.

Questa visione/progetto è in pieno rilancio; l'innovazione tecnologica, e il superamento del modello fordista, tende a rendere reale l'utopia olivettia-

<sup>51</sup> Sempre attuale il contributo di E. MORETTI, *La nuova geografia del lavoro*, Milano, 2013 (nuova ed. 2017).

<sup>52</sup> Una definizione dei c.d. portatori di interessi sociali è ora contenuta nell'art. 3, lett. n) della Proposta di direttiva sul dovere di diligenza COM(2022) 71 final che li definisce come i «dipendenti della società, dipendenti delle sue filiazioni e altre persone fisiche, gruppi, comunità o soggetti i cui diritti o interessi sono o potrebbero essere lesi dai prodotti, dai servizi e dalle attività della società, delle sue filiazioni e dei suoi rapporti d'affari».

<sup>53</sup> Si rinvia a S. LEONARDI, *Ideologie giuridiche e politiche sindacali*, cit. 89 ss.

<sup>54</sup> Una delle migliori ricostruzioni storiche del fordismo, con riguardo allo sviluppo dell'industria italiana, rimane quella di B. SETTIS, *Fordismi*, Bologna, 2016; si v. pure G. BERTA, *Che fine ha fatto il capitalismo italiano*, Bologna, 2016; ID., *La via del Nord*, Bologna, 2015.

<sup>55</sup> Oltre ai numerosi interventi di Olivetti, in forma di brevi saggi o di *pamphlet* pubblicati dalle Edizioni di comunità e al fondamentale libro di G. BERTA, *Le idee al potere*, Torino, 1980, molto utili, per inquadrare teoricamente il pensiero di Olivetti, l'introduzione di G. PAMPALONI del 1952, ripubblicata in appendice a *Società, Stato, Comunità*, a cura di D. Cadeddu e la sua prefazione (edizione del Kindle).

na<sup>56</sup>. È l'impresa (*rectius* un certo tipo di impresa) oggi<sup>57</sup>, e non soltanto il lavoro e la sua rappresentanza, che ha un reale interesse e spinge a implementare prassi e metodi collaborativi nel *workplace*; e non solo per aumentare la produttività e massimizzare, per gli azionisti, il valore prodotto e l'utile da distribuire, ma sempre più spesso per obiettivi di sostenibilità sociale e ambientale. E ciò avviene non attraverso i metodi che si ispirano, come nel fordismo, al principio del *command and control* ma attraverso l'adesione consapevole, volontaria e consensuale di persone fidelizzate, che diventano parte integrate di una missione comune, spesso di concerto con lo stato, per obiettivi di interesse generale<sup>58</sup>.

Tutto ciò non comporta ridimensionarne la centralità dell'ottica giuslavorista della partecipazione; anzi il contrario. Significa mettere al centro dell'impresa, in uno con l'intelligenza e la dinamicità creativa degli imprenditori, il lavoro come fattore attivo – e aumentato grazie alle nuove tecnologie – di produzione di ricchezza, ma anche di valore sociale. È quel che suggeriscono le ormai discretamente diffuse esperienze di reale coinvolgimento proattivo dei lavoratori sia nel processo produttivo, vale a dire nell'organizzazione del lavoro<sup>59</sup>, sia anche, e sempre più spesso, nella scelta e

<sup>56</sup> Quanto in testo è pure riconosciuto da un autore ancora ampiamente legato alla cultura della partecipazione rivolta sostanzialmente a sciogliere il nodo del potere in azienda (chi comanda chi e cosa): T. TREU, *Riflessioni sulla partecipazione*, cit., 892 ss. Sulla concretizzazione della utopia olivettiana in ragione dei cambiamenti strutturali del capitalismo contemporaneo, S. MUSSO, *La partecipazione nell'impresa responsabile*, cit.

<sup>57</sup> A supporto dei nuovi modelli di *Human(istic) Relations* che trovano sempre più spazio nelle Business School internazionalmente più accreditate, ci sono scuole di pensiero di economisti aziendali e "civili", oltre che di sociologi organizzativisti, su cui i riferimenti sarebbero superflui. Sulla funzione cognitiva e innovativa dell'impresa basti qui rinviare a I. NONAKA, H. TAKEUCHI, *L'impresa saggia. Come le imprese creano l'innovazione continua*, Milano, 2021.

<sup>58</sup> Questa posizione si ispira alla elaborazione di una economista non certamente ispirata da convinzioni neoliberali: si v. M. MAZZUCATO, *Missione economia. Una guida per cambiare il capitalismo*, Bari, 2021.

<sup>59</sup> Si fa riferimento anche ai contributi di L. PERO, A. M. PONZELLINI ai quali si è fatto altrove riferimento: qui è sufficiente rinviare allo scritto seminale, *Il nuovo lavoro industriale tra innovazione organizzativa e partecipazione diretta*, in *La partecipazione incisiva*, a cura di M. Carrieri, P. Nerozzi, T. Treu, cit., 45-69. Interessanti spunti anche in S. MUSSO, *La partecipazione nell'impresa responsabile*, cit., 11 che, a partire dallo studio documentario del caso Olivetti, pone una correlazione, fondata empiricamente, tra nuovi modelli di partecipazione organizzativa e innovazione tecnologica dell'impresa. In tal senso, obbligatoria pure la citazione del sociologico che più in Italia si è occupato di trasformazione generativa dell'organizzazione del lavoro: F. BUTERA; tra i tanti contributi, più di recente, *Disegnare l'Italia*, Milano, 2023, edizione del Kindle; sul contributo di Butera, G. MARI, *La cultura della partecipazione: consi-*

nella confezione del prodotto, pure con riguardo alla sua qualità (non solo alla sua prospettiva di successo nel mercato, ma anche alla sua natura eco e socio sostenibile)<sup>60</sup>. La forma organizzativa più conosciuta e quasi simbolica di queste nuove e variegate pratiche (per il noto conflitto Landini/Marchionne alla FCA nel primo decennio del nuovo secolo), è il *Working Class Manufacturing*<sup>61</sup>, con riguardo alla forma giuridica di impresa, la *Benefit corporation* ove il rapporto tra scopo sociale ESG e cambiamento organizzativo con coinvolgimento dei lavoratori in veste di *stakeholders* dovrebbe essere in qualche modo formalizzato e strutturato.<sup>62</sup>

I sociologi dell'organizzazione e gli economisti che più ci hanno descritto queste prassi non si sono limitati tuttavia allo studio del modello organizzativo; ci hanno intrattenuto sulle modalità di protagonismo e coinvolgimento del lavoro prevalentemente cognitivo, qualificandole, per quel che concerne il tema d'analisi, come partecipazione dal basso, o informale, e riconducen-

*derazioni a partire dal punto di vista di Federico Butera, in Quaderni di rassegna sindacale, 2020, 3-4, 227-236. Sia consentire di rinviare pure a B. CARUSO, Leggendo Organizzazione e Società di Federico Butera "con gli occhiali" del giurista del lavoro, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2021, 2, 85 ss.*

<sup>60</sup> Questo è certamente vero per le c.d. *B company* che hanno anche giuridicamente internalizzato lo scopo sociale, in Italia se ne contano già oltre 1000: F. SERVENTI, *Il modello benefit e l'evoluzione del capitalismo*, in AA.VV., *Ridisegnare il lavoro*, cit. 71

<sup>61</sup> Anche in tal caso i riferimenti superflui: se si vuole L. PERO, *Il World Class Manufacturing come nuovo modello produttivo e le opinioni dei lavoratori*, in *Economia & lavoro*, 2015, 3, 21-36; G. C. CERRUTI, *Il world class manufacturing alla Fiat e i dualismi sociali e organizzativi della produzione snella*, in *Economia & lavoro*, 2015, 3, 37-53; *Il WCM e i nuovi modelli organizzativi: effetti sul lavoro e sulle relazioni industriali*, Dialogo tra "Economia & Lavoro" e Giorgio Benvenuto, Alberto Cipriani e Roberto Bennati, ivi 129-146; L. CORAZZA, *Il World Class Manufacturing nello specchio del diritto del lavoro*, ivi, 79-89; M. CARRIERI *Come il lavoro può accompagnare i cambiamenti organizzativi*, ivi, 91-102.

<sup>62</sup> Si v. C. GARBUIO, *Società benefit e rapporti di lavoro: quali interazioni?*, in *Lavoro e Diritto*, 2023, 3, specie 570 ss. Sulla *Benefit corporation* la letteratura internazionale – e anche italiana – per l'adozione per legge del modello (l. 28.12. n. 308 commi 376 383 e allegati 4 e 5) è ampia: in Italia l'autrice che più se n'è occupata è L. VENTURA, *Benefit corporation e circolazione di modelli: le «società benefit», un trapianto necessario?*, in *Contratto e impresa*, 4-5/2016, 1134-1167; ID., *Philanthropy and the For-profit Corporation: The Benefit Corporation as the New Form of Firm Altruism*, in *European Business Organization Law Review*, 2022, 603-622; G. RIOLFO, *The New Italian Benefit Corporation*, in *European Business Organization Law Review*, 2020, 279-317; B. CUMMINGS, *Benefit Corporations: how to Enforce a Mandate to promote the public interest*, in *Columbia Law Review*, 2012, 112, 578 ss.; J. S. HILLER, S. SHACKELFORD, *The Firm and Common Pool Resource Theory: Understanding the Rise of Benefit Corporations*, in *American Business Law Journal*, 2018, 5-51. Per il punto di vista lavoristico.

dole al paradigma dell'azienda sostenibile. Si tratta di modalità di lavoro che, se osservate dal versante della gestione delle risorse umane, danno luogo a differenziate forme di *Humanistic management* all'insegna del *capability approach*<sup>63</sup>.

Fare riferimento a queste prassi consente di osservare la partecipazione come fatto prima ancora che come istituto giuridico; vale ricordare, per altro, che metodologicamente la dimensione dell'effettività è stata sempre una chiave di indagine della ricerca della migliore dottrina giuslavoristica soprattutto nella fase post costituzionale<sup>64</sup>.

### 5. I raccordi con la trasformazione della governance dell'impresa

Quanto appena detto non significa che si debba trascurare, perché irrilevante, la partecipazione dei lavoratori o del sindacato, di tipo istituzionale, canalizzata cioè da regole formali con tutte le problematiche che ne seguono: la partecipazione duale nei consigli di amministrazione o di sorveglianza, la partecipazione consiliare e i problemi del canale singolo o doppio, il rapporto tra regole della contrattazione e partecipazione, i rapporti con le regole del diritto societario, ecc.

Se si guarda, tuttavia, alle ricerche sui risultati del grande sforzo di ingegnerizzazione istituzionale della partecipazione formalizzata in ambito UE

<sup>63</sup> Y. DOWNS, S. SWAILES, *A capability approach to organizational talent management*, in *Human Resource Development International*, 2013, 3, 267–281; B. LAWSON and D. SAMSON, *Developing Innovation Capability in Organisation: A Dynamic Capabilities Approach*, in *International Journal of Innovation Management*, 3, 2001, 377-400; A. ZAKHEM, *Stakeholder Management Capability: A Discourse-Theoretical Approach*, in *Journal of Business Ethics*, 2008, 79, 395–405 e soprattutto D. T. TEECE, *Towards a capability theory of (innovating) Firms: implications for management and policy*, in *Cambridge Journal of Economics* 2017, 41, 693-720, ove ampi riferimenti a saggi topici e classici sul tema. Diffusi in questi studi i riferimenti all'approccio "five capitals model" per cui il valore dell'impresa sarebbe ormai costituito da "natural, human, social, manufactured and financial capital".

<sup>64</sup> I riferimenti sono superflui, basta soltanto citare autori come G. Giugni, G. Ferraro, F. Scarpelli o richiamare la polemica (e gli strali) che suscitò un libro come quello di B. MONTANARI, *Effettività e giuridificazione. Il diritto sindacale negli anni '80*, Milano, 1990, che rilevava criticamente l'(ab)uso di questo approccio da parte dei giuslavoristi. Un punto di equilibrio condivisibile nell'analisi del rapporto tra evoluzione dei fatti e inquadramento concettuale ora in S. DEAKIN, *Juridical ontology: the evolution of legal form*, cit.



negli ultimi decenni<sup>65</sup>, essi non sembrano esaltati anche in termini quantitativi; e non solo in Italia: Tiziano Treu riconosce che solo i diritti di informazione hanno avuto una diffusione generalizzata in tutti i paesi membri, compresa l'Italia, per legge o per disposizione dei contratti collettivi<sup>66</sup>. Mentre la partecipazione istituzionale di origine europea è diffusa laddove storicamente la legge nazionale ha sostenuto e regolamentato tale modello (soprattutto in Germania e nei paesi scandinavi); la stessa SE (società europea) ha avuto una diffusione limitata (circa 600 casi al 2017) e concentrata nei paesi del Centro Nord. Ciò è in parte dovuto anche al fatto che i sindacati europei hanno dedicato maggiore interesse al potenziamento dei diritti di informazione e consultazione e ai CAE<sup>67</sup>. Con riguardo a quest'ultimi e alla direttiva quadro, un recente rapporto segnala che tali strumenti hanno avuto una efficacia implementativa limitata mentre molto più significativi, anche con riguardo alla doppia transizione, sembrano le prassi di coinvolgimento informale dei lavoratori ampiamente descritte nella casistica riportata<sup>68</sup>.

#### 6. Un apparente paradosso. La relativizzazione della partecipazione dei rappresentanti del lavoro e la rifocalizzazione dell'impresa sul lavoro

L'analisi spannometrica accennata consente di introdurre un apparente paradosso, la cui evidenziazione aiuta a capire le tendenze in atto, e che può essere esposto nel seguente modo: mentre si va registrando una relativizzazione, anche politica oltre che gestionale, della partecipazione istituzionale del sindacato e dei rappresentanti dei lavoratori alla *governance* societaria, si evidenzia, di contro, una marcata rifocalizzazione dell'impresa e del *management* sul lavoro in termini di maggiore coinvolgimento diretto e proattivo

<sup>65</sup> Si fa riferimento al pacchetto di direttive sulla società europea, sui diritti di consultazione e informazione sui CAE. Un altro gruppo di direttive ha lo scopo di stabilire norme da applicare in situazioni caratterizzate da una componente transnazionale, che garantisce diritti parziali di partecipazione al processo decisionale. Per una ricostruzione in dettaglio si v. le citazioni *supra* nt. 12.

<sup>66</sup> T. TREU, *La proposta Cisl*, cit. 907 ss.

<sup>67</sup> T. TREU, voce *Partecipazione alla gestione*, cit., 2 ss.

<sup>68</sup> J. BEDNORZ, A. SADAUSKAITĖ et al, *Unionisation and the twin transition. Good practices in collective action and employee involvement*, European Parliament, 2022, 11-12 e l'ampia casistica riportata, 49 ss. Sulla inefficacia della partecipazione istituzionalizzata si v. pure M. BODIE, *Worker Participation, Sustainability, and the Puzzle of the Volkswagen Emissions Scandal*, in B. SJÄFJELL, CHRISTOPHER M. BRUNER (eds.), *Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cambridge, 2019.

dei lavoratori nell'organizzazione della produzione. È utile, per meglio intendere il nocciolo del paradosso, riprendere il filo di un dialogo recente con Marzia Barbera, intessuto a distanza<sup>69</sup>.

Se si guarda alla collocazione del lavoro nella *governance* delle grandi imprese in forma di società anonima – i luoghi cioè dove sono pensabili le forme più strutturate di partecipazione istituzionale –, si registra una progressiva riduzione della rilevanza dei rappresentanti del lavoro anche nella forma sindacale: certamente questo avviene in Italia ove si registrano poche, sebbene interessanti, eccezioni (l'esperienza del coinvolgimento sindacale nelle fabbriche metalmeccaniche in Emilia del c.d. modello renano emiliano)<sup>70</sup>.

Si può, allora, affermare che nella dimensione del c.d. *stakeholderism* che presuppone, secondo l'ampia letteratura sul tema, la rilevanza plurale degli interessi nell'assetto di governo societario, la centralità del lavoro tende a ridimensionarsi e a relativizzarsi: il lavoro, con riguardo al tema della *governance* societaria, è considerato, infatti, *uno* dei molteplici interessi candidabili a rivendicare una rappresentanza negli organi di governo.

Se si scende, invece, dal piano alto della “stanza dei bottoni” e della *governance* strategica o istituzionale, al piano basso del *workplace*, la partecipazione organizzativa e l'attivo coinvolgimento del lavoro qualitativo e cognitivo ritornano centrali e decisivi per la tenuta e il posizionamento dell'impresa; non solo a livello di mercato ma anche nei territori, oltre che nell'immaginario collettivo, nel *ranking* reputazionale dell'impresa e relativo *brand*<sup>71</sup>.

Tale rifocalizzazione delle imprese sul lavoro e sui lavoratori avviene per due ragioni strutturali, certamente assenti nel fordismo ma anche nella fase della *lean production* del post-fordismo (nel modello *WCM* per intenderci).

Sono gli aziendalisti e gli organizzativisti che registrano e spiegano le ragioni profonde di questa tendenza, le quali possono essere schematicamente di seguito riportate.

<sup>69</sup> B. CARUSO, *Conversando con Umberto Romagnoli. La partecipazione “moderna”*, 2023, 4, 713 ss.; M. BARBERA, *Contrattazione e partecipazione: uno sguardo retrospettivo e uno prospettico*, in *Lavoro e diritto*, 2023, 4, 679 ss. B. CARUSO, *Lavoro e stakeholderism (a partire dai contributi di Marzia Barbera su diritto del lavoro e impresa)*, di prossima pubblicazione.

<sup>70</sup> *Supra* nt. 15.

<sup>71</sup> *Employer branding, Video, creatività e reputazione: così il brand seduce i talenti, Il sole 24 ore*, 13 giugno 2020; A. MATTIACCI, *À la guerre comme à la guerre: capire il brand per l'employer branding*, in AA. VV., *Ridisegnare il lavoro*, cit. 106.

Una prima ragione è l'ormai generalmente acquisita circolarità degli obiettivi dell'impresa<sup>72</sup>; obiettivi o scopi di tipo economico-finanziario, di tipo competitivo e di mercato, di tipo sociale e ambientale soprattutto nelle *benefit corporation* ma anche a prescindere da tale assetto societario; ciò rende strutturale e sempre più diffuso non solo la ricerca del benessere nel lavoro (il c.d. *wellbeing*), ma anche il coinvolgimento diretto dei lavoratori nell'organizzazione<sup>73</sup>.

Il circuito produttivo e gestionale che ci viene descritto dagli aziendalisti è il seguente: soddisfacimento delle esigenze dei clienti e dei lavoratori che si alimentano a vicenda generando buona redditività, la quale produce a sua volta risorse necessarie per gli investimenti di carattere competitivo, ma anche sociale e ambientale, senza con tutto questo trascurare di dare soddisfazione alle attese di remunerazione degli azionisti.

In tale contesto, per quel che riguarda il tema oggetto del saggio, la partecipazione e il coinvolgimento proattivo, relazionale e cognitivo dei lavoratori diventano un dato imprescindibile per la produzione di valore dell'impresa.

La seconda ragione strutturale che spiega la ri-focalizzazione dell'impresa sul lavoro riguarda le nuove tecnologie; esse come ci dicono, questa volta, gli organizzativisti, si presentano soprattutto come tecnologie della cooperazione. Uno degli esempi più frequentato dai giuslavoristi, ma non è il solo, è costituito dalle nuove tecnologie di videoconferenza, generalizzatesi durante la pandemia, con la possibilità che esse consentano per il telelavoro di nuova generazione a cui si connette il c.d. lavoro agile.

Si parla, in tal senso, di una *cooperazione generata e sviluppata dalle persone* con l'ausilio delle tecnologie: da cui deriva la diffusione sempre maggiore delle c.d. "comunità di pratica", intese «quali aggregazioni informali intorno a processi e obiettivi comuni, con condivisione delle conoscenze e forme di socializzazione delle esperienze. In tali aggregazioni sociali si sviluppano forti coesioni basate non su norme o mansioni ma attorno a impegni, interessi, obiettivi, prassi comuni»<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Almeno quelle "non padronali", mutuando il recente pamphlet di M. BENTIVOGLI, *Licenziare i padroni*, Milano, 2023, edizione del Kindle.

<sup>73</sup> Il collegamento tra Società benefit e modelli di gestione *employee centered* è messo in rilievo nel volume AA.VV., *Ridisegnare il lavoro*, cit.

<sup>74</sup> Delle comunità di pratica ispirate all'esperienza Olivetti che nascono nel cuore dell'organizzazione del lavoro superando il dualismo di interessi lavoro management, si occupano soprattutto gli organizzativisti: da ultimo F. BUTERA, *Disegnare l'Italia*, cit., 128. Il recupero comunitario e identitario dell'esperienza professionale è propugnato anche dai sociologi

Si può allora trarre una conclusione provvisoria con riguardo al dualismo partecipazione istituzionale/partecipazione dal basso o informale. I giuslavoristi non possono certamente trascurare il dibattito internazionale in corso tra gli studiosi di diritto societario sulla *Corporate governance* e, in particolare, sull'alternativa tra *stakeholderism* democratico contrapposto a quello istituzionale (che teorizza una nuova centralità tecnocratica del *management*)<sup>75</sup>. Nella prospettiva dell'effettività – che, nel sincretismo metodologico che caratterizza la disciplina, è uno degli approcci da non trascurare –, assume rilievo crescente, come gli studi sociologici sottolineano, la partecipazione concreta e fattuale che si va delineando in modo diffuso e informale in sempre più numerose e differenziate esperienze aziendali.

Il tema della partecipazione del sindacato o dei lavoratori nella *governance* societaria rimane certamente una *issue* sensibile, ma non è necessariamente l'unico punto d'osservazione delle forme e delle modalità di partecipazione del lavoro nell'impresa. Esiste e non può più essere trascurata, perché va sempre più diffondendosi, la realtà in aumento dell'impresa e dell'organizzazione partecipata dal basso. E tutto ciò, come si dirà (infra § 7 e ss.), comporta implicazioni giuridiche di un certo rilievo.

e dai giuristi che fanno riferimento alle c.d. *occupational communities*, ove però le aggregazioni sociali professionali, nei settori dei servizi emergenti, non fuoriescono, in questa prospettiva, dalla logica del conflitto di interessi con l'impresa: R. DUKES, W. STREECK, *Labour Constitutions and Occupational Communities: Social Norms and Legal Norms at Work*, in *Journal of Law and Society*, 2020, 4, 612 ss. In ogni caso, l'impatto competitivo positivo di prassi aziendali di coinvolgimento proattivo (*engagement*) di lavoratori (anche in ragione di coerenti *corporate code*) è dimostrato da diverse ricerche empiriche: si v. R. C. BIRD, *Employment as a Relational Contract*, in *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, 2005, 8, 149, 12 ss.

<sup>75</sup> La letteratura giuscommerciale sul punto è molto ampia e il dibattito si è sviluppato soprattutto nella rivista *Orizzonti di diritto commerciale*. Si v. L. SACCONI, F. DENOZZA, A. STABILINI, *Democratizzare l'economia, promuovere l'autonomia dei lavoratori e l'eguale cittadinanza nel governo dell'impresa: una proposta*, in *EconomiaEtica*, 2019, 75, 1: una sorta di manifesto programmatico di democratizzazione della *governance* societaria con il coinvolgimento dei lavoratori nel ruolo di *stakeholder* e che ritengono che minori disuguaglianze sociali si siano nel tempo verificate nei sistemi capitalistici che hanno adottato modelli di *governance* con partecipazione istituzionalizzati ivi, 4; si v. pure F. MUCCIARELLI, *Perseguire un diritto societario "sostenibile": un pensiero sincero?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2021, n. 4, 520 ss.

### 7. Implicazioni giuridiche della partecipazione dal basso. La proposta di direttiva due diligence riguarda altro

Quanto segnalato consente, in primo luogo, una riflessione incidentale che prelude a una riflessione più distesa su alcune implicazioni giuslavoriste della partecipazione dal basso. La riflessione incidentale riguarda il fatto che, nella prospettiva della partecipazione del lavoro nell'impresa, non pare debba avere rilievo, come invece si ritiene<sup>76</sup>, la proposta di direttiva sulla *due diligence*, il cui *iter* di approvazione per altro sembra, mentre si scrive, bloccato<sup>77</sup>. Su tale proposta di direttiva, ispirata al metodo regolativo *hard* (con adeguato corredo di sanzioni e reclami)<sup>78</sup> si erano già espresse negativamente le più grandi organizzazioni datoriali europee, ritenendola fonte di aggravi burocratici che la renderebbero “macchinosa e ingestibile”<sup>79</sup>. Ma a prescindere dal suo contenuto quel che qui rileva è che il ruolo di partecipazione «dei sindacati e altri rappresentanti dei lavoratori», nel testo originario approvato dal Parlamento molto più rilevante<sup>80</sup>, viene fortemente ridimensionato, riducendosi a quello di “reclamante”, insieme alle altre organizzazioni della società civile, oltre che destinatario delle procedure di informazione sui

<sup>76</sup> È questa la posizione invece assunta da chi si è approcciato originariamente al tema: si v. F. GUARRIELLO, *Il ruolo del sindacato e delle rappresentanze del lavoro nei processi di due diligence*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2021, I, 3, 584 e 585.

<sup>77</sup> Il testo era stato approvato dai triloghi; <https://www.eunews.it/2024/02/09/italia-germania-accordo-ue-due-diligence/>: in ragione dei ripensamenti del governo tedesco, sembrerebbe, in accordo con il governo italiano e di Austria e Finlandia – che hanno formato una minoranza di blocco – l'iter approvativo, che sembrava giunto al termine, è tornato invece indietro.

<sup>78</sup> Anche in tal caso la dottrina soprattutto giuscommercialista è ormai estesa, in senso critico G. D. MOSCO, R. FELICETTI, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2022, 1, 185 ss.; positive invece le valutazioni di M. LIBERTINI, *Sulla proposta di Direttiva UE su «Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese»*, in *Rivista delle società*, 2021, 2-3, 325 ss. In campo lavoristico, con tipico approccio critico additivo (“è abbastanza ma si poteva fare di più”), M. BORZAGA, F. MUSSI, *Luci e ombre della recente proposta di direttiva relativa al dovere di due diligence delle imprese in materia di sostenibilità*, in *Lavoro e diritto*, 2023, 3, 495 ss. Simile l'approccio di V. BRINO, *Governance societaria sostenibile e due diligence: nuovi orizzonti regolativi*, in *Lavoro diritti Europa*, 2022, 2, 2 ss. che critica pure lo scarso coinvolgimento partecipativo delle organizzazioni sindacali, 17 e 18. In generale, ID., *La governance societaria sostenibile: un cantiere da esplorare per il diritto del lavoro?*, in *Lavoro e diritto*, 2023, 3, 437 ss.

<sup>79</sup> Per le posizioni in dottrina supra nt. 78.

<sup>80</sup> F. GUARRIELLO, *Il ruolo del sindacato e delle rappresentanze del lavoro nei processi di due diligence*, cit.

reclami, predisposte dalle società<sup>81</sup>. Il fulcro, sia del sistema di azioni sia delle responsabilità, viene sensibilmente spostato sugli amministratori della società ai quali, in qualche modo, si affida “la cura” della sostenibilità ambientale e sociale (dovere di sollecitudine: art. 25) i quali devono tener conto degli interessi anche dei lavoratori che, però, si scolorano in quanto tali confluendo nell’indistinto dei «portatori di interessi e delle organizzazioni della società civile» (art. 26).

Tutto ciò a conferma che la proposta di direttiva *due diligence*, se ha un rilievo (e di non poco conto per i giuslavoristi e per gli avvocati specialisti), esso non riguarda, di certo, la tematica oggetto di questo scritto; si conferma altresì un certo spiazzamento della partecipazione istituzionalizzata rispetto ai temi della sostenibilità sociale e ambientale.

#### 7.1. *Ricadute rilevanti: una nuova prospettiva di indagine sul contratto e sul rapporto individuale di lavoro*

Più di rilievo le ricadute giuridico-lavoristiche della “nuova partecipazione”, se osservate attraverso le variegata e spontanee esperienze di partecipazione informale dal basso. Vale a tal proposito richiamare, dopo circa 40 anni, il contributo di Marcello Pedrazzoli<sup>82</sup> sul rapporto tra democrazia industriale e subordinazione, magari sottolineando gli aspetti di maggiore attualità che si collocano al di là della prospettiva del modello istituzionale di partecipazione e di relativo ruolo preminente e centrale dell’organizzazione sindacale che l’autore prediligeva, del resto in piena sintonia con l’allora *Zeitgeist*. Il tema, anche se rivisitato, rimane pur sempre quello della connessione tra partecipazione all’organizzazione di impresa e contratto di lavoro individuale.

Riportato al suo nocciolo duro, il tema al quale si intende accennare è quello delle ricadute della partecipazione del lavoratore – *uti singuli* e come membro di un gruppo – all’organizzazione del lavoro d’impresa e i riflessi di tale relazione collaborativa sul contratto individuale e sullo stesso rapporto di lavoro. Quando si fa riferimento al gruppo, nella prospettiva di collaborazione all’organizzazione del lavoro, non si considera la coalizione sindacale in rappresentanza di interessi in conflitto, ma il *team* di lavoro integrato nell’impresa.

<sup>81</sup> Considerando 42 e articolo 9.

<sup>82</sup> *Supra* nt. 22.

Con riguardo al contratto, il dato di novità rispetto alle elaborazioni dell'epoca fordista<sup>83</sup> è che oggi, nell'impresa partecipata e popolata dal lavoro cognitivo, l'organizzazione non sussume più l'interesse del datore di lavoro che la conforma secondo dettami di profitto, unilateralmente predeterminati e a cui il lavoratore si assoggetta mediante l'obbligo di fedeltà e obbedienza: una collaborazione, quindi "pretesa" dal datore di lavoro quale obbligazione; ovvero, nelle ipotesi meno dure, quasi *octroyée* perché offerta e consensualmente accettata mediante la finzione, formalistica, del contratto<sup>84</sup>. Nella prospettiva ricalibrata la collaborazione si presenta invece bilaterale e reciprocamente fiduciaria, perché tende a esprimere un interesse comune che si coagula nell'impresa secondo il modello presente e pensato dai costituenti nel compromesso costituzionale dell'art. 46.

Tale connessione, sotto l'ombrello costituzionale costituito dalla norma citata, consente una rilettura in senso collaborativo forte dell'art. 2094 c.c. In questa prospettiva la collaborazione non viene collocata in posizione funzionale all'obbedienza: "sei obbligato a collaborare e ti controllo con riguardo ai risultati"<sup>85</sup>; ma una collaborazione autonoma dal comando ("collaboriamo perché conviene ad entrambi e a tutti – ove "tutti" si coagula nell'organizzazione d'impresa – e l'uno verifica e attesta, più che controllare, il comportamento dell'altro perché la relazione è fiduciaria").

La conseguenza di questo riposizionamento della partecipazione (di tutti) e della collaborazione (di ognuno) nel rapporto e nel contratto di lavoro (come si dirà meglio) è che esso rinvia, o implica logicamente, una concezione comunitaria dell'impresa, *rectius*, di una certa impresa. È prevedibile, a questo punto, l'obiezione che in tal modo si rischia di riproporre il tabù della visione istituzionalista o organicista dell'impresa; o ancor peggio, con riguardo al contratto di lavoro, si finisce per recuperare concezioni organiciste, fi-

<sup>83</sup> Lo studio leader al tempo è quello di M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966.

<sup>84</sup> La classica impostazione di E. GHERA che rileva nella collaborazione la causa del contratto di lavoro, *Diritto del lavoro*, Bari, ed. 2008, 41; ID., *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2006, 1, 3: «nel modello codicistico la subordinazione è in relazione di mezzo a fine con la collaborazione».

<sup>85</sup> In tal senso già le considerazioni in B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, 2020, 19 ss. [https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto\\_Caruso\\_Del\\_Punta\\_Treu.pdf](https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treu.pdf)

delittarie, a-conflittuali contro le quali anche Massimo D'Antona aveva messo in guardia nella sua ri-lettura dell'art. 46 della Costituzione<sup>86</sup>.

A prescindere dalle trasformazioni fattuali dell'impresa prima rilevate, si può obiettare a questa obiezione che pure la regolazione giuridica del codice riguardo all'impresa e all'imprenditore, originariamente a forte struttura gerarchico-autoritativa, non è più quella di una volta, se si guarda anche alla modifica dell'art. 2086 c.c., secondo comma, dopo il c.d. codice della crisi e alla nuova direttiva di "gestione adeguata" recepita dalla normativa codicistica<sup>87</sup>. Si può aggiungere che le note polemiche del secolo scorso contro chi

<sup>86</sup> M. D'ANTONA, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, cit.

<sup>87</sup> Così il comma 2 dell'art. 2086 c.c. introdotto dal d. lgs. 12 gennaio 2019 n. 14: «L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale»; si rinvia a P. TULLINI, *Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c.c.: prima lettura*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, I, 136, che legge però la riforma in chiave di potenziale *surplus* di controllo giudiziale sulle scelte organizzative del datore di lavoro, *a prescindere*; e ciò sul presupposto che esse, se lasciate estranee a tale controllo, si pongano tendenzialmente in contrasto con l'interesse del lavoratore; come possa poi il giudice, nella fase attuale di crisi del bilanciamento razionale, farsi carico di valutazioni tendenzialmente tecnico organizzative, è questione che l'autrice lascia sullo sfondo o, meglio, che ritiene risolta in una prospettiva ermeneutica che guarda a una nuova fase di garantismo giudiziario pro lavoro veicolata dalla nuova disposizione; in generale sul circuito ermeneutico bilanciato e razionale si v. ora R. DE LUCA TAMAJO, *Le tecniche interpretative nel diritto del lavoro tra cognitivismo e bilanciamento «creativo»*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2023, I, 485 ss. Sul secondo comma del 2086 c.c. si v. pure M.L. VALLAURI, *Brevi note sui poteri imprenditoriali e poteri datoriali alla luce del nuovo art. 2086 c.c.*, in *Lavoro e diritto*, 2021, 3-4, 471, che, condivisibilmente, legge la norma non in chiave di pervasiva neo-funzionalizzazione dei poteri dell'imprenditore, ma di direttiva sul punto che la riduzione occupazionale, nelle situazioni di crisi, *non* debba essere soluzione corriva, opportunistica, meramente strumentale costituendo, qualora in tal senso, una violazione del patto fiduciario su cui si fonda il contratto di lavoro e ferma restando, comunque, l'insindacabilità nel merito delle prerogative "imprenditoriali". Solo se così negativamente connotata, infatti, la scelta datoriale va certamente ritenuta arbitraria. Che poi l'autrice ritenga sindacabili alcune specifiche prerogative imprenditoriali (i.e. in materia di trasferimento di ramo di azienda: obbligo di cedere ramo non essenziale e scelta di un cessionario che dia garanzie di continuità del ramo e in materia di appalti) è posizione che ripropone – addirittura a un livello ancor più delicato di quello dell'ambito dei poteri datoriali – il tema del bilanciamento ermeneutico razionale oggi, soprattutto da parte della giurisprudenza. Ma certamente una tale lettura potrebbe essere giustificata – al contrario della interpretazione panlavoristica – da una interpretazione sistematica della riforma dell'art. 2086.



teorizzava la comunione contrattuale di scopo tra lavoratori e datori (la critica alle teorizzazioni di autori come Cessari, Suppiej ma allo stesso Mancini della *Responsabilità contrattuale* del <sup>88</sup>), vanno certamente storicizzate e contestualizzate. Anche perché, come trapela dalla tessitura di questo scritto, si è convinti che il modo più efficace per rivalorizzare il costruito costituzionale dell'art. 46 – che fa perno lessicalmente sulla collaborazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa e non sulla partecipazione – sia proprio ripartire dalla partecipazione dal basso, dal lavoro in *team* come lo descrivono i sociologi dell'organizzazione, il che implica certamente e necessariamente reciproca collaborazione.

Si potrà ulteriormente obiettare a questa posizione – che considera la partecipazione vista dal basso, dal *workplace* – che essa non si confronta con il nodo vero della partecipazione nell'impresa, vale a dire l'individuazione del soggetto che, alla fine, “comanda” e cioè a quale livello si colloca il “potere” di compiere le scelte strategiche. Tale ragionevole contro-obiezione presuppone e rinvia al confronto, da un lato, con i modelli reali di impresa<sup>89</sup>; dall'altro, più strutturalmente, con il tema generale della *corporate governance*, e dei criteri di nomina, revoca e controllo dei *manager* e degli amministratori (con riguardo alle società anonime), che ha assunto una rilevanza tale che va certamente oltre il perimetro – un po' asfittico se posto autonomamente o isolatamente – della partecipazione istituzionale del sindacato. In tal caso il problema riguarderebbe non tanto l'impresa, quanto il sindacato co-

<sup>88</sup> Una ricostruzione contestualizzata delle dottrine istituzioniste dell'impresa e i riflessi sul contratto di lavoro è di P. ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla liberazione alla legge sui licenziamenti*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblica*, a cura di P. Ichino, Milano, 2008, 28 ss. Con riguardo aa F. MANCINI, Ichino sottolinea la novità anti istituzionista della sua posizione nella monografia citata, la quale tuttavia non era del tutto esente da quelle scorie, soprattutto con riguardo alla ricostruzione del potere disciplinare.

<sup>89</sup> Con riguardo alla valutazione del capitalismo reale e del sistema imprenditoriale, secondo la teoria delle varianti del capitalismo, in Italia per esempio con riguardo al tema delle prassi di coinvolgimento in concreto, andrebbero considerate alcune specificità tra cui, da non trascurare, le imprese radicate nei distretti industriali, sensibili alla valorizzazione del capitale sociale; oppure al capitalismo familiare generativo che ha dato luogo alle c.d. multinazionali tascabili: un sistema strutturato di medie imprese, innovative, globalizzate, patrimonialmente solide, digitalizzate, tendenzialmente *green*: i nomi sono quelli di Bombassei, Marcegaglia, Fumagalli, Rana, ecc.: si v. R. MANIA, *Capitalisti silenziosi. La rivincita delle imprese familiari*, Milano, 2024. Sulle caratteristiche peculiari dell'imprenditoria italiana, con riguardo ai modelli partecipativi, e sulle sue contraddizioni, sempre utili i contributi di G. BERTA, *La via del Nord*, Bologna, 2015; ID., *L'Italia delle fabbriche*, Bologna, 2001; ID., *Che fine ha fatto il capitalismo italiano*, Bologna, 2016.

me organizzazione e la sua *leadership* (la sua burocrazia) e non è detto che questa dimensione della partecipazione in automatico dissolva o risolva il problema della collaborazione proattiva di chi si misura, individualmente ma nel *team* di lavoro, con la produzione.

Non lo risolve, certamente, se ci pone dal versante della persona che lavora e del suo nuovo posizionamento nell'azienda sostenibile; cioè a partire dalla valorizzazione delle sue *capability* e di un rinnovato rapporto con l'esperienza esistenziale del lavoro, recuperando in ciò il pensiero di grandi teoriche come Simone Weil o Hannah Arendt: la persona e solo quella, realmente e non solo nell'immaginario, diventata davvero libera, nella doppia transizione e quindi in grado di stipulare davvero un "libero contratto di lavoro"<sup>90</sup>.

I materiali per questa ricostruzione – che dal contratto di lavoro risale al nuovo *status* del lavoratore nell'impresa partecipata e che ci consegnano una dimensione collaborativa e non più, o non solo, sinallagmatica del contratto di lavoro – sono allo stato diffuso se non gassoso, e non costituiscono ancora, considerati atomisticamente, una solida costruzione giuridica.

## 8. *Il contratto di lavoro collaborativo*

A conclusione di questo scritto sulla partecipazione si intende presentare, in estrema sintesi, una ipotesi di ricerca<sup>91</sup>. L'idea che si intende esplorare, e che in estrema sintesi si accenna come conclusione del saggio, è in che modo la riflessione sulla partecipazione possa fare da preludio a un'altra, in connessione funzionale con la prima: e cioè, se a partire dal contratto di lavoro come relazione sinallagmatica e scambista di tipo utilitarista (il contratto

<sup>90</sup> Sulla origine weberiana della teoria del libero contratto di lavoro e per argomenti modernamente critici si v. W. STREECK, *Status e contratto nella teoria delle relazioni industriali*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1988, 4, 613, che rimane un saggio basilare per fondare una teoria sociologica del contratto di lavoro dal punto di vista del diritto. Adde, S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1990, vol. 12, 87 ss. U. ROMAGNOLI, *Dallo status al contratto e ritorno*, in *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana* a cura di G.G. Balandi, G. Cazzetta, Milano, 2009.

<sup>91</sup> Si tratta della progettata voce *Contratto di lavoro teorie sociologiche* per il volume dell'Enciclopedia del Diritto Contratto di lavoro, edito da Giuffrè, concordata con Riccardo Del Punta, non portata a termine in ragione della complessità della ricerca non in linea con le scadenze editoriali e che si è deciso comunque di completare per ottemperare all'impegno con l'amico scomparso.

transazionale e discreto), si possa immaginare, nel contesto dell'impresa partecipata, una diversa narrazione giuridica – rilevante almeno dove si realizzino genuine relazioni collaborative – che metta in movimento tutte le potenzialità, collaborative, cooperative e idiosincratice di un contratto incompleto, come il contratto di lavoro (il contratto relazionale)<sup>92</sup>.

In questo caso, la riconsiderazione del contratto di lavoro non può prescindere – come indicato dalla riflessione sociologica sul contratto di lavoro<sup>93</sup> - dai suoi *presupposti di status*; essi anzi vanno riconsiderati nel diverso *habitat* costituito non più dall'impresa integrata verticalmente – l'impresa come fascio coordinato di relazioni contrattuali, che era il punto di approdo degli economisti istituzionali; ma della nuova impresa caratterizzata da rela-

<sup>92</sup> W. STREECK, *Status e contratto*, cit., 714 definisce il contratto di lavoro un meta-tipo di contratto incompleto e relazionale in ragione del fatto che in tutti i contratti che hanno ad oggetto la vendita e l'acquisto del lavoro umano non è possibile stabilire con esattezza il loro contenuto prima dell'adempimento, né è possibile controllare con precisione tale adempimento: le due parti contrattuali hanno bisogno, come presupposto per realizzare un aumento di profitto mediante lo scambio di risorse, di una quantità minima di fiducia garantita e di controllo reciproco. Il contratto relazionale è categoria che trascende il contratto di lavoro e che si applica anche ai rapporti giuridici tra imprese e ai relativi modelli fattuali e giuridici di integrazione/disintegrazione: si v. C. ABATANGELO, *Reti contrattuali, Relational Contracts e tutela dell'affidamento*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2020, 1, 3 ss.; C. SABEL, J. ZEITLIN, *Neither Modularity nor Relational Contracting: Inter-Firm Collaboration in the New Economy*, in *Enterprise and Society*, 2004, Vol. 5, No. 3, 338 ss.; ma anche a fondare le *organizational capabilities* delle imprese: R. GIBBONS, R. HANDERSON, *Relational Contracts and Organizational Capabilities*, in *Organization Science* 23(5), 2012, 1350-1364. Nel primo senso è stato pure utilizzato dalla dottrina giuslavoristica italiana più avvertita: si v. L. CORAZZA, *«Contractual integration» e rapporti di lavoro*, Padova, 2004; A. LO FARO, *Processi di outsourcing e rapporti di lavoro*, Milano, 2005, ove una messa a punto del valore euristico della teoria, 60 ss. La letteratura, soprattutto di lingua inglese, sull'istituto generale è vasta: basti qui citare il saggio seminale di colui che si ritiene il capostipite della teoria, I. MACNEIL, *The Many Futures of contracts*, in *Southern California Law Review*, 47, 692 ss. e poi la raccolta dei suoi saggi principali in *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, a cura di D. Campbell, London, 2001; per applicazioni giuslavoristiche sul contratto di lavoro: R. C. BIRD, *Employment as a Relational Contract*, cit., 1 ss.; criticamente, D. BRODIE, *How relational is the employment contract?*, in *Industrial Law Journal*, 2011, 40, 232 ss. la cui critica sembra ancorata a una prospettiva ontologicamente conflittuale del rapporto di lavoro, integralmente calata nel modello taylor-fordista inteso quale modello a-storico; molto più articolata la rilettura, T. COHEN, *The Relational Contract of Employment*, in *Acta Juridica*, 2012, 1, 84 ss., ancorché riferita agli sviluppi del diritto del lavoro in Sud Africa. Sul contratto incompleto con riguardo alla civilistica italiana è sufficiente rinviare alla monografia, di A. FICI, *Il contratto «incompleto»*, Torino, 2005.

<sup>93</sup> Il riferimento è a W. STREECK, *Status e contratto*, op. cit.

zioni e metodi di gestione collaborativi e personalizzati tra lavoratori e *manager*, come quelli a cui si è fatto riferimento in questo scritto.

Si è infatti metodologicamente convinti che le categorie giuslavoristiche – nel caso, concetti, come contratto, rapporto di lavoro, *status*, democrazia industriale – non possano essere date ontologicamente una volta per tutte, astoricamente; vadano, invece, rivisitate, non certo ad ogni spiffero del vento della storia, ma allorché alcuni cambiamenti strutturali si siano, in qualche modo, posati e sedimentati e che un tale posizionamento si incominci a intravedere; è questo, infatti, – come ci insegnano gli storici del diritto – il punto a partire dal quale l’opera del giurista può pure iniziare<sup>94</sup>.

Pare, allora, difficile revocare in dubbio che l’incedere della doppia transizione, e dei suoi mutamenti epocali, debbano indurre a riflettere sulle ricadute sulla disciplina e su un istituto nobile come il contratto individuale, armonizzato e in sintonia con la nuova democrazia industriale basata sull’attivazione della *capacitas* delle persone e non più su presupposti e condizioni di istituzionalizzazione dell’interesse collettivo/sindacale.

Si è più volte segnalato che nel nuovo *habitat* produttivo dell’impresa sostenibile, che ha scelto la strada delle relazioni cooperative e della pluralità degli scopi sociali – la variabilità dei capitalismi e dei mercati nazionali interni appare un ineliminabile *caveat* e presupposto euristico di una ricerca come quella che si propone – , la persona che lavora non è soltanto un soggetto astrattamente libero di perseguire il proprio interesse e la propria utilità scegliendo l’imprenditore con cui stipulare un contratto<sup>95</sup>; ma non è neppure, come nella tradizione *mainstream*, un soggetto debole, libero solo di accedere al contratto e accettare condizioni economico-normative imposte dal datore di lavoro, tendenzialmente al di sotto del valore del suo apporto, fatta salva la protezione inderogabile esterna che sostituisce, di imperio, le clausole in contrasto: l’ipotesi neomarxista, applicata al fordismo, del contratto di lavoro come “non libero”. La persona nel nuovo *habitat* collaborativo tende a presentarsi, invece, come soggetto che, pure in ragione di uno *status*, anche storicamente e positivamente preesistente al contratto – la ormai ricca tessitura dei diritti primari e universali della persona, sanciti nella costituzione e nelle disposizioni di legge e contratti collettivi inderogabili che ne costitui-

<sup>94</sup> Sempre attuale la metafora della nottola di Minerva di P. GROSSI, utilizzata per il rapporto diritto-globalizzazione, *Globalizzazione diritto, scienza giuridica*, in *Il foro italiano*, 2002, V, 154.

<sup>95</sup> Secondo la prospettazione per molti altri aspetti condivisibile di P. ICHINO, *L’intelligenza del lavoro: quando sono i lavoratori a scegliersi l’imprenditore*, Milano, 2020.

scono attuazione<sup>96</sup> – , è in grado di determinare e riempire di contenuti collaborativi una relazione contrattuale, di natura fiduciaria, necessariamente incompleta nel momento genetico<sup>97</sup>.

L'assunto è che nel post fordismo, dopo la crisi della ricetta neoliberale e nell'era della doppia transizione, la *spirale di sfiducia* – come elemento caratterizzante l'organizzazione fordista<sup>98</sup> – viene sostituita nell'impresa sostenibile dal reciproco riconoscimento<sup>99</sup> e dall'innesto di una contro narrazione basata su una spirale fiduciaria. Più aumentano le relazioni cooperative attraverso i metodi dell'apprendimento organizzato, più aumenta lealtà e fiducia non solo di tipo individuale ma comunicativo e comunitario, più aumentano ricchezza e benessere da distribuire tra gli *stakeholder* e non solo tra gli *shareholder*, più tutto questo si riflette all'esterno, sulla società e sulle istituzioni, favorendo processi di democratizzazione e l'abitudine alla partecipazione generativa – e non alienata, individualizzata e manipolata dei *social media* -,

<sup>96</sup> Va chiarito che, anche nella dimensione della impresa comunitaria, gli ordinamenti primari di *status* – come li definiva già a suo tempo A. FOX, *Beyond Contract: Work, Power and Trust Relations*, London, 1974, 152 ss.- ancorché nella curvatura contrattuale, si v. W. STREECK, *Status e contratto*, cit., 689 – rimangono fondamentali nel senso che il pieno sviluppo delle *capabilities* anche in relazioni contrattuali fiduciarie e individualizzate si svolgono certamente più al sicuro sotto la rete di protezione dei diritti inderogabili riconosciuti dalle leggi e dai contratti collettivi, in larga misura inderogabili: questa posizione già in B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, 113, 16.

<sup>97</sup> A. FOX, *Beyond contract*, op. cit., a tale proposito, sosteneva che il contratto di lavoro può funzionare sulla base di una buona volontà (*alias* la buona fede in *executivis*) non negoziabile, e di una reciproca lealtà (che implica modernamente un ripristino anche valoriale della fiducia: T. GRECO, *La legge della fiducia*, Bari, 2021). Ovviamente il contratto di lavoro dell'era fordista, o in contesti sociali sperequati, di natura sinallagmatica, erode una tale fiducia. Il contratto di lavoro collaborativo, oltre che nelle imprese che internalizzano il paradigma della sostenibilità andrebbe proposto, con forza, nelle pubbliche amministrazioni e nelle imprese pubbliche; la proposta di legge Cisl non a caso individua proprio nelle imprese partecipate il luogo in cui sperimentare forme più avanzate di partecipazione.

<sup>98</sup> La spirale di sfiducia, che serviva a spiegare la conflittualità permanente nell'organizzazione taylor fordista, è magistralmente descritta da A. FOX, *Beyond contract*, 102 e ripresa da W. STREECK, op. cit., 689-690.

<sup>99</sup> Come sostenuto da A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra libertà, riconoscimento e non-dominio*, in *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, a cura di R. Del Punta, Firenze, 2022, il paradigma valoriale di riferimento, in questo caso, diventa il reciproco riconoscimento, teorizzato da A. HONNETH, *Riconoscimento*, Milano, 2019 e in molti dei saggi contenuti, in *La libertà degli altri*, Bologna, 2017; sull'idea di riconoscimento, secondo l'epigono della scuola di Francoforte, ora L. CORTELLA, *L'ethos del riconoscimento*, Bari, 2023.

che era poi la grande intuizione non realizzata, anzi fallita dopo il tentativo elettorale del movimento Comunità di Adriano Olivetti nel 1958<sup>100</sup>.

In tale dimensione, la sottolineatura dell'apertura del contratto di lavoro relazionale non implica lasciare (come nello schema fordista) indeterminati *i diritti del datore di lavoro e i doveri dei lavoratori*: in primo luogo perché, marshallianamente, lo *status* è rafforzato, dall'esterno del contratto, e come suggeriva Umberto Romagnoli<sup>101</sup>, dai diritti di cittadinanza industriale di origine legale universalmente riconosciuti; e poi perché è ormai ampia e consolidata la rete delle disposizioni contrattuali collettive (l'ordinamento intersindacale), riconosciuta e rafforzata dalla disciplina statale (si v. ancora di recente l'art. 11 del codice dei contratti<sup>102</sup> o la legislazione di supporto al welfare aziendale<sup>103</sup>) che sanciscono i *doveri dei datori di lavoro* e i *diritti dei lavoratori*.

Inoltre, riproporre l'azienda come *moral community* non intende implicare alcuna forma di paternalismo, né di patriottismo aziendale<sup>104</sup>, né una riconsiderazione delle nuove *capacitas* lavorative come uno "stato" di possesso individuale, privatistico (l'effetto utilitaristico di mutati rapporti di forza di mercato a favore del lavoratore); la prospettiva è invece quella diversa, di

<sup>100</sup> Sul rapporto tra impresa e società comunitaria, le riflessioni più politiche di A. OLIVETTI, *L'ordine politico delle comunità*, Ivrea, s.d., a cura di D. Cadeddu; si v. pure sul tema, il profilo di un suo importante collaboratore, G. LUNATI, *Con Adriano Olivetti alle elezioni del 1958*, Ivrea, s.d.; sul rapporto contratto relazionale, regolazione statale e democrazia, J. FOX jr., *Relational Contract Theory and Democratic Citizenship*, in *Case Western Reserve Law Review*, 2004, 1, 1-67, specie 29 ss.

<sup>101</sup> Si v. la condivisibile e bella rilettura dell'idea cittadinanza industriosa di U. Romagnoli proposta da A. PERULLI, *Cittadinanza, subordinazione e lavoro nel diritto del lavoro che cambia. In ricordo di Umberto Romagnoli*, di prossima pubblicazione in *Lavoro e diritto*; l'analisi di Perulli si mantiene comunque all'interno di un orizzonte che vede nell'impresa e nel mercato soggetti tendenzialmente antagonisti rispetto al lavoro e ai suoi diritti. Di U. Romagnoli piace citare un lavoro apparentemente minore ma di luminosa efficacia, *Dallo status al contratto e ritorno*, in *Diritti e lavoro nell'età repubblicana*, cit., 2008, 203 ss. ove la rivalutazione dell'art. 35 Cost. divenuto nel frattempo un *leit motiv* degli studi lavoristici.

<sup>102</sup> Cfr. l'art. 11 (*Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti*) del d.lgs. 36 del 31 marzo 2023, Codice dei contratti pubblici.

<sup>103</sup> Cfr. le norme citate *supra*, nt. 48.

<sup>104</sup> Come riteneva invece riteneva Allan Fox, su cui criticamente W. STREECK, *Status e contratto*, cit., p. 702, il quale insieme a R. DUKES, *op. cit.*, supra nt. 74, ripropone invece l'idea di *occupational community*, recuperando un concetto che fu di Seymour Lipset, a proposito della comunità dei tipografi americani; E. MORIN (*Cambiamo strada*, Milano, 2020, 78) fa invece riferimento alle imprese come *comunità di destino* più in senso politico normativo.

pensare al lavoro inteso come fascio di relazioni giuridiche e umane generative, basate sulla fiducia e sul reciproco riconoscimento (considerati come termini impliciti del contratto)<sup>105</sup>. Con tutto quello che consegue in ragione della possibilità di rivalutare la dinamica relazionale, al di là del contratto formale, in un contesto ove si possano considerare altri elementi non più irrilevanti nella dimensione, anche giuridica, del rapporto di lavoro: il contratto psicologico, i codici di comportamento, la cultura organizzativa, le prassi aziendali, e ciò in guise diverse<sup>106</sup>; per esempio anche con l'utilizzo del principio di buona fede come semaforo di smistamento dei comportamenti a valle del reciproco patto fiduciario e metro di valutazione, da parte di terzi (i giudici in primo luogo), del suo rispetto<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> La teoria dei termini contrattuali impliciti è stata considerata alternativa a quella relazionale; anzi è stata valutata come un punto di osservazione alternativo dell'evoluzione post classica della teoria del contratto di lavoro; ciò perché più foriera di quella relazionale di strategie giudiziali protettive nel contratto di lavoro considerato pur sempre diseguale: si v. D. BRODIE, *How Relational is The employment contract*, cit. 9. Sulla teoria degli *implied terms* nel diritto contrattuale inglese si v. H. COLLINS, *Implied Terms: The Foundation in Good Faith and Fair Dealing, Current Legal Problems*, Vol. 67, 2014, 297 ss. Sulla distinzione pratica e teorica delle teorie del contratto relazionale e dei termini impliciti e sulla possibilità di correlarle, M. BOYLE, *The relational principle of trust and confidence*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, 4; in tal senso pure T. COHEN, *The Relation contract of Employment*, cit. 93, secondo la quale il riferimento ai termini impliciti ha una doppia funzione: ovvia alla impossibilità delle parti di esplicitare e dettagliare originariamente tutti i termini e le condizioni contrattuali; contribuisce, attraverso il veicolo della buona fede contrattuale, a legittimare operazioni giurisprudenziali di integrazione con considerazioni di *fairness*.

<sup>106</sup> Sul contratto psicologico come elemento ormai rilevante anche nella ricostruzione della relazione negoziale giuridica, insiste molto la dottrina anglosassone, già K.V.W. STONE, *The New Psychological Contract: Implications of the Changing Workplace for Labor and Employment Law*, 48 UCLA Law School, 2001, 519 ss.; R. C. BIRD, *Employment as a relational contract*, cit. 7; T. COHEN, *The relational contract*, cit., 90; J. KICKUL and S.W. LESTER, *Broken Promises: Equity Sensitivity as a Moderator between Psychological Contract Breach and Behavior*, in *Journal of Business and Psychology*, 16, 2, 2001, 191-217. Si rinvia a B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Un contributo "oltre" il manifesto*, cit., 61 ss.

<sup>107</sup> Tali dinamiche, nel contesto della teoria relazionale, sono analizzate da R. C. BIRD, *Employment as a Relational Contract*, 22 ss., ove ampi rinvii, e da T. COHEN, *The Relational Contract of Employment*, 94 ss. anche con riguardo alla teoria dei termini contrattuali impliciti intesi quali valvola di sicurezza nei confronti di possibili comportamenti sfiduciosi e opportunistici del datore di lavoro. Secondo la teoria relazionale del contratto, I. R. MACNEIL, *The new social contract*, Yale, 1980, 27 ss., al contratto di lavoro tendenzialmente dovrebbero applicarsi le seguenti regole implicite: 1. gli impegni delle parti non sono definitivi al momento dell'accordo iniziale; 2. Lo scopo del contratto non è quello di ripartire i rischi ma di stabilire un impegno a collaborare; 3. Nei momenti di crisi della relazione contrattuale (anche per cau-

Ma è certamente vero che la dimensione relazionale e collaborativa del contratto, che prelude a una diversa dimensione di cittadinanza industriale – una nuova dimensione di *status* “al di là” del contratto e non in opposizione all’impresa – si realizza in modalità diversa dai modelli cogestionali, post-corporativi classici. In quest’ultimi la collaborazione tra lavoro, impresa e i suoi *agent* scaturisce ed è, in itinere, supportata da un patto politico che genera giuridificazione: la legge il contratto collettivo da cui scaturisce la cogestione. In questo caso, il patto costituisce una sorta di *contratto sociale industriale* originario, sancito dalla legge o dall’accordo; una sorta di costituzione aziendale alla quale le parti devono formalmente adeguarsi. In tale contesto è, tuttavia, possibile, come è storicamente dimostrato, che – soprattutto nei momenti di crisi o di trasformazione prodotta da fattori esterni (la competizione globale, l’avvento di nuove tecnologie destrutturanti, la crisi finanziaria – si pongano comportamenti opportunistici da parte di entrambe le parti, ma soprattutto di chi detiene alla fine il potere. Il rischio è, cioè, che si realizzi la tentazione – più o meno forte a seconda dei contesti nazionali – di mettere in discussione il compromesso corporativo basico in ragione di convenienze o condizioni sopravvenute.

Al contrario questo rischio dovrebbe, o potrebbe, essere evitato in un modello, e in un contesto, in cui la lealtà non è imposta *ex ante*, e non è neppure un costrutto giuridico, ma il risultato di prassi collaborative dal basso, progressivamente affermatesi, personalizzate, *win win* e non *zero sum*, che occorre comunque razionalizzare giuridicamente *ex post*.

Il che non elimina il dato, come ampiamente osservato dai sociologi<sup>108</sup>, che le prassi cooperative, veicolate dal nuovo contratto di lavoro, siano certamente agevolate negli ordinamenti più adusi alla partecipazione istituzionalizzata; ciò rende certamente più probabile che i nuovi metodi partecipativi, e il nuovo contratto di lavoro collaborativo, possano meglio germinare nei contesti dove la partecipazione istituzionale è più roduta, sostenuta legislativamente e accettata culturalmente da tutte le parti<sup>109</sup>.

se esterne, le parti contraenti devono sostenersi a vicenda piuttosto che arroccarsi sotto la protezione del diritto individuale; 4. L’insistenza su un’interpretazione letterale dei termini contrattuali indebolisce la relazione fiduciaria; 5. Quando si verificano perdite, o eventi imprevisti, le parti dovrebbero cercare una soluzione equa che ripartisca le perdite su basi equitative piuttosto che di astratta allocazione dei rischi (traduzione di chi scrive).

<sup>108</sup> Supra nt. 41.

<sup>109</sup> In tal senso il sincretismo di fondo della proposta CISL sulla partecipazione, come si è sopra rilevato, appare del tutto in sintonia con l’impostazione di questo scritto.



Quella del contratto relazionale è una prospettiva, a suo tempo visitata non a caso per estenderne la filosofia protettiva dinamica, oltre il contratto di lavoro, a contratti personali di natura commerciale (il *franchising*)<sup>110</sup> – anche se non con ottimistiche previsioni –; ma che, con una imprevedibile torsione della storia e della sua dialettica vichiana, ritorna, aiutando a vivificare e ri-considerare una rinnovata mutualità nel costruito giuridico che ha segnato un'epoca del giuslavorismo contemporaneo: il contratto personale di lavoro<sup>111</sup>.

Si tratta di una prospettiva ancora al suo *incipit*, ma promettente.

<sup>110</sup> S. SCIARRA, *Franchising e contratto di lavoro subordinato, note su una (ancora) impossibile assimilazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, I, 491.

<sup>111</sup> Sulla base di percorsi di ricerca diversi arrivano alle stesse conclusioni M. FREEDLAND, N. KOUNTOURIS, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford, 2011.



## II SESSIONE



GISELLA DE SIMONE

IMPATTO SOCIALE DELL'ATTIVITÀ D'IMPRESA:  
MODELLI REGOLATIVI

1. Affrontare *ex professo* il tema dell'impatto sociale dell'attività d'impresa può adombrare un approccio "riduzionista", difensivo, quasi una resa di fronte ai limiti (asseriti, non necessariamente dimostrati) dell'approccio tradizionale del diritto del lavoro. Dato (e non concesso, come dimostra emblematicamente il contributo di Bruno Caruso, nella precedente Sessione) che abbia oggi senso parlare di approccio tradizionale del diritto del lavoro, la tecnica della valutazione di impatto, certo non nuova soprattutto per il diritto dell'UE, sembra scontare la presa d'atto di un intervento "a valle" e non "a monte": sembra, ma non è così, se solo si guarda al *momento* in cui la valutazione può/deve essere fatta e al *modo* in cui la si progetta o la si realizza.

Una valutazione *ex ante* dell'attività d'impresa, al contrario, mostra marcate analogie con il sistema complessivo del diritto del lavoro, fondato su valori e costruito su principi, che si traducono in diritti fondamentali del lavoratore cittadino (non declinerò al femminile i termini per non appesantire la lettura, intendendo il maschile come "inclusivo", salvo ove occorra eventualmente distinguere). Non solo perché, come osserva Marzia Barbera, la sicurezza, la privacy, l'ambiente, l'identità personale, oggetto di attenzione nelle valutazioni di impatto sociale considerate in questa Sessione, *sono* diritti fondamentali che, utilizzando l'espressione della stessa Marzia Barbera, sono garantiti con "altri mezzi" rispetto alla classica strumentazione del diritto del lavoro. Ma anche perché la finalità complessiva non pare discostarsi in modo significativo dalla finalità di qualsiasi sistema giuridico: costruire un sistema di norme, efficaci ed effettive, che rispondano ad un predefinito obiettivo (nella prospettiva lavoristica la dignità del lavoro e dei lavoratori).

Vero è che il fulcro dell'attenzione si sposta, nel diritto d'impresa (uso volutamente una nozione ampia), sull'impresa, come destinatario e come attore principale della regolazione (scrive ancora Marzia Barbera). Destinataria, l'impresa, è sempre stata delle regole del diritto del lavoro, ma negli ultimi anni è stata sempre più anche attore della regolazione: certo una regolazione che prevedeva (e sul fronte strettamente lavoristico ancora prevede)

una etero-regolazione prioritaria e primaria; ma siamo sicuri che davvero il nuovo sviluppo del diritto d'impresa non muova anch'esso dalla prevalenza della etero-regolazione? Mai come negli ultimi anni, in realtà, è cresciuto lo spazio regolativo dell'attività d'impresa occupato, per così dire, da fonti "esterne" all'impresa, almeno a partire dal decreto legislativo n. 231/2001 che ha imboccato con decisione la strada della valutazione del rischio con il fondamentale ricorso a "modelli organizzativi" quali strumenti di realizzazione di specifici obiettivi. Non una novità, la valutazione *ex ante* (e *in itinere*) del rischio e l'imposizione di modelli organizzativi nonché di procedure, se si guarda al sistema (lavoristico) della sicurezza (v. in questa Sessione il contributo di Piera Loi).

Insomma: non necessariamente ragionare in termini di "rischi", imporre l'adozione di modelli organizzativi e gestionali per realizzare specifici fini, mettere al centro le scelte aziendali rappresenta una resa dello Stato o dell'UE di fronte al predominio delle imprese, che ormai (e questo è un fatto) "creano" un "loro" diritto, per lo più transnazionale. Può invece voler dire che gli ordinamenti giuridici (UE e interno) *non* rinunciano affatto alla loro funzione (di garanzia dei diritti fondamentali, in particolare) ma stanno (solo) scegliendo un'altra strada, che non necessariamente deve far venir meno quella tradizionale ma può ad essa affiancarsi, *non* necessariamente procedendo su binari paralleli ma, auspicabilmente, integrandosi reciprocamente.

2. Poste queste (pur opinabili) premesse, non si possono trascurare le differenze specifiche che distinguono, e paiono allontanare, i modelli regolativi del diritto d'impresa dal modello regolativo del diritto del lavoro per come lo abbiamo conosciuto fino ad oggi. In particolare, desta spesso preoccupazione l'ampio ricorso che le imprese, e con esse le regolazioni più recenti (es. Regolamento *privacy*), fanno ai sistemi di *risk management*: non per la novità (che tale non è: v. contributo Piera Loi) quanto perché si estende il campo nel quale pare accettato, come inevitabile, un "rischio minimo", in termini di gravità e di probabilità. Più precisamente, è lecito, e direi doveroso, chiedersi se l'approccio al rischio, che indica obiettivi da realizzare con strumenti proporzionali alla sua gravità e probabilità, sia adeguato quando si tratti di garantire diritti fondamentali, soprattutto quando la regolazione si traduce in obblighi di adottare modelli o procedure piuttosto che in obblighi di adottare comportamenti puntualmente indicati (verificabili ed effettivamente verificati *ex post*). La preoccupazione peraltro si riduce, ragionevolmente, se si

guarda a questi interventi quali tessere di un *puzzle* complessivo nel quale resti spazio per una regolazione costruita sulla norma inderogabile, quale strumento principe di garanzia dei diritti fondamentali (come auspica Piera Loi). Ma i timori non scompaiono del tutto, quando le tecniche di mitigazione del rischio sembrano inadeguate (v. contributo di Guido Smorto sul Regolamento IA) e non sono chiaramente definiti i “rischi inaccettabili”.

Almeno due riflessioni meritano di essere brevemente presentate in proposito. La prima riguarda il criterio di “proporzionalità” tra misure che le imprese devono adottare e i costi che queste comportano per le stesse imprese. Anche in questo caso si tratta di una questione ben nota al diritto del lavoro in tema di sicurezza, come pure, pur in minor misura, anche in tema di divieti di discriminazione, azioni positive, inclusione lavorativa (basti pensare agli “accomodamenti ragionevoli” per le persone disabili, oggetto di recenti interventi da parte del legislatore nazionale con il d.lgs. n. 62/2024). Nel Regolamento IA il richiamo ad un (non meglio specificato) bilanciamento tra costi (per l'impresa) e benefici (per i singoli lavoratori? per la collettività?) è ricorrente e inquietante: e poi, stiamo parlando davvero di un bilanciamento o di una ponderazione? Ancora, come possiamo confrontare e valutare costi e benefici che si pongono su due piani evidentemente differenti (la sostenibilità economica per le imprese e il loro profitto, e i diritti fondamentali della persona)? In un modello *business friendly* come questo, nel quale il regolatore “induce” le imprese alla realizzazione di taluni obiettivi senza imporre obblighi specifici, il rischio di far prevalere “le ragioni dell'impresa” è forte, quasi inevitabile.

La seconda e conseguente riflessione riguarda l'apparente “neutralità” delle scelte tecniche adottate dalle imprese, anche quando eventualmente definite come standard da soggetti regolatori (soprattutto, ma non solo, se privati: organismi comunque “tecnici”, *soi disant* indipendenti e “neutrali”). Non si può non condividere il richiamo espresso da Guido Smorto: la logica attuariale e tecnocratica dei sistemi di regolazione dei rischi nasconde scelte politiche di fondo che devono essere esplicitate. D'altronde, a ben vedere, ci troviamo ancora una volta di fronte, *mutatis mutandis*, ad un mito da sfatare: ieri (e ancora oggi) la presunta neutralità ed oggettività dell'economia, oggi quella del diritto d'impresa rispetto ai valori e ai diritti fondamentali. Un punto fondamentale, come noto, riguarda infatti la “traducibilità” dei diritti (e dei valori ad essi sottesi) in valori “monetari”, ancor prima (o a prescindere) dal problema della loro (eventuale) corretta (?) quantificazione. Per i giuristi, la questione è ormai annosa, e rinvia (qualunque sia il personale orientamento in merito) alla legittimità della “monetizzazione” di diritti, co-

me le tormentate vicende (dottrinali, legislative e giurisdizionali) del diritto alla stabilità nel rapporto di lavoro stanno ancora oggi a dimostrare, con un dibattito mai fino in fondo sopito (e *pour cause*, visto che entrano in discussione i valori sottesi a quel diritto).

3. Nel caso di diritti (e valori) che non si prestano ad essere quantificati, entrano in crisi i sistemi di *risk management*, ma mostrano tutti i propri limiti anche tecniche, apparentemente lontane da quel modello, che si rinvergono in regolazioni dei mercati finanziari come pure, più recentemente, in regolazioni che pongono obblighi (procedurali) di *due diligence* (Direttiva 2024/1760, *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* – CSDDD o CS3D). Si tratta di interventi normativi che incorporano, per così dire, tecniche di valutazione di impatto delle scelte operate dalle imprese, al fine di prevenire e ridurre le esternalità negative (almeno quelle espressamente considerate) che possono derivare dalle attività economiche svolte dalle aziende (soprattutto dalle grandi aziende, se si guarda al progressivo campo di applicazione della CSDDD).

Senza avventurarsi sul terreno della Direttiva *due diligence* (che non è oggetto di specifico contributo in questa Sessione, ed è troppo recente e complessa per rischiare una valutazione sommaria), qualche breve osservazione può essere qui dedicata al Regolamento delegato della Commissione 2022/1288 sulla sostenibilità. Peraltro, meriterebbe riflettere (in altra sede) sulla scelta dell'adozione di un regolamento delegato della Commissione, usuale nell'ambito del diritto UE degli intermediari finanziari, eccentrico rispetto alla strumentazione disponibile per il diritto del lavoro dell'UE. Alle spalle ci sono diverse competenze (esclusive o primarie) del diritto UE rispetto ai diritti nazionali in alcune aree, che comportano la presenza di fonti per i giuslavoristi atipiche, quali le direttive della Commissione e, come in questo caso, i Regolamenti delegati della stessa Commissione, a partire dalla procedura Lamfalussy adottata dal 2001 al fine di rafforzare il quadro europeo della regolamentazione e del controllo del settore finanziario.

Il Regolamento 2022/1288 – in una sorta di *continuum* con la Direttiva 2022/2464 in materia di obblighi di informazione e rendicontazione non finanziaria – indica i principali effetti negativi (c.d. PAI) che devono essere evitati perché un investimento finanziario possa essere qualificato come “sostenibile” da un partecipante ai mercati finanziari. Gli effetti negativi sono misurati attraverso un'ampia serie di indicatori, ambientali e sociali, e tra gli indicatori sociali compaiono *in primis* le violazioni dei principi del Global



Compact delle Nazioni Unite o delle Linee guida dell'Ocse per le multinazionali, ma anche il divario retributivo di genere, per fare qualche esempio. A questi si sommano gli indicatori supplementari, tra i quali l'intermediario deve sceglierne almeno due, uno ambientale ed uno sociale. Di sicuro interesse è rilevare che tra gli indicatori sociali in materia di "problematiche sociali concernenti il personale" compaiono il rispetto della normativa in materia di sicurezza del lavoro, come pure l'assenza di "codici di comportamento dei fornitori (per combattere condizioni insicure di lavoro, lavoro precario, lavoro minorile e lavoro forzato)", o "incidenti legati alla discriminazione". La piena osservanza, da parte dei partecipanti ai mercati finanziari, dell'obbligo di evitare questi impatti negativi dovrebbe garantire la trasparenza dei prodotti finanziari offerti agli investitori, consentendo, in linea di principio, scelte consapevoli. Indirettamente, potremmo dire, una "promozione" dei diritti sociali tramite le scelte di investimento dei cittadini-clienti.

Ma il diritto dell'UE non si ferma qui, come dimostra l'impegno sul fronte della tassonomia, che dovrebbe misurare analiticamente l'impatto positivo di ogni investimento, in termini ambientali e sociali (fermo il rispetto di prassi di buona *governance*).

Non è un caso – lo osserva anche Marzia Barbera, retro – che nella triade ESG i fattori sociali siano ancora i più trascurati, dagli investitori, come osserva Michele Siri, ma anche dagli stessi organismi che dovrebbero completare il quadro regolamentare della finanza sostenibile. Il recente Regolamento delegato della Commissione 2023/2486, coerentemente con il Regolamento Tassonomia 2020/852, disciplina infatti unicamente la nozione di investimento ecosostenibile, non affrontando in alcun modo la questione della sostenibilità sociale. Le ipotesi al vaglio delle istituzioni sono ancora piuttosto nebulose, anche se le proposte descritte nel contributo di Michele Siri sembrano muoversi, sulla falsariga della tassonomia ambientale, verso un insieme di regole che, fermo il principio *Do Not Significant Harm* - DNSH, qualificano come sostenibili investimenti che perseguano un obiettivo sociale senza danneggiarne al contempo un altro. Restano sullo sfondo (ma in realtà rappresentano probabilmente il maggior ostacolo) la necessità di dati e le tecniche di misurazione dell'impatto sociale. Ancora una volta, dunque, come già osservato, si ripropone il problema dei criteri di valutazione e della loro difficile (forse impossibile?) traduzione in numeri e algoritmi, affidati a tecniche che non sono mai "neutrali" (come ben spiegato nel contributo di Guido Smorto).

Al fine, la valutazione di impatto sociale delle attività imprenditoriali *non* è "la" soluzione dei problemi del lavoro, e nessun modello di regolazione, di

per sé, è sufficiente per garantire il rispetto dei diritti fondamentali, ma i diversi modelli di regolazione dei mercati possono contribuire a rendere più trasparenti le scelte economiche (a livello micro come a livello macro) consentendone una valutazione in termini sociali. I contributi di questa Sessione, tanto interessanti quanto tecnici, dimostrano tutta la difficoltà di “quantificare” la violazione o la promozione dei diritti sociali, e in particolare dei diritti delle persone che lavorano. Dimostrano altresì la necessità che i giuslavoristi studino questi modelli dal “loro” punto di vista, aggiungendoli, per così dire, alla strumentazione tradizionale del diritto del lavoro per come l’abbiamo conosciuto e ancora lo viviamo: senza farsene intimorire ma senza farsene ammaliare. Volendo ricorrere ad un paragone (forse improprio, forse invece significativo) si può dire che l’integrazione dei problemi del lavoro in “altre” discipline mostra caratteri (positivi e negativi) già vissuti dal *mainstreaming* rispetto ai divieti di discriminazione: una strada per garantire una più diffusa effettività o, per converso, una via per diluirne l’efficacia. Sarà compito, non facile, per i giuslavoristi imboccare la prima strada ed evitare la seconda, quella di un *social washing* che vada ad affiancarsi al già dilagante *green washing*.

PIERA LOI

## GESTIONE DEL RISCHIO E MODELLI REGOLATIVI DEL LAVORO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le molteplici definizioni del rischio e le tecniche di regolazione del rischio nell'impresa. – 3. *Social bonds* e rischio della disoccupazione derivante dalla pandemia: il caso di SURE. – 4. Il modello del *risk management* in alcuni esempi di legislazione europea sul lavoro. – 5. *Risk management* e obblighi di informazione nella legislazione europea sull'impresa.

### 1. *Introduzione*

Quali sono i tradizionali modelli regolativi per la gestione dei rischi sociali nel diritto del lavoro? In che modo altri modelli regolativi destinati alla gestione di altri rischi in altre branche del diritto sono in grado di esercitare un'influenza sui tradizionali modelli regolativi del diritto del lavoro?

Nella prima parte di questo intervento si analizzeranno le tecniche di gestione del rischio nell'impresa (*risk management*), in quali casi siano utilizzate nell'attività d'impresa.

Nella seconda parte si analizzeranno le tecniche di regolazione basate su rischio nel diritto del lavoro, avendo in mente che il Diritto del lavoro e il Diritto della previdenza sociale sono branche del diritto nelle quali si sono già sperimentate tecniche regolative basate sul rischio. In particolare, la tecnica assicurativa elaborata dal diritto della previdenza sociale, nel quale la sicurezza contro i rischi (vecchiaia, malattia e disoccupazione) deriva dall'assicurazione e dal principio di solidarietà. Nel diritto del lavoro oltre alla tecnica assicurativa derivante dal diritto della previdenza sociale, si elabora un'altra tecnica regolativa, la tecnica della norma inderogabile e dei diritti fondamentali: i diritti fondamentali possono, infatti, essere descritti come meccanismi di protezione contro i rischi.

Come vedremo, nei tempi più recenti il legislatore europeo ha ampiamente utilizzato la tecnica della gestione del rischio, già ampiamente sperimentata nella gestione dei rischi per la salute e la sicurezza, ma in nuovi campi come la disciplina della protezione dei dati personali, la regolazione dell'Intelligenza artificiale e la definizione di obblighi di *due diligence* in capo alle imprese transnazionali.

Ci si chiede in che modo il modello regolativo basato sul rischio possa essere in grado di modificare non solo la struttura dell'impresa ma anche i tradizionali modelli regolativi del diritto del lavoro.

## 2. Le molteplici definizioni del rischio e le tecniche di regolazione del rischio nell'impresa

Nonostante la vastità della letteratura sul rischio non è agevole identificare una definizione comune di rischio "Given the ubiquity of risk in almost every human activity, it is surprising how little consensus there is about how to define risk"<sup>1</sup>. L'impossibilità di dare un'univoca definizione di rischio è dovuta alla varietà delle teorie sul rischio e ai contesti nei quali il rischio è studiato e descritto.

In campo economico e finanziario, ad esempio, fin dalla pubblicazione dell'opera fondamentale di Frank Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, la categoria del rischio<sup>2</sup> è stata vista allo stesso tempo come una minaccia ma altresì come una opportunità e una possibile giustificazione dei profitti.

In altri casi gli studi aziendali hanno rafforzato l'idea che sebbene il rischio racchiuda in sé il concetto di minaccia e di pericolo, questo possa essere misurato<sup>3</sup> e, attraverso le teorie del *risk management*, possano essere elaborate tecniche organizzative dirette a gestire i rischi, prima di tutto attraverso una loro misurazione e valutazione. La vasta letteratura sul *risk management*<sup>4</sup> intenderebbe dimostrare che tali tecniche di *Enterprise Risk Ma-*

<sup>1</sup> A. DAMORODAN, *Strategic Risk Taking. A Framework for Risk Management*, Upper Saddle River (NJ) 2007, 5.

<sup>2</sup> F. KNIGHT, *Risk, Uncertainty, and Profit*, Boston 1921; D. V. LINDLEY, *Understanding Uncertainty*, New York 2006.

<sup>3</sup> In questo senso il rischio si distinguerebbe dall'incertezza, essendo il primo misurabile e la seconda non misurabile.

<sup>4</sup> K. ANDERSON, *The uses and abuses of risk management*, in *Times Literary Supplement Book Review*, 1997; D. BARLOW, *The Evolution of Risk Management*, in *Risk Management*, 4, 1993, 30 36; P. BERNSTEIN, *Risk as a History of Ideas*, in *Financial Analysts Journal*, 51, 1, 1995, 7 11.; P. BERNSTEIN, *Against the Gods. The Remarkable Story of Risk*, New York 1996, (tr. it., *Più forti degli dei. La straordinaria storia del rischio*, Milano 2002); A. BROWN, *The Origins and Evolution of Credit Risk Management*, in *Global Association of Risk Professionals*, 23, 2004, 32 34; V. T. COVELLO, J. MUMPOWER, *Risk Analysis and Risk Management: An Historical Perspective*, in *Risk Analysis*, 5, 1985, 103 ss.; A. K. A. FROOT, *A Framework for Risk Management*, in *Journal of Applied Corporate Finance*, 7, 1994, 22 ss.; F. KLOMAN, *A Short History of Risk Management: 1900 to 2002*, in *Risk Management Reports*, 2002, 27.

*nagement* sono effettivamente in grado di aumentare il valore e la produttività delle imprese.

Il rischio, secondo Ulrich Beck, è la cifra della società moderna, non a caso definita società del rischio<sup>5</sup>. Si assiste al tramonto della società di classe basata sulla ricchezza per passare alla società del rischio, in quanto la società moderna è “increasingly occupied with debating, preventing and managing risks that it itself has produced”<sup>6</sup>. I rischi della modernità, infatti, sono caratterizzati dalla loro globalità (come le pandemie) e dalla modernità delle loro cause, in quanto sono un prodotto dell’industrializzazione e della produzione di ricchezza (come i rischi ambientali o i rischi finanziari).

L’analisi di Beck non interessa tanto nella prospettiva sociologica ma in quella epistemologica: l’approccio basato sul rischio presuppone una diversa lettura degli eventi e della realtà sociale ed economica da regolare, in quanto la realtà stessa può essere concepita in termini di rischio. Il rischio è considerato un carattere fondamentale della modernizzazione in quanto “la produzione sociale di ricchezza va sistematicamente di pari passo con la produzione sociale di rischi”<sup>7</sup>. Nella prospettiva del rischio anche le tecniche regolative necessitano di essere modificate e gli ordinamenti giuridici sono chiamati a ripensare le stesse modalità della regolazione giuridica, in quanto è il diritto stesso a produrre i rischi, conoscendo, componendo e ricomponendo la realtà in termini di rischio dato che: “en soi rien n’est en risque [...] il n’y a pas des risques dans la réalité”<sup>8</sup>.

Occorre, inoltre, affrontare i dilemmi di giustizia distributiva che accompagnano la produzione di rischi, in quanto non tutti i soggetti sono esposti in egual modo agli stessi rischi nel mercato del lavoro e non tutti sono protetti in egual modo dai rischi sociali, come è stato evidente durante la crisi finanziaria<sup>9</sup> e durante la pandemia.

Il diritto del lavoro, prendendo in prestito dal diritto della previdenza sociale la tecnica assicurativa, ha già tra sue categorie fondanti il rischio e gli stessi diritti inderogabili possono essere visti come tecniche di protezione dai rischi sociali.

Il diritto del lavoro può essere descritto complessivamente come una tec-

<sup>5</sup> U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

<sup>6</sup> U. BECK, *Living in the World Risk Society*, in *Economy and Society*, 2006, 332.

<sup>7</sup> U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, cit., 25.

<sup>8</sup> F. EWALD, *L’Etat Providence*, Paris, 1986, 19-20.

<sup>9</sup> P. LOI, *Risk: a new paradigm to face market challenges*, in *European Labour Law Journal*, 3, 2014, 390 ss.

nica di razionalizzazione dei rischi, di definizione, di gestione e controllo dei rischi e allo stesso tempo di distribuzione del rischio, con la finalità di garantire la sicurezza ai lavoratori, in questo senso vi è un nesso inscindibile tra rischio e sicurezza.

Nell'individuare i soggetti che sopportano il rischio ogni norma esplicita un modello di giustizia distributiva. Le scelte di giustizia distributiva si manifestano, dunque, sia nella selezione e definizione dei rischi, sia nell'individuazione della comunità di rischio, cioè nella collettività dei soggetti esposti al rischio che la norma intende, attraverso diverse tecniche tutelare.

I rischi nel diritto del lavoro diventano "sociali", in quanto rileva la dimensione collettiva e non individuale di tali rischi. Quanto alla tecnica tradizionalmente scelta dal diritto del lavoro, essa è stata quella di costruire un insieme di diritti, intorno alla figura del lavoratore subordinato, delineando uno status che ponesse il beneficiario al riparo dai rischi sociali.

Il diritto del lavoro non solo ha fornito il criterio giuridico selettivo per l'individuazione dei soggetti destinatari della tecnologia assicurativa, cioè il contratto di lavoro subordinato, ma soprattutto ha giuridificato i rischi sociali e i diritti fondamentali che sono meccanismi di protezione contro tali rischi.

Oggi si assiste alla crisi del criterio giuridico selettivo, la subordinazione, a fronte di una accertata esposizione ai rischi sociali anche dei lavoratori autonomi.

I lavoratori, a causa delle modalità stesse di svolgimento del rapporto di lavoro, sono esposti ad una serie di rischi sociali che possono derivare anche dal funzionamento del mercato del lavoro o degli altri mercati come il mercato finanziario. La crisi finanziaria del 2008, infatti, è la dimostrazione di come i rischi dei mercati finanziari producano al loro volta rischi del mercato del lavoro ai quali, seppure in modo diverso, sono stati esposti tutti i lavoratori.

Anche la pandemia ha prodotto i suoi devastanti effetti non solo sulla salute pubblica ma anche sul mercato del lavoro. Vedremo in seguito che per fa fronte a quest'ultimo tipo di rischio l'Unione Europea ha adottato uno specifico strumento in vista della prevenzione della disoccupazione e di salvaguardia dell'occupazione generata dalla pandemia, denominato SURE (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*)<sup>10</sup>. Gli Stati Membri hanno avuto accesso ai fondi di SURE (anche se non tutti gli Stati li hanno utilizzati) per finanziare meccanismi di *job retention* che gli analisti inter-

<sup>10</sup> Regolamento UE 2020/672 del Consiglio del 19 maggio 2020.

nazionali considerano la chiave della ripresa economica in Europa dopo la pandemia<sup>11</sup>.

Se osserviamo le tecniche di protezione dai rischi tradizionalmente elaborate dal diritto del lavoro, nella maggior parte dei casi si tratta di norme di natura sostanziale, inderogabili con l'assegnazione di diritti indisponibili. In questo senso i diritti sociali sono essi stessi tecniche di protezione dai rischi sociali. Nella legislazione più recente, tuttavia, in risposta all'espansione e al mutamento della tipologia dei rischi, il diritto del lavoro ha adottato, accanto al metodo tradizionale definito da norme di protezione inderogabili, un metodo di natura procedurale ispirato alla tecnica del *risk management*, diretto a gestire il rischio attraverso processi di identificazione, valutazione e gestione dei rischi. Le imprese sono destinatarie di obblighi di natura procedurale diretti a identificare, valutare e gestire i rischi, al fine di minimizzare il loro impatto negativo sui diritti fondamentali e, nel caso del rapporto di lavoro, sui diritti sociali fondamentali.

Le teorie del *risk management* forniscono alle imprese uno schema di gestione del rischio attraverso complessi metodi quantitativi e procedurali per l'assunzione di decisioni in situazione di incertezza utilizzate specialmente in campo finanziario. Tali metodi di gestione del rischio presuppongono la riduzione del rischio ed entro certi limiti l'ineliminabilità e l'accettazione del rischio. Gli studi aziendalistici hanno rafforzato l'idea che sebbene il rischio racchiuda in sé il concetto di minaccia e di pericolo, questo possa essere gestito per trasformarlo in un vantaggio o per limitarne l'impatto negativo. Attraverso le teorie del *risk management*, si elaborano tecniche organizzative, organizzate per fasi, dirette a gestire i rischi prima di tutto attraverso una loro misurazione e valutazione, in vista della loro prevenzione e minimizzazione<sup>12</sup>.

Esempi di questa tecnica regolativa sono rappresentati dalla Direttiva 89/381/CEE in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (attuata dal D. Lgs. 81/2008 in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro), dal Regolamento (UE) 2016/679 sulla protezione dei dati personali, dalla proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale<sup>13</sup>, dalla proposta di Direttiva

<sup>11</sup> S. ANDO *et. al.*, *European Labor Markets and the COVID-19 Pandemic: Fallout and the Path Ahead*, International Monetary Fund Departmental Papers, DP/2022/004.

<sup>12</sup> M. CROUHY, D. GALAI, R. MARK, *The essentials of Risk Management*, New York-Chicago 2023.

<sup>13</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, Bruxelles, 21.4.2021, COM(2021) 206 final.

sul miglioramento delle condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali<sup>14</sup> e dalla proposta di direttiva sulla Due Diligence<sup>15</sup>.

La prospettiva del rischio può, inoltre, essere utile anche ai fini della regolazione delle discriminazioni, sia quelle di genere che quelle fondate su altri fattori vietati. Adottare la prospettiva del rischio nelle discriminazioni può essere utile al fine di rendere maggiormente efficaci le tecniche di protezione da tale rischio, al quale sono esposte determinate categorie di lavoratori e lavoratrici, in particolare quando le discriminazioni derivino dall'uso di sistemi di intelligenza artificiale<sup>16</sup>.

### 3. Social bonds e rischio della disoccupazione derivante dalla pandemia: il caso di SURE

Quando si adotta la prospettiva del rischio si possono sperimentare tecniche regolative innovative capaci di produrre indirettamente i loro effetti sull'impresa e sui lavoratori. Tali tecniche sono utili, in particolare, quando si devono affrontare rischi globali come la pandemia del Covid 19, che ripropongono in termini inediti il problema di assicurare i lavoratori contro il rischio della disoccupazione causato da eventi di dimensione globale. Anche prima della pandemia del Covid 19 diversi Stati membri dell'UE avevano istituito forme di politiche passive finalizzate a ridurre i rischi della disoccupazione, consistenti nella creazione o nell'estensione di regimi di riduzione dell'orario lavorativo, con il contemporaneo intervento di sussidi pubblici. Queste forme specifiche di politiche passive denominate *Short Time Work Arrangement*, comportano l'erogazione di sussidi pubblici associati alla riduzione dell'orario di lavoro per tutti i lavoratori o solo per quelli di specifiche unità produttive. Si tratta di politiche passive in alternativa al licenziamento collettivo con una riduzione dell'orario accompagnata da una corrispondente (pro-rata) riduzione della retribuzione, cosicché i sussidi pubblici compensa-

<sup>14</sup> Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali, Bruxelles, 9.12.202, COM(2021) 762 final.

<sup>15</sup> Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, COM/2022/71 final.

<sup>16</sup> P. LOI, *Il rischio proporzionato nella proposta di regolamento sull'IA e i suoi effetti nel rapporto di lavoro*, in *federalismi.it*, 255 ss.; M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *Labour Law & Issues*, 2021, 1 ss.



no la riduzione della retribuzione dei lavoratori. Si tratta di misure che hanno una durata temporanea e possono prevedere l'accompagnamento di misure di formazione (politiche attive). Tali strumenti sono finanziati in alcuni Stati membri anche attraverso contributi ordinari dei datori di lavoro ma, in generale, sono finanziati attraverso la tassazione e, pertanto, comportano un notevole aumento della spesa pubblica.

L'emergenza sanitaria ha causato in tutti gli Stati membri un aumento considerevole dei lavoratori esposti al rischio della disoccupazione. In questo quadro nell'ambito delle misure dirette a far fronte alla pandemia, il 19 maggio 2020 l'Unione Europea ha adottato il Regolamento UE 2020/672 che introduce lo strumento SURE (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*). Con tale intervento si è inteso assicurare agli Stati Membri un sostegno finanziario, sotto forma di prestiti concessi a condizioni favorevoli dall'UE agli Stati membri, ai fini dell'attivazione di regimi di riduzione dell'orario di lavoro diretti ad attenuare i rischi di disoccupazione.

Nonostante SURE sia uno strumento considerato temporaneo esso si inserisce appieno nelle politiche dell'Unione Europea, a partire dal Green Deal Europeo<sup>17</sup>, il Next Generation EU<sup>18</sup> e il dispositivo per la ripresa e la resilienza<sup>19</sup>, dirette non solo a sostenere gli Stati membri nell'uscita dalla crisi pandemica, ma anche a garantire la transizione verso una crescita economica sostenibile, che crei innovazione, occupazione e l'affermazione di una economia neutrale dal punto di vista climatico entro il 2050. Lo strumento SURE, inoltre, può essere visto come l'anticipazione di un altro progetto già annunciato dalla Presidente della Commissione Europea Von der Leyen nei suoi Orientamenti politici<sup>20</sup>. Ci riferiamo al regime europeo di riassicurazione delle indennità di disoccupazione che secondo studi del Parlamento Europeo sui costi della non Europa, aiuterebbe tutti i paesi Europei, colpiti in modo

<sup>17</sup> COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Il Green Deal europeo*, Bruxelles, 11.12.2019, COM(2019) 640 final.

<sup>18</sup> COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, Bruxelles, 27.5.2020, COM(2020) 456 final.

<sup>19</sup> Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

<sup>20</sup> U. VON DER LEYEN, *Orientamenti politici per la prossima Commissione Europea 2019-2024*, consultabile su [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/political-guidelines-next-commission\\_it.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/political-guidelines-next-commission_it.pdf).

diseguale dalle crisi (come quella finanziaria del 2008 o quella pandemica) a riprendere la crescita economica più rapidamente, evitando contagiosi “*negative spillovers*”. Un sistema assicurativo europeo contro la disoccupazione o, meglio, di riassicurazione rispetto ai sistemi nazionali, avrebbe la funzione di fornire strumenti di stabilizzazione agli shock economici, che provocano effetti sull’occupazione negli Stati membri, prima che questi causino contagiosi effetti a lungo termine che si riverberano su tutti gli Stati.

Come si è detto, l’adozione di misure di prevenzione del rischio di disoccupazione attraverso strumenti di *Short Time Work Arrangement* implica un notevole aumento della spesa pubblica, specialmente in seguito alla pandemia. L’intervento dell’Unione Europea con lo strumento SURE ha inteso sostenere in questo frangente gli Stati membri. È importante sottolineare la base giuridica del Regolamento UE 2020/672, con il quale è stato introdotto il meccanismo di SURE: la base giuridica è, infatti, l’art. 122, comma 1 del TFUE nel quale si individua il principio di solidarietà (o spirito di solidarietà) tra Stati membri come presupposto che, dal punto di vista giuridico, consente il superamento della *non bail-out clause*. Si deve sottolineare la scelta dell’Unione Europea di fondare tale strumento di sostegno delle politiche passive nazionali (pur nella forma di prestito) sul principio di solidarietà, che è alla base di ogni sistema di mutualizzazione dei rischi sociali. In questo senso con tale intervento il legislatore europeo ha distribuito il rischio della perdita dell’occupazione derivante dalla crisi pandemica tra tutti gli Stati membri, compresi quelli che non hanno avuto per loro scelta accesso ai prestiti. L’Unione Europea, infatti, attraverso l’accordo degli Stati, espresso nella scelta di una fonte vincolante e immediatamente produttiva di effetti come il Regolamento, si fa garante nei confronti degli investitori del pagamento, alla scadenza, dei titoli obbligazionari emessi nell’ambito di SURE.

Il rischio prodotto dalla crisi pandemica causa, a sua volta, il rischio della perdita dell’occupazione del lavoratore. Tale rischio non è, in realtà, sopportato dal lavoratore ma dallo Stato attraverso le misure di riduzione dell’orario di lavoro o simili e l’erogazione di sussidi pubblici. Nella sostanza si distribuisce il rischio nella collettività, in quanto tali sussidi sono, almeno in parte, finanziati attraverso il prelievo fiscale, oltre che attraverso la contribuzione delle imprese. A sua volta l’Unione Europea nel garantire il finanziamento di questo tipo di misure di riduzione dell’orario di lavoro attraverso l’emissione di titoli obbligazionari sociali, assume il rischio, che appartiene agli Stati, di fronte agli investitori. Attraverso questa operazione di tipo finanziario si assiste, dunque ad una ulteriore distribuzione del rischio della perdita dell’occupazione, tra gli investitori. Sebbene nell’ambito di questo intervento non vi

sia lo spazio di soffermarsi su aspetti teorici, si può affermare che in questo modello la sicurezza di fronte a rischi sociali come la perdita dell'occupazione, derivanti da eventi rischiosi come la crisi pandemica, possa derivare da meccanismi di distribuzione del rischio sociale nel mercato finanziario, allargando in tal modo la dimensione della solidarietà implicita nella coppia concettuale rischio-sicurezza.

A tal proposito qualche parola in più va spesa relativamente al meccanismo finanziario adottato e alla tecnica regolativa adottata. In questo caso ci riferiamo all'emissione di *social bonds*, che in questa sede interessano in quanto si tratta di un esempio di regolazione che, pur non appartenendo ai tipici strumenti regolativi del mercato del lavoro, è in grado di produrre effetti nel mercato del lavoro. I *social bonds* sono esempi di finanza sociale, che può essere definita come “quella branca della finanza nella quale la gestione del danaro è mirata all'ottenimento sia di un ritorno economico sia di un ritorno sociale”<sup>21</sup>. Altrimenti definite «obbligazioni ad impatto sociale», i *social bonds* sono strumenti nati dalle prassi dei mercati (come i più risalenti *green bonds*), all'interno dei quali si fa riferimento «a strumenti finanziari riconducibili a investimenti in capitale di debito emessi e sottoscritti anche in ragione di un beneficio sociale che l'ente emittente si impegna a realizzare in modo diretto o indiretto»<sup>22</sup>.

I *social bonds*, in questo caso, sono stati emessi e garantiti dall'UE, per consentire la raccolta nel mercato finanziario di denaro a tassi che, singolarmente gli Stati membri non avrebbero potuto ottenere. Dato il buon *rating* creditizio dell'UE, la Commissione europea, nel secondo rapporto semestrale sull'impatto di SURE stima che con l'utilizzo di SURE, gli Stati membri beneficiari abbiano risparmiato circa 8,2 miliardi di euro di pagamenti di interessi<sup>23</sup>. I fondi sono stati raccolti nel mercato attraverso l'acquisto dei bonds

<sup>21</sup> D. GAMBARDILLA, M.C. ROSSI, C. TORRICELLI, R. SALOMONE, *Gli strumenti di finanza sociale come leva di innovazione per le politiche pubbliche*, in *Finanza sostenibile per il lavoro e per il welfare*, a cura di M.C. Rossi, R. Salomone, C. Torricelli, Bologna 2023, 19; sulle criticità dei *social bonds* si veda D. LENZI, *Le obbligazioni «a impatto sociale». Criticità e tutele in una prospettiva giuridica*, in *Finanza sostenibile per il lavoro e per il welfare*, cit., 153 ss.

<sup>22</sup> D. LENZI, *I social bonds: uno sguardo al mercato italiano*, in *Finanza sostenibile per il lavoro e per il welfare*, cit., 69.

<sup>23</sup> COMMISSIONE UE, *Report from The Commission to The European Parliament, the Council, the Economic and Financial Committee and the Employment Committee Report on the European instrument for Temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency (SURE) following the COVID-19 outbreak pursuant to Article 14 of Council Regulation (EU) 2020/672*, Bruxelles, 22.9.2021, COM(2021) 596 final, 3.

da parte di investitori, potenzialmente interessati non solo alla redditività del prodotto finanziario in sé, ma anche alla sua finalità sociale data, appunto, dal finanziamento di strumenti di riduzione dell'orario di lavoro (o simili) per evitare licenziamenti collettivi in risposta alla crisi sanitaria. Effettuata la raccolta di fondi attraverso diverse emissioni di *social bonds*, gli Stati, sebbene non tutti, hanno poi chiesto e ottenuto dall'UE in diversa misura, prestiti per finanziare le misure nazionali di riduzione dell'orario di lavoro o altre misure simili. Il meccanismo di SURE si potrebbe descrivere, in ultima analisi, come un sistema di distribuzione di un rischio sociale (il rischio della perdita dell'occupazione a seguito della crisi sanitaria) nel mercato finanziario. Per quanto, infatti, questo tipo di obbligazioni non siano ad alto rischio e sebbene garantiscano, di conseguenza, rendimenti non elevatissimi, esse rispondono ad esigenze dei mercati finanziari di allocare liquidità in eccesso. La vendita sul mercato di *social bonds* permette dunque di distribuire, almeno parzialmente, il rischio sociale della perdita dell'occupazione nel mercato finanziario.

Le emissioni di *social bonds* seguono le procedure indicate nell'ambito del EU SURE Social Bond Framework<sup>24</sup>, che riprende le linee guida dettate a livello internazionale dal *Social Bond Principles Voluntary Process Guidelines for Issuing Social Bonds*<sup>25</sup>. Queste ultime, nonostante la natura non vincolante, (trattasi di linee guida) forniscono indicazioni abbastanza precise sulle caratteristiche che devono possedere le emissioni di *social bonds* (obbligazioni sociali) definite come “qualsiasi tipo di strumento obbligazionario i cui proventi vengono impiegati esclusivamente per finanziare o rifinanziare, in tutto o in parte, nuovi e/o preesistenti progetti sociali e che, in ogni caso, sono allineati alle quattro componenti fondamentali dei *Social Bond Principles*”<sup>26</sup> che sono: 1. l'utilizzo dei proventi; 2. il processo di valutazione e selezione del progetto sociale; 3. la gestione dei proventi; 4. l'attività di reporting. Si tratta, in buona sostanza, di informazioni rilevanti, rese da parte degli emittenti delle obbligazioni sociali agli investitori. Tra le componenti di un *Social*

<sup>24</sup> COMMISSIONE UE, *EU SURE Social Bond Framework*, 7 ottobre 2020, consultabile su [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/about\\_the\\_european\\_commission/eu\\_budget/eu\\_sure\\_social\\_bond\\_framework.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/about_the_european_commission/eu_budget/eu_sure_social_bond_framework.pdf)

<sup>25</sup> ICMA (International Capital Market Association), *Social Bond Principles Voluntary Process Guidelines for Issuing Social Bonds*, June 2020, consultabile su <https://www.icmagroup.org/assets/documents/Regulatory/Green-Bonds/June-2020/Social-Bond-PrinciplesJune-2020-090620.pdf>

<sup>26</sup> ICMA, *Social Bond Principles Voluntary Process Guidelines for Issuing Social Bonds*, 3.

*Bond* è fondamentale l'utilizzo dei proventi derivanti dell'emissione obbligazionaria nell'ambito di Progetti Sociali, “che devono essere descritti adeguatamente all'interno della documentazione legale del titolo. Tutti i progetti qualificati come Progetti Sociali dovrebbero portare ad avere evidenti benefici a livello sociale, che dovranno poi essere valutati e, ove possibile, quantificati dall'emittente”. Tra le categorie di Progetti Sociali che sono descritti in via esemplificativa rientrano anche quelli “relativi alla creazione di impiego e i programmi designati a prevenire o mitigare la disoccupazione derivante dalle crisi socio-economiche”. Tale obiettivo sociale appare chiaramente in linea con le finalità dello strumento SURE indicate nell'art. 1, comma 2, del Regolamento UE 2020/672, che consente “ il finanziamento, in primo luogo, di regimi di riduzione dell'orario lavorativo o di misure analoghe che mirano a proteggere i lavoratori dipendenti e autonomi e pertanto a ridurre l'incidenza della disoccupazione e della perdita di reddito, nonché per finanziare determinate misure di carattere sanitario, in particolare nel luogo di lavoro”.

In relazione al campo di applicazione del Regolamento UE 2020/672 dal punto di vista dei soggetti destinatari delle misure in esso contenute, è importante sottolineare il fatto che SURE è diretto a finanziare regimi di riduzione dell'orario lavorativo o misure analoghe che mirano a proteggere i lavoratori dipendenti e autonomi. L'inclusione dei lavoratori autonomi nel campo di applicazione delle misure di protezione dai rischi della perdita dell'occupazione è un segnale concreto della direzione che l'Unione Europea ha iniziato a percorrere a partire dal Pilastro Europeo dei diritti sociali che nel Principio 12 (protezione sociale) stabilisce che indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro, i lavoratori e, a condizioni comparabili, i lavoratori autonomi hanno diritto a un'adeguata protezione sociale. Da questo punto di vista l'esposizione dei lavoratori subordinati e dei lavoratori autonomi al rischio della perdita dell'occupazione e del reddito generati dalla pandemia, non presenta significative differenze; pertanto, l'Unione Europea invita gli Stati membri ad adottare misure di protezione, sebbene non totalmente comparabili, anche nei confronti dei lavoratori autonomi.

Relativamente alla portata del Regolamento UE 2020/672 ai fini della definizione del futuro dell'Europa sociale, pare importante sottolineare due aspetti. Prima di tutto che pur trattandosi di uno strumento che, come recita l'art. 2 del Regolamento “integra le misure nazionali adottate dagli Stati membri colpiti fornendo assistenza finanziaria per aiutare quegli Stati membri a far fronte all'aumento repentino e severo della spesa pubblica effettiva ed eventualmente anche programmata destinata ad attenuare gli effetti eco-

nomici, sociali e di carattere sanitario”, di fatto si concreta in una azione che indirettamente costituisce l’esercizio della competenza in materia di sicurezza sociale riconosciuta all’UE dall’art. 153 TFUE, difficile da esercitare a causa del principio di voto all’unanimità. In secondo luogo, il fatto che il Regolamento abbia individuato nell’art. 122, comma 1 del TFUE la base giuridica, implica il richiamo alla solidarietà tra Stati membri e il rafforzamento del principio di ripartizione dei rischi sociali tra tutti gli Stati dell’UE. Infatti, anche gli Stati che non usufruiscono di SURE (come la Germania e la Francia) assumono per il tramite dell’UE il rischio della disoccupazione degli altri Stati.

Quanto alla attuazione della misura prevista nel terzo rapporto semestrale sull’impatto di SURE si conferma che da quando il pacchetto di 94 miliardi di euro è stato reso disponibile agli Stati membri il 22 Settembre 2020, dopo che tutti gli Stati membri hanno firmato gli accordi di garanzia, i prestiti sono stati erogati in un arco di tempo che va da Ottobre 2020 a Maggio 2021. A gennaio 2022 la quasi totalità della erogazione dei fondi è stata espletata e, a seguito di alcune richieste aggiuntive da parte di alcuni Stati, la spesa ammontava a 118 miliardi di EURO. Nello stesso rapporto si conferma che gli interventi adottati dall’UE, e SURE in particolare, hanno effettivamente contribuito a prevenire la disoccupazione di mezzo milione di lavoratori in Europa. La crescita del tasso di disoccupazione nel 2020 negli Stati che hanno avuto accesso ai prestiti di SURE è stata moderata, nonostante il crollo della performance economica. Ciò è stato possibile grazie al fatto che le imprese hanno potuto mantenere i loro lavoratori e che anche l’attività dei lavoratori autonomi è stata salvaguardata<sup>27</sup>.

In sintesi, si può affermare che la regolazione attraverso strumenti tipici dei mercati finanziari, come i *social bonds*, opportunamente orientati verso obiettivi sociali, è stata in grado di produrre i suoi effetti di protezione nei confronti dei lavoratori dai rischi di disoccupazione indotti da rischi globali come la pandemia.

<sup>27</sup> Commissione UE, *Report on the European instrument for Temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency (SURE) following the COVID-19 outbreak pursuant to Article 14 of Council Regulation (EU) 2020/672, SURE at 18 months: third bi-annual report*, Bruxelles, 24.3.2022, COM(2022) 128 final, 2.

#### 4. Il modello del risk management in alcuni esempi di legislazione europea sul lavoro

Come si è detto, le teorie del *risk management* forniscono alle imprese uno schema di gestione del rischio attraverso complessi metodi quantitativi e procedurali per l'assunzione di decisioni in situazione di incertezza, utilizzati specialmente in campo finanziario. Tale schema di gestione dei rischi è stato, nella sostanza, riproposto in alcune fonti legislative dell'Unione Europea che hanno adottato l'approccio del rischio.

Il primo, e più importante, esempio delle fonti che hanno adottato l'approccio basato sul rischio è costituito dalla Direttiva 89/381/CEE in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (attuata nell'ordinamento interno con il d. lgs. n. 81/2008). La direttiva impone al datore di lavoro, con il coinvolgimento di una serie di altri soggetti, l'adozione di sistemi di valutazione dei rischi, nonché l'obbligo di adozione di strumenti di prevenzione, protezione e minimizzazione dei rischi. In questo, come in altri modelli regolativi ai quali si farà riferimento, la responsabilità del datore di lavoro sorge, indipendentemente dal fatto che l'evento rischioso si verifichi, per il solo fatto di non avere rispettato le norme di natura procedurale dirette alla valutazione e prevenzione del rischio.

L'approccio basato sul rischio è altresì presente nella disciplina della tutela dei dati personali (GDPR)<sup>28</sup>.

Ampi riferimenti ai rischi sono riscontrabili nei considerando del GDPR: "I rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche possono derivare da trattamenti di dati personali suscettibili di cagionare un danno fisico, materiale o immateriale" (considerando 75); "la probabilità e la gravità del rischio per i diritti e le libertà dell'interessato dovrebbero essere determinate con riguardo alla natura, all'ambito di applicazione, al contesto e alle finalità del trattamento".

Nella procedura di *risk management*, adottata in questo provvedimento, è fondamentale procedere, anche in questo caso, ad una valutazione del rischio sulla protezione dei dati personali; infatti, "il rischio dovrebbe essere considerato in base a una valutazione oggettiva mediante cui si stabilisce se i trattamenti di dati comportano un rischio o un rischio elevato" (consideran-

<sup>28</sup> Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

do 76). Si individuano i soggetti responsabili di una adeguata valutazione dei rischi come il titolare del trattamento che è responsabile dello svolgimento di una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati per determinare, in particolare, l'origine, la natura, la particolarità e la gravità di tale rischio (considerando 84).

A seguito della valutazione dei rischi, sempre seguendo la procedura tipica del *risk management*, il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento sono chiamati a mettere in atto misure tecniche e organizzative per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio. A tal fine l'art. 32 del GDPR elenca alcune misure, non esaustive, per garantire livelli di sicurezza minimi adeguati al rischio come: a) la pseudonimizzazione e la cifratura dei dati personali; b) la capacità di assicurare su base permanente la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento; c) la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l'accesso dei dati personali in caso di incidente fisico o tecnico.

Anche nella proposta di Regolamento sull'IA<sup>29</sup> ritroviamo lo stesso approccio basato sul rischio e gli stessi meccanismi regolatori, sul presupposto che l'uso dell'IA può determinare rischi per i diritti fondamentali, per i quali si intende assicurare un livello elevato di protezione, compreso il rischio di discriminazioni fondate sui fattori vietati dalla legge. In particolare, il settore del lavoro e dell'occupazione è classificato come un settore ad alto rischio, pertanto sono richiesti requisiti di qualità elevata dei dati, documentazione e tracciabilità, trasparenza, sorveglianza umana, precisione e robustezza, che sono strettamente necessari per attenuare i rischi per i diritti fondamentali e la sicurezza. Si identificano quattro livelli di rischio: rischio inaccettabile, rischio elevato, rischio limitato e rischio minimo. La regolazione in termini di rischio implica che le regole indicate nel Regolamento sono dirette a ridurre il rischio ma non ad eliminarlo del tutto. L'eliminazione totale del rischio non garantirebbe la proporzionalità dell'intervento legislativo e comprimerebbe in modo non proporzionale la libertà d'impresa degli operatori economici del mercato dell'Intelligenza Artificiale, nonché la stessa funzionalità dell'Intelligenza Artificiale.

A questo punto è legittimo chiedersi se l'approccio proporzionale e procedurale del rischio, adottato dalla proposta di Regolamento, in modo funzionale alla regolazione del mercato dei prodotti dell'Intelligenza artificiale,

<sup>29</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, Bruxelles, 21.4.2021, COM(2021) 206 final.



sia sufficiente a garantire il rispetto delle libertà e dei diritti fondamentali dei lavoratori<sup>30</sup>.

La proposta di Regolamento ha una portata generale e non è specificatamente diretta a regolare i rischi prodotti dall'uso dei sistemi di Intelligenza Artificiale nei luoghi di lavoro, mentre la proposta di Direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali, è relativa ai rischi prodotti dai sistemi di intelligenza artificiale nei rapporti di lavoro delle piattaforme digitali. Certamente la proposta di Direttiva in questione riguarda le piattaforme digitali, tuttavia, contiene alcune disposizioni che si possono considerare come principi generali sui meccanismi di protezione dai rischi dell'uso di sistemi di intelligenza artificiale nei luoghi di lavoro, in attesa di uno specifico intervento dell'Unione Europea in tal senso.

Il linguaggio del rischio è presente in diverse parti della proposta di Direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali.

Relativamente al rischio del trattamento dei dati personali il considerando 44 della proposta di Direttiva, recita: "Il trattamento dei dati personali da parte dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati utilizzati dalle piattaforme di lavoro digitali può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali". In questo caso la tecnica di protezione è la medesima individuata dal GDPR, pertanto, le piattaforme di lavoro digitali dovrebbero sempre effettuare una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati conformemente ai requisiti di cui all'articolo 35 del regolamento (UE) 2016/679 (considerando 44). Tuttavia, oltre alla valutazione d'impatto che è una fase procedurale tipica del *risk management*, l'art. 7 utilizza la più tradizionale tecnica dei divieti assoluti, diretti a impedire che il rischio si produca. A tal fine stabilisce il divieto di trattamento di alcune tipologie di dati personali di persone che lavorano o che sono in una procedura di assunzione relativi: allo stato emotivo o psicologico della persona; dati relativi a conversazioni private; dati raccolti al di fuori del rapporto di lavoro per prevedere l'esercizio di diritti fondamentali, compresi il diritto di associazione, il diritto di negoziazione e di azioni collettive o il diritto all'informazione e alla consultazione; dati personali per desumere l'origine razziale o etnica, lo status di migrante, le opinioni

<sup>30</sup> A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Between risk mitigation and labour rights enforcement: Assessing the transatlantic race to govern AI-driven decision-making through a comparative lens*, in *European Labour Law Journal*, 2023, 283 ss.; P. LOI, *Il rischio proporzionato nella proposta di regolamento sull'IA e i suoi effetti nel rapporto di lavoro*, cit., 253 ss.

politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, la disabilità, lo stato di salute, comprese le malattie croniche o la sieropositività, lo stato emotivo o psicologico, l'adesione a un sindacato, la vita sessuale o l'orientamento sessuale di una persona, dati biometrici per stabilirne l'identità di una persona.

Un'altra tecnica, utilizzata nella proposta di Direttiva, diretta alla prevenzione del rischio di trattamento dei dati personale dei lavoratori delle piattaforme digitali, è costituita dai diritti di informazione. Questi sono definiti dall'art. 9, che stabilisce in capo alle piattaforme digitali un obbligo di informazione diretto alle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, i rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme digitali e, su richiesta, le autorità nazionali competenti, in merito all'uso di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, relativamente a tutti i tipi di decisioni sostenute o prese da sistemi decisionali automatizzati. Le informazioni sono relative a quali sono i sistemi in uso o quali siano in fase di introduzione; quali sono le categorie di dati e azioni monitorate, supervisionate o valutate da tali sistemi (anche le valutazioni del destinatario del servizio); quale è l'obiettivo del monitoraggio e le modalità con cui il sistema deve conseguire tale obiettivo; chi sono i destinatari o le categorie di destinatari dei dati personali trattati da tali sistemi e l'eventuale trasmissione o trasferimento di tali dati personali, anche all'interno di un gruppo di imprese.

In particolare, l'art. 9, par. 2, richiede l'assolvimento dell'obbligo informativo relativamente "alle categorie di dati e i principali parametri di cui tali sistemi tengono conto nonché importanza relativa di tali principali parametri nel processo decisionale e modo in cui i dati personali o il comportamento della persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali incidono sulle decisioni". La norma appare abbastanza stringente in vista del raggiungimento della trasparenza dell'algoritmo, ma solo attraverso un reale coinvolgimento dei soggetti collettivi e dei rappresentanti dei lavoratori sarà possibile misurare l'effettività di tale norma.

Anche le discriminazioni sono trattate con lo schema regolativo del rischio. Già nella proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale, sono indicati i requisiti specifici dei sistemi di IA che mirano a ridurre al minimo il rischio di discriminazioni algoritmica, sebbene non ad eliminarlo del tutto, come il controllo sulla progettazione, sulla qualità dei dati utilizzati per lo sviluppo dei sistemi di IA, l'introduzione di obblighi probatori, di gestione dei rischi, di documentazione e sorveglianza umana<sup>31</sup>. Allo stesso modo nella

<sup>31</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti

proposta di Direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali, le discriminazioni sono trattate come rischi prodotti dagli algoritmi usati dalle piattaforme e individuati dalla necessaria attività di sorveglianza umana. Quando l'esito delle attività di sorveglianza umana indica elevati rischi di discriminazione sul lavoro o violazioni dei diritti delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, le piattaforme di lavoro digitali dovrebbero adottare misure adeguate per affrontarli, compresa la possibilità di cessare l'utilizzo di tali sistemi (considerando 48). Conformemente l'art. 10 stabilisce che qualora dalla sorveglianza o dalla valutazione emerga un elevato rischio di discriminazione sul lavoro nell'uso di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, la piattaforma di lavoro digitale adotta le misure necessarie, compresa, se del caso, una modifica del sistema decisionale e di monitoraggio automatizzato o la cessazione del suo utilizzo.

##### 5. Risk management e obblighi di informazione nella legislazione europea sull'impresa

La consapevolezza dei rischi ambientali e sociali derivanti dall'attività di impresa è alla base di una serie di interventi regolativi dell'Unione Europea diretti a rafforzare soprattutto gli obblighi informativi nei confronti degli stakeholders. Questo tipo di approccio si ritiene possa, anche se indirettamente, apportare benefici e aiutare a ridurre la produzione di rischi, in particolare quelli sociali.

Un esempio è rappresentato dalla Direttiva (UE) 2022/2464 del 14 dicembre 2022, che ha modificato il precedente regime della rendicontazione non finanziaria, amplia la responsabilità delle imprese in tema di economia sostenibile e stabilisce nuove regole per le imprese per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità.

Anche il Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio impone agli enti di grandi dimensioni che hanno emesso valori mobiliari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato, di comunicare informazioni sui rischi ambientali, sociali e di governance («rischi ESG») a decorrere dal 28 giugno 2022.

La *ratio* dell'obbligo di informazione sui rischi ambientali e sociali negli obblighi di rendicontazione societaria di sostenibilità è considerata

l'incremento della domanda di informazioni societarie sulla sostenibilità, soprattutto da parte degli investitori, dovuto alla natura mutevole dei rischi a cui sono esposte le imprese e alla crescente consapevolezza degli investitori riguardo alle implicazioni finanziarie di tali rischi, nonché la crescente consapevolezza dei rischi e delle opportunità che altre questioni ambientali, come la perdita di biodiversità, e le problematiche sanitarie e sociali, compreso il lavoro minorile e forzato, comportano per le imprese e per gli investimenti (considerando 11 della Direttiva 2022/2464).

Accrescere la consapevolezza e l'informazione sui rischi ambientali e sociali, attraverso la divulgazione di informazioni, è l'obiettivo anche del Regolamento (UE), relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili (Regolamento tassonomia)<sup>32</sup>. Il Regolamento intende fissare un quadro comune per tutti gli operatori economici (quelli obbligati e quelli non obbligati) per divulgare le informazioni relative alle proprie attività economiche ecosostenibili. Si considera che un'attività economica dà un contributo sostanziale all'adattamento ai cambiamenti climatici se comprende soluzioni di adattamento che riducono in modo sostanziale il rischio di effetti negativi del clima attuale e del clima previsto per il futuro sull'attività economica o se riducono in modo sostanziale tali effetti negativi, senza accrescere il rischio di effetti negativi sulle persone, sulla natura o sugli attivi.

In questa direzione si muove anche il Regolamento (UE) 2019/2088 del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari. In mancanza di norme dell'Unione armonizzate in materia di informativa sulle questioni legate alla sostenibilità destinata agli investitori finali, i partecipanti ai mercati finanziari e i consulenti finanziari sono tenuti a comunicare informazioni specifiche sul loro approccio all'integrazione dei rischi di sostenibilità (dei rischi ambientali, sociali e di governance) e alla considerazione degli effetti negativi per la sostenibilità (considerando 9). Ai sensi del Regolamento (UE) 2019/2088 per «rischio di sostenibilità» si intende un evento o una condizione di tipo ambientale, sociale o di governance che, se si verifica, potrebbe provocare un significativo impatto negativo sul valore dell'investimento (considerando 12).

Anche la Proposta di Direttiva sulla Due Diligence<sup>33</sup> adotta la regolazione basata sul rischio e considera come le società dell'UE, comprese quelle di

<sup>32</sup> Regolamento (UE) 2020/852 del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili.

<sup>33</sup> Proposta di Direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la Direttiva (UE) 2019/1937 Bruxelles, 23.2.2022, COM(2022) 71 final.

grandi dimensioni, possono incontrare difficoltà a individuare e attuare, nelle catene del valore cui partecipano, i rischi (definiti impatti negativi) relativi al rispetto dei diritti umani o all'ambiente<sup>34</sup>. A tal fine si individuano procedure di dovuta diligenza dirette a: a) individuare i rischi umani e ambientali effettivi o potenziali basandosi su dati qualitativi e quantitativi; b) prevenire e mitigare i potenziali impatti negativi sui diritti umani e ambientali; c) arrestare l'impatto negativo o laddove impossibile minimizzare l'impatto negativo (anche tramite compensazioni). Si può, quindi, perfettamente individuare lo schema classico del *risk management* dell'identificazione e valutazione dei rischi, della prevenzione, arresto o mitigazione degli stessi.

Le brevissime analisi fatte lasciano aperta la riflessione su quanto i diritti di informazione nei confronti degli *stakeholders* siano sufficienti a ridurre i rischi sociali. In ogni caso la proceduralizzazione nella gestione dei rischi sociali non può essere l'unico metodo regolativo, occorre ancora affermare la necessità di norme inderogabili e diritti fondamentali come tecniche di protezione dai rischi sociali.

<sup>34</sup> Proposta di Direttiva relativa al dovere di diligenza, cit., Contesto della proposta, 1.



GUIDO SMORTO

DISTRIBUZIONE DEL RISCHIO E TUTELA DEI DIRITTI  
NEL REGOLAMENTO EUROPEO  
SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE.  
UNA RIFLESSIONE CRITICA

SOMMARIO: 1. Il Regolamento europeo sull'IA. – 2. Le osservazioni critiche al Regolamento. – 3. Perché una *risk-regulation* dell'IA? – 4. Il carattere recessivo della responsabilità civile. – 5. Le conseguenze della regolazione del rischio. – 6. La distribuzione del rischio. – 7. I rapporti tra regolazione del rischio e risarcimento del danno. – 8. Alcune considerazioni conclusive

1. *Il Regolamento europeo sull'IA*

Nel luglio 2024, dopo un lungo e complesso negoziato iniziato anni prima, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (d'ora in avanti, Regolamento) Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale). All'indomani della sua approvazione, i principali rappresentanti delle istituzioni europee aveva concordato nel definire storico il traguardo raggiunto, sottolineando come una disciplina organica sull'intelligenza artificiale costituisca una novità su scala planetaria: la prima legge al mondo sul tema, come tale destinata a diventare uno standard a livello globale, per lo sviluppo di un'intelligenza artificiale affidabile, che garantisca la sicurezza e i diritti fondamentali<sup>1</sup>.

Per raggiungere questi ambiziosi obiettivi il Regolamento adotta quello che si definisce un approccio basato sul rischio. Stabilisce una categorizzazione dei sistemi di IA a seconda che questi generino rischi inaccettabili, alti, specifici e limitati, o minimi. E, con l'obiettivo di dare regole "proporzionate" agli interessi da tutelare e ai connessi rischi, fissa per ciascuna di queste

<sup>1</sup> Una prima e più breve versione di questo saggio è stata pubblicata in *Il Foro italiano*, V, 208, 2024.

tipologie divieti, requisiti minimi obbligatori alla cui stregua progettare e sviluppare i sistemi di IA, obblighi di trasparenza o semplici misure volte a promuovere l'autoregolamentazione<sup>2</sup>.

Nel quadro di questa categorizzazione tipologica, cuore del Regolamento sono i sistemi di IA “ad alto rischio”, ossia quelli che “hanno un impatto nocivo significativo sulla salute, la sicurezza e i diritti fondamentali delle persone”<sup>3</sup>.

La qualificazione di un sistema di IA come “ad alto rischio” comporta l'obbligo, a carico del fornitore, di istituire, attuare, documentare e mantenere un sistema di gestione della qualità, ossia un insieme di politiche, procedure e istruzioni per lo sviluppo, il controllo e la garanzia della qualità dei sistemi di IA, da applicare nelle diverse fasi di vita dei sistemi in questione: progettazione, sviluppo, introduzione sul mercato e post-commercializzazione<sup>4</sup>.

Fulcro del sistema di gestione della qualità è la gestione dei rischi<sup>5</sup>. In

<sup>2</sup> Nella sua versione definitiva, il Regolamento include in questa tipizzazione anche i modelli di IA per finalità generali, con obblighi modellati su quelli fissati per i sistemi di IA ad alto rischio. Cf. artt. 51 ss. Regolamento.

<sup>3</sup> Cf. Cons. 46 (“È opportuno limitare i sistemi di IA identificati come ad alto rischio a quelli che hanno un impatto nocivo significativo sulla salute, la sicurezza e i diritti fondamentali delle persone nell'Unione, e tale limitazione dovrebbe ridurre al minimo eventuali potenziali restrizioni al commercio internazionale.”). Più in dettaglio, il Regolamento distingue due categorie di sistemi di IA ad alto rischio (art. 6). In primo luogo, sono considerati ad alto rischio i sistemi di IA che costituiscono componenti di sicurezza di prodotti sottoposti per legge ad una speciale valutazione di conformità ai sensi della normativa di armonizzazione dell'Unione, ovvero i sistemi di IA che sono essi stessi prodotti sottoposti a tale speciale valutazione di conformità. In secondo luogo, l'IA destinata ad essere utilizzata come elemento indipendente se, alla luce della loro finalità prevista, presenta un alto rischio di pregiudicare la salute e la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone, e sono utilizzati in una serie di settori: forme non vietate di biometria; infrastrutture critiche necessarie per la prestazione di un servizio essenziale; istruzione e formazione professionale; lavoro; servizi privati essenziali e prestazioni e servizi pubblici essenziali; attività di contrasto; migrazione, asilo e controllo delle frontiere; amministrazione della giustizia e processi democratici.

<sup>4</sup> Art. 17 (Sistema di gestione della qualità). Nell'istituire questo sistema di gestione della qualità, il fornitore deve garantire un'elevata qualità dei dati di addestramento, convalida e prova del sistema di IA; redigere una documentazione tecnica appropriata e costantemente aggiornata; registrare e conservare l'elenco cronologico degli eventi e delle attività svolte dal sistema; assicurare la sorveglianza del sistema da parte di persone fisiche; rispettare requisiti di trasparenza, accuratezza, robustezza e ciphersicurezza; stabilire un piano di monitoraggio successivo all'immissione sul mercato e, in caso di incidenti gravi, adottare misure tempestive e appropriate.

<sup>5</sup> Art. 9 (Sistema di gestione dei rischi).



particolare, il Regolamento fa obbligo al fornitore di adottare un sistema di gestione del rischio “proporzionato” alle dimensioni della sua organizzazione<sup>6</sup>, di redigere la dichiarazione di conformità UE<sup>7</sup>, di apporre la relativa marcatura CE<sup>8</sup> e di attuare la sorveglianza post-commercializzazione per la mitigazione e la gestione delle potenzialità lesive dei sistemi di IA<sup>9</sup>.

Ove un sistema di IA risponda a tali requisiti, ove cioè le misure di mitigazione del rischio siano appropriate ai sensi del Regolamento, i rischi residui associati a ciascun pericolo nonché il rischio residuo complessivo sono considerati “accettabili”<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Cf. art. 17, co. 2 (“L’attuazione degli aspetti di cui al paragrafo 1 è proporzionata alle dimensioni dell’organizzazione del fornitore”). Lo stesso articolo aggiunge che, in ogni caso, ai fornitori è fatto obbligo di rispettare il grado di rigore e il livello di protezione necessari per garantire la conformità dei loro sistemi di IA ad alto rischio al Regolamento.

<sup>7</sup> Art. 47 (Dichiarazione di conformità CE).

<sup>8</sup> Art. 48 (Marcatura CE).

<sup>9</sup> Art. 72 (Monitoraggio successivo all’immissione sul mercato effettuato dai fornitori e piano di monitoraggio successivo all’immissione sul mercato per i sistemi di IA ad alto rischio).

<sup>10</sup> Art. 9, co 5 (“Le misure di gestione dei rischi di cui al paragrafo 2, lettera d), sono tali che i pertinenti rischi residui associati a ciascun pericolo nonché il rischio residuo complessivo dei sistemi di IA ad alto rischio sono considerati accettabili”). Da notare che né il testo del Regolamento né l’Explanatory Memorandum offre chiarimenti su cosa sia un rischio residuo accettabile. Il rischio residuo è comunemente considerato quello che rimane dopo aver adottato le misure appropriate di gestione del rischio, e può essere espresso con la formula: rischio residuo uguale a rischio proprio di una certa attività meno controllo del rischio. In letteratura v. ad esempio, A. TAMBOLI, *Handling Residual Risks*, in *Keeping Your AI Under Control: A Pragmatic Guide to Identifying, Evaluating, and Quantifying Risks*, a cura di A. Tamboli, New York, 2019, 103 (Residual Risk = Inherent Risk – Risk Control). La Clause 3.8 della *ISO/IEC Guide 51:2014 Safety Aspects – Guidelines for Their Inclusion in Standards* definisce il residual risk come “any risk remaining after risk reduction measures have been implemented”; e “accettabile” il livello di rischio “that is accepted in a given context based on the current values of society” (Clause 3.15). L’analisi costi-benefici è un elemento centrale della valutazione di accettabilità del rischio. Secondo J. SCHUETT, *Risk Management in the Artificial Intelligence Act*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2023, 13, ad esempio, un rischio è accettabile se in un’analisi costi benefici i vantaggi sono chiaramente maggiori degli svantaggi. Sottolineano come gli esiti di questa analisi dei costi e dei benefici siano diversi in ragione dell’enfasi posta alternativamente sui rischi o sull’utilità, H. FRASER, J.-M. BELLO Y VILLARINO, *Where Residual Risks Reside: A Comparative Approach to Art 9(4) of the European Union’s Proposed AI Regulation*, 2022, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3960461](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3960461) (“We find that the greater the emphasis on safety and precaution, the more the cost of residual risks is borne by AI providers (and the higher the barriers to market entry for high-risk AI systems); the greater the emphasis on the social utility of the system, the more likely it is that individuals will carry the residual risks of AI systems –jeopardizing their rights and safety.”).

Seguendo l'approccio noto come "Nuovo Quadro Legislativo"<sup>11</sup>, il Regolamento attribuisce alle c.d. organizzazioni europee di normazione il compito di elaborare, su richiesta della Commissione, apposite "norme armonizzate", le quali traducono i requisiti di legge in precise prescrizioni tecniche, fissando le condizioni per la commercializzazione dei sistemi di IA. I sistemi di IA ad alto rischio che rispettino tali norme armonizzate godono di una presunzione di conformità del sistema di IA al Regolamento (art. 40).

## 2. Le osservazioni critiche al Regolamento

Il Regolamento in commento è stato oggetto di numerose critiche, soprattutto da parte di coloro che lo ritengono non del tutto adeguato a gestire i pericoli connessi all'impiego dell'intelligenza artificiale<sup>12</sup>.

Con riferimento ai sistemi vietati, perché generatori di rischi inaccettabili, si osserva come il novero dei divieti sia estremamente ridotto, frutto di disposizioni che, per un verso, stabiliscono in modo molto dettagliato cosa è proibito e che, per altro verso, sono costruite intorno a una serie di eccezioni, esplicite o talvolta implicite, che finiscono per ampliare le maglie degli impieghi dell'IA consentite, anche in potenziale contrasto con i valori europei<sup>13</sup>. Con riferimento ai rischi specifici, di impersonificazione o di inganno nei confronti delle persone che si trovano esposte al funzionamento dei sistemi

<sup>11</sup> Il riferimento è al *New Legislative Framework* adottato dal Consiglio Europeo il 9 luglio 2008, appositamente richiamato dall'Allegato II della Legge IA. Si noti che l'allegato II è ulteriormente suddiviso in due sezioni. La Sezione A concerne il Nuovo Quadro Legislativo; la Sezione B riguarda invece altre normative sulla conformità dei prodotti, modificate dalle disposizioni finali del Regolamento.

<sup>12</sup> Sul punto, si rinvia, tra gli altri, a M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act*, in *Computer Law Review International*, 2021, 97; G. MALGIERI, F. PASQUALE, *From Transparency to Justification: Toward Ex Ante Accountability for AI*, in *Brooklyn L. School. Legal Studies Paper*, 2022, No. 712, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4099657](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4099657); M.E. KAMINSKI, *Binary Governance: Lessons from the GDPR's Approach to Algorithmic Accountability*, 92, in *Southern California Law Review*, 2019, 1529.

<sup>13</sup> Art. 5 (Pratiche di IA vietate). In letteratura, sul punto si rinvia a H. RUSCHEMEIER, *AI As a Challenge for Legal Regulation. The Scope of Application of the Artificial Intelligence Act Proposal*, in *ERA Forum*, 2023, 361, spec. p. 372; M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act*, cit., 98; G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2022, 303 ss.

di IA, si critica l'assenza di limitazioni sostanziali all'impiego di simili sistemi, dato che il Regolamento prescrive obblighi di trasparenza<sup>14</sup>.

Ma è soprattutto sui sistemi ad alto rischio che si concentrano le maggiori critiche. Da più parti si osserva, infatti, come il Regolamento utilizzi tecniche di *risk regulation* piuttosto miti<sup>15</sup>. Non prevede un sistema di licenze, permessi a tempo e in generale di quegli strumenti di "resilienza"<sup>16</sup> che la letteratura e la prassi hanno individuato come tipici di questa forma di regolazione del rischio<sup>17</sup>. Ricorre a misure precauzionali forti - protocolli di emergenza, fissazione di soglie di pericolosità il cui raggiungimento determina automaticamente il ritiro dal mercato del sistema in questione, licenze sottoposte a condizione - in misura solo residuale. Rinuncia all'applicazione del principio di precauzione a favore di un'analisi costi-benefici<sup>18</sup>. Mette al centro un

<sup>14</sup> Cf. art. 50 (Obblighi di trasparenza per i fornitori e i deployers di determinati sistemi di IA).

<sup>15</sup> Di "licensing ultra-lite" parla, a tal proposito, M.E. KAMINSKI, *Regulating the Risks of AI*, 103 *Boston University Law Review*, 2023, 137, 1381.

<sup>16</sup> G.E. MARCHANT, Y.A. STEVENS, *Resilience: A New Tool in the Risk Governance Toolbox for Emerging Technologies*, 51 *U.C. Davis Law Review*, 2017, 233. Cf. NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Disaster Resilience: A National Imperative*, Washington, 2012, che definisce questo concetto come "the ability to prepare and plan for, absorb, recover from, and more successfully adapt to adverse events".

<sup>17</sup> Tra gli strumenti tipici della regolazione del rischio in letteratura comunemente si identificano, tra le altre, l'adozione di precauzioni e cautele (dai divieti fino a licenze e c.d. sandbox); obblighi di effettuare analisi del rischio (ad esempio, conducendo apposite sperimentazioni) e di adottare misure per la sua mitigazione (imponendo accorgimenti come l'intervento umano e/o etichettature e marchiature); sistemi di responsabilità, strumenti di resilienza e misure post market. Sul punto si rinvia a M.E. KAMINSKI, *Regulating the Risks of AI*, cit., 1370 ("(...) it may help to think of risk regulation as having three categories of tools: precautionary tactics, risk analysis and mitigation, and post-market measures"). Per una categorizzazione in parte diversa si veda G.E. MARCHANT, Y.A. STEVENS, *Resilience: A New Tool in the Risk Governance Toolbox for Emerging Technologies*, cit., 236 ss.

<sup>18</sup> Sui differenti parametri utilizzati nella valutazione del rischio si rinvia a C. COGLIANESE, *The Law and Economics of Risk Regulation*, in *Penn Carey Law: Legal Scholarship Repository*, *All Faculty Scholarship*, 2157, 2020, [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/2157](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2157) ("In making these value judgments about risk, decision-makers can adhere to one of four basic normative principles or approaches [61]: (1) Eliminate all risk – or at least all man-made risk (the zero-risk approach); (2) Reduce risk to an acceptable level (the acceptable risk approach); (3) Reduce risk until the cost of doing so reaches an unacceptable level (the feasibility approach); and (4) Balance the benefits of risk reduction with the costs (the efficiency approach)."). Sulla contrapposizione tra principio di precauzione e analisi costi-benefici nella regolazione del rischio si rinvia a R.A. POSNER, *Catastrophe: Risk and Response*, Oxford, 2004, spec. 140 ss.; C.R. SUNSTEIN,

*conformity assessment* fatto principalmente di adempimenti documentali e strumenti di monitoraggio. Demanda agli stessi fornitori, anziché a organismi terzi, la procedura di valutazione della conformità e l'attestazione del rispetto delle misure di mitigazione del rischio<sup>19</sup>. Utilizza un criterio di proporzionalità tra rischi e benefici facendo ricorso a standard aperti – adeguatezza, accettabilità, appropriatezza – rimessi all'interpretazione dei diretti interessati. Sceglie un modello di governance imperniato sulle organizzazioni europee di normazione.

Se le osservazioni critiche sul Regolamento si sono concentrate soprattutto sulla tenuità delle misure adottate ai fini della mitigazione del rischio, un'attenzione di gran lunga inferiore è stata dedicata alla scelta di fondo di guardare agli impieghi dell'IA attraverso lo strumentario tecnico della regolazione del rischio e alle conseguenze che una simile scelta comporta<sup>20</sup>.

*Laws of Fear: Beyond The Precautionary Principle*, Cambridge, 2005; ID., *Cognition and Cost-Benefit Analysis*, in *The Journal of Legal Studies*, 2000, 29, 1059. In chiave comparatistica, per un raffronto tra analisi costi-benefici come modello tipicamente nordamericano e principio di precauzione di stampo europeo si rinvia a G.E. MARCHANT, Y.A. STEVENS, *Resilience: A New Tool in the Risk Governance Toolbox for Emerging Technologies*, cit., spec. 240 ss.; D.A. KYSAR, *It Might Have Been: Risk, Precaution and Opportunity Cost*, in *Journal of Land Use and Environmental Law*, 2006, 22, 1; J.B. WIENER, *Whose Precaution After All? A Comment on the Comparison and Evolution of Risk Regulatory Systems*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2003, 13, 207, ove si osserva come la contrapposizione tra un'Europa (a favore del principio di precauzione) e gli Stati Uniti d'America (che invece adottano l'analisi costi-benefici) costituisca in molti casi un eccesso di semplificazione. In tema di lavoro, ritiene che l'adozione del principio di proporzionalità del rischio nel Regolamento IA possa produrre un bilanciamento a favore del mercato, P. LOI, *Il rischio proporzionato nella proposta di regolamento sull'IA e i suoi effetti sul rapporto di lavoro*, in *federalismi.it*, 2023, 239.

<sup>19</sup> In questo, il Regolamento si distacca da altri interventi di armonizzazione che rimettono le valutazioni della conformità ad autorità indipendenti. Si pensi al settore farmaceutico in cui – al fine di tutelare la salute pubblica e assicurare la disponibilità di medicinali di elevata qualità, sicuri ed efficaci – è l'Agenzia Europea per i medicinali (EMA) ad autorizzare l'immissione nel mercato di nuovi prodotti e a monitorarne la sicurezza durante il loro intero arco di vita nel quadro del sistema di farmacovigilanza. Il punto è ben argomentato da M. VEALE, F.Z. BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act*, cit., spec. p. 102. Ai sensi del Regolamento, fanno eccezione alcune forme di biometria, la cui valutazione di conformità è affidata a c.d. "organismi notificati". La ratio di una tale scelta è frutto della presa d'atto che sono i fornitori a conoscere meglio potenzialità e limiti delle tecnologie distribuite sul mercato.

<sup>20</sup> Sul punto si vedano G. DE GREGORIO, P. DUNN, *The European Risk-Based Approaches: Connecting Constitutional Dots in the Digital Age*, in *Common Market Law Review*, 2022, 59, 2; J. CHAMBERLAIN, *The Risk-Based Approach of the European Union's Proposed Artificial Intelligence Regulation: Some Comments from a Tort Law Perspective*, in *European Journal of*

In questo quadro, scopo del presente articolo è quello di focalizzare l'attenzione sulla scelta che informa la logica complessiva dell'intero impianto normativo del Regolamento e delle regole di dettaglio che lo compongono: quella cioè di regolare i sistemi di IA secondo una prospettiva *ex ante*, in base al modello della regolazione del rischio da prodotto.

A tal fine, dopo aver passato in rassegna i potenziali vantaggi della *risk regulation* in un settore come quello dell'IA, proveremo a ragionare su quali siano le conseguenze che derivano dall'adozione di un simile modello di regolazione, per poi concentrare l'attenzione sulle ripercussioni di questa scelta sulla distribuzione dei benefici e delle perdite derivanti dall'impiego di sistemi di IA, e sulle conseguenze in punto di tutela rispetto alla protezione dei diritti fondamentali e dei valori dell'UE. Nella parte conclusiva del lavoro proveremo a formulare alcune proposte interpretative volte a valorizzare la dimensione individualizzata e contestuale dei rischi generati dall'IA.

### 3. Perché una risk-regulation dell'IA?

La minor attenzione riservata, nelle tante riflessioni critiche sul tema, alla scelta di fondo compiuta dal legislatore europeo di adottare la *risk regulation* è dovuta probabilmente alla confluenza di una serie di fattori diversi. D'altra parte, l'opzione prescelta dal legislatore UE di regolare i potenziali danni derivanti dall'IA come rischi da gestire si pone in piena sintonia con quanto sta accadendo nel resto del mondo. La scelta della *risk regulation* per governare l'IA sembra registrare, infatti, una vera e propria convergenza a livello globale<sup>21</sup>, accompagnata da analisi che sottolineano i tanti vantaggi che questa presenterebbe in contesti come quelli legati alla regolazione delle nuove tecno-

*Risk Regulation*, 2023, 14(1), 1; J. SCHUETT, *Risk Management in the Artificial Intelligence Act*, cit., 1 ss.

<sup>21</sup> L'esempio più rilevante è quello statunitense con le proposte elaborate dal National Institute of Standards and Technology (NIST). Cf. AI Risk Management Framework (AI RMF 1.0) 13 (2023), <https://www.nist.gov/itl/ai-risk-management-framework>. In dottrina si vedano le posizioni, tra gli altri, di M. GUIHOT, A.F. MATTHEW, N.P. SUZOR, *Nudging Robots: Innovative Solutions to Regulate Artificial Intelligence*, in *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 2017, 20, 446; G.E. MARCHANT, Y.A. STEVENS, *Resilience: A New Tool in the Risk Governance Toolbox for Emerging Technologies*, cit., 236; M.U. SCHERER, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 2016, 29, 356; A. SOLOW-NIEDERMANN, *Administering Artificial Intelligence*, 93 in *Southern California Law Review*, 2020, 691-93.

logie e, in particolare, dell'intelligenza artificiale.

In primo luogo, fondandosi su una visione preventiva, di tipo prognostico e orientata al futuro, la regolazione del rischio risulterebbe particolarmente adatta a dare regole sufficientemente elastiche ad una materia in costante divenire e dai confini incerti<sup>22</sup>.

In questa cornice, una simile modalità regolativa consentirebbe, per un verso, di tutelare in maniera efficace valori e interessi che non sempre si traducono in posizioni soggettive riconosciute dall'ordinamento, come può accadere in molti casi nella sfera digitale. Per altro verso, in modo analogo, questa tecnica si rivelerebbe particolarmente adatta a governare le potenziali conseguenze dannose che siano difficili da prevedere e da quantificare con esattezza, come quelle che derivano da pericoli non del tutto noti (si pensi, ad esempio, ai c.d. *virtual harms* messi in luce in questi anni dalla letteratura in materia)<sup>23</sup>.

Un ragionamento simile vale, in caso di verifica del danno, tanto per l'accertamento del nesso causale quanto per l'individuazione del soggetto responsabile, che potrebbero rivelarsi particolarmente complessi nell'ambito dello sviluppo e dell'impiego di forme sempre più sofisticate di intelligenza artificiale, anche alla luce dell'opacità di questi sistemi – le famose scatole nere<sup>24</sup> – ulteriormente aggravata dalla tutela dei segreti industriali. In questo contesto, anche la scelta di adottare il Nuovo Quadro Legislativo, con il conseguente coinvolgimento di organismi specializzati nella definizione delle misure di mitigazione del rischio, è considerata la più opportuna per affrontare questioni di notevole complessità tecnica come quelle legate all'impiego dell'IA.

<sup>22</sup> Per una prima panoramica sui vantaggi e sui limiti di tale approccio, sia consentito rinviare a G. SMORTO, voce *Certificazioni di qualità e normazione tecnica*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., *Aggiornamento*, IV ed., Torino, 2003, 205 ss.

<sup>23</sup> J. WOLFENDALE, *My avatar, my self: Virtual harm and attachment*, in *Ethics and Information Technology*, 2007, 111; G. YOUNG, *What would strong AI understand consent to mean, and what are the implications for sexbot rape?*, in *AI and Ethics*, 2023, 1; J.A. CARTER, S.O. PALERMOS, *Is having your computer compromised a personal assault? The ethics of extended cognition*, in 2(4), in *Journal of the American Philosophical Association*, 2016, 542.

<sup>24</sup> Cf. F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, 2015. Per una riflessione di marca giuslavoristica su come l'utilizzo dei sistemi di IA nell'esercizio del potere datoriale condizioni l'operatività delle tecniche di controllo del potere, e su quanto in particolare la tecnica della trasparenza possa incidere su questo profilo, si rinvia all'analisi di M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e tecniche di tutela*, in *Lavoro e Diritto*, 2022, 541 ss.

#### 4. Il carattere recessivo della responsabilità civile

Questa linea di riflessione sui vantaggi della regolazione *ex ante* è spesso condotta in un confronto, implicito o esplicito, con gli eventuali rimedi *ex post* e, in particolare, con la disciplina della responsabilità civile e con i connessi meccanismi assicurativi.

Sulla scorta degli studi di analisi economica del diritto<sup>25</sup>, si ritiene comunemente che, in contesti come quello in esame, sia preferibile un sistema di regolazione *ex ante* rispetto ad un sistema di tutele imperniato su rimedi *ex post* di tipo risarcitorio.

Secondo una traiettoria già individuata in tema di danni ambientali<sup>26</sup>, si osserva come la complessità tecnica dei sistemi di IA possa costituire un ostacolo insuperabile all'accesso individuale a forme di tutela risarcitoria *ex post*, innalzando sensibilmente i costi che il danneggiato che intenda agire in giudizio dovrebbe sopportare, scoraggiandolo così dall'intraprendere azioni giudiziarie<sup>27</sup>. Questo rischio sarebbe ancora maggiore in quegli ordinamenti

<sup>25</sup> Sui rapporti tra regolazione del rischio e responsabilità civile la letteratura è sterminata. Limitandosi ad alcuni dei principali titoli in lingua inglese, si segnalano qui G. CALABRESI, *The Costs of Accidents*, New Haven, 1970; S. SHAVELL, *Liability for Harm versus Regulation of Safety*, 13, in *The Journal of Legal Studies*, 1984, 357; ID., *A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation*, in *The Rand Journal of Economics*, 1984, 271; J. STAPLETON, *Disease and the Compensation Debate*, Oxford, 1986; S. SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge-MA, 1987; D. SUGARMAN, *Doing Away with Personal Injury Law*, New York, 1989; *Tort Law and the Public Interest: Competition, Innovation, and Consumer Welfare*, a cura di P. Schuck, New York, 1991; J. STAPLETON, *Tort, Insurance and Ideology*, 60, in *Modern Law Review*, 1995, 820; P. ATIYAH, *The Damages Lottery*, Oxford, 1997; P. CANE, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford, 1997; C. HARLOW, *State Liability, Tort and Beyond*, Oxford 2004; P. CANE, *Atiyah's Accidents: Compensation and the Law*, Cambridge, 9<sup>th</sup> ed., 2018; M. FRANKLIN ET AL., *Tort Law and Alternatives*, 11<sup>th</sup> ed., New York, 2021.

<sup>26</sup> Sui rapporti tra regolazione del rischio e risarcimento del danno in tema di ambiente si vedano, K.S. ABRAHAM, *The Relation Between Civil Liability and Environmental Regulation: An Analytical Overview*, in *Washburn Law Journal*, 2002, 41, 379; K.N. HYLTON, *When Should We Prefer Tort Law to Environmental Regulation?*, in *Washburn Law Journal*, 2002, 41, 515; C.H. SCHROEDER, *Lost in the Translation: What Environmental Regulation Does that Tort Cannot Duplicate*, in *Washburn Law Journal*, 2002, 41, 583; T.O. MCGARITY, *Regulation and Litigation: Complementary Tools for Environmental Protection*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, 2005, 30, 371; A.D.K. ABELKOP, *Tort Law as an Environmental Policy Instrument*, in *Oregon Law Review*, 2014, 92, 381; D.A. KYSAR, *The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2018, 9, 48.

<sup>27</sup> A.M. FROOMKIN, *Regulating Mass Surveillance as Privacy Pollution: Learning from En-*

giuridici che non offrono un pieno riconoscimento alle azioni di classe e che pertanto lasciano l'attivazione di rimedi risarcitori all'iniziativa dei singoli<sup>28</sup>.

Lo stesso può dirsi in presenza di danni, contenuti a livello individuale, ma che risultano significativi se visti in modo aggregato. In casi del genere, l'incentivo all'azione individuale è inevitabilmente diluito e il sistema della responsabilità civile non determina un livello di deterrenza ottimale per ragioni di azione collettiva.

A causa di questi limiti, il sistema della responsabilità civile finirebbe per avere in materia di intelligenza artificiale un carattere solamente eventuale e ipotetico e, di conseguenza, non determinerebbe quell'effetto di deterrenza e di internalizzazione del rischio che discende tipicamente dal timore di incorrere in responsabilità. I molti ostacoli ad una piena ed efficace tutela risarcitoria *ex post*, messi in luce dalla letteratura sul tema<sup>29</sup>, produrrebbero una complessiva riduzione dell'efficacia regolativa (oltre che, ovviamente, compensativa) della responsabilità civile, con la conseguenza di diluire l'effetto deterrente rispetto a quello socialmente desiderabile<sup>30</sup>. È anche da questa diffusa presa d'atto delle difficoltà del sistema di responsabilità civile che la regolazione *ex ante* di riduzione del rischio ha finito per imporsi come modello privilegiato di regolazione dei sistemi di IA<sup>31</sup>.

##### 5. Le conseguenze della regolazione del rischio

La disciplina europea sull'intelligenza artificiale è spesso presentata facendo appello al senso comune: tanto maggiore è il rischio, quanto più rigo-

*vironmental Impact Statements*, in *University of Illinois Law Review*, 2015, 1713; D.D. HIRSCH, *Protecting the Inner Environment: What Privacy Regulation Can Learn from Environmental Law*, in *Georgia Law Review*, 2006, 41, 1; O. BEN-SHAHAR, *Data Pollution*, in *Journal of Legal Analysis*, 2019, 11, 104.

<sup>28</sup> L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the Algorithm? Why a 'Right to an Explanation' Is Probably Not the Remedy You Are Looking for*, in *Duke Law & Technology Review*, 2017, 16, 18.. Su questo punto, nella letteratura italiana, si rinvia a G. COMANDÉ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali: studio di diritto comparato*, Torino 1999.

<sup>29</sup> Oltre a quelli elencati fin qui, in letteratura sono spesso richiamati una generale, maggiore adattabilità alle circostanze e rischi di cattura del regolatore, tipicamente legati tra l'altro allo sbilanciamento in termini di conoscenze tra settore pubblico e settore privato a tutto vantaggio del secondo.

<sup>30</sup> C. COGLIANESE, *The Law and Economics of Risk Regulation*, cit. 1 ss.

<sup>31</sup> Cf. G. SPINDLER, *Market Processes, Standardisation, and Tort Law*, in *European Law Journal*, 1998, 4, 316.



rose sono le regole, secondo un'impostazione di fondo simboleggiata dalla famosa piramide del rischio utilizzata dalle istituzioni europee per rappresentare e diffondere l'approccio europeo all'IA.

In realtà, inquadrare i potenziali danni dei sistemi di IA come rischi, prescrivendo misure per la loro mitigazione, lungi dall'essere una scelta neutrale o addirittura obbligata, porta con sé un preciso strumentario tecnico e una peculiare prospettiva di osservazione, forieri di scelte normative cariche di valore, su cui è bene soffermare l'attenzione<sup>32</sup>.

In primo luogo, considerare i potenziali danni provocati dall'IA come rischi da mitigare, imponendo l'adozione di misure tecniche *ex ante* finalizzate alla riduzione dei rischi fino a ricondurli entro livelli considerati accettabili, comporta che la tecnologia in questione sia consentita, nonostante gli eventuali danni che questa possa provocare<sup>33</sup>. Il Regolamento, ad esempio, nel qualificare come sistemi di IA ad alto rischio quei sistemi impiegati in una serie di settori chiave della società (alcune forme di biometria; infrastrutture critiche necessarie per la prestazione di un servizio essenziale; istruzione e formazione professionale; lavoro; servizi privati essenziali e prestazioni e servizi pubblici essenziali; attività di contrasto; migrazione, asilo e controllo del-

<sup>32</sup> M.E. KAMINSKI, *Regulating the Risks of AI*, cit. 1351 ("Framing the potential harms of AI systems as risks and the solutions as risk regulation are value-laden choices. The concept of risk itself brings with it a distinct perspective and normative leanings."); ID., *The Developing Law of AI: A Turn to Risk Regulation*, in *The Digital Social Contract: A Lawfare Paper Series. U of Colorado Law Legal Studies Research Paper*, 2023, No. 24-5, <https://ssrn.com/abstract=4692562>; W. BOYD, *Genealogies of Risk: Searching for Safety, 1930s-1970s*, in *Ecology Law Quarterly*, 2012, 39, 897 ("As understood here, risk thinking is intended as shorthand for the various concepts, tools, and practices that underwrite the formal understanding and assessment of risk."). Con riferimento specifico al diritto del lavoro, si v. M. BARBERA, *La nave deve navigare. Rischio e responsabilità al tempo dell'impresa digitale*, in M. BARBERA, L. GUAGLIANONE, *Welcome to the Machine. Lavoro e intelligenza artificiale*, Torino 2024, 1 ss., spec. 9, ove l'A., pur all'interno di una logica basata sul rischio, rinviene una differenza tra gli approcci lavoristici tradizionali e quelli utilizzati dal Regolamento IA nell'individuazione del soggetto legittimato a valutare e individuare le diverse fattispecie di rischio e di condotta e ad esercitare una funzione di controllo, che, nel secondo caso è un attore privato che si sostituisce, in tutto o in parte, al legislatore e al giudice. Tale attore – sottolinea l'A. – può essere l'impresa stessa o un soggetto terzo che svolge una funzione di standard setting di natura convenzionale.

<sup>33</sup> Il rischio è comunemente definito come la combinazione della probabilità della verificazione di un pregiudizio e della gravità tale pregiudizio. Cf. § 3.9 "ISO/IEC Guide 51:2014 Safety Aspects – Guidelines for Their Inclusion in Standards" <https://www.iso.org/standard/53940.html> ("combination of the probability of occurrence of harm and the severity of that harm.").

le frontiere; amministrazione della giustizia e processi democratici) ne consente l'uso in tutti questi ambiti a condizione che tali sistemi abbiano adottate misure di mitigazione del rischio appropriate<sup>34</sup>.

In secondo luogo, regolare gli usi dell'IA in base alla logica della *risk regulation* implica che i problemi derivanti da tale impiego siano considerati tali da poter essere risolti attraverso soluzioni tecniche. Si identificano rischi, se ne stima la probabilità di verifica, si stabilisce un livello di rischio tollerabile ("accettabile", secondo il Regolamento)<sup>35</sup> e si attuano le misure tecniche finalizzate al raggiungimento di questo obiettivo<sup>36</sup>. L'ottica è quella di "migliorare" una certa tecnologia attraverso soluzioni tecniche di tipo quantitativo, piuttosto che valutare in chiave critica l'opportunità del suo uso in un certo contesto o ambito, secondo una tendenza descritta in chiave critica come "*techno-correctionist*"<sup>37</sup>. Un simile approccio – si osserva – manca di considerare come l'impiego dell'IA modifichi le caratteristiche del settore di attività nel qual è impiegato, e in particolare gli effetti dell'introduzione di una certa tecnologia nella distribuzione di costi e benefici<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Sulle conseguenze del crescente impiego dell'IA in diversi settori della società, si rinvia a R. PARDOLESI, A. DAVOLA, *Algorithmic legal decision making: la fine del mondo (del diritto) o il paese delle meraviglie?*, in *Questione Giustizia*, 2020, 104 ss.; C. BUSCH, A. DE FRANCESCHI, *Granular Legal Norms: Big Data and the Personalization of Private Law*, in *Research Handbook on Data Science and Law*, a cura di V. Mak, E. Tjong Tjin Taj, A. Berlee, Cheltenham-Northampton, 2018, 408 ss.; A.J. CASEY, A. NIBLETT, *The Death of Rules and Standards*, in *Indiana Law Journal*, 2017, 92, 1401.

<sup>35</sup> Sulle difficoltà di definire il rischio residuo come accettabile si rinvia a H. FRASER, J.-M. BELLO Y VILLARINO, *Where Residual Risks Reside: A Comparative Approach to Art 9(4) of the European Union's Proposed AI Regulation*, cit., spec. 23 ss.

<sup>36</sup> Per un approfondimento critico delle conseguenze derivanti dal fare esclusivo affidamento a soluzioni tecniche si veda, ad esempio, J.M. EAGLIN, *When Critical Race Theory Enters the Law & Technology Frame*, in *Michigan Journal of Race & Law*, 2021, 26, 151 ("The challenge, then, is not simply to regulate the tools through law, but to see how law creates the dilemmas that the tools present."). Da questa constatazione discendono una serie di interrogativi ("How has law socially constructed the discourse around technology? How does law facilitate the material conditions that produce the demand for certain technologies? How do technologies reproduce or alter our understanding of race in society, and what is the role of law in perpetuating that meaning?").

<sup>37</sup> J.M. EAGLIN, *When Critical Race Theory Enters the Law & Technology Frame*, cit., 155; D. HELLMAN, *Measuring Algorithmic Fairness*, in *Virginia Law Review*, 2020, 106, 814; S.B. STARR, *Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination*, in *Stanford Law Review*, 2014, 66, 806.

<sup>38</sup> Cf. I. GABRIEL, *Toward a Theory of Justice for Artificial Intelligence*, *American Academy of Arts & Sciences*, 2022, <http://direct.mit.edu/daed/article->

Occorre sottolineare, a questo proposito, come, nell'effettuare le valutazioni del caso, e nell'individuare le soluzioni tecniche appropriate, gli organismi incaricati di emanare norme armonizzate compiano una serie di valutazioni matematiche e statistiche, in una logica prognostica *ex ante*, che spesso racchiudono in sé valutazioni di tipo normativo, ad esempio sul bilanciamento richiesto per valutare l'accettabilità di un pregiudizio per i diritti individuali o su quale sia il livello di rischio appropriato con il quale i membri di una società sono chiamati a confrontarsi dinanzi all'impiego di un certo sistema di IA. In altre parole, adoperando strumenti di regolazione del rischio, delicate valutazioni di tipo normativo divengono semplici valutazioni di conformità tecnica legate all'osservanza di uno standard di tipo quantitativo<sup>39</sup>.

È in casi del genere che la regolazione del rischio suscita le maggiori perplessità. L'approccio di carattere tecnico e quantitativo basato su rimedi procedurali standardizzati, tipico della regolazione del rischio, finisce per trasformare in valori monetari anche valori e interessi non economici, dalla vita umana al rispetto dei diritti fondamentali, realizzando scelte cruciali per la società attraverso l'impiego di metriche, adempimenti tecnici e documentali e rilevazioni statistiche, ossia attraverso lo strumentario tipico della *risk regulation*<sup>40</sup>.

pdf/151/2/218/2060584/daed\_a\_01911.pdf ("AI is not simply an additional ingredient that supervenes onto a stable practice leaving the fundamental elements of that practice untouched. Rather, AI interacts with the behavior of human decision-makers to shape the character of these practices, including how they distribute benefits and burdens across the population"). Per illustrare questa tesi l'autore fa riferimento all'uso dell'IA nel processo penale.

<sup>39</sup> Sul punto si vedano, ad esempio, le considerazioni di H. FRASER, J.-M. BELLO Y VILLARINO, *Where Residual Risks Reside: A Comparative Approach to Art 9(4) of the European Union's Proposed AI Regulation*, cit., 12 ("impact assessment tools, and risk assessment and management standards will help in identifying, quantifying, comparing, prioritising and planning the management of residual risks. But they cannot tell a duty-holder whether, in all the circumstances, a risk posed by a specific system deployed in a specific context for a specific purpose is *acceptable*.").

<sup>40</sup> Circa l'ineludibilità di giudizi normativi nella *risk regulation* si rinvia a C. COGLIANESE, *The Law and Economics of Risk Regulation*, cit., 8 ("Put simply, the issue has often been characterized by the question: How safe is safe? Answering this question requires making a normative decision about how much risk members of the public should confront in their lives"). Su questo punto si veda, in chiave critica, W.E. WAGNER, *The Science Charade in Toxic Risk Regulation*, in *Columbia Law Review*, 1995, 95, 1613. Con riferimento specifico al Regolamento IA v. J. SCHUETT, *Risk Management in the Artificial Intelligence Act*, cit, 1 ss.; M.E. KAMINSKI, *The Developing Law of AI: A Turn to Risk Regulation*, in *The Digital Social Contract: A Lawfare Paper Series*, 2023, spec. 15; P.T. KIM, *Auditing Algorithms for Discrimination*, in *University of Pennsylvania Law Review Online*, 2017, 166; D. HELLMAN, *Measuring Algorith-*

È evidente come un approccio del genere lasci aperte una serie di questioni interpretative. Come stabilire quando il rischio residuo sia accettabile, nel caso siano in gioco diritti fondamentali? Come stabilire, ad esempio, quando un rischio di discriminazione sia accettabile, nel caso in cui – ammesso che una simile valutazione sia possibile – una spesa di cento consenta una riduzione del rischio del cinquanta per cento, mentre per raggiungere una riduzione del settanta per cento sia necessario spendere trecento? È accettabile in un caso del genere limitare la riduzione del rischio al solo cinquanta per cento, considerati i costi da sostenere?<sup>41</sup> L'ampio ricorso, lungo tutto il Regolamento, a parametri elastici non fa che amplificare la questione, rimettendo di fatto delicate operazioni di bilanciamento a organismi tecnici che le traducono in prescrizioni tecniche<sup>42</sup>.

In conclusione, la logica attuariale e tecnocratica dei sistemi di regolazio-

*mic Fairness*, cit., 834. Circa l'esigenza di affrontare il tema da una prospettiva di politica del diritto, senza nascondere la questione in una veste di scelte tecnica, si rinvia, altresì, a I. AJUNWA, *The Paradox of Automation as Anti-Bias Intervention*, in *Cardozo Law Review*, 2020, 41, 1679. Più in generale su questi temi, vedi anche F. ACKERMAN, L. HEINZERLING, *Priceless: On Knowing the Price of Everything and the Value of Nothing*, New Press, 2004; S. KELMAN, 1981. *Cost-Benefit Analysis: An Ethical Critique*, in *AEI Journal on Government and Society Regulation*, 1981, 33. In tema di dati si vedano le considerazioni di S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, in *California Law Review*, 2016, 104, 671; P.T. KIM, *Auditing Algorithms for Discrimination*, cit., 202.

<sup>41</sup> Nel richiamare la proporzionalità tra rischi e misure da adottare, in base al Regolamento uno degli elementi centrali di tale giudizio di proporzionalità sono i costi da sostenere. Si veda, ad esempio, Cons. 146 ("Inoltre, alla luce delle dimensioni molto ridotte di alcuni operatori e al fine di garantire la proporzionalità rispetto ai costi dell'innovazione, è opportuno consentire alle microimprese di adempiere a uno degli obblighi più dispendiosi, vale a dire l'istituzione di un sistema di gestione della qualità, in un modo semplificato che ridurrebbe gli oneri amministrativi e i costi a carico di tali imprese senza incidere sul livello di protezione e sulla necessità di rispettare i requisiti per i sistemi di IA ad alto rischio. La Commissione dovrebbe elaborare orientamenti per specificare gli elementi del sistema di gestione della qualità che le microimprese devono soddisfare in tale modo semplificato.").

<sup>42</sup> Cf. M. EBERS, V.R.S. HOCH, F. ROSENKRANZ, H. RUSCHEMEIER, B. STEINRÖTTER, *The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act—A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)*, in *J*, 2021, 4, 589, spec. p. 592, ove si richiamano espressioni come "trattamento pregiudizievole o sfavorevole [...] ingiustificato o sproporzionato rispetto al [...] comportamento sociale o alla sua gravità", la cui indeterminatezza finisce per accrescere l'incertezza sull'effettivo grado di tutela che spetta al singolo per la violazione di diritti fondamentali; A. SOLOW-NIEDERMAN, *Can AI Standards Have Politics?*, in *UCLA Law Rev. Disc.*, 2023, 71, 2; J. LAUX, S. WACHTER & B. MITTELSTADT, *Three Pathways for Standardisation and Ethical Disclosure by Default Under the European Union Artificial Intelligence Act*, in *Computer Law & Security Review*, 2024, 53, 1059.

ne del rischio racchiude al proprio interno scelte politiche di fondo che è bene rendere esplicite.

D'altra parte, la regolazione del rischio costituisce una tecnica normativa di più agevole attuazione nella gestione di rischi facilmente identificabili e quantificabili. Al contrario, ricorrere a misure tecniche standardizzate, volte alla razionalizzazione ed alla quantificazione dei rischi attraverso strumenti statistici, attuariali e assicurativi secondo calcoli matematici, potrebbe non risultare del tutto appropriato nel caso di diritti e valori che non si prestano agevolmente ad essere quantificati. In altre parole, la *risk regulation* si rivela sicuramente più adatta alla stima dei rischi quantificabili, e molto meno a quelli più difficilmente addomesticabili su base numerica.

Come visto, nonostante parli il linguaggio della certezza scientifica e delle scienze esatte, questo tipo di analisi dei costi e dei benefici comporta la formulazione di giudizi normativi complessi, come sono tipicamente quelli derivanti dalla violazione di diritti, rispetto ai quali risulta più problematico avvalersi di strumenti di valutazione e di misurazione delle attività intraprese<sup>43</sup>.

Il pericolo è quello di ignorare, o comunque di sottovalutare, i rischi connessi al mancato rispetto dei diritti fondamentali o di valori chiave della società, rendendoli meno visibili, e di presentare questioni di *policy* sotto forma di scelte tecniche neutrali, entro cui la definizione di categorie ampie, controverse e di difficile definizione – equità, non discriminazione, diritti fondamentali – è rimessa alla definizione di standard tecnici da parte di soggetti tecnici privati<sup>44</sup>.

Oltretutto, la standardizzazione e l'analisi costi-benefici proprie della regolazione del rischio, e la conseguente formulazione di giudizi normativi

<sup>43</sup> M.E. KAMINSKI, *Regulating the Risks of AI*, cit., 1378 (“This, then, is one of the core challenges for AI risk regulation: it deploys a largely ex ante regulatory tool best suited for readily quantifiable harms to address big, often-unquantifiable, often-contested, often-contextual, and often-individualized “risks.””).

<sup>44</sup> M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act, Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach*, in *Computer Law Review International*, 2021, 22, 4. A ciò si aggiunga che si tratta di una tecnica che maggiormente si espone al rischio di cattura del regolatore, soprattutto a causa della distribuzione delle conoscenze in materia a vantaggio del settore privato. Sul punto, cf. M.U. SCHERER, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, cit., 387. Più in generale, sulle circostanze e sui contesti che aumentano i rischi di cattura del regolatore, v. D.A. FARBER, P.P. FRICKEY, *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, Chicago 1991. In tema di lavoro, per una riflessione critica sull'impiego della nozione di discriminazione nel Regolamento IA, si rinvia a M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *Labour & Law Issues*, 2021, I, 49.

complessi su come valutare benefici e rischi, risulta ancora più problematica in un ambito, come quello dell'impiego dell'intelligenza artificiale, nel quale l'elaborazione di standard etici condivisi è ancora una strada da percorrere<sup>45</sup>, e in settori nei quali i rischi derivanti dall'impiego di questi sistemi non siano ancora del tutto chiari per assenza di una casistica sviluppata<sup>46</sup>. E tali difficoltà sono ulteriormente aggravate dalle incertezze sul piano empirico che contribuiscono a spiegare la notevole diversità di risultati derivanti dall'impiego di questa tecnica nei diversi ambiti di applicazione<sup>47</sup>.

### 6. *La distribuzione del rischio*

Dopo aver passato in rassegna le ragioni per cui l'apparente neutralità di una gestione del rischio attraverso norme tecniche standardizzate risulti smentita dall'ineludibilità di giudizi di tipo normativo che sono incorporati nelle scelte tecniche, oltre che a difficoltà di tipo empirico, proviamo adesso a proseguire nel medesimo solco di ragionamento, focalizzando l'attenzione sugli effetti distributivi di questa particolare tecnica normativa quando sono in gioco diritti e valori fondamentali dell'UE.

L'importanza di una riflessione approfondita sulla distribuzione dei rischi e dei benefici dell'IA, e sui profili problematici che un simile impiego

<sup>45</sup> J. SCHUETT, *Risk Management in the Artificial Intelligence Act*, cit., 13.

<sup>46</sup> Su questo specifico aspetto si vedano le riflessioni di H. FRASER, J.-M. BELLO Y VILLARINO, *Where Residual Risks Reside: A Comparative Approach to Art 9(4) of the European Union's Proposed AI Regulation*, cit., 12 ("Developing standards is complicated in the context of AI. Standardisation works well in contexts where risks are known and there is good evidence from past events, less well when data from previous experience is missing, and potentially terribly when a system has not been tested in real life or can change its expected behaviour through a process of learning."). Sul punto v. anche P.R. KLEINDORFER, H.C. KUNREUTHER, *Challenges Facing the Insurance Industry in Managing Catastrophic Risks*, in K.A. FROOT, *The Financing of Catastrophe Risk*, Chicago, 1999, 149, 155; J. TURNER, *Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence*, Cham, 2019, 75. Con specifico riferimento all'intelligenza artificiale e al *machine learning* v. D. AMODEI ET AL., *Concrete Problems in AI Safety*, in *Arxiv*, 2016, <https://arxiv.org/abs/1606.06565>.

<sup>47</sup> Cf. C. COGLIANESE, *The Law and Economics of Risk Regulation*, cit., 12 ("Currently, the estimated net benefits of risk regulation vary markedly across, and within, policy areas. Some regulations have been estimated to cost only in the tens of thousands of dollars per life saved; others have been estimated to cost billions of dollars for each life saved"). Sul punto v. S.G. BREYER, *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*, Cambridge-MA 1993.

della *risk regulation* comporta, deriva dalla circostanza che i rischi temuti e i potenziali benefici, derivanti dall'impiego di un certo sistema di IA, quasi mai ricadono sugli stessi soggetti o gruppi<sup>48</sup>.

Com'è fatto esplicito in apertura del Regolamento, la società si assume determinati rischi nel nome dei benefici che una certa scelta può comportare. Questa valutazione avviene in forma aggregata, guardando al bilancio complessivo tra costi e benefici, lasciando sullo sfondo le considerazioni relative al fatto che questi siano distribuiti in misura diversa su segmenti diversi dei potenziali danneggiati.

In una logica aggregata, com'è quella della regolazione del rischio, è perfettamente razionale adottare tecnologie che comportano rischi anche elevati per singoli individui o gruppi, nel caso in cui questi rischi sono compensati da vantaggi ancora maggiori per la società nel suo complesso. La standardizzazione tipica dei sistemi di regolazione del rischio *ex ante* non tiene conto, infatti, del carattere individualizzato e contestuale di alcuni tipi di rischio e dei pregiudizi che l'impiego di questi sistemi porta con sé<sup>49</sup>. L'impiego dell'intelligenza artificiale, ad esempio, per gestire il welfare dello Stato, per selezionare candidati ad un posto di lavoro o per concedere un mutuo da parte di una banca, può avere effetti complessivamente positivi per lo Stato, per il datore di lavoro o per la banca che impieghi tali sistemi, con vantaggi innegabili ad esempio in termini di efficienza. Ma, allo stesso tempo, può creare effetti pregiudizievoli e rischi di discriminazione per determinati soggetti o gruppi particolarmente svantaggiati dall'uso di tali sistemi<sup>50</sup>.

Non solamente trattare i danni potenziali come rischi da gestire significa adottare una visione aggregata che guarda all'impatto complessivo di un determinato rischio sulla società, a scapito delle peculiarità delle posizioni individuali. A ciò si aggiunga il pericolo che, in molti casi, siano i soggetti più

<sup>48</sup> Traccia un parallelo tra la regolazione dei sistemi di IA ad alto rischio, consentiti in ragione dei benefici che portano a dispetto dei rischi che comportano, e l'imposizione di regimi di responsabilità oggettiva, che tipicamente si giustificano per le attività pericolose ma socialmente ritenute utili, J. CHAMBERLAIN, *The Risk-Based Approach of the European Union's Proposed Artificial Intelligence Regulation: Some Comments from a Tort Law Perspective*, cit., 8.

<sup>49</sup> Sul punto si vedano, ad esempio, le riflessioni di J. CHAMBERLAIN, *The Risk-Based Approach of the European Union's Proposed Artificial Intelligence Regulation: Some Comments from a Tort Law Perspective*, cit., 7.

<sup>50</sup> Per una prima trattazione di questo argomento si rinvia ai lavori di V. EUBANKS, *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, Londra 2018; S. UMOJA NOBLE, *Algorithms of Oppression*, New York, 2018; R. BENJAMIN, *Race After Technology: Abolitionist Tools for the New Jim Code*, Hoboken-NJ, 2019.

vulnerabili ad essere maggiormente esposti alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'impiego di strumenti il cui impatto complessivo è considerato positivamente se visto in modo aggregato<sup>51</sup>. Ciò può verificarsi, ad esempio, a causa dei parametri utilizzati per compiere questa valutazione del rischio, i quali prendono a riferimento la figura tipica del c.d. "uomo medio", a scapito di una visione più articolata e complessa della società, che tenga conto delle differenze e delle diversità tra individui e tra gruppi di soggetti<sup>52</sup>.

### 7. I rapporti tra regolazione del rischio e risarcimento del danno

I limiti di un sistema imperniato sulla mitigazione del rischio sono ulteriormente esacerbati dal fatto che il Regolamento non prevede espressamente strumenti risarcitori *ex post* a tutela di posizioni giuridiche soggettive violate, in questo allontanandosi dalle scelte compiute dal legislatore europeo in passato, come nel caso del GDPR<sup>53</sup>. Dinanzi a questa mancanza, il rischio è quello di lasciare colui che subisce il danno senza rimedi, o con rimedi insufficienti, pregiudicando la possibilità di ottenere tutela una volta che il danno si sia verificato<sup>54</sup>.

Con riferimento al Regolamento, la questione nodale è quella della risarcibilità del rischio c.d. residuo, ossia di quel rischio che rimane anche dopo che sono state assunte le misure di mitigazione. Il punto di riflessione più significativo, a tal proposito, riguarda lo spazio riconosciuto a eventuali pretese risarcitorie in caso di sistemi di IA che, in base ad una valutazione *ex ante*, presentino livelli di rischio "accettabile".

Il rapporto che intercorre, nella normativa in commento, tra regolazione del rischio *ex ante* e regime di responsabilità *ex post* richiede un chiarimento preliminare. In linea di principio, il Regolamento si limita a disciplinare le

<sup>51</sup> S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, *California Law Review*, 2016, 104, 684.

<sup>52</sup> W. BOYD, *Genealogies of Risk: Searching for Safety, 1930s-1970s*, cit., spec. 912 e 927.

<sup>53</sup> In questo, il Regolamento si allontana dalle scelte compiute dal legislatore europeo in passato, come nel caso del GDPR, il cui Capo VIII è dedicato a "Mezzi di ricorso, responsabilità e sanzioni". Sul punto, si rinvia alla Sezione 4 (Mezzi di ricorso), e in particolare all'art. 85 (Diritto di presentare un reclamo a un'autorità di vigilanza del mercato) e all'art. 86 (Diritto alla spiegazione dei singoli processi decisionali).

<sup>54</sup> Sul rapporto tra responsabilità civile e giustizia distributiva si rinvia a J. GARDNER, *What is Tort Law For? The Place of Distributive Justice, Torts and Other Wrongs*, Oxford, 2019.



condizioni di immissione sul mercato dei sistemi di IA. Mentre le conseguenze derivanti dagli impieghi di tali sistemi, una volta che siano immessi sul mercato, rimangono soggette alla disciplina di settore. Ad esempio, l'operato di un datore di lavoro che impieghi un sistema di IA per licenziare, promuovere o assumere una persona è di per sé passibile di sindacato da parte del giudice allo stesso modo in cui lo sono le decisioni adottate dal medesimo datore di lavoro senza ricorrere a sistemi di IA<sup>55</sup>.

D'altra parte, posto esclusivamente in questi termini il nostro ragionamento rimarrebbe monco. Se ci limitassimo cioè alla presa d'atto dell'autonomia formale dei due sistemi, e alla considerazione di carattere generale circa la relativa indipendenza della disciplina delle condizioni per l'immissione sul mercato dei sistemi di IA e dei regimi di responsabilità per danni derivanti dall'impiego di questi sistemi, trascureremmo di valutare gli effetti complessivi della normazione *ex ante* sull'esperibilità di rimedi *ex post*, e in particolare sulle misure compensative a tutela di posizioni particolari<sup>56</sup>.

Pur senza escludere a monte la responsabilità per danni derivanti da sistemi di IA, infatti, il pericolo che una disciplina come quella in commento porta con sé è che l'assolvimento delle misure di mitigazione del rischio prescritte per legge possano, in molti casi, costituire un ostacolo considerevole all'affermazione di responsabilità.

Un simile pericolo è sicuramente più intenso nel caso di responsabilità

<sup>55</sup> Osserva sul punto M. BARBERA, *La nave deve navigare. Rischio e responsabilità al tempo dell'impresa digitale*, cit., 9, che: "Con le tecniche attuali, il rischio d'impresa cessa di essere criterio unitario di imputazione della responsabilità del danno e si tende invece a far assumere il rischio alle due parti, distribuendolo sulla base di valutazioni *ex ante* di tipo procedurale (risk assesment e planning) e rendicontazioni *ex post*, basate sulle circostanze concrete e su esercizi di bilanciamento, assumendo che ciascuna parte sia nella posizione di prendere scelte informate.". Più in generale, sottolinea l'A. come il rischio non sia certo una categoria nuova per il diritto del lavoro, aggiungendo però come la distribuzione del rischio avvenga, nella regolazione della sfera digitale (e in particolare nel Regolamento IA), secondo coordinate almeno parzialmente nuove: l'adozione di una concezione graduata di rischio; la distribuzione del rischio fra le due parti del rapporto piuttosto che l'attribuzione a quella economicamente più forte; l'affidamento della gestione del rischio a un'auto-regolazione di natura privata, di carattere prevalentemente procedurale, di natura flessibile e dagli esiti aperti. In generale, sulla nozione di rischio nel diritto del lavoro, si veda P. LOI, *La sicurezza. Diritto e fondamento dei diritti nel rapporto di lavoro*, Torino 2000. Sui nuovi rischi in tema di lavoro si rinvia alle riflessioni di M. TIRABOSCHI, *Nuovi modelli di organizzazione del lavoro e nuovi rischi*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2022, 136.

<sup>56</sup> Cf. L. ARNAUDO, R. PARDOLESI, *Ecce Robot. Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale*, in *Danno e responsabilità*, 2023, 409 ss.

per colpa. Le numerose assonanze tra i criteri di valutazione del rischio e i parametri comunemente impiegati, nei diversi ordinamenti e nelle diverse branche del diritto, per la valutazione della colpa in sede di risarcimento del danno mostrano chiaramente la potenziale sovrapposizione. Questa corrispondenza tra i fattori di gestione del rischio e gli elementi rilevanti ai fini dell'affermazione della colpa in sede risarcitoria favorisce la possibilità che, in molti casi, la conformità a standard possa essere considerata sufficiente ad escludere la colpa, in un travaso di categorie e giudizi che sarebbe certamente favorito dal ruolo di esperti e periti, chiamati a dirimere questioni tecniche nei giudizi di responsabilità<sup>57</sup>.

In linea di principio, maggiore spazio ad istanze risarcitorie dovrebbe residuare nelle ipotesi di responsabilità oggettiva. Ma anche in questo caso è facile immaginare numerosi ostacoli alla risarcibilità del danno derivante da sistemi di IA conformi al Regolamento.

A rendere marginali le ipotesi di affermazione della responsabilità individuale anche nel caso di responsabilità oggettiva non sarebbe solamente il carattere residuale, in tutti gli ordinamenti europei, di questo regime di responsabilità rispetto a quello ordinario fondato sulla colpa. A questa prima considerazione si deve aggiungere una valutazione sull'impatto delle numerose dottrine, presenti anche nel Regolamento, che finirebbero per limitare in misura significativa le istanze risarcitorie ai sistemi di IA anche in casi di applicabilità di un sistema di responsabilità oggettiva. Si pensi, ad esempio, all'esenzione da responsabilità prevista per i danni derivanti da sistemi che presentano rischi che non possono essere ragionevolmente attenuati o eliminati attraverso lo sviluppo o la progettazione o la fornitura di informazioni

<sup>57</sup> Osserva, a tal proposito, F. CAFAGGI, *A Coordinated Approach to Regulation and Civil Liability*, in, *The Institutional Framework of European Private Law*, a cura di F. Cafaggi, Oxford, 2006, 199: "To the extent that regulation has increasingly provided new standards for examining the conduct of potential injurers, the corresponding modifications in civil liability have proved significant for the definition of standards in negligence and strict liability". Con riferimento al common law, osserva come il bilanciamento compiuto ex ante in sede di regolazione del rischio determini una maggiore reticenza dei giudici a riconoscere il risarcimento in casi individuali, D.A. KYSAR, *The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism*, cit., 51 ss. Sostiene che anche nell'ordinamento italiano il giudice dovrebbe essere chiamato "ad allinearsi alle valutazioni espresse dal legislatore e compiutamente definite negli *standards* tecnici" e, quindi, "ad emettere una decisione che risulti coerente con le scelte operate da quest'ultimo", E. AL MUREDEN, *Il danno da "prodotto conforme". Le soluzioni europee e statunitensi nella prospettiva del Transatlantic Trade and Investment Partnership (T.T.I.P.)*, in *Contratto e impresa*, 2015, 393 e 401.

tecniche adeguate<sup>58</sup>, secondo la nota dottrina dell'*unavoidably unsafe products*<sup>59</sup>, ovvero al richiamo allo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche e alla dannosità ignota<sup>60</sup>, solo per citare alcune delle disposizioni che vengono in rilievo in casi del genere e che potrebbero fondare un'esimente da invocare nel giudizio di responsabilità.

A tal proposito, il Parlamento europeo aveva proposto in passato di estendere l'area della responsabilità oggettiva ai danni provocati dai sistemi di IA ad alto rischio, e di applicare agli altri sistemi di IA uno speciale regime di responsabilità per colpa, prevedendo altresì una presunzione relativa di colpa<sup>61</sup>. In questo modo, i sistemi di IA ad alto rischio sarebbero stati assimilati ad attività pericolose, come quelle che tipicamente giustificano l'applicazione del regime di responsabilità oggettiva. Il provvedimento è rimasto lettera morta e, d'altra parte, avrebbe tracciato una strada di difficile percorribilità, date le diversità di regime giuridico esistenti a livello europeo sui settori di attività sottoposti a responsabilità oggettiva, che si sommerebbero alle notevoli complicazioni derivanti dall'applicazione di un regime speciale di responsabilità ad una categoria – quella dei sistemi di IA ad alto rischio - dai confini incerti.

## 8. Alcune considerazioni conclusive

Abbiamo provato, in queste pagine, a mettere in luce le diverse ragioni per cui un sistema di regolazione del rischio privilegi una considerazione

<sup>58</sup> Cf. art. 9, co. 3 ("I rischi di cui al presente articolo riguardano solo quelli che possono essere ragionevolmente attenuati o eliminati attraverso lo sviluppo o la progettazione del sistema di IA ad alto rischio o la fornitura di informazioni tecniche adeguate.").

<sup>59</sup> Cf. art. 9, co. 3, Regolamento IA. In dottrina si veda, tra i molti, J.A. PAGE *Liability for Unreasonably and Unavoidably Unsafe Products: Does Negligence Doctrine Have a Role to Play*, in *Chicago-Kent Law Review*, 1996, 72, 87.

<sup>60</sup> Sul punto si rinvia ai Considerando 64, 116, e 121; nonché agli Articoli 8, 25 comma 4, 50 comma 2, 51 comma 3, e 96 comma 1.

<sup>61</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL)) (2021/C 404/05). Nel 2022 la Commissione UE aveva anche presentato una Proposta di Direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale (COM(2022) 496 final) con l'obiettivo di derogare in parte l'ordinaria disciplina dei singoli stati membri in tema di responsabilità extracontrattuale nel caso in cui il danno sia stato causato con il concorso di sistemi di IA ad alto rischio, attraverso disposizioni in tema di dimostrazione della colpa e del nesso di causalità. Anche questa Proposta non ha avuto seguito.

complessiva, aggregata e standardizzata a livello tecnico dei rischi derivanti dall'impiego di sistemi di IA, a scapito di valutazioni maggiormente sensibili alla dimensione individualizzata e contestuale, che guardino con maggiore attenzione ai soggetti e ai gruppi sui quali tali rischi ricadono. E abbiamo sottolineato come questa tendenziale indifferenza alla distribuzione del rischio finisca per incidere principalmente sui soggetti più vulnerabili.

In chiusura, proviamo a completare questo ragionamento critico fornendo alcune, prime indicazioni operative volte a favorire una lettura del Regolamento maggiormente orientata a considerazioni di tipo distributivo, che dia maggiore spazio a quei bisogni di tutela che, almeno a prima vista, trovano accoglimento solo in misura marginale nella disciplina in commento.

Al fine di affiancare alla valutazione aggregata e standardizzata sull'accettabilità del rischio un'adeguata considerazione anche della distribuzione di tale rischio, un primo gruppo di disposizioni riguarda le modalità di esercizio dei poteri riservati dal Regolamento alla Commissione UE.

A tal proposito, il punto di riflessione principale riguarda il meccanismo di fondo previsto dal Regolamento per qualificare i sistemi di IA come ad alto rischio. Nell'esercitare il potere previsto dall'art. 7 del Regolamento, relativo alle modifiche dei sistemi di IA considerati ad alto rischio, tra i tanti criteri indicati al secondo comma per qualificare un sistema di IA come ad alto rischio, una particolare considerazione dovrebbe essere riservata dalla Commissione, non solamente alla portata potenziale del danno o dell'impatto negativo in termini di intensità e capacità di incidere su più persone ma, in misura altrettanto rilevante, alla capacità di incidere in modo sproporzionato su un particolare gruppo di persone, secondo quanto previsto da un inciso aggiunto solamente nell'ultima versione poi approvata dell'articolo stesso (art. 7, co. 2, lett. f)<sup>62</sup>.

<sup>62</sup> Il Regolamento fissa dei criteri affinché la Commissione possa modificare in senso additivo l'elenco degli usi ad alto rischio per quei "sistemi di IA presentano un rischio di danno per la salute e la sicurezza, o di impatto negativo sui diritti fondamentali, e tale rischio è equivalente o superiore al rischio di danno o di impatto negativo presentato dai sistemi di IA ad alto rischio di cui all'allegato III" (art. 7, co 1, lett. b). Tra questi, incidono: la misura in cui l'uso di un sistema di IA ha già causato un danno alla salute e alla sicurezza, ha avuto un impatto negativo sui diritti fondamentali o ha suscitato gravi preoccupazioni in relazione alla probabilità di tale danno o impatto negativo; la portata potenziale di tale danno o di tale impatto negativo; la misura in cui le persone che potrebbero subire il danno o l'impatto negativo dipendono dal risultato prodotto da un sistema di IA, in particolare perché per motivi pratici o giuridici non è ragionevolmente possibile sottrarsi a tale risultato; la misura in cui esiste uno squilibrio di potere o le persone che potrebbero subire il danno o l'impatto negativo si trovano in una posizione vulnerabile rispetto all'utente di un sistema di IA; la

In modo complementare, occorrerebbe attribuire un ruolo centrale alle specifiche comuni adottate dalla Commissione in tutti i casi in cui le norme armonizzate non tengano sufficientemente conto delle preoccupazioni in materia di diritti fondamentali (art. 41), ridimensionando, ove si verificano casi del genere, il riferimento espresso, contenuto nello stesso Regolamento, all'eccezionalità di tale strumento<sup>63</sup>.

Sempre con riferimento ai poteri della Commissione, è indispensabile che, nella formulazione delle richieste di normazione alle organizzazioni europee competenti, ai sensi dell'art. 40, sia dato particolare rilievo alle questioni normative che sono implicate nella definizione delle soluzioni tecniche che tali organismi sono chiamati ad elaborare.

Infine, nella definizione del contenuto e degli obblighi a carico dei fornitori, relativi al monitoraggio successivo all'immissione sul mercato di un sistema di IA, occorre che la Commissione, nel definire il modello per il piano di monitoraggio ai sensi dell'art. 72, comma 3, valorizzi adeguatamente gli eventuali effetti sfavorevoli su individui o segmenti determinati della popolazione di un certo sistema di IA, e ne tenga conto nel determinare correttivi adeguati, soprattutto nel caso in cui ad essere penalizzati siano i soggetti più vulnerabili<sup>64</sup>.

Come si vede già da questa rapida rassegna, il modo in cui la Commissione UE eserciterà la propria discrezionalità nell'esercizio delle prerogative riconosciute dal Regolamento costituirà un fattore decisivo nel dare maggiore o minore ingresso a considerazioni di tipo distributivo nella valutazione dell'impatto dei sistemi di IA.

misura in cui il risultato prodotto con il coinvolgimento di un sistema di IA è facilmente correggibile o reversibile.

<sup>63</sup> A definire le specifiche comuni come soluzione "eccezionale" è il Considerando 121 del Regolamento ("La specifica comune dovrebbe costituire una soluzione eccezionale di ripiego per agevolare l'obbligo del fornitore di conformarsi ai requisiti del presente regolamento, quando la richiesta di normazione non è stata accettata da alcuna delle organizzazioni europee di normazione, quando le pertinenti norme armonizzate non tengono sufficientemente conto delle preoccupazioni in materia di diritti fondamentali, quando le norme armonizzate non sono conformi alla richiesta o quando vi sono ritardi nell'adozione di una norma armonizzata appropriata").

<sup>64</sup> Sostiene l'esigenza di una valutazione degli standard in chiave egualitarista, in applicazione di principi ispirati alla teoria della giustizia di John Rawls, I. GABRIEL, *Toward a Theory of Justice for Artificial Intelligence*, cit., 225 ("when AI is integrated into a key social practice, in a way that affects the overall distribution of benefits and burdens, it is pertinent to ask whether it does the most it possibly can do to improve the position of the least advantaged member of that system.").

D'altra parte, la rilettura del Regolamento nella chiave suggerita trova ulteriori, importanti punti di emersione. Un ruolo fondamentale riveste, a tal proposito, la valutazione d'impatto sui diritti fondamentali prevista per i sistemi di IA ad alto rischio (art. 27). Seppure non applicabile in via generalizzata, ma solamente agli organismi di diritto pubblico e agli enti privati che forniscono servizi pubblici (oltre che ad alcuni, pochi sistemi di IA ad alto rischio)<sup>65</sup> il recupero della dimensione individuale e contestuale dell'impatto dell'IA passerebbe in questo caso dalla valorizzazione, tra gli elementi previsti dal Regolamento per la valutazione di impatto, delle categorie di persone fisiche e gruppi verosimilmente interessati dall'uso dell'IA nel contesto specifico, e dalla valutazione dei rischi specifici di danno che possono incidere su particolari categorie o gruppi di persone<sup>66</sup>.

Da ultimo, abbiamo visto come le perplessità sottolineate in queste pagine siano ulteriormente esacerbate dalle difficoltà che investono i meccanismi di affermazione della responsabilità *ex post*. In un quadro simile, appare fondamentale evitare un complessivo indebolimento degli strumenti legati alla responsabilità civile, così da non pregiudicare l'efficacia della regolazione del rischio, privandola di un riscontro *ex post* che faccia da complemento, anziché da sostituto, alla determinazione e alla mitigazione *ex ante* del rischio<sup>67</sup>.

Tale esigenza di carattere generale diviene ancor più pressante nel caso in cui l'omogeneità del rischio sia bassa, ossia quando il livello di differenziazione del livello di rischio sia elevato in ragione dei diversi soggetti in questione. Ove ciò accada, quando cioè il rischio abbia carattere fortemente contestuale e individualizzato, il sistema della responsabilità civile *ex post* può risultare più efficiente di un sistema *ex ante* di regolazione del rischio<sup>68</sup>. In un

<sup>65</sup> Il riferimento è ai sistemi di IA destinati a essere utilizzati per valutare l'affidabilità creditizia delle persone fisiche o per stabilire il loro merito di credito, a eccezione dei sistemi di IA utilizzati allo scopo di individuare frodi finanziarie e a quelli destinati a essere utilizzati per la valutazione dei rischi e la determinazione dei prezzi in relazione a persone fisiche nel caso di assicurazioni sulla vita e assicurazioni sanitarie (cf. Allegato III, punto 5, lettere b) e c)).

<sup>66</sup> Cf. art. 27, co. 1, lett. c-d.

<sup>67</sup> In tema di lavoro, osserva M. BARBERA, *La nave deve navigare. Rischio e responsabilità al tempo dell'impresa digitale*, cit., 10, come, per effetto del Regolamento IA, la responsabilità *ex ante* per non aver previsto e prevenuto il danno possa essere la condizione per l'istaurarsi della responsabilità *ex post*.

<sup>68</sup> J. CHAMBERLAIN, *The Risk-Based Approach of the European Union's Proposed Artificial Intelligence Regulation: Some Comments from a Tort Law Perspective*, cit., 7. F. CAFAGGI, *A Coordinated Approach to Regulation and Civil Liability* cit., 191 ss. Cf. D.A. KYSAR, *The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism*, cit., spec. 52 ss.

contesto del genere, la responsabilità civile è chiamata a svolgere un ruolo fondamentale, non solamente quale strumento di compensazione del danno, ma anche di incentivo per il livello efficiente di attività rischiose, assumendo così una funzione regolativa strategica che è indispensabile mantenere nella sfida del diritto al governo dell'IA, a tutela dei diritti fondamentali e dei valori fondamentali dell'UE.





MICHELE SIRI

## I RATING ESG ED IL FATTORE “S”

SOMMARIO: 1. Introduzione. I fattori sociali come parte della formula “ESG”. – 2. La tassonomia “S” come derivato della tassonomia “E”: contributo sostanziale, DNSH e garanzie minime di salvaguardia. – 3. La *governance* societaria: gli obiettivi e i sotto-obiettivi indicati dal Rapporto. – 4. Le deviazioni dalla tassonomia ambientale. In particolare: il problema della misurazione del contributo agli obiettivi sociali. – 5. L'importanza dei rating ESG: rilievo e attuali criticità negli odierni mercati finanziari. – 6. La misurazione del rating “S”, tra criticità e possibili soluzioni. – 7. Alcune questioni di fondo ancora aperte.

### 1. *Introduzione. I fattori sociali come parte della formula “ESG”*

La sostenibilità è ormai da molti anni uno dei punti chiave nell'Agenda legislativa dell'Unione europea. L'obiettivo di un simile programma è quello di favorire la considerazione di fattori ambientali, sociali e di *governance* (ESG) per promuovere le attività economiche adottando una prospettiva a lungo termine. In questo senso, l'Unione europea intenderebbe sfruttare, e incrementare, il desiderio sempre più marcato e diffuso tra gli investitori a finanziarie attività che includano in vario modo i fattori ESG.

Applicata alla disciplina finanziaria, la sostenibilità può essere intesa come “il processo di tenere in debito conto le considerazioni ambientali e sociali nel processo decisionale di investimento, che porta ad un aumento degli investimenti in attività sostenibili e a lungo termine”<sup>1</sup>.

La formula “ESG” comprende temi assai variegati e disomogenei. Tra tali questioni, i fattori “sociali” (la lettera “S” della formula) scontano una particolare complessità nella loro puntuale individuazione e identificazione. Essi possono riferirsi, infatti, a questioni legate alla disuguaglianza, all'inclusività, ai rapporti di lavoro e/o all'investimento nel capitale umano e nelle comunità.

A causa (anche se non solo) della difficoltà di dare reale concretezza a queste tematiche, i fattori sociali sono stati i più trascurati, tra quelli sulla sostenibilità, dagli investitori, in particolare da quelli istituzionali. Non a caso,

<sup>1</sup> Commissione europea, *Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*, COM (2018) 97 final.

l'espressione "finanza sostenibile" sembra per lo più richiamare le sfide ambientali che il nostro mondo sta per (e deve) affrontare. Il cambiamento climatico, ormai da anni al centro del dibattito pubblico, politico e accademico a livello internazionale, ne è un esempio paradigmatico.

L'interesse per la dimensione sociale nella finanza per la sostenibilità è un fenomeno emergente. Nell'ottobre scorso, in occasione della conferenza ONU, tenutasi a Tokyo, sui Principi di investimento responsabile (*Principles of Responsible Investment – PRI*<sup>2</sup>), il convegno dedicato al tema dei "diritti umani attraverso la catena di valore" ha riscosso la massima attenzione, in particolare degli investitori istituzionali, a dimostrazione della crescente percezione dell'importanza delle tematiche sociali<sup>3</sup>. Le principali ragioni di un simile interesse sono individuate, da una parte, nella spinta della normativa verso una maggiore regolamentazione anche delle tematiche sociali e, dall'altra, nei rischi conseguenti al mancato perseguimento dei fattori sociali<sup>4</sup>.

## 2. La tassonomia "S" come derivato della tassonomia "E": contributo sostanziale, DNSH e garanzie minime di salvaguardia

Come anticipato, uno dei principali ostacoli per l'allocazione delle risorse verso un'economia più attenta alle tematiche sociali è quello della difficoltà di individuare i criteri per identificare correttamente le attività economiche sostenibili. Inoltre, la lettera "S" (come, d'altronde, anche le altre della formula ESG) include numerosissime accezioni e rischia pertanto di non avere confini certi e chiari. Il problema preminente, in altre parole, è quello della

<sup>2</sup> I Principi di investimento responsabile sono stati introdotti a livello dell'ONU nel 2006, con l'esplicito intento di incentivare la diffusione degli investimenti sostenibili, in particolare tra gli investitori istituzionali. Pur avendo ricevuto un'accoglienza tiepida al momento della loro introduzione, l'iniziativa è poi cresciuta esponenzialmente, aumentando di anno in anno il numero dei firmatari. Secondo l'ultimo rapporto pubblicato (2022-2023), i firmatari sono 5.391, calcolati al 31 marzo 2023. Si veda PRI, *2022-23 Annual Report*, 21.

<sup>3</sup> V. D'ANGERIO, *Esg e sostenibilità, per i diritti umani soltanto posti in piedi*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 novembre 2023.

<sup>4</sup> Si veda *Platform on sustainable finance, Final Report on Social Taxonomy*, 2022 (su cui ampiamente *infra*), 23-25 che individua i rischi per le attività economiche derivanti sia dai fattori ESG in generale sia dai fattori sociali in particolare. Nel primo senso (23) sono indicati il rischio reputazionale, il rischio di mercato, il rischio di liquidità, il rischio di credito, il rischio di regolazione, il rischio operativo e il rischio assicurativo. Nel secondo senso (23-25), i rischi citati sono approfonditi portando degli esempi specifici proprio con riferimento ai fattori sociali.

cd. tassonomia delle attività sostenibili, tassonomia che diviene forse ancora più complicata proprio con riferimento specifico ai fattori sociali<sup>5</sup>.

In proposito, un sicuro punto di riferimento è il Rapporto, redatto dalla Piattaforma sulla Finanza Sostenibile (*Platform on Sustainable Finance – PSF*), denominato *Final Report on Social Taxonomy*<sup>6</sup> (d’ora in avanti soltanto “Rapporto”). Non è certo l’unico studio che si focalizza sulla tassonomia sociale<sup>7</sup>, ma certo acquisisce un’estrema rilevanza. Esso nasce da un impulso proveniente dalla stessa Commissione europea che incarica la PFS di due compiti: individuare, da una parte, le modalità per estendere l’ambito di applicazione del Regolamento Tassonomia ad altri obiettivi (“*come gli obiettivi sociali*”<sup>8</sup>, per l’appunto) e, dall’altra, analizzare l’applicazione e gli eventuali miglioramenti delle garanzie minime di salvaguardia (art. 18 del Regolamento Tassonomia, come *infra* precisato)<sup>9</sup>.

La premessa assoluta dello studio della PFS è l’identificazione di un modello di riferimento per la tassonomia sociale, che viene individuato nella tassonomia ambientale<sup>10</sup>, così come disciplinata dal Regolamento (UE) n. 2020/852 (cd. “Regolamento Tassonomia”)<sup>11</sup> – una delle tappe fondamentali nel percorso normativo dell’Unione europea sulla finanza sostenibile. Adottare come modello (cd. *starting point*) la tassonomia ambientale, peraltro, consentirebbe di raggiungere una tendenziale omogeneità di definizioni e principi nelle questioni di sostenibilità in generale, senza quindi creare

<sup>5</sup> È assai frequente l’opinione che siano i fattori sociali, tra quelli ESG, a causare le maggiori complicazioni in termini di definizioni, identificazione e misurazione. Per esempio, uno studio di BNP Paribas del 2019 ha riportato che il 46% degli investitori ritiene i fattori sociali come quelli più difficili da analizzare e da incorporare negli investimenti: si veda BNP PARIBAS, *BNP Paribas Securities Services ESG Global Survey 2019: trends and key figures*, 2019.

<sup>6</sup> *Platform on sustainable finance, Final Report on Social Taxonomy*, 2022.

<sup>7</sup> Un esempio, in proposito, è il Rapporto redatto dal Technical Expert Group on Sustainable Finance (TEG) e pubblicato nel 2020, intitolato “Taxonomy: Final report of the Technical Expert Group on Sustainable Finance”. Sulla tassonomia sociale, secondo il Rapporto “The TEG considers that a fully realised Taxonomy should incorporate the following additional dimension [...]: social objective, in addition to environmental objectives, to identify substantial contributions in addition to minimum safeguards”.

<sup>8</sup> Art. 26 (“Riesame”), par. 2, lett. b) del Regolamento Tassonomia.

<sup>9</sup> La specificazione (particolarmente nel dettaglio) delle sotto-questioni che derivano dallo studio di questi due grandi obiettivi è indicata dal Rapporto a 12.

<sup>10</sup> Si veda 10-11 e, soprattutto, 29 ss. del Rapporto.

<sup>11</sup> Regolamento (UE) n. 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all’istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088.

estreme difformità tra tematiche in particolare ambientali, da una parte, e sociali dall'altra.

I quattro pilastri previsti dal Regolamento Tassonomia – affinché un'attività economica possa qualificarsi come “ecosostenibile” assumono, pertanto, una particolare rilevanza. Si tratta di: *i*) contributo sostanziale ad un obiettivo del Regolamento (art. 3); *ii*) non arrecare un danno significativo (art. 17) e *iii*) le garanzie minime di salvaguardia (art. 18); *iv*) i criteri di vaglio tecnico (artt. 10-15 e art. 19, che verranno approfonditi *infra*).

Con riferimento all'oggetto dell'eventuale tassonomia, i tre obiettivi sociali, tratti da *standard* internazionali e da precedenti lavori predisposti in sede europea<sup>12</sup>, sono individuati in *i*) lavoro dignitoso, anche per quanto riguarda i lavoratori della catena di lavoro<sup>13</sup>; *ii*) *standard* di vita e benessere adeguati per gli utenti finali<sup>14</sup> e *iii*) comunità e società inclusive e sostenibili<sup>15</sup> – oltre ad alcune questioni di maggior dettaglio che fungono da integrazione<sup>16</sup>.

Con riferimento, invece, al metodo, e come nel caso della tassonomia ambientale, le attività economiche devono, in primo luogo, contribuire in modo “sostanziale” ad almeno un “obiettivo sociale” per essere etichettate come sostenibili<sup>17</sup>. La tassonomia “S” intende l'impatto positivo inerente alle

<sup>12</sup> Il Rapporto elenca (32) le norme ed i principi internazionali che sono stati presi in considerazione ai fini della tassonomia sociale proposta.

<sup>13</sup> Richiamando l'agenda dell'Organizzazione internazionale del lavoro, il Rapporto (34) specifica che i quattro pilastri per un lavoro dignitoso sono: *i*) creazione di posti di lavoro; *ii*) protezione sociale; *iii*) diritto al lavoro; *iv*) dialogo sociale. Il lavoro dignitoso è, peraltro, anche uno dei cd. *Sustainable Development Goal* (SDG) predisposti dalle Nazioni Unite (n. 8). I sotto-obiettivi del lavoro dignitoso sono sviluppati dal Rapporto a 35-36, peraltro specificando che si tratta di una proposta di lista non esaustiva. Alcuni esempi sono invece indicati a 54-56.

<sup>14</sup> I sotto-obiettivi sono indicati dal Rapporto a 36-37, anche se sempre in modo assolutamente non tassativo. Alcuni esempi sono invece riportati a 56-58.

<sup>15</sup> I sotto-obiettivi sono specificati dal Rapporto a 37-38. Ancora una volta, si è voluto specificare che essi costituiscono un elenco meramente esemplificativo. Alcuni esempi sono riportati a 59.

<sup>16</sup> Questi sotto-obiettivi includono, tra gli altri, *i*) salute e sicurezza; *ii*) assistenza sanitaria; *iii*) abitazione; *iv*) stipendi; *v*) non discriminazione; *vi*) salute dei consumatori; *vii*) mezzi di sostentamento. Si veda il Rapporto, 8.

<sup>17</sup> In particolare, secondo l'art. 3 del Regolamento Tassonomia “un'attività economica è considerata sostenibile se: a) contribuisce in modo sostanziale al raggiungimento di uno o più obiettivi ambientali di cui all'articolo 9, in conformità degli articoli da 10 a 16 [...]”. Gli obiettivi elencati nell'art. 9 del Regolamento sono: “a) la mitigazione dei cambiamenti climatici; b) l'adattamento ai cambiamenti climatici; c) l'uso sostenibile e la protezione delle

attività economiche come un contributo sostanziale a “*standard* di vita adeguati” ed al “benessere per gli utenti finali e per comunità e per società inclusive e sostenibili”<sup>18</sup>. Nel dettaglio, i tipi di contributo sostanziale che il Rapporto propone di adottare sono *i*) evitare ed affrontare l’impatto negativo; *ii*) migliorare l’impatto positivo di beni sociali, servizi e infrastrutture economiche essenziali e *iii*) avere ad oggetto le cd. attività abilitanti<sup>19</sup> secondo la definizione contenuta nell’art. 16 del Regolamento Tassonomia<sup>20</sup>.

In secondo luogo, e sempre sulla falsariga della tassonomia ambientale, un ruolo di primaria rilevanza viene assunto dal principio “non nuocere in modo significativo” (*Do Not Significant Harm* – DNSH)<sup>21</sup>. Il principio mira a garantire che un’attività economica, che contribuisca in modo sostanziale a un obiettivo sociale, non danneggi al contempo altri obiettivi sociali<sup>22</sup>. In caso contrario, infatti, tale attività economica non dovrebbe qualificarsi come socialmente sostenibile, e questo anche nonostante il proprio contributo sostanziale ad un (altro) obiettivo sociale.

In proposito, la tassonomia sociale definisce come “attività socialmente dannose” le attività fondamentalmente contrarie agli obiettivi sociali e che non possono nemmeno essere rese meno dannose. La base giuridica per qualificare le attività come socialmente dannose può essere costituita da convenzioni a livello internazionale, da una parte, o da ricerche sugli effetti sociali dannosi di determinate attività economiche dall’altra<sup>23</sup>.

In terzo luogo, e sempre per proseguire nel parallelismo con la tassono-

acque e delle risorse marine; d) la transizione verso un’economia circolare; e) la prevenzione e la riduzione dell’inquinamento; f) la protezione e il ripristino della biodiversità e degli ecosistemi”.

<sup>18</sup> Si veda il Rapporto, 40.

<sup>19</sup> I tipi di contributo sostanziale sono elencati, e poi approfonditi, nel Rapporto a 39-43.

<sup>20</sup> Secondo la definizione contenuta nell’art. 16 del Regolamento Tassonomia, un’attività abilitante è quell’attività economica che “contribuisce in modo sostanziale a uno o più degli obiettivi ambientali enunciati all’articolo 9 se consente direttamente ad altre attività di apportare un contributo sostanziale a uno o più di tali obiettivi”, purché nel rispetto di specifiche condizioni.

<sup>21</sup> In particolare, si veda l’art. 17 del Regolamento Tassonomia (“Danno significativo agli obiettivi ambientali”).

<sup>22</sup> Un esempio riportato dal Rapporto (44) è il caso di un’attività di espansione di banda larga in zone poco servite – contribuendo in questo modo all’obiettivo di comunità e società inclusive e sostenibile. Tale attività, tuttavia, non andrebbe qualificata come sostenibile, in termini sociali, se al contempo (per esempio) vengono lesi i diritti dei lavoratori occupati nella costruzione delle infrastrutture.

<sup>23</sup> Si veda il Rapporto, 70-71.

mia ambientale, le “salvaguardie minime”<sup>24</sup> mirano a garantire che le attività economiche soddisfino alcuni requisiti minimi ambientali e sociali per essere considerate socialmente sostenibili. In proposito, il coordinamento tra la tassonomia sociale, da un lato, e quella ambientale dall’altro è possibile in varie forme, di cui due alternative principali<sup>25</sup> ed una serie (più numerosa) di soluzioni sfumate e intermedie. L’opzione (cd. “modello 1”<sup>26</sup>) è quella suggerita dalla Piattaforma sulla Finanza Sostenibile<sup>27</sup> – ed è anche quella preferita in sede di consultazione pubblica avviata dalla Piattaforma<sup>28</sup>. In questo caso, la tassonomia sociale e quella ambientale dovrebbero essere collegate esclusivamente attraverso salvaguardie minime sociali e ambientali, con salvaguardie di *governance* applicabili ad entrambe.

### 3. La *governance* societaria: gli obiettivi e i sotto-obiettivi indicati dal Rapporto

Come già anticipato, la formula “ESG” comprende non soltanto le questioni ambientali e sociali, ma anche quelle relative alla *governance*. Poiché la *corporate governance* ha un chiaro ed evidente impatto sulla sostenibilità, nella proposta di tassonomia “S” sono stati identificati, sempre su richiesta della

<sup>24</sup> In particolare, si veda l’art. 18 del Regolamento Tassonomia, secondo cui le garanzie minime di salvaguardia “sono procedure attuate da un’impresa che svolge un’attività economica al fine di garantire che sia in linea con le linee guida OCSE destinate alle imprese multinazionali e con i Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani, inclusi i principi e i diritti stabiliti dalle otto convenzioni fondamentali individuate nella dichiarazione dell’Organizzazione internazionale del lavoro sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro e dalla Carta internazionale dei diritti dell’uomo”.

<sup>25</sup> Le soluzioni alternative principali sono due. Da un lato, si potrebbe introdurre un’unica tassonomia utile a qualificare le attività economiche sostenibili sia ambientalmente sia socialmente. Si tratta di un’ipotesi rigettata dal Rapporto per svariate ragioni, ed in particolare perché non solo non contribuirebbe alla trasparenza ma anzi rischierebbe di essere fuorviante per gli investitori. Dall’altra, invece, si potrebbero costruire due tassonomie diverse, rispettivamente per le attività sostenibili in termini ambientali e sociali, che non abbiano alcuna relazione reciproca. Questa soluzione è, già ora, rifiutata nel momento in cui il Regolamento Tassonomia ha introdotto il principio delle salvaguardie minime.

<sup>26</sup> Il cd. “modello 2” viene illustrato dal Rapporto a 74-76. In tale modello, un’attività dovrebbe soddisfare almeno un tipo di contributo sostanziale, che si tratti di un obiettivo sociale ovvero di uno di tipo ambientale. Ulteriormente, ogni attività dovrebbe incontrare tutti i criteri del “non arrecare danno significativo” sia ambientalmente sia socialmente.

<sup>27</sup> Si veda 72-74 del Rapporto.

<sup>28</sup> Il Rapporto (13) riporta che, in sede della consultazione, il 40% ha votato per il modello 1, mentre il 31% ha preferito il modello 2.

Commissione europea, due obiettivi sulla *governance*, cui sono annessi ulteriori sette sotto-obiettivi.

Il primo obiettivo consiste nel “rafforzare gli aspetti di sostenibilità della *governance* aziendale tradizionale”<sup>29</sup>. Correlati ad esso vi sono due sotto-obiettivi, cioè *i*) capacità di valutazione della sostenibilità nel più alto organo di governo e *ii*) trasparenza sugli obiettivi e sui *target* di sostenibilità.

Il secondo obiettivo, invece, è quello di “rafforzare gli aspetti di *corporate governance* importanti per la sostenibilità”<sup>30</sup>. Come nel caso del primo obiettivo, sono indicati ulteriormente alcuni sotto-obiettivi, intesi come *i*) misure anticorruzione; *ii*) *lobbying* e impegno politico responsabili; *iii*) pianificazione fiscale trasparente e non aggressiva; *iv*) diversità dei membri del consiglio di amministrazione; *v*) possibilità di rappresentare i dipendenti nei comitati di sorveglianza.

#### 4. Le deviazioni dalla tassonomia ambientale. In particolare: il problema della misurazione del contributo agli obiettivi sociali

Rispetto alla tassonomia sociale, l’individuazione degli elementi affini tra le tematiche ambientali e quelle sociali non è soltanto possibile, ma è anche necessaria, in particolare per quell’esigenza di coerenza organica che non pare ancora sussistere puntualmente nella disciplina europea sulla finanza sostenibile. Al contempo, tuttavia, è imprescindibile (e, ancora una volta, necessario) cogliere anche le differenze tra le questioni sociali e le questioni ambientali, individuando di conseguenza i casi in cui la tassonomia sociale deve divergere da quella di tipo ambientale.

In primo luogo, le peculiarità degli obiettivi sociali rispetto a quelli ambientali sono state affrontate in particolare attraverso la designazione di specifici obiettivi (e, ancora una volta, di sotto-obiettivi) sociali, sviluppati tenendo conto di quegli *stakeholder*, intesi come lavoratori, clienti e comunità, che potrebbero essere intaccati in termini sociali dalle attività economiche<sup>31</sup>.

In secondo luogo, e forse soprattutto, a divergere sono i metodi con cui

<sup>29</sup> Obiettivo e sotto-obiettivi sono indicati a 61 del Rapporto, per poi essere approfonditi individualmente e nel dettaglio a 62-64.

<sup>30</sup> Obiettivo e sotto-obiettivi sono elencati a 61 del Rapporto e approfonditi a 64-68.

<sup>31</sup> Un approccio che sia fondato sugli *stakeholder* (cd. *stakeholder-centric approach*) non è soltanto suggerito dalla Piattaforma (in particolare, 32-33), ma anche dall’EFRAG (European Financial Reporting Advisory Group) nel suo *European Lab Project Task Force*, pubblicato nel 2021.

“misurare” l’efficiente perseguimento degli obiettivi sostenibili. In proposito, la tassonomia ambientale si basa su dati e considerazioni di scienze naturali, che vengono così utilizzati anche per stabilire soglie e indicatori sia per il requisito del “contributo sostanziale” sia per il principio “DNSH”. Al contrario, e inevitabilmente, la tassonomia sociale deve basarsi su fondamenti diversi, che potrebbero essere costituiti da regole e principi concordati e coordinati a livello internazionale.

Predisporre e identificare le metriche per misurare il rispetto del requisito del “contributo sostanziale” e del principio “DNSH” costituisce forse la principale sfida per lo sviluppo di una tassonomia sociale. Ad oggi, infatti, mancano indicatori e metriche che siano sufficientemente precisi e quantificabili.

Da questa premessa, è stata pertanto raccomandata l’applicazione di criteri per lo sviluppo di indicatori affidabili idonei a misurare sia il contributo sostanziale sia i requisiti “DNSH”. Gli indicatori dovrebbero fare riferimento a norme, processi o obiettivi previsti da *standard* riconosciuti a livello internazionale<sup>32</sup>, potendo così servire come *proxy* per l’obiettivo specifico (e non per altri) cui si riferiscono<sup>33</sup>.

Pur divergendo, come detto, i metodi di misurazione delle attività sociali rispetto a quelle ambientali da una prospettiva, per così dire, sostanziale, al contempo è comunque possibile adottare il medesimo metodo (formale) usato per la tassonomia ambientale. In questo ultimo caso, sono previsti dei “criteri di vaglio tecnico”, intesi come criteri che integrano le indicazioni generali del Regolamento Tassonomia così da specificare ulteriormente le indicazioni per le diverse attività economiche<sup>34</sup>.

Parallelamente, e con le dovute distinzioni in termini sostanziali, anche per la tassonomia sociale dovrebbero stabilirsi criteri tecnici di *screening* al fine di determinare in quale misura un’attività economica contribuisca a uno o più obiettivi sociali. Poiché i criteri tecnici di selezione devono essere necessariamente misurabili, allora è fondamentale (prima) introdurre delle metriche precise e (successivamente) collegarle a ciascun obiettivo sociale per poter fornire (infine) misure quantitative (e non solo qualitative<sup>35</sup>) che dimostrino concretamente il livello di perseguimento degli scopi.

<sup>32</sup> A titolo esemplificativo, il Rapporto (69) cita i Principi Guida delle Nazioni Unite, i *Sustainable Development Goals* e la Carta sociale europea.

<sup>33</sup> In proposito, si veda 30-31 del Rapporto.

<sup>34</sup> Si vedano in proposito gli artt. 10-15 e l’art. 19 del Regolamento Tassonomia.

<sup>35</sup> Il Rapporto (30-31) evidenzia che, mentre gli obiettivi sociali e il relativo perseguimento si ancorano a criteri quantitativi, al contrario la sostenibilità di tipo sociale è (al momento) basata per lo più su criteri di tipo meramente qualitativo.



Si rinviene, in questo senso, un disallineamento non di poca importanza tra studi accademici, da una parte, e pratiche di mercato dall'altra. Nel primo caso, infatti, l'interesse suscitato dalla mappatura e valutazione della dimensione "S" dei fattori ESG ha riscosso soltanto uno sporadico interesse. Nel secondo caso, invece, gli operatori di mercato ormai da tempo utilizzano sistemi di misurazione sociale e dell'impatto come parte della gestione della *performance* sociale settoriale, nonché delle valutazioni e certificazioni ESG. Di qui, viene l'estrema rilevanza dei *rating* ESG.

##### 5. L'importanza dei rating ESG: rilievo e attuali criticità negli odierni mercati finanziari

Gli operatori di mercato, in mancanza di altre soluzioni, fanno oggi particolare affidamento sui *rating* ESG. In generale, e non soltanto con riferimento al rispetto delle tematiche sociali, l'interesse per lo sviluppo di *rating* ESG è aumentato considerevolmente nell'ultimo decennio. Non a caso, le principali agenzie di *rating* sono entrate nel mercato della valutazione ESG acquisendo di conseguenza attori chiave.

I *rating* ESG, senza dubbio ad oggi la fonte più rilevante di informazioni ESG per gli investitori, sono comunemente intesi come valutazioni delle società basate su punteggi che forniscono una valutazione della *performance* sulle questioni ESG. Dato che la maggior parte dei *rating* fornisce un unico punteggio, capace così di riassumere la *performance* su tutte le tematiche ESG, le metriche e i punteggi sociali sono comunemente utilizzati come parte dei modelli di *rating* ESG, molti dei quali si basano su un approccio medio ponderato.

La rilevanza dei *rating* ESG è esponenzialmente aumentata negli ultimi anni, tanto da suscitare di conseguenza l'attenzione del legislatore dell'Unione europea che ne ha evidenziato, tra l'altro, le attuali criticità<sup>36</sup>. Nel già citato Piano d'Azione dell'UE si evidenzia che gli sforzi delle agenzie di *rating* per valutare le prestazioni ESG delle società, da una parte, e la loro capacità di gestire i rischi di sostenibilità dall'altra hanno subito un notevole

<sup>36</sup> Per un'analisi sui fallimenti del mercato che giustificano un intervento normativo e sui rischi derivanti dall'eccessivo affidamento del pubblico sui *rating* di sostenibilità si veda M. GARGANTINI, M. SIRI, *Informazione derivata e sostenibilità: la regolazione dei rating e dei benchmark ESG nell'Unione europea*, in *Rivista delle Società*, 2023, 4, 637, in part. 673 ss.

incremento, anche per rispondere alle sempre più pressanti richieste degli investitori.

Come in generale vale per il principio di trasparenza nei mercati, la Commissione europea sostiene chiaramente che le valutazioni delle agenzie di *rating* siano assai importanti, in particolare perché idonee a migliorare il flusso informativo sulla sostenibilità nel rapporto tra emittenti e investitori, permettendo così di facilitare un'allocazione più sostenibile dei capitali.

L'estrema rilevanza ed utilità delle valutazioni sconta, tuttavia, alcuni difetti. In particolare, e si tratta di un tema che innerva tutta quanta la disciplina sulla finanza sostenibile, emerge il problema dell'assenza di *standard* che siano ampiamenti accettati e che possano valutare correttamente la *performance* di sostenibilità delle società<sup>37</sup>. Data tale premessa, diviene necessario, prosegue la Commissione europea, che le agenzie di *rating* comunichino al mercato le informazioni rilevanti sulla metodologia utilizzata, così da consentire coerenza e, soprattutto, comparabilità tra le differenti valutazioni.

#### 6. La misurazione del rating "S", tra criticità e possibili soluzioni

Nell'ambito della lettera "S", le metriche da introdurre dovrebbero essere collegate a ciascun obiettivo sociale per poter fornire soglie quantitative sul livello di raggiungimento dello scopo prefissato.

Anche se non universalmente riconosciute, sono già numerose le metriche sociali sviluppate e comunemente utilizzate. Tali metodi potrebbero costituire una buona base di partenza per superare le debolezze e le criticità attuali dei *rating* ESG. Se è certamente vero che le principali carenze in proposito sono la mancanza di trasparenza e le divergenze nella valutazione della sostenibilità, è altrettanto vero che tali criticità possono essere superate, perfezionando gli strumenti e rendendoli adatti agli scopi voluti.

Il sistema di punteggio proposto potrebbe portare alla classificazione degli investimenti, in una scala che va da "socialmente dannosi" a "socialmente positivi". Un approccio più granulare permetterebbe, in effetti, di attuare degli investimenti di promozione settoriale (per esempio, investimenti d'impatto), come dimostrano anche alcuni operatori quali i fondi di microfinanza che mirano, questi ultimi, a determinati obiettivi sociali (si pensi a titolo esemplificativo all'inclusione finanziaria).

<sup>37</sup> La mancanza di *standard* coerenti è una delle criticità evidenziate ormai da anni, come anche ricordato dal Rapporto della PFS (25-6).

La correttezza delle metodologie (a monte) e delle misurazioni (a valle) compiute dalle agenzie di *rating* ESG dovrebbe al contempo rispondere alla necessità fondamentale di prevenire il cd. *social impact washing*, pericolo di cui tuttavia ancora non si conoscono i confini certi. Rispetto alla sostenibilità sociale, per esempio, l’obiettivo dovrebbe forse essere quello di svelare il grado di “danno sociale” determinato dalle politiche di investimento del settore finanziario e, parallelamente, identificare i fondi che abbiano un impatto realmente positivo?

Ancora una volta, ci si trova di fronte all’ennesimo *trade-off* – situazione peraltro assai tipica nelle tematiche sulla sostenibilità. Eventuali proposte regolatorie più rigide possono certamente impedire il *social impact washing* ma, al contempo, possono ridurre l’incentivo a misure di “transizione”. La questione può essere la seguente: “raggiungere” o, invece, “superare” gli *standard* di comportamento aziendale attesi?

#### 7. Alcune questioni di fondo ancora aperte

La tassonomia delle questioni sociali è, in definitiva, non solo un tema intrinsecamente dinamico e in divenire, ma sconta anche la sua novità nello studio e dibattito sia degli studiosi sia dei *policymaker*<sup>38</sup>. Ad oggi, sembrano ancora esserci più domande che risposte. I dubbi attengono, peraltro, non soltanto a questioni di mero dettaglio, ma anche alle premesse generali che dovrebbe ispirare la (potenziale) disciplina normativa.

Per esempio: sono investimenti “socialmente sostenibili” soltanto quegli investimenti che siano “non redditizi” – o è invece possibile coniugare le due prospettive? Ancora: solo le istituzioni finanziarie disposte a sacrificare i rendimenti finanziari, a favore degli obiettivi sociali, dovrebbero essere autorizzate a descrivere i propri fondi e prodotti come “socialmente sostenibili” – o potrebbe essere possibile, e di conseguenza ammesso, anche diversamente? Infine: i fondi che investono in attività economiche e che trattano i lavoratori in modo equo, o che adottano politiche di parità retributiva tra i sessi, “non” dovrebbero beneficiare di un’etichetta positiva?

<sup>38</sup> Che si tratti di uno studio agli albori lo dimostra anche il Rapporto che conclude (79) elencando le prossime tappe necessarie per sviluppare una tassonomia sociale. Si tratta di *i*) chiarire le garanzie minime di salvaguardia; *ii*) condurre uno studio sull’impatto di una tassonomia sociale a seconda delle possibili soluzioni percorribili; *iii*) sviluppare un metodo per dare priorità a obiettivi e sotto-obiettivi; *iv*) dare priorità agli obiettivi sulla base di tale metodo; *v*) definire il contributo sostanziale e i criteri DNSH.



### III SESSIONE



MARCO NOVELLA

RISCHIO, RESPONSABILITÀ, DIRITTO DEL LAVORO:  
NOTE INTRODUTTIVE

I contributi che seguono, eterogenei per oggetto di indagine, contengono un significativo punto di convergenza: tutti si prestano ad essere letti (anche) come riflessioni sui più opportuni modelli di regolazione dei rapporti di lavoro di fronte all'irrompere di nuovi scenari di contesto (tecnologico, organizzativo) e corrispondenti nuovi rischi di lesione dei diritti fondamentali dei prestatori di lavoro.

I dati normativi con cui, variamente, le riflessioni degli Autori si misurano sono quelli provenienti dal diritto UE: un insieme di discipline (in materia di intelligenza artificiale applicata ai processi decisionali manageriali; di tutela della privacy; di management algoritmico; di *due diligence* nei rapporti transnazionali lungo le catene del valore) che impongono alle imprese obblighi, sovente di carattere procedurale, volti alla preliminare identificazione e valutazione dei rischi, e quindi alla gestione degli stessi, in vista della loro prevenzione e riduzione.

Il modello di regolazione incentrato sul *risk management* suscita in egual misura interesse e perplessità.

L'interesse deriva dall'ambizione "prevenzionistica" che lo caratterizza. Nei modelli regolativi tradizionali fondati sul binomio *command-control* la norma eteronoma stabilisce uno standard predefinito e uniforme di condotta e prevede poi controlli (e sanzioni) in un'ottica di deterrenza e di repressione delle violazioni. Le discipline che mirano alla gestione del rischio tendono invece a far sì che l'impresa, prima che si verifichi la lesione di una posizione soggettiva garantita dall'ordinamento, adotti misure di carattere organizzativo, incidenti sui propri processi decisionali e sull'allocazione delle responsabilità interne, volte alla prevenzione e alla mitigazione dei rischi. All'esito dell'adeguamento agli obblighi di prevenzione del rischio, l'impresa dovrebbe, in un'ideale prospettiva, essere ridisegnata in modo da ridurre sistematicamente la probabilità che si produca, nello svolgimento dell'attività, la lesione dei beni protetti.

La promessa, che è al contempo una scommessa, sottostante a tale approccio regolativo è che si produca un processo di assorbimento, nei proces-

si organizzativi aziendali, di interessi usualmente ritenuti estranei rispetto all'interesse al profitto, anche di breve periodo, proprio dell'agire imprenditoriale. La prospettiva della gestione dei rischi (sociali, ambientali, etc.) presuppone una visione del ruolo e della funzione dell'impresa secondo cui la capacità di quest'ultima di generare valore economico nel tempo dipende dalla sua sostenibilità nel lungo periodo, a sua volta attingibile attraverso una lungimirante gestione di tutti i rischi associabili all'attività imprenditoriale, non solo del rischio economico.

Non si può nascondere, tuttavia, che aleggi un (a volte malcelato, a volte esplicito) atteggiamento di diffidenza nei confronti delle discipline che, individuato un obiettivo di gestione e mitigazione del rischio, affidano all'impresa la determinazione delle puntuali misure necessarie.

Siffatta tecnica regolativa impone infatti di riporre piena fiducia nella capacità delle imprese di realizzare efficaci processi di auto-valutazione, controllo e correzione tali da determinare un'effettiva riduzione dei rischi fin dal loro originarsi. La puntuale determinazione dei comportamenti dovuti (e delle procedure cui questi ultimi devono conformarsi) è identificata solo in parte attraverso uniformi precetti eteronomi di natura inderogabile, essendo deferita alla determinazione dello stesso soggetto obbligato in vista dell'ottemperanza agli obiettivi imposti. L'impresa è chiamata ad autoregolarsi attraverso l'adozione di specifiche regole di comportamento funzionali al risultato della mitigazione del rischio. Nulla di così rivoluzionario, in realtà, per il diritto del lavoro, che conosce da tempo modelli di regolazione che devolvono alla responsabilità dell'impresa la valutazione dei rischi in materia di sicurezza (e l'adozione di specifiche misure per ridurre tali rischi), che tuttavia convivono con la robusta presenza di precetti imperativi che pongono in capo all'impresa obblighi e divieti muniti di tradizionali sanzioni.

Sotto diverso profilo, il modello del *risk management* suscita perplessità per il fatto di implicare l'accettazione di un certo grado di rischio residuo. Come ben ci segnala Guido Smorto nella sua relazione, adottare misure di mitigazione del rischio non significa annullare il rischio, ma, appunto, gestirlo. E ciò apre a vari, ulteriori interrogativi: se i diritti a rischio di lesione sono diritti fondamentali, è opportuno stabilire la soglia di accettabilità del rischio residuo? E nel caso si tratti di effettuare bilanciamenti tra diritti di pari rango, come individuare la soglia tollerabile?

Altri dubbi riguardano l'efficacia di un modello di regolazione di carattere in gran parte procedurale. Il dubbio è legittimo. È inevitabile chiedersi se la *compliance* rispetto a standard di condotta predefiniti possa assicurare efficace protezione dei diritti in gioco. Non sfugge l'esistenza di possibili effetti



paradossali prodotti da regole di proceduralizzazione organizzativa. Come avverte Viscomi, il pericolo potrebbe essere quello di interpretare e applicare in modo formalistico (c.d. *checkbox compliance mentality*) le regole stesse, preoccupandosi esclusivamente di realizzare una formalmente ineccepibile *compliance* rispetto alle procedure auto-imposte, senza preoccuparsi degli eventuali mancati effetti sotto il profilo sostanziale della mitigazione del rischio.

Partendo da queste considerazioni, non manca chi segnala il potenziale effetto deresponsabilizzante per l'impresa di regole che colleghino l'esonero di responsabilità datoriale al rispetto di vincoli procedurali. Per quanto paradossale possa sembrare, anche una disciplina come quella in materia di *due diligence*, se eccessivamente declinata sul solo piano procedurale, potrebbe trasformarsi in uno "scudo" a favore dell'impresa sotto il profilo dell'esonero da responsabilità.

Come segnala Carta nel suo contributo, permane l'esigenza di valutare se le regole in materia di *due diligence* non rischiano di rappresentare un "porto sicuro" per l'impresa che puntualmente le rispetti, con conseguente esclusione da ogni ulteriore responsabilità, compresa quella derivante dall'applicazione delle regole della responsabilità civile.

Si tratta di riflessioni che richiamano alla mente remoti dibattiti. Fatte le dovute differenze: a lungo si è discusso se, per governare il rischio di infortunio sul lavoro derivante dall'utilizzo delle macchine nell'ambito delle attività economiche fossero sufficienti le regole di diritto comune sulla responsabilità civile, o fosse necessario un intervento legislativo *ad hoc*. E dopo l'approvazione della legge n. 80 del 1898, sull'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, si è per molto tempo ragionato sul reale significato da attribuire a una legge che, spostando la soluzione del problema sul versante del diritto pubblico, appariva ambigua. Da un lato risolveva il problema dell'onere della prova in capo alla vittima (o ai suoi eredi); dall'altro però poneva un esonero dalla responsabilità civile per il datore di lavoro assicurato. La lettura del contributo di Brino, sulla nuova direttiva UE in materia di *due diligence*, consente di valutare se i timori espressi siano fondati alla luce dei dati di diritto positivo.

Sotto il profilo dell'effettività, emerge inoltre l'esigenza di rafforzare la permanenza, nell'ordinamento, di discipline e strumenti di protezione delle posizioni soggettive dei prestatori di lavoro di stampo tradizionale. Discipline che impongono regole di trattamento dei dati o che dispongono obblighi di trasparenza e disclosure nei confronti dei soggetti potenzialmente esposti

al rischio di violazione di loro diritti non paiono sufficienti a garantire che il rischio non si traduca in lesione.

In materia di decisioni algoritmiche applicate ai rapporti di lavoro, ad esempio, il contributo di Recchia sottolinea come il rispetto delle regole di trasparenza, e anche della disciplina in materia di *privacy*, pur funzionali a produrre elementi informativi, non è sufficiente ad evitare il prodursi di prassi discriminatorie o illecite, richiedendosi, per un'efficace contrasto delle condotte vietate, il mantenimento, e semmai l'aggiornamento, dell'apparato disciplinare e sanzionatorio proprio del diritto antidiscriminatorio. Analogamente, Peruzzi, nella parte finale del suo contributo dedicato alle decisioni manageriali governate da intelligenza artificiale, segnala la necessità di una migliore integrazione tra regole di correttezza, trasparenza, *accountability* ed esigenze di protezione delle posizioni giuridiche dei prestatori di lavoro che tengano in conto le specificità di protezione tipiche della relazione di lavoro.

Pare dunque emergere il timore di un poco opportuno rilassamento delle discipline tradizionali lavoristiche a seguito di una mal riposta fiducia nelle virtù dei modelli di *risk management*.

Per altro verso, la gestione *ex ante* del rischio, e dunque il suo sistematico abbattimento in radice, costituisce una promessa e un risultato capace di suscitare fascinazione e consenso. E ciò soprattutto in contesti in cui l'azione individuale di rivendicazione dei diritti sia resa difficile da oneri probatori non semplici da assolvere.

Certamente, il risultato peggiore immaginabile sarebbe quello dato dall'adozione di discipline poco incisive (o suscettibili di aggiramento) sotto il profilo della protezione dei diritti degli interessati e, al contempo, inutilmente costose e "burocratizzanti" sul versante della efficiente gestione imprenditoriale. Un connubio, quest'ultimo, che qualsiasi legislatore dovrebbe avere la cura di attentamente evitare.

CINZIA CARTA

IL LAVORO NELLE CATENE GLOBALI  
TRA PRASSI VOLONTARIE E PROSPETTIVE RISARCITORIE

SOMMARIO: 1. Contesto di riferimento e “casi limite” – 2. Ambiguità semantiche, *enforcement* e approccio “agnostico” degli UNGPs – 3. I limiti alla responsabilità risarcitoria negli esempi francese e tedesco. – 4. Conclusioni. Spunti di riflessione alla luce della direttiva UE.

1. *Contesto di riferimento e “casi limite”*

La scienza giuridica s’interessa ormai da tempo alla responsabilizzazione delle multinazionali titolari di *brand*, prodotti o servizi (da ora “soggetti primari”)<sup>1</sup> per le violazioni dei diritti fondamentali dei lavoratori impiegati lungo le catene globali<sup>2</sup>.

Nell’economia globalizzata, il ricorso ad un bacino di manodopera a basso costo, sempre più nutrito<sup>3</sup>, ha per scopo o per effetto<sup>4</sup> quello di esonerare

<sup>1</sup> K. KOLBEN, *Transnational Labor Regulation and the Limits of Governance*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2011, XII, 2, 416.

<sup>2</sup> Alle quali mi riferirò con tale espressione, al netto delle varie denominazioni e tipologie, come *networks* o *chains*, del valore, di fornitura, dell’approvvigionamento o dell’attività. Per una disamina dei modelli teorici principali: J. BAIR, *Global Capitalism and Commodity Chains: Looking Back, Going Forward*, in *Competition & Change*, 2005, 9, 2, 153 ss.; J. BAIR, *Analysing global economic organization: embedded networks and global chains compared*, in *Economy and Society*, 2008, 37, 3, 339 ss.; J. BAIR, *Commodity Chains in and of the World-System*, in *Journal of World-Systems Research*, 2014, 20, 1, 1 ss. Nell’ambito dell’elaborazione teorica sulle catene globali del valore, ne sono state individuate cinque tipologie principali: “di mercato”, “modulari”, “relazionali”, “captive” o “gerarchiche”: G. GEREFFI, J. HUMPHREY, T. STURGEON, *The governance of global value chains*, in *Review of International Political Economy*, 2005, 12, 1, 78 ss.

<sup>3</sup> Per ulteriori riferimenti sulla crescita del numero di lavoratori coinvolti nelle catene globali e sul peggioramento delle condizioni di lavoro al loro interno, F. MICHELI, *Il Lavoro nelle catene globali del valore. Strumenti e tecniche di tutela*, Brescia, 2023, 13 ss.

<sup>4</sup> Sulla relazione tra effetti e ragioni della scelta di dislocare la produzione a livello globale: S. IAMMARINO, P. MCCANN, *Network geographies and geographical networks: co-dependence and co-evolution of multinational enterprises and space*, in *The New Oxford Handbook of Economic Geography*, a cura di G. L. Clark, M. P. Feldman, M.S. Gertler, D. Wójcik, Oxford,

i soggetti primari da responsabilità giuridiche<sup>5</sup> per le condizioni praticate in contesti dove si constata diffusamente il mancato godimento perfino dei diritti più basilari del lavoro<sup>6</sup>. Questi ultimi sono di norma individuati nei *core labour standards* enucleati nella *Dichiarazione dell'Organizzazione internazionale del lavoro sui principi e i diritti fondamentali del lavoro* (e suoi seguiti)<sup>7</sup>, così come negli artt. 4, 23 e 24 della *Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo* e negli artt. 6, 7 e 8 della *Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* (facenti parte del c.d. *International Bill of Human Rights* delle Nazioni Unite).

I problemi che le catene globali pongono alla tutela del lavoro sono stati sottolineati da un'attenta e fiorente dottrina giuslavoristica<sup>8</sup>. È stato osserva-

2018, 366 ss.

<sup>5</sup> Sull'irresponsabilità delle multinazionali per l'impatto negativo della globalizzazione sui diritti umani nei paesi in via di sviluppo: E. GIULIANI, C. MACCHI, D. FIASCHI, *The social irresponsibility of international business: A novel conceptualization*, in *International Business and Sustainable Development (Progress in International Business Research, 8)*, a cura di A. Verbeke, R. van Tulder, R. Strange, Bingley, 2014, 141 ss.

<sup>6</sup> La letteratura in materia è sterminata e non è qui possibile darne conto. Per qualche riferimento, oltre al citatissimo lavoro dell'International Labour Organization (ILO, *Decent work in global supply chains*, International Labour Conference 105th Session, Ginevra, 2016), si rinvia a: D. V. SNYDER, S. MASLOW, S. DADUSH, *Balancing Buyer and Supplier Responsibilities: Model Contract Clauses to Protect Workers in International Supply Chains, Version 2.0* 19 Aprile, 2021), in *Business Lawyer* (ABA), 77, anche in *American University, WCL Research Paper No. 2021-15*, e in *Rutgers Law School Research Paper No. Forthcoming*, consultabile su: <https://ssrn.com/abstract=3829782>; M. ANNER, *Monitoring Workers' Rights: The Limits of Voluntary Social Compliance Initiatives in Labor Repressive Regimes*, in *Global Policy*, 2017, 8, 3, 56 ss.; ID., *Squeezing Workers' Rights in Global Supply Chains: Purchasing Practices in the Bangladesh Garment Export Sector in Comparative Perspective*, in *Review of International Political Economy*, 2020, 27, 2, 320 ss.

<sup>7</sup> Adottata nel 1998 e modificata nel 2022, con l'aggiunta del diritto ad un ambiente di lavoro sicuro e salubre. Il rispetto di quest'ultimo diritto fondamentale del lavoro costituisce un quinto principio che Membri OIL (nel loro insieme, anche qualora non abbiano ratificato le convenzioni in questione) sono tenuti ad osservare, promuovere ed attuare in buona fede, conformemente alla Costituzione. I primi quattro ai quali è stato attribuito tale rilievo, come noto, sono: a) la libertà d'associazione e il riconoscimento effettivo del diritto di negoziazione collettiva; b) l'eliminazione di qualsiasi forma di lavoro forzato od obbligatorio; c) l'abolizione effettiva del lavoro dei fanciulli; d) l'eliminazione di qualsiasi discriminazione in materia di impiego e di professione.

<sup>8</sup> Solo negli ultimi anni, sono state pubblicate in Italia almeno tre monografie. V. BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore. La regolazione dei rapporti di lavoro tra globalizzazione e localismo*, Torino, 2020; M. MURGO, *Global Value Chains e Diritto del lavoro*

to, innanzi tutto, che i Governi locali in molti casi non sono in grado o non sono interessati a garantire diritti ai prestatori, ma anzi competono anche sul basso costo del lavoro per attrarre gli investimenti<sup>9</sup>. Inoltre, a livello internazionale, pur considerate le evoluzioni sul piano delle convenzioni, degli strumenti di *soft law* e dei trattati di libero scambio, e con le dovute eccezioni settoriali, nazionali o relative a specifici contesti produttivi, non sussistono strumenti in grado di garantire un'effettività uniforme e sufficiente agli obblighi (eventualmente) assunti dagli Stati sul rispetto delle condizioni praticate nei propri territori, tenuto conto anche della mancata approvazione di un trattato internazionale in materia<sup>10</sup>. Infine, rispetto al diritto del lavoro "classico", la «disgiunzione dei tradizionali nessi tra lavoro, creazione del valore e localizzazione geografica»<sup>11</sup> determina sia un'enorme difficoltà nel costruire identità collettive e relazioni sindacali, sia la marginalizzazione del ruolo riservato alla legislazione ed alla giurisdizione dei paesi "di provenienza" dei soggetti primari<sup>12</sup>.

ro. *Problemi e prospettive*, Padova, 2021; F. MICHELI, *Il Lavoro nelle catene globali del valore. Strumenti e tecniche di tutela*, cit.

<sup>9</sup> Le violazioni dei diritti individuali e collettivi dei lavoratori riconosciuti a livello internazionale si verificano spesso con la complicità delle autorità locali: M. ANNER, *Monitoring Workers' Rights: The Limits of Voluntary Social Compliance Initiatives in Labor Repressive Regimes*, in *Global Policy*, VIII, 3, 56 ss. Ciò ha portato a porre in dubbio se i trattati sui diritti umani facciano la differenza, come intitola il citatissimo saggio di O.A. HATHAWAY, *Do Human Rights Treaties Make a Difference?*, in *The Yale Law Journal*, 2002, 111, 8, 1935.

<sup>10</sup> Su tutti questi aspetti, cfr. A. PERULLI, V. BRINO, *Diritto internazionale del lavoro*, Torino, 2023, oltre alle già citate monografie di Brino, Murgio e Micheli. Sul tentativo di trattato internazionale (Risoluzione A/HRC/RES/26/9, *Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*, 25 giugno 2014): R. MARES, *Legalizing Human Rights Due Diligence and the Separation of Entities Principle*, in *Building a Treaty on Business and Human Rights*, a cura di S. Deva, D. Bilchitz, Cambridge, 2017, 266 ss.; O. DE SCHUTTER, *Towards a New Treaty on Business and Human Rights*, in *Business and Human Rights Journal*, 2016, 1, 1, 41 ss.

<sup>11</sup> V. BRINO, *Diritti dei lavoratori e catene globali del valore: un formante giurisprudenziale in via di definizione?*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2020, 167, 3, 451 ss.

<sup>12</sup> Per la debolezza dei diritti sindacali nei paesi situati lungo la catena globale, per il variabile grado di effettività degli accordi quadro internazionali (*International Framework Agreements* o *Global Framework Agreements*), per l'assenza di strumenti volti a consentire la solidarietà tra lavoratori di paesi differenti, nonché per gli ostacoli presenti sul piano dell'azione in giudizio dei sindacati. All'interno della vasta letteratura su questi temi: A. LASSANDARI, *Trade unions' crisis in a globalized contest: can a transnational collective interest ari-*

Rispetto a quest'ultimo profilo (selezionando *una* tra le varie questioni che si sottopongono all'interprete), il ristoro delle vittime per le violazioni subite, in base alla giurisdizione ed alla legge dei paesi di provenienza, incontra peraltro significativi ostacoli tecnici di diritto internazionale privato<sup>13</sup>.

Essi si innestano su di una difficoltà strutturale. Una catena globale non è un soggetto giuridico<sup>14</sup> né, peraltro, la stessa è sempre ricostruibile come una serie di relazioni contrattuali fisse, sostitutive della c.d. *vertical integration*<sup>15</sup>

*se?*, in *Arbeits- und Sozialrecht für Europa. Festschrift für Maximilian Fuchs*, Baden-Baden, 2020, 125 ss.; *Global capital strategies and trade union responses: Collective bargaining and transnational trade union cooperation (International Journal of Labour Research vol. 1, issue 2)*, a cura di K. Maarten, V. Schmidt, K. Skerrett, Ginevra, 2009; *Research handbook on transnational labour law*, a cura di A. Blackett, A. Trebilcock, Cheltenham, 2015; ILO, *Global framework agreements. Achieving decent work in global supply chain*, Ginevra, 2016; *Business and Human Rights in Europe. International Law Challenges*, a cura di A. Bonfanti, London, 2019; *Transnational Legal Activism in Global Value Chains. Interdisciplinary Studies in Human Rights*, a cura di M. Saage-Maaß, P. Zumbansen, M. Bader, P. Shahab, P., Cham, 2021; M.A. HENNEBERT, I. ROBERGE-MALTAIS, U. COIQUAUD, *The effectiveness of international framework agreements as a tool for the protection of workers rights: A metasyntesis*, in *Industrial Relations Journal*, 2023, 54, 242 ss.

<sup>13</sup> Le difficoltà tecnico giuridiche discendono dall'incerta (a dir poco) applicabilità dell'art. 16 del Regolamento Roma II, n. 864/2007 (rubricato, come noto, "norme di applicazione necessaria", l'articolo potrebbe rivelarsi utile per superare i limiti dell'art. 4, il quale imporrebbe la legge del luogo in cui si è verificato il danno). Non sono poi trascurabili ulteriori ostacoli che di fatto si frappongono all'accesso alla giustizia delle vittime, in particolare sul piano dell'onere della prova, dei termini di prescrizione, delle spese processuali e delle risorse necessarie per ricorrere in giudizio. C. BRIGHT, *The Civil Liability of the Parent Company for the Acts or Omissions of Its Subsidiary: The Example of the Shell Cases in the UK and the Netherlands*, in *Business and Human Rights in Europe. International Law Challenges*, cit., 212 sss.

<sup>14</sup> Per quanto alcuni avanzino proposte interpretative in proposito: K.B. SOBEL-READ, *Reimagining the Unimaginable: Law and the Ongoing Transformation of Global Value Chains into Integrated Legal Entities*, in *European Review of Contract Law*, 2020, 16, 1.

<sup>15</sup> Sul modello dell'impresa verticalmente integrata: L. CORAZZA, «Contractual integration» e rapporti di lavoro. *Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Padova, 2004; V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, 125, 1 ss.; J. PRASSL, *The Concept of the Employer*, Oxford, 2015. Con "integrazione verticale" si intende il modello per cui l'impresa svolge al proprio interno l'intero processo produttivo, dallo sviluppo e progettazione del prodotto o servizio, alla produzione, al *marketing*, alla vendita e distribuzione (eventualmente mediante acquisizioni o fusioni con soggetti in grado di apportare competenze e capacità necessarie per restare competitivi sul mercato). Si ha "integrazione orizzontale" quando, invece, l'impresa mantiene solamente le proprie attività "core" relative alla progettazione del prodotto o servizio o altre fasi caratterizzanti l'attività d'impresa, mentre stabilisce relazioni contrattuali più o meno stabili

con un'integrazione "orizzontale" dei processi produttivi<sup>16</sup>.

Le relazioni commerciali di cui si compone una catena, per un verso, possono coinvolgere contraenti non stabili e formalmente indipendenti da quello primario, abituati a svolgere contemporaneamente le proprie attività per una pluralità di committenti, e, per l'altro, si estendono inevitabilmente anche *oltre* la sfera di controllo del primario, in virtù del coinvolgimento di subfornitori, che, "a cascata", ricorrono a terzi soggetti, nonché all'economia informale<sup>17</sup>. Non sempre è possibile identificare nella sua interezza una precisa e stabile entità, se non giuridica, perlomeno economica, riferita all'operazione complessiva che si cela dietro al prodotto o servizio realizzato su scala transnazionale. Anche ove così fosse, un conto è individuare un'entità economica, un altro è l'attribuzione di responsabilità.

Ammesso che sia quantomeno possibile "mappare" i rapporti di lavoro riconducibili alla medesima catena<sup>18</sup>, responsabilizzare l'impresa per le violazioni dei diritti dei lavoratori che vengono realizzate da soggetti terzi, talvolta financo dotati di una significativa indipendenza commerciale, impone più di una riflessione.

In queste pagine s'intende fornire qualche spunto utile alla riflessione sull'opportunità di configurare adeguatamente eventuali responsabilità risarcitorie dei soggetti primari in caso di violazione dei doveri di diligenza sul rispetto dei diritti umani nelle catene globali di riferimento. Ciò sarà fatto alla luce delle indicazioni della *soft law* e di alcuni recenti interventi legislativi.

La scelta di incentrare la riflessione sul profilo risarcitorio risponde ad una duplice esigenza. In primo luogo, si pone una questione di giustizia e coerenza normativa. Pare di scarsa utilità, per le vittime, esser parte dei *report* interni sull'adozione di prassi responsabili, se non ne conseguono ristori

con soggetti che svolgono le altre fasi necessarie alla realizzazione finale del prodotto o servizio.

<sup>16</sup> K. H. ELLER, *Is 'Global Value Chain' a Legal Concept? Situating Contract Law in Discourses Around Global Production*, in *European Review of Contract Law*, 2020, 16, 1, 3 ss.

<sup>17</sup> F. C. ERNST, V. LEUNG, *Trade and informality: Transition to formality and decent work*, in ILO, *Integrating Trade and Decent Work. Volume 1 - Has trade led to better jobs? Findings based on the ILO's Decent Work Indicators*, a cura di M. Corley-Coulibaly, P. Sekerler Richiardi, F. C. Ebert, Ginevra, 2023, 277 ss.

<sup>18</sup> A. MARX, J. WOUTERS, *Redesigning enforcement in private regulation – The case of international labor governance*, Leuven Centre for Global Governance Studies, 2013, Working Paper 126, consultabile su: [https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working\\_papers/2013/127marxwouters](https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/2013/127marxwouters).

in caso di violazione o di ineffettività delle misure di prevenzione dei danni<sup>19</sup>. Specularmente, la debolezza degli strumenti risarcitori è considerata con preoccupazione da quanti sollevano il dubbio che le recenti normative, anche quando li prevedono<sup>20</sup>, possano essere più utili ad esonerare l'impresa da responsabilità giuridiche e morali che a responsabilizzarla<sup>21</sup>. In secondo luogo, l'attribuzione di responsabilità risarcitorie, a ben vedere, centra il cuore stesso del modello attorno al quale si snoda l'architettura delle catene globali, perché sfida la responsabilità limitata dei soci delle società per azioni e la separazione giuridica tra entità formalmente distinte, le quali hanno consentito alle multinazionali di dominare la scena economica senza modificare più di tanto la propria sfera di doveri giuridici verso i terzi<sup>22</sup>.

Uno dei principali interrogativi è se e come gli ordinamenti dei paesi in cui sono siti i soggetti primari possano responsabilizzare questi ultimi, mediante il ricorso a rimedi risarcitori, per le violazioni dei diritti dei lavoratori

<sup>19</sup> P.T. MUCHLINSKI, *Advanced Introduction to Business and Human Rights*, Cheltenham/Northampton, 2022, 154, che cita un'opinione espressa dalla collega Lise Smith.

<sup>20</sup> Rispetto alla direttiva UE, della quale si dirà nel par. 5, è stato scritto, non senza ragione, che l'introduzione di disposizioni relative al risarcimento del danno, pur con tutti i limiti del caso, segnala la volontà di passare dalla *soft* alla *hard law* in materia di impresa e diritti umani: M. GIOVANNONE, *Dovere di diligenza e responsabilità civile nella proposta di direttiva europea*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2023, 3, 474.

<sup>21</sup> Y. FARAH, V. KUNUJI, A. KENT, *Civil Liability Under Sustainability Due Diligence Legislation: A Quiet Revolution?*, in *King's Law Journal*, 2023, 34, 3, 499 ss.

<sup>22</sup> Le strategie legali volte ad ottenere il risarcimento del danno si vanno diffondendo. Talvolta, specialmente nei sistemi di *common law* (ma non solo), è stato possibile individuare un *duty of care* del soggetto primario sulla condotta delle sussidiarie, in ragione del controllo esercitato dai primi sulle seconde (si vedano i casi inglesi: *Okpabi v Royal Dutch Shell*, 2018, EWCA Civ. 191; *AAA & Others v Unilever PLC and Unilever Tea Kenia Limited*, 2018, EWCA Civ. 1532), o in ragione del controllo che la società avrebbe dovuto esercitare (*Chandler v Cape Plc*, Court of Appeal, 2012, EWCA Civ. 525, 25 aprile 2012, anch'esso inglese)<sup>22</sup>, o, infine, dell'auto-assunzione di responsabilità risultante dai codici di condotta (si consideri il caso inglese *Loungowe v Vedanta Resources plc*, 2019, UKSC 20 o quello olandese *Milieudéfensie et al. v Royal Dutch Shell Plc*, The Hague District Court, 26 maggio 2021). Al di fuori delle ipotesi di controllo, l'individuazione di un *duty of care* (basato sul controllo dovuto per legge o su auto-assunzioni di responsabilità) sembra allo stato più incerta, a giudicare da alcuni casi statunitensi (*Doe v Wal-mart store Inc* US Court of Appeals, 9th Circuit, 2009, 572 F.3d 677), canadesi (*Das v George Weston Limited*, 2017, ONSC 4129; *Nvsun Resources Ltd v Araya*, 220 SCC 5, CanLII) e tedeschi (*Muhammad Jabir and Others v KiK Textilien und Non-Food GmbH*, 7 O 95, 2015, terminato con un non luogo a procedere nel 2019).



che si verificano *oltre* l'orbita delle attività che l'impresa svolge direttamente. Ciò verrà esaminato non tanto rispetto alle società di un medesimo gruppo<sup>23</sup> ed a quelle che il primario controlla legalmente o su cui esercita una influenza paragonabile al controllo, bensì considerando specialmente i soggetti che figurano come meri fornitori o subfornitori. In questi anelli delle catene, un "caso limite", ma tutt'altro che infrequente, si verifica quando il pregiudizio ai diritti fondamentali dei lavoratori dipende da condizioni che il soggetto primario non governa, in contesti dove le violazioni dei diritti sono *la norma*<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Il problema della gestione dei rapporti di lavoro nei gruppi d'impresa – che rappresentano un frammento, per così dire, di catena globale – è di per sé oltremodo complesso ed è stato copiosamente affrontato dalla letteratura giuslavoristica da decenni. Rispetto a quella nazionale: O. MAZZOTTA, *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di impresa*, in *Lavoro e diritto*, 1988, 366 ss.; G. DE SIMONE, *La gestione dei rapporti di lavoro nelle imprese a struttura complessa*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 1991, 82 ss.; L. NOGLER, *Gruppo di imprese e diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 1992, 291 ss.; A. PERULLI, *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2013, I, 83 ss.; M. BARBERA, *Trasformazione della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, 2, 1 ss.; G. DE SIMONE, *I gruppi di imprese*, in *Trattato di diritto del lavoro*, a cura di M. Persiani, F. Carinci, in *Il mercato del lavoro*, a cura di M. Brolo, Padova, 2012; *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, a cura di A. Aimò, D. Izzi, Torino, 2014; M.G. GRECO, *Il rapporto di lavoro nell'impresa multidatoriale*, Torino, 2017. Con riferimento alla responsabilizzazione della capogruppo in una prospettiva comparata: O. RAZZOLINI, *Datore di lavoro (diritto europeo): prospettive evolutive*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano 2023, 510 ss. Sulla diluizione della figura datoriale a fronte della complessità organizzativa dell'impresa: G. GAUDIO, *Adapting Labour Law to Complex Organisational Settings of the Enterprise: Why Rethinking the Concept of the Employer is Not Enough*, in *Industrial Law Journal*, 2021, 50, 2, 264 ss.

<sup>24</sup> Nel già citato caso *Nvsun Resources Ltd v Araya*, si trattava di un ricorso intentato da alcuni lavoratori impiegati da una società, fornitrice della canadese Nevsum, collocata in un paese (Eritrea) nel quale risulta che il lavoro forzato fosse stato previsto per i cittadini in età da lavoro che avessero completato il servizio militare o il percorso formativo obbligatorio. Per citare un altro esempio, secondo un *report* del *Business & Human Rights Centre* del 2023 (il *report* e le informazioni sulle condizioni di lavoro nel paese sono costantemente aggiornate e consultabili sulla pagina internet: <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/labour-rights/myanmar-garment-worker-allegations-tracker/>), le violazioni dei diritti fondamentali dei lavoratori (più spesso, lavoratrici) nelle industrie tessili collocate in Myanmar, fornitrici di innumerevoli *brand* occidentali, sono precipitate successivamente al colpo di stato militare del 2021, tanto che l'unica soluzione praticabile per innescare un processo virtuoso di rispetto dei diritti, in molti casi, sarebbe proprio rinunciare agli investimenti e rece-

Poiché talvolta l'unico modo, per l'impresa, di adottare un comportamento socialmente responsabile consisterebbe nell'abbandonare le operazioni economiche<sup>25</sup>, ci si chiederà se tale scelta possa ritenersi dovuta solo moralmente o se dalla sua mancata adozione possano scaturire conseguenze giuridiche (risarcitorie), in base alle indicazioni della *soft law* (par. 2) ed alle recenti riforme legislative adottate in Francia, in Germania (par. 3) e a livello dell'Unione Europea (par. 4).

## 2. *Ambiguità semantiche, enforcement e approccio "agnostico" degli UNGPs*

Tanto premesso, occorre qualche precisazione sul significato attribuito alla responsabilizzazione dell'impresa, al fine di sgomberare il campo da sovrapposizioni logiche tra accezioni che fanno variamente riferimento alla relazione morale o istituzionale tra due soggetti, nella quale uno ha l'obbligo di spiegare e giustificare la propria condotta, mentre l'altro ha il potere o l'autorità di porre questioni ed invocare giustizia del caso concreto<sup>26</sup>.

In tema di catene globali, le espressioni "responsabilità", "responsabilizzazione" o "*accountability*" vengono adoperate talvolta come sinonimo di *social responsibility*, con il rischio di equivoci e sovrapposizioni<sup>27</sup>. Gli studi in materia individuano grossomodo due macrocategorie di significato riconducibili all'idea di responsabilizzazione dell'impresa, quella descrittiva di obblighi extragiuridici e quella più propriamente prescrittiva di doveri giuridica-

dere dai contratti esistenti. Questa soluzione sarà ulteriormente indagata nei prossimi paragrafi, in particolar modo rispetto alla sua previsione espressa nella direttiva UE relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, approvata nel maggio 2024, per la quale si rinvia al par. 4 del presente contributo. In merito a *due diligence* e contesti di conflitto, M. PERTILE, *Gli obblighi di diligenza delle imprese e i minerali provenienti da zone di conflitto: riflessioni sull'origine e sulla rilevanza del concetto di conflict minerals*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2021, 341 ss.

<sup>25</sup> Eventualmente, con la previsione di un ristoro economico per il danno causato dal venir meno delle occasioni di lavoro: G. REINECKE, *Is Globalization Good for Workers? Definitions and Evidence from Latin America*, in *International Labor and Working-Class History*, 2006, 70, 11 ss.

<sup>26</sup> I. LANDAU, T. HARDY, *Transnational Labour Governance in Global Supply Chains: Asking Questions and Seeking Answers on Accountability*, in *Decent work in a globalized economy: lessons from public and private initiatives*, a cura di G. Delautre, E. Echeverría Manrique, C. Fenwick (ILO, International Labour Office), Ginevra, 2021, 43 ss.

<sup>27</sup> P. TULLINI, *La responsabilità dell'impresa*, in *Lavoro e Diritto*, 2022, 2, 357 ss.

mente rilevanti<sup>28</sup>.

Se intesa in un'accezione giuridica, l'attribuzione di responsabilità ai soggetti primari per il rispetto dei diritti lungo le catene globali – non può prescindere dalle conseguenze che gli ordinamenti prevedono per i comportamenti adottati<sup>29</sup>. La mancanza di coercizione conduce ad esiti insufficienti<sup>30</sup>, se non paradossali: quando l'asserita responsabilizzazione è puramente di facciata, essa può essere strumentale a fuorviare i consumatori<sup>31</sup> e contribuire ad *esonerare* l'impresa da responsabilità giuridiche e persino etiche<sup>32</sup>.

Posto che l'*enforcement* giuridico statale può combinare strumenti di tipo amministrativo, penale e civilistico, si intende qui prestare attenzione, tra quelli di natura civilistica, ai rimedi risarcitori. La configurazione di questi ultimi, oltre ad essere un terreno di per sé indispensabile alla comprensione della relazione tra obblighi degli Stati e delle imprese in materia di diritti umani<sup>33</sup>, risulta centrale per l'analisi delle due riforme legislative nazionali al momento più avanzate in materia (francese e tedesca), per il legame che esse instaurano tra l'introduzione di obblighi e le conseguenze risarcitorie che scaturiscono (o non scaturiscono) dalla loro violazione.

<sup>28</sup> In dottrina si individuano, per vero, più sfaccettature: A. OKOYE, *Theorising Corporate Social Responsibility as an Essentially Contested Concept: Is a Definition Necessary*, in *Journal of Business Ethics*, 2009, 89, 4, 613 ss.

<sup>29</sup> Sulla sanzione (intesa in senso ampio nella teoria generale del diritto) come elemento intrinseco all'esistenza di ogni ordinamento giuridico, N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Novissimo Digesto*, XVI, Torino 1969, 530 ss.; G. GAVAZZI, *Le sanzioni nel diritto. Problemi vecchi e nuovi*, in *Il Politico*, XLIII, 1979, 3, 393 ss. Più ampiamente, sulla funzione promozionale del diritto, N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1969, 1313 ss.

<sup>30</sup> Se non in modo frammentario e isolato; è dimostrato, ad esempio, che alcuni effetti positivi si registrano quando tali meccanismi vengono adottati in modo specifico per la tutela dei diritti umani e non per perseguire al contempo altri obiettivi: R. MCCORQUODALE, L. SMIT, S. NEELY, R. BROOKS, *Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practices for Business Enterprises*, in *Business and Human Rights Journal*, 2017, 2, 195 ss.

<sup>31</sup> C. BRIGHT, A. MARX, N. PINEAU, J. WOUTERS, *Toward a Corporate Duty for Lead Companies To Respect Human Rights in Their Global Value Chains?*, in *Business and Politics*, 2020, 22, 4, 667 ss.; C. TERWINDT, A. ARMSTRONG, *Oversight and accountability in the social auditing industry: the role of social compliance initiatives*, in *International Labour Review*, 2019, 158, 2, p. 245 ss.

<sup>32</sup> G. QUIJANO, C. LOPEZ, *Rise of Mandatory Human Rights Due Diligence: A Beacon of Hope or a Double-Edged Sword?*, in *Business and Human Rights Journal*, 2021, 6, 2, 241 ss.

<sup>33</sup> F. WETTSTEIN, *Business and Human Rights. Ethical, legal, and Managerial Perspectives*, Cambridge/New York/Port Melbourne/New Delhi/Singapore, 2022, spec. 259 ss.

In generale, è opinione diffusa in dottrina<sup>34</sup>, nonché manifestata dall'autorevole opinione dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani<sup>35</sup>, che il risarcimento del danno debba accompagnare la previsione di obblighi di prevenzione volti ad impegnare le imprese a garantire il rispetto dei diritti lungo le catene globali, al fine di incidere virtuosamente sul comportamento delle multinazionali. Un coordinamento ideale dovrebbe impedire due scenari: che meccanismi di *compliance* solo formale costituiscono un *safe harbour* in grado di escludere automaticamente ulteriori responsabilità; che la responsabilità possa essere scaricata sui fornitori (ad esempio, mediante apposite clausole contrattuali o su quanto certificato da società di *auditing*, della cui competenza e indipendenza è lecito dubitare)<sup>36</sup>.

Questo duplice problema è cruciale proprio con riferimento ai casi limite indicati nel paragrafo precedente. Ponendo l'attenzione al primo dei due, ossia al rischio che il rispetto formale degli obblighi di diligenza costituisca un facile esonero da responsabilità, bisogna chiedersi innanzi tutto se, a livello di *soft law* internazionale, sussistano indicazioni utili sul rapporto tra diligenza attesa e responsabilità.

Qualche breve premessa in proposito è doverosa. Già a partire dalla metà degli anni Settanta, importanti strumenti internazionali di *soft law* hanno avuto ad oggetto il comportamento dovuto dalle imprese multinazionali (si pensa alle *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* ed alla *ILO Tripartite Declaration*)<sup>37</sup>. L'attenzione per il c.d. *accountability gap* è cresciuta a par-

<sup>34</sup> C. VAN DAM, *Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms on the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights*, in *Journal of European Tort Law*, 2011, 2, 221 ss.; J. SCHREMPF-STIRLING, F. WETTSTEIN, *Beyond Guilty Verdicts: Human Rights Litigation and its Impact on Corporations' Human Rights Policies*, in *Journal of Business Ethics*, 2017, 145, 3, 545 ss.

<sup>35</sup> OHCHR, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse: The relevance of human rights due diligence to determinations of corporate liability*, 1° giugno 2018, UN Doc A/HRC/38/20/add.2, no 29.

<sup>36</sup> L. SMIT, C. BRIGHT, S. NEELY, *Muddying the Waters: The Concept of a "Safe Harbour" in Understanding Human Rights Due Diligence*, in *Business and Human Rights Journal*, 2023, 8, 1, 1 ss.; C. SPINELLI, *Regulating Corporate Due Diligence: from Transnational Social Dialogue to EU Binding Rules (and Back?)*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2022, 1, 103 ss.

<sup>37</sup> Più esattamente, le *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* sono del 1976 (anche *OECD Guidelines*, riviste nel 2011 e seguite dal documento *OECD Guidance* del 2018 e, da ultimo, emendate nel giugno 2023), mentre l'*International Labour Organisation Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy* è del 1977 (an-

tire dagli anni Novanta, nella diffusa consapevolezza che gli strumenti del diritto nazionale ed internazionale non paiono in grado di governare i processi di globalizzazione<sup>38</sup>. Tale approccio è culminato nella adozione, nel 2011, degli *UN Guiding Principles of Business and Human Rights* (da ora UNGPs)<sup>39</sup>. Senza introdurre obblighi né per gli Stati né per le imprese, essi sanciscono un ampio consenso internazionale sull'attribuzione di una *social license to operate*<sup>40</sup> solo alle imprese che adottino modelli gestionali in grado di prevenire, evitare, ridurre o rimediare agli impatti sociali negativi prodotti dall'attività economica nelle proprie catene globali: modelli da adeguare in ragione della gravità della probabilità dei danni che si potrebbero cagionare<sup>41</sup>.

La struttura degli UNGPs è basata, come noto, su tre pilastri: primo, dovere degli Stati di rispettare i diritti umani; secondo, dovere delle multinazionali di fare altrettanto, di vigilare e influire sul rispetto dei diritti lungo le

che *MNE Declaration*, da ultimo emendata nel 2017). Mentre le prime hanno avuto una certa risonanza sin dalla loro introduzione, la seconda è ultimamente rivitalizzata dalla rilevanza delle recenti iniziative dell'OIL sul lavoro dignitoso nelle catene globali (sulle quali si può consultare la pagina [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_850378/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_850378/lang--en/index.htm)).

<sup>38</sup> Al riguardo non può essere sottovalutata la risonanza delle azioni portate avanti dal movimento *antisweatshops*, che ha dato l'avvio, inizialmente negli Stati Uniti, sia ad una serie di ricorsi in giudizio per ottenere risarcimenti per le vittime di violazioni dei diritti fondamentali, sia a campagne promosse da organizzazioni non governative per sensibilizzare l'opinione pubblica: C. SZYMANSKI, *The Window Closes: Nestle, Inc. v. Doe and the Lost Promise of the U.S. Alien Tort Statute as a Means of Enforcing International Labor Law*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2022, 1, 29 ss.

<sup>39</sup> UNITED NATIONS, *UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, New York/Ginevra, HR/PUB/11/04, attuativi, come indicato già nel titolo, del precedente "Framework" (HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights: Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, A/HRC/8/5, 7 aprile 2008).

<sup>40</sup> K. BUHMANN, *Public Regulators and CSR: The 'Social Licence to Operate' in Recent United Nations Instruments on Business and Human Rights and the Juridification of CSR*, in *Journal of Business Ethics*, Special Issue on The 26th EBEN Annual Conference in Lille, 2016, 136, 4, 699 ss.

<sup>41</sup> J.G. RUGGIE, J.F. SHERMAN, *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale*, in *The European Journal of International Law*, 2017, 28, 3, 921 ss. Si può proporre un parallelismo con quanto prospettato dal Parlamento europeo in materia di intelligenza artificiale: O. RAZZOLINI, *Datore di lavoro (diritto europeo): prospettive evolutive*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 2023, 510 ss.

catene globali; terzo, diritto ai rimedi per le vittime. Per quanto attiene al secondo pilastro, tale documento non prende posizione sull'eventualità che alla responsabilizzazione dei soggetti privati corrispondano conseguenze di tipo giuridico, le quali vengono lasciate all'eventuale implementazione statale.

Come riconosce lo stesso Ruggie (allora Segretario UN per i diritti umani), il successo di cui hanno goduto gli UNGPs è stato dovuto al *non* aver tradotto la responsabilizzazione in obblighi vincolanti per le imprese<sup>42</sup>. Proprio l'approccio "agnostico" rispetto alla responsabilizzazione in senso giuridico ha reso tale documento un punto di riferimento per l'adozione di prassi di responsabilità sociale volte a considerare quanto avviene al di là dello stretto perimetro delle attività condotte o controllate direttamente dal soggetto primario<sup>43</sup>. In seno al secondo pilastro degli UNGPs, assume rilievo centrale la c.d. *due diligence*, espressione mutuata dal contesto dei rapporti tra acquirenti e fornitori di prodotti<sup>44</sup>. Essa viene definita come il processo attraverso il quale le imprese identificano, evitano, mitigano e danno conto (in modo sistematico e continuativo, secondo un processo iterativo) del modo in cui le stesse affrontano gli attuali o potenziali impatti negativi sui diritti umani che si verificano lungo le catene globali, a prescindere dal fatto che ne siano o meno legalmente responsabili (principio 17; ripreso dalle linee guida OECD nel cap. II, commento al par. 14 e cap. V, commento al par. 15). Le imprese dovrebbero muoversi in tre direzioni per rispettare le indicazioni contenute nel secondo pilastro degli UNGPs: identificare e valutare i rischi attuali e potenziali per i diritti umani, in relazione ai contesti considerati; adottare tutte le misure idonee a prevenire, far cessare o porre rimedio agli impatti negativi dovuti alle attività che si svolgono lungo la catena globale;

<sup>42</sup> RUGGIE J.G., J.F. SHERMAN, *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale*, cit.

<sup>43</sup> Sul ruolo di guida svolto dagli UNGPs in tal senso, già S. N. LUNDAN, P. MUCHLINSKI, *Human Rights Due Diligence in Global Value Chains*, in *Progress in International Business Research*, 2012, 7, 181 ss.

<sup>44</sup> J. SALMINEN, *From product liability to production liability: modelling a response to the liability deficit of global value chains on historical transformations of production*, in *Competition & Change*, 2019, 23, 4, 420 ss. In dottrina Ruggie e Sherman hanno confutato l'assimilazione dell'espressione, contenuta negli UNGPs, al significato che essa assume nel diritto internazionale, riportandone l'interpretazione sul piano di una logica più prossima al diritto privato e commerciale. (RUGGIE J.G., J.F. SHERMAN, *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale*, cit.).

dar conto in modo trasparente delle valutazioni, delle misure e della loro efficacia, impegnandosi a rivederle ove risultino deficitarie<sup>45</sup>. Questo processo iterativo dovrebbe ricomprendere (sebbene con un diverso livello di intensità) anche le attività condotte da soggetti *terzi*, inclusi coloro con i quali sussistano legami contrattuali sporadici o rispetto ai quali tali legami siano instaurati con i fornitori dei soggetti primari e non con questi ultimi. Perché la *due diligence* non costituisca un *safe harbour*, occorre accertarsi che il suo rispetto non escluda automaticamente ogni responsabilità, anche nelle ipotesi in cui manca un legame proprietario, di controllo o influenza su anelli della catena collocati in contesti problematici rispetto alla tutela del lavoro.

Gli UNGPs, rispetto al rapporto tra diligenza *ex ante* e responsabilità *ex post*, presentano un quadro complesso, che si presta a diverse interpretazioni, variamente articolabili nei tre scenari che lo stesso documento individua come indicativi di un più o meno intenso coinvolgimento nelle violazioni dei diritti perpetrate lungo le catene globali. In particolare, si tratta delle ipotesi nelle quali il danno: i) sia stato *direttamente causato* dai soggetti primari (o da soggetti da loro direttamente controllati) sui lavoratori impiegati lungo la catena globale; ii) sia configurabile come prodotto eziologicamente riconducibile ad un loro *contributo* attivo o omissivo, benché la violazione sia stata attuata da terzi soggetti; iii) risulti da operazioni economiche meramente *collegate* alla catena globale di riferimento. Per attribuire responsabilità *ex post* ai soggetti primari, bisognerebbe valutare se l'impresa abbia *causato* direttamente un impatto negativo sui diritti umani (ad esempio, essa ha fatto direttamente ricorso al lavoro minorile), *contribuito a causarlo* (nell'esempio precedente, l'impresa ha imposto condizioni contrattuali particolarmente stringenti, che hanno incrementato il rischio di ricorso al lavoro minorile nelle fornitrici) o se invece l'effetto negativo sia *riconducibile* alle sue operazioni, benché l'impresa *non abbia fatto nulla* per accrescerne il rischio (ad esempio, nonostante previsioni contrattuali che vietano il ricorso al lavoro minorile, i fornitori ne hanno comunque impiegato, senza che vi siano state pressioni economiche particolari da parte della multinazionale).

Nei primi due casi scongiurare l'impatto negativo sarebbe possibile in modo diretto; il soggetto primario sarebbe quindi tenuto a rimediare al danno cagionato per il fatto di non aver evitato comportamenti potenzialmente

<sup>45</sup> *Ex multis*, N. BUENO, *Multinational enterprises and labour rights: concepts and implementation*, in *Labour, Business and Human Rights Law*, a cura di J.R. Bellace, B. ter Haar, Cheltenham, 2019, 421 ss.

dannosi, anche al di là delle proprie previsioni (si vedano i commenti al principio 22). Pertanto, sarebbe ragionevole attendersi che gli ordinamenti nazionali che vogliano attuare correttamente gli UNGPs prevedano il risarcimento del danno conseguente alla mancata adozione di misure adeguate. La questione è meno semplice nel terzo caso. In quest'ultima ipotesi, gli UNGPs si riferiscono al dovere dell'impresa di adoperare la propria influenza sul comportamento altrui, di accrescerla per poterla esercitare, nonché, in ultima analisi, di interrompere le relazioni contrattuali. Sarebbe compatibile con essi una lettura per cui la mancata fuoruscita dai contratti – come *extrema ratio* – possa determinare anch'essa una responsabilità risarcitoria dei primari nei confronti delle vittime di abusi perpetrati da terzi soggetti?

Ad una prima lettura, ciò parrebbe solo *in minima parte* configurabile. In base ai commenti ai principi 19 e 22, tale esito sarebbe da escludere ove l'attività esternalizzata sia cruciale per il processo produttivo. Solo negli altri casi la risposta alla domanda risulterebbe indeterminata e quindi si aprirebero spazi per rinvenire, anche nei casi limite che qui interessano, un consenso internazionale sull'attribuzione di responsabilità *ex post*, eventualmente di natura risarcitoria.

In realtà, come opportunamente osservato in dottrina<sup>46</sup>, l'interpretazione appena prospettata rappresenta una visione parziale. Secondo una lettura più convincente, l'adozione di procedure di *human rights due diligence* andrebbe *sempre* distinta dal rispetto del *duty of care*; in nessun caso imprese che realizzano processi di *due diligence* potrebbero quindi ritenersi esonerate automaticamente da responsabilità<sup>47</sup>. Questo dovrebbe riguardare non solo il caso in cui il soggetto primario *cagioni direttamente* il danno o *contribuisca* a determinarlo (benché sia stato causato da altri), ma anche quello in cui il danno è cagionato da terze parti ma è riconducibile alle operazioni economiche del soggetto primario, perché si riscontrano rischi noti, probabili e gravi, che l'impresa avrebbe dovuto considerare e che implicherebbero il dovere di esercitare la propria influenza sugli anelli “deboli” della catena o, se l'influenza non è possibile, abbandonare l'investimento (principio 19, lett. b).

La risarcibilità del danno verificatosi in mancanza di rinuncia

<sup>46</sup> G. QUIJANO, C. LOPEZ, *Rise of Mandatory Human Rights Due Diligence: A Beacon of Hope or a Double-Edged Sword?*, cit.

<sup>47</sup> O. DE SCHUTTER, *Towards Mandatory Due Diligence in Global Supply Chains*, ITUC 2020, consultabile su: [https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/de\\_schutte\\_mandatory\\_due\\_diligence.pdf](https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/de_schutte_mandatory_due_diligence.pdf).



all'investimento renderebbe l'articolazione di *due diligence* e risarcimento del danno coerente e razionale in tutti quei casi nei quali la *due diligence*, da sola, non è sufficiente, o, in altri termini, dovrebbe invitare a sospendere l'investimento: la dottrina lo ha sottolineato rispetto alle ipotesi in cui sarebbe impossibile per l'impresa estendere la catena globale senza rendersi complice di regimi repressivi o dittatoriali che non riconoscono i diritti dei lavoratori, men che mai quelli di natura sindacale (esempi: regimi dittatoriali latinoamericani<sup>48</sup> o lavoro forzato degli Uiguri in Cina), oppure l'attività produttiva o il prodotto sono di per sé pericolosi per i lavoratori (esempio: materiali tossici)<sup>49</sup>.

Nella misura in cui sia cosa nota che la propria catena si espande in un contesto in cui le violazioni dei diritti sono gravi, frequenti ed ingovernabili, sarebbe allora coerente con gli UNGPs che gli Stati calibrino, nelle proprie legislazioni, l'eventuale dovere d'influenza con quello di sospendere l'investimento o, *in extremis*, di recedere dai contratti. Inoltre, dovrebbero prevedere adeguate conseguenze, anche risarcitorie, in caso di violazione.

Altrimenti, non pare possibile scongiurare il rischio che la *due diligence*, anziché strumento di responsabilizzazione, divenga un fine in sé o, peggio, un meccanismo di legittimazione di attività imprenditoriali in grado di arrecare gravi pregiudizi ai più basilari diritti dei lavoratori impiegati lungo le catene globali.

### 3. I limiti alla responsabilità risarcitoria negli esempi francese e tedesco

Negli anni successivi all'adozione degli UNGPs, alcune tra le peggiori tragedie dell'industria tessile (avvenute nel 2012 e nel 2013), hanno evidenziato l'insufficienza dei meccanismi volontari di responsabilizzazione ed il rischio che essi servano a legittimare pratiche tutt'altro che accettabili, nella sostanziale impunità degli attori coinvolti<sup>50</sup>. Come reazione all'irrespon-

<sup>48</sup> S. MICHALOWSKI, *Due diligence and complicity: a relationship in need of clarification*, in *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, a cura di S. Deva, D. Bilchitz, Cambridge, 2013, 218 ss.

<sup>49</sup> G. QUIJANO, C. LOPEZ, *Rise of Mandatory Human Rights Due Diligence: A Beacon of Hope or a Double-Edged Sword?*, cit.

<sup>50</sup> Si tratta dei noti casi *Rana Plaza* (2013) e *Ali Enterprises* (2012). A. SALAHUDDIN, *Rana Plaza tragedy: Who is to blame*, in *Industrial Law Journal*, 2018, 39, 1, 51 ss.; E. KOCHER, *Transnational Labour Law? "Corporate Social Responsibility" and the Law*, in *Transnational*

sabilità delle multinazionali, nell'ambito del movimento di *Business and Human Rights* (per vero esistente dagli anni Settanta, e cresciuto parallelamente alla diffusa critica culturale mossa alla globalizzazione dagli anni Novanta in poi)<sup>51</sup>, associazioni non governative e sindacali hanno iniziato sia a promuovere azioni in giudizio per ottenere il risarcimento del danno da multinazionali coinvolte nelle violazioni dei diritti umani, sia ad esercitare pressioni politiche volte all'introduzione di obblighi legali in capo ai soggetti primari per la violazione dei diritti lungo le proprie catene globali.

Quanto alle riforme legislative, i limiti della responsabilizzazione volontaria e gli ostacoli tecnici frapposti alle strategie giudiziarie sembrano aver finalmente ispirato un cambio di passo nel diritto positivo, nella direzione di una rinnovata concezione di *accountability*, meno incentrata sulla promozione volontaria dei diritti<sup>52</sup> e più sull'obbligo giuridico di non violarli. Ciò emerge dalla significativa moltiplicazione delle legislazioni nazionali che impongono a soggetti multinazionali di rilevanti dimensioni (di fatturato e/o di manodopera impiegata) obblighi di vario tipo a tutela dei diritti umani (e ambientali). Il che veicola l'affermazione progressiva di una nozione di *accountability* non extragiuridica, bensì tesa a "giuridificare" le responsabilità dei soggetti primari<sup>53</sup>.

Gli interventi legislativi in materia possono essere suddivisi, secondo un ordine cronologico, tra quelli che: i) impongono obblighi di trasparenza sul

*Legal Activism in Global Value Chains. Interdisciplinary Studies in Human Rights*, a cura di M. Saage-Maaß, P. Zumbansen, M. Bader, P. Shahab, Cham, 2021, 187 ss.

<sup>51</sup> A. RAMASASTRY, *Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability*, in *Journal of Human Rights*, 14, 2, 241 ss., con riferimento ai noti contributi di Naomi Klein (*No logo*, 2000) e Joseph Stiglitz (*La globalizzazione e i suoi oppositori*, 2002).

<sup>52</sup> Non si vuole con ciò disconoscere l'apporto – tuttavia, non risolutivo e comunque a geometria variabile – dei meccanismi di "rafforzamento" basati su trasparenza e procedure di reclamo volti a superare l'eccessivo affidamento ai sistemi di *auditing* (A. MARX, J. WOUTERS, *Redesigning enforcement in private labour regulation: Will it work?*, in *International Labour Review*, 2016, 155, 3, 435 ss.), così come l'importanza delle iniziative *multi-stakeholders* per garantire maggiore credibilità al rispetto degli obblighi volontariamente assunti (I. LANDAU, T. HARDY, *Transnational Labour Governance in Global Supply Chains: Asking Questions and Seeking Answers on Accountability*, cit.).

<sup>53</sup> C. MACCHI, C. BRIGHT, *Hardening Soft Law: The Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation*, in *Legal Sources in Business and Human Rights - Evolving Dynamics in International and European Law*, a cura di M. Buscemi, N. Lazzarini, L. Magi, Leiden/Boston, 2020, 218 ss.

rispetto dei diritti e sul loro monitoraggio lungo le catene globali (fanno parte di questa tipologia l'*UK Modern Slavery Act*, 2015<sup>54</sup>, ch. 30, par. 54, che prescrive solo un obbligo di *reporting* e l'*Australia Modern Slavery Act*, no. 153, 2018, che impone obblighi di trasparenza veri e propri); ii) prevedono obblighi di diligenza in determinati settori, considerati ad alto rischio, o con riferimento alle violazioni di diritti specifici, quali quelli dei minori (come, ad esempio, il *Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, legge federale statunitense del 21 luglio 2010<sup>55</sup> o la legge olandese *Wet zorgplicht kinderarbeid*, 14 maggio 2019<sup>56</sup>); iii) formulano gli obblighi di diligenza in modo più generale. Di quest'ultima categoria fanno parte la legge francese *relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* (n. 399/2017 del 27 marzo 2027) e quella tedesca (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz* o LkSG, legge approvata nel 2021 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2023)<sup>57</sup>, sulle quali mi soffermerò a breve. Anche in altri ordinamenti, come in quello svizzero, sono state promosse iniziative volte ad introdurre obblighi di tipo generale, accompagnati da responsabilità risarcitorie, ma tali prospettive sono state ridimensionate dal legislatore<sup>58</sup>. In quest'ottica si può menzionare anche l'attuale Direttiva Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, n. 2024/1760 del 13 giu-

<sup>54</sup> Per un'attenta analisi della disciplina e della sua attuazione: V. MANTOUVALOU, *The UK Modern Slavery Act 2015 Three Years On*, in *Modern Law Review*, 2018, 81, 1017 ss.

<sup>55</sup> La legge disciplina l'uso di minerali provenienti da zone di conflitto, quale la Repubblica Federale del Congo, circostanza in cui occorre mettere in atto apposite misure di due diligence e redigere un apposito *report*.

<sup>56</sup> Che richiede alle società che commerciano beni e servizi in Olanda di adottare delle misure in grado di identificare il rischio di lavoro minorile nelle loro catene globali, a prescindere dal grado di controllo che le società leader possono avere sugli anelli più lontani della catena. L'obbligo è accompagnato da possibili sanzioni amministrative o penali. Attualmente, è sul tavolo una proposta di legge che punterebbe all'introduzione di un obbligo generale di *due diligence*, al quale si accompagnerebbe anche una responsabilità di tipo risarcitorio (il disegno di legge è stato da ultimo emendato il 2 Novembre 2022, *Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen*).

<sup>57</sup> L. NOGLER, *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz: perché è nata e quali sono i suoi principi contenuti*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2022, 173, 1 ss.

<sup>58</sup> Sul disegno di legge svizzero, non approvato, e relativa controproposta: N. BUENO, C. KUFMANN, *The Swiss Human Rights Due Diligence Legislation: Between Law and Politics*, in *Business and Human Rights Journal*, 2021, 6, 3, 542 ss. Per un quadro complessivo, F. MICHELI, *Il Lavoro nelle catene globali del valore. Strumenti e tecniche di tutela*, cit., 95 ss.

gno 2024. La direttiva, pur con tutti i suoi limiti<sup>59</sup>, intende estendere il campo degli obblighi di diligenza rispetto alle precedenti discipline settoriali o incentrate sulla sola trasparenza<sup>60</sup> e contempla anche il rimedio risarcitorio, affrontando altresì il problema della sospensione e della cessazione dei rapporti contrattuali.

Pare ragionevole chiedersi se l'introduzione di obblighi di diligenza o di viligenza determini in sé un maggiore grado di "giuridificazione" della responsabilità attribuita ai soggetti primari per le violazioni dei diritti dei lavoratori lungo le catene globali o se invece sia lecito dubitarne.

La questione può essere esaminata proprio alla luce delle previsioni applicabili a quei casi limite in cui la catena globale si estende laddove la violazione dei diritti è nella norma. A seconda dei modelli adottati, potrebbe rientrare dalla finestra, per così dire, ciò che usciva dalla porta: l'uso degli strumenti di responsabilizzazione come arma di legittimazione, cioè come difesa contro eventuali responsabilità. In altri termini, è possibile che anche l'apparato giuridico rimetta comunque alla volontà degli stessi destinatari degli obblighi una loro efficace attuazione<sup>61</sup>.

Per comprendere il problema, è opportuno concentrare l'attenzione sulle due riforme più compiute in materia, francese e tedesca<sup>62</sup>, con la precisazione

<sup>59</sup>M. BORZAGA, F. MUSSI, *Luci e ombre della recente proposta di direttiva relativa al dovere di due diligence delle imprese in materia di sostenibilità*, in *Lavoro e diritto*, 2023, 3, 495 ss. Gli autori si riferiscono al testo della proposta; i limiti di fondo dei due documenti restano i medesimi.

<sup>60</sup> Regolamento (EU) 2017/821 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017 (che stabilisce obblighi in materia di dovere di diligenza nella catena di approvvigionamento per gli importatori dell'Unione di stagno, tantalio e tungsteno, dei loro minerali, e di oro, originari di zone di conflitto o ad alto rischio); Direttiva 2014/95/EU del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014 recante modifica alla Direttiva 2013/34/EU (per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni).

<sup>61</sup> R. MARES, *Corporate transparency laws: A hollow victory?*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2018, 36, 3, 189 ss.

<sup>62</sup> Al momento, nell'ordinamento italiano il legislatore non ha introdotto alcuna normativa specifica in materia. Si deve però osservare in proposito che il Piano di Azione Italiano su Impresa e Diritti Umani 2016-2021, adottato dal Comitato Interministeriale per i diritti umani del Governo nel 2016 (consultabile su <https://cidu.esteri.it/attivita/piano-dazione-nazionale-su-impresa-e-diritti-umani-2016-2021-aggiornato/>), considera il preesistente d.lgs. 231/2011 quale utile quadro regolativo ed indica che l'adozione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati può costituire un meccanismo di esonero dalla responsabilità prevista dal decreto legislativo in questione. Questo approccio meriterebbe probabilmente una rivi-

che, per ragioni di spazio, non è possibile dare conto delle stesse in modo esaustivo (considerando, ad esempio, i meccanismi di *enforcement* ulteriori rispetto al risarcimento). Mi concentrerò quindi in particolare sulle disposizioni che instaurano un particolare legame tra dovere di diligenza (o, piuttosto, di vigilanza, che pare a chi scrive un concetto meno esteso) e risarcimento del danno.

La legge francese sul *devoir de vigilance*, per quanto innovativa, non sembra al momento attribuire al profilo risarcitorio un ruolo totalmente coerente con il pur avviato passaggio, per così dire, dalla responsabilizzazione sociale alla responsabilità legale<sup>63</sup>.

Secondo un commentatore, essa addirittura «potrebbe aver creato, in definitiva, un regime speciale meno favorevole alle vittime della semplice applicazione del diritto comune»<sup>64</sup>, perché sottrarrebbe i soggetti rientranti nel suo campo di applicazione alla responsabilità civile in un novero significativo di ipotesi<sup>65</sup>. La legge prevede espressamente che la responsabilità risarcitoria (per colpa, alle condizioni dell'art. L. 1241, *code civil*) sussiste solo quando il danno si è verificato in virtù del mancato rispetto del dovere di vigilanza<sup>66</sup>. Quest'ultimo consiste nella predisposizione di un piano di vigilanza che contenga le misure atte a identificare i rischi e ad evitare le violazioni gravi dei diritti umani e delle libertà fondamentali, della salute e della sicurezza delle persone così come dell'ambiente, che derivino direttamente o indirettamente dalle attività del gruppo societario, comprese le controllate, o dalle attività dei subcontraenti e subfornitori con i quali sussista una relazione commerciale stabile. Resterebbero *esclusi* tutti i contraenti non stabili nonché gli anelli successivi della catena. Peraltro, la prova del nesso eziologico, per i lavoratori, può essere difficile, se non illogica, specialmente in tutti quei casi nei quali

situazione, se non altro alla luce delle evoluzioni intercorse a livello europolitano. Una prospettiva che meriterebbe un approfondimento specifico è quella della responsabilizzazione della capogruppo ai fini della sostenibilità, alla luce dell'art. 2497 c.c., nella misura in cui parrebbe lecito interrogarsi sulla responsabilità della capogruppo per il fatto illecito verificatosi presso le subordinate o presso fornitori di queste ultime, sulle quali le subordinate avrebbero dovuto vigilare.

<sup>63</sup> T. SACHS, J. TRICOT, *La loi sur le devoir de vigilance : un modèle pour (re)penser la responsabilité des entreprises*, in *Droit et Société*, 106/2020, 683 ss.

<sup>64</sup> C. HANNOUN, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017*, cit., 807, trad. mia.

<sup>65</sup> Article L225-102-4, *code de commerce*.

<sup>66</sup> Article L225-102-5, *code de commerce*.

il danno non consegue alla violazione del dovere di vigilanza, ma al fatto che, nel contesto considerato, le violazioni dei diritti sono semplicemente nelle cose e/o è pressoché impossibile evitarle, qualunque misura di diligenza si adoperi, salvo la rinuncia all'investimento. È senz'altro fuori dalla portata della vittima fornire la prova di come l'impresa abbia contribuito ad aggravare un rischio di per sé esistente ed è difficile o impossibile stabilire se il danno si sarebbe verificato comunque. Inoltre, limitare l'applicazione della legge agli anelli della catena con i quali sussistono legami commerciali stabili, come sembra prevedere la riforma, insieme alla scelta di aver eliminato dal disegno di legge le presunzioni legali che avrebbero avvicinato la responsabilità ad una responsabilità di tipo oggettivo, avrebbe chiuso definitivamente la strada all'attribuzione di responsabilità quando si può facilmente sospettare un diffuso rischio di violazione dei diritti dei lavoratori nei territori nei quali la catena globale si estende<sup>67</sup>.

La legge tedesca (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, LkSG, entrata in vigore il 1° gennaio 2023), introduce obblighi incentrati sull'individuazione dei rischi, sul piano di prevenzione e sull'adozione delle misure idonee ad evitarli o mitigarli, opportunamente comunicate e continuamente aggiornate, con riferimento al rischio di violazione delle posizioni giuridiche indicate dalla stessa legge<sup>68</sup>, presso i fornitori diretti e le imprese controllate. I subfornitori sono contemplati dal legislatore, ma solo nel senso che, ove l'impresa sia a conoscenza di circostanze tali da indicare la violazione dei diritti umani, si prevede l'obbligo di esercitare azioni commisurate all'influenza che l'impresa può esercitare su di essi. Il che riduce la rilevanza della normativa in tutti quei casi in cui il contesto di riferimento non è governabile.

La legge stabilisce espressamente che le sue previsioni non fondano responsabilità risarcitorie ulteriori rispetto a quelle eventualmente desumibili (indipendentemente dalla legge stessa) in base alle regole ordinarie del diritto

<sup>67</sup> C. HANNOUN, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017*, in *Droit social*, 2017, 806 ss.; SACHS T., *La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuse d'ordres : les ingrédients d'une coregulation*, in *Revue de droit de travail*, 2017, 380 ss. La questione diventa paradossale ove l'impresa, destinataria del dovere di elaborare il piano di vigilanza, non prenda scientemente in considerazione determinate fonti di rischio, a scopo elusivo di ulteriori responsabilità.

<sup>68</sup> La legge menziona espressamente il divieto di lavoro minorile, di lavoro forzato, di schiavitù, di inosservanza degli obblighi di salute e sicurezza, di ostacolo alla libertà di associazione, di discriminazione, di salario insufficiente, secondo le norme del luogo e comunque quantomeno minimo.

civile (§ 3, Abs. 3). La disposizione è stata interpretata da una buona parte della dottrina come ostativa all'individuazione di qualunque responsabilità risarcitoria per violazione degli obblighi contenuti nella LKSG, in quanto le regole della responsabilità extracontrattuale lo escluderebbero<sup>69</sup>.

Sebbene si possa ritenere superabile, il problema interpretativo non è di semplice soluzione, ponendo mente al contenuto del § 823 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, dettato in materia di risarcimento del danno. Ai sensi del § 823 Abs. 1 BGB, il risarcimento è dovuto qualora il danneggiante arrechi un pregiudizio ad uno dei beni giuridici tutelati dalla disposizione (vita, salute, proprietà e libertà) mediante un comportamento commissivo o omissivo contrario ai propri obblighi giuridici, oltre che soggettivamente colpevole. Nella misura in cui la LKSG esclude l'attribuzione di responsabilità risarcitorie, si ritiene che la sua violazione non implichi la mancata osservanza dei "propri obblighi giuridici" in base al § 823 Abs. 1 BGB, in quanto solo l'intervento del legislatore potrebbe ampliare il novero dei beni tutelati ed includere anche le azioni o omissioni imputabili a soggetti terzi. In mancanza di tale precisazione, si sarebbe potuto estendere interpretativamente il contenuto dell'Abs. 1, al fine di legare il risarcimento del danno al fatto proprio di aver violato gli obblighi di diligenza, secondo un modello simile a quello francese. Se la legge lo esclude, non è però possibile ritenere che sussista l'obbligo di risarcire il danno anche per quanto commesso da soggetti distinti dai primari, benché la società *leader* o capogruppo abbia magari contribuito a determinarli o abbia operato in un contesto in cui le violazioni dei diritti sono la norma. Lo stesso dicasi dell'impossibilità di risarcire violazioni dei diritti dei lavoratori non ricompresi tra i beni protetti dall'Abs. 1.

Neppure il § 823, Abs. 2 BGB, che impone il risarcimento del danno (sempre per colpa) nel caso in cui sia violata una *Schutzgesetz*, ossia una norma che mira a tutelare le posizioni giuridiche altrui, potrebbe essere applicata perché si tende ad escludere che la LKSG possa considerarsi una normativa di questo tipo.

Entrambi gli interventi legislativi, per quanto avanzati, presentano dunque notevoli limiti. Gli obblighi risarcitori, nel caso francese, si arrestano ai danni che si sarebbero evitati adottando misure di diligenza. Vale a dire che

<sup>69</sup> M. FUCHS, *Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz und sein europäischer Kontext*, in *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2022, 355 ss.; R. KOCH, *Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz. Compliance, Sorgfaltspflichten und zivilrechtliche Haftung*, in *Monatschrift für Deutsches Recht. Zeitschrift für Zivil- und Zivilverfahrensrecht*, 2022, 1, 1 ss.

essi coprono, al massimo, i pregiudizi cagionati direttamente dai soggetti primari o, nel caso dei fornitori stabili di una multinazionale francese, quelli che siano riconducibili alla violazione dell'obbligo di vigilanza, mentre lasciano totalmente fuori tutte le situazioni in cui i pregiudizi subiti dai lavoratori – come spesso accade – corrispondono semplicemente allo stato dei diritti dei lavoratori nel paese in cui si intrattengono relazioni commerciali con alcuni fornitori principali. In questi casi, come si è detto, nessuna vigilanza varrebbe a cambiare di per sé le cose. Sembra che in tali ipotesi tanto la legge tedesca quanto quella francese (che ricostruiscono in modo diverso i soggetti ricompresi nella catena globale) attribuiscano rilievo, al massimo, al dovere d'influenza esercitato dalle multinazionali, considerandolo una misura sufficiente ed *alternativa* rispetto ad eventuali pretese risarcitorie. Dovere che, oltre a dipendere dal grado di indipendenza economica dei fornitori e da variabili politiche ed economiche difficilmente prevedibili, è, per definizione, imponderabile.

Ad uno sguardo d'insieme, tali leggi, sia pur apprezzabili per aver posto obblighi procedurali dotati di una indubbia rilevanza, concepiscono il dovere delle imprese in modo restrittivo rispetto alle indicazioni della *soft law*, le quali potrebbero aprire la porta all'introduzione di obblighi di *due diligence* più estesi. Le riforme esaminati paiono poco inclini – con le differenze sopra evidenziate – a promuovere un modello di *enforcement* che ricomprenda il risarcimento del danno cagionato da soggetti terzi dislocati lungo le catene<sup>70</sup>.

#### 4. Conclusioni. Spunti di riflessione alla luce della direttiva UE

A livello dell'Unione Europea, la direttiva recentemente approvata, n. 2024/1760 (v. *supra*, par. 3), impone il rispetto dei diritti umani ed ambientali (come espressamente identificati negli allegati), nonché l'adozione di misure di *due diligence*, alle società (UE ed extra-UE) di grandi dimensioni (individuate sulla base di requisiti di dipendenti e fatturato). Più esattamente,

<sup>70</sup> Gli interpreti, comunque, si interrogano sull'impatto che avrebbero avuto sia la legge tedesca (L. NOGLER, Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz: *perché è nata e quali sono i suoi principali contenuti*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, cit., 28-30, in cui l'autore esamina anche la funzione di prevedibilità del costo svolta dagli illeciti amministrativi punitivi), che quella francese (C. HANNOUN, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017*, cit.) nei casi *Kik* e *Rana Plaza*, che hanno coinvolto, appunto, imprese tedesche e francesi. Le aspettative paiono tiepide.



questi obblighi ricomprendono le operazioni condotte direttamente, quelle delle proprie sussidiarie (come definite dalla direttiva n. 2023/34, art. 2, n. 10), delle controllate (ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. f), della Direttiva CE 2004/109) e dei propri contraenti diretti ed indiretti<sup>71</sup>, qualora riconducibili alla *catena di attività* (artt. 4 e 4a).

Quest'ultimo concetto includerebbe le attività "*upstream*" necessarie alla realizzazione del bene o alla fornitura del servizio, e le attività "*downstream*", riferite alla distribuzione, al trasporto e all'immagazzinaggio dei prodotti<sup>72</sup>. Il legislatore europeo, che affianca tali obblighi ad un sistema di supervisione affidato ad apposite autorità e che coinvolge, in certa misura, gli stessi *stakeholders* (sia pur limitatamente) nella realizzazione e nel continuo adattamento delle misure di *due diligence*, ha dovuto affrontare, tra le molte questioni, anche la definizione dell'eventuale perimetro delle responsabilità risarcitorie (al quale è dedicato l'art. 29), così come, quale *extrema ratio*, l'obbligo di sospendere temporaneamente o cessare definitivamente le relazioni contrattuali con un *partner* commerciale, qualora nella sua catena d'attività emerga un impatto negativo impossibile da evitare o mitigare altrimenti (art. 10).

In particolare, sotto quest'ultimo profilo, all'art. 10, comma 6, si prevede che la sospensione temporanea debba essere usata come "leva"<sup>73</sup> quando altre misure non sono in grado di sortire effetti; nel caso in cui non sia ragionevole attendersi risultati migliori neanche in tal modo, la società sarebbe allora tenuta alla cessazione della relazione commerciale, ma solo quando l'impatto negativo potenziale sia grave<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> I primi sarebbero coloro con i quali sussiste un contratto commerciale collegato alle operazioni, ai prodotti o ai servizi finali o con i quali l'impresa fornisce servizi, mentre i secondi sarebbero coloro che svolgono attività d'impresa legate alle operazioni, ai prodotti o ai servizi finali, pur non essendo contraenti diretti.

<sup>72</sup> Con l'eccezione della distribuzione, dei trasporti e dell'immagazzinaggio dei prodotti che rientrano nel campo di applicazione del Regolamento UE 2021/821, relativo all'esportazione di armi, munizioni o altri materiali bellici, una volta che l'esportazione del prodotto è stata autorizzata.

<sup>73</sup> La capacità di esercitare una "leva" è qualcosa di più rispetto alla semplice influenza di un soggetto economico su di un altro, in quanto concerne un potere di fatto esercitabile con modalità come la sospensione temporanea delle relazioni commerciali. Cfr., con riferimento agli UNGPs, P.T. MUCHLINSKI, *Advanced Introduction to Business and Human Rights*, cit., 104 ss.

<sup>74</sup> Ossia (art. 3, comma 1, lett. l): «impatto negativo che è particolarmente incisivo in ragione della sua natura, come ad esempio un impatto che comporta un danno alla vita, alla salute o alla libertà delle persone, o in ragione della sua entità, portata o carattere irrimediabile,

Posto che la direttiva rappresenta senz'altro un passo in avanti rispetto alla risarcibilità dei danni prodotti nelle catene globali<sup>75</sup>, la responsabilità civile in essa prevista rappresenta, per certi versi, un'arma spuntata<sup>76</sup>.

Analogamente a quanto emerge in modo chiaro dall'esempio francese, l'obbligo risarcitorio che gli Stati dovranno prevedere non viene ricondotto alla violazione dei diritti in sé, ma è considerato una possibile conseguenza della violazione degli obblighi giuridici di diligenza, che configurano una obbligazione di mezzi. L'art. 29, al primo comma, specifica che una società non può essere ritenuta responsabile se il danno è stato causato solo dai suoi *partner* commerciali nella sua catena di attività.

Nonostante tale indicazione, ci si può domandare se una violazione

tenendo in considerazione la sua gravità, compreso il numero di persone fisiche che sono o possono essere colpite, la misura in cui l'ambiente è o può essere danneggiato o altrimenti colpito, la sua irreversibilità e i limiti alla capacità di riportare le persone fisiche o l'ambiente colpiti a una situazione equivalente a quella esistente prima dell'impatto entro un periodo di tempo ragionevole».

<sup>75</sup> Ciò vale innanzi tutto sotto il profilo processuale: la direttiva qualifica espressamente le proprie norme come di applicazione necessaria, risolvendo così i problemi di legge applicabile (che altrimenti non consentirebbero l'applicazione della legge del paese del soggetto primario).

<sup>76</sup> È bene considerare un'opinione meno critica di quanto prospettato nel proseguito, secondo la quale il fatto di limitare la risarcibilità al "fatto proprio" e non estenderla alla condotta dei fornitori non controllati dal soggetto primario sarebbe, comunque, preferibile, per evitare di esporre le società (o gli amministratori, benché la loro responsabilità sia stata fortemente limitata nella versione della direttiva entrata in vigore) a risarcimenti potenzialmente ingenti o imprevedibili nell'entità. Per ulteriori indicazioni su questa posizione, argomentata in modo equilibrato, nonché per una ricostruzione delle varie fasi di elaborazione della direttiva, si può consultare M. GIOVANNONE, *Responsabilità, informazione e partecipazione nella proposta di direttiva europea sulla due diligence*, in *federalismi.it*, 2024, 3, 233 ss. Secondo una diversa ricostruzione, limitare i rimedi risarcitori al fatto proprio della mancata adozione di misure di diligenza, senza correttivi, si pone in contraddizione con il fatto che buona parte delle violazioni dei diritti si verificano precisamente presso soggetti formalmente e sostanzialmente distinti da quelli primari e, quindi, rispetto ai quali le misure di diligenza non contemplano obblighi incisivi. In Germania, ad esempio, questo problema è stato sollevato espressamente da quanti (in particolare l'associazione della società civile *Initiative Lieferkettengesetz*) avrebbero proposto per l'adozione di un testo legislativo meno restrittivo sul punto, come invece voluto dal versante imprenditoriale ed infine preferito dal legislatore: *Was das neue LIEFERKETTENGESETZ liefert – und was nicht. Eine Analyse der Initiative Lieferkettengesetz*, Berlin 2021 consultabile su [https://lieferkettengesetz.de/wp-content/uploads/2022/04/Initiative-Lieferkettengesetz\\_Analyse\\_Was-das-neue-Gesetz-liefert.pdf](https://lieferkettengesetz.de/wp-content/uploads/2022/04/Initiative-Lieferkettengesetz_Analyse_Was-das-neue-Gesetz-liefert.pdf).

dell'obbligo di astenersi dall'intrattenere relazioni contrattuali "pericolose" possa condurre ad una responsabilità risarcitoria, sebbene il danno scaturisca, tecnicamente, dal modo nel quale le condizioni di lavoro sono disattese nel contesto in cui si estende la catena del *partner* commerciale. La risposta a questa domanda può cambiare il senso della normativa esaminata e dell'impatto su quelle nazionali.

Qualora gravi violazioni dei diritti siano un fatto notorio, si potrebbe intendere l'art. 29 nel senso che anche la mancata sospensione o cessazione integrerebbe una violazione di obblighi di *due diligence* tale da contribuire a cagionare il danno dipendente dall'operato dei *partner*, visto che la scelta di mantenere il legame commerciale non incentiva affatto il rispetto dei diritti. Diversamente, risulterebbero "premiare", nel gioco della concorrenza, proprio quelle multinazionali che ricorrono a fornitori le cui catene di attività si estendono in contesti ingovernabili, piuttosto che quelle che mantengono rapporti stabili con soggetti più affidabili. Bisogna evitare un simile cortocircuito logico. Il processo iterativo, continuo, tarato sul contesto specifico, al quale si riconduce il concetto di *due diligence*, è un meccanismo *interno* all'impresa stessa, la quale, se non è esposta al risarcimento del danno anche in base a criteri oggettivi (oltre a quanto emerge dalla propria valutazione dei rischi e dalla propria capacità di incidere sul comportamento dei fornitori), come la notorietà di violazioni gravi dei diritti, si trova chiamata a rispettare gli obblighi di diligenza in modo puramente "cosmetico"<sup>77</sup>.

Un suggerimento interpretativo può essere rappresentato dalla logica di fondo che ispira la direttiva. L'obbligo di cessazione è riferito ad ipotesi circoscritte, cioè a quelle in cui l'impatto è non solo negativo, ma anche grave. La gravità coincide di norma con situazioni la cui evidenza è macroscopicamente verificabile anche dall'esterno. Intendere questa limitazione come un'indicazione volta a circoscrivere un ambito definito di responsabilità *ex post* sarebbe coerente con la *ratio* di non consentire (troppo) facili *escamotage* nelle situazioni da affrontare con prioritaria attenzione, per l'importanza del loro impatto negativo<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> I. LANDAU, *Human Rights, Due Diligence and the Risk of Cosmetic Compliance*, in *Melbourn Journal of International Law*, 2019, 20, 1, 238 ss.

<sup>78</sup> L'intenzione di non consentire facili automatismi è ben mostrata dall'art. 29, comma 4, il quale prevede che «le società che hanno partecipato a iniziative di settore o multipartecipative, o che hanno fatto ricorso a una verifica da parte di terzi indipendenti o a clausole contrattuali per sostenere l'adempimento degli obblighi relativi al dovere di diligenza possono tuttavia essere ritenute responsabili». Rispetto all'indicazione di affrontare con

La risposta a questi interrogativi sarà fornita, all'atto pratico, dalla trasposizione nazionale e dalle interpretazioni che seguiranno. Comunque, la direttiva si cura di precisare, al comma 6 del medesimo articolo, che le norme in materia di responsabilità civile contenute nella stessa «non limitano la responsabilità civile per le delle società ai sensi dei sistemi giuridici [dell'Unione o] nazionali e lasciano impregiudicate le norme [unionali] o nazionali in materia di responsabilità civile relative agli impatti negativi sui diritti umani [o agli impatti ambientali negativi] che prevedono la responsabilità in situazioni non contemplate dalla presente direttiva o che prevedono una responsabilità più rigorosa rispetto alla presente direttiva»<sup>79</sup>.

Si osserva che, rispetto alla legge tedesca, ciò implica la necessità di superare i limiti che la normativa prevede rispetto alla responsabilità civile; quanto a quella francese, un'interpretazione rigorosa del combinato disposto tra art. 10 e 29 della direttiva obbligherebbe l'interprete (o il legislatore, in caso di modifica) a tenere conto non solo dei danni dovuti al mancato rispetto dell'obbligo di vigilanza, ma anche di quelli conseguenti a pericoli di gravi violazioni notoriamente presenti in determinati contesti e non affrontabili con alcuna misura preventiva.

È chiaro che la responsabilizzazione dell'impresa non è un obiettivo perseguito credibilmente se l'inefficacia dei modelli preventivi e la scarsa influenza esercitabile sui fornitori possono schermare la responsabilizzazione dell'impresa nei "casi limite" (che sono tali solo concettualmente) in cui le catene dei fornitori si estendono in contesti caratterizzati tipicamente da gravi e diffuse violazioni dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Posto che la direttiva, peraltro, contiene una clausola di non regresso, sarebbe opportuno, nella fase di trasposizione nazionale, interpretare il diritto eurounitario nel senso che esso non impedisce l'introduzione di correttivi alla regola generale delineata dall'art. 29, volti a consentire il risarcimento del

priorità le ipotesi più gravi, i riferimenti nella direttiva sono piuttosto chiari. Si vedano i considerando n. 16, 38, 44 e 80, nonché gli artt. 5, 8, 9 e 27.

<sup>79</sup> Un contesto specifico di riconosciuta rischiosità è quello dei c.d. *conflict minerals*, nel quale l'art. 5 dell'apposito regolamento UE prevede l'obbligo di sospensione (Regolamento (UE) 2017/821 che stabilisce obblighi in materia di dovere di diligenza nella catena di approvvigionamento per gli importatori di stagno, tantalio e tungsteno, dei loro minerali, e di oro, originari di zone di conflitto o ad alto rischio). Anche le linee guida OECD indicano espresamente, in tale contesto, il dovere di sospendere gli investimenti: M. PERTILE, *Gli obblighi di diligenza delle imprese e i minerali provenienti da zone di conflitto: riflessioni sull'origine e sulla rilevanza del concetto di conflict minerals*, cit.

danno anche in ipotesi in cui quest'ultimo non è cagionato neanche indirettamente dalla società, se le violazioni dei diritti sono gravi, diffuse ed avrebbero dovuto essere previste in quanto fatto notorio. Il che potrebbe essere addirittura considerato implicitamente richiesto dalla direttiva. Se la si interpreta nel senso che essa non intende depotenziare l'auspicato superamento degli approcci puramente volontaristici, si deve considerare che la realizzazione di questo obiettivo si rivela delicata e cruciale quando le catene dei fornitori si estendono in contesti in cui le violazioni dei diritti fondamentali dei lavoratori sono notoriamente gravi, frequenti ed ingovernabili; in tali contesti, limitare la risarcibilità dei danni pare quantomeno contraddittorio.



ANTONIO VISCOMI

RISCHIO E SICUREZZA TRA DILIGENZA E COMPLIANCE

SOMMARIO: 1. Arrampicarsi. – 2. Oltre. – 3. Ecosistemi. – 4. *Human*. – 5. Rischio. – 6. *Sandbox*. – 7. Modelli. – 8. Integrazione. – 9. Diligenza. – 10. Ombra.

1. *Arrampicarsi*

Consentitemi di dire con molta franchezza e fin da subito che ho incontrato non poche difficoltà ad immaginare un percorso adeguato e pertinente per trattare il tema che mi è stato affidato. Non solo e neppure tanto per la potenziale estensione significativa delle connessioni che il titolo suggerisce (coniugando elementi tra loro eterogenei come rischio, sicurezza e diligenza), quanto ancor prima per l'intensità problematica che segna *ciascuno* di questi stessi elementi e che impone al giurista di affinare "l'arte del violare le ritualità ed i confini della propria disciplina e del rapporto tra le diverse discipline"<sup>1</sup>.

A dire il vero, salvo che non sia attratto dai lidi apparentemente più rassicuranti dell'esegesi minuta del frammento normativo, si tratta di un'arte – quella, appunto, di superare i confini disciplinari e le chiusure cognitive – che il giurista del lavoro dovrebbe apprendere fin da subito. Al riguardo, credo sia doveroso ancora oggi ricordare la lezione di Otto Kahn Freund che, in una delle ultime letture, riuscì a racchiudere un'intera esperienza intellettuale (vissuta sempre ed orgogliosamente da giurista) nell'icastica affermazione: "*I have climbed over the wall which separates my field from that of my neighbours*"<sup>2</sup>.

A ben vedere, però, ciò che allora segnava una conquista da pioniere – sua e di tanti suoi allievi, anche italiani, e Gino Giugni fra i primi<sup>3</sup> – appare oggi un dato generalmente acquisito benché forse non praticato con eguale intensità. Una "conoscenza" – scrive un maestro della ricerca sul metodo come Edgar Morin – può aspirare ad essere qualificata come "pertinente solo

<sup>1</sup> L. MELDOLESI, *Introduzione*, in E. COLORNI, *La "malattia filosofica" e altri scritti*, Soveria Mannelli, 2020, 11.

<sup>2</sup> O. KAHN-FREUND, *Labour Relations. Heritage and adjustment*, OUP, 1979, 1.

<sup>3</sup> Cfr T. TREU, *Diritto del lavoro e analisi sociale*, in *Labor*, 2024, 1, online in *rivistalabor.it*.

se situa il suo oggetto nel suo contesto e possibilmente nel sistema globale di cui fa parte, se crea una navetta che senza sosta separi e colleghi, analizzi e sintetizzi, astragga e reinserisca nel concreto”<sup>4</sup>.

## 2. Oltre

L’*oltre del diritto del lavoro*, su cui oggi siamo stati invitati a ragionare, sta dunque proprio in ciò: nella ricerca di una “navetta” che consenta di riguardare le singole parti di un sistema tenendo conto *sia* delle *reciproche relazioni*, *sia* (e soprattutto) dell’incidenza di tali relazioni sui caratteri propri e finanche sulla identità stessa delle *singole parti* che compongono il sistema osservato. “I sistemi” – direbbe Niklas Luhmann<sup>5</sup> – “producono essi stessi le loro strutture, ma anche gli elementi di cui essi sono composti”. E ciò vale a maggior ragione se queste relazioni si intrecciano nelle (e con le) *grandi transizioni* in cui tutti siamo immersi. Queste, infatti, invocano nuovi paradigmi conoscitivi e regolativi e una rinnovata risposta alla *domanda di senso dell’agire economico*, sottraendone il respiro, che pure dovrebbe essere lungo e paziente<sup>6</sup>, alla tirannia vorace delle trimestrali di cassa. Parafrasando il titolo di Mark Carney<sup>7</sup>, è veramente necessario riconoscere il giusto *valore ai valori*, a tutti i valori in gioco in una prospettiva di equo bilanciamento costituzionale.

Confortato da questa prospettiva, l’ipotesi di lavoro che intendo condividere, per quanto consentito dai tempi stringati di un intervento, riguarda la differenziazione funzionale tra *compliance* e *diligenza*: l’una misura della distanza tra essere e dover essere dell’organizzazione, l’altra misura della distanza tra essere e dover essere della prestazione che in quella stessa organizzazione, e nel relativo interesse, deve essere resa; l’una espressione di scelte di politica aziendale, l’altra commisurata sulla figura dell’agente modello (o, se si vuole, su quella del buon debitore). Una differenziazione che trova ragione e senso nella tendenziale evoluzione verso modelli procedurali ed organizzativi idonei ad assicurare una gestione dei rischi olistica ed efficace, anzi efficace perché olistica, anche nella prospettiva dell’adeguatezza degli

<sup>4</sup> E. MORIN, *La sfida della complessità*, Firenze, 2022, 28.

<sup>5</sup> N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, Franco Angeli, 1992, 21.

<sup>6</sup> A. WALLACH, *Longpath. Becoming the Great Ancestors Our Future Needs: An Antidote for Short-termism*, Harperone, 2022.

<sup>7</sup> M. CARNEY, *Il valore e i valori*, Milano, 2021.



assetti di cui all'art. 2086, e che si riflette sulla identificazione del perimetro concettuale e sulla autonoma rilevanza della organizzazione aziendale nell'assetto del contratto di lavoro.

### 3. Ecosistemi

Per le ragioni fin qui dette credo sia importante, anche per un giurista del lavoro, farsi carico di un approccio *ecosistemico*: non già per un omaggio retorico allo *zeitgeist*, o per esaltare modelli reticolari propri, ad esempio, dell'*open innovation*, e neppure nella prospettiva ambientalistica dell'antropocene, ma piuttosto perché ecosistema è concetto che definisce sinteticamente “*the alignment structure of the multilateral set of partners that need to interact in order for a focal value proposition to materialize*”<sup>8</sup>.

Per quanto qui interessa, l'adozione di un approccio ecosistemico consente di acquisire almeno due risultati. *Per un verso*, aiuta a riconoscere ed abbracciare più pienamente la complessità dei problemi segnati da confini non chiari e da dinamiche non lineari e che per questo e non a caso sono stati definiti *wicked*: “*Systems thinking – è stato detto – is not a panacea for solving wicked problems, but it offers a different way of thinking and new insights to some of the most challenging issues that will shape business and human prosperity*”<sup>9</sup>. *Per altro verso*, mi pare che una logica ecosistemica, che vada oltre la mera presa d'atto dell'affiliazione, possa consentire non solo di superare l'autoreferenzialità disciplinare e di ritrovare (come auspicato da ultimo da Brino<sup>10</sup>) possibili alleati anche in ambienti tradizionalmente ostili o indifferenti ai temi del lavoro ed ai bisogni di chi lo svolge, ma anche (e soprattutto) di *riordinare* – nell'orizzonte significativo di una comune *focal value proposition* – un coacervo di orientamenti, indirizzi, prescrizioni, dettati da organismi di vario genere e livello.

<sup>8</sup> R. ADNER, *Ecosystem as Structure: An Actionable Construct for Strategy*, in *Journal of Management*, 2016, 1, 40.

<sup>9</sup> S. GREWATSCH, S. KENNEDY, P. BANSAL, *Tackling wicked problems in strategic management with systems thinking*, in *Strategic Organization*, 2021, 1-12, 9.

<sup>10</sup> V. BRINO, *La governance societaria sostenibile: un cantiere da esplorare per il diritto del lavoro?*, in *Lavoro e Diritto*, 2023, 3, 437.

#### 4. Human

In effetti, a guardarlo nel suo insieme, si tratta di un coacervo tale da generare, talvolta, la sensazione di una narrazione ridondante, idonea ad alimentare il timore che possa alla fine tradursi in pratiche di *greenwashing* aziendale (d'altronde l'esperienza delle imprese considerate socialmente responsabili ma coinvolte nella crisi dei *subprime* non è stata ancora dimenticata). “Il problema – è stato detto correttamente – non è il vuoto, ma piuttosto il pieno (...) non la carenza di riferimenti idonei (...) quanto piuttosto la scarsa convergenza sotto il profilo metodologico e della metrica utilizzata”<sup>11</sup>. A guardare con più attenzione, però, quell'insieme di documenti, siano essi programmatici o più immediatamente prescrittivi, esprime l'esigenza, e quasi l'ansia, di consacrare l'esistenza – temendone forse l'ancora perdurante fragilità – di uno “*strong political commitment*” e di affermare l'importanza di una “*powerful action*” per dare concretezza effettiva ad un approccio “*human-centered*”, essenziale per una transizione economica “*socially fair and just*” (fra i tanti: COM(2022)66 final).

In questa prospettiva, che ripropone peraltro i contenuti significativi della dichiarazione del centenario dell'OIL “*for the Future of Work*”, è possibile identificare nella *centralità della persona umana* – situata nella concretezza storica della sua condizione e delle sue relazioni – la *focal value proposition* su cui misurare il senso ed il successo di un ecosistema d'impresa, orientato nel suo insieme a promuovere “*sustained, inclusive and sustainable economic growth, full and productive employment and decent work for all*”.

Il “valore focale” e la funzione ordinante della prospettiva antropocentrica – non alternativa ma nemmeno interamente sovrapponibile alla diversa prospettiva focalizzata invece sull'antropocene – trovano conferma nell'importante *policy brief* del 2021 nel quale la DG “Ricerca e Innovazione” della Commissione Europea ha proposto le linee di indirizzo per uno sviluppo industriale – definito “*Industry 5.0*” – che sia “*sustainable, human-centric and resilient*” in grado di porre “*needs and interests at the heart of the production process*”. Per descrivere il nuovo approccio, il documento programmatico ricorre ad affermazioni dal vago sentore kennediano ma pure efficaci per segnalare l'atteso capovolgimento di prospettiva rispetto ad un paradigma, quale quello che ha animato “*Impresa 4.0*”, focalizzato essenzialmente su connettività digitale e intelligenza artificiale. A tale stregua si sostiene, ad esempio, che, “*rather than asking what we can do with new techno-*

<sup>11</sup> P. TULLINI, *La responsabilità dell'impresa*, in *Lavoro e Diritto*, 2022, 2, 367.

logy, we ask what the technology can do for us”; ed ancora: “rather than asking the industry worker to adapt his or her skills to the needs of rapidly evolving technology, we want to use technology to adapt the production process to the needs of the worker, e.g. to guide and train him/her”.

## 5. Rischio

Nel contesto di ecosistemi tecnologicamente dinamici che aspirano a trovare il baricentro focale nella dimensione umana e quindi a identificare nella sicurezza un valore essenziale per generare valore – un investimento e non un costo, insomma – *rischio* e *diligenza* costituiscono due delle possibili “navette” ipotizzate da Edgar Morin per meglio legare e interpretare gli elementi diversi che compongono un sistema, le reciproche relazioni e le relative identità, per portare l’oltre *del* diritto *nel* diritto del lavoro.

Per quanto riguarda il rischio, almeno a partire da Beck<sup>12</sup> e Anthony Giddens<sup>13</sup>, credo vi sia generale condivisione sul fatto che esso possa essere considerato una *categoria analitica* in grado di offrire importanti informazioni non solo su struttura e funzione degli aggregati sociali ma anche – per quanto qui interessa – sul processo di “*mutual shaping of technology and culture*”<sup>14</sup>. Come è stato evidenziato: “*the historical evidence suggests that people in the past created technology that reflected their values about risk, but they also changed their behavior and thinking with regard to risk when confronted with new technologies*”<sup>15</sup>.

Questo effetto di mutua conformazione è oggi più evidente che mai. Basti pensare, ad esempio, alle implicazioni connesse alla diffusione delle tecnologie caratterizzate da “*human-machine cooperation*” o, come si usa dire, dei sistemi “*human+machine*”<sup>16</sup>. A ben vedere, in effetti, la transizione digitale e

<sup>12</sup> U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, ma l’edizione originale (*Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp) è del 1986.

<sup>13</sup> A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Bologna, 1991.

<sup>14</sup> N. LERMAN, A. MOHUN, R. OLDENZIEL, *Versatile Tools: Gender Analysis and the History of Technology*, in *Technology and Culture* 38, 1997, 1.

<sup>15</sup> A. MOHUN, *Constructing the History of Risk. Foundations, Tools, and Reasons Why*, in *Historical Social Research*, 2016, 1, 33.

<sup>16</sup> P. DAUGHERTY, H.J. WILSON, *Human + Machine: Reimagining Work in the Age of AI*, Harvard Business School Press, 2018.

il necessario e conseguente cambio di *mindset* trovano migliore rappresentazione non tanto nelle piattaforme, che pure hanno catturato l'attenzione per le condizioni di lavoro nel mondo del *food delivery* e della logistica, quanto piuttosto nei *co/bot*, cioè nei robot cooperativi progettati per lavorare a stretto contatto con l'operatore per via di sistemi di *machine learning* capaci di elaborare costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assumere, su tali basi, decisioni efficienti secondo un processo di apprendimento automatico.

## 6. Sandbox

Posto di fronte a questi sviluppi tecnologici, il diritto del lavoro, originariamente pensato come una sorta di barriera protettiva tra la mano e la macchina e che però ora vede mano e macchina capaci di instaurare uno straordinario dialogo cooperativo, è chiamato a prendere sul serio la questione della sua attuale e perdurante funzione e degli strumenti per realizzarla, a partire dall'esercizio dei poteri di direzione e conformazione della prestazione dovuta e dalla definizione dei relativi criteri di valutazione. Traslare in questo mondo digitale la tecnologia giuridica pensata per il vecchio analogico potrebbe risultare di non grande aiuto al fine di realizzare l'obiettivo condiviso di aumentare i livelli di sicurezza.

Di ciò mi pare consapevole il Parlamento Europeo che nella risoluzione del 5 luglio 2022 (sulla salute mentale nel mondo del lavoro digitale) sottolinea, al punto 16, la necessità di un “nuovo paradigma per comprendere la complessità del lavoro moderno in relazione alla salute mentale, posto che gli strumenti normativi attualmente in vigore non sono sufficienti a garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori e vanno aggiornati e rafforzati”.

Anche per queste ragioni, continuo a ritenere opportuno ragionare sulla possibile introduzione dello schema tipico della *sandbox*, già formalmente sperimentata per il fintech, al fine di definire un *set* di regole funzionali a governare la prestazione lavorativa in ambienti digitalmente avanzati<sup>17</sup>, confortato in ciò anche dall'emendamento 116 approvato dall'Europarlamento al considerando 71 del regolamento sull'Intelligenza Artificiale, là dove si riconosce che “l'intelligenza artificiale è una famiglia di tecnologie in rapida evoluzione” e che perciò “richiede sorveglianza regolamentare e uno spazio sicuro e controllato per la sperimentazione, garantendo nel contempo un'in-

<sup>17</sup> A. VISCOMI, *Per una sandbox giuslavoristica. Brevi note a partire dal “decreto trasparenza”*, in *Labour & Law Issues*, 2023, 1, <https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/17547>.

novazione responsabile e l'integrazione di tutele adeguate e di misure di attenuazione dei rischi”.

Contesti così complessi e ad elevato rischio di invasività hanno bisogno non di minore ma di migliore regolamentazione; spazi controllati di sperimentazione socio-tecnica, con esperti indipendenti al fianco degli *stakeholders*, potrebbero risultare utili per definire il sistema di regole più appropriate per governare gli effetti sociali dell'innovazione tecnologica in coerenza con l'approccio *risk-based* multilivello fatto proprio dal regolamento citato, che certo sarebbe errato ridurre alla mera consacrazione di diritti di informazione o di obblighi di trasparenza.

## 7. Modelli

In questa prospettiva il rischio rileva non più al fine di generare o giustificare le regole della relativa distribuzione all'interno di un dato schema contrattuale, ma piuttosto come *sorgente* di “complessi modelli regolativi di tipo procedurale” idonei ad accertare, prevenire e ridurre<sup>18</sup> la “probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione” (art. 2, lett. s, del d.lg. 81/2008).

Siamo di fronte, a me pare, ad un orientamento evolutivo che alla proclamazione del divieto di non ledere preferisce e sostituisce la progressiva proceduralizzazione organizzativa delle azioni di contrasto alla probabilità del verificarsi dell'evento dannoso.

Per guadagnare in sintesi, è qui sufficiente segnalare la distanza che intercorre tra l'art. 2087 del codice e la norma internazionale UNI ISO 45001 intitolata appunto “sistemi di gestione per la salute e la sicurezza sul lavoro”. Superando la precedente OHSAS 18001, la norma tecnica configura ormai un approccio integrale alla problematica del rischio in azienda (dalla partecipazione dei lavoratori alla leadership, dalla pianificazione alla valutazione e così via). In questo stesso contesto di progressiva proceduralizzazione dell'attività aziendale di mitigazione dei rischi è possibile ricondurre anche l'introduzione formale dei modelli di organizzazione e gestione in materia di sicurezza ad opera dell'art. 30 del d.lg. 81 (intesa appunto come “modalità

<sup>18</sup> P. LOI, *Rischio e sicurezza nel rapporto di lavoro*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale.*, 2013, 3, I, 569.

organizzata di assolvimento di tutti gli obblighi prevista dal decreto”<sup>19</sup>) o del modello previsto dall’art. 6 della l. 231 in tema di prevenzione dei reati. Anzi, proprio avendo riguardo a questa ultima norma, vale la pena richiamare il non facile assestamento giurisprudenziale intorno alla c.d. “colpa di organizzazione”, da alcuni ricondotta alla mera assenza del modello di organizzazione e di gestione, o alla relativa inidoneità o inefficace attuazione, da altri invece connessa, anche in presenza del MOG, al mancato rispetto di regole cautelari di portata generale in quanto “riconosciute dal consesso sociale come efficaci per la gestione del rischio di cui si tratta”, sulla scia evidente della portata significativa del principio di massima sicurezza tecnologicamente fattibile<sup>20</sup>. Come poi questa circostanza possa realizzare l’interesse dell’impresa o procurare alla stessa un vantaggio, o come possa incidere causalmente sulla condotta dell’agente persona fisica è questione impegnativa che qui non può certo essere affrontata. Ciò che qui importa è invece evidenziare come il tradizionale assetto degli obblighi di sicurezza è incardinato sulla figura dell’agente modello individuale, mentre l’adozione dei modelli organizzativi e gestionali esprime una precisa scelta di politica aziendale e si traduce nell’adozione di regole a contenuto cautelare di natura procedimentale.

A conferma di questo orientamento verso la proceduralizzazione degli obblighi di carattere generale, ovvero, come recita l’art. 30 del d.lg. 81 verso la diffusa introduzione di “un sistema aziendale per l’adempimento di tutti gli obblighi giuridici”, deve evidenziarsi ancora, ma solo per cenno, la sempre più ampia presenza negli organigrammi aziendali delle strutture dedicate alla valutazione e gestione del rischio d’impresa. Questa circostanza suggerisce pure di considerare con più attenzione quanto ed in che misura la configurazione organizzativa sia, in sé, rischio ma possa anche essere opportunità: “firms with a capability for managing a particular risk should seek competitive advantage from it”<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> C. LAZZARI, *Gli obblighi di sicurezza del lavoratore, nel prisma del principio di autoresponsabilità*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2022, 1, 13.

<sup>20</sup> C. SANTORIELLO, *La colpa del datore di lavoro non è la colpa di organizzazione*, in *IUS pen?*, 2022.

<sup>21</sup> P. BROMILEY, M. MCSHANE, A. NAIR, E. Rustambekov, *Enterprise risk management: Review, critique, and research directions*. In *Long range planning*, 2015, 48(4), 265.

## 8. Integrazione

Il fatto è che valutazione e gestione dei rischi – e non solo quelli tradizionalmente connessi all'esecuzione di una attività lavorativa – rappresentano ormai elementi essenziali nelle dinamiche aziendali, rispetto alle quali – è bene ricordare – il rischio è un fenomeno intrinseco, di natura sistematica e a carattere dinamico<sup>22</sup>. Ed è proprio in ragione di ciò che la gestione del rischio – cioè l'insieme delle analisi condotte, delle decisioni assunte e delle azioni intraprese per fronteggiare i rischi che emergono nello svolgimento dell'attività economica organizzata – assume rilevanza cruciale ai fini della salvaguardia dello stesso valore aziendale. In ciò si radica l'abbandono del *silobased approach*<sup>23</sup> a beneficio di paradigmi integrati e globali ricondotti generalmente nell'ambito del modello ERM, definito, appunto, come un processo integrato di gestione dei rischi che supporta l'azienda nel conseguimento dei propri obiettivi di creazione di valore e, in senso più ampio, nella costruzione di un vantaggio competitivo sostenibile<sup>24</sup>. Ora, se si considera che il primo paper accademico ad aver usato il termine ERM è del 2001<sup>25</sup> e che “*The risk management revolution*” di Kloman è del 1976<sup>26</sup>, è evidente il cambiamento culturale che ha portato ad emarginare la prospettiva tradizionale, di carattere meramente finanziario ed assicurativo, e a valorizzare l'ingresso nell'alveo delle decisioni manageriali a carattere strategico dell'insieme dei rischi, con la conseguenza che “*as regulators pressure firms to integrate risk management into corporate governance, new risk categories and definitions have been created*”<sup>27</sup>.

A ben vedere, l'evoluzione verso un approccio olistico alle questioni del rischio in azienda è sostenuta, se non anche generata, proprio dalla diffusione ad ampio raggio dei modelli di *compliance* aziendale, cioè della affermata necessità di una osservanza puntuale delle procedure definite dai sistemi

<sup>22</sup> U. BERTINI, *Introduzione allo studio dei rischi nell'economia aziendale*, Milano, 1987.

<sup>23</sup> T. GARSIDE, P. NAKADA, *Enhancing Risk measurement Capabilities*, in *Balance Sheet*, 2000, 3, 12, <https://doi.org/10.1108/09657960010338616>.

<sup>24</sup> C. ZAGARIA, *L'Enterprise Risk Management. Gestione integrata del rischio, profili di comunicazione ed evidenze empiriche*, Torino, 2017.

<sup>25</sup> G. DICKINSON, *Enterprise Risk Management: Its Origins and Conceptual Foundation. The Geneva Papers on Risk and Insurance*, in *Issues and Practice*, 2001, 26,360.

<sup>26</sup> “Beginning with Kloman’s (1976), “*The Risk Management Revolution*,” many practitioners have advocated a coordinated approach to risk management”: così P. IBIK, G. OBI, *Risk management in private and public enterprises*, in *Int. Journ. Manag. Comp. Sciences*, 2014, 2, 43.

<sup>27</sup> P. BROMILEY et al., *Op. cit.*

aziendali di valutazione e gestione dei rischi. La *compliance* – nel suo significato proprio ed originario di conformità che poco ha a che fare, si badi, con le ipotesi di *nudge* o “spinte gentili” secondo la formulazione di Cass Sunstein<sup>28</sup> – rinvia a sistemi di verifica del rispetto di standard tecnici, richiede dunque che sia predefinito il sistema con cui bisogna trovarsi in conformità; perché ciò possa realizzarsi, l’operato della macchina organizzativa non può che essere predefinito in una serie di processi. A tale stregua, ne segue che la *compliance* misura la distanza tra l’essere e il dover essere dell’organizzazione definendo, in modo inversamente proporzionale, lo spazio di responsabilità propria dell’azienda per il verificarsi dell’evento dannoso. Forse vale la pena ricordare che i *compliance programs* sono sistemi organizzativi o processi che comprendono documenti e protocolli procedurali contenenti regole di condotta specifiche tali da costituire un modello comportamentale obbligatorio per chi agisce all’interno dell’ente, formulati sulla scia delle *Federal Sentencing Guidelines* statunitensi deputate “to reduce sentencing disparities and promote transparency and proportionality in sentencing”.

### 9. Diligenza

A ben vedere, la stessa *due diligence* può essere agevolmente considerata un modello procedurale finalizzato a ridurre le probabilità dannose e le conseguenze negative dell’azione imprenditoriale, anzi, per usare le parole iniziali della relazione alla proposta di direttiva si tratta di attuare “processi globali di attenuazione degli impatti negativi” capaci di “evitare la frammentazione degli obblighi di diligenza” e di assicurare una migliore integrazione “nelle strategie aziendali” dei processi di gestione ed attenuazione dei rischi e degli impatti (considerando 16). In buona sostanza, la *due diligence* è “uno strumento trasversale incentrato sui processi aziendali”.

Le linee guida dell’OCSE (2018), richiamate dalla direttiva, si esprimono con ancora più chiarezza: “*due diligence is the process enterprises should carry out to identify, prevent, mitigate and account for how they address these actual and potential adverse impacts in their own operations*” fino al punto che, “*in some limited cases, due diligence may help them decide whether or not to go ahead with or discontinue operations or business relationships as a last resort,*

<sup>28</sup> R. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Penguin, 2009.



*because the risk of an adverse impact is too high or because mitigation efforts have not been successful*".

L'obbligo di *due diligence* si concretizza nella adozione di "misure adeguate per quanto riguarda l'individuazione, la prevenzione e l'arresto degli impatti negativi", restando fermo che adeguata è una "misura che permette di conseguire gli obiettivi del dovere di diligenza, commisurata al grado di gravità e alla probabilità dell'impatto negativo e ragionevolmente disponibile alla società considerate le circostanze del caso specifico comprese le caratteristiche del settore economico e dello specifico rapporto d'affari e l'influenza della società al riguardo e la necessità di rispettare l'ordine di priorità degli interventi".

Per un giurista abituato a ragionare sulla diligenza come misura dell'esattezza della prestazione dovuta o sulla negligenza come fondamento della responsabilità contrattuale, talvolta anche facendosi scudo di antichi miti e preconcetti, il richiamo alla diligenza proposto a livello europeo o di altri organismi internazionali potrebbe suscitare qualche difficoltà di orientamento. Ma è impressione destinata facilmente a sfumare ove si consideri che lo stesso termine diligenza rappresenta in verità due dimensioni differenti; anzi, intesa nella prospettiva del codice, la diligenza sembra semmai destinata a diventare criterio di misura dell'esatta implementazione della diligenza dovuta secondo i documenti sovranazionali.

Nella prospettiva propria degli strumenti di gestione del rischio aziendale, la *due diligence* può essere ricondotta ad una chiara sequenza logico-operativa: individuare, prevenire, neutralizzare o almeno mitigare i rischi identificati sul piano globale dalla stessa proposta di direttiva. Essa è dunque un "sistema aziendale" (per usare l'espressione del decreto 81); qualcosa di analogo insomma non tanto alla formula del giudice Hand in tema di imputazione dei danni da negligenza (sulla base della valutazione del rapporto tra costo della prevenzione e costo della restituzione) ma piuttosto alla ancora più risalente "*stop look listen rule*", cioè alla regola ormai poco più che centenaria originata dalla diffusione degli incroci tra binari e strade non protetti da barriere ed oggi utilizzata anche per individuare la figura modello, il parametro cui dovrebbe attenersi il pedone, o più generalmente il debitore, diligente.

Il deficit di *compliance* aziendale con il sistema di *due diligence* (oltre a poter incidere sugli assetti adeguati di cui parla il novellato art. 2086 cod. civ.) determina le conseguenze in tema di responsabilità previste dall'art. 22 della proposta di direttiva. Ciò conferma, mi pare, la *compliance* come criterio di misura della distanza tra essere e dover essere dell'organizzazione, ma

segnala anche, d'altro canto, lo spazio di autonoma rilevanza (e responsabilità) dell'organizzazione in sé considerata. La diligenza, invece, è e rimane criterio di misura della distanza tra essere e dover essere della prestazione dedotta in contratto<sup>29</sup>. Se punto di incrocio vi è tra *compliance* e diligenza esso sta in ciò che può dirsi diligente il debitore (sia esso lavoratore, sia datore o amministratore) che mette in atto le misure adeguate per implementare la *due diligence*, assicurando in concreto l'attuazione della sequenza prevista per la individuazione, valutazione e gestione dei rischi aziendali, in modo particolare quelli che incidono sulla integrità fisica e sulla personalità morale (art. 2087) del prestatore di lavoro.

#### 10. *Ombra*

Naturalmente, questa prospettiva non esclude che vi possa essere un lato in ombra. L'adozione diffusa di modelli di *compliance* aziendale potrebbe anche essere all'origine di ciò che è stata chiamata "checkbox compliance mentality" che si ha quando le questioni oggetto di organizzazione procedurale sono riguardate sotto la lente della mera legalità. Un atteggiamento del genere, pure francamente ipotizzabile come effetto della semplificazione procedurale nelle piccole aziende, sarebbe tale da produrre effetti perversi, esaltando la formale aderenza alle linee guida piuttosto che l'azione sostanziale di contenimento dei rischi. Il rischio, cioè, come pure è stato sottolineato recentemente<sup>30</sup>, sta in ciò che mentre il debito di sicurezza datoriale è "un dovere di sapere, di prendere cognizione, di acquisire conoscenze"<sup>31</sup>, la standardizzazione pare essere, invece, "nemica della conoscenza che è attività fondativa della eliminazione e riduzione dei rischi professionali". Non è privo di significato l'esistenza di una concorde letteratura sull'importanza di atteggiamenti effettivamente proattivi nell'uso dei paradigmi procedurali destinati a mitigare i rischi (Rydenfält, Ek, Larsson<sup>32</sup>, ad esempio segnalano come "*checklist usage both threatens and creates safety*").

<sup>29</sup> A. VISCOMI, *Professionalità e diligenza ai tempi della transizione digitale*, in corso di pubblicazione su *Labour & Law Issues*, 2024.

<sup>30</sup> S. BUOSO, *Le morti bianche nella "Repubblica fondata sul lavoro". Il sistema di sicurezza nella società del rischio*, in *Quaderni Costituzionali*, 2023, 1, 755.

<sup>31</sup> D. CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, 3, 226.

<sup>32</sup> C. RYDENFÄLT, A. EK, P. LARSSON, *Safety checklist compliance and a false sense of safety: New directions for research*, in *BMJ Quality and Safety*, 2013, 23, 183.

Confesso, e mi avvio a concludere, di non aver mai nutrito una particolare passione per il termine legalità, intesa come rispetto formale di canoni altrettanto formali. Reputo molto più importante e necessario ritrovare spazio adeguato per una etica della responsabilità profondamente radicata nell'art. 2 della Costituzione, là dove l'*io* dei diritti inviolabili si coniuga con il *noi* dei doveri inderogabili, in cui la reciproca solidarietà si proietta nel tempo e si incarna nello spazio. “*Longpath*” – ha scritto Ari Wallach nel volume già citato, e con le cui parole concludo questo mio intervento – “*reminds us that we are part of something bigger than ourselves, and that while our own time is finite, we need to become the great ancestors our descendants need us to be*”.

Ci è stato chiesto di coltivare e custodire quanto abbiamo ricevuto: è in questa richiesta primigenia di comune solidarietà tra creato e creature che trova ragione e senso ancora oggi, anzi soprattutto oggi, l'agire economico. Per questo alla cornice offerta dalla prospettiva apocalittica dell'antropocene, credo sia da preferire quella disegnata dall'approccio *human-centered* che la persona umana considera origine e fine dell'agire economico. E forse vale la pena ricordare, in conclusione, che l'economia come sapere, prima di essere assorbita da autistiche formalizzazioni matematiche, è nata come costola della filosofia morale, in una continua ricerca, allora come oggi, delle condizioni migliori per costruire una *buona società*.



GIUSEPPE ANTONIO RECCHIA

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

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

1. *Opacità vs. trasparenza del management algoritmico*

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

Su tale sfondo, due sono le parole d'ordine che vengono a più riprese invocate: opacità e trasparenza. La prima, come condizione fisiologica ma anche come male necessario del *management* algoritmico<sup>1</sup>, in una pluralità di

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

declinazioni possibili (ad esempio, come “doppia opacità”, dal momento che potrebbe non risultare evidente, prima ancora che la logica di utilizzo dell’algoritmo, l’effettivo impiego dello stesso)<sup>2</sup>. La seconda, ripetuta come mantra e come soluzione al problema: dal GDPR<sup>3</sup> alla Direttiva sulle condizioni di lavoro trasparenti<sup>4</sup> (e alla sua implementazione in Italia con la modifica del decreto legislativo n. 152 del 26 maggio 1997, per opera del decreto legislativo n. 104 del 27 giugno 2022) sino alla (Proposta di) Direttiva sul *platform work*<sup>5</sup>, la linea rossa che lega i diversi provvedimenti sembra essere quella di una (salvifica) conoscibilità dei sistemi algoritmici.

La cura, tuttavia, non convince del tutto.

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

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

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

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

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

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

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

In secondo luogo – e questo mi sembra l’aspetto più rilevante – la semplice trasmissione di informazioni non solo non è garanzia di effettiva conoscenza, ma più ancora non è strumento, quantomeno da solo sufficiente, di riequilibrio dell’assetto dei poteri. La normativa sulla *privacy* svela già da sola questo fraintendimento. A di là dell’esatta portata dell’art. 15 GDPR – su cui non è possibile in questa sede soffermarsi<sup>7</sup> – il successivo art. 22, che fornisce ulteriore protezione nel contesto delle decisioni di gestione algoritmica completamente automatizzata, si fonda, per un verso, su una prospettiva individualistica e, per altro verso, sull’utilizzo del consenso come “giustificazione” legale per il suo trattamento. Come è stato opportunamente sottolineato, l’art. 22 “potrebbe rivelarsi un boomerang”<sup>8</sup>.

Anche sullo stesso art. 1-*bis* del decreto legislativo n. 152/1997, che pure è dotato di “un cospicuo potenziale garantistico”<sup>9</sup>, si può spendere una veloce riflessione. La disciplina resta ambigua, infatti, con riferimento alla relazione tra obbligo informativo e atto di gestione del rapporto di lavoro, se cioè alla violazione del primo debba conseguire una invalidità del secondo. Di recente<sup>10</sup>, ho provato – non certo per primo<sup>11</sup> – ad argomentare che

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

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

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

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

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

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

Insomma, la trasparenza del sistema algoritmico sta alla protezione del lavoro come il dito alla luna. Non nel senso che sia da stolti fermarsi a tanto, ma di certo essa non può essere l'approdo del nostro sguardo<sup>13</sup>. Ne è esemplificazione la posizione assunta dai giudici di legittimità sull'uso del software *data mining* (denominato Savio) da parte dell'INPS, per l'organizzazione delle visite mediche di controllo a fronte di certificati di malattia<sup>14</sup>: negando la sussistenza di un trattamento illecito dei dati personali, la Cassazione ha accolto le doglianze dell'Istituto di previdenza, confermando come, da un lato, non occorresse fornire apposita informativa sul trattamento dati agli interessati, dal momento che l'attività di controllo svolta trova diretto fondamento nella legge, e, dall'altro, che la procedura, pur informatizzata, non comportava la profilazione, dal momento che il sistema non individuava soggetti specifici, né catalogava profili o categorie, ma si limitava al trattamento dei dati relativi alla sola domanda di indennità di malattia presentata dal lavoratore. La “trasparenza” (e, dunque, persino il rispetto della normativa sulla privacy) potrebbe comunque veicolare prassi non lecite, se non proprio discriminatorie.

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

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

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

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



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

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

È interessante notare come la riflessione, ed il monito, sul rischio dei cc. dd. *bias* algoritmici fosse già presente nei primi studi della dottrina giuslavoristica sul tema<sup>15</sup> ma sia stata forse successivamente trascurata di fronte alle urgenze qualificatorie dei nuovi lavori. Eppure, non sono mancati esempi e analisi di pratiche algoritmiche discriminatorie. Basterà in questa sede menzionare il rapporto redatto nel 2020 per la Commissione Europea con il supporto del Network europeo di esperti su parità di genere e diritto antidiscriminatorio<sup>16</sup>. A mero titolo esemplificativo, lo studio riferisce di come in alcuni Paesi europei (in particolare, Belgio, Austria e Polonia) programmi di intelligenza artificiale vengono impiegati dai locali servizi per l'impiego, con l'obiettivo di aiutare a meglio prevedere la possibilità che una persona disoccupata trovi lavoro entro un certo lasso di tempo. L'intento, certamente encomiabile, è quello di migliorare l'identificazione delle persone in cerca di lavoro che necessitano di un supporto personalizzato; nondimeno, l'uso di indicatori come il sesso, l'età, le responsabilità di assistenza, lo stato di salute e la cittadinanza nella procedura decisionale dell'algoritmo potrebbe – ma il condizionale è sin troppo prudente – rafforzare le disuguaglianze esistenti sulla base del genere, dell'origine etnica, della disabilità e dell'età. I pregiudizi già esistenti nel mercato del lavoro vengono, in altre parole, incorporati dall'algoritmo stesso che, se non adeguatamente corretto, fornirà risultati

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

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

certamente distorti e tali da amplificare ulteriormente la condizione di vulnerabilità sul mercato del lavoro<sup>17</sup>.

Ancora, oltre il citato rapporto, si ricorderà il noto caso dell'algoritmo impiegato da Amazon qualche anno addietro per selezionare le migliori candidature per le posizioni di ingegneria del software: il modello, effettivamente dotato di una incredibile velocità nel valutare i curricula, assegnando un punteggio da una a cinque stelle (proprio come possono fare gli acquirenti dei prodotti della piattaforma di e-commerce), si era tuttavia rivelato "viziato" e discriminatorio in ragione del fatto che il sistema di apprendimento automatico fosse tarato su una preesistente banca-dati contenente le candidature dell'ultimo decennio, a maggioranza maschile: in tal modo, alcune delle correlazioni tra le caratteristiche dei candidati e la probabilità di successo erano state dalla macchina accreditate al sesso, piuttosto che alle attitudini<sup>18</sup>.

Per non parlare poi del celebre algoritmo Frank, il sistema basato sull'apprendimento automatico, utilizzato dalla piattaforma di *food delivery* Deliveroo per valutare le prestazioni dei *riders* e classificarli in base ad affidabilità e partecipazione, e quindi dare la precedenza sugli ordini ai migliori in classifica. Come è noto, il Tribunale di Bologna, con l'ordinanza del 31 dicembre 2020<sup>19</sup> – la prima in Europa sulla discriminazione algoritmica – ha statuito come le maggiori o minori opzioni di scelta di slot disponibili dipen-

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

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

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

devano dalle statistiche elaborate dall'algoritmo stesso, che riduceva di fatto le possibilità di lavoro attribuendo un punteggio negativo in caso di *late cancellation*, ossia in caso di annullamento della prenotazione con un preavviso inferiore alle ventiquattro ore. La penalizzazione dell'algoritmo reputazionale non teneva in alcun conto le motivazioni della rinuncia alla disponibilità, così danneggiando, in particolare, i lavoratori in sciopero, ma la decisione ha evidenziato anche un più ampio rischio di discriminazione indiretta, perché la rinuncia alla prestazione sarebbe ben potuta dipendere da altre (legittime) motivazioni di astensione dal lavoro, come malattia e infortunio<sup>20</sup>.

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

Ed invero, l'art. 47-*quinquies* del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81<sup>21</sup> vieta – solo per i *riders*, va tuttavia ricordato – “l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione”<sup>22</sup>; come è stato opportunamente sottolineato<sup>23</sup>, si tratta di un divieto di discriminazione che ha più il carattere della ritorsione, e dunque legato a uno specifico comportamento della piattaforma, in una prospettiva assai lontana da quanto accade nella realtà delle organizzazioni digitali in cui lavoratori e lavoratrici sono monitorati e “gestiti” ininterrottamente. Il profilo “reputazionale” del lavoro digitale, correlato, come il caso concreto ha dimostrato, all'affidabilità e alla partecipazione è, per la stessa massa di dati ricavabili dal *management* algoritmico, un costrutto incrementale.

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

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

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

<sup>23</sup> M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I, 10.

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

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

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

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

Innanzitutto, si tratta di un diritto, per così dire, transtipico. Pur con i molti distinguo legati a un quadro normativo sin troppo frammentato, è possibile sostenere, con una buona dose di approssimazione, che il diritto antidiscriminatorio, a partire da quello eurounitario, garantisce tutela a lavoratori e lavoratrici a prescindere dal tipo di contratto e dalla sua qualificazione giuridica. Ce lo ha ricordato di recente la Corte di Giustizia nel caso *J.K.* a proposito della portata della Direttiva Quadro 2000/78 (sul divieto di discriminazione per religione o convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale) interpretando l'espressione "occupazione e condizioni di lavoro" come riferibile anche a ipotesi di cessazione di un'attività autonoma o del mancato rinnovo di un contratto d'opera<sup>25</sup>. Tale circostanza appare ancora più significativa di fronte alle perduranti criticità qualificatorie delle relazioni di lavoro ingaggiate dalle (e/o a favore delle) organizzazioni digitali, cui la direttiva sul lavoro su piattaforma sembra rispondere, per un verso, promuovendo strumenti quali la presunzione di subordinazione e, per altro verso, lasciando comunque inalterato il *gap* di protezione tra coloro che possono vedersi riconoscere un rapporto di lavoro subordinato con le altre "persone che svolgono un lavoro mediante piattaforma digitale" (art. 2, comma 1, punto 3), cui vengono attribuiti una manciata di diritti, seppure, in maniera significativa, comprensivi dell'informazione sul funzionamento dei sistemi algoritmici e della garanzia del controllo umano sulle decisioni più significative.

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

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

Un’ulteriore utilità del *corpus* protettivo antidiscriminatorio risiede poi nella circostanza che la fattispecie illecita non debba essere integrata né dalla intenzionalità né dalla consapevolezza del comportamento, e prescinde persino dalle sue stesse ragioni (che rileveranno al massimo quale “giustificazione” del trattamento differenziato), incidendo direttamente sulle sue conseguenze. In altre parole, la decisione, automatizzata o meno, ma comunque assunta sulla base delle risultanze del *management* algoritmico, può “incasellare” dentro la nozione di discriminazione lo svantaggio prodotto sugli appartenenti a gruppo portatore di un fattore vietato; parafrasando la Corte di Giustizia nella nota decisione *Chez*<sup>27</sup>, “perché si abbia discriminazione è sufficiente che tale [*fattore*] abbia determinato la decisione di porre in essere detto trattamento”. Il che si rivela tanto più utile quanto più le logiche algoritmiche potrebbero risultare sconosciute alla stessa impresa – che si limita magari ad utilizzare sistemi di intelligenza artificiale – ma che non possono esonerarla dalla responsabilità per i comportamenti concretamente posti in essere<sup>28</sup>.

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

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

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

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

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

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

Ciononostante, è altrettanto noto che la decisione del Tribunale di Bologna sia rimasta isolata nel panorama della giurisprudenza sulla discriminazione algoritmica, rivelando così anche più di un'ombra nella effettività della tutela. Una prima criticità è nella tipizzazione dei fattori protetti, la cui lettura sistematica sembra indicarne un *numerus clausus*, e non invece una lista non esaustiva, come pure si potrebbe ricavare dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, *in particolare*, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale"). Come rilevava già il citato rapporto *Algorithmic discrimination in Europe*, le tecniche di profilazione algoritmica, combinandosi con la capacità di estrazione di grandi quantità di dati personali e comportamentali, possono produrre categorizzazioni *granulari*, determinando forme di discriminazione multipla e, più ancora, intersezionale, che il diritto fatica a riconoscere<sup>29</sup>.

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

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

Ne è esempio evidente il recente provvedimento del Tribunale di Palermo del 17 novembre 2023, che ha deciso il ricorso *ex art. 28* del decreto legislativo n. 150/2011 circa la natura discriminatoria del sistema di valutazione di eccellenza adottato da Foodinho s.r.l., e in particolare dei parametri utilizzati per la “valutazione di eccellenza”, rispetto alla discriminazione multifattoriale per genere, esigenze di cura, handicap ed età, nonché di una discriminazione religiosa e sindacale, nonché e del parametro del *non show*, rispetto alla discriminazione sindacale<sup>30</sup>. La sentenza è a mio avviso di estrema importanza per almeno due ragioni.

Innanzitutto, è la prova dello sforzo di comprensione del *management* algoritmico compiuto dagli operatori del diritto negli ultimi anni e mette in risalto la tesi di fondo che qui si è sinteticamente provato a esporre: la trasparenza *serve* a meccanismi di tutela ben più solidi presenti nel diritto del lavoro, proprio come la tutela antidiscriminatoria. Se nella decisione sul caso *Frank* il convincimento del giudice si era basato sulle testimonianze dei lavoratori e sulle poche informazioni tratte dal sito della piattaforma di *food delivery*, nel caso deciso dal giudice siciliano, invece, tutto l’impianto probatorio si regge sulle informazioni reclamate *ex art. 1-bis*, decreto legislativo n. 152/1997 e ottenute solo a seguito dei provvedimenti di repressione della condotta antisindacale emanati nei confronti della piattaforma dai Tribunali di Palermo a giugno 2023 e di Torino ad agosto 2023<sup>31</sup>.

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

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

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

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



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

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

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

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



MARCO PERUZZI

IA E TUTELE SUL LAVORO: IL RUOLO DEL GDPR  
NELLA (RI)COSTRUZIONE DEL SISTEMA NORMATIVO

SOMMARIO: 1. IA e tutela del lavoratore: l'importanza della normativa sulla protezione dei dati personali. – 2. IA e tutela del lavoratore nel GDPR: quale spazio per la dimensione collettiva. – 3. L'interazione sinergica tra GDPR e *AI Act*. – 4. Prospettive.

*1. IA e tutela del lavoratore: l'importanza della normativa sulla protezione dei dati personali*

Ai fini del ragionamento che si intende qui sviluppare è necessario anzitutto tenere in considerazione che il Reg. Ue 2024/1689 in materia di intelligenza artificiale presenta un carattere orizzontale. Esso è cioè volto da un lato a fornire una rete di regole di applicazione trasversale, non limitata a specifici settori, dall'altro a costituire un sistema con funzione complementare rispetto alle altre fonti di matrice Ue e interna. In tale prospettiva, si specifica che il quadro normativo ivi predisposto non possa andare a detrimento o pregiudicare l'applicazione degli obblighi derivanti da altre fonti (cons. n. 9; art. 26, par. 3), dovendo anzi svolgere un ruolo abilitante, facilitatore, a garanzia dell'effettività dei diritti esistenti (cons. n. 9) e non ostacolare l'introduzione di regole di maggior favore per i lavoratori tramite legge o contratto collettivo (art. 2, par. 11)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. A. ALAIMO, *Il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale, dalla proposta della Commissione al testo approvato dal Parlamento. Ha ancora senso il pensiero pessimistico?*, in *federalismi.it*, n. 25, 2023, 133 ss. Per quanto riguarda l'intervento sul tema da parte della contrattazione collettiva, cfr. ad esempio, a livello interno, la recente ipotesi di piattaforma sindacale per il rinnovo del Ccnl Industria metalmeccanica e dell'installazione di impianti, ove si prevede la definizione di un'apposita normativa in materia di intelligenza artificiale e tutela delle lavoratrici e dei lavoratori; ovvero anche la piattaforma sindacale presentata per il rinnovo del ccnl telecomunicazioni 2023-2025, con la proposta di sperimentare la figura dei delegati per la gestione dei dati (v. sul punto anche *infra*). Si è affermato, al riguardo, che «la pervasività dei sistemi algoritmici impone che al sindacato venga data quanta più contezza sui sistemi utilizzati e sulla gestione dei dati derivanti da tali sistemi. “Contrattare l'algoritmo” non è una profezia che si autoavvera. C'è bisogno di un reale coinvolgimento quotidiano delle rappresentanze sindacali nella conoscenza dei sistemi, di quanto i processi organizzativi e pro-

Il rilievo è centrale, soprattutto in una prospettiva d'analisi, come quella che si intende qui sviluppare, volta ad approfondire il ruolo della disciplina in materia di protezione dei dati personali, nella (ri)costruzione delle tutele del lavoratore di fronte alle sfide dell'IA.

Si può da subito anticipare come sia lo stesso *AI Act* a evidenziare l'importanza, nel contesto in esame, della strumentazione giuridica fornita dal Regolamento UE 2016/679, c.d. GDPR. L'art. 26, par. 9, prevede, infatti, espressamente che il *deployer* di un sistema di IA ad alto rischio utilizzi le informazioni ricevute dal fornitore per svolgere la valutazione di impatto (DPIA) di cui all'art. 35 GDPR (art. 26, par. 9). L'art. 27, par. 4, inoltre, nel disciplinare la valutazione di impatto sui diritti fondamentali a cui sono chiamati gli organismi di diritto pubblico e gli operatori privati che forniscono servizi pubblici, stabilisce che se uno qualsiasi degli obblighi ivi previsti è già rispettato a seguito della DPIA, la valutazione d'impatto sui diritti fondamentali integra la valutazione condotta ai sensi del GDPR.

Per comprendere il ruolo della normativa sulla protezione dei dati personali nella ricostruzione delle garanzie dei lavoratori rispetto ai processi automatizzati è necessario muovere da due considerazioni: l'una riguarda l'ampiezza del suo ambito di applicazione, l'altra concerne la conformità e funzionalità del modello regolativo apprestato alle scelte che si delineano nella risposta dell'Ue alle sfide dell'intelligenza artificiale: scelte di contenuto, nell'individuazione – quali capisaldi di tutela – delle garanzie di trasparenza e di sorveglianza umana; scelte di metodo, nell'adozione dell'approccio basato sul rischio.

Si consideri anzitutto che un processo (di monitoraggio o decisionale) automatizzato, ossia basato sull'esecuzione di uno o più algoritmi, implica un trattamento di dati e in questo integra una fattispecie che soprattutto in ambito lavorativo è molto probabile sia attratta nel campo di applicazione del GDPR. Basti osservare, di quest'ultimo, il lungo raggio d'azione, che segue

duttivi siano sempre più derivanti da intelligenza artificiale». Può essere significativo richiamare, altresì, l'accordo stipulato il 19 febbraio 2024 da Assogrocery con Cgil, Cisl e Uil per la disciplina del lavoro su piattaforma digitale degli *shopper*. All'art. 5, si riconosce in capo sia ai lavoratori sia alle organizzazioni sindacali e alle rappresentanze sindacali, un diritto di informazione sull'uso di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati – oltre l'ambito di applicazione materiale dell'art. 1-bis d.lgs. n. 152/97, ristretto, come visto, dal c.d. decreto lavoro ai processi *integralmente* automatizzati – “al fine di permettere una verifica, da parte degli *shopper* e del sindacato, del rispetto della normativa privacy e di evitare l'utilizzo di sistemi di profilazione e gestione automatizzata degli incarichi che discriminino i collaboratori”.

l'ampiezza della nozione di dato personale adottata, fino a comprendere anche i dati non personali se indissolubilmente legati a quelli personali<sup>2</sup>. Con riguardo alla qualificabilità di un dato come personale, si può qui brevemente ricordare come, a tal fine, non sia necessario che l'informazione si riferisca a caratteristiche soggettive della persona. Il collegamento con l'interessato (che deve essere una persona fisica identificata o identificabile) può derivare dall'uso o possibile uso dell'informazione ai fini di una sua valutazione o trattamento ovvero dal potenziale impatto di tale informazione sui suoi diritti e interessi (art. 4, n. 1, GDPR)<sup>3</sup>. Personali saranno, pertanto, i dati relativi all'uso di una macchina o di uno strumento di lavoro (dalla geolocalizzazione alle battute di tastiera), se utilizzabili per valutare la produttività o le prestazioni di un lavoratore o comunque per adottare misure incidenti sulle sue condizioni di lavoro. Risulta quindi, come detto, molto probabile che l'impiego di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati sul lavoro coinvolga dati personali dei dipendenti (nonché una loro profilazione, ossia un trattamento automatizzato finalizzato a valutare, ai fini di analisi e/o previsioni, aspetti e caratteristiche personali individuali, come il rendimento, l'ubicazione, l'affidabilità, il comportamento<sup>4</sup>).

L'importanza del GDPR nella costruzione delle garanzie dei lavoratori si coglie osservando anche l'approccio metodologico del sistema normativo apprestato. Il modello regolativo è basato sulla valutazione e gestione del rischio (art. 35), nonché la previsione di principi generali, tra cui quello di correttezza<sup>5</sup> e trasparenza (art. 5, par. 1, lett. a), di cui il titolare del trattamento è chiamato ad assicurare e comprovare il rispetto (c.d. principio di responsabilizzazione, o *accountability*, art. 5, par. 2). In tal senso, la dinamica di adeguamento e aggiornamento dei contenuti delle garanzie da adottare, tipica

<sup>2</sup> In tal senso l'art. 2, par. 2, Reg. Ue 2018/1807 in materia di libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea. Il profilo è rimarcato in più punti anche dal recente Regolamento (UE) 2023/2854 (c.d. *Data Act*). Cfr. C. CIMAROSSA, *La tutela dei dati non personali nel Regolamento UE n. 2018/1807*, in *Il diritto nell'era digitale* a cura di R. Giordano, A. Panzarola, Milano 2022, 73; P. TULLINI, *Dati*, in *Lavoro digitale* a cura di M. Novella, P. Tullini, Torino 2022, 105.

<sup>3</sup> Cfr. Gruppo di lavoro Articolo 29, *Parere 4/2007 sul concetto di dati personali*, 01248/07/IT, WP 136.

<sup>4</sup> Sul tema della profilazione dei lavoratori, cfr. *ex multis* A. DONINI, *Profilazione reputazionale e tutela del lavoratore: la parola al Garante della Privacy*, in *Labour & Law Issues*, n. 3(1), 2017, 36.

<sup>5</sup> Per un'analisi dell'impatto del principio di correttezza sulla qualità dei dati trattati da sistemi di IA, in termini di attualità, completezza, accuratezza e sufficiente rappresentatività, cfr. M.G. PELUSO, *Intelligenza artificiale e tutela dei dati*, Milano 2024.

dell'approccio *risk-based* (e, infatti, ben conosciuta dai giuslavoristi nel campo del diritto della salute e sicurezza sul lavoro), permette di collocare le misure di trasparenza “nominate” in seno agli artt. 13, 14, 15 e 22 in un più ampio contesto di applicazione combinata e interpretazione sistematica delle disposizioni (oltre all'art. 35, su cui *infra*, anche l'art. 12, in tema di funzionalità della trasparenza all'esercizio dei diritti dell'interessato, e l'art. 25, che sancisce in termini generali e trasversali il principio della *privacy by design*).

In particolare, è importante tenere in considerazione che secondo le linee guida adottate a livello europeo laddove sussistano almeno due dei seguenti indicatori, ossia un processo decisionale (anche solo parzialmente) automatizzato, che abbia un effetto giuridico o incida comunque significativamente sugli interessati, l'impatto su interessi vulnerabili, come quelli dei dipendenti, un monitoraggio sistematico ovvero l'uso di nuove tecnologie, sorge in capo al titolare del trattamento (nel nostro caso, il datore) l'obbligo di effettuare una valutazione d'impatto (DPIA) ai sensi dell'art. 35<sup>6</sup>. In linea si pongono, a livello interno, le indicazioni emesse dal Garante italiano ai sensi dell'art. 35, par. 4, da cui infatti si trae l'inevitabilità della DPIA in caso di processi automatizzati decisionali o di monitoraggio sul lavoro. L'elenco allegato al provvedimento n. 467 dell'11.10.2018 prevede segnatamente l'obbligo di valutazione in caso di “trattamenti automatizzati finalizzati ad assumere decisioni che producono ‘effetti giuridici’ oppure che incidono ‘in modo analogo significativamente’ sull'interessato” nonché “trattamenti effettuati nell'ambito del rapporto di lavoro mediante sistemi tecnologici” da cui derivi la possibilità di controllo a distanza dei dipendenti.

La DPIA richiede al titolare del trattamento non solo di adottare tutte le misure appropriate necessarie per assicurare e dimostrare la conformità ai principi del GDPR, compreso il principio di trasparenza: richiede altresì di valutare, mitigare e gestire i rischi per *tutti* i diritti e le libertà degli interessati. Il doppio passaggio è di cruciale rilevanza: se è vero, infatti, che la *compliance* al principio di trasparenza impone già di modulare il contenuto delle

<sup>6</sup> Cfr. Gruppo di lavoro Articolo 29, *Linee guida in materia di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e determinazione della possibilità che il trattamento “possa presentare un rischio elevato” ai fini del regolamento (UE) 2016/679*, WP 248 rev.01, adottate il 4 aprile 2017, come modificate e adottate da ultimo il 4 ottobre 2017. Nella prospettiva lavoristica, è importante segnalare come il rischio di discriminazione sia individuato, nelle linee guida, tra gli elementi che consentono di qualificare in termini di significatività l'impatto di un trattamento automatizzato: cfr. al riguardo Gruppo di lavoro Articolo 29, *Linee guida in materia di processi decisionali automatizzati e profilazione*, WP 251 rev.01, adottate il 3 ottobre 2017, versione emendata e adottata il 6 febbraio 2018.

protezioni in rapporto alle caratteristiche specifiche del trattamento, le misure da adottare devono rispondere altresì a una più ampia e ancor più pregnante esigenza di tutela, tra cui rientra quella del diritto alla dignità delle persone coinvolte. Ciò inevitabilmente incide sul contenuto delle garanzie, di trasparenza e sorveglianza umana, soprattutto in un contesto di interessi vulnerabili e forti squilibri di potere.

All'esito di una valutazione d'impatto, al datore potrebbe essere richiesto, pertanto, di adottare misure simili o addirittura equivalenti a quelle espressamente prescritte dal GDPR per i processi di cui all'art. 22 (ossia quelli decisionali *integralmente* automatizzati) o a quelle previste dalla proposta di direttiva sul lavoro su piattaforma digitale<sup>7</sup> o, ancora, a quelle stabilite dall'art. 1-*bis*, che da tali fonti e dal Regolamento sull'IA trae ispirazione<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali*, Bruxelles, 9 dicembre 2021 COM(2021) 762 final. Pur attraverso un percorso impervio, segnato da faticosi e complicati tavoli di negoziazione, l'11 marzo 2024 Consiglio e Parlamento europeo hanno trovato un accordo anche su questo quadro normativo. Il Parlamento ha poi approvato il testo definitivo il 24 aprile. Rispetto all'uso di sistemi di monitoraggio e decisionali automatizzati (qualificante, peraltro, la stessa definizione di piattaforma digitale di cui all'art. 2, par. 1, n. 1), l'art. 9 della direttiva prevede specifici obblighi di trasparenza, anche a tutela dei candidati in fase di *recruitment*: l'informativa include, tra gli altri, le categorie di dati e i parametri utilizzati dall'algoritmo, nonché la spiegazione dei motivi alla base di alcune decisioni. Si stabilisce, quale garanzia di sorveglianza umana aggiuntiva rispetto alla DPIA del GDPR (a sua volta opportunamente oggetto di una normativa di dettaglio a rafforzamento della tutela dei lavoratori, ai sensi dell'art. 8, v. *infra*), una periodica valutazione dell'impatto delle decisioni individuali prese o (solo) sostenute dai sistemi automatizzati, in particolare sulla parità di trattamento sul lavoro (art. 10, par. 1). A tal ultimo riguardo, si chiarisce che "qualora dalla sorveglianza o dalla valutazione [...] emerga un elevato rischio di discriminazione sul lavoro nell'uso di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati [...], la piattaforma di lavoro digitale adotta le misure necessarie, compresa, se del caso, una modifica del sistema decisionale e di monitoraggio automatizzato o la cessazione del suo utilizzo, al fine di evitare tali decisioni in futuro" (art. 10, par. 3). Il quadro di garanzie è completato dal diritto dei lavoratori (autonomi e subordinati) alla spiegazione e al riesame umano di qualsiasi decisione presa o sostenuta da un sistema decisionale automatizzato (art. 11).

<sup>8</sup> Può essere significativo rilevare che le misure da adottare a seguito di DPIA sono poste a tutela dei soggetti a cui si riferiscono i dati personali trattati, a prescindere quindi dalla tipologia del rapporto di lavoro; le caratteristiche del rapporto di lavoro possono rilevare, d'altra parte, ai fini della configurazione dell'obbligo di DPIA e della modulazione delle misure, in particolare la vulnerabilità dell'interessato, individuata nelle linee guida in capo ai lavoratori subordinati, e la presenza di uno squilibrio di potere. Anche le garanzie di trasparenza e sorveglianza umana/riesame umano previste dalla direttiva sul lavoro su piattaforma digitale sono estese ai lavoratori autonomi. L'estensione a (alcuni) lavoratori

In tal senso, la configurazione dell'obbligo di informazione ovvero anche di sorveglianza e riesame umani, pur da interpretare in senso dinamico e modulare in rapporto al rischio e allo specifico contesto organizzativo considerato, non dipenderebbe dal perfezionamento delle specifiche fattispecie normative individuate dalle tre fonti citate, quindi dalla loro variabilità e delicata delimitazione. Tali fattispecie, infatti, si noti, non solo espongono al difficile rapporto con la complessità della tecnologia, ma non sono nemmeno coincidenti: l'art. 1-*bis*, a differenza dell'art. 22 GDPR, fa riferimento a processi integralmente automatizzati anche solo di monitoraggio; la proposta di direttiva in tema di piattaforme, oltre a riferirsi a uno specifico settore, include nell'ambito di applicazione dell'obbligo anche i processi automatizzati che *sostengono*, e non prendono, le decisioni.

In altre parole, in ragione e in rapporto alle caratteristiche del sistema algoritmico che guida il trattamento dei dati, le garanzie di trasparenza richieste all'esito di una DPIA potrebbero consistere in una informativa sul funzionamento del sistema, sui suoi principali parametri, sulle categorie di azioni monitorate e di decisioni prese o supportate, persino sulle metriche utilizzate per rilevare l'accuratezza, la robustezza, la cybersicurezza e gli impatti potenzialmente discriminatori del sistema. Si potrebbe, altresì, ritenere che nella misura in cui i *big data* coinvolti influenzano il risultato consegnato, l'oggetto della garanzia dovrebbe includere informazioni su di essi, anche se non inestricabilmente legati ai dati personali, perlomeno sulle categorie utilizzate per programmare o addestrare il sistema. Peraltro, per rispondere a un'attenta riflessione maturata in dottrina sul punto, può ritenersi che proprio perché identificate all'esito di una valutazione di impatto su tutti i diritti e le libertà dei lavoratori interessati, le garanzie di tutela non potrebbero fermarsi a una mera informativa sul modo di operare dell'IA, ma dovrebbero assicurare anche la "spiegabilità degli effetti e dell'impatto", il "*cosa fa*" la

autonomi è presente, altresì, a livello interno, nell'art. 1-*bis* d.lgs. n. 152/97 (co.co.co ed etero-organizzati ai sensi del comma 7 della disposizione stessa; in forza dell'art. 47-*ter* d.lgs. n. 81/2015, anche i lavoratori autonomi di cui all'art. 47-*bis* se le informazioni richieste sono compatibili). Per un'analisi dell'art. 1-*bis* cfr., *ex multis*, E. DAGNINO, *Il diritto interno: i sistemi decisionali e di monitoraggio (integralmente) automatizzati tra trasparenza e coinvolgimento*, in *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, a cura di M. Biasi, Milano, 2024; A. DONINI, *Informazione sui sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati: poteri datoriali e assetti organizzativi*, in *Diritti, lavori, mercati*, 2023, 85; A. ZILLI, *La via italiana per condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2023, 1, 25.



AI”<sup>9</sup>. È una prospettiva che sarà agevolata e rafforzata dal prossimo raccordo con l’*AI Act* considerata, come visto, la garanzia di interpretabilità dell’*output* da parte del *deployer* nonché, come si vedrà oltre nella trattazione, l’esplicita previsione del diritto di qualsiasi persona esposta a decisioni filtrate da sistemi di IA di richiedere una spiegazione sul ruolo di tali sistemi nella procedura decisionale e sugli elementi principali della decisione presa.

L’incardinamento dell’obbligo informativo nell’infrastruttura normativa del GDPR consente altresì di evidenziare come il bilanciamento con la tutela dei segreti commerciali/industriali non possa tradursi in una mera esclusione *tout court* dell’informazione<sup>10</sup>. L’art. 3, par. 2, direttiva (UE) 2016/943, sulla protezione del *know-how* riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali), prevede che “l’acquisizione, l’utilizzo o la divulgazione di un segreto commerciale sono da considerarsi leciti nella misura in cui siano richiesti o autorizzati dal diritto dell’Unione [nel caso di specie il GDPR] o dal diritto nazionale”. In conformità a tale prospettiva deve, quindi, essere interpretato l’ottavo comma dell’art. 1-*bis*, che esclude dagli obblighi informativi ivi previsti i sistemi protetti da segreto industriale e commerciale.

È significativo evidenziare come la DPIA preveda altresì “una valutazione della necessità e della proporzionalità del trattamento in relazione alle finalità” (art. 35, par. 7, lett. b): si è al riguardo segnalato come tale verifica imponga al datore di giustificare la scelta di un certo tipo di algoritmo rispetto a un determinato obiettivo organizzativo, a fronte dell’assenza di alternative meno invasive per i diritti e le libertà coinvolti. Se vi fossero, la valutazione richiederebbe, infatti, di optare per esse<sup>11</sup>.

In mancanza di alternative, la questione si sposta sull’adeguatezza delle misure da adottare e adattare per garantire la trasparenza e mitigare i rischi per i diritti dei lavoratori. Questo significa che, laddove l’algoritmo lasci spazio all’incertezza e all’opacità (ipotesi che il Regolamento sull’IA invero dovrebbe scongiurare, posto che al fornitore è richiesto di garantire la comprensibilità del sistema e dell’*outcome* da parte del *deployer*, v. *infra*), o la questione viene risolta, con i relativi costi, anche utilizzando le c.d. tecniche di XAI (*eXplainable AI*) per “aprire la scatola nera” (ad es. modelli algorit-

<sup>9</sup> S. CIUCCIOVINO, *La disciplina nazionale sulla utilizzazione della intelligenza artificiale*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2024, n. 1, 1 ss., 15.

<sup>10</sup> Come spiega il cons. 63 GDPR, la necessità di tutelare il segreto industriale e aziendale e la proprietà intellettuale, segnatamente i diritti d’autore che tutelano il software, non dovrebbe “condurre a un diniego a fornire all’interessato tutte le informazioni”.

<sup>11</sup> H. JANSSEN, M. SENG AH LEE, J. SINGH, *Practical fundamental rights impact assessments*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2022, 30, 200.

mici che generano risultati controfattuali utili per spiegare la decisione ed esaminare la *fairness* del sistema), oppure il datore di lavoro deve abbandonare l'approccio algoritmico in questione per orientarsi verso un obiettivo organizzativo e un algoritmo diversi e meno complessi.

Ragionare di valutazione di impatto nella prospettiva di trattamenti automatizzati effettuati attraverso sistemi di IA richiede peraltro di riflettere sul fatto che le garanzie di trasparenza non bastano, soprattutto in caso di approcci di apprendimento automatico profondo<sup>12</sup>. Devono essere affiancate da garanzie di sorveglianza umana, non solo nel senso del coinvolgimento dell'operatore umano nel ciclo di vita del sistema, ma anche sul piano più complessivo della valutazione e gestione dei rischi, a livello di verifica periodica di impatto dei processi decisionali (integralmente o parzialmente) automatizzati sui diritti e sulle libertà dei soggetti esposti a dette decisioni, nonché a livello di qualità di dati (anche derivati e inferiti).

Anche questa prospettiva esce rafforzata dal raccordo con l'*AI Act*: tutti i *deployer* di sistemi ad alto rischio sono, infatti, chiamati a garantire che i dati di *input* siano pertinenti e sufficientemente rappresentativi, nella misura in cui esercitano il controllo sugli stessi (art. 26, par. 4); soprattutto, sono chiamati a monitorare il funzionamento del sistema e a sospenderne l'utilizzo, con informazione al fornitore o distributore e all'organismo di vigilanza nazionale, laddove abbiano ragione di ritenere che l'uso, pur conforme alle istruzioni ricevute, possa determinare un rischio per la salute e sicurezza e i diritti fondamentali (art. 26, par. 5).

## 2. IA e tutela del lavoratore nel GDPR: quale spazio per la dimensione collettiva

Un ragionamento sulla ricostruzione delle tutele per il lavoratore non implica una riflessione sulla possibile declinazione collettiva delle garanzie.

<sup>12</sup> Come evidenzia la dottrina, "il punto fondamentale è che il modello creato da un algoritmo di *deep learning* non è facilmente dissezionabile, non è scomponibile come le linee di codice di algoritmi tradizionali. [...] Possiamo provare a osservare dall'esterno, a fare delle domande, interrogare l'algoritmo e analizzare le sue risposte" (G.F. ITALIANO, S. CIVITARESE MATTEUCCI, A. PERRUCCI, *L'intelligenza artificiale: dalla ricerca scientifica alle sue applicazioni. Una introduzione di contesto*, in *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Diritti fondamentali, dati personali e regolazione* a cura di A. Pajno-F. Donati-A. Perrucci, vol. I, Bologna 2022, 54).

La valorizzazione di tale aspetto nel quadro normativo del GDPR non può che muovere dalla disposizione che richiede al titolare del trattamento di raccogliere il parere degli interessati e/o dei loro rappresentanti, se necessario, durante la procedura di DPIA (art. 35, par. 9). Il Gruppo di lavoro Articolo 29 ha interpretato tale enunciato nel senso che il titolare del trattamento sia tenuto a chiedere il parere degli interessati o dei loro rappresentanti, a meno che non decida che ciò non sia appropriato (ad esempio, perché comprometterebbe la riservatezza dei piani aziendali o sarebbe sproporzionato o impraticabile) e possa documentare la giustificazione alla base di tale diniego. È, inoltre, obbligato a documentare le ragioni della propria decisione, quando ha chiesto detto parere, ma ha deciso di procedere diversamente (WP 248 rev.01)<sup>13</sup>. La disposizione fa peraltro “salva la tutela degli interessi commerciali o pubblici o la sicurezza dei trattamenti”, ciò riportando nel ragionamento la questione del bilanciamento con il segreto commerciale/industriale. Tale profilo richiede di riflettere su quanto il processo di confronto richiesto dal GDPR possa configurarsi o essere configurato in termini di procedura di consultazione e in tal senso, da un lato, dialoghi con le regole di tutela della riservatezza delle informazioni aziendali previste dalla normativa europea e interna sul coinvolgimento dei lavoratori<sup>14</sup>, dall’altro lato, si raccordi con quanto previsto, ancora una volta, dalla direttiva (UE) 2016/943, in materia di tutela dei segreti commerciali, che considera lecita l’acquisizione di un segreto commerciale se ottenuta nell’esercizio del diritto all’informazione e alla consultazione da parte di lavoratori o rappresentanti dei lavoratori, in conformità al diritto e alle prassi dell’Unione e nazionali<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. A. INGRAO, *Data-driven management e strategie collettive di coinvolgimento dei lavoratori per la tutela della privacy*, in *Labour & Law Issues*, 5(2), 2019, 129.

<sup>14</sup> Cfr. l’art. 6, Direttiva 2002/14/CE concernente i diritti di informazione e consultazione per le aziende che superino la soglia occupazionale dei 50 dipendenti, ove si disciplina partitamente l’ipotesi in cui la divulgazione dell’informazione, secondo criteri obiettivi, possa creare notevoli difficoltà al funzionamento dell’impresa o dello stabilimento interessato o possa arrecare loro danno e, a livello di fonte interna di recepimento, l’art. 5, d.lgs. n. 25/2007, che attribuisce in materia un ruolo centrale ai contratti collettivi nazionali di lavoro: essi devono, infatti, prevedere la costituzione di una commissione di conciliazione per le contestazioni relative alla natura riservata delle notizie fornite e qualificate come tali, nonché per la concreta identificazione delle esigenze tecniche, organizzative e produttive funzionali a individuare le informazioni suscettibili di creare notevoli difficoltà al funzionamento dell’impresa interessata o di arrecarle danno.

<sup>15</sup> Cfr. M.T. CARINCI, S. GIUDICI, P. PERRI, *Obblighi di informazione e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 1-bis “Decreto Trasparenza”): quali forme di controllo per i poteri datoriali algoritmici?*, in *Labor*, 2023, 1, 7. La Direttiva 2016/943/EU prevede,

Al riguardo, si segnala che sul *Digital Bargaining Hub*, portale online lanciato ad aprile 2023 dalla federazione sindacale internazionale per i servizi pubblici (Public Services International), sono caricati materiali, prassi e modelli per sindacalisti che negoziano su questioni legate alla digitalizzazione e si riporta, tra le *best practices* in tema di protezione dei dati, proprio una Guida per promuovere l'azione dei rappresentanti sindacali nella valutazione di impatto, adottata nel 2020 dal sindacato britannico Prospect.

Il sindacato è quindi chiamato a inserirsi con approccio proattivo nel sistema in materia di protezione dei dati personali, seguendo una prospettiva che trova specifica valorizzazione anche nell'accordo quadro europeo sulla digitalizzazione, che richiede di consentire ai rappresentanti dei lavoratori di affrontare le questioni relative ai dati e, non a caso, sul punto richiama le potenzialità dell'art. 88 del GDPR, laddove riconosce un ruolo specifico alla contrattazione collettiva per l'introduzione di regole di dettaglio<sup>16</sup>.

In tal senso, la dottrina invita a riflettere sul ruolo che i contratti collettivi possono assumere, al pari dei codici di condotta di cui all'art. 40 GDPR<sup>17</sup>, ai

segnatamente, all'art. 3, par. 1, lett. c, che l'acquisizione di un segreto commerciale sia considerata lecita se ottenuta nell'esercizio del diritto all'informazione e alla consultazione da parte di lavoratori o rappresentanti dei lavoratori, in conformità del diritto e delle prassi dell'Unione e nazionali. All'art. 5, par. 1, lett. c, la direttiva include tra le eccezioni alla tutela del segreto commerciale l'ipotesi in cui la presunta acquisizione, il presunto utilizzo o la presunta divulgazione del segreto commerciale siano avvenuti con la divulgazione dai lavoratori ai loro rappresentanti nell'ambito del legittimo esercizio delle funzioni di questi ultimi, conformemente al diritto dell'Unione o al diritto nazionale, a condizione che la divulgazione fosse necessaria per tale esercizio.

<sup>16</sup> Ces-BusinessEurope-SMEunited-Ceep, *Accordo quadro europeo sulla digitalizzazione*, 22 giugno 2020. Si segnala come il profilo in esame, come altri implicati nella risposta alle sfide dell'IA sui luoghi di lavoro (dai processi di *reskilling* e *upskilling*, al monitoraggio degli impatti organizzativi, al controllo a distanza) sia valorizzato anche in altri testi successivi del dialogo sociale europeo settoriale, in particolare la Dichiarazione congiunta per il settore delle telecomunicazioni del novembre 2020, le conclusioni congiunte per il settore MET industries (Metal, Engineering and Technology-based) del 22 febbraio 2023; la Dichiarazione congiunta per il settore bancario del 14 maggio 2024

<sup>17</sup> Cfr., al riguardo, il Codice di condotta per le Agenzie per il lavoro (APL) di Assolavoro, approvato dal garante con provvedimento dell'11 gennaio 2024 e pubblicato in gazzetta ufficiale a inizio marzo 2024. Tra le varie disposizioni, si prevede, ad esempio, che le agenzie possano raccogliere e trattare i dati personali inerenti al profilo presenti sui social di natura professionale relativi ai candidati, dovendo cancellare, in linea di principio, i dati raccolti durante il processo di selezione non appena sia evidente che non verrà fatta alcuna offerta di impiego o nel caso in cui l'offerta non venga accettata dal candidato. Inoltre, i dati relativi ai candidati trattati nell'ambito delle attività dell'agenzia, con esclusione della

fini della dimostrazione di adeguatezza della DPIA e delle misure di governo dei rischi<sup>18</sup>, ma anche sulla necessità di mutuare dal sistema prevenzionistico la previsione di una rappresentanza specializzata in materia<sup>19</sup> (v. al riguardo la piattaforma sindacale presentata per il rinnovo del ccnl telecomunicazioni).

Ragionare di confronto sindacale nel contesto del sistema di protezione dei dati personali è tanto più necessario se si considera che se a porsi come base giuridica di liceità del trattamento dei dati è un interesse legittimo del titolare del trattamento, tale interesse, ai sensi dell'art. 6 del GDPR, deve essere bilanciato con i diritti e le libertà fondamentali dei soggetti a cui si riferiscono i dati. Ciò richiede che non solo si effettui una ponderazione tra interesse del titolare e diritti dei *data subject* ma che si garantisca altresì la tutela di tali diritti: tra le misure più appropriate a tal fine si colloca l'opportuna consultazione dei rappresentanti dei dipendenti<sup>20</sup>.

### 3. *L'interazione sinergica tra GDPR e AI Act*

Per comprendere le dinamiche di interazione sinergica che si potranno sviluppare nel raccordo tra il plesso regolativo del GDPR e quello dell'*AI Act*, è necessario ricordare, come anticipato, i canali di innesto previsti dallo stesso Regolamento sull'IA e il suo carattere orizzontale. In tale prospettiva, si deve, quindi, tenere in considerazione che, da un lato, ai sensi dell'*AI Act*, il datore, in qualità di *deployer*, sarà il destinatario di una serie di informazioni e di una formazione *ad hoc* da parte del fornitore del sistema (art. 13; art. 9, par. 5), da utilizzare per l'adempimento dei propri obblighi e, in particolare, ai fini della valutazione di impatto di cui al GDPR (art. 26, par. 9);

somministrazione di lavoro, possono essere conservati per un periodo di massimo quarantotto mesi, fatta salva la possibilità dell'interessato di poter chiedere in ogni momento la cancellazione. I dati trattati nell'ambito dei rapporti di somministrazione di lavoro possono essere, invece, conservati per un periodo di undici anni dalla cessazione del rapporto di lavoro.

<sup>18</sup> A. TOPO, D. TARDIVO, *Hard law e soft law nel diritto dell'Unione europea in materia di trattamento dei dati personali e di tutela della riservatezza del lavoratore*, in *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro* a cura di C. Pisani, G. Proia, A. Topo, Milano 2022, 75.

<sup>19</sup> A. INGRAO, *Controllo a distanza e privacy del lavoratore alla luce dei principi di finalità e proporzionalità della sorveglianza*, in *Labour & Law Issues*, 9(1), 2023, 101.

<sup>20</sup> Gruppo di lavoro ex articolo 29, *Parere n. 6/14 sul concetto di interesse legittimo*. Cfr. A. SARTORI, *Il controllo tecnologico sui lavoratori*, Torino, 2020.

dall'altro, la piena operatività del principio di *accountability* in materia di protezione dei dati, non pregiudicata dalla natura complementare dell'*AI Act*, alimenterà una dinamica di interazione tra fornitore e *deployer* volta a verificare se le impostazioni del sistema consegnato consentano a quest'ultimo, in qualità di titolare del trattamento, di garantire la *compliance* regolatoria rispetto al GDPR. Le indicazioni fornite dal Garante italiano, da ultimo in tema di programmi informatici di gestione della posta elettronica nel contesto lavorativo<sup>21</sup>, evidenziano infatti come il titolare del trattamento (ossia il datore) sia chiamato a rispettare i principi di protezione dei dati e a comprovare la *compliance*, anche quando lo strumento con cui viene effettuato il trattamento sia fornito da un terzo: se il programma non consente di disattivare funzioni incompatibili con le finalità del trattamento o che si pongono in contrasto con la normativa applicabile, o il fornitore adegua il sistema, "su istruzioni impartite" dall'utilizzatore<sup>22</sup>, o quest'ultimo deve cessarne l'uso. L'ulteriore alternativa è che l'utilizzatore, titolare del trattamento, verifichi se le impostazioni del programma, pur invariate, siano compatibili con una diversa finalità di trattamento dei dati (per esempio di sicurezza o tutela del patrimonio aziendale) e questo possa proseguire sulla base di essa, nel rispetto delle garanzie previste dall'art. 4 St. lav. (accordo sindacale o autorizzazione amministrativa) nonché, chiaramente, dei principi di protezione dei dati<sup>23</sup>. È chiaro che la dinamica interattiva tra fornitore e utilizzatore che così si innesca segue una direzione opposta a quella disciplinata dall'*AI Act* laddove si prevede che sia il fornitore a impartire al *deployer* le istruzioni per

<sup>21</sup> Provvedimento del 21 dicembre 2023 - Documento di indirizzo "Programmi e servizi informatici di gestione della posta elettronica nel contesto lavorativo e trattamento dei metadati". Il profilo in esame è confermato dal successivo Provvedimento del 6 giugno 2024 (par. 4.4), adottato a valle di una fase di consultazione pubblica.

<sup>22</sup> Nello specifico, il garante afferma che "il titolare del trattamento, anche quando utilizza prodotti o servizi realizzati da terzi, deve verificare [...] la conformità ai principi applicabili [...] adottando, nel rispetto del principio di responsabilizzazione, le opportune misure tecniche e organizzative e impartendo le necessarie istruzioni al fornitore del servizio". La medesima espressione è stata utilizzata dal Garante anche nei provvedimenti 28 ottobre 2021, n. 384, 10 giugno 2021, n. 235, 17 dicembre 2020, n. 282.

<sup>23</sup> In linea generale, il garante invita i produttori dei servizi e delle applicazioni, in fase di sviluppo e progettazione, a tenere conto del diritto alla protezione dei dati e dello stato dell'arte in materia (v. cons. 78 del GDPR). Il profilo è valorizzato ulteriormente nel Provvedimento del 6 giugno 2024, ove si afferma che «anche i fornitori, pertanto, devono contribuire a far sì che i titolari del trattamento possano adempiere ai loro obblighi di protezione dei dati, contemperando le esigenze di commercializzazione su larga scala dei propri prodotti con la conformità degli stessi ai principi del Regolamento» (par. 4.4.1.).

l'uso e il *deployer* a dover utilizzare il sistema secondo le misure così indicate. Come si è più volte evidenziato, tuttavia, a conferma della natura complementare dell'*AI Act*, l'attuazione delle suddette istruzioni non deve pregiudicare il rispetto dei vincoli derivanti da altre fonti regolative, come appunto l'obbligo di garantire la conformità ai principi di protezione dei dati. In tal senso, il *deployer* non può che essere chiamato a verificare e ad assicurarsi che le impostazioni del sistema gli consentano tali adempimenti. Ciò è tanto più vero se si considera che è lo stesso Regolamento sull'IA, come detto, a non relegarlo a un mero destinatario di istruzioni d'uso, richiedendogli di monitorare il funzionamento del sistema ed eventualmente di sospenderne l'utilizzo (v. *supra*).

Ai fini di una verifica dell'impatto dell'*AI Act* sull'infrastruttura normativa di tutela del lavoratore, pare utile ricordare quanto in parte anticipato, ossia la previsione dell'obbligo per i *deployer* che utilizzano sistemi che prendono decisioni o assistono nel prendere decisioni relative a persone fisiche, di informare le stesse del fatto che sono soggette all'uso di tali sistemi (Art. 26, par. 11, fatti salvi gli ulteriori obblighi di trasparenza previsti dall'art. 50 per i sistemi interattivi e di IA generativa), nonché il diritto di qualsiasi persona esposta a tali decisioni di ottenere dal *deployer* "spiegazioni chiare e significative sul ruolo del sistema di IA nella procedura decisionale e sui principali elementi della decisione adottata" (Art. 86).

Infine, nell'ottica della proiezione collettiva delle tutele, è interessante sottolineare che la proposta del Parlamento europeo di richiedere ai datori di lavoro di consultare i rappresentanti dei lavoratori al fine di raggiungere un accordo in conformità con la direttiva CE 2002/14 (art. 29, par. 5 *bis*) è stata ridotta all'obbligo per i datori di lavoro di informare i rappresentanti dei lavoratori e i lavoratori interessati che saranno soggetti a un sistema di IA ad alto rischio (art. 26, par. 7). La previsione di un obbligo di informazione delle rappresentanze<sup>24</sup>, per quanto limitato nel contenuto, apre al percorso con-

<sup>24</sup> Pare opportuno rilevare come la condizione richiesta per l'accertamento dell'alto rischio dall'art. 6, par. 3, dell'*AI Act*, ossia il fatto che il sistema influenzi materialmente il risultato del processo decisionale, non coincida necessariamente con l'integrale automatizzazione del processo decisionale. Come spiega il Cons. n. 53, «un sistema di IA che non influenza materialmente l'esito del processo decisionale dovrebbe essere inteso come un sistema di IA che non ha un impatto sulla sostanza, e quindi sull'esito, del processo decisionale, sia esso umano o automatizzato». Da ciò si può trarre che il rischio sussista anche laddove il sistema abbia un impatto sull'esito di un processo decisionale umano, ossia laddove sia impiegato, per utilizzare le parole della direttiva piattaforme, non per prendere ma (solo) per sostenere una decisione. A conferma si pone l'obbligo di informazione del *deployer*,

sentito a livello interno dall'art. 1-*bis* nell'individuazione di un diritto di informazione del sindacato, distinto e ulteriore rispetto a quello dei lavoratori. Si noti che il d.d.l. di iniziativa governativa in materia di IA prevede lo stesso obbligo informativo datoriale stabilito dall'AI Act disponendo però una inspiegabile (e peraltro irrilevante, vista la futura applicazione diretta del Regolamento) sua limitazione ai sistemi di cui all'art. 1-*bis*, d.lgs. 152/1997, ossia quelli integralmente automatizzati (art. 10, A.S. n. 1146). Rispetto alla non necessaria coincidenza tra sistemi di IA ad alto rischio e sistemi integralmente automatizzati v. *supra*. Il profilo è messo in evidenza anche dal Garante della privacy nel proprio parere del 2 agosto 2024, ove si afferma che «il richiamo all'articolo 1-bis del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152 e s.m.i. deve essere concepito come non esaustivo, dal momento che si riferisce ai soli trattamenti interamente automatizzati».

In un considerando (n. 92) si ricorda che tale obbligo non pregiudica gli obblighi dei datori di lavoro di informare e consultare i lavoratori o i loro rappresentanti, in merito alle decisioni di mettere in servizio o utilizzare sistemi di IA, derivanti da altre leggi e pratiche dell'Unione o nazionali. Al riguardo, si possono citare la direttiva CE 2002/14, laddove richiede alle imprese che impiegano almeno 50 dipendenti di informare e consultare i lavoratori o i loro rappresentanti sulle decisioni che possono comportare modifiche sostanziali dell'organizzazione del lavoro (art. 4, par. 2, lett. c); ovvero la direttiva quadro sulla salute e la sicurezza durante il lavoro (direttiva 391/89/CEE), che richiede ai datori di lavoro di garantire che la pianificazione e l'introduzione di nuove tecnologie siano oggetto di consultazione con i lavoratori e/o i loro rappresentanti; ancora il GDPR, che richiede, come visto, al titolare del trattamento dei dati, durante la DPIA, di chiedere il parere degli interessati e/o dei loro rappresentanti, se necessario.

In un ragionamento sulla proiezione collettiva delle tutele nei confronti della gestione algoritmica del lavoro, è necessario ricordare come l'approccio partecipativo, tanto promosso e auspicato dall'accordo quadro sulla digitalizzazione firmato dalle parti sociali europee nonché dai testi successivi del dialogo sociale europeo settoriale, trovi – quantomeno in parte – espressione specifica nel contesto della proposta di direttiva in materia di lavoro su piattaforma digitale.

previsto dall'art. 26, par. 11, in caso di sistemi ad alto rischio che adottano decisioni o assistono nell'adozione di decisioni.



Rinviando ad altra sede l'analisi di tale quadro normativo, è importante quantomeno segnalare come il sistema di garanzie ivi predisposto, oltre a promuovere il ruolo delle parti sociali e della contrattazione collettiva (artt. 25 e 28), preveda specifici diritti per le rappresentanze sindacali: il coinvolgimento espresso e incondizionato nella DPIA (art. 8); il diritto alla trasparenza sui processi automatizzati (art. 9, par. 1 e 4); la partecipazione alla valutazione di impatto delle decisioni automatizzate nel contesto della sorveglianza umana (art. 10, par. 1, con diritto di informazione ai sensi del par. 4); il diritto di richiedere il riesame (art. 11, par. 2); la previsione, per l'esercizio dei diritti di cui alla direttiva CE 2002/14 (espressamente richiamati – ma senza riferimento a soglie occupazionali – affinché riguardino anche la decisione di introdurre o modificare sistemi automatizzati) dell'assistenza di un esperto, pagato dalla piattaforma se si supera la soglia dei 250 lavoratori (art. 13, par. 3). I rappresentanti degli autonomi sono inclusi nel raggio di operatività della direttiva nella misura in cui siano previsti dal diritto e dalle prassi nazionali (così la definizione di cui all'art. 2, par. 1, n. 7)<sup>25</sup> e possono esercitare i diritti stabiliti in punto di trasparenza e sorveglianza umana (tranne, e questo appare molto significativo, il diritto di partecipazione alla valutazione di impatto delle decisioni automatizzate) solo nella misura in cui agiscano per conto di autonomi per quanto riguarda la protezione dei loro dati personali (art. 15)<sup>26</sup>.

Nel corso del ragionamento che si è inteso sviluppare, si è cercato di evidenziare la funzionalità di sistemi normativi di matrice non lavoristica alla predisposizione di garanzie per il lavoratore di fronte alle sfide dell'IA.

<sup>25</sup> Gli stessi Orientamenti della Commissione europea a sostegno degli accordi collettivi dei lavoratori autonomi individuali con le piattaforme di lavoro digitali (esclusi dall'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE) fanno salva la discrezionalità degli Stati membri nel determinare i canali di rappresentanza collettiva dei lavoratori autonomi, applicandosi a tutte le forme di trattative collettive condotte conformemente alla pratica e al diritto nazionali. Cfr. Commissione europea, *Orientamenti sull'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione agli accordi collettivi concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi individuali*, Bruxelles, 29 settembre 2022 C(2022) 6846 final.

<sup>26</sup> La base giuridica della proposta di direttiva è costituita dall'art. 153, par. 2, lett. b, in combinato disposto con l'art. 153, par. 1, lett. b), e dall'art. 16 par. 2 TFUE.

#### 4. *Prospettive*

A conclusione di questo percorso, non si può che rilevare la necessità che al moto che guida tale funzionalità ne corrisponda un altro, di direzione opposta, volto a infondere nell'architettura normativa l'impronta del diritto del lavoro. È un moto che può essere anzitutto sostenuto dal processo di necessaria integrazione con fonti lavoristiche, dal diritto della sicurezza sul lavoro al diritto antidiscriminatorio, nonché dall'innesto di contenuti attraverso l'intervento della contrattazione collettiva e le dinamiche di coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori. È un moto che può consentire di qualificare le categorie e gli strumenti giuridici impiegati, all'interno delle linee normative ricostruite nel corso dell'analisi, secondo le proprietà, le qualità, della prospettiva lavoristica, impresse dall'applicazione del principio di eguaglianza sostanziale: dal concetto di vulnerabilità a quello di squilibrio di potere, dalla declinazione dell'approccio basato sul rischio alla grammatica dei diritti fondamentali.

VANIA BRINO

## BREVI NOTE SULLA RESPONSABILIZZAZIONE NEL GOVERNO DELL'IMPRESA

SOMMARIO: 1. Una premessa necessaria – 2. Il contesto e le sue dicotomie. – 3. Verso nuove forme di responsabilizzazione dell'attore economico? – 4. Cenni sul *Reporting*... – 5. ... e sulla Tassonomia. – 6. Sguardi in prospettiva

### 1. *Una premessa necessaria*

Nel primo Convegno Annuale della *Labour Law Community* svoltosi presso l'Università Ca' Foscari di Venezia nel dicembre del 2021 si è discusso di governance sostenibile e, in particolare, di *due diligence* ma, diversamente da allora, oggi la trama regolativa, pur se ancora in via di definizione, si è fatta più densa e articolata.

Tra gli interventi più significativi sul tema va anzitutto segnalata la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità che ha visto la luce il 23 febbraio del 2022 (nel proseguo CSDDD)<sup>1</sup>. Dopo un iter particolarmente travagliato lo scorso 24 aprile 2024 il Parlamento ha dato il suo parere positivo<sup>2</sup>, e siamo poi giunti all'approvazione definitiva della Direttiva (UE) 2024/1760 (Corporate Sustainability Due Diligence Directive – CS3D o CSDDD) il 13 giugno 2024.

È importante richiamare anche la Direttiva 2022/2464 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che modifica il regolamento

\* Il contributo riprende, integrandolo con gli opportuni aggiornamenti, l'intervento svolto in occasione del Terzo Convegno annuale della *Labour Law Community* svoltosi a Genova il 1 e 2 dicembre 2023.

<sup>1</sup> V. M. BORZAGA, F. MUSSI, *Luci e ombre della recente proposta di direttiva relativa al dovere di due diligence delle imprese in materia di sostenibilità*, in *Lavoro e diritto*, n.3/2023, 495 ss.; M. GIOVANNONE, *Dovere di diligenza e regime di responsabilità civile nella proposta di direttiva europea: tra disfattismo e potenzialità per le dinamiche partecipative*, in *Diritti lavori mercati*, n.3/2023, 460 ss.

<sup>2</sup> Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 24 aprile 2024 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0329\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0329_IT.html)

(UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità (nel proseguo CSRD). Evidenze altrettanto importanti si rinven- gono se focalizziamo l'attenzione sulle più recenti previsioni in tema di fi- nanza sostenibile (v. *infra*).

Se nel quadro europeo si è assistito quindi ad un'accelerazione dei pro- cessi regolativi in un arco temporale relativamente breve<sup>3</sup>, anche a livello in- terno si registrano novità significative (pensiamo, ad esempio, alla riforma degli artt. 9 e 41 Cost. così come alle novità sul piano del diritto commerciale di cui ci ha parlato Corrado Malberti nella sua Relazione)<sup>4</sup>.

La reattività dei sistemi normativi, a livello nazionale e sovranazionale, ha stimolato una riflessione trasversale e interdisciplinare che ben sottolinea l'importanza del tema e la sua centralità anche in chiave prospettica. L'orizzonte di senso di queste trasformazioni può rintracciarsi nella sosteni- bilità e nella sua forza aggregante<sup>5</sup>. Guardando al diritto del lavoro, in parti- colare, è stato osservato che la sostenibilità agisce come “driver di cambia- mento della disciplina e occasione di riferimento a nuovi principi e regole che vi sono connessi”<sup>6</sup>.

Non ho tempo di approfondire ma è evidente che lo sviluppo sostenibile ha scosso la dimensione regolativa, arrivando ad agire in profondità in una duplice direzione: per un verso, come vedremo, sulle categorie giuridiche tradizionali e, per altro verso, estendendo la propria azione anche in ambiti tradizionalmente ancorati al profitto e alla redditività degli investimenti quali obiettivi esclusivi a cui tendere<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> V. C. HIESSL, *The EU's legislative initiatives on corporate ESG due diligence in context*, in *ERA Forum*, 2023, 201 ss.

<sup>4</sup> V. CARIELLO, *Per un diritto costituzionale della sostenibilità (oltre la “sostenibilità ambientale”)*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, n.2/2022, 413 ss.; M. RESCIGNO, *Note sulle «regole» dell'impresa «sostenibile». Dall'informazione non finanziaria all'informativa sulla sostenibilità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n.1/2022, 165 ss.; B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in *CSDLE “Massimo d'Antona*, 2020; I. SENATORI, *Sostenibilità e diritto del lavoro*, in *Sostenibilità, imprese, lavoro. Una riflessione critica*, a cura di E. Corsi, L.P. Vecchio, Bologna, 2023.

<sup>5</sup> C.M. BRUNER, *Corporate Governance Reform and the Sustainability Imperative*, in 131 *The Yale Law Journal*, 2022, 1217 ss.

<sup>6</sup> B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Il diritto del lavoro nella giusta transizione. Un contributo “oltre” il manifesto*, in *CSDLE “Massimo d'Antona*, 2023.

<sup>7</sup> Tra le esemplificazioni più evidenti di una trasformazione che ha investito anche le forme societarie v. C. GARBUIO, *Società benefit e rapporti di lavoro: quali interazioni?*, in *Lavoro e diritto*, n.3/2023, 557 ss.

Nel mio breve intervento due sono gli aspetti sui quali intendo soffermarmi: anzitutto il contesto dicotomico che fa da sfondo alla riflessione in punto di governance societaria sostenibile; secondariamente, vorrei proporre qualche considerazione, di carattere esplorativo, su alcuni dei percorsi regolativi che si stanno via via consolidando e che ci spingono alla ricerca, anche oltre la sfera di azione del diritto del lavoro, di presidi funzionali alla tutela dei diritti sociali fondamentali.

## 2. Il contesto e le sue dicotomie

La cornice tematica entro la quale si inserisce il presente contributo si presenta particolarmente complessa e diversificata.

Lo scenario è dominato da forti polarizzazioni: da un lato le patologie del sistema e le sue contraddizioni, che ci portano a registrare un'insostenibilità diffusa; dall'altro lato la tensione costante verso le "possibili cure", ovvero le azioni da adottare al fine di mitigare i rischi ed orientare le imprese verso obiettivi di creazione di valore, inteso in un'accezione non meramente economica, nel lungo periodo<sup>8</sup>.

In questa dialettica fatta di chiaroscuri si inserisce la crisi che ha investito, ad un tempo, le categorie giuridiche del potere e della responsabilità e il rapporto tra diritto e luogo. La mondializzazione dell'economia prima, e più recentemente la digitalizzazione, hanno rappresentato il terreno ideale per la diffusione di modelli di business opachi, inclini a svanire senza lasciare tracce di sé, con evidenti ripercussioni sul piano dell'attribuzione delle responsabilità non solo in materia lavoristica.

Così, se ci interroghiamo sul legame tra diritto e luogo, il tempo presente ha messo in discussione, quasi sradicandolo, l'assunto secondo cui la legge ha, per definizione, un ambito di applicazione correlato principalmente ad un territorio, o a un luogo, o a uno spazio<sup>9</sup>. Nell'epoca della c.d. modernità gassosa, la sovranità, riprendendo Revelli, "non si è affiacchita o addolcita

<sup>8</sup> V. in particolare V. SPEZIALE, *L'impresa sostenibile*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n.4/2021, 494 ss.

<sup>9</sup>A. IOSSA, M. PERSDOTTER, *Cross-Border Social Dumping as a "Game of Jurisdiction" – Towards a Legal Geography of Labour Relations in the EU Internal Market*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 59/2021, 1086 ss. V. inoltre M. FALSONE, *Contratto di lavoro e territorialità*, *I tematici*, VI-2023 – *Contratto di lavoro*, Milano, vol. VI-2023, 430 ss.

ma si è dis-localata, svincolandosi da qualsivoglia determinazione di luogo e di persona”<sup>10</sup>.

All’insostenibilità dell’agire imprenditoriale, associata ad una consolidata irresponsabilità delle imprese che adottano comportamenti devianti e utilizzano in modo strategico i modelli organizzativi per rendersi invisibili alla legislazione, fa da contraltare una nuova diffusa consapevolezza circa l’esigenza di promuovere modelli di impresa capaci di interiorizzare, accanto agli interessi degli azionisti, quelli di tutti coloro che entrano in relazione con le imprese e, tra questi, anche i lavoratori.

Come ho già avuto modo di rappresentare<sup>11</sup>, il tema ha acquisito centralità in tutti gli ambiti del sapere, vuoi per la sua pervasività, vuoi perché letto come reazione all’iperglobalizzazione e alle storture del capitalismo<sup>12</sup>, vuoi infine come riflesso di una crisi sistemica che ha intensificato la discussione sull’impresa nell’era post globale<sup>13</sup>.

Sembra in questo senso farsi strada un modello di impresa il cui statuto valoriale ed organizzativo cerca di mettere a sistema profitto e sostenibilità. Da qui, la sostenibilità delle imprese e la nuova impronta degli ESG acquisiscono valenza trasformativa, tanto che possiamo identificare nella sostenibilità la nuova “bussola morale” degli operatori economici<sup>14</sup>.

### 3. Verso “nuove forme” di responsabilizzazione dell’attore economico?

Passando al secondo punto del mio intervento, il diritto del lavoro, così come altri ambiti disciplinari, hanno reagito in vario modo alle sollecitazioni che promanano dagli attuali assetti nel mercato globale. Non ho tempo di richiamare i numerosi provvedimenti in tal senso ma è evidente che il terreno ci appare caratterizzato oggi da un’inedita progettualità.

<sup>10</sup> M. REVELLI, *I demoni del potere*, Roma-Bari 2014, IX.

<sup>11</sup> Sia consentito il rinvio a V. BRINO, *La governance societaria sostenibile: un cantiere da esplorare per il diritto del lavoro?*, in *Lavoro e diritto*, n. 3/2023, 437 ss.

<sup>12</sup> A. PERULLI, *Giustizia sociale, commercio internazionale ed extraterritorialità «atipica». Il caso USMCA*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2021, 215.

<sup>13</sup> R. DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, n.1/2013, 37 ss.; S. BORELLI, D. IZZI, V. SPEZIALE, *Introduzione. Quali responsabilità per l’impresa sostenibile?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 4/2021, 489 ss.; P. TULLINI, *La responsabilità dell’impresa*, in *Lavoro e diritto*, n. 2/2022, 357 ss.

<sup>14</sup> D. ALLEN, Y. BENKLER, L. DOWNEY, R. HENDERSON, J. SIMONS, *A Political Economy of Justice*, Chicago, 2022.

Anzitutto, si tratta di previsioni che tentano di “bypassare” sia la dimensione contrattuale bilaterale del rapporto di lavoro, sia i condizionamenti che discendono dalla territorialità limitata del diritto.

In questa direzione si collocano gli obblighi di condotta che a vario titolo sono stati introdotti per responsabilizzare le imprese. Pur nelle loro tipicità, essi aspirano ad avere un impatto positivo ben oltre la relazione binaria tra lavoratore e datore di lavoro, agendo sui rapporti tra tutte le imprese coinvolte nella catena e, conseguentemente, sui lavoratori delle stesse.

Le previsioni in tema di *due diligence* sono particolarmente esemplificative in questo senso: l'impresa leader deve mappare i rischi al suo interno ma anche nella filiera, attraverso la previsione di clausole contrattuali che responsabilizzano tutti i nodi della catena (art. 6 Direttiva CSDDD). Così gli obblighi di reporting sono finalizzati a rendere trasparente ciò che accade all'interno dell'azienda ma coinvolgendo anche i partner commerciali (v. in particolare art. 19 *bis* Direttiva CSRD).

Le previsioni in tema di *due diligence* e di reporting hanno un'ulteriore caratteristica in comune, ovvero sono dotate di una proiezione spaziale extraterritoriale<sup>15</sup>. Certo entriamo qui in un terreno minato del quale non si può in questa sede dar conto. Gli interventi del legislatore europeo sono timidi e soft, ma l'attenzione dovrebbe sempre più porsi, come osservato da illustre dottrina, proprio sulla previsione di strumenti capaci di neutralizzare, superandola, “l'iscrizione territoriale della legge”<sup>16</sup>. D'altro canto, l'extraterritorialità delle norme è stata ampiamente “sdoganata” in numerosi ambiti disciplinari, dal diritto antitrust al diritto societario e vi sono inoltre anche interessanti aperture giurisprudenziali in questo senso<sup>17</sup>. Credo che questo possa essere un tema da esplorare ulteriormente, soprattutto se attribuiamo valenza alla prospettiva di una rilettura degli orizzonti di senso e di azione del diritto del lavoro nella dimensione globale<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> E. BARCELLONA, Shareholderism versus Stakeholderism. *La società per azioni contemporanea dinanzi al «profitto»*, Milano, 2022; G. STRAMPELLI, *La strategia dell'Unione europea per il capitalismo sostenibile: l'oscillazione del pendolo tra amministratori, soci e stakeholders*, in *Rassegna sindacale*, 2021, 374 ss.

<sup>16</sup> A. SUPLOT, *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Paris, 2015, p.151.

<sup>17</sup> A. BONFANTI, V. BRINO, *La propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida: reflexiones de Derecho del Trabajo y de Derecho internacional Privado*, in *Trabajo y Derecho*, 16, 2022, 1 ss.

<sup>18</sup> G. LHUILIER, *Minerais de guerre. Une nouvelle théorie de la mondialisation du droit*, Working Paper Series Hal Open Science, 2013. V. inoltre N. BHUTA (ed.), *The Frontiers of Human Rights: Extraterritoriality and its Challenges*, Oxford, 2016.

In secondo luogo, si tratta di una progettualità che si specchia anche nell'adozione di tecniche regolative inedite e "ibridate". Su questo mi pare che "la grammatica delle conseguenze", di cui ci ha parlato Tatiana Sachs nella sua Relazione, rappresenti perfettamente l'evoluzione in atto. L'approccio adottato dal legislatore, dentro e fuori l'ambito propriamente giuslavoristico, poggia su di una logica precauzionale volta alla mitigazione delle esternalità negative. In questa prospettiva è sul connubio tra trasparenza e responsabilità che il legislatore europeo edifica i nuovi percorsi di governo dell'impresa.

La trasparenza, come vedremo, viene oggi maggiormente valorizzata rispetto al passato in quanto collegata a doppio nodo con la responsabilità preventiva dell'agire economico. Ciò è funzionale alla creazione di un clima di fiducia tra l'impresa e tutti i portatori di interesse, oltre a poter favorire un maggior coinvolgimento delle parti interessate, anche ai fini della valutazione e della gestione sostenibile delle catene di approvvigionamento.

Se poi ci spostiamo sul versante della responsabilità, essa si declina in una duplice accezione, ovvero quella dell'imputabilità e della "presa in carico" circa le aspettative riposte dalla società sul soggetto economico. Riprendendo Zamagni, la responsabilità integra così "in modo sostanziale, sia l'etica delle intenzioni sia l'etica delle conseguenze"<sup>19</sup>.

Si assiste a un sostanziale rimodellamento in chiave preventiva del sistema di obblighi e doveri dell'impresa<sup>20</sup>.

Sullo sfondo l'assunto secondo cui l'impresa deve essere valutata dai suoi interlocutori, interni ed esterni, sia sulla base della capacità di prevenire i rischi sull'ambiente e sui diritti umani, sia tenuto conto della sua capacità di creare valore. Qui si paventa la sfida più ardua, ovvero introdurre una dimensione nuova dell'agire economico che impone necessariamente

<sup>19</sup> S. ZAMAGNI, *Responsabili. Come civilizzare il mercato*, Bologna, 2019, 7.

<sup>20</sup> V. P. PASCUCCL, *Brevi note sulla tutela integrata dell'ambiente interno ed esterno all'impresa*, in *Il diritto del lavoro nell'interesse delle nuove generazioni*, a cura di A. M. Battisti, S. Cassar, M. C. Cataudella, A. Pileggi, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2022, 21 secondo il quale "alla luce della nuova formulazione dell'art. 41 Cost. l'iniziativa economica privata non può non ispirarsi ai principi/metodi necessari per scongiurare a monte il verificarsi di quelle lesioni – come quello di precauzione e quello di prevenzione – che andrebbero introiettati nella stessa strategia imprenditoriale fin dalla concezione dell'organizzazione mediante la quale essa si esplica, come insegna il diritto della salute e sicurezza sul lavoro che, lungi dal limitarsi ad apprestare rimedi a valle per gli eventi che danneggino i lavoratori, obbliga il datore di lavoro ad apprestare a monte un sistema aziendale di prevenzione dei rischi incentrato su obblighi di condotta la cui violazione è sanzionata a prescindere dalle conseguenze che essa abbia o meno provocato".



l'introduzione di prassi e processi volti alla valutazione d'impatto e alla sua misurazione, non più solo alla luce di parametri economici e finanziari. Lo sviluppo delle metriche ESG lo dimostra chiaramente: la dimensione ambientale e quella sociale devono rilevare nelle strategie d'impresa, nei processi e nell'organizzazione allo stesso modo di quanto fino ad oggi è accaduto per la dimensione più propriamente economica<sup>21</sup>.

#### 4. Cenni sul Reporting...

Come noto, la trasparenza è tema ampiamente praticato dal legislatore europeo, soprattutto con riferimento alla disciplina a tutela del consumatore. Mi pare, tuttavia, che oggi la trasparenza abbia assunto una posizione nuova e direi anche più rafforzata, spingendosi oltre una logica focalizzata esclusivamente sulla riduzione delle asimmetrie informative nel mercato<sup>22</sup>.

Sono molteplici gli ambiti regolativi che consentono di toccare con mano questa evoluzione. Oltre alle previsioni contenute nella Direttiva CSRD e nella Direttiva CSDDD, entrambe volte a garantire la tracciabilità e trasparenza delle imprese con un particolare focus sulle catene globali del valore, rilevano le previsioni contenute nel Regolamento generale per la protezione dei dati personali 2016/79 (basti richiamare l'art. 13 sulle informazioni da fornire qualora i dati personali siano raccolti presso l'interessato o l'art. 25 in tema di privacy by design).

Analoghi rilievi possono farsi se consideriamo l'accordo provvisorio sulla Direttiva relativa al lavoro mediante piattaforme digitali raggiunto l'8 febbraio 2024, così come il Regolamento sull'Intelligenza artificiale approvato dal Parlamento europeo il 12 marzo 2024 (mi riferisco, ad esempio, al diritto alla spiegabilità dell'algoritmo su cui vedi considerando 47 e art. 13), e ancora la Direttiva (UE) 2019/1152 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili (che ha stabilito a carico del datore di lavoro un obbligo di informativa relativo al caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio

<sup>21</sup> Nell'ultimo decennio si è infatti registrato un incremento significativo dell'interesse degli investitori verso l'ambito degli ESG e, in particolare, della dimensione sociale (vedi emissione in crescita dei social bond, introduzione di rating di valutazione della sostenibilità sociale degli investimenti, etc.). V. M. C. ROSSI, R. SALOMONE, C. TORRICELLI, *Finanza sostenibile per il lavoro e per il welfare*, Bologna, 2024.

<sup>22</sup> Su cui vedi diffusamente C. FALERI, *Diritti di informazione e principio di trasparenza per una governance societaria sostenibile*, in *Lavoro e diritto*, n. 3/2023, 537 ss.

automatizzati)<sup>23</sup>.

La trasparenza, quindi, è stata valorizzata, se non come principio generale ma certamente come finalità trasversale del legislatore europeo, nonché leva che potrebbe avere un impatto positivo anche sui diritti dei lavoratori. Come osservato da attenta dottrina il principio di trasparenza, nonostante i suoi limiti e le sue fragilità, è “sempre più spesso elevato a principio trasversale e proposto come un nuovo paradigma anche nel diritto del lavoro, rispetto al quale i principi di conoscenza e comprensibilità rappresentano i pilastri su cui si fonda”<sup>24</sup>.

L’ecosistema, che si sta via via definendo, trova linfa vitale nell’esigenza diffusa di promuovere la trasparenza degli operatori economici dinanzi alle nuove aspettative della società globale e dei suoi stakeholders.

E ciò che mi pare interessante è che queste istanze di trasparenza, diversamente dal passato, stanno promuovendo una ridefinizione degli assetti di responsabilità delle imprese nel mercato, con un potenziale impatto positivo anche sui destini dei lavoratori.

Indipendentemente dal terreno che scegliamo di approfondire, potendo trattarsi di un algoritmo, di una piattaforma digitale così come di una catena del valore, il filo rosso muove dall’esigenza di rendere visibile ciò che accade all’interno di strutture opache, e per questo esposte a rischi di violazioni e impatti negativi sui diritti delle persone che operano al loro interno.

Quasi a dire che l’Unione europea tenta di cucire addosso ad ambienti per definizione sfuggenti alla regolazione l’abito della trasparenza, facendo luce sulle c.d. “scatole nere”. La trasparenza diviene una delle *condicio sine qua non* per operare nel mercato unico, partendo da finalità di contrasto alla concorrenza sleale ma virando poi verso finalità di tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte, e quindi anche dei lavoratori.

Se nell’ottica della compliance, semplificando, una data attività viene realizzata dall’impresa che poi è tenuta a spiegare il processo adottato, diversamente ora la trasparenza agisce da leva per responsabilizzare le imprese nel definire preventivamente come intendono agire, quali impatti producono, quali rischi creano. Si vuole puntare sulla tracciabilità dell’agire, sulla spiegazione di come funziona l’algoritmo o una data attività economica, al fine di prevenire gli eventuali rischi ad essi collegati.

<sup>23</sup> A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pisa, 2022; M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*, Torino, 2023.

<sup>24</sup> C. FALERI, *Diritti di informazione*, cit., 550.

La mitigazione del rischio, come obiettivo a cui tendere, opera fin dalla fase decisionale in quanto l'impresa stabilisce la strategia e le azioni da compiere tenendo preventivamente in considerazione gli impatti e i rischi che potrebbero generarsi non solo, e anzi non tanto in termini economici, quanto in termini di conseguenze negative sull'ambiente e sui diritti umani.

Se già nella Direttiva 2013/34/UE sull'informativa non finanziaria (NFRD) emergono chiaramente istanze di trasparenza, è con la Direttiva CSRD che si rafforzano gli impegni delle imprese in chiave di governance sostenibile. In questa stessa prospettiva si colloca il Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 sull'informativa relativa alla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (nel proseguo Regolamento SFDR) e, da ultimo, la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla trasparenza e integrità delle attività di rating ambientale, sociale e di governance (ESG) del 9 febbraio 2024<sup>25</sup>.

Nei limiti di queste brevi note vorrei soffermarmi in particolare sulla Direttiva CSRD in quanto vi sono alcune previsioni che possono essere agite in termini funzionali ai diritti dei lavoratori, e in quell'accezione di fiducia e coinvolgimento che sono oggi tasselli fondamentali per il mondo delle imprese<sup>26</sup>.

Posto che la Direttiva CSRD è finalizzata a consentire agli stakeholders di valutare l'impatto delle strategie e delle azioni d'impresa sulle persone e sull'ambiente, i Principi di rendicontazione di sostenibilità, di cui all'art. 29 ter della Direttiva CSRD, si focalizzano anche su aspetti propriamente lavorativi.

Tra le informazioni che le imprese sono tenute a comunicare, e che sono strettamente attinenti a fattori sociali e alla materia dei diritti umani, vi sono la parità di trattamento e le pari opportunità per tutti (comprese la parità di genere e la parità di retribuzione per un lavoro di pari valore), la formazione e lo sviluppo delle competenze, l'occupazione e l'inclusione delle persone con disabilità, le misure contro la violenza e le molestie sul luogo di lavoro, e la diversità.

Vi è poi l'esplicito richiamo alle "condizioni di lavoro, compresi l'occupazione sicura, l'orario di lavoro, i salari adeguati, il dialogo sociale, la libertà di associazione, l'esistenza di comitati aziendali, la contrattazione col-

<sup>25</sup> <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6255-2024-INIT/en/pdf>

<sup>26</sup> Per una sistematizzazione delle previsioni in tema di reporting nello scenario europeo v. da ultimo K. HUMMEL, D. JOBST, *An Overview of Corporate Sustainability Reporting Legislation in the European Union*, in *Accounting in Europe*, 2024, 1 ss.

lettiva, inclusa la percentuale di lavoratori interessati da contratti collettivi, i diritti di informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori, l'equilibrio tra vita professionale e vita privata, la salute e la sicurezza" (art. 29 *ter* Direttiva CSRD). Infine, le informazioni devono riguardare "il rispetto dei diritti umani, delle libertà fondamentali, delle norme e dei principi democratici stabiliti nella Carta internazionale dei diritti dell'uomo e in altre convenzioni fondamentali delle Nazioni Unite in materia di diritti umani, compresa la convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, nella dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni, nella dichiarazione dell'Organizzazione internazionale del lavoro sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro, nelle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro, nella convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella Carta sociale europea e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea" (art. 29 *ter* Direttiva CSRD).

Quanto poi al possibile coinvolgimento delle rappresentanze dei lavoratori<sup>27</sup>, un primo richiamo si trova nel Considerando 9 Direttiva CSRD ai sensi del quale "se le imprese hanno effettuato una migliore rendicontazione di sostenibilità, in ultima analisi ciò va a vantaggio dei singoli cittadini e dei risparmiatori, inclusi i sindacati e i rappresentanti dei lavoratori, che sarebbero adeguatamente informati e quindi in grado di impegnarsi meglio nel dialogo sociale. I risparmiatori che lo desiderano potranno investire in maniera sostenibile, mentre un sistema economico stabile, sostenibile e inclusivo apporterebbe vantaggi a tutti i cittadini".

Ma è soprattutto nell'art. 19 *bis* Direttiva CSRD (e analogamente nell'art. 29 *bis*), che possiamo rintracciare una potenziale misura di coinvolgimento del soggetto sindacale, pur se in una modalità che potremmo definire soft. Si prevede infatti l'obbligo dell'impresa di informare i rappresentanti dei lavoratori al livello appropriato e di discutere con loro delle informazioni pertinenti e dei mezzi per ottenere e verificare le informazioni sulla sostenibilità. Il parere dei rappresentanti dei lavoratori è inoltre comunicato, se del caso, ai pertinenti organi di amministrazione direzione e controllo. Sul punto va detto che nello schema di decreto di attuazione la norma alla quale si rinvia è l'art. 3 p. 6 ai sensi del quale "la società prevede modalità di informazione dei rappresentanti dei lavoratori al livello appropriato e discute con loro le informazioni pertinenti e i mezzi per ottenere e verificare le informazioni sul-

<sup>27</sup> Sul tema v. in particolare S. VITOLS, *The emerging corporate sustainability reporting system: what role for workers' representatives?*, in *Transfer*, 2023, 261 ss.

la sostenibilità”<sup>28</sup>.

É evidente che il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali anche nella fase di definizione delle informazioni da inserire nel reporting contribuirebbe a creare un clima ispirato alla fiducia e alla condivisione all'interno dell'ambiente di lavoro.

### 5. ... e sulla Tassonomia

Un terreno potenzialmente fecondo per promuovere la responsabilizzazione delle imprese anche in un'ottica promozionale ai diritti dei lavoratori è quello della finanza sostenibile<sup>29</sup>. Qui rileva il Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 che istituisce un quadro per agevolare gli investimenti sostenibili e che modifica il regolamento (UE) 2019/2088, definendo i criteri che devono essere rispettati affinché un'attività economica possa essere considerata sostenibile (nel proseguo Tassonomia).

La Tassonomia, pur ponendosi come leva di attuazione della sola sostenibilità dal punto di vista ambientale, contiene una serie di disposizioni che possono fungere anche da presidio per i diritti dei lavoratori.

Mi riferisco, ad esempio, alle garanzie minime di salvaguardia, identificate nelle “procedure di dovuta diligenza e di riparazione attuate da un'impresa che svolge un'attività economica al fine di garantire l'allineamento con le Linee guida dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) destinate alle imprese multinazionali e con i Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani” (art. 18 Tassonomia).

Come espressamente riconosciuto nella Comunicazione del 16 giugno 2023 della Commissione sull'interpretazione e sull'attuazione di talune disposizioni giuridiche di cui al regolamento sulla tassonomia dell'UE e sui collegamenti con il Regolamento SFDR, le garanzie minime di salvaguardia “intendono evitare che le attività e gli investimenti siano considerati “sostenibili” se comportano violazioni dei principi fondamentali in materia sociale, dei diritti umani e dei diritti del lavoro oppure se non si conformano alle norme

<sup>28</sup><https://www.fiscoetasse.com/files/17858/consultazione-decreto-di-recepimento-csrd-2.pdf>

<sup>29</sup> Per ulteriori approfondimenti v. E. ISAIA, M. ROSSI, *Finanza sostenibile e investimenti green*, in *Finanza sostenibile per il lavoro e per il welfare*, a cura di M. Rossi, R. Salomone, C. Torricelli, Bologna, 2023, 113 ss.

minime per una condotta d'impresa responsabile". Si tratta quindi di previsioni che sono parte integrante della Tassonomia, rappresentando uno dei 4 criteri che devono essere soddisfatti affinché le attività economiche siano considerate ecosostenibili (art. 3 Tassonomia).

L'inclusione di garanzie minime di salvaguardia nel quadro della tassonomia mira a garantire che i soggetti che svolgono attività economiche considerate allineate alla tassonomia soddisfino determinate norme minime in materia sociale e di governance. Ciò è in linea, riprendendo sempre la Comunicazione poc'anzi citata, con i principi sanciti dal Pilastro europeo dei diritti sociali a sostegno di una crescita sostenibile e inclusiva, nonché con le pertinenti norme minime internazionali in materia di diritti umani e del lavoro.

Un ulteriore profilo che merita di essere segnalato insiste sul collegamento diretto, ai sensi dell'art. 18 par. 2 Tassonomia, delle garanzie minime di salvaguardia con il principio "non arrecare un danno significativo" di cui all'articolo 2, punto 17, dell'SFDR (i dettagli del principio sono specificati nel regolamento delegato UE 2022/1288 adottato dalla Commissione europea nell'aprile del 2022). Ciò garantisce che le norme sociali minime siano definite a livello europeo e che vi sia coerenza all'interno dell'ordinamento europeo.

Le imprese sono quindi tenute, per un verso, a comunicare se l'investimento sostenibile è allineato alle Linee Guida OCSE destinate alle imprese multinazionali e ai Principi guida delle Nazioni Unite e, per altro verso, posta l'esigenza di dare attuazione al principio "non arrecare un danno significativo" di cui all'SFDR, dovranno altresì prendere in considerazione un elenco di indicatori dei principali effetti negativi. Nello specifico la Commissione europea prevede che, come minimo, devono essere presi in considerazione gli "indicatori dei principali effetti negativi connessi alle problematiche sociali e concernenti il personale, il rispetto dei diritti umani e le questioni relative alla lotta alla corruzione attiva e passiva elencati nella tabella 1 di cui all'allegato I del regolamento delegato che integra l'SFDR".

Inoltre, in ragione di quanto previsto nell'art. 18 par. 1 Tassonomia, le imprese non possono limitarsi a comunicare l'allineamento alle condizioni previste dal Regolamento, dovendo attuare "procedure di dovuta diligenza e di riparazione per garantire l'allineamento alle norme di condotta d'impresa responsabile di cui alle Linee guida OCSE destinate alle imprese multinazionali e ai Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani". Il richiamo alle procedure di dovuta diligenza consente di creare un collegamento potenzialmente molto importante tra la Tassonomia, la Direttiva CSDDD e la Direttiva CSRD.

Da ultimo, preme segnalare che la Commissione europea ha incaricato un gruppo di esperti (la c.d. *Platform on Sustainable Finance*) di fornire dei suggerimenti al fine di estendere la tassonomia delle attività economiche sostenibili anche in senso sociale.

Il 28 febbraio 2022 è stato presentato il *Final Report sulla Social Taxonomy* con l'obiettivo di ampliare il concetto di investimento sostenibile nel contesto europeo e identificare un linguaggio comune per le attività socialmente sostenibili.

In particolare, l'organo consultivo della Commissione europea ha proposto l'introduzione di una tassonomia sociale in base alla quale un'attività economica è considerata sostenibile in senso sociale nel momento in cui fornisce un contributo sostanziale a uno dei seguenti macro obiettivi: lavoro dignitoso (anche per i lavoratori della catena del valore); standard di vita/di benessere adeguati; comunità e società inclusive e sostenibili<sup>30</sup>. Le fonti di riferimento della tassonomia sociale dovrebbero essere, nella visione promossa dalla piattaforma: il Pilastro europeo dei diritti sociali e il relativo piano d'azione; la Carta sociale europea; la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, principi guida delle Nazioni Unite in materia di imprese e diritti umani (Ungp), gli Obiettivi di sviluppo sostenibile (Sdgs) dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite.

Qualora la Tassonomia sociale venga introdotta a livello europeo, questo avrà un impatto anzitutto sulle imprese che rientrano nel campo di applicazione della CSRD in quanto è espressamente previsto l'obbligo di integrare nei piani di reporting le informazioni sulla conformità alla Tassonomia UE.

## 6. Sguardi in prospettiva

Concludendo, il terreno di gioco è certamente costellato di insidie e criticità ma, al contempo, ci appare reattivo e capace di interiorizzare le trasformazioni in atto, dentro e fuori il mondo del lavoro, nonché l'evoluzione che ha interessato il versante dell'impresa e dell'organizzazione.

La complessità del tempo presente impone di agire su dimensioni differenti, posta una trama frammentata e ancora in corso di assestamento. Una dimensione regolativa in formazione che ci invita a riflettere, dentro e oltre il

<sup>30</sup> Sull'opportunità di rivedere gli ambiti di intervento della tassonomia sociale v. il pionieristico studio di J. E. RODRIGUEZ, Y. SHEN, I. ULZ, *Contribution to the optimisation of a Social Taxonomy*, SciencesPo Ecole de Droit, 2023.

diritto del lavoro, sulle tecniche e sui presidi di tutela che, sia pur con inclinazioni e rilievi giuridici distinti, possono essere funzionali a far avanzare la protezione dei diritti dei lavoratori. Alla base vi è l'esigenza di introdurre regole che, pur in forme diverse, attribuiscono rilevanza giuridica agli interessi degli stakeholders e, tra questi, anche dei lavoratori.

Bruno Caruso, in un intervento all'Università di Brescia lo scorso 24 ottobre 2023, ci ha invitato a riflettere sulle funzioni plurime dell'impresa, sulla relativizzazione del profitto alla luce dell'entrata in scena di altre finalità. Sono questi temi cruciali che continueranno ad animare la discussione e i percorsi di approfondimento e di ricerca. Se è vero infatti che lo studioso identifica nella difesa di antichi valori la bussola volta ad orientare il suo passo, è vero altresì che l'inseguimento di nuovi diritti può essere parte integrante del suo viaggio di scoperta.



## ELENCO AUTORI

MARIA VITTORIA BALLESTRERO

Professoressa emerita di diritto del lavoro nell'Università di Genova

MARZIA BARBERA

Professoressa emerita di diritto del lavoro nell'Università di Brescia

VANIA BRINO

Professoressa ordinaria di diritto del lavoro nell'Università di Venezia Ca' Foscari

CINZIA CARTA

Ricercatrice di diritto del lavoro nell'Università di Genova

BRUNO CARUSO

Professore ordinario di diritto del lavoro nell'Università di Catania

GISELLA DE SIMONE

Professoressa ordinaria di diritto del lavoro nell'Università di Genova

OLIVIER FAVERAU

Professore emerito di scienze economiche nell'Università di Parigi Nanterre

PIERA LOI

Professoressa ordinaria di diritto del lavoro nell'Università di Cagliari

CORRADO MALBERTI

Professore associato di diritto commerciale nell'Università di Trento

MARCO NOVELLA

Professore ordinario di diritto del lavoro nell'Università di Genova

MARCO PERUZZI

Professore associato di diritto del lavoro nell'Università di Verona

GIUSEPPE ANTONIO RECCHIA

Professore associato di diritto del lavoro nell'Università degli studi di Bari "Aldo Moro"

TATIANA SACHS

Professoressa di diritto del lavoro nell'Università di Parigi Nanterre

GUIDO SMORTO

Professore ordinario di diritto privato comparato nell'Università di Palermo

MICHELE SIRI

Professore ordinario di diritto commerciale nell'Università di Genova

ANTONIO VISCOMI

Professore ordinario di diritto del lavoro nell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro