

IANUS

Diritto e Finanza



Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 24 - dicembre 2021

**INTELLIGENZA ARTIFICIALE, POTERI
DATORIALI E TUTELA DEL LAVORO:
RAGIONANDO DI TECNICHE DI
TRASPARENZA E POLI REGOLATIVI**

Marco Peruzzi

INTELLIGENZA ARTIFICIALE, POTERI DATORIALI E TUTELA DEL LAVORO: RAGIONANDO DI TECNICHE DI TRASPARENZA E POLI REGOLATIVI[°]

Marco Peruzzi

*Professore Associato di Diritto del Lavoro
Università degli Studi di Verona*

Il contributo ha l'obiettivo di verificare quanto l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale da parte del datore di lavoro, nell'esercizio dei propri poteri di organizzazione del lavoro, incida sull'assetto regolativo applicabile a tutela dei lavoratori. A tal fine, l'analisi evidenzia il ruolo egemonico assunto dal sistema normativo sul trattamento dei dati personali, soprattutto rispetto al tema della trasparenza, e quanto le tecniche di trasparenza ivi previste possano essere funzionali al sindacato di legittimità sugli atti datoriali. Particolari criticità sono evidenziate soprattutto con riguardo all'ipotesi di utilizzo di sistemi di machine learning. In una prospettiva di ribilanciamento del sistema, in termini sia di assetto regolativo sia di organismi di vigilanza, l'analisi verifica la possibile incidenza del Regolamento sull'IA e la rilevanza della fonte interna di trasposizione della direttiva sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili (d.lgs. n. 104/2022).

The essay aims to investigate on how the use of artificial intelligence systems by the employer, in the exercise of its powers of work organisation, affects the regulatory framework applicable to the protection of employees. To this end, the analysis highlights the leading role assumed by the regulatory system on the processing of personal data, especially with respect to the issue of transparency, and the extent to which the techniques of transparency laid down therein may serve the purpose of the legitimacy control on employer acts. Particular criticalities are pointed out especially as regards the use of machine learning systems. In a perspective of rebalancing the system, in terms of both regulatory structure and supervisory bodies, the analysis assesses the possible impact of the AI Regulation and the relevance of the internal source of implementation of the directive on transparent and predictable working conditions (delegated decree no. 104/2022).

Sommario:

1. Premessa
2. Tecniche di IA e parametri di trasparenza
3. Digitalizzazione e lavoro: la forza d'attrazione del polo regolativo concernente il trattamento dei dati personali
 - 3.1. Il ruolo egemonico del sistema normativo sul trattamento dei dati rispetto al tema della trasparenza
 - 3.2. Efficacia e limiti delle tecniche di trasparenza previste nel GDPR
 - 3.3. La combinazione delle tecniche di trasparenza con tecniche di agevolazione della prova e dell'azione in giudizio
4. L'(eventuale) incidenza del Regolamento IA sull'assetto normativo
5. La necessità di un ribilanciamento tra poli regolativi e organismi di vigilanza: l'importanza del d.lgs. n. 104/2022

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Premessa

L'obiettivo del presente contributo è riflettere su quanto l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale (IA) nell'organizzazione del lavoro incida sull'operatività delle tecniche di controllo del potere datoriale e in quali termini la tecnica della trasparenza possa risultare, in tale prospettiva, efficace per consentire a monte al lavoratore di sottrarsi alla situazione pregiudizievole in via di autotutela individuale conservativa ovvero a valle al giudice di effettuare il sindacato di legittimità.

L'analisi muove da alcune considerazioni preliminari relative alla definizione e qualificazione giuridica dei sistemi di IA per poi ricostruire le fonti regolative coinvolte, sovranazionali e interne, in vigore o in fase di elaborazione¹. Il percorso d'indagine permette di evidenziare il ruolo egemonico assunto su questo versante dalla disciplina sul trattamento dei dati personali - a conferma dell'attrazione esercitata da tale polo regolativo nel contesto della digitalizzazione, anche rispetto all'assetto normativo di tutela del lavoratore - e l'importanza in questa prospettiva del recente d.lgs. 30 giugno 2022, n. 104. Tale decreto, infatti, volto a recepire la dir. Ue 2019/1152 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili², andando oltre il dettato della fonte europea ha introdotto una regolamentazione specifica degli obblighi informativi datoriali in caso di utilizzo di procedimenti decisionali e di monitoraggio automatizzati. Come si evidenzierà nel corso della trattazione, la scelta del legislatore italiano, che da un lato declina le regole nel contesto del lavoro, anticipando, mutuando ed estendendo alcune proposte normative attualmente al vaglio delle istituzioni europee, dall'altro prevede una proiezione collettiva della tutela e una competenza di vigilanza in capo all'ispettorato, risulta particolarmente significativa in un'ottica di ribilanciamento tra poli regolativi e rafforzamento dell'autonomia della disciplina e delle tecniche di protezione lavoristiche in materia.

2. Tecniche di IA e parametri di trasparenza

Ai fini del ragionamento che si intende sviluppare si partirà dall'assunto secondo cui un sistema di IA può al momento considerarsi non tanto come possibile agente quanto come uno strumento dell'azione umana, “una forma di esercizio”, un “registro” del potere³. Si farà, inoltre, riferimento alla definizione di IA adottata nella

¹ Regolamento Ue 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali (*General Data Protection Regulation - GDPR*); Commissione europea, *Proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale*, COM(2021)206 final.

² Direttiva Ue 2019/1152 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea.

³ CABITZIA, *Deus in machina? L'uso umano delle nuove macchine, tra dipendenza e responsabilità*, in FLORIDI - CABITZIA (a cura di), *Intelligenza artificiale. L'uso delle nuove macchine*, Milano-Firenze, 2021, 67-68; CRAWFORD, *The Atlas of AI. Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence*, New Haven, 2021. Rispetto al discusso tema della soggettività giuridica

proposta di Regolamento europeo in materia, una definizione ad ampio raggio⁴ che, rinviando a una vasta lista di approcci e tecniche, consente di includere nella categoria l'uso di algoritmi sia deterministici, sia non deterministici, sia di apprendimento automatico. Questa distinzione, riconducibile per lo più alla tripartizione contenuta nell'allegato I della citata proposta⁵, è necessaria e utile per comprendere le differenti caratterizzazioni dei sistemi rispetto ai requisiti di prevedibilità del risultato, comprensibilità del modello e spiegabilità della decisione.

Gli algoritmi deterministici seguono un approccio basato sulla logica e regolano un processo decisionale non soltanto comprensibile e spiegabile, ma anche dal risultato prevedibile *ex ante*: la sequenza di regole di inferenza, infatti, a parità di dati d'ingresso, può condurre a un solo possibile percorso e un solo possibile risultato. Differentemente, gli algoritmi non deterministici, applicando un metodo statistico/probabilistico, regolano un processo decisionale che, per quanto tracciabile e ricostruibile *ex post* se le scelte non deterministiche sono memorizzate, non è prevedibile *ex ante*: almeno una delle istruzioni di cui tale processo si compone è aperta a una pluralità di possibili passaggi successivi, «ognuno dei quali ha una certa probabilità di essere scelto»⁶. Tale potrebbe essere

dell'agente digitale e a quello connesso della responsabilità da algoritmo cfr., *ex multis*, TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli, 2018; RUFFOLO, *Le responsabilità da produzione e gestione di intelligenza artificiale self-learning*, in ID. (a cura di), *XXVI Lezioni di Diritto dell'Intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 131; COSTANZA, *Impresa robotizzata e responsabilità*, in RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017, 107.

⁴ Cfr. ZAPPALÀ, *Voce Intelligenza artificiale*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologia. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Torino, 2022, 133 ss.

⁵ La definizione di IA contenuta nella proposta di Regolamento è oggetto di numerose proposte di emendamento sia in seno al Consiglio sia in seno al PE. Si può segnalare che nel testo della proposta congiunta Benifei-Tudorache che guida la discussione nel PE, la definizione è rimasta per lo più invariata, venendo rimossa la specifica che l'IA debba perseguire obiettivi definiti dall'uomo, ed è lasciata inalterata la lista di approcci e tecniche di cui all'allegato I. Diversamente, nel testo di compromesso presentato da ultimo dalla presidenza ceca del Consiglio a luglio 2022 si propone, con netta differenza rispetto ai precedenti testi, di eliminare l'allegato I, onde sottrarre alla Commissione margini di intervento sul suo contenuto, e di spostare nei considerando i riferimenti di dettaglio alle tecniche di IA incluse nell'ambito di applicazione del Regolamento. In particolare, si prevede che la definizione comprenda approcci di *machine learning*, da un lato, e approcci basati sulla logica e conoscenza, dall'altro, ed escluda invece i sistemi che utilizzino regole definite esclusivamente da persone fisiche per eseguire automaticamente le operazioni (cons. 6). Si segnala che gli approcci di *machine learning* citati corrispondono a quanto prima incluso nella lettera a) dell'allegato, mentre gli approcci basati sulla logica e conoscenza alla lettera b). Le tecniche previste nella lett. c) dell'allegato sono ora individuate come metodi utilizzabili nel contesto dell'apprendimento automatico. Rinviando ad altra sede un esame più compiuto di questa possibile linea di aggiornamento, si può invitare a riflettere sul fatto che, ferma la necessità di distinguere a seconda che il modello che governa il processo decisionale sia definito da regole predeterminate in fase di programmazione dell'algoritmo o sia invece generato durante la fase di addestramento e di apprendimento automatico, da un lato potrebbe risultare problematico tracciare l'area dei *software* "esclusi", dall'altro gli algoritmi non deterministici possono operare anche in contesti differenti dal *machine learning*.

⁶ AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019, 7.

un algoritmo che calcola, per una determinata prestazione, una stima del tempo necessario, con agganciato in successione un algoritmo deterministico che assegni un punteggio in base alla puntualità della consegna. In linea generale, la categoria degli algoritmi non deterministici (se non inseriti all'interno di un modello di apprendimento automatico) può essere annoverata tra i sistemi comprensibili e spiegabili.

Gli algoritmi di apprendimento automatico si differenziano dalle categorie precedenti in quanto il modello che governa il processo decisionale non è definito, in questo caso, da regole predeterminate in fase di programmazione dell'algoritmo stesso, ma è generato durante la fase di addestramento. Il funzionamento del sistema si basa certamente sull'esecuzione di un «algoritmo addestratore», scritto in linguaggio di programmazione, in sé intellegibile, che consegna alla macchina un «metodo di apprendimento»⁷. Dall'analisi automatizzata dei cd. *training data*, ossia delle informazioni immesse o raccolte durante la fase di allenamento, il sistema estrae, seguendo un processo induttivo, l'«algoritmo addestrato», lo adegua e ottimizza progressivamente. «Impara» così la regola, il modello matematico-numerico, che garantisce in termini probabilistici la migliore utilità attesa e che andrà a governare poi, nella fase di esecuzione vera e propria, lo svolgimento di un certo compito, ossia la procedura di determinazione dell'output. È proprio all'interno di questa categoria che la capacità del sistema algoritmico di eseguire un processo decisionale senza l'intervento umano passa da una dimensione di mera automazione, dove l'operato del sistema rimane predefinito e vincolato da regole codificate in sede di programmazione oltre che circoscritto ai confini della rappresentazione formale della conoscenza fornita⁸, a proprietà maggiormente associabili al concetto di «autonomia»⁹.

Le modalità di apprendimento automatico possono essere varie (apprendimento supervisionato, non supervisionato, per rinforzo). Se la problematica dell'opacità algoritmica (cd. effetto *black box*) si riscontra preminentemente all'interno di questa tipologia di approcci di IA, non tutti presentano una carenza di comprensibilità e spiegabilità o il medesimo grado di opacità. Si è osservato, ad esempio, come nel caso dell'apprendimento supervisionato - dove l'addestramento avviene sulla base di un insieme di dati precedentemente etichettati, contenente tutti gli elementi che si ritiene caratterizzino il fenomeno da analizzare, già distinti in variabili di ingresso e

⁷ CARULLO, *Decisione algoritmica e intelligenza artificiale*, in *Dir. inform.*, 2021, 439; SARTOR - LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 69; MERONE, *Fondamenti di machine learning e applicazioni giuridiche*, in GIORDANO - PANZAROLA - POLICE - PREZIOSI - PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, Milano, 2022, 1045.

⁸ SARTOR - LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, cit., 68.

⁹ GABBRIELLI, *Dalla logica al deep learning: una breve riflessione sull'intelligenza artificiale*, in RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di Diritto dell'Intelligenza artificiale*, cit. 29.

valori di uscita - alcune tecniche possano considerarsi *transparent by design*, quantomeno per il soggetto esperto¹⁰.

L'opacità si intensifica laddove l'approccio di apprendimento automatico sia associato all'uso di reti neurali artificiali, in termini proporzionali alla quantità di strati di unità di elaborazione interconnesse. In caso di *deep learning*, in particolare, il modello può accedere a un qualche livello di comprensibilità e spiegabilità solo eventualmente attraverso tecniche esterne applicate *ex post*, cd. metodi di *Explainable AI - XAI*, con conseguente tensione tra costi e benefici derivanti dal suo utilizzo.

3. Digitalizzazione e lavoro: la forza d'attrazione del polo regolativo concernente il trattamento dei dati personali

Come evidenziato in premessa, l'obiettivo del presente percorso d'analisi è quello di verificare quanto la tecnica della trasparenza possa incidere sull'operatività delle tecniche di controllo dei poteri datoriali laddove l'organizzazione del lavoro si avvalga di procedimenti decisionali automatizzati e approcci di IA. Si è già potuto anticipare come il recente intervento in materia da parte del d.lgs. n. 104/2022 possa essere valutato in termini positivi in un'ottica di ribilanciamento dell'asse del sistema normativo, altrimenti fortemente spostato, anche per quanto riguarda la tutela dei lavoratori, nell'alveo della disciplina sul trattamento dei dati personali.

Prima di entrare nel merito di tali profili, l'analisi deve, d'altra parte, muovere dalla considerazione che in un contesto di organizzazione del lavoro inciso dall'utilizzo di sistemi di IA il polo regolativo della *privacy* non solo si presenta di inevitabile applicazione, ma può assumere altresì in alcuni casi un carattere assorbente rispetto all'individuazione delle stesse tecniche di limitazione del potere datoriale.

L'inevitabilità del passaggio deriva dalla combinazione di due fattori. Il primo è costituito dal binomio datificazione/digitalizzazione: per funzionare, il sistema di IA necessita di dati e questo impone, anzitutto, che le caratteristiche dell'ambiente con cui tale sistema interagisce siano misurabili, associabili a una quantità numerica, a metriche collegate da una specifica relazione di ordine; e impone poi che tali dati siano convertiti nel codice macchina, in un linguaggio di programmazione che li renda utilizzabili dal *software*. Questa circostanza interagisce con un secondo fattore, di carattere giuridico, ossia la previsione, in

¹⁰ ARRIETA - DÍAZ-RODRÍGUEZ - DEL SER - BENNETOT - TABIK - BARBADO - GARCIA - GIL-LOPEZ - MOLINA - BENJAMIN - CHATILA - HERRERA, *Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, taxonomies, opportunities and challenges toward responsible AI*, in *Information Fusion*, 2019, 94. Nei termini descritti, anche questo sistema di machine learning ha quindi un ambito di azione circoscritto dall'etichettatura dei dati.

seno alla normativa europea di tutela della *privacy*, di una nozione di dato personale molto ampia e flessibile, un'ampiezza tale da aver indotto parte della dottrina ad affermare che nel contesto di applicazione delle nuove tecnologie “guidate dai dati” il GDPR si candida a diventare “*the law of everything*”¹¹ (ma per quanto riguarda l'esclusione da tale nozione dei *big data* anonimizzati implicati nei processi automatizzati, v. *infra*).

Se, per le ragioni anzidette, il passaggio dal livello normativo della disciplina sul trattamento dei dati si presenta quasi come obbligato, il ruolo assunto da tale disciplina nella ricostruzione delle tutele del lavoratore nei confronti del potere datoriale, nel contesto digitalizzato, risulta centrale e tale da rivelare uno spostamento del baricentro del sistema normativo di protezione nel suo alveo. Questo non solo perché, almeno fino al d.lgs. n. 104/2022, il GDPR costituiva la fonte di riferimento per quanto attiene alle tecniche di trasparenza collegate ai procedimenti decisionali automatizzati. Tuttora tale disciplina presenta, altresì, un carattere assorbente rispetto alle fonti di matrice giuslavoristica nella definizione degli stessi limiti alle prerogative datoriali con riguardo all'esercizio del potere di controllo (tecnologico).

Nonostante, infatti, la previsione di specifici punti di dialogo e raccordo bidirezionale tra le fonti (dagli artt. 113 e 114 d.lgs. n. 196/2003 agli artt. 4 e 8 dello Statuto dei lavoratori, e viceversa dall'art. 4, comma terzo, dello Statuto al

¹¹ PURTOVA, *The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law*, in *Law, Innovation and Technology*, 2018, 40-81; BYGRAVE - TOSONI, *Article 4(1). Personal Data*, in KUNER - BYGRAVE - DOCKSEY (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, Oxford, 2020, 103; termini più moderati, ma nella medesima prospettiva, GELLERT, *Personal data's ever-expanding scope in smart environments and possible path(s) for regulating emerging digital technologies*, in *International Data Privacy Law*, 2021, 196. L'ampiezza della nozione è qualificata, in particolare, dall'interpretazione del nesso di collegamento tra dato e persona, integrabile non solo al ricorrere di un elemento di “contenuto”, ma altresì qualora il dato sia usato o possa probabilmente essere usato al fine di valutare, trattare in un determinato modo o influire sullo stato o sul comportamento di una persona; ovvero anche qualora sia presente un elemento di “risultato” e quindi l'impiego del dato possa avere un impatto, anche non voluto, sui diritti e sugli interessi di una persona. Si pensi, per raccogliere gli esempi indicati dal gruppo di lavoro *ex art. 29*, all'utilizzo dei dati di uno strumento/macchinario per valutare i tempi e le modalità di utilizzo dello stesso da parte di un lavoratore o alla possibilità di trarre dai dati di un sistema di geolocalizzazione informazioni sulle tempistiche di svolgimento della prestazione. Cfr. Gruppo di lavoro *ex art. 29*, Parere 4/2007 sul concetto di dati personali, 01248/07/IT WP 136; Case C-434/16 *Peter Nowak v Data Protection Commissioner* [2017] ECLI:EU:C:2017:994. L'ampiezza della nozione è, altresì, qualificata dall'interpretazione del concetto di soggetto (anche solo indirettamente) identificabile e dalle criticità evidenziate in dottrina circa l'effettiva possibilità di escludere dati pur anonimizzati dall'ambito di applicazione del GDPR, in un contesto di interconnettività tale da rendere sempre più complicato impedire la reversibilità del processo di anonimizzazione. Cfr. OHM, *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, in *UCLA Law Review*, 2010, 1701; VRABEC, *Data Subjects Rights under the GDPR*, Oxford, 2021; CIMAROSSA, *La tutela dei dati non personali nel Regolamento UE n. 2018/1807*, in GIORDANO - PANZAROLA - POLICE - PREZIOSI - PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, cit., 73.

d.lgs. n. 196/2003 e GDPR), il ruolo assorbente che il sistema normativo sul trattamento dei dati può assumere nel contesto della disciplina del potere di controllo si evidenzia nel momento in cui si consente l'esonero dal vincolo procedurale dell'accordo sindacale o dell'autorizzazione amministrativa in ipotesi di qualificabilità dello strumento, che può veicolare il controllo, come strumento di lavoro¹². Ipotesi estremamente probabile in un contesto di organizzazione digitalizzata. Poco lontano porta peraltro il tentativo di restringere le maglie di questa deroga facendo affidamento sul criterio del nesso di stretta indispensabilità tra strumento e svolgimento della prestazione, se è vero che tale caratteristica dipende ed è condizionata da una scelta organizzativa adottata a monte dal datore, sottratta a ogni valutazione di merito¹³.

Rinviando ad altra sede una compiuta disamina del profilo, si consenta di osservare, rispetto all'attrazione assorbente esercitata dalla normativa sul trattamento dei dati, come, da un lato, alla stessa non pare corrispondere un'adeguata valorizzazione dei possibili rimedi esperibili a fronte della violazione delle regole sulla *privacy*, che tende a rilevare, nella domanda del lavoratore, solo in funzione dell'invalidazione della sanzione disciplinare, derivante dall'inutilizzabilità delle informazioni acquisite, e non anche ai fini di una richiesta di risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 82 GDPR¹⁴. Dall'altro lato, proprio facendo perno sui dispositivi di tutela del GDPR, in particolare sul principio di limitazione della finalità del trattamento, è possibile addivenire a un'interpretazione restrittiva dell'art. 4, comma terzo, dello Statuto, tale da limitare l'utilizzo delle informazioni acquisite al solo ambito corrispondente alla base giuridica del trattamento che ne ha all'origine legittimato la raccolta, anche

¹² Cfr. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 300/2016; NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Napoli, 2018; TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, in FIORILLO - PERULLI (diretto da), *Il nuovo diritto del lavoro*, Torino, 2017.

¹³ Anche TULLINI evidenzia che «nella *smart factory* pressoché tutti gli apparati tecnologici sono finalizzati alla realizzazione dell'attività lavorativa e "utilizzati per rendere la prestazione", potendo così fruire dell'esonero dai vincoli posti all'esercizio del potere datoriale» (*La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in ID. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, 18). Cfr. sul punto l'esempio di Amazon presentato da INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Bari, 2018, spec. 174.

¹⁴ CESTER, *La responsabilità civile e il risarcimento del danno per la violazione della privacy nell'impresa*, in PISANI - PROIA - TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Milano, 2022, 665; PISANI, *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, Relazione alle Giornate di Studio AIDLASS *Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro*, Torino 16-17 giugno 2022.

laddove si tratti di porle a fondamento di una contestazione/sanzione disciplinare¹⁵.

3.1. Il ruolo egemonico del sistema normativo sul trattamento dei dati rispetto al tema della trasparenza

Nel contesto della digitalizzazione, lo spostamento dell'asse delle tecniche di tutele del lavoro nell'alveo del sistema normativo sul trattamento dei dati si ricollega anche al ruolo egemonico dallo stesso esercitato, almeno fino al recente d.lgs. n. 104/22, rispetto al tema della trasparenza¹⁶, tema centrale laddove ricorra una gestione algoritmica dell'organizzazione, sia perché impone la predisposizione di specifiche misure a diretta protezione della dignità del lavoratore, sia perché fornisce gli strumenti per permettere l'operatività delle tecniche di controllo dei poteri datoriali previsti da fonti giuslavoristiche.

In sintesi, dall'articolato normativo del GDPR (artt. 13, 14, 15 e 22), letto alla luce dei *considerando* 63 e 71 nonché delle linee guida del Gruppo di lavoro *ex art.* 29, si evince il diritto del lavoratore a ricevere od ottenere informazioni significative sulla logica cui risponde il processo decisionale automatizzato, non solo in termini di comprensibilità *ex ante* del suo funzionamento, ma anche con riguardo alla spiegabilità *ex post* della decisione raggiunta, presupposto necessario peraltro perché possa essere esercitato il diritto di opposizione alla stessa e di riesame umano previsto dall'art. 22¹⁷. La declinazione di tali caratteri in rapporto al destinatario è distintamente tenuta in considerazione all'art. 12, laddove si dispone che tutte le informazioni e comunicazioni relative al trattamento siano fornite «in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro».

Si può osservare come, all'interno del sistema del GDPR, le tecniche di tutela riconducibili all'interesse alla trasparenza alimentino posizioni soggettive in capo

¹⁵ Cfr. SARTORI, *Il controllo tecnologico sui lavoratori*, Torino, 2020; TULLINI, *Controllo tecnologico nell'impresa e protezione dei dati personali dei lavoratori*, in GIORDANO - PANZAROLA - POLICE - PREZIOSI - PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, cit., 377.

¹⁶ Cfr. sul punto CARUSO - ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro 'tridimensionale': valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in DEL PUNTA (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze, 2022, 29. In particolare, gli autori evidenziano come «sotto la spinta della regolazione europea, destinato a produrre significative aree di intervento protettivo nei confronti del lato oscuro della tecnologia, si staglia il principio della 'umanizzazione' e della trasparenza dei trattamenti automatizzati produttivi di effetti giuridici che incidono sulla persona». Pur trattandosi «di un principio di matrice non strettamente lavoristica», trovando sede appunto all'interno del GDPR, potrebbe acquisire «rilevanti spazi di applicazione e di declinazione nel diritto del lavoro dell'economia digitalizzata» (p. 54).

¹⁷ PAGALLO, *Algoritmi e conoscibilità*, in *Riv. fil. dir.*, 2020, 93.

al lavoratore di cui si accentua la funzionalità alla diretta tutela della dignità¹⁸. Ciò è tanto più rilevante nel contesto della digitalizzazione, dove si incrementa il dato di opacità nella raccolta e nel trattamento dei dati e nella logica che muove il loro utilizzo all'interno di un processo automatizzato in grado di incidere sulla posizione e sulla persona del lavoratore. Soprattutto laddove si consideri che il sistema digitale, nell'assolvere la funzione organizzativa e direttiva assegnatagli dall'autorità imprenditoriale, «precostituisce di per sé un'architettura» nella quale diventano sempre meno evidenti, si potrebbe dire meno «coscienti», le prerogative datoriali esercitate¹⁹. In questa prospettiva, diventa tanto più attuale la lettura che già parte della dottrina a metà degli anni Novanta indicava, secondo cui nelle posizioni soggettive riguardanti la conoscenza e l'informazione l'attributo di strumentalità, di propedeuticità rispetto a obiettivi ulteriori, sarebbe riduttivo «se sottolineasse il solo nesso fra questa tutela ed altri interessi, di cui il primo fosse servente, cioè un semplice stadio intermedio e prodromico alla realizzazione di diverse esigenze»²⁰. Tali posizioni soggettive sono da valorizzare, anzitutto, nella loro diretta funzionalità alla tutela della dignità del lavoratore, nella misura in cui permettono di contemperare la «supremazia economica datoriale» evitando che «che il dipendente sia mero destinatario di strategie occulte, delle quali non possa discernere il divenire e le finalità»²¹.

È anche vero che, come anticipato, le tecniche di tutela della trasparenza forniscono altresì gli strumenti per mettere il lavoratore sia nella condizione di adempiere con esattezza, sia anche di pretendere con esattezza l'adempimento altrui²². In tal senso, permettono l'operatività delle tecniche di controllo del potere datoriale, basate sui limiti esterni previsti da fonti giuslavoristiche, siano essi specifici o trasversali (divieto di discriminazione e obbligo di sicurezza), ovvero

¹⁸ Da segnalare che ai sensi dell'art. 115 d.lgs. n. 196/03, nell'ambito del lavoro agile il datore è tenuto a garantire al lavoratore il rispetto della sua personalità e della sua libertà morale.

¹⁹ Cfr. al riguardo TULLINI, *La questione del potere nell'impresa. Una retrospettiva lunga mezzo secolo*, in *Lav. dir.*, 2021, 442; TEBANO, *Voce Controlli digitali*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 49 ss.; NOVELLA, *Impresa*, in NOVELLA - TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Torino, 2022, 5 ss.

²⁰ GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Torino, 1996, 213.

²¹ IBIDEM, 212.

²² Cfr. BALANDI, *L'informazione nei rapporti di lavoro e sindacali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 748; FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Milano, 2007. Molteplici sono i dubbi sollevati da TULLINI rispetto all'effettività del *right of explanation* nel contesto digitalizzato: «il criterio di trasparenza (in tutte le sue declinazioni) consente al lavoratore di azionare una posizione soggettiva intermedia rispetto al soddisfacimento del bene della vita, che resta però difficilmente attingibile. In pratica si evocano le c.d. posizioni strumentali, [...] con esiti [...] poco riproducibili nell'*habitat tecnologico*» (*La questione del potere nell'impresa*, cit., 436). Peraltro, «la cultura della "spiegazione" del funzionamento dell'algoritmo sconta un'asimmetria informativa e un difetto di competenza a scapito dei non addetti che è realisticamente difficile da compensare» (*La questione del potere nell'impresa*, cit., 443).

derivanti dalla valorizzazione dei principi generali di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto.

3.2. Efficacia e limiti delle tecniche di trasparenza previste nel GDPR

Al netto della necessità di bilanciare il diritto alla trasparenza, funzionale al diritto al contraddittorio, con il diritto d'autore sul *software* e di segreto industriale, anch'essi protetti da fonti di matrice europea²³, le tecniche di tutela predisposte all'interno del GDPR assumono comunque diversi gradi di efficacia, rispetto a entrambi i profili citati nel paragrafo precedente, a seconda del tipo di algoritmo eseguito nel processo decisionale, risultando in particolare molto problematica detta efficacia in caso di modelli di *machine learning*, specie se basati su reti neurali.

Si deve, peraltro, evidenziare che nella prospettiva di funzionalità al sindacato sul rispetto dei vincoli al potere datoriale, il limite della tecnica della trasparenza non si riscontra tanto - o quantomeno non solo - sotto il profilo della comprensibilità del modello e della spiegabilità dell'output: si può, infatti, ritenere che la carenza di tali proprietà ricada comunque sul datore, in termini o di costi necessari per l'applicazione delle misure di XAI o di responsabilità conseguenti alla violazione del principio di *accountability* sotteso alla normativa del GDPR.

Il limite si ricollega soprattutto al fatto che il modello algoritmico ottenuto attraverso tecniche di apprendimento automatico non può essere decodificato secondo connessioni lineari di causalità e consegna decisioni che possono al più considerarsi razionali limitatamente ai dati che il sistema ha a disposizione, nella fase di apprendimento e di esecuzione.

In tal senso, nel contesto del sindacato sul rispetto dei limiti esterni al potere datoriale²⁴, sarebbe rischioso individuare nell'output consegnato da un algoritmo di apprendimento automatico una garanzia di razionalità strumentale dell'atto datoriale rispetto a una casuale tipica, della «corrispondenza funzionale con l'interesse creditorio in vista del quale il potere ha trovato riconoscimento giuridico», della «dimensione causale-funzionale» che lo deve caratterizzare» e che «impone adeguatezza e congruenza tra i mezzi ed i fini dell'azione, affinché

²³ Cfr. dir. 2009/24/CE, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, recepita in Italia nella legge sul diritto d'autore n. 633/41; dir. 2016/943/UE, sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti, recepita nel d.lgs. n. 30/2005, cd. codice della proprietà industriale.

²⁴ Cfr. al riguardo l'osservazione di TULLINI, secondo cui «la razionalità tecnico-produttiva che era stata incanalata nella definizione delle causali tipiche del potere non è più identificabile con la razionalità umana sulla quale cadeva l'enfasi della teoria economica classica. Si avverte intuitivamente che gli spazi di agibilità aumentano perché l'intelligenza artificiale può dispiegare una capacità anticipatrice, predittiva e dispositiva» (*La questione del potere nell'impresa*, cit., 435).

l'amministrazione del rapporto di lavoro si svolga in maniera corretta, equilibrata, funzionale, secondo vincoli interni di razionalità teleologica»²⁵.

Parimenti, laddove si tratti di vagliare il rispetto del divieto di discriminazione, sarebbe rischioso basare sulla predizione di un algoritmo di *machine learning* il controllo di proporzionalità²⁶ tipico dell'accertamento della fattispecie discriminatoria, in particolare con riguardo alla sussistenza delle giustificazioni alla discriminazione indiretta o dell'eccezione al principio di parità collegata al requisito essenziale. Si pensi, in particolare, al controllo di appropriatezza, che richiede di accertare il nesso di causalità tra le scelte datoriali e il fine, e a quello di necessità, volto a verificare l'indispensabilità e infungibilità della scelta.

Analoga problematicità si riscontrerebbe in una sovrapposizione che individuasse *de plano* nella predizione algoritmica un parametro a cui fare affidamento per dare applicazione al criterio della buona fede *in executivis* nella valutazione di congruità, logicità e razionalità degli atti di esercizio del potere direttivo²⁷. Al contrario, la dottrina evidenzia come sia proprio l'applicazione del principio di buona fede a rafforzare la necessità che il principio di supervisione umana contenuto nel GDPR (e nella proposta di direttiva sul lavoro su piattaforma digitale, v. *infra*) sia «concretamente “procedimentalizzato” nell'ambito dei rapporti di lavoro»²⁸.

²⁵ PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 87-88. Cfr. MARAZZA, *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, in ID. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Tomo secondo, *Diritti e obblighi*, Padova, 2012, 1271; ZOLI, *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in *Lav. dir.*, 1997, 241.

²⁶ PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, cit.

²⁷ Cfr. rispetto a questa interpretazione e applicazione del principio di buona fede nel rapporto di lavoro, PERULLI, *Potere direttivo e suoi limiti generali*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm. (aggiorn.)*, Torino, 2009, 850; ZOLI, *La tutela delle posizioni “strumentali” del lavoratore*, Milano, 1998, 212. Sul tema, cfr. *ex multis*, FIORILLO, *Obblighi del lavoratore*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm. (aggiorn.)*, Torino, 2009, 501; CESTER - MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, Milano, 2007; MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 727; PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1995, 138; TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, 1990.

²⁸ Come evidenzia ZAPPALÀ, «nella prospettiva lavoristica, occorre riflettere a fondo sui possibili meccanismi di una applicazione diretta dell'articolo 22 [...] o mediata dalle clausole generali di buona fede e correttezza». In particolare, l'autrice invita a riflettere su come e in che misura il principio di supervisione umana contenuto nel GDPR e nella proposta di direttiva sul lavoro su piattaforma digitale possa essere «concretamente “procedimentalizzato” nell'ambito dei rapporti di lavoro, anche alla luce del principio di buona fede *in executivis*», nel solco dell'elaborazione giuslavoristica sul tema delle clausole generali e in particolare della buona fede, in funzione di controllo dei poteri datoriali e di consolidamento delle «garanzie nei confronti dei soggetti che, per la loro collocazione all'interno del processo produttivo, siano più esposti al pericolo di violazione di beni personali, quali appunto la sicurezza e la dignità» (Voce *Human oversight*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*,

Infine, come anticipato, i limiti delle tecniche di trasparenza previste dal GDPR si ricollegano anche al fatto che la razionalità delle decisioni prese dal modello algoritmico ottenuto attraverso tecniche di apprendimento automatico è relativa al set di dati utilizzato e, quindi, strettamente legata alla qualità e quantità di dati immessi o raccolti²⁹. In tal senso, la dottrina evidenzia i limiti di misure che legano il profilo della spiegabilità alla “logica utilizzata” dall’algoritmo e non anche ai *big data* su cui il processo automatizzato fonda l’esito finale e limitano i diritti dell’interessato alla conoscibilità dei dati personali trattati, quando a incidere sull’elaborazione della decisione può essere l’utilizzo anche di dati statistici, aggregati e collettivi che, in quanto anonimizzati, rimangono «fuori dalla portata normativa del GDPR»³⁰. In questa prospettiva, sono valutati positivamente - se non addirittura considerati eccessivi e in alcuni casi poco fattibili - gli obblighi in fase di sviluppo dei sistemi di IA e gli obblighi di informazione previsti dalla proposta di Regolamento sull’IA in capo ai fornitori in merito ai set di dati di addestramento, convalida e prova, nonché gli obblighi a garanzia della sorveglianza umana (art. 10, co. 3; art. 13; art. 14; v. *infra*)³¹.

cit., 123). Cfr. altresì DAGNINO, *Dalla fisica all’algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019.

²⁹ Non mina la validità delle considerazioni svolte il fatto che anche la prova e l’accertamento del nesso di causalità in giudizio - si pensi in particolare a quello tra illecito e danno - possano basarsi su un processo induttivo e su una valutazione prognostica *ex ante* di carattere probabilistico. L’accertamento è volto, infatti, a verificare che un fatto (il danno) sia, più probabilmente che non, da ricondurre a un altro (l’asserita condotta datoriale). La stessa riflessione scientifica apre alla possibilità di dare supporto a questa decisione giudiziale attraverso l’utilizzo di un algoritmo correttamente impostato (cfr. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 165). La situazione, pur complessa e non priva di criticità, non pare sovrapponibile con quella individuata rispetto al *machine learning* e alla predizione algoritmica strumentale all’atto datoriale. La ricostruzione del nesso può sì derivare dalla presenza di una correlazione probabilistica che sconta l’inevitabile margine di incertezza proprio di qualsiasi giudizio prognostico basato sul calcolo delle probabilità. Nel contesto del giudizio, tuttavia, il ragionamento induttivo, anche tradotto in codice macchina, necessariamente elabora un insieme di dati selezionati *ex post* e condizionati dal principio dispositivo istruttorio, per quanto attenuato nel contesto del rito del lavoro; la verifica, inoltre, non si ferma alla registrazione di una mera associazione tra grandezze, una concomitanza tra eventi *casuali*, ma è volta all’accertamento di una sequenza *causale* che individui se un dato evento abbia condizionato l’accadimento dell’altro; infine, l’analisi deve consegnare una ricostruzione logicamente accettabile e quindi ancorarsi non a una probabilità quantitativa, ossia alla «determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi», quanto a una probabilità logica, riconducendosi il «grado di fondatezza all’ambito degli elementi di conferma (e, nel contempo, di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili nel caso concreto» (*ex multis* Cass. 14 marzo 2022, n. 8114). Cfr. BONAFINE, *L’intelligenza artificiale applicata al ragionamento probatorio nel processo civile. E’ davvero possibile e/o auspicabile?*, in GIORDANO - PANZAROLA - POLICE - PREZIOSI - PROTO (a cura di), *Il diritto nell’era digitale*, cit., 923.

³⁰ PALMIRANI, *Big Data e conoscenza*, in *Riv. fil. dir.*, 2020, 76.

³¹ PALMIRANI - SAPIENZA, *Big Data, Explanations and Knowability*, in *Ragion pratica*, 2021, 349.

3.3. La combinazione delle tecniche di trasparenza con tecniche di agevolazione della prova e dell'azione in giudizio

L'opacità algoritmica pare interrogare sulla capacità delle fattispecie normative di assolvere la propria funzione regolativa, veicolare la tutela dell'interesse, governare la distribuzione delle tutele, soddisfare quell'esigenza di "apertura alla realtà" dell'ordinamento che il diritto del lavoro, nella sua "razionalità materiale", richiede³². Si può, d'altra parte, riflettere su quanto la soluzione risieda in un intervento non tanto sulla "consistenza" della fattispecie³³, sulla sua disciplina sostanziale, quanto sull'onere di prova dei relativi elementi, con schemi presuntivi che dispensino il lavoratore dalla prova di fatti costitutivi, ovvero meccanismi di inversione che si attivino proprio alla violazione degli obblighi di informazione.

Del resto alla riduzione di trasparenza dei processi decisionali automatizzati corrisponde specularmente non solo, come visto, un incremento delle responsabilità datoriali derivanti dall'applicazione del principio di *accountability* sotteso alla normativa sulla *privacy*, ma anche un incremento di operatività del principio di vicinanza delle fonti probatorie.

Ciò diventa di centrale rilevanza non tanto laddove l'opacità incida sulla prova dei fatti costitutivi del potere datoriale, quanto laddove vada a minare la prova della situazione giuridica dedotta in giudizio dal lavoratore, ad esempio una discriminazione ovvero anche la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, se si considera, più in generale, l'opacità a livello di architettura digitale nell'impresa quale capacità del sistema di rendere sempre meno evidenti le prerogative datoriali esercitate.

Se in caso di prova della discriminazione l'incidenza dell'opacità a svantaggio del datore deriva dal meccanismo di parziale inversione dell'onere previsto dal diritto antidiscriminatorio, proprio questo invita a riflettere sulla necessità di agganciare le tecniche di tutela della trasparenza, specie se incardinate sull'attribuzione di diritti individuali, a meccanismi di *favor* per il lavoratore rispetto all'accertamento del diritto rivendicato. Del resto, a ben ricordare, la Corte di giustizia ha iniziato a ragionare di alleggerimento dell'onere probatorio in caso di discriminazione, nel caso *Danfoss* del 1989, proprio in connessione a un problema di opacità dei criteri sottesi al trattamento.

A essere agganciati potrebbero essere meccanismi di inversione completa dell'onere probatorio in caso di violazione degli obblighi di trasparenza, come previsto ad esempio dalla proposta di direttiva sulla trasparenza delle retribuzioni

³² A. ZOPPOLI, *Prospettiva rimediale, fattispecie, sistema*, Relazione alle Giornate di Studio AIDLaSS, *Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro*, Torino 16-17 giugno 2022, 33; DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2013, 37.

³³ A. ZOPPOLI, *Prospettiva rimediale, fattispecie, sistema*, cit.

in un'ottica di parità di genere³⁴; ovvero meccanismi di inversione dell'onere derivanti dalla previsione di una presunzione legale relativa rispetto all'accertamento di determinate fattispecie, come disposto dalla proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali (v. *supra*). A tal ultimo riguardo, si segnala come all'interno della proposta non solo si preveda una presunzione legale relativa, che esonera il lavoratore dalla prova del fatto presunto, ma non dalla prova dei fatti-indice. Si stabiliscono, altresì, specifiche tutele di carattere processuale, quale la possibilità per l'autorità competente a decidere di ordinare al convenuto l'esibizione di qualsiasi prova, anche contenente informazioni riservate, secondo un modello di temperamento del principio dispositivo istruttorio, ancor più accentuato di quello ricavabile a livello interno dal combinato disposto degli artt. 210 e 421 cpc.

Sempre sotto il profilo delle tecniche di tutela processuale, può evidenziarsi l'importanza dell'attribuzione di una specifica legittimazione attiva in capo a enti esponenziali, presente sia in seno al GDPR (art. 80), sia nella proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali, in affiancamento alle specifiche previsioni ben note, poste all'interno di altre fonti di matrice giuslavoristica, come le direttive antidiscriminatorie³⁵.

Ciò è tanto più rilevante se si considera che, se il baricentro delle tutele tende a spostarsi nell'ambito della disciplina sul trattamento dei dati, questo sistema - al di là della citata azione rappresentativa su mandato degli enti esponenziali - non affronta adeguatamente il profilo collettivo della protezione, declinando le tecniche di tutela attraverso il riconoscimento di diritti individuali ovvero attraverso una procedimentalizzazione del potere datoriale che, tuttavia, seguendo il modello della gestione del rischio e il principio di *accountability*, non prevede il passaggio dal controllo al consenso, ossia quella funzionalità della procedura alla negoziazione, tipica delle tecniche di procedimentalizzazione previste dalle normative giuslavoristiche (si pensi, ad esempio, al già citato art. 4 dello Statuto dei lavoratori). Inoltre, a differenza del sistema normativo di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, anch'esso basato sulla logica della valutazione del rischio ma con una ben diversa base giuridica a livello di fonti europee, il GDPR non individua uno specifico modello di rappresentanza specializzata per i lavoratori. Questo, d'altra parte, non esclude che all'interno del Regolamento possano individuarsi delle piste normative percorribili da parte del sindacato. Si segnala, in particolare, l'opportunità della consultazione dei rappresentanti dei lavoratori ai fini del bilanciamento tra interesse legittimo del datore al trattamento dei dati e

³⁴ Commissione europea, *Proposta di direttiva volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza delle retribuzioni e meccanismi esecutivi*, Bruxelles, 4.3.2021 COM(2021) 93 final.

³⁵ Cfr. GAUDIO, *Algorithmic management, sindacato e tutela giurisdizionale*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, 30; TULLINI, *Dati*, in NOVELLA - TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., 105 ss.

garanzie di protezione dei diritti e libertà fondamentali dei lavoratori interessati, ai fini del riconoscimento della base giuridica di liceità del trattamento di cui all'art. 6, co. 1, f)³⁶, ovvero ai fini della valutazione di impatto di cui all'art. 35, come indicato dal comma 9 di tale disposizione³⁷. Si evidenzia, altresì, all'art. 88 la previsione della possibilità che siano introdotte norme specificative per il lavoro, anche attraverso il contratto collettivo.

Proprio a conferma di questa apertura a una declinazione lavoristica e collettiva delle tutele si pone la più volte citata proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali, che in forza dell'art. 88 GDPR dispone norme specificative e integrative per il proprio ambito³⁸, in particolare in materia di accesso alle informazioni e al riesame umano nonché in materia di monitoraggio umano dei processi automatizzati (artt. 6, 7 e 8). In questa prospettiva, stabilisce, in particolare, una sostituzione delle disposizioni del GDPR relative alla *disclosure* sulla logica utilizzata nei processi decisionali automatizzati³⁹ con norme *ad hoc*⁴⁰ e disposizioni integrative e di dettaglio con riguardo al diritto alla spiegazione della decisione e all'opposizione⁴¹. Ciò che tuttavia più preme evidenziare ai fini del discorso che si sta sviluppando, anche in vista dell'esame dei recenti profili di novità introdotti a livello interno dal d.lgs. n. 104/2022, è che la proposta temprava il carattere prettamente individuale delle tutele proprio del sistema normativo sul trattamento dei dati, stabilendo l'obbligo per le piattaforme di mettere le

³⁶ Cfr. al riguardo quanto evidenziato dal Gruppo di lavoro Articolo 29 nel Parere 6/2014 sul concetto di interesse legittimo.

³⁷ Cfr. INGRAO, *Data-Driven management e strategie collettive di coinvolgimento dei lavoratori per la tutela della privacy*, in *Labour Law Issues*, 2019, 129.

³⁸ Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali*, Bruxelles, 9.12.2021 COM(2021) 762 final.

³⁹ Cfr. Linee guida sul processo decisionale automatizzato Gruppo di lavoro Art. 29 WP 251 rev.01 del 6 febbraio 2018, in cui si evidenzia che «la crescita e la complessità dell'apprendimento automatico possono rendere difficile comprendere come funzionano un processo decisionale automatizzato o la creazione di profili. Il Titolare del trattamento dovrebbe trovare modi semplici per comunicare all'interessato la logica o i criteri sui quali si basa l'adozione della decisione. Il regolamento impone al Titolare del trattamento di fornire informazioni significative sulla logica utilizzata, ma non necessariamente una spiegazione complessa degli algoritmi utilizzati o la divulgazione dell'algoritmo completo. Le informazioni fornite dovrebbero tuttavia essere sufficientemente complete affinché l'interessato possa comprendere i motivi alla base della decisione» (par. E.1).

⁴⁰ Si richiede, in particolare, che l'informazione contenga «i principali parametri di cui [i sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati] tengono conto e l'importanza relativa di tali principali parametri nel processo decisionale automatizzato» e «i motivi alla base delle decisioni» (art. 6, comma secondo).

⁴¹ Si prevedono all'art. 8 la designazione di una persona di contatto a cui il lavoratore possa rivolgersi, un obbligo di motivazione scritta, una procedura per l'eventuale richiesta di revisione, un obbligo di rettifica o di compensazione adeguata laddove la decisione abbia violato i diritti del lavoratore.

informazioni di cui all'art. 6 a disposizione anche dei rappresentanti dei lavoratori e delle autorità nazionali del lavoro, su loro richiesta. Ciò risulta funzionale, peraltro, alla necessità che tali autorità cooperino con i garanti della *privacy*, che rimangono i responsabili del controllo sull'applicazione della normativa ivi stabilita in materia di trasparenza, monitoraggio e riesame umano dei sistemi automatizzati, ai sensi dell'art. 19.

4. L'(eventuale) incidenza del Regolamento IA sull'assetto normativo

Come anticipato, le tecniche di tutela previste dal GDPR potrebbero essere integrate e affiancate in futuro da quelle previste nella proposta di Regolamento sull'IA, che segue il medesimo modello basato sul governo del rischio e sul principio di *accountability*, interviene in termini più specifici sul tema della trasparenza e della sorveglianza umana, prevede parimenti una propria applicabilità extra-territoriale, sconta la medesima assenza di ruolo delle parti sociali⁴², nonostante i sistemi di IA destinati a essere utilizzati nell'ambito dei rapporti contrattuali di lavoro siano espressamente inclusi tra quelli ad alto rischio (Allegato III, n. 4)⁴³. Proprio l'inclusione in questa categoria comporta l'applicazione di requisiti obbligatori, anche di informazione, e una valutazione di conformità *ex ante*⁴⁴ che, d'altra parte, per i sistemi ad alto rischio utilizzati nel lavoro deve basarsi su una mera procedura di controllo interno (art. 43, co. 2), senza coinvolgimento di un ente terzo (organismo notificato, art. 33) e quindi con auto-certificazione del fornitore⁴⁵.

⁴² In merito alla proposta di Regolamento sull'IA, è la stessa ETUC nella posizione pubblicata il 28 maggio 2021 a contestare l'assenza di regole volte a garantire il coinvolgimento di sindacati e rappresentanze dei lavoratori nella costruzione e monitoraggio dei sistemi di IA nel lavoro (dalle strutture di dialogo sociale, alla contrattazione collettiva ai diritti di informazione, consultazione e partecipazione).

⁴³ Nelle proposte di emendamento in discussione nel PE, le parti sociali sono inserite tra i soggetti che il Comitato europeo sull'intelligenza artificiale è tenuto a consultare periodicamente, in un'ottica di sviluppo *multi-stakeholder* della governance di sistema.

⁴⁴ Come spiega la Relazione accompagnatoria alla proposta, "Il titolo III contiene regole specifiche per i sistemi di IA che creano un rischio alto per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali delle persone fisiche. In linea con un approccio basato sul rischio, tali sistemi di IA ad alto rischio sono consentiti sul mercato europeo subordinatamente al rispetto di determinati requisiti obbligatori e ad una valutazione della conformità *ex ante*".

⁴⁵ Rispetto alla valutazione di conformità, nella posizione pubblicata il 28 maggio 2021, l'ETUC contesta la proposta sul punto, nella misura in cui prevede una mera autovalutazione da parte del fornitore, evidenziando la necessità che, quantomeno per i sistemi di IA concernenti il lavoro, la valutazione di conformità sia realizzata da una parte terza autorizzata. Raccomanda, inoltre, una combinazione tra una fase di *ex-ante compliance* e una di *ex-post enforcement*. Si osservi che le proposte di emendamento previste nel testo di compromesso in discussione in seno al Consiglio non intervengono sul punto, lasciando inalterato l'art. 43, co. 2 che così dispone; per quanto riguarda le proposte di emendamento all'esame del PE, la proposta congiunta non prevede

Segnatamente, si prevede che la documentazione tecnica indichi, tra le varie informazioni, «la logica generale del sistema di IA e degli algoritmi», «le principali scelte di progettazione [...] anche per quanto riguarda le persone o i gruppi di persone sui quali il sistema è destinato a essere utilizzato», «le risorse computazionali usate per sviluppare, addestrare, sottoporre a prova e convalidare il sistema di IA», «le metriche utilizzate per misurare l'accuratezza, la robustezza, la cybersicurezza e la conformità ad altri requisiti pertinenti» così come «gli impatti potenzialmente discriminatori», «i prevedibili risultati indesiderati e fonti di rischio per la salute, la sicurezza e i diritti fondamentali, nonché di rischio di discriminazione in considerazione della finalità prevista del sistema di IA; le misure di sorveglianza umana necessarie [...], comprese le misure tecniche poste in essere per facilitare l'interpretazione degli output dei sistemi di IA da parte degli utenti; le specifiche relative ai dati di input, se del caso». Come chiarito dal considerando n. 47, proprio la documentazione tecnica (insieme alle istruzioni d'uso) andrebbe a consegnare un certo grado di trasparenza ai sistemi ad alto rischio, consentendo di gestire il problema dell'opacità che potrebbe altrimenti renderli incomprensibili o troppo complessi per la lettura umana e permettendo agli utenti di «interpretare gli output del sistema e utilizzarlo in modo adeguato».

Particolare attenzione è rivolta al tema delle discriminazioni all'interno dei sistemi ad alto rischio. In linea generale, nella relazione accompagnatoria si precisa che la proposta integra «il diritto dell'Unione in vigore in materia di non discriminazione con requisiti specifici che mirano a ridurre al minimo il rischio di discriminazione algoritmica, in particolare in relazione alla progettazione e alla qualità dei set di dati utilizzati per lo sviluppo dei sistemi di IA, integrati con obblighi relativi alle prove, alla gestione dei rischi, alla documentazione e alla sorveglianza umana durante l'intero ciclo di vita dei sistemi di IA» (par. 1.2, p. 4). Può essere interessante evidenziare come il testo faccia riferimento, in alcuni casi, al concetto generale di “*bias*”, ossia di “distorsione”, “parzialità”, quale possibile causa di discriminazione (ad es. cons. 44), in altri direttamente a quello di discriminazione, senza offrirne tuttavia una definizione, identificando alcuni fattori di rischio in termini non sistematici e meramente esemplificativi (genere, età, disabilità, razza e origine etnica, orientamento sessuale, v. infra),

nulla al riguardo, essendo il punto oggetto di una specifica divergenza di posizioni tra i due *rapporteur*; si segnala che nella draft opinion presentata dalla Commissione affari legali, si prevede in seno all'art. 43 l'aggiunta di un paragrafo in base al quale qualsiasi fornitore, a prescindere dal livello di rischio del sistema di IA, può volontariamente richiedere una valutazione di conformità da parte del soggetto terzo. Più proposte di riforma inseriscono l'obbligo per la Commissione di consultare il Comitato europeo per l'intelligenza artificiale e gli *stakeholder* interessati prima di adottare, ai sensi dell'art. 43, co. 6, interventi regolativi volti ad estendere a ulteriori sistemi ad alto rischio la procedura di conformità che prevede il coinvolgimento dell'organismo notificato.

menzionando la possibilità di nuove forme di discriminazione (cons. 37), individuando gruppi di soggetti vulnerabili, in rapporto ai quali vietare le pratiche di IA (art. 5) o misurare il livello di rischio dei sistemi ai fini della loro classificazione (art. 7).

Come anticipato, proprio l'attenzione al set di dati utilizzato colmerebbe, per parte della dottrina, alcune delle lacune riscontrabili nelle misure a tutela della trasparenza predisposte dal GDPR (v. *supra*). Si fa riferimento, in particolare, a quanto previsto dall'art. 10, comma 3, secondo cui «i set di dati di addestramento, convalida e prova devono essere pertinenti, rappresentativi, esenti da errori e completi. Essi possiedono le proprietà statistiche appropriate, anche, ove applicabile, per quanto riguarda le persone o i gruppi di persone sui quali il sistema di IA ad alto rischio è destinato a essere usato. Queste caratteristiche dei set di dati possono essere soddisfatte a livello di singoli set di dati o di una combinazione degli stessi». D'altra parte, la stessa dottrina definisce tale previsione come «*an overweighted request of precision, accuracy, and completeness of datasets very difficult to meet in the reality*»⁴⁶. Al riguardo, si segnala che il testo di compromesso presentato dalla presidenza ceca del Consiglio a luglio 2022 propone una modifica della disposizione, che limita l'assenza di errori e la completezza «*to the best extent possibile*».

Si può riflettere su quanto l'eventuale futura adozione del Regolamento sull'IA possa incidere sull'assetto di sistema evidenziato in premessa, ossia sullo spostamento, attrazione del baricentro delle tutele nell'alveo della disciplina sul trattamento dei dati personali.

Se le proposte di emendamento in discussione in seno alle istituzioni Ue vanno a rafforzare il coordinamento e rapporto di complementarità tra i due plessi normativi, è utile richiamare quanto affermato dal Garante italiano per la *privacy* nella memoria presentata alla Camera (Commissioni IX e X) a marzo 2022.

In linea con il parere congiunto del Comitato Europeo per la Protezione dei Dati e del Garante europeo della protezione dei dati, adottato a giugno 2021, l'*authority* italiana evidenzia come l'unica normativa al momento vigente in materia di intelligenza artificiale sia quella di protezione dei dati, soprattutto se si considera che già fornisce un primo essenziale statuto giuridico rispetto al processo decisionale automatizzato che dell'intelligenza artificiale costituisce un aspetto dirimente. Ciò nondimeno, il GDPR continuerà anche in futuro a disciplinare il fulcro dell'intelligenza artificiale, ossia il trattamento di dati personali funzionale ai processi decisionali automatizzati. Rispetto alla proposta di Regolamento in materia, il garante conclude affermando che «vista la stretta interrelazione tra intelligenza artificiale e *privacy*, la competenza in materia già acquisita dalle autorità di controllo in ordine al processo decisionale automatizzato e le caratteristiche di indipendenza che ne connotano lo statuto

⁴⁶ PALMIRANI - SAPIENZA, *Big Data, Explanations and Knowability*, cit., 361.

sarebbe utile ragionare sulla soluzione proposta anche dagli organismi europei volte suggerire l'individuazione nelle autorità di protezione dei dati delle autorità di controllo per l'intelligenza artificiale»⁴⁷.

5. La necessità di un ribilanciamento tra poli regolativi e organismi di vigilanza: l'importanza del d.lgs. n. 104/2022

L'attrazione verso il polo regolativo della *privacy* e il correlato rafforzamento del ruolo del garante della *privacy*, per quanto attiene alla vigilanza sul rispetto delle regole, interrogano sulla necessità di controbilanciare questo spostamento di baricentro attraverso, da un lato, lo sviluppo di un approccio condiviso tra le parti sociali secondo le indicazioni fornite dall'accordo europeo sulla digitalizzazione del 2020; dall'altro, l'individuazione di altri poli regolativi trasversali di centrale riferimento.

Si pensi al polo regolativo del diritto antidiscriminatorio, a condizione tuttavia che trovi adeguato sviluppo e completamento la riflessione in merito all'identificazione e al ruolo di un'*authority* indipendente⁴⁸, partendo dall'esperienza dell'UNAR e dei connessi limiti.

Ancora, si pensi al polo relativo alla tutela della salute e sicurezza, primo terreno di sviluppo del modello del governo del rischio, connotato d'altra parte, come già detto, da una procedimentalizzazione articolata in una dimensione collaborativa/partecipativa dei lavoratori, con presenza di rappresentanze specializzate. Del resto, l'impatto dei sistemi digitali sulla salute e sicurezza e dignità del lavoratore non può prescindere dalla valorizzazione delle tecniche di tutela apprestate nell'ambito del sistema normativo della prevenzione, a partire dalla valutazione e gestione di tutti i rischi, anche psico-sociali. Lo conferma la proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali, che nell'ambito della disciplina del

⁴⁷ Si segnala che all'interno della proposta di Regolamento, all'art. 59, comma 8, si prevede già che «nei casi in cui le istituzioni, le agenzie e gli organismi dell'Unione rientrano nell'ambito di applicazione del presente regolamento, il Garante europeo della protezione dei dati agisce in qualità di autorità competente per la loro vigilanza».

⁴⁸ L'ordinanza ingiunzione adottata dal Garante della *privacy* nei confronti di Deliveroo (datata 22 luglio 2021) fornisce un esempio emblematico del ruolo esercitato dallo stesso anche rispetto alla questione discriminatoria, partendo dalla competenza in materia di trattamenti automatizzati. In particolare, il Garante evidenzia che «non risulta che la società, in relazione ai trattamenti effettuati in qualità di titolare, abbia adottato misure tecniche e organizzative a tutela degli interessati volte [...] a ridurre al massimo il rischio di effetti distorti o discriminatori, con riferimento al funzionamento della piattaforma digitale. [...] Con riferimento, infine, al meccanismo di *feedback*, non risulta che la società abbia adottato misure appropriate per evitare usi impropri o discriminatori dei meccanismi reputazionali basati sui *feedback*. [...] Per i suesposti motivi la società ha pertanto violato l'art. 22, par. 3, del Regolamento».

monitoraggio umano dei sistemi automatizzati, prevede uno specifico riferimento alla dir. quadro 89/391/CEE e l'obbligo delle piattaforme di valutare «i rischi dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati per la sicurezza e la salute dei lavoratori [...], in particolare per quanto riguarda i possibili rischi di infortuni sul lavoro e i possibili rischi psicosociali ed ergonomici». In tale prospettiva, si stabilisce il divieto di utilizzare «i sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati in alcun modo che metta indebitamente sotto pressione i lavoratori [...] o metta altrimenti a rischio la salute fisica e mentale dei lavoratori [...]». La stretta correlazione tra utilizzo di sistemi algoritmici e sistema prevenzionistico è rimarcata anche dal citato accordo quadro europeo sulla digitalizzazione, dove si evidenzia la necessità di una valutazione congiunta nonché meccanismi di allerta e di regolare confronto tra manager e lavoratori e/o loro rappresentanti sui processi e i carichi di lavoro.

La valorizzazione di questo polo regolativo a livello interno, tanto più necessaria a fronte della modifica dell'art. 41 Cost.⁴⁹, si tradurrebbe altresì in un bilanciamento di competenze tra organismi di vigilanza, considerata la competenza generale in materia acquisita a fine 2021 dall'Ispettorato del lavoro. Una prospettiva di ribilanciamento tanto più auspicabile considerato che il ruolo dell'Ispettorato, sul versante dei controlli tecnologici a distanza, rischia invece di risultare depotenziato per le ragioni anzidette.

Anche da questo punto di vista, ossia rispetto all'identità degli organismi di vigilanza, un'importante leva di ribilanciamento sarà fornita dal d.lgs. n. 104/2022.

Come già anticipato, il decreto include una disposizione, non presente nella fonte europea, specificamente dedicata ai processi decisionali automatizzati, una disposizione che sui diritti di informazione, da un lato, anticipa i contenuti della proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali (v. *supra*), estendendone l'applicazione a tutti gli ambiti, dall'altro, mutua alcuni riferimenti presenti nella proposta di Regolamento sull'IA (il livello di accuratezza, robustezza e cybersicurezza dei sistemi, le metriche utilizzate per misurarlo e gli impatti potenzialmente discriminatori), ivi stabiliti per le comunicazioni e istruzioni d'uso che i fornitori devono consegnare agli utenti (v. *supra*). Anticipando e rafforzando queste linee regolative, il decreto sgancia i diritti di informazione correlati all'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati da una dimensione prettamente individuale, prevedendo che il lavoratore possa accedere ai dati anche tramite le rappresentanze sindacali aziendali o territoriali e che le stesse informazioni siano consegnate dal datore anche a rsa/rsu ovvero, in loro assenza, alle sedi territoriali delle associazioni

⁴⁹ Cfr. PASCUCCI, *Modelli organizzativi e tutela dell'ambiente interno ed esterno all'impresa*, in *Lav. dir.*, 2022, 335.

sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (art. 4). Sotto questo profilo, si può osservare come sia recuperato un passaggio obbligato con le rappresentanze a fronte dell'uso delle nuove tecnologie, quando è proprio l'uso dello strumento tecnologico a rendere aggirabile tale passaggio nel contesto dell'art. 4 St. lav. (v. *supra*). Ancora, nella medesima prospettiva di anticipazione e rafforzamento, il d.lgs. n. 104/2022 prevede che anche il ministero del lavoro e l'Ispettorato nazionale del lavoro possano richiedere la comunicazione delle medesime informazioni e dati e l'accesso agli stessi. Andando oltre, tuttavia, i contenuti della proposta di direttiva sulle piattaforme e in questo contrastando l'attrazione di baricentro del GDPR⁵⁰, il decreto consegna all'Ispettorato del lavoro la competenza di vigilanza in materia. In particolare, si stabilisce che tale autorità sia competente a compiere i necessari accertamenti e a comminare sanzioni amministrative in caso di violazione degli obblighi di informazione individuale previsti, a prescindere dall'eventuale configurabilità di violazioni in materia di protezione dei dati personali ai sensi del GDPR.

In sintesi, nel prevedere una proiezione collettiva delle tutele e una vigilanza dedicata per l'ambito del lavoro, il d.lgs. n. 104/2022 fornisce una importante leva di ribilanciamento a livello di assetto normativo, nonché un punto di raccordo tra il GDPR e il sistema giuslavoristico, in grado di innestare, contaminare il primo con tecniche di tutela proprie del secondo.

Trattasi di un elemento regolativo inserito in un quadro di complessità che chiaramente travalica il perimetro della presente analisi e rispetto al quale non si può che rinviare ad altre sedi.

Sia consentito solamente evidenziare come la considerazione a cui approda la riflessione sviluppata si presenti al netto di due importanti problematiche.

Anzitutto, se, come evidenzia la dottrina, la necessità del «controllo umano delle tecnologie digitali» richiede un intervento di sostegno dell'azione collettiva da parte delle *policy* pubbliche⁵¹, la «proiezione collettiva» delle tutele presuppone l'adeguatezza di competenze e specializzazione delle parti sociali di fronte alle sfide delle nuove tecnologie⁵².

In secondo luogo, sempre la dottrina segnala come il diritto del lavoro possa oggi «esprimere la propria razionalità regolativa» e assiologica solo rifocalizzando «la propria ragion d'essere»⁵³. E nel contesto dei profondi

⁵⁰ Il coordinamento con il GDPR è comunque espressamente garantito in più punti, a partire dal richiamo alla necessità della consultazione preventiva del Garante laddove ne ricorrano i presupposti ai sensi dell'art. 36 GDPR.

⁵¹ TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *federalismi.it*, 2022, 205; A. ZOPPOLI, *Prospettiva rimediatale, fattispecie, sistema*, cit.

⁵² TULLINI, *La questione del potere nell'impresa*, cit., 444; MARIUCCI, *Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberismo*, in *Lav. dir.*, 2021, 19; FORLIVESI, *Sindacato*, in NOVELLA, TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., 153.

⁵³ PERULLI - SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Bologna, 2022, 21.

cambiamenti derivanti dall'IA, la necessità che esso non accetti «passivamente la sirena del determinismo tecnologico» si accompagna a quella di «una valutazione più problematica e articolata», che sappia aprirsi alle «nuove sollecitazioni», «senza rinchiudersi entro la cornice regolativa tradizionale»⁵⁴. Il diritto del lavoro è chiamato, in tal senso, a una regolazione dei processi innovativi in grado di distinguere quelli che possono avere effetti positivi per i lavoratori, valorizzando e indirizzando le prospettive di crescita e le potenzialità abilitanti che ne possono derivare.

⁵⁴ *IBIDEM*, 143.