

Capitolo XXIX

I.A. E POTERI DEL DATORE DI LAVORO

di Flavio Vincenzo Ponte

Nel capitolo si analizza l'impatto dell'IA (Intelligenza Artificiale) sul rapporto di lavoro subordinato, con particolare riferimento all'esercizio dei poteri datoriali e, nello specifico, alla selezione del personale e al c.d. *algorithmic management*.

RIFERIMENTI NORMATIVI: artt. 4, 41 Cost.; Reg. UE 2024/1689; proposta Direttiva europea 9.12.2021 COM(2021) 762 final, 2021/0414 (COD); L. 20.5.1970, n. 300; artt. 2103, 2104, 2105 c.c.; D.Lgs. 15.6.2015, n. 81.

SOMMARIO: 1. I.A. e rapporti di lavoro. – 2. I tentativi di regolazione della I.A.: il Reg. UE 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio. – 2.1. *Segue.* La direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro, nel lavoro mediante piattaforma. – 3. I.A. ed esercizio dei poteri datoriali. – 3.1. *Segue.* I.A. e selezione del personale. – 3.2. *Segue.* I.A. e *Algorithmic Management*.

1. I.A. e rapporti di lavoro

La relazione tra l'evoluzione tecnologica e i rapporti di lavoro è ormai oggetto di studi e riflessioni che – da diversi punti di osservazione – analizzano il fenomeno provando a coglierne dimensione, contenuti, criticità¹.

È (condivisibilmente) avvertito finanche il timore di una vera e propria de-costruzione del quadro giuridico relativo ai rapporti di produzione e del contenuto sociale e identitario delle relazioni di lavoro² così come è (sempre condivisibilmente) diffuso il

¹ Cfr. SARTOR G., *L'intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2003, 23 ss.; MAIO V., *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *Arg. dir. lav.*, 6, 2018, 1414 ss.; FAIOLI M., *Mansioni e macchina intelligente*, Torino, 2018; DAGNINO E., *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, in *ADAPT University Press*, 2019; FILI V.-COSTANTINI F. (a cura di), *Legal Issues in the Digital Economy Technologies in the Labour Market*, in *ADAPT University Press – Cambridge Scholars Publishing New Castel (UK)*, 2019; PERSIANI M., *Osservazioni sulla nuova vicenda dei riders*, in *Giur. it.*, 2020, 1802 ss.; MAINARDI S., *Rivoluzione digitale e diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2, 2020, 341 ss.; PERULLI A., *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Torino, 2021; PIZZOFERRATO A., *Digitalisation of work: new challenges to labour law*, in *Arg. dir. lav.*, 2021, 1329 ss.; NOVELLA M.-TULLINI P. (a cura di), *Lavoro digitale*, Torino, 2022; GAUDIO G., *L'algorithmic management e il problema della opacità algoritmica nel diritto oggi vigente e nella Proposta di Direttiva sul miglioramento delle condizioni dei lavoratori tramite piattaforma*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2022, 1; BORELLI S.-BRINO V.-FALERI C.-LAZZERONI L.-TEBANO L.-ZAPPALÀ L., *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Torino, 2022; VALENTE L., *La tutela del lavoro ai tempi dell'intelligenza artificiale*, in *lavoce.info*, 7.2.2024.

² Così TULLINI P., *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, 6. Per un'analisi di più ampio

timore di dover riscrivere regole di ingaggio e processi organizzativi per far fronte alle nuove sfide correlate al massiccio impiego di «decisori automatici»³.

Stando alle opinioni più diffuse, la digitalizzazione (termine utilizzato qui in senso generico) sta cambiando le strutture della società e dell'economia⁴. Si presuppone, quindi, un'alterità tra la struttura socio-economica e gli strumenti che consentono lo svolgimento dei rapporti umani a qualsiasi livello; si dà per scontato che lo *shock* tecnologico operi come un *outsider*, penetrando all'interno di relazioni e processi, determinandone un adeguamento forzato non solo nel metodo ma anche dal punto di vista contenutistico, in qualche modo inducendo un'interazione bidirezionale tra l'uomo e le macchine.

Questa alterità però non sembra così netta e appare, a ben vedere, sempre più sfumata: è ormai necessario confrontarsi con la tecnologia intesa quale patrimonio genetico di rapporti e persone (si pensi alle nuove generazioni, che non conoscono molti strumenti utilizzati nel millennio scorso per gestire affari, relazioni, beni, ecc.: esse conoscono solo i nuovi strumenti).

Una delle sfide più difficili da affrontare riguarda la ricerca di un punto di equilibrio: da un lato, si può dare per scontata l'efficienza che deriva dall'utilizzo della IA e, più in generale, della tecnologia disponibile; dall'altro, non si può ignorare il rischio (per le persone, per le organizzazioni, per le relazioni) che ne deriva.

I «decisori automatici» si evolvono molto velocemente e ricorrono sempre più al *machine learning* o al *deep learning* riuscendo finanche a «imparare» autonomamente, prendere decisioni ed eseguirle facendo a meno dell'uomo.

Si tratta di sistemi che decidono sulla base di processi molto complessi e connotati da un certo grado di imprevedibilità (è sempre più diffusa l'espressione «decisioni algoritmiche»⁵), non scrutinabili (o, in alcuni casi, parzialmente scrutinabili) dall'essere umano.

Tra i processi più complessi interessati dall'utilizzo dell'IA vi sono certamente quelli strutturati nelle organizzazioni lavorative: lo studio dell'impatto della IA sul lavoro e sui rapporti di lavoro impone l'individuazione e la definizione degli elementi in

respiro v. SANTORO-PASSARELLI G., *Ricerche trasformazioni socio-economiche e nuove frontiere del diritto del lavoro civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2019, 417 ss.

³ Gli studiosi dei «decisori automatici» affrontano il tema con approccio interrogativo: cfr. ROSSI F., *Il confine del futuro. Possiamo fidarci dell'intelligenza artificiale?*, Milano, 2019.

⁴ TREU T., *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da ottobre 2021 a giugno 2022*, promosse e coordinate da Poso V.A., 5.10.2021, in www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2021/10/Tiziano-Treu-La-digitalizzazione-del-lavoro-Conversazioni-sul-lavoro-a-distanza-05-10-2021.pdf. Più in generale, v. SARTOR G., *Artificial intelligence and human rights: between law and ethics*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 27, 2020, issue 6, 705 ss.; CATERINI E., *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, Napoli, 2020. Per un approccio filosofico al tema si rinvia (anche per i riferimenti bibliografici) a HELZEL P.B.-NAPOLI A., voce *Algoritmica*, in *Enciclopedia della Bioetica e Scienze Giuridiche*, Aggiornamento, 2022. Per un'analisi dei profili relativi alla sicurezza sociale dei lavoratori v. FILI V., *Platform Workers' Needs and Social Security Challenges*, in FILI V.-COSTANTINI F. (a cura di), *Legal Issues in the Digital Economy Technologies in the Labour Market*, cit., 105 ss.

⁵ Cfr. D'ACQUISTO G., *Decisioni algoritmiche. Equità, causalità, trasparenza*, Torino, 2022. Parla di «potere algoritmico» CIUCCIOVINO S., *La disciplina nazionale sulla utilizzazione della intelligenza artificiale nel rapporto di lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1, 2024, 3. Sul tema si sofferma anche SEGHEZZI F., *La nuova grande trasformazione. Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, ADAPT University Press, 2017.

gioco, in modo da poter chiaramente attribuire a diversi fattori diversi significati e, quindi, in modo da poter impostare diversi punti di osservazione dei fenomeni avendo una certa idea dei rapporti causa/effetto.

Il tema è però particolarmente sfuggente e mette a dura prova il giurista costretto a maneggiare termini che non conosce, la cui genesi (spesso) non comprende, il cui impatto non riesce a misurare⁶.

Si tratta, peraltro, di tema al quale si dedicano discipline diverse e che spesso si presenta non privo di ambiguità: basti pensare al disinvolto utilizzo dei termini *algoritmo*, *intelligenza artificiale*, *machine learning*, spesso utilizzati quali sinonimi⁷.

L'ambiguità è tradizionalmente maneggiata dai giuristi facendo ampio ricorso alla lettera della legge e alle regole poste a presidio della sua interpretazione⁸, che è naturalmente attraversata da quella tensione ispirata da valori e principi fondamentali indispensabili per l'interprete, che gli consentono di perseguire il fine della equità, della sostenibilità, della giustizia⁹.

Nel caso della IA il discorso è invece molto più complesso.

In linea generale si tende ad utilizzare una particolare definizione spendibile al di fuori di quel contesto *iper-specialistico* riservato agli addetti ai lavori: ai fini della più ampia divulgazione, infatti, si definisce IA quella disciplina scientifica «che mira a definire e sviluppare programmi o macchine (software e/o hardware) che mostrano un comportamento che verrebbe definito intelligente se fosse esibito da un essere umano»¹⁰. Si tratta di definizione apparentemente accessibile che, tuttavia, poco o nulla dice del contenuto della disciplina, presupponendo che siano noti concetti particolarmente tecnici (macchine; *software*; *hardware*) e che siano noti i processi che consentono lo sviluppo di quel comportamento definibile *intelligente*.

2. I tentativi di regolazione della I.A.: il Reg. UE 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio

In linea generale si deve prendere atto di una disarticolazione dei fenomeni: l'evoluzione della tecnologia, nelle sue diverse declinazioni, sembra avere tempi incompatibili con l'evoluzione dei sistemi giuridici, tradizionalmente ancorata a processi lunghi e farrinosi¹¹.

⁶ Per una ampia ricognizione delle diverse criticità v. PAJNO A.-BASSINI M.-DE GREGORIO G.-MACCHIA M.-PATTI F.P.-POLLICINO O.-QUATTROCOLO S.-SIMEOLI D.-SIRENA P., *Intelligenza artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019. Cfr. inoltre SARTOR G., *Cognitive automata and the law: Electronic contracting and the intentionality of software agents*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2009, 17, 4, 253 ss.

⁷ Si soffermano su questo profilo FERRARI V.-PALOPOLI L., *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività assicurativa*, in PERLINGIERI P.-GIOVA S.-PRISCO I. (a cura di), *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità. Atti del 15° Convegno Nazionale SISDiC*, Napoli, 2020, 192 ss.

⁸ Sul tema la letteratura è sterminata: si rinvia a GROSSI P., *Della interpretazione come invenzione (la riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 47, 2018, 9 ss.; CATERINI E., *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, Napoli, 2020 (in particolare i par. 1, 2 e 14).

⁹ Cfr. LIPARI N., *Costituzione e diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4, 2018, 1273.

¹⁰ ROSSI F., *Il confine del futuro. Possiamo fidarci dell'intelligenza artificiale?*, cit., 25.

¹¹ Cfr., anche per i riferimenti alla qualità dei processi normativi, AINIS M., *La legge oscura*, Bari, 2010.

Negli ultimi anni l'Unione europea ha avviato iniziative sempre più articolate e finalizzate a costruire le basi della disciplina applicabile all'IA e a ciò che intercetta, in linea generale, l'interazione uomo/macchina.

I principi che animano tali iniziative vanno individuati nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (CDFUE, c.d. Carta di Nizza) del 7.12.2000 (poi approvata il 12.12.2007) che ha oggi, come si sa, valore giuridico di Trattato, in base a quanto previsto dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE). La Carta si articola in 7 capi e ribadisce, nel preambolo, gli elementi sui quali si fonda l'Unione¹²: «l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà; l'Unione si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto. Essa pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

Ed è proprio a questo assetto valoriale e alle sue specifiche articolazioni nei diversi ambiti (libertà fondamentali comuni; diritti dei cittadini della UE; diritti economici e sociali; tutela dei dati personali e tutela contro le discriminazioni, ecc.) che si riferisce il lavoro elaborato nel 2021 dall'Agenzia dell'Unione europea (FRA) per i diritti fondamentali¹³.

L'Agenzia ha prodotto una relazione su IA e diritti fondamentali nell'ambito di un progetto riguardante anche i cc.dd. *Big Data* finalizzato a valutare le implicazioni positive e negative delle nuove tecnologie sui diritti fondamentali.

La relazione prende spunto da riflessioni già svolte dall'Agenzia su tre grandi temi¹⁴: *facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement; data quality and artificial intelligence – mitigating bias and error to protect fundamental rights; BigData: Discrimination in data-supported decision making*.

Si tratta, complessivamente, di un'analisi che conduce ad una conclusione difficilmente contrastabile: le nuove tecnologie, l'IA e la condivisione dei dati creano importanti e nuove opportunità ma anche sfide e minacce per i diritti umani e i diritti fondamentali.

Gli stati membri devono farsi carico di tali sfide e minacce, anche in forza di quanto previsto dall'art. 51, par. 1, della Carta¹⁵.

Si tratta di un principio generale che vale evidentemente anche per l'IA e per la grande varietà di sistemi che vi rientrano. L'Agenzia afferma, a tal proposito, che l'utilizzo di sistemi di IA coinvolge una serie di diritti fondamentali indipendentemente dal campo di applicazione, tra cui figurano – a titolo di esempio – la dignità umana, la vita privata, la protezione dei dati, la non discriminazione e l'accesso alla giustizia, il diritto al lavoro, il diritto alla sicurezza sociale e all'assistenza sociale, ecc.

¹² Sulla natura giuridica della Carta e sulla sua interpretazione cfr. RODOTÀ S., *La Carte europea dei diritti – una vittoria dimezzata*, in "La Repubblica", Roma, 4.10.2000, 17.

¹³ Reperibile in https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-artificial-intelligence-summary_it.pdf.

¹⁴ Tutti reperibili in <https://fra.europa.eu/>.

¹⁵ «Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze».

Nel mese di aprile del 2021 vede la luce la proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione¹⁶: il Reg. 2024/1689 è stato pubblicato in data 13.6.2024, all'esito del complesso *iter* di approvazione del testo.

Stando all'art. 3 del Regolamento, l'IA è "un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali".

Il testo è molto complesso e articolato ed è dichiaratamente orientato a migliorare il funzionamento del mercato interno definendo un quadro giuridico uniforme, in particolare per lo sviluppo, la commercializzazione e l'uso dell'intelligenza artificiale, conformemente ai valori dell'Unione¹⁷, sfruttando quale base giuridica la disciplina dell'art. 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea TFUE (livello di protezione elevato in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente, protezione dei consumatori, ecc.).

Si tratta di un'iniziativa specificamente collegata a sistemi di controllo e verifica della sua efficacia nel tempo: per un verso è previsto l'intervento della Commissione (soprattutto sul contenuto degli allegati alla proposta) ai sensi dell'art. 290 TFUE e, per altro verso, è previsto un meccanismo periodico di verifica quinquennale.

Controlli e verifiche che sono pure ancorati al noto meccanismo delle cc.dd. *sand-boxes*, secondo quanto previsto nel considerando n. 139 del Regolamento: «Gli obiettivi degli spazi di sperimentazione normativa per l'IA dovrebbero essere la promozione dell'innovazione in materia di IA, mediante la creazione di un ambiente controllato di sperimentazione e prova nella fase di sviluppo e pre-commercializzazione al fine di garantire la conformità dei sistemi di IA innovativi al presente regolamento e ad altre pertinenti disposizioni di diritto dell'Unione e nazionale. Inoltre, gli spazi di sperimentazione normativa per l'IA dovrebbero avere come obiettivo il rafforzamento della certezza del diritto per gli innovatori e della sorveglianza e della comprensione da parte delle autorità competenti delle opportunità, dei rischi emergenti e degli impatti dell'uso dell'IA, l'agevolazione dell'apprendimento normativo per le autorità e le imprese, anche in vista del futuro adeguamento del quadro giuridico, il sostegno alla cooperazione e la condivisione delle migliori pratiche con le autorità coinvolte nello spazio di sperimentazione normativa per l'IA, nonché l'accelerazione dell'accesso ai mercati, anche mediante l'eliminazione degli ostacoli per le PMI, imprese le start-up».

Ai fini che qui rilevano, va evidenziata l'idea di fondo: individuare regole più stringenti a fronte dell'aumento del rischio di compressione/limitazione di diritti fondamentali.

¹⁶ Reperibile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM:2021:0202:FIN>.

¹⁷ Per un primo commento cfr.: CASONATO C.-MARCHETTI B., *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 415 ss.; LAMBERTI F., *La proposta di regolamento UE sull'Intelligenza Artificiale alla prova della privacy, in federalismi.it, focus LPT*, 29.6.2022.

Ove il rischio sia insostenibile, si tratta di «Pratiche di intelligenza artificiale vietate» (art. 5 Regolamento): sistemi che utilizzano tecniche subliminali e/o che impattano sul grado di consapevolezza delle persone; sistemi che sfruttano le vulnerabilità di determinate categorie di persone; sistemi che sfruttano il c.d. «punteggio sociale» e/o classificano le persone sulla base di determinate caratteristiche; sistemi che utilizzano l'identificazione biometrica remota in tempo reale per l'accesso a determinati spazi, ecc.

Vi sono poi rischi gestibili, seppure con particolari limitazioni: il Regolamento fa espressamente riferimento a «Sistemi di IA ad alto rischio» (artt. 6 ss.).

Stando alla lett. a) dell'art. 6, si tratta di sistemi «destinat[i] a essere utilizzat[i] come component[i] di sicurezza di un prodotto» (o il sistema di IA è esso stesso un prodotto, disciplinato dalla normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato I, che fa riferimento alla normativa di armonizzazione dell'Unione: i riferimenti sono diversi e vanno dalla sicurezza dei giocattoli al settore dell'aviazione civile). La lett. b) dell'art. 6 fa inoltre riferimento al «...prodotto, il cui componente di sicurezza a norma della lettera a) è il sistema di IA, o il sistema di IA stesso in quanto prodotto, è soggetto a una valutazione della conformità da parte di terzi ai fini dell'immissione sul mercato o della messa in servizio di tale prodotto ai sensi della normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato I».

Sono peraltro considerati sistemi di IA ad alto rischio anche i sistemi di cui all'allegato III. In questo caso l'allegato indica specifici settori: biometria; istruzione e formazione professionale; occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo (in particolare: 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; 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); accesso ai servizi privati essenziali e a prestazioni e servizi pubblici essenziali e fruizione degli stessi; migrazione, asilo e gestione del controllo delle frontiere, nella misura in cui il pertinente diritto dell'Unione o nazionale ne permette l'uso; amministrazione della giustizia e processi democratici;

In questi casi – e sintetizzando – il Regolamento prevede: l'adozione di un sistema di gestione del rischio per valutare e contrastare il rischio; la gestione dei dati affinché si garantisca una loro alta qualità (più alta è la qualità dei dati, più bassi sono i rischi per i diritti fondamentali e il rischio di esiti discriminatori); l'adozione di documentazione tecnica che fornisca tutte le informazioni necessarie per valutare la conformità del sistema ai requisiti e per consentire alle autorità di valutare tale conformità; la conservazione della documentazione tramite registri (*file di log*) per garantire la tracciabilità dei risultati; trasparenza nei rapporti con gli utenti e doveri di informarli; la supervisione umana per controllare e minimizzare il rischio; il garantire robustezza, sicurezza e accuratezza nella gestione dell'IA affinché i risultati non siano corrotti o soggetti ad errori, difetti o incongruenze.

Negli altri casi (non rientranti nelle classificazioni di rischio di cui sopra e che comunque prevedono interazione con persone fisiche, riconoscimento di emozioni, classificazioni biometriche, generazione/manipolazione di immagini, audio, video, ecc.) la proposta impone particolari obblighi di informazione e di trasparenza (che dovrebbero garantire la consapevolezza della interazione con un sistema di IA).

2.1. Segue. La direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro, nel lavoro mediante piattaforma

La Commissione europea ha elaborato una direttiva concernente il miglioramento delle condizioni nel lavoro mediante piattaforma¹⁸.

Gli scopi perseguiti dalla Commissione si sostanziano nella corretta qualificazione dei rapporti di lavoro (alla quale è collegato l'accesso alle protezioni previste per i lavoratori subordinati), in specifici oneri informativi che garantiscono la trasparenza delle piattaforme e degli algoritmi impiegati e nel monitoraggio delle attività lavorative svolte tramite piattaforma.

Qui rilevano gli aspetti che riguardano l'IA e, nello specifico, la disciplina che affonda le radici nell'art. 1 della direttiva (*accountability in algorithmic management in platform work*): è individuato uno specifico obbligo di informazione che riguarda il funzionamento di sistemi automatizzati di controllo delle prestazioni dei lavoratori; parimenti è necessario informare i lavoratori dell'utilizzo di sistemi automatizzati in grado di assumere decisioni senza l'intervento dell'essere umano (con particolare riferimento alla retribuzione, alla sicurezza al tempo di lavoro, all'inquadramento contrattuale, al recesso).

A ciò si aggiungono specifici divieti che riguardano – tra l'altro – l'elaborazione di dati personali che non sono strettamente connessi allo svolgimento dell'attività lavorativa (informazioni che riguardano lo stato psicologico o emotivo del lavoratore; il suo stato di salute; le conversazioni private e quelle che intercorrono con rappresentanti sindacali).

La direttiva non vieta quindi l'utilizzo di sistemi in grado di assumere decisioni a prescindere dall'intervento dell'essere umano; tuttavia impone agli stati membri un particolare controllo sulle piattaforme digitali al fine di garantire la tutela della salute dei lavoratori, anche con riferimento all'ambiente di lavoro, e al fine di evitare indebite pressioni sui lavoratori (ovvero rischi per la loro salute mentale): si tratta di garanzie che gli stati membri devono offrire facendo ricorso essenzialmente a «risorse umane».

In altri termini, la direttiva sembra coltivare l'idea di un controllo umano sui sistemi che assumono decisioni in modo automatizzato; l'intervento umano è peraltro

¹⁸ Proposta di direttiva europea 9.12.2021 COM(2021) 762 final, 2021/0414 (COD). Per un primo commento cfr. BARBIERI M., *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *Labour & Law Issues*, vol. 7, 2, 2021, 1 ss. Cfr. inoltre ALAIMO A., *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?*, in *Labour & Law Issues*, vol. 8, 1, 2022, 1 ss. e, nello stesso fascicolo, TULLINI P., *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*; BRONZINI G., *La proposta di direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'“umanesimo digitale”*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1, 2022; MAGNANI M., *La proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali*, in *Bollettino ADAPT*, 9.5.2022; DEL FRATE M., *Tra gli ingranaggi dell'algoritmo, la chiave del lavoro mediante piattaforme digitali*, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2022, 662 ss.

posto in una posizione di revisione della decisione adottata dal sistema che dovrebbe essere utile a motivarla ogni volta in cui tale decisione abbia un particolare impatto sulla posizione dei lavoratori: qualora i lavoratori non siano soddisfatti della spiegazione o della motivazione ottenuta o ritengano che la decisione violi i loro diritti, possono richiedere la revisione della decisione (la risposta alla richiesta deve essere motivata e fornita senza ritardo o comunque entro una settimana dalla richiesta¹⁹).

La direttiva introduce, inoltre, una presunzione di subordinazione²⁰: stando all'art. 5, «Si presume che un rapporto contrattuale tra una piattaforma di lavoro digitale e una persona che svolge un lavoro mediante tale piattaforma sia un rapporto di lavoro quando si riscontrano fatti che indicano un potere di controllo o direzione, conformemente al diritto nazionale, ai contratti collettivi o alle prassi in vigore negli Stati membri, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia. Se la piattaforma di lavoro digitale intende confutare la presunzione legale, spetta a tale piattaforma dimostrare che il rapporto contrattuale in questione non è un rapporto di lavoro quale definito dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore negli Stati membri, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia».

La proposta di direttiva (il “vecchio” art. 4) riconduceva la presunzione alla presenza di (almeno) due elementi: a) determinazione effettiva del livello della retribuzione o fissazione dei limiti massimi per tale livello; b) obbligo, per la persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali, di rispettare regole vincolanti specifiche per quanto riguarda l'aspetto esteriore, il comportamento nei confronti del destinatario del servizio o l'esecuzione del lavoro; c) supervisione dell'esecuzione del lavoro o verifica della qualità dei risultati del lavoro, anche con mezzi elettronici; d) effettiva limitazione, anche mediante sanzioni, della libertà di organizzare il proprio lavoro, in particolare della facoltà di scegliere l'orario di lavoro o i periodi di assenza, di accettare o rifiutare incarichi o di ricorrere a subappaltatori o sostituti; e) effettiva limitazione della possibilità di costruire una propria clientela o di svolgere lavori per terzi.

Nel testo definitivamente approvato (confluito nell'art. 5 citato), non compaiono più gli elementi sopra citati ed assume una posizione centrale il riferimento a «fatti che indicano un potere di controllo o direzione».

Si tratta di disposizione che – diversamente da quella ipotizzata nella proposta – lascia un certo margine di discrezionalità nella individuazione di possibili “indici” utili alla affermazione di un potere di controllo o direzione: si dovrà pertanto verificare se la tradizionale giurisprudenza elaborata in materia sia sufficiente ai fini qualificatori (considerato, peraltro, il richiamo operato dall'art. 5 alla «prassi in vigore negli Stati membri») e se il buon esito della presunzione si possa risolvere, in pratica, nella mancata prova della esistenza di un rapporto “altro” (considerato l'onere imposto alle piattaforme di «dimostrare che il rapporto [...] non è un rapporto di lavoro...»).

¹⁹ Seppure non espressamente previsto, è ragionevole ipotizzare che la risposta debba essere fornita da un essere umano.

²⁰ Sulla quale pure si sofferma SANTORO-PASSARELLI G., *Il rapporto individuale di lavoro e il contratto collettivo nella normativa precedente al Codice, nel Codice civile del 1942 e nella disciplina successiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2022, 475 ss.

3. I.A. ed esercizio dei poteri datoriali

Stando a quanto sopra brevemente descritto è evidente che l'impiego di sistemi di IA nella gestione dei rapporti di lavoro impatta notevolmente sull'esercizio dei poteri datoriali: si deve prendere atto del fatto che è già in corso un massiccio affidamento all'IA di compiti tipicamente riferibili all'esercizio del potere direttivo, di organizzazione, disciplinare ecc.

Il maggior pericolo risiede nei pregiudizi/errori (o *biases*) che caratterizzano l'agire di tali sistemi: non si può dare per scontato (e, anzi, è probabilmente vero il contrario) che l'IA possa agire in modo neutrale: i sistemi di IA sono condizionati – quantomeno nella fase di creazione – dal comportamento umano; il loro funzionamento, tuttavia, è poi difficilmente condizionabile dal comportamento umano, soprattutto quando si ha a che fare con il *machine learning* e con le reti neurali; l'esercizio dei poteri datoriali può essere quindi influenzato da fattori imponderabili ed imprevedibili²¹.

Ed è importante considerare un particolare aspetto del tema: l'utilizzo di tali sistemi facilita l'esercizio dei poteri datoriali, ampliandone il raggio d'azione anche grazie al c.d. potere *computazionale*²².

Il potere *computazionale* si sostanzia nella capacità di elaborare dati, elaborare statistiche, costruire previsioni, elaborare profili, effettuare comparazioni, ecc.: il lavoratore e la sua attività sono «dati» che il sistema valuta, gestisce, mette a confronto, utilizza per effettuare valutazioni predittive. Tale capacità *computazionale* non sfocia nell'esercizio di un potere «nuovo» ed eccentrico rispetto a quelli tradizionalmente noti: il datore di lavoro che affida al sistema di *algorithmic management* la gestione dei rapporti ricava dati e informazioni utili all'esercizio del potere direttivo e – utilizzando le capacità computazionali – esercita un pervasivo controllo che il «controllore umano» probabilmente non riuscirebbe a gestire (basi pensare alla possibilità di elaborare una notevole mole di dati relativi alla *performance* di un lavoratore e alla valutazione predittiva – anche di tipo comparativo – che il sistema ne può ricavare). Nei casi più estremi, è lo stesso sistema di IA ad assumere la decisione sulla base della sua capacità *computazionale*, collocando il lavoratore – ad esempio – in uno *slot* più scomodo o più sfidante a fronte di prestazioni statisticamente al di sotto della media.

3.1. Segue. I.A. e selezione del personale

L'I.A. è impiegata ormai ordinariamente nel settore della gestione delle risorse umane (*HRM*), nell'ambito della c.d. *people analytics*²³: soprattutto le grandi aziende usano algoritmi e l'IA per analisi e predizioni concernenti l'individuazione del bacino

²¹ Cfr. DEL PUNTA R., *Un diritto per il lavoro 4.0*, in CIPRIANI A.-GRAMOLATI A.-MARI G. (a cura di), *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze, 2018, 229 ss.; TEBANO L., *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Napoli, 2020, 239 ss.; GARGIULO U., *Intelligenza artificiale e poteri datoriali: limiti normativi e ruolo dell'autonomia collettiva*, in *Federalismi.it*, 29, 2023, 171 ss.

²² ZAPPALÀ L., *Lavoro e tecnologie*, cit., 151 che richiama DURANTE L., *Potere computazionale*, Milano, 2019.

²³ Sul tema v. PECK D., *They're watching you at work*, in *The Atlantic*, 2013, 72 ss.; BAUER T.-ERDOGAN B.-CAUGHLIN D.-TRUXILLO D., *Human resource management: People, data, and analytics*, Sage Publications, 2023.