



FOCUS LAVORO, PERSONA, TECNOLOGIA  
8 FEBBRAIO 2023

# Il rischio proporzionato nella proposta di regolamento sull'IA e i suoi effetti nel rapporto di lavoro

di **Piera Loi**

Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro  
Università degli Studi di Cagliari



# Il rischio proporzionato nella proposta di regolamento sull'IA e i suoi effetti nel rapporto di lavoro\*

**di Piera Loi**

Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro  
Università degli Studi di Cagliari

**Abstract [It]:** In questo saggio si analizza la proposta di Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale e il suo possibile impatto nel rapporto di lavoro, vista nella prospettiva regolativa del rischio proporzionato. Il richiamo al principio di proporzionalità nella declinazione di un sistema di regole basate sui rischi prodotti dai sistemi di IA sui diritti fondamentali, può produrre un bilanciamento a favore del mercato.

**Title:** The proportionate risk in the proposed AI regulation and its effects on the employment relationship

**Abstract [En]:** In this essay we examine the proposal of a Eu Regulation on artificial intelligence and its possible impact on the employment relationship, through the perspective of the proportionate risk approach. We conclude that the proportionality principle when used to balance the risks produced by AI systems and AI market establishment aims, could end up in favouring the market.

**Parole chiave:** rischio, proporzionalità, intelligenza artificiale, algoritmi, diritti fondamentali

**Keywords:** risk, proportionality, artificial intelligence, algorithms, fundamental rights

**Sommario:** 1. La proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale e il suo impatto nel rapporto di lavoro. 2. Il rischio come categoria giuridica nella regolazione del rapporto di lavoro nella proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale nel rapporto di lavoro. 3. Le finalità della proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale. 4. La prospettiva del rischio nel diritto del lavoro e nella legislazione dell'UE 5. Il rischio proporzionato nella proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale. 6. La prospettiva del rischio nelle discriminazioni algoritmiche.

## 1. La proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale e il suo impatto nel rapporto di lavoro

L'analisi del modello regolativo della Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (d'ora in poi Proposta di Regolamento sull'IA)<sup>1</sup> pone il diritto del lavoro davanti a una serie di interrogativi. Ci si chiede se tale proposta sia in grado di garantire i diritti sociali fondamentali, come il diritto a non essere discriminati, la libertà sindacale e il diritto di sciopero, il diritto alla tutela della salute e della sicurezza nel luogo di lavoro, il diritto alla protezione della privacy, il diritto a una retribuzione equa e sufficiente, quando l'impresa fa uso di sistemi di decisione automatizzati ai fini dell'esercizio dei tipici poteri datoriali di direzione e

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, Bruxelles, 21.4.2021 COM(2021) 206 final.

controllo. Ma prima ancora di porci questi interrogativi, sarebbe opportuno chiedersi se - al fine di garantire i diritti sociali fondamentali ai lavoratori dell'impresa digitalizzata, nella quale l'uso sempre più intenso degli algoritmi ha ampliato in modo significativo i poteri datoriali<sup>2</sup> tanto da far coincidere la figura datoriale con l'algoritmo<sup>3</sup>, vi sia bisogno di nuove leggi. Oppure se sia solo necessario un adattamento delle norme esistenti, lasciando sia all'interpretazione giudiziale, che alle fonti collettive o all'autoregolazione maggiori spazi regolativi. A tal proposito le ricerche mostrano che la giurisprudenza sulla digitalizzazione del lavoro, comprese le pronunce di Corti Supreme, è stata molto attiva in tutti gli ordinamenti giuridici<sup>4</sup>, specie in tema di qualificazione giuridica dei lavoratori delle piattaforme digitali, contribuendo a definire un primo quadro regolativo in merito alle tutele dei lavoratori soggetti al management algoritmico. Se da un lato la giurisprudenza ha dovuto, non senza difficoltà, adattare le vecchie categorie giuridiche della subordinazione e della autonomia alla mutevole realtà tecnologica, da un altro lato il difficile processo di adattamento ha avuto il merito, almeno in alcuni ordinamenti giuridici, di sollevare il dibattito dottrinale intorno all'opportunità di abbandonare tali categorie giuridiche<sup>5</sup>. Quanto alla legge, le ricerche comparate a livello europeo mostrano una certa afasia dei legislatori nazionali in materia di lavoro digitale e uso degli algoritmi nel rapporto di lavoro, alimentando la convinzione che la legge sia forse una fonte regolativa caratterizzata da processi troppo lenti di formazione che mal si adattano alla rapidità delle innovazioni tecnologiche<sup>6</sup>. Al contrario, la contrattazione collettiva ha dimostrato di essere una risorsa fondamentale e di possedere le caratteristiche di flessibilità richieste dalle necessità di adattamento delle imprese all'innovazione tecnologica. I rapporti comparati sulla contrattazione collettiva nella cd gig economy<sup>7</sup>, infatti, segnalano molte iniziative e una intensa attività

---

<sup>2</sup> A. ALOISI, *Regulating Algorithmic Management at Work in the European Union: Data Protection, Non-Discrimination and Collective Rights*, 2022, p. 4, scaricabile in [https://www.researchgate.net/publication/364178531\\_Regulating\\_Algorithmic\\_Management\\_at\\_Work\\_in\\_the\\_European\\_Union\\_Data\\_Protection\\_Non-Discrimination\\_and\\_Collective\\_Rights](https://www.researchgate.net/publication/364178531_Regulating_Algorithmic_Management_at_Work_in_the_European_Union_Data_Protection_Non-Discrimination_and_Collective_Rights).

<sup>3</sup> Aloisi A., De Stefano V., *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Bari, 2020.

<sup>4</sup> J. ADAMS-PRASSL, S. LAULOM, Y. MANEIRO VÁZQUEZ, *Il ruolo dei tribunali nazionali nella protezione dei lavoratori delle piattaforme: un'analisi comparata*, in J.M. MIRANDA BOTO, E. BRAMESHUBER P. LOI, L. RATTI (a cura di), *Contrattazione Collettiva e gig economy. Uno strumento tradizionale per nuovi modelli di organizzazione*, Torino, 2022, p. 83 e ss.

<sup>5</sup> Si vedano a tal proposito i contributi riportati nel n. 2 della rivista *Labour Law & Issues* del 2020, tra i quali in particolare, J. CRUZ VILLALÓN, *El debate en torno a la adaptación y superación de la subordinación como elemento referencial del Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de trabajo. Un debate global desde la perspectiva española*, in *Labour Law & Issues*, vol. 6, no. 2, 2020, p. 147 e ss.; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro e il "problema" della subordinazione*, in *Labour Law & Issues*, vol. 6, no. 2, 2020, p. 132 e ss.; M. PALLINI, *La subordinazione è morta! Lunga vita alla subordinazione!*, in *Labour & Law Issues*, vol. 6, no. 2, 2020, p.77 e ss.; P. LOI, *Garanzie e tutele per il lavoro digitale*, in U. CARABELLI, L. FASSINA (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, *Atti del terzo Seminario annuale della consulta giuridica della Cgil*, Roma 17 Dicembre 2019, Roma, 2020, p. 107 e ss.

<sup>6</sup> M.FAIOLI (a cura di), *Il lavoro nella gig economy*, *Quaderni del CNEL*, n. 3/2018, spec. p. 30 e ss.; P. LOI, *I confini tra contratti collettivi e legge nella gig economy*, in J.M. MIRANDA BOTO, E. BRAMESHUBER P. LOI, L. RATTI (a cura di), *Contrattazione Collettiva e gig economy. Uno strumento tradizionale per nuovi modelli di organizzazione*, cit., p. 23 e ss.

<sup>7</sup> J.M. MIRANDA BOTO, E. BRAMESHUBER P. LOI, L. RATTI (a cura di), *Contrattazione Collettiva e gig economy. Uno strumento tradizionale per nuovi modelli di organizzazione*, Torino, 2022.

regolativa da parte della contrattazione collettiva in tutti gli ordinamenti giuridici, nonostante emergano i dilemmi derivanti dalla difficoltà di garantire l'esercizio dei diritti collettivi specialmente ai lavoratori delle piattaforme digitali<sup>8</sup>, nonché l'urgenza di ridefinire i modelli e gli strumenti della partecipazione sindacale a fronte dell'innovazione tecnologica<sup>9</sup>. Non meno intensa è stata l'attività di autoregolazione sotto forma di carte o di codici di condotta, in alcuni casi incentivati dal legislatore. La contrattazione collettiva sul lavoro digitale e l'uso degli algoritmi, inoltre, ha avuto il merito di indirizzare il dibattito intorno al diritto della contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi nell'UE, come confermato dalle linee guida della Commissione Europea sulla contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi senza dipendenti, pubblicate il 30 settembre 2022<sup>10</sup>. In esse si riconosce che i lavoratori autonomi (senza dipendenti) che lavorano per le piattaforme digitali, come anche altri lavoratori autonomi in condizioni comparabili a quelle dei lavoratori subordinati, si trovano in una condizione di debolezza contrattuale che consente loro di contrattare collettivamente le condizioni di lavoro senza violare le regole della concorrenza di cui all'art. 101 del TFUE.

La scelta del modello regolativo, inoltre, non può non tenere conto dell'oggetto della disciplina, gli algoritmi, per definizione in rapidissima evoluzione, all'interno di *black boxes* di cui i lavoratori<sup>11</sup> e gli utenti ignorano i contenuti e gli output, fino a diventare una delle cifre della società moderna, definita come Black Box Society<sup>12</sup>. La scelta del legislatore europeo è, da questo punto di vista, molto chiara: non solo si afferma la necessità di un intervento legislativo in materia di IA ma si opta, in questo caso, per una fonte legislativa, il Regolamento, di *hard law*, che seppure con tecniche di flessibilizzazione, impone ai fornitori di IA obblighi stringenti sui sistemi di IA che essi intendono introdurre nel mercato europeo. Una scelta del tutto difforme da quella di altri ordinamenti, come quello degli Stati Uniti d'America, che hanno optato per una regolazione soft, sebbene improntata alla stessa logica del rischio della proposta di Regolamento sull'IA<sup>13</sup> lasciando ampio spazio all'autoregolazione e ai codici di condotta dei produttori di sistemi di IA.

---

<sup>8</sup> A. ALOISI, E. GRAMANO, *Workers without workplaces and unions without unity. Non-standard forms of employment and collective rights*, in V: PULIGNANO, F: HENDRICKX., *Bulletin of Comparative Labour Relations Employment Relations in the 21st Century: Challenges for Theory and Research in a Changing World of Work*, Editors: G.A.RECCHIA, *Not So Easy, Riders: The Struggle For The Collective Protection of Gig-Economy Workers*, in *Labour Law § Issues*, n. 14/2021.

<sup>9</sup> F. ROSIORU, *Il sindacato "smart": nuove strategie per un mercato del lavoro digitalizzato*, in J.M. MIRANDA BOTO, E. BRAMESHUBER P. LOI, L. RATTI (a cura di), *Contrattazione Collettiva e gig economy. Uno strumento tradizionale per nuovi modelli di organizzazione*, cit. p. 149 e ss.

<sup>10</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Guidelines on the application of Union competition law to collective agreements regarding the working conditions of solo self-employed persons*, Brussels, 29.9.2022, C(2022) 6846 final.

<sup>11</sup> I. AJUNWA, *The "Black box" at work*, in *Big Data & Society*, vol. 7, n. 2, 2020.

<sup>12</sup> F.PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard, 2015.

<sup>13</sup> WHITE HOUSE OFFICE OF SCIENCE AND TECHNOLOGY POLICY, *Blueprint for an AI Bill of Rights*, October 2022, scaricabile in <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/10/Blueprint-for-an-AI-Bill-of-Rights.pdf>.

La proposta di Regolamento, inoltre, ha un campo di applicazione molto ampio, non limitato ai rapporti di lavoro, non ci si deve stupire, dunque, se ad esempio non appaia mai il termine “datore di lavoro” e se non si affrontino aspetti specifici relativi all’uso dell’IA nei luoghi di lavoro, e ciò spinge alcuni ad affermare che sia necessario adottare una direttiva specifica sull’IA nei luoghi di lavoro<sup>14</sup>. Appare essenziale, pertanto, al fine di valutare i suoi effetti nell’ambito dei rapporti di lavoro, partire dalla constatazione che occorre ricostruire tali effetti alla luce di un quadro esistente di norme a livello europeo che ne condizionano l’applicazione<sup>15</sup>. Tra queste norme si deve ricordare, prima di tutto, il Regolamento Generale sulla protezione dei dati<sup>16</sup> (d’ora in poi GDPR), la proposta di Direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali<sup>17</sup>, il Regolamento relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (Regolamento sui servizi digitali)<sup>18</sup>, la Direttiva macchine<sup>19</sup> e la proposta di Regolamento macchine<sup>20</sup> che intende modificare la stessa Direttiva macchine. Queste fonti legislative hanno in comune il medesimo approccio regolativo basato sul rischio per i diritti fondamentali, derivante, in questo caso, dall’uso delle tecnologie digitali e dei sistemi di IA. Da un’articolata e complessa interpretazione congiunta di tali fonti dipende il livello di protezione dei diritti fondamentali, compresi i diritti sociali, esposti a rischi di violazione a causa dell’utilizzo delle tecnologie digitali e dei sistemi di IA.

Nei seguenti paragrafi, dopo una rapida analisi del concetto di rischio nel diritto, si procederà con l’esame delle fonti dell’UE che hanno adottato questo approccio regolativo, per confrontarlo con l’approccio della proposta di Regolamento sull’IA, in particolare in relazione alla disciplina del rapporto di lavoro e nell’ambito del diritto antidiscriminatorio. Si evidenzieranno i vantaggi di questo approccio basato sul rischio e, al contempo, i limiti insiti nel richiamo al principio di proporzionalità (approccio del rischio proporzionato) che fondandosi sulla salvaguardia del mercato dell’IA potrebbe ridurre il livello di protezione dei diritti sociali.

---

<sup>14</sup> A. PONCE DEL CASTILLO, *The AI Regulation: entering an AI regulatory winter? Why an ad hoc directive on AI in employment is required*, ETUI Policy Brief, 2021, p. 5 e ss.

<sup>15</sup> V. DE STEFANO, *AI and digital tools in workplace management and evaluation. An assessment of the EU’s legal Framework*, EPRS | European Parliamentary Research Service, 2022.

<sup>16</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

<sup>17</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali, COM/2021/762 final.

<sup>18</sup> Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

<sup>19</sup> La direttiva macchine, adotta nel è oggetto di modifiche per adattarla alla nuova strategia digitale lanciata dall’UE con il Libro Bianco della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo “Relazione sulle implicazioni dell’intelligenza artificiale, dell’Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità”, Bruxelles, 19.2.2020, COM(2020) 64 final.

<sup>20</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui prodotti macchina, Bruxelles, 21.4.2021, COM(2021) 202 final.

## 2. Il rischio come categoria giuridica nella regolazione del rapporto di lavoro

Il rischio è una categoria che, secondo la letteratura sociologica, a partire da Giddens e Beck<sup>21</sup>, è la cifra della società moderna, definita da Beck come “società del rischio” nel senso che è “*increasingly occupied with debating, preventing and managing risks that it itself has produced*”<sup>22</sup>. I rischi delle società moderne sono prima di tutto globali e sono il prodotto dell’attività umana, dei processi di industrializzazione, dei modelli di sviluppo economici, dei processi di globalizzazione. Alcuni di questi rischi sono vecchi, come le pandemie, altri come i rischi ambientali, sono nuovi rischi e producono i loro effetti anche nei confronti delle generazioni future. Le società del rischio costringono i sistemi giuridici a ripensare le stesse modalità della regolazione giuridica, in quanto è il diritto stesso a produrre i rischi, conoscendo, componendo e ricomponendo la realtà in termini di rischio. Come ci ricorda, Ewald, infatti, nello Stato Sociale “*en soi rien n’est en risque [...]il n’y a pas des risques dans la réalité*”<sup>23</sup>, e in questo senso il rischio è descritto come una categoria epistemologia più che ontologica. La categorizzazione della realtà in termini di rischio, implica l’adozione di complessi modelli regolativi di tipo procedurale che accertino, prevenzano e riducano il rischio. Questo tipo di tecnica regolativa è stata sperimentata da tempo in alcune branche del diritto come il diritto della previdenza sociale, che ha elaborato la tecnica assicurativa, diretta a prevedere e controllare il rischio consistente, come si è detto, in uno schema razionale, una modalità conoscitiva di composizione e ricomposizione della realtà. In questo senso l’attività dell’assicurare non consiste nel constatare passivamente l’esistenza dei rischi, bensì nel produrre dei rischi<sup>24</sup>. La logica assicurativa alla base del diritto della previdenza sociale è alla base anche del diritto del lavoro. Infatti, il lavoratore è esposto ad una serie di rischi sociali derivanti sia dal funzionamento del mercato del lavoro, sia dal funzionamento dei mercati finanziari (si pensi agli effetti della crisi economica del 2008), sia dalle crisi pandemiche, sia dalle modalità stesse di svolgimento del rapporto di lavoro<sup>25</sup>. Se il diritto della previdenza sociale ha inventato la tecnica assicurativa, il diritto del lavoro ha elaborato il criterio selettivo dei destinatari della protezione dai rischi sociali: la categoria del lavoratore subordinato. La tecnica di protezione dai rischi elaborata dal diritto del lavoro consiste nella definizione di norme inderogabili e l’assegnazione di diritti indisponibili, che in questa prospettiva possono essere descritti come tecniche di protezione dai rischi sociali. La prospettiva del rischio nel diritto del lavoro pare utile non solo dal punto di vista descrittivo ma anche come base teorica di prospettive *de iure condendo* all’interno del dibattito sulla tutela del lavoro, indipendentemente dalla categoria giuridica che definisce il rapporto di lavoro, che ha

---

<sup>21</sup> U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma 2000 ; GIDDENS A., *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Bologna, 1994.

<sup>22</sup> U. BECK, *Living in the World Risk Society*, in *Economy and Society*, 2006, p. 332.

<sup>23</sup> F. EWALD, *L’Etat Providence*, Paris, 1986, pp. 19-20.

<sup>24</sup> F. EWALD, *La société assurancielle*, in *Risques. Les Cahiers de l’assurance*, 1, 1990, p. 7

<sup>25</sup> P. LOI, *Rischio e sicurezza nel rapporto di lavoro*, in RGL, n.3, I, 2013, p. 569 e ss.

acquisito particolare rilievo nel lavoro attraverso piattaforme digitali<sup>26</sup>. Se, infatti, si aggiunge all'analisi della tecnica regolativa basata sulla prospettiva del rischio, un'analisi sulla distribuzione dei rischi, si comprende che le politiche del diritto non possono non tenere conto delle diseguaglianze nella iniqua distribuzione dei rischi sociali, sopportati da alcune categorie di lavoratori e non da altre. In questo senso il tema del riconoscimento dei diritti sociali al di là della subordinazione acquista, nella dimensione distributiva del rischio, una dimensione inedita.

### **3. Le finalità della proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale**

Le finalità della proposta di Regolamento sull'IA sono coerenti con gli ambiziosi obiettivi e l'approccio della strategia europea sull'Intelligenza Artificiale, riassunti nel Piano coordinato sull'Intelligenza artificiale in cui si afferma di volere assicurare “La leadership globale dell'Europa nell'adozione delle tecnologie più recenti, nel promuovere lo sviluppo dell'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica, sostenibile, sicura, inclusiva e affidabile”<sup>27</sup>.

La declinazione di questi obiettivi generali la si ritrova nella proposta di Regolamento del proposta di Regolamento sull'IA, che li precisa e li elenca: a) assicurare che i sistemi di IA immessi sul mercato dell'Unione e utilizzati siano sicuri e rispettino la normativa vigente in materia di diritti fondamentali e i valori dell'Unione; b) assicurare la certezza del diritto per facilitare gli investimenti e l'innovazione nell'intelligenza artificiale; c) migliorare la governance e l'applicazione effettiva della normativa esistente in materia di diritti fondamentali e requisiti di sicurezza applicabili ai sistemi di IA; d) facilitare lo sviluppo di un mercato unico per applicazioni di IA lecite, sicure e affidabili nonché prevenire la frammentazione del mercato. L'obiettivo prevalente nella proposta di Regolamento appare, dunque, la creazione di un mercato unico dell'IA, sebbene si intenda assicurare che i sistemi di IA immessi sul mercato dell'Unione e utilizzati siano sicuri e rispettino la normativa vigente in materia di diritti fondamentali e i valori dell'Unione Europea (si veda il considerando 5).

Appare rilevante, a tal proposito il richiamo alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, ciò non di meno si ricorda che le norme che regolano i sistemi di IA dovrebbero non solo essere coerenti con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma anche in linea con gli impegni commerciali internazionali dell'Unione.

Se l'uso dei sistemi di IA può comportare dei rischi per i valori e i diritti fondamentali dell'UE, è necessario adottare un sistema di regole relative alle caratteristiche che i sistemi di IA devono possedere prima della loro immissione nel mercato europeo. A tal proposito è interessante rilevare che l'approccio normativo

---

<sup>26</sup> *Ibidem*

<sup>27</sup> Comunicazione della Commissione Europea, *Piano coordinato sull'Intelligenza artificiale* COM(2018) 795 final) e *Revisione del 2021 del Piano coordinato sull'Intelligenza artificiale*, Brussels, 21.4.2021 COM(2021) 205 final, p. 2.

adottato per regolare l'IA è definito come “equilibrato e proporzionato, cioè si limita a fissare regole armonizzate per lo sviluppo, l'immissione sul mercato e l'utilizzo di sistemi di IA nell'Unione seguendo un “approccio proporzionato basato sul rischio”, al fine non limitare od ostacolare indebitamente lo sviluppo tecnologico o altrimenti aumentare in modo sproporzionato il costo dell'immissione sul mercato di soluzioni di IA”<sup>28</sup>.

Il richiamo sia alla tutela dei diritti fondamentali che alla finalità di garantire lo sviluppo di un mercato dei sistemi di IA, rende evidente la possibilità di un conflitto tra gli obiettivi di mercato e il diritto alla protezione dei diritti fondamentali, tra i quali rientrano anche i diritti sociali. La necessità di un bilanciamento nell'ipotesi di un conflitto appare ovvia. Il riferimento al principio di proporzionalità nel bilanciamento è altrettanto ovvio, essendo il bilanciamento un'operazione giuridica che si fonda sull'applicazione del test di proporzionalità. Nondimeno, gli esiti del test di proporzionalità non sono scontati, specie quando il principio di proporzionalità sia applicato alle controversie relative al rapporto di lavoro<sup>29</sup>. Anche in ragione dell'enfasi posta dalla proposta di Regolamento sugli obiettivi di mercato, non si riduce la preoccupazione che la Corte di Giustizia possa esercitare un bilanciamento a sfavore dei diritti fondamentali, in specie di quelli sociali.

Occorre, pertanto, fare qualche breve considerazione sul concetto di rischio e su come il principio di proporzionalità possa incidere sull'approccio basato sul rischio adottato nella proposta di Regolamento sull'IA.

#### **4. La prospettiva del rischio nel diritto del lavoro e nella legislazione dell'UE**

In questo paragrafo analizzeremo in quali settori della legislazione europea è stata adottata la prospettiva del rischio, al fine di effettuare un confronto con la stessa prospettiva adottata nella proposta di regolamento sull'IA, al fine di poter valutare se possa garantire una maggiore effettività nella tutela dei diritti.

Come si è visto, la categorizzazione della realtà in termini di rischio, implica l'adozione di complessi modelli regolativi di tipo procedurale diretti ad accertare, valutare, prevenire e ridurre il rischio. Infatti, il lavoratore è esposto ad una serie di rischi sociali in parte dipendenti dal funzionamento del mercato del lavoro, in parte dal funzionamento di mercati esterni come i mercati finanziari (si pensi agli effetti della crisi economica del 2008), in parte dalle crisi pandemiche, in parte dalle modalità stesse di svolgimento del rapporto di lavoro<sup>30</sup>. Per quanto riguarda la tecnica di protezione dai rischi, elaborata dal diritto del lavoro, questa è consistita, tradizionalmente, nella definizione di norme di natura sostanziale, inderogabili

---

<sup>28</sup> Proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, cit., p. 3.

<sup>29</sup> P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Torino, 2016.

<sup>30</sup> P. LOI, *Rischio e sicurezza nel rapporto di lavoro*, in RGL, n.3, I, 2013, p. 569 e ss.



con l'assegnazione di diritti indisponibili, che in questa prospettiva possono essere descritti come tecniche di protezione dai rischi sociali<sup>31</sup>. Nella legislazione più recente, invece, anche a fronte dall'espansione e del mutamento della tipologia dei rischi, il diritto del lavoro ha adottato altresì norme di natura procedurale, basate sulla tecnica del *risk management*, dirette a stabilire processi di identificazione, valutazione e gestione dei rischi. Le imprese sono dunque chiamate ad assolvere obblighi di natura procedurale che sono diretti a identificare, valutare e gestire i rischi, al fine di minimizzare il loro impatto negativo sui diritti fondamentali e, nel caso del rapporto di lavoro, sui diritti sociali fondamentali. In questo senso anche la responsabilità datoriale va ricostruita sulla base dell'esistenza di tali obblighi procedurali, la cui violazione comporta una responsabilità del datore di lavoro indipendentemente dal manifestarsi dell'evento rischioso.

La legislazione dell'Unione Europea da tempo ha adottato la prospettiva del rischio appena descritta e il principale modello regolativo basato sul rischio è quello della Direttiva 89/381/CEE in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, nella quale si parte dal presupposto che- a causa del funzionamento dell'impresa-i diritti fondamentali dei lavoratori sono esposti a rischi che possono produrre impatti negativi, quantificabili in termini di danno. La Direttiva 89/381/CEE, da questo punto di vista, può considerarsi una vera e propria innovazione del modello regolativo fino ad allora utilizzato in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, basato sul modello della norma comando sanzione, che si è innestato nei modelli civilistici degli ordinamenti giuridici nazionali di identificazione della responsabilità datoriale (come l'art. 2087 del c.c. italiano)<sup>32</sup>. L'innovazione regolativa consiste nel fatto che in tale modello regolativo si prevede in capo al datore di lavoro l'obbligo di adozione di sistemi di valutazione sulla probabilità che l'evento dannoso nei confronti dei lavoratori si produca, nonché l'obbligo di adozione di strumenti di prevenzione, protezione e minimizzazione del rischio. La responsabilità del datore di lavoro si verifica, in tale schema, indipendentemente dal fatto che l'evento rischioso si verifichi, ma per il solo fatto di non avere rispettato le norme di natura procedurale dirette alla valutazione e prevenzione del rischio.

Un'altra fonte normativa che adotta la prospettiva del rischio (*risk based*) è il Regolamento generale sulla protezione dei dati<sup>33</sup>. Una, seppur breve analisi del modello regolativo del GDPR appare essenziale ai fini di un confronto con la Proposta di Regolamento sull'IA<sup>34</sup>, in quanto il GDPR utilizza l'approccio basato sul rischio e considera il rischio informativo tecnologico una "diretta derivazione dell'organizzazione

---

<sup>31</sup>*Ibidem*

<sup>32</sup> C. LAZZARI, *Datore di lavoro e obbligo di sicurezza*, *I Working papers di Olympus*, n. 7/2012.

<sup>33</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, cit.

<sup>34</sup> F. IMBERTI, *La proposta di regolamento UE sull'Intelligenza Artificiale alla prova della privacy*, in *federalismi.it*, LPT, n.17/2022, p. 3.

strumentale informatica”<sup>35</sup>. Si vuole, in altri termini, confermare l’idea che il GDPR integra la tutela dei lavoratori esposti ai rischi derivanti dall’uso dell’IA, definita dalle altre fonti oggetto di analisi in questo saggio, in particolare la proposta di direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali<sup>36</sup> e la proposta di Regolamento sull’IA.

Dall’uso di sistemi di IA può, dunque, derivare una lesione del diritto alla tutela dei dati personali e la protezione si realizza attraverso l’imposizione di obblighi in capo al titolare del trattamento dei dati che consistono: nell’identificazione dei rischi correlati al trattamento dei dati, nell’identificazione degli strumenti per ridurre il rischio relativo al trattamento dei dati stessi, da intendersi come un impatto negativo sui diritti e le libertà fondamentali degli interessati. Cosa si intenda per rischio è ben chiarito dal *considerando 75* del GDPR: "I rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, aventi probabilità e gravità diverse, possono derivare da trattamenti di dati personali suscettibili di cagionare un danno fisico, materiale o immateriale, in particolare: se il trattamento può comportare discriminazioni, furto o usurpazione d’identità, perdite finanziarie, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale, decifrazione non autorizzata della pseudonimizzazione, o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo; se gli interessati rischiano di essere privati dei loro diritti e delle loro libertà o venga loro impedito l’esercizio del controllo sui dati personali che li riguardano; se sono trattati dati personali che rivelano l’origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l’appartenenza sindacale, nonché dati genetici, dati relativi alla salute o i dati relativi alla vita sessuale o a condanne penali e a reati o alle relative misure di sicurezza; in caso di valutazione di aspetti personali, in particolare mediante l’analisi o la previsione di aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l’affidabilità o il comportamento, l’ubicazione o gli spostamenti, al fine di creare o utilizzare profili personali; se sono trattati dati personali di persone fisiche vulnerabili, in particolare minori; se il trattamento riguarda una notevole quantità di dati personali e un vasto numero di interessati".

Il titolare del trattamento deve effettuare una valutazione dei rischi, che possono essere diversi tenendo conto della natura, della portata, del contesto e delle finalità del trattamento.

Valutare il rischio significa, prima di tutto, calcolare la probabilità dell’evento, nonché la gravità dell’impatto negativo sui diritti e le libertà degli interessati. Quando si stabilisce un certo modello di trattamento dei dati, occorre, dunque, prevedere un’analisi del rischio del trattamento e, di conseguenza, adottare delle misure tecniche od organizzative per ridurre l’eventuale rischio. L’art. 32 GDPR impone

---

<sup>35</sup> A. INGRAO, *La protezione dei dati personali dei lavoratori nel diritto vivente al tempo degli algoritmi*, in A. BELLAVISTA, R. SANTUCCI (a cura di) *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Torino, 2022, p. 131.

<sup>36</sup> M. SILBERMAN, H. JOHNSTON, *Using GDPR to improve legal clarity and working conditions on digital labour platforms. Can a code of conduct as provided for by Article 40 of the General Data Protection Regulation (GDPR) help workers and socially responsible platforms?*, ETUI Working Paper 2020/05.

questo obbligo in capo al titolare del trattamento (o al responsabile del trattamento), ma si tratta di un obbligo che occorre adattare a precise circostanze: “la probabilità e la gravità del rischio per i diritti e le libertà dell’interessato dovrebbero essere determinate con riguardo alla natura, all’ambito di applicazione, al contesto e alle finalità del trattamento. Il rischio dovrebbe essere considerato in base a una valutazione oggettiva mediante cui si stabilisce se i trattamenti di dati comportano un rischio o un rischio elevato” (considerando 76). In quest’ultimo caso, quando cioè esista un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento dovrebbe essere responsabile dello svolgimento di una valutazione d’impatto sulla protezione dei dati per determinare, in particolare, l’origine, la natura, la particolarità e la gravità di tale rischio (considerando 84).

Il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento devono mettere in atto misure tecniche e organizzative per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio. In questo senso lo stesso art. 32 elenca una serie di misure minime, non esaustive, per garantire livelli di sicurezza minimi adeguati al rischio (a) la pseudonimizzazione e la cifratura dei dati personali; b) la capacità di assicurare su base permanente la riservatezza, l’integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento; c) la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l’accesso dei dati personali in caso di incidente fisico o tecnico. Da questo punto di vista l’approccio della Proposta di Regolamento sull’IA segue esattamente il modello di gestione del rischio adottato nel GDPR, fondato sulla gestione differenziata del rischio a seconda della sua gravità. Nella sostanza il titolare e il responsabile del trattamento dovranno adottare le misure adeguate alle diverse tipologie di rischi, graduati sulla base della loro gravità e probabilità, con misure di prevenzione, di protezione e di recupero.

Un altro esempio recente di regolazione *risk based* nell’ordinamento dell’UE è dato dalla proposta di Regolamento macchine, diretto a modificare la direttiva macchine<sup>37</sup> una fonte più risalente che non tratta in maniera sufficiente i nuovi rischi generati dalle tecnologie emergenti, come i rischi potenziali che provengono da una collaborazione diretta uomo-robot, dato che il ricorso ai robot collaborativi (cobot), progettati per collaborare con gli esseri umani, espone i lavoratori a rischi fisici e sociali<sup>38</sup>. L’evoluzione del settore delle macchine ha determinato il ricorso crescente a mezzi digitali e il software gioca un ruolo sempre più importante nella progettazione delle macchine, pertanto è la stessa definizione di macchina a necessitare di un adattamento (considerando 17). Quanto alla definizione di “macchina”, l’art. 1 della proposta di Regolamento la definisce come:

---

<sup>37</sup> Direttiva 2006/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2006, relativa alle macchine.

<sup>38</sup> Sui riflessi giuslavoristi dell’uso delle macchine intelligenti nelle organizzazioni produttive si rinvia a M. FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, Torino, 2018.

- a) insieme equipaggiato o destinato ad essere equipaggiato di un sistema di azionamento diverso dalla forza umana o animale diretta, composto di parti o di componenti, di cui almeno uno mobile, collegati tra loro solidamente per un'applicazione ben determinata;
- b) insieme di cui al punto a), al quale mancano solamente elementi di collegamento al sito di impiego o di allacciamento alle fonti di energia e di movimento;
- c) insieme di cui ai punti a) e b), pronto per essere installato e che può funzionare solo dopo essere stato montato su un mezzo di trasporto o installato in un edificio o in una struttura;
- d) insieme di macchine di cui ai punti a), b), c) o quasi-macchine, di cui al punto 7, che per raggiungere uno stesso risultato sono disposti e comandati in modo da avere un funzionamento solidale;
- e) insieme di parti o di componenti, di cui almeno uno mobile, collegati tra loro solidamente e destinati al sollevamento di pesi e la cui unica fonte di energia è la forza umana diretta;
- f) insieme di cui ai punti a), b), c), d) ed e) al quale manca soltanto il caricamento di un software destinato alla sua applicazione specifica.

Anche nella proposta di Regolamento macchine<sup>39</sup> si adotta l'approccio basato sul rischio e si impone una valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza delle persone o degli animali domestici in modo da non causare danni a beni e, se del caso, all'ambiente (considerando 23). Tutti gli operatori economici che intervengono nella catena di approvvigionamento e distribuzione delle macchine dovrebbero adottare misure atte a garantire che sul mercato siano messe a disposizione soltanto macchine conformi alle norme della proposta di Regolamento. Tuttavia per quanto attiene alla individuazione dei soggetti responsabili, si ritiene che il fabbricante, possedendo le conoscenze dettagliate relative al processo di progettazione e produzione, si trova nella posizione migliore per eseguire la procedura di valutazione della conformità della macchina e che questo adempimento (di valutazione della conformità) dovrebbe, quindi, rimanere obbligo esclusivo del fabbricante (considerando 28). A tal fine il fabbricante dovrebbe effettuare la valutazione dei rischi e stabilire quali requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute siano applicabili alla macchina e in relazione a quali requisiti devono essere adottate misure per affrontare i rischi che il prodotto macchina può presentare (considerando 29).

Si è detto, tuttavia, che il settore delle macchine ha subito una importante evoluzione e che occorra intervenire nella regolazione esistente, a causa del ricorso crescente a mezzi digitali o software che hanno un ruolo sempre più importante nella progettazione delle macchine. Nel caso in cui la macchina integri un sistema di intelligenza artificiale, i rischi individuati durante la valutazione dei rischi dovrebbero comprendere quelli che possono manifestarsi durante il ciclo di vita del prodotto macchina in ragione di

---

<sup>39</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui prodotti macchina, Bruxelles, 21.4.2021, COM(2021) 202 final

un'evoluzione prevista del suo comportamento affinché operi con livelli diversi di autonomia. A tale proposito, qualora la macchina integri un sistema di intelligenza artificiale, la valutazione dei rischi relativa alla macchina dovrebbe tenere conto della valutazione dei rischi per tale sistema di intelligenza artificiale effettuata conformemente alla proposta di regolamento sull'IA. È evidente, dunque, che i due atti legislativi (proposta di regolamento sull'IA e proposta di Regolamento macchine) debbano integrarsi, al fine di individuare chiaramente i soggetti responsabili degli obblighi di valutazione, gestione e minimizzazione dei rischi.

Al termine di questa breve analisi si può, pertanto, concludere che il metodo regolativo basato sul rischio, adottato dalla proposta di Regolamento sull'IA, non rappresenti un *unicum*, ma segua un modello ampiamente sperimentato nell'ordinamento dell'UE. Tuttavia, come già accennato, la scelta del legislatore nella proposta di Regolamento sull'IA è quella del rischio proporzionato, per garantire “un approccio normativo orizzontale all'IA equilibrato e proporzionato, che si limita ai requisiti minimi necessari per affrontare i rischi e i problemi ad essa collegati, senza limitare od ostacolare indebitamente lo sviluppo tecnologico o altrimenti aumentare in modo sproporzionato il costo dell'immissione sul mercato di soluzioni di IA”<sup>40</sup> Il che significa che tra tutte le opzioni regolative è stata scelta quella che in modo flessibile, seguendo l'andamento dell'evoluzione tecnologica, possa garantire allo stesso tempo una protezione nei confronti dei diritti fondamentali esposti ai rischi causati dall'uso dei sistemi di intelligenza artificiale, ma non causi eccessivi ostacoli al mercato dei sistemi di IA.

Si è visto che il modello regolativo della Proposta di Regolamento sull'IA è di tipo procedurale e che individua una serie di obblighi, principalmente in capo ai fornitori dei sistemi di IA, da adempiere prima dell'immissione nel mercato europeo di un sistema di IA. La proposta di Regolamento classifica i rischi ai quali sono esposti i diritti fondamentali in alti medi e bassi e nel caso di sistemi di IA ad alto rischio, che pongono rischi significativi per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali delle persone, i fornitori dovranno innanzitutto apprestare un sistema di gestione dei rischi che parte dalla identificazione e dall'analisi dei rischi noti e prevedibili associati al sistema di IA. Si presuppone, tuttavia, che alcuni rischi siano ineliminabili, ma accettabili. In questo caso qualsiasi rischio residuo associato a ciascun pericolo, nonché il rischio residuo complessivo dei sistemi di IA ad alto rischio sono considerati accettabili, a condizione che il sistema di IA ad alto rischio sia usato conformemente alla sua finalità prevista o in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile (art. 9 Proposta di Regolamento sull'IA). Una volta effettuata la valutazione dei rischi, i fornitori devono porre in essere le misure di gestione dei rischi più appropriate. L'art. 9 stabilisce che occorre garantire prima di tutto l'eliminazione o la riduzione dei

---

<sup>40</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, cit. p. 3.

rischi per quanto possibile attraverso un'adeguata progettazione e fabbricazione. Qualora alcuni rischi non possano essere eliminati, occorre attuare adeguate misure di attenuazione e di controllo di tali rischi. Particolare importanza è assegnata, a tal fine, alla fornitura di informazioni adeguate agli utenti, in particolare per quanto riguarda i rischi che non possono essere eliminati e, qualora lo si ritenga opportuno, deve essere garantita dai fornitori anche la formazione degli utenti (art. 9, par. 4). Relativamente ai diritti di informazione, vale la pena sottolineare che la proposta di Regolamento li definisce solo a livello individuale e non a livello collettivo. Tuttavia si ritiene che, in assenza di indicazioni nella proposta di Regolamento, si possa ricostruire un diritto di informazione di natura collettiva, richiamando la definizione dei diritti di informazione nella proposta di direttiva sul lavoro attraverso piattaforme digitali, la quale, a sua volta, fa riferimento alla direttiva relativa all'informazione e alla consultazione dei lavoratori (Direttiva 2002/14/CE), nonché alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che tutela il diritto all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa (articolo 27).

Ai sensi dell'art. 2, lett. f) della Direttiva 2002/14/CE) per informazione si intende “la trasmissione di dati da parte del datore di lavoro ai rappresentanti dei lavoratori per consentir loro di prendere conoscenza della questione trattata e esaminarla”. I diritti di informazione sono ancillari al diritto di consultazione da intendersi ai sensi dell'art. 2, lett. g) della Direttiva 2002/14/CE, come “lo scambio di opinioni e l'instaurazione di un dialogo tra i rappresentanti dei lavoratori e il datore di lavoro”. Si ritiene che l'informazione, in questo caso rientri tra i casi indicati dall'art. 4, par.2, lett. c) sulle decisioni suscettibili di comportare cambiamenti di rilievo in materia di organizzazione del lavoro, nonché di contratti di lavoro.

La via della costruzione dei diritti di informazione collettivi appare, dunque, come uno dei principali strumenti attraverso i quali attuare un bilanciamento tra IA e diritti sociali.

Quanto all'identificazione dei soggetti obbligati ad effettuare la valutazione dei rischi e ad intraprendere le azioni di intervento per la riduzione degli stessi la proposta di Regolamento sull'IA definisce una serie chiara di obblighi per i fornitori di sistemi di IA ad alto rischio. Obblighi proporzionati sono imposti anche a utenti e altri partecipanti lungo la catena del valore dell'IA (ad esempio importatori, distributori, rappresentanti autorizzati), nonché una serie di obblighi in capo agli organismi notificati che sono coinvolti come terze parti indipendenti nelle procedure di valutazione della conformità dei sistemi di IA. I datori di lavoro dovrebbero rientrare nella categoria degli utenti dei sistemi di IA, l'utente del sistema di IA è, infatti, la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, l'agenzia o altro organismo sotto la cui autorità è utilizzato il sistema di IA (art. 3, par. 4). Stabilire responsabilità anche in capo agli utenti è considerato opportuno in considerazione della natura dei sistemi di IA e dei possibili rischi per la sicurezza e i diritti fondamentali associati al loro utilizzo, anche per quanto riguarda la necessità di

garantire un adeguato monitoraggio sugli effetti reali dell'utilizzo dei sistemi di IA. In particolare, è opportuno che gli utenti usino i sistemi di IA ad alto rischio, come nel caso del rapporto di lavoro e dell'occupazione, in modo conforme alle istruzioni per l'uso e che siano previsti alcuni altri obblighi in materia di monitoraggio del funzionamento dei sistemi di IA e conservazione delle registrazioni, a seconda dei casi.

Il datore di lavoro, tra l'altro, rientra pienamente nella descrizione di Utente se si tiene conto che l'art. 7, par. 2, riconosce alla Commissione il potere di valutare se un sistema di IA presenti un rischio di danno per la salute e la sicurezza o un rischio di impatto negativo sui diritti fondamentali, equivalente o superiore al rischio di danno presentato dai sistemi di IA ad alto rischio (aggiungendolo all'elenco indicato nell'allegato III alla proposta di Regolamento). Una delle condizioni indicate è la verifica della posizione di vulnerabilità delle persone che potrebbero subire il danno o l'impatto negativo, rispetto all'utente di un sistema di IA, in particolare a causa di uno squilibrio di potere, conoscenza, situazione economica o sociale o età. Appare evidente che la disparità di potere tra il datore di lavoro (utente) e il lavoratore (persona che potrebbe subire il danno o l'impatto negativo) corrisponde a queste indicazioni nella maggior parte delle situazioni reali nei luoghi di lavoro. In particolare la responsabilità dell'utente/datore di lavoro può emergere, secondo l'art. 14, par. 2, della proposta di Regolamento sull'IA, quando sulla base di indicazioni date dal fornitore che devono essere attuate dall'utente, si debba adottare una delle misure più importanti al fine della prevenzione o riduzione al minimo dei rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali che possono emergere quando un sistema di IA ad alto rischio è utilizzato conformemente alla sua finalità prevista o in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile, e cioè l'utilizzo della sorveglianza umana sul sistema di IA. Quest'ultima può essere esercitata attraverso diversi tipi di azioni, indicate all'art. 14, par. 3, (lett. a-e), che comprendono anche la decisione di ignorare, annullare o ribaltare l'output del sistema di IA ad alto rischio.

E' opportuno ricordare che la fonte analizzata è una proposta di Regolamento che produce, come tale, obblighi diretti in capo a tutti i soggetti di diritto, ciò non esclude, tuttavia, che ulteriori e diversi obblighi siano stabiliti da norme nazionali in capo ai datori di lavoro/utenti di sistemi di IA. Ci si chiede, ad es., se l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori sui controlli a distanza possa costituire una sproporzionata limitazione dell'uso dei sistemi di IA ad alto rischio, dato che imporrebbe, nel caso di utilizzo di sistemi di IA non collegati all'esecuzione della prestazione, un controllo di tipo sindacale o amministrativo. Potrebbe, dunque, ipotizzarsi la necessità di un intervento della Corte di Giustizia chiamata a pronunciarsi sul rispetto del principio del rischio proporzionato, qualora norme nazionali impongano obblighi sia ai fornitori che agli utenti di IA, considerati come eccessivamente restrittivi.

## 5. Il rischio proporzionato nella proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale

Il principio di proporzionalità e la tecnica del bilanciamento sono considerati il tratto essenziale dei moderni sistemi costituzionali<sup>41</sup>, nei quali le costituzioni e le Carte dei diritti internazionali, contengono elenchi di diritti fondamentali, i quali, in assenza di relazioni gerarchiche, possono entrare in conflitto tra di loro. Il principio di proporzionalità e il bilanciamento, nella sostanza, costituiscono tecniche di risoluzione di conflitti tra diritti fondamentali.

Le norme che definiscono i diritti fondamentali hanno generalmente carattere di principi e in caso di collisione con altre norme di diritti fondamentali, devono, al fine della loro concreta applicazione, essere oggetto di un procedimento di bilanciamento. A tal proposito Alexy<sup>42</sup> afferma l'esistenza di uno stretto legame tra teoria dei principi e principio di proporzionalità in quanto il carattere dei principi implica il principio di proporzionalità e quest'ultimo implica che si parli di principi. Lo stesso Alexy, nel descrivere le fasi del giudizio di proporzionalità elaborato nel corso del tempo dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, individua tre gradi o fasi. La prima fase è diretta ad individuare l'idoneità dell'azione legislativa, intesa come mezzo, rispetto ad un fine che sia considerato legittimo dall'ordinamento giuridico; la prima fase consiste cioè in un test di razionalità, che nella pratica si concreta in una verifica che la misura non sia palesemente inidonea a perseguire il fine enunciato, ma non implica che vi sia un controllo sulla ricerca di altre misure «più idonee» a perseguire il fine. Si salvaguarda, in sostanza, la discrezionalità legislativa nelle scelte da operare. La seconda fase è diretta ad accertare la necessità dell'azione legislativa per la realizzazione del fine considerato legittimo. In questo caso, posto che i principi sono precetti di ottimizzazione, il test è diretto a verificare se vi siano misure dirette ad ottimizzare un determinato principio in modo altrettanto efficace, ma meno invasivo di un altro principio confliggente. Nella sostanza il test di necessità tende a legittimare solo quelle misure attuative di principi per le quali non sia accertabile alcuna possibile alternativa meno lesiva di altri principi o diritti fondamentali (teoria del mezzo più mite).

Il principio di proporzionalità è stato adottato da tempo dalle Corti internazionali e, in particolare, dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) e la tecnica del bilanciamento è una caratteristica fondamentale dell'attività giurisdizionale della Corte EDU. In Germania, Sud Africa, Canada le Costituzioni contengono un esplicito riferimento al principio di proporzionalità. Nell'UE il principio di proporzionalità è un principio generale, espresso nell'art. 5 TUE e nel protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato ai Trattati. La Corte di Giustizia dell'UE ha spesso fatto riferimento al principio di proporzionalità nei casi in cui è stata chiamata ad effettuare un

---

<sup>41</sup> A. BARACK, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*. Cambridge, 2012.

<sup>42</sup> R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, p. 156 e ss.



bilanciamento tra diritti sociali e libertà del mercato confliggenti. Ci limitiamo a richiamare i casi Laval e Viking<sup>43</sup> nei quali la Corte di Giustizia chiamata a pronunciarsi sul conflitto tra il diritto di sciopero e le libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi tutelate dai Trattati, effettua un test di bilanciamento che pone le libertà di mercato in una posizione gerarchicamente superiore al diritto di sciopero. Il risultato è che nell'applicare il test di proporzionalità, la Corte si chiede se il sindacato “non disponesse di altri mezzi, meno restrittivi della libertà di stabilimento, per condurre a buon fine il negoziato collettivo avviato con la Viking e, dall'altro lato, se detto sindacato avesse esperito tutti questi mezzi prima di avviare l'azione in questione” esplicitando, in tal modo, il convincimento secondo il quale è in relazione alla libertà di stabilimento che deve essere ricercato il mezzo più mite e meno restrittivo dei diritti fondamentali e non in relazione al diritto di sciopero<sup>44</sup>. A conclusioni simili la Corte giunge anche nella sentenza Laval, partendo dal presupposto che l'azione collettiva sia un ostacolo alla libera prestazione dei servizi, che non può essere giustificato alla luce dell'obiettivo di garantire ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale condizioni di lavoro e di occupazione di un certo livello<sup>45</sup>. Indubbiamente i casi Laval e Viking mostrano che, sebbene non sia esente da critiche il modo in cui la Corte ha effettuato il test di proporzionalità<sup>46</sup>, non si possa abbandonare tale tecnica giurisprudenziale, fondamentale in ordinamenti giuridici complessi come quello dell'UE, nei quali il bilanciamento tra diritti non può essere determinato una volta per tutte in norme di *hard law*, ma vada ricercato attraverso l'interpretazione giudiziale in grado di adattarsi alla complessità. Sebbene il bilanciamento tra diritti contrapposti non abbia esiti predeterminati, occorre difendere l'idea di un diritto del lavoro ragionevole che faccia dell'argomentazione e del bilanciamento il suo tratto distintivo. Si vuole, in questo senso, difendere l'idea di un diritto del lavoro come argomentazione, nel quale siano sempre esposte le ragioni che hanno portato ad un determinato equilibrio tra interessi contrapposti.

La portata del richiamo al principio di proporzionalità nella Proposta di Regolamento sull'IA, apre spazi di indeterminatezza circa l'effettiva portata del dettato normativo, in quanto ulteriori limiti all'uso dell'IA nei sistemi ad alto rischio, come nel caso dei rapporti di lavoro, esistenti negli ordinamenti giuridici nazionali, sarebbero soggetti ad un giudizio di proporzionalità, senza esiti predeterminati. La finalità tipica del diritto del lavoro della protezione dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, compreso il diritto a

---

<sup>43</sup> Corte di Giustizia dell'UE, sentenza 11 Dicembre 2007, C- 438/05, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v. Viking Line*, punto 87. Per un commento critico si veda, M.L. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e Diritto*, 2008, p. 371 e ss.

<sup>44</sup> A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, in *LD*, 2008, p. 63 e ss.

<sup>45</sup> Corte di Giustizia dell'UE, sentenza 18 Dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet and others*, punti 107 e 108.

<sup>46</sup> N. HÖS, *The Principle of Proportionality in Viking and Laval. - An Appropriate Standard of Judicial Review?*, 1 EUR. *European Labour Law Journal*. 2010, p. 236 e ss.

non essere discriminati sulla base di fattori vietati, dovrebbe essere bilanciata con la finalità di garantire un mercato interno dei sistemi di IA. A fronte di questo rischio regolativo, tuttavia, si deve sottolineare che tale metodo consente le flessibilità e l'adattabilità necessaria ad una realtà in rapidissima evoluzione.

## 6. La prospettiva del rischio nelle discriminazioni algoritmiche

L'ampiezza del management algoritmico nel rapporto di lavoro comporta una serie di implicazioni rilevanti relativamente alla ridefinizione delle tecniche giuridiche di limitazione dei poteri datoriali di controllo e sanzionatori, nell'ambito dell'esercizio dei quali aumenta in modo significativo il rischio di discriminazioni. Nell'assunzione di decisioni, infatti, i datori di lavoro non possono tenere conto di quei fattori che sono vietati dalle norme antidiscriminatorie, ma quando tali decisioni sono automatizzate, in quanto assistite o gestite interamente da algoritmi, il quadro regolativo esistente potrebbe non essere sufficiente ad evitare che quei fattori vietati costituiscano delle distorsioni statistiche (*bias*)<sup>47</sup>.

Adottare la prospettiva delle discriminazioni come rischi connessi all'esercizio dei poteri datoriali attraverso l'uso di algoritmi, consentirebbe da un lato di evidenziare il potenziale lesivo della dignità delle persone dell'uso degli algoritmi nell'esercizio dei poteri datoriali e, da un altro lato, di affermare la necessità di introdurre tecniche regolative tipicamente utilizzate nella gestione del rischio nei luoghi di lavoro.

La proposta del Regolamento dell'UE sull'IA adotta la prospettiva del rischio accettando il presupposto che l'uso dell'IA possa determinare rischi per i diritti fondamentali, compreso il rischio di discriminazioni fondate sui fattori vietati dalla legge.

Si dichiara, infatti, che l'obiettivo è quello di stabilire una solida metodologia per la gestione dei rischi impiegata per definire i sistemi di IA "ad alto rischio" che pongono rischi significativi per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali delle persone.

La proposta di Regolamento in questione è un atto regolativo di portata generale e, sebbene vi si trovino ampi riferimenti, non è destinato a regolare in modo specifico l'ambito dei rapporti di lavoro, il suo impatto deriva, tuttavia, dal fatto che si inserisce in un contesto normativo complesso che comprende non solo il succitato GDPR, ma anche la legislazione in materia di parità e divieti di discriminazione di cui esplicitamente intende integrare i contenuti<sup>48</sup>.

In materia di divieti di discriminazione la proposta di Regolamento sull'IA stabilisce "requisiti specifici che mirano a ridurre al minimo il rischio di discriminazione algoritmica, in particolare in relazione alla

---

<sup>47</sup> FRA (European Agency for Fundamental Rights), *Bias in Algorithms – Artificial Intelligence and Discrimination*, Vienna, 2022, p. 7 e ss.;

<sup>48</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, cit. p. 4

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<sup>49</sup>. Si tratta, a nostro avviso, di un'integrazione non da poco, che modifica la stessa concezione, nonché l'approccio regolativo, del legislatore europeo relativamente alle discriminazioni concepite come rischi.

Innanzitutto, occorre soffermarsi sul radicale cambiamento di prospettiva derivante dall'obiettivo dichiarato di volere introdurre requisiti specifici che mirano a ridurre al minimo il rischio di discriminazioni.

Tradizionalmente, infatti, la logica sottesa alla legislazione in materia di discriminazioni, è sempre stata, in virtù della loro antiggiuridicità, quella di prevedere divieti di discriminazione contenuti in norme imperative, spesso assistite dalla nullità degli atti o patti contrari o da sanzioni equivalenti. Nell'ordinamento italiano basta citare, a tal proposito, il modello regolativo dell'art. 15 Statuto dei Lavoratori. Anche la legislazione europea antidiscriminatoria si è formata sullo stesso modello dei divieti: ad es. gli articoli 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vietano anch'essi qualsiasi discriminazione fondata su una serie di fattori; si vedano ancora gli art. 4 e 5 della Direttiva di rifusione 54/2006/CE riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego. In questo caso, a fronte del divieto assoluto di discriminazione, correttamente, il legislatore comunitario non impone agli Stati membri l'applicazione di un unico modello di sanzione (come la nullità) in caso di violazione dei divieti di discriminazione, ma richiede che le sanzioni siano efficaci e dissuasive e che gli Stati “garantiscono a una persona lesa a causa di una discriminazione fondata sul sesso, un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, da essi stessi stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito” (art. 18).

La proposta di Regolamento sull'IA adotta una diversa prospettiva quando nell'introduzione si afferma l'obiettivo di “ridurre al minimo il rischio di discriminazioni”: si ammette che, specialmente in alcuni settori, la probabilità che i sistemi di IA possano produrre discriminazioni è più elevata che in altri ed occorre, in questi casi, adottare una tecnica di gestione dei rischi basata sulla loro valutazione, sul calcolo della probabilità dell'evento, nonché sulla gravità dell'impatto negativo sui diritti e le libertà delle persone. Il *considerando* 35 della proposta indica come ad alto rischio i sistemi di IA utilizzati “ nell'istruzione o nella formazione professionale, in particolare per determinare l'accesso o l'assegnazione di persone agli istituti di istruzione e formazione professionale o per valutare le persone che svolgono prove come parte o presupposto della loro istruzione”, infatti “Se progettati e utilizzati in modo inadeguato, tali sistemi

---

<sup>49</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, cit. §1.2, p. 4

possono violare il diritto all'istruzione e alla formazione, nonché il diritto alla non discriminazione, e perpetuare modelli storici di discriminazione". Allo stesso modo il *considerando* 36 indica come ad alto rischio i sistemi di IA utilizzati "nel settore dell'occupazione, nella gestione dei lavoratori e nell'accesso al lavoro autonomo, in particolare per l'assunzione e la selezione delle persone, per l'adozione di decisioni in materia di promozione e cessazione del rapporto di lavoro, nonché per l'assegnazione dei compiti, per il monitoraggio o la valutazione delle persone nei rapporti contrattuali legati al lavoro". Il rischio di discriminazioni algoritmiche in questi casi è elevato in quanto "Durante tutto il processo di assunzione, nonché ai fini della valutazione e della promozione delle persone o del proseguimento dei rapporti contrattuali legati al lavoro, tali sistemi possono perpetuare modelli storici di discriminazione, ad esempio nei confronti delle donne, di talune fasce di età, delle persone con disabilità o delle persone aventi determinate origini razziali o etniche o un determinato orientamento sessuale".

Nell'indicare i "requisiti specifici" che mirano a ridurre al minimo il rischio di discriminazione algoritmica da parte dei fornitori, la proposta di Regolamento individua prima di tutto la qualità dei set di dati utilizzati, la documentazione tecnica e la conservazione delle registrazioni, la trasparenza e la fornitura di informazioni agli utenti, la sorveglianza umana e la robustezza, l'accuratezza e la cibersicurezza (considerando 43 della Proposta di Regolamento). In particolare, la questione della qualità del set di dati di addestramento degli algoritmi appare tra le più rilevanti ai fini della riduzione dei rischi di discriminazione. Tuttavia, le indicazioni contenute nella proposta di Regolamento sull'IA appaiono da sole insufficienti per garantire efficaci misure preventive contro i rischi di discriminazione. Vale la pena sottolineare, inoltre che l'adozione di tali requisiti specifici al fine di garantire che il sistema di IA ad alto rischio funzioni come previsto e che non diventi fonte di una discriminazione vietata dal diritto dell'Unione Europea, è riferibile ai fornitori di sistemi di IA e, a certe condizioni agli utenti, come i datori di lavoro. E' necessario, dunque, al fine di ricostruire i confini del sistema di prevenzione dei rischi di discriminazione nei luoghi di lavoro fare riferimento al complesso di norme contenute sia nel GDPR che nella proposta di direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali. Infatti, in quest'ultima si afferma che le piattaforme di lavoro digitali, possono essere sia utenti che fornitori di sistemi di IA ad alto rischio. In quanto utenti devono avere accesso alle informazioni di cui hanno bisogno per utilizzare il sistema in modo lecito e responsabile. Nei casi in cui le piattaforme di lavoro digitali sono, invece, fornitori di sistemi di IA ad alto rischio, esse dovranno sottoporre a prova e documentare adeguatamente i loro sistemi<sup>50</sup> secondo quanto previsto dalla proposta di Regolamento sull'IA.

---

<sup>50</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali, p. 8

Si è detto che la questione della qualità dei dati utilizzati per l'addestramento dell'algoritmi nei sistemi di IA è tra le più rilevanti: nel set dei dati, infatti, si nascondono i bias che riproducono le discriminazioni<sup>51</sup>. Occorrerebbe garantire che già nella selezione dei dati di addestramento sia assicurato il principio di eguaglianza in relazione ai fini perseguiti dalla norma, da parte del sistema di IA che “serve” l'attuazione di tali fini: uno stesso set di dati, infatti, potrebbe essere utilizzato dal sistema di IA per attuare diverse finalità indicate da altre norme e, come noto, la declinazione del principio di eguaglianza esige che situazioni diverse siano trattate in modo diverso. Pertanto, i trattamenti differenziati derivanti dall'utilizzo di un determinato set di dati da parte di un sistema di AI possono risultare trattamenti differenziati legittimi, in quanto attuativi del principio di eguaglianza sulla base delle finalità indicate da una norma, mentre dall'utilizzo dello stesso set di dati da parte dello stesso sistema di IA, per finalità diverse indicate da un'altra norma, può derivare una violazione del principio di eguaglianza. La difficoltà di assicurare la neutralità dei dati implica, dunque, la necessità di un controllo *ex ante* della qualità dei dati in relazione all'uso del sistema di IA in conformità alla finalità indicata dalla norma, oltre che di un controllo *ex post* sull'effettivo risultato dell'operazione condotta dal sistema di IA per accertare l'eventuale violazione del principio di parità. In ogni caso, come correttamente chiarito dalla dottrina, il diritto antidiscriminatorio ha già raffinati strumenti teorici che consentono di colpire le discriminazioni anche quando queste sono attuate attraverso strumenti atipici (come gli algoritmi) e sono di tipo strutturale o sistemico<sup>52</sup>. Nel noto caso dell'algoritmo Franck, il giudice<sup>53</sup> rileva l'esistenza di una discriminazione indiretta perpetuata dall'algoritmo della piattaforma Deliveroo e, in ragione della qualificazione della discriminazione come indiretta, infatti, applica il test di proporzionalità diretto a valutare l'eventuale legittimità di giustificazioni. Indipendentemente dalla correttezza delle conclusioni del giudice (che accerta l'esistenza della discriminazione) appare stimolante, e meritevole di approfondimento, la domanda posta dalla dottrina se per le discriminazioni algoritmiche sia ancora valida la distinzione tra discriminazioni dirette e indirette<sup>54</sup>. L'interrogativo deriva dalla difficoltà di individuare, specie nei sistemi di *machine learning*, una decisione consapevole di assicurare un trattamento meno favorevole da parte dell'algoritmo nei confronti di un singolo o di un gruppo, che si fondi sui fattori vietati. In effetti gli algoritmi possono utilizzare dati che non si riferiscono direttamente ai fattori vietati (come il sesso o l'appartenenza sindacale) ma ad elementi

---

<sup>51</sup>FRA (European Agency for Fundamental Rights), *Bias in Algorithms – Artificial Intelligence and Discrimination*, cit., p. 7 e ss.; J. AJUNWA, *Automated Employment Discrimination*, in Harvard Law and Technology Journal, n. 34, 2021; S. FERNANDEZ SANCHEZ, *Discriminazione e algoritmo*, in P.LOI (a cura di) *Il lavoro attraverso piattaforme digitali tra rischi e opportunità*, Napoli, 2021, p. 185 e ss.; T. REVA, *Algorithmic Discrimination in the Labour Field. A comparative analysis between the Russian Federation and European Union non-discrimination Law*, in P.LOI (a cura di) *Il lavoro attraverso piattaforme digitali tra rischi e opportunità*, Napoli, 2021, p. 215 e ss.

<sup>52</sup> M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in Labour Law § Issues, Vol. 7, No. 1, 2021, p. 9.

<sup>53</sup> Tribunale Bologna, Ordinanza del 31/12/2020

<sup>54</sup> M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., p. 12

che dal punto di vista statistico sono associati ai fattori vietati (*proxy*) attuando forme di discriminazione statistica. Questo tipo di discriminazioni, secondo alcuni, sarebbero forme di discriminazioni più accettabili in quanto dotate di maggior razionalità rispetto alle discriminazioni fondate sui pregiudizi<sup>55</sup>, ma anche quando la statistica presenta dati accurati, ci si chiede se sia giusto trattare gli individui come appartenenti ad un gruppo che statisticamente presenta determinate caratteristiche e non come individui<sup>56</sup>. Le discriminazioni statistiche sono qualificate sia come dirette che indirette<sup>57</sup>, per cui una soluzione potrebbe essere quella di ridefinire la tassonomia delle discriminazioni<sup>58</sup>. Riteniamo, tuttavia, che la prospettiva del rischio nel caso delle discriminazioni attuate dai sistemi di IA offra già un valido approccio, che potrebbe rafforzare la tutela contro le discriminazioni algoritmiche, in quanto adotta una logica preventiva e di minimizzazione delle probabilità di verifica delle stesse. I datori di lavoro potrebbero, pertanto, essere soggetti a sanzioni non solo quando le discriminazioni sono accertate in giudizio, ma anche in una fase precedente alla discriminazione stessa, in quanto non abbiano adottato le misure di valutazione dei rischi di discriminazione e di prevenzione e minimizzazione degli stessi rischi.

---

<sup>55</sup> E. CONSIGLIO, *Che cosa è la discriminazione? Un'introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio*, Torino, 2020, p. 117

<sup>56</sup> E. CONSIGLIO, *Che cosa è la discriminazione? Un'introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio*, cit. p. 118

<sup>57</sup> K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, Oxford, 2013, p. 85 e ss.

<sup>58</sup> R. XENIDIS, *Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience*, in *Maastricht Law Journal of European and Comparative Law*, 2020, vol. 27, p. 736 ss.