



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**“La nave deve navigare”.
Rischio e responsabilità
al tempo dell’impresa digitale**

MARZIA BARBERA
Università di Brescia

vol. 9, no. 2, 2023

ISSN: 2421-2695





“La nave deve navigare”. Rischio e responsabilità al tempo dell’impresa digitale

MARZIA BARBERA

Università di Brescia

già Ordinaria di Diritto del Lavoro

marzia.barbera@unibs.it

ABSTRACT

The essay explores how the digital revolution has put the issue of risk and responsibility back at the center of labour law and analyses the tools through which the law can govern possible advantages and potential risks connected to digital technology applied to human work, as well as assign liability for damages. The new risk-based legal approaches are compared with traditional protection techniques and with other models of responsibility, in search of a new measure of the socially and ethically acceptable risks of AI.

Keywords: risk; responsibility; digital enterprise; digital work.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/18693>

“La nave deve navigare”. **Rischio e responsabilità al tempo dell’impresa digitale**

La domanda cruciale non è se consentire attività rischiose, visto che ogni società accetta un certo numero di incidenti, ma di decidere la misura di essi.
Guido Calabresi

The technology is put out there, and as the system interacts with humankind, its developers wait to see what happens and make adjustments based on that. We would never, as a collective, accept this kind of mindset in any other industrial field.
Valérie Pisano, Mila –
Quebec Artificial Intelligence Institute

SOMMARIO: 1. Il riproporsi del problema del rischio e della responsabilità e lo sperimentalismo del diritto del lavoro digitale. - 2. L’approccio “risk based”. - 3. Cosa c’è di nuovo nell’approccio alla gestione del rischio digitale. - 4. “La nave deve navigare”. La logica anticipatoria “risk based” e quella del principio di precauzione. - 5. L’impresa in quanto attore sociale e in quanto attore politico.

1. Il riproporsi del problema del rischio e della responsabilità e lo sperimentalismo del diritto del lavoro digitale

L’innovazione digitale ha rimesso al centro del diritto del lavoro la questione del rischio e della responsabilità e, più precisamente, di come il diritto possa governare i possibili vantaggi e i potenziali rischi connessi alla tecnologia digitale applicata al lavoro umano e a chi assegnare la responsabilità del verificarsi di un danno.

Era già accaduto al tempo dell’affermarsi, con l’automazione introdotta dalla rivoluzione industriale, dell’altra grande “general purpose technology” (GPT)⁽¹⁾ che aveva permeato tutti i rami dell’economia e alterato drasticamente le strutture economiche e sociali. Ci si potrebbe chiedere, perfino, se siamo di fronte oggi ad un’altra “rivoluzione prometeica”⁽²⁾. Quella passata comportò effetti combinati in tutti i settori della vita umana, compreso il diritto. Se, fino a quel momento, per lo stato liberale era stato il contratto a giocare una funzione di gestione del rischio secondo la logica propria

⁽¹⁾ Sui caratteri di GPT della rivoluzione digitale v. A. Quarta - G. Smorto, *Diritto privato dei mercati digitali*, Mondadori Education, 2020, 1.

⁽²⁾ Georgescu Roegen, ispirandosi a Schumpeter, sostiene che la tecnologia non procede in modo continuo ma a fasi, con la comparsa di innovazioni che segnano una nuova fase. Definisce “prometeiche” le innovazioni capaci di produrre salti di scala, tali da dare luogo a una nuova fase con caratteristiche differenti, destinata a prolungarsi nel tempo (cfr. *L’economia come estensione della biologia*, conferenza tenuta a Firenze il 14 dicembre 1974, in occasione del conferimento della laurea *honoris causa*).

dell'individualismo proprietario (una regola volontariamente fissata a priori e volta ad assicurare condizioni di certezza al verificarsi di ciascuna evenienza), per il sopravveniente stato sociale fu il diritto del lavoro a rispondere all'esigenza di redistribuire dai lavoratori ai datori di lavoro o alla collettività i rischi nascenti dalla forza distruttrice dell'avvento delle macchine. Prima il legislatore e poi la contrattazione collettiva stabilirono, attraverso il diritto della sicurezza sociale, la definizione della figura contrattuale del lavoratore subordinato⁽³⁾ e le norme collettive, quali rischi fossero socialmente tollerabili e quali no, sancendo sia regole flessibili che divieti inderogabili.

Anche il sistema della responsabilità civile inizialmente identificato come modello di riferimento della produzione industriale di massa da posizioni favorevoli agli interessi dell'industria, che prevedeva la responsabilità per colpa e l'irresponsabilità per fatto altrui, cedette di fronte allo *shock* della rivoluzione industriale e all'aumentare dei danni causati dalle macchine, portando a un allargamento del regime privato della responsabilità attraverso il criterio di imputazione della responsabilità oggettiva, nonché a regimi pubblici obbligatori di assicurazione⁽⁴⁾.

Allora fu lo Stato a farsi garante di un principio di responsabilità basato sull'adozione dei criteri di vantaggio e controllo come criteri che innescano la responsabilità: è da considerarsi responsabile chi ha esposto altri ai rischi di un'attività di cui ha beneficiato e che era sotto il suo dominio. Volendo adottare l'ottica dell'analisi economica del diritto, potrebbe dirsi che il regime della responsabilità oggettiva per rischio di impresa abbia svolto una precisa funzione economica, quale incentivo alla riduzione del rischio al minimo compatibile con l'esercizio dell'attività di impresa, inducendo l'imprenditore all'adozione di tutte le misure idonee a contenere il rischio e ad evitare una perdita complessiva di utilità⁽⁵⁾.

Analoghi problemi di regolazione tornano a riproporsi oggi, ma questa volta pare che il movimento sia, all'opposto, quello di un ritorno alla responsabilità per colpa.

Agli inizi dell'invenzione della rete si era diffusa, in realtà, la convinzione di una sua sostanziale ingovernabilità da parte del diritto, dovuta all'intrinseca refrattarietà dello spazio virtuale a limiti etero-imposti. Erano la segretezza e l'anonimato dello spazio digitale a rendere difficile o impossibile indentificare i destinatari delle regole e i luoghi della loro applicazione. Per altro verso, la sfera digitale era vista come un dominio di libertà, in cui gli individui erano in grado di sottrarsi ai poteri pubblici e privati. Questo convincimento, in parte di natura ideologica, ha dovuto cedere di fronte ai mutamenti intervenuti nella stessa struttura della rete che hanno portato a molteplici sistemi di riconoscimento e localizzazione degli utenti, sotto la spinta di ragioni di profitto

⁽³⁾ Richiamando quanto si diceva prima circa il diritto del lavoro come meccanismo di distribuzione del rischio, la scelta di uno schema contrattuale piuttosto che un altro può già considerarsi come l'adozione di una data modalità di ripartizione del rischio.

⁽⁴⁾ Cfr. A. Supiot, *La sovranità del limite*, Mimesis Ed., 2020, 118.

⁽⁵⁾ P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, 1961.

economico degli attori privati e di ragioni di sicurezza e sorveglianza degli attori pubblici. Si è così compreso che anche l’innovazione digitale era regolabile, sia attraverso lo stesso strumento tecnologico (si pensi ai meccanismi che regolano l’accesso a un portale o a un sito), che attraverso norme giuridiche ⁽⁶⁾.

Tuttavia, per il diritto del lavoro governare l’innovazione digitale non si è rivelato un compito facile. Strumenti e tecniche tradizionali hanno faticato, anzitutto, a stabilire se si fosse a meno in presenza della fattispecie tipica del lavoro subordinato (problema certo non nuovo e non riferibile solo al lavoro digitale, ma che qui appare con una frequenza che può considerarsi tipica) e, poi, a limitare forme di esercizio digitale del potere datoriale che si presentano opache e poco decifrabili in relazione a molte tipologie di lavoro (si pensi alla gestione algoritmica delle condizioni di lavoro o all’acquisizione di dati del lavoratore ai più diversi fini, produttivi o di controllo).

Le tecniche giuridiche con le quali si sono affrontati questi dilemmi regolativi sono state tecniche flessibili e articolate, sulla linea di uno sperimentalismo e di un approccio di tipo “rimediale” che hanno portato ad adottare strumenti di tutela diversi e interventi di natura ibrida. Mi riferisco qui soprattutto al ruolo giocato dalla legge e dall’autoregolazione privata. A tutt’oggi, infatti, il ruolo della contrattazione collettiva appare piuttosto limitato, sia per le difficoltà di organizzare la rappresentanza di una forza lavoro dispersa e difficilmente mobilitabile in forme tradizionali ⁽⁷⁾, sia per il conflitto che si è determinato, a livello europeo, fra diritto della concorrenza e autotutela dei lavoratori autonomi, (o considerati autonomi) compresi i lavoratori digitali. Anche qui, peraltro, secondo una recente lettura data della vicenda, il diritto euro unitario avrebbe adottato soluzioni di tipo “rimediale” ⁽⁸⁾.

Partendo dal problema della qualificazione del rapporto di lavoro, la presenza nel nostro ordinamento, in riferimento al lavoro digitale, di quattro distinte figure contrattuali (il cd. lavoro agile, qualificato come lavoro subordinato; il lavoro autonomo eterorganizzato; il lavoro autonomo coordinato; il lavoro autonomo economicamente dipendente) in riferimento a profili professionali spesso contigui conferma, sul piano regolativo, quell’osmosi fra lavoro subordinato e autonomo già osservata sul piano fattuale. Quanto alla giurisprudenza, dopo aver inizialmente riproposto gli schemi collaudati della tecnica tradizionale della sussunzione e averne sperimentato l’inefficienza regolativa, ha cominciato a sfruttare le nuove risorse normative offerte dalla legislazione più recente, senza rinunciare ad esercitare una funzione di selezione delle tutele applicabili, resa possibile dall’adesione alla teoria del *tertium genus*, nonché a far uso di risorse di tipo sistemico in tema di interpretazione. Si consideri, ad esempio,

⁽⁶⁾ A. Quarta - G. Smorto, *cit.*, 53-54.

⁽⁷⁾ V. però sulle nuove forme di autorganizzazione e azione collettiva J.M. Miranda Boto - E. Brameshuber - P. Loi - L. Ratti (a cura di), *Contrattazione collettiva e gig economy*, Giappichelli, 2022.

⁽⁸⁾ Cfr. M. Pallini, *L’approccio “rimediale” della Commissione UE alla tutela del diritto di contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi*, LDE, 2023.

la posizione interpretativa adottata dalla Cassazione (sent. n. 1663/2020) a proposito della qualificazione dei lavoratori su piattaforma là dove ha sostenuto che – pur senza tendere all’esatta individuazione del tipo legale – è sufficiente accertare alcuni elementi fattuali e le modalità di svolgimento della prestazione organizzata da altri per riconoscere le garanzie lavoristiche.

La stessa osmosi di tecniche giuridiche diverse si riproduce a proposito della regolazione delle condizioni di lavoro. Ciò è il frutto dell’integrazione fra diritto del lavoro e normative non lavoristiche, a partire dalle disposizioni che recepiscono il Regolamento UE 2016/9 sulla privacy (GDPR), di cui vengono “introiettati” i principi generali di trasparenza, limitazione delle finalità, minimizzazione del rischio e responsabilizzazione ⁽⁹⁾.

Quanto alle tecniche operative, esse vengono spesso importate dalle procedure gestionali di *risk management*. Si tratta di processi e metodi di valutazione e gestione del rischio che nascono negli Stati Uniti fra gli anni ‘40 e ‘50, volte a pianificare le attività necessarie alla riduzione del potenziale impatto negativo che variabili interne o esterne all’organizzazione hanno sul conseguimento di obiettivi dati. Una loro particolare applicazione è quella della gestione delle organizzazioni produttive (un esempio ben conosciuto ai giuslavoristi è quello della valutazione e gestione dei rischi per la salute e sicurezza sul lavoro). Come è facilmente intuibile, cruciale nella definizione e gestione del rischio sono le conseguenze dell’attività dell’impresa in relazione ai valori e agli obiettivi di riferimento, che possono essere unicamente di tipo economico o anche di tipo sociale e valoriale.

Le tendenze fin qui descritte hanno origine o tendono a riprodursi a livello europeo, anche nelle proposte di normazione più recenti. Così, nella Proposta di direttiva relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme presentata dalla Commissione europea il 9 dicembre 2021, il ricorso allo strumento della presunzione legale (di subordinazione) ai fini della qualificazione della natura del rapporto, che riproduce la classica impostazione binaria autonomia/subordinazione, si accompagna alla presenza di forme di tutela delle condizioni di lavoro che non distinguono fra la natura subordinata o autonoma del rapporto di lavoro e che stabiliscono obblighi di trasparenza e informazione preventiva, leggibilità delle decisioni automatizzate, periodico monitoraggio umano dei sistemi automatizzati, riesame umano e correzione degli effetti dei sistemi algoritmici, desunti dal Regolamento europeo in materia di *privacy*⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ L. Zappalà, voce *Algoritmo*, in S. Borelli - V. Brino - C. Faleri - L. Lazzeroni - L. Tebano - L. Zappalà, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli, 2022, 20.

⁽¹⁰⁾ Alcuni di questi obblighi sono stati anticipati nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 104/2022, di recepimento della direttiva 2029/1152 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili che stabilisce specifici obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati,

Ne risulta, per ritornare alle considerazioni iniziali, che, per quanto il diritto del lavoro digitale appaia come una sorta di *puzzle* in costruzione, esso presenta già una caratteristica peculiare, che è quella di mutuare, per necessità ma anche per scelta, principi e norme derivanti da complessi normativi non lavoristici, in parte derivanti da regole europee di armonizzazione funzionali alla creazione del mercato unico e alla promozione di un modello commerciale per la condivisione e l’intermediazione dei dati⁽¹¹⁾, in parte già utilizzati in passato ma in combinazione con garanzie di matrice lavoristica (si pensi alla normativa sulla sicurezza sul lavoro o sulla *privacy*) e di affidare la gestione del rischio tecnologico alle pratiche aziendali di *risk-management*. A ciò si aggiunge la presenza di un’intensa attività di auto-regolazione, sotto forma di codici di condotta adottati su base volontaria dalle imprese.

Si tratta di scelte regolative di natura politica, come accade ogni volta che si deve decidere quali regole di sicurezza stabilire e, come si è detto, su questa strada si procede con un certo sperimentalismo. È possibile però che ciò sia dovuto a una ragione che non è solo politica ma anche etica, e cioè che ancora non si sia deciso, collettivamente, quale prezzo siamo disposti a pagare per aver accettato, una volta di più, quello che Calabresi ha chiamato “il dono dello spirito maligno”⁽¹²⁾. Come osserva la studiosa di IA citata in premessa, si tratta di un atteggiamento “*wait and see*” che non accetteremmo in nessun altro campo di attività economica. Che ciò avvenga quando si ha a che fare con l’IA fa pensare che non vi sia ancora piena consapevolezza di quanto è in gioco e dell’effettiva portata dei rischi tecnologici.

2. L’approccio “risk based”

Si è appena detto che il diritto del lavoro digitale si presenta come una regolazione di natura prevalentemente “risk-based”. Come si accennava all’inizio, il rischio non è certo una categoria nuova per il diritto del lavoro. L’intero diritto del lavoro può essere letto come un meccanismo di redistribuzione dei rischi di mercato e dei rischi sociali⁽¹³⁾. In passato, inoltre, si sono sperimentate specifiche forme di *risk management* in materia di salute e sicurezza, associate però a una dettagliata disciplina di obblighi che l’impresa deve rispettare⁽¹⁴⁾ e, nel sistema domestico, a una norma di chiusura quale l’art. 2087 c.c.

applicabile anche ai lavoratori autonomi autorganizzati ed eterorganizzati (v. A. Zilli, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini Ed., 2022, 143 ss.).

⁽¹¹⁾ L’armonizzazione delle regole europee, è stato osservato, è stata funzionale finora anzitutto alla creazione del mercato unico e alla promozione di un modello commerciale per la condivisione e l’intermediazione dei dati (cfr. P. Tullini, *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, LLI, 2022, 46).

⁽¹²⁾ G. Calabresi, *Il dono dello spirito maligno*, Giuffrè, 1996.

⁽¹³⁾ Si veda, in questo senso, P. Loi, *La sicurezza. Diritto e fondamento dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, 2000.

⁽¹⁴⁾ Cfr. S. Borelli - D. Izzi, *L’impresa tra strategie di due diligence e responsabilità*, RGL, 2021, 553 ss.

Tuttavia, sono nuovi (o in parte nuovi) alcuni elementi che provo ad enumerare: l’adozione di una concezione graduata di rischio; la distribuzione del rischio fra le due parti del rapporto piuttosto che l’attribuzione a quella economicamente più forte; l’affidamento della gestione del rischio a un’auto-regolazione di natura privata, di carattere prevalentemente procedurale, di natura flessibile e dagli esiti aperti.

Questo approccio è particolarmente evidente nella “*pyramid of criticality*” adottata dalla Proposta di regolamento sull’IA (da ora, il Regolamento)⁽¹⁵⁾, che differenzia fra un livello di “basso rischio”, in cui non si applica nessuna limitazione all’uso degli strumenti tecnologici; un livello di “rischio limitato”, in cui vigono soltanto obblighi di trasparenza; un livello di “alto rischio” a cui corrisponde una serie di restrizioni più o meno rigorose; infine, in cima alla piramide, un livello di “rischi inaccettabili” che il sistema vieta tassativamente di assumere (es. la messa in servizio o l’uso di un sistema di IA che sfrutta le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all’età o alla disabilità fisica o mentale).

Facendo un parallelo con le tecniche di regolazione tradizionali, potrebbe dirsi che il primo livello corrisponde ad un’area in cui nessun vincolo è posto all’autonomia privata, salva, ovviamente, la possibilità dell’insorgere *ex post* di una responsabilità aquiliana; il secondo, a vincoli di tipo procedurale, quale obblighi di informazione e consultazione; il terzo, a norme di tipo flessibile che non sono definite secondo l’alternativa binaria ammesso/vietato ma richiedono il bilanciamento di interessi diversi; l’ultimo, a norme di carattere tendenzialmente inderogabile.

Il Regolamento riconosce che sono “sistemi ad alto rischio” quelli 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... in quanto tali sistemi possono avere un impatto significativo sul futuro di tali persone in termini di future prospettive di carriera... perpetuare modelli storici di discriminazione... I sistemi per monitorare le prestazioni e il comportamento di tali persone possono inoltre incidere sui loro diritti in materia di protezione dei dati e vita privata». In linea con l’approccio graduato, tali sistemi di IA ad alto rischio non sono vietati sul mercato europeo, ma consentiti subordinatamente al rispetto di determinati requisiti obbligatori e a una valutazione di conformità *ex ante*.

Le procedure e gli strumenti stabiliti in proposito dal Regolamento consistono in «pratiche appropriate di *governance* e gestione dei dati»; documentazione tecnica che dimostri che il sistema è in linea con le regole, garantendo la tracciabilità del

⁽¹⁵⁾ È utile ricordare che una tecnica simile di gradazione del rischio è presente già nel Regolamento sulla *privacy*, che pone a carico del responsabile del trattamento una procedura di valutazione e gestione del rischio basata sulla gravità del rischio stesso.

funzionamento; una "sufficiente" trasparenza operativa; un'efficace supervisione umana; «un livello adeguato di accuratezza, robustezza, e sicurezza informatica». Il controllo di conformità a tali requisiti è affidato, per la maggior parte, a procedure di valutazione interne delle imprese fornitrici di un sistema di IA, da condurre prima dell'immissione nel mercato europeo, una procedura adattata dalla normativa UE sulla sicurezza dei prodotti. Solo i sistemi di IA ad alto rischio utilizzati per l'identificazione biometrica rientrano nella valutazione di conformità da parte di un "organismo notificato". Quanto ai datori di lavoro che utilizzano i sistemi (denominati, seguendo la terminologia generale dell'atto, "user", ossia persona fisica o giuridica sotto la cui autorità è utilizzato il sistema di IA), essi devono in primo luogo attenersi alle istruzioni e segnalare al fornitore/distributore qualsiasi incidente grave o malfunzionamento.

C'è da riflettere su questa forma di responsabilità del datore di lavoro in quanto "user", che pare dare per acquisito il fatto che lo stesso datore di lavoro non sia altro che un ausiliario della tecnologia. Un ruolo decisionale e una responsabilità diretta del datore di lavoro, tuttavia, riemergono quando, secondo l'art. 14, par. 2 del Regolamento, rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali si presentino nonostante un sistema di IA ad alto rischio sia utilizzato conformemente alle sue finalità, o per un uso improprio ragionevolmente prevedibile. In questi casi, l'impresa deve garantire, attraverso la sorveglianza umana, di essere in grado di decidere, in qualsiasi situazione particolare, di non usare il sistema di IA ad alto rischio o altrimenti di ignorare, annullare o ribaltare l'*output* del sistema stesso.

Si tratta di una declinazione di un principio di natura trasversale a varie discipline (in primo luogo quella relativa alla tutela dei dati personali), e cioè il principio della umanizzazione del controllo che, nella lettura di alcuni studiosi e studiosi è fonte di una serie di diritti cd. "di quarta generazione" volti a correggere l'opacità e la segretezza dei sistemi digitali⁽¹⁶⁾.

Ancora diversa è la soluzione prevista dalla Proposta di direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali che considera le piattaforme di lavoro digitali sia quali utenti, che quali fornitori di sistemi di IA ad alto rischio, valutazione che rispecchia la natura ibrida delle piattaforme, che possono essere tanto datori di lavoro che intermediari.

3. Cosa c'è di nuovo nell'approccio alla gestione del rischio digitale

Cosa differenzia l'approccio attuale dagli approcci lavoristici tradizionali? Una prima differenza mi pare consista proprio nell'assunzione *sistematica* dell'approccio della

⁽¹⁶⁾ B. Caruso - L. Zappalà, *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in R. Del Punta (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze University Press, 2022, 55; M. Peruzzi, *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio sui poteri datoriali e tecniche di tutela*, Giappichelli, 2023.

gestione del rischio che porta a una definizione modulare delle diverse ipotesi di rischio e delle condotte atte a produrli e richiede una valutazione basata sul caso concreto, che varia al variare delle circostanze.

Nel diritto del lavoro, tradizionalmente la distribuzione del rischio sociale viene regolata senza possibilità di graduazioni anzitutto attraverso la scelta del tipo contrattuale, restando poi aperta l’opzione tra il modello regolativo della norma sostanziale e quello della norma procedurale ove non si tratti di diritti considerati indisponibili e protetti da norme inderogabili.

Una seconda differenza risiede nell’individuazione del soggetto legittimato a valutare e individuare le diverse fattispecie di rischio e di condotta e ad esercitare una funzione di controllo, che, nel caso nell’approccio *risk-based* è, di norma, un attore privato che si sostituisce, in tutto o in parte⁽¹⁷⁾, al legislatore e al giudice. Tale attore può essere l’impresa stessa (optandosi così per il binomio autoregolamentazione-conseguenze reputazionali in alternativa al binomio obblighi legali-conseguenze giuridiche) o un soggetto terzo che svolge una funzione di *standard setting* di natura convenzionale⁽¹⁸⁾.

Una terza differenza consiste nel modello di responsabilità presa a riferimento: nel modello più recente è la responsabilità per colpa; in quello più risalente ad essa si associano spesso ipotesi di responsabilità oggettiva.

Naturalmente queste distinzioni fra diverse forme di regolazione non sono nette. Il diritto del lavoro conosce già una molteplicità di casi in cui le diverse tecniche sono ibridate o convivono: si è già fatto più volte l’esempio della prevenzione e gestione dei rischi legati alla salute e sicurezza sul lavoro o alla *privacy*. Tuttavia, non è indifferente che la regolazione si orienti in un senso o nell’altro, poiché le scelte regolative, come si è già osservato, sottintendono precise opzioni politiche e valoriali.

In linea generale, potrebbe dirsi che le tecniche tradizionali tendono, attraverso diritti e obblighi sia sostanziali che procedurali, o a sottrarre il lavoratore ai rischi dell’attività e ai rischi di mercato e ai costi relativi, che vengono a gravare sull’impresa in quanto soggetto dotato di maggior potere economico e di controllo, o a distribuirli in modo considerato socialmente equo fra le parti (si pensi alla disciplina dei licenziamenti). Con le tecniche attuali, il rischio d’impresa cessa di essere criterio unitario di imputazione della responsabilità del danno e si tende invece a far assumere il rischio alle due parti, distribuendolo sulla base di valutazioni *ex ante* di tipo procedurale (*risk*

⁽¹⁷⁾ Esistono, in questo caso, soluzioni più articolate, come accade nella Regolamento che vede anche l’intervento, in circostanze particolari, di organi pubblici di controllo.

⁽¹⁸⁾ Diversi organismi privati di definizione di standard di *risk management* stanno sviluppando procedure volontarie di gestione del rischio legato all’IA. I più importanti sono il NIST AI Risk Management Framework¹ e l’ISO/IEC 23894. Anche i framework di gestione del rischio aziendale esistenti, come COSO ERM 201715 sono stati applicati al contesto dell’intelligenza artificiale. Molte società di consulenza hanno inoltre pubblicato rapporti sulla gestione del rischio dell’IA (cfr. J. Schuett, *Risk Management in the Artificial Intelligence Act*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2023, 2)

assesment e planning) e rendicontazioni *ex post*, basate sulle circostanze concrete e su esercizi di bilanciamento, assumendo che ciascuna parte sia nella posizione di prendere scelte informate.

Nel Regolamento, in particolare, il bilanciamento fra interesse dell’impresa e interesse della persona è basato sul criterio della riduzione al minimo dei costi per il mercato della protezione della persona: si parla, infatti, di «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» (c.m.).

Rispetto al modello della responsabilità oggettiva, vi è uno slittamento di significato riguardo al rischio da evitare, all’oggetto dell’obbligo per il soggetto gravato dal rischio e alla connessa responsabilità. Nel campo del *risk management* l’evento da evitare non è quello idoneo a produrre un danno, quanto quello della mancata (o scarsa) capacità di anticipare e prevenire (o attenuare) un evento prevedibile e, in assenza di danni e in caso di controlli dell’autorità, quello dell’aver applicato misure di sicurezza non adeguate al rischio calcolato o del non aver saputo rendicontare la propria attività e, di conseguenza, del non essere in grado di dimostrare di aver fatto tutto il possibile per (provare a) evitare il danno. L’imprenditore, in sostanza, non è responsabile per l’effettivo verificarsi del danno, ma è responsabile per non averlo previsto e prevenuto.

Il criterio interpretativo del nesso causale è sempre *ex ante*, precede il verificarsi del danno, e non *ex post*. Il che non significa, si badi, che tale responsabilità *ex ante* si sostituisca in pieno alla responsabilità *ex post* (ciò sarebbe, dal punto di vista sistematico, impossibile); piuttosto, la prima può essere la condizione per l’istaurarsi della seconda.

Secondo il Regolamento, in sintesi, l’evento deve essere prevedibile e noto (tipici principi della responsabilità) e il controllo deve essere possibile e non eccessivamente oneroso.

4. “La nave deve navigare”. La logica anticipatoria “risk based” e quella del principio di precauzione

Scrivendo San Tommaso d’Aquino che, se lo scopo principale di un capitano fosse quello di preservare la sua nave, dovrebbe tenerla ancorata in porto per sempre: ma la nave deve navigare perché è nata per questo, e questo è il fine ultimo che deve avere anche il capitano⁽¹⁹⁾. Secondo questa prospettiva, è il capitano che decide se la nave deve navigare, perché è colui che più di altri è capace di fare la scelta migliore rispetto all’utilità di navigare, ai rischi da prendere, alle precauzioni da adottare, ai danni attesi alle persone

⁽¹⁹⁾ Citato in G. Palombella, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Ed. Dedalo, 2006, 92.

e ai beni che viaggiano sulla nave che occorrerà riparare e, in ultima istanza, perché il navigare è il suo fine ultimo.

San Tommaso pensava che fosse la società a dover in ogni caso navigare; si ha l'impressione che il legislatore europeo pensi che la nave sia il mercato e l'impresa il capitano e che questa idea ispiri in larga parte la logica anticipatoria della disciplina che si è descritta.

Ma cosa accade, invece, se il navigare o meno dovrebbe essere una scelta collettiva, se i rischi che si corrono navigando sono poco conosciuti e se si ritiene che alcuni beni, materiali e immateriali, e la stessa vita delle persone non hanno un prezzo?

In passato, in casi come questi, la logica anticipatoria non è stata quella della gestione e minimizzazione del rischio ma quella del principio di precauzione, impiegato nei campi della tutela della salute e dell'ambiente, campi in cui non sempre la scienza può dire con esattezza quali siano le attività potenzialmente dannose e viene perciò proibito non solo ciò che reca certamente danno alla salute o all'ambiente ma anche ciò che non si è certi lo recherà. Se applicato all'innovazione tecnologica, il principio di precauzione dovrebbe far sì che, innanzi a rischi non identificati e provati in modo definitivo, si adottino misure tese a prevenire rischi che sono solo potenziali o anche, nel caso che gli effetti siano irreversibili e di notevole entità, poco probabili.

Come è noto, il principio di precauzione è stato oggetto di numerose critiche da parte dei fautori dell' “innovazione senza permesso”, convinti che solo in presenza di un danno certo l'intervento sia giustificato e che, in caso contrario, bisognerebbe favorire l'innovazione tecnologica e valorizzare l'autoregolazione del mercato⁽²⁰⁾. Il Regolamento non adotta questo orientamento apertamente liberista, ma propone piuttosto un compromesso fra ragioni del mercato e diritti sociali: un “approccio proporzionato basato sul rischio prevedibile”.

Si stabilisce così una gradazione dei rischi e dei costi che implica la loro eliminazione o riduzione sulla base di una serie di considerazioni che, come si diceva prima, implicano scelte utilitaristiche ma anche scelte di tipo valoriale.

Uno di questi valori, forse il più citato, è la *dignità* della persona, da molti considerato un meta valore, non bilanciabile con altri. Solo in casi particolari, tuttavia, il principio utilitaristico che porta a valutare e bilanciare costi e benefici di una certa innovazione tecnologica cede a valutazioni relative al contrasto di una certa tecnologia o di suoi particolari impieghi con il principio della dignità. Allargando lo sguardo, è quanto avviene, ad esempio, nel campo delle biotecnologie, secondo quanto previsto dalla Direttiva europea 98/94 CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche che esclude la brevettabilità di invenzioni contrarie all'ordine pubblico

⁽²⁰⁾ Sul dibattito circa la (mancata) adozione del principio in caso di rischio tecnologico ignoto v. A. Rota, *Sicurezza*, in M. Novella - P. Tullini (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, 2022, 83 ss. Sulla compatibilità dei due approcci v. M. Peruzzi, *op. cit.*, 37.

e al buon costume (come i procedimenti di clonazione di esseri umani). Nel campo delle tecnologie digitali, il Regolamento, alla stessa stregua, vieta (salvo specifiche eccezioni) il ricorso al riconoscimento biometrico in tempo reale. Negli altri casi, come si è già anticipato, si arriva invece a un bilanciamento.

Quello che non è chiaro, tuttavia, è se, nel caso si ricorra a un bilanciamento fra libertà economica e diritti sociali, lo standard di giudizio sia da ricavare soprattutto dalle finalità generali del Regolamento, che parla della necessità di fissare limiti minimi, che non ostacolino indebitamente il mercato e che non comportino oneri sproporzionati, o se vi siano altri riferimenti normativi e altri standard di giudizio da prendere in considerazione.

Sembrerebbe pensarla nel primo senso Piera Loi, richiamando l’art. 4 dello Statuto dei lavoratori come esempio di ulteriori limiti all’uso dell’IA nei sistemi ad alto rischio, esistenti negli ordinamenti giuridici nazionali, che potrebbero essere soggetti ad un giudizio di proporzionalità ed essere considerati troppo restrittivi (in questo specifico caso perché si prevede l’intervento della PA o dei soggetti collettivi) ⁽²¹⁾.

Si tratta di un’ipotesi interpretativa che, però, pare andare contro anzitutto alle finalità del Regolamento, che sono quelle di fissare i “requisiti minimi” necessari ad affrontare i rischi connessi all’intelligenza artificiale, senza impedire forme diversificate e ulteriori di tutela a livello nazionale.

Allargando poi il discorso al rapporto con altri sottosistemi normativi di tutela, e in particolare con il diritto antidiscriminatorio, e alle conseguenze che comporta l’adozione della prospettiva del rischio anche alle discriminazioni prodotte dai sistemi di IA, la questione si fa ancora più complessa. L’ autrice prima citata sostiene che l’entrata in vigore del Regolamento potrebbe rafforzare la tutela contro le discriminazioni algoritmiche, in quanto esso comporta una logica preventiva e di minimizzazione delle probabilità del verificarsi delle stesse. I datori di lavoro potrebbero così «essere soggetti a sanzioni non solo quando le discriminazioni sono accertate in giudizio, ma anche in una fase precedente alla discriminazione stessa» ⁽²²⁾.

Su ciò si può senza dubbio concordare e va aggiunto che l’adempimento degli obblighi stabiliti *ex ante* potrebbero facilitare anche il controllo di discriminazione effettuato *ex post*, sopperendo alle difficoltà di comprendere il funzionamento dell’algoritmo e di adempiere all’onere della prova (ma occorrerebbe poi valutare cosa significhi, in concreto, il fatto che le discriminazioni sono sanzionabili in giudizio anche quando sono solo “potenziali”).

Resta, però, da vedere cosa accade quando la discriminazione si verifica effettivamente: se il test di bilanciamento sia un test dall’esito aperto ma condizionato

⁽²¹⁾ P. Loi, *Il rischio proporzionato nella Proposta di regolamento sull’IA e i suoi effetti nel rapporto di lavoro*, in *Federalismi.it*, 2023, 252.

⁽²²⁾ *Ivi*, 259.

dalle finalità e dagli strumenti indicati dal Regolamento, e in questo caso si potrebbe avere addirittura un risultato simile a quello delle sentenze *Viking* e *Laval*, si arrivi cioè a porre le libertà di mercato in una posizione gerarchicamente superiore ai diritti sociali, in questo caso al diritto a non essere discriminati; o se, invece, il bilanciamento dovrebbe svolgersi secondo i parametri di giudizio previsti dal sistema di tutela antidiscriminatoria, che guida il giudice verso una gerarchia opposta. Il fatto che il Regolamento dichiari che essa *integra* il diritto dell’Unione in vigore in materia di non discriminazione con requisiti specifici che mirano a ridurre al minimo il rischio di discriminazione algoritmica, farebbe propendere per la seconda opzione⁽²³⁾.

L’altro dei valori di riferimento del Regolamento è la *fiducia*. Gli obblighi di trasparenza e informazione tendono fondamentalmente a costruire fiducia fra gli attori del mercato, siano essi imprese e lavoratori o imprese e consumatori. Il Regolamento segnala, infatti, fra le sue priorità quella di «favorire lo sviluppo di un ecosistema di fiducia nei confronti dell’IA in Europa», di garantire che i sistemi di IA siano «sicuri e affidabili».

Tali ultime previsioni ci portano a considerare, in conclusione, quello che potrebbe essere il significato di fondo sottostante agli orientamenti *risk-based* fin qui considerati.

5. L’impresa in quanto attore sociale e in quanto attore politico

Queste nuove concezioni del rischio e della responsabilità sembrerebbero comportare una particolare idea di impresa in quanto attore sociale e in quanto attore politico.

In quanto attore sociale, l’impresa deve risultare *accountable*, affidabile: assicurare “trasparenza”, ossia garanzia della completa accessibilità alle informazioni, in primo luogo ai lavoratori, e “responsività”, ossia capacità di rendere conto agli *stakeholders* e non solo agli *shareholders* di scelte, comportamenti e azioni. L’impresa si atteggia cioè come organizzazione economico-produttiva e come collettività sociale complessa, diversa dalla persona giuridica e dalla proprietà delle azioni. Mentre la persona giuridica consente la fuga dalla responsabilità e la proprietà delle azioni richiede che si prendano in considerazione solo gli interessi degli *shareholders*, la dimensione organizzativa e sociale richiede che si prenda in considerazione il funzionamento responsabile dell’organizzazione, la creazione di fiducia e la presa in carico di interessi e scopi diversi dai puri interessi scopi economici.

⁽²³⁾ Come si legge nel testo della Proposta, il Regolamento «integra, inoltre, il diritto dell’Unione in vigore in materia di non discriminazione con requisiti specifici che mirano a ridurre al minimo il rischio di discriminazione algoritmica, in particolare in relazione alla progettazione e alla qualità dei set di dati utilizzati per lo sviluppo dei sistemi di IA, integrati con obblighi relativi alle prove, alla gestione dei rischi, alla documentazione e alla sorveglianza umana durante l’intero ciclo di vita dei sistemi di IA».

In quanto attore politico, l’impresa viene vista come entità dotata di poteri di regolazione e controllo, investita, in virtù di questo, di compiti di tutela di interessi di natura generale o universalistici propri generalmente degli attori pubblici. L’impresa diventa, così, anche il tramite dell’esercizio e della tutela di diritti della persona.

Quanto questa diversa declinazione della responsabilità dell’impresa comporti poi una modifica dei suoi scopi e della sua *governance* è una questione che esula dall’orizzonte di questo scritto, di cui ci sarà modo di parlare in altre occasioni.

Bibliografia

- Borelli S. - Izzi D., *L'impresa tra strategie di due diligence e responsabilità*, in RGL, 2021, 553 ss.
- Calabresi G., *Il dono della pisorio maligno*, Giuffrè, 1996.
- Caruso B. - Zappalà L., *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in R. Del Punta (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze, Firenze University Press, 2022, 29 ss.
- Loi P., *Il rischio proporzionato nella proposta di regolamento sull'IA e i suoi effetti nel rapporto di lavoro*, in *Federalismi.it*, 2023, 239.
- Loi P., *La sicurezza. Diritto e fondamento dei diritti nel rapporto di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2000.
- Miranda Boto J.M. - Brameshuber E. - Loi P. - Ratti L. (a cura di), *Contrattazione collettiva e gig economy*, Giappichelli, 2022.
- Quarta A. - Smorto G., *Diritto privato dei mercati digitali*, Mondadori Education, 2020.
- Pallini M., *L'approccio "rimediale" della Commissione UE alla tutela del diritto di contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi*, in *LDE*, 2023.
- Palombella G., *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Ed. Dedalo, 2006.
- Peruzzi M., *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio sui poteri datoriali e tecniche di tutela*, Giappichelli, 2023.
- Rota A., *Sicurezza*, in Novella M., Tullini P. (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, 2022, 83 ss.
- Schuett J., *Risk Management in the Artificial Intelligence Act*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2023.
- Supiot A., *La sovranità del limite*, Mimesis Ed., 2020.
- Trimarchi, P. *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, 1961.
- Tullini P., *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, in *LLI*, 2022, 46 ss.
- Zappalà L., *Voce Algoritmo*, in S.Borelli - V. Brino - C. Faleri - L. Lazzeroni - L. Tebano - L. Zappalà, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli, 2022, 17 ss.
- Zilli A., *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini Ed., 2022.