



ALMA MATER STUDIORUM  
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

## ARCHIVIO ISTITUZIONALE DELLA RICERCA

### Alma Mater Studiorum Università di Bologna Archivio istituzionale della ricerca

La questione del potere nell'impresa. Una retrospettiva lunga mezzo secolo

This is the final peer-reviewed author's accepted manuscript (postprint) of the following publication:

*Published Version:*

Tullini, P. (2021). La questione del potere nell'impresa. Una retrospettiva lunga mezzo secolo. *LAVORO E DIRITTO*, XXXV(3-4), 429-450 [10.1441/102472].

*Availability:*

This version is available at: <https://hdl.handle.net/11585/846005> since: 2022-01-17

*Published:*

DOI: <http://doi.org/10.1441/102472>

*Terms of use:*

Some rights reserved. The terms and conditions for the reuse of this version of the manuscript are specified in the publishing policy. For all terms of use and more information see the publisher's website.

This item was downloaded from IRIS Università di Bologna (<https://cris.unibo.it/>).  
When citing, please refer to the published version.

(Article begins on next page)

## La questione del potere nell'impresa. Una retrospettiva lunga mezzo secolo

di Patrizia Tullini

*Sommario:* 1. Pre e post-Statuto: il tramonto della gerarchia nell'impresa e la conformazione dei poteri datoriali attraverso il contratto di lavoro. – 2. La dottrina dei limiti delle prerogative datoriali, le tecniche di controllo e il diritto giurisprudenziale – 3. Attualità del potere nell'impresa: i processi produttivi intelligenti e la riconquista della neutralità. – 4. La dipendenza del lavoratore nell'impresa digitale: un vincolo giuridico senza esercizio del potere datoriale? – 5. I sistemi aziendali automatizzati e le risorse del diritto antidiscriminatorio.

### *1. Pre e post-Statuto: il tramonto della gerarchia nell'impresa e la conformazione dei poteri datoriali attraverso il contratto di lavoro*

Se la celebrazione del cinquantennale dello Statuto dei lavoratori deve indurre a riflettere sul passato e consentire una diagnosi del tempo presente, forse la domanda che ci dobbiamo porre è la seguente: che relazione esiste tra il diritto del lavoro vigente – la rappresentazione della sua specificità strutturale e funzionale – e il suo reale *significato*? Siamo in grado di ricostruire la trama di un'età che abbiamo salutato come l'ingresso nella modernità per rintracciarvi le fondamenta (o almeno le origini) del diritto del lavoro attuale e che, proprio per questa ragione, può essere compreso ed eventualmente messo in discussione?

Quando si allude alla comprensione critica dei significati d'un processo giuridico s'intende far riferimento all'elaborazione delle categorie che quei significati hanno incorporato e tuttora funzionano come regolatori delle condotte sociali. La domanda – siamo in grado di ricostruire il passato senza troppe falsificazioni per comprendere il significato del presente? – diventa tanto più urgente sotto il continuo incremento della contingenza.

In questo orizzonte d'indagine si colloca la questione del potere nell'impresa e dei suoi limiti: quello che la lezione di Mengoni ha definito «il tema centrale e unificante dell'intervento statutario» dal quale dipende il profilo teorico del rapporto di lavoro e la sua struttura<sup>1</sup>. Nessun dubbio sul ruolo di spartiacque della normativa statutaria - l'enfasi a questo riguardo non sarebbe fuori luogo - tuttavia al tornante del mezzo secolo vale la pena di verificare quanto sia profonda la discontinuità rispetto al passato e quanto abbiano inciso le trasformazioni economico-sociali sulla categoria giuridica del potere.

---

<sup>1</sup> Cfr. Mengoni 1985, p. 387. Va oltre Perulli (2015, p. 83), ravvisando nel tema dei poteri nell'impresa «la *raison d'être* del diritto del lavoro».

Se si assume come punto di partenza il Libro V del codice civile, non si potrà far a meno di condividere l'opinione ampiamente ricevuta secondo cui il nesso funzionale tra l'impresa e il lavoro – consolidatosi con la rappresentazione gerarchica dell'organizzazione di cui l'imprenditore è il capo (art. 2086, co. 1, c.c.) – abbia veicolato le posizioni di potere e correlativamente di soggezione come effetti *naturali* derivanti dall'inserimento del lavoratore, a prescindere dal suo consenso e da ogni tipicità normativa (Montuschi 2003, p. 323 ss.).

La disciplina statutaria - secondo la lettura corrente – avrebbe consapevolmente segnato la rottura del disegno codicistico, esplicitando l'esistenza d'un conflitto d'interessi che trova il suo principale strumento di composizione nel contratto di lavoro e riconduce i poteri datoriali dentro la matrice causale dello scambio<sup>2</sup>. Restava peraltro intatta la contraddizione che, a partire dalla base consensuale, assicurava un esercizio esclusivo e unilaterale dell'autorità nell'impresa. E infatti, l'approccio tendente a ridimensionarne l'ampiezza dentro il recinto del soddisfacimento d'un interesse creditorio s'è rivelato ben presto incapace di dar conto della realtà.

L'esperienza ha insegnato che quel nesso tra l'impresa e il lavoro, anziché arretrare, s'è piuttosto riconvertito. Sciolti da ogni dilemma circa il loro fondamento, i poteri datoriali hanno finito per appoggiarsi sull'equazione che combina legalità e legittimità: gli interessi dell'impresa si sono ri-configurati *sub specie* di presupposti oggettivi – le causali di carattere tecnico/organizzativo/produttivo - che per un verso autorizzano e, per l'altro, limitano le manifestazioni dell'autorità aziendale<sup>3</sup>. S'è avviato quel processo, ancora oggi ininterrotto, di conquista della neutralità giuridica attraverso gli imperativi della razionalità organizzativa e tecnico-tecnologica: imperativi che, nel corso del tempo, hanno guadagnato un *surplus* di determinismo e coerenza<sup>4</sup>.

La dottrina dell'epoca statutaria volle sottolineare il fatto che, consegnando allo schema contrattuale il compito di presidiare i diritti della persona che lavora, l'assetto degli interessi risultava corretto in senso paritario. In realtà, il contratto poteva fungere al più da *medium* concettuale per un'operazione di riequilibrio, in attesa d'una *Drittwirkung* ancora da realizzare.

Con il senno di poi si deve riconoscere che la grammatica negoziale ha rappresentato un'indubbia risorsa per la dottrina dei limiti dei poteri datoriali che dallo Statuto ha preso l'avvio; probabilmente, però, ha rappresentato anche un freno rispetto all'elaborazione d'una dogmatica autonoma, costringendo ad una defatigante opera di adattamento degli stilemi del diritto contrattuale per farvi rientrare ciò ch'è specifico - ideologie, interessi e tutele – di una disciplina destinata a governare i rapporti economico-sociali<sup>5</sup>. Il tempo lungo – è stato scritto – potrà dire se l'affrancamento dall'approccio contrattualista fosse una missione velleitaria, oppure si debba

---

<sup>2</sup> Cfr, ad es., Mazzotta (1994, p. 24), secondo cui il potere va regolato «*con e dentro* il contratto, con e dentro l'autonomia privata»; Id. 2020, p. 768; Voza 2020, p. 72.

<sup>3</sup> Secondo Mengoni (1985) p. 389, l'idea liberale del potere esercitato secondo razionalità «fu in larga misura accettata anche dal movimento operaio, e quindi ha operato (...) come fonte di legittimazione del potere organizzativo».

<sup>4</sup> Cfr. Irti 1992, p. 14: con lo Stato sociale, «scomparsa in apparenza la neutralità dell'economia, nasce la neutralità del potere burocratico-tecnologico». La tesi secondo cui «il principio di razionalità è immanente nell'esercizio del potere» è sostenuta da Gragnoli 2011, p. 519.

<sup>5</sup> In posizione critica cfr. Viscomi 2012, p. 485; Zoppoli 2010, p. 68.

ammettere un'inadempienza della scienza giuslavorista; nel medio termine, va preso atto che il discorso dottrinale sulla specialità della disciplina e sulla sua base costituzionale ha supplito alla mancanza di categorie ermeneutiche proprie, sebbene non sembri aver impedito la riconferma dei tradizionali assetti di potere nell'impresa<sup>6</sup>.

## *2. La dottrina dei limiti delle prerogative datoriali, le tecniche di controllo e il diritto giurisprudenziale*

A livello individuale la forza innovatrice dello Statuto s'è dispiegata soprattutto attraverso la teoria dei limiti - interni ed esterni - dei poteri nell'impresa, la cui elaborazione ha impegnato un buon tratto del mezzo secolo trascorso.

Il movimento pendolare è stato costante, in una continuazione di echi lungo una linea ininterrotta: limiti interni, di tipo causale o funzionale, si sono affermati a partire dalla fase storica antecedente allo Statuto per sopperire alla mancanza di espliciti criteri regolativi del potere datoriale. Correnti di pensiero talora sotterranee, ma durature nel tempo, hanno utilizzato concetti elastici e nozioni polisemantiche: clausole generali, correttezza e buona fede, abuso del diritto, causalità adeguata, equità, ragionevolezza, proporzionalità<sup>7</sup>. Anticipando o seguendo un analogo movimento del diritto civile, con battute d'arresto e riprese impetuose, l'impiego della variegata strumentazione si è raccolta attorno al medesimo obiettivo: introdurre un controllo più incisivo sull'esercizio del potere che non si arresti alla verifica di coerenza ma attinga al merito delle scelte in termini di giustizia sostanziale<sup>8</sup>.

Anche quando ai limiti interni si è alternata la tecnica delle causali tipiche - che implica, a prima vista, un sindacato giudiziario esterno - restano margini di scelta, zone franche e un'eccedenza di potere, oltre la soglia del rapporto di lavoro, che richiamano profili finalistici o causali. Viene da pensare che il sistema giuridico non possa rinunciare all'apertura comunicativa con l'ambiente e i suoi valori etico-sociali, pena la rigidità o l'asfissia. A patto che non si aprano facili vie di fuga: il problema, infatti, riguarda la fonte di legittimazione e l'ampiezza della «delega»<sup>9</sup> che i concetti indeterminati sembrano consegnare al giudice. Fatalmente s'introduce qui il tema - che tuttora cattura il dibattito - sulla relazione dialettica che il controllo del giudice deve intrattenere con il principio di legalità, con l'esigenza di uniformità nell'applicazione del diritto, con l'ambizione d'una (relativa) prevedibilità delle soluzioni concrete.

L'irruenza dei fattori condizionanti nello scenario globalizzato ha indebolito la dottrina dei limiti esterni e interni, eppure - per quanto possa apparire curioso - la legislazione inaugurata dal nuovo secolo non se n'è molto allontanata. Le riforme succedutesi a catena non hanno introdotto un nuovo lessico giuridico né criteri inediti

---

<sup>6</sup> Cfr. Del Punta 2008, p. 345; Del Punta, Caruso 2016, p. 661, che ritengono l'interazione col diritto comune «non sufficiente a colmare l'esigenza di una prospettiva epistemologica».

<sup>7</sup> Cfr. Perulli 2005, p. 1 ss.; Paone 2016, p. 603 ss.; Ferraro 1992, p. 167 ss. Critico Santoro Passarelli, 2016, p. 181.

<sup>8</sup> Secondo Ferraro 2011, p. 8, nelle clausole generali «il parametro legale si estrinseca nella valutazione di merito (...) il che equivale a riconoscere che legittimità e merito sono talmente intersecati da confondersi».

<sup>9</sup> Ritengono che al giudice sia attribuita un'autentica «delega»: Ferraro 2011, p. 8; Perulli 2015, p. 90; Loy 2015, p. 21.

per il controllo dell'autorità aziendale; hanno influito piuttosto sul dosaggio del garantismo per via giudiziale<sup>10</sup>. A partire dall'art. 30, co. 1, l. n. 183/2010 (che evoca esplicitamente l'«esercizio dei poteri datoriali») la direzione è stata la normalizzazione dell'attività ermeneutica: s'interviene sulla funzione del giudice per indirizzarne il procedimento logico-giuridico, prospettando un po' semplicisticamente l'antitesi tra un (corretto) sindacato di legittimità e un (ondivago) sindacato di merito sulle scelte che spettano al datore.

L'accento posto sulla neutralità del potere nell'impresa non può trascurare il fatto che la domanda di tutela non si aggira né si comprime oltre un certo livello. Ciò che il legislatore non ha saputo antivedere è che il cambio di passo della disciplina, non assistito da un tasso di significato sociale condiviso, avrebbe determinato un irrigidimento degli antagonismi. Da un lato, c'è il discorso sui valori che prende vita nella creazione giurisprudenziale e si traduce nella missione del bilanciamento degli interessi<sup>11</sup>; dall'altro lato, c'è l'invocazione della certezza e conoscibilità delle regole contro la deriva del giudice che si fa artefice del diritto.

Non sorprende che la dottrina dei limiti del potere datoriale - in certe sue espressioni - abbia decisamente spostato l'asse sulla protezione dei diritti umani, con un'impronta meta-positiva e (quasi) giusnaturalistica, che traspare dalla referenza del termine «inviolabile»<sup>12</sup>. Nella narrazione dottrinale quanto nella prassi giurisprudenziale si percepisce, talora, una sovrapposizione tra i valori (che sono irrevocabili) e i diritti soggettivi (che sono azionabili); quanto meno il *distinguo* non è sempre decifrabile. Mentre i diritti sociali - pur incorporando le posizioni giuridiche fondamentali del lavoratore - non possono sottrarsi alla storicità e alla caratteristica di essere positivizzati.

Nella prospettiva opposta, se è vero che il diritto vivente è sembrato sfociare nel soggettivismo ermeneutico e spesso ha provocato allarmi, si dovrà trovare una spiegazione - non solo nel formante giurisprudenziale, ma - nella stessa produzione legislativa. Non è raro che, anziché prescrivere il parametro da applicare, il legislatore preferisca descrivere, dettagliare e inseguire la casistica, magari con l'intento d'infrenare il ruolo valutativo del giudice, ma in tal modo rischia di sortire l'esito opposto: quello di abilitare il giudice-interprete a coltivare una libertà ancora più ampia oppure a ricercare, tra molteplici oscillazioni, i criteri/confini della norma positiva.

Non sembrano esservi molti spazi di mediazione tra le prospettive antagoniste<sup>13</sup>, se non (forse) il riscatto della dimensione di *scientificità* dell'interpretazione giuridica. Il che implica, un po' banalmente, il riconoscimento delle tradizionali capacità orientative del metodo ricostruttivo-sistematico, attraverso il quale sviluppare un approccio cognitivo della varietà casistica e le modalità argomentative per una *dimostrabilità* delle singole decisioni<sup>14</sup>. Compito dell'attività giurisprudenziale

---

<sup>10</sup> In tema v. Ballestrero 2016, p. 782 ss.; De Luca Tamajo 2016, p. 813 ss.

<sup>11</sup> Sul metodo giudiziale del bilanciamento cfr. Bavaro 2019, p. 180 ss.; Tria 2017, p. 2012 ss.

<sup>12</sup> Mengoni 1998, p. 45: l'attributo inviolabile va inteso in un contesto culturale che «ha acquisito l'idea della positività come elemento costitutivo del diritto».

<sup>13</sup> «Si tratta di una partita ancora aperta, di un *Kulturkampf*... del quale è difficile cogliere la fine»: Luciani 2019, p. 31.

<sup>14</sup> Cfr. Nogler 2014, p. 125 che individua nella dogmatica uno dei «vincoli positivi» dello *ius dicere*.

sembra quello di far operare le *rationes* contenute nel sistema giuridico senza alterare i dispositivi di riduzione della complessità sociale già ricompresi nelle norme né aggiungerne altri; mentre la posizione di significati nuovi spetta al legislatore, tenuto conto che i valori coesistono e si condizionano reciprocamente in un ordinamento a base costituzionale.

Da qualche tempo una riflessione avviata dal «giuslavorismo progettuale»<sup>(15)</sup> promette di ri-orientare la comprensione dei cardini assiologici e dei significati propri della materia del lavoro, ma al contempo cresce – in pari misura - l’urgenza di elaborare i concetti ordinatori che consentano di razionalizzare i problemi e assicurare la scientificità del sistema.

### *3. Attualità del potere nell’impresa: i processi produttivi intelligenti e la riconquista della neutralità.*

Inutile negare il disorientamento provocato dai modelli economici che si evolvono al ritmo parossistico dell’intelligenza artificiale, dove sembrano instaurarsi nuove relazioni di potere e nuovi assetti d’interessi. Naturalmente ciò riguarda il settore avanzato dell’economia digitale e, comunque, occorre molta cautela nella rottura del paradigma regolativo che sinora ha governato le relazioni individuali e collettive: il progresso scientifico e tecnologico rappresenta «l’eterno compagno di viaggio del diritto del lavoro»<sup>16</sup>.

Nell’ambiente digitale le prerogative datoriali non mutano nome né sostanza, eppure l’impressione è che sia investita la stessa categoria giuridica del potere. La domanda che evitiamo di formulare apertamente riguarda la forza prescrittiva dei cambiamenti in atto e l’attualità delle forme di controllo sinora adottate. Può ancora servire la dottrina dei limiti interni ed esterni? Quali modalità può assumere il controllo del potere tecnologico? Il garantismo giurisprudenziale dei diritti dei lavoratori ha ancora un futuro?

Se è vero che la normativa statutaria ha inciso sul nesso funzionale tra l’impresa e il lavoro avvalendosi delle potenzialità insite nella forma giuridica del contratto, quel congegno ordinante - nel quale si è voluto cercare il fondamento e l’argine della discrezionalità datoriale - sembra ormai muto. L’origine del potere si colloca all’esterno della cornice contrattuale e al di fuori della stessa organizzazione aziendale: anche questa, infatti, tende a rappresentarsi come una creazione del dinamismo tecnologico; la forza dei numeri finisce per diventare incontestabile da entrambe le parti e per influire in modo anomico sui reciproci interessi.

La razionalità tecnico-produttiva che era stata incanalata nella definizione delle causali tipiche del potere non è più identificabile con la razionalità umana sulla quale cadeva l’enfasi della teoria economica classica. Si avverte intuitivamente che gli spazi di agibilità aumentano perché l’intelligenza artificiale può dispiegare una capacità anticipatrice, predittiva e dispositiva: perfezionando la simulazione delle operazioni umane, è la tecnologia che verifica le condizioni per la gestione della forza lavoro; determina le scelte aziendali più efficienti; distribuisce i flussi di attività; fissa gli

---

<sup>15</sup> L’espressione è di Mariucci 2020, p. 222. Pur con diverse prospettive cfr. Caruso, Del Punta, Treu 2020; Zoppoli 2020, p. 75; Del Punta 2020, p. 27; Guarriello 2019, p. 531; Ballestrero 2019, p. 235; Perulli 2018, p. 681; Bavaro 2018, p. 243; Santoro Passarelli 2018, p. 339; Mazzotta 2017, p. 5.

<sup>16</sup> Cruz Villalón 2018, p. 465. Sull’evoluzione dell’impresa immateriale v. Barbera 2020, p. 50.

indicatori di rendimento e la metrica di valutazione della prestazione. Mobilità e percorsi professionali, criteri di scelta e *repêchage*, misure sostitutive del licenziamento, accomodamenti ragionevoli per i lavoratori fragili: discipline dirette a rendere “negoziabili” le decisioni imprenditoriali – cioè, accessibili alle esigenze altrui - risultano condizionate in modo decisivo dal fattore tecnologico.

La giurisprudenza (amministrativa) ha affrontato la questione della legittimità del tecno-potere richiamando le regole di correttezza e trasparenza che esigono la traduzione della formula matematica in una regola giuridica «comprensibile sia per i cittadini che per il giudice»<sup>17</sup>. A favore della «piena conoscibilità dell’algoritmo» è stato invocato il Reg. Ue 2016/679 (artt. 13-15), là dove si prefigurano le garanzie di una «specifica informazione all’interessato e il diritto [...] di ottenere una spiegazione» sulla logica utilizzata<sup>18</sup>.

In prospettiva contigua si suggerisce d’intervenire nella progettazione delle tecnologie per dotarle d’un dispositivo di *legibility by design* che si vorrebbe declinare, secondo lo schema del rapporto obbligatorio, come diritto alla “leggibilità” del processo informatico. Si confida sull’impostazione antropocentrica delle fonti europee per escludere i trattamenti completamente automatizzati con effetti giuridici (purché, *significant effects*) nella sfera personale, ritenuti lesivi della dignità umana (cfr. art. 22, Reg. Ue 2016/679)<sup>19</sup>. Si richiede l’individuazione d’un centro d’imputazione giuridica in grado di dominare gli algoritmi che assumono una funzione servente rispetto alla decisione finale. Il tema sollevato è chiaro: è pur vero che l’intelligenza artificiale dell’impresa risiede in un *server* o un *cloud*, ma chi governa l’intelligenza delle macchine ?

Si tratta d’indicazioni plausibili e incoraggianti, anche se non mancano dubbi sull’effettività del *right of explanation* e sul grado d’interferenza (e resistenza) dell’intervento umano nei confronti dell’elaborazione informatica<sup>20</sup>. Il criterio di trasparenza (in tutte le sue declinazioni) consente al lavoratore di azionare una posizione soggettiva intermedia rispetto al soddisfacimento del bene della vita, che resta però difficilmente attingibile. In pratica, si evocano le c.d. posizioni strumentali già sperimentate dalla giurisprudenza di fine Novecento per limitare la discrezionalità datoriale, con esiti interessanti (benché di ripiego) ma poco riproducibili nell’*habitat* tecnologico.

La letteratura giuridica s’è impegnata nella costruzione d’una tassonomia dei processi automatizzati, ma è improbabile che si possa andare oltre il profilo descrittivo. I più avanzati sistemi di *data lake* raccolgono una grande mole di informazioni in formato nativo e provenienti da fonti diverse: i dati non sono

---

<sup>17</sup> Cfr. CdS, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; CdS, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; Tar Lazio, sez. III-bis, 14 febbraio-22 marzo 2017, n. 3769; Id., 10 settembre 2018, n. 9227. In dottrina v. Patroni Griffi 2018; Pesce 2020.

<sup>18</sup> Cfr. EDPB, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for purposes of Regulation 2016/679*.

<sup>19</sup> I documenti sovranazionali sostengono «con forza un approccio antropocentrico»: cfr. *Creare fiducia nell’intelligenza artificiale antropocentrica* – COM(2019)168 final; *Libro Bianco sull’intelligenza artificiale. Un approccio europeo all’eccellenza e alla fiducia* – COM(2020)65 final; ILO, Global Commission of the Future of Work, *Work for a brighter future of work*, 2019, 43: «we call for the use of technology in support of decent work and a “human-in-command” approach to technology».

<sup>20</sup> Sul punto v. Pellicchia 2018, p. 1223 ss.; Resta 2020, p. 227 ss.

strutturati *a priori* (come avviene in un comune *Warehouse*) ma sono configurabili al bisogno tramite illimitati modi d'interrogazione, ed è il quesito a selezionare quelli utilizzabili. Ciò riduce la possibilità di filtrare *ex ante* la raccolta per le operazioni di *machine learning*, anche perché i dati non strutturati sono difficilmente etichettabili come "informazioni personali" e sfuggono all'applicazione della disciplina di settore.

A parte il fatto che la normativa di *privacy* non è esattamente centrata sulla relazione di lavoro, i diritti all'informazione preventiva e alla spiegazione operano come *caveat* – similmente all'informativa prevista dall'art. 4, co. 3, St.lav. – senza poter accollare al datore di lavoro un autentico onere di giustificazione. Del resto, il modello antropologico della realtà digitale non è il lavoratore – tanto meno, quello subordinato – ma è il titolare dei dati implicati nel trattamento automatizzato. Con l'avvertenza che, pur riguardando diritti primari della persona, la titolarità dei dati non evoca di per sé un regime dominicale e neppure un'assoluta indisponibilità delle informazioni personali<sup>21</sup>.

In questi territori di frontiera non è agevole riproporre le forme consuete del sindacato giudiziale, non tanto per l'allargamento del campo delle scelte datoriali, quanto perché risulta superata l'idea del potere come manifestazione intenzionale di un'autorità posta al vertice dell'impresa. La categoria del potere sembra riassumere in sé un sistema impersonale di assetti organizzativi e connessioni funzionali che definiscono la rilevanza dei comportamenti dei lavoratori secondo una logica immanente nel potere stesso, con l'obiettivo principale della sua conservazione e riproduzione.

È la legislazione recente a svelare un progressivo slittamento verso il piano orizzontale dell'agire organizzativo: la ri-formulazione dell'art. 2086 c.c. ha introdotto il «dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa», di cui deve darsi carico chiunque la gestisca: il datore di lavoro o, in modo più impersonale, l'amministratore<sup>22</sup>. Probabilmente si assiste ad un aggiornamento, per certi versi inaspettato, dell'idea di neutralità del potere che – senza abbandonare antichi riferimenti alla relazione gerarchica - si oggettivizza nell'organizzazione.

Il rinvio dell'art. 2086 c.c. ad uno *standard* organizzativo da definire secondo le caratteristiche dell'impresa consegna uno spazio di regolazione alle conoscenze tecnologiche e specialistiche, dunque ad un *expertise* che trascende l'ambito normativo<sup>23</sup>. Il fondamento ultimo delle prerogative datoriali diventa il sapere extra-giuridico che governa il parametro normativo dell'«adeguatezza», mentre il fine pratico consiste nell'adeguamento imposto ai solerti *managers* e ai lavoratori che sono coinvolti nel circuito di conformità degli assetti aziendali.

Ciò spiega perché la disposizione (di cui gli interpreti non mettono in dubbio l'inderogabilità) non sia diretta a colpire l'uso illegittimo del potere (anzi, nel silenzio legislativo resta incerta la sanzione per la violazione del nuovo canone gestionale), ma censura l'irregolarità, la non-conformità o la deviazione della condotta rispetto agli indicatori di «adeguatezza» organizzativa che stanno al di fuori del perimetro

---

<sup>21</sup> Sulla commerciabilità dei dati personali cfr. CdS, 29 marzo 2021, n. 2631.

<sup>22</sup> L'art. 375 co. 1-2, d.lgs. n. 14/2019 (c.d. Codice della crisi dell'impresa) ha aggiunto il co. 2 dell'art. 2086 c.c.

<sup>23</sup> Rordorf 2019, p. 941, sottolinea il «decisivo apporto delle scienze aziendalistiche e forse anche l'elaborazione di appositi protocolli o modelli organizzativi».

normativo. Del resto, il rinvio ad *altre* forme di regolazione, che prescindono dai comuni criteri d'imputazione e responsabilità giuridica, tende a realizzarsi al meglio tramite i sistemi aziendali intelligenti: questi ultimi operano prevalentemente attraverso una correlazione matematico-statistica tra antecedenti ed effetti, in modo del tutto autarchico.

Non si vuole lamentare la perdita in sé di centralità della dimensione giuridica: non c'è nulla di male se il legislatore sceglie di adottare un modello di regolazione che si avvale di parametri specialistici e meta-positivi. A condizione che il rinvio ad *altro* non intenda sostituire o emarginare il sindacato di legittimità, ma si aggiunga ad esso e semmai lo rafforzi. In questa direzione, lo *standard* di adeguatezza organizzativa ex art. 2086 c.c. può servire ad introdurre un criterio "ulteriore" di controllo del potere nell'impresa che tenga conto (anche) della necessità di preservare un efficiente funzionamento dei suoi assetti interni<sup>24</sup>.

#### 4. La dipendenza del lavoratore nell'impresa digitale: un vincolo giuridico senza esercizio del potere datoriale?

Nei settori economici più avanzati i poteri datoriali tendono a nascondersi e ad agire in modo «opaco (effetto "scatola nera")»<sup>25</sup>, se non altro perché le tecnologie innervano dall'interno l'organizzazione e si fondono con essa in modo indistinguibile. Qui la concettualizzazione classica del potere rischia di fallire il suo compito.

In una dimensione descrittiva si colgono i tratti innovativi rispetto alle manifestazioni storicamente conosciute. Anziché utilizzare la forza cogente (e sanzionatoria) sui comportamenti del lavoratore, il tecno-potere si esprime con la pianificazione puntuale e dettagliata tramite schemi (*template*) e procedure abilitanti; si rafforza con la sorveglianza diffusa e molecolare; si sviluppa dentro la cornice di linguaggi specialistici: come la valutazione del potenziale professionale, la misura dell'adempimento secondo *performance metrics* e *metrology*, il livello di *compliance* della prestazione, lo scostamento dagli *standards* organizzativi e individuali<sup>26</sup>.

In questi contesti i lavoratori sono indotti a conformare *naturalmente* il proprio comportamento alle finalità del potere (e sapere) aziendale; anzi, in certa misura, collaborano alla sua riproduzione. Ciò induce alcuni studiosi delle scienze applicate a rilevare positivamente l'instaurarsi di pratiche cooperative ed una crescente compartecipazione dei lavoratori nella definizione di prassi e regole aziendali<sup>27</sup>. Ma la letteratura sul *management* algoritmico offre anche esempi di tutt'altro segno: nella forma più brutale proliferano i *ranking* e le classifiche reputazionali, la profilazione individuale, i meccanismi di *scoring* per l'accesso al lavoro<sup>28</sup>.

Una prospettiva teorica rassicurante propone di distinguere, da un lato, la relazione sociale asimmetrica connessa alla posizione datoriale («*le pouvoir-rapport social*») e, dall'altro, la categoria giuridica («*le pouvoir-prérogative juridique*») per

---

<sup>24</sup> Per approfondimenti cfr. Tullini 2020, p. 135 ss.

<sup>25</sup> Sulla metafora coniata dai sociologi della scienza v. Mazzotti 2015, p. 465. Riconosce che si tratta di «meccanismi decisionali opachi» anche il *Libro Bianco sull'intelligenza artificiale*, cit., 1.

<sup>26</sup> Cfr. Frydman 2014, p. 30; in chiave critica Artosi 2020, p. 85.

<sup>27</sup> Cfr. Butera 2021.

<sup>28</sup> In tema v. Faraj, Pachidi, Sayegh 2018; Dagnino 2019; Topo 2018; L. Birgillitto, M. Birgillitto 2018; Pacella 2017.

sottolineare il fatto che il ricorso all'intelligenza artificiale, nonostante l'influenza sul piano socio-economico, non può alterare la natura del potere e non attenua la responsabilità che derivano dal suo esercizio (Jeammaud 2020, p. 31 ss.).

In verità, non sono mancati i tentativi di nascondere l'uso del *pouvoir-prérogative juridique* nei confronti dei lavoratori digitali, attribuendo all'algoritmo gestionale un ruolo di mera intermediazione nell'erogazione di servizi per il mercato. Anche respingendo le rappresentazioni simulate o manipolatorie, va registrata la tendenza del tecno-potere a sottrarsi al circuito classico della qualificazione giuridica<sup>29</sup>.

Una pratica imprenditoriale non già prescrittiva e cogente, ma rivolta all'allineamento del *facere* del lavoratore rispetto ai propri obiettivi, finisce per rivelarsi più efficiente: non solo perché coinvolge la sfera personale, ma soprattutto riesce a indurre un adeguamento "spontaneo" che rende superfluo (o residuale) un comando o un *enforcement* di tipo giuridico. Sul filo di questo ragionamento si potrebbe ammettere che – negli ambiti produttivi in cui i sistemi intelligenti si sono affermati – risulti meno urgente il ricorso al vincolo della subordinazione per ottenere una gestione funzionale della forza lavoro<sup>30</sup>. La trasformazione tecnologica che investe i poteri datoriali sta modificando anche il suo rovescio, cioè la condizione di assoggettamento del lavoratore, ed è curioso osservare come gli slittamenti epistemici ai margini del sistema giuslavoristico possano rivelare un'evoluzione più marcata, e forse più duratura.

L'organizzazione delle «modalità di esecuzione delle prestazioni» alla quale allude l'art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015 risulta di per sé sufficiente a procurare l'esatto adempimento del prestatore e la sua integrazione nell'impresa committente, pur in mancanza del tipico potere direttivo/prescrittivo. È l'assetto organizzativo che, attraverso l'infrastruttura tecnologica e il sapere specialistico, detiene il potere di disciplinamento e di conformazione del *facere* del debitore.

In questo senso, nel dettato normativo c'è molto più d'una finalità anti-abuso rispetto ad una variegata tipologia contrattuale che ammette «l'ingerenza funzionale dell'organizzazione» dell'impresa; c'è molto più della definizione di indici significativi della debolezza economica in un'area limitrofa alla subordinazione; c'è molto più d'una «norma di disciplina» destinata ad elargire tutele in «un'incerta terra di mezzo» tra il lavoro subordinato e quello autonomo<sup>31</sup>. C'è, infatti, la prefigurazione d'un modo di lavorare nell'impresa – tanto più se «anche» digitale, come recita la norma – dove non occorre l'esplicito riconoscimento d'una relazione di autorità, gerarchica e personale, quale meccanismo ottimale per consentire al creditore di appropriarsi delle utilità della prestazione ed ottenere una condotta esattamente conforme.

La questione interpretativa posta dall'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 è senz'altro complessa. Si tratta di stabilire se all'interno della categoria del potere si possano individuare due distinte modalità d'esercizio – definibili come etero-direzione ed etero-organizzazione – aventi un'efficacia discrezionale rispetto ad altrettante fattispecie

---

<sup>29</sup> Cfr. Donini 2019.

<sup>30</sup> Condivide l'idea che occorra «una minore necessità di "gerarchia" nell'organizzazione del fattore lavoro all'interno delle imprese ... potendo contare su un effetto sostanzialmente analogo in ragione dell'impiego pervasivo di tecnologie»: Novella 2020, p. VII.

<sup>31</sup> Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, punti 25-26.

di lavoro (subordinato e autonomo) e una forza tipizzante del ruolo imprenditoriale (datore di lavoro e committente)<sup>32</sup>. Probabilmente non era intenzione del legislatore storico attribuire alla norma una capacità espansiva della nozione di subordinazione; tanto meno se ne incarica la giurisprudenza che, dopo aver negato l'esistenza di «una nuova fattispecie», s'affretta a ritenere superflua l'indagine sul tipo legale in quanto la tutela è sganciata *ex lege* da ogni giudizio qualificatorio<sup>33</sup>.

Le conseguenze sistematiche (e pratiche) sono tuttavia difficilmente contestabili: oltre all'estensione imperativa del regime della subordinazione, non si può negare la surrettizia dilatazione della fattispecie fondamentale *ex art. 2094 c.c.* per ricomprendervi modalità lavorative che sono caratterizzate dall'integrazione funzionale nell'organizzazione produttiva<sup>34</sup>. Si delinea, cioè, una nozione di dipendenza più vicina a quella che emerge, pur con qualche vaghezza, nella giurisprudenza europea: quando si riconosce la protezione *standard* al presunto lavoratore autonomo che «opera come ausiliario integrato nell'impresa» e costituisce con essa «un'unità economica», non potendo liberamente «determinare il proprio comportamento sul mercato»<sup>35</sup>.

Da questo punto di vista, l'innocua «norma di disciplina» dell'art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015 finisce per comportarsi piuttosto come una norma di fattispecie<sup>36</sup>, nel senso che reagisce in modo tutt'altro che innocuo sul terreno operativo dell'art. 2094 c.c.: tanto sull'interpretazione degli elementi del tipo subordinato, quanto sul perimetro degli effetti giuridici.

Nonostante le rifiniture e le puntuali descrizioni del potere di (etero-)organizzazione (cfr. art. 15, co. 1, l. n. 81/2017), il *rebus* non si risolve con l'esegesi testuale, ma esige un'opzione ermeneutica che coinvolge, al fondo, la sistemazione complessiva della materia. Una nuova delimitazione del campo della subordinazione procede a ritroso, partendo dall'estensione della disciplina *standard* prevista dell'art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015<sup>37</sup>, per incrociare – in direzione opposta ma convergente – il movimento giurisprudenziale che, sulla base dell'approccio casistico (spec. nella vicenda dei *riders*), approda ad una nozione allargata di subordinazione<sup>38</sup>. Qui il peso

---

<sup>32</sup> Secondo Ferraro (2020b, p. 360), si tratta di un dualismo apparente «per l'ambiguità e imponderabilità della linea distintiva delle due manifestazioni del potere»; Ballestrero 2020, p. 14. Diffusamente sulla distinzione v. invece Perulli (2020, spec. p. 11).

<sup>33</sup> È la critica di Persiani (2020, p. 337), secondo cui la giurisprudenza «avrebbe dovuto indicare quando, e perché, si deve ritenere verificata la fattispecie prevista dal primo comma dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015». Di diverso avviso Ballestrero 2021; Martelloni 2020b, p. 10, che individua nell'etero-organizzazione un'area sovra-tipica che rende superfluo il giudizio qualificatorio.

<sup>34</sup> In questa prospettiva v. Ferraro 2020a, p. 51 ss.; Nogler 2015, p. 18, che sottolinea «l'impatto sistematico del richiamo all'etero-organizzazione» contro «nozioni estremamente restrittive del vincolo di subordinazione».

<sup>35</sup> È la nota pronuncia CgUe 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie*. Di diverso indirizzo tuttavia CgUe 22 aprile 2020, C-692/2019, con nota di Pacella (2020, p. 17).

<sup>36</sup> Sul significato della «norma di disciplina» v. Del Punta 2019, p. 358; Martelloni 2020a, p. 409 e nt. 31. Dubita della «opinabile distinzione tra norma di fattispecie e di disciplina» Ballestrero (2021).

<sup>37</sup> Così Ferraro (2020b, p. 359) secondo cui la subordinazione «subisce una torsione o una dilatazione, che si desume procedendo "all'inverso" dal regime giuridico ad essa applicabile».

<sup>38</sup> Cfr. T. Palermo 24 novembre 2020, con nota di Barbieri 2020, p. 61. Sono stati evocati i precedenti giurisprudenziali sulla subordinazione degli operatori delle agenzie ippiche in mancanza del potere di etero-direzione della prestazione: Cass. 13 febbraio 2018, n. 3457.

degli indici di qualificazione giuridica si sposta sulla mancanza d'una reale auto-determinazione del prestatore, con un richiamo alla (duplice) alienità dei mezzi e dei risultati, in luogo della rilevanza attribuita ai vincoli prescrittivi e all'obbligo di obbedienza verso l'autorità aziendale<sup>39</sup>.

Rispetto ad una riflessione teorica così impegnativa si può solo aggiungere che la scommessa sull'efficacia discrezionale attribuita alle manifestazioni del potere nell'impresa (etero-direzione *versus* etero-organizzazione) risulta più ardua nell'ambiente digitale: questo, infatti, precostituisce di per sé un'architettura di comportamenti vincolanti a carico del lavoratore a prescindere dall'esercizio di prerogative formali e dall'esistenza di «un'isola di potere cosciente»<sup>40</sup>.

E' come se il teorema di Coase svolgesse il suo nastro all'indietro. L'impresa digitale – specie il modello di *default* delle piattaforme – riesce ad abbattere i costi di transazione per l'acquisizione e l'uso della forza lavoro essendo in grado di produrre in modo completamente esternalizzato. L'algoritmo governa la complicata struttura delle relazioni con i fattori della produzione, sostituendosi alla funzione organizzativa e direttiva svolta dall'autorità imprenditoriale. In mancanza di simili costi, o quando vengono così minimizzati, non vi è fondamento economico per l'instaurarsi d'una relazione gerarchica con l'impresa e questa può continuare ad espandersi a ritmi prodigiosi sfruttando i bassi costi organizzativi e le scarse protezioni nel mercato del lavoro (<sup>41</sup>).

##### 5. I sistemi aziendali automatizzati e le risorse del diritto antidiscriminatorio.

Vi sono pochi dubbi sul fatto che l'automazione del potere datoriale (dati, algoritmi, *machine learning*) possa comportare effetti discriminatori e una pluralità di rischi per i diritti del lavoratore. Al riguardo esiste un'ampia letteratura e persino la Strategia europea per l'IA ammette che le distorsioni risultano enfatizzate quando le macchine si sostituiscono all'intervento umano, pur proponendosi di contrastare le esternalità negative per creare «un ecosistema di fiducia»<sup>42</sup>.

L'intervento europeo si orienta soprattutto verso forme di tutela preventiva e anticipata degli interessi antagonisti: secondo i *considerando* 71 e 75, Reg. Ue 2016/679, la qualità dei dati utilizzati – da intendersi nel senso della loro sicurezza, esattezza e accuratezza – è di per sé idonea a prevenire i diversi profili di discriminazione e «qualsiasi altro danno economico o sociale significativo».

La cultura della “spiegazione” del funzionamento dell'algoritmo si colloca appunto in questa prospettiva, sebbene sconti un'asimmetria informativa e un difetto di competenza a scapito dei non addetti che è realisticamente difficile da compensare.

---

<sup>39</sup> Cfr. Barbieri 2019, p. 1 ss.; Mariucci 2020, p. 225, secondo cui la doppia alienità è «ancora un concetto utile a riassumere l'ampia categoria del lavoro dipendente diffuso».

<sup>40</sup> Coase 1995, p. 75, ma l'espressione è di Robertson (1923).

<sup>41</sup> Per analoghe considerazioni nella vicenda *riders v. Novella* 2019, p. 82 ss. Valga l'esempio del legislatore spagnolo che ha introdotto una presunzione di subordinazione a favore dei lavoratori delle piattaforme sottoposti all'esercizio del potere algoritmico «de forma directa, indirecta o implicita»: cfr. Real Decreto-Ley 9/2021, BOE, 12 de mayo 2021.

<sup>42</sup> Cfr. *Libro Bianco sull'intelligenza artificiale*, cit., 12; COM(2019) 168 final; COM(2018), 237 final; COM(2018), 795 final; CM/Rec(2020)1 sugli impatti dei sistemi algoritmici sui diritti dell'uomo, 8 aprile 2020.

Non a caso gli organismi europei si appellano ai programmatori dell'intelligenza artificiale per sollecitare la correzione a monte delle potenzialità discriminatorie, incorporando codici etici e di auto-disciplina, *policy* e dichiarazioni d'impegno: un'ampia fioritura di principi e prassi (individuali e sociali) dirette a mitigare l'impatto sui diritti individuali attraverso la metodologia di *risk assessment* che è comunemente adottata nei settori economici<sup>43</sup>. In pratica, si evoca il modello della protezione del consumatore, cercando un sostegno – in caso d'insufficienza delle misure preventive - nella legislazione in materia di responsabilità per danni da prodotto (Dir. 2001/95/Ce), eventualmente da rinforzare con prescrizioni specifiche nell'ipotesi (affatto scontata) che le applicazioni di IA si ritengano «ad alto rischio»<sup>44</sup>.

In verità un approccio incentrato sulla responsabilità civile del produttore può servire quando l'algoritmo sia integrato nei beni e servizi immessi nel mercato, mentre risulta poco appropriato rispetto alle manifestazioni del tecno-potere nell'impresa. Quanto meno occorre integrare le salvaguardie individuali - improntate alla protezione dei dati personali, alla tutela risarcitoria e alla gestione del rischio – con il versante collettivo, spostando le garanzie anche sul terreno della partecipazione e della rappresentanza sindacale<sup>45</sup>.

Il ruolo delle parti sociali è considerato dalle fonti europee «un fattore cruciale» per la declinazione antropocentrica dell'intelligenza artificiale, sebbene non vengano individuate specifiche agibilità ma solo un generico «coinvolgimento»<sup>46</sup>. L'intenzione di contrattare l'algoritmo viene spesso declamata con la potenza di uno *slogan*, prefigurando un intervento sindacale analogo al meccanismo autorizzativo-negoziale già previsto dall'art. 4, co. 1, St. lav. per limitare la sorveglianza tecnologica nell'impresa. Il rafforzamento dei diritti collettivi d'informazione potrebbe accrescere la «democratic accountability»<sup>47</sup> nei luoghi di lavoro e persino inibire l'acquisizione di particolari tipologie di dati o escludere le metodologie di *data analytics* per determinate scelte aziendali. Uno scenario plausibile che, tuttavia, presuppone un attore sindacale con una forte specializzazione e competenze idonee ad affrontare l'innovazione tecnologica<sup>48</sup>.

Una proiezione collettiva della tutela si rivela indispensabile specie per le tecnologie che hanno capacità di profilazione e classificazione di singoli e gruppi in base a fattori soggettivi oppure tramite correlazioni, associazioni e inferenze, più o

---

<sup>43</sup> Cfr. Mantelero 2017, p. 144; Piraino 2017, p. 378.

<sup>44</sup> Il *Libro bianco sull'intelligenza artificiale*, cit., 19, si preoccupa della «proporzionalità dell'intervento normativo» senza «essere talmente prescrittivo da creare oneri sproporzionati» per le imprese.

<sup>45</sup> Il legislatore spagnolo ha previsto un diritto collettivo d'informazione e consultazione su «los parámetros, reglas y instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles» (Real Decreto-Ley 9/21 que modifica el texto del art. 64.4, lett. d) Estatuto de los Trabajadores).

<sup>46</sup> Così *Libro Bianco sull'intelligenza artificiale*, cit., 7. Più esplicita la posizione di EPRS, *Digital Automation and the Future of Work*, Panel for the Future of Science and Technology, Brussels, 2021, 53, che propone di adottare il principio «human-in-command» per agevolare le organizzazioni sindacali nel contrasto degli algoritmi che causano disuguaglianze.

<sup>47</sup> ILO, Global Commission of the Future of Work, *Work for a brighter future of work*, cit.

<sup>48</sup> Cfr. Mariucci 2020, p. 220; Forlivesi 2020, p. 689.

meno esplicite, di dati personali<sup>49</sup>. Questi processi consentono di ottenere deduzioni statistiche, previsioni e valutazioni dei comportamenti (inclusa l'affidabilità e «il rendimento professionale»: art. 4, Reg. Ue 2016/679), per adottare decisioni che riguardano il lavoratore e incidere «significativamente sulla sua persona».

Gli strumenti di tutela (individuali e collettivi) previsti dall'art. 4 St. lav. risultano comunque troppo deboli e non impediscono l'utilizzo delle informazioni personali «*a tutti i fini* connessi al rapporto di lavoro». Avrebbe ben poco senso concentrarsi sui vincoli che il datore è tenuto ad osservare nella fase di raccolta dei dati, quando non sia possibile contrastare l'opacità dei successivi trattamenti: basta considerare che i sistemi intelligenti archiviano ampi *set* informativi per molteplici scopi, spesso eterogenei, essendo addestrati per apprendere durante l'impiego e reagire in modo autonomo al loro ambiente, senza limiti finalistici. I dati di addestramento dell'algoritmo possono condurre ad esiti stigmatizzanti; nascondere discriminazioni collettive o provarle in modo involontario e inconsapevole, come risultato autarchico del processo informatico.

In questi ambiti si possono cogliere le risorse (sostanziali e processuali) offerte dal diritto antidiscriminatorio, in quanto sistema di regole e rimedi che contraddice l'idea della neutralità del potere risalente alla sua concettualizzazione storica. Il filtro della tutela antidiscriminatoria si adatta alle caratteristiche astratte e non intenzionali del tecno-potere nell'impresa, il quale può assumere manifestazioni atipiche e agire in uno spazio vuoto o al più popolato da posizioni soggettive solo strumentali.

La struttura del giudizio antidiscriminatorio indirizza l'indagine del giudice sull'assetto organizzativo aziendale (al di là dell'individuazione della vittima) e lo abilita a verificare la presunta oggettività dei processi automatizzati, che tendono ad imporsi senza essere percepiti come portatori di interessi particolari. L'opacità e il difetto di «spiegazione» giocano qui a scapito del datore di lavoro, pregiudicando l'assolvimento dell'onere di prova contraria, ma il filtro risulta efficiente anche nella prospettiva della tutela anticipata poiché il *set* di dati per il funzionamento dell'algoritmo deve inglobare le garanzie contro disparità ingiustificate e penalizzazioni derivanti da fattori vietati<sup>50</sup>.

Il carattere autonomo e non derivato della tutela antidiscriminatoria<sup>51</sup> sembra riuscire là dove aveva fallito l'uso giurisprudenziale delle clausole generali in funzione di argine della discrezionalità datoriale: spingendo più avanti la soglia di verifica delle esigenze aziendali e apprestando quei rimedi di natura inibitoria e restitutoria (oltre che risarcitori per danni patrimoniali e non) che viceversa sono stati

---

<sup>49</sup> Il GDPR ha censurato i servizi di profilazione reputazionale offerti da una piattaforma a causa dell'opacità dell'algoritmo: cfr. Prov. 24 novembre 2016, n. 488 e Cass. sez. I, ord., 25 marzo 2021, n. 14381, che ha enunciato il principio di diritto: «il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati». In tema v. Donini 2017.

<sup>50</sup> Secondo T. Bologna, ord., 31 dicembre 2020 la mancata allegazione del «meccanismo di funzionamento dell'algoritmo (...) preclude in radice una più approfondita disamina» sull'esistenza della discriminazione. Sul rafforzamento dei poteri istruttori del giudice v. Gaudio 2020, p. 19 ss.

<sup>51</sup> Così Barbera 2019, p. 64: la tutela antidiscriminatoria «non solo protegge i diritti che già esistono ma protegge anche da scelte discrezionali, agendo da limite ai poteri pubblici e privati».

esclusi in caso di violazione della buona fede *in executivis* e degli obblighi *ex artt.* 1175 e 1375 c.c.<sup>52</sup>.

Neppure l'orizzonte applicativo del diritto antidiscriminatorio, tuttavia, è da ritenersi agevole o scontato. Alcune difficoltà emergono quando il tecno-potere utilizzi una base informativa collegata alle cose anziché alle persone (ad es., i dati di geolocalizzazione), definendo una classificazione dei lavoratori o una scala dei loro comportamenti che esclude all'apparenza i profili soggettivi e preserva l'anonimizzazione. Similmente accade quando è l'attività di *machine learning* a scoprire regolarità statistiche ed effettuare profilazioni in modo libero, tramite aggregazioni di gruppi a geometria variabile: così da eludere il nesso causale con i fattori vietati ed attenuare la consapevolezza delle stesse vittime circa gli effetti sfavorevoli.

Il sindacato del giudice può incontrare un ulteriore ostacolo nell'incerta qualificazione della fattispecie algoritmica come discriminazione diretta o indiretta (<sup>53</sup>): in quest'ultima ipotesi – che pare in concreto la più probabile - si riapre la possibilità d'invocare le ragioni economico-organizzative (le c.d. difese di mercato) ed eventuali deroghe o eccezioni per legittimare le scelte datoriali. L'indagine si sposta, allora, sui caratteri di necessità e adeguatezza delle cause giustificative in relazione agli impatti differenziati o svantaggiosi, e soprattutto deve concentrarsi sul *test* di proporzionalità dei mezzi impiegati per determinare tali impatti (cfr. art. 3, co. 6, d.lgs. n. 216/2003)<sup>54</sup>.

In altre parole, serve andare oltre lo scoglio del determinismo tecnologico, sfidando la superficie neutrale dei processi aziendali automatizzati.

### *Riferimenti bibliografici*

- Artosi A. (2020), *Con i dosaggi esatti degli esperti. Per un'analitica del potere tecno-disciplinare*, in *Il diritto debole. Mutazione del diritto e nuove forme di normatività*, a cura di M. Taroni, M. Ubertone, Torino: Giappichelli, p. 85.
- Ballestrero M.V. (2016), *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *LD*, p. 761.
- Ballestrero M.V. (2019), *Il lavoro tra diritto ed economia*, in *Labor*, p. 235.
- Ballestrero M.V. (2020), *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in *LLI*, 2, p. 1.
- Ballestrero M.V. (2021), *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, p.1.
- Barbera M. (2019), *Principio di uguaglianza e divieti di discriminazione*, in *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, a cura di M. Barbera, A. Guariso, Torino: Giappichelli, p. 5.

---

<sup>52</sup> Sui mezzi processuali e sanzionatori cfr. Novella 2021, p. 525 ss.; Donini 2020, p. 624 ss.; Calafà, Gottardi 2019; De Michiel 2019, p. 151 ss.

<sup>53</sup> Sulle incertezze della nozione v. Novella 2021, p. 526.

<sup>54</sup> Secondo Barbera 2020, p. 59, il sindacato giudiziale di merito consiste nel bilanciamento tra le soluzioni praticabili e meno pregiudizievoli per i diritti dei lavoratori.

- Barbera M. (2020), *Statuto, contesti organizzativi e lavori cinquant'anni dopo*, in *RGL*, I, p. 39.
- Barbieri M. (2019), *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *LLI*, n. 2, p. 1.
- Barbieri M. (2020), *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *LLI*, n. 2, p. 61 ss.
- Bavaro (2018), *Lineamenti sulla Costituzione materiale dei diritti sociali del lavoro*, in *LD*, p. 243.
- Bavaro V. (2019), *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *RIDL*, I, p. 175.
- Birgillito G., Birgillito M. (2018), *Algorithms and ratings: tools to manage labour relations. Proposals to renegotiate labour conditions for platform drivers*, in *LLI*, n. 2, p. 25.
- Butera F. (2021), *Teoria e pratica dell'impresa integrale*, Menabò di Etica ed Economia, n. 143/2021, [www.eticaeconomica.it](http://www.eticaeconomica.it).
- Calafà L., Gottardi D. (2019), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma: Ediesse.
- Caruso B., Del Punta R., T. Treu (2020), *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, CSDLE "Massimo D'Antona".
- Coase R. (1995), *La natura dell'impresa*, in *Impresa mercato e diritto*, Bologna: Il Mulino.
- Cruz Villalòn J. (2018), *Le trasformazioni delle relazioni industriali di fronte alla digitalizzazione dell'economia*, in *DLRI*, p. 463.
- Dagnino E. (2019), *Dalla fisica all' algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, ADAPT University Press.
- De Luca Tamajo R. (2016), *Il ruolo della giurisprudenza nel diritto del lavoro: luci ed ombre di una attitudine creativa*, in *LD*, p. 813.
- De Michiel F. (2019), *Questioni sull'onere della prova nel diritto del lavoro*, Wolters Kluwer-Cedam.
- Del Punta R. (2008), *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al Decreto Biagi*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla liberazione al nuovo secolo*, a cura di P. Ichino, Milano: Giuffrè, 2008, p. 253.
- Del Punta R. (2019), *Sui rider e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, II, p. 358.
- Del Punta R. (2020), *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*, in *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, a cura di B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, Bologna: Il Mulino, p. 27.
- Del Punta R., Caruso B. (2016), *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, in *LD*, 2016, p. 645.
- Donini A. (2017), *Profilazione reputazionale e tutela del lavoratore: la parola al Garante della Privacy*, in *LLI*, n. 1, p. 35.
- Donini A. (2019), *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bologna: BUP.
- Donini A. (2020), *L'art. 15 e oltre. La nullità nel diritto antidiscriminatorio*, in *LD*, p. 611.
- EPRS (2021), *Digital Automation and the Future of Work*, Panel for the Future of Science and Technology, Brussels.

- Faraj S., Pachidi S., Sayegh K. (2018), *Working and organizing in the age of the learning algorithm*, in *Information and Organization*, <https://doi.org/10.1016/j.infoandorg.2018.02.005>.
- Ferraro G. (1992), *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in Id., *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Padova: Cedam.
- Ferraro G. (2011), *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, a cura di M. Cinelli, G. Ferraro, Torino: Giappichelli, p. 3.
- Ferraro G. (2020a), *Il diritto del lavoro ha ancora bisogno della subordinazione?*, in *LLI*, 2, p. 51.
- Ferraro G. (2020b), *Nuove subordinazioni e vecchie categorie giuridiche*, in *RIDL*, I, p. 349.
- Forlivesi M. (2020), *La rappresentanza e la sfida del contropotere nei luoghi di lavoro*, in *LD*, p. 673.
- Frydman B. (2014), *Prendre les standards et les indicateurs au sérieux*, in *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, diretto da Frydman, van Waeyenberge, Brussels: Bruylant, p. 5.
- Gaudio G. (2020), *Algorithmic management, poteri datoriali e onere della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, in *LLI*, 2, p. 19.
- Gragnoles E. (2011), *Considerazioni preliminari sui poteri del datore di lavoro e sul loro fondamento*, in *RGL*, I, p. 511.
- Guarriello F. (2019), *Il decennio perduto del diritto del lavoro*, in *RGL*, I, p. 531.
- Irti N. (1992), *Società civile*, Milano: Giuffrè.
- Jeammaud A. (2020), *Le pouvoir de l'employeur, renforcé ou altéré ?*, in *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, diretto da P. Adam, M. Le Friant, Paris: Dalloz, p. 31.
- Loy G. (2015), *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, in *DLRI*, p. 3.
- Luciani M. (2019), *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Questione Giustizia*, n. 3, p. 1.
- Mantelero A. (2017), *Responsabilità e rischio nel Reg. Ue 2016/679*, in *NLCC*, p. 144.
- Mariucci L. (2020), *Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberalismo*, in *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione. Valori, attori, regolazione*, a cura di B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, Bologna: Il Mulino.
- Martelloni F. (2020a), *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, in *RIDL*, I, p. 399.
- Martelloni F. (2020b), *Le collaborazioni etero-organizzate al vaglio della Cassazione: un allargamento del raggio d'azione della tutela giuslavoristica*, in *LDE*, n. 1, p. 1.
- Mazzotta O. (1994), *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Torino: Giappichelli.
- Mazzotta O. (2017), *Nel laboratorio del giuslavorista*, in *Labor*, p. 5.
- Mazzotta O. (2020), *Poteri e contropoteri nello Statuto dei lavoratori cinquant'anni dopo*, in *LD*, p. 759.
- Mazzotti M. (2015), *Per una sociologia degli algoritmi*, in *RIS*, p. 465.
- Mengoni L. (1985), *I poteri dell'imprenditore*, in *Diritto e valori*, Bologna: Il Mulino.
- Mengoni L. (1998), *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, p. 6.

- Montuschi L. (2003), *Contratto di lavoro e regolamenti aziendali*, in *La nascita del diritto del lavoro*, a cura di M. Napoli, Milano: Vita e Pensiero, p. 323.
- Nogler L. (2014), *L'interpretazione giudiziale del diritto del lavoro*, in *RIDL*, I, p. 116.
- Nogler L. (2015), *La subordinazione nel d. lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità dal punto di vista giuridico»*, WP C.S.D.L.E “Massimo D’Antona”.IT – 267/2015, p. 1.
- Novella M. (2019), *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, in *LLI*, 1, p. 82.
- Novella M. (2020), *La subordinazione in prospettiva. Opinioni a confronto*, in *LLI*, n. 2, p. I.
- Novella M. (2021), *La prova della discriminazione nel rapporto di lavoro*, in *Le prove nel processo del lavoro*, a cura di C. Marvasi, Milano: Giuffrè, p. 525.
- Pacella G. (2017), *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell’utenza?*, in *LLI*, p. 1.
- Pacella G. (2020), *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova delle gig-economy. Si pronuncia la Corte di giustizia europea*, in *LLI*, n. 1, p. 17.
- Paone G. (2016), *Il principio di ragionevolezza e la sua applicabilità all’esercizio dei poteri datoriali*, in *L’idea del diritto del lavoro, oggi*, a cura di A. Perulli, Cedam, p. 603.
- Patroni Griffi F. (2018), *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 28 Agosto 2018.
- Pellecchia E. (2018), *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell’algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *NLCC*, p. 1209.
- Persiani M. (2020), *Ancora sul concetto di coordinamento*, in *RIDL*, I, p. 337.
- Perulli A. (2005), *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, p. 1.
- Perulli A. (2015), *Il controllo giudiziale dei poteri dell’imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, I, p. 83.
- Perulli A. (2018), *I valori del diritto e il diritto come valore. Economia e assiologia nel diritto del lavoro neomoderno*, in *RGL*, I, p. 681.
- Perulli A. (2020), *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 420/2020, p. 1.
- Pesce G. (2020), *Il giudice amministrativo e la decisione robotizzata. Quando l’algoritmo è opaco*, in *Judicium.it*, 15 giugno 2020.
- Piraino F. (2017), *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell’interessato*, in *NLCC*, p. 369.
- Resta G. (2020), *Governare l’innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, *Forum Disuguaglianze*, p. 227.
- Robertson D. (1923), *Control of Industry*, London: Nisbet.
- Rordorf R. (2019), *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *Rsoc*, p. 929.
- Santoro Passarelli G. (2016), *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Job Act*, in *Lavoro ed esigenze dell’impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, a cura di O. Mazzotta, Torino: Giappichelli, p. 181.

- Santoro Passarelli G. (2018), *La funzione del diritto del lavoro*, in *RIDL*, I, p. 339.
- Topo A. (2018), *Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, in *LD*, p. 453.
- Tria L. (2017), *Brevi osservazioni sul bilanciamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini, R. Cosio, Milano: Giuffrè, p. 2012.
- Tullini P. (2020), *Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c.c.: prima lettura*, in *RIDL*, I, p. 135.
- Viscomi A. (2012), *Autonomia privata tra funzione e utilità sociale: prospettive giuslavoristiche*, in *DLM*, p. 485.
- Voza R. (2020), *Statuto, poteri dell'imprenditore e tutela della persona del lavoratore*, in *RGL*, I, p. 72.
- Zoppoli L. (2010), *Le rughe dello Statuto e le maschere del futuro*, in *LD*, p. 68.
- Zoppoli L. (2020), *Dall'effettività alla sostenibilità: mezzo secolo di pragmatismo dei giuslavoristi*, in *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori*, a cura di M. Rusciano, L. Gaeta, L. Zoppoli, in *Quad. DLM*, p. 75.

**The issue of power in the company. A half-century-long retrospective** by *Patrizia Tullini*

The Author deals with the analysis of the juridical category of the entrepreneur's power and retraces the stages of its theoretical and normative evolution. In particular, the impact of technologies and artificial intelligence on the exercise of entrepreneurial power is emphasized. While the traditional doctrine of internal and external limits of the power is inadequate, there is a need to identify innovative and appropriate techniques for the worker's protection.

*Key words:* Entrepreneurial power, boundary, artificial intelligence, employment protection.

Patrizia Tullini è professoressa ordinaria di Diritto del lavoro nell'Università di Bologna (Dipartimento di Scienze giuridiche, Via Zamboni 22, 40126 Bologna – Italy) patrizia.tullini@unibo.it