

Numero 1 / 2022

Giovanni Gaudio

*L'algorithmic management* e il problema  
della opacità algoritmica nel diritto oggi  
vigente e nella Proposta di Direttiva sul  
miglioramento delle condizioni dei  
lavoratori tramite piattaforma

# ***L'algorithmic management* e il problema della opacità algoritmica nel diritto oggi vigente e nella Proposta di Direttiva sul miglioramento delle condizioni dei lavoratori tramite piattaforma**

Giovanni Gaudio

*Università Ca' Foscari di Venezia*

**Sommario:** 1. *L'algorithmic management* e il problema della opacità algoritmica. – 2. Gli anticorpi regolativi contro l'opacità algoritmica nel diritto italiano oggi vigente. – 3. Gli anticorpi regolativi contro l'opacità algoritmica nella Proposta di Direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro tramite piattaforme digitali. – 4. Conclusioni.

## **1. *L'algorithmic management* e il problema della opacità algoritmica**

La tecnologia sta cambiando le modalità con cui le imprese gestiscono il proprio personale. Le decisioni manageriali sono, sempre più spesso, delegate a strumenti algoritmici che, sulla base di processi di raccolta e trattamento dati, assumono poi decisioni automatizzate o semiautomatizzate riguardanti i lavoratori<sup>1</sup>.

---

\* Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Management dell'Università di Venezia Ca' Foscari. Il contributo si colloca nell'ambito del Progetto di Ricerca PRIN 2017EC9CPX “*Dis/Connection: Labor and Rights in the Internet Revolution*” a cui partecipano studiosi delle Università di Bologna, Milano Statale, Napoli Federico II, Udine, Venezia Ca' Foscari. L'articolo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al convegno “Lavoro e Diritti nella Rivoluzione di Internet” del 13-14 gennaio 2022 che, a sua volta, presentava i risultati della ricerca condotta nell'ambito del PRIN già in parte pubblicati in G. Gaudio, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, in *Labour & Law Issues*, vol. 6, 2020, 2, p. 20 ss.; Id., *La Cgil fa breccia nel cuore dell'algoritmo di Deliveroo: è discriminatorio*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2021, 2, p. 188 ss.; Id., *Algorithmic management, sindacato e tutela giurisdizionale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2022, 1, in corso di pubblicazione; Id., *Algorithmic Bosses Can't Lie! How to Foster Transparency and Limit Abuses of the New Algorithmic Managers*, in *Comp. Lab. Law & Pol. Jour.*, in corso di pubblicazione nel 2022 e già disponibile su SSRN.

Questo fenomeno, ribattezzato “*algorithmic management*”<sup>2</sup>, è stato dapprima rintracciato nel lavoro tramite piattaforma digitale<sup>3</sup>. Tuttavia, esso sembra essere ormai radicato, seppur in misura minore, anche in contesti organizzativi più tradizionali rispetto a quelli in cui operano le piattaforme<sup>4</sup>. In settori come la logistica e i servizi, infatti, strumenti algoritmici sono sempre più spesso utilizzati anche per gestire la prestazione di lavoratori con rapporti di lavoro c.d. “standard”<sup>5</sup>.

Gli imprenditori stanno facendo sempre maggior ricorso a questi strumenti principalmente perché essi sono funzionali a migliorare la qualità delle decisioni manageriali e a creare valore aggiunto per gli stessi in termini di aumenti di produttività<sup>6</sup>. In ogni caso, è stato sottolineato come la crescente delega dell’esercizio delle prerogative manageriali a strumenti algoritmici abbia generato una serie di problemi per i lavoratori a essi soggetti, derivanti da alcune caratteristiche salienti delle pratiche di *algorithmic management*.

Questo contributo intende concentrarsi su uno di questi problemi che, in letteratura, è stato definito “opacità algoritmica”<sup>7</sup>. La trasparenza dei

---

<sup>1</sup> A. Mateescu, A. Nguyen, *Algorithmic management in the workplace*, Data & Society Research Institute, 2019. Nella letteratura aziendalistica più recente, C. Kellogg, M.A. Valentine, A. Christin, *Algorithms at Work: the New Contested Terrain of Control*, in *Academy of Management Annals*, 2020, 1, p. 366 ss.; A.J. Wood, *Algorithmic management consequences for work organisation and working conditions*, in *JRC Working Papers Series on Labour, Education and Technology*, 2021, p. 7; M.H. Jarrahi, G. Newlands, M.K. Lee, C.T. Wolf, E. Kinder, W. Sutherland, *Algorithmic management in a work context*, in *Big Data & Society*, 2021, 2, p. 1 ss. Nella letteratura giuslavoristica, A. Aloisi, V. De Stefano, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Laterza, 2020, pp. 77-79 e A. Ingraio, *Data-Driven management e strategie di coinvolgimento collettivo dei lavoratori per la tutela della privacy*, in *Labour & Law Issues*, 2019, 2, pp. 129-132.

<sup>2</sup> Secondo S. O’Connor, *When your boss is an algorithm*, in *Financial Times*, 8 settembre 2016, questa espressione è stata coniata da M.K. Lee, D. Kusbit, E. Metsky, L. Dabbish, *Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers*, in *Proceedings of CHI 2015*, 2015, pp. 1603-1612.

<sup>3</sup> A. Mateescu, A. Nguyen, *op. cit.*, p. 3 e J. Adams-Prassl, *What if Your Boss Was an Algorithm? Economic Incentives, Legal Challenges, and the Rise of Artificial Intelligence at Work*, in *Comp. Lab. Law & Pol. Jour.*, 2019, 1, pp. 131-132.

<sup>4</sup> A. Mateescu, A. Nguyen, *op. cit.*, pp. 5-12; C. Kellogg, M.A. Valentine, A. Christin, *op. cit.*, pp. 372-382; A.J. Wood, *op. cit.*, pp. 2-9.

<sup>5</sup> M.H. Jarrahi, G. Newlands, M.K. Lee, C.T. Wolf, E. Kinder, W. Sutherland, *op. cit.*, p. 2.

<sup>6</sup> C. Kellogg, M.A. Valentine, A. Christin, *op. cit.*, pp. 368-369.

<sup>7</sup> J. Burrell, *How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016, 1, 3 ss.

processi decisionali algoritmici incontra infatti almeno tre tipologie di ostacoli.

Il primo è di natura legale<sup>8</sup> e fa riferimento alla circostanza che gli strumenti utili a implementare un processo decisionale automatizzato possono essere protetti, tra gli altri, da doveri di riservatezza e segreto incombenti sui dipendenti che li sviluppano o ne conoscono il funzionamento<sup>9</sup> oppure da diritti di proprietà intellettuale<sup>10</sup>.

Il secondo ostacolo è di natura tecnica e può essere definito analfabetismo informatico<sup>11</sup>. Non solo scrivere, ma anche leggere il codice di un algoritmo richiede infatti competenze altamente specialistiche che, allo stato attuale, sono possedute soltanto da esperti.

Il terzo ostacolo, al pari del secondo, è anch'esso di natura tecnica e riguarda, nello specifico, gli algoritmi di *machine learning* (ML), cioè quelli dotati di capacità di autoapprendimento<sup>12</sup>. Essi, rispetto ai più semplici algoritmi *rule-based*, raggiungono sovente una complessità tale da poter risultare incomprensibili o inspiegabili a una mente umana<sup>13</sup>. Pertanto, anche se gli specialisti possono essere in grado di illustrare la logica generale sottesa ad un algoritmo di ML, gli stessi non sono generalmente capaci di spiegare come lo stesso sia giunto ad assumere, in concreto, una specifica decisione<sup>14</sup>.

Il risultato è che, quando strumenti algoritmici sono utilizzati per esercitare prerogative datoriali nei confronti dei lavoratori, questi ultimi restano perlopiù all'oscuro delle modalità con cui gli algoritmi assumono decisioni che impattano sulla esecuzione della loro prestazione. Mentre queste

---

<sup>8</sup> J. Burrell, *op. cit.*, pp. 3-4.

<sup>9</sup> F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, 2016, p. 6.

<sup>10</sup> A. Drożdż, *Protection of Natural Persons with Regard to Automated Individual Decision-Making in the GDPR*, Kluwer Law International, 2020, pp. 86-92.

<sup>11</sup> J. Burrell, *op. cit.*, pp. 3-4.

<sup>12</sup> J. Burrell, *op. cit.*, pp. 4-5.

<sup>13</sup> R.V. Yampolskiy, *Unexplainability and Incomprehensibility of Artificial Intelligence*, 2019.

<sup>14</sup> Research Group on the Regulation of the Digital Economy, *Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective*, in *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, n. 13/2019, p. 11.

pratiche possono rendere il lavoratore trasparente agli occhi dei *managers*, le ragioni sottese alle decisioni organizzative assunte da strumenti di *algorithmic management* restano imperscrutabili dai lavoratori<sup>15</sup>. L'osservatore si trova dunque di fronte a uno scenario in cui gli algoritmi dirigono la prestazione dei lavoratori con decisioni dal carattere per loro opaco, così creando nuove asimmetrie informative nella relazione già sbilanciata che lega le parti di un rapporto di lavoro<sup>16</sup>.

La scarsa trasparenza che contraddistingue gli strumenti di *algorithmic management* ha un importante effetto collaterale per i lavoratori. L'opacità algoritmica è infatti idonea a dissimulare l'esercizio dei poteri datoriali, così rendendo più difficoltoso l'accertamento della natura di certi rapporti di lavoro<sup>17</sup> o della violazione dei limiti che tradizionalmente il diritto del lavoro pone all'esercizio di questi poteri, soprattutto con riguardo a quello di controllo<sup>18</sup>. Ancora, nei casi in cui la decisione algoritmica produca effetti discriminatori, la scarsa trasparenza di questi strumenti riduce ulteriormente la probabilità che questi siano percepiti, e poi dimostrati, dai lavoratori<sup>19</sup>. Peraltro, dato che gli strumenti di *algorithmic management* sono alimentati da grandi quantità di dati dei lavoratori<sup>20</sup>, occorre considerare anche il rischio, già peraltro materializzatosi, che questi ultimi siano

---

<sup>15</sup> Come evidenziato da A. Aloisi, V. De Stefano, *op. cit.*, 70-71.

<sup>16</sup> M. Otto, *Workforce Analytics v Fundamental Rights Protection in the EU in the Age of Big Data*, in *Comp. Lab. Law & Pol. Jour.*, 2019, 40, pp. 392-393. Nella letteratura italiana, v. A. Aloisi, V. De Stefano, *op. cit.*, p. 70 e già P. Tullini, *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, in P. Tullini, *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017, p. 120. Con specifico riguardo al lavoro tramite piattaforma, v. anche A. Rosenblat, L. Stark, *Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers*, in *Int. Jour. Comm.*, 2016, 10, p. 3758 ss. e J. Duggan, U. Sherman, R. Carbery, A. McDonnell, *Algorithmic management and app-work in the gig economy: A research agenda for employment relations and HRM*, in *Hum. Res. Man. Jour.*, 30, p. 120.

<sup>17</sup> J. Adams-Prassl, *op. cit.*, pp. 144-145.

<sup>18</sup> Sezioni III.A, IV e V di G. Gaudio, *Algorithmic Bosses Can't Lie! How to Foster Transparency and Limit Abuses of the New Algorithmic Managers*, cit.

<sup>19</sup> G. Gaudio, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, cit., pp. 48-49; A. Kelly-Lyth, *Challenging Biased Hiring Algorithms*, in *Ox. Jour. Leg. Stud.*, 2021, p. 23; M. Peruzzi, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *Labour & Law Issues*, 2021, 1, pp. 1.57-59.

<sup>20</sup> E. Dagnino, *People Analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data*, in *Labour & Law Issues*, 2017, 1, I.1 ss. e più diffusamente Id., *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019, p. 188 ss.

raccolti e trattati in violazione della disciplina posta a tutela dei dati personali<sup>21</sup>.

Concludendo, l'opacità algoritmica può pregiudicare l'effettivo esercizio dei diritti dei lavoratori per due ragioni. Da un lato, essi potrebbero non rendersi conto che i loro diritti siano stati violati. Dall'altro, anche qualora se ne rendessero conto, potrebbero non riuscire ad acquisire prove che siano utili a svelare in giudizio la verità materiale che si cela dietro gli algoritmi.

## **2. Gli anticorpi regolativi contro l'opacità algoritmica nel diritto italiano oggi vigente**

A fronte del problema presentato al par. 1 *supra*, è dunque necessario chiedersi se esistano, nel nostro ordinamento, anticorpi regolativi utili a ridurre le asimmetrie informative create dal crescente utilizzo di strumenti di *algorithmic management*.

Nel ricercare questi anticorpi regolativi, occorre distinguere tra quelli a disposizione dei lavoratori prima della instaurazione di un eventuale giudizio e quelli utilizzabili nel corso dello stesso.

### **A. Prima del processo**

#### ***Diritti di informazione e accesso***

Il primo strumento utile a promuovere la trasparenza algoritmica è costituito dagli artt. 13 e 15 del GDPR, che garantiscono al lavoratore di avere notizia della esistenza di un trattamento di dati e, nel caso di processi decisionali automatizzati, della logica generale utilizzata dallo strumento di *algorithmic management* per assumere decisioni che lo hanno riguardato. L'art. 13 del GDPR prevede infatti che il lavoratore abbia diritto a ottenere una serie di informazioni quando il datore di lavoro o committente, in qualità di titolare del trattamento, abbia trattato dati personali del

---

<sup>21</sup> Come dimostrano i provvedimenti del [Garante privacy 10 giugno 2021, n. 234, ordinanza ingiunzione nei confronti di Foodinho s.r.l.](#) e [Garante privacy 22 luglio 2021, n. 285, ordinanza ingiunzione nei confronti di Deliveroo Italy s.r.l.](#)

lavoratore. L'art. 15 del GDPR va anche oltre, disponendo che lo stesso lavoratore, quando il trattamento dei suoi dati personali sia già in corso, abbia diritto a ottenere le medesime informazioni oggetto del diritto di cui all'art. 13 del GDPR mediante l'esercizio di un diritto di accesso nei confronti del datore di lavoro o committente titolare del trattamento<sup>22</sup>.

Sul punto, è utile osservare come, in due contenziosi instaurati da lavoratori tramite piattaforma, essi abbiano esercitato il diritto di accesso *ex art. 15 del GDPR* per ottenere informazioni utili ad avere cognizione di alcune funzionalità dell'algoritmo, poiché esse avrebbero potuto costituire circostanze fattuali utili a dimostrare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

Il primo caso è quello relativo al contenzioso instaurato da un *rider* di Glovo dinanzi al Tribunale di Palermo che, con pronuncia resa alla fine di novembre 2020, ha poi dichiarato la natura subordinata del suo rapporto di lavoro<sup>23</sup>. Da quanto emerge dai fatti riportati nella prima parte della pronuncia, il lavoratore ricorrente ha esercitato, in ben due occasioni, il proprio diritto di accesso ai sensi dell'art. 15 del GDPR, ottenendo dalla società committente fittizia: a) con riguardo alla prima richiesta, i dati relativi alle «sessioni risultanti dalla banca dati» aziendale in merito alle ore effettivamente lavorate (cap. prova 51 riportato in sentenza); e b) con riguardo alla seconda richiesta, volta a «conoscere l'esistenza di un trattamento di dati che ha determinato la decisione di disconnettere il suo *account* e di non riconnetterlo dopo la richiesta», informazioni insufficienti: ciò perché la società, secondo quanto riferito dalla difesa del ricorrente, ha riscontrato l'istanza del lavoratore «con una comunicazione del tutto generica nella quale si omettevano le indicazioni necessarie per la tutela dei diritti rivendicati nel presente giudizio» (cap. prova 66 riportato in sentenza).

---

<sup>22</sup> Per una ricognizione del dibattito, v. già G. Gaudio, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, cit., pp. 29-33.

<sup>23</sup> Trib. Palermo 20 novembre 2020, in *Lavoro Diritti Europa*, LDE, 2021, 1, con note di F. Carinci, E. Puccetti e G. Fava.

Occorre però osservare come il *rider* ricorrente, una volta ottenute dalla società informazioni insufficienti, avrebbe ben potuto agire in giudizio, prima di instaurare il contenzioso relativo all'accertamento della subordinazione, per ottenere una pronuncia di condanna nei confronti di Glovo ad adempiere diligentemente alla seconda richiesta oggetto del diritto di accesso. Una volta ottenuta la pronuncia di condanna, il *rider* avrebbe poi potuto utilizzare le informazioni fornite da Glovo come prova nel giudizio avente ad oggetto la qualificazione del proprio rapporto di lavoro.

Ciò è quanto accaduto in alcuni contenziosi instaurati nei Paesi Bassi da lavoratori tramite piattaforma aventi a oggetto, tra le altre cose, il diritto degli stessi ad avere accesso, ai sensi dell'art. 15 GDPR, ad alcune informazioni relative al funzionamento degli algoritmi utilizzati da Uber e Ola, società attive nel servizio taxi, per le quali lavoravano<sup>24</sup>. La Corte Distrettuale di Amsterdam ha poi accolto, sebbene solo in parte, le domande avanzate dai lavoratori. In primo luogo, la Corte ha ordinato a Uber di garantire ai lavoratori accesso ai dati utilizzati come base della decisione di disattivare l'*account* di alcuni *drivers*, ivi inclusi i dati utilizzati per calcolare il *ranking* di ciascuno di essi. Soprattutto, dopo aver accertato che Ola aveva implementato un sistema automatizzato di *bonus* e *malus* nella gestione dei turni di lavoro dei *drivers*, la Corte ha poi ordinato a questa società di comunicare ai lavoratori quali fossero i principali criteri di valutazione utilizzati dal sistema e di specificare quale fosse il ruolo che essi rivestissero nella assunzione di decisioni automatizzate assunte nei confronti dei lavoratori: ciò al fine di garantire che questi fossero in grado di conoscere i criteri sulla base dei quali tali decisioni fossero state assunte, al fine di poter controllare che ciò fosse avvenuto nel rispetto dei principi di correttezza e liceità del trattamento dei dati previsti dall'art. 5 del GDPR.

---

<sup>24</sup> Corte Distrettuale Amsterdam 11 marzo 2021, casi C/13/687315/HARK20-207, C/13/689705/HARK/20-258, e C/13/692003/HARK20-302.



Concludendo sul punto, i diritti di informazione e accesso previsti dagli artt. 13 e 15 del GDPR sono utili ad alleviare la situazione di accentuata asimmetria informativa in cui si vengono a trovare i lavoratori soggetti a strumenti di *algorithmic management* opachi, anche se non ad annullarla. Ciò perché essi non prevedono un diritto a ottenere una vera e propria spiegazione delle ragioni sottese all'assunzione di certe decisioni mediante algoritmi ma un più generico diritto a ottenere «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato», che sembrano peraltro limitate ai soli casi di processi decisionali «automatizzati» ai sensi del GDPR. Pertanto, questi diritti potrebbero essere funzionali a garantire l'effettività di alcune tutele attribuite dall'ordinamento ai lavoratori, ma solo a condizione che il loro esercizio, preventivo e stragiudiziale, sia combinato con gli altri strumenti regolativi che operano durante il processo, su cui si concentrerà il resto dell'analisi.

## **B. Durante il processo**

### ***Modificazione degli oneri della prova***

Il secondo strumento utile a promuovere la trasparenza algoritmica è costituito da quelle regole che addossano, in tutto o in parte, l'onere di dimostrare certi fatti in capo al datore di lavoro o committente<sup>25</sup>. Lo stesso effetto pratico hanno le regole che stabiliscono presunzioni legali relative a favore del lavoratore, che determinano «una *relevatio ab onere probandi* in favore della parte che avrebbe l'onere di dare prova del fatto che viene presunto; sarà quindi l'altra parte a dover dimostrare che quel fatto non si è verificato»<sup>26</sup>.

L'effetto della manipolazione degli oneri della prova a favore del lavoratore è determinato, nel diritto del lavoro, da una pluralità di regole<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Per questa tesi, v. già G. Gaudio, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, cit., p. 33 ss.

<sup>26</sup> M. Taruffo, *Onere della prova [dir. proc. civ.]*, in *Enc. Treccani. Diritto on line*, 2017.

<sup>27</sup> In generale, M. Taruffo, *La semplice verità*, Laterza, 2009, p. 231. Nel diritto del lavoro, A. Vallebona, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1992, p.

Tra le più rilevanti, vi sono quelle che introducono un presupposto sostanziale in presenza del quale può essere esercitato un potere datoriale<sup>28</sup>, circostanza che «comporta sempre automaticamente l'imposizione a carico del datore di lavoro del relativo onere probatorio»<sup>29</sup>. Altre regole rilevanti sono quelle che, nel diritto antidiscriminatorio, introducono una inversione parziale dell'onere della prova in capo al datore di lavoro<sup>30</sup>.

Più recentemente, una regola analoga è stata introdotta dall'art. 5(2) GDPR, che impone al datore di lavoro o committente, in qualità di titolare del trattamento, di dimostrare di aver rispettato la disciplina posta a tutela dei dati dei lavoratori<sup>31</sup>.

Tutte queste regole sono molto utili per promuovere la trasparenza algoritmica, poiché stabiliscono in anticipo che il datore di lavoro o committente soccomberà in giudizio in caso di mancata dimostrazione del fatto che uno strumento di *algorithmic management* abbia assunto una determinata decisione nel rispetto della disciplina giuslavoristica o *privacy*. Consapevole di questo rischio, un datore di lavoro o committente razionale avrà dunque dinanzi a sé due scenari: ricorrere solo a quei dispositivi algoritmici rispettosi dei diritti dei lavoratori e che, soprattutto, possano essere resi trasparenti in giudizio; oppure, continuare a

---

810 ss. e, più recentemente, A. Vallebona, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, p. 792 ss.

<sup>28</sup> Ad esempio, controllo a distanza, adozione di una sanzione disciplinare conservativa, trasferimento, demansionamento, licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo: per una disamina più approfondita, v. già G. Gaudio, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, cit., p. 44.

<sup>29</sup> A. Vallebona, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, cit., p. 802 ss. e *amplius* A. Vallebona, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, 1988, pp. 61-67 e 129-137.

<sup>30</sup> La qualificazione del meccanismo come inversione parziale dell'onere della prova è dibattuta in dottrina e giurisprudenza: per la ricostruzione delle varie posizioni, v. G. Gaudio, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, cit., pp. 46-47.

<sup>31</sup> L'art. 5(2), GDPR dispone infatti che il titolare del trattamento debba essere in grado di comprovare il rispetto dei principi applicabili al trattamento di dati personali previsti dall'art. 5(1), GDPR, così da riversare «interamente sul titolare l'onere probatorio della dimostrazione della liceità dei trattamenti svolti»: A. Ingraio, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, 2018, p. 126.

nascondersi dietro il velo della opacità algoritmica, consapevole che il prezzo da pagare per questa scelta sarà la soccombenza in giudizio.

Sul punto, è utile osservare come, in un recente contenzioso instaurato dalla Cgil c. Deliveroo sulla asserita discriminatorietà dell'algoritmo Frank utilizzato dalla società per la gestione e programmazione di incarichi e turni, le regole in materia di inversione parziale degli oneri della prova previste dal diritto antidiscriminatorio siano state decisive nel determinare la soccombenza di Deliveroo.

Come noto, nella pronuncia resa dal Tribunale di Bologna<sup>32</sup>, la giudice ha dichiarato discriminatorio l'algoritmo di Deliveroo perché, stando alla verità processuale accertata in giudizio, esso sarebbe stato programmato in modo da penalizzare, in termini di future occasioni di lavoro, quei *riders* che si fossero astenuti dal lavorare dopo essersi prenotati sulla piattaforma. Questo meccanismo, secondo il Tribunale, avrebbe determinato una discriminazione per ragioni sindacali di quei lavoratori che, una volta prenotatisi per un turno, decidevano poi di non lavorare per partecipare ad uno sciopero.

In realtà, come del resto ammesso dalla stessa giudice, la decisione è stata assunta in assenza di prova piena sul «concreto meccanismo di funzionamento dell'algoritmo», che resta tuttora sconosciuto. Infatti, è stato solo il combinato disposto delle informazioni rivelate da Deliveroo sul proprio sito internet e da un teste da essa introdotto che, facendo scattare il meccanismo di inversione parziale dell'onere probatorio previsto nel contesto normativo antidiscriminatorio, ha poi condannato la società alla soccombenza.

Questa analisi dimostra plasticamente come le regole in materia di inversione degli oneri della prova abbiano una funzione antiépistemica perché ammettono che, quando un fatto resti indimostrato al termine dell'istruttoria (come il funzionamento dell'algoritmo Frank di Deliveroo),

---

<sup>32</sup> Trib. Bologna 31 dicembre 2020, in *Lavoro Diritti Europa*, LDE, 2021, 1, con note di A. Perulli, G. Fava e L. Fassina.

la decisione di una controversia possa essere fondata su un enunciato potenzialmente falso.

Concludendo, le regole che modificano la ripartizione degli oneri della prova, ivi incluse quelle che introducono presunzioni legali relative, promuovono la trasparenza algoritmica, ma solo indirettamente, incentivando un datore di lavoro o committente che non voglia perdere la causa a utilizzare solo gli algoritmi che possono essere resi trasparenti in giudizio. Naturalmente, l'efficacia di queste regole è piena ove l'onere della prova sia allocato *in toto* in capo al datore di lavoro o committente, mentre è solo parziale nei casi in cui esso venga ripartito tra le parti, come accade ad esempio nel diritto antidiscriminatorio. Pertanto, nei casi di inversione parziale dell'onere della prova, la piena trasparenza algoritmica può essere promossa solo mediante l'esercizio preventivo e stragiudiziale dei diritti di informazione e accesso previsti dagli artt. 13 e 15 GDPR descritti *supra*, oppure per mezzo di un altro strumento regolativo, di matrice squisitamente processuale, su cui si concentrerà la parte finale di questo paragrafo.

### ***Poteri istruttori***

Il terzo e ultimo strumento utile a promuovere la trasparenza algoritmica è costituito dai poteri istruttori del giudice del lavoro, previsti dall'art. 421 c.p.c. Mediante l'esercizio di questi poteri (che, secondo una interpretazione restrittiva della giurisprudenza, possono essere esercitati solo con funzione integrativa e mai suppletiva delle carenze probatorie delle parti), il giudice del lavoro potrebbe infatti ribilanciare nel processo quello squilibrio delle parti nell'accesso alla prova che è accentuato dall'utilizzo di algoritmi opachi<sup>33</sup>.

Vi sono due prove che potrebbero essere funzionali allo scopo.

---

<sup>33</sup> V. già, anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, G. Gaudio, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, cit., pp. 33-39 e 58-61.

La prima è la prova testimoniale. Il giudice del lavoro potrebbe infatti chiamare a testimoniare individui non affetti dai problemi di opacità algoritmica, cioè gli sviluppatori dello strumento di *algorithmic management* o, in alternativa, coloro che ne conoscano, comunque, il funzionamento. Questi soggetti potrebbero infatti rivelare in giudizio la logica sottesa al processo decisionale algoritmico o, quantomeno, i suoi effetti per i lavoratori.

La seconda è la consulenza tecnica c.d. “percipiente”, con cui il giudice affiderebbe al consulente di valutare le risultanze di una ispezione o un esperimento giudiziale aventi a oggetto l’algoritmo condotte dal CTU, al fine di comprendere l’effettivo funzionamento dello strumento di *algorithmic management*.

Peraltro, l’esercizio di tali poteri non potrebbe essere totalmente frenato da esigenze di protezione degli interessi al segreto di coloro che sviluppano o comunque utilizzano i dispositivi algoritmici oggetto di prova. Non pare, infatti, che una investigazione processuale più attenta sui fatti di causa mediante testimonianze o consulenze tecniche percipienti possa costituire una violazione del dovere di fedeltà di cui all’art. 2105 c.c. né di eventuali segreti commerciali a tutela degli algoritmi poiché, come più volte precisato dalla giurisprudenza, «al diritto di difesa in giudizio deve riconoscersi prevalenza rispetto alle eventuali esigenze di segretezza dell’azienda», soprattutto ove «l’applicazione corretta della normativa processuale in materia [...] è idonea a impedire una vera e propria divulgazione» delle informazioni riservate aziendali<sup>34</sup>. Ciò, naturalmente, a condizione che le prove oggetto dell’esercizio del potere istruttorio siano rilevanti ai fini della dimostrazione dei fatti oggetto del processo.

---

<sup>34</sup> Tra le tante, Cass. 13 luglio 2016, n. 14305, in *DeJure*. Peraltro, nulla esclude, ove parte resistente alleghi specifiche esigenze di riservatezza, che il giudice del lavoro possa adottare ulteriori cautele volte a garantire la tutela delle informazioni riservate, ad esempio applicando analogicamente quanto previsto dall’art. 129 del D.lgs. n. 30 del 2005 (Codice della proprietà industriale), il quale, nel procedimento di descrizione e sequestro, prevede che il giudice debba adottare «le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate»: per esempi, v. M. Scuffi, *Le singole misure: descrizione e sequestro*, in M. Scuffi e M. Franzosi, *Diritto industriale italiano*, II, 2013, p. 1414.

Concludendo, le regole che attribuiscono ai giudici del lavoro ampi poteri istruttori promuovono direttamente la trasparenza algoritmica, incentivando un datore di lavoro o committente che non voglia perdere la causa a utilizzare solo gli algoritmi che possono essere resi trasparenti in giudizio e che non siano lesivi dei diritti dei lavoratori. In altre parole, essi «corrispondono ad una necessità epistemica, trattandosi di strumenti finalizzati a conseguire lo scopo dell'accertamento della verità» materiale nel processo<sup>35</sup>, fino ad allora celata dietro un velo di opacità algoritmica.

Da questo angolo prospettico, potrebbe dunque sembrare opportuno rivisitare gli orientamenti restrittivi della giurisprudenza in materia di esercizio dei poteri istruttori del giudice del lavoro, perlomeno nei casi in cui la tecnologia, aumentando le asimmetrie informative tra le parti del processo, precluda l'accertamento della verità materiale. Insomma, un esercizio più incisivo di questi poteri, guidato e allo stesso tempo limitato dal criterio di prossimità alla fonte di prova, renderebbe il diritto del lavoro italiano ancor meglio equipaggiato per far fronte alle sfide lanciate dalla rivoluzione tecnologica in atto<sup>36</sup>.

### **3. Gli anticorpi regolativi contro l'opacità algoritmica nella Proposta di Direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro tramite piattaforme digitali**

L'analisi portata avanti al par. 2 *supra* ha dimostrato come esistano, nell'ordinamento italiano, tre classi di anticorpi regolativi utili a garantire una maggiore trasparenza delle decisioni assunte mediante algoritmi.

Tuttavia, il problema della opacità algoritmica continua a costituire un ostacolo alla piena tutela dei diritti dei lavoratori, soprattutto in quei contenziosi in cui l'onere di provare certi fatti grava *in toto* sul lavoratore, come accade nelle azioni volte ad accertare la natura subordinata o etero-

---

<sup>35</sup> M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., pp. 178-179.

<sup>36</sup> Tesi già sostenuta in G. Gaudio, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, cit., pp. 62- 67, cui si rimanda per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

organizzata di un rapporto di lavoro qualificato dalle parti come autonomo.

Da questo punto di vista, dunque, può essere accolta con favore la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali (da qui in avanti, la “Proposta di Direttiva”)<sup>37</sup>, perché si propone di affrontare il problema della opacità algoritmica<sup>38</sup>, anche se limitatamente al lavoro tramite piattaforma digitale<sup>39</sup> e principalmente con riguardo al problema della qualificazione dei rapporti di lavoro con le piattaforme<sup>40</sup>.

Posto che la trasparenza algoritmica è uno degli obiettivi che il legislatore UE si è proposto di perseguire mediante la Proposta di Direttiva<sup>41</sup>, sembra dunque utile analizzare gli strumenti normativi per mezzo dei quali si è cercato di raggiungere questi scopi che, come si vedrà a breve, sono analoghi a quelli presentati al par. 2 *supra*.

## A. Prima del processo

### *Diritti di informazione e accesso*

Il primo strumento utile a promuovere la trasparenza algoritmica a favore dei lavoratori che operano per le piattaforme digitali è costituito dall'art. 6 della Proposta di Direttiva.

---

<sup>37</sup> Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali COM/2021/762 final del 9 dicembre 2021. Per i primi commenti da parte della dottrina giuslavoristica italiana, v. F. Capponi, *Dalla Commissione Europea una proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforma digitale: il punto sulle previsioni in materia di qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Bollettino Adapt*, 13 dicembre 2021, n. 44; L. Valente, *Tra subordinazione e autonomia: la direttiva sui rider*, in *lavoce.info*, 15 dicembre 2021; M. Barbieri, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *Labour & Law Issues*, vol. 7, 2021, 2, p. 1 ss.; V. Ferrante, *La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori “delle piattaforme”*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*.INT – 158/2022, p. 18 ss.; F. Pisani, *La proposta di direttiva UE per i lavori delle piattaforme digitali e il Real Decreto-Ley 9/2021 spagnolo*, in *Law. e Prev. Oggi*, 2022, 1/2, p. 65 ss.

<sup>38</sup> Cons. 8 della Proposta di Direttiva.

<sup>39</sup> Artt. 1-2 della Proposta di Direttiva.

<sup>40</sup> Artt. 3-5 della Proposta di Direttiva, anche se alcune disposizioni sono dedicate alla gestione algoritmica della forza lavoro, cioè gli artt. 6-10 della Proposta di Direttiva, anche se limitatamente al lavoro prestato mediante piattaforme digitali.

<sup>41</sup> Cons. 13 della Proposta di Direttiva e art. 1(1) della Proposta di Direttiva.

In particolare, l'art. 6 della Proposta di Direttiva prevede che le piattaforme digitali debbano informare i lavoratori in merito, da un lato, ai sistemi di monitoraggio automatizzati e, dall'altro, ai sistemi decisionali automatizzati.

L'art. 6(2) dettaglia poi la tipologia di informazioni oggetto di questo diritto. Di fatto, il legislatore UE si è mosso nella direzione di ampliare il novero delle informazioni che le piattaforme digitali avrebbero già dovuto fornire ai propri lavoratori ai sensi dell'art. 13 del GDPR, prevedendo, ad esempio, che essi abbiano diritto di ottenere le informazioni relative ai principali parametri utilizzati dai sistemi decisionali automatizzati, nonché i motivi sottesi alle decisioni da essi assunte.

L'art. 6(3) precisa poi che tali informazioni debbono essere fornite «al più tardi il primo giorno lavorativo come pure in caso di modifiche sostanziali». Peraltro, lo stesso articolo precisa che le stesse dovranno essere altresì fornite «in qualsiasi momento su richiesta dei lavoratori delle piattaforme digitali», così enucleando un diritto di accesso sulla scorta di quello previsto dall'art. 15 del GDPR.

## **B. Durante il processo**

### ***Modificazione degli oneri della prova***

Il secondo strumento utile a promuovere la trasparenza algoritmica a favore dei lavoratori che operano per le piattaforme digitali è previsto dal combinato disposto degli artt. 4 e 5 della Proposta di Direttiva.

In particolare, l'art. 4(1) della Proposta di Direttiva prevede una presunzione legale di subordinazione<sup>42</sup> nel caso in cui la piattaforma digitale «controll[i] [...] l'esecuzione del lavoro» di un determinato lavoratore.

---

<sup>42</sup> In realtà, la questione è più complessa, poiché l'art. 1(1) Proposta di Direttiva, nel definire «lavoratore delle piattaforme digitali», fa riferimento a contratto di lavoro o rapporto di lavoro «quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore negli Stati membri, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia». Sulla questione, v. la analisi a prima lettura di M. Barbieri, *op. cit.*, pp. 9-10 e F. Pisani, *op. cit.*, pp. 74-75.



La presunzione legale scatta al ricorrere di almeno due di cinque indici, che sono enumerati dall'art. 4(2) della Proposta di Direttiva.

La presunzione legale è relativa perché, come chiarito dall'art. 5(1), ciascuna delle parti – anche se, verosimilmente, sarà il datore di lavoro ad avere nella prassi questo interesse – ha la possibilità di «confutare la presunzione legale di cui all'articolo 4 nei procedimenti giudiziari».

Effetto automatico derivante dalla introduzione di una presunzione legale relativa, almeno in Italia, sarebbe poi stato quello di una *relevatio ab onere probandi* in favore della parte onerata, con conseguente inversione dell'onere probatorio in capo alla controparte. Tale effetto sugli oneri della prova è peraltro esplicitato dall'art. 5(2) della Proposta di Direttiva, il quale prevede espressamente che, qualora la piattaforma intenda «confutare la presunzione legale», allora «l'onere della prova incombe alla piattaforma di lavoro digitale».

Una seconda modificazione degli oneri della prova è prevista all'art. 18(3) della Proposta di Direttiva, che prevede che spetti alla piattaforma digitale «dimostrare che il licenziamento o le misure equivalenti erano basati su motivi diversi» dal fatto che i lavoratori abbiano esercitato i diritti previsti dalla Proposta di Direttiva.

### ***Poteri istruttori***

Il terzo e ultimo strumento utile a promuovere la trasparenza algoritmica a favore dei lavoratori che operano per le piattaforme digitali è previsto dall'art. 16 della Proposta di Direttiva.

In particolare, l'art. 16(1) della Proposta di Direttiva prevede che, nei contenziosi aventi ad oggetto la qualificazione di un rapporto di lavoro con una piattaforma digitale, «gli organi giurisdizionali nazionali [...] possano ordinare alla piattaforma di lavoro digitale di divulgare qualsiasi prova pertinente che rientri nel suo controllo». In altre parole, questa disposizione attribuisce ai giudici un potere istruttorio molto ampio, il quale trova soltanto due limiti che, utilizzando il gergo giuridico nazionale,

vengono individuati nel criterio di vicinanza della prova<sup>43</sup> e in quello di rilevanza: cioè, i due criteri già valorizzati al par. 2 *supra*.

L'art. 16(2) della Proposta di Direttiva prevede poi che gli Stati Membri provvedano affinché i giudici nazionali, nei casi in cui l'esercizio dei poteri istruttori abbia ad oggetto «prove che contengono informazioni riservate», «dispongano di misure efficaci per proteggerle [...] allorquando ordinano la divulgazione di tali informazioni»<sup>44</sup>. Insomma, consapevole dei rischi di opacità algoritmica derivanti da ostacoli alla trasparenza di natura legale, il legislatore UE dispone una soluzione che tutela i contrapposti interessi delle parti e che sembra in linea con quella proposta al par. 2 *supra*, sulla scorta di una certa giurisprudenza della Corte di Cassazione.

#### 4. Conclusioni

In questo contributo, si è cercato di dimostrare come esistano tecniche normative che costituiscono anticorpi regolativi utili a contrastare il problema della scarsa trasparenza algoritmica. Come precisato al par. 2 *supra*, nel sistema normativo italiano sono state già sperimentate tecniche normative funzionali a svelare potenziali violazioni della disciplina giuslavoristica o *privacy* che, altrimenti, sarebbero rimaste nascoste dietro un velo di opacità algoritmica.

---

<sup>43</sup> Parla di vicinanza della prova anche M. Barbieri, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *Labour & Law Issues*, vol. 7, 2021, 2, p. 17.

<sup>44</sup> Anche se sembra teoricamente contrastante con tale previsione quanto riportato al cons. 33 della Proposta di Direttiva, secondo cui «le piattaforme di lavoro digitali non dovrebbero essere tenute a rivelare il funzionamento dettagliato dei loro sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, compresi gli algoritmi, o altri dati dettagliati che contengono segreti commerciali o sono protetti da diritti di proprietà intellettuale. Tali considerazioni non dovrebbero tuttavia condurre a un diniego a fornire tutte le informazioni prescritte dalla presente direttiva», come rilevato da M. Barbieri, *op. cit.*, p. 17.

In realtà, il cons. 33 della Proposta di Direttiva sembra riferirsi alle informazioni da fornire ai sensi dell'art. 6 della Proposta di Direttiva e non, invece, a eventuali informazioni rivelate post esercizio dei poteri istruttori ai sensi dell'art. 16 della Proposta di Direttiva. Tant'è che il successivo cons. 46 della Proposta di Direttiva, specificamente riferito ai poteri istruttori garantiti ai giudici ai sensi dell'art. 6 della Proposta di Direttiva, precisa che essi «dovrebbero pertanto poter ordinare alle piattaforme di lavoro digitali di divulgare qualsiasi prova pertinente che rientri nel loro controllo, comprese le informazioni riservate, fatte salve misure efficaci per proteggere tali informazioni».

In ragione del sempre più ampio ricorso a pratiche di *algorithmic management*, queste tecniche normative potrebbero essere utilizzate su più larga scala da quei legislatori che vogliono fornire una risposta efficace per garantire una tutela effettiva dei lavoratori la cui prestazione viene gestita da dispositivi algoritmici, così riducendo le asimmetrie informative che, altrimenti, sarebbero da questi ampliate.

Da questo punto di vista, deve dunque essere salutata con favore la Proposta di Direttiva perché, come precisato al par. 3 *supra*, essa fa ampio ricorso a queste tecniche normative per garantire una tutela effettiva dei diritti dei lavoratori tramite piattaforma, terreno di vasto utilizzo di strumenti di *algorithmic management*, soprattutto con riguardo al problema della qualificazione del loro rapporto di lavoro.

Tuttavia, la Proposta di Direttiva costituisce una risposta solo parziale per risolvere il problema della opacità algoritmica poiché, come precisato in apertura, il fenomeno, lungi dall'essere sperimentato solo nel lavoro tramite piattaforma, è oggi ormai radicato anche in contesti organizzativi più tradizionali rispetto a quello in cui operano le piattaforme. In altre parole, sarebbe stato forse più opportuno regolare il fenomeno dell'*algorithmic management* in quanto tale e non il contesto organizzativo dove esso è, ad oggi, maggiormente sperimentato, cioè quello delle piattaforme digitali. Il rischio di questo approccio regolativo, infatti, è che i legislatori si trovino sempre a rincorrere, invece che a orientare *ex ante* tramite la regolazione, il progresso tecnologico.

Nulla toglie, in ogni caso, che la Proposta di Direttiva possa essere il primo passo per estendere poi su più larga scala tecniche normative che hanno già dimostrato di essere estremamente efficaci nel risolvere il problema della opacità algoritmica.

## **Abstract**

*Il contributo si propone di comprendere se esistano anticorpi regolativi utili a risolvere il problema della opacità algoritmica, idoneo a pregiudicare l'effettivo esercizio dei diritti da parte dei lavoratori soggetti a strumenti di algorithmic management. Dopo aver rintracciato una serie di anticorpi regolativi nel sistema normativo italiano, questo contributo cerca di comprendere se la recente Proposta di Direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro tramite piattaforme digitali, che si propone di aumentare la trasparenza algoritmica, abbia fatto ricorso a tecniche normative funzionali allo scopo.*

*This article aims at understanding whether there are any regulatory antibodies that may contribute to solve the issue of algorithmic opacity, which may prejudice the effective enforcement of the rights of those workers subject to algorithmic management devices. After having tracked down a series of regulatory antibodies within the Italian legal system, this article tries to understand whether the Proposal for a Directive on improving working conditions in platform work, which aims at increasing algorithmic transparency, has used regulatory techniques that are actually functional to achieve this goal.*