



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

*Algorithmic management, poteri datoriali
e oneri della prova:
alla ricerca della verità materiale
che si cela dietro l'algoritmo*

GIOVANNI GAUDIO

Università Ca' Foscari di Venezia

vol. 6, no. 2, 2020

ISSN: 2421-2695



***Algorithmic management, poteri datoriali
e oneri della prova:
alla ricerca della verità materiale
che si cela dietro l’algoritmo***

GIOVANNI GAUDIO

Università Ca’ Foscari di Venezia
Assegnista di ricerca in Diritto del Lavoro
giovanni.gaudio@unive.it

ABSTRACT

Technology is changing the methods used by entrepreneurs to manage their human resources. Many employers have already started to dismiss the completely human exercise of their managerial prerogatives, totally or partially delegating them to more or less smart machines. Data collected through workforce analytics practices are the fuel to fill the tank of algorithmic management tools, which are capable of taking automated decisions affecting the workforce.

Notwithstanding the advantages in terms of increased labour productivity, recurring to technology is not always risk-free. It has already happened, also in the HR management context, that algorithms have revealed themselves as biased decision-makers. This problem has often been exacerbated by the lack of transparency characterising most part of automated decision-making processes. This is also the reason why it has been underlined how workforce analytics and algorithmic management practices may implicate an augmentation of managerial prerogatives unheard in the past. It has also been stressed, above all when looking at the international debate on this topic, that this should entail an update of, or even implicate the need of rethinking more generally, employment laws that, as they are today, may be inadequate to address the issues posed by the technological revolution.

The aim of this paper is thus to understand whether Italian employment laws are equipped with regulatory antibodies capable of preventing improper abuses of employers' managerial prerogatives potentially arising from the increasing recourse to algorithmic management practices. More specifically, this article tries to demonstrate how the rules relating to burden of proof and the ones granting employment judges with broad powers to obtain evidence, above all if combined with information and access rights provided by the GDPR, can alleviate the issues of both lack of decision-making transparency and improper abuses of employers' managerial prerogatives connected to the always more massive use of algorithmic management practices. Lastly, this paper points out how there are many arguments to claim for a more robust exercise of the powers of employment judges to obtain evidence, driven and at the same time limited by the criterion of the proximity to the source of evidence. This would facilitate the quest for the material truth hidden behind the algorithm, thus making Italian employment laws even better equipped to face the challenges posed by the technological revolution.

Keywords: workforce analytics; privacy protection; GDPR; burden of proof; discrimination; gig economy.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/11955>

***Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo* (*)**

SOMMARIO: 1. L'esercizio dei poteri datoriali mediante *algorithmic management* tra incompletezze informative e rischi di tecnocrazia algoritmica: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo. – 2. L'(in)esistenza nel GDPR di un diritto del lavoratore a ottenere una spiegazione delle ragioni sottese a decisioni assunte mediante strumenti di *algorithmic management*. – 3. Le discipline degli oneri probatori e dei poteri istruttori del giudice del lavoro come anticorpi regolativi contro l'opacità delle decisioni assunte tramite strumenti di *algorithmic management*. – 3.1. Gli oneri della prova nelle azioni fondate sulla violazione di un limite all'esercizio dei poteri datoriali. – 3.2. Gli oneri della prova nelle azioni fondate sulla violazione di un divieto di discriminazione. – 3.3. Gli oneri della prova nelle azioni fondate sull'accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro. – 4. La trasparenza del decisore algoritmico tra funzione, rispettivamente antiepistemica ed epistemica, delle regole in materia di onere della prova e di quelle che attribuiscono poteri istruttori al giudice del lavoro. – 5. Un diritto del lavoro in salute dinanzi alle sfide lanciate dalla rivoluzione tecnologica in atto.

1. L'esercizio dei poteri datoriali mediante *algorithmic management* tra incompletezze informative e rischi di tecnocrazia algoritmica: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo

La tecnologia sta cambiando le modalità con cui le imprese gestiscono il proprio personale. Decisioni che un tempo venivano assunte direttamente da esseri umani sono, sempre più spesso, delegate a *managers* digitali⁽¹⁾. Il fenomeno, ribattezzato *algorithmic management*, consiste nel demandare decisioni relative all'organizzazione della forza lavoro, in tutto o in parte, ad agenti non umani capaci di migliorare la produttività, ottimizzando processi e risorse⁽²⁾.

* 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.

⁽¹⁾ Per una definizione dei termini tecnici utilizzati in questo contributo, si è fatto riferimento al glossario tecnico approntato per la dottrina giuridica da Research Group on the Regulation of the Digital Economy, *Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper, n. 13/2019, in cui il termine algoritmo è definito come una sequenza di istruzioni codificate tramite software e dirette a un computer.

⁽²⁾ A. Mateescu - A. Nguyen, *Algorithmic Management in the Workplace*, Data & Society Research Institute, 2019, <https://datasociety.net/wp->

L'espressione *algorithmic management* è stata inizialmente coniata con riferimento al lavoro tramite piattaforma⁽³⁾, in cui il fenomeno ha trovato, almeno ad oggi, la sua applicazione forse più totalizzante⁽⁴⁾. In ogni caso, l'*algorithmic management* costituisce una realtà consolidata in molti settori già da anni⁽⁵⁾. Dalla logistica ai servizi, numerosi datori di lavoro hanno infatti iniziato a spogliarsi dell'esercizio completamente umano dei propri poteri, demandandolo, in tutto o in parte, a macchine più o meno intelligenti⁽⁶⁾. Dati raccolti tramite pratiche di *workforce analytics*⁽⁷⁾ fungono da carburante per rifornire il serbatoio degli strumenti di *algorithmic management*, capaci di assumere decisioni automatizzate che impattano sulla forza lavoro⁽⁸⁾. Anche grazie ai progressi compiuti negli ultimi anni nel campo dell'intelligenza artificiale (IA)⁽⁹⁾, processi come la selezione del personale, l'assegnazione di incarichi e turni, la formazione, il *performance management* possono già essere, in

content/uploads/2019/02/DS_Algorithmic_Management_Explainer.pdf. Per una definizione nella letteratura italiana, v. A. Aloisi - V. De Stefano, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Laterza, 2020, 77-79 e, con la diversa etichetta di *data-driven management*, A. Ingrao, *Data-Driven management e strategie di coinvolgimento collettivo dei lavoratori per la tutela della privacy*, LLI, 2019, 129-132.

⁽³⁾ Secondo S. O'Connor, *When your boss is an algorithm*, *Financial Times*, 8 settembre 2016, <https://www.ft.com/content/88fdc58e-754f-11e6-b60a-de4532d5ea35> 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, 1603-1612.

⁽⁴⁾ A. Mateescu - A. Nguyen, *op. cit.*, 3 e J. Adams-Prassl, *What if Your Boss was an Algorithm?*, *CLL&PJ*, 2019, 41, 1, 131 s. Tant'è che gli studi manageriali hanno utilizzato il settore della *gig economy* come *case-study*: tra gli altri, v. 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*, *HRMJ*, 30, 114 ss. e M.H. Jarrahi - W. Sutherland, *Algorithmic Management and Algorithmic Competencies: Understanding and Appropriating Algorithms in Gig Work*, in N. Taylor - C. Christian-Lamb - M. Martin - B. Nardi, *Information in Contemporary Society. iConference 2019. Lecture Notes in Computer Science*, vol. 11420, Springer, 2019, 578 ss.

⁽⁵⁾ A. Aloisi - V. De Stefano, *op. cit.*, 79.

⁽⁶⁾ Per esempi concreti, v. A. Mateescu - A. Nguyen, *op. cit.*, 5-12 e J. Dzieza, *How hard will the robots make us work?*, *The Verge*, 27 febbraio 2020, <https://www.theverge.com/2020/2/27/21155254/automation-robots-unemployment-jobs-vs-human-google-amazon>.

⁽⁷⁾ E. Dagnino, *People Analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data*, LLI, 2017, I.1 ss.

⁽⁸⁾ Sui rapporti di complementarità e propedeuticità tra queste pratiche, v. A. Aloisi - V. De Stefano, *op. cit.*, 78 s.

⁽⁹⁾ Intesa, in senso molto generale, come quella branca dell'informatica che si occupa dello sviluppo di sistemi che si comportano in modo simile all'intelligenza umana, come definita da Research Group on the Regulation of the Digital Economy, *op. cit.*

tutto o in parte, delegate a decisori algoritmici⁽¹⁰⁾. La tecnologia non è dunque utilizzata soltanto per sorvegliare in modo più pervasivo i lavoratori. Gli imprenditori fanno ad essa ampio ricorso anche per dirigere la prestazione del dipendente e, eventualmente, sanzionarlo in caso di disobbedienza agli ordini di nuovi *managers* non umani⁽¹¹⁾. Lo scenario qui descritto non è ambientato in futuro distopico. Esso è già realtà⁽¹²⁾.

Fermi i potenziali vantaggi in termini di maggiore produttività del lavoro⁽¹³⁾, il ricorso all'*algorithmic management* è spesso giustificato dalla convinzione, diffusa anche tra i lavoratori, che il decisore algoritmico, soprattutto se dotato di IA, possa essere più imparziale e oggettivo di quello umano⁽¹⁴⁾. Sebbene il grado di accuratezza di questi strumenti sia sempre maggiore, non è però sempre così. Da un lato, la tecnologia può effettivamente essere strumento utile a ridurre pregiudizi e stereotipi insiti nella natura umana⁽¹⁵⁾. Dall'altro, esistono già numerose evidenze empiriche di come i decisori algoritmici siano anch'essi fallibili. Innanzitutto, i dati utilizzati dal modello possono incorporare pregiudizi già radicati nella società. In secondo luogo, poiché è sempre necessario un *input* umano quando si costruisce l'architettura di un modello decisionale automatizzato, l'algoritmo, pur analizzando dati non viziati in partenza, potrebbe essere vittima di pregiudizi insiti nell'intima soggettività del suo programmatore⁽¹⁶⁾. In ambo i

⁽¹⁰⁾ V. De Stefano, "Negotiating the Algorithm": *Automation, Artificial Intelligence, and Labor Protection*, *CLL&PJ*, 2019, 41, 1, 23-31 e J. Adams-Prassl, *op. cit.*, 131-137.

⁽¹¹⁾ A. Aloisi - V. De Stefano, *op. cit.*, 79-80 e A. Ingraio, *op. ult. cit.*, 129-132.

⁽¹²⁾ L'indagine Ai@Work Study condotta tra responsabili, *managers* e lavoratori da Future Workplace e Oracle nel corso del 2019, <https://www.oracle.com/a/ocom/docs/applications/hcm/oracle-ai-in-hr-wp.pdf>, riporta che il 50% dei lavoratori utilizzano già una qualche forma di IA, rispetto a un dato pari al 32% nel corso dell'anno precedente.

⁽¹³⁾ Ad esempio, v. una analisi condotta da PwC nel 2017, <https://www.pwc.com/gx/en/issues/analytics/assets/pwc-ai-analysis-sizing-the-prize-report.pdf>, secondo cui l'IA potrebbe contribuire, dal 2017 al 2030, alla crescita della economia mondiale in ragione di maggiore produttività, anche del lavoro, per una cifra pari a 6,6 trilioni di dollari.

⁽¹⁴⁾ Soprattutto per quelle attività in cui non è richiesta intelligenza emotiva da parte di un *manager*, sempre secondo l'indagine condotta da Future Workplace e Oracle citata alla nt. 12, <https://www.inc.com/michael-schneider/64-percent-of-employees-trust-ai-over-managers-because-robots-give-unbiased-information.html>.

⁽¹⁵⁾ J. Silberg - J. Manyika, *Tackling bias in artificial intelligence (and in humans)*, *McKinsey Global Institute*, 6 giugno 2019, <https://www.mckinsey.com/featured-insights/artificial-intelligence/tackling-bias-in-artificial-intelligence-and-in-humans>.

⁽¹⁶⁾ P. Hacker, *Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law*, *CMLR*, 2018, 1146-1150 e M. Kullmann, *Discriminating job applicants through algorithmic decision-making*, *SSRN*, 2019, 5.

casi, il problema è che il modello così costruito andrebbe poi a replicare l'errore potenzialmente all'infinito, propagandolo su larga scala. Questi rischi si sono peraltro già materializzati, anche con riguardo a decisioni assunte nel campo della gestione delle risorse umane, ove gli algoritmi, lungi dall'essere decisori imparziali, hanno perpetrato discriminazioni latenti negli *input* da essi processati e implementato scelte organizzative in modo tutt'altro che accurato e imparziale⁽¹⁷⁾.

Questi rischi sono peraltro esacerbati dalla scarsa trasparenza che contraddistingue larga parte dei processi decisionali automatizzati. Adottando una prospettiva più generale e allargando il campo oltre gli strumenti di *algorithmic management*, essi sono stati descritti come *black boxes*, cioè scatole nere, dal funzionamento opaco⁽¹⁸⁾. Le problematiche di scarsa trasparenza sorgono perché il destinatario, e non solo, di una decisione basata su algoritmi non ha, nella maggior parte dei casi, cognizione alcuna di come e perché il sistema sia giunto a una determinata conclusione sulla base dei dati processati. Il tasso di opacità di queste scatole nere è peraltro incrementato dal fatto che gli stessi dati utilizzati come *input* della decisione sono spesso sconosciuti, in tutto o in parte, al suo destinatario⁽¹⁹⁾.

La trasparenza di questi processi decisionali incontra tre tipologie di ostacoli⁽²⁰⁾. Il primo è di natura legale⁽²¹⁾ 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 incumbenti sui dipendenti che li sviluppano o ne conoscono il funzionamento⁽²²⁾ oppure da diritti di proprietà intellettuale⁽²³⁾. In particolare, gli algoritmi che implementano decisioni organizzative sono spesso coperti da segreti commerciali, strumentali a garantire agli imprenditori un vantaggio competitivo sul mercato. Il risultato, però, è che l'esercizio di tali diritti da parte dei loro titolari rende oscuro ai terzi il funzionamento degli algoritmi. Il secondo ostacolo è di natura tecnica e può essere definito analfabetismo

⁽¹⁷⁾ Per tutti, M. Otto, *Workforce Analytics v Fundamental Rights Protection in the EU in the Age of Big Data*, *CLL&PJ*, 2019, 40, 393 e V. De Stefano, *op. cit.*, 27-29.

⁽¹⁸⁾ F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, 2016.

⁽¹⁹⁾ J. Burrell, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, *Big Data & Society*, 2016, 1.

⁽²⁰⁾ J. Burrell, *op. cit.*, 3 ss.

⁽²¹⁾ J. Burrell, *op. cit.*, 3 s.

⁽²²⁾ F. Pasquale, *op. cit.*, 6.

⁽²³⁾ A. Drożdż, *Protection of Natural Persons with Regard to Automated Individual Decision-Making in the GDPR*, Kluwer Law International, 2020, 86-92.

informatico⁽²⁴⁾. 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)⁽²⁵⁾, cioè quelli dotati di capacità di autoapprendimento⁽²⁶⁾. Essi, rispetto ai più semplici strumenti di IA, raggiungono sovente una complessità tale da poter risultare incomprensibili o inspiegabili a una mente umana⁽²⁷⁾. Pertanto, anche se gli specialisti possono essere in grado di illustrare la logica generale sottesa ad un determinato algoritmo di ML, che comunque potrebbe anch'essa mutare nel tempo⁽²⁸⁾, gli stessi non sono generalmente capaci di spiegare come lo stesso sia giunto ad assumere, in concreto, una specifica decisione⁽²⁹⁾. Tutto ciò senza considerare come anche il costo di pratiche di *reverse engineering* cresce all'aumentare della complessità degli algoritmi, tant'è che, in alcuni casi e sempre se tecnicamente fattibile, potrebbe essere più semplice e meno oneroso disegnare un modello alternativo idoneo a produrre un risultato comparabile a quello del modello analizzato⁽³⁰⁾ oppure ricorrere a metodi di spiegazione controfattuale delle decisioni assunte dall'algoritmo, che non richiedono l'apertura della scatola nera⁽³¹⁾.

In ragione di queste plurime opacità, i lavoratori restano perlopiù all'oscuro delle modalità con cui gli algoritmi assumono decisioni che impattano sulla esecuzione della loro prestazione. Mentre le pratiche di *workforce analytics* 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⁽³²⁾, perché gli algoritmi sono loro inaccessibili dal punto di vista legale o indecifrabili da quello tecnico. L'osservatore si trova dunque di fronte a uno scenario in cui gli algoritmi dirigono la prestazione dei lavoratori con decisioni dal carattere per

⁽²⁴⁾ J. Burrell, *op. cit.*, 3 s.

⁽²⁵⁾ Inteso come sottotipo di IA relativa ai processi automatizzati di identificazione di tendenze e modelli in dati disponibili, capace di applicare la conoscenza a nuovi dati, come definita da Research Group on the Regulation of the Digital Economy, *op. cit.*

⁽²⁶⁾ J. Burrell, *op. cit.*, 4-5.

⁽²⁷⁾ R.V. Yampolskiy, *Unexplainability and Incomprehensibility of Artificial Intelligence*, 2019, <https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1907/1907.03869.pdf>.

⁽²⁸⁾ Gli algoritmi di ML si contraddistinguono per la loro capacità di auto-riprogrammarsi in continuazione, carattere che ne complica la leggibilità, J. Burrell, *op. cit.*, 5.

⁽²⁹⁾ Research Group on the Regulation of the Digital Economy, *op. cit.*, 11.

⁽³⁰⁾ Research Group on the Regulation of the Digital Economy, *op. cit.*, 10.

⁽³¹⁾ S. Wachter - B. Mittelstadt - C. Russell, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, *HJL&T*, 2018, 31, 2, 841 ss.

⁽³²⁾ Come evidenziato da A. Aloisi - V. De Stefano, *op. cit.*, 70-71.

loro opaco, così creando nuove asimmetrie informative nella relazione già sbilanciata che lega le parti di un rapporto di lavoro⁽³³⁾.

Occorre però sottolineare come anche gli imprenditori potrebbero essere esposti a rischi di incompletezza informativa. Dal punto di vista legale, essi potrebbero, ad esempio, non avere accesso ai codici di algoritmi, utili a gestire le proprie risorse umane, di cui non sono proprietari e che hanno soltanto in uso. Da quello tecnico, invece, gli imprenditori, al pari dei lavoratori, potrebbero non conoscere la chiave per aprire la scatola nera di algoritmi troppo intelligenti: chiave che peraltro, nel caso di quelli di ML, potrebbe non esistere affatto. Insomma, esiste un rischio ulteriore da tenere in considerazione: gli algoritmi possono essere inaccessibili o indecifrabili anche agli stessi imprenditori che decidono di farne uso per gestire la propria forza lavoro. In altre parole, non solo i lavoratori, ma anche gli imprenditori, potrebbero restare vittima di quello che, se lasciato incontrollato, rischierebbe di tramutarsi, in un futuro più o meno lontano, in un regime di tecnocrazia algoritmica⁽³⁴⁾.

Tuttavia, a differenza dei lavoratori, gli imprenditori restano liberi di decidere se ricorrere agli strumenti di *algorithmic management*, divenendo così responsabili di questa scelta, perlomeno in senso lato, nei confronti della propria forza lavoro. A tal proposito, soprattutto nella discussione sul tema a livello internazionale, si è sottolineato come le pratiche di *workforce analytics* e *algorithmic management* possano comportare un'estensione delle prerogative datoriali senza precedenti⁽³⁵⁾. L'avvento di queste nuove tecnologie dotate di IA sarebbe infatti idoneo a rendere più pervasivo il potere di controllo, accrescendo quindi le occasioni per esercitare quello disciplinare e dando peraltro vita, in definitiva, a nuove forme di eterodirezione, solo in apparenza più attenuate, ma concretamente invasive quanto quelle tradizionali⁽³⁶⁾. Ciò richiederebbe dunque un aggiornamento, se non un ripensamento, della

⁽³³⁾ M. Otto, *op. cit.*, 392-393. Nella letteratura italiana, v. A. Aloisi - V. De Stefano, *op. cit.*, 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, 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*, *IJoC*, 2016, 10, 3758 ss. e J. Duggan - U. Sherman - R. Carbery - A. McDonnell, *op. cit.*, 30, 120.

⁽³⁴⁾ Con definitivo tramonto della «tradizionale immagine «titanica» dell'imprenditore come dominatore della tecnica ed organizzatore esclusivo del processo produttivo», tipica della seconda rivoluzione industriale, già eclissatasi nella terza, su cui G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, PD, 1986, 1, 117-118.

⁽³⁵⁾ V. De Stefano, *op. cit.*, 36 e A. Aloisi - V. De Stefano, *op. cit.*, 77-78.

⁽³⁶⁾ J. Adams-Prassl, *op. cit.*, 144-146.

disciplina giuslavoristica che, allo stato, potrebbe rivelarsi inadeguata a far fronte alla rivoluzione tecnologica in atto⁽³⁷⁾.

Sembra quindi utile domandarsi se il diritto italiano posseda già anticorpi regolativi idonei a impedire eventuali abusi delle prerogative datoriali, così da alleviare lo stato di accentuata dipendenza tecnica⁽³⁸⁾ in cui potrebbero versare i lavoratori a causa della sempre più frequente delega dei poteri datoriali a meccanismi decisionali automatizzati, anche dotati di IA. Più nello specifico, si cercheranno nell'ordinamento, non solo lavoristico, regole utili a risolvere i denunciati problemi di trasparenza decisionale di questi meccanismi, che possano esser funzionali a far emergere la verità materiale che si cela dietro l'algoritmo.

Nel tentativo di dare una risposta a questo quesito, non si affronteranno, se non in modo tangente, le problematiche regolative che, sia dal versante giuslavoristico del controllo a distanza sia da quello della *privacy*, riguardano quali dati possano essere legittimamente acquisiti e poi analizzati da un algoritmo prima di assumere una decisione automatizzata. Ciò perché la dottrina ha già cominciato ad analizzare questi profili⁽³⁹⁾. Piuttosto, ci si concentrerà, proprio perché ancora poco investigata, sulla fase di applicazione della conoscenza da parte dell'algoritmo, ripercorrendo eventualmente a ritroso le fasi di acquisizione e analisi dei dati in cui si può collocare un controllo a distanza o un trattamento di dati personali dei lavoratori eventualmente illecito⁽⁴⁰⁾. In particolare, si cercherà di comprendere se esista un diritto del prestatore di lavoro, sul piano individuale, ad avere evidenza del se una decisione automatizzata sia stata assunta nei suoi confronti e, in caso affermativo, se esista un diritto dello stesso a ottenere una spiegazione, intesa come una prova di correttezza della decisione comprensibile a una mente umana, delle ragioni sottese alla stessa.

⁽³⁷⁾ J. Adams-Prassl, *op. cit.*, 124.

⁽³⁸⁾ Portando a compimento un processo evolutivo già osservato da G. Vardaro, *op. cit.*, 120 ss. negli anni Ottanta.

⁽³⁹⁾ Per tutti, limitandosi a coloro che hanno dedicato al tema specifici studi, E. Dagnino, *op. cit.*, I.1 ss.; A. Donini, *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, *DRI*, 2018, 1, 222; A. Ingraio, *Il braccialetto elettronico tra privacy e sicurezza del lavoratore*, *DRI*, 2019, 3, 895 ss. e, sul piano comparato, A. Aloisi - E. Gramano, *Artificial Intelligence is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context*, *CLL&PJ*, 2019, 41, 1, 95 ss.

⁽⁴⁰⁾ Adottando il modello trifasico – a) acquisizione dei dati; b) analisi dei dati; c) applicazione della conoscenza – dei processi decisionali basati su *big data* di M. Oostveen, *Identifiability and the applicability of data protection to big data*, *IDPL*, 2016, 6, 4, 299 ss. già utilizzato da E. Dagnino, *op. cit.*, I.11 ss.

Ciò premesso, il par. 2 è dedicato a indagare l'esistenza di questi diritti nel Reg. UE 2016/79 (GDPR), disciplina direttamente applicabile nell'ordinamento italiano, ripercorrendo i tratti salienti di un acceso dibattito tra gli esperti di protezione dei dati personali, di cui il giuslavorista diventa inevitabilmente spettatore interessato quando decide di occuparsi di pratiche di *algorithmic management*. Il par. 3 volge invece lo sguardo alla disciplina giuslavoristica italiana, cercando di comprendere se esistano regole che contribuiscano a far emergere se e perché decisioni che impattano sui lavoratori siano state assunte mediante algoritmi. Nel par. 4, si affronta il tema della trasparenza decisionale algoritmica, in relazione alla funzione rispettivamente antiepistemica ed epistemica delle regole in materia di onere della prova e di quelle che attribuiscono poteri istruttori al giudice del lavoro, argomentando a favore di un loro esercizio più incisivo a fronte di un fenomeno di allontanamento del lavoratore rispetto alla fonte della prova, esacerbato dalle nuove tecnologie. Nel par. 5, si tirano le somme dell'analisi per sostenere che queste regole processualistiche, soprattutto nella lettura proposta, possano costituire anticorpi efficaci a limitare i rischi di indebita estensione dei poteri datoriali.

2. L'(in)esistenza nel GDPR di un diritto del lavoratore a ottenere una spiegazione delle ragioni sottese a decisioni assunte mediante strumenti di *algorithmic management*

Prima di concentrare l'attenzione sulla disciplina giuslavoristica nazionale, è necessario ripercorrere il dibattito tra gli esperti di diritto *privacy*, che si sono a lungo interrogati se nel GDPR esista un diritto a sapere se una decisione automatizzata sia stata assunta nei confronti di un determinato individuo e, in caso affermativo, se esista un diritto a ottenere una spiegazione delle ragioni sottese alla stessa. Ciò perché anche i lavoratori, quando sono soggetti a trattamenti di dati e, più nello specifico, a decisioni automatizzate, potrebbero beneficiare dei diritti contenuti nella disciplina posta a protezione dei dati personali. Per risolvere le due questioni, occorre innanzitutto focalizzarsi sull'interpretazione di una specifica disposizione del GDPR che è stata al centro del dibattito in materia di processi decisionali automatizzati basati su algoritmi.

L'art. 22(1) del GDPR prevede un diritto a non essere sottoposti «a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato [...] che produca effetti giuridici» che riguardino il soggetto interessato o che «incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». Nonostante questo divieto

generalizzato⁽⁴¹⁾, numerosi processi decisionali automatizzati⁽⁴²⁾ implementati nell'ambiente di lavoro⁽⁴³⁾ sembrano idonei a ricadere nell'eccezione prevista dalla lett. a) dell'art. 22(2) del GDPR⁽⁴⁴⁾, secondo cui l'art. 22(1) del GDPR «non si applica nel caso in cui la decisione [...] sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto». In questa ipotesi, l'art. 22(3) del GDPR impone però a chi ricorre a questi strumenti di attuare misure appropriate per tutelare «i diritti, le libertà e i legittimi interessi» del destinatario del processo decisionale automatizzato, tra cui, almeno, «il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione»⁽⁴⁵⁾.

Non è stato invece espressamente previsto un diritto a ottenere una spiegazione dei processi decisionali automatizzati basati su algoritmi⁽⁴⁶⁾, che sarebbe strumentale a garantire effettività dei diritti enumerati dall'art. 22(3) del GDPR. In ogni caso, parte della dottrina ha tentato di ricavare un diritto

⁽⁴¹⁾ Nonostante il tenore letterale sia ambiguo, il «diritto» contenuto all'art. 22(1), GDPR sembra dover essere interpretato come un divieto generalizzato, che non richiede una preventiva opposizione dell'interessato, e non, invece, come un diritto per l'interessato di opporsi al trattamento che richiede di essere specificamente esercitato secondo quanto prescritto dall'art. 12 GDPR stesso, come sostenuto dal Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 – 17/EN WP251rev.01*, il 3 ottobre 2017, come da ultimo modificate il 6 febbraio 2018, 19-20. Per una ricostruzione del dibattito, si rimanda a A. Drożdż, *op. cit.*, 38-40.

⁽⁴²⁾ Si badi che, nonostante il tenore letterale della disposizione sia ambiguo, il divieto sembra estendersi a tutti processi decisionali, anche se non completamente automatizzati, in cui un essere umano eserciti un'influenza significativa ed effettiva sull'esito della decisione, come riconosciuto dal Article 29 Data Protection Working Party, *cit.*, 20-21. Per una ricostruzione del dibattito, si rimanda sempre a A. Drożdż, *op. cit.*, 42-46.

⁽⁴³⁾ I trattamenti automatizzati attuati nei confronti di un lavoratore, anche in fase preassuntiva, sembrano produrre effetti giuridici ai sensi dell'art. 22(1), GDPR e, in caso contrario, potrebbero comunque rientrare comunque nell'ambito di applicazione del divieto qualora incidano significativamente sulla persona del lavoratore: per questa interpretazione si rimanda a Article 29 Data Protection Working Party, *cit.*, 21-22 e, per la ricostruzione del dibattito dottrinale ancora a A. Drożdż, *op. cit.*, 46-49.

⁽⁴⁴⁾ Come sottolineato da V. De Stefano, *op. cit.*, 38-39, che rileva anche, alla nt. 107, come l'eccezione di cui all'art. 22(2)(c), GDPR che prevede disapplicazione del divieto generalizzato di cui all'art. 22(1), GDPR nel caso in cui l'interessato presti il suo consenso esplicito sia integrabile con maggior difficoltà nel contesto lavoristico. In ogni caso, si badi che il divieto potrebbe comunque operare nel caso in cui il trattamento automatizzato non sia strettamente necessario ai fini della conclusione o della esecuzione di un contratto, nel nostro caso di lavoro, perlomeno stando a quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria, su cui si rimanda sempre a A. Drożdż, *op. cit.*, 50-52 e a Article 29 Data Protection Working Party, *cit.*, 23.

⁽⁴⁵⁾ Su cui, in generale, v. F. Hendrickx, *From Digits to Robots: The Privacy Autonomy Nexus in New Labor Law Machinery*, *CLL&PJ*, 2019, 40, 398.

⁽⁴⁶⁾ Questo diritto è invece espressamente menzionato al considerando 71, GDPR che, però, non ha alcun contenuto precettivo effettivo, cfr. A. Drożdż, *op. cit.*, 75-76.

alla spiegazione da una lettura sistematica del GDPR, utilizzando come grimaldelli ermeneutici l'art. 22 del GDPR citato poc'anzi, gli artt. 13(2)(f) e 14(2)(g) del GDPR in materia di diritti di informazione e, soprattutto, l'art. 15(1)(h) del GDPR relativo al diritto d'accesso dell'interessato⁽⁴⁷⁾. Non è questa la sede per ricostruire nei dettagli il dibattito sulla questione. In ogni caso, è utile procedere con una breve ricognizione dello stesso, che sia strumentale a fornire una risposta alla domanda formulata in apertura di paragrafo.

La dottrina è concorde nell'affermare che il soggetto destinatario di una decisione basata «unicamente sul trattamento automatizzato» nell'accezione di cui all'art. 22(1) del GDPR abbia diritto ad essere informato, prima del trattamento, in relazione al se una decisione automatizzata sarà assunta nei suoi confronti⁽⁴⁸⁾. L'interessato potrà poi ottenere conferma del fatto che una decisione automatizzata sia stata effettivamente assunta esercitando il diritto d'accesso di cui all'art. 15 del GDPR⁽⁴⁹⁾.

I commentatori sono altresì concordi nel ritenere che esista un diritto ad avere una spiegazione in relazione al processo decisionale automatizzato. Esso consiste, nello specifico, nell'ottenere informazioni generali sulla funzionalità dell'algoritmo e sulle conseguenze previste del trattamento automatizzato. Queste informazioni dovranno anch'esse essere fornite dal titolare del trattamento sia, proattivamente, prima dello stesso, in esecuzione

⁽⁴⁷⁾ Il dibattito sulla questione, centrale nell'indagine sui rimedi giuridici idonei a risolvere i problemi di opacità della *black box society*, è già sterminato: per una ricostruzione delle posizioni dottrinali in materia, si rimanda sempre a A. Drożdż, *op. cit.*, 74-82.

⁽⁴⁸⁾ Il punto è assolutamente pacifico in dottrina, alla luce del chiaro tenore letterale degli artt. 13(2)(f) e 14(2)(g), GDPR. Si badi, in ogni caso, che gli artt. 13 e 14, GDPR hanno un ambito di applicazione più ampio di quello di cui all'art. 22(1), GDPR e, pertanto, il lavoratore avrà diritto ad essere informato dell'esistenza di trattamento automatizzato di dati, seppur con minor dettaglio, anche quando non si tratti di decisioni basate «unicamente sul trattamento automatizzato». Così, M. Otto, *op. cit.*, 398 e A. Drożdż, *op. cit.*, 126-129. In senso sostanzialmente analogo, v. anche Article 29 Data Protection Working Party, *cit.*, 25.

⁽⁴⁹⁾ Il contenuto dell'art. 15, GDPR è infatti analogo a quella degli artt. 12 e 13, GDPR, anche se cambia la struttura, essendo il diritto d'accesso a trasparenza reattiva e non proattiva, poiché il titolare del trattamento dovrà fornire le informazioni solo a fronte di una richiesta dell'interessato, cfr. E. Belisario, *Commento all'art. 15*, in G.M. Riccio - G. Scorza - E. Belisario, *GDPR e normativa privacy*, WoltersKluwer, 2018, 171. In particolare, l'interessato potrà ottenere conferma che una decisione basata su un trattamento di dati sia stata assunta e, eventualmente e più nel dettaglio, dell'esistenza di una specifica decisione basata «unicamente sul trattamento automatizzato» nell'accezione di cui all'art. 22(1) del GDPR, come chiarito anche dal Article 29 Data Protection Working Party, *cit.*, 27.

dei suoi doveri di informazione, sia, reattivamente, dopo che la decisione sia stata assunta, qualora l'interessato eserciti il diritto di accesso⁽⁵⁰⁾.

La dottrina è invece divisa sulla esistenza di un diritto ad avere una spiegazione di una specifica decisione concreta già assunta mediante un processo automatizzato, diverso dunque da quello a ottenere una spiegazione generale sulla funzionalità dell'algoritmo⁽⁵¹⁾. Sebbene esistano posizioni contrarie, l'opinione oggi più accreditata nega l'esistenza di questo diritto nel GDPR⁽⁵²⁾. Il soggetto sottoposto a una decisione automatizzata basata su algoritmi non sembra dunque avere, allo stato attuale, il diritto a ottenere dal titolare del trattamento la spiegazione di una specifica decisione che l'ha concretamente riguardato dopo che essa sia stata assunta, ma soltanto il diritto a che gli sia fornita una spiegazione generale relativa al funzionamento del sistema e alle conseguenze previste del trattamento⁽⁵³⁾.

Pertanto, il GDPR non sembra risolvere i problemi di opacità dei processi decisionali automatizzati evidenziati *supra*. Al più, esso è idoneo ad attenuarne la gravità⁽⁵⁴⁾. Da un lato, la scelta di non prevedere un diritto alla spiegazione di una specifica decisione in capo al lavoratore interessato, ma diritti informativi e di accesso più generali, stempera, pur non eliminandoli, i possibili conflitti con la disciplina dei segreti commerciali⁽⁵⁵⁾. Dall'altro, imporre questi obblighi in capo a un imprenditore che decide di implementare strumenti di *algorithmic management* ha il vantaggio di rendere palese questa scelta organizzativa ai lavoratori, così da alleviare, ma non azzerare, le asimmetrie informative relative al funzionamento degli stessi⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁰⁾ Questa conclusione è stata condivisa, sin dall'inizio del dibattito sul tema, sia dai sostenitori di una lettura estremamente restrittiva, come S. Wachter - B. Mittelstadt - L. Floridi, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, IDPL, 2017, 7, 2, 82-84, così come da coloro che, optando poi per una interpretazione estensiva delle disposizioni in esame, ritengono quello riportato nel testo soltanto il contenuto minimo del diritto a ottenere una spiegazione, come G. Malgieri - G. Comandè, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, IDPL, 2017, 7, 4, 246.

⁽⁵¹⁾ V. nt. 47. Sulla differenza tra le due tipologie di informazioni, v. S. Wachter - B. Mittelstadt - L. Floridi, *op. cit.*, 78 s.

⁽⁵²⁾ Con riguardo a questa specifica questione, Article 29 Data Protection Working Party, *cit.*, 27, sembra infatti aver accolto l'opinione di S. Wachter - B. Mittelstadt - L. Floridi, *op. cit.*, 96 e 99, su cui anche S. Wachter - B. Mittelstadt - C. Russell, *op. cit.*, 866-870.

⁽⁵³⁾ Così, espressamente, Article 29 Data Protection Working Party, *cit.*, 27.

⁽⁵⁴⁾ Sempre, per tutti, A. Drożdż, *op. cit.*, 94.

⁽⁵⁵⁾ Sempre, per tutti, A. Drożdż, *op. cit.*, 89-92.

⁽⁵⁶⁾ Del resto, non sarebbe forse cambiato molto anche nel caso in cui fosse stato previsto un vero e proprio diritto del lavoratore a ottenere una spiegazione di una decisione assunta mediante uno strumento di *algorithmic management*, perlomeno con riguardo agli

In ogni caso, il ruolo che giocato dai diritti di informazione e accesso previsti dagli artt. 13-15 del GDPR non deve essere sottovalutato, anche perché questi, a differenza di quelli di cui all'art. 22(3) dello stesso GDPR, hanno un ambito di applicazione molto ampio, essendo garantiti a prescindere dall'esistenza di un processo decisionale automatizzato⁽⁵⁷⁾. Di conseguenza, essi potranno essere esercitati anche da quei lavoratori che, pur essendo soggetti a un trattamento di dati perché subordinati al potere decisionale di uno strumento di *algorithmic management* relativamente semplice, non siano stati sottoposti ad una «decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato» ai sensi dell'art. 22 del GDPR⁽⁵⁸⁾.

Come si cercherà di argomentare nei prossimi paragrafi, infatti, i diritti di informazione e di accesso, piuttosto che quelli previsti dall'art. 22(3) del GDPR, 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⁽⁵⁹⁾, sia combinato con altri strumenti normativi di matrice specificamente lavoristica, sui quali si concentrerà il resto dell'analisi.

3. Le discipline degli oneri probatori e dei poteri istruttori del giudice del lavoro come anticorpi regolativi contro l'opacità delle decisioni assunte tramite strumenti di *algorithmic management*

Esaurito il discorso sul GDPR, è tempo di volgere lo sguardo al diritto del lavoro nazionale. È dunque utile domandarsi se nella disciplina giuslavoristica esistano regole che contribuiscano a far emergere se e perché decisioni automatizzate che impattano sui lavoratori siano state assunte mediante algoritmi.

La tesi che si cercherà di dimostrare è la seguente: la disciplina degli oneri della prova nel diritto del lavoro, unitamente a quella dei poteri istruttori attribuiti al giudice dall'art. 421 c.p.c., è idonea a ridurre i rischi sottesi

algoritmi più complessi. Ciò perché, come precisato in apertura, è molto difficile, se non impossibile, spiegare come essi siano giunti, in concreto, a una determinata conclusione: sempre A. Drożdż, *op. cit.*, 92 s.

⁽⁵⁷⁾ Per questo rilievo, v. nt. 48.

⁽⁵⁸⁾ Sul dibattito in merito a questa nozione, v. nt. 42.

⁽⁵⁹⁾ Si badi peraltro che, qualora il titolare del trattamento non riscontri in modo soddisfacente l'istanza di accesso del lavoratore ai sensi dell'art. 15, GDPR, lo stesso può presentare reclamo ai sensi dell'art. 77, GDPR, su cui v. il Garante per la protezione dei dati personali, cfr. <https://www.garanteprivacy.it/home/diritti/come-agire-per-tutelare-i-tuoi-dati-personali>.

all'opacità decisionale degli strumenti di *algorithmic management*. Prima di provare a dimostrarla, è però necessario procedere a un breve inquadramento teorico-normativo degli istituti in esame⁽⁶⁰⁾.

Come noto, nel sistema processuale italiano, il giudice non può limitarsi a pronunciare un *non liquet* in caso di mancato convincimento sui fatti di causa, che equivarrebbe ad un inammissibile diniego di giustizia. Piuttosto, egli deve comunque decidere nel merito ammettendo il proprio dubbio e dichiarando, a norma dell'art. 2697 c.c., la soccombenza della parte che, onerata della prova del fatto rimasto indimostrato al termine dell'istruttoria, sopporta dunque il rischio della sua incertezza⁽⁶¹⁾.

L'art. 2697 c.c. è quindi una disposizione di chiusura dell'ordinamento processuale⁽⁶²⁾, una «regola di giudizio» che ripartisce, tra le parti del processo, il rischio di subire le conseguenze negative della mancata dimostrazione dei fatti⁽⁶³⁾. L'attore soccombe, dunque, se non dimostra l'esistenza del fatto costitutivo oggetto della sua pretesa. Soccombe invece il convenuto qualora, a fronte della prova del fatto costitutivo, egli non dimostri un fatto impeditivo, modificativo o estintivo della pretesa attorea⁽⁶⁴⁾.

Tuttavia, l'art. 2697 c.c. non stabilisce quali sono i fatti giuridicamente rilevanti in relazione al caso concreto. Essi sono invece determinati dalla norma sostanziale che individua, in relazione a ciascuna fattispecie, quali sono i suoi fatti costitutivi, da un lato, e quali quelli impeditivi, modificativi o estintivi della stessa, dall'altro⁽⁶⁵⁾. La regola in questione costituisce dunque un ponte tra processo e diritto sostanziale⁽⁶⁶⁾, funzionando come norma di rinvio alla fattispecie oggetto del contendere, che determina, in concreto, la distribuzione degli oneri della prova tra attore e convenuto⁽⁶⁷⁾.

Questa regola può comunque subire delle deroghe, idonee a modificare la distribuzione originaria degli oneri della prova tra le parti e, con essi, la

⁽⁶⁰⁾ La dottrina sul tema dell'onere della prova è sterminata. In generale, si consenta di rimandare, anche per i riferimenti alla dottrina processualcivile, a M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, in già diretto da A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 2012, 244 ss. Nel diritto del lavoro, v. gli studi monografici di A. Vallebona, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, 1988 e, più recentemente, F. De Michiel, *Questioni sull'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, 2019.

⁽⁶¹⁾ L.P. Comoglio, *Le prove civili*, UTET, 2010, 258-263, anche per i relativi riferimenti dottrinali.

⁽⁶²⁾ A. Vallebona, *op. ult. cit.*, 4.

⁽⁶³⁾ E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Giuffrè, 1981, 93.

⁽⁶⁴⁾ M. Taruffo, *L'onere come figura processuale*, RTDPC, 2012, 2, 429.

⁽⁶⁵⁾ L.P. Comoglio, *op. ult. cit.*, 273-286.

⁽⁶⁶⁾ A. Vallebona, *op. ult. cit.*, 10, anche per i rimandi.

⁽⁶⁷⁾ M. Taruffo, *Onere della prova [dir. proc. civ.]*, in *Diritto on line – Treccani*, 2017.

ripartizione del rischio di soccombenza nel processo. Le eccezioni alla regola generale sono spesso introdotte a favore di soggetti che, come il lavoratore, sono considerati a vario titolo «deboli» da parte dell'ordinamento, in casi in cui essi sarebbero altrimenti onerati di fornire in giudizio una prova oltremodo difficile⁽⁶⁸⁾.

La modificazione degli oneri della prova, anche nel diritto del lavoro, può essere distinta, a seconda della fonte, in due principali categorie⁽⁶⁹⁾. Nella maggior parte dei casi, le modificazioni sono di matrice legale. È il legislatore, quindi, che modifica la ripartizione del rischio di soccombenza tra le parti, intervenendo con diverse tecniche, quali l'integrale sostituzione della disciplina sostanziale, l'inversione dell'onere della prova o l'introduzione di una presunzione legale relativa⁽⁷⁰⁾. In altri casi, la distribuzione originaria del carico probatorio è manipolata dal giudice che, intervenendo direttamente nel processo, favorisce la parte legalmente onerata di fornire la prova quando incontra difficoltà nel dimostrare il fatto⁽⁷¹⁾. Spesso, la manipolazione è stata giustificata dalla giurisprudenza sulla base di un criterio di prossimità alla fonte della prova, con l'onere che è quindi attribuito, in tutto o in parte, alla parte ad essa più vicina⁽⁷²⁾.

Ciò premesso, il quadro normativo, nel processo del lavoro, è complicato dall'art. 421 c.p.c., che attribuisce al giudice ampi poteri istruttori, con cui questi può disporre d'ufficio, in qualsiasi momento, ogni mezzo di prova, anche al di fuori dei limiti previsti dal codice civile⁽⁷³⁾. Mediante

⁽⁶⁸⁾ M. Taruffo, *La semplice verità*, Laterza, 2009, 230.

⁽⁶⁹⁾ M. Taruffo, *op. ult. cit.*, 231. In questo contributo, non si prende in esame la possibilità di modificare pattiziamente gli oneri probatori, prevista dall'art. 2698 c.c.: per una analisi dalla prospettiva giuslavoristica, v. A. Vallebona, *op. ult. cit.*, 87-91.

⁽⁷⁰⁾ In generale, M. Taruffo, *op. ult. cit.*, 231. Nel diritto del lavoro, A. Vallebona, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, RTDPC, 1992, 810 ss. e, più recentemente, Id., *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, ADL, 2001, 792 ss.

⁽⁷¹⁾ In generale, M. Taruffo, *op. ult. cit.*, 232-234. Nel diritto del lavoro, A. Vallebona, *op. ult. cit.*, 804 ss.

⁽⁷²⁾ C. Besso, *La vicinanza della prova*, RDP, 2015, 1383 ss. Nel diritto del lavoro, celebre esempio di applicazione di questo criterio è Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, RIDL, 2006, 2, 440 ss., nt. critica Vallebona, *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le Sezioni Unite cambiano idea*. Più recentemente, F. De Michiel, *op. cit.*, 17-19. Per una proposta dottrinale volta a giustificare interventi di inversione giudiziale dell'onere sulla base di criteri equitativi, tra cui viene individuato anche quello della vicinanza della prova, v. già B. Caruso, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, RGL, 1982, 1-2, 201 ss., spec. 207 su cui i rilievi critici di A. Vallebona, *Disciplina dell'onere probatorio...cit.*, 791.

⁽⁷³⁾ In generale, M. Taruffo, *La prova* cit., 137 ss. e V. Di Cerbo, *Commento all'art. 421 c.p.c.*, in G. Amoroso - V. Di Cerbo - A. Maresca, *Il processo del lavoro*, Giuffrè, 2020, 383

l'esercizio di questi poteri, il giudice del lavoro si può quindi sostituire al soggetto altrimenti onerato in caso di persistente incertezza sui fatti rilevanti, al fine di aumentare le probabilità di accertamento della «verità materiale», alla cui ricerca è ispirato il rito del lavoro⁽⁷⁴⁾. In ogni caso, se è vero che il giudice del lavoro «non può fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova»⁽⁷⁵⁾, la concreta operatività della stessa è solo limitata, ma non annullata, dall'utilizzo dei poteri istruttori a esso concessi dall'art. 421 c.p.c.⁽⁷⁶⁾.

Venendo ai limiti all'utilizzazione di questi poteri, è adagio costante, in giurisprudenza, che essi debbano essere esercitati nell'ambito dei fatti allegati dalle parti⁽⁷⁷⁾. Questo limite riguarda, senza dubbio, i fatti principali. È però discusso in dottrina se esso abbia ad oggetto anche quelli secondari⁽⁷⁸⁾. Mentre la giurisprudenza maggioritaria, almeno nelle sue statuizioni di principio, sembra negarlo, occorre comunque sottolineare come nella prassi si registrino numerose pronunce in cui i giudici ammettono, seppur implicitamente e forse inconsapevolmente, che l'onere di allegazione possa non avere a oggetto i fatti secondari⁽⁷⁹⁾.

Ferma questa precisazione, il combinato disposto dell'onere di allegazione dei fatti e deduzione dei mezzi di prova in capo alle parti e dell'attribuzione dei poteri istruttori al giudice del lavoro determina dunque un processo soltanto a «metodo inquisitorio»⁽⁸⁰⁾, ma «non inquisitorio in senso sostanziale», perché l'esercizio dei poteri ufficiosi investirebbe solo «il

ss. L'art. 421, co. 2, c.p.c. prevede altresì il potere del giudice di chiedere «informazioni e osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti», su cui v. recentemente M. Falsone, *Il sindacato e la risoluzione delle controversie: una, nessuna o centomila identità?*, *GC.com*, 2020, 7 ss.

⁽⁷⁴⁾ Cass., Sez. Un., 17 giugno 2004, n. 11353, *DeJure*. In dottrina, anche per altri riferimenti, v. L.P. Comoglio, *I poteri d'ufficio del giudice del lavoro*, in *Problemi attuali sul processo del lavoro*, Giuffrè, 2006, 220-222.

⁽⁷⁵⁾ Cass., Sez. Un., 17 giugno 2004, n. 11353, *cit.*

⁽⁷⁶⁾ A. Vallebona, *Disciplina dell'onere probatorio* cit., 786 e L.P. Comoglio, *op. ult. cit.*, 231.

⁽⁷⁷⁾ L. de Angelis, *L'udienza di discussione*, in D. Borghesi - L. de Angelis, *Il processo del lavoro e della previdenza*, UTET, 2013, 265, cui si rimanda anche per i riferimenti giurisprudenziali.

⁽⁷⁸⁾ Che, secondo alcuni, potrebbero essere «posti a fondamento della decisione in quanto provati anche se non specificamente allegati»: C. Pisani, *Le preclusioni nel rito del lavoro*, *Judicium*, 2012, 6-7, anche per gli opportuni riferimenti.

⁽⁷⁹⁾ Come testimonia l'analisi di C. Pisani, *op. cit.*, 20-26.

⁽⁸⁰⁾ *Rectius* «acquisitivo»: per questa precisazione, B. Cavallone, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, *RDP*, 2010, 1, 12-13, riprendendo F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, 1953.

problema delle modalità di accertamento dei fatti che è logicamente successivo e distinto rispetto a quello della introduzione dei fatti nel giudizio»⁽⁸¹⁾. Secondo questa lettura, oggi largamente maggioritaria, al giudice del lavoro, al pari di quello civile, non sarebbe quindi stato attribuito alcun potere di «istruzione primaria», cioè di ricerca dei fatti, e poi eventualmente dei mezzi di prova degli stessi, nella realtà extraprocessuale⁽⁸²⁾. Pertanto, secondo la giurisprudenza della Cassazione che, perlomeno nelle statuizioni di principio, appare ormai consolidata sulla questione, resterebbe nella facoltà del giudice del lavoro il solo potere di «istruzione secondaria», cioè quello di disporre officiosamente l'acquisizione di prove relative ai fatti già introdotti dalle parti nel processo⁽⁸³⁾.

L'esercizio dei poteri di cui all'art. 421 c.p.c., sebbene limitato alla sola istruzione secondaria, non è però discrezionale, proprio perché essi costituiscono strumento utile a ricercare, per quanto possibile, la verità materiale, finalità cui è ispirato il rito del lavoro⁽⁸⁴⁾. Pertanto, come precisato dalle Sezioni Unite nel 2004, il giudice è tenuto a utilizzarli quando «le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine [...], pur in presenza di già verificatesi decadenze o preclusioni e pur in assenza di una esplicita richiesta delle parti in causa»⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸¹⁾ A. Vallebona, *Disciplina dell'onere probatorio* cit., 786-787 e, più recentemente, F. De Michiel, *op. cit.*, 12-17. In giurisprudenza, tra le più recenti, Cass. 18 giugno 2020, n. 11896, *DJ*, che precisa come sarebbe non è possibile tradurre i poteri officiosi in «poteri d'indagine e di acquisizione del tipo di quelli propri del procedimento penale».

⁽⁸²⁾ L. Dittrich, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, *RDP*, 2011, 1, 121-122 e P. Comoglio, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Giappichelli, 2018, 126-128, sempre riprendendo F. Benvenuti, *cit.* Si badi che l'opzione interpretativa alternativa, secondo cui il processo del lavoro sarebbe costruito in senso solo maggiormente ma non esclusivamente inquisitorio, sarebbe comunque stata teoricamente sostenibile, stando sia alla lettera dell'art. 421 c.p.c. che alla finalità di ricerca della verità materiale sottesa al rito del lavoro, come sostenuto da P. Comoglio, *op. cit.*, 103-110 e 134-154. Per una ricognizione del dibattito dottrinale in materia di principio dispositivo e poteri istruttori del giudice, soprattutto per i riferimenti alle opinioni contrarie, si v. sempre il primo capitolo della monografia di P. Comoglio, *op. cit.*, 1-154.

⁽⁸³⁾ R. Bolognesi, *Il prudente esercizio dei poteri istruttori officiosi da parte del giudice del lavoro*, *Judicium*, 2014, 4-5 e 9 e V. Di Cerbo, *op. cit.*, 396-398 per una ricognizione della giurisprudenza.

⁽⁸⁴⁾ L.P. Comoglio, *op. ult. cit.*, 246-249.

⁽⁸⁵⁾ Cass., Sez. Un., 17 giugno 2004, n. 11353, *cit.* Per una analisi dettagliata della giurisprudenza, v. L. de Angelis, *op. cit.*, 262-269.

Negli ultimi anni, però, la giurisprudenza sembra aver in parte ridimensionato questo assunto⁽⁸⁶⁾, circoscrivendone ulteriormente l'operatività anche nell'ambito della stessa istruzione secondaria⁽⁸⁷⁾. L'esercizio di questi poteri è stato infatti limitato ai soli casi in cui «l'esplicazione» degli stessi sia stata «specificamente sollecitata dalla parte»⁽⁸⁸⁾, con la precisazione, fondamentale a fini di questa analisi, che il giudice non potrà utilizzarli per supplire alle carenze probatorie eventualmente riscontrate nel processo, ma solo quando esista già una «pista probatoria rilevabile dal materiale processuale acquisito agli atti di causa»⁽⁸⁹⁾. In altre parole, secondo le pronunce più recenti, essi avrebbero «essenzialmente funzione integrativa»⁽⁹⁰⁾, costituendo solo un «approfondimento, ritenuto indispensabile ai fini del decidere, di elementi probatori già obiettivamente presenti nella realtà del processo»⁽⁹¹⁾, non potendo dunque essere esercitati in funzione suppletiva per colmare lacune probatorie delle parti⁽⁹²⁾.

Fatte queste necessarie premesse, nelle pagine che seguono si tenterà di dimostrare la tesi esplicitata in apertura di paragrafo. Nel far ciò, si esamineranno tre classi di azioni ricorrenti nella prassi giudiziale giuslavoristica⁽⁹³⁾, simulando tre domande proponibili da un determinato lavoratore, soggetto a strumenti di *algorithmic management*, che lamenti la violazione dei propri diritti. A tal proposito, si utilizzeranno come *case studies* tre vicende che hanno interessato Amazon negli Stati Uniti⁽⁹⁴⁾. Al termine

⁽⁸⁶⁾ Sulla scorta di posizioni dottrinali rigoriste, A. Vallebona, *Il trionfo del processo del lavoro*, MGL, 2009, 7, 566.

⁽⁸⁷⁾ Anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, P. Comoglio, *op. cit.*, 103-107, in senso critico rispetto a quella che è considerata una involuzione, e C. Pisani, *op. cit.*, 20-32, in senso adesivo e denunciando, al contrario, il persistere di «distorte prassi applicative o discutibili proposte interpretative che, enfatizzando l'argomento della esigenza della ricerca della c.d. "verità materiale", tendono ad estendere gli strumenti di temperamento previsti esclusivamente per il regime delle preclusioni delle prove anche a quello delle allegazioni tardive».

⁽⁸⁸⁾ Cass. 29 dicembre 2014, n. 27431, *DJ*.

⁽⁸⁹⁾ Cass. 9 marzo 2020, n. 6634, *DJ*.

⁽⁹⁰⁾ Trib. Roma 15 ottobre 2018, n. 7664, *DJ*. In dottrina, in senso critico, P. Comoglio, *op. cit.*, 132.

⁽⁹¹⁾ Cass. 3 ottobre 2017, n. 23039, *DJ*.

⁽⁹²⁾ V. Di Cerbo, *op. cit.*, 396-398. Orientamenti restrittivi che hanno caratterizzato anche il potere officioso del giudice di chiedere alle associazioni sindacali il testo dei contratti collettivi a norma degli artt. 421, co. 2, e 425 c.p.c., su cui v. M. Falsone, *op. cit.*, 9.

⁽⁹³⁾ Mutuando la prospettiva analitica già adottata da A. Vallebona, *L'onere della prova cit.*, 95-101.

⁽⁹⁴⁾ Vi è naturalmente una ragione dietro questa scelta. Amazon è spesso additata come realtà simbolo di un certo progresso tecnologico e dei rischi cui sono esposti i lavoratori, v. es. J. Dzieza, *op. cit.* Pertanto, essa è spesso stata sotto i riflettori della stampa,

dell'analisi dedicata a ciascuno di essi, si sottolineerà su chi ricade il rischio di soccombenza in ragione della regola di giudizio dell'onere della prova, considerando altresì il possibile esercizio, da parte del giudice del lavoro, dei poteri istruttori a lui attribuiti dal codice di rito che potrebbero limitarne l'applicazione, favorendo dunque l'emersione, nel processo, della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo, sempre ove legalmente o tecnicamente possibile.

3.1. Gli oneri della prova nelle azioni fondate sulla violazione di un limite all'esercizio dei poteri datoriali

Amazon ha sviluppato un sistema di misurazione della produttività degli addetti alla gestione dei propri magazzini. Il sistema monitora costantemente il tasso di produttività individuale di ciascun addetto e genera automaticamente, in caso di scarso rendimento, lettere di ammonimento e, nei casi più gravi, di licenziamento, senza che sia fornito alcun *input* preventivo dal *manager* responsabile del dipendente. Secondo quanto riportato dai suoi stessi legali, Amazon, da agosto 2017 a ottobre 2018, ha licenziato centinaia di lavoratori nel proprio magazzino di Baltimora a causa del mancato raggiungimento dei livelli di produttività loro richiesti⁽⁹⁵⁾.

È dunque opportuno chiedersi come un caso del genere possa essere risolto in Italia qualora un lavoratore decida di impugnare il recesso, a lui intimato tramite l'algoritmo, dinanzi al giudice del lavoro. Per semplicità espositiva, si assumerà che i fatti alla base del recesso siano sussistenti e il licenziamento per scarso rendimento, inteso in senso soggettivo, sia stato irrogato nel rispetto delle forme previste dal legislatore italiano⁽⁹⁶⁾. Si assumerà altresì che il licenziamento per scarso rendimento possa essere considerato astrattamente giustificato nel merito, profilo quantomeno dubbio stando alle posizioni della giurisprudenza sulla questione⁽⁹⁷⁾.

che ne ha riportato con dovizia di particolari le pratiche di *algorithmic management* da essa implementate, soprattutto negli Stati Uniti, per gestire la propria forza lavoro.

⁽⁹⁵⁾ C. Lecher, *How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for 'productivity'*, *The Verge*, 25 aprile 2019, <https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations>. Le modalità di funzionamento del sistema sono state messe per iscritto dal legale di Amazon per argomentare che, a differenza di quanto sostenuto dal lavoratore, il recesso non era fondato su un motivo discriminatorio, bensì su una ragione organizzativa genuina.

⁽⁹⁶⁾ Cioè, che il datore abbia seguito il procedimento di cui all'art. 7, l. n. 300/1970.

⁽⁹⁷⁾ Per una rassegna giurisprudenziale, v. E. Gramano, *Sul licenziamento intimato per scarso rendimento*, *ADL*, 2017, 6, 1506 ss.

Coerentemente con gli scopi dell'analisi, occorre partire dalla ripartizione dei carichi probatori tra le parti. Nel caso della prova della sussistenza di una giusta causa o giustificato motivo di licenziamento, esiste, come noto, una disposizione che individua espressamente il soggetto onerato⁽⁹⁸⁾. Ciò comporta che il datore di lavoro, se non vuole soccombere in giudizio, dovrà essere in grado di provare come l'algoritmo abbia assunto la decisione di licenziare il dipendente improduttivo. In altre parole, la parte datoriale dovrà dimostrare, perlomeno, di aver impartito l'ordine di raggiungere un livello di produttività minimo, che il lavoratore sia stato inadempiente allo stesso e che la sanzione sia proporzionale all'infrazione commessa.

È comunque sostenibile che l'onere datoriale si estenda, a ritroso, alla prova della utilizzabilità dei dati acquisiti e poi processati dallo strumento di *algorithmic management*, cioè del rispetto, da parte del datore di lavoro, della disciplina della *privacy* e di quella dei controlli a distanza nelle fasi di raccolta e trattamento dei dati poi usati dall'algoritmo per assumere la decisione di licenziare il dipendente. Come noto, infatti, sia l'art. 2-*decies* del D.lgs. n. 196 del 2003⁽⁹⁹⁾ che, specialmente, l'art. 4, co. 3, della L. n. 300 del 1970⁽¹⁰⁰⁾

⁽⁹⁸⁾ Il riferimento è all'art. 5, l n. 604/1966, che individua nel datore di lavoro il soggetto onerato. In ogni caso, si badi che «la ripartizione dell'onere probatorio specificamente stabilita dal legislatore corrisponde alla soluzione che comunque deriverebbe dall'applicazione della regola generale dell'art. 2697 c.c. in relazione alla disciplina sostanziale. Invero la giustificazione del licenziamento configura sicuramente un fatto costitutivo del legittimo esercizio del potere così limitato (o, se si vuole, un fatto impeditivo dell'azione del lavoratore per l'annullamento dell'atto ingiustificato)», A. Vallebona, *Disciplina dell'onere probatorio* cit., 802 e già Id., *L'inversione dell'onere* cit., 830 e *amplius* Id., *L'onere della prova* cit., 61-67.

⁽⁹⁹⁾ Inserito dall'art. 2, co. 1, lett. f), d.lgs. n. 101/2018, cioè il decreto di adeguamento della disciplina nazionale *privacy* al GDPR, secondo cui «i dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati, salvo quanto previsto dall'articolo 160-*bis*» d.lgs. n. 196/2003, che prevede, a sua volta, che «la validità, l'efficacia e l'utilizzabilità nel procedimento giudiziario di atti, documenti e provvedimenti basati sul trattamento di dati personali non conforme a disposizioni di legge o di Regolamento restano disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali». Sulla questione, recentemente, A. Sartori, *Il controllo tecnologico sui lavoratori*, Giappichelli, 2020, 283-285 e anche le due note che seguono.

⁽¹⁰⁰⁾ Come noto, esso prevede che «le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196». Questo rinvio alla disciplina *privacy* conferma, una volta di più, l'inutilizzabilità dei dati trattati in violazione delle regole in materia di trattamento dei dati personali, già desumibile, seppur con qualche dubbio interpretativo, dall'art. 2-*decies* d.lgs. n. 196/2003 di cui alla nota che precede: sulla questione, si rimanda inoltre ai riferimenti dottrinali alla nota che segue.

vietano l'utilizzabilità, anche a fini di tutela giurisdizionale, delle informazioni acquisite in violazione delle rispettive discipline⁽¹⁰¹⁾, entrambe limitative del potere datoriale di trattare i dati personali dei lavoratori e, più nello specifico, di controllarne a distanza la prestazione⁽¹⁰²⁾.

Con riguardo alla disciplina della protezione dei dati personali, il datore di lavoro avrà quindi l'onere di dimostrare non solo di aver adempiuto agli obblighi procedurali ad esso imposti dal GDPR, ma anche che il trattamento dei dati del dipendente sia avvenuto, nel merito, nel rispetto dei principi di liceità, correttezza, trasparenza, limitazione della finalità, minimizzazione dei dati, esattezza, limitazione della conservazione dei dati, integrità e riservatezza⁽¹⁰³⁾. Con riferimento, invece, alla disciplina dei controlli a distanza, il datore di lavoro dovrà dimostrare non solo di aver fornito al dipendente adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli, ma anche di aver raccolto le informazioni nel rispetto delle condizioni sostanziali e procedurali imposte dal primo comma dell'art. 4 della

⁽¹⁰¹⁾ Anche per ulteriori riferimenti, v. C. Gamba, *Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, LLI, 2016, 2, 1, 122 e ss. e M. Barbieri, *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in P. Tullini, *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017, 205-208, che, peraltro, anche prima dell'introduzione nel 2018 dell'art. 2-*decies* d.lgs. n. 196/2003, ritenevano inutilizzabili come prove nel processo i dati acquisiti in violazione della disciplina privacy in ragione del solo rimando contenuto nell'art. 4, co. 3, l. n. 300/1970 e dei principi generali in materia di utilizzabilità, nel processo del lavoro, delle c.d. "prove illecite".

⁽¹⁰²⁾ Si aderisce qui alla tesi secondo cui «il controllo "a distanza" è uno speciale "trattamento" di "dati personali" dei lavoratori, cui devono applicarsi necessariamente tutte le regole proprie del sistema generale, oltre ai requisiti procedurali direttamente previsti dalla disposizione speciale (l'art. 4 Stat. Lav.)» cosicché, soprattutto dopo la riforma del 2015, sembra fugato ogni dubbio sul fatto che il controllo datoriale debba avvenire nel rispetto della disciplina privacy: così, A. Ingrao, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, 2018, 153-156, cui si rimanda anche per la ricognizione delle opinioni adesive e contrarie.

⁽¹⁰³⁾ Fermi i principi cui devono essere improntate, a livello sostanziale, le modalità del trattamento (art. 5, GDPR), su cui *amplius* A. Ingrao, *op. ult. cit.*, 120-125, il datore di lavoro ha infatti una serie di obblighi di natura procedimentale: quello di informativa (art. 13, GDPR), quello di eseguire una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati qualora il trattamento comporti un rischio elevato per i diritti e le libertà dei singoli interessati (art. 35, GDPR e Garante per la protezione dei dati personali, delibera 11 ottobre 2018, n. 467) e, almeno per le imprese con più di 250 dipendenti, l'obbligo di predisporre e conservare un registro delle attività di trattamento svolte sotto la propria responsabilità (art. 30, GDPR), come ricordato da L. Cairo - U. Villa, *I controlli a distanza a quattro anni dal Jobs Act*, LG, 2019, 7, 685-687. Per una rassegna della giurisprudenza in materia di necessità del rispetto della disciplina privacy a pena di inutilizzabilità dei dati illegittimamente raccolti e trattati, v. G. Cassano, *I controlli ex art. 4, L. n. 300/1970*, LG, 2020, 7, 783 s.

L. n. 300 del 1970 o, comunque, che si applichi l'eccezione prevista dal secondo comma della medesima disposizione⁽¹⁰⁴⁾.

Questa conclusione non si fonda soltanto sul disposto dell'art. 5 della L. n. 604 del 1966, che ne limiterebbe l'operatività ai soli casi in cui il controllo costituisca il presupposto logico-giuridico di un licenziamento disciplinare. Piuttosto, essa trova la sua giustificazione normativa in altre due disposizioni che regolano, direttamente e in generale⁽¹⁰⁵⁾, questo potere, cioè l'art. 5(2) del GDPR, da un lato, e lo stesso art. 4 della L. n. 300 del 1970, dall'altro. Sia la struttura lessicale che la *ratio* di queste due disposizioni normative, infatti, impongono di concludere che l'onere di dimostrare la puntuale applicazione della disciplina *privacy* e dei controlli a distanza sia posto dal legislatore in capo al datore di lavoro⁽¹⁰⁶⁾. In altre parole, il rispetto delle condizioni sostanziali e procedurali previste da ambo le discipline configura un fatto costitutivo della legittima facoltà del datore di lavoro di trattare dati e controllare a distanza il dipendente, cosicché l'onere di dimostrarlo incombe, per applicazione diretta dell'art. 2697 c.c., su chi intenda esercitare questo potere.

Tornando dunque al caso oggetto di analisi e assumendo, per semplicità, che il datore di lavoro abbia adempiuto agli obblighi procedurali su di esso incombenti⁽¹⁰⁷⁾, egli dovrebbe provare che il monitoraggio costante dei

⁽¹⁰⁴⁾ Su cui *amplius* M. Barbieri, *op. cit.*, 183-208. Naturalmente, la precisa delimitazione dell'oggetto dell'onere datoriale dipende anche dalla soluzione di una serie di questioni interpretative, attività che esula dalle possibilità immediate di questo studio: per una ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, v. L. Cairo - U. Villa, *op. cit.*, 676-687 e, per una più recente rassegna giurisprudenziale, v. G. Cassano, *op. cit.*, 778-784.

⁽¹⁰⁵⁾ Cioè, a prescindere dal fatto che sia esercitato in concreto per licenziare un dipendente.

⁽¹⁰⁶⁾ 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, *op. ult. cit.*, 126. Allo stesso modo, l'art. 4, l. n. 300/1970 prevede, al comma 1, che gli strumenti dai quali derivi la possibilità di controllo a distanza possano essere impiegati *esclusivamente* nel caso in cui ricorrano determinate esigenze giustificative e previo esperimento della procedura sindacale o amministrativa, fatta salva l'eccezione di cui al comma 2, e che solo le informazioni raccolte ai sensi dei primi due commi siano utilizzabili *a condizione che* il datore di lavoro informi preventivamente il lavoratore e rispetti la disciplina *privacy*. Soprattutto, la *ratio* delle due disposizioni è evidentemente quella di limitare il potere datoriale di trattare dati e controllare a distanza il lavoratore. Questi elementi, in casi analoghi, sono stati ritenuti sufficienti dalla dottrina per concludere che l'onere della prova incomba sul datore di lavoro in ragione delle modalità di costruzione della fattispecie sostanziale da parte del legislatore: così, A. Vallebona, *L'onere della prova cit.*, 61-67 e 129-137.

⁽¹⁰⁷⁾ Per obblighi procedurali non si intendono solo quelli di fornire preventiva informativa ai lavoratori (art. 4, co. 3, l. n. 300/1970 e 13, GDPR), ma anche la conclusione di un accordo sindacale o l'ottenimento di una autorizzazione amministrativa (art. 4, co. 1, l.

dipendenti per finalità disciplinari⁽¹⁰⁸⁾ sia stato rispettoso, anche nel merito, della disciplina *privacy* e di quella dei controlli a distanza. Per adempiere l'onere, il datore di lavoro dovrebbe quindi rendere trasparente in giudizio l'intero processo decisionale seguito dall'algoritmo nel caso concreto, dalla raccolta dei dati all'irrogazione del singolo licenziamento. In questo modo, egli paleserebbe al giudice, nel caso analizzato, una violazione forse solo probabile dell'art. 4, co. 1, della L. n. 300 del 1970⁽¹⁰⁹⁾, ma certa dell'art. 5 del GDPR per contrarietà, se non altro, al principio di minimizzazione dei dati, secondo cui il datore di lavoro, predeterminata la finalità del controllo, deve preferire lo strumento meno invasivo per raggiungerla⁽¹¹⁰⁾.

Ricapitolando, il rischio di soccombenza per la mancata prova del percorso decisionale seguito dallo strumento di *algorithmic management* ricadrebbe interamente, nel caso di specie, in capo al datore di lavoro. Pertanto, nell'ipotesi in cui non volesse o non potesse, perché tecnicamente difficile o impossibile, svelare in giudizio la verità materiale celata dall'algoritmo, perderebbe la causa contro il dipendente. Al contrario, nel caso in cui decidesse di adempiere all'onere su di esso incombente, il datore di

n. 300/1970) e la valutazione d'impatto *privacy* (art. 35, GDPR), che avrebbero peraltro potuto circoscrivere gli scopi legittimi del trattamento e del controllo a distanza, escludendo, ad esempio, la possibilità per il datore di lavoro di utilizzare i dati raccolti per finalità disciplinare.

⁽¹⁰⁸⁾ Sulla cui ammissibilità, in generale, A. Ingraio, *op. ult. cit.*, 162-184, cui si rimanda anche per la ricognizione delle diverse posizioni dottrinali sulla questione.

⁽¹⁰⁹⁾ Esiste infatti la possibilità che una attività di monitoraggio continuo, strumentale alla misurazione e valutazione della *performance* del dipendente anche al fine di esercitare il potere disciplinare, sia considerata, dal punto di vista interpretativo, come legittima ai sensi dell'art. 4, co. 1, l. n. 300/1970, qualora si opti per una interpretazione estensiva delle causali «esigenze organizzative e produttive» o «tutela del patrimonio aziendale»: tesi sostenuta da E. Balletti, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in *Giornate di Studio AIDLASS*, Napoli, 16 e 17 giugno 2016, 39 e prospettata anche da P. Tullini, *op. ult. cit.*, 102 s., che considera esistente questo rischio qualora la giurisprudenza consideri superato il previgente divieto di controllo diretto sull'attività dei lavoratori. Peraltro, ciò sarebbe verosimilmente possibile nei casi in cui il controllo fosse realizzato attraverso uno strumento che, a differenza di quelli del *case study* oggetto di questo paragrafo, possa configurarsi come «strumento di lavoro» ai sensi del comma 2 della stessa disposizione, ipotesi che permetterebbe, peraltro, di evitare la mediazione sindacale o amministrativa imposta dal comma 1: sarebbe questo, ad esempio, il caso dell'ormai celebre braccialeto di Amazon e dei suoi epigoni, su cui A. Ingraio, *op. ult. cit.*, 173-175 e A. Sartori, *op. cit.*, 282.

⁽¹¹⁰⁾ In altre parole, il principio in questione introduce un generale vaglio di proporzionalità tra mezzi e finalità specifica del controllo, come sottolineato da P. Tullini, *op. ult. cit.*, 112 s. Peraltro, casi come quello di specie, in cui il controllo a distanza è effettuato strutturalmente per scopi disciplinari, potrebbero integrare una violazione del principio di limitazione della finalità, come sostenuto da A. Ingraio, *op. ult. cit.*, 176-182, che ne determinerebbe l'automatica illiceità.

lavoro, per non soccombere in giudizio, dovrebbe dimostrare di aver rispettato, in concreto, tutti i limiti cui la legge subordina il legittimo esercizio del potere disciplinare e di controllo: dimostrazione che, almeno nel caso di specie, è improbabile che il datore di lavoro riuscirebbe a offrire.

Questa situazione, peraltro, si presenterebbe nei medesimi termini in tutte le azioni proposte da un lavoratore che lamenti la violazione di un limite all'esercizio dei poteri datoriali⁽¹¹¹⁾.

Infatti, l'introduzione di un presupposto sostanziale in presenza del quale può essere esercitato un potere datoriale (ad es., controllo a distanza⁽¹¹²⁾, adozione di una sanzione disciplinare conservativa⁽¹¹³⁾, trasferimento⁽¹¹⁴⁾, demansionamento¹¹⁵, licenziamento per giusta causa¹¹⁶ o per giustificato motivo, oggettivo o soggettivo⁽¹¹⁷⁾) «comporta sempre automaticamente l'imposizione a carico del datore di lavoro del relativo onere probatorio»⁽¹¹⁸⁾. Egualmente, l'individuazione di criteri tesi a individuare i soggetti su cui il provvedimento datoriale deve incidere (ad es., criteri di scelta nei licenziamenti collettivi⁽¹¹⁹⁾) implica sempre che sia il datore di lavoro a dover dimostrare in giudizio di aver esercitato il proprio potere di scelta secondo il modello predeterminato dalla legge⁽¹²⁰⁾. E, in tutti questi casi, a prescindere dalla fonte legale o negoziale (ad es., criteri di scelta nei licenziamenti collettivi, legali o negoziali), sia essa individuale o contrattual-collettiva, che introduce la specifica limitazione⁽¹²¹⁾. Ciò perché il rispetto del limite al potere datoriale costituisce fatto costitutivo del legittimo esercizio dello stesso, con onere che incombe, per diretta applicazione dell'art. 2697 c.c., in capo al datore di lavoro.

⁽¹¹¹⁾ Peraltro, come si è già avuto modo di osservare, questa conclusione dovrebbe essere raggiunta non solo nel caso in cui i limiti posti all'esercizio del potere datoriale siano di natura sostanziale, ma anche con riguardo a quelli di natura procedurale (es. i casi, sopra analizzati, del trattamento dei dati personali e del controllo a distanza): sulla distinzione, in generale, v. C. Zoli, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, Giuffrè, 1988, 162 e ss.

⁽¹¹²⁾ Art. 4, co. 1, l. n. 300/1970.

⁽¹¹³⁾ Art. 7 l. n. 300/1970 e art. 2106 c.c.

⁽¹¹⁴⁾ Art. 2103, co. 8, c.c.

⁽¹¹⁵⁾ Nel solo caso previsto dall'art. 2103, co. 2, c.c.

⁽¹¹⁶⁾ Art. 2119 c.c.

⁽¹¹⁷⁾ Art. 3, l. n. 604/1966. L'art. 5 della stessa legge non è infatti «indispensabile da un punto di vista tecnico», ma sembra esser stata introdotta in funzione cautelativa «contro all'epoca paventate interpretazioni soffocatrici» della disciplina sostanziale, come precisato da A. Vallebona, *L'inversione dell'onere cit.*, 830.

⁽¹¹⁸⁾ A. Vallebona, *Disciplina dell'onere cit.*, 802 s. e *amplius Id.*, *L'onere della prova cit.*, 61-67 e 129-137.

⁽¹¹⁹⁾ Art. 5, l. n. 223/1991.

⁽¹²⁰⁾ A. Vallebona, *L'onere della prova cit.*, 137.

⁽¹²¹⁾ A. Vallebona, *Disciplina dell'onere probatorio cit.*, 803.

Insomma, a differenza del GDPR, la disciplina giuslavoristica riconosce ai dipendenti plurimi diritti a ottenere la spiegazione di una specifica decisione datoriale, che deve peraltro essere giustificata e soggetta a un controllo giudiziale successivo, anche quando essa sia stata assunta, in concreto, da uno strumento di *algorithmic management*. In tutti questi casi, proprio in ragione della disciplina in materia di onere della prova, il rischio di subire le conseguenze negative dell'eventuale opacità decisionale dello strumento ricade interamente sul datore di lavoro, salvo che il dipendente intenda impugnare l'atto datoriale per motivo illecito o per il suo carattere discriminatorio: casi in cui, eccetto per la disciplina speciale che si esaminerà nel paragrafo seguente, l'onere probatorio ricade interamente sul lavoratore⁽¹²²⁾.

3.2. Gli oneri della prova nelle azioni fondate sulla violazione di un divieto di discriminazione

Nel 2014, Amazon aveva iniziato a sviluppare algoritmi di ML utili a scegliere i migliori candidati nei processi di selezione del personale. L'algoritmo, che si nutrivava dei dati dei *curricula* dei partecipanti alle selezioni nei dieci anni precedenti, era quindi capace di assegnare a ciascun candidato un punteggio, stilando poi una classifica. Nel 2015, Amazon decideva di abbandonare la sperimentazione, dopo aver capito che l'algoritmo avesse appreso autonomamente a preferire i candidati uomini. L'algoritmo aveva infatti utilizzato, per costruire il modello, un campione di dati che segnalava una correlazione statistica positiva tra l'appartenenza al genere maschile e il successo nelle precedenti selezioni. Pertanto, pur essendo stato addestrato a non utilizzare direttamente il sesso come criterio selettivo, lo stesso algoritmo era riuscito a rilevare il genere dei candidati, seppur indirettamente, da altre informazioni, comunque presenti nei loro *curricula*. Per questa ragione, anche gli stessi creatori dell'algoritmo avevano compreso con estremo ritardo che l'algoritmo, per come era stato programmato, favoriva gli uomini rispetto alle donne. In alcuni casi, infatti, il criterio selettivo presentava una correlazione abbastanza chiara con il sesso del candidato (penalizzare le candidate facenti parte del club di scacchi "femminile", ove questa ultima parola era espressamente riportata nel *curriculum*). In altri, il criterio era apparentemente neutrale rispetto al genere del candidato, cosicché comprendere che lo stesso costituisse, in concreto, un indice di genere poteva risultare molto difficile (penalizzare chi aveva frequentato una scuola di sole donne, anche quando

⁽¹²²⁾ A. Vallebona, *Disciplina dell'onere probatorio* cit., 803.

questa caratteristica non emergeva espressamente dal *curriculum*), se non quasi impossibile (favorire chi utilizzava alcuni verbi che, nel campione storico di *curricula* alla base del modello algoritmico, erano statisticamente usati più dagli uomini che dalle donne)⁽¹²³⁾. In altre parole, l'algoritmo era idoneo a replicare scientemente e su larga scala discriminazioni latenti nei dati da esso processati.

Occorre dunque chiedersi come possa essere risolto in Italia un caso in cui una lavoratrice, scartata nel processo di selezione da un algoritmo come quello sopra descritto, decida di ricorrere dinanzi a un giudice lamentando una discriminazione di genere⁽¹²⁴⁾. Al fine di questo esercizio, si assumerà che la disparità di trattamento in questione costituisca una discriminazione indiretta, considerando la classifica stilata mediante algoritmo come un «criterio» o una «prassi» «apparentemente neutri» ai sensi dell'art. 25, d.lgs. n. 198/2006⁽¹²⁵⁾.

L'analisi partirà, ancora una volta, dalla ripartizione dei carichi probatori tra le parti. Come noto, in relazione alle discriminazioni di genere, esiste una disposizione normativa di derivazione europea, cioè l'art. 40, d.lgs. n. 198/2006, che, in deroga all'art. 2697 c.c., ripartisce il rischio della mancata prova tra le parti⁽¹²⁶⁾. Una tecnica normativa analoga sul piano probatorio è stata peraltro utilizzata dal legislatore italiano all'art. 28, co. 4, d.lgs. n. 150/2011, applicabile alle controversie in materia di discriminazione per fattori

⁽¹²³⁾ J. Dastin, *Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women*, Reuters, 11 ottobre 2018, <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G>.

⁽¹²⁴⁾ Non si affronterà invece il profilo della violazione dell'art. 8, l. n. 300/1970 che, come noto, vieta indagini datoriali non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore anche in fase preassuntiva: sul tema, v. recentemente M. Biasi, *La protezione della sfera personale del lavoratore al tempo dei social media: brevi riflessioni sull'attualità dell'art. 8 dello Statuto dei Lavoratori*, LG, 2020, in via di pubblicazione. Tuttavia, gli strumenti regolativi ivi analizzati potrebbero essere idonei a far emergere, oltre che una discriminazione, anche una violazione di questa disciplina.

⁽¹²⁵⁾ Si potrebbe infatti parlare di discriminazione diretta soltanto quando il fattore di rischio, in questo caso il genere, costituisca un criterio discrezionale direttamente utilizzato per stilare la classifica tra i candidati. Invece, si dovrà parlare di discriminazione indiretta nei casi in cui, come quello di specie, la disparità di trattamento trovi la sua genesi in un errore storico, derivante dalla selezione del campione, che spinga l'algoritmo ad utilizzare, nello stilare la classifica dei candidati da selezionare, criteri apparentemente neutri ma che, in concreto, replichino discriminazioni latenti nei dati utilizzati: v. P. Hacker, *op. cit.*, 1151-1154.

⁽¹²⁶⁾ L'art. 40, d.lgs. n. 158/2006 recepisce, a livello nazionale, quanto disposto dall'art. 19, dir. 2006/54/CE, seppur limitandone, dal punto di vista letterale, la portata: in ogni caso, l'obbligo per il giudice italiano di interpretare il diritto interno conformemente a quello dell'UE impone all'interprete di smussare tale discrepanza, optando per una interpretazione estensiva della disposizione nazionale che ne allinei la portata a quella europea: v. M. Peruzzi, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, 2018, 137 e 144-147.

di rischio diversi dal sesso. Pertanto, le conclusioni che si trarranno a conclusione del paragrafo potranno essere applicate, in generale, a tutti i giudizi in cui un lavoratore lamenti una discriminazione, a prescindere dal fattore di rischio che si assuma violato.

Sebbene parte della dottrina abbia in passato tentato di ricondurre questo regime speciale alle categorie interne delle presunzioni semplici e delle presunzioni legali relative⁽¹²⁷⁾, il modello utilizzato dal legislatore europeo e recepito da quello italiano costituisce, in realtà, un ibrido, da declinare come una «parziale inversione dell'onere, che determina uno spostamento del rischio di mancata prova sul convenuto al raggiungimento da parte del lavoratore di una prova semipiena della sussistenza della fattispecie discriminatoria dedotta in giudizio»⁽¹²⁸⁾. Più nello specifico, nel caso di discriminazione indiretta, il lavoratore, per attivare questo meccanismo di parziale inversione, dovrà fornire prova di tutti i fatti costitutivi della fattispecie, ovvero della disparità di trattamento e del nesso tra questa e la sua causa immediata (cioè, il criterio o il processo apparentemente neutri), da un lato, e del nesso tra la causa immediata e la causa mediata (cioè, il fattore di rischio), dall'altro. L'alleggerimento dell'onere riguarda quindi solo il livello di conferma probatoria di questi fatti: il lavoratore sarà dunque onerato di dimostrarli con un grado adeguato di probabilità «di rigore scientifico tale da rendere già di per sé attendibile l'ipotesi enunciata dal ricorrente, in prevalenza su ogni altra possibile soluzione», ricorrendo ad esempio alla prova statistica⁽¹²⁹⁾. Solo in presenza di una prova semipiena così definita, si sposterebbe poi sulla parte resistente il rischio della mancata prova contraria, avente ad oggetto l'insussistenza dei medesimi fatti costitutivi della fattispecie e, eventualmente, la sussistenza di fatti impeditivi della discriminazione⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁷⁾ M. Peruzzi, *op. cit.*, 153-156, anche per i richiami alla dottrina, oggi minoritaria, che ha proposto queste ricostruzioni. Da ultimo, nega l'esistenza di una inversione, parlando di mera semplificazione, F. De Michiel, *op. cit.*, 158-167, la cui analisi si basa però soltanto sul tenore letterale della disposizione, che non è stata esaminata alla luce dell'obbligo di interpretazione conforme alla disciplina europea che grava sull'interprete nazionale.

⁽¹²⁸⁾ M. Peruzzi, *op. cit.*, 157, che dà conto, alla nt. 45, di come la dottrina maggioritaria sia concorde, seppur nella diversità dei toni, nel qualificare questa tecnica normativa in termini di inversione dell'onere probatorio.

⁽¹²⁹⁾ M. Peruzzi, *op. cit.*, 168-172, cui si rimanda anche per i riferimenti alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE.

⁽¹³⁰⁾ Espressamente in questi termini, seppur con riguardo ad un caso di discriminazione in ragione delle convinzioni personali, recentemente Cass. 2 gennaio 2020, n. 1, *DJ*, e, nel merito e con riguardo ad un caso di discriminazioni di genere, App. Catanzaro 30 dicembre 2019, n. 1159, *DJ*. In ogni caso, l'orientamento che sembra ad oggi maggioritario in giurisprudenza, anche se minoritario in dottrina, riconduce il meccanismo

Tornando al caso oggetto di analisi, la lavoratrice, per attivare il meccanismo di parziale inversione, dovrebbe dunque essere in grado di dimostrare, con un grado adeguato di probabilità statistica, non solo la disparità di trattamento e il nesso di causa tra questa e l'utilizzo del modello decisionale di ML, ma anche il nesso di collegamento tra la classifica stilata dallo stesso algoritmo e il genere femminile.

Date le asimmetrie informative esistenti tra la candidata e il potenziale datore di lavoro, è evidente come questa costituirebbe, per la lavoratrice, una prova diabolica. Nella normalità dei casi, infatti, la stessa non ha nemmeno cognizione del fatto che la selezione sia stata demandata ad un algoritmo: figurarsi, invece, della circostanza che la decisione assunta possa esser stata discriminatoria. In ogni caso, anche se ne avesse il sentore, la stessa non sarebbe comunque in possesso di alcuna informazione in merito alla classifica stilata dall'algoritmo, né in relazione alla posizione propria e degli altri candidati, né, soprattutto, avrebbe cognizione alcuna dei criteri utilizzati dall'algoritmo. Peraltro, anche ove la candidata avesse accesso a informazioni relative a questi criteri, sarebbe per lei molto difficile cogliere il nesso di collegamento fra gli stessi e il genere degli altri candidati: circostanza, questa, che sarebbe necessaria per dare effettiva credibilità all'ipotesi formulata dalla ricorrente e, soprattutto, per escludere possibili spiegazioni alternative a quella della discriminazione basata sul sesso⁽¹³¹⁾. In questa situazione, il rischio di soccombenza, sebbene astrattamente ripartito tra le parti, sarebbe dunque ricaduto, in concreto, in capo alla sola ricorrente, che sarebbe rimasta vittima della opacità decisionale algoritmica in ragione della sua incapacità di allegare una prova semipiena della sussistenza dei fatti costitutivi della discriminazione.

Questa situazione di asimmetria informativa potrebbe però essere attenuata dalle garanzie previste dai diritti di informazione e accesso previsti dagli artt. 13, 14 e 15 del GDPR. Come precisato al par. 2, la candidata avrebbe infatti diritto a essere preventivamente informata dell'esistenza di un trattamento automatizzato dei suoi dati da parte di un algoritmo, avendo poi la facoltà di ottenere conferma di ciò a trattamento avvenuto, mediante esercizio del diritto di accesso. Peraltro, la stessa avrebbe anche il diritto a che gli sia

della semplificazione probatoria a quello della presunzione semplice, seppur ammettendone il parziale scostamento: tra le più recenti, Cass, 15 giugno 2020, n. 11530, *DJ*, e, tra le più significative, Cass. 5 giugno 2013, n. 14206, *DJ*.

⁽¹³¹⁾ Queste problematiche di carattere pratico derivanti dall'applicazione delle regole europee in materia di inversione degli oneri della prova a casi di discriminazione algoritmica sono sottolineate anche da P. Hacker, *op. cit.*, 1167-1170.

fornita, sia prima che dopo il trattamento, una spiegazione generale relativa al funzionamento del sistema e alle conseguenze del trattamento⁽¹³²⁾.

In ogni caso, queste disposizioni del GDPR non sembrano, di per sé sole, sufficienti per mettere la ricorrente nella condizione di fornire una prova che, sebbene semipiena, sia tale da far scattare il meccanismo di inversione parziale dell'onere. Per far ciò, la candidata dovrebbe infatti ottenere informazioni davvero dettagliate sugli altri candidati e sui criteri utilizzati dall'algoritmo per operare, in astratto ma soprattutto in concreto, la selezione. Peraltro, il potenziale datore di lavoro potrebbe limitare i dati forniti alla candidata opponendo il segreto industriale o i costi troppo alti per ottenere, tramite pratiche di *reverse engineering*, tutte le informazioni ad essa necessarie. In assenza di un diritto a ottenere una spiegazione delle ragioni sottese a specifiche decisioni assunte mediante algoritmi, i diritti di informazione e accesso sembrano al più consentire alla candidata di avere, prima del giudizio, dati utili solo ad alleviare, ma non ad annullare, la propria situazione di asimmetria informativa. In altre parole, queste informazioni non sarebbero probabilmente sufficienti per far scattare il meccanismo di inversione dell'onere della prova che, se attivato, avrebbe spostato il rischio di soccombenza sulla parte resistente, a effettivo vantaggio della candidata discriminata⁽¹³³⁾.

Insomma, riallargando il campo, in generale, ai giudizi in cui sia necessario accertare una discriminazione, il combinato disposto della parziale inversione degli oneri della prova e dei diritti di informazione e accesso del GDPR sembra, nella maggior parte dei casi, ridurre solo in astratto il rischio per un lavoratore di subire le conseguenze negative dell'opacità decisionale algoritmica. Nonostante sia stato effettivamente vittima di discriminazioni e sempre ammesso che se ne sia reso conto e abbia impugnato, il lavoratore, molto probabilmente, soccomberebbe quindi in giudizio, salvo che il giudice decida di esercitare i propri poteri istruttori per far emergere nel processo la verità materiale che si cela dietro l'algoritmo, seguendo eventuali «piste probatorie» aperte dai ricorrenti grazie all'esercizio, preventivo e stragiudiziale, dei diritti loro garantiti dal GDPR: ipotesi che si esaminerà nel paragrafo seguente, con riguardo a una azione in cui l'onere di provare i fatti costitutivi della domanda, in assenza di deroghe legali, ricade interamente sul lavoratore ricorrente.

⁽¹³²⁾ Sottolineano la potenziale utilità di queste informazioni anche P. Hacker, *op. cit.*, 1173 s. e M. Kullmann, *op. cit.*, 12.

⁽¹³³⁾ Nello stesso senso, v. già P. Hacker, *op. cit.*, 1173 s. e M. Kullmann, *op. cit.*, 13.

3.3. Gli oneri della prova nelle azioni fondate sull'accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro

Flex è il programma implementato da Amazon per svolgere l'attività di consegna pacchi in giro per gli Stati Uniti. La multinazionale del *tech* ingaggia corrieri, qualificati come lavoratori autonomi, che, una volta incaricati di una singola consegna, prelevano il prodotto in un centro di smistamento per poi recapitarlo al cliente. Le istruzioni sono fornite dall'*app* Flex installata su uno *smartphone* di proprietà del lavoratore. Nessuna auto aziendale, nessuna uniforme, nessun altro strumento viene fornito da Amazon per svolgere questa attività. Il lavoratore, se disponibile a svolgere l'attività, si connette su Flex e, se e quando l'*app* decide di assegnargli un incarico di consegna, si reca al centro di smistamento con la propria auto, preleva il prodotto, segue il percorso suggerito dal sistema, raggiunge la destinazione e recapita il pacco al cliente. Per assicurare la continuità del servizio quando non vi sono sufficienti lavoratori per evadere tutti gli ordini, l'*app* alza il corrispettivo spettante ai corrieri per le consegne. Per assicurarne la qualità, Amazon, invece, raccoglie le valutazioni dei clienti e misura, tracciando i corrieri metro per metro, tempi e percorsi seguiti nella consegna. Chi ottiene valutazioni negative, commette errori o eccede i tempi previsti di consegna ottiene, nel migliore dei casi, meno incarichi e, nel peggiore, la disattivazione dell'*account* dell'*app* Flex. Il risultato è che il corriere viene dunque privato della propria libertà di decidere se e quando lavorare: parafrasando le inserzioni pubblicitarie della stessa Amazon Flex, il lavoratore perde la «grande opportunità di essere il capo di sé stesso», vittima di un inflessibile *manager* digitale⁽¹³⁴⁾.

Siamo nel campo del lavoro tramite piattaforma, regno dell'*algorithmic management*. Si è già discusso molto, a livello sostanziale, del problema qualificatorio, che ha riguardato, nel contenzioso italiano, una categoria diversa di lavoratori, cioè quella dei c.d. “riders”⁽¹³⁵⁾. In questa sede, però, sembra

⁽¹³⁴⁾ B. Menegus, *Amazon's Last Mile*, *Gizmodo*, 16 novembre 2017, <https://gizmodo.com/amazons-last-mile-1820451224>.

⁽¹³⁵⁾ Trib. Torino 11 aprile 2018, *DJ*; Trib. Milano 4 luglio 2018, *DJ*; App. Torino 11 gennaio 2019, *DJ*; Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, *DJ*. L'ultima decisione non ha però affrontato, nello specifico, la questione della subordinazione, perché il capo della sentenza di appello che confermava il rigetto della domanda del lavoratore non è stato oggetto di impugnazione. Come noto, la recentissima sentenza Trib. Palermo 20 novembre 2020, *Quotidiano del lavoro*, 24 novembre 2020, con nota di N. Amadore, *Tribunale di Palermo: rider lavoratore subordinato*, ha invece dichiarato la natura subordinata del rapporto di lavoro dei c.d. “riders”.

opportuno focalizzare l'attenzione sulla dimensione processuale del problema. Più nello specifico, si tenterà di capire se esistano regole idonee ad agevolare l'emersione in giudizio di alcuni elementi caratterizzanti la prestazione dei lavoratori della *gig economy*, che siano eventualmente rimasti celati, in tutto o in parte, dietro l'opacità algoritmica.

Per svolgere questo esercizio, si assumerà, come in parte verificatosi nelle vicende oggetto di una recentissima pronuncia⁽¹³⁶⁾, che il committente abbia fornito al lavoratore autonomo ricorrente, in adempimento ai doveri informativi e di accesso previsti dagli artt. 13, 14 e 15 del GDPR, informazioni sufficienti a comprendere la logica generale di assegnazione degli incarichi e di monitoraggio della consegna, ma sia rimasto silente sulla eventuale esistenza di programmi di valutazione della prestazione e di meccanismi utili a sanzionare il lavoratore in caso di inadempimenti, sia in termini di minore probabilità di ottenere nuovi incarichi che di possibile disattivazione dell'*account*⁽¹³⁷⁾.

Tuttavia, si assumerà, ai fini di questa simulazione, che il ricorrente condivida con i propri colleghi, sulla base di specifici episodi da loro vissuti, un

⁽¹³⁶⁾ Da quanto emerge dai fatti riportati nella prima parte di Trib. Palermo 20 novembre 2020, *cit.*, il lavoratore ha infatti esercitato, in ben due occasioni, il proprio diritto di accesso ai sensi 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 (cfr. 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» (cfr. cap. prova 66 riportato in sentenza). Il lavoratore ricorrente ha poi «proposto reclamo innanzi all'Autorità Garante per il Trattamento dei dati personali», come previsto dall'art. 77, GDPR, su cui v. il Garante per la protezione dei dati personali, cfr. <https://www.garanteprivacy.it/home/diritti/come-agire-per-tutelare-i-tuoi-dati-personali>. Ragionevolmente, l'Autorità non si è poi pronunciata sul reclamo in tempi utili a rendere le informazioni oggetto della richiesta disponibili nel processo: ciò, probabilmente, perché il lavoratore non ha potuto attendere la decisione, avendo dovuto impugnare il licenziamento entro i termini di decadenza di cui all'art. 6. l. n. 604/1966.

⁽¹³⁷⁾ Come in parte accaduto nelle vicende oggetto di Trib. Palermo 20 novembre 2020, *cit.*, su cui si rimanda alla nota che precede. Peraltro, si segnalano, oltre a quello palermitano, almeno altri due contenziosi attualmente pendenti nei quali giudici nazionali ed europei dovranno pronunciarsi su questioni analoghe dal punto di vista fattuale in relazione a strumenti di *algorithmic management*: R. Ciccarelli, *Frank, l'algoritmo anti-sciopero. La Cgil porta in tribunale Deliveroo*, *ilManifesto*, 18 dicembre 2019, <https://ilmanifesto.it/frank-lalgoritmo-anti-sciopero-la-cgil-porta-in-tribunale-deliveroo/> e P. Sawers, *Uber drivers union asks EU court to overrule 'robo-firing' by algorithm*, *VentureBeat*, 26 ottobre 2020, disponibile a <https://venturebeat.com/2020/10/26/uber-drivers-union-asks-eu-court-to-overrule-robo-firing-by-algorithm/>.

particolare “sentore”: cioè che questi sistemi esistano, ma siano nascosti da un algoritmo opaco che, in realtà, dirige la loro prestazione come se fossero dipendenti. La prova dell’esistenza di meccanismi di valutazione e sanzionatori, operativi a valle di un pervasivo controllo della prestazione, potrebbe infatti essere utile a dimostrare il valore cogente, per il ricorrente, delle indicazioni a lui fornite dalla piattaforma. Per questa ragione, il legale del lavoratore ha esplicitamente affermato questi fatti nel ricorso, formulando, ai sensi dell’art. 244 c.p.c., appositi capitoli di prova che, in assenza di prove precostituite, restano però alquanto generici. In altre parole, prima del processo, i fatti allegati costituiscono mere ipotesi, eventualmente da confermare sulla base delle dichiarazioni dei colleghi del ricorrente, inseriti nella lista dei testimoni da interrogare sui suddetti fatti.

Come ormai consuetudine, l’analisi partirà dalla ripartizione degli oneri della prova tra le parti. Come anticipato, i fatti costitutivi della subordinazione dovranno tutti essere allegati e dimostrati dal ricorrente *ex art. 2697 c.c.*, in assenza di meccanismi legali di modificazione degli oneri della prova. Il contenuto degli stessi dipende dagli esiti del complesso dibattito relativo alla nozione di subordinazione. In ogni caso, ripercorrerlo e giungere, nel merito, a una conclusione, esula dalle possibilità di questo contributo⁽¹³⁸⁾. Pertanto, si assumerà, in questa sede, che le già menzionate circostanze fattuali allegate dal ricorrente, se dimostrate, possano essere decisive ai fini dell’accoglimento di una domanda di accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro del ricorrente⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁸⁾ Scelta condivisa anche da chi si è già occupato del tema dall’angolo visuale degli oneri della prova, v. A. Vallebona, *L’inversione dell’onere* cit., 823-825.

⁽¹³⁹⁾ Dando seguito a una tesi già sostenuta in dottrina. Come noto, le prime pronunce di merito sulla questione, citate nella prima parte della nt. 135, hanno escluso la natura subordinata del rapporto di lavoro dei *riders* sul presupposto che la loro libertà di decidere se e quando lavorare sia un elemento incompatibile con la fattispecie del lavoro subordinato. Come sottolineato da M. Novella, *Il rider non è un lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, *LLI*, 2019, 5, 1, 90 «se si ritiene fondato tale assunto, l’unica strada disponibile per evitare l’esclusione della qualificazione in termini di lavoro subordinato sarebbe quella di dimostrare che la libertà di lavoro del cicofattorino tale non è, in ragione di eventuali misure sanzionatorie previste quale conseguenza del rifiuto dello stesso di svolgere la prestazione. Così sarebbe ad esempio nel caso di previsione della disconnessione del *rider* dalla piattaforma a fini punitivi, o di perdita di priorità nell’assegnazione dei turni o, in generale, di meccanismi di penalizzazione» su cui v. già in senso sostanzialmente analogo P. Tullini, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora*, *LDE*, 2018, 1, 7. Nelle more della revisione di questo articolo, la pronuncia resa da Trib. Palermo 20 novembre 2020, *cit.*, ha di fatto accolto questo orientamento giurisprudenziale, statuendo che «la libertà del *rider* [...] di scegliere se e quando lavorare, su cui si fonda la natura autonoma della prestazione [...] non è reale, ma solo apparente e fittizia, poiché, a tutto concedere, il lavoratore può

Il primo quesito da porsi è se sia tecnicamente ipotizzabile una inversione di questo onere da parte del giudice, che lo ribalti in capo alla parte più prossima alla fonte della prova e per cui la dimostrazione del fatto sarebbe più semplice: cioè, nel caso di specie, il committente⁽¹⁴⁰⁾.

La risposta positiva a questa domanda presterebbe però il fianco a plurime critiche, perché lo scopo di accertamento della verità verrebbe perseguito attraverso uno strumento che, dati positivi alla mano, si rivelerebbe «errato ed eccessivo»⁽¹⁴¹⁾.

Innanzitutto, se fossero davvero ammesse eccezioni giurisprudenziali alla regola dell'onere della prova, non si spiegherebbero i numerosi casi in cui il legislatore, sulla base di precise scelte di politica del diritto, abbia deciso di modificare espressamente la ripartizione dei carichi probatori tra le parti derivante dall'applicazione dell'art. 2697 c.c.⁽¹⁴²⁾. Per ragioni analoghe, sarebbe ancor meno comprensibile la ragione per cui lo stesso legislatore abbia deciso, nel processo amministrativo, di riconoscere espressamente la vicinanza alla prova non solo come criterio guida all'esercizio dei poteri istruttori concessi al

scegliere di prenotarsi per i turni che la piattaforma (e quindi il datore di lavoro che ne è titolare o ne ha il controllo) mette a sua disposizione in ragione del suo punteggio [...] con la conseguenza che, in verità, non è lui che sceglie quando lavorare o meno, poiché le consegne vengono assegnate dalla piattaforma tramite l'algoritmo, sulla scorta di criteri del tutto estranei alle preferenze e allo stesso generale interesse dal lavoratore» e, soprattutto, statuendo che la circostanza che il punteggio assegnato al lavoratore «subisce riduzioni in ragione di condotte fra cui annoverare la “libera scelta” del lavoratore di rifiutare un turno prenotato (tanto più se in ritardo rispetto al termine di tre ore prima del suo inizio in cui il rifiuto può essere effettuato sull'app) [...] porta, altresì, a ritenere che il rider [...] sia in realtà sottoposto al potere disciplinare del datore di lavoro, oltre che al suo potere organizzativo e direttivo in relazione alla cennata serie ordinata di attività che egli è tenuto a svolgere sulla piattaforma per riuscire a svolgere l'attività lavorativa». Peraltro, le circostanze in oggetto, nel caso dei *rider*, potrebbero essere utili, anche in caso di rigetto della domanda di subordinazione, a comprendere se sussista una violazione, eventualmente lamentata con una domanda formulata in via subordinata, dell'art. 47-*quinquies*, d.lgs. n. 81/2015, secondo cui «l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione sono vietate».

⁽¹⁴⁰⁾ Per una proposta di inversione equitativa giudiziale degli oneri della prova in base alle possibilità di prova della parte, B. Caruso, *op. cit.*, 203 ss., su cui le critiche di A. Vallebona, *Disciplina dell'onere cit.*, 791.

⁽¹⁴¹⁾ M. Taruffo, *La semplice cit.*, 235. Non ritiene tali obiezioni decisive C. Besso, *op. cit.*, 1398, secondo cui questo principio potrebbe essere reso operativo già de iure condito, a condizione che la «questione della disponibilità venga sottoposta al contraddittorio delle parti, così che queste, e in particolare quella onerata, possano collaborare all'istruttoria avendo chiare le conseguenze in punto rischio del mancato convincimento del giudice».

⁽¹⁴²⁾ M. Taruffo, *La semplice...cit.*, 233-234 e A. Vallebona, *L'onere probatorio...cit.*, 451-452. In senso analogo, v. più recentemente F. De Michiel, *op. cit.*, 196-197.

giudice amministrativo⁽¹⁴³⁾, ma anche come potenziale deroga giudiziale all'art. 2697 c.c.⁽¹⁴⁴⁾, così fornendo la necessaria copertura positiva a possibili inversioni dell'onere della prova che, in altri settori dell'ordinamento, sarebbero quindi difficilmente giustificabili. Infine, occorre sempre considerare che queste modificazioni giurisprudenziali potrebbero comportare una lesione del principio del contraddittorio. Ciò perché esse vengono normalmente disposte dal giudice solo a posteriori, cioè in sede di decisione della controversia, con evidente impossibilità per le parti, prima e durante il processo, di prevedere i criteri che il giudicante adotterà come regola di giudizio, così da permettere loro di predisporre adeguatamente le proprie strategie processuali e probatorie nell'esercizio del diritto di difesa⁽¹⁴⁵⁾.

Fermi questi dubbi generali sulla legittimità di manipolazioni giurisprudenziali degli oneri della prova, va aggiunto che, nel processo del lavoro, esiste già uno strumento alternativo, riconosciuto positivamente, utile a ribilanciare nel processo un eventuale squilibrio delle parti nell'accesso alla prova, situazione spesso ricorrente nel contenzioso giuslavoristico⁽¹⁴⁶⁾: il

⁽¹⁴³⁾ L'art. 64, co. 3, d.lgs. n. 104/2010 prevede che «il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione». Anche se non specificamente riferiti al criterio di vicinanza, altri poteri istruttori sono attribuiti al giudice amministrativo dall'art. 63, d.lgs. n. 104/2010.

⁽¹⁴⁴⁾ L'art. 64, co. 1, d.lgs. n. 104/2010 prevede infatti, in potenziale deroga all'art. 2697 c.c., che «spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni». Tuttavia, anche chi mostra rilevanti aperture alla operatività del criterio della vicinanza della prova come regola di giudizio anche nel processo civile, ritiene «legittimo chiedersi se l'onere imposto dal comma 1° dell'art. 64 sia regola solo probatoria o che invece svolga pure il ruolo di distribuire il rischio della mancata prova» v. C. Besso, *op. cit.*, 1392-1394. Del resto, le analisi degli amministrativisti, cfr. F. Saitta, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, RTDPC, 2017, 3, 919 ss., non dicono chiaramente se la novella del 2010 abbia confermato la semplice esistenza di un principio dispositivo con metodo acquisitivo, ove il giudice ha semplicemente il potere istruttorio di acquisire informazioni e documenti che siano nella disponibilità dell'amministrazione, oppure abbia davvero innovato il sistema, introducendo una vera e propria regola di giudizio basata sulla vicinanza alla fonte di prova, idonea a determinare la soccombenza dell'amministrazione quando essa non adempia l'onere di allegare le prove che siano nella sua disponibilità. Queste ambiguità emergono anche leggendo le pronunce della giurisprudenza amministrativa: più nella prima accezione, v. Cons. Stato 4 aprile 2017, n. 1542, *DJ*, e, più nella seconda, v. T.A.R. Napoli 22 aprile 2020, n. 1487, *DJ*, che, peraltro solo in *obiter dictum*, ammette la possibilità di procedere a una inversione dell'onere della prova giustificata dal ricorso al criterio di vicinanza, ma comunque la subordina alla deduzione di un principio di prova da parte del ricorrente.

⁽¹⁴⁵⁾ M. Taruffo, *La semplice cit.*, 235-237.

⁽¹⁴⁶⁾ Situazione che, peraltro, è stata considerata come giuridicamente rilevante, seppur ai diversi fini della possibile compensazione delle spese processuali, anche dalla stessa C. cost. 19 aprile 2018, n. 77, *DJ*, secondo cui la circostanza «che il lavoratore, per la tutela di

riferimento è ai poteri istruttori attribuiti al giudice dall'art. 421 c.p.c. Questa soluzione, a differenza della precedente⁽¹⁴⁷⁾, non sconta nemmeno il rischio di condannare alla soccombenza una parte per non esser riuscita a dimostrare circostanze che, nella realtà materiale, potrebbero poi anche rivelarsi false⁽¹⁴⁸⁾. Come precisato dalla Corte Costituzionale, infatti, qualsiasi eccezione giurisprudenziale alla regola di giudizio prevista dall'art. 2697 c.c. non può, nel processo del lavoro, essere «giustificata dalla difficoltà in cui verrebbe a trovarsi il lavoratore nel fornire la prova di fatti estranei alle sue conoscenze, tanto più perché il novellato art. 421 c.p.c. munisce il giudice del lavoro [...] di ampi poteri istruttori»⁽¹⁴⁹⁾.

Pertanto, prima di optare per un comunque discutibile ricorso a inversioni giurisprudenziali, sembra utile chiedersi come il lavoratore, eventualmente mediante l'ausilio del giudice che decida di esercitare i propri poteri istruttori, possa dimostrare un fatto estraneo alle sue conoscenze, comunque da lui allegato, che sia decisivo ai fini della dimostrazione della subordinazione⁽¹⁵⁰⁾.

Il primo strumento utile è l'assunzione della prova testimoniale. Nel caso di specie, il giudice dovrebbe dunque ammettere quella dedotta dal ricorrente, sentendo i colleghi da egli espressamente indicati nel ricorso. Essi potrebbero infatti confermare il “sentore” che l'algoritmo valuti e sanzioni i lavoratori, anche citando episodi specifici che li hanno riguardati, i quali potrebbero essere utili a inferire la logica sottesa al funzionamento dell'algoritmo⁽¹⁵¹⁾.

suoi diritti, debba talora promuovere un giudizio senza poter conoscere elementi di fatto, rilevanti e decisivi, che sono nella disponibilità del solo datore di lavoro (cosiddetto contenzioso a controprova), costituisce elemento valutabile dal giudice della controversia al fine di riscontrare, o no, una situazione di assoluta incertezza in ordine a questioni di fatto in ipotesi riconducibili alle “gravi ed eccezionali ragioni” che consentono al giudice la compensazione delle spese di lite».

⁽¹⁴⁷⁾ M. Taruffo, *La semplice* cit., 169.

⁽¹⁴⁸⁾ M. Taruffo, *La semplice* cit., 178-179.

⁽¹⁴⁹⁾ C. cost. 29 giugno 1983, n. 192, dichiarando infondata una questione di pretesa incostituzionalità delle disposizioni che allocavano l'onere della prova della violazione del divieto di interposizione in capo al lavoratore.

⁽¹⁵⁰⁾ Almeno nel caso di specie, le informazioni generali e incomplete fornite dal committente al lavoratore che ha esercitato i diritti previsti dagli artt. 13, 14 e 15, GDPR difficilmente potrebbero costituire quella «pista probatoria» che, secondo l'orientamento giurisprudenziale più restrittivo oggi maggioritario, sarebbe requisito necessario per sollecitare l'esercizio dei poteri istruttori del giudice del lavoro, cfr. par. 3.

⁽¹⁵¹⁾ Come in parte accaduto nell'istruttoria testimoniale condotta in Trib. Torino 11 aprile 2018, *cit.*, e Trib. Milano 4 luglio 2018, *cit.*, che hanno però escluso la

Queste dichiarazioni, comunque, non costituirebbero prova diretta, ma al più indizi, dei fatti principali allegati dal lavoratore in sede di ricorso, che resterebbero dunque nascosti dietro l'opacità algoritmica⁽¹⁵²⁾. In ogni caso, essi potrebbero costituire un primo significativo dato di indagine, utile a stimolare il giudice del lavoro a esercitare il suo potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori necessari ad accertare la verità materiale.

Una possibile soluzione potrebbe essere quella di 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. Nel caso del lavoro tramite piattaforma, ad esempio, potrebbero essere chiamati a deporre i dipendenti del committente che gestiscono la flotta dei corrieri. I nominativi di questi soggetti potrebbero però essere sconosciuti ai potenziali ricorrenti, che potrebbero non riuscire a fornire, a norma dell'art. 244 c.p.c., «indicazione specifica delle persone da interrogare» sui fatti capitolati.

Questo problema sembra comunque superabile, perché le formalità indicate possono essere derogate da parte del giudice del lavoro⁽¹⁵³⁾. Pertanto, soprattutto quando il ricorrente abbia formulato apposita istanza fornendo elementi utili a determinare l'identità delle specifiche persone da interrogare, il giudice potrebbe, dapprima, acquisire la conoscenza delle generalità dei dipendenti del committente che conoscano il funzionamento dell'algoritmo in sede di interrogatorio libero della parte resistente ai sensi dell'art. 420 c.p.c., per poi ordinarne la comparizione esercitando i propri poteri istruttori a norma dell'art. 421 c.p.c.⁽¹⁵⁴⁾. Parimenti, il giudice potrebbe chiamare a

subordinazione ritenendo non dimostrato, in assenza di altri elementi di prova, l'esercizio di un effettivo potere disciplinare, su cui criticamente P. Tullini, *op. ult. cit.*, 7.

⁽¹⁵²⁾ Si badi che, in alcune situazioni, il fatto rilevante ai fini dell'accoglimento della domanda del lavoratore potrebbe essere dimostrato direttamente per mezzo della sola prova testimoniale, quando gli effetti derivanti da uno strumento di *algorithmic management* siano immediatamente percepibili da parte della forza lavoro: v. Trib. Padova 16 luglio 2019, *DeJure*.

⁽¹⁵³⁾ Orientamento consolidato a seguito di Cass., Sez. Un., 13 gennaio 1997, n. 262, secondo cui l'omissione delle generalità dei testimoni non determina decadenza dell'istanza istruttoria, ma mera irregolarità sanabile mediante l'esercizio dei poteri istruttori da parte del giudice del lavoro che assegni un termine alla parte istante per porvi rimedio. Si tenga in considerazione come, nella posizione sostenuta nel testo, sarebbe il giudice, e non la parte, a doversi fare parte attiva per porre rimedio alla mancata indicazione specifica della generalità dei testimoni, ma solo a condizione che esse non fossero agilmente conoscibili, prima del processo, da parte del lavoratore.

⁽¹⁵⁴⁾ Per espressa previsione dell'art. 262 c.p.c., questi soggetti potranno anche essere sentiti come testimoni anche nel corso di una ispezione o di un esperimento giudiziale, su cui v. *infra*: non trattandosi di una prova testimoniale, «non si applicano le norme relative

testimoniare quelle persone i cui nomi e cognomi emergano dagli atti del processo o dalle dichiarazioni di parti e altri testimoni, quando ritenga che esse possano essere informate su fatti rilevanti⁽¹⁵⁵⁾. La questione potrebbe quindi essere approfondita dallo stesso giudice, come già di norma accade nella prassi giudiziaria, mediante le domande a chiarimento *ex art. 253 c.p.c.*, che spesso finiscono per allargare l'oggetto del processo, oltre il contenuto dei capitoli di prova, a fatti secondari anche non allegati dalle parti e appartenenti alla realtà extraprocessuale, in deroga parziale a quanto affermato in via di principio dalla giurisprudenza in materia di rapporti tra poteri istruttori e onere di allegazione⁽¹⁵⁶⁾. In questo modo, il giudice riuscirebbe, in linea con la finalità di ricerca della verità materiale sottesa al rito del lavoro, ad assumere la testimonianza degli unici soggetti in possesso di conoscenze utili a confermare o, potenzialmente, anche scoprire⁽¹⁵⁷⁾ fatti che, altrimenti, resterebbero inesorabilmente coperti da segreti legali⁽¹⁵⁸⁾ o tecnici⁽¹⁵⁹⁾.

all'ammissione e all'assunzione di questa prova», C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, II, Giappichelli, 2009, 292, così da aggirare i problemi relativi alla deroga all'art. 244 c.p.c. evidenziati nel testo.

⁽¹⁵⁵⁾ R. Del Punta, *Onere della prova e potere istruttorio del giudice: l'instabile equilibrio fra principio dispositivo e principio inquisitorio*, in *Problemi attuali sul processo del lavoro*, Giuffrè, 2006, 192.

⁽¹⁵⁶⁾ Per una descrizione, in parte critica, di questa prassi, v. R. Del Punta, *op. cit.*, 187. Pur dando conto dell'esistenza di questo *modus operandi*, adottato con una certa frequenza proprio nelle controversie di accertamento della natura subordinata del rapporto, C. Pisani, *op. cit.*, 22-23, lo ritiene scorretto alla luce delle regole in materia di onere di allegazione. Dalla lettura degli stralci di testimonianza riportati in Trib. Torino 11 aprile 2018, *cit.*, e Trib. Milano 4 luglio 2018, *cit.*, sembra che, anche in questi due casi, i giudici abbiano escusso i testimoni in modo da verbalizzare dichiarazioni che, stante il loro oggetto, sembrano andare anche oltre le possibili circostanze capitolate dalle parti.

⁽¹⁵⁷⁾ Si pensi al caso in cui il lavoratore ricorrente non alleghi nemmeno, perché a lui totalmente oscura, l'esistenza di programmi di valutazione della prestazione e di meccanismi utili a sanzionare il lavoratore in caso di inadempimenti: in questi casi, mediante l'escussione testimoniale oltre il contenuto dei capitoli di prova, il giudice potrebbe accertare la verità, con atti di genuina istruzione primaria, non solo con riguardo a situazioni di «incertezza», ma anche in quelle di «ignoranza», su cui v. P. Comoglio, *op. cit.*, 135-136.

⁽¹⁵⁸⁾ La testimonianza di questi soggetti non costituirebbe infatti violazione né 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: tra le tante, Cass. 13 luglio 2016, n. 14305, *DeJure*. Peraltro, nulla esclude, ove parte resistente alleghi specifiche esigenze di riservatezza, che il giudice 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

Esiste, peraltro, una soluzione, alternativa a quella della prova testimoniale, che sarebbe più efficace di quest'ultima per avere cognizione effettiva delle decisioni assunte dall'algoritmo. Il riferimento è, in particolare, alla consulenza tecnica⁽¹⁶⁰⁾ che, anche in un recente contenzioso, in cui si è poi comunque accertata la natura subordinata del rapporto del lavoratore soggetto ad *algorithmic management* sulla base delle prove acquisite, avrebbe potuto costituire uno strumento utile a comprendere e dimostrare le modalità di funzionamento della piattaforma, che sono invece rimaste ignote nel processo in relazione a gran parte delle sue funzionalità⁽¹⁶¹⁾.

Sebbene, nella sua versione classica c.d. "deducente", la consulenza tecnica costituisca un atto processuale di ausilio all'attività del giudice nella valutazione di fatti e prove già acquisite al processo, la giurisprudenza e poi la dottrina hanno, già da tempo, riconosciuto come essa, nella versione c.d. "percipiente", possa costituire una vera e propria fonte di prova di circostanze rilevanti per la decisione della controversia, quando sia necessario un accertamento diretto di fatti di natura tecnica che non possano essere altrimenti provati dalla parte onerata ai sensi dell'art. 2697 c.c.⁽¹⁶²⁾. In questi

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 - M. Franzosi, *Diritto industriale italiano*, II, 2013, 1414.

⁽¹⁵⁹⁾ Peraltro, occorre sottolineare che, in certi casi, la tecnologia possa essere utilizzata dagli imprenditori alla stregua di un simulacro dietro cui nascondere una gestione molto umana della forza lavoro, mediante esercizio un chiaro esercizio di poteri datoriali contrari non solo alla disciplina giuslavoristica, ma anche a quella penale: v. atti procedimento UberEats per caporalato, Trib. Milano, Sezione autonoma misure di prevenzione, 27 maggio 2020, decreto n. 9/2020. In casi analoghi, dunque, un più coraggioso esercizio dei poteri istruttori da parte dei giudici del lavoro potrebbe essere dunque funzionale a rendere trasparenti modalità di gestione della forza lavoro tutt'altro che innovative.

⁽¹⁶⁰⁾ Per un esempio di consulenza tecnica volta a ricostruire le funzionalità di due algoritmi, seppur in una controversia di concorrenza sleale, Trib. Milano 1° agosto 2016, *DeJure*, e App. Milano 16 aprile 2018, *DeJure*.

⁽¹⁶¹⁾ In Trib. Palermo 20 novembre 2020, *cit.*, il Giudice ha infatti affermato che «le modalità di funzionamento della piattaforma [sono] rimaste ignote al ricorrente nel corso del rapporto e anche nella presente causa, in cui non sono stati prodotti gli algoritmi che ne regolano aspetti essenziali, quali lo sblocco degli slot e l'assegnazione degli ordini». Come si vedrà *infra*, la consulenza tecnica c.d. "percipiente", unitamente all'ispezione o all'esperimento giudiziale eventualmente affidati dal Giudice al consulente, avrebbe potuto costituire uno strumento idoneo a comprendere e dimostrare in giudizio le modalità di funzionamento della piattaforma, che sono state solo parzialmente ricostruite mediante presunzioni da parte del Giudice nel processo palermitano, che le ha comunque ritenute, seppur implicitamente, gravi precise e concordanti ai fini dell'accertamento della subordinazione.

⁽¹⁶²⁾ In generale, anche per i riferimenti, L.P. Comoglio, *Le prove...cit.*, 883-888.

casi, il giudice, su istanza di parte o anche officiosamente, può infatti «affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati, ma anche quello di accertare i fatti medesimi, ponendosi pertanto la consulenza, in relazione a tale aspetto, come fonte oggettiva di prova»⁽¹⁶³⁾. Questa affermazione necessita, in realtà, di una precisazione. Infatti, ad uno sguardo più attento, la fonte di prova non sarebbe tanto la consulenza in sé e per sé considerata, quanto l'ispezione⁽¹⁶⁴⁾ o l'esperimento giudiziale⁽¹⁶⁵⁾ che sono nella prassi affidati, più o meno esplicitamente, dal giudice al consulente, il quale avrà poi il compito di valutarne, dal punto di vista tecnico, le risultanze⁽¹⁶⁶⁾.

Non è difficile però accorgersi di come l'ammissibilità delle consulenze tecniche percipienti abbia di fatto derogato, già nel processo civile ordinario prima che in quello del lavoro, al tradizionale adagio secondo cui al giudice non sarebbero attribuiti poteri di istruzione primaria, cioè di ricerca di fatti, e poi eventualmente di prova degli stessi, nella realtà extraprocessuale⁽¹⁶⁷⁾. Insomma, questa tipologia di consulenza costituisce uno «strumento con il quale il giudice riesce a superare il diaframma tra gli atti di causa e la realtà materiale, che di regola egli può conoscere solo in virtù della mediazione delle parti»⁽¹⁶⁸⁾.

Pertanto, essa assume i connotati di un mezzo di ricerca di fatti e prove che, nel caso oggetto di analisi, potrebbe, e anzi dovrebbe, essere utilizzato dal giudice del lavoro per accertare la verità materiale che si cela dietro l'algoritmo: cioè, con specifico riguardo al caso oggetto di questa simulazione, l'esistenza di programmi di valutazione della prestazione e di meccanismi utili a sanzionare il lavoratore in caso di inadempimenti. Il consulente, sempre se tecnicamente fattibile e a seconda delle specificità dello strumento di *algorithmic management*

⁽¹⁶³⁾ Cass. 26 febbraio 2013, n. 4792, *DeJure*. Più recentemente, Cass. 8 febbraio 2019, n. 3717, *DeJure*.

⁽¹⁶⁴⁾ Cioè «lo strumento col quale si acquisisce l'efficacia probatoria di cose, luoghi o corpi di persone, ossia di oggetti che, non essendo acquisibili al processo come documenti, possono essere soltanto essere fatti materia di osservazione, sì da poter acquisire al processo il risultato di tale osservazione», C. Mandrioli, *op. cit.*, 289. Su possibilità e limiti del mezzo di prova, v. L.P. Comoglio, *Le prove cit.*, 818 e ss. e 886.

⁽¹⁶⁵⁾ Cioè lo strumento col quale il giudice, «anziché limitarsi ad osservare cose, luoghi, o persone, nella loro essenza statica, determini su quei luoghi, o con riferimento a quelle cose o persone, *la riproduzione dinamica di un determinato fatto*, allo scopo di accertare se quel fatto sia o possa essersi verificato in un determinato modo», C. Mandrioli, *op. cit.*, 292. Su possibilità e limiti del mezzo di prova, v. L.P. Comoglio, *Le prove cit.*, 837-838 e 886.

⁽¹⁶⁶⁾ L. Dittrich, *op. cit.*, 120-121 e P. Comoglio, *op. cit.*, 139-141.

⁽¹⁶⁷⁾ P. Comoglio, *op. cit.*, 139-142.

⁽¹⁶⁸⁾ L. Dittrich, *op. cit.*, 121-123. Ammette questa prassi anche nel rito del lavoro, pur considerandola in violazione delle regole in materia degli oneri della prova e di preclusioni, C. Pisani, *op. cit.*, 25 e 32.

usato nel caso concreto, avrebbe quindi il compito di procedere con una ispezione o con un esperimento giudiziale aventi ad oggetto l'algoritmo, per poi redigere una relazione tecnica che descriva i fatti accertati. In tal modo, il giudice potrebbe dunque osservare in modo trasparente le modalità di funzionamento dell'algoritmo, superando le opacità tecniche, ma anche legali⁽¹⁶⁹⁾, che, fino a quel momento, ne avevano impedito la piena cognizione. Ciò sarebbe dunque utile non solo a confermare i fatti specificamente allegati dalla parte, ma anche a scoprire eventualmente nuovi fatti secondari utili a dimostrare quelli primari introdotti nel processo dal lavoratore⁽¹⁷⁰⁾.

Esperita la consulenza percipiente, si potrebbero creare due diverse situazioni. Nella prima, il consulente potrebbe accertare, in concreto e con specifico riguardo alla posizione del ricorrente, che vi sia stato effettivo esercizio di poteri datoriali da parte del committente apparente, ottenendo dunque conferma diretta del fatto costitutivo della fattispecie oggetto del contendere, tramite, ad esempio, pratiche di *reverse engineering*. Nella seconda, potrebbe però essere impossibile, per lo stesso consulente, ottenere prova diretta di questo fatto, qualora non esistano strumenti tecnici utili a consentirlo. In questi casi, potrebbe però essere tecnicamente fattibile fornire al giudice prova di fatti secondari come, ad esempio, l'idoneità generale di un determinato algoritmo a eterodirigere un lavoratore, senza però ottenere la prova del fatto principale, cioè che il potere direttivo sia stato concretamente esercitato nei confronti del ricorrente. Analogamente, la tecnica potrebbe offrire strumenti idonei a fornire una spiegazione non diretta, ma solo controfattuale, del fatto principale. In queste due ultime ipotesi, il giudice potrà dunque accogliere la domanda del lavoratore, ma solo ove ritenga che i fatti secondari dimostrati mediante la consulenza percipiente, da soli o insieme ad altri già emersi nel processo⁽¹⁷¹⁾, costituiscano, ai sensi dell'art. 2729 c.c., una presunzione grave, precisa e concordante del fatto principale ignorato, che verrebbe quindi provato solo indirettamente⁽¹⁷²⁾.

Concludendo, nelle azioni fondate sull'accertamento della natura subordinata del rapporto, il rischio di subire le conseguenze negative dell'opacità di strumenti di *algorithmic management* ricade interamente sul lavoratore. Egli, pur essendo eterodiretto dal committente, potrebbe essere

⁽¹⁶⁹⁾ Su cui v. nt. 158.

⁽¹⁷⁰⁾ Finendo per compiere atti di vera e propria istruzione primaria: v. nt. 157.

⁽¹⁷¹⁾ Come, ad esempio, le testimonianze dei colleghi del ricorrente.

⁽¹⁷²⁾ In generale, v. M. Taruffo, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, RTDPC, 1992, 733 ss. e L.P. Comoglio, *Le prove cit.*, 656 ss.

infatti incapace di dimostrare i fatti costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c. Questa analisi ha comunque chiarito come l'esercizio dei poteri istruttori da parte del giudice del lavoro possa limitare, in concreto, l'operatività della regola di giudizio dell'onere della prova, favorendo dunque l'emersione della verità materiale dietro l'algoritmo e potenzialmente facilitando la dimostrazione dei fatti posti alla base della domanda di accertamento della subordinazione proposta dal lavoratore.

4. La trasparenza del decisore algoritmico tra funzione, rispettivamente antiepistemica ed epistemica, delle regole in materia di onere della prova e di quelle che attribuiscono poteri istruttori al giudice del lavoro

Questa analisi ha dimostrato come le regole che allocano l'onere della prova in capo al datore di lavoro e quelle che attribuiscono al giudice del lavoro ampi poteri istruttori siano funzionali a far emergere nel processo se e come una determinata decisione datoriale sia stata assunta mediante algoritmi. Pur costituendo entrambe un mezzo per il raggiungimento del medesimo scopo di aumentare la trasparenza del decisore algoritmico, esse operano però con due meccanismi opposti se valutati come mezzo per raggiungere il fine di accertare la verità nel processo.

Le regole in materia di onere della prova sono infatti «antiepistemiche»⁽¹⁷³⁾, perché ammettono che, quando un fatto resti indimostrato al termine dell'istruttoria, la decisione di una controversia venga potenzialmente «fondata su un enunciato falso»⁽¹⁷⁴⁾. In ogni caso, la parte onerata di provare un determinato fatto ha interesse a dimostrarlo in giudizio se non vuole soccombere. Pertanto, quelle regole che invertono la normale distribuzione degli oneri della prova, addossandoli in capo al datore di lavoro, hanno l'effetto di aumentare, seppur in modo implicito, la trasparenza decisionale dei decisori algoritmici. Consapevole del rischio di soccombenza in caso di incapacità di ricostruire la logica sottesa a una decisione concretamente assunta da uno strumento di *algorithmic management*, un datore di lavoro razionale non affiderà mai a un algoritmico indecifrabile il compito di dirigere i propri dipendenti. In altre parole, l'inversione degli oneri della prova costituisce un meccanismo legale utile a scoraggiare l'uso di algoritmi opachi, senza che sia peraltro necessario aprire le scatole nere, addossando in capo allo

⁽¹⁷³⁾ B. Cavallone, *op. cit.*, 19.

⁽¹⁷⁴⁾ M. Taruffo, *La semplice* cit., 133.

stesso soggetto che decide di utilizzare uno strumento di *algorithmic management* il rischio di inspiegabilità tecnica delle decisioni assunte dalle macchine.

Al contrario, le regole che attribuiscono al giudice del lavoro ampi poteri istruttori «corrispondono ad una necessità epistemica, trattandosi di strumenti finalizzati a conseguire lo scopo dell'accertamento della verità» nel processo⁽¹⁷⁵⁾. Pertanto, analogamente a quelle che addossano gli oneri della prova in capo al datore di lavoro, potrebbero avere l'effetto di aumentare la trasparenza decisionale degli strumenti di *algorithmic management*, non solo nel processo, ma anche fuori dallo stesso. Un datore di lavoro razionale, infatti, saprebbe di non potersi agilmente nascondere, in giudizio, dietro asimmetrie informative prodotte da opacità algoritmiche che impediscano ai lavoratori di conoscere o di provare fatti per loro ignoti o indimostrabili in ragione della loro lontananza dalla fonte di prova. Ciò perché il giudice potrebbe acquisire anche officiosamente le prove necessarie per dimostrare fatti fondanti la pretesa di un lavoratore che lamenti la lesione di un proprio diritto. In altre parole, i poteri istruttori del giudice del lavoro potrebbero costituire il grimaldello per aprire scatole nere algoritmiche altrimenti indecifrabili per i lavoratori: fatta eccezione, ovviamente, per quelle che restino tecnicamente impenetrabili a mente umana.

In ogni caso, occorre tenere in considerazione gli orientamenti abbastanza restrittivi della giurisprudenza, che potrebbero minare la capacità di questa regola di costituire un mezzo davvero efficace per aumentare la trasparenza dei decisori algoritmi. Come anticipato, infatti, la possibilità di esercizio di questi poteri è stata circoscritta alla sola istruzione secondaria, non essendo possibile per il giudice cercare fatti e prove nella realtà extraprocessuale. Peraltro, soprattutto negli ultimi anni, il loro utilizzo è stato ulteriormente limitato ai soli casi in cui esista già un principio di prova del fatto, cosicché essi non potrebbero essere utilizzati per colmare vere e proprie lacune probatorie delle parti. Così interpretati, i poteri istruttori del giudice del lavoro rischierebbero di costituire un'arma spuntata per aumentare la trasparenza degli strumenti di *algorithmic management*⁽¹⁷⁶⁾.

Queste limitazioni giurisprudenziali potrebbero però essere in parte ripensate. Infatti, l'avvento delle nuove tecnologie, unitamente ad alcune regole proprie del rito del lavoro, potrebbe essere funzionale a mettere in discussione gli argomenti tradizionalmente utilizzati per giustificare una più

⁽¹⁷⁵⁾ M. Taruffo, *La semplice* cit., 178-179.

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. par. 3.

estesa operatività della regola in materia di onere della prova a scapito del riconoscimento di più ampi poteri istruttori in capo al giudice.

Il primo di questi argomenti è di ordine pratico. Dato che «nessuno meglio delle parti conosce i fatti della controversia e i mezzi che possono darne la prova, conviene perciò servirsi di questa loro conoscenza e affidarsi allo stimolo del loro interesse, nella dialettica del contraddittorio»⁽¹⁷⁷⁾. Questo argomento è stato utilizzato anche nel diritto del lavoro a favore di letture rigoriste della normale ripartizione degli oneri della prova quando è il lavoratore a ricorrere, ad esempio, per l'accertamento della natura subordinata del rapporto, se si considera come egli «non incontra in questo tipo di controversie alcuna difficoltà nell'allegazione di fatti specifici che conosce benissimo per aver vissuto il rapporto»⁽¹⁷⁸⁾.

Dall'analisi condotta, è evidente come questa giustificazione possa risultare in parte anacronistica in un contesto in cui l'esercizio dei poteri datoriali mediante strumenti di *algorithmic management* allontana il lavoratore dalla fonte di prova di fatti che, in determinati casi, potrebbe persino far fatica a conoscere. Pertanto, non sembra poi così peregrino, da questo angolo prospettico, argomentare a favore di un potenziamento dei poteri istruttori del giudice del lavoro. Essi potrebbero quindi essere esercitati anche oltre i limiti sopra riportati, quando risulti dagli atti o dall'istruttoria che la mancata prova, o persino la mancata deduzione di alcuni fatti, «non sia imputabile, soggettivamente, a colpa o inerzia delle parti gravate dai corrispondenti oneri di prova, ma dipenda da ontologiche difficoltà di prova, cui le parti medesime (ad es., per una loro oggettiva difficoltà di accessi alle fonti di prova necessarie), non sarebbero state comunque in grado di ovviare con i soli strumenti a loro disposizione»⁽¹⁷⁹⁾.

Il secondo argomento utilizzato per attribuire alle parti una maggiore responsabilità della prova in giudizio fa riferimento alla necessità di assicurare imparzialità e indipendenza di giudizio del giudice, che potrebbe esser compromessa se fosse a lui permesso di assumere iniziative istruttorie, in ragione della «incompatibilità psicologica tra l'agire e il giudicare» e della «opportunità psicologica di non intorbidare la serenità del giudice col fornirlo

⁽¹⁷⁷⁾ E.T. Liebman, *op. ult. cit.*, 84 e *amplius* E.T. Liebman, *Storiografia giuridica manipolata*, RDP, 1974, 108.

⁽¹⁷⁸⁾ A. Vallebona, *L'inversione dell'onere* cit., 825.

⁽¹⁷⁹⁾ L.P. Comoglio, *I poteri* cit., 2006, 253.

di poteri di iniziativa più confacenti alla funzione della parte o del difensore»⁽¹⁸⁰⁾.

Queste preoccupazioni sembrano però eccessive. Innanzitutto, esse sembrano fondate su nozioni di terzietà e imparzialità «ingenua» che si fondano su un assunto indimostrato, secondo cui «chi cerca di raccogliere informazioni su un fatto perde immediatamente la capacità di valutare correttamente il contenuto e l'attendibilità delle informazioni che acquisisce»⁽¹⁸¹⁾. Soprattutto, anche dando questo assunto per postulato, il rimedio non potrebbe consistere nel vietare al giudice di «cercare elementi o informazioni ulteriori per stabilire razionalmente ciò che è vero e ciò che è falso»⁽¹⁸²⁾. Piuttosto, l'ordinamento dovrebbe sottoporre i poteri istruttori a «controlli adeguati»⁽¹⁸³⁾, in modo da evitare un esercizio arbitrario ed eventualmente partigiano degli stessi. Ma questo rischio sembra già esser stato sterilizzato da un sistema che, nella formazione della prova disposta officiosamente dal giudice, garantisce il contraddittorio tra le parti, non solo come principio, ma anche come specifica regola processuale da seguire una volta che il giudicante decida di esercitare i poteri istruttori. Il combinato disposto degli artt. 421, co. 2, e 420, co. 5, c.p.c. impone infatti una gestione dinamica dell'attività istruttoria, in cui il giudice dovrebbe, innanzitutto, assumere il mezzo di prova da lui disposto in una udienza successiva, per poi concedere alle parti, «ove ricorrano giusti motivi, un termine perentorio non superiore a cinque giorni prima dell'udienza di rinvio per il deposito in cancelleria di note difensive», proprio a garanzia del loro diritto di difesa da intendersi, soprattutto, come diritto alla controprova⁽¹⁸⁴⁾. Il cerchio peraltro si chiude considerando che è ormai principio consolidato quello secondo cui la decisione del giudice di adempiere al proprio potere-dovere di esercitare i poteri istruttori possa essere sottoposta al sindacato di legittimità non solo per

⁽¹⁸⁰⁾ Estratti dalla relazione al Re riportate da E.T. Liebman, *Manuale* cit., 84-85 e *amplius* E.T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, RDP, 1960, 551 ss. Più recentemente, nel senso di considerare terzietà e imparzialità come valori che giustificano la limitazione e cui vada commisurata la legittimità dei poteri istruttori del giudice del lavoro, L.P. Comoglio, *I poteri* cit., 254; R. Bolognesi, *op. cit.*, 4-5; F. De Michiel, *op. cit.*, 10-11.

⁽¹⁸¹⁾ M. Taruffo, *La semplice* cit., 175-176. Anche B. Cavallone, *op. cit.*, 16, generalmente critico nei confronti di Taruffo, ritiene condivisibili questi argomenti. Più diffusamente, P. Comoglio, *op. cit.*, 112-115 e 151-152.

⁽¹⁸²⁾ M. Taruffo, *La semplice* cit., 176.

⁽¹⁸³⁾ M. Taruffo, *La semplice* cit., 176.

⁽¹⁸⁴⁾ L.P. Comoglio, *I poteri* cit., 223-224 e analogamente M. Taruffo, *La prova* cit., 135.

vizio di motivazione, ma anche per violazione di legge, ai sensi dei nn. 5 e 3 dell'art. 360 c.p.c.⁽¹⁸⁵⁾.

Insomma, se fatti e prove si allontanano dalla parte onerata, ciò giustifica un esercizio più vigoroso dei poteri istruttori da parte del giudice del lavoro, in funzione solo riequilibratrice e mai partigiana⁽¹⁸⁶⁾. Il criterio della prossimità della prova, lungi dal poter legittimare inversioni giurisprudenziali che non sembrano ammesse in base al diritto positivo vigente, potrebbe quindi divenire guida e limite del giudice nel gradare, nel caso concreto, l'intensità di esercizio dei propri poteri istruttori per acquisire nuovi mezzi di prova e persino per introdurre nuovi fatti secondari nel processo, anche e soprattutto quando si siano già verificate decadenze e preclusioni⁽¹⁸⁷⁾.

Pertanto, qualora la parte si sia trovata nell'impossibilità materiale e incolpevole di provare un fatto comunque allegato, allora il giudice, nell'ambito dell'attività di istruzione secondaria, sarebbe legittimato a esercitare i propri poteri non solo a finalità meramente integrative di piste probatorie già esistenti, ma anche in funzione suppletiva, per colmare vere e proprie lacune probatorie⁽¹⁸⁸⁾. Peraltro, in questi casi di *extrema ratio* probatoria, individuati anche sulla base del criterio di prossimità alla prova, il giudice potrebbe esercitare questi poteri anche compiendo atti di vera e propria istruzione primaria, che lo portino a ricercare fatti e fonti di prova nella realtà extraprocessuale⁽¹⁸⁹⁾. Ciò sarebbe comunque ammissibile solo qualora sia limitato alla ricerca di fatti secondari⁽¹⁹⁰⁾ funzionali a dar prova indiretta di fatti principali che, in ossequio a un contenuto minimo inderogabile delle regole in

⁽¹⁸⁵⁾ Cass., Sez. Un., 17 giugno 2004, n. 11353, *cit.*

⁽¹⁸⁶⁾ A differenza delle proposte di inversione equitativa e a senso unico proposte da B. Caruso, *op. cit.*, 197, non giustificate sulla base di un criterio neutro come quello di vicinanza, ma sulla «tutela processuale del contraente effettivamente debole».

⁽¹⁸⁷⁾ L'utilizzo di un criterio neutro come quello di vicinanza, se non usato per giustificare inversioni giudiziali dell'onere della prova che prestano il fianco alle critiche dettagliate al par. 3, sembra peraltro utile a superare le obiezioni di A. Vallebona, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, ADL, 2001, 790, riconducendo a razionalità tendenze della prassi giurisprudenziale da lui considerate eversive e non giustificabili in base al diritto positivo.

⁽¹⁸⁸⁾ In termini ancora più generali, P. Comoglio, *op. cit.*, 132.

⁽¹⁸⁹⁾ P. Comoglio, *op. cit.*, 134-154, il quale conclude che l'attribuzione di poteri di istruzione primaria al giudice non sia incompatibile con l'attuale configurazione del processo civile, pur ammettendo l'esistenza di ostacoli di natura pratica, come quello dei costi: nella tesi qui proposta, il criterio di prossimità sembra comunque costituire un argine ad un aggravio di costi esagerato.

⁽¹⁹⁰⁾ M. Taruffo, *La prova* *cit.*, 128-130 e 138.

materia di preclusioni⁽¹⁹¹⁾, devono comunque essere sempre introdotti nel processo dalla parte interessata.

Del resto, questa conclusione è confermata non solo dall'ampio tenore letterale dell'art. 421 c.p.c., ma anche da argomenti di natura sistematica. Se anche nel rito ordinario la giurisprudenza ha ormai implicitamente dato il via libera, mediante la consulenza tecnica percipiente, a iniziative istruttorie ufficiose finalizzate alla ricerca di fatti secondari e prove, allora ciò dovrà essere ammesso, a più ampio spettro, anche in quello del lavoro, che, a differenza del primo, è ispirato alla finalità di ricerca della verità materiale. Nei casi di oggettiva difficoltà di prova e nel rispetto del criterio di vicinanza, potranno dunque essere considerate come legittime anche iniziative istruttorie potenzialmente illimitate nell'ambito dell'attività di istruzione secondaria e circoscritte, con riguardo a quella primaria, alla cognizione e alla prova di soli fatti secondari.

Peraltro, ciò sembra esser stato già ammesso, forse inconsapevolmente, da molti giudici del lavoro quando, ad esempio, procedono a escussioni testimoniali che si muovono oltre lo stretto ambito delle circostanze fattuali capitolate dalle parti. In altre parole, la ricostruzione qui proposta potrebbe rivelarsi finanche utile a razionalizzare, rendendole meno eversive e anzi legittimandole positivamente, tendenze applicative già ampiamente riscontrate nella prassi dello stesso processo del lavoro⁽¹⁹²⁾.

5. Un diritto del lavoro in salute dinanzi alle sfide lanciate dalla rivoluzione tecnologica in atto

Al termine di questa analisi, si può affermare come le regole che determinano una inversione degli oneri della prova in capo al datore di lavoro e quelle che attribuiscono al giudice del lavoro ampi poteri istruttori possano costituire, unitamente alla disciplina lavoristica sostanziale di riferimento e a quella *privacy*, anticorpi regolativi efficaci contro il rischio di indebite estensioni dei poteri datoriali derivanti da un più ampio ricorso a pratiche di *algorithmic management*.

Limitando il discorso alla fase di applicazione della conoscenza, è emerso come la disciplina giuslavoristica, a differenza di quella relativa al

⁽¹⁹¹⁾ Su cui, in generale, C. Pisani, *op. cit.*, e R. Bolognesi, *op. cit.*, 9, secondo cui il contenuto minimo di questi oneri è molto più esteso di quanto argomentato in questo contributo.

⁽¹⁹²⁾ Seppur criticandole, dà conto dell'esistenza di queste tendenze applicative, C. Pisani, *op. cit.*, 20-26.

trattamento dei dati personali contenuta nel GDPR, riconosca ai lavoratori plurimi diritti a ottenere la spiegazione e la giustificazione di una specifica decisione datoriale, anche quando essa sia stata demandata, in concreto, ad un algoritmo. In tutti questi casi, le regole in materia di oneri della prova a essi correlate, che attribuiscono al solo datore di lavoro il rischio di subire le conseguenze negative dell'opacità algoritmica, costituiscono un anticorpo estremamente efficace ad arginare eventuali abusi delle prerogative datoriali.

In ogni caso, l'idoneità della disciplina giuslavoristica a costituire uno strumento utile a prevenire indebite estensioni dei poteri datoriali decresce simmetricamente quando spetta al lavoratore dimostrare, in tutto o in parte, se determinate decisioni che lo hanno riguardato siano state demandate ad algoritmi e le ragioni per cui esse siano state assunte. Ciò avviene nel caso in cui gli oneri della prova siano stati solo parzialmente invertiti e, ancor di più, quando essi gravino *in toto* sul lavoratore ricorrente in applicazione della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c.

In questi ultimi casi, un ruolo rilevante può però essere giocato dall'esercizio, preventivo e stragiudiziale, dei diritti di informazione e accesso previsti dal GDPR. Essi sarebbero infatti utili a dare notizia al lavoratore dell'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. In altre parole, questi diritti sarebbero utili ad alleviare, ma non ad annullare, la situazione di accentuata asimmetria informativa in cui si verrebbero a trovare i lavoratori soggetti al potere di *managers* digitali. Ciò garantirebbe loro di poter acquisire conoscenze da utilizzare successivamente in giudizio, anche al fine di stimolare l'esercizio dei poteri istruttori da parte del giudice quando i lavoratori si trovino troppo lontani da fatti secondari e prove che potrebbero essere decisivi per l'accoglimento delle loro domande.

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. Perlomeno dalla prospettiva analitica adottata in questo saggio, nessun aggiornamento normativo, né tantomeno ripensamento della disciplina giuslavoristica nel suo complesso, sembra quindi davvero necessario. Piuttosto, sarebbe sufficiente una parziale rilettura in chiave evolutiva di regole già esistenti, paradossalmente da reinterpretare alla luce degli stessi scopi per cui erano state introdotte.

Bibliografia

- Adams-Prassl J., *What if Your Boss was an Algorithm?*, in *CLL&PJ*, 2019, 41, 1.
- Aloisi A. - De Stefano V., *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Laterza, 2020.
- Aloisi A. - Gramano E., *Artificial Intelligence is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context*, in *CLL&PJ*, 2019, 41, 1, 95.
- Amadore N., *Tribunale di Palermo: rider lavoratore subordinato*, *Quotidiano del lavoro*, 24 novembre 2020.
- Balletti E., *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in *Giornate di Studio AIDLASS*, Napoli, 16 e 17 giugno 2016.
- Barbieri M., *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in P. Tullini, *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017, 183.
- Belisario E., *Commento all'art. 15*, in G.M. Riccio - G. Scorza - E. Belisario, *GDPR e normativa privacy*, WoltersKluwer, 2018.
- Benvenuti F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, 1953.
- Besso C., *La vicinanza della prova*, in *RDP*, 2015.
- Biasi M., *La protezione della sfera personale del lavoratore al tempo dei social media: brevi riflessioni sull'attualità dell'art. 8 dello Statuto dei Lavoratori*, in *LG*, 2021, 1, in via di pubblicazione.
- Bolognesi R., *Il prudente esercizio dei poteri istruttori ufficiali da parte del giudice del lavoro*, in *Judicium*, 2014.
- Burrell J., *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016, 1.
- Cairo L. - Villa U., *I controlli a distanza a quattro anni dal Jobs Act*, in *LG*, 2019, 7.
- Caruso B., *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, in *RGL*, 1982, 1-2.
- Cassano G., *I controlli ex art. 4, L. n. 300/1970*, in *LG*, 2020, 7, 778.
- Cavallone B., *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *RDP*, 2010, 1.
- Ciccarelli R., *Frank, l'algoritmo anti-sciopero. La Cgil porta in tribunale Deliveroo, ilManifesto*, 18 dicembre 2019, <https://ilmanifesto.it/frank-lalgoritmo-anti-sciopero-la-cgil-porta-in-tribunale-deliveroo/>
- Comoglio L.P., *I poteri d'ufficio del giudice del lavoro*, in *Problemi attuali sul processo del lavoro*, Giuffrè, 2006.
- Comoglio L.P., *Le prove civili*, UTET, 2010.
- Comoglio P., *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Giappichelli, 2018.
- Dagnino E., *People Analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data*, in *LLI*, 2017, I.1.
- Dastin J., *Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women*, *Reuters*, 11 ottobre 2018, <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G>
- de Angelis L., *L'udienza di discussione*, in D. Borghesi - L. de Angelis, *Il processo del lavoro e della previdenza*, UTET, 2013.
- De Michiel F., *Questioni sull'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, 2019.

- De Stefano V., "Negotiating the Algorithm": *Automation, Artificial Intelligence, and Labor Protection*, in *CLL&PJ*, 2019, 41, 1.
- Del Punta R., *Onere della prova e potere istruttorio del giudice: l'instabile equilibrio fra principio dispositivo e principio inquisitorio*, in *Problemi attuali sul processo del lavoro*, Giuffrè, 2006.
- Di Cerbo V., *Commento all'art. 421 c.p.c.*, in G. Amoroso - V. Di Cerbo - A. Maresca, *Il processo del lavoro*, Giuffrè, 2020, 383.
- Dittrich L., *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *RDP*, 2011, 1.
- Donini A., *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, in *DRI*, 2018, 1, 222.
- Drożdż A., *Protection of Natural Persons with Regard to Automated Individual Decision-Making in the GDPR*, Kluwer Law International, 2020.
- Duggan J. - Sherman U. - Carbery R. - McDonnell A., *Algorithmic management and app-work in the gig economy: A research agenda for employment relations and HRM*, in *HRMJ*, 30.
- Dzieza J., *How hard will the robots make us work?*, *The Verge*, 27 febbraio 2020, <https://www.theverge.com/2020/2/27/21155254/automation-robots-unemployment-jobs-vs-human-google-amazon>
- Falsone M., *Il sindacato e la risoluzione delle controversie: una, nessuna o centomila identità?*, in *GC.com*, 2020.
- Gamba C., *Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, in *LLI*, 2016, 2, 1.
- Gramano E., *Sul licenziamento intimato per scarso rendimento*, in *ADL*, 2017, 6, 1506.
- Hacker P., *Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law*, in *CMLR*, 2018.
- Hendrickx F., *From Digits to Robots: The Privacy Autonomy Nexus in New Labor Law Machinery*, in *CLL&PJ*, 2019, 40, 365.
- Ingrao A., *Data-Driven management e strategie collettive di coinvolgimento dei lavoratori per la tutela della privacy*, in *LLI*, 2019, 2, 129.
- Ingrao A., *Il braccialetto elettronico tra privacy e sicurezza del lavoratore*, in *DRI*, 2019, 3, 895.
- Ingrao A., *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, 2018.
- Jarrahi M.H. - Sutherland W., *Algorithmic Management and Algorithmic Competencies: Understanding and Appropriating Algorithms in Gig Work*, in N. Taylor - C. Christian-Lamb - M. Martin - B. Nardi, *Information in Contemporary Society. iConference 2019. Lecture Notes in Computer Science*, vol. 11420, Springer, 2019, 578.
- Kullmann M., *Discriminating job applicants through algorithmic decision-making*, in *SSRN*, 2019.
- Lecher C., *How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for 'productivity'*, *The Verge*, 25 aprile 2019, <https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations>
- Lee M.K. - Kusbit D. - Metsky E. - Dabbish L., *Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers*, in *Proceedings of CHI 2015*, 2015, 1603-1612.
- Liebman E.T., *Fondamento del principio dispositivo*, in *RDP*, 1960.
- Liebman E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, II, Giuffrè, 1981.
- Liebman E.T., *Storiografia giuridica manipolata*, in *RDP*, 1974, 108.

- Malgieri G. - Comandè G., *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in IDPL, 2017, 7, 4.
- Mandrioli C., *Diritto processuale civile*, II, Giappichelli, 2009.
- Mateescu A. - Nguyen A., *Algorithmic Management in the Workplace*, Data & Society Research Institute, 2019, https://datasociety.net/wp-content/uploads/2019/02/DS_Algorithmic_Management_Explainer.pdf
- Menegus B., *Amazon's Last Mile*, Gizmodo, 16 novembre 2017, <https://gizmodo.com/amazons-last-mile-1820451224>
- Novella M., *Il rider non è un lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, in LLI, 2019, 5, 1.
- O'Connor S., *When your boss is an algorithm*, Financial Times, 8 settembre 2016, <https://www.ft.com/content/88fdc58e-754f-11e6-b60a-de4532d5ea35>
- Oostveen M., *Identifiability and the applicability of data protection to big data*, in IDPL, 2016, 6, 4, 299.
- Otto M., *Workforce Analytics v Fundamental Rights Protection in the EU in the Age of Big Data*, in CLL&PJ, 2019, 40, 393.
- Pasquale F., *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, 2016.
- Peruzzi M., *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, 2018.
- Pisani C., *Le preclusioni nel rito del lavoro*, *Judicium*, 2012.
- Research Group on the Regulation of the Digital Economy, *Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper, n. 13/2019.
- Rosenblat A. - Stark L., *Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers*, *IJoC*, 2016, 10, 3758.
- Saitta F., *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in RTDPC, 2017, 3.
- Sartori A., *Il controllo tecnologico sui lavoratori*, Giappichelli, 2020.
- Sawers P., *Uber drivers union asks EU court to overrule 'robo-firing' by algorithm*, *VentureBeat*, 26 ottobre 2020, <https://venturebeat.com/2020/10/26/uber-drivers-union-asks-eu-court-to-overrule-robo-firing-by-algorithm/>
- Scuffi M., *Le singole misure: descrizione e sequestro*, in M. Scuffi - M. Franzosi, *Diritto industriale italiano*, II, 2013, 1404.
- Silberg J. - Manyika J., *Tackling bias in artificial intelligence (and in humans)*, *McKinsey Global Institute*, 6 giugno 2019, <https://www.mckinsey.com/featured-insights/artificial-intelligence/tackling-bias-in-artificial-intelligence-and-in-humans>
- Taruffo M., *L'onere come figura processuale*, in RTDPC, 2012, 2, 429.
- Taruffo M., *La prova nel processo civile*, in già diretto da A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 2012.
- Taruffo M., *La semplice verità*, Laterza, 2009.
- Taruffo M., *Onere della prova [dir. proc. civ.]*, in *Diritto on line – Treccani*, 2017.
- Taruffo M., *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in RTDPC, 1992, 733.
- Tullini P., *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.
- Tullini P., *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora*, in LDE, 2018, 1.

- Vallebona A., *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, in *ADL*, 2001.
- Vallebona A., *Il trionfo del processo del lavoro*, in *MGL*, 2009, 7, 566.
- Vallebona A., *L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, in *RTDPC*, 1992.
- Vallebona A., *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, 1988.
- Vallebona A., *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le Sezioni Unite cambiano idea*, in *RIDL*, 2006, 2, 448.
- Vardaro G., *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *PD*, 1986, 1.
- Wachter S. - Mittelstadt B. - Floridi L., *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *IDPL*, 2017, 7, 2.
- Wachter S. - Mittelstadt B. - Russell C., *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, in *HJL&T*, 2018, 31, 2, 841.
- Yampolskiy R.V., *Unexplainability and Incomprehensibility of Artificial Intelligence*, 2019, <https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1907/1907.03869.pdf>
- Zoli C., *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, Giuffrè, 1988.