

La perizia tecnica sull’algoritmo delle piattaforme digitali secondo la magistratura del lavoro brasiliana

Nota a Tribunale Superiore del Lavoro, decisione 28 maggio 2021 – Uber do Brasil Tecnologia Ltda – Rel. Min. *Douglas Alencar Rodrigues* e **decisione 28 maggio 2021** – 99 Tecnologia Ltda – Rel. Min. *Aloysio Correia da Veiga* (consultabili su <https://www.lpo.it/banca-dati/>)

SOMMARIO:

1. Le decisioni della magistratura brasiliana.
2. L’opacità algoritmica.
3. Le recenti novità legislative in materia.

Abstract

La nota commenta due recenti decisioni del Tribunale Superiore del Lavoro brasiliano che negano l’ammissibilità della perizia tecnica sull’algoritmo di due note piattaforme digitali (*Uber* e *99Tecnologia*). Secondo l’analisi della magistratura, “decodificare” l’algoritmo costituirebbe una pratica capace di compromettere il segreto industriale dell’impresa e, dunque, il vantaggio di mercato della stessa. Come è stato evidenziato, in questi casi il potenziale deterioramento dell’equilibrio giuridico è enorme, giacché la ricerca di un meccanismo di *accountability* per gli algoritmi è tanto necessaria quanto estremamente complicata.

1. Le decisioni della magistratura brasiliana.

Il 28 maggio 2021, il Tribunale Superiore del Lavoro si è pronunciato con due decisioni monocratiche circa l’ammissibilità della perizia tecnica sull’algoritmo usato dalle piattaforme digitali di trasporto urbano via *app* di *Uber* e *99Tecnologia*. La perizia, in questi casi, era finalizzata a verificare l’esistenza del rapporto di lavoro tra il conducente e la rispettiva piattaforma digitale. Entrambe le decisioni hanno sospeso il precedente provvedimento giurisdizionale adducendo le stesse ragioni: la “decodifica” dell’algoritmo è pratica idonea a mettere in pericolo il segreto industriale dell’azienda e, di conseguenza, il suo vantaggio economico sul mercato, oltre a non essere necessaria ai fini della prova del rapporto di lavoro.

Nel primo caso si tratta di una richiesta di provvedimento ingiuntivo urgente, attraverso la quale *Uber do Brasil Tecnologia Ltda.* chiede venga concesso effetto sospensivo al ricorso ordinario proposto avverso la decisione del Tribunale Regionale del Lavoro della I Regione. La decisione che autorizzava la perizia tecnica sull’algoritmo utilizzato dalla *app* della piattaforma digitale era finalizzata

all'ottenimento di informazioni determinanti circa gli elementi che caratterizzano il rapporto di lavoro. Di fatto, a seguito dell'atto di mandato presentato da *Uber*, il Tribunale Regionale del Lavoro, pur limitando l'ampiezza della perizia tecnica, confermava l'ordinanza del tribunale di primo grado. *Uber* impugna, dunque, la disposizione adducendo: "l'infondatezza della decisione, l'inutilità e inidoneità della prova tecnica (art. 5, LXXVIII, del CF e 156 e 464, § 1, I e II, del CPC del 2015), così come la violazione del segreto industriale e l'offesa alla libera concorrenza e alla libertà di iniziativa economica"¹. Concedendo effetto sospensivo al ricorso ordinario la Corte Superiore accoglie, dunque, la richiesta della piattaforma digitale, per due ragioni essenziali: 1. Per la complessità della materia dinanzi alla "possibilità di portare alla luce informazioni riservate, verosimilmente fondamentali nel settore di attività [della società]"; nonché 2. In ragione della non necessarietà della perizia tecnica ai fini probatori, giacché: "il modo in cui si è svolto il rapporto tra le parti in causa – aspetto essenziale per la definizione della sua reale natura giuridica (...) sembra addirittura dispensare dati aggiuntivi legati ai parametri operativi della piattaforma utilizzata"².

Nella stessa direzione procede il provvedimento giudiziale che vede coinvolta la piattaforma digitale *99 Tecnologia Ltda*. In questo caso, si tratta di una correzione parziale sollecitata dalla piattaforma a seguito della decisione emessa dal Tribunale Regionale del Lavoro della I Regione che respinse la richiesta di sospendere la determinazione di espletamento di una perizia tecnica. Anche in questo caso, la magistratura superiore ha deciso di sospendere la "perizia computazionale" sull'algoritmo aziendale, dal momento che "l'accesso all'algoritmo, anche se limitato alle parti coinvolte nel processo, ha una grande ripercussione, in quanto consentirebbe di rivelare l'intero funzionamento della piattaforma informatica". Secondo le argomentazioni del giudice, poiché il lavoratore non è legittimato a pretendere *genericamente* l'esibizione delle dinamiche commerciali e lavorative dell'impresa, dovrà provare i fatti che interessano specificamente il suo rapporto giuridico con la società, "essendo vietata la pretesa di accesso ad informazioni inerenti pratiche aziendali riservate, informazioni [queste] che non erano altresì disponibili al momento del rapporto di lavoro". Inoltre, alla luce della normativa vigente in materia di proprietà industriale (Legge n° 9.279/1996), l'ordinamento brasiliano tutela il c.d. *trade secret* contenuto nell'algoritmo ove appunto risiede il differenziale competitivo dell'impresa che il segreto di giustizia non sarebbe in grado di proteggere. In tal senso: "concedere la produzione di

¹ Tribunal Superior do Trabalho – Tutela Cautelar Antecedente, TutCautAnt-1000825-67.2021.5.00.0000 – 28.05.2021, Relator Min. Douglas Alencar Rodrigues.

² Tribunal Superior do Trabalho – Tutela Cautelar Antecedente, TutCautAnt-1000825-67.2021.5.00.0000 – 28.05.2021, Relator Min. Douglas Alencar Rodrigues.

perizie tecniche che accedano all' algoritmo (...) costituisce una situazione estrema ed eccezionale capace di produrre un danno di difficile riparazione”³.

2. L' opacità algoritmica.

Dal punto di vista delle regole sottese a ogni rapporto di lavoro, possiamo definire l' algoritmo⁴ come la codificazione dell' assetto organizzativo, di controllo e disciplinare delle imprese strutturate secondo piattaforme digitali. La codificazione dell' organizzazione del lavoro corrisponde alla (talvolta quasi totale) abdicazione, da parte del datore di lavoro, dell' esercizio diretto (o completamente umano) del suo potere direttivo⁵.

Attualmente, l' uso e il processamento dei dati attraverso algoritmi governa una parte importante del mondo del lavoro in continua e rapida espansione. La gestione algoritmica delle piattaforme elabora, computa, profila, organizza i dati personali⁶ (anche comportamentali) dei lavoratori, dando luogo a processi decisionali automatizzati o semi-automatizzati: assunzioni, sanzioni disciplinari, *rating*, valutazione delle prestazioni, ecc. ⁷. Ebbene, ciò che più preoccupa è che la digitalizzazione del lavoro

³ Tribunal Superior do Trabalho – Reclamação Correcional n. 1000822-15.2021.5.00.0000, proferida em 28.05.2021, Relator Min. Aloysio Correia da Veiga.

⁴ Rouxinol definisce l' algoritmo come: “un sistema computazionale, o di matematica applicata, in grado di prendere decisioni, o di dare risposte (*output* o *outcome*) attraverso l' intelligenza artificiale e basato sui dati (*input*) che gli vengono forniti. La decisione algoritmica consiste nella risposta ad una domanda (*target variabile*), alla quale il programmatore funzionalizza il sistema, il che, evidentemente, implica tradurre lo scopo previsto in linguaggio computazionale”. M. S. ROUXINOL, *O agente algorítmico – licença para discriminar? (Um olhar sobre a seleção de candidatos a trabalhadores através de técnicas de inteligência artificial)*, in (coord.) FELIPE BRAGA NETO, JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS JÚNIOR, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, MICHAEL CÉSAR SILVA, *Direito digital e inteligência artificial: Diálogos entre Brasil e Europa*, Indaiatuba, SP, Editora Foco, 2021, 1015.

⁵ Nella lettura di Miriam Cherry: “Gli algoritmi assumono ruoli organizzativi precedentemente svolti dai manager e i codici svolgono diversi compiti tipici di supervisione, come determinare l' esecuzione delle attività, accelerare il processo lavorativo, indicare il tempo e la durata delle pause, valutare i lavoratori, ecc. I codici sono in grado di analizzare e decidere in modo rapido e in tempo reale questioni legate alle attività svolte dai singoli lavoratori e circa le azioni che devono essere eseguite immediatamente”. M. CHERRY, *Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2016, v. 37, 599. Apud R. B. KALIL, *Capitalismo de plataforma e Direito do Trabalho: crowdwork e trabalho sob demanda por meio de aplicativos*. Doutorado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, 130.

“Il tuo capo è un algoritmo” è il titolo evocativo di un interessante testo italiano sul tema. Cfr. A. ALOISI; V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Bari, 2020.

Anche la recente proposta di Direttiva della Commissione Europea sul miglioramento delle condizioni di lavoro sulle piattaforme digitali, nella parte dedicata all' *explanatory memorandum* sottolinea che: “la gestione algoritmica può nascondere pratiche di subordinazione e di controllo da parte delle piattaforme di lavoro digitali”. European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work*. Brussels, 9.12.2021 COM (2021) 762,2.

⁶ Come ci spiega Gaudio: “i dati raccolti tramite pratiche di *workforce analytics* fungono da carburante per rifornire il serbatoio degli strumenti di *algorithmic management*, capaci di assumere decisioni automatizzate che impattano sulla forza lavoro”. G. GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l' algoritmo*, in *Lab. Law Iss.*, 2020, Vol. 6, n. 2, 23.

⁷ L. ZAPPALÁ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell' era dell' intelligenza artificiale*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 446/2021, 4.

e la potenziale amplificazione del potere direttivo nella sua triplice manifestazione⁸ si strutturano in modo “intraducibile”, “opaco”. Di fatto, i rapporti giuridici disegnati dagli algoritmi e dall’intelligenza artificiale sono caratterizzati, nella maggior parte dei casi, da un’innata asimmetria informativa e dalla mancanza di trasparenza, mentre “una tecnologia che utilizza algoritmi è ‘affidabile’ quando è trasparente, conoscibile, pertinente, controllata, supervisionata dall’uomo, responsabile”⁹.

Evidentemente, l’effettività dei diritti fondamentali è direttamente collegata al grado di informazione che la persona detiene nel processo decisionale in cui tali diritti sono in gioco. È postulato di qualsiasi società democratica l’affermazione per cui non esiste libertà senza la partecipazione alla costruzione del sistema di potere. Come osserva Rodotà: “le trasformazioni tecnologiche dell’organizzazione sociale, non producono soltanto asimmetrie nella distribuzione e nell’esercizio del potere, ma determinano una frattura sociale tra individui sempre più trasparenti e poteri sempre più opachi e incontrollabili”¹⁰.

Secondo la nota analisi di Frank Pasquale, la mancanza di trasparenza inerente ai sistemi matematici che compongono i mercati digitali, lungi dall’essere una caratteristica casuale, rappresenta un atteggiamento strategico degli attori economici che si avvalgono di tale opacità, garantita dal segreto industriale, per mantenere i propri vantaggi competitivi¹¹.

Il potenziale deterioramento dell’equilibrio giuridico è enorme, anche perché la ricerca di un meccanismo di *accountability* per gli algoritmi è tanto necessaria quanto estremamente complicata.

⁸ In questo senso, “la smaterializzazione della figura del ‘capo’ in un algoritmo può finire per accentuare la pervasività della coercizione sul lavoro, generando – è stato detto – un ritorno al taylorismo, addirittura gonfiato ‘con gli steroidi’”. Cfr. R. VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?* in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT* – 336/2017, 9. Secondo la sociologia del lavoro, la gestione intensa e invasiva del lavoro, attraverso la gestione algoritmica e l’estrazione dei dati permette, infatti: “di tradurre stili di vita, relazioni sociali, traiettorie personali e disuguaglianze in dati gestibili che producono e riproducono disuguaglianze e meccanismi di sfruttamento dal lavoro. (...) Si creano meccanismi di valutazione, punteggio e *bonus* che, in realtà, concretizzano il controllo dispotico che definisce chi può lavorare, quando e a quale prezzo”. L. ABÍLIO, *Breque no despotismo algorítmico: uberização, trabalho sob demanda e insubordinação*, in *DMT - Democracia e Mundo do Trabalho em Debate* (Blog da Boitempo Editora). Disponibile in: <http://www.dmtemdebate.com.br/breque-no-despotismo-algoritmico-uberizacao-trabalho-sob-demanda-e-insubordinacao/>.

⁹ L. ZAPPALÁ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell’era dell’intelligenza artificiale*, op.cit., 7.

¹⁰ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 337.

¹¹ F. PASQUALE, *The Black box Society*, in *Cambridge: Harvard University Press*, 2015, 6-10 apud A. FRAZÃO, C. GOETTENAUER, *Black box e o direito face à opacidade algorítmica*, in *Direito digital e inteligência artificial: Diálogos entre Brasil e Europa*. coord. Felipe Braga Neto, José Luiz de Moura Faleiros Júnior, Mafalda Miranda Barbosa, Michael César Silva, Indaiatuba, SP, Editora Foco, 2021, 30. M. M. RIELLI, *Críticas ao ideal de transparência como solução para a opacidade de sistemas algorítmicos*, in *Direito digital e inteligência artificial: Diálogos entre Brasil e Europa*, coord. FELIPE BRAGA NETO, JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS JÚNIOR, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, MICHAEL CÉSAR SILVA, Indaiatuba, SP, Editora Foco, 2021, 441. Secondo Frazão e Goettenauer “la tecnologia ha bisogno di allearsi con il diritto per sostenere strutture capaci di mantenere l’asimmetria informativa, attraverso l’opacità algoritmica”, FRAZÃO, C. GOETTENAUER, *Black box e o direito face à opacidade algorítmica*, in *Direito digital e inteligência artificial: Diálogos entre Brasil e Europa*, coord. FELIPE BRAGA NETO, JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS JÚNIOR, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, MICHAEL CÉSAR SILVA, Indaiatuba, SP, Editora Foco, 2021, 27.

Infatti, come è stato evidenziato¹², l'opacità algoritmica non consente il soddisfacimento del diritto all'informazione dei destinatari del processo decisionale per tre ragioni fondamentali: 1. dal punto di vista giuridico, le modalità di un processo decisionale automatizzato sono tutelate dal segreto industriale o dalla legge proprietà industriale, da un lato quindi è la “formula algoritmica” che garantisce un vantaggio competitivo sul mercato, dall'altro, esisterebbero costi estremamente elevati per l'azienda che vorrebbe procedere al c.d. *reverse engineering*, al fine di ottenere le informazioni necessarie; 2. dal punto di vista tecnico si è dinanzi a ciò che è stato definito “analfabetismo informatico”, poiché la scrittura e lettura degli algoritmi richiedono competenze altamente specializzate; 3. da ultimo, gli algoritmi sviluppati secondo programmi di *machine learning* possono raggiungere un grado di complessità non intelligibile alla mente umana, dal momento che, sebbene gli esperti siano in grado di mostrare la logica generale del funzionamento dell'algoritmo, non sono in grado di spiegare come lo stesso sia arrivato a tale decisione¹³. Ciò significa che gli algoritmi sono giuridicamente inaccessibili e tecnicamente indecifrabili e, pertanto, potenzialmente dannosi non solo per i lavoratori destinatari delle decisioni automatizzate da questi generate, ma anche per lo stesso datore di lavoro, che non ha più il pieno controllo del proprio potere direttivo¹⁴.

Di fronte alla pervasività del “panottico aziendale”¹⁵ e dell'opacità algoritmica, l'analisi giuridica si preoccupa, allora, di comprendere in che misura i diritti fondamentali del (e nel) lavoro siano silenziosamente e invisibilmente sotto assedio¹⁶. Di fatto, al fine di correggere l'asimmetria informativa

¹² G. GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, op. cit., 25-26.

¹³ In questo caso parliamo di algoritmi concepiti come “opachi” ovvero “*by desing*”. Cfr. M. M. RIELLI, *Críticas ao ideal de transparência como solução para a opacidade de sistemas algorítmicos*, op. cit., 444.

¹⁴ G. GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, op. cit., 27.

¹⁵ Secondo l'analisi di Boboin: “L'app di Uber è un vero ‘panopticon’ del lavoro, che raccoglie più informazioni sui lavoratori di quanto qualsiasi datore di lavoro avrebbe potuto immaginare anche solo pochi anni fa.” J. C. C. BOBOIN, *Trabalhadores sob demanda: o caso Uber*, in *Rev. TST*, Brasília, jan/mar 2017, vol. 83, n. 1, 343.

Mentre Chaves intravede piuttosto il passaggio dalla società della disciplina alla società del controllo: “nella società disciplinare (Foucault), della fabbrica, del capitalismo industriale, c'era ancora bisogno di una disciplina individuale del lavoratore, anche in termini di tempo o di presenza. (...) Nella società del controllo (Deleuze), dell'impresa di “produzione in rete” georeferenziata e tele-sorvegliata, è necessario solo il controllo collettivo e statistico dei lavoratori. L'adeguamento telematico del controllo del lavoro alla domanda”. J. E. de R. CHAVES JÚNIOR, *O poder empregatício orientado a dados: controle e contrato hiper-realidade*, *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte*, v. 66, n. 102, 77-92, jul./dez. 2020, 82.

¹⁶ Secondo questa prospettiva le sollecitazioni di matrice giuslavoristica sono molteplici: “in quale modo e attraverso quali strumenti possa e debba essere garantita la trasparenza e la conoscibilità dei meccanismi algoritmici e l'esattezza dei dati utilizzati per la gestione dei rapporti di lavoro; quali strumenti possono essere utilizzati dai lavoratori per rendere effettivo il diritto alla trasparenza e alla sorveglianza umana e indefiniti trattamenti dei dati personali che lo riguardano, nonché dei velocissimi processi inferenziali di ricostruzione della sua identità lavorativa; se e come si esercita il diritto a ottenere una spiegazione del ragionamento inferenziale su cui si basa la decisione algoritmica; quali sono – nel rispetto del principio di buona fede e correttezza – i parametri del controllo umano; come può il lavoratore contestare la decisione algoritmica; come calibrare la buona fede oggettiva su modelli sociali di veri comportamenti “umani” e come pretendere che la decisione non sia presa su dati che dovrebbero essere irrilevanti ai fini del rapporto di lavoro, se non addirittura discriminatori.”. L. ZAPPALÁ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale*, op.cit., 20.

e garantire il rispetto della buona fede contrattuale, si presenta in questo caso un difficile bilanciamento di norme fondamentali, da un lato, quelle che garantiscono trasparenza e *accountability* della gestione algoritmica e, dall'altro, quelle di tutela del segreto industriale. Secondo la dottrina, dovremmo appunto passare dalla *black box society* alla *transparent box society*¹⁷. Mentre, come visto sopra, nello spettro delle situazioni che la responsabilità algoritmica ci impone di tutelare, quello della trasparenza appare un aspetto estremamente problematico, se non addirittura illusorio¹⁸.

Davanti a questo scenario, quale prospettiva dare, dunque, al diritto alla informazione e alla trasparenza come base normativa di un sistema che rischia di diventare ciò che è stata definito come “tecnocrazia algoritmica”¹⁹, o “algocrazia”²⁰? Secondo una recente analisi²¹, l'ordinamento giuridico brasiliano contemplerebbe la possibilità di ridurre l'opacità algoritmica attraverso il combinato disposto dell'art. 20 del Legge Generale sulla Protezione dei Dati - LGPD (Legge n. 13,709/2018)²² – sul diritto dell'interessato di “chiedere il riesame delle decisioni assunte unicamente sulla base del trattamento automatizzato di dati personali che ledano i propri interessi, comprese le decisioni volte a definire il proprio profilo personale, professionale, di consumo e creditizio o aspetti della propria personalità”²³ - e l'art. 206²⁴ della Legge n. 9.279/96 di tutela della proprietà industriale, che impone il segreto giudiziario sulle informazioni relative al segreto industriale. Le obiezioni a tale analisi sorgono davanti

¹⁷ T. C. MOREIRA, *Direito do trabalho na Era Digital*. Coimbra: Almedina, 2021. 146-147.

¹⁸ Rielli, criticamente, parla di “soluzionismo della trasparenza”. M. M. RIELLI, *Críticas ao ideal de transparência como solução para a opacidade de sistemas algorítmicos*, op. cit., 440.

¹⁹ G. AUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della provola: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, op. cit., 27.

²⁰ L. ZAPPALÁ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale*, op.cit., 2.

²¹ S. CARLOTO; T. K. DE S. DANTAS, *Inteligência artificial: os segredos e preconceitos de seus algoritmos*, in *Revista LTr*, vol. 85, n. 08, agosto/2021, São Paulo: Ed. LTr, 991-1000.

²² La stessa LGPD, nel garantire il principio della trasparenza, stabilisce come suo limite giustamente la tutela del segreto industriale: “Art. 6. Le attività di trattamento dei dati personali devono osservare la buona fede e i seguenti principi (...) VI - Trasparenza: garantire agli interessati informazioni chiare, accurate e facilmente accessibili sul trattamento e sui soggetti incaricati del trattamento, nell'osservanza del segreto commerciale e industriale”. Vale la pena notare che, quando è in gioco il segreto industriale o la proprietà intellettuale degli algoritmi, l'attuale normativa volta alla protezione dei dati personali comporta un paradosso, poiché un meccanismo come l'anonimizzazione unito alla protezione della proprietà intellettuale creerebbe l'effetto inverso, cioè di schermatura e quindi di maggiore opacità delle *'black boxes'* algoritmiche. Cfr. A. FRAZÃO, C. GOETTENAUER, *Black box e o direito face à opacidade algorítmica*, in *Direito digital e inteligência artificial: Diálogos entre Brasil e Europa*, op. cit., 37.

²³L'art. 20 della LGPD indica il *controlador* quale soggetto preposto a fornire le informazioni richieste sulle decisioni automatizzate, nel rispetto del segreto industriale e commerciale. Nel silenzio del *controlador*, ai sensi del §2 del medesimo articolo, l'Autorità Nazionale di Protezione dei Dati Personali può effettuare il controllo per verificare aspetti discriminatori nel trattamento automatizzato dei dati personali.

²⁴ Art. 206 – Lei n. 9.279/96: “Nel caso in cui, in sede giudiziaria, per la difesa degli interessi di una qualsiasi delle parti, vengano rivelate informazioni riservate, siano esse segreti industriali o commerciali, il giudice deve stabilire che il procedimento proceda nel rispetto del segreto giudiziario, vietando alla controparte l'uso di tali informazioni per altri fini”. Secondo Frazão, l'art. 206 funge da "valvola di sfogo" della normativa sulla proprietà industriale consentendo la divulgazione di segreti aziendali in casi eccezionali, nell'ambito di controversie legali”. Cfr. A. FRAZÃO, *Transparência de algoritmos x segredo de empresa. As controvérsias a respeito das decisões judiciais trabalhistas que determinam a realização de perícia no algoritmo da Uber*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/constituicao-empresa-e-mercado/transparencia-de-algoritmos-x-segredo-de-empresa-09062021>.

ai limiti di un efficace “blindamento” del segreto industriale garantito dal segreto giudiziario e, dunque, sono motivate dalla cautela necessaria dinanzi al potenziale danno economico per l'impresa qualora tale garanzia non venga del tutto assicurata.

Secondo una differente prospettiva, invece, sarebbe possibile tutelare il segreto industriale senza necessariamente incidere sulla “decodifica” dell'algoritmo, pretendendone la sua “intelligibilità”, cioè “l'idea che almeno gli aspetti principali e la logica della decisione algoritmica – e soprattutto i criteri di decisione – vengano chiariti”²⁵. In questo senso, c'è chi propone un differente procedimento di indagine, basato in questo caso su una sorta di ‘simulazione’ che opererebbe: “testando gli algoritmi attraverso l'uso di una base di dati fittizia e indirizzata a individuare le iniquità dell'algoritmo”. In questo modo, secondo gli autori: “ci sarebbe la possibilità di verificare se le allegazioni delle parti circa il blocco dell'utente, la sua esclusione unilaterale, la libertà di accettazione delle convocazioni, la limitazione dell'accesso ecc., siano confermate nella pratica”²⁶.

Sempre in ambito probatorio, Ana Frazão suggerisce un interessante parallelo con una decisione della Suprema Corte Federale²⁷ la quale - nel rispetto della libertà e della *privacy* dell'imputato che si rifiuta di effettuare il test del DNA in un caso di paternità – ha stabilito che il rifiuto di produrre una prova determinante per il processo sia capace di invertire l'onere probatorio, creando una presunzione relativa di paternità. In questo senso, come sottolinea l'autrice: “occorre riflettere sull'onere della prova nelle situazioni di legittimo interesse di una parte quando queste vengano lese dall'altra. In tali casi, occorre chiedersi se il rifiuto di una delle parti in relazione alla produzione di prove determinanti per il processo, pur nel regolare esercizio di un diritto, non debba comportare l'inversione del rispettivo onere ai sensi del vigente art. 373, § 1°, del Codice di procedura civile”²⁸.

Seguendo quest'ultima impostazione, in relazione ai casi in commento, si creerebbe dunque una presunzione relativa di subordinazione che, quindi, attribuirebbe alla piattaforma digitale l'onere di dimostrare il contrario. Come è stato recentemente sottolineato, l'inversione dell'onere probatorio, in questi casi, avrebbe due meriti: da un lato, “l'effetto di aumentare, seppur in modo implicito, la trasparenza decisionale dei decisori algoritmici” scoraggiando il datore di lavoro dall'uso di algoritmi

²⁵ A. FRAZÃO, *Transparência de algoritmos x segredo de empresa. As controvérsias a respeito das decisões judiciais trabalhistas que determinam a realização de perícia no algoritmo da Uber*, op. ult. cit.

²⁶ A. G. ZIPPERER, M. PALLOTTA, *Breves considerações sobre a perícia judicial no algoritmo na Justiça no Trabalho*, Consultor Jurídico – Conjur. Disponibile in: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-17/opiniao-pericia-judicial-algoritmo-justica-trabalho>. Gli autori indicano come precedente il caso di *Decolar.com*, che, nel 2018, venne condannata a pagare una multa milionaria per tecniche algoritmiche di *geo-pricing* e *geo-blocking*. In questo caso: “bastò simulare il perfezionamento di contratti in luoghi diversi per comprovare il comportamento [differente] degli algoritmi negli acquisti online a seconda del luogo in cui risiedesse il consumatore”.

²⁷ HC 71373, Relator(a): Francisco Rezek, Relator(a) p/ Acórdão: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994, DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397.

²⁸ A. FRAZÃO, *Transparência de algoritmos x segredo de empresa. As controvérsias a respeito das decisões judiciais trabalhistas que determinam a realização de perícia no algoritmo da Uber*, op. ult. cit.

opachi, dal momento che: “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 algoritmo indecifrabile il compito di dirigere i propri dipendenti”; dall'altro lato, procedendo in tal senso non si pretenderebbe la relativizzazione del segreto industriale, “addossando [invece] in capo allo stesso soggetto che decide di utilizzare uno strumento di *algorithmic management* il rischio di inspiegabilità tecnica delle decisioni assunte dalle macchine”²⁹.

3. Le recenti novità legislative in materia.

Le decisioni in commento consentono di riflettere sull'ambivalenza sempre più manifesta della rivoluzione digitale. Di fatto, il prezzo che paghiamo per il miglioramento delle condizioni di lavoro attraverso l'uso di algoritmi e dell'intelligenza artificiale (incrementi della produzione, riduzione di attività di routine, pericolose o degradanti) è il controllo totale dell'attività umana al lavoro (e al di fuori di esso). Come visto, la sorveglianza e la disciplina avvengono, in molti casi, attraverso l'elaborazione di dati su larga scala, che generano decisioni automatizzate senza revisione umana, la cui codificazione è opaca, per molti versi indecifrabile e - quel che è più preoccupante - incontrollabile.

Non è un caso che la recente Proposta di Direttiva della Commissione Europea relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali [COM (2021) 762]³⁰ dedichi attenzione importante alla necessaria trasparenza degli algoritmi nell'esercizio delle prerogative aziendali di gestione della forza lavoro. Fin dalla *explanatory memorandum* della Proposta, la Commissione evidenzia che: “comprendere in che modo gli algoritmi influenzano o determinano talune decisioni (quali l'accesso a future opportunità di lavoro o premi, l'imposizione di sanzioni o l'eventuale sospensione o limitazione degli *account*) è fondamentale, considerate le implicazioni per il reddito e le condizioni lavorative delle persone che lavorano mediante piattaforme di lavoro digitali. Attualmente non vi è, tuttavia, sufficiente trasparenza riguardo a tali sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati e le persone non dispongono di un accesso efficiente a mezzi di ricorso di fronte alle decisioni prese o sostenute da tali sistemi”³¹. E di fatto, al capitolo III (artt. 6-10) della

²⁹ G. GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, op. cit., 61-62.

³⁰ Conforme quanto previsto nel *explanatory memorandum*, la Proposta di Direttiva si pone tre obiettivi specifici: “(1) assicurare che le persone che lavorano sulle piattaforme abbiano – o possano ottenere – un corretto *status* professionale, in base al loro effettivo rapporto con la piattaforma, e che abbiano accesso ai diritti del lavoro e di protezione sociale applicabili; (2) garantire equità, trasparenza e responsabilità nell'applicazione della gestione algoritmica nel contesto del lavoro su piattaforme digitali; e (3) migliorare la trasparenza, la tracciabilità e la conoscenza degli sviluppi del lavoro sulle piattaforme digitali, nonché il rispetto delle norme applicabili, per tutte le persone che lavorano sulle piattaforme, anche a livello transfrontaliero”. European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work*. Brussels, 9.12.2021 COM (2021) 762, 3.

³¹ European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work*. Brussels, 9.12.2021 COM (2021) 762, 2-3.

Proposta si introducono un insieme di garanzie. Si prevede, innanzitutto, l'obbligo per le piattaforme digitali di garantire il diritto dei lavoratori all'informazione sui sistemi automatizzati utilizzati per monitorare, supervisionare o valutare l'esecuzione del lavoro, nonché sui sistemi decisionali automatizzati che incidono in modo significativo sulle condizioni di lavoro. Inoltre, si dispone che qualora i lavoratori delle piattaforme digitali non siano soddisfatti dinanzi alle motivazioni decisionali adottate dalla piattaforma hanno diritto di richiederne il riesame. Mentre all'art. 16 sull'accesso alle prove, si prevede che: “gli Stati membri provvedono affinché gli organi giurisdizionali nazionali dispongano del potere di ordinare la divulgazione delle prove che contengono informazioni riservate ove le ritengano pertinenti ai fini del ricorso”. Tuttavia, la norma ora menzionata, seppur di grande interesse, soffre le limitazioni previste nei “considerando” della proposta, ove la Commissione specifica che “le piattaforme di lavoro digitali non dovrebbero essere tenute a rivelare il funzionamento dettagliato dei loro sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, compresi gli algoritmi, o altri dati dettagliati che contengono segreti commerciali o sono protetti da diritti di proprietà intellettuale. Tali considerazioni non dovrebbero tuttavia condurre a un diniego a fornire tutte le informazioni prescritte dalla presente direttiva”³².

Come noto, la proposta di Direttiva europea segue l'esempio della pionieristica normativa spagnola che, con il Regio Decreto Legislativo n. 9/2021 (dell'11 maggio 2021), ha introdotto la disciplina normativa per la tutela del lavoro dei fattorini nell'ambito delle piattaforme digitali. In particolare, per quello che in questa sede interessa, la norma modifica la Legge sullo Statuto dei Lavoratori (Regio Decreto Legislativo 2/2015, del 23 ottobre) all'art. 64.4, introducendo un nuovo diritto di informazione dei Comitati Aziendali i quali devono: “essere informati dalla società circa i parametri, le regole e le istruzioni su cui si basano gli algoritmi o i sistemi di Intelligenza Artificiale, che incidono su decisioni che possono influenzare le condizioni di lavoro, l'accesso e conservazione dell'occupazione, compresa la profilazione”³³. Infine, anche l'ordinamento giuridico brasiliano prevede una incipiente normativa sulle misure di tutela dei *riders* che effettuano servizi tramite società di consegna attraverso piattaforme digitali (Legge n. 14.297, del 5 gennaio 2022). La legge, seppur lacunosa, prevede un insieme minimo di tutele, tra cui all'art. 8³⁴ il diritto all'informazione circa il funzionamento della piattaforma in relazione alla chiusura, sospensione o cancellazione di un *account*.

³² European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work*. Brussels, 9.12.2021 COM (2021) 762, n. 33, 27.

³³ Testo disponibile in: <https://www.boe.es/boe/dias/2021/05/12/pdfs/BOE-A-2021-7840.pdf>.

³⁴ Art. 8°, Lei n. 14.297, del 5 gennaio 2022: “Il contratto o il protocollo di registrazione stipulato tra la società di consegna e l'addetto alle consegne deve prevedere espressamente i casi di blocco, sospensione o esclusione dell'account dell'addetto alla consegna dalla piattaforma elettronica. §1. L'esclusione dell'account prevista al *caput* del presente articolo sarà preceduta da una comunicazione preventiva, con almeno 3 (tre) giorni lavorativi di anticipo, contenente le ragioni che l'hanno prevista specificamente motivate, nel rispetto della sicurezza e della *privacy* degli utenti della piattaforma elettronica”.