



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

***People Analytics: lavoro e tutele al tempo del
management tramite *big data****

EMANUELE DAGNINO
Università di Bergamo

vol. 3, no. 1, 2017

ISSN: 2421-2695





People Analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite *big data*

EMANUELE DAGNINO

Dottorando in Diritto del Lavoro
ADAPT – CQIA, Università di Bergamo
Emanuele.dagnino1@gmail.com

ABSTRACT

In today's knowledge-based economy, increasing attention is given to data collection and analysis, for knowledge creation also rests upon information gathered from available data.

The amount of data produced in productive and social contexts is significant, often making traditional data analysis techniques unsuitable. In this sense, new technologies might certainly help, making it possible to simultaneously process different data and extracting information from them, an approach that forms part of the so-called "big data" phenomenon.

Operators in the digital and the traditional market have readily acknowledged the central role and the potential big data might have in economic terms, to the extent that the European Commission has argued that « [d]ata is at the centre of the future knowledge economy and society». Better and more detailed data analysis enables one to collect useful information helping decision making at both the institutional and managerial level. For this reason, employers are significantly investing, also economically, in this sector in order to make different decisions, including business policies, organisational and human resources aspects. The present paper will focus on this last aspect, namely the use of big data in human resource management, to look at the impact that the growing use of these practices will produce. While labour law literature in the US has already covered this theme, this paper wants to provide an overview of this topic by considering Italy's case, particularly labour law legislation and that on personal data, therefore taking into account the

recently-issued European General Data Protection Regulation

Keywords: work and labour protection; digital labour market; people analytics; big data; privacy.

People Analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data

SOMMARIO: 1. I *big data* tra economia della conoscenza e rivoluzione digitale del lavoro. – 2. La *workforce analytics*: i *big data* al lavoro. – 3. I *Big Data* e la disciplina di protezione dei dati personali. – 3.1 Il quadro di riferimento tra presente e futuro. – 3.2 Il trattamento dei dati nei contesti di lavoro. – 4. Il divieto di indagini sulle opinioni personali e sui fatti non attinenti alla attitudine professionale e la tutela antidiscriminatoria. – 5. Note conclusive.

1. I *big data*: tra economia della conoscenza e rivoluzione digitale del lavoro

All'interno di una economia che ha eletto a suo fondamento la conoscenza (*knowledge economy* o *knowledge-based economy*) (1), sempre più rilievo assumono l'acquisizione, lo studio e l'analisi dei dati: la produzione di nuova conoscenza passa, infatti, anche attraverso l'estrazione di informazioni dai dati disponibili. Nei contesti sociali e produttivi si producono sempre più dati: ciò si ricollega alla sempre maggiore pervasività dell'uso delle tecnologie informatiche all'interno delle moderne società (2). La mole è tale da rendere inadeguate le tradizionali modalità di analisi: in rilievo vengono ancora le tecnologie informatiche. Esse non sono solo fonte dei dati, ma anche fattore abilitante per la loro analisi, rendendo possibile il trattamento simultaneo di molti dati contemporaneamente e rendendo possibile l'estrazione di una mole di informazioni da esse: si tratta del fenomeno denominato "*big data*" (3).

Big data è diventata una espressione in voga, tanto che risulta difficile dare una definizione chiara e capire quando si sia effettivamente dinnanzi a questo fenomeno (4). La definizione usualmente utilizzata dalle Garante

(1) Sulla natura, gli sviluppi e i profili definatori della economia basata sulla conoscenza la letteratura internazionale ed italiana è assai corposa. Per alcuni riferimenti bibliografici si veda L. Tronti, *Economia della conoscenza, innovazione organizzativa e partecipazione cognitiva. Un nuovo modo di lavorare*, *Economia & Lavoro*, 3/2015, 8, laddove precisa anche la differenza terminologica rispetto alla *knowledge economics*, nel senso della branca di studi.

(2) Si veda OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, OECD Publishing, 2015, 20 dove si riportano alcune stime sull'entità dei dati prodotti.

(3) Sarebbe proprio l'impossibilità di utilizzare i tradizionali metodi di analisi a marcare la differenza del fenomeno *big data* da altri fenomeni che prevedono l'estrazione di conoscenza dai dati e che lo precedono, come quello di *data science* e di *knowledge discovery from databases*. Si veda M. Oostven, *Identifiability and the applicability of data protection to big data*, *International Data Privacy Law*, pubblicato online, 2.

(4) Dan Ariely, professore di psicologia ed economia comportamentale presso la Duke University, ha sintetizzato la questione in un *post* su Facebook di qualche anno fa, che ha conseguito una certa fama: «I big data sono come il sesso tra adolescenti: tutti ne parlano, nessuno sa davvero come si faccia, ognuno pensa che tutti gli altri lo stiano facendo, così ognuno sostiene che lo sta facendo...». Traduzione mia. Da un

europeo per la protezione dei dati, li definisce come «la pratica di combinare enormi volumi di informazioni provenienti da diverse fonti e di analizzarle, usando sofisticati algoritmi per informare le decisioni» (5).

Una definizione meno tecnica ci è offerta da Degryse, ovvero *big data* «come combinazione e somma totale dei dati (personali, commerciali, geografici, comportamentali) disponibili sulle reti digitali – internet, telefoni cellulari, navigatori satellitari ecc. – e utilizzabili come materia prima» (6).

Quest'ultima definizione ci permette di rilevare il profilo dei *big data* come materia prima: la centralità e le potenzialità di questa materia prima a livello economico sono state prontamente recepite da istituzioni e operatori del mercato, tanto dell'economia digitale quanto di quella tradizionale (7). Sottolinea l'OECD che «l'analisi dei *big data*, sempre più in tempo reale, sta guidando la creazione di conoscenza e valore all'interno della società; incoraggiando [la creazione di] nuovi prodotti, processi e mercati; incentivando [la nascita di] modelli di business completamente nuovi; trasformando la maggior parte dei – se non tutti i – settori nei paesi dell'OECD e nelle economie partner; e con ciò rafforzando la competitività economica e la crescita della produttività» (8): è quella che viene definita «innovazione basata sui dati» (*data-driven innovation*).

A livello istituzionale, le stesse considerazioni relative a produttività e competitività economica, hanno ispirato, per esempio, l'azione delle istituzioni dell'Unione Europea, che si sono attivate nella implementazione di strategie per promuovere la transizione verso una economia basata sui dati (*data-driven economy*). Paradigmatica in questo senso la Comunicazione della Commissione COM(2014)442 dall'emblematica rubrica *Verso una florida economia basata sui dati* del 2 luglio 2014. In essa, partendo dagli assunti sopra accennati, si sottolinea

punto di vista definitorio si veda R. Buyya et al., *Big Data: Principles and Paradigms*, Morgan Kaufmann, 2016, 7 ss., dove si riporta, tra l'altro, una classificazione delle definizioni dei *big data* proposta da Timo Elliot e basata su più di 33 diverse definizioni.

(5) Così, per esempio, European Data Protection Supervisor, *Opinion 7/2015. Meeting the challenges of big data. A call for transparency, user control, data protection by design and accountability*, 19 November 2015. In generale, come sottolineano anche le *Guidelines* sui big data recentemente approvate dal Consiglio d'Europa (vd. nota 27), le definizioni fanno riferimento alla capacità di raccogliere, processare ed analizzare grandi quantità di dati, tenendo, quindi, insieme il profilo della raccolta dei dati e quello dell'analisi e produzione di nuove informazioni. Traduzione mia.

(6) C. Degryse, *Digitalisation of the economy and its impact on the labour markets*, ETUI, Working Paper 2016.02, 10. Traduzione mia.

(7) G. Valenduc, P. Vendramin, *Work in the digital economy: sorting the old from the new*, ETUI Working Paper 2016.03, 9

(8) OECD, *Data-Driven Innovation*, cit., 20. Traduzione mia.

come «i dati sono il fulcro dell'economia e della società della conoscenza del futuro»⁽⁹⁾.

L'idea di fondo è che una maggiore e migliore analisi dei dati consenta di acquisire informazioni di grande importanza nell'ambito dei processi organizzativi e decisionali tanto per le istituzioni quanto per le aziende.

Da ciò deriva, da un lato, una sempre più ingente destinazione di risorse, economiche e non, da parte delle aziende alla raccolta, estrazione ed analisi di dati⁽¹⁰⁾.

Dall'altro, i *big data* diventano, in numerose analisi, fattore qualificante della trasformazione digitale dell'economia in generale e, per quanto qui interessa, del lavoro, insieme ad altri fattori (tra i più citati: connettività e smartphone)⁽¹¹⁾. Si pensi, al fenomeno della cosiddetta *on-demand economy*⁽¹²⁾, sovente esemplificato con il caso Uber, dove il trattamento di *big data* è elemento fondamentale per la prestazione del servizio da parte della piattaforma⁽¹³⁾. Più in generale, le attività di reperimento dei dati e di estrazione da esse di informazioni acquisiscono un valore economico autonomo, diventando oggetto esse stesse di attività imprenditoriali: è il mondo della *data analytics*.

Tornando su un piano aziendale e al di là del caso Uber, sono diversi gli ambiti in cui l'analisi dei *big data* è funzionale ad attività decisionali dell'azienda: si va dalle politiche di business (es. analisi dei consumi) ad aspetti organizzativi e di gestione del personale. In quest'ultimo caso – ovvero quello di utilizzo dei *big data* a fini di gestione del personale – si parla di *workforce* o *people analytics* o, ancora, di *HR analytics*. Si tratta di una pratica che impatta su lavoratori e modelli organizzativi in tutte le fasi, dalla selezione del personale alla risoluzione del rapporto.

⁽⁹⁾ Commissione Europea, *Verso una florida economia basata sui dati*, COM(2014)442, 2 luglio 2014, 4. Una analisi della politica europea in materia di *big data* è offerta in C. Buzzacchi, *La politica europea per i big data: prospettive di maggiore concorrenza?*, Concorrenza e Mercato, Vol. 23/2016, 153 ss.

⁽¹⁰⁾ Su possibili vantaggi e svantaggi dell'uso dei *big data* da parte delle aziende, si vedano i sintetici spunti di G. Machì, *Big data: possibilità e pericoli derivanti dall'introduzione in azienda*, Bollettino Adapt, 26 gennaio 2016, n. 2. In senso ampio sull'impatto dei *big data* si veda V. Mayer-Schönberger, K. Cukier, *Big Data. A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think*, John Murray, 2013.

⁽¹¹⁾ In questo senso si vedano, oltre al già citato C. Degryse, *Digitalisation of the economy*, cit., 7; C. B. Frey, M. Osborne (a cura di), *Technology at Work. The Future of Innovation and Employment*, Citi GPS: Global Perspectives & Solutions, febbraio 2015 e F. Seghezzi, *Le grandi trasformazioni del lavoro, un tentativo di periodizzazione. Appunti per una ricerca*, Working Paper ADAPT, 2 febbraio 2015, n. 169.

⁽¹²⁾ Per una prima analisi di tipo ricostruttivo sia consentito rinviare a E. Dagnino, *Il lavoro nella on-demand economy: esigenze di tutela e prospettive regolatorie*, in q. Riv., vol. 1 n. 1, 2015.

⁽¹³⁾ B. Marr, *The Sharing Economy - What It Is, Examples, And How Big Data, Platforms And Algorithms Fuel It*, Forbes, 21 ottobre 2016 (disponibile all'indirizzo <http://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2016/10/21/the-sharing-economy-what-it-is-examples-and-how-big-data-platforms-and-algorithms-fuel/#e507583671a6>).

I paragrafi che seguono, dopo un primo paragrafo definitorio e di contestualizzazione sulla scorta della prima riflessione giuslavoristica sul tema che si va diffondendo soprattutto oltreoceano ⁽¹⁴⁾ (dove la prassi è al momento più diffusa), intendono analizzare questo fenomeno dalla prospettiva della disciplina lavoristica interna, necessariamente corredata dall'analisi del contesto normativo in materia di tutela dei dati personali, recentemente riformato dall'approvazione del Regolamento Europeo in materia di protezione dei dati personali.

2. **La workforce analytics: i big data al lavoro**

Dopo che l'analisi dei dati per fini decisionali ha trovato espressione nei dipartimenti finanziari e di vendita, così come nelle catene di montaggio e nelle funzioni marketing «ora, finalmente, la *analytics* sta cominciando a guidare le decisioni riguardo le persone», così esordisce un recente report curato dalla Harvard Business Review ⁽¹⁵⁾. Secondo Kelly Trindel dell'EEOC (commissione statunitense per le pari opportunità nell'impiego), nei contesti lavorativi per *big data* si intende «la combinazione di dati tradizionali e non tradizionali relativi al lavoro con sistemi di analisi concessi dalle tecnologie per creare processi finalizzati ad identificare, selezionare, segmentare e valutare candidati e lavoratori» ⁽¹⁶⁾.

È questo il principio di fondo della *people* o *workforce analytics*, ovvero quello di fondare le decisioni nell'ambito della gestione delle risorse umane non su giudizi soggettivi, ma sull'analisi di una grande quantità di dati oggettivi ⁽¹⁷⁾. Si tratta di una attività che si va diffondendo in aziende appartenenti a diversi ambiti, tanto da essere proposta anche per l'ambito accademico ⁽¹⁸⁾. La

⁽¹⁴⁾ Oltre ad alcuni saggi sulla tematica, tra cui M. T. Bodie et al., *The Law and Policy of People Analytics*, di prossima pubblicazione in University of Colorado Law Review, si segnala che, a livello istituzionale, del tema dei *big data* nel mondo del lavoro si sono occupati l'Ufficio Esecutivo del Presidente americano (con il report *Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights*, May 2016) e la U. S. Equal Employment Opportunity Commission, ospitando un evento pubblico per la discussione e il confronto (13 ottobre 2016).

⁽¹⁵⁾ Harvard Business Review Analytic Services, *HR Joins the Analytics Revolution*, Harvard Business Review, uscita sponsorizzata da Visier. Traduzione mia.

⁽¹⁶⁾ K. Trindel, *Written Testimony of Kelly Trindel*, testimonianza offerta in occasione dell'incontro organizzato dalla EEOC, dal titolo *Big Data in the Workplace: Examining Implications for Equal Employment Opportunity Law* (13 ottobre 2016). Traduzione mia.

⁽¹⁷⁾ Sottolinea D. Kamarinou et al., *Machine Learning with Personal Data*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper 247/2016, 2016, 6 che «l'attività decisionale umana è spesso influenzata da comportamenti guidati da stereotipi e pregiudizi (sia consci che inconsci), e addirittura dal metabolismo». Traduzione mia.

⁽¹⁸⁾ A questo proposito E. Brynjolfsson, J. Silberholz, *"Moneyball" for Professors?*, MIT Sloan Management Review, 14 dicembre 2016.

workforce analytics «utilizza modelli statistici e altre tecniche per analizzare dati relativi ai lavoratori, permettendo ai leader di migliorare l'effettività delle decisioni relative alle persone e alle strategie di gestione delle risorse umane»⁽¹⁹⁾. In base a queste analisi si dovrebbe potere, tra le altre cose, selezionare il miglior candidato, promuovere il miglior dipendente, costruire il team più funzionante⁽²⁰⁾ e individuare il lavoratore improduttivo. I dati utilizzati a questi fini sono i più vari e provengono da diverse fonti, tanto da attività lavorative quanto da attività della vita privata e sociale (a cominciare dall'uso dei *social network*), quanto, ancora, da attività svolte in fase di selezione (giochi virtuali⁽²¹⁾ e test attitudinali online)⁽²²⁾.

Se da un lato, la *people analytics* è stata dapprincipio vista come un modo per rafforzare la base informativa delle decisioni aziendali, eliminando al contempo i problemi legati a pregiudizi soggettivi, analisi più approfondite delineano un quadro in chiaroscuro.

Le questioni che vengono portate in rilievo si ricollegano alla natura dei dati trattati e alle finalità decisionali di tale trattamento: il lavoratore è interessato tanto nel momento di raccolta e trattamento dei propri dati, quanto nel momento in cui su tali dati si basano decisioni nei suoi confronti. Tre sono i rischi che si riscontrano più spesso nelle prime riflessioni, anche se, come si vedrà, esistono ulteriori aspetti da approfondire.

Si tratta:

- dell'alto livello di intrusività dei trattamenti, che utilizzano una grande quantità di dati, spesso di carattere personale o addirittura sensibili o, ancora, che trattati insieme ad altri sono in grado di fornire informazioni personali e sensibili;

- della possibilità che i dati – tanto quelli relativi al soggetto quanto quelli che fondano il modello statistico o di analisi di riferimento – contengano errori che influenzano “a valle” la decisione;

⁽¹⁹⁾ SHRM Foundation, *Use of Workforce Analytics for Competitive Advantage*, Maggio 2016, 10. Traduzione mia.

⁽²⁰⁾ In particolare, riporta M. T. Bodie et al., *The Law and Policy of People Analytics*, cit., il tentativo di Google di produrre tramite la *people analytics* un team maggiormente produttivo perché costruito all'insegna della diversità.

⁽²¹⁾ È un fenomeno che si inserisce nell'ambito del processo di *gamification* del lavoro in atto, su cui si veda M. A. Cherry, *The gamification of work*, Hofstra Law Review, Vol. 40, 2012, 851 ss. Ancora, con specifico riferimento alle questioni in discussione, D. D. Savage, R. Bales, *Video Games in Job Interviews: Using Algorithms to Minimize Discrimination and Unconscious Bias*, di prossima pubblicazione in ABA Journal of Labor & Employment Law, vol. 32, 2017.

⁽²²⁾ Esempi in questo ambito possono essere letti in M. T. Bodie et al., *The Law and Policy of People Analytics*, cit.

- dei possibili effetti discriminatori dell'uso dei *big data* nella gestione del personale, tanto per comportamenti volontari, quanto per l'introduzione non intenzionale di *bias* all'interno delle diverse fasi del trattamento ⁽²³⁾.

Altri profili collegati alla natura della pratica possono e devono essere rilevati.

In particolare occorre sottolineare un profilo peculiare che caratterizza i *big data*, ovvero come l'analisi dei dati sia spesso di tipo predittivo e si fondi su correlazioni *prima facie* incomprensibili per gli stessi analisti, più che su rapporti di causa-effetto ⁽²⁴⁾. La domanda, come è stato giustamente sottolineato, diventa «qual è il significato di questa correlazione?» ⁽²⁵⁾: in assenza di rapporti causali come valutare l'affidabilità della correlazione rispetto alla decisione da prendere? Come sottolinea Kelly Trindel «[l]e variabili e gli esiti possono risultare correlati perché ognuno di essi è anche correlato con altre variabili che effettivamente comportano l'aspetto causale della relazione», con la conseguenza che fondare una decisione sulle prime variabili significa prendere una «decisione non informata che ha un impatto reale su persone vere» ⁽²⁶⁾.

I *big data* pongono, quindi, sfide e opportunità: come risponde l'ordinamento italiano?

3. I *Big Data* e la disciplina di protezione dei dati personali

3.1 Il quadro di riferimento tra presente e futuro

In tema di protezione dei dati, prima ancora che alla disciplina interna, e quindi in primo luogo al d. lgs. 196/2003, è utile guardare alla disciplina

⁽²³⁾ Particolarmente approfondito sui diversi aspetti M. T. Bodie et al., *The Law and Policy of People Analytics*, cit. Altri saggi si concentrano, invece, su un tema specifico e in particolare sulla discriminazione (si vedano, tra gli altri, P. T. Kim, *Data-Driven Discrimination*, di prossima pubblicazione in *William and Mary Law Review*, 2017, e A. C. King, M. Mrkonich, “*Big Data*” and the Risk of *Employment Discrimination*, *Oklahoma Law Review*, Vol. 68 N. 3, 2016) e su determinate discipline legislative (ad esempio P. T. Kim, E. Hanson, *People Analytics and the Regulation of Information under the Fair Credit Reporting Act*, di prossima pubblicazione in *St. Louis University Law Journal*, vol. 61, 2017; S. Hoffman, *Big Data and the Americans with Disability Act*, di prossima pubblicazione in *Hastings Law Journal*, 2017 e S. Barocas, A. D. Selbst, *Big Data's Disparate Impact*, *California Law Review*, Vol. 104, 2016).

⁽²⁴⁾ Si veda, tra gli altri, A. C. King, M. Mrkonich, “*Big Data*” and the Risk, cit., 555 che citano l'affermazione di Mayer-Schonberger e Cukier i quali sottolineano come «da causalità non sarà abbandonata, ma sarà buttata giù dal piedistallo come fonte principale di significato. I *big data* incentivano fortemente le analisi non causali, spesso sostituendo la ricerca dei nessi di causa ed effetto». Traduzione mia. In senso conforme si veda anche M. Oostven, *Identifiability and the applicability of data protection to big data*, cit., 5.

⁽²⁵⁾ P. T. Kim, *Data-Driven Discrimination*, cit. Traduzione mia.

⁽²⁶⁾ K. Trindel, *Written Testimony*, cit. Traduzione mia.

europea ⁽²⁷⁾, soprattutto in considerazione della recente approvazione del Regolamento Europeo ⁽²⁸⁾, che, entrato in vigore il 24 maggio 2016, verrà applicato a partire dal 25 maggio 2018, andando a sostituire, abrogandola, la direttiva 95/46/CE ⁽²⁹⁾.

Si è detto che la disciplina della direttiva, rilevante nell'ordinamento interno perché recepita nelle singole normative privacy nazionali ⁽³⁰⁾, riflette uno «*“small data” world*» ⁽³¹⁾, dove determinati trattamenti di dati risultavano ancora costosi e di conseguenza rari. È il mondo del 1995: era l'alba della cosiddetta *dot-com era*.

Di fronte alla nuova realtà socio-economica, ci si domanda se la disciplina recentemente varata a livello europeo risponda alla richiesta proveniente da molti operatori di approntare una normativa che abiliti lo sviluppo e l'intensivo sfruttamento economico dei *big data*.

A questo fine occorre, in primo luogo, chiedersi quando la disciplina europea ed interna rilevante risulti applicabile ai trattamenti di dati nell'ambito dei *big data*: il riferimento principale per definire l'ambito oggettivo di applicabilità della normativa è quello di dato personale ⁽³²⁾.

Come ha chiarito il Gruppo di Lavoro ex articolo 29 – prossimamente sarà sostituito dal Comitato europeo per la protezione dei dati – «[l]a disciplina europea per la protezione dei dati è applicabile al trattamento di dati personali nelle operazioni relative ai *big data*», ma «le operazioni di trattamento di *big data*

⁽²⁷⁾ L'analisi è qui limitata, in particolare, alla disciplina comunitaria per la sua natura "hard", nonostante l'importanza, in questo ambito degli interventi del Consiglio d'Europa cominciando dall'art. 8 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo, continuando con la Convenzione n. 108/1981, di carattere generale e con la recentissima Raccomandazione R(2015)5 (su cui si vedano A. Sitzia, *I controlli a distanza dopo il "Jobs Act" e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in LG, 7/2015, 671 ss.; Deregibus V., Machì G., *Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec(2015)5 e Jobs Act: profili di compatibilità e prospettive di tutela*, in Bollettino ADAPT, 26 marzo 2015) che va a sostituire la Raccomandazione R(89)2 nello specifico tema del trattamento dei dati nel contesto occupazionale. Da ultimo vale sottolineare come, dopo approfondita discussione, il Consiglio d'Europa abbia recentemente approvato le linee guida su big data e privacy (si veda Council of Europe, *Guidelines on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data in a World of Big Data*, 23 gennaio 2017).

⁽²⁸⁾ Per una prima analisi dell'impatto del Regolamento nel mondo del lavoro si veda C. Ogriseg, *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente*, in q. Riv., Vol. 2, no. 2, 2016.

⁽²⁹⁾ Si vedano gli artt. 94 e 99 del Regolamento UE n. 679/2016.

⁽³⁰⁾ Sul recepimento nel contesto italiano si veda, in breve, E. Barraco A. Sitzia, *Potere di controllo e privacy. Lavoro, riservatezza e nuove tecnologie*, Wolters Kluwer, 2016, 134 ss.

⁽³¹⁾ V. Mayer-Schönberger, Y. Padova, *Regime Change? Enabling Big-Data through Europe's New Data Protection Regulation*, Columbia Science and Technology Law Review, Vol. 17, 2016, 321.

⁽³²⁾ Art. 3 co. 1 Direttiva 95/46/CE; art. 5 co. 1 d. lgs. n. 196/2003; art. 2 co. 1 Regolamento UE n. 679/2016.

non sempre coinvolgono dati personali»⁽³³⁾. Senza addentrarsi nei meandri della nozione di “dato personale”⁽³⁴⁾, per analizzare quando e in che modo essi possano essere coinvolti nel contesto della *workforce analytics* si utilizza, benché altre siano possibili e siano state proposte⁽³⁵⁾, la suddivisione del trattamento nella *big data analytics* operata da Manon Oostven, suddivisione che risulta utile anche per comprendere gli altri profili di interesse di tale fenomeno⁽³⁶⁾. Si distinguono tre fasi del processo: acquisizione dei dati, analisi dei dati e applicazione della conoscenza. In tutte e tre le diverse fasi il trattamento può riguardare tanto dati personali (identificati o identificabili)⁽³⁷⁾ quanto dati non rilevanti ai fini dell’applicazione della disciplina privacy (dato non personale o de-identificato/anonimizzato)⁽³⁸⁾.

Per quanto riguarda il momento della raccolta nell’ambito della *people analytics*, il trattamento potrebbe riguardare, per esempio, dati relativi a precedenti lavoratori per la costruzione di un modello di riferimento al fine di orientare la selezione del personale oppure riguardare la attuale forza lavoro al fine di calibrare scelte organizzative o ancora fondarsi su dati acquisiti da soggetti terzi al fine della costruzione del modello di interesse. Ma potrebbe trattarsi anche di dati provenienti direttamente dalle macchine o dai sensori, con o senza riferibilità ad un soggetto.

Nella fase di analisi dei dati si individuano le correlazioni rilevanti per stabilire quali variabili siano rilevanti e costruire, quando di interesse, modelli di riferimento. In questa fase possono prodursi nuovi dati che a loro volta diventano materia prima per altre fasi del trattamento. Rientra in questa fase il momento di preparazione dei dati: ad esito di questo momento l’analisi potrà essere applicata a dati così come raccolti (qualora lo fossero stati nell’acquisizione, dati personali), dati prima personali e ora de-identificati oppure dati che precedentemente erano de-identificati, ma che in conseguenza del trattamento sono ora identificati o identificabili.

⁽³³⁾ Article 29 Data Protection Working Party, *Statement on Statement of the WP29 on the impact of development of big data on the protection of individuals with regard to the processing of their personal data in the EU*, adottato il 16 settembre 2014, rispettivamente 2 e 3. Traduzione mia.

⁽³⁴⁾ A questo proposito si veda, *ex multis*, F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, 2016, 183 ss.

⁽³⁵⁾ Ad esempio in M. T. Bodie et al., *The Law and Policy of People Analytics*, cit., viene utilizzata, riprendendola da B. Custers, *Data Dilemmas in the Information Society: Introduction and Overview*, in B. Custers et al., *Discrimination and Privacy in the Information Society. Data Mining and Profiling in Large Databases*, Springer, 2013, 8, una suddivisione in 5 passaggi: *data collection, data preparation, data mining, interpretation, determine actions*.

⁽³⁶⁾ M. Oostven, *Identifiability and the applicability of data protection to big data*, cit., 2.

⁽³⁷⁾ Sul punto si veda il parere del Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati, *Parere 05/2014 sulle tecniche di anonimizzazione dei dati*, adottato il 10 aprile 2014.

⁽³⁸⁾ *Id.*, 8 ss.

Infine, la fase di applicazione della conoscenza acquisita che potrà essere automatizzata o meno e potrà richiedere il trattamento di nuovi dati provenienti da singoli individui – si pensi al candidato ad un posto di lavoro le cui informazioni siano vagliate tramite un algoritmo o da un essere umano che applichino un determinato modello – oppure non richiedere nuovi dati personali, in vista, per esempio, di decisioni generali riguardanti un gruppo, che impattano di riflesso sull'individuo e direttamente sul gruppo come entità ⁽³⁹⁾.

Se questo è il quadro – che presenta molteplici criticità a livello interpretativo rispetto alla valutazione della natura del dato trattato, soprattutto nelle zone di frontiera tra identificabilità e de-identificazione ⁽⁴⁰⁾ – occorre guardare ai profili regolatori per capire se effettivamente vi sia stato, grazie all'adozione del Regolamento, un cambio di paradigma in direzione del mondo dei *big data*.

Di particolare rilievo nell'ambito dei *big data* sono, nella direttiva, così come nelle normative che l'hanno attuata, i principi di finalità (col corollario della minimizzazione dei dati) ⁽⁴¹⁾ e il principio del consenso al trattamento da parte del soggetto. Questi profili sono stati ritenuti un limite rispetto alla diffusione del fenomeno in Europa, dal momento che le analisi dei *big data* presuppongono spesso il riutilizzo di dati al fine di ottenere sempre nuove informazioni. Le aziende hanno cercato di aggirare questi paletti in diversi modi: richiedendo consensi sull'uso dei dati per finalità assai ampie, de-identificando i dati da utilizzare (in modo da fuoriuscire dall'ambito applicativo della disciplina privacy) o ancora utilizzando i dati per soli fini statistici, approfittando di una eccezione espressa al principio di finalità prevista dalla direttiva laddove siano state approntate idonee salvaguardie da parte degli Stati Membri, che però pone il limite dell'inutilizzabilità delle stesse per supportare misure o decisioni prese nei confronti di singoli individui ⁽⁴²⁾. A ciò si deve aggiungere, concentrandosi sull'aspetto applicativo delle analisi, quanto previsto con riferimento alle decisioni individuali automatizzate, disciplinate

⁽³⁹⁾ Rispetto al profilo relativo alle decisioni riguardanti collettività si veda A. Mantelero, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection*, Computer Law & Security Review, Vol. 32, 2016.

⁽⁴⁰⁾ M. Oostven, *Identifiability and the applicability of data protection to big data*, cit.

⁽⁴¹⁾ In ragione di questi principi, come ricorda il Gruppo di Lavoro Articolo 29 i dati devono essere «raccolti per finalità specifiche, esplicite e legittime e non devono essere trattati in modi incompatibili con quelle finalità» (Article 29 Data Protection Working Party, *Statement on Statement of the WP29 on the impact of development of big data*, cit., 2). Traduzione mia.

⁽⁴²⁾ V. Mayer-Schönberger, Y. Padova, *Regime Change?*, cit., 320 ss. Sulla problematicità, nella prospettiva degli *stakeholders*, anche Article 29 Data Protection Working Party, *Statement on Statement of the WP29 on the impact of development of big data*, cit., 2.

all'art. 15 della Direttiva. Ai sensi di tale articolo si vietano decisioni che producano effetti giuridici o, comunque, producano effetti significativi sull'interessato che si fondino esclusivamente «su un trattamento automatizzato di dati destinati a valutare taluni aspetti della sua personalità, quali il rendimento professionale, il credito, l'affidabilità, il comportamento, ecc.», salvo che ricorrano determinate condizioni. È evidente come tale previsione vada ad incidere su alcune pratiche di business e manageriali connesse ad attività di *analytics*: anche, come espressamente contemplato, nell'ambito del lavoro ⁽⁴³⁾.

Il nuovo regolamento creerà un contesto maggiormente favorevole allo sviluppo dei *big data* in Europa? Secondo la Commissione Europea la risposta è affermativa, ma essa si fonda su profili diversi rispetto a quelli appena analizzati. Si rileva, infatti, l'importanza di un quadro normativo unitario per tutta l'UE, rispetto alla disgregazione che si era creata nell'attuazione della direttiva; un clima di maggiore certezza e fiducia rispetto ai trattamenti; un necessario coinvolgimento degli operatori del mercato nell'adempimento delle pratiche di *data protection by design* ⁽⁴⁴⁾. Si tratta, d'altronde, di aspetti che secondo le letture correnti sono tra i più positivi della riforma in termini generali, anche al di là del riferimento ai *big data* ⁽⁴⁵⁾.

Quanto, però, ai profili sopra segnalati la normativa europea ha deciso di non rincorrere il fenomeno dei *big data*, confermando i principi centrali della direttiva e l'impostazione già prospettata dal Gruppo di Lavoro Articolo 29 ⁽⁴⁶⁾ e dal Garante Europeo per la protezione dei dati ⁽⁴⁷⁾. Le modifiche per quanto

⁽⁴³⁾ Si pensi al trattamento di analisi dei CV descritto in D. D. Savage, R. Bales, *Video Games in Job Interviews*: cit.: «Gli odierni sistemi di tracciamento operano in quattro passaggi. Primo: il sistema rimuove tutte le particolari formattazioni dei curriculum e suddivide il testo in parole e periodi. Secondo: il Sistema raggruppa queste parole e questi periodi in categorie selezionate, come formazione, informazioni di contatto, competenze ed esperienze professionali. Terzo: le parole chiave sono confrontate con le parole e i periodi del curriculum. Quarto: al curriculum è dato un punteggio su una scala di valutazione che rappresenta il valore del candidato per il datore di lavoro. **I candidati con un punteggio abbastanza elevato sono poi colloquiati da esseri umani**» (enfasi aggiunta). Traduzione mia.

⁽⁴⁴⁾ Si veda European Commission, *The EU Data Protection Reform and Big Data. Factsheet*, marzo 2016.

⁽⁴⁵⁾ J. P. Albrecht, *How the GDPR Will Change the World*, *European Data Protection Law Review*, 3/2016, 287-289. Si veda, però, in senso critico quanto all'effettivo raggiungimento dell'armonizzazione delle discipline S. DAVIES, *The Data Protection Regulation: A Triumph of Pragmatism over Principle?*, cit., 293.

⁽⁴⁶⁾ Sul punto ancora ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Statement on Statement of the WP29 on the impact of development of big data*, cit., 2 laddove afferma che non ritiene necessario un intervento sui principi della direttiva per l'abilitazione dei *big data* ma che il rispetto degli stessi sia «elemento chiave nel creare e mantenere la fiducia che ogni *stakeholder* necessita per sviluppare un modello di business stabile basato sul trattamento di tali dati».

⁽⁴⁷⁾ Sul punto, per esempio, la già richiamata Opinion 7/2015.

riguarda tali trattamenti sono, comunque, rilevanti. Da un lato, rispetto alla questione del consenso, la tutela degli interessati è stata rafforzata, ponendo obblighi di chiarezza rispetto alle modalità della richiesta e rafforzando il diritto di revoca del consenso. Viene, invece, confermata la strada dell'utilizzo per fini statistici e quanto alla riutilizzazione dei dati si riconosce rilievo allo strumento tecnico della pseudonimizzazione, che apre prospettive di rilievo nel trattamento dei *big data* ⁽⁴⁸⁾. Con riferimento, infine, alla questione delle attività decisionali automatizzate, tra cui, per espressa previsione di legge rientrano anche le attività di profilazione, il nuovo regolamento apporta alcune significative innovazioni rispetto al testo previgente (art. 15 Direttiva). Al di là di problemi applicativi che permangono ⁽⁴⁹⁾, la nuova disposizione si muove in una duplice direzione. Da un lato introduce una nuova ipotesi quanto al venir meno del limite contro decisioni basate su trattamenti completamente automatizzati: al trattamento necessario per la conclusione stessa del contratto o la sua esecuzione e all'ipotesi di autorizzazione per mezzo di legge del trattamento, si aggiunge il consenso espresso dell'interessato. Dall'altro, la definizione di cui all'art. 22 risulta più ampia: si pone un limite rispetto ai trattamenti eccettuati, quanto all'uso di dati sensibili ⁽⁵⁰⁾ e si richiede che nell'attuare tali trattamenti il titolare assicuri diritti, libertà ed interessi legittimi dell'interessato, almeno con riferimento al «diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione». A queste tutele si aggiungono dei diritti di informazione del soggetto interessato da processi decisionali automatizzati (compresa la profilazione di cui all'art. 22) sia che i dati siano raccolti presso l'interessato sia che siano raccolti da fonti terze (artt. 13 e 14). In particolare il titolare sarebbe tenuto a fornire «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato».

⁽⁴⁸⁾ V. Mayer-Schönberger, Y. Padova, *Regime Change?*, cit., 323 ss.

⁽⁴⁹⁾ Dubbi che riguardano il tipo di intervento umano che faccia venire meno il limite, oltre che la conoscibilità delle prassi di profilazione e di decisione automatizzata (si veda E. Gil Gonzalez, *Big data, privacidad y protección de datos*, Agencia Española de Protección de Datos, 2016, 128; ancora Kamarinou D. et al., *Machine Learning with Personal Data*, cit.) cui si aggiungono dubbi di tipo interpretativo, con riferimento, per esempio, al comma relativo all'uso dei dati sensibili (su cui *infra*). B. Goodman, S. Flaxman, *European Union regulations on algorithmic decision-making and a "right to explanation"*, presentato al ICML 2016 nel Workshop *Human Interpretability in Machine Learning* (WHI 2016), New York, 2016.

⁽⁵⁰⁾ Si tratta di una disposizione con un intento antidiscriminatorio, come esprime chiaramente il considerando 71 del regolamento. Si veda B. Goodman, S. Flaxman, *European Union regulations on algorithmic decision-making*, cit., 4.

Quelle relative alla profilazione risultano disposizioni di particolare interesse per quanto attiene alle attività di *workforce analytics*, dal momento che la definizione di profilazione, riprendendo l'art. 15 della Direttiva in tema di trattamento automatizzato, la definisce come (art. 4, n. 4): «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica».

Infine, di rilievo anche con riferimento all'ambito dei *big data* – più per quanto riguarda la tutela dei soggetti del trattamento, che per i vincoli posti alle attività di analisi – risulta essere l'introduzione del diritto di rettifica (art. 16) e del diritto all'oblio (art.17), che vanno ad incidere sui dati disponibili per le attività di *analytics* e sulla loro accuratezza ⁽⁵¹⁾.

La conclusione di questa breve panoramica è che anche in prospettiva futura, l'impostazione europea e, di riflesso interna, rispetto all'uso dei *big data* è quella di riconoscerne l'importanza, ma non a scapito della tutela della riservatezza dei cittadini. Oggi come domani, il trattamento dei *big data*, nelle diverse fasi, dovrà rispettare le discipline di tutela dei dati personali nelle forme sopra citate. Oltre a quanto sopra ricordato questo significa l'applicazione dei principi relativi alle modalità del trattamento (oltre a finalità: liceità, correttezza, necessità, proporzionalità e non eccedenza) espressi nel Codice privacy italiano all'art. 11 co. 1 e, laddove si tratti di dati sensibili, delle ancor più corpose tutele previste.

3.2 Il trattamento dei dati nei contesti di lavoro

Andando ora nello specifico del trattamento dei dati in ambito occupazionale, occorre rilevare come la disciplina presenti alcune peculiarità.

Rispetto alla Direttiva, peraltro, il Regolamento interviene maggiormente quanto al tema del trattamento dati nei contesti lavorativi, pur confermando l'impostazione della normativa ad oggi vigente, che non prevede discipline specifiche in questo senso ⁽⁵²⁾. Nella Direttiva, la tematica del lavoro trova espressione con riferimento alla possibilità di trattamento di dati sensibili

⁽⁵¹⁾ In breve sul punto C. Ogriseq, *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali*, cit., R. 47.

⁽⁵²⁾ Questo risulta chiaro anche da una mera ricerca testuale: il termine "lavoro" si riscontra una sola volta nella Direttiva, 25 nel Regolamento.

anche senza il consenso dell'interessato laddove trattato da una organizzazione senza scopo di lucro e con carattere, tra le altre ipotesi, sindacale ⁽⁵³⁾ o laddove «il trattamento sia necessario per assolvere gli obblighi e i diritti specifici del responsabile del trattamento in materia di diritto del lavoro» ⁽⁵⁴⁾, oltre che con riferimento ai trattamenti automatizzati a fini decisionali di cui all'art. 15, che pone tra le sue esemplificazioni la prestazione professionale. Il Regolamento oltre a prevedere in maniera esplicita alcune altre ipotesi di trattamento di dati sensibili connesse al rapporto di lavoro (medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente ⁽⁵⁵⁾), prevede all'art. 88 che gli Stati Membri possano introdurre delle discipline specifiche, anche tramite contrattazione collettiva, in materia di trattamento dati nei contesti di lavoro ⁽⁵⁶⁾. Benché si sia rinunciato ad introdurre degli standard minimi, come era stato proposto in sede di discussione ⁽⁵⁷⁾, la previsione offre indicazioni di interesse, individuando le questioni che devono essere prese in considerazione per tutelare gli interessati del trattamento in tale ambito: si richiedono misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati, in particolare per quanto riguarda la trasparenza del trattamento, il trasferimento di dati personali nell'ambito di un gruppo imprenditoriale o di un gruppo di imprese che svolge un'attività economica comune e i sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro» ⁽⁵⁸⁾.

Tornando al contesto interno, il trattamento dei dati negli ambiti di lavoro risulta regolato da due sistemi che si integrano, anche attraverso richiami reciproci: il sistema di tutele previsto dalla disciplina privacy, si è integrato con le tutele offerte dallo Statuto dei lavoratori ed in particolare dagli

⁽⁵³⁾ Art. 8 co. 2 l. d), Direttiva 95/46/CE.

⁽⁵⁴⁾ Art. 8 co. 2 l. b), Direttiva 95/46/CE.

⁽⁵⁵⁾ Art. 9 co. 2 l. h), Regolamento UE n. 679/2016.

⁽⁵⁶⁾ Si prevede un obbligo di notificazione delle leggi approvate dai singoli stati in questo ambito, il cui fine è quello di consentire «alla Commissione di valutare la compatibilità della legislazione [...] coi principi del Regolamento, ed eventualmente di ricorrere contro la legge statale alla Corte di Giustizia» (F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Giappichelli, 2016, 31.) Sull'art. 88, ancora, C. Ogriseg, *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali*, cit., R. 53.

⁽⁵⁷⁾ E. Barraco A. Sitzia, *Potere di controllo e privacy*, cit., 123-124.

⁽⁵⁸⁾ «Le eventuali deroghe nazionali ai rapporti di lavoro, specie quando riguardino gruppi di imprese, magari collocate in Paesi diversi, possono avere una incidenza diretta sull'attuazione del Regolamento ma anche sul mercato interno, il cui rafforzamento è, come si ricorderà, all'origine stessa della decisione di adottare una normativa europea di natura regolamentare in materia di protezione dei dati personali» (F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, cit., 32). Quanto ai vincoli relativi agli interventi statali sul tema, si vedano le considerazioni di C. Ogriseg, *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali*, cit., R. 53, relative all'influsso della Raccomandazione Rec(2015)5 del Consiglio d'Europa.

artt. 4 e 8 – richiamati rispettivamente agli artt. 114 e 113, co. 1, del d. lgs. n. 196/2003 – che prevedono la disciplina relativa ai controlli a distanza sull'attività lavorativa e il divieto di indagini sulle opinioni personali dei lavoratori e su fatti non attinenti con l'attitudine lavorativa ⁽⁵⁹⁾. Nel verificare quale sia la risposta normativa italiana rispetto alle pratiche di *people analytics* risulta quindi necessario, in questo ambito, interessarsi di entrambi gli aspetti.

Fermo restando quanto rilevato sui profili relativi all'applicabilità della disciplina privacy, occorre in primo luogo soffermarsi sulla questione del consenso, che come precedentemente sottolineato rappresenta uno dei profili di maggior interesse quanto alla analisi dei *big data*. È necessario in questo senso distinguere il trattamento dei cd. dati comuni da quello dei dati sensibili, sottoposti ad un regime rafforzato: nella seconda fattispecie al consenso si deve accompagnare l'autorizzazione del Garante privacy (art. 26 Codice privacy).

In entrambi i casi si prevedono delle deroghe alla necessità del consenso al ricorrere di determinate condizioni del trattamento. Per quanto riguarda il trattamento di dati comuni nei contesti di lavoro le deroghe più rilevanti sono quelle ai sensi delle lettere a) e b) art. 24 del Codice relative, rispettivamente, a trattamenti necessari per l'adempimento di obblighi dettati da legge, regolamenti o dalla normativa comunitaria e per adempiere a obblighi derivanti da rapporti contrattuali con l'interessato, tanto che secondo certa parte della dottrina queste eccezioni coprono «la maggior parte dei trattamenti di dati comuni concernenti i lavoratori da parte delle imprese nel settore privato» ⁽⁶⁰⁾.

Quanto ai dati sensibili l'art. 26 prevede un regime più articolato. Come si è anticipato, la regola generale è quella della legittimità del trattamento previo consenso e autorizzazione del Garante. Esistono poi due diversi ordini di eccezioni. Un primo ordine riguarda il venir meno di entrambi i requisiti: per quanto riguarda il contesto lavoristico i trattamenti rilevanti in questo ambito riguardano il trattamento «dei dati riguardanti l'adesione di associazioni od organizzazioni a carattere sindacale o di categoria ad altre associazioni,

⁽⁵⁹⁾ La recente riforma della disciplina sui controlli a distanza dei lavoratori è stata l'occasione per tornare sul tema dei rapporti tra disciplina privacy e lavoristica. Sul punto, in maniera sintetica, M. T. Salimbeni, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, RIDL, 4/2015, 597 ss; più approfonditamente L. Calafà, *I limiti derivanti dalla disciplina della tutela della riservatezza*, in A. Levi (a cura di), *Il nuovo art.4 sui controlli a distanza. Lo statuto dei lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, 145 ss. e G. Proia, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, RIDL, 4/2016, 547 ss.

⁽⁶⁰⁾ A. Sitzia, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 st. lav. e il consenso (del lavoratore)*, in q. Riv., Vol. 2, no. 1, 2016.

organizzazioni o confederazioni a carattere sindacale o di categoria» e «dei dati contenuti nei curricula, nei casi di cui all'articolo 13, comma 5-bis» (ovvero di curricula spontaneamente trasmessi) ⁽⁶¹⁾. Il secondo riguarda il venir meno del solo requisito del consenso, persistendo la necessità di ottenere l'autorizzazione (art. 26 co. 4): quanto ai profili lavoristici di questa seconda ipotesi, oltre al trattamento effettuato da associazioni sindacali (lettera a), rileva in particolare la lettera d), la quale prevede, in maniera non molto dissimile dall'art. 24, che il consenso non sia richiesto se il trattamento «è necessario per adempiere a specifici obblighi o compiti previsti dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria per la gestione del rapporto di lavoro, anche in materia di igiene e sicurezza del lavoro e della popolazione e di previdenza e assistenza, nei limiti previsti dall'autorizzazione e ferme restando le disposizioni del codice di deontologia e di buona condotta di cui all'articolo 111» ⁽⁶²⁾. Quanto all'autorizzazione richiamata, sarà in vigore dal 1° gennaio del 2017 e fino al 24 maggio del 2018 (ovvero fino all'inizio dell'applicazione del nuovo Regolamento UE), l'*Autorizzazione n. 1/2016 - Autorizzazione al trattamento dei dati sensibili nei rapporti di lavoro*. Si tratta di una autorizzazione generale che consente di operare trattamenti nelle modalità e negli ambiti descritti senza necessità di richiedere una diversa autorizzazione di volta in volta.

Si tratta in ogni caso di ipotesi che potrebbero interessare l'ambito di operatività delle attività di *people* o *workforce analytics* solo in circostanze peculiari: si ritiene, dunque, che per porle in essere il consenso sia necessario e, laddove siano interessati dati sensibili, anche l'autorizzazione del Garante.

Per tutti i trattamenti permane, anche rispetto a quelli predisposti in ambito lavorativo, la necessità di fornire previa informativa ai sensi dell'art. 13 e del rispetto, quanto alla liceità del trattamento, dei principi, sopra richiamati, posti dall'art. 11 co. 1 del Codice privacy (finalità, liceità, correttezza, necessità, proporzionalità e non eccedenza).

Rilevano, ancora, le disposizioni lavoristiche previste dallo Statuto e richiamate agli artt. 113, co. 1, e 114 del Codice privacy (divieto di indagini sulle opinioni e disciplina dei controlli a distanza), peraltro assistite dalla sanzione penale di cui all'art. 38 Stat., proprio in ragione di un gioco di richiami tra Codice privacy e Statuto dei lavoratori ⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ Rispettivamente art. 24 co. 3 l. b) e b-bis).

⁽⁶²⁾ Per alcuni spunti di analisi delle due disposizioni con riferimento alla disciplina della direttiva europea si veda A. Sitzia, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori*, cit., 96 ss.

⁽⁶³⁾ Si veda l'art. 171 del d. lgs. 196/2003.

Come noto, l'art. 4 è stato recentemente novellato nell'ambito del processo di riforme del cd. *Jobs Act* ⁽⁶⁴⁾. Per quanto interessa ai nostri fini, esclusa in radice la possibilità dell'utilizzo di software di analisi di *big data* con il fine esplicito del controllo dei lavoratori ⁽⁶⁵⁾ (vietato, nonostante la diversa formulazione, ai sensi del comma 1 ⁽⁶⁶⁾), l'interrogativo principale riguarda il comma 3, che prevede l'utilizzabilità dei dati provenienti dai controlli preterintenzionali o dagli strumenti di lavoro «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro». Tra questi fini ci potrebbero essere anche attività di analisi che rientrano nelle pratiche di *workforce analytics*: vigono in questo caso, oltre ai limiti espressi dalla disciplina privacy, direttamente richiamata dalla disposizione in commento, anche gli oneri di informazione (rafforzata e diversa rispetto all'informativa di cui all'art. 13 del d. lgs. n. 196/2003) rispetto alle modalità d'uso delle strumentazioni e di effettuazione dei controlli.

Rimane, da ultimo, la disposizione di cui all'art. 8 dello Statuto, che ben si presta per sua natura al collegamento tra l'ambito di analisi relativo alla privacy del lavoratore e quello della tutela antidiscriminatoria. Secondo la dottrina prevalente, infatti, nell'art. 8 «convivono una funzione di tutela e una funzione strumentale» ⁽⁶⁷⁾ la prima diretta a difendere il lavoratore contro intrusioni nella sua vita privata o pubblica (qualora non rilevante); la seconda volta a prevenire un uso discriminatorio di alcune informazioni limitandone la possibilità di raccolta.

4. Il divieto di indagini sulle opinioni personali e sui fatti non attinenti alla attitudine professionale e la tutela antidiscriminatoria

L'articolo 8 dello Statuto dei lavoratori così recita: «[è] fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni

⁽⁶⁴⁾ Sulla riforma dell'art. 4, tra gli altri, sia consentito rinviare a E. Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, DRI, n. 4/2015, 988 ss., oltre che a A. Levi (a cura di), *op. cit.*, e ai saggi e agli interventi contenuti nel Vol. 2 n. 1 di q. Riv.

⁽⁶⁵⁾ Esistono sul mercato delle *productivity app*, che raccolgono dati dalla prestazione del dipendente al fine di verificarne la produttività. Inquadra la tematica I. Ajunwa, *Written Testimony of Ijeoma Ajunwa*, testimonianza resa all'evento dell'EEOC citato alla nota 16.

⁽⁶⁶⁾ Sul punto, *ex multis*, I. Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in q. Riv., Vol. 2 n. 1, 2016, 1 ss., 17; A. Levi, *La ridefinizione dell'assetto regolativo dei controlli a distanza, quale tassello di una più complessiva riforma del diritto del lavoro*, in A. Levi (a cura di), *op. cit.*, 7; M. T. SALIMBENI, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 602.

⁽⁶⁷⁾ A. Trojsi, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2013, 121.

politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore».

Come può essere interpretata questa disposizione nei confronti delle attività di *people analytics*? Come opera e con quali effetti?

Una attività di indagine svolta nel contesto della *people analytics* sembra poter interessare la disposizione in commento in due diverse fasi: nella fase di raccolta dei dati e all'esito di una fase di analisi, nel momento della produzione della nuova conoscenza. In altri termini, il divieto incide sulla possibilità di ottenere, dall'interessato o tramite terzi, informazioni riguardanti quegli ambiti specifici, così come sulle finalità di acquisizione della conoscenza dell'analisi.

Se il primo caso è abbastanza ovvio, il secondo può essere chiaramente spiegato con un esempio, ampiamente citato nella letteratura americana di riferimento. Come ricorda Pauline Kim: «alcuni anni orsono, la catena di supermercati Target ha utilizzato le informazioni relative agli acquisti per identificare i clienti che erano ai primi stadi della propria gravidanza, in modo tale da inviare ad essi buoni sconto per prodotti per bambini». E continua riconoscendo come «[u]n datore di lavoro con accesso ad un imponente volume di dati relativi alle attività [dei lavoratori] potrebbe, allo stesso modo, utilizzare tali informazioni per predire quale candidati o dipendenti potrebbero in futuro sviluppare complicazioni mediche»⁽⁶⁸⁾ o, si può aggiungere, per determinare lo stato di salute anche attuale degli stessi.

Da sottolineare, come nessun rilievo scriminante abbia, nel contesto della disposizione in esame, il consenso dell'interessato, data la natura indisponibile del diritto sancito; inoltre, il divieto non riguarda notizie riservate o segrete, rilevando a questi fini anche l'indagine riguardante notizie pubblicamente accessibili⁽⁶⁹⁾. Infatti, «i dati ai quali si riferisce [il divieto, N.d.A.] non si collocano in una sfera strettamente privata, dalla quale si vuole allontanare qualsiasi sguardo indesiderato. Sono invece costitutivi della proiezione pubblica della persona, sì che accompagnarli con un divieto di raccolta ha la funzione di evitare che, su questa base, un lavoratore possa essere discriminato»⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁸⁾ P. T. Kim, *Data-Driven Discrimination*, cit. Traduzione mia. In tema si veda I. Ajunwa et al., *Health and Big Data: An Ethical Framework for Health Information Collection by Corporate Wellness Programs*, in *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Vol. 44, 2016, 474 ss.

⁽⁶⁹⁾ S. Cui, *Il diritto penale del lavoro: sicurezza del lavoro, malattie professionali, previdenza ed assistenza, soggetti deboli, discriminazione, controlli e risarcimento del danno*, Halley, 2007, 235. Conformemente, si veda E. Barraco A. Sitzia, *Potere di controllo e privacy*, cit. 101 ss.

⁽⁷⁰⁾ S. Rodotà, *Prefazione*, in A. Trojsi, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, cit.

In base a ciò, richiedere o ricercare – si pensi alle possibilità offerte dalle analisi dei comportamenti sui social network di aspiranti o dipendenti ⁽⁷¹⁾ – informazioni relative agli ambiti vietati, da utilizzare per il funzionamento del modello analitico prescelto o da ottenere come esito della ricerca risulterebbe penalmente rilevante.

Se, pochi dubbi circondano le opinioni personali, la cui indagine risulta vietata, maggiori dubbi ermeneutici solleva l'interpretazione della seconda parte dell'articolo, laddove il divieto è esteso ai «fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale»; è una espressione che, secondo una lettura *a contrario*, va ad individuare l'ambito di rilevanza della sfera privata del lavoratore nel rapporto di lavoro, ai fini della sua costituzione e proseguimento ⁽⁷²⁾. Si viene così a costituire un divieto dal nucleo ben delineato, ma dai contorni estremamente variabili, con la connessa necessità di definire di volta in volta l'estensione della sfera vietata in ragione delle peculiarità del rapporto di lavoro instauratosi ⁽⁷³⁾.

La rilevanza ai fini della valutazione dell'attitudine professionale rappresenta, dunque, il discrimine tra una indagine vietata ed una conforme all'ordinamento. Nell'ambito delle pratiche di *analytics* questa limitazione pone non poche questioni, che si ricollegano alle modalità di acquisizione della conoscenza tipiche delle pratiche in commento.

Al di là di usi volontariamente in violazione, la questione di fondo che si pone rispetto alle attività di *people analytics* volte a definire l'attitudine professionale di un candidato o di un dipendente (in vista di assunzioni, promozioni, trasferimenti o ancora modifiche dell'organizzazione che le rendano più profittevoli) riguarda il necessario collegamento che ci deve essere tra il fatto indagato e l'accertamento di tale attitudine professionale, nel senso che il primo è funzionale al secondo.

L'attinenza del fatto indagato rispetto all'attitudine professionale del lavoratore risulta fondarsi, nell'ambito dei modelli di *analytics*, su correlazioni più che su un rapporto di causa ed effetto. Come si è già avuto modo di sottolineare, però, tali correlazioni sono spesso oscure rispetto alla loro natura: se l'attinenza fosse intesa anche come mera correlazione statistica allora una indagine sulle preferenze rispetto alle patatine preferite dal candidato al fine

⁽⁷¹⁾ Per una riflessione sull'applicabilità dell'art. 8 ai *social network*, si veda F. Iaquina, A. Ingraio, *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, DRI, 4/2014, 1041 ss.

⁽⁷²⁾ Ancora E. Barraco A. Sitzia, *Potere di controllo e privacy*, cit., 102.

⁽⁷³⁾ Sul punto, tra gli altri, già G. Pera, *sub. Art. 8*, in C. Assanti, G. Pera, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, CEDAM, 1972, 108.

della verifica della sua futura produttività potrebbe ritenersi eccettuata dal divieto ⁽⁷⁴⁾. Allo stesso modo, risulterebbe rilevante ai fini dell'attitudine professionale richiedere informazioni relative alla squadra preferita o a qualsiasi altro comportamento sociale, laddove il modello costruito riscontri una correlazione statistica.

Ma la validità di una correlazione dipende dalla correttezza dei dati utilizzati, dalla capacità rappresentativa del campione selezionato e potrebbe, peraltro, non rimanere stabile nel tempo ⁽⁷⁵⁾.

Il problema della natura della correlazione si ripercuote poi, a valle, sull'attività decisionale, laddove si ritenesse che il profilo di tutela preliminare offerto dall'art. 8 Stat. lav. non sia interessato dalla particolare modalità di indagine. In questa fase, a quanto considerato, si deve aggiungere una analisi degli effetti sull'attività decisionale dell'utilizzo di tali correlazioni.

Come si è anticipato in apertura dell'articolo la decisione potrebbe essere affetta da un errore nella costruzione del modello o nei dati in essa trattati, oppure essere discriminatoria in ragione di pregiudizi, volontari o meno, che potrebbero trovarvisi introdotti, anche a prescindere dall'esistenza di errori ⁽⁷⁶⁾. Si tratta di problematiche che vanno ad inficiare l'affidabilità e la legittimità della correlazione utilizzata.

Una attività discriminatoria volontaria nell'ambito dell'utilizzo della *people analytics* potrebbe occorrere laddove criteri discriminatori siano direttamente inseriti nel modello; le possibilità di discriminazione sono, però, aumentate dalla possibilità di utilizzare dei criteri correlati con questi, e che non risultino *prima facie* discriminatori, al fine di guidare in un certo senso le

⁽⁷⁴⁾ L'esempio delle patatine si basa sullo studio riportato in P. T. Kim, *Data-Driven Discrimination*, cit., secondo cui sussiste una forte correlazione statistica tra il mettere un *like* su Facebook alle *curly fries* e l'intelligenza di una persona. Un altro esempio, tratto da A. C. King, M. Mrkonich, *"Big Data" and the Risk of Employment Discrimination*, cit. 559, riguarda la correlazione tra capacità nel *coding* e accesso a siti web di manga giapponesi.

⁽⁷⁵⁾ Ancora, tra gli altri, A. C. King, M. Mrkonich, *"Big Data" and the Risk of Employment Discrimination*, cit. Particolarmente suggestiva la spiegazione utilizzata, fondata sull'adagio di Korzybski secondo cui «una mappa non è un territorio» da A. Mantelero, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics*, cit., 240-241, laddove sottolinea che «la logica dell'autore della mappa, il modo in cui il territorio è rappresentato e i potenziali errori della rappresentazione possono produrre diverse mappe dello stesso territorio. Le mappe non sono neutre. Allo stesso modo, nelle indagini sociali, le strategie utilizzate per raggruppare i dati, la logica della *big data analytics* e i potenziali pregiudizi inseritivi possono avere un'influenza sulla rappresentazione dei gruppi e della società». Traduzione mia.

⁽⁷⁶⁾ Sono queste le quattro categorie di rischi nei processi decisionali del lavoro segnalate da Pauline Kim: discriminazione intenzionale; errore nei dati; pregiudizi statistici; svantaggi strutturali. Anche altre tassonomie sono state proposte. In particolare si veda S. Barocas, A. D. Selbst, *Big Data's Disparate Impact*, cit.

decisioni: un esempio rilevato in dottrina è quello di utilizzare lo *zip code* (il CAP) al fine di escludere candidati di una certa origine etnica ⁽⁷⁷⁾.

Un effetto discriminatorio può anche derivare dalle modalità di costruzione del modello, laddove, per esempio, vi sia una sottorappresentazione di un certo gruppo nella fase di creazione del modello o si utilizzino criteri, che seppur neutri, impattino in maniera differente su diversi gruppi sociali: è discusso, per esempio, l'impatto dell'uso della *gamification* su lavoratori e candidati di età diverse ⁽⁷⁸⁾.

Nel contesto giuslavoristico italiano, la tutela antidiscriminatoria si articola in diversi atti che si sviluppano in un periodo di tempo piuttosto lungo, a cominciare dal secondo dopoguerra ⁽⁷⁹⁾. Per quanto qui interessa, di particolare rilievo risultano essere, oltre ai contenuti dell'art. 15 Stat. lav., i d. lgs. n. 215 e n. 216 del 2003 (che recepiscono le direttive europee, rispettivamente, in materia parità di trattamento indipendentemente da razza ed origine etnica e in materia di parità di trattamento indipendentemente da religione, convinzioni personali, handicap, età ed orientamento sessuale) nonché il d. lgs. n. 198/2006 in materia di pari opportunità tra uomo e donna.

La disciplina italiana ed europea – similmente a quelle americana del *disparate treatment* e *disparate impact* analizzata dalla dottrina richiamata ⁽⁸⁰⁾ – distingue tra discriminazione diretta ed indiretta. Nonostante una diversa formulazione tra i decreti del 2003 e la disciplina del Codice delle pari opportunità, si può, in buona approssimazione e in coerenza con la disciplina europea, affermare che per discriminazione diretta si intende il trattamento meno favorevole riservato ad una persona a causa di uno dei fattori vietati, laddove la nozione di “minor favore” può essere indagata anche tramite comparazione meramente ipotetica ⁽⁸¹⁾. Una discriminazione indiretta, invece, si verifica quando «una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possano» mettere persone che si ritrovino in una categoria protetta «in posizione di particolare svantaggio» ⁽⁸²⁾. Esistono, comunque, deroghe e cause di giustificazione rispetto all'utilizzo di

⁽⁷⁷⁾ Si veda M. T. Bodie et al., *The Law and Policy of People Analytics*, cit.

⁽⁷⁸⁾ Il tema è particolarmente approfondito in D. D. Savage, R. Bales, *Video Games in Job Interviews*, cit.

⁽⁷⁹⁾ A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, CEDAM, 2010, 21.

⁽⁸⁰⁾ Sul punto, in maniera approfondita, oltre a P. T. Kim, *Data-Driven Discrimination*, cit.; S. Barocas, A. D. Selbst, *Big Data's Disparate Impact*, cit., 694 ss.

⁽⁸¹⁾ M. Barbera, *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007, XXXIII.

⁽⁸²⁾ Così gli artt. 2, co. 1, l. b) dei d. lgs. n. 215 e n. 216 del 2003.

fattori discriminatori in via diretta o indiretta, differentemente normati nelle diverse discipline citate e che in generale si riconnettono ad effettive e legittime esigenze dell'impresa relative a requisiti essenziali per lo svolgimento dell'attività lavorativa ⁽⁸³⁾.

È questo il contesto normativo in cui si inserisce la *people analytics*: occorre ora interrogarsi su come tali tutele possano operare rispetto a queste nuove modalità di management. Tanto nel caso di una discriminazione attuata intenzionalmente, quanto nel caso in cui gli effetti discriminatori conseguano all'attività di *analytics* in via involontaria, non sembra porsi in dubbio l'applicazione delle tutele antidiscriminatorie. Ciò è vero laddove si riscontri nel comportamento una discriminazione diretta (ad esempio quando il modello è utilizzato per individuare una certa categoria di persone da escludere dalla selezione) o una discriminazione indiretta (è il caso, al di là della intenzionalità, di modelli e conseguenti processi decisionali apparentemente neutri, ma dai quali scaturisca un impatto diverso su diverse categorie protette di lavoratori).

Sembrerebbe, peraltro, difficile nel caso di attività di *people analytics* che dovessero essere ritenute discriminatorie, pensare di applicare le cause di giustificazione previste dalla normativa.

La disciplina antidiscriminatoria sembrerebbe, quindi, in linea di principio, in grado di rispondere ai pericoli dell'uso dei *big data*. Sussistono, però, delle difficoltà laddove dal piano dei principi di diritto si passi ad una analisi dell'atto pratico. Un problema fondamentale è quello di individuare il pregiudizio dovuto all'utilizzo di un modello statistico *biased*. Le modalità di funzionamento degli algoritmi utilizzati sono spesso oscure e poco comprensibili agli stessi addetti ai lavori – senza contare il fatto che questi servizi sono spesso forniti da società che sottopongono i loro modelli a regimi di segretezza – dal momento che sotto analisi viene sottoposta una innumerevole quantità di dati. Per il candidato o il lavoratore risulterebbe ancora più arduo capire se il modello utilizzato ha degli esiti discriminatori nei propri confronti, esiti che si riconnettono all'appartenenza ad una categoria protetta. Inoltre, spesso, esse sono conseguenza di correlazioni tra fattori diversi da quelli protetti, che a loro volta si ricollegano alla caratteristica protetta (si è già fatto l'esempio del CAP).

5. Note conclusive

⁽⁸³⁾ Sul punto, ancora, A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro*, cit., 182 ss.

Come si è visto, tanto la disciplina in materia di privacy (come è oggi e come sarà in futuro), quanto quella antidiscriminatoria prevedono delle discipline limitative rispetto all'uso dei *big data* nell'ambito delle pratiche di gestione del personale, al netto delle problematiche segnalate. Dall'interazione delle due discipline potrebbe scaturire una tutela in grado di coprire le diverse fasi delle prassi di *people analytics*. Quanto alle problematiche emerse rispetto alla affidabilità del modello con riferimento alle informazioni prodotte tramite l'algoritmo, che come abbiamo visto potrebbe essere inficiata in diversi modi, una indicazione importante ci giunge da un provvedimento del Garante privacy, che si è interessato del trattamento effettuato da una piattaforma al fine della costruzione del *rating* reputazionale di persone fisiche e giuridiche al fine di agevolare il funzionamento del mercato ⁽⁸⁴⁾. Benché si tratti di un caso diverso, vale qui sottolineare come uno dei motivi del rifiuto sia da riscontrarsi nella mancata affidabilità dell'algoritmo utilizzato per la costruzione del dato relativo alla reputazione, andando così a violare il principio di qualità dei dati (art. 11, co 1, l) c), i quali debbono essere corretti e pertinenti non solo rispetto agli input, ma anche rispetto agli output del processo di *analytics*. Le correlazioni trovate tramite l'*analytics* e su cui si fonda il modello, potranno essere utilizzate laddove rispondano a questo requisito: resta da verificare quanto stringente potrà essere l'interpretazione del requisito, ovvero se la qualità dell'informazione dovrà basarsi sul nesso di causalità tra dati trattati e conoscenza costruita o su un grado di solidità statistica assai elevato.

Oltre che sul contesto legale odierno, è sui possibili risvolti etici futuri della *people analytics* che una riflessione attenta sembra richiedersi ⁽⁸⁵⁾. Tale pratica, infatti, sembra inserirsi perfettamente nell'«immaginario cibernetico che domina oggi le menti e porta con sé l'ideale di una governance basata sui numeri» ⁽⁸⁶⁾. L'automatizzazione spinta che caratterizza queste pratiche e che interessa non solo la fase di analisi dei dati, ma sempre più anche quella

⁽⁸⁴⁾ Per un commento al provvedimento sia consentito rinviare a E. Dagnino, *Una questione di fiducia: la reputazione ai tempi delle piattaforme online tra diritto alla privacy e prospettive di mercato*, DRI, 1/2017, 347 ss.

⁽⁸⁵⁾ L'esigenza di interrogarsi sui profili etici dei big data è avvertita anche a prescindere dall'ambito lavoristico, come dimostra l'interesse in questo senso delle istituzioni ed, in particolare del Garante Europeo per i dati personali, che per affrontare la tematica ha costituito un gruppo di lavoro (si veda European Data Protection Supervisor, *Opinion 4/2015. Towards a new digital ethics*, 15 settembre 2015) e della dottrina (in senso ampio si veda l'edizione tematica del *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, Vol. 374, 2016, dedicata a "The Ethical Impact of Data Science" e, in particolare, l'introduzione di L. Floridi, M. Taddeo, *What is data ethics*; ancora sul punto V. Zeno-Zencovich, G. Giannone Codiglione, *Ten legal perspectives on the "big data revolution"*, *Concorrenza e Mercato*, vol. 23/2016, 53 ss.).

⁽⁸⁶⁾ A. Supiot, *La gouvernance par le nombre*, Fayard, 2015. Traduzione mia.

decisionale e gestionale (*management by algorithm*) in questo contesto sembra poter produrre un rischio di de-umanizzazione del lavoro, laddove non sia il processo produttivo ad adattarsi alle caratteristiche dell'uomo, ma l'uomo a dover inserirsi in esso e rispondere automaticamente a quelle esigenze di miglioramento della *performance* che sono alla base delle attività imprenditoriali. Per alcuni autori ⁽⁸⁷⁾ si tratterebbe, addirittura, di un effetto intrinseco dell'innovazione tecnologica nell'ambito di mercati competitivi. In questo secondo caso, le informazioni potrebbero essere utilizzate per capire fino a che punto è possibile "spremere" un dipendente o per selezionare solo i dipendenti che si prestino ai più elevati standard di performance, escludendo così tutti quei lavoratori che per condizioni soggettive (tanto di salute, quanto educative e formative) non siano in grado di rispettare tali standard o ancora per individuare quei lavoratori che potranno in futuro soffrire di determinate patologie così da evitare di assumerli o promuoverli.

Di contro, i processi di analisi e di estrazione di informazioni concessi dai *big data*, possono essere utilizzati per combattere i pregiudizi e possono, anche, portare a migliori informazioni per valorizzare l'apporto di lavoratori con diverse capacità lavorative e fare in modo che i carichi di lavoro siano improntati ai migliori standard di salute, evitando i rischi di *burnout*. È prevedibile, infatti, che nel futuro diventi sempre più importante pensare ai carichi di lavoro, alla salute e alla protezione della privacy in connessione ⁽⁸⁸⁾.

Proprio nell'ambito delle pratiche di *well-being*, peraltro, è stato osservato come quello dell'uso dei *big data* rappresenti uno dei principali motivi di disaffezione da parte dei dipendenti, essendo vista tale pratica come una illegittima intrusione nella loro vita privata laddove tali dati siano raccolti in maniera nominale ⁽⁸⁹⁾.

Il diritto, e nel caso di specie il diritto del lavoro, deve intervenire per conformare le tendenze verso una verità ricercata – e come si è visto ben lungi dall'essere raggiunta – meccanicamente tramite un processo eminentemente tecnico-scientifico agli interessi della giustizia sociale ⁽⁹⁰⁾.

Come è stato sottolineato, nel mondo cibernetico «il codice è la legge»: infatti, se «nel mondo reale, riconosciamo come le leggi regolino – attraverso

⁽⁸⁷⁾ J. Raso Delgue, *I rapporti di lavoro nell'era digitale*, DRI, 4/2014, 958.

⁽⁸⁸⁾ M. Maschke, *Digitalisation: challenges for company codetermination*, ETUI Policy Brief, n. 7/2016, 2

⁽⁸⁹⁾ M. Edwards, A. Sutton, *Three ways employers get well-being at work wrong*, The Conversation, 24 agosto 2016.

⁽⁹⁰⁾ Su verità e giustizia, tra tecnica e diritto ancora A. Supiot, *La gouvernance par le nombre*, cit. Sulla sfida epistemologica del fenomeno *big data* anche V. Zeno-Zencovich, G. Giannone Codiglione, *op. cit.*, 54.

costituzioni, statuti e altri codici legali, in quello cibernetico dobbiamo capire come un differente “codice” *regoli* – come software e hardware (ovvero il “codice” del cberspazio), che lo conformano, regolano il cberspazio così com’è»⁽⁹¹⁾. L’attenzione, allora, dovrà essere anticipata dal momento dell’implementazione del processo a quello del design. È una intuizione che già da tempo ha trovato espressione proprio nell’ambito della privacy grazie all’opera di Ann Cavoukian relativa alla cosiddetta *privacy by design*⁽⁹²⁾ e recentemente introdotta nell’ordinamento europeo per il tramite del già citato Regolamento Europeo per la protezione dei dati personali nella forma della *data protection by design e della data protection by default*⁽⁹³⁾.

È in fase di design che si può avere un primo fondamentale intervento per conformare tali pratiche al rispetto della riservatezza dei lavoratori, ma anche per impedire decisioni automatizzate che risultino discriminatorie, assicurare l’affidabilità dei modelli utilizzati e ancora per orientare gli obiettivi nel senso di un miglioramento produttivo che sia anche miglioramento delle condizioni dei lavoratori.

Come è stato rilevato, potrà, inoltre, essere utile coinvolgere le rappresentanze sindacali nella strutturazione delle pratiche di *people analytics*, così da assicurare la garanzia dei diritti dei lavoratori e dei candidati⁽⁹⁴⁾.

In conclusione si vuole sottolineare come le pratiche di *people analytics* siano ancora in una prima fase e così i relativi studi, che si concentrano al momento sulle potenzialità dello strumento. Peraltro, come suggerito da Mantelero, ad una dimensione di analisi individuale, quale quella seguita per lo più in questo contributo, si deve necessariamente aggiungere la dimensione della collettività⁽⁹⁵⁾, allorché le decisioni che si fondano sulle attività di analisi dei *big data* vanno ad interessare i lavoratori come gruppo (o come membri del gruppo di lavoro) o l’organizzazione aziendale in generale. Si pensi ad una analisi che dia come esito quello di una necessaria riorganizzazione, diciamo di un *downsizing*, della struttura produttiva e vada ad individuare quale area dovrebbe essere ridotta. Nel momento in cui vi dovesse essere un licenziamento oggettivo su questa base, tale decisione potrebbe essere inficiata

⁽⁹¹⁾ L. Lessig, *Code is Law*, Basic Book, 2006, 5. Traduzione mia.

⁽⁹²⁾ Si veda, tra gli altri documenti sul tema, A. Cavoukian, *Privacy by Design. The 7 Foundational Principles*.

⁽⁹³⁾ Sul punto, approfonditamente, F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46*, cit. 287 ss.

⁽⁹⁴⁾ M. T. Bodie et al., *The Law and Policy of People Analytics*, cit.

⁽⁹⁵⁾ A. Mantelero, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics*, cit.

da errori nell'attività di analisi non differenti da quelli evidenziati. Decisioni di questo tipo potrebbero essere prese in diversi ambiti dell'attività di impresa. Altre ricerche saranno, quindi, necessarie per approfondire gli effetti di tali pratiche. Di fronte al ricercatore si pone, però, fin da subito, l'esigenza di guardare al fenomeno con un approccio di tipo diverso, che sappia tenere in conto l'innovazione di una automatizzazione che interessa oggi anche le attività di gestione del personale e che richiederà soluzioni innovative e un proficuo dialogo interdisciplinare con il mondo del management e con quello dell'informatica.

Bibliografia

- Ajunwa I. et al., *Health and Big Data: An Ethical Framework for Health Information Collection by Corporate Wellness Programs*, in *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Vol. 44, 2016.
- Albrecht J. P., *How the GDPR Will Change the World*, *European Data Protection Law Review*, 3/2016.
- Alvino I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *q. Riv.*, Vol. 2 n. 1, 2016.
- Barbera M., *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007.
- Barocas S., Selbst A. D., *Big Data's Disparate Impact*, *California Law Review*, Vol. 104, 2016.
- Barraco E., Sitzia A., *Potere di controllo e privacy. Lavoro, riservatezza e nuove tecnologie*, Wolters Kluwer, 2016.
- Bodie M. T. et al., *The Law and Policy of People Analytics*, di prossima pubblicazione in *University of Colorado Law Review*.
- Brynjolfsson E., Silberholz J., *"Moneyball" for Professors?*, *MIT Sloan Management Review*, 14 dicembre 2016.
- Buyya R. et al., *Big Data: Principles and Paradigms*, Morgan Kaufmann, 2016.
- Buzzacchi C., *La politica europea per i big data: prospettive di maggiore concorrenza?*, *Concorrenza e Mercato*, Vol. 23/2016.
- Calafà L., *I limiti derivanti dalla disciplina della tutela della riservatezza*, in A. Levi (a cura di), *Il nuovo art.4 sui controlli a distanza. Lo statuto dei lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016.
- Cherry M. A., *The gamification of work*, *Hofstra Law Review*, Vol. 40, 2012.
- Cui S., *Il diritto penale del lavoro: sicurezza del lavoro, malattie professionali, previdenza ed assistenza, soggetti deboli, discriminazione, controlli e risarcimento del danno*, Halley, 2007.
- Custers B., *Data Dilemmas in the Information Society: Introduction and Overview*, in Custers B. et al., *Discrimination and Privacy in the Information Society. Data Mining and Profiling in Large Databases*, Springer, 2013.
- Dagnino E., *Il lavoro nella on-demand economy: esigenze di tutela e prospettive regolatorie*, in *q. Riv.*, vol. 1 n. 1, 2015.
- Dagnino E., *Tecnologie e controlli a distanza*, *DRI*, n. 4/2015.
- Dagnino E., *Una questione di fiducia: la reputazione ai tempi delle piattaforme online tra diritto alla privacy e prospettive di mercato*, *DRI*, n. 1/2017.
- Degrype C., *Digitalisation of the economy and its impact on the labour markets*, ETUI, Working Paper 2016.02.
- Deregibus V., Machì G., *Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec(2015)5 e Jobs Act: profili di compatibilità e prospettive di tutela*, in *Bollettino ADAPT*, 26 marzo 2015.
- Edwards M., Sutton A., *Three ways employers get well-being at work wrong*, *The Conversation*, 24 agosto 2016.
- Floridi L., Taddeo M., *What is data ethics*, *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, Vol. 374, 2016.
- Frey C. B., Osborne M. (a cura di), *Technology at Work. The Future of Innovation and Employment*, Citi GPS: Global Perspectives & Solutions, febbraio 2015.
- Gil Gonzalez E., *Big data, privacidad y protección de datos*, Agencia Española de Protección de Datos, 2016.

- Goodman B., Flaxman S., *European Union regulations on algorithmic decision-making and a "right to explanation"*, presentato al ICML 2016 nel Workshop *Human Interpretability in Machine Learning* (WHI 2016), New York, 2016.
- Harvard Business Review Analytic Services, *HR Joins the Analytics Revolution*, Harvard Business Review.
- Hoffman S., *Big Data and the Americans with Disability Act*, di prossima pubblicazione in *Hastings Law Journal*, 2017.
- Iaquinta F., Ingraio A., *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, DRI, 4/2014.
- Kamarinou D. et al., *Machine Learning with Personal Data*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper 247/2016, 2016.
- Kim P. T., *Data-Driven Discrimination*, di prossima pubblicazione in *William and Mary Law Review*, 2017.
- Kim P. T., Hanson E., *People Analytics and the Regulation of Information under the Fair Credit Reporting Act*, di prossima pubblicazione in *St. Louis University Law Journal*, vol. 61, 2017.
- King A. C., Mrkonich M., *"Big Data" and the Risk of Employment Discrimination*, *Oklahoma Law Review*, Vol. 68 N. 3, 2016.
- Lassandari A., *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, CEDAM, 2010.
- Lessig L., *Code is Law*, Basic Book, 2006.
- Levi A. (a cura di), *Il nuovo art.4 sui controlli a distanza. Lo statuto dei lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016.
- Levi A., *La ridefinizione dell'assetto regolativo dei controlli a distanza, quale tassello di una più complessiva riforma del diritto del lavoro*, in A. Levi (a cura di), *op. cit.*
- Machi G., *Big data: possibilità e pericoli derivanti dall'introduzione in azienda*, *Bollettino Adapt*, 26 gennaio 2016.
- Mantelero A., *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection*, *Computer Law & Security Review*, Vol. 32, 2016.
- Marr B., *The Sharing Economy - What It Is, Examples, And How Big Data, Platforms And Algorithms Fuel It*, *Forbes*, 21 ottobre 2016.
- Maschke M., *Digitalisation: challenges for company codetermination*, ETUI Policy Brief, n. 7/2016.
- Mayer-Schönberger V., Cukier K., *Big Data. A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think*, John Murray, 2013.
- Mayer-Schönberger V., Padova Y., *Regime Change? Enabling Big-Data through Europe's New Data Protection Regulation*, *Columbia Science and Technology Law Review*, Vol. 17, 2016.
- Ogriseq C., *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente*, in *q. Riv.*, Vol. 2, no. 2, 2016.
- Oostven M., *Identifiability and the applicability of data protection to big data*, *International Data Privacy Law*, pubblicato online.
- Pera G., *sub. Art. 8*, in Assanti C., Pera G., *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, CEDAM, 1972.
- Pizzetti F., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, 2016.
- Pizzetti F., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Giappichelli, 2016.

- Proia G., *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, RIDL, 4/2016.
- Raso Delgue J., *I rapporti di lavoro nell'era digitale*, DRI, 4/2014.
- Rodotà S., *Prefazione*, in A. Trojsi, *op. cit.*
- Salimbeni M. T., *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, RIDL, 4/2015.
- Savage D. D., Bales R., *Video Games in Job Interviews: Using Algorithms to Minimize Discrimination and Unconscious Bias*, di prossima pubblicazione in *ABA Journal of Labor & Employment Law*, vol. 32, 2017.
- Seghezzi F., *Le grandi trasformazioni del lavoro, un tentativo di periodizzazione. Appunti per una ricerca*, Working Paper ADAPT, 2 febbraio 2015, n. 169.
- SHRM Foundation, *Use of Workforce Analytics for Competitive Advantage*, Maggio 2016.
- Sitzia A., *I controlli a distanza dopo il "Jobs Act" e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in LG, 7/2015.
- Sitzia A., *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 st. lav. e il consenso (del lavoratore)*, in q. Riv., Vol. 2, no. 1, 2016.
- Supiot A., *La gouvernance par le nombre*, Fayard, 2015.
- Trojsi A., *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2013.
- Tronti L., *Economia della conoscenza, innovazione organizzativa e partecipazione cognitiva. Un nuovo modo di lavorare*, Economia & Lavoro, 3/2015.
- Valenduc G., Vendramin P., *Work in the digital economy: sorting the old from the new*, ETUI Working Paper 2016.03.
- Zeno-Zencovich V., Giannone Codiglione G., *Ten legal perspectives on the "big data revolution"*, Concorrenza e Mercato, vol. 23/2016.