



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Rapporto di lavoro e *big data analytics*: profili
critici e risposte possibili**

ANNA ROTA
Università di Bologna

vol. 3, no. 1, 2017

ISSN: 2421-2695





Rapporto di lavoro e *big data analytics*: profili critici e risposte possibili

ANNA ROTA

Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro
Università di Bologna
anna.rota2@unibo.it

ABSTRACT

The essay deals with the effects of Revolution management caused by the rapid succession of “algocracy”. In particular, it analyzes the potential and the risks of Advanced Analysis Techniques in the field of labour relations, mentioning primarily the ways in which public decision-making has become increasingly dependent on algorithmic assistance.

Through the analysis of the National legal framework (Art. no. 8 of Workers’ Statute; anti-discrimination law) the A. identifies the limits associated to the use of Big Data Analysis Systems and outlines two possible future solutions that provide more adequate and effective protection for the employee’s fundamental rights than now.

Keywords: big data analytics; investigations into employees’ personal opinions; discrimination; employee’s fundamental rights; data protection.

Rapporto di lavoro e *big data analytics*: profili critici e risposte possibili

SOMMARIO: 1. Introduzione: imprese e soggetti pubblici di fronte all'incalzare della «algocrazia». – 2. La riflessione giuridica sui rischi della *big data analytics*. Profili critici sul piano della relazione individuale di lavoro. – 2.1. Lo spazio di operatività dell'art. 8 St. lav. ... – 2.2. ... e del diritto anti-discriminatorio. – 3. Quali risposte possibili?

1. Introduzione: imprese e soggetti pubblici di fronte all'incalzare della «algocrazia»

Nell'epoca della economia digitale e dell'automazione dei processi produttivi crescente rilevanza assumono i *big data*, frutto di quel progresso scientifico e tecnologico che ha saputo coniugare la potenza di elaborazione di grandi moli di dati provenienti da fonti eterogenee (tra cui immagini, *e-mails*, dati GPS, informazioni derivanti da *social networks*) con l'accresciuta velocità delle connessioni *Internet* (1).

Sul carattere strategico dei *big data* si soffermano da tempo le istituzioni europee con l'obiettivo di costruire un ecosistema *innovation-friendly* in cui le aziende private trovino i giusti incentivi per investire nella *data economy*, valorizzando il potenziale economico di tali elementi di conoscenza per lo sviluppo dell'Unione e di più efficienti strategie di *management* (2).

Non stupisce dunque che il tema generi un certo entusiasmo tra le imprese (3). I dati elaborati dalle tecnologie avanzate di analisi si rivelano un *input* essenziale per preservare la competitività nel mercato globale, incidendo

(1) Sulle caratteristiche dei *big data* v., fra gli altri, R. M. VISCONTI, *Valutazione dei big data e impatto su innovazione e "digital branding"*, *Dir. Ind.*, 2016, 1, 46 ss.; A. DE MAURO - M. GRECO - M. GRIMALDI, *What is big data? A consensual definition and a review of key research topics*, "AIP Conference Proceedings", 2015, 97-104.

(2) Cfr. G. VALENDUC – P. VENDRAMIN, *Le travail dans l'économie digitale: continuités et ruptures*, *WP ETUI*, 2016.03, 20; C. DEGRYSE, *Les impacts sociaux de la digitalisation de l'économie*, *WP Etui*, 2016.02, 11. Tra i provvedimenti più significativi, la Comunicazione *Towards a thriving data-driven economy* (COM(2014)442), elaborata dalla Commissione, traccia scenari particolarmente ottimistici al pari di quanto l'*International Data Corporation* intravede nel valutare il mercato dei *big data* come assai più redditizio di quello delle ITC.

(3) Da una ricerca della *School of Management* del Politecnico di Milano è emerso che il 76% delle grandi imprese italiane adotta soluzioni di *Performance Management & Basic Analytics* (che permettono un'analisi descrittiva dei dati), ma solo il 36% utilizza sistemi avanzati di *Analytics* per l'analisi predittiva. Così A. ROMANO, *Big data e controllo dei costi delle telecomunicazioni: un caso aziendale*, *Contr. Gest.*, 2016, 2, 35.

anzitutto sui costi della produzione e sul miglioramento della comunicazione nelle pratiche commerciali (4).

Né meraviglia che lo stesso *asset* informativo si ponga alla base di alcune iniziative ministeriali per valutare le politiche di contrasto al lavoro irregolare e l'efficacia dei servizi per l'impiego nel *matching* domanda/offerta di lavoro (elaborando i *curricula* disponibili sul *web* e le offerte di lavoro, anche quelle non particolarmente formalizzate) (5). Lo straordinario patrimonio di dati messo a disposizione dalle tecniche di analisi avanzata è stato valorizzato anche dall'Inail nelle indagini sulla correlazione fra infortuni/malattie professionali e contesto locale, comportamenti aziendali, generatori di *stress*, stile di vita del lavoro ed azioni di prevenzione. Ciò al fine di perseguire il miglioramento degli *standard* di tutela agendo principalmente sulla percezione del rischio professionale e sulla corretta gestione dei premi assicurativi in relazione ai fattori rilevati attraverso sofisticati sistemi di profilazione (6).

Dalle strategie in atto, tanto a livello imprenditoriale quanto sul versante istituzionale, emergono i primi effetti della «*management revolution*» (7) indotta dalla c.d. “algocrazia”. La forza dirompente di queste dinamiche, alimentate da sistemi di calcolo, programmi informatici ed algoritmi, si attesta nella crescente diffusione di un nuovo modello di *governance* che dall'analisi dei grandi dati ricava elementi di conoscenza cruciali per le politiche aziendali e la più efficiente gestione del servizio pubblico (8).

2. La riflessione giuridica sui rischi della *big data analytics*. Profili critici sul piano della relazione individuale di lavoro.

Attorno allo scenario appena delineato, parallelamente al crescente entusiasmo degli operatori pubblici e privati va segnalata una vivace riflessione giuridica.

(4) Cfr. S. EREVELLES – N. FUKAWA – L. SWAYNE, *Big data consumer analytics and the transformation of marketing*, *Journ. Business Research*, 1. 05.2015, in [http:// dx.doi.org/10.10167](http://dx.doi.org/10.10167); T. LESTAVEL, *Les promesses très commerciales du «big data»*, *Alternatives économiques*, 2015, 350, 70-73.

(5) Si tratta di progetti di *big data* che incrociano dati statistici e analisi di mercato, promossi dal Ministero del Lavoro, su cui R. MORO VISCONTI, *op. cit.*, 2016, 48.

(6) Sugli strumenti di *Advanced Analytics* considerati dall'Inail v. C. DE PADOVA, *La nuova frontiera dell'“IT” (Information Technology)*, *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 2013, 1-2, 247 ss.

(7) L'espressione, mutuata da MCAFEE, A., BRYNJOLFSSON, E., DAVENPORT, T. H., PATIL, D. J., & BARTON, D., “*Big data. The management revolution*”, *Harvard Business Review*, 2012, 10, si riferisce al radicale cambiamento che le tecniche di analisi avanzata apportano alla gestione dei processi produttivi.

(8) Così fra gli altri A. MONLEÓN-GETINO, *El impacto del Big-data en la Sociedad de la Información. Significado y utilidad*, in *Historia y Comunicación Social*, 2015, vol. 20, spec. 428 e 431.

Studiosi del diritto della *privacy*, della concorrenza, delle assicurazioni, della finanza, dei rapporti di lavoro si confrontano, con una crescente frequenza, sulle potenzialità della *big data analytics*, non mancando talvolta di delineare scenari critici in relazione alla garanzia dei diritti fondamentali della persona (9). Tali rischi sono in particolare collegati alle potenziali pratiche discriminatorie del cittadino consumatore/utente (10), in maniera non dissimile da quanto viene ipotizzato quando si valuta il vantaggio competitivo che alcune imprese possono sviluppare nei riguardi di altre realtà economiche organizzate, ove risultino detentrici di un bagaglio di elementi di conoscenza così cospicuo da consentire un controllo quasi assoluto del mercato (11).

Al centro dell'indagine dei giuslavoristi si pone soprattutto l'incidenza di tali informazioni nella gestione del rapporto individuale di lavoro.

Per un verso si mette in evidenza come «analisi a campione, combinate con i *big data*, possano rivelare informazioni dettagliate su ciascun lavoratore (in particolare sui cicli di *performance*)» (12) e fornire al contempo elementi utili per il *recruiting* e la gestione delle risorse umane. Il riferimento va a quei sistemi di indagine predittiva e monitoraggio della *performance* professionale (13) preimpostati per «selezionare il miglior candidato, promuovere il miglior dipendente, costruire il *team* più funzionante e individuare il lavoratore improduttivo» (14).

Per altro verso, ed analogamente a quanto già rilevato in altri settori disciplinari, una certa preoccupazione viene alimentata da quella parte della dottrina che nei meccanismi di profilazione del *web* e nell'uso di algoritmi

(9) Cfr., *inter alia*: A. MANTELERO, *Rilevanza e tutela della dimensione collettiva della protezione dei dati personali*, *Contr. Impr. Europa*, 2015, 1, 141 ss.; M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità*, in *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, a cura di G. COLANGELO – V. FALCE, Il Mulino, 2017, spec. 69-70. In ambito finanziario e assicurativo v. rispettivamente M. LAMARDINI, *La vigilanza diretta dell'Esma. Un modello per il futuro?*, *Giur. Comm.*, 2016, 4, 450 e D. PORRINI, *Asimmetrie informative e concorrenzialità nel mercato assicurativo: che cosa cambia con i big data?*, *Concorrenza e mercato*, 2016, n. 23, 139 ss.

(10) V. F. BAILO, *Le banche dati al servizio delle piccole e medie imprese*, *Riv. Elettron. Dir. Econ. Manag.*, 2015, 1, spec. 22 ss., in merito ai rischi «ineluttabili – e, almeno in certa misura, amplificati» per la *privacy* dei lavoratori; A. MANTELERO, *op. cit.*, 143 ss., sui fenomeni di discriminazione indotti dai *software* di *Big data analytics* con finalità predittive.

(11) Così F. DI PORTO, *La rivoluzione big data. Una introduzione*, *Concorr. e merc.*, 2016, n. 23, 9 in ripresa di G. PITRUZZELLA, *Big data, competition and privacy: a look from the Antitrust perspective*, *ibidem*, 24 ss. e da M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, *ibidem*, 95 ss.

(12) M. WEISS, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, *DRI*, 2016, 3, 651.

(13) Cfr. M. BOGNI – A. DE FANT, *Big Data: Diritti IP e problemi della privacy*, *Dir. Ind.*, 2015, 2, 117 ss.; R. SILVI – F. VISANI, *Business analytics: nuove prospettive per il performance management*, *Contr. Gest.*, 2016, 4, 1 ss.

(14) Così E. DAGNINO, *Big data e lavoro: le sfide della workforce analytics*, in *La nuova grande trasformazione del lavoro. Lavoro futuro: analisi e proposte dei ricercatori Adapt*, a cura di E. DAGNINO - F. NESPOLI - F. SEGHEZZI, Adapt University Press, 2017, 136.

predittivi ha intravisto il rischio di «nuove prassi discriminatorie e l’attentato alle libertà fondamentali e all’autodeterminazione informativa della persona mediante i *Big Data* e le specifiche tecniche di analisi (*HR Analytics*)» (15).

L’utilizzo di *software* più evoluti rispetto agli «archivi computerizzati» che sul finire degli anni Ottanta permettevano «la detenzione e l’elaborazione di notizie relative a ciascun lavoratore» (16) consente al datore di lavoro di accedere ad un ingente patrimonio informativo, utile per assumere decisioni in merito alla costituzione, esecuzione ed estinzione del vincolo contrattuale. Ciò accresce i timori che già alcuni decenni fa la dottrina aveva espresso nei riguardi dell’informatizzazione dei luoghi di lavoro, arricchendo di nuove suggestioni e problematicità la dialettica tra le potenzialità fornite al processo produttivo dalle tecniche avanzate di analisi e le istanze di tutela dei lavoratori.

2.1 Lo spazio di operatività dell’art. 8 St. lav. ...

Pare opportuno segnalare che i sistemi di analisi avanzata diventano sempre più idonei a trattare, archiviare e utilizzare consistenti flussi di dati, fornendo alle imprese elementi di conoscenza dai quali estrapolare informazioni sul lavoratore, anche quelle non strettamente riferibili alla sua specifica capacità professionale.

Nell’ambito della *big data analytics*, una delle principali criticità deriva dall’incertezza relativa alla conservazione dell’anonimato delle informazioni raccolte (17).

In base a quanto già evidenziato dall’Autorità garante della *privacy* (18), l’associazione di dati e notizie ad uno specifico individuo non va esclusa, vista l’esistenza di *software* atti a ricondurre all’autore anche informazioni apparentemente anonime, con conseguenze di non poco conto sulla sfera

(15) Così P. TULLINI, *Economia digitale e lavoro non standard*, LLI, 2016, vol. 2, n. 2, 6; in termini analoghi, nel dibattito all’estero, v. fra gli altri A. C. KING- M. MRKONICH, “*Big Data*” and the Risk of *Employment Discrimination*, *Oklahoma Law Review*, 2016, vol. 68, n. 3, spec. 563 ss. e P.T. KIM, *Data driven discrimination at work*, *Legal studies research paper series*, Washington University Law, 2016, 10, 4 ss. I moderni sistemi di *big data analytics* sono in grado di offrire informazioni che, se utilizzabili senza limiti, accrescono/aggravano il rischio, già segnalato in relazione al contesto del decennio scorso, di discriminazioni e processi di stigmatizzazione. Sul tema v. A. BELLAVISTA, *Esiste la tutela della privacy nel rapporto di lavoro?* in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali* a cura di P. TULLINI, Cedam, 2010, spec. 172 ss.

(16) V. M.T. SALIMBENI, *La nuova realtà tecnologica aziendale e l’art. 8 dello Statuto dei lavoratori in Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO – R. IMPERIALI D’AFFITTO – C. PISANI – R. ROMEI, Franco Angeli, 1988, 146.

(17) V. G. GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà d’impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali*, *Dir. Inf.*, 2015, in part. 921.

(18) Autorità garante per il trattamento dei dati personali, Parere sul PSN 2014-2016 aggiornamento 2015-2016 - 18 settembre 2014, *doc web* 3458502 e Relazione annuale 2015, spec. 86.

personale e professionale (si allude alla tecnica del c.d. *single-out*). Vengono in considerazione attività potenzialmente suscettibili di alimentare nell'ambito dei rapporti di lavoro comportamenti opportunistici del datore, talvolta anche contrari alla legge.

Nell'ordinamento domestico l'art. 8 St. lav. - concepito con l'obiettivo di tutelare in un'ottica preventiva la dignità, la libertà e la riservatezza del lavoratore - vieta al datore qualsiasi indagine, schedatura, classificazione in relazione alle opinioni politiche, religiose o sindacali e su fatti non rilevanti al fine della valutazione della sua attitudine professionale. Analoga logica pervade l'art. 10, d.lgs. n. 276/2003, fondato sul divieto rivolto alle agenzie per il lavoro, soggetti pubblici e privati autorizzati o accreditati di effettuare indagini o trattamento dati o preselezione dei lavoratori, anche consenzienti, in ordine a una serie di fattori estranei all'attività professionale (19).

L'ingresso delle tecnologie di analisi automatizzata nelle relazioni di lavoro si sottopone al rispetto di vincoli giuridici che la norma di legge pone a carico del datore di lavoro e dei soggetti indicati ai sensi dell'art. 10, d.lgs. n. 276/2003, sia in fase pre-assuntiva quanto durante lo svolgimento del rapporto, per impedire l'acquisizione di notizie che possano costituire la base (*rectius* il primo passo nella direzione) di discriminazioni indotte da considerazioni estranee alla valutazione della capacità professionale (20).

Tale rigore nei confronti dei sistemi di *big data analytics* non sembra mitigato da altre norme dell'ordinamento nazionale. Anzi, è proprio nel combinato disposto tra l'art. 8 St. lav. e le previsioni del d.lgs. n. 196/2003 (d'ora in poi Codice *privacy*) che sorgono i più pregnanti limiti all'utilizzo di sistemi di analisi – maggiormente insidiosi dei vecchi metodi indagatori poiché - tali da incamerare informazioni che almeno potenzialmente aprono ad indagini della sua vita politica e sociale²¹.

(19) Tale norma completa il sistema di tutele legali, garantendo la protezione della sfera privata del lavoratore da indagini condotte (dai soggetti enunciati dalla disposizione) su elementi che non appaiono indispensabili per valutare la sua capacità professionale. Sul campo di applicazione di un divieto che ha recepito i principi e gli indirizzi delle fonti internazionali (specie conv. OIL 181/1997) ed aggiornato i possibili fattori di discriminazione v., fra gli altri, P. TULLINI, *Art. 10. Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori* in *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, 2004, 145 ss.

(20) M. MAGNANI, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, QDLRI, 1994, 54.

(21) Cfr., fra gli altri: A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, 1995; P. CHIECO, *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, Cacucci, 2000; A. AIMO, *Privacy, Libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003; A. SITZIA, *Il diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Cedam, 2013; A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2013.

Fornire, dunque, un'interpretazione rispettosa del quadro normativo significa restringere di molto la concreta possibilità d'impiegare tali strumenti tecnologici nei circuiti della selezione, gestione, cessazione del rapporto. Il ricorso a flussi integrati di dati provenienti da fonti eterogenee non si relaziona perfettamente con il novero di garanzie enucleate a favore del lavoratore (22), a meno che non si dimostri che le informazioni raccolte costituiscono fatti rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore, ponendosi cioè in stretta connessione con la specificità delle mansioni e la particolarità del lavoro (23).

A carico del datore di lavoro, che voglia evitare d'incorrere nelle sanzioni collegate alla violazione del precetto legale, si pone pertanto l'onere di provare che l'indagine conoscitiva verte su elementi attinenti alla causa del contratto ed alla sua corretta gestione. Più nel dettaglio, a tale soggetto compete dimostrare che l'indagine non sia stata condotta, ad esempio, in relazione allo stato di famiglia, all'adempimento di obblighi militari, allo stato di gravidanza, vale a dire su elementi potenzialmente suscettibili di ledere i beni giuridici tutelati dall'art. 8 St. lav. (in rafforzamento del più generale obbligo contemplato nell'art. 1 St. lav.) (24).

Sinora la giurisprudenza ha ritenuto integrata la condotta vietata ex art. 8, St. lav. anche in presenza del solo avvio dell'indagine, ritenendo superfluo ai fini della sanzionabilità che essa sia stata portata a compimento e concretamente utilizzata da chi l'ha commissionata (25).

Ad una valutazione appena più attenta rimane da affrontare anche la non secondaria ma connessa questione circa gli strumenti con i quali dimostrare in concreto la violazione degli obblighi di legge, a fronte della materiale inaccessibilità al patrimonio informativo posto nell'esclusiva disponibilità del datore di lavoro. Quest'ultimo pare divenuto titolare di una

(22) Il Codice *Privacy* contempla norme che incidono prevalentemente sulle modalità di raccolta e trattamento dei dati, individuando una tutela anche procedimentale che integra l'art. 8, St. Lav., ponendo ulteriori limiti al potere datoriale di trattare dati dei lavoratori.

(23) V. tra gli altri A. TROJSI, *Dalla tutela della sfera privata alla protezione dei dati personali del lavoratore*, *DLM*, 2010, 3, spec. 652 ss., la quale evidenzia il carattere elastico della norma di legge e l'estrema variabilità delle fattispecie concrete, analogamente a quanto in precedenza segnalato da M.T. SALIMBENI, *op. cit.*, spec. 149 ss.

(24) Cfr. S. SCIARRA, *Commento sub art. 8*, in G. GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Milano, 1979, 88 ss.; L. GAETA, *La dignità del lavoratore ed i turbamenti dell'innovazione*, *DL*, 1990, 210 di recente ripreso da C. COLAPIETRO, *Digitalizzazione del lavoro e tutela della riservatezza della persona* in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro, Profili identitari e di tutela*, Giappichelli, 2017, 28.

(25) Così già P. Milano 12 giugno 1980; P. Milano 17 giugno 1980, *RGL*, 1982, II, 148, nt. PULITANÒ.

posizione dominante generata dal «valore aggiunto informativo» (26) connesso all'utilizzo di dati ulteriori e idonei ad incidere sulla asimmetria informativa tra le parti e ad alterare in maniera significativa i tradizionali rapporti con il datore (27).

Bisogna a tal fine valutare se ed in che termini il giudice possa operare con poteri d'ufficio per ottenere informazioni necessarie a configurare la violazione della normativa in esame e per imputare, in sede penale, le contravvenzioni *ex* 38 St. lav. (28) o per riconoscere a favore del lavoratore il diritto al risarcimento del danno, tra cui quello morale, all'immagine o derivante da un *vulnus* all'identità personale.

Accanto alle segnalate difficoltà – addebitabili ad una disposizione dalla rara applicazione giurisprudenziale (ma che oggi potrebbe esprimere una nuova e più ampia portata applicativa in relazione a *software* più invasivi degli primi archivi computerizzati) – si delineano problemi di singolare complessità.

Le dinamiche in corso spingono, da un lato, a valutare i rapporti con l'art. 4 St. lav. nella versione risultante a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 23, d.lgs. n. 151/2015 (29) e a considerare, più adeguatamente, la compatibilità con il criterio finalistico enunciato dalla normativa in materia di *privacy*.

Dall'altro, impongono di occuparsi del tema del trattamento dei dati in un contesto, quello dei *big data*, dove diventa quasi impossibile prefigurare una autorizzazione all'utilizzo di informazioni conformi alle cautele imposte dalla fonte legale di recente rafforzate dal Reg. UE 2016/679 mediante la previsione

(26) Espressione mutuata da P. TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, RIDL, 2009, I, 350, in relazione alle «operazioni compiute da altri (mediante accostamenti, comparazione esame, analisi congiunzione o incrocio)».

(27) Si tratta di un problema comune anche all'acquisizione di dati tramite *social network*, in relazione ai quali v. F. IAQUINTA - A. INGRAO, *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo dei social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, DRI, 2014, I, 4, 1059. Nel contributo si mette in evidenza come «da posizione soggettiva del lavoratore è realisticamente definibile alla stregua di un diritto imperfetto, incompiuto, quando le informazioni pericolose derivano dal *web*. Infatti, sebbene l'ordinamento fornisca un sistema complesso di tutele, queste ultime non appaiono idonee a inibire gli abusi realizzati tramite le piattaforme digitali».

(28) Con l'entrata in vigore del Codice *privacy*, le violazioni dell'art. 8 St. Lav., continuano a integrare un'ipotesi di reato *ex* art. 38 St. lav. La sopravvivenza della sanzione penale è resa possibile da un'interpretazione sistemica degli artt. 113 e 171, Codice *privacy*: la prima norma fa salvo il disposto dell'art. 8 St. lav., mentre il successivo art. 171 sancisce l'operatività delle sanzioni penali dell'art. 38 St. lav. alle violazioni dell'art. 113, Codice *privacy*. In tema, da ultimo, E. DAGNINO, *La Cassazione penale sui controlli a distanza post Jobs Act: continuità del tipo di illecito*, DRI, 2017, I, 182-183.

(29) Nell'attuale fase storica, è stato ipotizzato un significato più simbolico che concreto dell'art. 8, St. lav., ed una sua tendenziale marginalizzazione a tutto vantaggio dell'art. 4, per come modificato dal d.lgs. n. 151/2015. Così, L. TEBANO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza: quali ricadute sui controlli conoscitivi?*, RIDL, 2016, I, 359.

di obblighi di chiarezza circa le modalità della richiesta che operano anche nell'ottica di rafforzare il diritto di revoca del consenso (30).

2.2 ... e del diritto anti-discriminatorio.

La difficoltà di qualificare l'art. 8 St. lav. quale effettivo (ed al contempo dissuasivo) strumento di controllo dei poteri datoriali in funzione della tutela dei diritti fondamentali della persona induce a riflettere sul grado di efficacia del diritto anti-discriminatorio *stricto sensu*.

Tale indagine si rende ancor più necessaria da quando una recente risoluzione del Parlamento europeo ha sottolineato «che i *Big Data* possono condurre non solo a violazioni dei diritti fondamentali dei singoli, ma anche a una disparità di trattamento e a una discriminazione indiretta nei confronti di gruppi di persone con caratteristiche simili, in particolare per quanto concerne l'equità e le pari opportunità di accesso all'istruzione e all'occupazione, quando si offre un lavoro alla persona o la si valuta» (31).

Questo settore della normativa pare dunque assumere nuova rilevanza a fronte della realizzazione di dinamiche pregiudizievoli nella fase di costituzione, svolgimento e cessazione del rapporto di lavoro, prodotte dalla rielaborazione, a mezzo di tecniche di analisi avanzata, di dati anche sensibili della persona (origine razziale ed etnica, convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, opinioni politiche, adesione a partiti, sindacati, stato di salute, vita sessuale...).

Nel valutare i rischi connessi alle attuali capacità computazionali, appare necessario valutare se ed in che termini la nozione di discriminazione per come definita nell'ambito delle fonti europee ed a livello nazionale possa essere adeguata di fronte ad atti posti in essere dalle cc.dd. *learning machines*, impostate per funzionare mediante l'utilizzo di un determinato linguaggio informatico-matematico (predefinito da un operatore).

Il diverso trattamento discende infatti dall'agire di macchine o da centri di imputazione astratti non direttamente associabili al responsabile

(30) Sui contenuti del nuovo regolamento v. C. OGRISEG, *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente*, *q. Riv.*, Vol. 2, no. 2, 2016, 27-64 e C. DEL FEDERICO, *Il trattamento dei dati personali dei lavoratori e il Regolamento 2016/679/UE. Implicazioni e prospettive* in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili identitari e di tutela*, Giappichelli, 2017, 61- 74.

(31) Così p. 19 della proposta 2016/2225(INI), approvata il 14 marzo 2017. Anche l'*Authority nazionale* in tema di *privacy* ha posto l'accento su tali dinamiche, ravvisando un potenziale discriminatorio nel ricorso a misure di profilazione sempre più puntuali ed analitiche. Così, da ultimo, il Pres. A. Soro nel corso dell'intervento *Big data, ecco i rischi della mancanza di trasparenza*, tenutosi il 23 febbraio 2017 al convegno Agenda digitale.

dell'organizzazione del lavoro, ma a questi comunque collegate tramite un'inedita forma di collaborazione.

Lo scenario appena descritto suggerisce, secondo taluni, di delineare una nuova forma di discriminazione più articolata di quelle già codificate a livello normativo, quale risposta necessaria per fronteggiare alcuni degli effetti della rivoluzione tecnologica. In particolare, sembrerebbero maturi i tempi per ipotizzare una discriminazione da algoritmo o *algorithme oriented*, da costruire attorno a parametri adeguati alle specificità del caso, a cominciare dal fatto che il comportamento è talvolta posto in essere da surrogati artificiali della persona umana dotati di caratteristiche volitive analoghe a quelle proprie degli individui (32).

A questo riguardo, la più spinosa e delicata delle questioni attiene al soggetto a cui imputare gli effetti della condotta discriminatoria. Chi risponde nel caso di trattamenti deteriori generati dall'analisi dei grandi dati a danno di uno o più lavoratori?

Nell'ipotesi in esame sembra intuitivo fare riferimento al datore di lavoro, in quanto destinatario – effettivo fruitore del risultato elaborato dalla raccolta informatizzata di *big data* nonché responsabile giuridico dell'organizzazione al cui interno era o avrebbe potuto inserirsi il soggetto che si ritenga vittima dell'algoritmo.

Ad un'analisi più attenta, nella disciplina anti-discriminatoria mancano elementi testuali dai quali desumere un collegamento diretto ed esplicito con il datore di lavoro ma, al contempo, non si configurano aree d'impunità per tale soggetto al verificarsi di comportamenti ad esempio posti in essere dai suoi sottoposti o, in una prospettiva futura (e non più troppo avveniristica), da macchine intelligenti. Tale logica pare non troppo dissimile da quella già accolta da alcune norme del codice civile, a partire da quella che - in un contesto meno complesso di quello attuale – ha costituito il fondamento giuridico della responsabilità del datore di lavoro/committente per fatti imputabili a propri sottoposti/collaboratori (art. 2049 c.c.) oppure il presupposto su cui fondare la responsabilità derivante dall'esercizio di attività pericolose (art. 2050 c.c.) all'interno delle quali oggi si possono includere i *software* algoritmici.

Una lettura evolutiva del quadro normativo potrebbe consentire d'imputare al datore atti posti in essere da macchine, purché ricadenti nell'esercizio dell'attività d'impresa, presupponendo una piena equiparazione

(32) V. E. DAGNINO, *Big data e lavoro: le sfide della workforce analytics*, cit., 140.

tra gli effetti connessi agli strumenti di analisi avanzata e le conseguenze derivanti dalla collaborazione personale alla *mission* aziendale.

Qualche approfondimento merita invece il caso in cui le macchine intelligenti abbiano agito per finalità del tutto avulse dalle incombenze assegnate, o da quelle che è legittimo attendersi nell'ambito "dell'incarico" affidato.

Più che problemi a livello teorico, le discriminazioni prodotte dalle tecnologie di analisi avanzata amplificano i profili critici riscontrati nella prassi applicativa (33).

Il percorso si fa particolarmente accidentato in relazione alla prova della discriminazione, a fronte della più accentuata «differenza fattuale nella posizione iniziale delle parti interessate» «giacché chi denuncia un trattamento diverso e discriminatorio non ha di regola accesso a dati sufficienti a consentirgli di identificare le cause di una disparità di trattamento» (34). Difficoltà che resta significativa nonostante (anche) la Cassazione, accogliendo una nozione funzionale ed obiettiva dei divieti di discriminazione (35), abbia stabilito la superfluità dell'accertamento di una predeterminata *voluntas* illecita del datore di lavoro (36), attenuando in concreto l'onere a carico della vittima.

Né l'accertamento imposto dal paradigma anti-discriminatorio pare meno impervio alla luce di quella giurisprudenza di merito che ha cercato di individuare correttivi, statuendo che «il contenuto discriminatorio di una condotta deve essere valutato in considerazione del pregiudizio, anche soltanto potenziale, che una categoria di persone potrebbe subire in termini di svantaggio o di maggiore difficoltà, rispetto ad altri non facenti parte di quella categoria nel reperire un bene della vita, quale l'occupazione» (37).

(33) Su cui, fra gli altri, v. A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele* in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da FRANCESCO GALGANO, Cedam, 2010, vol. LVI, spec. 269 ss.; R. SANTAGATA DE CASTRO – R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (parte II)*, *ADL*, 2015, 4-5, 820 ss.

(34) Così di recente E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè, 2015, 30 in richiamo di M. BONINI BARALDI, *L'onere della prova nei casi di discriminazione: elementi per una concettualizzazione nella prospettiva del diritto privato* in L. CALAFÀ – D. GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio, tra teoria e prassi applicativa*, Roma, 2009.

(35) Cfr. Cass. 5 aprile 2016, n. 6575, *RIDL*, 2016, II, 3, 714 ss. con commenti di MT. CARINCI; D. GOTTARDI; E. TARQUINI.

(36) Cass. 5 aprile 2016, n. 6575, *cit.*, ha valorizzato un'interpretazione già proposta da alcuni giudici di merito, allineandosi alla posizione prevalente in dottrina. Così M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzioni*, *RIDL*, 2016, II, 3, spec. 722 ss. ed in precedenza A. LASSANDARI, *op. cit.*, 54 ss.

(37) Così App. Brescia 11 dicembre 2014, nt. di A. FELTRE, *Discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale: la potenzialità lesiva di una dichiarazione pubblica*, *RGL*, 2015, II, 3, 460 ss. e di M.

Il che non equivale tuttavia ad escludere a *priori* la possibilità per il lavoratore di dimostrare la discriminazione in ragione della sua appartenenza ad una categoria protetta, ad esempio a causa dell'adozione di un sistema di analisi automatizzata impostato in maniera errata, secondo criteri che (anche solo *ex post*) si configurino come lesivi o come potenzialmente tali dei diritti della persona del lavoratore.

Non va trascurato che a partire dalla l. n. 125/1991 la tutela contro le discriminazioni è stata costruita attorno a previsioni che “alleggeriscono” il carico probatorio del soggetto danneggiato. Alla persona che lamenta di aver subito una discriminazione si richiede di fornire elementi di fatto, anche desunti da dati di carattere statistico, idonei a fondare la presunzione di atti, patti e comportamenti discriminatori talvolta in «termini precisi e concordanti» (art. 4, co. 3 e 4, d.lgs. n. 215/2003 e art. 40, d.lgs. n. 198/2006), talora «in termini gravi, precisi e concordanti» (art. 4, co. 3 e 4, d.lgs. n. 216/2003). Più recentemente l'art. 28, co. 4, d.lgs. n. 150/2011, con riguardo alle (controversie su) discriminazioni diverse dal genere si limita a richiedere al ricorrente elementi di fatto, senza fare alcun riferimento ai requisiti di gravità, precisione e concordanza (38), fondandosi su un modello di accertamento della condotta illecita che pare valorizzare più adeguatamente il principio di effettività della tutela.

Lo spazio di tutela per il danneggiato sarà prevedibilmente più ampio qualora, oltre a valutarsi esclusivamente l'oggettiva situazione posta in essere, si riescano ad allegare fatti non riconducibili alla causa del contratto di lavoro ma che presentano un oggettivo collegamento fattuale con uno specifico fattore di discriminazione, fonte a sua volta di un danno alla persona (39).

Mentre al datore che voglia offrire la prova liberatoria, spetterà l'allegazione di fatti obiettivamente verificabili ed al contempo tali da far desumere l'esistenza di una ragione non discriminatoria ed esclusiva attorno alla quale s'è retta la decisione datoriale. Va dato conto del fatto che finanche la presenza di una alternativa giustificazione ancorché credibile non impedisce – secondo un orientamento giurisprudenziale – di accertare la sussistenza della discriminazione, in particolare dopo l'introduzione del d.lgs. n. 23/2015, il cui

RANIERI, *Da Philadelphia a Taormina: dichiarazioni omofobiche e tutela anti-discriminatoria*, RIDL, 2015, 1, 125 ss.

(38) Sulla disomogeneità della risposta legislativa si v. in senso critico R. SANTAGATA DE CASTRO – R. SANTUCCI, *op. cit.*, 824 ss.

(39) Sulle voci di danno risarcibile si rinvia alla ricostruzione effettuata da A. GUARISO, I provvedimenti del giudice in *Il nuovo diritto anti-discriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di M. BARBERA, Giuffrè, 2007, 592 ss., in part. 598-609 e da A. LASSANDARI, *op. cit.*, 345-353.

art. 2, co. 1, sancisce che il giudice dichiara la nullità del licenziamento discriminatorio indipendentemente dal motivo addotto (40).

In conclusione, resta comunque cruciale comprendere lo spazio per l'indagine giudiziale, eventualmente coadiuvata dalla consulenza specialistica di professionisti in grado di decodificare il linguaggio preimpostato al funzionamento dell'algoritmo.

Una recente decisione della Corte di giustizia europea ha statuito che il rifiuto del datore di concedere l'accesso alle «informazioni detenute in merito all'eventuale assunzione di un altro candidato e, in tale ipotesi, ai criteri in base ai quali essa è avvenuta», può costituire «uno dei fattori da prendere in considerazione nell'ambito dell'accertamento dei fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta» (41). Tale conclusione è parsa non soltanto l'unica in grado di non compromettere la realizzazione degli obiettivi delle direttive europee, privandole del loro effetto utile ma anche non lesiva del diritto alla riservatezza degli altri candidati, giungendo ad affermare che spetta al datore rendere trasparente la propria politica di assunzione rivelando dati di terzi in suo possesso al fine di esercitare quel diritto di difesa in giudizio, preminente rispetto a quello della riservatezza.

Molto dipenderà inevitabilmente anche dalla scelta dell'impianto processuale che s'intenderà adottare. Ad oggi il procedimento speciale introdotto dalla l. n. 92/2012 interviene per le contestazioni riguardanti l'atto di licenziamento, ammettendo la possibilità di proporre domande subordinate alla mancata condanna del datore per licenziamento discriminatorio e volte all'accertamento di altri vizi di legittimità dell'atto espulsivo. Esclude, tuttavia, la contestazione di fatti costitutivi diversi rispetto all'impugnativa di licenziamento. Mentre per le restanti ipotesi operano le disposizioni del d.lgs. n. 198/2006 oppure il rito sommario di cognizione *ex art.* 28, d.lgs. n. 150/2011 (42), a seconda del fattore di discriminazione contestato.

Per non incorrere nel rischio di una regolamentazione frammentaria e di contrasto tra giudicati, si potrebbero elaborare regole unitarie, anche per

(40) V. da ultimo M.V. BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, *GDLRI*, 2016, 248-249.

(41) Così, rispettivamente i punti 46 e 47 di C. giust., sez. II, 19 aprile 2012, n. 415 - Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH in *ADL*, 2012, 4-5, 912, nt. C. TOMBA, *Asimmetrie informative delle parti e onere della prova della discriminazione: a proposito di un recente caso della Corte di giustizia dell'Unione europea*.

(42) Sulla potenzialità estensiva dell'art. 28, d.lgs. 151/2011 v. ad esempio App. Roma 19 ottobre 2012, la quale ha valorizzato l'espressione convinzioni personale per affermare l'interesse e la legittimazione ad agire da parte delle organizzazioni sindacali in caso di discriminazione sindacale. Cfr. M. MILITELLO, *Dal conflitto di classe al conflitto tra gruppi. Il caso Fiat e le nuove frontiere del diritto antidiscriminatorio*, *RIDL*, 2013, II, 1, 227 ss.

quanto concerne l'azione in giudizio promossa dalle consigliere di parità e dagli organismi di rappresentanza (tra cui associazioni/persone giuridiche che svolgono attività a sostegno delle vittime di discriminazione ed «organismi locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale») (43) legittimati ad agire *iure proprio* per richiedere la cessazione/rimozione degli effetti pregiudizievoli a danno di una categoria di soggetti (44).

3. Quali risposte possibili?

Gli strumenti passati in rassegna lasciano dubbi in ordine all'efficacia/effettività della tutela lavoristica a favore dei destinatari dei sistemi di *big data analytics*. Sotto molteplici punti di vista emerge l'urgenza di risposte adeguate e dirette a fronteggiare le possibili pratiche illecite a danno della popolazione attiva in età di lavoro.

Sullo sfondo si ravvedono, in maniera più accentuata, le problematiche già segnalate dalla comunità scientifica soprattutto in relazione alle manchevolezze della legislazione anti-discriminatoria, fondata su un sistema di accertamento che non sempre assicura un'adeguata protezione alle vittime delle discriminazioni, ostacolandone talvolta *ab origine* l'accesso alla tutela in sede giurisdizionale (45). Il deludente e scarso sviluppo del contenzioso giudiziale è spesso imputato alla debolezza dell'iniziativa individuale, alla difficoltà di assolvere l'onere della prova e quello preliminare di allegazione e talvolta allo scarso attivismo dei soggetti collettivi nell'ambito delle discriminazioni diverse da quelle sindacali.

Una possibile risposta è stata indicata dal *Rapporto Mettling*, che propone l'adozione di una Carta dei dati personali dei dipendenti che configuri nuovi diritti individuali in relazione all'accesso alle informazioni personali raccolte e archiviate dall'impresa, prevedendo una «*gouvernance intégrant des organisations syndicales, afin de les associer à la définition et au contrôle de ces usages*» (46).

(43) Sul novero di soggetti aventi legittimazione ad agire cfr. L. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in *Il nuovo diritto anti-discriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di M. BARBERA, Giuffrè, 2007, 542 ss.; F. GUARRIELLO, *Il ruolo delle istituzioni e della società civile*, *ibidem*, in part. 469 ss.; A. LASSANDARI, *op. cit.*, 276 ss.

(44) Le tecniche di analisi avanzata, specie quelle con finalità predittive, si connotano per un elevato potenziale di discriminazione collettiva. In tema A. MANTELERO, *op. cit.*, spec. 146 ss.

(45) In proposito v. A. LASSANDARI, *op. cit.*, 270 e 299;

(46) V. raccomandazione n. 30 del Rapporto «*Transformation numérique et vie au travail*», elaborato su incarico del governo francese nel settembre 2015. Per una disamina del rapporto v. P. TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa* in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro, Profili identitari e di tutela*, Giappichelli, 2017, spec. 11-12.

Si tratta di una soluzione che, nel richiedere una cooperazione attiva del soggetto sindacale, non pare discostarsi dall'art. 88, Reg. UE 2016/679 il quale abilita gli Stati Membri a introdurre discipline specifiche, anche tramite l'intervento della contrattazione collettiva, in materia di trattamento dati nei contesti di lavoro. Entrambe convergono nella direzione di stabilire misure di protezione 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» (47).

Scenari nuovi apre anche la già citata «Risoluzione del Parlamento europeo sulle implicazioni dei *big data* per i diritti fondamentali: *privacy*, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto» (2016/2225/INI).

Attorno al tema dei *big data* si sviluppa una lettura meno parziale e miope di quelle del passato, seppur ancora troppo debole e poco approfondita sotto il profilo delle relazioni di lavoro. Posto il «rischio che i dati siano impiegati per finalità discriminatorie e fraudolente nonché per marginalizzare gli essere umani», si delineano le condizioni per una nuova strategia diretta a «sviluppare un approccio coerente alle implicazioni dei *big data* sui diritti fondamentali» (v. considerando m).

Nell'ottica della cooperazione istituzionale tra le autorità di regolamentazione e vigilanza della concorrenza, di tutela dei consumatori e di protezione dei dati a livello nazionale e dell'UE, si configura l'istituzione di una struttura di coordinamento digitale, la *Digital Clearing House* (48), quale rete volontaria di organismi di contrasto delle attività che mettano a repentaglio la tutela dei diritti degli individui.

Nella risoluzione in esame manca invece un riferimento esplicito al ruolo dei soggetti sindacali. Un maggior coinvolgimento di tali attori andrebbe garantito non soltanto nelle sedi istituzionali, ma anche nei luoghi di lavoro.

A ben vedere, la complessità dello scenario attuale suggerisce di riflettere sul ruolo del sindacato, valutando *in primis* la possibilità di attribuirgli prerogative analoghe a quelle pensate per il settore della prevenzione dei rischi professionali (poteri di ispezione, controllo e di denuncia alle autorità

(47) Così art. 88, co. 2, reg. UE 2016/679.

(48) Si recepisce una indicazione/proposta del Garante europeo in tema di *privacy*, contenuta nel parere *Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data* (n. 8/2016), 23 settembre 2016, spec. 15 ss.

competenti nel caso in cui sorga un fondato sospetto di potenzialità lesive nei confronti dei diritti dei lavoratori) (49).

D'altronde, è proprio sul terreno (della gestione) dell'innovazione tecnologica che il legislatore ha previsto, già durante la vigenza dell'originaria formulazione dell'art. 4 St. Lav., un meccanismo di gestione partecipata tra impresa e sindacato. Malgrado la deludente esperienza pregressa, per lo più assestata su «strategie di retroguardia intraprese per bloccare i fenomeni di controllo più eclatanti oppure abnormi» (50), il d.lgs. n. 151/2015 ha conservato tra le condizioni di legittimità dei controlli tecnologici l'intervento sindacale. L'attuale quadro regolatorio investe la contrattazione a livello aziendale, affiancandovi la possibilità di spostare la trattativa in sede nazionale nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione ovvero in più regioni, individuando come residuale l'autorizzazione della sede territoriale o centrale dell'Ispettorato del lavoro nazionale (in mancanza di accordo collettivo).

Analoga logica pervade la disciplina anti-discriminatoria. È costante l'invito delle Istituzioni europee a promuovere il dialogo con le parti sociali ai fini della lotta contro le varie forme di discriminazioni (51) similmente a quanto sul versante internazionale (già) l'art. 3 della Convenzione OIL n. 111/1958 aveva previsto a proposito delle discriminazioni in materia di impiego e nelle professioni (52).

Appare evidente che i tempi sono oramai maturi per elaborare contrappesi idonei alla salvaguardia dei diritti fondamentali, tra cui la dignità e la libertà della persona che lavora. Le garanzie enucleate nell'assetto ordinamentale e costituzionale sono poste in seria discussione, o quanto meno sembrano indebolirsi a causa dell'ennesima ristrutturazione dei processi

(49) Cfr. artt. 50 ss., d.lgs. n. 81/2008.

(50) Cfr. A. BELLAVISTA, *op. cit.*, in part. 177 il quale, in tema di tutela della *privacy*, al coinvolgimento del sindacato attribuisce «valore primario» in quanto «precondizione per l'effettiva garanzia dei diritti fondamentali della persona che lavora». Durante la vigenza dell'art. 4 St. Lav., ante riforma il filtro sindacale non aveva dato buona prova di sé secondo P. ICHINO, *Controlli a distanza: tanto rumore per nulla* in <http://www.pietroichino.it/?p=36859>.

(51) Così, ad esempio, il considerando n. 23 e l'art. 11 della Dir. 2000/43/CE «che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica»; il considerando n. 33 e l'art. 13 della dir. 2000/78/CE «che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro»; il considerando n. 34 e l'art. 21 della dir. 2006/54/CE «riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego». Una certa reticenza al dialogo sociale traspare invece ad esempio, sul versante nazionale, all'interno del d.lgs. n. 215/2003 e del d.lgs. n. 216/2003, entrambi sprovvisti di qualsiasi riferimento al coinvolgimento delle parti sociali.

(52) In argomento v. A. LASSANDARI, *op. cit.*, 273 ss. Secondo l'A. nell'esperienza nazionale deve segnalarsi una partecipazione del sindacato in tema di discriminazioni – fatta eccezione per quelle sindacali – disattenta e carente. Così in part. 280.

produttivi, provocata dall'impiego di *big data* ed algoritmi di calcolo sempre più sofisticati (53).

Al tempo della c.d. algocrazia, non basta più affermare che «la migliore tutela sia rappresentata dall'autotutela» (54). La pervasività delle tecnologie è così accentuata da non poter configurare realisticamente comportamenti degli individui in grado di impedire la dispersione di informazioni personali.

Per governare questi nuovi processi e per arrestare, o quanto meno contenere, la feroce deriva decostruttiva dell'identità del lavoro alimentata da strategie aziendali sempre più ispirate, già dalla fase di costituzione del rapporto contrattuale, a logiche “eugenetiche”, bisogna forse riprendere il filo del discorso da una riflessione della fine degli anni Ottanta, adattandola allo scenario che incalza. «La possibilità di confrontare, collegare e integrare notizie apparentemente innocue, anche raccolte da fonti diverse, potrebbe consentire al datore di lavoro di ottenere in alcuni casi, un profilo completo del lavoratore, (...) offrendogli al limite l'opportunità di modificare o differenziare il trattamento riservato in azienda sulla base di considerazioni estranee ad una corretta ed esclusiva valutazione dell'attitudine professionale» (55).

⁵³ V. K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Garzanti, 2013; A. NARAYANAN, J. HUEY, E. W. FELTEN, *A Precautionary Approach to Big Data Privacy*, 2015, <http://randomwalker.info/publications/precautionary.pdf>.

⁵⁴ Pare debole oltre che oramai superata la prospettiva delineata dall'*Authority* in materia di *privacy* nel *doc. web* n. 1614258 dal titolo *Social networks: attenzione agli effetti collaterali*.

⁵⁵ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Presentazione della ricerca* in R. DE LUCA TAMAJO, R. IMPERIALI D'AFFITTO, C. PISANI, R. ROMEI, *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, Franco Angeli, 1988, 20 in richiamo di M.T. SALIMBENI, *op. cit.*, 147.

Bibliografia

- Aimo A., Privacy, Libertà di espressione e rapporto di lavoro, Jovene, 2003.
- Bailo F., Le banche dati al servizio delle piccole e medie imprese, Riv. Elettron. Dir. Econ. Manag., 2015, 1, 9-29.
- Ballestrero M.V., Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione, GDLRI, 2016, 231- 253.
- Bellavista A., Il controllo sui lavoratori, Giappichelli, 1995.
- Bellavista A., Esiste la tutela della privacy nel rapporto di lavoro? in Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali a cura di Tullini P., Cedam, 2010, 171-179.
- Bogni M.– Defant A., Big Data: Diritti IP e problemi della privacy, Il diritto industriale, 2015, 2, 117-126.
- Bonini Baraldi M., L'onere della prova nei casi di discriminazione: elementi per una concettualizzazione nella prospettiva del diritto privato in Il diritto antidiscriminatorio, tra teoria e prassi applicativa a cura di Calafà L.– Gottardi D., Ediesse, 2009, 265- 280.
- Carinci M.T., Il licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzioni, RIDL, 2016, II, 720- 729.
- Chieco P., Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore, Cacucci, 2000.
- Cocuccio M.F., Il diritto all'identità personale e l'identità digitale, Dir. Fam. Pers., 2016, III, 3, 949-968.
- Colapietro C., Digitalizzazione del lavoro e tutela della riservatezza della persona in *Web* e lavoro, Profili identitari e di tutela a cura di Tullini P., Giappichelli, 2017, 21-36.
- Curcio L., Le azioni in giudizio e l'onere della prova in Il nuovo diritto anti-discriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale, a cura di Barbera M., Giuffrè, 2007, 529-559.
- Dagnino E., *Big data* e lavoro: le sfide della *workforce analytics*, in La nuova grande trasformazione del lavoro. Lavoro futuro: analisi e proposte dei ricercatori Adapt, a cura di Dagnino E.– Nespoli F.– Seghezzi F., Adapt University Press, 2017, 135-141.
- Dagnino E., La Cassazione penale sui controlli a distanza post Jobs Act: continuità del tipo di illecito, DRI, 2017, 1, 181-187.
- Degryse C., Les impacts sociaux de la digitalisation de l'économie, WP Etui, 2016.02, 1- 86.
- Del Federico C., Il trattamento dei dati personali dei lavoratori e il Regolamento 2016/679/UE. Implicazioni e prospettive in *Web* e lavoro, Profili identitari e di tutela a cura di Tullini P., Giappichelli, 2017, 61- 74.
- De Luca Tamajo R., Presentazione della ricerca in Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori a cura di De Luca Tamajo R.- Imperiali D'Affitto R.- Pisani C.- Romei R., Franco Angeli, 1988, 4- 21.
- De Mauro A.- Greco M.- Grimaldi M., What is big data? A consensual definition and a review of key research topics, in "AIP Conference Proceedings", 2015, 97-104.
- De Padova C., La nuova frontiera dell'IT (Information Technology), Riv. Inf. Mal. Prof., 2013, 1-2, 247 -256.
- Di Porto F., La rivoluzione big data. Una introduzione, Concorrenza e mercato, 2016, n. 23, 5-14.
- Feltre A., Discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale: la potenzialità lesiva di una dichiarazione pubblica, RGL, 2015, 3, II, 460-464.
- Erevelles S.– Fukawa N.– Swayne L., Big data consumer analytics and the transformation of marketing, Journ. Business Research, 1. 05.2015, in [http:// dx.doi.org/10.10167](http://dx.doi.org/10.10167)

- Gaeta L., La dignità del lavoratore ed i turbamenti dell'innovazione, *DL*, 1990, 203-217.
- Giannone Codiglione G., Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali, *Dir. Inf.*, 2015, 909 - 938.
- Guariso A., I provvedimenti del giudice in Il nuovo diritto anti-discriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale, a cura di M. Barbera, Giuffrè, 2007, 579- 626.
- Iaquinta F.- Ingraio A., La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo dei social networks. Quando prevenire è meglio che curare, *DRI*, 2014, I, 4, 1027 - 1061.
- Ichino P., *Controlli a distanza: tanto rumore per nulla* in <http://www.pietroichino.it/?p=36859>.
- Kim P.T., Data driven discrimination at work, *Legal studies research paper series*, Washington University Law, 2016, 10.
- King A.C.- Mrkonich M., "Big Data" and the Risk of Employment Discrimination, *Oklahoma Law Review*, 2016, Vol. 68, n. 3, 555- 584.
- Lassandari A., Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Francesco Galgano, Cedam, 2010.
- Lestavel T., Les promesses très commerciales du «big data», *Alternatives économiques*, 2015, 350, 70-73.
- Mantelero A., Rilevanza e tutela della dimensione collettiva della protezione dei dati personali, *Contr. Impr. Europa*, 2015, 1, 137- 158.
- Mcafee A. - Brynjolfsson E.- Davenport T.H.- Patil D.J. – Barton D., "Big data. The management revolution", *Harvard Business Review*, 2012, 10.
- Maggiolino M., Big data e prezzi personalizzati, *Concorr. Merc.*, 2016, n. 23, 95- 138.
- Maggiolino M., Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità, in *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, a cura di Colangelo G.– Falce V., Il Mulino, 2017, 45- 72.
- Magnani M., Diritti della persona e contratto di lavoro, *QDLRI*, 1994, 47-54.
- Militello M., Dal conflitto di classe al conflitto tra gruppi. Il caso Fiat e le nuove frontiere del diritto antidiscriminatorio, *RIDL*, 2013, 1, II, 227-236.
- Monleón-Getino A., El impacto del Big-data en la Sociedad de la Información. Significado y utilidad, in *Historia y Comunicación Social*, 2015, vol. 20, n. 2, 427-445.
- Moro Visconti R., Valutazione dei big data e impatto su innovazione e "digital branding", in *Diritto industriale*, 2016, 1, 46 -53.
- Nevejans N., *European Civil Law Rules in Robotics*, Study for the Jury Committee, 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, 27-64.
- Pitruzzella G., Big data, competition and privacy: a look from the Antitrust perspective, in *Concorr. Merc.*, 2016, 23, 15- 28.
- Porrini D., Asimmetrie informative e concorrenzialità nel mercato assicurativo: che cosa cambia con i big data?, *Concorr. Merc.*, 2016, 23, 139-152.
- Ranieri M., Da Philadelphia a Taormina: dichiarazioni omofobiche e tutela anti-discriminatoria, *RIDL*, 2015, 1, 125-133.
- Romano A., Big data e controllo dei costi delle telecomunicazioni: un caso aziendale, in *Controllo di gestione*, 2016, 2, 35- 40.
- Salimbeni M.T., La nuova realtà tecnologica aziendale e l'art. 8 dello Statuto dei lavoratori in *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, a cura di De Luca Tamajo R.– Imperiali D'Affitto R.– Pisani C.– Romei R., Franco Angeli, 1988, 146- 161.
- Santagata De Castro R.– Santucci R., Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (parte II), *ADL*, 2015, 4-5, 820-839.

- Sciarra S., Commento sub art. 8, in Giugni G. (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Milano, 1979, 88-100.
- Silvi R.– Visani F., *Business analytics: nuove prospettive per il performance management*, *Controllo di gestione*, 2016, 4, 1-18.
- Sitzia A., *Il diritto alla “privacy” nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Cedam, 2013.
- Tarquini E., *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè, 2015.
- Tarquini E., *La Corte di Cassazione e il principio di non discriminazione al tempo del diritto del lavoro derogabile*, *RIDL*, 2016, II, 3, 737-746.
- Tebano L., *La nuova disciplina dei controlli a distanza: quali ricadute sui controlli conoscitivi?*, *RIDL*, 2016, I, 359 – 345 - 368.
- Tomba C., *Asimmetrie informative delle parti e onere della prova della discriminazione: a proposito di un recente caso della Corte di giustizia dell’Unione europea.*, *ADL*, 2012, 4-5, 914- 927.
- Trojsi A., *Dalla tutela della sfera privata alla protezione dei dati personali del lavoratore*, *DLM*, 2010, 3, 645-662.
- Trojsi A., *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2013.
- Tullini P., *Art. 10. Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori in Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, 2004, 145-153.
- Tullini P., *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, *RIDL*, 2009, I, 323-352.
- Tullini P., *Economia digitale e lavoro non standard*, *LLI*, 2016, 2, 2, 1-15.
- Tullini P., *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell’impresa in Web e lavoro, Profili identitari e di tutela a cura di Tullini P.*, Giappichelli, 2017, 3-20.
- Valenduc G. – Vendramin P., *Le travail dans l’économie digitale: continuités et ruptures*, *WP ETUI*, 2016.03, 1-51.
- Weiss M., *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, *DRI*, 2016, 3, 651-663.