

IL LAVORO E L'INSEGNAMENTO NELL'ERA DELLA RIVOLUZIONE TELEMATICA

ATTI DELLA X EDIZIONE DELLA SCUOLA ESTIVA ARPINATE

Arpino, 1 – 4 settembre 2022

a cura di Francesco Cirillo e Alessandro Gerardi



Collana Documenti, Letture e Testimonianze

La Collana "Documenti, Letture, Testimonianze" dell'Università Niccolò Cusano – Telematica, Roma affianca la Collana scientifica "Studi e Ricerche". Raccoglie documenti ufficiali e non, raccolte di carattere giuridico o storico, rassegne tratte da archivi, interviste e testimonianze. La Collana è rivolta a un pubblico di studiosi ed esperti ma ha anche carattere divulgativo e fornisce basi conoscitive per tavole rotonde, seminari e dibattiti.

Il Consiglio d'amministrazione dell'Università degli Studi Niccolò Cusano – Telematica, Roma al fine di assicurare la promozione e la diffusione dei risultati originali degli studi e delle ricerche, realizzate in nome e per conto dell'Università, promuove le pubblicazioni inserite nella Collana "Documenti, Letture, Testimonianze".

Direttore della Collana: Prof.ssa Maria Paola Pagnini, Università Niccolò Cusano – Telematica, Roma

Curatori: Francesco Cirillo e Alessandro Gerardi

Titolo: Il Lavoro e l'insegnamento nell'era della rivoluzione telematica. Atti della X Edizione della Scuola Estiva Arpinate.
Arpino, 1 – 4 settembre 2022

© 2025 Edizioni Edicusano – prima edizione stampa e digitale

Edicusano s.r.l., via Don Carlo Gnocchi 3, 00166 Roma

È vietata la riproduzione, anche parziale, non autorizzata in forma scritta dall'editore, realizzata con qualsiasi mezzo, compresa fotocopia, anche ad uso interno o didattico.

ISBN: 978-88-3611-174-9

Progetto grafico e impaginazione

Pioda Imaging s.r.l.

Stampa e allestimento

Febbraio 2025

Immagine di copertina

"A. Guzzetti, *Affective Robots Vs Michelangelo* (Daniele da Volterra), 2012"

Si ringrazia il Maestro Ale Guzzetti per aver concesso l'autorizzazione alla pubblicazione della sua opera riportata in copertina, esposta anche nel corso della mostra organizzata dalla Fondazione Mastroianni in occasione della decima edizione della Scuola Estiva Arpinate.

Indice

Premessa.....	9
Capitolo 1	
La rivoluzione telematica, il lavoro, la formazione, i ritardi culturali	
<i>Enrico ferri</i>	11
Capitolo 2	
Il progetto ATHENA nell'ambito dell'iniziativa delle Università Europee	
<i>Daniele Barettin</i>	25
Capitolo 3	
Delocalizzazione pandemica e valorizzazioni periferiche: una prospettiva per il futuro	
<i>Paola Chiarella</i>	31
1. Apprendere dall'emergenza.....	31
2. Ritorno al futuro: il concetto di restanza.....	35
3. Smart-working/smart living.....	40
4. Territori "compresi". Considerazioni conclusive.....	43
Capitolo 4	
Lavoro, istruzione e protezione dei dati	
<i>Francesco Cirillo</i>	45
1. Lavoro e istruzione nel contesto digitale: un quadro comune.....	45
2. Il caso emblematico del diritto alla disconnessione	50
3. L'ordine disarticolato delle fonti e il bilanciamento <i>by design</i> : tre considerazioni	63
Capitolo 5	
Dal tempo al luogo del lavoro	
Brevi note sulla razionalità giuridica	
<i>Giuseppe Cricenti</i>	69
Capitolo 6	
E-learning e scuola digitale	
Prospettive future delle tecnologie educative	
<i>Wanda D'Avanzo</i>	79
1. Introduzione	79
2. Sistemi e tecnologie educative: e-learning e scuola digitale.....	81
3. Le nuove frontiere dell'apprendimento: realtà virtuale e metaverso	84
4. Il PNRR e la Scuola 4.0 in Italia.....	85
5. Conclusioni.....	86

Capitolo 7

Dal mito di Teuth agli *eBook*

La retorica al servizio della didattica telematica

<i>Maurizio Manzin</i>	89
1. Qualche numero per cominciare	89
2. Platone contro la scrittura	91
3. Il mito di Teuth	93
4. Neuroni di posizione e neuroni griglia: i pericoli del supporto digitale	94
5. Dal libro all'eBook	95
6. L'esperienza (non felicissima) del Covid-19	97
7. Controfattuale: le lezioni online personalizzate	99
8. Oralità e interazione. Di nuovo Platone	100
9. Per una retorica della didattica online	102

Capitolo 8

La “presenza lontana” delle parti: il contratto telematico

<i>Alessandro Martini</i>	105
1. La “presenza lontana” delle parti	105
2. L'attività negoziale nel contesto delle nuove tecnologie: il contratto telematico	107
3. La frammentaria e complessa disciplina del contratto telematico	113
4. La “morte della distanza” nel contratto telematico e la “presenza virtuale” delle parti	120

Capitolo 9

Scienza & Telematica:

competenze parallele e coinvolgimento nella didattica

<i>Pietro Oliva</i>	121
---------------------------	-----

Capitolo 10

Covid 19: ripensare i modelli didattici e lavorativi

L'esperienza dell'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

<i>Massimo Russo</i>	127
1. Le origini	127
2. La Sapienza oggi	127
3. La prima fase della pandemia	129
4. La progettazione	131
5. La sicurezza	132
6. L'assistenza	133
7. Il fattore umano	133
8. La seconda fase della pandemia nella didattica	135
9. Gli strumenti <i>software</i>	136
10. Gli strumenti <i>hardware</i>	137
11. I risultati	141
12. Conclusioni	143

Capitolo 11

Il quadro normativo delle università telematiche

<i>Fabio Santella</i>	145
1. Il quadro normativo fino al 2003.....	145
2. Il DM 10 aprile 2003.....	147
3. Il DM 635/2016	149
4. Il DM 989/2019	153
5. Posizione del MUR	155
6. Posizione delle università tradizionali.....	158
7. Conclusioni.....	161

Capitolo 12

Per un ritorno all'università, antica, ma non troppo

<i>Alberto Scerbo</i>	163
1. Il ricordo di un inizio	163
2. Tra entusiasmi e malinconie.....	164
3. Ma che università!	168
4. Riformare l'università (malamente) riformata	171
5. Elogio della lezione in aula (non virtuale).....	174

Bibliografia.....	177
-------------------	-----

Capitolo 4

Lavoro, istruzione e protezione dei dati

Francesco Cirillo

1. Lavoro e istruzione nel contesto digitale: un quadro comune

Questo contributo si concentra sul rapporto tra diritto (e diritti) del lavoro, dell'istruzione e della protezione dei dati, e altri interessi in conflitto nel contesto digitale. Infatti, quando insegnamento e lavoro si collocano nell'ambiente digitale, come accade specificamente per il cd. lavoro agile e in ogni altra occasione in cui le prestazioni lavorative siano eseguite in via telematica, oppure nel caso dell'*e-learning*, alcune caratteristiche del bilanciamento tra diritti (dello studente, del lavoratore, dell'utente) e interessi (di carattere pubblicistico, di carattere privato e marcatamente commerciale) trovano una declinazione nuova, con forti elementi di comunanza che giustificano una trattazione unitaria delle questioni giuridiche che si ripresentano nei diversi settori. In altri termini, il passaggio dal reale al virtuale impone una riflessione su come cambiano il modo di produzione delle norme giuridiche e i meccanismi di ricerca di equilibrio tra diritti e interessi in collisione.

In particolare, l'attenzione può rivolgersi verso tre problemi strutturalmente connessi: l'ordine problematico delle fonti del diritto che caratterizza in generale l'ambiente digitale; le conseguenze di un simile assetto sulle operazioni di bilanciamento tra diritti e interessi; il rilievo di formanti del diritto apparentemente estranei al sistema tradizionale delle fonti, tra i quali, su tutti, quello "culturale".

Nel contesto lavorativo il cambiamento delle modalità di esecuzione del rapporto di lavoro nell'ambiente digitale conduce sempre più spesso a una scomparsa dei tradizionali vincoli orari o spaziali che caratterizzavano la prestazione del lavoratore: la connettività costante o comunque frequente, infatti, consente di eseguire il lavoro in qualsiasi momento e da quasi ovunque (*working anytime, anywhere*)⁴⁷. Un simile cambiamento «dei tempi e dei luoghi di lavoro» implica l'affermazione di nuove tutele

⁴⁷ Cfr. il rapporto dell'Eurofound e dell'International Labour Office, AA. Vv., *Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg-Geneva, International Labour Office, 2017, che offre un ampio quadro dell'impatto del telelavoro e del *ICT-mobile work* (T/ICTM) sul mondo del lavoro, raffrontando le politiche e le prassi di dieci paesi europei e cinque paesi extraeuropei.

per il lavoratore e, quindi, il diffuso riconoscimento di un diritto alla disconnessione (innanzitutto) quale diritto di irreperibilità nel periodo di riposo⁴⁸. Ciononostante, proprio il profondo mutamento delle modalità di esecuzione del rapporto di lavoro, della «porosità dei tempi di lavoro e non», induce ad affermare un «*tertium genus* tra lavoro e riposo»⁴⁹, una categoria flessibile e non unitaria che richiama quelle situazioni mediane che non sembrano ricomprese nella dicotomia tra tempo di lavoro e tempo di non lavoro (al cui interno si deve riconoscere il nucleo ancor più intangibile del tempo di riposo)⁵⁰. In questo scenario si assiste a una «neo-centralità del tempo di lavoro» e a una contestuale svalutazione delle distinzioni tradizionali adottate dal legislatore e dalla giurisprudenza, con effetti critici sul fronte dell'effettività dei diritti (anche di quelli già sanciti)⁵¹. Un significativo interesse può essere rivolto, in questo senso, al caso emblematico del diritto alla disconnessione, che – sia pure nella sua specificità – interseca molte delle questioni generali che caratterizzano più diffusamente il diritto del lavoro e il mondo dell'istruzione.

Quanto al fronte dell'*e-learning*, poi, l'attuale quadro normativo e istituzionale si presenta piuttosto disarticolato, ma possono individuarsi tre settori principali di intervento: l'istituzione e la regolamentazione delle università telematiche; le discipline settoriali di formazione *e-learning* (si pensi al caso della sicurezza sui luoghi di lavoro e al d.lgs. 81/2008); i provvedimenti relativi alla didattica a distanza nelle scuole di ogni grado adottati nel contesto pandemico⁵². Si può trattare di una disarticolazione degli interventi normativi proprio in quanto il bilanciamento tra interessi contrapposti e la stessa valutazione del rischio eventualmente insito nella formazione a distanza non seguono un itinerario coerente nella produzione legislativa e regolamentare: ora valutandosi l'*e-learning* come una soluzione eccezionale in quanto parzialmente inidonea ad assolvere le funzioni attribuite all'attività di formazione ordinaria (così, nel caso

⁴⁸ S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Napoli, Jovene, 2020, p. 277 ss.

⁴⁹ M. FERRARESI, *Problemi irrisolti dei tempi di disponibilità e reperibilità dei lavoratori*, in «Diritto delle Relazioni Industriali», 2, 2022, pp. 423-424.

⁵⁰ In questo senso, certamente «i tempi di disconnessione *in primis* potrebbero trovare una dimensione minima di misurazione nei periodi minimi di riposo consecutivo», ma non solo, come si vedrà *infra*: il diritto alla disconnessione svolge una funzione autonoma e più ampia (A. PRETEROTI, *Il diritto alla disconnessione nel lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in «Lavoro Diritti Europa», 3, 2021, p. 6).

⁵¹ A. TURSI, *Le metamorfosi del tempo di lavoro*, in «Diritto delle Relazioni Industriali», 2, 2022, p. 464.

⁵² Cfr. d.l. 19/2020, art. 1, co. II, lett. p, la Nota dipartimentale 17 marzo 2020, n. 388, *Emergenza sanitaria da nuovo Coronavirus. Prime indicazioni operative per le attività didattiche a distanza*, nonché le Linee guida per la Didattica digitale integrata del MIUR (disponibili sul sito del Ministero: https://www.miur.gov.it/documents/20182/0/ALL.+A+_Linee_Guida_DDI_.pdf/f0eeb0b4-bb7e-1d8e-4809-a359a8a7512f).

della scuola); talora, invece, assumendo che esso possa sostituire del tutto la formazione in presenza e, però, a condizione che si delineino ulteriori requisiti e meccanismi di controllo rispetto alla formazione “ordinaria” (come accade per le università); oppure, affermando una piena fungibilità tra didattica in presenza e didattica a distanza (nella formazione per la sicurezza sui luoghi di lavoro o, più generalmente, nel contesto dell’aggiornamento professionale richiesto dalle diverse discipline di settore, dove la formazione *online* sostituisce quella *offline*, senza che il legislatore percepisca alcun rischio).

Il tentativo è quello di dedurre da una costellazione di dettagli del quadro normativo alcune prime considerazioni generiche, per poi ritrovare un quadro comune, cioè generale, che caratterizza il bilanciamento tra diritti e interessi nel contesto digitale; un quadro che si declina in settori dell’ordinamento e della vita sociale densi di asimmetrie tra gli attori coinvolti e connotati dal rischio della predominanza di interessi superindividuali, tra i quali appunto il lavoro e l’istruzione rappresentano due orizzonti di rilievo primario.

È accaduto, infatti, che – soprattutto nel corso dell’emergenza pandemica – siano state introdotte modalità di lavoro agile e che siano state dislocate le attività didattiche nell’ambiente digitale, tentando tutt’al più di riprodurre i meccanismi e le tutele del mondo reale nel mondo virtuale, quasi a voler ripetere la logica della realtà “analogica” nel contesto digitale, senza considerare le differenze tra il secondo e la prima. Se un simile atteggiamento poteva essere giustificato dal contesto emergenziale, oggi appare sempre più necessaria una prospettiva diversa e più critica su quello che accade quando si sposta un’attività dall’ufficio, dalla classe o dalla corsia dell’ospedale al *computer* o al *tablet*. Una prospettiva più critica in senso duplice, cioè che non ceda all’evocazione di rischi astratti, che non trascuri i benefici del digitale, ma che – proprio perciò – si sforzi di delineare categorie concettuali (e giuridiche) che meglio si confrontino con i nuovi scenari.

Un’ultima considerazione preliminare va rivolta all’orizzonte flessibile delle fonti, su cui ci si soffermerà, e al carattere elastico delle norme generali che interessano il rapporto tra diritti e interessi nel contesto digitale⁵³.

Per esempio, qualora si renda necessario valutare se un certo tipo di attività possa essere svolta *online* o a distanza, oppure se ciò sia precluso, accade che, tra i vari attori istituzionali, il Garante *privacy* fornisca, spesso in mancanza di altri riferimenti certi, delle linee guida, uno strumento

⁵³ Un quadro particolarmente chiaro è offerto in I. PERNICE, *Die Verfassung der Internetgesellschaft: Zur Rolle von Staat und Verfassung im Zuge der digitalen Revolution*, in *HIIG Discussion Paper Series*, 2017.

“normativo” particolare e atipico, se raffrontato con le consuete strategie di regolamentazione e bilanciamento di diritti (soprattutto se costituzionalmente presidiati). Per contro, nella logica più “tradizionale”, quando occorre delineare i confini tra lecito e illecito, il riferimento ordinario dovrebbe rivolgersi all’orizzonte delle fonti primarie, soprattutto laddove sussiste il presidio della riserva di legge, oppure al formante giurisprudenziale che di fatto assume un rilievo sempre crescente nell’interpretazione (e nella creazione?) del diritto, o al più al ruolo propulsivo della dottrina nell’elaborazione di indirizzi ermeneutici che poi ambiscano a un riconoscimento formale da parte del diritto positivo o della stessa esegesi giurisprudenziale. Invece, la documentazione di *soft law* che contribuisce ad assolvere la funzione di bilanciamento tra diritti e interessi (o, almeno, a ispirarne gli esiti) rinvia all’orizzonte delle *guidelines* quali strumenti tecnici per specialisti, che si presentano *prima facie* come fonti di cognizione di norme tecniche: si pensi al loro rilievo nel contesto medico, ingegneristico o informatico. Questi strumenti paranormativi caratterizzano, in particolare, anche la funzione regolatoria delle autorità amministrative indipendenti⁵⁴, le quali sono abilitate a produrre atti regolativi autonomi che intervengono generalmente in settori ad alta densità tecnica⁵⁵ e si pongono a metà strada tra attività sostanzialmente normativa e attività formalmente amministrativa.

In estrema sintesi, si può affermare che il modo in cui le linee guida diventano norme vincolanti è lo stesso nel mondo delle tecniche specialistiche e in quello della protezione dei dati. Il giudice si trova ad applicare una norma – spesso di legge – che impone in modo vago un dovere che non si risolve in un precetto determinato e determinabile *ex ante*, quasi che la fonte primaria si limiti a sancire un imperativo categorico: l’operatore deve fare il bene e non il male, deve seguire lo stato dell’arte, deve applicare le migliori e più salde conoscenze. E per vagliare se ciò sia avvenuto, il giudice ricorre alla documentazione prodotta – nel più dei casi – da attori istituzionali, la quale diventa il parametro (cognitivo prima, normativo poi) cui ricondurre la disposizione di legge. Dunque, questo richiamo alla documentazione non vincolante consente di valutare la condotta e, cioè, di determinare la distinzione tra lecito e illecito. Ed è così che la fonte *soft* – apparentemente estranea all’assetto delle fonti – fa il suo ingresso nell’ordinamento.

⁵⁴ Cfr., *funditus*, V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D’ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati: le autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, Il Mulino, 2010.

⁵⁵ Cfr. C. CHIARIELLO, *L’inquadramento delle Linee Guida nel sistema delle fonti alla luce dell’interpretazione del Consiglio di Stato successiva all’entrata in vigore del d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, in “Federalismi.it”, 4 novembre 2020, 51 ss.; in particolare, v. Cons. di Stato, Sez. I, Adunanza di Sezione del 4 marzo 2020, parere n. 615 del 24 marzo 2020.

In un ambito diverso (ma affine a quelli che ci occupano), quello della *e-democracy*, si potrebbe richiamare il provvedimento del 4 aprile 2019 relativo alla piattaforma Rousseau⁵⁶, nel quale, oltre a diverse di sicurezza informatica della piattaforma stessa, il Garante *privacy* si è espresso in merito alla riservatezza delle operazioni di voto elettronico degli utenti, assumendo quindi che l'orizzonte (flessibile e articolato) del diritto della protezione dei dati potesse regolare – in carenza di discipline di settore – un sito *web* destinato ad operazioni di *e-democracy* (sia pure riferite al contesto di un movimento politico). Così si è affermato che «la segretezza delle espressioni di voto» sia una delle «caratteristiche fondamentali di una piattaforma di *e-voting* (almeno sulla base degli standard internazionali comunemente accettati)», senza che l'utente possa acconsentire a un diverso equilibrio di interessi tra dimensione pubblica e privata, cioè a un sistema di voto palese *online*.

«In questo senso – ha affermato il Garante –, la piattaforma Rousseau non gode delle proprietà richieste a un sistema di *e-voting*, come descritte, per esempio, nel documento “E-voting handbook - Key steps in the implementation of e-enabled elections” pubblicato dal Consiglio d'Europa a novembre 2010 e nel documento “Recommendation CM/Rec(2017)5 of the Committee of Ministers to member States on standards for e-voting” adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 14 luglio 2017, che prevedono la protezione delle schede elettroniche e l'anonimato dei votanti in tutte le fasi del procedimento elettorale elettronico». Dunque, sulla base di un simile iter argomentativo, l'autorità di controllo ha comminato una sanzione pecuniaria e ha ingiunto le attività necessarie per conformarsi agli standard individuati dalla parte motiva del provvedimento.

Ciò che forse più interessa è che il parametro necessario per stabilire l'illiceità di un sistema di voto palese nel contesto della *e-democracy* sia stato individuato negli standard internazionali comunemente accettati e, in particolare, dallo *E-voting Handbook - Key Steps in the Implementation of e-Enabled Elections*⁵⁷: la fonte cognitiva della norma concretamente applicata, cioè, è un saggio elaborato da una studiosa, un libro acquistabile e dotato del consueto codice *International Standard Book Number* (anche se pubblicato sotto l'egida del Consiglio d'Europa).

Potrebbero citarsi decine di casi notori in cui la norma da applicare deriva il suo contenuto da una fonte cognitiva estranea all'assetto tradizionale delle fonti del diritto e che, talora, essa è persino “privata”: è una “norma” che ha un costo, un commercio, è coperta dal diritto di autore,

⁵⁶ Garante *privacy*, provv. n. 83/2019, in particolare § 3.5 e 4.

⁵⁷ S. CAARLS, *E-Voting Handbook - Key Steps in the Implementation of E-Enabled Elections*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2010.

o può essere applicata solo da agenti certificatori terzi che fanno capo a società commerciali – si pensi alle norme ISO, su tutte.

Venendo poi a un caso inerente alla nostra indagine, sul fronte della didattica *online*, potremmo far riferimento al provvedimento del Garante *privacy* del 26 marzo 2020⁵⁸, nel cui allegato erano contenute le indicazioni per la didattica a distanza, e in particolare: che le istituzioni fossero «autorizzate a trattare i dati, anche relativi a categorie particolari, di insegnanti, alunni» e che pertanto non dovesse «essere richiesto agli interessati [...] uno specifico consenso al trattamento»; che spettasse «in primo luogo alle scuole e alle università – quali titolari del trattamento – la scelta e la regolamentazione, anche sulle base delle indicazioni fornite dalle autorità competenti, degli strumenti più utili per la realizzazione della didattica a distanza», in modo da «conformarsi ai principi di *privacy by design* e *by default*», perché nella «scelta degli strumenti da utilizzare è, dunque, opportuno includere, oltre all'adeguatezza rispetto alle competenze e capacità cognitive di alunni e studenti, anche le garanzie offerte sul piano della protezione dei dati». Tra le più diverse (e generali) indicazioni, il provvedimento invitava, nel caso di utilizzo delle piattaforme “generaliste” (cioè non specificamente sviluppate per l'insegnamento a distanza), ad «assicurarsi (anche in base a specifiche previsioni del contratto stipulato con il fornitore dei servizi designato responsabile del trattamento), che i dati trattati per loro conto siano utilizzati solo per la didattica a distanza», dal momento il «consenso non sarebbe, infatti, validamente prestato perché, appunto, indebitamente condizionato al perseguimento di finalità ultronee» rispetto alla sola didattica. Si trattava, a ben vedere, di un quadro di indicazioni ampiamente condivisibili, seppur non univocamente derivabili dalla lettera del Regolamento europeo. E, però, si profilava un possibile contrasto con l'erogazione “gratuita” di servizi digitali da parte di piattaforme che traggono profitto proprio dal trattamento dei dati dell'utenza, per finalità forse “ultronee” rispetto al servizio offerto. In altri termini, un quadro di principi generalissimi sembrava opporsi all'orizzonte delle pratiche e dei *software* cui ci si era rivolti nel contesto emergenziale.

2. Il caso emblematico del diritto alla disconnessione

Nell'ambito del diritto del lavoro, il dislocamento delle prestazioni lavorative nel contesto digitale richiama il caso più significativo del diritto

⁵⁸ Garante *privacy*, provv. 64/2020, «Didattica a distanza: prime indicazioni».

alla disconnessione; un diritto – *lato sensu* inteso – che ha riscontrato un rilievo sempre maggiore in diversi ordinamenti europei e nel contesto globale.

Una sua prima affermazione legislativa è avvenuta nell'ordinamento francese, con la cd. *Loi Travail* o El-Khomri del 2016⁵⁹, muovendo da rilevanti intuizioni della dottrina e da un primo riconoscimento nella sede della contrattazione collettiva⁶⁰. In Germania, in modo analogo e però opposto quanto alle modalità di introduzione, il *Recht zum Abschalten von digitalen Fernkommunikationsmitteln* non ha un esplicito fondamento nel diritto positivo, ma si è imposto in molte *policy* aziendali, anche grazie a strumenti di *soft law* che ne hanno favorito la diffusione⁶¹. In Spagna, invece, il legislatore ha optato per un obbligo in capo al datore di lavoro di predisporre una *policy* interna, sentite le rappresentanze sindacali⁶².

Quindi, con riferimento al contesto italiano, il diritto alla disconnessione è stato introdotto dall'art. 19 della l. 81/2017 sul lavoro agile, dove «viene solo citato (non definito)»⁶³, e così anche nell'art. 2 del d.l. 30/2021 (conv. con modificazioni dalla l. 61/2021).

Tra le diverse iniziative in questo ambito, si registra una grande varietà in ordine al formante cui è affidata l'affermazione del diritto in questione, come pure in ordine alle modalità con cui i legislatori hanno inteso regolarlo, ora affidandosi alla contrattazione collettiva, ora all'autonomia delle parti, ora onerando il datore di lavoro di predisporre regolamenti *ad hoc*.

L'articolata fenomenologia di tale diritto nel quadro degli ordina-

⁵⁹ La Loi n° 2016-1088, relativa «au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels», il cui art. 55 del *Chapitre II*, rubricato «Adaptation du droit du travail à l'ère du numérique», introduce il *droit à la déconnexion* novellando l'art. L. 2242-8 del *Code du travail* con l'aggiunta di un settimo comma: «Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques».

⁶⁰ Sul punto, brevemente, E. DAGNINO, *Il diritto alla disconnessione nell'esperienza contrattuale-collettiva italiana*, in «Lavoro Diritti Europa», 4, 2021, p. 2 (e i richiami in nn. 4 e 5).

⁶¹ Cfr., per esempio, J. BOEWE, J. SCHULTEN, *Recht auf Abschalten*, in «Die Mitbestimmung Heft», 4, 2014. Quanto agli strumenti di *soft law*, si pensi alla *Gemeinsame Erklärung, Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt*, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Bonn, Deutscher Gewerkschaftsbund, 2013.

⁶² Real Decreto-ley 28/2020, «de trabajo a distancia». Cfr. ancora E. DAGNINO, *Op. Cit.*, p. 4.

⁶³ M. C. CATAUDELLA, *Tempo di lavoro e tempo di disconnessione*, in «Massimario di giurisprudenza del lavoro», 4, 2021, p. 853.

menti europei e la sua comparsa puntuale nell'ordinamento interno pongono questioni – in parte irrisolte – relative alla definizione del diritto stesso, del suo contenuto o del suo oggetto: «si tratta infatti di un diritto a densità e contenuto variabile»⁶⁴; di cui al più si può ricavare una definizione operativa proprio dal dettato dell'art. 19, «un diritto alla pattuizione e specificazione delle misure tecnico-organizzative idonee ad assicurare l'interruzione del collegamento degli strumenti tecnologici utilizzati per l'esecuzione della prestazione di lavoro»⁶⁵; definizione che però si presta a molteplici letture.

Infatti, neppure sul piano esegetico del diritto interno è possibile stabilire se la disconnessione si rivolga al mero riposo minimo continuativo o abbia una portata più ampia e autonoma (cioè, sino al punto di regolare il complesso *work-life balance*⁶⁶), se il diritto si riferisca al solo contesto del lavoro agile o mostri un potenziale espansivo in tutti i rapporti di lavoro subordinato (e non) e, più in generale, se tali questioni debbano avere un'unica soluzione o se tale flessibilità sia funzionale a regolamentare l'equilibrio “poroso” tra tempi di lavoro e tempo libero. Allora, come sarà osservato, la riconduzione del diritto alla disconnessione al contesto dei diritti digitali, nonché al diritto della protezione dei dati consentirà, almeno in parte, di collocare le questioni in un orizzonte teorico generale che sia più incline a frequentare la ricerca dinamica di un equilibrio tra diritti e interessi.

In ogni caso, la progressiva e diffusa affermazione delle forme di tutela, nonché del diritto stesso che è sempre più evocato, induce a ritenere che non si attesti soltanto una comunanza delle politiche del diritto del lavoro di diversi Paesi o una mera convergenza delle prassi, ma che il fenomeno possa corrispondere al riconoscimento di un vero e proprio diritto “fondamentale”, sulla cui esistenza sembrano scommettere diverse iniziative, anche sul piano sovranazionale.

Una simile prospettiva, infatti, è quella assunta dal Parlamento europeo, nella Risoluzione del 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181/INL), secondo cui «*il diritto alla disconnessione è un diritto fondamentale che costituisce una parte inseparabile dei nuovi modelli di lavoro della nuova era digitale*». Questa statuizione politica si sostiene su un articolato quadro di riferimenti positivi: l'art. 24 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che sancisce il diritto al riposo e allo svago; l'art. 31 della Carta dei

⁶⁴ S. BELLOMO, *Forme di occupazione “digitale” e disciplina dell'orario di lavoro*, in “Federalismi.it”, 19, 2022, p. 190.

⁶⁵ A. PRETEROTI, *Il diritto alla disconnessione*, cit., p. 4.

⁶⁶ Cfr. sul tema, e sulla distinzione tra *work-life balance* e *work-life blending*, M. MILITELLO, *Il work-life blending nell'era della on demand economy*, in “Riv. giur. lav.”, 1, 2019, p. 47 ss.

diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo cui ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro che ne rispettino salute, sicurezza e dignità, così come ha diritto a una limitazione dell'orario massimo di lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali⁶⁷; gli accordi quadro tra le parti sociali europee sul telelavoro (2002) e sulla digitalizzazione (2020); la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che, per esempio, ha affermato l'obbligo di istituire un sistema che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero⁶⁸ e che considera come orario di lavoro anche il tempo che il lavoratore trascorre al proprio domicilio con l'obbligo di rispondere alle convocazioni⁶⁹; infine, un ampio quadro di riferimenti a studi di settore e documenti di *soft law*⁷⁰, i quali – pur non avendo una collocazione nel sistema formale delle fonti del diritto – assumono, come visto, un rilievo centrale nella regolamentazione dell'ambiente digitale.

La risoluzione del Parlamento europeo 2019/2181/INL sul diritto alla disconnessione, oltre ad affermarne la fundamentalità, sottolinea che il diritto in parola «*consente ai lavoratori di astenersi dallo svolgere mansioni, attività e comunicazioni elettroniche lavorative, come telefonate, email e altri messaggi, al di fuori del loro orario di lavoro, compresi i periodi di riposo, i giorni festivi ufficiali e annuali, i congedi di maternità, paternità e parentali nonché altri tipi di congedo, senza conseguenze negative*» (§ 16). Ma una simile facoltà di astensione non produttiva di conseguenze negative appartiene più al regime degli effetti, che non al contenuto del diritto. Tuttavia, la dottrina, nel silenzio del legislatore italiano e grazie alle «sottolineature» europee, diagnostica un tratto comune: si tratterebbe di un diritto del lavoratore «a non essere sempre raggiungibile e reperibile»⁷¹, o si afferma che esso «sottende il principio della non reperibilità extra lavorativa»⁷², oppure che, pur trattandosi di una tutela relativa all'irre-

⁶⁷ Sono richiamate altresì le direttive: 89/391/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro; 91/383/CEE del Consiglio, che completa le misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute durante il lavoro dei lavoratori aventi un rapporto di lavoro a durata determinata o un rapporto di lavoro interinale; 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro; UE/2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea; UE/2019/115, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE.

⁶⁸ Causa C-55/18.

⁶⁹ Causa C-518/15.

⁷⁰ Per esempio, la relazione della Commissione per l'occupazione e gli affari sociali (A9-0246/2020), il documento di lavoro dell'Eurofound *The right to disconnect in the 27 EU Member States* (2020), la relazione di UNI Global Union *The Right to Disconnect: Best Practices* (2020).

⁷¹ M. C. CATAUDELLA, *Tempo di lavoro*, cit., p. 854.

⁷² R. PERRONE, *Il diritto alla disconnessione*, cit., p. 13.

peribilità del lavoratore, sul piano del diritto positivo, non sia un caso se il legislatore «decide di non qualificare espressamente la disconnessione come diritto»⁷³, peraltro limitando la disconnessione al solo lavoro agile. Neppure il ricorrente riferimento alla “irreperibilità” ne semplifica del tutto la definizione: infatti, la risoluzione europea rammenta che «*secondo la legislazione attuale e la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, i lavoratori non sono tenuti a fornire ai datori di lavoro una disponibilità costante e senza interruzioni*» (§ 10). Ma, pur volendo prescindere dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalla questione aperta relativa all'eventuale inclusione della reperibilità nel computo dell'orario di lavoro⁷⁴, è certo che l'irreperibilità sia la condizione abituale del tempo libero del lavoratore (e *a fortiori* del riposo), e che la reperibilità sia piuttosto un regime derogatorio o, se si vuole, un «un istituto pattizio mediante il quale un lavoratore si obbliga, al di fuori del proprio normale orario di lavoro, a essere rintracciabile»⁷⁵. Se, dunque, il diritto alla disconnessione altro non fosse che l'abituale condizione di irreperibilità del lavoratore nel tempo libero, esso non sarebbe che un mero aspetto di un diritto già *in toto* sancito e protetto⁷⁶ e, in quanto tale, non bisognoso di ulteriori riconoscimenti⁷⁷.

Questa prospettiva evidenzia, si direbbe, il solo profilo implicito (e negativo⁷⁸) del diritto alla disconnessione, privilegiando un approccio statico. Occorre, invece, riferirsi anche al contesto tecnologico e organizzativo⁷⁹, in cui la “consueta” condizione di irreperibilità deve essere attivamente presidiata dal rischio di essere raggiunti da comunicazioni o

⁷³ Salvo aderire alla prospettazione di un «futuro diritto fondamentale» connesso al diritto della *privacy*, R. ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione*, cit., nel testo p. 220 ss., qui p. 231.

⁷⁴ V., per esempio, S. M. CORSO, *La “pronta” reperibilità tra “orario di lavoro” e “periodo di riposo”*: una questione che rimane aperta, in “Variazioni su temi di Diritto del lavoro”, 1, 2020, p. 198 ss. Il tema qui non appare di centrale interesse, poiché non si tratta del tempo della reperibilità come tempo di lavoro, quanto piuttosto di riconoscere che il regime di reperibilità non sia lo stato abituale del tempo libero.

⁷⁵ R. ZUCARO, *Op. Cit.*, p. 222.

⁷⁶ In questa prospettiva, F. ROTONDI, *Diritto alla disconnessione: perché vietare ciò che è già vietato?*, in “Formiche”, 12 settembre 2016, secondo cui un «utilizzo irregolare e/o sproporzionato non è figlio di un vuoto normativo, bensì come per gran parte dei nostri “finti” problemi, si tratta di (male) educazione, di (mala) cultura, di ignoranza».

⁷⁷ Sugli elementi di irriducibile novità di questo diritto, v. A. IERMANO, *Verso un nuovo diritto “fondamentale” in ambito UE: il diritto alla disconnessione digitale*, in “Rivista.eurojus.it”, 2, 2021, p. 1622 ss. Una posizione mediana in E. DAGNINO, I. MOSCARITOLO, *Diritto alla disconnessione: un diritto di nuova generazione?*, in “Bollettinoadapt.it”, 19 settembre 2016.

⁷⁸ Nel senso “classico” della teoria generale, che oppone ‘negativo’ e ‘positivo’ nelle qualificazioni della libertà – rispettivamente – o quale assenza di impedimenti e interferenze o quale «possibilità di orientare il proprio volere verso uno scopo», (N. BOBBIO, *Libertà*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, Treccani, 1978).

⁷⁹ Un quadro generale è in I. SENATORI, *The European Framework Agreement on Digitalisation: a Whiter Shade of Pale?*, in “Italian Labour Law e-Journal”, 2, 2020, p. 159 ss.

forme di controllo. Non appare centrale solo il profilo statico dell'irreperibilità del lavoratore nel tempo libero, ma emerge il rilievo dinamico della protezione (anche organizzativa, tecnica, ecc.) dello spazio e del tempo di non lavoro.

Sempre nella risoluzione, allora, si riconosce che la tecnologia e l'intelligenza artificiale svolgano «*un ruolo fondamentale nel plasmare il luogo di lavoro del futuro*»; che «*il riconoscimento dell'efficienza lavorativa e non dovrebbe condurre a un uso disumanizzato degli strumenti digitali né sollevare preoccupazioni relative alla vita privata e a una raccolta dei dati personali, una sorveglianza e un controllo sproporzionati e illegali dei lavoratori*»; ed esorta «*le parti sociali e le autorità di controllo della protezione dei dati a garantire che gli strumenti di monitoraggio del lavoro siano utilizzati soltanto se necessario e in modo proporzionato nonché a garantire il diritto alla vita privata dei dipendenti e all'autodeterminazione sul lavoro*».

Dunque, non si tratterebbe più di riconoscere una condizione già tutelata (nel caso, una libertà negativa), quanto piuttosto di disegnare – anche con riferimento ai dispositivi e ai *software* usati dal lavoratore – uno spazio e un tempo liberi, in conformità con i valori costituzionali richiamati e, però, tramite un quadro di azioni positive che mirino all'effettività della tutela. Quest'ultima considerazione determina due effetti: da un lato, allontana il diritto alla disconnessione dal contesto dei meri diritti di protezione, nel senso degli *Abwehrrechte*, e ne evidenzia gli aspetti marcatamente pretensivi⁸⁰, richiedendo al datore di lavoro di predisporre le garanzie adeguate alla non rintracciabilità del lavoratore nel tempo libero; dall'altro lo accosta, quasi inscindibilmente, ai diritti della protezione dei dati⁸¹. Se, cioè, nella prospettiva della *privacy*, la tutela della sfera privata si oppone all'ingerenza esterna del terzo, nella protezione dei dati la sfera privata è presidiata anche nel caso dell'irriducibile interferenza che le tecnologie della comunicazione e dell'informazione realizzano nei confronti della persona⁸².

⁸⁰ Sul rapporto tra *Abwehrrecht* e *Leistungsrecht*, tra i tanti, J. ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 5, 1992, p. 414 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, Treccani, 1989, p. 29 ss. e IDEM, *Libertà I) Problemi generali*, in *Enciclopedia giuridica*, XIX, Roma, Treccani, 1990, p. 20 ss.

⁸¹ Cfr. N. MINISCALCO, *Il diritto alla disconnessione: un nuovo profilo della privacy del terzo millenio*, in P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica. Atti del Convegno Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Genova, 18-19 giugno 2021, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 457 ss.; o diffusamente in L. CIANCI, *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali: quid pluris?*, in "Diritto pubblico comparato ed europeo", 2, 2022, pp. 381-390. Con riferimento a un interessante casistica, A. INGRAO, *Il controllo a distanza sulla prestazione dei cicofattorini tra Scoober App e GPS*, in "Labour & Law Issues", 1, 2021, pp. 163-174.

⁸² Cfr., diffusamente, S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza*

Pertanto, occorre ripercorrere alcuni tratti essenziali del diritto alla protezione dei dati, con particolare riferimento all'orizzonte sovranazionale, che prima ne ha dettato la ricezione nell'ordinamento interno e, oggi, ne determina direttamente e in massima parte la disciplina interna, soprattutto con riferimento al Regolamento europeo 679/2016/UE (sin d'ora anche GDPR).

Il diritto alla protezione dei dati è sancito – tra i principali e più rilevanti riferimenti positivi – dalla Convenzione 108/1981, dall'art. 8 della Carta di Nizza, e trova oggi nel GDPR la sua disciplina generale. Qualsiasi trattamento di dati, sia esso informatico o digitale, purché non di carattere personale o domestico, è attratto in questo perimetro normativo; e così pure le tecnologie di comunicazione e di controllo del lavoratore che si realizzano tramite le più disparate forme di trattamento di dati personali, in mancanza di altri riferimenti normativi, si collocano in tale spazio⁸³.

Ciò implica la soggezione a una trama di adempimenti nell'ottica della progressiva *compliance* al Regolamento: su tutti, si potrebbe citare il principio di *accountability*, secondo cui il titolare del trattamento, «*tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche*» dovrà mettere in atto le «*misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente*» al GDPR (art. 24); e così – il principio di *data protection by design* – che il titolare sia tenuto a realizzare «*misure tecniche e organizzative adeguate [...] volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati [...] e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie*», anche al fine di «*tutelare i diritti degli interessati*» (art. 25, I co.). Tali garanzie sono predisposte sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento, e «*per impostazione predefinita*» (art. 25, II co., cd. *data protection by default*).

In altri termini, per ogni trattamento di dati personali (ivi compresi quelli riferibili al contesto lavorativo), è necessario modellare un *design* organizzativo e tecnologico⁸⁴ che realizzi, sin dalla fase di progettazione e con misure tecniche e organizzative di *default*, il corretto bilanciamento tra i diritti dell'interessato (e, nel caso, del lavoratore) e gli interessi del

alla protezione dei dati personali, Padova, CEDAM, 2006.

⁸³ In relazione ai poteri di controllo del datore di lavoro, il rapporto di complementarità dell'art. 4 St. lav. con il Regolamento 2016/679/UE è trattato in modo esaustivo da A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy. Una lettura integrata*, Bari, Cacucci, 2018, pp. 83 ss.

⁸⁴ Sui profili organizzativi e non soltanto tecnici: A. PRETEROTI, *Il diritto alla disconnessione*, cit., 4 ss.

titolare del trattamento (o del datore di lavoro). Lungi dal descrivere solo un quadro di astensioni o divieti in capo al titolare del trattamento, allora, la protezione dei dati si realizza attraverso un complesso di prestazioni in capo al medesimo, cui corrisponde, per contro, una trama di diritti soggettivi azionabili da parte dell'interessato, di carattere sia oppositivo, sia propriamente pretensivo⁸⁵.

In questo scenario, è ben evidente che il trattamento dei dati del lavoratore possa coincidere – almeno per le garanzie attuabili nel contesto dei trattamenti di dati – con una *species* del più ampio *genus* dei rapporti tra l'impresa e l'utente interessato dal trattamento: una *species* che può certo caratterizzarsi per norme derogatorie, però soltanto nei limiti contemplati dallo stesso GDPR e pur sempre nella logica di effettività del medesimo⁸⁶. Certamente, oltre le garanzie tecniche e organizzative attestate nel perimetro del Regolamento europeo, «a monte della definizione tecnica delle modalità di disconnessione», il datore di lavoro sarebbe poi «tenuto a distribuire il carico di lavoro in maniera equa»⁸⁷, così da integrare gli adempimenti tecnici e organizzativi attinenti più in generale all'attività dell'azienda con quelli qualificabili in termini di trattamento di dati personali⁸⁸.

È così che tra i principi ora evocati in materia di protezione dei dati e il nuovo approccio alla disconnessione *by design* e *by default* si palesa ben

⁸⁵ Evidenzia la dimensione “collettiva” del diritto alla disconnessione M. BIASI, *Individuale e collettivo nel diritto alla disconnessione: spunti comparatistici*, in “Diritto delle Relazioni industriali”, 2, 2022, p. 419: «se tale garanzia assume così una “valenza rafforzativa di una libertà già desumibile, in negativo, dai periodi di impegno attuale o reperibilità”, assai condivisibilmente la recente proposta europea insiste sull'adozione di misure dissuasive volte a scongiurare, nel prisma dell'effettività, che la prerogativa in parola si riveli un mero manifesto» (il virgolettato si riferisce a M. FERRARESI, *Problemi irrisolti*, cit.).

⁸⁶ Si osserva che «[s]postato sul piano dei diritti digitali, il principio di effettività che domina l'angolatura rimediaria svela connotati suoi propri: in questa dimensione occorre invero soppesare con attenzione il peso esercitato dal condizionamento tecnologico sulla concreta attuazione dei diritti» (D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in “Responsabilità civile e previdenza”, 1, 2017, p. 21).

⁸⁷ A. PRETEROTI, *Il diritto alla disconnessione*, cit., p. 4.

⁸⁸ Bisogna rimarcare che ai sensi dell'art. 4, n. 1, GDPR, per trattamento s'intende «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione». In ogni caso, fuori di questo esteso ambito di applicazione, nel settore delle comunicazioni elettroniche, opera la Direttiva 2002/58/CE (cd. *ePrivacy*), in attesa del futuro Regolamento.

più di una mera analogia⁸⁹: la «disconnessione tecnica», allora, sarebbe «la sola modalità capace di garantire un'effettiva cesura tra tempo di lavoro e tempo di riposo»⁹⁰. Una simile prospettiva è assunta dal protocollo sottoscritto dal Ministro del Lavoro e dalle organizzazioni sindacali datoriali e dei lavoratori per disciplinare il lavoro agile nel settore privato nel 7 dicembre 2021⁹¹, dove si afferma, quanto alla regolazione della disconnessione che «[v]anno adottate specifiche misure tecniche e/o organizzative per garantire la fascia di disconnessione» (Art. 3, III co.), in chiara adesione – cioè – al lessico e all'approccio del GDPR.

Del resto, lo stesso approccio caratterizzava già lo *European Social Partners Framework Agreement on Digitalisation* (il protocollo siglato nel giugno 2020 dalla Confederazione europea dei sindacati e dalle associazioni imprenditoriali europee, BusinessEurope e SMEunited), che evidenziava il rilievo di adeguare la cultura e le prassi aziendali circa le «*modalities of connecting and disconnecting*» (§ 2).

Da ultimo, in questa direzione è proprio facendo leva sui *Persönlichkeitsrechte*, sui diritti della personalità che sono il precipitato civilistico di quelli sanciti a livello costituzionale, la giurisprudenza lavoristica di merito tedesca sta affermando il rilievo del diritto alla disconnessione⁹², anche sulla base delle prassi già introdotte da molti operatori economici. In tal senso, dal “riconoscimento” operato dalle parti sociali (forse, dalla sua affermazione sul piano della contrattazione) si trarrebbero ulteriori conferme per un riconoscimento (anche) giurisprudenziale del diritto alla disconnessione, il cui ancoramento – mutato il contesto – può collocarsi tra le posizioni implicitamente riconosciute dai diritti già nominati dal legislatore (e dal costituente), progressivamente estesi in via sistematica e in ossequio del principio di effettività.

Eppure, come anticipato, l'affermazione di un nuovo diritto implica

⁸⁹ Più prudentemente, invece, A. DONINI, *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultato*, in M. VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva e individuale*, Napoli, Jovene, 2018, p. 62: «la disconnessione costituisce lo strumento tecnico per garantire la tutela della salute del lavoratore rendendo effettiva la limitazione temporale della prestazione, con una logica simile a quella by design e by default introdotta dal Regolamento europeo in materia di tutela dei dati personali». Invece, tratta congiuntamente i due aspetti e non per via analogica, A. INGRAO, *Il controllo a distanza*, cit., 126 ss.

⁹⁰ «Infatti, qualora il datore di lavoro adempia alla sua obbligazione “gestionale e organizzativa”, impedendo che il lavoratore possa essere raggiunto da mail o richieste di lavoro, la disconnessione ha già piena efficacia, a prescindere dal comportamento del dipendente» (S. MAGAGNOLI, *Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro*, in “Labour & Law Issues”, 2, 2021, p. 96).

⁹¹ Su cui v., M. ALOVISIO, *La protezione dei dati ed il diritto di disconnessione nel nuovo protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile nel settore privato*, in “Diritto e Giustizia”, 17 gennaio 2022.

⁹² Per tutte, si veda Landesarbeitsgericht (LAG) Schleswig-Holstein, sent. 1 Sa 39 öD/22.

articolate operazioni di ponderazione, che assumono nel contesto digitale una declinazione piuttosto caratteristica, dovendosi demandare l'opera di bilanciamento (anche) al *design del software*⁹³. In altri termini, il consueto bilanciamento che prevede, nel caso di prevalenza di un determinato diritto su un altro (diritto o interesse) "rivale", la valutazione sulla legittimità dell'intervento, sull'idoneità e necessità della misura, e sulla proporzionalità in senso stretto, tale bilanciamento coinvolge ora attori nuovi, non inclusi nel rapporto triadico tra legislazione, giurisdizione e giurisdizione costituzionale⁹⁴. Così, il GDPR, nel precisare che il «*diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità*» (Cons. 4), coinvolge in questa ponderazione l'organizzazione dell'attività economica e il *design* delle tecnologie, secondo l'approccio *by design* e *by default*.

In modo del tutto identico, l'affermazione di un diritto alla disconnessione così inteso sarà affidata al suo bilanciamento nella trama dei diritti del lavoratore e delle prerogative dell'attività economica, ricercando una strada anche organizzativa e ingegneristica per la sua effettiva soddisfazione⁹⁵.

Per riferirsi al solo profilo della raggiungibilità del lavoratore, potrebbe rilevarsi che tanto per la telefonia, quanto per la posta elettronica e i servizi di messagistica istantanea, la dicotomia rappresentata dai poli estremi dell'assoluta irraggiungibilità e della continua raggiungibilità dei destinatari si sfuma in possibili declinazioni mediane che dipendono dall'attivazione di tecnologie che filtrano le telecomunicazioni (e, solo al limite, le impediscono *in toto*).

In relazione alla telefonia, potrebbero citarsi i filtri in entrata e in uscita alle chiamate (eventualmente attivabili in diverse fasce orarie), come pure la possibilità di computare il tempo libero impiegato per le comunicazioni telefoniche in vista del relativo compenso (in assenza di un regime di reperibilità altrimenti concordato)⁹⁶. Quanto ai servizi di

⁹³ Sia concesso il richiamo a F. GIRELLI, F. CIRILLO, *Immuni e green pass. Prospettive di bilanciamento nella pandemia*, in "Consulta OnLine", 1, 2022, p. 257.

⁹⁴ In ambito eurounitario, oltre alle disposizioni relative ai singoli diritti fondamentali, può farsi riferimento all'art. 52 CDFUE e alla relativa giurisprudenza.

⁹⁵ Si potrebbe fare riferimento all'analoga questione dei controlli, in cui il bilanciamento *by design* si declina con forti tratti di comunanza. Sul punto, v. anche G. CASSANO, *Quando il giudizio di proporzionalità salva i controlli difensivi occulti: Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione a confronto*, in "Diritto delle relazioni industriali", 2, 2022, p. 530 ss.

⁹⁶ Un accordo aziendale tedesco consente al lavoratore di stabilire con il proprio supervisore gli orari in cui può essere raggiunto a casa e, nel caso, computa le attività di comunicazione lavorativa avvenute nel tempo libero nel conto orario (M. KAUFMANN, *Deutsche Konzerne kämpfen gegen den Handy-Wahn*, in "Spiegel.de", 17 febbraio 2014).

posta elettronica si è sperimentata – non sempre necessariamente con il successo sperato – una sospensione tecnica della sincronizzazione della *mail*⁹⁷, che può giungere sino alla cancellazione della corrispondenza inviata al lavoratore nel periodo festivo⁹⁸. Nel campo della messaggistica istantanea, oltre a strumenti tecnici che possano riprodurre effetti analoghi a quelli ora descritti, è evidente che le misure di protezione dei dati, di limitazione dei poteri di controllo da parti di terzi e di disconnessione si possano sovrapporre: si pensi all'eventuale attivazione o disattivazione (anche temporanea) delle conferme di ricezione e di lettura del messaggio o alla possibilità di visualizzare lo stato *online* del destinatario.

La varietà delle misure adottate o meramente ipotizzabili consente di distinguere tra uno *hard approach* che garantirebbe un pieno *right to be disconnected* e un *soft approach* che faculta il lavoratore ad attivare forme graduali di disconnessione, nel senso del riconoscimento di un più elastico *right to disconnect*⁹⁹. Nel primo caso si possono attuare, come visto, obblighi di disconnessione, blocchi tecnici alla connessione tra *server*, blocchi di sincronizzazione dei servizi di posta elettronica e di messaggistica, e cancellazione dei messaggi ricevuti nelle fasce orarie “protette”. Dall'altro lato, la disconnessione rimane, nell'approccio *soft*, soprattutto una responsabilità del dipendente e un impegno del datore di lavoro¹⁰⁰: si profila un diritto di non rispondere ai messaggi al di fuori dell'orario di lavoro concordato senza subire conseguenze negative; si rende necessaria un'apposita formazione per i dipendenti e dirigenti, anche in relazione all'uso responsabile della posta elettronica e all'organizzazione dei processi lavorativi; si prospettano accordi orari di disponibilità e indicazioni dell'orario di disconnessione, ecc.

I due approcci, apparentemente antitetici, ben potrebbero integrarsi

⁹⁷ Si pensi, in tal senso, al blocco per fasce orarie della sincronizzazione della *mail* abilitato da numerosi gestori del settore, eventualmente accompagnato dall'attivazione di un risponditore automatico (facoltà rimessa all'utente del servizio). Ancora con riferimento al caso tedesco, giova menzionare il caso del blocco disposto in virtù di un accordo aziendale della Volkswagen (cfr. *Volkswagen Turns Off Blackberry Email After Work Hours*, in “BBC News”, 8 marzo 2012, <https://www.bbc.com/news/technology-16314901>)

⁹⁸ Cfr. *Daimler löscht alle Mails, die im Urlaub kommen*, in “Welt.de”, 13 agosto 2014.

⁹⁹ In questo senso, per esempio, il *research report* dell'Eurofound, *Right to Disconnect: Exploring Company Practices*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Luxembourg, 2021, 32.

¹⁰⁰ Un approccio *soft* può rinvenirsi nell'accordo «sulle nuove misure per la promozione della conciliazione fra vita professionale e vita privata dei dipendenti del Gruppo Unicredit del perimetro Italia» del 13 aprile 2018, nel quale (art. 16) la tutela della disconnessione si articola sotto diversi profili: le apparecchiature aziendali dovranno essere utilizzate nel rispetto dell'orario di lavoro evitando abusi dei servizi di messaggistica, l'uso dei dispositivi personali per ragioni aziendali è consentito per solo i casi di urgenza, le mail devono rispettare l'orario di lavoro ufficiale, e sono previste iniziative formative per la diffusione di una “cultura” della disconnessione.

in ragione delle diverse posizioni tutelate (il tempo di riposo, il tempo libero o le eventuali fasce mediane), con dispositivi tecnici più o meno intensi, ora facoltativi, ora obbligatori.

È chiaro che una simile rapida rassegna delle misure attuabili si possa solo confrontare con quanto è stato già tecnologicamente implementato, ma che – qui rileva l’approccio *by design* – la definizione delle misure tecniche e organizzative debba avvalersi di strumenti la cui stessa creazione è affidata all’innovazione progressiva e allo sviluppo di tecnologie informatiche sempre più *human centered*¹⁰¹. Da ciò consegue che le misure richiamate non siano che un insieme esemplificativo di un approccio che richiede una flessibilità verso contesti organizzativi e tecnologici differenti e aggiornamenti *in itinere* che consentano di misurare l’impatto delle tecnologie adottate sui diritti dei lavoratori coinvolti.

Infatti, questa prospettiva dinamica consente di frequentare con maggiore disinvoltura le questioni relative alla densità variabile del diritto alla disconnessione, alla definizione del suo perimetro e del suo oggetto, proprio perché questo generale diritto a una prestazione di carattere tecnico e organizzativo si presenta in declinazioni diverse, secondo i contesti. La stessa plasticità che si riconosce alla trama dei diritti della protezione dei dati potrebbe dispiegarsi – nel caso della disconnessione – nei confronti del riposo minimo continuativo, del diverso atteggiarsi del *work-life balance* nelle differenti modalità di esecuzione del rapporto di lavoro (non più nel solo contesto del lavoro digitale¹⁰²), come pure occorrere a regolamentare i regimi di contattabilità e di reperibilità con garanzie tecniche e organizzative adeguate a marcare – più generalmente – una distinzione chiara, ancorché flessibile, tra tempo di lavoro e tempo libero, eventualmente graduando le condizioni di contattabilità sino a preservare con la massima intensità il nucleo duro del riposo minimo continuativo¹⁰³.

¹⁰¹ Cfr. già R. BUCHANAN, *Human Dignity And Human Rights: Thoughts On The Principles Of Human-Centered Design*, in “Design Issues”, 3, 2001, p. 35 ss.; più recentemente, tra i tanti, C. BURR, M. TADDEO, L. FLORIDI, *The Ethics of Digital Well-Being: A Thematic Review*, in “Science and Engineering Ethics”, 4, 2020, *passim*.

¹⁰² Infatti, «esigenze analoghe dovrebbero tenersi in considerazione per la generalità dei lavoratori, sia per l’impiego ormai pervasivo di dette tecnologie; sia, appunto, per la tutela dei prestatori abitualmente coinvolti in turni di reperibilità al di fuori dell’orario di lavoro» (M. FERRARESI, *Problemi irrisolti*, cit., p. 444).

¹⁰³ La prospettiva di un diritto alla disconnessione “ampio” è assunta da tempo anche da parte del Garante *Privacy*, secondo cui va assicurato «quel diritto alla disconnessione, senza cui si rischia di vanificare la necessaria distinzione tra spazi di vita privata e attività lavorativa, annullando così alcune tra le più antiche conquiste raggiunte per il lavoro tradizionale» (*Audizione del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sull’affare assegnato atto n. 453 relativo al tema Ricadute occupazionali dell’epidemia da Covid-19, azioni idonee a fronteggiare le situazioni di crisi e necessità di garantire la sicurezza sanitaria nei luoghi di lavoro*, XI Commissione - Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale, del Senato della Repubblica,

Del resto, nell'orizzonte della protezione dei dati si assiste da tempo a un regime di tutele a densità variabile in ragione dei diversi tipi di trattamenti di dati, delle tipologie di dati trattati (con una tutela rafforzata nel caso delle categorie particolari), del contesto del trattamento, ecc., secondo un approccio *risk based* che consentirebbe di ponderare le prerogative economiche con il potenziale impatto sui diritti degli interessati. Ciò permetterebbe di delineare un regime di tutele sempre più definito nel caso delle violazioni più palesi e, progressivamente, di un regime via via più flessibile e in continua definizione per quanto concerne le prassi meno invasive.

La stessa logica dovrebbe riprodursi nel contesto del diritto alla disconnessione.

Si pensi al caso della totale mancanza – nel contesto del lavoro agile – dell'individuazione nell'accordo contrattuale dei «*tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro*» (l'ipotesi esplicitamente protetta dal I co., art. 19, l. 81/2017) e, in particolare, al caso di una prassi aziendali che non garantiscano neppure il nucleo più rafforzato del riposo minimo continuativo del lavoratore, così da interferire negativamente sulla vita privata, eventualmente sul contesto familiare, sino ad intaccare – nelle ipotesi più estreme – anche la salute del lavoratore, *lato sensu* intesa come integrità psico-fisica. La mancata individuazione dei tempi di riposo e delle misure tecniche e organizzative necessarie alla disconnessione, allora, oltre che rappresentare un illecito con riferimento alla disposizione citata, potrebbe integrare – vista la sovrapposizione dell'ambito di applicabilità della norma – la responsabilità datoriale *ex art.* 2087 c.c., con ogni conseguenza risarcitoria per i danni a vario titolo eventualmente patiti dal lavoratore e con tutele anche in forma specifica. Infatti, non diversamente da quanto accade per il combinato disposto degli artt. 2087 c.c. e 32 Cost., la «violazione dell'obbligo, oltre a comportare il risarcimento del danno (anche non patrimoniale), consente la tutela in forma specifica», condizionando così gli assetti organizzativi dell'impresa tramite l'imposizione di apparecchiature e dispositivi a garanzia della salute o della sicurezza¹⁰⁴.

Ciò può implicare la diretta evocazione dei rimedi previsti per l'esecuzione di sentenze di condanna per violazione di obbligo di fare (art. 612 c.p.c. e ss.), nonché delle possibili tutele cautelari (nel caso, *ex art.* 700 c.p.c.)¹⁰⁵, anche per le mancate garanzie minime della disconnessione.

13 maggio 2020).

¹⁰⁴ Così, in tema di depuratori, ad esempio, V. SPEZIALE, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in "Biblioteca '20 Maggio'", 2, 2004, pp. 138-139.

¹⁰⁵ Sul tema del rimedio cautelare con riferimento al lavoro agile, nel contesto pandemico,

ne, soprattutto se dall'assenza derivi una compressione di diritti fondamentali riconosciuti dalla giurisprudenza (costituzionale e non). Diversamente, l'individuazione da parte datoriale di garanzie di disconnessione di dubbia efficacia potrebbe condurre a più sfumate valutazioni di (in) adeguatezza, eventualmente richiamando l'applicazione del principio di proporzionalità nel controllo delle operazioni di ponderazione tra interessi datoriali e diritti del lavoratore.

I primi segnali di un progressivo riconoscimento di un diritto alla disconnessione così inteso si attestano nel contesto interno anche sul piano della contrattazione: si pensi al CCNL per i lavoratori addetti al settore elettrico¹⁰⁶ o il CCNL del personale del comparto funzioni centrali¹⁰⁷; i quali confermano l'attitudine del diritto a presidiare il nucleo più duro del riposo minimo continuativo fino a graduarsi verso più bilanciate garanzie del tempo libero. Non si tratterebbe, allora, di un diritto soggettivo a contenuto interamente predeterminato, ma di un diritto il cui contenuto si articola in un nucleo intangibile (riferito alla salute e alla dignità del lavoratore) e un raggio di posizioni soggettive bilanciabili in ragione dei diversi contesti e delle modalità delle prestazioni lavorative, delle ponderazioni operate dal legislatore e, quasi in via prioritaria, degli equilibri raggiunti dalla parte sociali.

3. L'ordine disarticolato delle fonti e il bilanciamento *by design*: tre considerazioni

Le indicazioni delle fonti primarie, quelle interne o quelle europee, in ogni caso non forniscono un quadro chiaro e stabile delle norme sulla

cf. S. D'ASCOLA, *Il lavoro a distanza come diritto? Sui 700 dell'emergenza (e sulla normalizzazione del lavoro agile)*, in "Questione Giustizia", 29 giugno 2020, in commento a Trib. Bologna, Sez. Lav., d. 2759/2020 del 23.04.2020, e Trib. Grosseto, Sez. Lav., ord. 502/2020 del 23.04.2020 (ivi integralmente reperibili).

¹⁰⁶ Del 18 luglio 2022. Cfr. in particolare: l'art. 19 che evoca «[f]lessibilità organizzativa e bilanciamento dei tempi di vita e lavoro con regolazione della fascia temporale in cui opera il diritto alla disconnessione, nella quale il lavoratore non eroga la prestazione lavorativa»; l'art. 27, secondo cui «[l]e Parti riconoscono inoltre il principio che la disconnessione sia un diritto per tutti i lavoratori - e non solo durante lo smart working - nel rispetto dei doveri contrattuali (reperibilità, turno, straordinari programmabili e non programmabili ecc.)».

¹⁰⁷ In particolare, l'art. 39, che individua una «fascia di contattabilità - nella quale il lavoratore è contattabile sia telefonicamente che via mail o con altre modalità similari. Tale fascia oraria non può essere superiore all'orario medio giornaliero di lavoro»; e una «fascia di inoperabilità - nella quale il lavoratore non può erogare alcuna prestazione lavorativa», precisando che «tale fascia comprende il periodo di 11 ore di riposo consecutivo». Su questo CCNL, v. anche O. RAZZOLINI, *Lavoro agile e orario di lavoro*, in "Diritto delle Relazioni Industriali", 2, 2022, p. 387 ss.

protezione dei dati, sia in generale, sia in relazione ad ambiti specifici come formazione, insegnamento, lavoro agile o telelavoro, ecc.

Una caratteristica del contesto digitale è che le regole (anche tecniche) con cui esso si costruisce sono in massima parte variabili e "artificiali", cosicché al legislatore nazionale è spesso precluso di dettare condizioni specifiche, a meno di non voler intervenire in modo invasivo sul progresso tecnologico o di voler impedire alle imprese di un determinato Stato di partecipare alla concorrenza globale (o semi-globale) nel mercato – un tempo alquanto deregolamentato – dei servizi digitali.

Allora, le fonti normative, in particolare il regolamento europeo sulla protezione dei dati, chiamano in causa l'autoregolamentazione dei privati, completano lo *hard law* con il *soft law*: richiamano, cioè, una pluralità di attori istituzionali e di soggetti privati nella definizione di un provvisorio e sempre mutevole orizzonte normativo. È evidente a tutti che un simile meccanismo tenda a far coincidere il dover essere con l'essere, le norme con le prassi, perché è generalmente lecito attendersi che il titolare dei dati, anche se impegnato nella *compliance* progressiva alla disciplina, sia portato a privilegiare il riferimento al contesto, ai costi, alle finalità, alla tecnologia disponibile a detrimento delle tutele o, se non altro, a vantaggio degli interessi economici. Pertanto, un simile approccio rischia di sconfessare nella prassi persino i pochi principi definiti nel quadro teorico di riferimento.

Si pensi al rispetto delle finalità del trattamento dei dati: si può credere verosimile che nello spostamento della didattica nel contesto digitale durante la pandemia le scuole si siano assicurate (così con il Garante) «che i dati trattati per loro conto dai fornitori o dalle piattaforme fossero utilizzati solo per la didattica a distanza», e che, cioè, le piattaforme digitali non si servissero di quegli stessi dati per altre finalità commerciali?

Oppure si pensi ai concetti di *accountability* e di *privacy by design*: si può ritenere in generale plausibile che il datore di lavoro, al momento della progettazione della piattaforma dove opereranno i dipendenti a distanza, sia sempre così responsabile da costruire un ambiente giuridicamente orientato, in cui i *software* strumentali all'organizzazione dell'impresa e alle attività produttive non siano contestualmente capaci di misurare (più o meno incessantemente) l'attività del dipendente? E un simile sviluppo del *software* potrebbe affidarsi alla sola definizione degli standard da parte degli attori del mercato che sono – allo stesso tempo – i destinatari principali delle norme in questione?

Allora la prima considerazione può essere così riassunta: il diritto della protezione dei dati e delle nuove tecnologie si avvale di un orizzonte disarticolato di fonti del diritto, del potere di autoregolamentazione dei privati e del *soft law*; ma quest'orizzonte sembrerebbe non soddisfare

appieno le esigenze di regolamentazione dei contesti in questione. Inoltre, nonostante la diffusa consapevolezza del rilievo fondamentale delle istanze democratiche in settori dell'ordinamento e della società come la scuola o il lavoro, proprio con riferimento al contesto digitale, a fronte della presenza di diversi attori coinvolti nel processo decisionale, le istanze democratiche risultano singolarmente assenti.

Alla difficoltà sul piano delle fonti normative e del deficit democratico, si aggiunge poi una questione, comunque connessa, relativa al metodo di risoluzione dei conflitti. In molti casi della costruzione della piattaforma digitale, del *software* di lavoro-controllo, confliggono diversi diritti o, spesso, collidono diritti e interessi contrapposti. Qui si innesta la centralità del principio di proporzionalità e le questioni relative alla sua proiezione nel contesto digitale. Il principio di proporzionalità dovrebbe costituire l'asse principale dell'orizzonte dentro cui iscrivere ogni bilanciamento tra diritti e interessi; un principio che troviamo sempre più diffusamente affermato negli ordinamenti continentali, nazionali e sovranazionali.

Il principio di proporzionalità nasce, infatti, nella giurisprudenza costituzionale tedesca¹⁰⁸ ed è stato, successivamente, adottato dalla Corte di Giustizia soprattutto in materia di sanzioni, di aiuti di Stato e di concorrenza¹⁰⁹; quindi, è confluito nei Trattati istitutivi dell'Unione europea¹¹⁰. Il principio implica, come detto, l'idoneità del mezzo prescelto rispetto al fine perseguito, ma anche la necessità del mezzo stesso, e, ancora, la adeguatezza del medesimo riguardo al sacrificio imposto ai singoli.

In Italia è stato adottato dalla giurisprudenza amministrativa¹¹¹ ed è

¹⁰⁸ Si può far riferimento a una recente applicazione del principio nel contesto emergenziale, in relazione al coprifuoco disposto nel *Infektionsschutzgesetz*; la misura è stata giudicata costituzionalmente legittima dalla corte tedesca, «[d]a der Gesetzgeber die Wirkungen der mit der Ausgangsbeschränkung verbundenen Freiheitsbeeinträchtigungen zudem über Ausnahme-tatbestände abgemildert hat und die Geltungsdauer der angegriffenen Regelung nach derzeitiger Rechtslage zeitlich relativ eng begrenzt ist, überwiegen die Nachteile für die Betroffenen ungeachtet der erheblichen Eingriffsintensität der Ausgangsbeschränkung nicht gegenüber den Nachteilen für einen wirksamen Infektionsschutz bei Aussetzen der Regelung in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG» (BVerfG, 5 maggio 2021 - 1 BvR 781/21, Rn. 1-56). Sul principio di proporzionalità nell'ordinamento tedesco v. E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, CEDAM, 2012, p. 15 ss.

¹⁰⁹ G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in S. MANGIAMELI, *L'ordinamento europeo. II. L'esercizio delle competenze*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 225-274.

¹¹⁰ Si tratta del principio di proporzionalità inteso come principio che informa il modo di esercizio dei poteri delle istituzioni comunitarie, prevedendo che, per raggiungere i propri scopi, l'UE debba intraprendere esclusivamente le azioni necessarie a seconda dei casi (cfr. art. 5, co. IV TUE).

¹¹¹ Con riferimento al contesto della pandemia, cfr. I. ROMANO, *Spunti di riflessione sull'applicazione del principio di proporzionalità ai tempi del Covid-19: considerazioni a margine dei decreti del TAR Campania aventi ad oggetto la sospensione delle attività educative e didattiche in presenza ad opera dell'ordinanza del Presidente della Giunta regionale n. 79/2020*, in "Persona e

stato fatto proprio anche dalla Corte costituzionale¹¹², che recentemente ha ribadito (nella sent. n. 20/2019, in materia di pubblicazioni *online* di dati dei titolari di incarichi dirigenziali) che «*il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative si avvale del cosiddetto test di proporzionalità, che “richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio [...] sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi”*».

Nel contesto digitale invece la gran parte dell'attività di bilanciamento tra diritti e interessi è rimessa allo sviluppatore del *software*, il quale si sostituisce al Parlamento, ai giudici costituzionali, alla magistratura, facendosi carico di interessi superindividuali spesso in conflitto con le finalità (marcatamente commerciali) della società per cui lo sviluppatore opera. Si potrà osservare che la scelta di sviluppo del *software* può essere sindacata dal giudice, o censurata dal Parlamento, e ciò talora accade. Ma nella quasi totalità dei casi l'asimmetria delle conoscenze impedisce agli attori istituzionali “tradizionali” di avere un quadro delle alternative tecnologicamente disponibili. E, comunque, l'intervento dell'attore istituzionale – sia *ex ante* che *ex post* – rischia di apparire spesso indebito, se non anche maldestro, proprio in ragione della densità tecnologica del settore.

Le due considerazioni precedenti denunciano innanzitutto un deficit o democratico o di partecipazione dell'interessato, dell'utente, del cittadino nel processo decisionale che porta alla definizione delle regole del contesto digitale. Una via possibile di recupero di questo vuoto potrebbe aversi nel coinvolgimento dei destinatari (cittadini, utenti, consumatori, ecc.) nella definizione delle opzioni possibili: uno sfruttamento dell'autonomia degli enti di formazione, delle scuole e delle università nella definizione delle opzioni tecniche da adottare nelle singole piattaforme; un coinvolgimento dei lavoratori nella definizione delle opzioni e delle modalità di funzionamento della piattaforma o dei *software* tramite cui si svolge il lavoro *online*. E però, questo coinvolgimento dell'utenza richiama un'altra possibile connessione tra istruzione, lavoro e protezione dei dati. Infatti, perché il coinvolgimento dell'utenza abbia senso, è necessario che l'istruzione stessa si interessi del problema dei dati, e che il mondo del lavoro faccia altrettanto. Da un lato, il Garante *privacy* insiste sempre più sulla necessità di un nuovo approccio culturale sul punto, e – anche

Amministrazione”, n. 2 del 2020, pp. 499-519.

¹¹² M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, 2013, disponibile *online* sul sito della Consulta.

se si può dubitare della possibilità di cambiare la cultura tramite la sola attività degli attori istituzionali – appare evidente che un simile proposito debba partire soprattutto dal settore dell'istruzione.

Quanto al lavoro, invece, bisogna evidenziare che la protezione dei dati personali non sia solo un diritto “di carta”, un proposito o, peggio, una vaga ambizione. La protezione dei dati è un'attività e, segnatamente, un lavoro anch'essa: pensare che essa si realizzi senza professionisti specificamente formati, senza che gli operatori destinino risorse alla sua attuazione; senza che gli attori istituzionali si dotino di efficienti comparti di controllo e assumano un personale all'altezza delle sfide, è piuttosto ingenuo.

Allora, la protezione dei dati non è soltanto un problema per l'insegnamento e per il lavoro nel contesto telematico; ma è anche un campo per percorsi di formazione specifici e per l'insegnamento generale di un nuovo approccio alle tecnologie, così come pure un nuovo settore per nuovi lavori.

Infine, questa connessione, in un settore ad alta densità tecnologica e caratterizzato dalla necessità di una formazione continua e sempre aggiornata, potrebbe certamente declinarsi nelle forme dell'insegnamento a distanza e nelle modalità del lavoro agile quanto all'esecuzione delle prestazioni che attengono alla protezione dei dati e alla sicurezza informatica. E tutto ciò sembra suggerire che da un originario cortocircuito tra lavoro, istruzione e protezione dei dati possa generarsi un circolo virtuoso.