

## **La privacy come limite alla subordinazione: diritto alla disconnessione e rifiuto della prestazione\***

di

Laura Foglia\*

**SOMMARIO:** 1. Considerazioni preliminari: l'area di influenza della *privacy* del lavoratore sull'adempimento della prestazione. – 2. La regolamentazione *ex lege* di alcune ipotesi determinate di limiti alla subordinazione in funzione di garanzia del diritto alla propria sfera personale. In particolare, il diritto alla disconnessione. - 3. Pervasività dell'algoritmo e *privacy* del lavoratore. L'ipotesi del rifiuto della prestazione lavorativa.

1. *Considerazioni preliminari: l'area di influenza della privacy del lavoratore sull'adempimento della prestazione lavorativa.*

Il tema che qui si intende affrontare prende in considerazione la *privacy* in un'accezione ulteriore e più lata di quella ordinariamente considerata, relativa alla protezione dei dati personali, che ha a riferimento l'intangibilità degli spazi di libera determinazione, da parte del lavoratore, delle opzioni esistenziali alternative al lavoro.

Si tratta del diritto alla tutela contro ingerenze altrui nella propria sfera personale, che richiama il profilo tradizionale della riservatezza del singolo, intesa come garanzia della vita privata e familiare, laddove, come detto, in genere la nozione giuridica di *privacy* è oggi riferita essenzialmente alla protezione dei dati personali<sup>(1)</sup>.

---

\* Il presente contributo riproduce la relazione elaborata per il Seminario di Diritto del lavoro "Tecnologie digitali. Protezione dei dati personali e diritto del lavoro, Università degli Studi del Sannio.

\* Professore associato di Diritto del lavoro - Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

<sup>(1)</sup> Sull'evoluzione del concetto di *privacy* si veda A. INGRAO, F. IAQUINTA, *Privacy e dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo dei social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, in *Dir. rel. ind.*, 4/2014, 3 ss.

In sostanza, ponendosi in una diversa prospettiva, si risale a monte della problematica del potere di controllo “a distanza” sull’esecuzione della prestazione lavorativa da parte del datore per avere riguardo alla determinazione dei limiti all’esigibilità della prestazione<sup>(2)</sup>.

Un profilo, quello qui in esame, della generale tematica della *privacy* che si lega al peculiare atteggiarsi del lavoro nel rinnovato contesto dell’economia digitale, in relazione al quale mutano le stesse modalità, in particolare quelle spazio-temporali, del pur permanente connotato dell’implicazione della persona del lavoratore nel rapporto<sup>(3)</sup>.

---

<sup>(2)</sup> Sul potere di controllo e il suo rapporto con la *privacy* del lavoratore si veda di recente A. BELLAVISTA, *Sorveglianza sui lavoratori, protezione dei dati personali e azione collettiva nell’economia digitale*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell’economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019, cui si rinvia per gli ampi riferimenti, nonché A. TOPO, *Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, in *Lav. dir.*, 2018, 3, 453. Si veda sull’argomento anche D. POLETTI, *Il cd. diritto alla disconnessione nel contesto dei diritti digitali*, in *RCP*, 2017, 1.

<sup>(3)</sup> Sul lavoro tramite piattaforme digitali esiste oramai una ampia letteratura. Si cita, al riguardo, per un quadro delle problematiche generali C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell’economia digitale, op. cit.*, cui si rinvia per gli ampi riferimenti bibliografici dottrinali e giurisprudenziali sullo specifico argomento; G. ARRIGO, *Il lavoro al tempo della “subordinazione digitale” (“cominciò con un clic e finì con un sms”)*, in *TCRS*, 2019, 86 ss., il quale condivisibilmente afferma che “l’incertezza di criteri sulle modalità di tempo e di luogo della prestazione costituisce una minaccia per la tutela lavoristica e per la tutela della *privacy*... da qui la necessità di riflettere sulle conseguenze del consolidarsi di un sistema in cui vita lavorativa e vita privata si intrecciano e si confondono, determinando l’incapacità concettuale e giuridica di separare e definire il tempo di lavoro ed il tempo libero. Separazione e definizione che sarebbero funzionali a soddisfare quel giusto diritto alla disconnessione, che coinvolge e tutela tanto l’ambito lavorativo quanto quello privato della persona-lavoratore”. Sullo specifico argomento si vedano: M. ALTIMARI, *Tempi di lavoro (e on lavoro) e economia digitale: tra diritto alla disconnessione e ineffettività dell’impianto normativo-garantista*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell’economia digitale, op. cit.*, 57; M. AVOGARO, P. PERRI, *Digitalizzazione e work-life balance: teoria e pratica del diritto alla disconnessione*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell’economia digitale, op. cit.*, 751; R. DI MEO, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in *LLI*, 2017, 3, 2 19 ss.; E. DAGNINO *Diritto alla disconnessione: legge n. 81/2017 ed esperienza comparata*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 4, 1024; 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*, Jovene, 2018, 111; L. MOREL, *Il diritto alla disconnessione nell’ordinamento francese. La questione dell’effettività del diritto al riposo nell’era digitale*, in *LLI*, 2017, 3, 2, 4 ss.; R. PERRONE, *Il diritto alla disconnessione quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, in *federalismi.it*, 20 dicembre 2017; D. POLETTI, *Il ctd. diritto alla disconnessione nel contesto dei diritti digitali*, in *RCP*, 2017, 1, 8 ss.; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018; R. ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in *LLI*, 5, 2, 2019.

Quel profilo sottende infatti il problema, del tutto nuovo, stante il porsi di quelle modalità come variabili dell'organizzazione del lavoro, del dove e del quanto della prestazione, che poi si articola venendo ad implicare anche il quando ed il se della prestazione stessa.

E' su questo terreno che si estende il conflitto tra organizzazione e subordinazione cui ha da sempre riguardo il diritto del lavoro<sup>(4)</sup>.

Ed è qui che si ripropone il problema della misura della subordinazione.

E si ripropone in forme differenziate ma, a ben vedere, anche più subdole, fino al punto che quegli spazi di vita possono venire sottratti, in ragione dell'estrema permeabilità fra la vita privata e quella lavorativa (c.d. *time porosity*)<sup>(5)</sup> e la "dipendenza" del lavoratore travalicare l'ambito segnato dalla prestazione dovuta per giungere ad investire la sfera personale.

Non si può mancare di considerare che, se nell'impresa tradizionale, fordista ma anche post-fordista, il lavoro è necessariamente soggetto all'etero-direzione del datore, nondimeno il relativo potere trova nella stessa organizzazione il parametro oggettivo che vale a definirne l'estensione.

Di contro i nuovi modelli produttivi aprono sempre più spazi di auto-organizzazione della prestazione da parte del lavoratore, che, da un lato, offrono significativi ambiti di autonomia ma, dall'altro, inducono ampi margini di incertezza circa la coerenza delle scelte organizzative operate rispetto alle esigenze dell'impresa datrice.

In effetti la subordinazione viene a connotarsi sempre meno come eterodirezione, ovvero come mera esecuzione di ordini impartiti dal datore di lavoro, per essere la prestazione lavorativa segnata da una maggiore autonomia e

---

<sup>(4)</sup> M. PERSIANI, *Contratto e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966.

<sup>(5)</sup> Sul punto si veda R. ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in *LLI*, vol. 5, no. 2, 2019, 217, che rinvia a E. GENIN, *Proposal for a theoretical framework of time for the analysis porosity*, in *IJCLIR*, 2016, n. 32, 280-30 e a A. FENOGLIO, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Wolter Kluwer, Cedam, 2018, 548.

discrezionalità del lavoratore, fino al punto da risultarne appannata la linea di discriminazione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato<sup>(6)</sup>.

Sta in questa percepita incongruità tra gli esiti dell'organizzazione liberamente datasi dal lavoratore e quelli dovuti dal medesimo in relazione all'esatto adempimento della prestazione il rischio dell'ipertrofia della subordinazione.

Il rischio si annida nell'illimitata disponibilità alle sollecitazioni del datore, favorita sempre più spesso, com'è ricavabile anche da recenti indagini condotte in materia, dalle opportunità di costante e diffusa interferenza offerte dal contatto da remoto, che pervade in tal modo la relazione di lavoro, interferenza che, in ambiti scientifici specializzati, si è soliti ricondurre al fenomeno dell' "always on", ovvero della "connessione costante".

In altre parole, essendo sempre reperibile o, per così dire, perennemente connesso attraverso l'utilizzo delle strumentazioni tecnologiche, la funzionalità del lavoratore indubbiamente cresce indipendentemente dall'orario in cui è tenuto a lavorare e dal luogo in cui deve lavorare<sup>(7)</sup>.

E ciò, con un ampliamento della posizione debitoria che ne può derivare al lavoratore stesso.

A venire qui in rilievo non è la problematica relativa alla relazione tra prestazione di lavoro effettiva e attività collaterali preparatorie, che si ripercuote sul piano del trattamento economico retributivo, al pari di quella relativa all'estensione della prestazione in termini aggiuntivi<sup>(8)</sup>.

Qui il problema è quello di limitare gli eccessivi aggravii in termini di compromissione della libertà individuale del lavoratore che vada ad invadere ogni spazio della relativa vita privata.

---

<sup>(6)</sup> Sul punto si veda G. ARRIGO, *Il lavoro al tempo della subordinazione "digitale" (cominciò con un clic e finì con un sms)*, in *TCRS*, 2019; M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *LLI*, vol. 5, no. 2, 2019, cui si rinvia per gli ampi riferimenti dottrinali a riguardo; D. POLETTI, *Il diritto alla disconnessione nel contesto dei diritti digitali*, in *RCP*, 2017.

<sup>(7)</sup> In tali termini si veda C. CRISCUOLO, *Il controllo sugli account di posta elettronica e di messaging aziendale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II.

<sup>(8)</sup> Sul punto si veda M. ALTIMARI, *Tempi di lavoro (e non lavoro e economia digitale: tra diritto alla disconnessione e ineffettività dell'impianto normativo-garantista)*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, op. cit., 57 ss.

E' dunque la linea di confine tra il personale e il professionale, sempre più sottile e valicabile.

2. *La regolamentazione ex lege di alcune ipotesi determinate di limiti alla subordinazione in funzione di garanzia del diritto alla propria sfera personale. In particolare, il diritto alla disconnessione.*

Si tratta di una problematica che ha già rinvenuto taluni riscontri in alcuni Paesi europei con norme di legge, di contratto collettivo o per autonoma decisione delle imprese, con una sfera di applicazione rispetto all'ordinamento italiano, come si vedrà, certamente più ampia <sup>(9)</sup>.

Il riferimento è innanzitutto alla Francia che, già dal 2017, ha disciplinato il c.d. diritto alla disconnessione, prevedendo che esso rappresenti uno degli ambiti oggettivi di intervento della negoziazione annuale obbligatoria cui sono tenute le imprese con più di cinquanta dipendenti o, in mancanza, di un apposito regolamento aziendale da definirsi previa consultazione delle rappresentanze dei lavoratori in azienda, ove disciplinare *sia* le modalità tecniche per garantire la disconnessione che spesso è condizionata da limiti elettronici insiti nella specifica strumentazione digitale all'uso utilizzata, *sia* la stessa formazione intellettuale, ovvero la sensibilizzazione, dei lavoratori nell'utilizzo razionale dei dispositivi elettronici stessi.

Una disciplina che investe due diverse modalità di concepire la disconnessione: una tecnica e una intellettuale<sup>(10)</sup>.

Con ciò intendendosi la circostanza per cui la disconnessione è frutto di una libertà di scelta da parte del lavoratore, di modo che per essere effettiva necessita di un accondiscendenza attuativa<sup>(11)</sup> da parte dello stesso, accentuandosi, in ragione dell'esigenza di mantenere il lavoro e comunque la propria posizione all'interno dell'azienda, la tendenza a comportamenti autoprescrittivi e ad una maggiore intensità delle prestazioni.

---

<sup>(9)</sup> Sull'istituto della disconnessione e sulla sua applicazione nei diversi Paesi europei si vedano gli Autori citati nella nota n. 2.

<sup>(10)</sup> Sul punto si veda R. ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo ed individuale. Possibili profili di tutela*, in *LLI*, vol. 5, no.2, 2019.

<sup>(11)</sup> Ancora R. ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo ed individuale. Possibili profili di tutela*, op. cit.

Allo stesso modo anche in Spagna nel 2018 si è giunti ad una specifica regolamentazione del fenomeno.

Si è addivenuti all'esplicito riconoscimento legislativo del diritto alla disconnessione, introducendo la previsione nell'art. 20bis dello Statuto dei lavoratori spagnolo e collegando espressamente il diritto medesimo alla tutela della riservatezza e *privacy* del lavoratore secondo i termini stabiliti dalla normativa vigente in materia di protezione dei dati personali, per poi rimettere alla contrattazione aziendale le modalità del suo esercizio.

Anche nelle prassi europee si rinvencono modalità attuative del diritto.

Si tratta di sperimentazioni che, in concreto, vanno dall'oscuramento dei *server* aziendali, all'utilizzo di un dispositivo dato in uso al lavoratore con il quale collegarsi ai dati aziendali; sistemi che, se consentono la coabitazione di usi personali e aziendali pongono, come è stato puntualmente affermato, il non agevole problema della loro qualificazione o come strumenti di lavoro liberamente utilizzabili o come apparecchiature che, viceversa, postulano l'autorizzazione, sindacale o amministrativa, ai sensi del comma 1 dell'art. 4, legge 300 del 1970<sup>(12)</sup>.

La problematica è ormai pienamente avvertita anche nel nostro ordinamento, seppur in sede legislativa limitatamente alla fattispecie dello *smart working*, nonostante riguardi comunque l'intera area del lavoro digitale.

Nell'ambito del nostro ordinamento, infatti, siffatto fenomeno è stato regolamentato nella fattispecie del lavoro agile di cui agli artt. 18 e ss. della legge n. 81/2017, rubricata "*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*"<sup>(13)</sup>.

---

(12) In questo senso si veda ancora D. POLETTI, *Il cd. diritto alla disconnessione*, op. cit. pag. 22 che elenca i modelli di misure funzionali alla disconnessione, quali il menzionato appunto oscuramento dei *server* aziendali, le politiche di autoeliminazione delle *e-mail*, degli applicativi c.d. BYOD (*Bring Your Own Device*). Si vedano in argomento anche R. PERRONE, *Il diritto alla disconnessione quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, cit., nonché R. ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo ed individuale. Possibili profili di tutela*, op. cit.

(13) Sul punto si vedano: U. CARABELLI, *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Ediesse, Roma, 2018; A. DONINI, *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultato*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", n. 6/2017, p. 90; G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT, 327/2017.

In essa è centrale la disposizione di cui all'art. 19 intesa a sancire la disconnessione dagli strumenti tecnologici in dotazione al lavoratore che consentono al medesimo l'esecuzione della prestazione nella peculiare modalità che connota quella tipologia di lavoro, data appunto dal rendere la prestazione medesima, o meglio parte di essa, da remoto.

Non si tratta di un diritto riconosciuto per legge diversamente da quanto si prevedeva nell'originario disegno di legge intervenuto sul punto, che espressamente riconduceva il diritto alla disconnessione alla tutela della riservatezza del lavoratore<sup>(14)</sup>.

Il riconoscimento del diritto, invece, viene rimesso all'accordo tra le parti, del resto costitutivo della fattispecie, essendo previsto che in esso vadano definite, oltre i tempi di riposo del lavoratore, anche le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.

Il che determina interrogativi circa l'effettività della specifica tutela in termini di giustiziabilità.

In effetti, nella prospettiva qui considerata non può che suscitare perplessità la rimessione della problematica all'autonomia delle parti del contratto di lavoro.

L'essere il riconoscimento del diritto posto, non quale prerogativa legale, ma come risultato di un accordo tra le parti, al di fuori di qualsiasi mediazione sindacale, potrebbe finire per pregiudicare le possibilità di attuazione concreta della garanzia legale.

E' peraltro vero che ciò non preclude l'intervento regolativo dell'autonomia collettiva, per essere tale intervento da ritenersi, ad avviso di chi scrive, specifica

---

<sup>(14)</sup> Si veda al riguardo il d.d.l. S-2229/2016 assorbito dal d.d.l. S-2233/2016 dove si prevedeva il cd. diritto alla disconnessione il cui esercizio sarebbe dovuto avvenire senza pregiudizi sulla prosecuzione del rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi (cfr. art. 3, comma 7, d.d.l.S-2229). Con l'ulteriore previsione di cui al comma 2 dell'art. 3 in cui si prefigurava che il datore di lavoro e il committente dovessero adottare, previa autorizzazione e convalida del medico del lavoro competente tutte le misure che in base alle specifiche peculiarità del lavoro, all'esperienza e alla tecnica, fossero necessarie per tutelare e garantire l'integrità fisica e psichica, la personalità morale e la riservatezza del lavoratore. Sul punto si veda ancora D. POLETTI, *Il cd. diritto alla disconnessione*, op. cit., 16 ss., richiamato in nota da R. PERRONE, *Il diritto alla disconnessione quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, op. cit.

materia di competenza sindacale, comunque ammesso tanto da essersi puntualmente verificato prima ancora che intervenisse il legislatore<sup>(15)</sup>.

Il che, in particolare, è avvenuto, quanto al lavoro privato, nel settore del credito e delle assicurazioni, mentre per quel che riguarda la pubblica amministrazione, con riferimento ai settori della scuola e delle autonomie locali.

In questa sede sono state apprestate tutele volte a garantire l'utilizzo delle apparecchiature elettroniche nel rispetto dei vincoli normativi posti in tema di orario di lavoro, altresì definendo, soprattutto nelle pubbliche amministrazioni che sperimentano forme di lavoro agile, fasce orarie nell'ambito delle quali risulta circoscritta la pronta disponibilità alla connessione da parte del dipendente, è ciò allo scopo di evitare ripercussioni sul piano retributivo o sul corretto adempimento della prestazione con conseguente esposizione del lavoratore a sanzioni disciplinari<sup>(16)</sup>.

In via generale si sancisce che la fruizione di quelle apparecchiature avvenga in modo responsabile ed appropriato, evitando abusi, così da garantire quegli spazi di libertà che il diritto sollecita.

Ma al di là delle possibili evenienze pregiudizievoli derivanti dall'essere il diritto oggetto di esclusiva regolamentazione individuale, destinate a ricadere sul lavoratore in ragione della sua sostanziale posizione di debolezza<sup>(17)</sup>, non può dirsi che il diritto alla disconnessione sia un diritto senza tutela.

Al contrario, quel diritto risulta comunque giustiziabile – anche a prescindere dal suo operare all'interno di un rapporto di lavoro agile - sotto il profilo della violazione di obblighi contrattuali o del generale dovere di correttezza e buona fede secondo la normativa comune, trattandosi di violazioni in materia di orario di lavoro o più in generale di illegittimo esercizio dei poteri datoriali.

E ciò a conferma del dato per cui, in un momento connotato, secondo una opinione largamente condivisa, dalla tendenza all'adozione di provvedimenti

---

<sup>(15)</sup> Sugli interventi in sede di contrattazione collettiva si veda R. ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo ed individuale. Possibili profili di tutela*, op. cit. cui si rinvia per i relativi riferimenti sul punto.

<sup>(16)</sup> Per i singoli riferimenti se veda R. PERRONE, *Il diritto alla disconnessione quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, op. cit.

<sup>(17)</sup> Così A. BELLAVISTA, *Sorveglianza sui lavoratori, protezione dei dati personali e azione collettiva nell'economia digitale*, op. cit.

emergenziali orientati alla flessibilità, per effetto dei quali il rapporto di lavoro perde parti considerevoli delle sue tradizionali tutele, l'ancoraggio alle categorie generali del diritto civile diviene rilevante al fine di assicurare al lavoratore quelle tutele che il legislatore ha ridimensionato o addirittura soppresso, rinvenendosi nel diritto civile e nelle sue clausole generali il terreno per una regolamentazione garantistica anche di tali nuovi fenomeni, con evidente ridimensionamento delle proclamazioni circa un ipotetico cambio di paradigma del diritto del lavoro<sup>(18)</sup>.

Va in ogni caso considerato che in relazione a tale diritto spazi di intervento si ravvisano anche con riguardo all'Autorità garante della *privacy*, indubbiamente competente a vigilare sulla sua effettività, rilevando il rispetto del diritto alla disconnessione sul piano della tutela della dignità e libertà della persona anche sotto il profilo della garanzia della riservatezza in senso stretto<sup>(19)</sup>.

Non si può poi mancare di rilevare che il diritto alla disconnessione viene ad assumere oggi un ruolo ancor più rilevante, a fronte dell'attuale emergenza epidemiologica da Covid-19, per porsi l'esecuzione della prestazione lavorativa "da remoto" come la sola modalità di adempimento dell'obbligazione di lavoro giuridicamente formalizzata come ammissibile nel quadro delle misure di contenimento del contagio messe in atto dal Governo.

Il che si è verificato avendo il legislatore ricondotto tale modalità domiciliare nell'alveo dell'istituto del lavoro agile disciplinato dagli articoli da 18 a 23 della legge n. 81 del 2017.

E ciò peraltro pur in assenza di accordi tra le parti.

Configurandosi in tal modo la cd. disconnessione quale presidio atto a garantire quei diritti cui fa implicito riferimento la disciplina dell'emergenza<sup>(20)</sup> allorché, a fronte

---

<sup>(18)</sup> In questo senso si veda D. POLETTI, *Il cd. Diritto alla disconnessione nel contesto dei diritti digitali*, op. cit., 6 ss.

<sup>(19)</sup> Sul punto si veda A. BELLAVISTA, *Sorveglianza sui lavoratori protezione dei dati personali e azione collettiva nell'economia digitale*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019, 151 ss. Si veda altresì in merito ad un collegamento del diritto alla disconnessione alla tutela della sfera della vita privata ancora D. POLETTI, *Il cd. Diritto alla disconnessione nel contesto dei diritti digitali*, op. cit., 6 ss. che richiama J. E. RAY, *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI siècle*, in *DS*, 2002, 939.

<sup>(20)</sup> Cfr. al riguardo, il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 poi convertito, con modificazioni, nella l. 5 marzo 2020, n. 13, in particolare punto n), art. 1; art. 3, comma 1, DPCM del 23 febbraio 2020;

della peculiarità della modalità “a distanza” ora introdotta, richiede il rispetto dei principi generali fissati dalle disposizioni relative all’istituto del lavoro agile, in particolare quelli alla salute e sicurezza dei lavoratori ed al riposo cui pure è funzionale la disconnessione<sup>(21)</sup>.

Il che consente di configurare tale prerogativa come un diritto pieno ed altresì peculiare, un diritto che, secondo alcuni, può essere definito “digitale di nuova generazione”<sup>(22)</sup>.

Il diritto alla disconnessione, infatti, non può essere ricondotto al diverso istituto di origine pattizia della reperibilità il cui esercizio avviene al di fuori dell’orario di lavoro.

Ne suona conferma la recente sentenza della Corte di Giustizia che addirittura accede alla prospettiva opposta, dal momento che facendo rientrare la reperibilità nell’ambito dell’orario di lavoro, mostra di volerlo prendere in considerazione, non nella consueta prospettiva della prestazione aggiuntiva rispetto all’orario normale di lavoro, bensì sotto il profilo qui in esame della limitazione della sfera personale del lavoratore<sup>(23)</sup>.

---

art. 1, lett. l), DPCM del 1 marzo 2020; art. 1, lett. n), DPCM del 4 marzo 2020; art. 2, lett. r), DPCM dell’8 marzo 2020; art. 1, punto 7, lett. a) DPCM dell’11 marzo 2020; il DPCM 22 marzo 2020, in cui si dispone la sottrazione alla sospensione integrale su tutto il territorio nazionale delle attività produttive non riconducibili all’erogazione di servizi essenziali e di pubblica utilità di quelle attività organizzate in modalità a distanza o in lavoro agile; cfr. art 39, d.l. n. 18/2020, recante “*Misure di potenziamento del servizio Sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da Covid-19*”, cd. Decreto Cura Italia, in fase di conversione)

<sup>(21)</sup> Sul punto sia consentito rinviare a L. FOGLIA, *Emergenza lavoro e lavoro in emergenza*, in corso di pubblicazione in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell’emergenza epidemiologica*, eBook “Lavoro e previdenza Oggi, 2020

<sup>(22)</sup> Così D. POLETTI, *Il cd. Diritto alla disconnessione nel contesto dei diritti digitali*, op. cit., 6 ss

<sup>(23)</sup> Si veda CGUE, 21 febbraio 2018, Matzak, C-518/15 La Corte di Giustizia Europea con siffatta pronuncia ha stabilito che le ore di guardia che un lavoratore è obbligato a trascorrere al proprio domicilio con l’obbligo di rispondere alle convocazioni del suo datore di lavoro entro 8 minuti, con forti limitazioni alla possibilità di dedicarsi ai propri interessi personali e sociali, devono essere considerate come “orario di lavoro” e, in quanto tali, retribuite. A tal proposito, la Corte ricorda che il fattore determinante per la qualificazione come “orario di lavoro”, ai sensi della Direttiva 2003/88/CE, è costituito dal fatto che il lavoratore è costretto a essere fisicamente presente nel luogo stabilito dal datore di lavoro e a tenersi a disposizione del medesimo per poter immediatamente fornire le opportune prestazioni in caso di bisogno. La Corte precisa che tale situazione si distingue da quella di un lavoratore che deve, durante le sue ore di guardia, essere semplicemente a disposizione del suo datore di lavoro affinché quest’ultimo possa contattarlo.

In tal senso la giustiziabilità del diritto alla disconnessione può trovare fondamento nella giurisprudenza della Corte europea<sup>(24)</sup>.

Senza contare le opportunità di garanzia effettiva di tale diritto sul piano puramente operativo attraverso l'applicazione di modalità informatiche che, secondo alcuni, sarebbero da ravvisare nelle tecniche della segmentazione, programmazione e altri esempi di *policy* mutate da talune prassi diffuse in ambito europeo, finalizzate in un certo qual modo a consentire di pervenire alla medesima disconnessione del lavoratore ma mediante l'utilizzo di procedure *ad hoc* che consentano la realizzazione dello specifico risultato finale<sup>(25)</sup>.

### 3. Pervasività dell' algoritmo e privacy del lavoratore. L'ipotesi del rifiuto della prestazione lavorativa.

---

<sup>(24)</sup>La Corte di Giustizia infatti ricollega tale diritto alla disconnessione al più generale diritto alla vita privata e familiare, non solo tutelata dalla Costituzione italiana agli artt. 2, 30 e 36 Cost. ma anche nell'ambito dell'ordinamento europeo attraverso la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 7), nonché mediante la Carta sociale europea (art. 2) e la CEDU (art. 8). Si veda al riguardo Corte E.D.U., *Niemietz c. Germania*, sentenza 16 dicembre 1992, dove la Corte Edu è intervenuta sul tema affermando che il rispetto della vita privata deve essere assicurato anche nello svolgimento di attività di natura lavorativa o commerciale, nonché si veda anche Corte europea dei diritti dell'Uomo, sez. IV, 12 gennaio 2016, *Barbulescu c. Romania*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, con nota di C. CRISCUOLO, *Il controllo sugli account elettronica e di messaging aziendale*. Nella sentenza la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul dibattito relativo al bilanciamento tra il diritto alla vita privata e alla dignità dei lavoratori e l'esercizio delle prerogative datoriali connesse alla libertà di impresa. Si legge nella nota che "il controllo inevitabilmente invasivo del datore ancorché proporzionato ed informato dovrebbe assicurare al controllato la possibilità di ritagliarsi spazi intangibili di privacy e il cd. diritto alla disconnessione".

<sup>(25)</sup> Sul punto si veda M. AVOGARO, P. PERRI, *Digitalizzazione e work-life balance: teoria e pratica del diritto alla disconnessione*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019, 84. dove si afferma "che come spesso accade, se la tecnologia contribuisce a far sorgere il problema, la stessa tecnologia può rappresentare una soluzione o può quantomeno fornire gli strumenti, che correttamente adoperati, possono coadiuvare nel raggiungimento di un determinato risultato....per questo motivo, nei Paesi industrializzati si è cominciato a discutere da alcuni anni di *downshifting tecnologico*, da intendersi come percorso di "disintossicazione" dalle tecnologie che ne comporti un utilizzo ridotto e dedicato a seconda dell'attività che deve essere svolta". Con il termine **segmentazione** gli Autori citati fanno riferimento alla disgiunzione sotto l'aspetto informatico tra tutto quel che riguarda l'attività lavorativa da quella familiare e personale con specifiche applicazioni dedicate; la **progettazione** invece fa riferimento alla installazione di sistemi aziendali che consentano in determinate fasce orarie di non trasmettere informazioni o di trasmetterle ma solo dietro specifica richiesta da parte del lavoratore; mentre infine le **policy** consistono nell'implementazione di percorsi di utilizzo guidato da parte del lavoratore delle tecnologie in modo più responsabile e razionale.

Il cortocircuito tra libertà di organizzazione da parte del lavoratore e dipendenza di questi nel rapporto raggiunge il suo culmine con riguardo a quelle situazioni in cui la massima espressione della prima, data dalla possibilità di scegliere se rendere o meno la prestazione richiesta, possibilità che costituisce tratto caratteristico dei lavoratori che operano nel mercato relativo a servizi gestiti da piattaforme digitali<sup>(26)</sup>, si rovescia nel limite estremo dell'altra, ovvero nel porsi l'adozione di comportamenti antitetici alle esigenze dell'organizzazione ed in primo luogo l'opposizione di un rifiuto alla richiesta di una prestazione inoltrata tramite la piattaforma quale ragione sufficiente a legittimare l'interruzione del contratto e, dunque, nell'inibizione di ogni possibilità di scelta di gestione del proprio tempo da parte del lavoratore.

E' così che, da un lato, il rifiuto della prestazione, è stato nella giurisprudenza torinese<sup>(27)</sup>, chiamata nei due gradi di merito ad affrontare la problematica della qualificazione e del conseguente regime del rapporto di lavoro dei *riders di Foodora*,

---

(26) Sul punto si veda di recente G. SANTORO PASSARELLI, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in WPCSDLE "Massimo D'Antona".IT -411/2020, pag. 10, in corso di pubblicazione sul *Mass. giur. lav.*, 2020. Sulla specifica questione dei *riders* vedi altresì ID, *La funzione del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2018, p. 348-349. Di recente sull'argomento cfr. anche O. MAZZOTTA, *L'inafferrabile eterodirezione: a proposito dei ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in WPCSDLE "Massimo D'Antona".IT - 410/2020.

(27)Cfr. Tribunale di Torino 7 maggio 2018, n. 778, in *Lav. giur.*, 2018, 721, con nota di G. RECCHIA, *Gig economy e dilemmi qualificatori: la prima sentenza italiana*, nonché Tribunale di Milano 10 settembre 2018. Si vedano anche sulla sentenza: M. BIASI, *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di Foodora*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 1220; M. DEL CONTE, O. RAZZOLINI, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, 673; R. COSIO, *Il caso Foodora tra giudici e legge*, in *LDE*, 2019, 3; E. GRAMANO, *Riflessioni sulla qualificazione del rapporto di lavoro nella gig economy*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 3, 748; P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig economy*, op. cit., 294; P. TULLINI, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora. La qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro dei gig workers: nuove pronunce e vecchi approcci metodologici*, in *LDE*, 2018, 1, I. Sulla sentenza del Tribunale di Milano si veda: C. SPINELLI, *Riders: anche il Tribunale di Milano esclude il vincolo di subordinazione nel rapporto lavorativo*, in *Riv. giu. lav.*, 2019, II, 82 ss. Cfr. Corte di Appello di Torino, 4 febbraio, n. 26 relativamente alla quale si vedano i commenti di: U. CARABELLI, C. SPINELLI, *La Corte di Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I, 95; R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza della Corte di Appello di Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, in *LDE*, 2019, n. 1, 1 ss.; F. MARTELLONI, *La Corte d'Appello di Torino tira la volata ai riders di Foodora*, in *Questione Giustizia*, 17 aprile 2019; A. PERULLI, *I lavoratori delle piattaforme e le collaborazioni etero-organizzate dal committente: una nuova frontiera regolativa per la Gig Economy?*, in *Labor*, 2019, 313; P. TULLINI, *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili*, op. cit., 3.

posto da entrambi i giudici a base della ritenuta inconfigurabilità nella specie della natura subordinata del rapporto, orientamento poi accolto dalla stessa Corte di Cassazione con la sentenza 24 gennaio 2020, n. 1663 con cui si è pronunciata sull'impugnazione in sede di legittimità di quella controversia<sup>(28)</sup>.

Dall'altro, lo stesso rifiuto della prestazione viene considerato da una parte della dottrina opportunità meramente ipotetica e, dunque, fuorviante sul piano della qualificazione del rapporto, tanto che con riferimento a quel piano si attribuisce rilevanza, non alla possibilità del rifiuto della prestazione, bensì all'elemento, riguardato come realmente espressivo di una totale dipendenza del lavoratore nell'ambito di quei rapporti ed identificato nella possibilità per la piattaforma digitale di rilevazione del dato relativo al diniego della prestazione e del suo utilizzo ai fini dell'implementazione delle informazioni cui in prosieguo può attingere l'algoritmo cui è rimessa la selezione telematica del soggetto destinatario delle offerte di successive prestazioni.

In sostanza, se, da un lato, il rifiuto della prestazione si configura come spazio di libertà gestibile da parte del lavoratore, la possibilità per l'algoritmo di misurare, in relazione all'ampiezza dell'esercizio di tale libertà, la disponibilità del medesimo, rende quella libertà puramente astratta e in concreto la esclude.

A ben vedere è una prospettiva questa che finisce per abbracciare la stessa Cassazione nella sentenza n. 1663 del 2020, laddove, nel ritenere la prestazione dei *riders* eterorganizzata, attribuisce rilevanza alla ingerenza delle indicazioni provenienti dalla piattaforma, ritenendole perciò idonee a legittimare l'applicazione anche a tale tipo di rapporto dello statuto protettivo della subordinazione.

La dottrina comunque non ha mancato di affrontare la problematica al di là del profilo qualificatorio nella prospettiva di individuare soluzioni garantistiche a fronte dei possibili esiti di risoluzione di fatto dei rapporti in questione derivanti dall'essere il

---

<sup>(28)</sup>Sulla sentenza sia consentito fare riferimento a L. FOGLIA, *L'etero-organizzazione tra approccio rimediale e qualificatorio. La Corte di Cassazione resta al bivio*, in corso di pubblicazione su *Mass. giur. lav.* cui si rinvia per l'ampia bibliografia dottrinale e giurisprudenziale sul punto.

lavoratore costantemente pretermesso nella selezione telematica operata dall'algoritmo<sup>(29)</sup>.

Emerge qui il tema delle “decisioni automatizzate” che incrocia, quando all'interno del rapporto facciano ingresso le tecnologie, il diritto alla protezione dei dati personali.

Le piattaforme attraverso l'analisi algoritmica di informazioni su ciascun prestatore di lavoro sono in grado di giungere all'analisi del grado di abilità e *performance* dei singoli soggetti con notevoli ripercussioni in termini di continuità e valutazione del rapporto contrattuale sottostante.

Su questo terreno, dapprima, già la Direttiva 95/46 (art. 15) e il d.lgs. n. 196/2003 (art. 14) che ne costituisce attuazione, contenevano una disposizione che faceva divieto ai titolari del trattamento di assumere decisioni automatizzate ossia fondate sulla raccolta e sulla elaborazione di informazioni mediante l'impiego di sistemi tecnologici automatizzati quali *software e algoritmi*.

Oggi, con una portata più generale, che si estende anche alle piattaforme della *gig economy*, il Regolamento n. 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di dati, che abroga la direttiva 95/46, all'articolo 22, rubricato “*Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche*” sancisce che l'interessato ha diritto a non essere sottoposto ad una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato che produca effetti giuridici che lo riguardano.

La legittimità dell'impiego di strumenti algoritmici è subordinata all'utilizzo di meccanismi tecnici che comunque assicurino l'umanizzazione del giudizio finale, così riequilibrando la sproporzione di potere contrattuale delle piattaforme nei confronti dei prestatori esposti a decisioni algoritmiche automatizzate.

La sollecitazione è stata raccolta anche dal legislatore italiano nel quadro dell'iniziativa di regolamentazione del lavoro tramite piattaforma avviata con il d.l. n. 101 del 3 settembre 2019.

---

<sup>(29)</sup> Sul punto si vedano A. INGRAO, *I sistemi di feedback basati su rating e reviews tra controllo della prestazione lavorativa e divieto di decisioni automatizzate*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019; A. TOPO, *Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, in *Lav. dir.*, 2018, 3, 453 cui si rinvia per gli ampi riferimenti dottrinali sull'argomento.

Va considerato che quell'originario intervento è stata assoggettato, in sede di conversione, ad una profonda revisione, sfociata nella definizione, nell'ambito della legge n. 128 del 2 novembre 2019, di una duplice disciplina<sup>(30)</sup>.

In base a siffatta disciplina da un lato, il lavoro tramite piattaforma viene ricondotto alla nozione di lavoro etero-organizzato di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, come riformulata nella stessa legge di conversione del d.l. 101/2019, per la quale anche il lavoro tramite piattaforma va qualificato come lavoro etero-organizzato ove dia luogo allo svolgimento di una prestazione a carattere prevalentemente e non più esclusivamente, personale, continuativa e le cui modalità di esecuzione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali, e, dunque, a qualsiasi rapporto che implichi l'intervento unilaterale del committente nella determinazione dell'organizzazione del lavoro del collaboratore (a prescindere dal fatto che essa si eserciti anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro), con assoggettamento dello stesso al regime proprio della subordinazione.

E ciò anche se, pur dopo la sentenza della Corte di Cassazione resta incerto se in termini parziali, selezionati dalla compatibilità della relativa disciplina con la natura autonoma riconosciuta al rapporto, o in termini integrali, comprensivi della disciplina limitativa del licenziamento e pertanto tali da richiedere la giustificazione del medesimo. Dall'altro, quello stesso lavoro, ove non presenti quelle caratteristiche ma sia comunque svolto tramite piattaforme digitali, da intendersi per tali i programmi e le procedure informatiche che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, risultino strumentali alle attività di consegna dei beni per conto altrui in ambito urbano e con l'ausilio di veicoli a motore, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione delle consegne viene regolato da una particolare disciplina dettata dagli art. 47 bis, ter quater, quinquies, sexties seppie e ostie, introdotti dalla novella nel corpo del d.lgs. n. 81/2015, che, in particolare all'art. 47 quinquies, comma 2, include il divieto

---

<sup>(30)</sup>Sulla novella di cui al d.l. n. 101/2019, conv. in legge n. 128/2019 si vedano: M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *LLI*, vol. 5, no. 2, 2019; E. ALES, *Oggetto, modalità di esecuzione e tutele del "nuovo" lavoro autonomo. Un primo commento*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, 4; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro oltre la subordinazione: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 410/2020; G. SANTORO PASSARELLI, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 411/2020.

di esclusione del lavoratore dalla piattaforma e delle riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione.

E' palese come tale ultima previsione consentirebbe la giustiziabilità dell'interruzione del rapporto causata da una determinazione automatica dello strumento informatico.

Di conseguenza, secondo questa impostazione, risulterebbe censurabile tale tipo di licenziamento con riferimento a tale rapporto già qualificato per legge come autonomo anziché eterorganizzato.

Di contro e paradossalmente un simile esito non sarebbe garantito per i *riders* rientranti nel disposto di cui all'art. 2 in quanto la sentenza della Corte di legittimità sull'eterorganizzazione nell'ammettere l'applicazione selettiva delle tutele proprie della subordinazione consente di escludere come tipicamente incompatibile con la natura autonoma di quel rapporto la disciplina limitativa dei licenziamenti.

E' evidente a questo punto la peculiarità dei profili evidenziati nel quadro del generale tema della tutela della *privacy*.

Una peculiarità che emerge in relazione al porsi di quelle problematiche oltre la dimensione della protezione dei dati personali, della garanzia del diritto costituzionale alla riservatezza per giungere ad investire il tema lavoristico fondamentale dell'implicazione nel rapporto della persona del lavoratore che sollecita dunque un ripensamento in vista dell'adeguamento della tutela della complessiva posizione dello stesso nel rinnovato contesto dell'economia digitale.