



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto del lavoro progredito

*IL POTERE DI CONTROLLO:
VECCHIA DISCIPLINA E JOBS
ACT.*

Relatore: Giuseppe Santoro Passarelli

Candidato: Errico Gianluca

Matricola: 112793

Correlatore: Raffaele Fabozzi

A.A. 2015/2016

Introduzione.	6
CAPITOLO I : Potere di controllo a distanza: nozione ed evoluzione normativa e giurisprudenziale.	
1. Il potere di controllo del datore di lavoro: origine e funzione.	9
2. Il controllo a distanza: nozione e finalità.	20
3. Divieti e limiti al potere di controllo nell'articolo 4.	26
4. Nozione di mezzi di controllo.	31
4.1 Controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi.	44
4.2 La legittimità dei controlli difensivi occulti.	51
Segue: orientamenti della giurisprudenza.	54
4.3 Le investigazioni private e le prove atipiche.	58
Segue: sentenza Corte di Cassazione n.10955 del 2015, l'utilizzabilità dei dati raccolti tramite controlli difensivi.	61
5. Il consenso delle RSA o dell'autorità amministrativa.	65
5.1 Gli accordi sindacali che permettono il controllo diretto nel telelavoro.	71
Segue: accordi Telecom del 2013, Sara del 2013, Findomestic del 2012 e IBM del 2007.	72
6. Sanzioni penali per il datore di lavoro ex art. 38 legge 300 del 1970.	75

CAPITOLO II: le modifiche del Jobs Act.

1. Oggetto, divieti e finalità del potere di controllo nel Jobs Act.	78
1.1 L'abrogazione del comma 1 dell'articolo 4 legge 300 del 1970.	83
1.2 Installazione e utilizzo degli strumenti di controllo.	87
2. Legittimità dell'esercizio del potere di controllo a distanza: la finalità di tutela del patrimonio aziendale.	89
2.1 Rivoluzione o riconoscimento dell'orientamento della Cassazione?	94
3. I soggetti legittimati alla stipulazione dell'accordo col datore di lavoro.	96
4. La deroga per gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa.	100
4.1 Obbligo di accordo sindacale per i programmi di controllo installati sugli strumenti utilizzati dal lavoratore.	104
4.2 Maggiori controlli sulle prestazioni del lavoratore.	110
4.3 Possibile violazione dei principi di autonomia e riservatezza.	113
5. Controllo accessi e controllo presenze senza accordo sindacale.	115
5.1 Sentenza Corte di Cassazione n.15892 del 2007: obbligo di accordo sindacale per il controllo accessi.	117
6. L'utilizzabilità dei dati a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro.	120
7. La modifica dell'articolo 171 del Codice della Privacy.	125

CAPITOLO III: utilizzabilità dei dati raccolti e Codice della Privacy.

1. I rapporti tra le informazioni raccolte dal datore di lavoro e la privacy del lavoratore.	129
2. La inutilizzabilità quale sanzione per l'illecito esercizio del potere di controllo.	133
3. Condizioni di utilizzabilità dei dati.	138
3.1 L'adeguata informazione e l'articolo 13 del Codice della Privacy.	139
3.2 Il rispetto della normativa in tema di protezione dei dati personali.	146
Segue: i principi di necessità, correttezza, finalità, trasparenza, pertinenza e non eccedenza del controllo.	149
3.3 Le Linee guida del Garante della privacy sull'uso di internet e della posta elettronica.	154
3.4 Il provvedimento generale sulla videosorveglianza (2010), Linee guida in materia di trattamento dei dati personali dei lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro privato (2006) e pubblico (2007) e il provvedimento generale in tema di biometria (2014).	160
3.5 La Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa e il nuovo "pacchetto protezione dati" dell'Unione Europea: il Regolamento (UE) 2016/679 e la Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio.	167
4. Dati raccolti e licenziamento disciplinare.	173
4.1 L'articolo 8 CEDU e il caso Barbulescu v. Romania.	176
Conclusioni.	181
Bibliografia.	184

Introduzione.

All'interno del rapporto di lavoro subordinato, in cui da un lato ci sono i poteri del datore di lavoro e dall'altro i diritti del lavoratore, il potere di controllo riveste un ruolo molto rilevante. Esso è assolutamente fondamentale per il datore in quanto è il tramite per verificare l'adempimento degli obblighi scaturenti dal rapporto di lavoro da parte dei propri dipendenti ed è anche funzionale all'esercizio eventuale del potere disciplinare.

Nell'attuale società il controllo ha assunto un ruolo centrale in quanto, attualmente, è realizzabile tramite molteplici mezzi che costituiscono, allo stesso tempo, gli strumenti che il lavoratore adopera nello svolgimento delle proprie mansioni. Col passare degli anni, infatti, l'utilizzo di strumenti di nuova generazione è diventato ormai comune alla gran parte dei lavoratori, qualunque sia la categoria alla quale appartengono o le mansioni alle quali sono adibiti. Compito dell'interprete, anche a seguito delle modifiche apportate dalla riforma del lavoro (c.d. Jobs Act), è quello di capire in che modo si è evoluto il potere di controllo del datore di lavoro, quali limiti ha ancora e soprattutto quali sono i rischi per la privacy dei lavoratori.

Nel nostro ordinamento la tutela dei diritti dei lavoratori è stata affidata alla Legge 300 del 1970 (c.d. Statuto dei lavoratori), la quale all'articolo 4 regola la possibilità per il datore di lavoro di effettuare controlli sui propri dipendenti avvalendosi di apparecchiature che lo permettano a distanza. Tale norma regola un aspetto molto importante all'interno dei rapporti aziendali. L'azienda è infatti il luogo in cui la personalità del lavoratore si esprime non solo tramite l'attività lavorativa, ma anche e soprattutto tramite tutte le attività che ogni lavoratore

svolge e tramite i rapporti che instaura con i propri colleghi. Di conseguenza è suo interesse non essere oggetto di un controllo continuo e meccanico.

Dopo l'emanazione dello Statuto, un'attività molto importante è stata svolta dalla giurisprudenza, la quale ha cercato di individuare quelli che sono i limiti alle varie categorie di controllo permesse dalle nuove tecnologie che negli ultimi decenni hanno visto uno sviluppo molto più rapido di quello che il legislatore potesse immaginare. Tramite la propria attività interpretativa, essa è riuscita ad adattare la norma statutaria alle nuove esigenze di tutela dei lavoratori.

Successivamente, la tutela della privacy dei cittadini, e anche dei lavoratori, è stata oggetto di una normativa apposita, il Decreto legislativo 196 del 2003, il quale ha individuato una serie di principi e regole più volte ammodernate dall'opera del Garante che è intervenuto tramite le Linee guida, atti con i quali l'Autorità ha individuato tutta una serie di regole per ambiti specifici (videosorveglianza, Internet e posta elettronica, biometria) che sono andate ad integrare le regole generali previste dalla normativa privacy.

Per chiudere il quadro normativo deve citarsi anche la fonte comunitaria, intervenuta con Raccomandazioni e Regolamenti che hanno spinto gli Stati membri ad adottare una serie di regole utili a creare una tutela minima uniforme all'interno del territorio europeo.

A seguito della riforma dell'articolo 4 operata dal Decreto legislativo 151 del 2015, le due normative, quella lavoristica e quella di tutela della privacy, sono ormai integrate, offrendo al lavoratore una tutela che trova la sua base nell'articolo 4 dello Statuto, ma che al contempo individua una limitazione dei poteri datoriali nelle norme del Codice privacy.

In quest'opera si è analizzato il nuovo quadro normativo cercando di capire quali sono le novità più importanti e se ci sia stato un arretra-

mento delle tutele in favore dei lavoratori, come da alcuni affermato, o se si tratta di una riforma utile a realizzare una tutela più moderna, come sostenuto dal Governo.

La nuova norma è molto diversa rispetto a quella originale, essendo stato abrogato il vecchio primo comma e profondamente modificati i restanti, con un inedito rinvio alla normativa privacy.

La sfida per l'interprete è quella di capire in che modo il lavoratore è tutelato nella realtà produttiva attuale, caratterizzata dall'uso della tecnologie in tutti gli ambiti.

Il lavoratore è sottoposto alla possibilità di un controllo perenne, non solo tramite le classiche tecnologie come ad esempio le telecamere, ma anche tramite quelli che a tutti gli effetti sono i suoi strumenti di lavoro e che oggi permettono al datore di lavoro di eseguire un controllo continuo. Lo Statuto dei lavoratori ha però da sempre cercato di bilanciare le due posizioni, quella del lavoratore e quella del datore di lavoro, andando a privilegiare, a seconda dei casi, una o l'altra, senza mai però diminuire lo standard di tutele per il lavoratore.

CAPITOLO I.

Potere di controllo a distanza: nozione ed evoluzione normativa e giurisprudenziale.

1. Il potere di controllo del datore di lavoro: origine e funzione.

All'interno del rapporto dialettico tra datore di lavoro e lavoratore si inserisce lo scontro tra l'interesse del datore al controllo dei propri dipendenti e la pretesa di questi ultimi alla tutela della loro privacy¹.

Nella società contemporanea le informazioni riguardanti gli individui sono divenute un bene di grande valore, di conseguenza la loro raccolta e la possibilità di utilizzarle sono divenuti dei procedimenti particolarmente delicati e sottoposti ad un gran numero di tutele².

Le fonti normative che tutelano questi beni, nel nostro ordinamento, sono molte e a loro si affianca l'attività della giurisprudenza che col

¹ “Alla luce delle innovazioni tecnologiche, il concetto di privacy è stato ridefinito. Si tratta non soltanto di difendersi da intrusioni o invadenze esterne ma, in particolare per il cittadino-lavoratore, di ottenere che le informazioni che lo riguardano siano esatte, complete ed aggiornate, affinché la sua immagine non risulti falsata o decontestualizzata e, pertanto, lesiva dei suoi stessi interessi”. In tal senso Stenico, *Il trattamento dei dati personali del lavoratore subordinato: dalla segretezza al controllo* in *La tutela della privacy del lavoratore* (Carinci, De Luca Tamaio, Tosi, Treu), Torino, 2000, 126 ss.

² “Il diritto alla riservatezza assume oggi, un'ampiezza sicuramente molto maggiore di quella che gli era attribuita ai tempi della promulgazione dello Statuto dei lavoratori, consistendo ora senza dubbio in qualcosa di ulteriore al mero interesse a non subire intrusioni nella propria sfera personale, abbracciando anche il diritto di mantenere un controllo sulla conoscenza da parte di terzi dei dati riguardanti la persona”. Sul punto vedi Alvino, *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, in *Dir. rel. ind.*, 4/XXIV, Milano, 2014, 1003 ss.

passare degli anni ha cercato di ridefinire il contenuto del diritto alla privacy ed adattarlo alle nuove forme di controllo. Partendo dalla Costituzione per poi procedere attraverso il codice civile, fino alla legge numero 300 del 1970, ci rendiamo conto di come il legislatore ha voluto contemperare i diritti del datore di lavoro, in particolare quelli alla attività economica, al controllo e al potere disciplinare, con quelli del lavoratore, dando, a seconda dei casi, preminenza ad uno piuttosto che all'altro.

L'articolo 41 della Costituzione prevede al primo comma che "l'attività economica privata è libera". I commi successivi prevedono che questa attività "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana"³. Con questa norma la nostra Repubblica riconoscendo la libertà di iniziativa privata economica, accetta il sistema di produzione capitalistico⁴.

Dal testo della norma costituzionale si evince subito come l'iniziativa economica di un privato non può mai essere realizzata in contrasto con "l'utilità sociale", la quale però, costituisce un limite esterno rispetto all'attività imprenditoriale enunciata dall'articolo stesso⁵.

Questo limite tuttavia è vuoto⁶, nel senso che deve essere riempito di volta in volta dal legislatore o dalla contrattazione collettiva, senza la-

³ Secondo Persiani l'articolo 41 della Costituzione "pone il principio di libertà di azione economica privata, al quale corrisponde l'interesse al profitto", *Diritto sindacale*, Padova, 2011, 36 - 37. Per l'idea che l'interesse del datore di lavoro, come interesse al profitto collegato all'esercizio dell'iniziativa economica privata ex art. 41 Cost., non viene considerato e tutelato dalla legge in termini di interesse collettivo, si vedano: Persiani, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1972, 113; Giugni, Art. 39, in *Commentario della Costituzione*, diretto da Branca, Bologna - Roma, 1979, 273; G. Santoro Passarelli, *Sulla libertà sindacale dell'imprenditore*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1976, 179 ss.

⁴ Persiani, *Fondamenti di diritto del lavoro*, Padova, 2015, 1 ss.

⁵ G. Santoro Passarelli in *Diritto dei lavori*, Torino, 2012, 253 - 254. Sul punto cfr. anche Mancini, *Il diritto al lavoro rivisitato*, in *Pol. dir.*, 1974, 123 ss.

⁶ G. Santoro Passarelli, *Dir. dei lav.*, Torino, 2012, 253 ss. Si noti anche l'opinione di Mancini, *Il diritto al lavoro rivisitato*, in *Pol. dir.*, 1974, 125 ss.

sciare che quest'attività venga svolta dall'autorità giudiziaria la quale potrebbe fornirne un'interpretazione soggettiva e quindi non sempre aderente all'opinione e ai valori della società all'interno della quale questa valutazione viene svolta⁷.

Il legislatore ha puntualmente adempiuto a questo compito con molte leggi in tema di lavoro e soprattutto con lo statuto dei lavoratori, norme queste che però non hanno mai vincolato l'attività economica privata al raggiungimento di finalità o obiettivi pubblici.

Quando l'articolo 41 della Costituzione fa riferimento all'utilità sociale⁸ non vuole di certo sottomettere l'attività dell'imprenditore a esigenze di carattere pubblico o ad obiettivi alieni rispetto a quelli dell'imprenditore stesso; quello che la norma intende è che l'attività economica, essendo pur sempre svolta all'interno di una società caratterizzata da determinati valori, esigenze e principi, non deve in nessun modo violarli.

Partendo da questo assunto, lo stesso legislatore ha attribuito al datore di lavoro determinati poteri affinché lo svolgimento dell'attività economica potesse effettivamente portare alla realizzazione degli obiettivi per la quale è stata avviata, poteri assolutamente necessari affinché l'imprenditore possa mantenere il controllo dell'attività.

⁷ Qualche autore ha sostenuto che: "La giurisprudenza costituzionale ha contribuito in modo determinante all'adeguamento del diritto del lavoro ai principi costituzionali" Persiani, *Dir. sind.*, Padova, 2015, 14 ss.

⁸ Come specificato da parte della dottrina: "Si tratta di un valore strumentale rispetto alla realizzazione dei valori umani, ma pur sempre di un valore costituzionale, posto che, così come il lavoro concorre al progresso materiale e spirituale della società (art.4 Cost.), l'impresa, alla necessaria condizione che produca ricchezza e rispetti i valori umani, realizza il presupposto indispensabile per la realizzazione di qualsiasi società." Persiani, *Fond. Dir. lav.*, Padova, 2015, 5 ss.

Tra i molti poteri imprenditoriali ci sono quello direttivo⁹, il potere di controllo, il potere disciplinare, il potere di modificare le mansioni del lavoratore, ai quali corrispondono obblighi che fanno direttamente capo al lavoratore, come ad esempio il dovere di diligenza, l'obbligo di fedeltà e quello di non concorrenza.

Tra questi poteri, due sono assolutamente fondamentali in quanto permettono, a chi ne sia il titolare, di esercitare un ruolo di indirizzo dell'attività stessa: il potere direttivo e il potere di controllo.

Il potere di controllo che il datore di lavoro può esercitare sui propri dipendenti gli è direttamente riconosciuto dalla legge. Essa prevede e regola questo potere cercando di contemperare le diverse esigenze del datore di lavoro e del lavoratore. Gran parte della dottrina ritiene che il potere di controllo rientri, o comunque sia espressione, del potere direttivo del datore di lavoro (artt. 2103 e 2104, comma 2, c.c.). Tuttavia, secondo autorevole dottrina¹⁰, è un potere diverso in quanto la sua funzione è quella di controllare il corretto adempimento della obbligazione lavorativa.

Con il primo, il datore di lavoro ha il potere di stabilire i termini e i modi in cui la prestazione deve essere svolta ed è legittimato a modificare unilateralmente le modalità di esecuzione; con il secondo, invece, ha il potere di verificare che il lavoratore svolga la prestazione come gli è stato indicato dal datore di lavoro. Il potere direttivo del datore di lavoro è stato, tramite fonti legali o a volte negoziali, più volte sottoposto a limiti, negativi o positivi (che impongono un obbligo di fare o l'obbligo di non fare), finali o procedimentali (i primi vietano o

⁹ "Nell'esercizio del quale l'imprenditore organizza il lavoro dei suoi collaboratori subordinati, orientandolo alla realizzazione del programma produttivo che corrisponde allo scopo economico dell'impresa stessa, la cui realizzazione non deve, però, recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (art.41 Cost.)" come sostenuto da Del Conte, *Fondamenti di diritto del lavoro*, Padova, 2015, 78 - 79. Per un maggiore approfondimento consulta *op. cit.*

¹⁰ G. Santoro-Passarelli, *Diritto dei lavori*, Torino, 2012, pag. 259 ss.

impongono determinati atti in modo da definire la fattispecie sostanziale, i secondi condizionano l'esercizio del potere datoriale al previo espletamento di determinate procedure di carattere sindacale o amministrativo) o ancora interni o esterni (tra i primi ricordiamo l'obbligo di giustificare un licenziamento, tra i secondi la necessità del nulla osta del sindacato di appartenenza per il trasferimento del dirigente sindacale aziendale) e infine ad efficacia reale o obbligatoria¹¹.

In questo modo risulta evidente come i due poteri siano separati, anche se il secondo è funzionale alla realizzazione del primo.

All'interno del rapporto di lavoro subordinato però troviamo anche obblighi che la legge pone direttamente in capo al lavoratore, come ad esempio quelli previsti dagli articoli 2104, 2105 e 2106 del Codice Civile.

L'articolo 2104 prevede che il lavoratore, nell'espletamento della prestazione dovuta al datore di lavoro, utilizzi la diligenza richiesta dalla natura della prestazione stessa, dall'interesse dell'impresa e da quello della produzione nazionale; al secondo comma, invece, prevede che il prestatore di lavoro "deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende." Si evince subito il rapporto di subordinazione che intercorre tra le due figure, quella del lavoratore e quella del datore di lavoro, e contemporaneamente è evidente come il primo debba eseguire la prestazione secondo le indicazioni fornitegli dal secondo o dai suoi collaboratori, mentre il

¹¹ R. Pessi, *Lezioni di Diritto del lavoro*, Torino, 2012, 257-258.

datore ha il potere di esercitare un controllo proprio sul modo in cui le prestazioni vengono realizzate dal prestatore¹².

L'articolo 2105, invece, individua l'obbligo di fedeltà¹³ e di non concorrenza. Questi due obblighi sono disciplinati direttamente dalla legge, quindi il contratto di lavoro individuale non regola le suddette obbligazioni lavorative, ma fa esclusivamente riferimento ad esse, citando i relativi articoli nelle disposizioni contrattuali¹⁴.

Infine l'articolo 2106 indica la possibilità, per il prestatore, di essere sottoposto a sanzioni disciplinari a seconda della gravità delle infrazioni commesse, in particolare in caso di violazione degli obblighi contrattuali o legislativi che il lavoratore è tenuto a rispettare, come la diligenza nell'adempimento della prestazione e l'obbligo di fedeltà verso l'imprenditore¹⁵. Si tratta di un potere tipico del contratto di lavoro subordinato che il datore può utilizzare anche senza compromettere la conservazione e la continuità del rapporto di lavoro¹⁶. Nella maggior parte dei casi la sanzione conservativa soddisfa meglio le esigenze organizzative e produttive dell'azienda e quindi dell'imprenditore¹⁷. La ragion d'essere del potere disciplinare consiste nell'esigenza di colmare un vuoto nell'apparato sanzionatorio predisposto dal diritto comune dei contratti: più precisamente, nell'esigenza del datore di la-

¹² Sul punto vedi R. Pessi secondo il quale: "Si tratta della specificazione, con riferimento al lavoro subordinato, del principio (art.1176 cod. civ.) secondo cui "nell'adempimento delle obbligazioni inerenti l'esercizio di una attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo all'attività esercitata", non essendo sufficiente la normale "diligenza del buon padre di famiglia". , *Lez. dir. del lav.*, Torino, 2012, 259 ss.

¹³ "Come tutti i doveri di fedeltà, l'obbligo di fedeltà ha anche, se non soprattutto un contenuto positivo". Come sostenuto da R. Pessi, *Lez. dir. del lav.*, Torino, 2012, 260 - 261.

¹⁴ Modesti, *I I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo, Il lavoro nella giurisprudenza*, 8-9, Milano, 2013, 762 ss.

¹⁵ Del Conte, *Fond. dir. del lav.*, Padova, 2015, 90 ss.

¹⁶ G. Santoro-Passarelli, *Diritto dei lavori*, Torino, 2012, 261 ss.

¹⁷ G. Santoro-Passarelli, *op. ult. cit.*, 2012, 262 ss.

voro di poter reagire in modo adeguato e tempestivo a mancanze per le quali la sanzione del licenziamento sarebbe sproporzionata e causa di maggior danno per lui¹⁸. La dottrina più risalente, interpretando la lettera della norma, riteneva che le sanzioni disciplinari avessero unicamente natura conservativa e quindi escludeva dal novero delle sanzioni disciplinari il licenziamento disciplinare¹⁹. Una sentenza della Corte costituzionale²⁰ e un intervento delle Sezioni Unite²¹ hanno fatto cambiare orientamento alla dottrina, facendole ritenere che anche la sanzione disciplinare può avere carattere estintivo e quindi essere idonea ad estinguere il rapporto di lavoro. Tuttavia questo importante potere²² che la legge, attraverso il codice civile, attribuisce al datore, trova un limite nella procedimentalizzazione²³ prevista dall'articolo 7 dello statuto dei lavoratori. L'articolo 7 ha introdotto due principi fondamentali: quello di legalità e quello del contraddittorio. Il principio di legalità impone che il codice disciplinare aziendale debba indicare le infrazioni e le sanzioni ad esse corrispondenti, richiamando quanto previsto dal contratto collettivo; inoltre tale codice deve essere portato a conoscenza dei lavoratori tramite affissione in luogo accessibile a tutti. Tale forma di pubblicità non può essere sostituita da altre pena

¹⁸ Del Conte, *Fond. dir. del lav.*, Padova, 2015, 90 - 91.

¹⁹ G. Santoro-Passarelli, *Dir. dei lav.*, Torino, 2012, 263 ss.

²⁰ Corte cost., 30 Novembre 1982, n.284.

²¹ Cass., 1° Giugno 1987, n.4823.

²² Autorevolmente definito come "espressione dell'autorità gerarchica dell'imprenditore e della funzione organizzatoria del contratto di lavoro subordinato, che giustifica la previsione di rimedi per assicurare la continuità dell'attività produttiva e il buon andamento aziendale" R. Pessi, *Lez. dir. del lav.*, Torino, 2012, 266 - 267.

²³ "Si tratta di regole che, anziché limitare direttamente l'ampiezza delle scelte imprenditoriali, stabiliscono procedure che il datore di lavoro deve obbligatoriamente seguire per esercitare legittimamente le proprie prerogative", in tal senso Del Conte, *op. ult. cit.*, 2015, 89 - 90. Per un maggiore approfondimento vedi *Fond. dir. del lav.*.

l'inapplicabilità del codice stesso²⁴. Il secondo principio impone al datore di lavoro l'obbligo di contestare al lavoratore la sanzione e ad ascoltarlo a sua difesa prima di irrogare la sanzione stessa²⁵.

Il potere direttivo e quello sanzionatorio sono collegati essendo la sanzione una conseguenza dell'inadempimento del lavoratore.

Accanto alle esigenze produttive del datore di lavoro e della sua azienda, quindi, vi sono le esigenze del lavoratore, la cui tutela è una delle funzioni del diritto del lavoro²⁶, il quale ha interesse a che la sua privacy e la sua sfera privata restino fuori dal controllo del datore. Infatti, nonostante da un lato è comprensibile la volontà del datore di lavoro di controllare i suoi dipendenti, dall'altro sarà facile essere d'accordo con l'opinione del legislatore e di buona parte della giurisprudenza, che hanno più volte sottolineato come il controllo deve rimanere in una dimensione "umana".

Nel 1970, poco dopo il cosiddetto "autunno caldo", il governo emana lo statuto dei lavoratori (legge 300 del 20 Maggio 1970) la quale ha determinato un profondo mutamento del clima delle relazioni sindacali all'interno dei luoghi di lavoro, la cui intensità e i cui effetti si sarebbero percepiti solo nel tempo²⁷.

La legge 300 del 1970 costituisce una vera e propria rivoluzione per quanto riguarda i rapporti all'interno dell'azienda²⁸ e, di conseguenza, i rapporti tra imprenditore e tra lavoratori, andando ad attribuire per la

²⁴ Cass, Sez. Un., 5 Febbraio 1988, n.1208.

²⁵ G. Santoro-Passarelli, *Dir. dei lav.*, Torino, 2012, 265 ss.

²⁶ Persiani, *Fond. dir. del lav.*, Padova, 2015, 5.

²⁷ R. Pessi, *Lez. dir. del lav.*, Torino, 2012, 270 ss .

²⁸ Ad esempio alcuni autori ritengono che "tra gli obiettivi che questa legge persegue vi è quello di tutelare la libertà e la dignità del lavoratore con riferimento situazioni repressive che possono verificarsi nell'impresa. L'intervento del legislatore era opportuno per la salvaguardia di questi interessi, essendo l'impresa un'organizzazione basata sul principio di autorità." Vedi in tal senso Giugni, *Diritto sindacale*, Bari, 2010, 33 ss.

prima volta tutta una serie di diritti esercitabili sia in modo individuale che in modo collettivo, quindi tramite l'organizzazione sindacale alla quale il lavoratore aderisce; questi diritti che la legge attribuiva ai lavoratori erano inoltre salvaguardati e tutelati anche da un potere esterno, la magistratura²⁹, la quale grazie all'articolo 28 dello statuto stesso poteva sanzionare e reprimere tutti gli atti dei datori di lavoro che riteneva antisindacali.

Viene tutelata la dignità e la libertà del lavoratore all'interno dell'organizzazione produttiva, e quindi anche nei confronti del datore di lavoro, attraverso norme poste a difesa del diritto di libera manifestazione del pensiero (articolo 1), rafforzato dal divieto di indagine sulle opinioni dei lavoratori (articolo 8), e tramite altre, atte a limitare il potere di controllo del datore sia sulla persona del lavoratore (articoli 5 e 6), sia sulle sue prestazioni (articoli 2, 3 e 4)³⁰.

Per ciò che attiene specificamente al potere di controllo del datore di lavoro, gli articoli che vengono in rilievo sono il 2, il 3 e il 4.

L'articolo 2 specifica come “il datore di lavoro può impiegare le guardie particolari giurate soltanto per scopi di tutela del patrimonio aziendale. Le guardie giurate non possono contestare ai lavoratori azioni o fatti diversi da quelli che attengono alla tutela del patrimonio aziendale. È fatto divieto al datore di lavoro di adibire alla vigilanza sull'attività lavorativa le guardie di cui al primo comma, le quali non possono accedere nei locali dove si svolge tale attività, durante lo svolgimento della stessa, se non eccezionalmente per specifiche e motivate esigenze attinenti ai compiti di cui al primo comma”. Quindi il datore di lavoro ha il potere di adibire guardie giurate alla tutela del

²⁹ “La giurisprudenza riveste in ogni Paese occidentale un'importanza decisiva nella formazione ed applicazione del diritto sindacale” come sottolineato da Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Il diritto sindacale in Diritto del lavoro*, Torino, 2006, 9 - 10.

³⁰ R. Pessi, *Lez. diri. del lav.*, 2012, 269 ss.

suo patrimonio aziendale ma, allo stesso tempo, non può mai adibire le stesse alla vigilanza dei lavoratori. Subito si nota l'orientamento del legislatore verso forme di controllo che non siano pressanti e che quindi lascino sempre e comunque al lavoratore un margine di autonomia, una certa dose di libertà sul posto di lavoro, senza che lo stesso sia perennemente controllato da una guardia che ha come unico obbligo quello di sorvegliarlo durante l'orario di lavoro. Contemporaneamente, per evitare elusioni della norma, la stessa permette alla guardie di accedere ai locali dell'impresa soltanto per esigenze attinenti al loro compito di tutela del patrimonio aziendale³¹. Ovviamente il datore di lavoro deve avere la possibilità di usufruire di guardie per tutelare la propria organizzazione produttiva da eventuali illeciti commessi da terzi e solo questa esigenza di tutela può giustificare il loro accesso straordinario ai locali in cui la produzione si svolge.

Diversamente l'articolo 3 precisa che “i nominativi e le mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa debbono essere comunicati ai lavoratori interessati”. Questo significa che i lavoratori devono essere messi a conoscenza dei nominativi del personale adibito al controllo³² anche se, secondo una giurisprudenza ormai consolidata e secondo autorevole dottrina³³, nulla vieta al datore di lavoro di usufruire di investigatori privati per verificare, in base al

³¹ L'opinione di parte della dottrina è che “la finalità è quella di evitare da un lato un controllo occulto, ossia indiscriminato e non riconoscibile, e di escludere dall'altra parte un controllo di tipo poliziesco quale quello in ipotesi esercitabile dalle guardie giurate, ritenuto vessatorio sia nella forma che nella sostanza”. G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Diritto del lavoro, volume II*, Milano, 2014, 15 ss.

³² In tal senso cfr. G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Dir. del lav.*, Milano, 2014, 102 ss, secondo i quali “la finalità della norma quella di regolamentare la vigilanza dell'attività lavorativa assicurando al lavoratore la riconoscibilità del personale addetto a tale vigilanza in ragione della prescritta previa comunicazione dei nominativi e delle specifiche mansioni”

³³ A. Bellavista, *Investigatori privati e controlli occulti sui lavoratori* (nota a pret. Monza 24 Maggio 1995, in Riv. it. dir. lav. 1996, II, 544 ss.

potere attribuitogli dagli articoli 2086 e 2104, l'adempimento delle prestazioni lavorative.

Il potere di controllo a distanza del datore di lavoro viene regolato con l'art. 4 della legge 300 del 1970 (c.d. statuto dei lavoratori) il quale bilancia al suo interno le due contrapposte esigenze.

Si prevede infatti (nella sua formulazione originale) il divieto per il datore di lavoro di installare apparecchiature audiovisive per il controllo a distanza dei lavoratori, con l'unica finalità di verificare lo svolgimento della prestazione lavorativa, accogliendo in questo modo le opinioni secondo le quali i controlli non possono mai essere oppressivi e asfissianti per il lavoratore.

Il secondo comma invece permette al datore stesso di installare queste apparecchiature purché esse siano giustificate da esigenze diverse da quella di controllo e che quindi ne possa derivare solo un controllo indiretto e comunque non volontario.

Le due esigenze quindi trovano entrambe riconoscimento all'interno della norma statutaria, senza che nessuna delle due prevalga sull'altra. L'articolo 4 ha la finalità di individuare un punto di equilibrio tra due esigenze contrapposte tra loro e, come ha fatto notare la Cassazione, di "contenere in vario modo le manifestazioni di potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro che, per le modalità di attuazione incidenti nella sfera interna della persona, si ritengono lesive della dignità e della riservatezza del lavoratore."³⁴

³⁴ Cass. Sez. lav., 15 Giugno 2000, n.8250.

2. Il controllo a distanza: nozione e finalità.

Come anticipato, il potere di controllo è un potere fondamentale per il datore di lavoro in quanto permette a quest'ultimo di salvaguardare il patrimonio aziendale, la sicurezza sul posto di lavoro e per fare fronte a specifiche esigenze organizzative o produttive. Inoltre tramite questo tipo di controllo l'imprenditore può verificare che vengano osservate le disposizioni impartite ai lavoratori.

Il primo comma dell'articolo 4 della legge 300 del 1970, nella sua vecchia formulazione, prevedeva il divieto di controlli diretti sull'attività del lavoratore, ciò significa che non è mai permesso al datore, neanche per far fronte a determinate esigenze di tipo organizzativo, produttivo o di sicurezza sul posto di lavoro, sottoporre il lavoratore ad un controllo perenne.

Il secondo comma permette tuttavia il controllo a distanza dei lavoratori, qualora quest'ultimo fosse reso necessario dalle esigenze specificate poco e fa e purché il suddetto controllo non fosse diretto unicamente a controllare e sorvegliare l'attività del lavoratore sul posto di lavoro.

Si tratta quindi dei cosiddetti "controlli preterintenzionali", i quali mirano alla tutela delle predette esigenze e, solo indirettamente e incidentalmente, al controllo dei lavoratori.

La differenza è appunto determinata dalle diverse finalità dei due controlli. Il primo è volto unicamente a sorvegliare i lavoratori sul loro posto di lavoro in modo da verificare la qualità e la puntualità delle loro prestazioni, ed è sempre vietato; il secondo invece, mira a tutelare beni diversi e soprattutto a controllare e salvaguardare i luoghi in cui le prestazioni vengono eseguite.

La diversità delle finalità è la causa che giustifica l'ammissibilità dei secondi controlli rispetto ai primi.

Come anticipato però era possibile, da parte del datore di lavoro, porre in essere dei controlli anche sui lavoratori qualora questi controlli fossero giustificati dal fatto di non essere diretti a sorvegliare l'attività del lavoratore ma a tutelare esigenze diverse.

Il comma 2 dell'articolo 4 della legge 300 del 1970 individua quindi un'attenuazione del divieto assoluto che invece è posto dal comma 1. Questa attenuazione è tuttavia concessa unicamente in presenza di alcune garanzie, rappresentate dall'accordo sindacale che deve essere raggiunto tra datore di lavoro e rappresentanze sindacali, al fine di installare le apparecchiature di video sorveglianza.

Da un lato quindi si continua a tutelare il lavoratore il quale è al riparo da ingiustificati abusi da parte del datore di lavoro³⁵, dall'altro però non si vuole escludere in toto la possibilità di utilizzare queste informazioni per procedimenti a carico del lavoratore³⁶.

L'articolo 4 fa riferimento unicamente ai controlli svolti dal datore di lavoro sul lavoratore tramite apparecchiature di video sorveglianza, col fine di porre un controllo sull'attività del lavoratore; di conseguenza, restano fuori dal divieto previsto da quest'articolo i controlli svolti da investigatori privati, quelli svolti sull'attività non lavorativa (sempre nel rispetto del diritto alla riservatezza), quelli svolti direttamente dal datore di lavoro o mediante la propria organizzazione gerarchica.

Diversamente, come più volte sottolineato dalla giurisprudenza, rientrano nel divieto posto dall'articolo 4 anche i casi in cui gli impianti

³⁵ Nell'ambito dei rapporti di lavoro, le attuali tecnologie consentono all'imprenditore di delineare un profilo completo del lavoratore muovendo da informazioni in apparenza neutre e tra loro non collegate. Ad esempio, sul punto, cfr. Carinci, *Rivoluzione tecnologica e rapporto di lavoro*, in DPL, 1985, 203 ss; Garilli, *Tutela della persona e tutela della sfera privata nel rapporto di lavoro*, in RCDP, 1992, 321 ss; Foglia, *Tutela della riservatezza del lavoratore e controllo informatico dell'attività lavorativa*, in AA.VV., *Questioni attuali di diritto del lavoro*, Roma, 1989, 364 - 365.

³⁶ Secondo la Cassazione 22 Marzo 2011, n.6498 "il lavoratore ha inteso contemporaneamente l'esigenza di tutela dei lavoratori a non essere controllati a distanza con quella del datore di lavoro".

audiovisivi e le altre apparecchiature per finalità di controllo siano state installate ma ancora non siano funzionanti, né può essere considerata una esimente il preavviso dato ai lavoratori circa l'imminente installazione di tali apparecchiature (essendo sempre necessario l'accordo sindacale), infine neanche il fatto che il controllo sarà discontinuo esime il datore di lavoro dall'obbligo di raggiungere un accordo con le rappresentanze sindacali presenti in azienda³⁷.

Questo orientamento è evidente richiamando una nota pronuncia della Corte di Cassazione : "Il divieto posto dall'articolo 4 dello statuto dei lavoratori per il datore di lavoro di far uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza delle attività dei lavoratori non è escluso né dalla circostanza che tali apparecchiature siano state solo installate ma non siano ancora funzionanti, né dall'eventuale preavviso dato ai lavoratori, i quali siano avvertiti del controllo suddetto, né infine dal fatto che tale controllo sia destinato ad essere discontinuo purché esercitato in locali dove i lavoratori possono trovarsi solo saltuariamente"³⁸.

Con l'articolo 4 il legislatore ha quindi stabilito con chiarezza il principio in base al quale la vigilanza sul lavoro ancorché necessaria deve essere mantenuta in una dimensione "umana"³⁹.

Bisogna infatti tener conto del fatto che l'attività lavorativa è parte fondamentale della vita di ogni individuo e di conseguenza anche in questo ambito i lavoratori hanno interesse e diritto a che la loro privacy venga rispettata e tutelata.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accettato questa visione dichiarando che "il rispetto della vita privata deve comprendere,

³⁷ Miscione, *I controllo intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, Il lav. nella giuri., 9-8/2013, Milano, 765 ss.

³⁸ Cass. Sez. lav., 6 Marzo 1986, n.1490.

³⁹ Minervini, *I controlli sul lavoratore e la tutela dell'azienda*, in *La giurisprudenza nel lavoro*, Milano 4/2014, 314 ss.

entro certi limiti, anche il diritto di stabilire e sviluppare rapporti con altri esseri umani. Inoltre, non sembrano sussistere motivazioni di principio per ritenere che questo concetto di vita privata escluda attività di natura professionale o economica, poiché, in fondo, è proprio nel corso della vita lavorativa che la maggior parte degli individui ha un'occasione significativa, se non la più importante, di sviluppare rapporti con il mondo esterno. Questa opinione è suffragata dal fatto che, come giustamente sottolineato dalla Commissione, non sempre è possibile distinguere con chiarezza quali delle attività svolte da una persona appartengono alla sua vita professionale o economica e quali invece non vi appartengono”⁴⁰.

Il problema dei controlli a distanza risulta, quindi, nell'odierna società, decisamente attuale.

Se infatti si coordina la definizione di “distanza” come intesa dall'articolo 4 dello statuto dei lavoratori, con le attuali tecnologie, ci si rende subito conto di come un abuso da parte del datore di lavoro possa facilmente ledere i diritti del lavoratore anche senza che il esso ne sia minimamente al corrente.

La “distanza” a cui fa riferimento la norma va infatti intesa in senso sia spaziale che temporale, per cui è “a distanza” il controllo che permette di seguire simultaneamente l'attività dei lavoratori in un luogo materialmente distante, o di controllare con registrazione verificabile in un secondo tempo⁴¹.

Come detto l'articolo 4 primo comma recita: “È vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori” ma per completare la nozione bi-

⁴⁰ Miscione, *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo, Il lavoro nella giurisprudenza*, 8-9, Milano, 2013, 762 ss.

⁴¹ Cass., 18 Febbraio 1983, n.1236. Vedi anche G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Dir. del lav.*, 2014, 104 ss, nel quale gli autori ribadiscono come il concetto di distanza ricomprenda sia l'aspetto spaziale che quello temporale.

sogna verificare quale sia il significato che il legislatore ha attribuito alla “attività dei lavoratori”, essendo questa una nozione molto ampia. La norma, secondo un orientamento consolidato, non vuole tutelare unicamente l’ “attività lavorativa”, con essa intendendosi l’attività svolta sul posto di lavoro per eseguire la prestazione lavorativa, ma “l’attività dei lavoratori”. Secondo la Cassazione, in questa nozione, dobbiamo comprendere “non solo le mansioni, ma l’intero comportamento “umano” nel luogo di lavoro”⁴². Di conseguenza parrebbero tutelate non solo le attività che attengono all’obbligazione discendente dal contratto di lavoro ma anche tutte le altre attività che il lavoratore svolge durante l’orario di lavoro. In realtà bisogna fare una netta distinzione tra il caso in cui il controllo venga realizzato direttamente dall’imprenditore, dalla sua organizzazione gerarchica o anche da personale esterno, al caso in cui tale controllo venga realizzato attraverso apparecchiature. Ma oltre a questa distinzione tra un controllo che potremmo definire “umano” e uno “meccanico”, dobbiamo sottolineare come la norma statutaria sia stata modificata da numerose pronunce della Cassazione che l’hanno adattata al cambiare dei tempi. Sono infatti venuti in risalto negli ultimi decenni due tipi di controlli che, stando alla lettera della norma, sarebbero assolutamente vietati, ma che invece, secondo numerose pronunce più volte confermate dalla Corte stessa, sono permessi purché rispettino alcuni limiti molto precisi e assolutamente inderogabili.

Sono quindi nati dalle pronunce giurisprudenziali i controlli “occulti” e quelli “difensivi”. In questa sede sarà sufficiente una breve spiegazione di ciò che si intende con questi due tipi di controllo, approfondendo la questione e l’analisi nei capitoli successivi.

Nel primo caso nessun divieto può essere posto in capo al datore di lavoro, il quale può svolgere liberamente i propri controlli purché

⁴² Cass., 18 Febbraio 1983, n.1236.

oggetto dello stesso controllo non sia la mera inadempienza del prestatore ma l'incidenza che eventuali illeciti commessi dal lavoratore abbiano sul patrimonio aziendale, non essendo necessario che gli illeciti siano già stati commessi⁴³, essendo invece sufficiente il solo sospetto o la mera ipotesi che gli illeciti siano in corso di esecuzione⁴⁴. In questo caso stiamo parlando dei cosiddetti "controlli occulti".

Diversa è invece la nozione dei controlli "difensivi", essi sono quei controlli, svolti non dal datore in persona ma da strumenti audiovisivi e/o informatici che hanno quale scopo quello di verificare eventuali condotte illecite commesse dal dipendente. La sentenza più nota a riguardo dichiara che " ai fini dell'operatività del divieto di utilizzo di apparecchiature per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori previsto dall'articolo 4 [...] è necessario che il controllo riguardi l'attività lavorativa mentre devono ritenersi fuori dell'ambito di applicazione della norma sopra citata i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore (cosiddetti controlli difensivi), quali, ad esempio, i sistemi di controllo dell'accesso ad aule riservate o gli apparecchi di rilevazione di telefonate ingiustificate"⁴⁵. Se teniamo conto dello sviluppo che hanno raggiunto attualmente le tecnologie e l'uso che di esse se ne fa anche sul posto di lavoro (basti pensare a determinate prestazioni lavorative che non possono essere fornite se non con l'uso della tecnologia), ci rendiamo conto delle possibilità di controllo pressoché infinite di cui è a disposizione il datore di lavoro.

Anche senza essere presente sul posto di lavoro e anche senza utilizzare nessun membro della sua organizzazione, il datore di lavoro potrebbe controllare a distanza qualsiasi attività svolta dai lavoratori sul loro posto di lavoro, senza neanche alimentare in questi ultimi il minimo

⁴³ Cass., 9 Luglio 2008, n.18821.

⁴⁴ Cass. 14 Febbraio 2011, n.3590.

⁴⁵ Cass. 3 Aprile 2002, n.4746.

sospetto. Infatti, per monitorare l'attività e il comportamento dei lavoratori, e per verificare la loro aderenza alle disposizioni che gli sono state fornite dal datore di lavoro, sarebbe sufficiente controllare l'indirizzo mail del dipendente, la sua attività sui social network durante l'orario di lavoro, o ancora sottoporre a controlli costanti e quotidiani il suo cellulare aziendale in modo da poter essere certi che i numeri chiamati siano solo quelli dei clienti dell'azienda.

3. Divieti e limiti al potere di controllo nell'articolo 4.

Il potere di controllo del datore di lavoro, e in particolare il controllo a distanza individuato dall'articolo 4 della legge 300 del 1970, incontra dei divieti e dei limiti i quali, posti dal legislatore, hanno la funzione fondamentale di tutelare l'interesse dei lavoratori a non essere perennemente controllati durante l'orario di lavoro e di vedere rispettata la propria privacy⁴⁶. La possibilità, *rectius* il diritto, di controllare i propri dipendenti non può essere esercitato senza alcun argine sia perché si finirebbe per operare un'attività di tipo orwelliano, sia perché si andrebbe a ledere un diritto fondamentale del lavoratore che è quello alla riservatezza e quindi alla privacy.

⁴⁶ Secondo E. Barraco "per contemperare entrambi gli interessi - del datore di lavoro ai controlli e dei lavoratori alla dignità e personalità morale - è stato emanato l'art.4 Stat. lav." in E.Barraco-A.Sitzia, *La tutela della privacy nei rapporti di lavoro*, Milano, 2012, 303 ss.

Partendo dall'analisi del testo dell'articolo 4 dello statuto dei lavoratori precedente alla recente modifica apportata dal Decreto Legislativo n. 151 del 14 settembre 2015, si notano subito quelli che sono i divieti e i limiti che la disciplina statutaria impone al potere di controllo del datore di lavoro.

Il primo comma infatti, prima della sua abrogazione, vietava in modo chiaro ed esplicito ogni forma di controllo diretto a sorvegliare i lavoratori durante lo svolgimento della loro prestazione lavorativa. Come anticipato, questa norma vuole evitare ogni forma di controllo che sia unicamente finalizzata ad operare una sorveglianza continua ed anelastica sui lavoratori, cercando di mantenere il controllo in una dimensione unicamente "umana" e quindi permettendone solamente quei tipi che il datore può svolgere personalmente, tramite la sua organizzazione gerarchica o tramite del personale adibito appositamente a questa funzione, purché facilmente riconoscibile dai lavoratori e sempre a patto che il datore indichi i nominativi del personale stesso. Nonostante la norma sia stata redatta più di quarant'anni fa, essa è decisamente attuale in quanto il modo in cui è scritta la rende aperta ad interventi di aggiornamento da parte di dottrina e giurisprudenza. Quando infatti l'articolo 4 parla di "altre apparecchiature"⁴⁷ lascia intendere come le eventuali innovazioni introdotte dalla tecnologia devono comunque rientrare nel divieto posto dal primo comma.

Il secondo comma, al contrario, mitiga il divieto assoluto posto dal primo e permette i cosiddetti controlli "preterintenzionali" i quali sono finalizzati alla tutela di beni dell'azienda e solo indirettamente possono permettere controlli sui lavoratori. Tuttavia anche questi controlli hanno una limitazione prevista dallo stesso comma che, infatti, permette la loro installazione unicamente previo accordo con le rap-

⁴⁷ "È vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori." Articolo 4, comma 1°, legge 300 del 1970.

presentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l'Ispettorato del lavoro, dettando, ove occorra, le modalità per l'uso di tali impianti⁴⁸. Quindi vediamo come questo limite, rappresentato dalle “esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro”, non può essere facilmente aggirato dall'imprenditore in quanto, a sua tutela, vi sono le RSA o l'ispettorato del lavoro. Le RSA devono essere consultate e la loro opinione è fondamentale affinché possa avvenire l'installazione dei sistemi di sorveglianza.

Un altro limite che non può mai essere superato è quello al diritto alla privacy. La privacy, intesa come vero e proprio diritto, ha una storia relativamente recente. La sua nascita si deve all'avvocato americano Warren e a Brandeis, futuro giudice della Corte suprema, i quali lo teorizzarono nel saggio "The right to privacy"⁴⁹ definendolo come un profilo del più generale diritto di ciascuno a preservare la propria personalità da ingerenze non desiderate. In Italia il diritto alla privacy viene riconosciuto e tutelato molto tempo dopo⁵⁰. La vera difficoltà, in assenza di un'esplicita previsione di legge, era quella di rinvenire una norma dalla quale far discendere tale diritto. Secondo parte della dottrina la base per la tutela della privacy è rappresentata dall'articolo 2 della Costituzione che rappresenterebbe “un grimaldello attraverso il quale si riconoscono nuovi diritti, come quello all'identità personale e alla privacy, i cui confini reciproci, tuttavia, non risultano facilmente

⁴⁸ “Non c'è la prevalenza di un interesse sull'altro ma si innesta una procedura di concertazione diretta a raggiungere una soluzione concordata tra le parti interessate, o comunque procedimentalizzata innanzi all'autorità amministrativa, in modo da contemperare le opposte esigenze”. Sul punto cfr. G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Dir. del lav. cit.*, Torino, 2014, 102 ss.

⁴⁹ Per un maggiore approfondimento cfr. The right to privacy, *Harvard Law Review*, 1890, vol. IV, n.5, 207 ss.

⁵⁰ Iaquinta, Ingrao, *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, *Dir. rel. ind.*, Numero 4/XXIV, Milano, 2014, 1029 ss.

distinguibili dall'interprete"⁵¹; secondo altri interpreti il fondamento della tutela sarebbe da rinvenire negli articolo 3 e 13 della Costituzione⁵². La giurisprudenza è intervenuta solo successivamente ad affermare un compiuto e autonomo diritto alla riservatezza con la pronuncia della Corte di cassazione del 1975⁵³ la quale, a sua volta, recepisce un orientamento di due anni prima della Consulta⁵⁴. Tuttavia la riservatezza, definita dalla Cassazione come il diritto del singolo alla tutela contro le ingerenze altrui di tutte le situazioni che non rivestano un interesse socialmente apprezzabile per i terzi, non coincide ancora con l'idea moderna di privacy.

Col passare degli anni e con lo sviluppo della società informatica, i dati attinenti ai singoli individui hanno acquisito un sempre maggiore valore; la personalità, infatti, è stata individuata nelle scelte che ogni persona compie quotidianamente e che rivelano singoli aspetti ed informazioni.⁵⁵ Si è quindi avvertita l'esigenza di tutelare i singoli contro indebite acquisizioni di tali informazioni da parte di terzi, ed è così che l'accezione di riservatezza si è arricchita di un nuovo profilo meritevole di tutela: il controllo sulle informazioni che riguardano la persona, ovvero i dati personali. Ed è questo il concetto attuale di privacy⁵⁶. Questa ricostruzione è utile a capire ciò a cui ci riferiamo quando diciamo che il lavoratore ha interesse alla tutela della propria sfera privata e, quindi, alla propria privacy. Controlli perenni e continui po-

⁵¹ M.Magnani, *Diritti della persona e contratto di lavoro. L'esperienza italiana*, in *QDLRI*, 1994, n.15, 49 - 50.

⁵² Fabris, *Il diritto alla privacy tra passato, presente e futuro*, in *Riv. scienze della comunicazione*, 2009 n. 2., 154 ss.

⁵³ Cass., 27 Maggio 1975, n.2129.

⁵⁴ C.Cost, 12 Aprile 1973, n.38.

⁵⁵ Iaquinta, Ingrao, *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, *Dir. rel. ind.*, Numero 4/XXIV, Milano, 2014, 1030 ss.

⁵⁶ Iaquinta, Ingrao, op. ult. cit., 1044 ss.

trebbero rivelare informazioni non solo attinenti alla sfera lavorativa, ma anche a quella più intima e personale del lavoratore, consentendo al datore di lavoro di avere, nel suo possesso, dati utili a ricostruire la vita privata dei propri dipendenti. Non è detto che il datore di lavoro impieghi poi queste informazioni per qualche fine illecito, ma è comunque comprensibile che un lavoratore voglia mantenerle riservate. In ogni caso, a presidio di questa riservatezza, è stato posto l'articolo 8 dello Statuto⁵⁷, il quale vieta qualsiasi forma di indagine, da parte del datore di lavoro, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore, sia prima della sua assunzione che durante lo svolgimento del rapporto di lavoro.

⁵⁷ Come sottolineato da Tampieri "la giurisprudenza ha dilatato la formulazione legislativa sino a comprendere i più diversi aspetti legati all'applicazione della norma nella fase preassuntiva"., *Costituzione del rapporto e tutela della riservatezza del lavoratore* in *La tutela della privacy del lavoratore* (Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu), Torino, 2000, 10 - 11.

4. Nozione di mezzi di controllo.

La disciplina prevista dall'articolo 4 ruota intorno alla definizione di "mezzi di controllo". Questa nozione è assolutamente fondamentale in quanto serve a valutare se un'apparecchiatura necessita di un'autorizzazione sindacale per il suo utilizzo e soprattutto se può essere adoperata per raccogliere dati sul lavoratore.

La norma statutaria parla, al primo comma della versione precedente alla modifica, di "apparecchiature audiovisive" lasciando però aperta la porta alle eventuali novità introdotte dalla tecnologia quando parla di "altre apparecchiature". E' evidente come il legislatore del 1970 aveva intenzione di permettere l'adeguamento del dettato statutario al cambiamento dei tempi permettendo una modernizzazione della norma tramite l'opera interpretativa della dottrina e ovviamente delle giurisprudenza.

Come detto i mezzi di controllo espressamente previsti dalla norma sono le apparecchiature di tipo audiovisivo; si fa riferimento all'unico tipo di tecnologia che all'epoca poteva essere utilizzata in azienda senza dover sostenere costi particolarmente eccessivi. L'articolo 4 si riferisce quindi alle telecamere ma anche alle apparecchiature capaci di effettuare registrazioni di tipo audio e in questo modo viene assolutamente vietato il loro impiego se finalizzato al controllo dell'attività dei lavoratori (primo comma), mentre lo stesso viene consentito, previa autorizzazione, se giustificato da esigenze attinenti all'attività produttiva (secondo comma). La norma sarebbe chiara ed efficace se la tecnologia non si fosse sviluppata ad una velocità che probabilmente neanche il legislatore aveva previsto. Ciò che infatti bisogna verificare è l'atteggiamento della norma in riferimento a tutte le nuove tecnologie che oggi vengono utilizzate sul posto di lavoro. Moltissimi lavori

prevedono l'utilizzo di tecnologie più o meno avanzate per lo svolgimento della prestazione e di conseguenza bisogna tener conto della possibilità, che le stesse offrono al datore di lavoro, di controllare a distanza il lavoratore.

Come sempre in questo campo si scontrano le diverse esigenze, di controllo da un lato e di tutela della propria privacy dall'altro, ma bisogna trovare un equilibrio che permetta al prestatore di fornire la propria prestazione senza essere sottoposto ad un controllo continuo e, al datore di lavoro, di verificare che la prestazione venga adempiuta correttamente e seguendo le indicazioni che sono state fornite.

Strumenti come il computer, il badge, il cellulare, il GPS ma anche la posta elettronica e i social network rientrano ormai nella quotidianità della maggior parte dei lavoratori e non vengono utilizzati unicamente per svolgere la propria attività lavorativa ma anche nella vita di tutti i giorni, per comunicare con i propri familiari ma anche semplicemente per svago durante le pause sul posto di lavoro. E' a questo punto che si nota la difficoltà di individuare in quell'apparecchiatura un mezzo per svolgere la propria prestazione lavorativa, piuttosto che un mezzo che il datore di lavoro ha per controllare il lavoratore.

La questione ha trovato soluzioni divergenti in dottrina.

Secondo un primo orientamento, rimasto minoritario⁵⁸, tutte le tecnologie di tipo informatico non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 4 in quanto non sono sistemi aventi finalità di controllo, ma mezzi per lo svolgimento di una prestazione. Questa impostazione inoltre ritiene che l'installazione del computer e la dotazione di un indirizzo di posta elettronica non potrebbero ricadere nell'ambito di applicazione del secondo comma poiché la nozione di apparecchiatura di

⁵⁸ Per un approfondimento maggiore cfr. P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, Milano, 2003, Vol.III, 234; C. Pisani, *Il computer e l'art.4 dello Statuto dei lavoratori*, in *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, Milano, 1988, 43 ss.

controllo ivi impiegata comprende solo gli impianti non essenziali rispetto all'esecuzione della prestazione.⁵⁹

Ha prevalso invece un secondo orientamento che attribuisce un significato, probabilmente più aderente alla volontà del legislatore, alla nozione di apparecchiature di controllo, ritenendo di poter includere in essa ogni congegno, o parte di esse, dotato di una potenziale capacità di controllo e non necessariamente caratterizzato da una sua distinta e autonoma struttura o da un'esclusiva destinazione al controllo⁶⁰. Questa impostazione ritiene che la procedura di autorizzazione debba essere richiesta per qualsiasi tecnologia in grado di monitorare l'attività dei lavoratori senza consentire di tenere distinta la condotta posta in essere in esecuzione della prestazione da ogni altra attività che sia ad essa connessa, ma estranea all'adempimento della mansione.

In realtà nessuno dei due orientamenti sembra pienamente coerente con la ratio della norma.

Da un lato infatti non si può negare, nell'era contemporanea, la natura di strumento di lavoro propria del computer e di altre tecnologie, dall'altro devono essere adottati accorgimenti affinché il datore di lavoro non possa utilizzare liberamente le informazioni che il computer per sua natura raccoglie e conserva.

La soluzione migliore, anche alla luce delle modifiche recentemente introdotte dall'articolo 23 del D. Lgs. 151/2015, è quella che distingue tra computer e i sistemi operativi che ne permettono il funzionamento da un lato e sistemi applicativi dall'altro⁶¹. I primi sono sempre esclusi dall'ambito di applicazione della norma mentre i secondi sono assoggettati ai limiti previsti dall'articolo 4. D'altronde sarebbe assoluta-

⁵⁹ Alvino, *L'art. 4 dello Stat. lav.*, Milano, 2014, 1008 ss.

⁶⁰ Per un maggior approfondimento sul tema cfr. le opinioni di A. Bellavista, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995, 132 ss; e di G. Ghezzi, F. Liso, *Computer e controllo dei lavoratori*, in *DLRI*, 1986, 363 ss.

⁶¹ E. Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, *Dir. rel. indu.*, fasc.4, 2015, 988 ss.

mente anacronistico non ritenere il computer uno strumento di lavoro e quindi richiedere l'autorizzazione delle rappresentanze sindacali ogni qual volta il datore di lavoro voglia installarne uno sul posto di lavoro per permettere ad un dipendente di svolgere la prestazione per la quale è stato assunto. Di conseguenza dovrà preferirsi un approccio estremamente casistico il quale permetta di individuare quali programmi siano richiesti da esigenze produttive, di sicurezza sul lavoro o organizzative ma in astratto permettano contemporaneamente il controllo dei lavoratori e quindi la raccolta di informazioni che li riguardano⁶².

Oltre al computer altri strumenti vengono oggi utilizzati frequentemente per svolgere l'attività lavorativa e contemporaneamente forniscono ai datori di lavoro la possibilità di controllare costantemente il lavoratore, entrando in possesso anche di informazioni personali dal lavoratore stesso che non attengono alla prestazione. Possiamo pensare ai cellulari, ai sistemi GPS ma anche alla posta elettronica.

La posta elettronica pone molti quesiti per quel che attiene alla sua individuazione o meno come mezzo di controllo. Essa è un mezzo facile e veloce per mantenere contatti con i propri clienti e contemporaneamente viene utilizzata dal lavoratore per comunicare con i propri cari o con i propri conoscenti. Proprio per evitare che questi strumenti diventino delle vere e proprie armi nelle mani dei datori di lavoro, è intervenuto il Garante della privacy, in particolare con le Linee Guida del 2007 che hanno ribadito la necessità di un coordinamento tra norme generali e le garanzie di lavoro. Questa esigenza di coordinamento

⁶² Secondo una parte della giurisprudenza "l'installazione di un sistema telefonico computerizzato, che consenta la registrazione e la trascrizione automatica su un tabulato dei dati relativi alle telefonate in uscita effettuate dai lavoratori, attuata senza il preventivo accordo con le r.s.a., è vietata ex art.4 Stat. lav. e il comportamento aziendale è censurabile sotto il profilo della condotta antisindacale in quanto in tal modo viene impedito alle r.s.a. di esercitare il potere di verifica della sussistenza delle ragioni che possono giustificare l'installazione di apparecchiature finalizzate al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori", cfr. Pret. Roma, 13 Gennaio 1988.

è stata soddisfatta attraverso il rafforzamento e l'integrazione del quadro regolativo con i principi cogenti in materia di trattamento dei dati (necessità, correttezza, pertinenza e non eccedenza)⁶³. Le Linee Guida affrontano in modo particolare le problematiche nascenti dall'uso della rete internet e della posta elettronica che, come detto, ormai appartengono al patrimonio professionale della gran parte dei lavoratori. Il Garante dichiara che, essendo la rete internet e la posta elettronica beni aziendali, spetta al datore di lavoro garantirne la sicurezza per evitare intrusioni e assicurarne la corretta funzionalità "definendo le modalità d'uso nell'organizzazione dell'attività lavorativa" (punto 1.1). Inoltre, essendo noto che le apparecchiature informatiche permettono una pluralità di trattamenti all'insaputa del lavoratore o senza la sua piena conoscenza, l'attività di monitoraggio deve essere ispirata ad "un canone di trasparenza" che impone di indicare, in via preventiva, "quali siano le modalità di utilizzo degli strumenti messi a disposizione ritenute corrette e se, in che misura e con quali modalità, vengano effettuati i controlli" (punto 3.1). Quindi partendo dal riconoscimento in capo al datore di lavoro del diritto all'utilizzo di internet e della posta elettronica, il Garante vuole garantire che i controlli che il datore svolge sui propri dipendenti siano legittimi e quindi che siano finalizzati a verificare che i lavoratori non abbiano posto in essere condotte vietate; legittimi sono unicamente quei controlli che finalizzati a verificare la genuinità della prestazione, non violino le regole in materia di trattamento dei dati personali e quindi non vadano a ledere la privacy del lavoratore⁶⁴. Il Garante riconosce il diritto di verificare

⁶³ P. Tullini, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, Torino, in *Riv. ita. dir. lav.*, 2009, 323 ss.

⁶⁴ Come sottolineato da G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, "il Garante ha ritenuto che il datore di lavoro non possa controllare la posta elettronica e la navigazione internet dei dipendenti e/o effettuare controlli indiretti mediante tecnologia software o hardware se non in casi eccezionali e previa definizione delle modalità d'uso di tali strumenti nel rispetto dei diritti dei lavoratori e della disciplina in tema di relazioni sindacali". *Dir. del lav.*, 2014, 55 ss.

che gli strumenti di proprietà aziendale, come internet e la posta elettronica, vengano sottoposti a controlli per verificarne il corretto impiego ma, contemporaneamente, vuole evitare che tale controllo permetta di venire a conoscenza di informazioni personali del lavoratore o dei terzi che sono entrati in contatto con lui.

La posta elettronica deve essere protetta come la corrispondenza epistolare o telefonica e il provvedimento prevede una serie di accorgimenti che possono essere agilmente adottati dal lavoratore (indirizzi di posta elettronica condivisi, creazione di un indirizzo di posta elettronica destinato unicamente ad uso personale, ecc.). Nel caso di abusi o violazioni da parte del datore di lavoro, potrebbe intervenire la normativa penale a tutela delle comunicazioni personali prevista dagli articoli 616 e ss. c.p, tuttavia la giurisprudenza esclude che il reato si concretizzi nel caso in cui il controllo riguardi le comunicazioni aziendali o sia avvenuto successivamente alla contestazione di un illecito al lavoratore nell'ambito di un'indagine volta ad approfondire determinati elementi già acquisiti⁶⁵. Bisogna sottolineare come la personalità dell'indirizzo non comporti automaticamente il divieto per il datore di lavoro di operare controlli sulla corrispondenza elettronica; infatti, nonostante il datore abbia attribuito al lavoratore un indirizzo personale, quest'ultimo opera comunque nell'interesse dell'impresa e quei messaggi devono ritenersi relativi a quest'ultima, materialmente immedesimata nelle persone che sono preposte alle singole funzioni⁶⁶. Di conseguenza, nulla vieta al datore di lavoro di entrare nella casella di posta elettronica attribuita al dipendente e leggere i messaggi di posta elettronica, configurandosi in questo caso unicamente un uso legittimo di beni aziendali affidati ai dipendenti esclusivamente per ragioni di servizio. Infine non si configura il reato di cui all'articolo 616 c.p. nel

⁶⁵ Cass. ,23 Febbraio 2012, n.2722.

⁶⁶ Alvino, *L'art. 4 dello Stat.*, Milano, 2014, 1007 ss.

caso in cui il datore legga le mail dei propri dipendenti se sia previsto un regolamento interno che obblighi i lavoratori a fornire al loro superiore gerarchico password e indirizzo della propria e-mail, essendo in questo caso escluso il reato in quanto lo stesso si concretizza solo se si prende conoscenza del contenuto di una corrispondenza chiusa, non diretta a se.

Oltre alla posta elettronica, anche la rete internet aziendale può diventare uno strumento che il datore di lavoro potrebbe utilizzare per realizzare dei controlli sui propri dipendenti. Attualmente la maggior parte delle imprese e degli uffici, se non tutti, sono dotati di una propria rete internet alla quale i lavoratori possono accedere facilmente sia per adempiere alle proprie mansioni (nel caso in cui queste richiedano per la loro natura l'esigenza di essere connessi alla rete), sia per interessi meramente personali e quindi non attinenti all'attività lavorativa.

Il datore di lavoro potrebbe avere interesse a verificare che il lavoratore non abusi della rete aziendale sia per evitare costi eccessivi connessi al costo effettivo del collegamento, sia per monitorare l'entità del tempo non lavorato e comunque retribuito. Per evitare condotte illecite e conseguentemente per evitare controlli che possano poi andare a colpire dati sensibili del lavoratore il Garante, sempre all'interno delle linee guida del 2007, consiglia al datore di lavoro di adottare alcuni semplici accorgimenti; ad esempio indicare categorie di siti che sono ritenuti correlati o meno con la prestazione lavorativa, la configurazione di sistemi che impediscano il download o l'upload di file dalla e sulla rete, così come sistemi che impediscano l'accesso a determinati siti (in questo modo si prevencono controlli specifici impedendo all'origine la realizzazione di illeciti), o ancora il trattamento dei dati in forma anonima, in modo da precludere al datore di lavoro la possibilità di identificare l'origine dei dati stessi.

Le possibilità offerte al datore di lavoro dal controllo sulla rete, soprattutto in ambito disciplinare, sono confermate da una sentenza del Tribunale di Torino del 24 Giugno 2001, la quale ha stabilito la liceità di un licenziamento intimato ad un lavoratore colpevole di utilizzare la connessione aziendale per più ore al giorno, quotidianamente, in assenza di effettive necessità lavorative. Il Tribunale ha ritenuto che tale comportamento costituisse un rilevante inadempimento degli obblighi di diligenza, integrando la giusta causa di licenziamento, in quanto per tutte quelle ore il lavoratore non aveva effettuato la prestazione per la quale era retribuito. Per evitare che si verificano simili casi, sarebbe bene che ogni datore di lavoro adottasse un proprio regolamento interno (codice informatico), all'interno del quale specificare che gli strumenti informatici sono di proprietà dell'azienda e l'uso privato degli stessi esonera l'azienda dalla responsabilità per violazione della corrispondenza privata. A questo regolamento dovrebbe poi affiancarsi il codice disciplinare contenente, in modo specifico, tutti i possibili comportamenti illeciti, richiamando le violazioni e le relative sanzioni riconducibili all'uso improprio degli strumenti informatici⁶⁷.

Le possibilità offerte dal controllo delle mail e dalla rete internet in generale sono sottolineate anche dalla Cassazione nella sentenza 4375 del 2012, secondo la quale “i programmi informatici che consentono il monitoraggio della posta elettronica e degli accessi Internet sono necessariamente apparecchiature di controllo nel momento in cui, in ragione delle loro caratteristiche, consentono al datore di lavoro di controllare a distanza e in via continuativa durante la prestazione, l'attività lavorativa e se la stessa sia svolta in termini di diligenza e di corretto adempimento e ciò è evidente laddove nella lettera di licenziamento i fatti accertati mediante il programma Super Scout sono utilizzati per

⁶⁷ Minervini, *I controlli sul lav.*, in *La giurisprudenza nel lavoro*, Milano, 2014, 176 ss.

contestare alla lavoratrice la violazione dell'obbligo di diligenza sub specie di aver utilizzato tempo lavorativo per scopi personali”.

Un altro strumento, non attinente alla prestazione lavorativa ma ormai di largo uso, che permette al datore di lavoro di operare un controllo sui propri dipendenti, è il social network.

I social network non sono altro che società che offrono servizi su scala mondiale per consentire alle persone di interagire virtualmente tra loro, scambiandosi contenuti, proponendo la propria opinione su vari temi, tenendosi in contatto con persone che si conoscono più o meno bene e permettendo ad ogni utente di creare il proprio profilo personale sul quale pubblicare tutta una serie di informazioni e di dati che riguardano la propria persona⁶⁸.

E' possibile che tra i propri “amici” virtuali ci sia anche il datore di lavoro, interessato a raccogliere il maggior numero possibile di informazioni sui propri dipendenti; la conoscenza di questi dati, tuttavia, non è quasi mai priva di conseguenze sul rapporto di lavoro. Nonostante la voglia di farsi conoscere e di condividere informazioni personali, l'utente è sempre portatore di un interesse alla tutela della propria privacy, e se quell'utente è un lavoratore subordinato ha due ulteriori interessi: la conservazione del posto di lavoro o l'ottenimento di un'occupazione⁶⁹. Il pregiudizio che può derivare dall'ottenimento di informazioni strettamente personali è di per sé evidente potendo diventare mezzo di prova per giustificare lo scioglimento del rapporto di

⁶⁸ Iaquina, Ingraò, *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, *Dir. rel. ind.*, Numero 4/XXIV, Milano, 2014, 1034 ss.

⁶⁹ Secondo F. Agnino “le idee alla base del web 2.0. sono la creazione e la condivisione di contenuti digitali, tale per cui ciascun soggetto è contestualmente produttore e fruitore di tali contenuti”, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti?*, 2012, Milano, 2555. Cfr. anche Iaquina, Ingraò, *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, *Dir. rel. ind.*, Numero 4/XXIV, Milano, 2014, 1035 ss.

lavoro, consentendo l'individuazione dell'ora e del luogo in cui un contenuto è stato condiviso.

Se il datore di lavoro fosse libero di reperire qualsiasi informazione volesse, riguardante i propri dipendenti, si creerebbe una disparità che si verrebbe a concretizzare in una soggezione del lavoratore al datore. Il nostro ordinamento è però dotato di una norma che nonostante la sua "età" è ancora capace di prestare tutela ai lavoratori; l'articolo 8 dello Statuto dei lavoratori, infatti, vieta ogni tipo "indagine, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoro", sia prima che il rapporto di lavoro venga instaurato, sia durante il suo svolgimento. Secondo dottrina e giurisprudenza tale norma può essere serenamente utilizzata anche con riferimento alle nuove tecnologie e quindi anche ai social networks e, se letta anche in rapporto a quanto previsto dall'articolo 15 dello Statuto stesso, il quale vieta ogni tipo di atto discriminatorio del datore di lavoro, appare chiaro come le informazioni che attengono alla persona del lavoratore e che sono reperite tramite questi mezzi digitali non possono essere utilizzate contro lo stesso. Il datore quindi non può utilizzare i social network per svolgere indagini sui propri dipendenti andando ad analizzare le loro opinioni o i loro orientamenti. Tuttavia in Italia c'è stato un caso in cui un licenziamento è stato irrogato a causa di commenti su *Facebook*, idonei a manifestare opinioni politiche del lavoratore e pareri negativi sui propri dirigenti anche se "*postati*" tramite il proprio cellulare privato e fuori dall'orario di lavoro⁷⁰. I dirigenti hanno giustificato la propria scelta dicendo che si erano imbattuti casualmente in quei commenti e che gli stessi erano stati messi *on line* durante l'orario di lavoro. Questo caso ci dimostra come sia semplice utilizzare tali informazioni per fini disciplinari, infatti, nonostan-

⁷⁰ Iaquina, Ingraio, in *op. ult. cit.*, 1038 ss.

te la normativa sia particolarmente rigida e tuteli fortemente il lavoratore, molti datori di lavoro sono disposti a licenziare un dipendente e, successivamente, a correre il rischio di vedersi condannati in giudizio per un uso improprio e illecito delle informazioni del lavoratore.

L'unico modo che il datore di lavoro ha per utilizzare serenamente le informazioni reperite tramite social network è ottenere un'autorizzazione specifica ed esplicita da parte del proprio dipendente e anche da parte del Garante, specificando quali sono i fini per i quali vuole avere quelle informazioni. Tuttavia, sotto il punto di vista lavoristico, ci sono due ipotesi in cui si ritiene sufficiente solo l'autorizzazione dell'Authority: quando il trattamento di dati sensibili risulti necessario all'adempimento di un obbligo di legge o di contratto, il cosiddetto trattamento obbligatorio (articolo 26, comma 4, lettera d del codice sulla privacy); oppure quando si tratti del cosiddetto trattamento difensivo e cioè quando il trattamento dei dati personali sia necessario per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria (articolo 26, comma 4, lettera c del codice sulla privacy). Ponendo come regola generale l'obbligo di reperire i dati sensibili direttamente presso il lavoratore, il legislatore lo ha voluto mettere nelle condizioni di venire a conoscenza di un procedimento a suo carico permettendogli di esercitare il diritto di accesso e quello di opposizione al procedimento stesso.

Nonostante il social network non possa essere utilizzato dal datore di lavoro come mezzo per estrapolare dati personali sul proprio dipendente, può comunque essere utilizzato per verificare quando e dove il lavoratore lo ha usato. Di conseguenza sarà semplice contestare che l'uso è stato effettuato durante l'orario di lavoro configurandosi, in questo caso, un comportamento meritevole di sanzione, sia di tipo conservativo che di tipo estintivo.

Gli strumenti analizzati fino ad ora sono entrati nel patrimonio aziendale in tempi relativamente recenti, il loro uso è stato introdotto, in modo abituale e costante soltanto negli ultimi anni; diverso è invece il caso del cellulare, il quale viene utilizzato dai lavoratori, sul posto di lavoro come nella vita quotidiana, ormai da decenni.

Il telefono cellulare viene fornito in moltissimi casi ai dipendenti dell'azienda e il controllo che il datore vuole realizzare su di esso è duplice: infatti si vuole sia monitorare l'adempimento della prestazione lavorativa da parte del dipendente, sia evitare costi esorbitanti che non siano connessi con l'attività lavorativa, essendo infatti l'azienda la proprietaria del bene e sostenendo essa i costi delle comunicazioni effettuate tramite il cellulare. I controlli sulle chiamate effettuate tramite cellulare sono tutelate, alla stregua delle e-mail, dal codice penale che, agli articoli 617 e 617 bis punisce da un lato chi prenda cognizione delle chiamate tra terzi o le interrompa o le impedisca e, dall'altro, chi installi apparecchiature per intercettare o ancora impedire le chiamate altrui. Sotto il punto di vista del diritto del lavoro la questione si complica in quanto la dottrina maggioritaria sostiene che l'intercettazioni siano interdette soltanto riguardo le telefonate tra terzi, e non quelle proprie, e nel caso del lavoratore che compia una chiamata di lavoro, egli rappresenta il datore di lavoro e quindi in questo caso non si potrà parlare di intercettazione, venendo così meno la disciplina prevista dal codice penale.

In un primo momento la giurisprudenza ha ritenuto che il controllo del datore di lavoro sull'utilizzo del telefono fosse vietato dall'articolo 4 dello Statuto, successivamente però, un intervento della Cassazione⁷¹ ha ritenuto che l'articolo 4 non trovasse applicazione in quanto i controlli diretti ad evitare condotte illecite non possono essere vietati. In-

⁷¹ Cass. Civ., 3 Aprile 2002, n.4746.

fine, un pronuncia più recente della stessa Cassazione⁷² ha stabilito che anche nel caso di controlli sul cellulare, volti ad accertare la commissione di illeciti, debbano essere rispettate le garanzie dell'articolo 4 dello Statuto. Le esigenze del datore di lavoro che vuole prevenire costi esorbitanti per chiamate non aventi ad oggetto lo svolgimento di mansioni e quindi l'indebito utilizzo del telefono, prevalgono sulla tutela del lavoratore in quanto, in questi casi, si viene a configurare un controllo di tipo difensivo. Il datore avrà quindi la possibilità non di registrare le chiamate⁷³, in quanto in questo caso il lavoratore sarebbe sottoposto ad un controllo vietato dal primo comma dell'articolo 4, ma di ottenere dati secondari, come ad esempio il numero di telefonate effettuate, l'ora in cui sono state effettuate, la data e il numero chiamato. Molto chiaro a questo proposito è stato il Ministero del Lavoro che, in risposta all'interpello n.2/2010 presentato da Confindustria, ha dichiarato come alle registrazioni delle chiamate non si applica l'articolo 4 dello Statuto solo nel caso in cui i sistemi utilizzati per la registrazione non permettano di individuare né il lavoratore che ha effettuato la chiamata, né il cliente. Questi sistemi di controllo infatti, essendo finalizzati al monitoraggio a campione della qualità dei processi e dei servizi di assistenza alla clientela, non realizzano mai un controllo diretto sul lavoratore e quindi tutelano pienamente la sua privacy e garantiscono l'anonimato dei soggetti coinvolti nelle conversazioni.

⁷² Cass. Sez. Lav., 1° Ottobre 2012, n.16622.

⁷³ "In modo simile si è pronunciato il Pretore di Milano nel 1984, quando ha dichiarato che l'elaborazione di dati storici da parte di un computer costituisce violazione del primo comma dell'articolo 4, in quanto permette verifiche incrociate ben più penetranti di quelle consentite da altri più tradizionali strumenti di controllo". G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *dir. del lav.*, Milano, 2014, 52 - 53.

4.1 Controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi.

L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori parla esplicitamente solo di due tipi di controllo: quello intenzionale, previsto dal primo comma, e quello preterintenzionale, previsto invece dal secondo comma.

Il primo comma vieta qualsiasi tipo di controllo che sia posto in essere con l'unico fine di controllare l'attività dei lavoratori. Come detto, il legislatore con questo divieto ha voluto evitare che il dipendente fosse perennemente sorvegliato durante l'attività lavorativa così da non lasciargli alcun margine di autonomia e soprattutto andando a eliminare qualsiasi forma di controllo di tipo "umano". Oggetto di questo tipo di controllo sarebbe stato unicamente il lavoratore e in particolare le attività che egli svolge sul posto di lavoro, siano esse lavorative o meno.

La previsione del secondo comma è invece differente. Qui si parla di controlli preterintenzionali, cioè, quei controlli che diretti alla tutela delle esigenze organizzative e produttive e per la tutela della sicurezza del lavoro, permettono indirettamente il controllo sull'attività dei lavoratori⁷⁴. Inoltre, lo stesso comma, permette questo tipo di controllo unicamente nel caso in cui il datore di lavoro abbia ottenuto un'apposita autorizzazione dai sindacati presenti in azienda, tramite le proprie RSA, o in caso di mancato accordo, tramite l'Ispettorato del lavoro. In questo secondo caso il lavoratore viene solo indirettamente colpito dal controllo il quale, finalizzato a tutelare l'azienda e la sicurezza sul posto di lavoro, può incidentalmente colpire l'attività che egli svolge ma, in ogni caso, egli è sempre tutelato dalle rappresentanze sindacali che

⁷⁴ Come sottolineato anche da G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca "si ha infatti che la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore, espressa dal divieto del controllo a distanza, è stata bilanciata dal legislatore con la parallela esigenza di tutela della sicurezza del lavoro nonché dell'organizzazione aziendale e della produzione." *Dir. del lav.*, Milano, 2014, 43 - 44.

mai permetterebbero un'elusione, da parte del datore di lavoro, della norma statutaria.

Col passare degli anni, e di fronte ad una casistica sempre crescente, la giurisprudenza ha creato la figura dei “controlli difensivi”. Questo tipo di controllo non ha ad oggetto le prestazioni dei lavoratori e la loro conformazione alle indicazioni che hanno ricevuto dal datore di lavoro, bensì i comportamenti illeciti, estranei al normale svolgimento della prestazione anche se da essa occasionati, diretti a ledere il patrimonio aziendale⁷⁵. La diversità dell'interesse datoriale posto alla base di questa categoria di controlli li rende impermeabili ai divieti individuati dagli articoli 2 e 3 dello Statuto: il datore non è infatti interessato al controllo della prestazione lavorativa in sé per sé, ma alle condotte dei lavoratori che siano idonee a ledere la sua proprietà, individuata nei beni materiali che compongono l'azienda e che sono fondamentali alla produzione, ma anche nei beni immateriali che sono egualmente importanti ai fini produttivi e che rappresentano il datore verso l'esterno, soprattutto nei rapporti con i propri clienti. La problematica più rilevante attiene alla inclusione o esclusione di tale fattispecie tra quelle disciplinate dall'articolo 4 dello Statuto.

Il lavoratore non è quindi l'oggetto principale di questo tipo di controlli ma lo può diventare solo nel momento in cui ponga in essere condotte illecite. Una chiara definizione di controllo difensivo si è avuta da parte della Cassazione⁷⁶, la quale li definisce come “controlli a distanza effettuati dal datore di lavoro tramite strumenti audiovisivi e/o informatici al fine di accertare condotte illecite del dipendente”. La Suprema Corte ha quindi posto l'accento sia sui mezzi che vengono utilizzati per realizzare questi controlli e che sono gli stessi individuati dall'articolo 4, sia, però, sull'oggetto dei controlli stessi che si

⁷⁵Cass., 14 Luglio 2001, n.9576.

⁷⁶ Cass., 23 Febbraio 2012, n. 2722.

differenzia da quanto individuato dalla norma statutaria; da qui il problema della loro inclusione o meno nei divieti posti dallo Statuto.

Una seconda sentenza altrettanto importante proviene sempre dalla Cassazione⁷⁷ che si è pronunciata sul licenziamento disciplinare comminato ad un dipendente il quale aveva utilizzato il cellulare aziendale per scopi privati. La Corte ha stabilito che ai fini dell'operatività dell'articolo 4 è necessario che il controllo si sia svolto, direttamente o indirettamente, sull'attività lavorativa, dovendosi certamente ritenere fuori dell'ambito di applicazione della norma i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore. In questo modo i controlli difensivi vengono giustificati sulla base di due elementi: l'illiceità della condotta del lavoratore e la verifica del suo comportamento ex post, cioè una volta che la sua condotta si sia compiuta⁷⁸. Secondo parte della dottrina, seguendo però questo orientamento, si andrebbe a cancellare l'articolo 4⁷⁹ in quanto ogni controllo difensivo comporta controllo sul lavoratore e, viceversa, ogni controllo sul lavoratore può essere considerato difensivo⁸⁰. Di conseguenza la legittimità del controllo deriverebbe dall'esito del controllo condotto a posteriori e volto a verificare se ci sia stata o meno la commissione di un illecito. L'impostazione della Cassazione è stata modificata soprattutto a seguito dell'intervento del Garante della privacy il quale, con le Linee Guida del 2007, ha potuto inserire nuove tutele a favore del lavoratore e, contemporaneamente, nuovi divieti al datore di lavoro. L'influenza del-

⁷⁷ Cass., 3 Aprile 2002, n. 4746.

⁷⁸ G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Dir. del lav.*, Milano, 2014, 47 ss.

⁷⁹ Miscione, *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo, Il lavoro nella giurisprudenza*, 8-9, Milano, 2013, 767 ss.

⁸⁰ Per fare chiarezza sul punto è particolarmente chiara l'opinione di G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, secondo i quali "deve considerarsi che è pur sempre l'attività lavorativa, quale oggetto del controllo "a distanza", a segnare lo crimine tra controlli assoggettati alla disciplina posta dalla disposizione in esame e controlli che invece fuoriescono dall'ambito di applicazione della stessa." *Dir del lav.*, Milano, 2014, 47 ss.

l'intervento dell'Authority si nota soprattutto nella sentenza della Cassazione n. 15892 del 17 Luglio 2007 in cui si dichiara che “la insopprimibile esigenza di evitare condotte illecite da parte del dipendente non può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore”, con la conseguenza che tale esigenza di controllo “non consente di espungere dalla fattispecie astratta i casi dei c.d. controlli difensivi ossia di quei controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, quando tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela dei beni estranei al rapporto stesso”⁸¹.

Mentre da un lato si cercava di capire se tale categoria di controlli dovesse essere compresa nell'articolo 4, dall'altro la Cassazione penale stabiliva la piena utilizzabilità delle prove raccolte tramite i controlli difensivi per tutelare il patrimonio aziendale da attività delittuose, da chiunque commesse⁸². Di conseguenza sono stati ritenuti controlli difensivi i casi di videoregistrazione effettuata da apparecchiature installate in locali attigui a quelli di lavoro, che aveva filmato i lavoratori, addetti a mansioni di sorveglianza dei locali della propria impresa, che erano entrati abusivamente nell'attiguo ufficio appartenente ad un'impresa diversa⁸³; lo stesso vale per sistemi di controllo dell'accesso ad aule riservate o, ancora, per il caso di un furto commesso in danno del datore di lavoro, per cui sono stati ritenuti utilizzabili come prova i risultati delle riprese video effettuate con telecamere installate all'interno del luogo di lavoro per esercitare un controllo sul patrimonio aziendale che poteva essere messo a rischio da parte dei comporta-

⁸¹ Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, in RGL, 2008, II, 358, con nota di A. Bellavista; RIDL, 2008, II, 718 ss, con nota di M. L. Vallauri; *Massimario giurisprudenza del lavoro*, 2007, 868 - 869, con nota di M. Ranieri.

⁸² Cass. Pen., Sez. V, 18 Marzo 2010, n. 20722.

⁸³ Cass., 28 Gennaio 2011, n.2117.

menti infedeli dei lavoratori⁸⁴. Un netto cambio di orientamento, rispetto agli esempi appena proposti, è stato posto dalla Cassazione con la sentenza numero 4375 del 23 Febbraio 2010, nella quale si afferma che anche i controlli difensivi sarebbero sottoposti all'obbligo di accordo con le rappresentanze sindacali o con l'Ispettorato del lavoro essendo questi "un controllo c.d. preterintenzionale che rientra nella previsione del divieto flessibile di cui all'articolo 4 comma secondo"; successivamente questa posizione è stata confermata dalla Sezione lavoro con la pronuncia numero 16622 del 1° Ottobre 2012, nella quale si legge che "l'effettività del divieto di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori richiede che anche per i c.d. controlli difensivi trovino applicazione le garanzie del citato articolo 4, secondo comma, e che, comunque, questi ultimi, così come le altre fattispecie di controllo ivi previste, non si traducano in forme surrettizie di controllo a distanza dell'attività lavorativa dei lavoratori. Se per l'esigenza di evitare attività illecite o per motivi organizzativi o produttivi, possono essere installati impianti ed apparecchiature di controllo che rilevino dati relativi anche alla attività lavorativa dei lavoratori, la garanzia che siano osservate le garanzie procedurali di cui all'articolo 4 comma 2, non consente che attraverso tali strumenti, sia pure adottati in esito alla concertazione con le R.S.A., si possa porre in essere, anche quale conseguenza mediata, un controllo a distanza dei lavoratori che, giova ribadirlo, è vietato dall'articolo 4 comma 1. Il divieto di controlli a distanza ex art. 4 implica che i controlli difensivi ricadano nell'ambito della legge 300 del 1970, articolo 4 comma 2 e, fermo restando il rispetto delle garanzie procedurali previste, non possono toccare la sfera della prestazione dei singoli lavoratori". Se, da una parte, non si poteva effettivamente ammettere che l'articolo 4 fosse abrogato dalla creazione giurisprudenziale dei controlli difensivi e se, contemporanea-

⁸⁴ G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Dir. del lav.*, Milano, 2014, 47 ss.

mente, non si poteva condizionare tutto alla verifica ex post della commissione dell'illecito, è altrettanto eccessiva questa impostazione che praticamente cancella i controlli difensivi.

Per ultima può essere citata la sentenza della Cassazione sez. Lavoro n. 20440 del 12 Ottobre 2015 che ha legittimato il licenziamento di un dipendente comminato tramite informazioni reperite grazie ai controlli difensivi. Il lavoratore aveva contestato le modalità con le quali il controllo era stato svolto, rilevando che il proprio datore di lavoro non avesse richiesto il consenso delle rappresentanze sindacali per svolgere il controllo, in particolare tramite un sistema GPS che consentiva di controllarne i movimenti. La Cassazione ha dichiarato non fondati i motivi del ricorso anche con riferimento alla presunta violazione degli articoli 2 e 3 dello Statuto, oltre ovviamente all'articolo 4, dicendo che “gli articoli 2, 3, 4 legge 300 del 1970 impongono modi d'impiego, da parte del datore di lavoro, delle guardie giurate, del personale di vigilanza e di impianti ed attrezzature per il controllo a distanza. I relativi divieti riguardano il controllo sui modi di adempimento dell'obbligazione lavorativa ma non anche comportamenti del lavoratore lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale. Non sono perciò vietati i cosiddetti controlli difensivi, intesi a rilevare mancanze specifiche e comportamenti estranei alla normale attività lavorativa nonché illeciti”.

Come si evince dalle varie pronunce non c'è un vero e proprio orientamento univoco e costante: inizialmente la giurisprudenza ha avuto un atteggiamento che tendeva ad escluderne l'applicazione dell'articolo 4 comma 2, facendo perno sul rilievo che tali controlli non riguardassero mai il controllo delle prestazioni dei lavoratori, e che quindi non ci fosse bisogno di una tutela quale quella prevista dalla norma statutaria, successivamente l'orientamento è diventato più garantista, richiedendo sempre che fosse espletato il procedimento del comma secondo.

In mancanza di una sentenza a Sezioni Unite e in mancanza di un indirizzo unitario e duraturo nel tempo, sembra che l'unico criterio per ritenere leciti i controlli difensivi, anche senza che sia stata svolta la procedura di cui al comma 2 dell'articolo 4, sia quello della avvenuta commissione di un illecito o di un reato o, quantomeno, la sussistenza di gravi indizi a carico del lavoratore; al contrario, come stabilito dalla Corte di Appello di Bolzano, non sarà sufficiente che il reato sia solo supposto o ipotizzato, in quanto il sospetto o la sola ipotesi varrebbero a configurare una libertà senza alcun limite. Diversamente dovranno sempre ritenersi illecite quelle forme di controllo dirette ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, quando, però, tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro⁸⁵.

⁸⁵ In tal senso G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, i quali ritengono che "se è l'attività lavorativa (ossia svolta nell'orario di lavoro) che, in quanto espletata in violazione di norma di legge o di contratto, si attegga a condotta illecita, trova comunque applicazione l'art. 4; se si tratta invece di un'attività sì illecita, ma che di per sé non sia significativa quanto alla valutazione della prestazione lavorativa svolta, allora l'art. 4 non trova applicazione". *Dir del lav.*, Milano, 2014, 47 ss.

4.2 La legittimità dei controlli difensivi occulti.

Una questione molto delicata è quella che attiene ai controlli difensivi di tipo occulto.

Il controllo viene definito occulto nel momento in cui i lavoratori dell'impresa non sono a conoscenza della sua esistenza e quindi sono sottoposti ad un controllo a loro totale insaputa.

L'utilità di questa categoria di controlli sorge nel momento in cui il datore di lavoro, al fine di tutelare la propria azienda e il suo patrimonio dall'attività illecita dei dipendenti, non ha altri mezzi che controlli completamente occulti. Ad esempio perché tutte le altre forme di controllo si sono rilevate inadeguate, perché si sono verificati un gran numero di furti che hanno arrecato ingenti danni economici dal datore di lavoro, o ancora nel caso in cui i fatti illeciti da accertare tramite il controllo occulto rappresentano un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali o, comunque, un fatto talmente grave da tradire irrimediabilmente l'aspettativa datoriale ad una puntuale esecuzione degli obblighi contrattuali.

All'interno della categoria dei controlli occulti, cioè posti in essere dal datore di lavoro senza che i lavoratori ne abbiano conoscenza, bisogna distinguere nettamente tra quelli di tipo difensivo e quelli che invece hanno ad oggetto, direttamente o indirettamente, le prestazioni dei dipendenti.

L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori vieta al primo comma qualsiasi tipo di controllo che abbia come unica finalità quella di controllare a distanza i lavoratori e le loro prestazioni. A maggior ragione sarà vietata qualsiasi forma di controllo diretto sull'attività dei lavoratori nel caso in cui sia svolta in forma occulta. Di conseguenza si può affermare, tenendo conto dell'opinione della dottrina e delle pronunce della

giurisprudenza, che i controlli occulti sono sempre vietati quando rientrano nella categoria individuata dal primo comma dell'articolo 4.

Più difficile è la risposta al quesito sulla liceità dei controlli occulti che rientrerebbero normalmente nel secondo comma della norma statutaria. Prima di tutto bisogna chiedersi perché il datore di lavoro voglia evitare la procedura di cui al secondo comma dell'articolo 4. Secondo alcuni⁸⁶ il problema è rappresentato dalla convinzione in base alla quale i sindacati tendono a dare sempre ampia pubblicità a qualsiasi cosa facciano e, in alcuni casi, i controlli sarebbero davvero efficaci solo se occulti. Essendoci quindi, da parte del datore di lavoro, l'esigenza di non far conoscere ai propri dipendenti l'esistenza di questi controlli, ritenendoli più efficaci solo se occulti, l'attività di informazione svolta dai sindacati nei confronti dei propri iscritti farebbe venir meno ogni utilità. Se invece nessuno saprebbe addirittura dell'esistenza dei controlli, ci sarebbero dei problemi circa la loro liceità.

In ogni caso, se ci fosse ancora qualche datore di lavoro non disposto a trattare con i sindacati (in una logica tra l'altro antieuropea in quanto i sindacati sono ormai generalmente riconosciuti non come antagonisti, ma come parte integrante e necessaria del processo produttivo aziendale), la soluzione è rappresentata dalla possibilità di ottenere un'autorizzazione tramite il procedimento amministrativo che è totalmente alternativo a quello di tipo sindacale⁸⁷.

La possibilità di effettuare controlli di tipo occulto non dovrebbe essere vietata neanche dall'articolo 3 dello Statuto il quale, è oggi pacificamente interpretato nel senso che, se i controlli sono svolti dai capi diretti del lavoratore o dal personale direttivo, l'onere di pubblicità non è richiesto in quanto si presume che questi soggetti siano conosciuti dai lavoratori; inoltre, la norma statutaria, obbligando il datore

⁸⁶ Miscione, , *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo, Il lavoro nella giurisprudenza*, 8-9, Milano, 2013, 762 ss.

⁸⁷ Ministero del Lavoro, *Interpello del 19 Giugno 1989*.

di lavoro a comunicare i nominativi di coloro i quali debbano svolgere attività di vigilanza sui lavoratori, non fa riferimento ai controlli riguardanti atti illeciti che, commessi dal dipendente, non abbiano ad oggetto la prestazione stessa ma illeciti di altro genere: questa teoria è anche confermata dalla Cassazione⁸⁸ la quale pone alla base del suo ragionamento il principio della libertà di difesa privata.

Mentre il principio secondo cui i controlli svolti da personale conosciuto sono leciti appare più che ragionevole, il secondo crea alcuni problemi, soprattutto applicativi.

Prima di tutto, per dichiarare lecito un controllo di tipo occulto, bisognerebbe distinguere in modo chiaro ciò che rientra nell'area del contratto e ciò che invece ne è fuori: questa distinzione è particolarmente difficile nel momento in cui ci si accorge che il rapporto di lavoro è caratterizzato da una struttura complessa; oltre infatti alle due obbligazioni principali che sono quella retributiva e quella lavorativa, c'è una lunga serie di altre posizioni, sia attive che passive. L'area extracontrattuale all'interno della quale si vanno a porre i controlli occulti è stata disegnata in vario modo: si è fatto riferimento alle condotte esulanti da tutte le obbligazioni contrattuali⁸⁹, a quelle esulanti dall'obbligazione principale del contratto, o ancora agli inadempimenti già commessi o in corso di esecuzione⁹⁰, alle condotte incidenti sul patrimonio aziendale⁹¹, alle condotte incidenti su beni estranei al rapporto di lavoro⁹², o, infine, ai controlli di tipo puntuale e non continuativo⁹³.

⁸⁸ Cass., 4 Dicembre 2012, n.25674.

⁸⁹ Cass., 18 Febbraio 1997, n.1455.

⁹⁰ Cass., 2 Marzo 2002, n.3039.

⁹¹ Cass., 23 Febbraio 2012, n.2722.

⁹² Tribunale di Latina, 17 Luglio 2014.

⁹³ Cass., 23 Febbraio 2010, n.4375.

Il problema consiste, fondamentalmente, nel distinguere un illecito grave da un mero inadempimento.

Il secondo problema è rappresentato dal fatto che, seguendo questo orientamento, la liceità del controllo occulto è ancorata ad un controllo ex post. Come sempre quando ci si affida a questo tipo di valutazione, si lascia grande libertà al datore di lavoro che, non avendo nessuna regola precisa che gli impone dei limiti o dei divieti, è libero di operare come meglio crede; se dai controlli non emergerà nessun illecito sanzionabile, presumibilmente i controlli rimarranno ignoti e non puniti, se invece emergerà la commissione di un illecito da parte di un dipendente, sarà proprio quest'atto illecito a giustificare i controlli che erano stati svolti dal datore di lavoro in modo occulto.

Segue: orientamenti della giurisprudenza.

Nonostante le difficoltà appena mostrate e la complessità degli accertamenti da svolgere, dopo le prime perplessità, la legittimità dei controlli occulti è ormai generalmente riconosciuta dalla giurisprudenza; i controlli sono stati ritenuti ammissibili anche se volti di notte e clandestinamente.

La prima pronuncia della Cassazione a riguardo è la 5599 del 1990, nella quale ha stabilito che i controlli possono legittimamente avveni-

re, anche se in modo occulto “non ostandovi né il principio di correttezza e buona fede né il divieto di cui all’articolo 4 dello Statuto dei lavoratori”.

Partendo da questa prima pronuncia, la giurisprudenza è aumentata nel corso degli anni, andando sempre più a legittimare l’attività di controllo svolta in modo occulto. Possiamo ancora citare la sentenza della Sezione Lavoro della Cassazione numero 9576 del 14 Luglio 2001. In questo caso il ricorrente contestava la possibilità, per il datore di lavoro, di utilizzare agenti investigativi che, in incognito, controllassero l’attività di una dipendente adibita alla mansione di cassiera di una banca. La Cassazione, confermando suoi orientamenti precedenti, stabiliva chiaramente che la legge 300 del 1970 “lungi dall’eliminare il potere di controllo attribuito al datore di lavoro dal codice civile, ne ha disciplinato solo le modalità di esercizio, privando la funzione di vigilanza dell’impresa degli aspetti più propriamente “polizieschi”; e così giustificando l’attività dei dipendenti di un’agenzia investigativa che avevano il compito di comportarsi come normali clienti per verificare se, al momento del pagamento alla cassa, la dipendente della banca non realizzasse qualche illecito come, nel caso specifico, la sottrazione di somme di denaro dalla cassa stessa.

Un’altra sentenza davvero rilevante, per quanto riguarda i controlli occulti, è la numero 16196 del 10 Luglio 2009, con la quale la Corte ha dichiarato che le norme in materia di controlli non escludono il potere dell’imprenditore ai sensi degli articoli 2086 e 2104 c.c. di controllare direttamente o mediante la propria organizzazione gerarchica o anche attraverso personale esterno l’adempimento delle prestazioni lavorative per accertare mancanze specifiche dei dipendenti già commesse o in corso di esecuzione, e ciò indipendentemente dalle modalità del controllo che può avvenire, quindi, anche occultamente.

Venendo a tempi più recenti, con la sentenza numero 755 del 4 Agosto 2015, la stessa Corte ha confermato la possibilità di utilizzare controlli difensivi di tipo occulto, soprattutto quando la natura della prestazione svolta del dipendente non consenta nessun tipo di controllo diverso e quando il controllo stesso è finalizzato a verificare l'eventuale realizzazione di uno o più atti illeciti da parte del lavoratore. In questo caso il controllo viene svolto su un dipendente che per la natura delle sue mansioni svolge gran parte del proprio lavoro spostandosi in varie città; la Cassazione, nel caso in esame, ha affermato che, dovendo l'imprenditore verificare la realizzazione di atti illeciti da parte del dipendente e non potendosi queste verifiche compiere tramite mezzi differenti dall'investigazione privata, l'investigazione stessa è lecita sia perché svolta con modalità non invasive della sfera privata del dipendente, sia perché l'articolo 4 dello Statuto non può essere applicato in modo analogico e quindi non si può mai riferire ad attività svolta da persone.

Una relevantissima novità, per quanto riguarda l'orientamento della Cassazione, è rappresentata dalla sentenza 2531 del 9 Febbraio 2016. Con questa pronuncia la Corte ha condannato Poste Italiane S.P.A., rea di aver installato un sistema di monitoraggio delle prestazioni agli sportelli denominato "giornale di fondo". Questo sistema permette ad un singolo impiegato di verificare, in modo continuativo, le operazioni poste in essere dai vari dipendenti tramite la trasmissione dei dati riguardanti la natura dell'operazione, il cliente e dell'operatore dello sportello e permette, se ce n'è bisogno, di intervenire tempestivamente individuando l'operatore che ha commesso l'errore; il responsabile dell'ufficio può, in qualsiasi momento e in tempo reale, visualizzare sul suo personal computer le operazioni che vengono eseguite agli sportelli e seguirle via video: in questo modo il superiore gerarchico può controllare minuto per minuto l'attività di ogni singolo addetto

allo sportello e il suo rendimento. In questo modo si viene a configurare un tipo di attività riconducibile all'articolo 4 comma 2 legge 300 del 1970; infatti, come confermato dalla Cassazione, il potere di controllo avviene solo in via incidentale perché il sistema sottoposto al vaglio della Corte ha finalità di tutela del patrimonio aziendale e solo casualmente può permettere di controllare i dipendenti e le loro attività sul posto di lavoro durante l'orario di lavoro. Di conseguenza Poste Italiane S.P.A. è stata condannata in quanto non ha rispettato la procedura di autorizzazione sindacale prevista dalla norma statutaria e ha, in questo modo, realizzato dei controlli difensivi di tipo occulto non giustificati da alcun presunto comportamento illecito di qualche dipendente né dalla natura della prestazione che potrebbe autorizzare l'uso di tali forme di controllo.

Con quest'ultima sentenza la Cassazione non ha negato la possibilità di usufruire di forme di controllo occulto, ma ha semplicemente ribadito come tali di forme di controllo siano utilizzabili soltanto quando ricorrano specifiche esigenze di tutela tali da non poter essere salvaguardate tramite mezzi di controllo ordinari.

4.3 Le investigazioni private e le prove atipiche.

All'interno della categoria dei controlli difensivi, e in particolare di quelli di tipo occulto, possiamo far rientrare l'attività svolta dagli investigatori privati. Compito di queste figure è quello di verificare che i dipendenti non commettano atti illeciti durante lo svolgimento delle loro mansioni.

Ovviamente il controllo svolto dai detective non potrà mai riguardare l'esatto espletamento della prestazione lavorativa, altrimenti si enterebbe nel campo di applicazione dell'articolo 2 dello Statuto e, in quel caso, i nominativi degli investigatori dovrebbero essere conoscibili ai lavoratori.

Nel nostro ordinamento non troviamo nessuna norma specifica che regoli l'operato degli investigatori privati in ambito aziendale, di conseguenza tutta la disciplina è stata prodotta dalla giurisprudenza⁹⁴ e dalla dottrina, le quali hanno cercato di fissare dei limiti a questo tipo di controlli, cercando sempre la salvaguardia dei lavoratori ed evitando di sottoporli a controlli continuativi.

Secondo una parte minoritaria della dottrina⁹⁵, un divieto sarebbe posto dall'articolo 8 dello Statuto, il quale vieta di impiegare "terzi" soggetti per indagini sulla vita privata e sulle opinioni del lavoratore; tuttavia questa opinione viene smentita nel momento in cui si osserva che l'attività di questi soggetti è rivolta unicamente all'individuazione di comportamenti illeciti che non attengono minimamente alle opinioni politiche del lavoratore, né, tantomeno, alla sua vita privata. Un'au-

⁹⁴ Come affermato dalla Cass. : "sono leciti i controlli (occulti) posti in essere dal datore di lavoro mezzo di dipendenti di un'agenzia investigativa". Cass. 23 Agosto 1996 n.7776.

⁹⁵ A. Bellavista, *Investigatori privati e controlli occulti sui lavoratori*, in Riv. ita. diri. lav., Milano, 1996, 3, pp. 541 ss.

torevole dottrina ha specificato come l'operato dei detective privati sia stato più volte, nel corso degli anni, criticato dalle parti sindacali, anche se poi "non si esita ad approvare l'intervento quando il prestatore sia sospettato d'aver commesso reati contro il patrimonio aziendale, ovvero per sventare una truffa ai danni dell'Inps da parte del cassaintegrato che presti lavoro presso un diverso datore: si argomenta infatti che, nell'una e nell'altra fattispecie, è in gioco la tutela aziendale e, in senso lato, quella dell'ordine pubblico"⁹⁶.

La problematica più rilevante è quella che attiene all'attività investigativa concretamente svolta. Affinché un investigatore possa verificare il compimento di atti illeciti da parte di un dipendente, è necessario che egli sorvegli il dipendente stesso durante tutto il tempo in cui viene svolta l'attività lavorativa, in questo modo però potrebbero aversi lesioni della privacy del lavoratore, ma soprattutto un accavallamento con le figure individuate dall'articolo 3 dello Statuto. Per evitare che forme di controllo investigativo finissero per trasformarsi in forme di controllo continuo sul lavoratore, la giurisprudenza ha adottato il criterio "dell'extrema ratio": in questo modo, l'attività investigativa viene giustificata soltanto se è l'ultima possibilità che l'imprenditore ha per ottenere la prove di un illecito commesso dal proprio dipendente.

Un altro limite all'attività degli investigatori privati è rappresentato dalle modalità con le quali essi possono agire. Ovviamente, per essere effettivamente utile, questo tipo di controllo deve essere necessariamente occulto, e quindi non conoscibile dal lavoratore. Però, allo stesso tempo, agendo in incognito, i detective non possono utilizzare comportamenti subdoli o sleali; questo sta a significare che l'investigatore non deve indurre il lavoratore a commettere l'illecito, né creare occasioni nelle quali il lavoratore possa essere tentato di commettere un

⁹⁶ P. Tullini, *I limiti del controllo occulto sul lavoratore. E' legittimo il ricorso ad agenzie d'investigazione privata*, in *Studium iuris*, Padova, 1999 fasc. II, 1227 ss.

atto illecito. In un certo senso, il detective deve comportarsi come un “cliente attento”, nel senso che può verificare l’attività del lavoratore al pari di qualsiasi altro soggetto che entrerebbe normalmente in contatto col dipendente. Inoltre il controllo operato dall’investigatore non può mai avere una durata estesa nel tempo, dovendosi limitare a controlli effettuati solo in alcuni giorni e per una durata che possa essere ritenuta ragionevole. Ad esempio, è stato ritenuto legittimo il controllo effettuato da un imprenditore sui propri dipendenti, tramite investigatori privati che si comportavano come normali clienti e che avevano il compito di verificare che gli acquisti venissero regolarmente registrati⁹⁷. Un’altra sentenza utile a chiarire i limiti dell’attività degli investigatori privati è la 755 del 4 Agosto 2015, nella quale la Cassazione ha dichiarato la legittimità del licenziamento comminato ad un lavoratore, a seguito di controlli svolti tramite investigatori privati. L’intento del datore di lavoro era quello di verificare gli esatti spostamenti compiuti dal proprio dipendente nello svolgimento delle mansioni; svolgendo un compito di controllo delle sedi periferiche, il lavoratore era solito compiere lunghi viaggi ai quali seguiva un rimborso spese da parte della propria azienda. L’attività investigativa ha rivelato come molti viaggi non fossero stati compiuti, o fossero state raggiunte mete non attinenti con l’attività lavorativa; in alcuni casi il dipendente ha addirittura soggiornato presso casa di alcuni amici chiedendo comunque il rimborso delle spese che avrebbe sostenuto nel caso di soggiorno presso una struttura alberghiera. Secondo la Corte le investigazioni si sono svolte in modo non subdolo in quanto il lavoratore non ha subito alcuna pressione da parte degli investigatori, e la stessa attività di controllo non ha superato un periodo di 20 giorni, lasso temporaneo ritenuto più che legittimo per quanto attiene alla durata. Inoltre il pedinamento era effettivamente l’unico mezzo veramente efficace per

⁹⁷ Cassazione pen., 8 Ottobre 1985.

verificare la commissione di atti illeciti da parte del dipendente, in quanto la natura della sua mansione impediva un controllo da parte di membri dell'azienda.

Segue: Sentenza Corte di Cassazione n.10955 del 2015: l'utilizzabilità dei dati raccolti tramite controlli difensivi.

La causa riguarda il licenziamento intimato per giusta causa ad un lavoratore accusato di utilizzare sul posto di lavoro apparecchiature elettroniche con le quali, intrattenendo conversazioni su internet e più specificamente su *Facebook*, distraendosi non preveniva i danni che le macchine alle quali era adibito subivano a causa della sua assenza.

La corte ha quindi ritenuto legittimi i controlli difensivi occulti se diretti a tutelare beni del patrimonio aziendale, ovvero ad accertare la perpetrazione di comportamenti illeciti, purché ciò avvenga mediante modalità non eccessivamente invasive e rispettose della libertà, dignità e riservatezza dei lavoratori e con l'osservanza dei canoni generali di correttezza e buona fede contrattuale.

Il lavoratore, nel ricorso avverso il licenziamento, ha proposto vari motivi che attengono sia alla violazione e falsa applicazione dell'arti-

colo 4 dello Statuto dei lavoratori, sia alla violazione e falsa applicazione delle norme sull'onere probatorio sia, infine, alla violazione e falsa applicazione delle norme di legge che predispongono necessaria proporzionalità tra comportamento addebitato al lavoratore e il licenziamento comminatogli.

La Corte dichiara il secondo motivi di impugnazione inammissibile per difetto di autosufficienza e il terzo infondato essendo stato il giudizio di proporzionalità condotto con rigore.

La Cassazione ha ritenuto infondato anche il motivo di ricorso attinente all'applicazione dell'articolo 4. Prima di tutto la Corte, facendo una rapida rassegna delle precedenti sentenze in materia, evidenzia il principio in base al quale la stessa Cassazione ha più volte evidenziato la legittimità dei controlli difensivi, seppur occulti, quando vengono realizzati con modalità che non siano particolarmente oppressive delle libertà dei lavoratori e quando il controllo sia volto unicamente a prevenire la realizzazione di illeciti. In questi casi si è fuori dal campo di applicazione dell'articolo 4 dello Statuto ed il controllo è pienamente legittimo. Secondo il Collegio, la fattispecie in esame rispetta questi limiti e si pone al di fuori del campo di applicazione dell'articolo 4, in quanto, il datore di lavoro ha posto in essere un'attività di controllo che non ha avuto ad oggetto l'attività lavorativa più propriamente detta e il suo esatto adempimento, ma l'eventuale perpetrazione di comportamenti illeciti da parte del dipendente, poi effettivamente riscontrati, e già manifestatisi nei giorni precedenti, allorché il lavoratore era stato sorpreso al telefono lontano dalla pressa cui era addetto, ed era stata scoperta la sua detenzione in azienda di un dispositivo elettronico utile per conversazioni via internet.

Quindi non solo si tratta di un controllo difensivo volto a prevenire e sanzionare un comportamento idoneo a ledere il patrimonio della società, ma anche effettuato ex post, cioè sollecitato dagli episodi dei

giorni precedenti quando il lavoratore aveva violato le disposizioni aziendali che vietano l'uso del telefono cellulare e lo svolgimento di attività extralavorative durante l'orario di servizio.

Come detto la Corte ha rigettato anche questo motivo di ricorso perché ha ritenuto che il responsabile delle risorse umane, previa autorizzazione dei vertici aziendali, aveva creato un apposito profilo femminile su *Facebook* per incentivare il lavoratore ad un eventuale approccio col fine di intrattenersi, in conversazioni via internet, durante l'orario di lavoro. Tutto questo non con il semplice fine di dimostrare una inadempienza lavorativa, ma per sottolineare come tale distrazione, insieme ad altre già dimostrate precedentemente, mettesse a rischio il patrimonio aziendale⁹⁸. Ad avviso della Corte la fattispecie in esame, da un lato rispetta i limiti posti al potere del datore di lavoro, dall'altro garantisce i diritti dei lavoratori, ponendosi sia al di fuori del divieto assoluto posto dal primo comma dell'articolo 4, sia dal divieto posto dal secondo comma, proprio perché il controllo occulto ha avuto ad oggetto non le prestazioni del lavoratore, ma la commissione di illeciti destinati a ledere il patrimonio aziendale, più in particolare sotto il profilo del corretto funzionamento e della sicurezza degli impianti.

Gli spunti offerti da questa pronuncia sono molteplici, soprattutto perché si tratta di una sentenza che ha ad oggetto la legittimità di controlli svolti tramite una nuova e particolare tecnologia, quella rappresentata dai *social network*. Come detto il Collegio ha dichiarato che la fattispecie si pone al di fuori dell'articolo 4 della legge 300 del 1970, ed in effetti tale strumento, potendo essere utilizzato solo per verificare l'inadempimento illegittimo del lavoratore e mai la prestazione regolare del lavoratore, appare meno invasivo dei classici strumenti di controllo quali, ad esempio, le telecamere.

⁹⁸ V. Amato, commento a *Legittimità del controllo difensivo occulto attraverso i social networks*, Il lav. nella Giuri., 10/2015, Milano, 903 ss.

Meno convincente è la teoria della Corte in base alla quale l'illecito del dipendente non sia stato *indotto* dal direttore del personale, ma solamente *sollecitato* e, in ogni caso, il lavoratore vi abbia aderito in modo consapevole.

La decisione è quindi criticabile sotto alcuni aspetti, soprattutto per quanto riguarda la condotta del capo del personale che ha, in un certo senso, teso una trappola al dipendente, ma risulta non particolarmente clamorosa soltanto perché il lavoratore era solito violare la regola comportamentale che vieta l'utilizzo di tali apparecchiature sul posto di lavoro, realizzando contemporaneamente una condotta pericolosa per la sua sicurezza e per quella di tutti gli impianti⁹⁹.

⁹⁹ V. Amato, commento a *Leg. contr. dif. occ.*, *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 10/2015, Milano, 898 ss.

5. Il consenso della RSA o dell'autorità amministrativa.

L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori al comma secondo, individuando i controlli preterintenzionali, fa riferimento alla procedura necessaria¹⁰⁰ affinché la loro installazione sia lecita. Gli strumenti dai quali può derivare indirettamente una possibilità di controllo sull'attività dei lavoratori “possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali¹⁰¹, oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l'Ispettorato del lavoro, dettando, ove occorra, le modalità per l'uso di tali impianti”.

Secondo parte della dottrina si tratterebbe di una vera e propria codeterminazione¹⁰² in quanto il datore di lavoro che voglia installare della apparecchiature di controllo all'interno della sua impresa dovrà necessariamente richiedere il consenso delle RSA¹⁰³ e, solo nel caso in cui

¹⁰⁰ Secondo Persiani, trattasi di accordo destinato, inevitabilmente, a produrre effetti nei confronti di tutti i dipendenti occupati nell'unità produttiva e, quindi, indipendentemente dall'iscrizione o dall'affiliazione alla struttura sindacale nel cui ambito le rappresentanze sindacali sono state costituite. *Dir. sind.*, Padova, 2011, 56 ss.

¹⁰¹ Sul punto cfr. Stenico, secondo la quale “gli agenti negoziali non dispongono del diritto individuale del lavoratore, bensì pongono dei “paletti” all'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro”. *Il trattamento dei dati personali del lavoratore subordinato: dalla segretezza al controllo in La tutela della privacy del lavoratore* (Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu), Padova, 2000, 127 ss.

¹⁰² Bellavista, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995, 89 - 90.

¹⁰³ Secondo Persiani “le rappresentanze sindacali aziendali sono abilitate per legge a svolgere un'attività sindacale nei confronti e nell'interesse di tutti i lavoratori occupati nell'unità produttiva per la quale sono costituite e, a tal fine, sono destinatarie degli obblighi di informazione e consultazione sindacale.” *Diritto sindacale*, Padova, 2011, 53. Sulla struttura della rappresentanza sindacale aziendale, si vedano inoltre: Fiorai, *Rappresentanze sindacali aziendali, sindacali e lavoratori nella legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1972, II, 218 ss. Pessi, *Sub art.29*, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da Prospreti, Milano, 1975, II, 1036 ss.

non ci sia possibilità di raggiungere un accordo, potrà rivolgersi all’Ispettorato del lavoro (oggi Direzione territoriale del lavoro) per poter ottenere un provvedimento amministrativo che sostituisca il mancato accordo; secondo altri autori, l’accordo intervenuto tra datore di lavoro e le rappresentanze sindacali aziendali, sarebbe un vero e proprio contratto collettivo, dotato anche di efficacia *erga omnes*¹⁰⁴. In ogni caso sia l’accordo tra imprenditore e sindacati che l’eventuale provvedimento autorizzato devono rispettare i principi e le regole individuate dalla norma statutaria nonché la disciplina sul trattamento dei dati personali e le regole introdotte dai vari interventi del Garante per la protezione dei dati personali.

Il ruolo delle rappresentanze sindacali è assolutamente fondamentale in quanto, essendo esse sono le portatrici degli interessi dei lavoratori, riescono al meglio a realizzare quell’equilibrio di interessi che è alla base dell’articolo 4 e della disciplina del comma secondo; se infatti il datore di lavoro ha interesse a tutelare la propria impresa, i lavoratori hanno un interesse a vedere tutelata la propria privacy, inoltre se non ci fosse questa forma di controllo da parte dei sindacati, si aggirerebbe il divieto del primo comma andando così a neutralizzare il divieto di controlli diretti sull’attività dei lavoratori: il procedimento di autorizzazione va a regolare tutte le forme di controllo ammissibili. Celebre è il caso in cui un accordo tra sindacati e imprenditore aveva permesso la raccolta dei dati derivanti dall’uso di badges per controllare l’orario di ingresso e di uscita, ma, allo stesso tempo, non aveva permesso di incrociare questi dati con quelli acquisiti dall’uso degli stessi badges.

¹⁰⁴ In tal senso cfr. le opinioni di Romagnoli, *Osservazioni sugli articoli 4 e 6 dello Statuto dei lavoratori*, in *Giur. It.*, 1971, IV, 129; Pera, *Commento all’articolo 4*, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da Prosperetti, Milano, 1975, 83 ss.; G. Santoro Passarelli, *Osservazioni in tema di articoli 3 e 4 Stat. lav.*, 1986, I, 490 ss.; Stenico, *L’esercizio del potere di controllo “informatico” del datore di lavoro sugli strumenti tecnologici di “ultima generazione”*, in *Riv. Giur. lav.*, 2003, I, 117 ss. Secondo diversa dottrina si tratterebbe solo di un accordo che rappresenterebbe il presupposto di legittimità per l’installazione degli impianti, vedi G. Amoruso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Dir del lav.*, Milano, 2014, 44-45.

Questa mancanza ha determinato l'illegittimità del licenziamento di un dipendente che aveva abbandonato il posto di lavoro senza autorizzazione: nonostante l'illiceità del comportamento fosse stato dimostrato, il licenziamento venne dichiarato illegittimo a causa della mancata autorizzazione all'incrocio dei dati da parte delle RSA¹⁰⁵. La Cassazione ha affermato che "l'assenso delle rappresentanze sindacali aziendali è previsto per legge come uno dei momenti essenziali della procedura sottesa all'installazione degli impianti ai sensi del secondo comma dell'articolo 4; esso è assolutamente necessario non soltanto al funzionamento degli impianti ma anche alla stessa messa in opera della relativa struttura", inoltre aggiunge che "l'accertata tassatività dei soggetti indicati dall'articolo 4, secondo comma, non ammette che l'assenso possa essere manifestato da organismi sindacali diversi da quelli indicati dalla norma stessa". La Corte quindi sottolinea da un lato la necessaria e obbligatoria partecipazione dei sindacati e, dall'altro, il divieto di sostituire ai sindacati organismi diversi. Ad esempio è stata esclusa la sufficienza dell'accordo con gli organi di coordinamento delle rappresentanze sindacali aziendali previsti dall'ultimo comma dell'articolo 19 dello Statuto¹⁰⁶. Sulla stessa linea si muove il Ministero del lavoro secondo il quale "in assenza di una RSA presso un'unità produttiva, la titolarità a ricercare un preventivo accordo con l'azienda ai sensi e per gli effetti dell'articolo 4, non può essere attribuita in via surrogati alle RSA di una qualsiasi altra unità produttiva della medesima azienda, ma, in tal caso, il datore di lavoro può rivolgersi all'Ispettorato del lavoro al fine di ottenere l'autorizzazione non essendovi una controparte legittimata a contrattare l'installazione degli impianti, e qualora l'autorizzazione venga concessa, solo allora è attribuita la facoltà di impugnarla alle associazioni sindacali di cui al-

¹⁰⁵ Cass., 17 Luglio 2007, n.15892.

¹⁰⁶ Cass., 16 Settembre 1997, n.9211

l'articolo 19 della legge 300 del 1970, ma non alla RSA di una diversa unità produttiva"¹⁰⁷.

La stessa Cassazione ha dichiarato che il procedimento previsto dall'articolo 4 non può essere sostituita dal consenso dei singoli lavoratori¹⁰⁸; se infatti il procedimento di codeterminazione potesse essere aggirato con tanta facilità, basterebbe, all'atto di assunzione, far firmare ad ogni singolo lavoratore una dichiarazione della quale si dichiara favorevole all'introduzione di qualsiasi tecnologia di controllo, essendo molto difficile che qualcuno, temendo di non essere assunto, si rifiuti. Non raro è il caso in cui, per ragioni dimensionali o per altre ragioni, non vi sia una RSA nell'impresa; come visto il Ministero ha da tempo dichiarato come sia sufficiente, in quel caso, ottenere l'autorizzazione amministrativa¹⁰⁹, e successivamente saranno i soggetti individuati dal quarto comma dell'articolo 4 della legge 300 del 1970 a poterlo impugnare. Tuttavia dopo il referendum del 1995 che ha comportato l'abrogazione di parte dell'articolo 19 sono sorti dei dubbi. Sicuramente l'articolo 4 faceva riferimento ai sindacati aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative, previsione abrogata dal referendum; si ritiene quindi che l'impugnazione spetti ai sindacati che in quel settore merceologico abbiano dimostrato di avere una maggiore rappresentatività (ad esempio tramite la stipulazione di contratti nazionali).

¹⁰⁷ Ministero del lavoro 19 Giugno 1989.

¹⁰⁸ Cassazione, 10 Ottobre 2012, n.16622.

¹⁰⁹ In questo caso, secondo G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, "si innesta quindi un potere autoritativo, ma con finalità sostanzialmente arbitrali, che risolve il conflitto d'interessi e che però di fatto indebolisce l'azione delle r.s.a.", *Dir. del lav.*, Milano, 2014, 45 ss.

Un altro dubbio emerso è quello riguardo la necessità di un consenso unanime da parte della RSA o meno¹¹⁰. Anche in questo caso è intervenuto il Ministero in sede di interpello dichiarando che “è sufficiente l’accordo con la sola maggioranza delle RSA. Ciò perché la necessaria adesione di tutte le RSA finirebbe col tradursi in un vero e proprio diritto di veto utilizzabile anche dalla rappresentanza sindacale più esigua che potrebbe, in tal modo, vanificare l’accordo raggiunto con le altre componenti aziendali”¹¹¹. Questa posizione ha trovato conferma nelle nuove regole del sistema industriale, in particolare negli accordi del 28 Giugno 2011, 31 Maggio 2013 e 10 Gennaio 2014: accordi che consacrano il principio della maggioranza a discapito di quello dell’unanimità. A maggior ragione il ragionamento sarà applicabile alle imprese in cui è presente una RSU la quale, per sua stessa natura, opera col principio maggioritario.

Sempre all’interno dell’interpello precedentemente citato, il Ministero si è espresso sulla impossibilità di decentrare il procedimento, non permettendo all’accordo siglato con le RSA del luogo in cui vi è la sede principale dell’azienda di vincolare anche le sedi periferiche. Il Ministero ha giustificato questa scelta sottolineando come le diverse sedi possano avere esigenze differenti e, inoltre, richiamando l’articolo 4 dello Statuto e la sua tassatività per quanto riguarda i soggetti da coinvolgere nel procedimento di autorizzazione. Tuttavia, per non appesantire il procedimento nel caso in cui si tratti di adoperare la stessa tecnologia in tutte le sedi dell’impresa, in mancanza di accordo con le rappresentanze territoriali, la Direzione generale del lavoro, che abbia

¹¹⁰ Le divergenze presenti in dottrina si colgono confrontando le opinioni divergenti di Antonino Freni, Gino Giugni, *Lo statuto dei lavoratori: Commento alla legge 20 maggio 1970*, Milano, 1971, i quali ritengono necessario il consenso unanime; Assanti, Pera in *Commento all’articolo 4*, in *Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, 1972, ritengono invece sufficiente il principio maggioritario.

¹¹¹ Ministero del lavoro, 5 Dicembre 2005, *prot. n.2975*.

concesso l'autorizzazione all'installazione, può impartire direttive alle sedi provinciali che così non avranno più necessità di andare ad esaminare il dispositivo di controllo prima del rilascio dell'autorizzazione. Nel caso degli autoveicoli della flotta di Poste Italiane, è esattamente ciò che si è verificato a seguito dell'impossibilità di raggiungere un accordo all'interno di alcune sedi dell'azienda: il Ministero è intervenuto con una nota del 7 Maggio 2012 fornendo indicazioni operative a tutte le Direzioni territoriali del lavoro.

Ancora il Ministero del lavoro ha avviato una semplificazione della procedure autorizzative, a partire dalla nota del 16 Aprile 2012, nel caso di attività a forte rischio di rapina. Questa esigenza di semplificazione ha una duplice origine: prima di tutto, dato che in molti casi l'installazione di impianti di videosorveglianza agisce sia come un deterrente alle rapine sia come un mezzo fondamentale per acquisire prove, le richieste di autorizzazione aumentano a dismisura; in secondo luogo la maggior parte degli esercizi che richiedono tale autorizzazione sono privi di qualsiasi organismo di tipo sindacale in quanto il personale è particolarmente esiguo (si può pensare alle farmacie, tabaccherie, oreficerie o anche ai distributori di benzina). Il procedimento di autorizzazione prevedeva, prima dell'intervento del Ministero, un sopralluogo che valutasse la rispondenza delle caratteristiche del luogo a quanto dichiarato nella richiesta, attualmente invece, le Direzioni del lavoro potremmo rilasciare l'autorizzazione unicamente tenendo conto delle specifiche dell'impianto risultanti dalla documentazione prodotta dal datore di lavoro che diventa così parte integrante del provvedimento di autorizzazione. Tuttavia all'interno dell'autorizzazione si prescrive come i dati raccolti non possano essere utilizzati per verificare l'obbligo di diligenza da parte dei lavoratori né per l'adozione di provvedimenti disciplinari.

5.1 Gli accordi sindacali che permettono il controllo diretto nel telelavoro.

Come detto la finalità del secondo comma dell'articolo 4 è quella di vietare che l'installazione di impianti di controllo all'interno dell'azienda avvenga senza la partecipazione, seppur mediata, dei lavoratori. In ogni caso questi accordi saranno sempre finalizzati a permettere forme di controllo che non siano dirette a verificare il corretto svolgimento delle prestazioni lavorative, ma unicamente per far fronte ad esigenze organizzative, produttive o di sicurezza del lavoro. Tuttavia, negli ultimi anni, ci sono stati sempre più casi in cui l'accordo tra imprenditore e sindacati ammette la possibilità di utilizzare tali mezzi per il controllo dell'attività dei lavoratori. A fare da apripista sono stati gli accordi raggiunti nel campo del telelavoro, ambito in cui la specificità delle mansioni da svolgere e degli strumenti da usare, rende automatico un controllo più o meno diretto sui lavoratori, essendo pressoché impossibile verificare, ad esempio, che i beni di proprietà dell'azienda funzioni regolarmente senza contemporaneamente verificare che le prestazioni vengano adempiute con puntualità e diligenza.

La particolarità è rappresentata dal fatto che in un certo senso questi accordi aggirano il divieto di cui al comma primo, ma sono accordi che vengono sottoscritti con il pieno appoggio delle rappresentanze sindacali e senza alcuna opposizione da parte dei lavoratori. Eppure sono le stesse parti sindacali a dichiarare che tali operazioni non costituiscono controllo a distanza oppure che non violano il divieto di controllo a distanza. Questa prudenza è giustificata proprio dal timore di commettere una violazione dell'articolo 4 dello Statuto che comporterebbe l'illegittimità di tutto l'accordo.

In realtà si ritiene che è proprio il rispetto della procedura di cui al comma 2 a costituire la legittimità di questi accordi in quanto è lo stesso comma a fare salvi i casi in cui il controllo, seppur preterintenzionale, sia consentito da “esigenze organizzative, produttive, ovvero della sicurezza del lavoro”.

SEGUE: Accordi Telecom del 2013, Sara del 2013, Findomestic del 2012 e IBM del 2007.

L'accordo del 27 Marzo 2013 del gruppo Telecom riguarda il telelavoro domiciliare. In esso si afferma che “considerate le modalità di svolgimento della prestazione da remoto, le ordinarie funzioni gerarchiche inerenti il rapporto di lavoro saranno espletate per via telematica anche in relazione ai dati raccolti per la valutazione delle prestazioni del singolo lavoratore; sarà consentito l'utilizzo degli strumenti telematici anche per il monitoraggio della qualità e della quantità della prestazione del singolo operatore” e si aggiunge che “la webcam in dotazione alla postazione, non costituisce modalità di controllo gerarchico della prestazione e sarà utilizzata su iniziativa del telelavoratore o, con preavviso, si richiama del suo responsabile previa attivazione del parte del lavoratore, con finalità comunicazioni e/o formative”. In questo

modo il normale controllo che il datore di lavoro può svolgere in prima persona o anche tramite membri della sua organizzazione gerarchica, secondo le disposizioni del codice civile, viene realizzato attraverso gli stessi strumenti il lavoratore usa per adempiere le proprie mansioni e i dati così raccolti potranno essere impiegati per valutare le prestazioni del singolo lavoratore, potendo quindi anche permettere l'emanazione di sanzioni; deve tuttavia notarsi che l'accordo non permette di utilizzare la webcam per svolgere controlli ma unicamente, previo avvertimento del lavoratore, per finalità comunicative o di formazione.

In quest'ottica si muove anche l'accordo del gruppo Sara del 10 Aprile 2013, in materia di telelavoro a domicilio volontario. L'articolo 8 dell'accordo prevede che "Sara ha facoltà di verificare nel rispetto del diritto alla riservatezza di cui all'articolo 5 dell'accordo interconfederale del 9 Giugno 2004, le prestazioni professionali fornite in regime di telelavoro a domicilio volontario attraverso l'esame di report, senza che ciò costituisca violazione del divieto di controllo a distanza del telelavoratore". In questo caso il divieto del primo comma dell'articolo 4 dello Statuto è evitato perché i report non permettono di operare un controllo continuo sul lavoratore e comunque sono giustificati da esigenze di tipo produttivo; inoltre lo stesso accordo fa salve le disposizioni in materia di privacy come individuate dall'accordo interconfederale del 2004.

L'accordo sottoscritto a Firenze il 18 Luglio 2012 riguardante Findomestic Banca S.P.A. è forse quello che al meglio riesce a bilanciare le diverse esigenze dell'impresa da un lato, e dei lavoratori dall'altro¹¹². Tramite l'accordo viene disciplinato l'uso dei sistemi informativi, delle centraline telefoniche, delle telecamere e dei controlli alle aree protette. L'impresa ha l'esigenza di effettuare forme di controllo indi-

¹¹² Bellavista, *Gli accordi sind.*, in *Il lavoro nella giurisprudenza* 8-9, Milano, 2014, 742 ss.

spensabili sia per la salvaguardia del patrimonio aziendale, sia per il soddisfacimento della clientela; i lavoratori, dal canto loro, non vogliono essere sottoposti a forme di sorveglianza ingiustificate. L'accordo, nella sua premessa, sottolinea come forme di monitoraggio delle prestazioni dei lavoratori siano rese necessarie dalla concorrenza, sempre più accentuata, che oramai caratterizza il settore bancario. All'articolo 3, l'accordo recita quanto segue: "La Banca dichiara che le apparecchiature e gli impianti tecnologici/informatici utilizzati, dai propri dipendenti per l'espletamento dell'attività lavorativa, rispondono unicamente a fini organizzativi e/o produttivi". Lo stesso articolo continua assicurando che "i dati rilevati attraverso i suddetti sistemi rispondono anche a finalità di monitoraggio dei livelli del servizio erogati alla clientela, nonché al raggiungimento di adeguati standard qualitativi, con esclusione di qualsiasi forma di controllo a distanza dell'attività dei singoli lavoratori", e si chiude con una dichiarazione volta a rassicurare tutti i dipendenti riguardo l'utilizzo dei dati raccolti in questo modo: "Resta escluso quindi qualsiasi utilizzo di tipo individuale, tale da costituire forma illecita di controllo a distanza sull'attività del singolo lavoratore".

Il gruppo IBM può essere segnalato come uno dei migliori sotto il punto della tutela delle garanzie dei propri dipendenti¹¹³, a questo proposito possiamo segnalare sia l'accordo del 10 Maggio 2005 denominato "adempimento delle previsioni dell'articolo 4, comma 2, l. n. 300/1970", sia quello del 13 Luglio 2007 sulle "telecamere di videosorveglianza a circuito chiuso". L'accordo del 2005 è uno dei migliori esempi di come la cogestione possa essere realizzata in armonia tra l'impresa e le parti sindacali che operano in azienda, esso infatti prevede una partecipazione sindacale alla sorveglianza aziendale sull'uso dei sistemi informatici da parte dei dipendenti. Si stabilisce, infatti,

¹¹³ Bellavista, *Gli accordi sind.*, in *Il lavoro nella giurisprudenza* 8-9, Milano, 2014, 742 ss.

che le operazioni effettuate dai dipendenti vengano automaticamente cifrate dai sistemi aziendali e che possano, successivamente, essere decifrate solo attraverso una “doppia chiave” costituita da due codici, entrambi necessari, la cui metà è nella disponibilità della rappresentanza sindacale, e l'altra metà, nella disponibilità dei vertici aziendali. Questa soluzione è ideale sia per evitare invasioni nella privacy dei dipendenti, sia per scongiurare attività di controllo, occulte o comunque ingiustificate, da parte dell'imprenditore.

6. Sanzioni penali per il datore di lavoro ex articolo 38 legge 300 del 1970.

A garanzia dei lavoratori, lo Statuto, in combinato disposto con il decreto legislativo 196 del 2003, prevede delle sanzioni penali a carico dell'imprenditore che viola le norme dell'articolo 4 dello Statuto stesso. La sanzione penale viene a configurarsi come necessario deterrente per evitare che gli impianti di sorveglianza vengano utilizzati in modo distorto rispetto alle finalità che gli sono proprie; inoltre che non ci fosse nessuna effettiva pena, il datore di lavoro potrebbe essere portato a violare la norma non rischiando alcun tipo di sanzione effettiva.

Le violazioni, sia del comma 1 che del comma 2, dell'articolo 4 della legge 300 del 1970, sono punite con le sanzioni penali ex articolo 38 del medesimo statuto, in base a quanto disposto dal decreto legislativo n. 196 del 30 Giugno 2003. L'articolo 114 del decreto dichiara che

“Resta fermo quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300.”; mentre nel 171 si dice che “La violazione delle disposizioni di cui agli articoli 113, comma 1, e 114 è punita con le sanzioni di cui all'articolo 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300.”

L'articolo 38 dello Statuto prevede l'ammenda da euro 154 a euro 1.549, a meno che il fatto non costituisca reato più grave, o l'arresto da 15 giorni ad un anno; nei casi più gravi le due pene possono essere applicate congiuntamente, con facoltà per il giudice di aumentare l'ammenda fino al quintuplo quando presume che sia inefficace anche se applicata nel suo massimo.

La violazione del primo comma dell'articolo 4 avviene nel momento stesso in cui sussiste il controllo diretto sull'attività dei lavoratori dell'impresa¹¹⁴.

In base ad una sentenza della Corte di Cassazione¹¹⁵, commette il reato di cui all'articolo 4 comma 2, colui il quale abbia installato impianti audiovisivi richiesti da esigenze organizzative e produttive, da cui derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori presso i locali dove si svolge attività lavorativa, senza il preventivo accordo con le RSA. Di conseguenza, momento consumativo del reato è quello dell'installazione degli impianti in difetto di accordo.

In un primo momento la Giurisprudenza aveva ritenuto che il reato fosse punibile unicamente a titolo doloso, dovendoci essere, da parte del datore di lavoro, la consapevolezza dell'antisocialità della condotta; successivamente è intervenuta la Cassazione con la sentenza numero 37171 del 2010, nella quale si è stabilita la possibilità di punire la condotta imprenditoriale anche a semplice titolo di colpa. Inoltre l'installazione delle apparecchiature di controllo, non perde la sua pu-

¹¹⁴ Mentre, secondo la Cass., “devono ritenersi fuori dall'ambito di applicazione della norma i controlli diretti ad accertare condotte illecite dei lavoratori”. Cass. penale, 15 Dicembre 2006.

¹¹⁵ Cassazione pen., Sez. III, 15 Dicembre 2006, n. 8042.

nibilità nel caso in cui manchi l'accordo sindacale ma ci sia la conoscenza dei lavoratori dell'esistenza degli impianti, neanche nel caso in cui gli impianti abbiano funzionato per un certo periodo di tempo senza alcuna contestazione da parte dei lavoratori dell'impresa; inoltre la punibilità non è esclusa neanche dalla circostanza che le apparecchiature installate non siano ancora funzionanti, e neanche dalla possibilità che i controlli possano essere discontinui. Quel che la norma vuole sanzionare, oltre ovviamente all'uso concreto di impianti senza la dovuta autorizzazione, è la potenzialità di controllo di un impianto audiovisivo o di altra apparecchiatura idonea al controllo.

Ovviamente l'illiceità del comportamento imprenditoriale, rende inutilizzabili le prove ottenute. Attualmente è infatti questo l'orientamento ormai consolidatosi all'interno della Giurisprudenza, tuttavia, in passato, alcune pronunce avevano sostenuto il contrario. Si riteneva¹¹⁶, infatti, che per un procedimento penale a carico di un dipendente accusato di appropriazione indebita, sarebbero state utilizzabili le prove ottenute tramite sistemi di controllo, installati senza l'autorizzazione sindacale di cui al comma 2 dell'articolo 4 legge 300 del 1970, o dell'autorizzazione amministrativa rilasciata dalla Dtl. L'intervento della Sezione lavoro ha invece stabilito, successivamente, la totale inutilizzabilità delle prove raccolte in questo modo. Questo orientamento sembra quello più aderente alla norma statutaria e soprattutto più rispettoso sia della dignità dei lavoratori, sia delle norme che governano il nostro ordinamento; d'altronde sarebbe paradossale permettere un illecito (l'installazione di sistemi di sorveglianza senza la necessaria autorizzazione) per evitarne o punirle altri.

Di conseguenza, non sarà in nessun caso utilizzabile la prova, di un inadempimento contrattuale, ottenuta tramite un sistema che opera senza alcun tipo di autorizzazione di tipo sindacale o amministrativo.

¹¹⁶ Cassazione pen., Sez. II, 25 Novembre 2009, n. 47429.

CAPITOLO II.

Le modifiche del Jobs Act.

1. Oggetto, divieti e finalità del potere di controllo nel Jobs Act.

Con la legge 183 del 2014 (c.d. Jobs Act.), il legislatore ha voluto riformare, in buona sostanza, quasi tutti gli ambiti della materia del diritto del lavoro. La generale riforma prevede cinque deleghe al Governo, le quali investono diversi campi e sono state attuate in tempi differenti¹¹⁷. La modifica dell'articolo 4 della legge 300 del 1970, è stata operata dall'articolo 23 del decreto legislativo numero 151 del 14 Settembre 2015¹¹⁸, intitolato “Semplificazioni in materia di lavoro e pari opportunità”. Questa delega ha ad oggetto il riordino delle forme contrattuali e dell'attività ispettiva, finalizzata a rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro ed a razionalizzare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo, nonché a rendere più

¹¹⁷ Secondo le parti sindacali, questa riforma sta andando a realizzare una situazione di totale subalternità del lavoratore al datore di lavoro. Ad esempio Lattuada, segretario generale CGIL Lombardia, e Gorla, Segretario Generale Camera del Lavoro Metropolitana di Milano, ritengono che “la riforma del lavoro che il Governo sta realizzando, tramite la legge delega 183/2014, prevede uno smantellamento, decreto dopo decreto, del valore del lavoro che la nostra Costituzione pone a fondamento della Repubblica a garanzia della libertà e della possibilità di partecipazione attiva delle persone alla vita sociale del Paese”. *Guida al Jobs Act.*, in *I quaderni di wikilabour*, Milano, 2015, 39 - 40.

¹¹⁸ Stanchi fa notare come la notizia della riforma dell'articolo 4 abbia portato con se accese polemiche riguardo una “intollerabile intrusione” nella vita privata dei lavoratori. *Nel Jobs Act. il nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori, G. al Lav.*, Milano, numero 38, 2015, 39 ss.

efficace l'attività ispettiva¹¹⁹; ma soprattutto prevede la ridefinizione della disciplina vigente in materia di controllo a distanza dei lavoratori. L'articolo 23 del decreto legislativo introduce una nuova disciplina in materia di impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo a distanza dei lavoratori, modificando l'articolo 4 della legge 300 del 1970¹²⁰. La disposizione è finalizzata a dare attuazione al criterio di delega di cui all'articolo 1, comma 7, lettera f, della legge delega 183 del 2014, il quale prevede una "revisione della disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e contemperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore".

L'oggetto della riforma è sempre il controllo dei lavoratori che ormai, soprattutto per via della velocità con la quale la tecnologia si è evoluta negli ultimi cinquant'anni, si può svolgere con forme sempre più asfissianti e soprattutto occulte. Attualmente ogni strumento tecnologico è contemporaneamente un mezzo per svolgere la propria prestazione lavorativa e un mezzo di controllo nella mani del datore di lavoro; inoltre la possibilità di raccogliere dati sui propri dipendenti, anche se gli stessi non verranno utilizzati a fini disciplinari, permette di rico-

¹¹⁹ Questa è l'opinione di gran parte della dottrina, la quale interpreta la riforma in modo diametralmente opposto alle parti sociali.

¹²⁰ Secondo M. Marazza "l'impressione complessiva che se ne ricava è un arretramento della centralità dalla tradizionale procedimentalizzazione sindacale (o amministrativa) dei poteri datoriali, funzionale al controllo di legittimità dell'installazione dell'impianto e radicata all'interno delle tradizionali categorie del diritto del lavoro, in favore di un modello che bilancia una gestione più unilaterale degli strumenti di controllo a distanza da parte dell'imprenditore (art. 4, comma 2, legge n. 300/1970) con inediti livelli di penetrazione del diritto della *privacy* nell'ambito del rapporto di lavoro (art. 4, comma 3, legge n. 300/1970). Ne deriva che il contemperamento dei diritti coinvolti tende oggi a realizzarsi su un piano più individuale che collettivo, per restare prevalentemente affidato alla disciplina del trattamento dei dati personali e, quindi, anche al potere regolamentare del Garante per la *Privacy*". *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 300/2016, Roma, 2016, 23 ss.

struire un profilo particolarmente preciso del lavoratore, potendo conoscerne le abitudini, le opinioni e gli orientamenti¹²¹.

L'esigenza di una riforma della materia era stata sottolineata da gran parte della dottrina già durante gli anni ottanta; in particolare si avvertiva il bisogno di adeguare la normativa dei controlli aziendali alle nuove tecnologie. Secondo alcuni autori la norma statutaria non era in grado di reggere alle innovazioni tecnologiche, e quindi non poteva contrastare le potenzialità di controllo offerte al datore di lavoro dalla rivoluzione tecnologica¹²²; una visione totalmente opposta era fornita da quegli autori i quali ritenevano la norma così onnicomprensiva da attrarre nel suo spettro anche controlli non offensivi, andando così a precludere o condizionare lo sviluppo di sistemi di produzione e di tutela dei lavoratori resisi necessari dal grande sviluppo che stava avendo la tecnologia¹²³. A metà tra queste due visioni si collocava chi riteneva la norma dello Statuto dei lavoratori particolarmente resistente alle novità tecnologiche, perché individua chiaramente quello che è il suo fine (vietare il controllo a distanza dei lavoratori) e contemporaneamente permette, per via della sua struttura, di far rientrare in questo divieto tutte le apparecchiature che si sarebbero affermate col passare degli anni¹²⁴.

¹²¹ Salimbeni nota come "la vecchia normativa non era in grado di accogliere nel proprio campo di operatività, e quindi di contrastare, le potenzialità di controllo invasivo e massivo derivanti dalla rivoluzione tecnologica; il controllo datoriale era divenuto più pervasivo e potenzialmente più insidioso in quanto intrinseco all'esercizio dell'attività lavorativa dei dipendenti e/o a modalità di utilizzo degli strumenti di lavoro". *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore, riv. ita. lav.*, fasc.4, Milano, 2015, 589 ss.

¹²² Carinci. *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, DLRI, 1985, 224 ss.

¹²³ R. De Luca Tamajo, *Presentazione della ricerca R. De Luca Tamajo - R. Imperiali D'Affitto - C. Pisani - R. Romei, Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, F. Angelini, 1998, 9 ss.

¹²⁴ In questo senso cfr. Fezzi, *Calcolatori elettronici e controllo a distanza dei lavoratori*, *Dir. prat. lav.*, 1983, 567; Veneziani, *L'art. 4 legge 20 Maggio 1970, n. 300: una norma da riformare?*, *Riv. giur. lav.*, 1991, I, 84 ss.

Come affermato dal criterio di delega che ha dato il via alla riforma, sono le nuove tecnologie ad aver spinto il Legislatore a promuovere una modifica dell'articolo 4, tenendo comunque conto delle diverse esigenze proprie da un lato dei lavoratori e, dall'altro, del datore di lavoro. Se infatti le nuove tecnologie permettono un controllo più stringente sul lavoratore, andando, potenzialmente, a limitare alcune sue libertà, dall'altro non si può negare che esse gli permettono di commettere violazioni degli obblighi contrattuali in modo molto più semplice¹²⁵.

La riforma ha introdotto molte interessanti novità, non andando tuttavia a stravolgere l'impianto della vecchia versione. Le questioni sollevate dall'interpretazione che la giurisprudenza faceva della vecchia norma probabilmente resteranno, come resteranno le preoccupazioni di chi vede in ogni forma di controllo sullo svolgimento dell'attività lavorativa una pericolosa fonte di iniziative strumentali del datore di lavoro. Effettivamente non si può parlare di una vera e propria rivoluzione in quanto restano in vita i principi cardine della vecchia disciplina, soprattutto il divieto di controllo diretto e, invece, l'obbligo di accordo sindacale per quello preterintenzionale; vengono liberalizzati alcuni aspetti del controllo soprattutto con riferimento a pratiche aziendali (badges e strumenti utilizzati per svolgere la prestazione), ma le tutele per la privacy del lavoratore restano in vita e sempre salvaguardate da tutele di tipo penale. Si può dire che la finalità è quella di adeguare una normativa emanata quasi cinquant'anni fa alle innovazioni tecnologiche che oramai caratterizzano ogni rapporto di lavoro, mantenendo però sempre al centro le contrapposte esigenze delle due parti del rapporto.

¹²⁵ Secondo alcuni l'obiettivo del legislatore era quello di "superare farraginosità ed incertezze applicative che limitavano il progresso tecnologico del mondo produttivo italiano". Cfr. Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, dir. rel. ind., fasc. 4, 2015, 988 ss.

Resta sempre ferma, al centro della norma, la finalità che aveva animato la stesura originaria della stessa: contenere il potere di controllo in limiti umani ed elastici permettendo di salvaguardare l'ambiente di lavoro e renderlo così un luogo in cui il lavoratore non si senta oppresso dall'attività del proprio datore di lavoro¹²⁶.

Le novità introdotte dalla delega al testo statutario riguardano tutti i commi; quella sicuramente più evidente è l'abrogazione totale del primo comma del vecchio articolo 4. Modifiche sono state subite anche dal nuovo comma primo (vecchio secondo comma) che ora, tra i motivi che giustificano l'installazione di sistemi di sorveglianza, annovera anche la "tutela del patrimonio aziendale", novità questa che ha portato con sé un lungo dibattito e novità di non poco conto¹²⁷. Molto interessante è anche l'introduzione di un nuovo comma, il quale, rappresenta un'eccezione alla regola generale per la quale c'è sempre bisogno di un'autorizzazione sindacale per poter installare sistemi di controllo. Questo nuovo comma dichiara che per "gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa¹²⁸ e per gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze" non è necessaria l'autorizzazione di cui al primo comma. E' stata anche eliminata la possibilità, per il datore di lavoro e per le rappresentanze sindacali, di ricorrere contro i provvedimenti autorizzativi emessi dall'ispettora-

¹²⁶ Finalità, questa, più volte sottolineata dalla dottrina e successivamente confermata dalla Cass., la quale, nella sentenza n.8250 del 17 Giugno 2000, afferma che "la vigilanza sul lavoratore, ancorché necessaria nell'organizzazione produttiva, vada mantenuta in una dimensione *umana*, e cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa *continua e anelastica*, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro".

¹²⁷ Secondo una dottrina, l'introduzione di questa modifica nel corpo della norma, è utile a dirimere i conflitti che ne hanno accompagnato l'interpretazione. Addirittura alcuni sostengono che gran parte dei conflitti interpretativi siano stati alimentati dalla giurisprudenza mai concorde. A riguardo cfr. Salimbeni, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, riv. ita. lav., fasc.4, Milano, 2015, 590 ss.

¹²⁸ Alcuni autori auspicavano l'affrancamento degli strumenti di lavoro informatici dalla procedura dell'articolo 2. Opinione ad esempio sostenuta da Salimbeni in *op. ult. cit.*, 290 - 291.

to del lavoro. Infine l'ultimo comma della norma nella sua nuova forma, prevede che i dati raccolti dal datore di lavoro possono essere utilizzati a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, purché sia data adeguata informazione al lavoratore, e purché vi sia sempre il rispetto della privacy.

Come vedremo, le novità sono assolutamente rilevanti e se da un lato confermano alcuni orientamenti giurisprudenziali e soprattutto l'opinione di gran parte della dottrina, dall'altro creano non pochi dubbi sia interpretativi che applicativi. Di certo si può dire che il panorama dei controlli sul lavoratore, a seguito della riforma, è più chiaro e fornisce alle parti del rapporto di lavoro elementi più saldi ai quali ancorare le proprie decisioni e i propri comportamenti, avendo ben chiaro qual'è il limite alle proprie libertà e, contemporaneamente, quello dei propri diritti.

1.1 L'abrogazione del comma 1 dell'articolo 4 della legge 300 del 1970.

La modifica che per prima salta all'occhio è rappresentata dall'eliminazione del vecchio comma primo dell'articolo 4. Il Legislatore ha totalmente espunto dalla norma il divieto di controlli a distanza tramite apparecchiature installate con l'unico fine di sorvegliare l'attività dei lavoratori in azienda, e questa operazione ha alimentato opinioni differenti.

Bisogna subito sottolineare come nessuna parte della dottrina ritenga che questa modifica abbia abrogato il divieto assoluto precedentemente posto dalla norma, in quanto sarebbe in aperto contrasto con l'articolo 2 della Costituzione che tutela i diritti inviolabili dell'uomo, ma anche con gli articoli 13 e 15 che presidiano la libertà personale e la corrispondenza¹²⁹, nonché ogni altra forma di comunicazione; ciò su cui si è dibattuto è la convenienza di tale scelta a fini interpretativi.

La vecchia norma operava una distinzione netta tra controlli diretti, sempre vietati, e controlli c.d. preterintenzionali, i quali, in base al vecchio secondo comma, erano possibili soltanto se non fossero diretti al controllo dei lavoratori, e soltanto a seguito del rilascio dell'apposita autorizzazione da parte delle rappresentanze sindacali. Secondo parte della dottrina¹³⁰, questa modifica può generare confusione in quanto si sostiene che, affermare che una certa attività è vietata e disciplinare poi i casi in cui a tale divieto è consentito derogare, non è lo stesso che limitarsi a disciplinare i casi in cui tale attività è consentita, se non altro per il fatto che nella prima fattispecie l'accento è posto sul divieto, mentre nella seconda l'attenzione è concentrata sui casi in cui l'attività è legittimamente esercitata; e, secondo questa opinione, la differenza non è da poco, quantomeno ove si voglia privilegiare una valutazione sistematica della materia¹³¹. Opinione diametralmente opposta è quella secondo la quale l'abrogazione del vecchio primo comma ha portato

¹²⁹ In tal senso si è pronunciata Salimbeni, la quale dichiara che una riforma dell'articolo 4 che portasse l'eliminazione del divieto di controlli diretti di cui all'ex primo comma dovrebbe essere dichiarata incostituzionale. *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, riv. ita. lav., fasc.4, Milano, 2015, 589 ss.

¹³⁰ Cosattini, *Le modifiche all'art.4 Stat. lav. sui controlli a distanza, tanto rumore; per nulla?*, Lav. nella giur., 11/2015, Milano, 986 ss.

¹³¹ In modo simile si è espresso Massi, il quale ha sottolineato il cambio di prospettiva nell'approccio sistematico alla materia, in quanto si passa "dal principio generale del divieto al principio positivo dell'impiego dei mezzi di controllo a distanza". *Il controllo a distanza dei lavoratori*, in www.generazionevincente.it, 2 Ottobre 2015.

chiarezza maggiore, soprattutto sotto il punto di vista interpretativo, nell'individuare le attività che sono permesse rispetto a quelle sempre vietate. Alcuni autori¹³² ritengono che, eliminandosi ogni riferimento a impianti con esclusiva finalità di controllo, si presuppone che essi non possano essere installati in azienda, eliminandosi la possibilità di ritenere che senza intenzionalità e finalità di controllo potessero essere utilizzati. Di conseguenza, si considera solo l'ipotesi di impianti che possano consentire un controllo dei lavoratori, ma che in realtà servono ad altro. Il Legislatore così ha riconosciuto che alcuni strumenti, per le loro caratteristiche tecniche oggettive, sono potenzialmente lesivi della libertà e riservatezza dei lavoratori e ne impone l'impiego solo per esigenze aziendali e di sicurezza che vengono indicate nell'attuale primo comma. Eliminando il vecchio primo comma quindi, sempre seguendo il ragionamento di tale dottrina, la nuova norma si fa portatrice di chiarezza e semplicità rispetto ad una vecchia formulazione che, andando a sdoppiare la prescrizione, sembrava introdurre una duplice regolamentazione del controllo, fondata sull'intenzionalità

¹³² Salimbeni, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, Riv. ita. dir. lav., Fasc.4, 2015, Milano, 589 ss. A questo proposito si può osservare uniformità di vedute nell'ambito dei primi commenti i quali hanno sostenuto che il precedente divieto risulta assorbito dalla finalizzazione esclusiva dell'uso degli strumenti ad esigenze organizzative, produttive etc., ad esempio nelle opinioni di Stanchi, *Nel Jobs Act. il nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, G. al Lav., Milano, numero 38, 2015, 39 - 40; Sitzia, *I controlli a distanza dopo il "Jobs Act." e la raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in LG, 2015, 678 ss; o anche Natali, *Jobs Act. e legittimità del controllo a distanza dei lavoratori*, in Dpl, 2015, 1981 ss ma anche Del Punta, *La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n.151/2015).*, Riv. ita. dir. lav., fasc.1, 2016, 77 - 78.

o meno dello stesso¹³³. Ora è ben chiaro che gli strumenti dai quali può derivare oggettivamente un controllo sull'attività dei lavoratori non possono essere utilizzati se non per gli scopi consentiti dalla legge¹³⁴.

¹³³ Dubbi sono stati sollevati riguardo alla utilizzabilità dei dati raccolti tramite questa forma di controllo. Si è sostenuto che il divieto di cui al comma 1 dell'art. 4 nella formulazione originaria aveva, infatti, l'effetto di rendere inutilizzabile nel rapporto di lavoro quanto conosciuto tramite il controllo preterintenzionale, tanto da rendere necessaria l'invenzione giurisprudenziale dei controlli "difensivi", risultando un controllo sulla prestazione illegittimo perché in violazione di tale divieto. Il cambiamento di prospettiva sembra funzionale all'apertura nel senso dell'utilizzabilità per fini connessi al rapporto di lavoro; in tal senso si confrontino le opinioni di Zoli, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l.300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in Tullini, *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, Padova, 2010, 164; Levi, *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Torino, 213 ss.

¹³⁴ Secondo Stanchi "se la scelta del legislatore era di abbandonare il vecchio primo comma, la critica possibile è che forse si è persa l'occasione per fare una scelta coraggiosa verso l'armonizzazione e la chiarezza, riconoscendo che la norma statutaria non ha più una ragione autonoma di esistere, poiché la legislazione sulla privacy è idonea a realizzare un'adeguata tutela, come accade negli altri Paesi europei, di un tema complesso, sensibile e sul quale si gioca molto della competitività nell'innovazione dell'impresa italiana". *Nel Jobs Act. il nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, G. al Lav., Milano, numero 38, 2015, 40 ss.

1.2. Installazione e utilizzo degli strumenti di controllo.

L'attuale primo comma dell'articolo 4 ha introdotto una distinzione assente nel vecchio testo statutario. Attualmente la norma recita così : “Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e possono essere installati previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali...”.

Si nota l'utilizzo di due termini differenti con riferimento agli strumenti di controllo: “impiegati” e “installati”¹³⁵. Mentre il vecchio testo si limitava ad affermare che gli impianti audiovisivi e le altre apparec-

¹³⁵ Secondo M. Marazza la norma deve essere letta nel senso che “nella nuova formulazione della disposizione emerge piuttosto chiaramente che l'autorizzazione attiene alla installazione di un impianto che, una volta legittimato, può essere impiegato *“esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale”*. Ond'è che le modalità di utilizzo dell'impianto, e quindi anche delle informazioni tramite di esso raccolte, risultano ora rigorosamente delimitate alle finalità *“esclusive”* previste dalla legge con la sola eventualità che sia il provvedimento di autorizzazione a selezionare – tra quelle teoricamente possibili – le funzionalità di controllo esercitabili dall'impianto. Ciò, per andare al concreto, con la conseguenza che un impianto di videosorveglianza autorizzato senza indicazione di alcuna specifica finalità potrà essere utilizzato per tutti gli scopi previsti dalla legge (esigenze organizzative, sicurezza del lavoro e tutela del patrimonio aziendale). Mentre un impianto autorizzato, ed esempio, solo per ragioni di sicurezza sul lavoro potrà consentire l'utilizzo dell'immagine esclusivamente per finalità di tutela dell'integrità psicofisica del dipendente (e non anche per altri scopi)”. Allo stesso modo l'autore critica l'opinione di Salimbeni la quale, a parere del Marazza, nell'op. cit. “nello svolgimento dell'argomentazione non sembra valorizzare adeguatamente il fatto che tra le finalità di controllo oggi consentite vi è anche quella della tutela del patrimonio aziendale”. *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 300/2016, Roma, 2016, 30 ss.

chiature che consentono un controllo a distanza potevano essere installati quando richiesti da esigenze produttive o organizzative oppure per garantire la sicurezza del lavoro, e comunque sempre previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, la nuova formulazione della norma afferma da un lato che tali strumenti “possono essere installati previo accordo...”, e, dall’altro, che “possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale”. Alcuni autori ritengono che tale distinzione di tipo lessicale non sia frutto di una precisa scelta sotto il punto di vista normativo¹³⁶, ma certamente bisogna pensare che tale differenza abbia un senso. Si può ipotizzare che, in questo modo, si sia voluta stabilire che la condizione legittimante l’installazione di strumenti di controllo sia costituita dall’accordo sindacale, mentre l’utilizzo è subordinato al fatto che esso sia reso necessario dalle esigenze evidenziate dal comma stesso¹³⁷. Di conseguenza bisogna ritenere che non sempre l’installazione di tali apparecchiature sia seguita dall’uso delle stesse, potendo non verificarsi mai le esigenze precisate dal comma secondo; tuttavia, anche nel caso in cui non si faccia effettivamente uso di tali apparecchiature, per la loro installazione è necessario che sia raggiunto un accordo sindacale. Questa lettura è aderente all’orientamento della Cassazione in base al quale, l’accordo con le rappresentanze sindacali è sempre necessario anche

¹³⁶ Ad esempio Alvino ritiene che “all’impiego dei verbi “installare” ed “impiegare” non consegue una diversificazione delle condizioni per l’*installazione* e per l’*impiego* dello strumento di controllo”. *I nuovi limiti al controllo a distanza*, Labour & Law issues, Milano, vol.2, n.1, 2016, 15 ss.

¹³⁷ Cosattini, *Le modifiche all’art.4 Stat. lav. sui controlli a distanza, tanto rumore; per nulla?*, *Lav. nella giur.*, 11/2015, Milano, 988 ss.

quando gli strumenti di controllo non verranno mai utilizzati dopo essere stati installati¹³⁸.

2. Legittimità dell'esercizio del potere di controllo a distanza: la finalità di tutela del patrimonio aziendale.

L'attuale primo comma ha aggiunto, tra le finalità che consentono l'utilizzo di strumenti di controllo, quella della tutela del patrimonio aziendale.

Precedentemente l'installazione, previo consenso delle rappresentanze sindacali, era permessa unicamente in presenza di esigenze organizzative, produttive o di tutela della sicurezza del lavoro. All'interno della categoria di "patrimonio aziendale¹³⁹" deve essere compreso qualsiasi bene, di proprietà dell'azienda, necessario alla produzione, sia esso materiale, sia esso immateriale¹⁴⁰. Come sottolineato nel primo capito-

¹³⁸ In tal senso si è pronunciata la Cassazione nella sentenza 1490 del 6 Marzo 1986, nella quale si aggiunge che il mancato utilizzo dei sistemi di controllo, installati senza autorizzazione, è utile solo ad evitare al datore di lavoro le sanzioni previste dall'articolo 38 Stat. lav., ma non esclude l'illiceità della semplice installazione; in *Dir. del lav.*, II, 83. Della stessa opinione è Del Punta, il quale ritiene che la semplice installazione, eseguita in mancanza di accordo sindacale, costituisce di per sé un illecito al di là del successivo utilizzo dell'impianto. Del Punta, *La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n. 151/2015)*., *Riv. ita. dir. lav.*, fasc.1, 2016, 80 ss.

¹³⁹ La giurisprudenza precedente alla riforma ha riconosciuto nel concetto di patrimonio aziendale il bene estraneo al rapporto di riferimento, la cui tutela comporta il fuoriuscire del controllo dall'ambito di applicazione dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori. A tale proposito cfr. Cass. 27 Maggio 2015, n.10955 e anche Cass. 12 Ottobre 2015, n.20440.

¹⁴⁰ Come sostenuto dalla Cassazione nella sentenza 23 Febbraio 2012, n.2722.

lo, la Giurisprudenza aveva dedotto da questi presupposti l'esistenza di una zona franca, cioè libera da ogni vincolo. Si era venuta così ad affermare la categoria dei "controlli difensivi", sui quali però le opinioni erano discordanti. Per la Giurisprudenza penale i controlli difensivi erano sempre leciti quando finalizzati a prevenire o accertare il compimento di atti illeciti, accogliendo così, all'interno del procedimento, tutte le risultanze che tali controlli fornivano. Diversamente la Giurisprudenza giuslavoristica, secondo l'orientamento che negli ultimi anni si era andato consolidando, riteneva che ove l'installazione di strumenti di controllo non fosse finalizzata alla verifica sul regolare adempimento della prestazione lavorativa da parte del dipendente, ma fosse imposta dalla necessità di tutelare il patrimonio aziendale contro gli atti illeciti di quest'ultimo o di terzi, allora si era al di fuori dell'ambito di applicazione dell'articolo 4 della legge 300 del 1970: ancora pochi mesi fa la Suprema Corte ha ribadito che "ove il controllo sia diretto non già a verificare l'esatto adempimento delle obbligazioni direttamente scaturenti dal rapporto di lavoro, ma a tutelare beni del patrimonio aziendale ovvero ad impedire la perpetrazione di comportamenti illeciti, si è fuori dallo schema normativo della L. 300 del 1970, art.4"¹⁴¹.

La distinzione quindi si basava sull'oggetto del controllo, essendo permesso senza alcuna autorizzazione nel caso in cui fosse indirizzato alla prevenzione di illeciti commessi dai dipendenti o da terzi, e invece, restando nel perimetro della norma statutaria quelli che hanno sì ad oggetto gli illeciti commessi dai dipendenti, ma solo quelli che riguardano l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro". Come già notato, quest'orientamento presupponeva un controllo ex post, dovendosi giustificare tutti quei controlli che avevano portato alla individuazione di un illecito extracontrattuale; il pro-

¹⁴¹ Cass, Sez. lav., sentenza 27 Maggio 2015, n.10955.

blema rimaneva giustificare quei controlli che, avendo ad oggetto il patrimonio aziendale, sottoponevano l'ambiente di lavoro tutto a controlli continui senza però smascherare alcun comportamento sanzionabile. In questi casi il controllo probabilmente c'era stato, ma non essendo stato denunciato alcun comportamento illecito, i lavoratori non ne erano a conoscenza.

Gli orientamenti della Cassazione più recenti hanno definitivamente stabilito che anche la categoria dei controlli difensivi debba essere ricompresi all'interno delle regole individuate dall'articolo 4.

La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori ha sicuramente portato maggiore chiarezza all'interno di quello che è uno dei campi più ricchi di insidie e all'interno del quale, come visto, non si è mai avuta una pronuncia definitiva e chiarificatrice, andando a riconoscere in parte quello che comunque è l'orientamento che maggiormente si è affermato negli ultimi anni¹⁴².

Con la modifica operata dal Decreto Legislativo 151, si sono fatti rientrare, definitivamente, i controlli difensivi all'interno del campo di applicazione dell'articolo 4; dopo la riforma sarà necessario raggiungere un accordo con le rappresentanze sindacali anche per l'installazione di apparecchiature di controllo che abbiano ad oggetto sia la tutela del patrimonio aziendale nei confronti di atti illeciti commessi dai dipendenti nello svolgimento delle loro prestazioni lavorative, sia atti illeciti commessi dai dipendenti ma di natura extracontrattuale o se commessi

¹⁴² La soluzione è stata condivisa anche da: Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375.; Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722.; Cass. 18 aprile 2012, n. 16622. Vedi anche, da ultimo, Cass. 27 marzo 2015, n. 10955, in FI, 2015, I, 2316, citata nel paragrafo 4.3, la quale pur pronunciata con riferimento alla particolare fattispecie della creazione da parte del datore di lavoro di un falso profilo su Facebook con lo scopo di contattare il dipendente per riscontrare l'utilizzo del computer durante l'orario di lavoro per interessi personali, conferma l'esclusione dei controlli difensivi dall'ambito di applicazione del vecchio art. 4 S.L. solo se finalizzati ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori lesivi di beni estranei al rapporto di lavoro.

da terzi¹⁴³. Infatti, ponendo l'accento sull'esigenza di tutela del patrimonio aziendale anziché sull'oggetto dell'attività, la modifica non sembra possa lasciare dubbi di sorta.

Secondo altra parte della dottrina il riferimento alle esigenze di tutela del patrimonio aziendale sembrerebbe, in primo luogo, dare un senso concreto alla eliminazione del divieto di utilizzare gli impianti per finalità di controllo dell'attività dei lavoratori (abrogazione dell'art. 4, comma 1, vecchio testo), perché legittimerebbe un deciso ampliamento delle finalità di controllo di tali strumenti. Anche il puntuale adempimento dell'obbligazione lavorativa concorre alla valorizzazione del patrimonio aziendale, se preso in considerazione dal punto di vista del diritto di credito dell'imprenditore ad una prestazione di lavoro che ha, indubbiamente, un contenuto patrimoniale¹⁴⁴.

L'unica possibilità di sopravvivenza della categoria dei controlli difensivi potrebbe riguardare quei controlli che siano diretti all'accertamento di illeciti estranei al rapporto di lavoro (in un'accezione rigorosa),

¹⁴³ In tal senso anche l'opinione di Alvino che sottolinea come "In questo modo può dirsi anche superata l'artificiosa categoria, introdotta dalla giurisprudenza, dei controlli difensivi diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori idonei a pregiudicare «beni estranei al rapporto di lavoro». L'ampio riferimento agli strumenti volti a tutelare il patrimonio aziendale consente ora di affermare che l'installazione di qualunque tipo di apparecchiatura che possa essere utilizzata per rilevare dati relativi alla prestazione lavorativa, anche se giustificata dall'esigenza di proteggere il patrimonio aziendale, deve essere sottoposta alla preventiva autorizzazione. La nozione di patrimonio aziendale va intesa, in questa prospettiva, in senso ampio, includendovi non solo i beni materiali, ma anche i beni immateriali (immagine, *know-how*, brevetti, ecc.), tra i quali può essere annoverato il complesso dei rapporti che sono essenziali per lo svolgimento dell'attività produttiva". *I nuovi limiti al contr. a dist.*, Milano, 2016, 1004 ss .

¹⁴⁴ M. Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 300/2016, Roma, 2016, 26 ss.

quando posti in essere con modalità tali da escludere potenzialità di controllo della prestazione lavorativa¹⁴⁵.

In dottrina sono sorti dubbi sulla definizione di “altri strumenti”¹⁴⁶, fornita dal nuovo comma primo, e più in particolare riguardo la possibilità di far rientrare o meno, in questa categoria, i programmi software che abbiano come scopo la valutazione della prestazione del lavoratore. Il problema sorge nel momento in cui la maggior parte dei lavoratori utilizza, per svolgere la propria attività lavorativa, strumenti elettronici che permettono l’installazione di programmi applicativi (la cui funzione strutturale sia quella di fornire un giudizio valutativo sulla tipologia di prestazione¹⁴⁷).

Seguendo la definizione che ne ha da sempre fornito la Cassazione¹⁴⁸, questi programmi, nel momento in cui diventano un mezzo esclusivamente di controllo dell’attività del lavoratore, sono sottoposti alla regola del nuovo primo comma che ne vieta l’utilizzabilità. Infatti quando il legislatore usa l’avverbio “esclusivamente”¹⁴⁹ vuole dire che l’unica possibilità di utilizzare strumenti che consentano un controllo

¹⁴⁵ Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza, Dir. rel. indu.*, fasc.4, 2015, 988 ss, nella quale aggiunge che “una lettura di questo tipo sembra coerente con le dinamiche di liberalizzazione dei controlli a fronte del venir meno del divieto espresso di controllo a distanza e dell’utilizzabilità a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro: la riconduzione nell’alveo dei controlli preterintenzionali non determina più l’inutilizzabilità dei dato ai fini disciplinari ma garantisce il rispetto della procedura concertativo-autorizzativa e dei vincoli per l’uso nel rapporto di lavoro”.

¹⁴⁶ Secondo alcuni autori, invece, il cambiamento di terminologia non comporta alcun cambiamento significativo, avendo comunque un’accezione generica. In tal senso cfr. Sitzia, *I controlli a distanza dopo il “Jobs Act.” e la raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d’Europa*, in LG, 2015, 679 ss.

¹⁴⁷ Stanchi, *Nel Jobs Act. il nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, G. al Lav., Milano, numero 38, 2015, 39 ss.

¹⁴⁸ Cfr Cass. n.4375 del 23 Febbraio 2010; Cass. Sez. Lav. n.6489 del 22 Marzo 2011.

¹⁴⁹ “Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale...” Articolo 4 Statuto dei lavoratori, comma 1.

sull'attività dei lavoratori, è rappresentata dalla incidentalità di questo controllo, il quale non può mai essere l'elemento che caratterizza lo strumento stesso, ricadendo in quel caso nel divieto assoluto di utilizzo dello stesso.

2.1 Rivoluzione o riconoscimento dell'orientamento della Cassazione?

Effettivamente l'introduzione della "tutela del patrimonio aziendale", tra le esigenze che richiedono il consenso delle parti sindacali o della Direzione Territoriale del Lavoro per l'installazione di sistemi di controllo, può essere considerata rivoluzionaria. In questo modo potrebbe essere definitivamente risolto il problema circa la legittimità dei controlli "difensivi", sui quali la disputa in dottrina, ma anche in giurisprudenza, non è stata mai risolta definitivamente.

La giurisprudenza ha ritenuto che il controllo di tipo difensivo fosse legittimo, senza alcuna autorizzazione da parte dei sindacati, quando avesse ad oggetto condotto illecite totalmente estranee allo svolgimento del rapporto di lavoro; al contrario, erano illegittimi, invece, i controlli che avevano ad oggetto illeciti di tipo contrattuale, andandosi in quel caso a verificare, da parte del datore di lavoro, dei controlli diretti sull'attività dei propri dipendenti e, in questo modo, si violava il primo comma della vecchia norma.

Sicuramente il testo della norma non afferma esplicitamente che la procedura autorizzativa deve trovare applicazione anche quando oggetto del controllo sia il compimento di atti illeciti, ma non sembra consentire agevolmente distinzioni di sorta¹⁵⁰. L'impressione è che si sia voluta fare finalmente chiarezza in un ambito pieno di insidie e di zone d'ombra; a seguito della riforma dell'articolo 4 sarà difficile giustificare i controlli difensivi che vengano posti in essere senza alcuna autorizzazione, a meno che non si voglia circoscrivere la definizione dei controlli "difensivi" a quelli che riguardano reati di tipo penale. Solo in quel caso potrebbe essere giustificato l'uso di mezzi di controllo installati senza alcuna autorizzazione.

¹⁵⁰ Cosattini, *Le modifiche all'art.4 Stat. lav. sui controlli a distanza, tanto rumore; per nulla?*, *Lav. nella giur.*, 11/2015, Milano, 985 ss.

3. I soggetti legittimati alla stipulazione dell'accordo col datore di lavoro.

Il nuovo comma 1 dell'articolo 4 introduce alcune modifiche anche per quanto riguarda la procedura di autorizzazione che ogni datore di lavoro¹⁵¹ deve seguire per poter installare sistemi di controllo “dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dei lavoratori”¹⁵².

L'accordo può essere raggiunto sia con le r.s.a¹⁵³ che con la r.s.u¹⁵⁴., oppure in assenza di accordo con questi soggetti potrà ottenere l'autorizzazione dalla competente Direzione Territoriale del Lavoro. Alcuni autori hanno anche ipotizzato la possibilità che venga dato seguito all'opinione della Cassazione penale, la quale, nella sentenza 22611 dell'11 Giugno 2012 aveva ipotizzato di attribuire al consenso unani-

¹⁵¹ O anche dall'associazione sindacale alla quale sia iscritto o abbia precedentemente dato mandato, come sottolineato da Pera, *Commento all'articolo 4*, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da Prosperetti, Milano, 1975, 29 ss.

¹⁵² Secondo alcuni autori si tratterebbe unicamente di modifiche “di manutenzione”, piuttosto che innovative. Sul punto si ritiene che il Legislatore si sia preoccupato soprattutto di aggiornare i soggetti legittimati alla conclusione dell'accordo collettivo. Cfr. Cosattini, *Le modifiche all'art.4 Stat. lav. sui controlli a distanza, tanto rumore; per nulla?*, *Lav. nella giur.*, 11/2015, Milano, 990 ss.

¹⁵³ Freni e Giugni ritengono che l'accordo implichi il consenso di tutte le rappresentanze sindacali in azienda, vedi *Lo statuto dei lavoratori, commento alla legge 20 maggio 1970*, Milano, 1970, 11 ss; di parere opposto Pera il quale ritiene che ad operare sia il principio maggioritario desumibile dal quarto comma dell'articolo 39 della Costituzione, a riguardo cfr. *op. ult. cit.*, orientamento questo confermato dal Ministero.

¹⁵⁴ Il testo precedente menzionava unicamente le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in mancanza di esse, la commissione interna, il che aveva suscitato dubbi sulla legittimazione delle rappresentanze sindacali unitarie a negoziare l'accordo; per la soluzione affermativa Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Diritto del lavoro, 2, Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2005, 211; per la negativa M.Miscione, *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo, Il lavoro nella giurisprudenza*, 8-9, Milano, 2013, 765 ss.

me di tutti i lavoratori la possibilità di sostituire il mancato accordo con le rappresentanze sindacali¹⁵⁵.

Un profilo di notevole semplificazione è stato introdotto dalla previsione secondo la quale le aziende che abbiano sedi dislocate nell'ambito di diverse province o regioni, possano concludere l'accordo, con valenza per tutte le sedi, "con le rappresentanze sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale". Altrettanto semplificativa è la previsione secondo la quale, in caso di mancato accordo con i sindacati, le imprese con unità produttive dislocate nell'ambito di competenza di più Direzioni Territoriali del Lavoro (anche se le

¹⁵⁵ Rausei *La nuova disciplina dei controlli a distanza fra luci e ombre*, in *Dpl*, 2015, 2153; in senso espressamente contrario Bellavista, *Gli accordi sind.*, 2014, 740 ss.

prime prassi applicative segnalano non poche perplessità)¹⁵⁶, possano rivolgersi ad un organismo sovraordinato: il Ministero del Lavoro¹⁵⁷.

Quanto alla procedura autorizzativa, un'altra novità è rappresentata dall'assenza, rispetto al testo precedente alla riforma, della specificazione del dovere della Dtl di dettare, quando necessario, le modalità per l'uso di tali impianti. I primi commenti ritengono che sia scontata, tutt'ora, la possibilità per la Dtl di fornire "indicazioni precettive circa le modalità di utilizzo degli impianti autorizzati"¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Si rinvia sul punto a Del Punta, Del Punta, *La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n.151/2015)*, Riv. ita. dir. lav., fasc.1, 2016, 77 ss; Maio *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in Arg. Dir. Lav., 2015, n. 6, 1186 ss. Con un primo orientamento operativo il Ministero del Lavoro ha segnalato - in materia di installazione degli strumenti di cui al comma 1 dell'art. 4 L. 300/1970 - la necessità per i datori di lavoro di interessare, in prima istanza, le Direzioni Territoriali competenti. Solo all'esito di una fase istruttoria ad *hoc* svolta dalle suddette sedi territoriali, i datori di lavoro potranno - sempre a detta del Ministero - coinvolgere l'amministrazione centrale. Soluzione applicativa, quest'ultima, che a chi scrive appare piuttosto barocca (se è vero, come pare, che il Ministero è chiamato a valutare i presupposti per l'autorizzazione di un impianto che le DTL hanno, semmai, il compito di ispezionare nella successiva fase della sua funzionalità operativa), e che si giustifica, probabilmente, più per ragioni politiche che di merito. Di recente il Ministero del Lavoro ha elaborato il "modulo unificato istanza di autorizzazione all'installazione di impianti di videosorveglianza e all'installazione e utilizzo di impianti e apparecchiature di localizzazione satellitare GPS a bordo di mezzi aziendali". In tale documento si prevedono molteplici prescrizioni in materia di installazione ed utilizzo degli strumenti di videosorveglianza e di localizzazione. Vedi anche M. Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 300/2016, Roma, 2016, 13 - 14.

¹⁵⁷ "La presenza di due vie sindacali (così come di due vie amministrative) non comporta che l'impresa debba percorrerle entrambe prima di poter ritenere realizzata quella "mancanza di accordo" che la abilita a richiedere l'autorizzazione amministrativa. Insomma, se l'impresa multilocalizzata sceglie di confrontarsi in sede locale, e non riesce a raggiungere un accordo con la rappresentanza sindacale, può indirizzarsi subito sulla via amministrativa, senza dover tentare un ulteriore appoggio a livello nazionale". Questa è l'opinione di Del Punta in Del Punta, *La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n. 151/2015)*, Riv. ita. dir. lav., fasc.1, 2016, 78. Della stessa opinione anche Soffientini, *I nuovi controlli a distanza, Diritto e pratica del lav.*, fasc.8, 2016, 496 ss.

¹⁵⁸ Rausei, *La nuova disciplina dei controlli a distanza fra luci e ombre*, in Dpl, 2015, 2153. Posizione opposta è quella di Sitzia in *I controlli a distanza dopo il "Jobs Act." e la raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in LG, 2015, 680 - 681.

Infine è stata eliminata la possibilità di ricorso avverso al provvedimento con il quale la Direzione Territoriale del Lavoro autorizza l'installazione degli impianti di controllo all'interno dell'azienda. Dopo la modifica operata all'articolo 4, né il datore di lavoro, né le rappresentanze sindacali hanno il diritto di ricorrere contro tale provvedimento autorizzativo. In questo modo si esclude la possibilità di un contenzioso amministrativo. Secondo una diversa opinione¹⁵⁹ quando l'autorizzazione viene o non viene rilasciata dalla DTL, il provvedimento non è impugnabile in via gerarchica dinanzi al Ministero, possibilità offerta dal vecchio testo dell'articolo 4, ma resta la possibilità di ricorrere al TAR, lettura questa che sostiene il principio della tipicità dei rimedi amministrativi. Questa modifica, che probabilmente nelle intenzioni del Legislatore era finalizzata ad evitare un gran numero di contenziosi, nella sua applicazione potrebbe andare a ledere i diritti delle rappresentanze e, di conseguenza, quelli dei lavoratori. Se infatti il datore di lavoro non riuscisse a trovare un'accordo con le r.s.a o con la r.s.u. potrebbe da un lato ottenere l'autorizzazione amministrativa da parte della Dtl e, dall'altro, essere al riparo da qualsiasi tipo di impugnazione da parte dei sindacati. L'unica possibilità potrebbe essere quella di dimostrare che il mancato accordo tra rappresentanze sindacali e datore di lavoro sia dovuto ad un comportamento di quest'ultimo qualificabile come antisindacale. A quel punto il giudice potrebbe ordinare la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti, attività quest'ultima che potrebbe concretizzarsi nella disininstallazione dei sistemi di controllo.

¹⁵⁹ Del Punta, *La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n.151/2015).*, *Riv. ita. dir. lav.*, fasc.1, 2016, 77 ss.

4. La deroga per gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa.

La disposizione che ha suscitato il più ampio dibattito sociale e politico, prima ancora che giuridico, è costituita dalla previsione, contenuta nel nuovo secondo comma, secondo la quale “La disposizione di cui al comma 1 non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa”.

La portata potenzialmente rivoluzionaria è sotto gli occhi di tutti: in un mondo del lavoro nel quale le dotazioni informatiche (*computer, smartphone, tablet, etc.*) sono ormai parte integrante ed imprescindibile della strumentazione che il lavoratore deve necessariamente utilizzare nello svolgimento della propria attività e consentono di acquisire una mole enorme di dati e di notizie sulle modalità di svolgimento di essa, sottrarre l'intero “comparto” alla disciplina limitativa ed autorizzata può significare una perdita di tutele in capo al lavoratore subordinato davvero significativa¹⁶⁰.

Gli effetti di tale modifica sono rappresentati, in primo luogo, da una valutazione *ex ante* di legittimità dell'installazione nonché dell'impiego dei medesimi, in quanto si presume che essi siano giustificati da esigenze aziendali qualificate come quelle previste dal comma 1¹⁶¹; in secondo luogo, ovviamente, dal dato secondo il quale per l'installazi-

¹⁶⁰ Cosattini, *Le modifiche all'art.4 Stat. lav. sui controlli a distanza, tanto rumore; per nulla?*, *Lav. nella giur.*, 11/2015, Milano, 986 ss.

¹⁶¹ Opinione diversa è stata espressa dall'Autorità garante per la protezione dei dati personali, la quale, nella sua audizione informale nell'ambito dell'esame del provvedimento, ha sottolineato come la dizione del comma 2 porta a ritenere che si debba prescindere dai requisiti finalistici individuati dal primo comma e che “in assenza di questa precisazione, il solo requisito finalistico applicabile ai controlli in esame resta quello, alquanto ampio, del terzo comma, che legittima l'utilizzo dei dati così acquisiti per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro”.

one di detti strumenti non è necessario espletare la procedura di autorizzazione¹⁶².

I primi commenti provenienti dalla dottrina hanno sostenuto che la norma spazza via quelle interpretazioni secondo le quali gli strumenti di lavoro tecnologici, per poter essere utilizzati in un'impresa e da un datore di lavoro, potrebbero dover richiedere l'accordo sindacale o l'autorizzazione, pena la inutilizzabilità dei dati relativi al loro utilizzo¹⁶³; sarebbe infatti assurdo ipotizzare che ogni qual volta viene fornito ad un lavoratore un apparecchio elettronico debba essere richiesta un'apposita autorizzazione alle parti sindacali, rappresentando tale innovazione normativa la risposta del legislatore alla obsolescenza informatica della vecchia norma, nella misura in cui essa costringeva a domandarsi, con risposte differenziate da parte della prassi e della giurisprudenza, nonché con un'ampia zona di pura e semplice non applicazione di fatto del precetto, se per assegnare a un lavoratore un normalissimo *computer*, fosse indispensabile procurarsi un accordo sindacale. Lettura questa confermata da una nota del Ministero del lavoro, il quale, ha pubblicato sul proprio sito istituzionale una comunicazione¹⁶⁴ nella quale ha sostenuto che "l'articolo 23 del Decreto si limi-

¹⁶² Secondo Del Punta questa modifica offre lo spunto per pronunciarsi sulla sorte delle autorizzazioni sindacali e amministrative attualmente in essere. Devono essere considerate tuttora efficaci? A parere dell'autore senz'altro sì, in quanto le condizioni normative in presenza delle quali esse sono state pattuite (in sede sindacale) o rilasciate (in sede amministrativa) sono tutt'ora operanti. Quello che è cambiato è che in talune ipotesi la necessità dell'autorizzazione è stata superata, il che, però, ha reso le autorizzazioni in essere, al massimo, superflue, ma non incompatibili con il nuovo regime. Ciò ha anche il vantaggio di non costringere le parti ad un'inutile reiterazione della procedura, ove tutt'ora richiesta. Del Punta, *La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n. 151/2015)*, *Riv. ita. dir. lav.*, fasc.1, 2016, 82. Opinione opposta è quella espressa da Del Ninno, *In vigore la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori sui controlli a distanza: il decreto legislativo 14 Settembre 2015 n. 151, privacy dei lavoratori e nuove regole*, Diritto e Giustizia, Milano, 2015, 13 ss.

¹⁶³ Stanchi, *Nel Jobs Act. il nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, *G. al Lav.*, Milano, numero 38, 2015, 42 ss.

¹⁶⁴ www.lavoro.gov.it, sezione "notizie", 18 Giugno 2015.

ta ad adeguare la normativa contenuta nell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori - risalente al 1970 - alle innovazioni tecnologiche nel frattempo intervenute”, in particolare “la norma non “liberalizza”, dunque, i controlli a distanza ma si limita a fare chiarezza circa il concetto di “strumenti di controllo a distanza” ed i limiti di utilizzabilità dei dati raccolti attraverso questi strumenti, in linea con le indicazioni che il Granate della Privacy ha fornito negli ultimi anni e, in particolare, con le linee guida del 2007 sull'utilizzo della posta elettronica e di internet”¹⁶⁵.

Il problema più rilevante riguarda l'interpretazione dell'espressione “strumento utilizzato per rendere la prestazione lavorativa”.

Una prima interpretazione ritiene che debba prendersi alla lettera il disposto, in quanto si tratterebbe di un'eccezione rispetto alla regola del comma 1. Così operando rientrerebbero nella definizione tutti gli strumenti tecnologici, assegnati dall'impresa, che sono usati dal lavoratore al fine di eseguire la prestazione lavorativa¹⁶⁶. La condizione per applicare l'eccezione alla regola è, dunque, che risulti una stretta correlazione tra gli strumenti tecnologici e le mansioni svolte dal lavo-

¹⁶⁵ In tal senso è interessante l'opinione di Corti e Sartori secondo i quali “in omaggio al canone dell'interpretazione secondo la volontà del legislatore storico si ritiene che la chiave di lettura restrittiva offerta dal Ministero nella sua comunicazione meriti accoglimento, anche perché il testo del nuovo articolo 4 non ha subito modifiche durante l'iter di approvazione del D.Lgs. 151”. In *Legislazione in materia di lavoro, i decreti attuativi del Jobs Act.: servizi per l'impiego e politiche attive (rinvio), agenzia ispettiva unica, semplificazioni*, Riv. ita. lav., fasc.1, 2016, 2 ss.

¹⁶⁶ In tal senso Del Punta, Del Punta, *La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n.151/2015).*, Riv. ita. dir. lav., fasc.1, 2016, 83 ss.

ratore¹⁶⁷. Tale dottrina fa rientrare in questa categoria anche i sistemi applicativi incorporati in tali apparecchiature, anche se da essi derivi la possibilità di controllo, purché tale sistema sia funzionale allo svolgimento della prestazione lavorativa.

Diversamente altra dottrina ritiene che se tale sistema applicativo, nonostante sia necessario a svolgere la prestazione lavorativa, permetta un controllo a distanza del lavoratore, richieda per il suo utilizzo l'accordo di cui al comma 1¹⁶⁸.

Diversa opinione è stata sostenuta da chi fa rientrare nella categoria degli strumenti di lavoro anche il tornio, la pressa e così via; in questo caso nulla impedirebbe al datore di lavoro di utilizzare senza necessità di accordo software che rilevino i tempi di lavoro dei macchinari e la relativa produttività, soprattutto nel caso in cui tali sistemi siano già installati sui macchinari nel momento stesso in cui vengono messi in produzione; in questo modo non ci sarebbe bisogno di alcuna autorizzazione sindacale per ottenere i dati prodotti dai macchinari che vengono normalmente utilizzati dai lavoratori.

Ancora diversa è l'opinione in base alla quale l'utilizzazione di strumenti di lavoro che appartengono alle categorie oggi definite degli oggetti "senzienti" non implica, per il solo fatto della tecnica che ne consente il funzionamento per rendere la prestazione lavorativa, che il sistema operativo che li fa funzionare concreti un dispositivo che

¹⁶⁷ Cfr. in questo senso anche l'opinione di M. Marazza che ritiene che "appare del tutto inutile ogni tentativo di catalogare in via astratta gli strumenti riconducibili ad un certo tipo di lavoro. Piuttosto, per ciascun lavoro occorrerà verificare in concreto, e quindi nella specifica organizzazione che lo ospita, ciò che il potere direttivo dell'imprenditore consente di qualificare, caso per caso, alla stregua di uno strumento di lavoro. Con ferma preclusione per l'interprete di ogni tentativo di sovrapporre argomentazioni di tipo organizzativo, ad esempio, sulla minore o maggiore utilità di quello strumento. A ragionare diversamente, del resto, si finirebbe per autorizzare il Giudice a sostituirsi arbitrariamente alle valutazioni tecniche dell'imprenditore per ciò che riguarda l'organizzazione delle mansioni dei suoi dipendenti". *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 300/2016, Roma, 2016, 25 ss.

¹⁶⁸ Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, *Dir. rel. indu.*, fasc.4, 2015, 988 ss.

comporta, anche preterintenzionalmente, il controllo. Questa lettura sarebbe confermata dall'articolo 171 codice privacy come novellato, in base al quale la violazione del secondo comma dell'articolo 4 debba essere intesa come divieto alla trasformazione di uno strumento di lavoro in strumento esclusivamente di controllo; cioè di utilizzazione da parte del datore di lavoro di un sistema di *monitoring at work* la cui funzione sia quella di controllare in modo continuativo e anelastico l'attività del lavoratore, invece che quella di consentire allo strumento di lavoro il suo normale funzionamento¹⁶⁹. Non sarebbe quindi condivisibile un'interpretazione che legga nella esclusione operata dal secondo comma una "patente" al controllo continuativo sulla prestazione del lavoratore.

4.1 Obbligo di accordo sindacale per i programmi di controllo installati sugli strumenti utilizzati dal lavoratore.

Altra questione sulla quale si è soffermata la dottrina e che ha suscitato numerosi dubbi riguardo il modo di interpretare la modifica apportata all'articolo 4, è rappresentata dalla disciplina applicabile ai programmi che vengono installati sugli strumenti con i quali i lavoratori svolgono la prestazione lavorativa. Quando si parla di strumenti di la-

¹⁶⁹ Stanchi, *Nel Jobs Act. il nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, G. al Lav., Milano, numero 38, 2015, 43 ss.

voro (soprattutto quando si riferisce a strumenti elettronici che permettono una connessione alla rete *internet*), come sottolineato nel precedente paragrafo, non si può fare riferimento unicamente all'apparecchio di lavoro in sé, ma si deve analizzare tutto l'insieme di programmi che permettono il funzionamento dello stesso. Nessun dispositivo elettronico nasce "vergine", nel senso che necessariamente, sin dal momento in cui viene immesso sul mercato, è dotato di un insieme di *software* che ne regolano il funzionamento. Tra questi programmi alcuni sono necessari unicamente al suo funzionamento di base, altri permettono di svolgere operazioni specifiche, per lo più necessarie a svolgere attività collegate alle mansioni del lavoratore e quindi necessarie per il suo lavoro; in alcuni casi gli stessi *software* indispensabili all'espletamento delle mansioni dedotte in contratto permettono anche al datore di lavoro di monitorare l'attività del dipendente e quindi ottenere informazioni più o meno precise riguardo i tempi di lavoro, il luogo in cui il lavoratore si trova e i suoi spostamenti. Difficilmente, invece, saranno adoperati programmi che permettono esclusivamente il controllo del lavoratore.

Dopo i primi dubbi e soprattutto le prime proteste, il Ministero del Lavoro ha deciso di intervenire chiarendo che "l'accordo o l'autorizzazione non servono se, e nella misura in cui, lo strumento viene considerato quale mezzo che "serve" al lavoratore per adempiere la

prestazione¹⁷⁰: ciò significa che, nel momento in cui tale strumento viene modificato (ad esempio, con l'aggiunta di appositi *software* di localizzazione o filtraggio) per controllare il lavoratore, si fuoriesce dall'ambito della disposizione: in tal caso, infatti, da strumento che serve al lavoratore per rendere la prestazione il pc, il *tablet* o il cellulare divengono strumenti che servono al datore per controllarne la prestazione. Con la conseguenza che queste modifiche possono avvenire solo alle condizioni ricordate sopra: la ricorrenza di particolari esigenze, l'accordo sindacale o l'autorizzazione”.

Ad una prima lettura l'intervento del Ministero appare estremamente chiaro e utile a identificare quello che è il confine tra l'applicazione del primo o del secondo comma.

Avremo l'obbligo di accordo previsto dal primo comma quando saremo in presenza di un software che viene installato per fare fronte ad esigenze produttive, di sicurezza del lavoro ecc., ma che permette in-

¹⁷⁰ Anche secondo M. Marazza questo aspetto è fondamentale nella valutazione che l'interprete deve svolgere per capire se c'è bisogno di autorizzazione o meno: “il secondo profilo da considerare è infatti di natura strettamente oggettiva, è giudizialmente verificabile e consiste in ciò che lo strumento di lavoro, dovendo essere utilizzato “*per rendere la prestazione*”, può essere qualificato come tale ai sensi dell'art. 4, comma 2, solo se il lavoratore ha un ruolo attivo nel suo utilizzo e, cioè, se quello strumento viene concretamente impiegato dal dipendente nello svolgimento delle mansioni. Quello che conta, in altri termini, è che lo strumento sia nella disponibilità operativa del dipendente e da questi effettivamente utilizzato nell'adempimento della prestazione”. *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 300/2016, Roma, 2016, 23. In senso analogo, anche Del Punta, Del Punta, *La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n.151/2015)*., *Riv. ita. dir. lav.*, fasc.1, 2016, 84, per il quale uno strumento di controllo è uno strumento di lavoro se “direttamente funzionale allo svolgimento della prestazione lavorativa”; Salimbeni, op. cit., per la quale l'art. 4, comma 1, dello Statuto non trova applicazione “soltanto nelle ipotesi in cui il meccanismo che genera il controllo è nella gestione del lavoratore che lo attiva e disattiva per rendere la prestazione”; Sitzia, *Il diritto alla “privatezza” nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Padova, 2013, 44 ss, per il quale sono strumenti di lavoro quelli “necessari e, appunto, serventi a tale scopo”; Del Ninno, in *In vigore la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori sui controlli a distanza: il decreto legislativo 14 Settembre 2015 n. 151, privacy dei lavoratori e nuove regole*, Diritto e Giustizia, Milano, 2015, 11 ss, ritiene che debba farsi riferimento alle mansioni svolte dal lavoratore.

cidentalmente anche il controllo sull'attività lavorativa¹⁷¹ e che eccede le immediate esigenze della prestazione del singolo lavoratore¹⁷²; diversamente, quando il software non permette alcun tipo di controllo sul lavoratore oppure quando è funzionale allo svolgimento della prestazione lavorativa, saremo nell'ambito di applicazione del secondo comma, quindi svincolato da qualsiasi obbligo di autorizzazione¹⁷³. Nel caso, infine, in cui un software abbia come unico fine quello di controllare a distanza l'attività lavorativa¹⁷⁴, allora entreremo nel divieto assoluto che precedentemente era posto dal primo comma e che adesso si ritiene sottinteso.

¹⁷¹ Nella circolare 19905/2015 che Confindustria ha trasmesso ai propri associati, si parla, a riguardo, di "elementi meramente accessori alla strumentazione tecnologica fornita al lavoratore che, dunque, non sono necessariamente funzionali a rendere la prestazione lavorativa".

¹⁷² Del Punta, Del Punta, *La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n.151/2015)*., *Riv. ita. dir. lav.*, fasc.1, 2016, 84 ss.

¹⁷³ Per maggiore chiarezza si può seguire l'esempio fornito da Alvino secondo il quale "si può, dunque, concludere che va considerato strumento di lavoro ogni apparecchiatura che sia utilizzata direttamente dal lavoratore per rendere la propria prestazione, dovendo prendere in considerazione separatamente ogni ulteriore dispositivo che sia in essa incorporato per valutare se lo stesso sia essenziale affinché la prestazione possa essere utilmente inserita nell'organizzazione creata dal datore di lavoro. Immaginiamo che il datore di lavoro sia titolare di un'impresa dedita all'attività di distribuzione e consegna di pacchi all'interno del territorio comunale avvalendosi di lavoratori muniti di automezzi con i quali operare le consegne. Immaginiamo altresì che, per rendere più efficiente il servizio, il datore di lavoro voglia installare sugli automezzi un sistema di rilevazione satellitare della posizione (GPS) per poter conoscere quale automezzo sia libero e più vicino al punto di ritiro del pacco. In questa fattispecie, l'apparecchio tecnologico (il GPS), incorporato nello strumento di lavoro (l'automezzo), va trattato a sua volta come strumento di lavoro ovvero va considerato come soggetto alle regole dettate dal primo comma dell'art. 4? In questa ipotesi si può ritenere che il sistema di rilevazione satellitare sia annoverabile fra gli strumenti di lavoro, poiché l'esistenza e il funzionamento dello stesso è essenziale affinché il datore di lavoro possa trarre vantaggio dalla esecuzione della mansione (la consegna dei pacchi). Il GPS è dunque, nella fattispecie descritta, il meccanismo che consente di inserire la prestazione di lavoro nell'organizzazione del datore di lavoro, coordinandola con gli altri fattori produttivi che concorrono alla realizzazione del risultato produttivo dell'impresa". *I nuovi limiti al contr. a dist.*, Milano, 2016, 1003 ss.

¹⁷⁴ Caso questo più unico che raro, per non dire irrealistico: ci sono, di norma, finalità multiple, Del Punta, Del Punta, *La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n.151/2015)*., *Riv. ita. dir. lav.*, fasc.1, 2016, 79 ss.

Una interpretazione che ritenesse, invece, che per il solo fatto di essere incorporato nello strumento utilizzato dal lavoratore, e quindi di essere in qualche modo uno “strumento di lavoro”, un certo software sia esentato dalla procedura di autorizzazione, toglierebbe virtualmente qualsiasi spazio al primo comma, eccezion fatta probabilmente per i solo impianti audiovisivi e poco altro: la quale conseguenza sarebbe poco plausibile dal punto di vista dell’equilibrio interpretativo della norma. Infatti è nella natura stesso di ogni strumento di lavoro tecnologico avere al suo interno dei software, opera dell’interprete, ma anche dei sindacati, è quello di capire quando un software non necessita di autorizzazione perché necessario unicamente a permettere il funzionamento dell’apparecchiatura sul quale è installato, e quando invece l’autorizzazione è necessaria perché quel software non è strettamente correlato allo svolgimento delle mansioni del lavoratore.

Si possono fare in proposito vari esempi: un software installato sui dispositivi dati in dotazione ai lavoratori, che abbia il fine di analizzare le chiamate effettuate per ricavarne informazioni al fine di una migliore commercializzazione del prodotto rientra nel primo comma e necessita di un’autorizzazione; diversamente un programma GPS installato sugli *smartphone* oscilla tra il primo e il secondo comma a seconda del tipo di mansioni svolte dal lavoratore che lo ha in dotazione: se si tratta di un’attività che riguarda l’assistenza del cliente sul campo allora saremo nel comma 2°, altrimenti nel 1°¹⁷⁵.

¹⁷⁵ In un caso simile si è pronunciato il Garante in un provvedimento del 2014 inerente ad una verifica preliminare richiesta da Ericsson Telecomunicazioni. Al contrario, secondo Del Ninno, in questi casi si rientrerebbe nel secondo comma, in quanto, nel caso del GPS installato sul veicolo di un lavoratore che opera nel settore dell’autotrasporto, questo sistema sarebbe il vero strumento con il quale si svolge la prestazione, *La riforma dell’art. 4 dello Statuto dei Lavoratori e i controlli a distanza alla luce delle nuove disposizioni di attuazione del Jobs Act: quali rischi per la privacy dei lavoratori?*, *Diritto e giustizia*, Milano, 2015, 7 ss.

Alcuni autori però ritengono che l'intervento del Ministero non sia sufficiente a fare chiarezza¹⁷⁶. C'è chi ritiene che al Ministero non sanno, o fingano di non sapere, che attualmente la stragrande maggioranza degli strumenti informatici è già dotata di sistemi di geolocalizzazione e/o rilevazione di traffico e quant'altro fin dall'immissione in commercio, senza necessità di dar corso a chissà quale modifica; e considerazioni analoghe si possono verosimilmente fare per altre tipologie di strumenti utilizzati dal lavoratore, come i macchinari. A ciò deve aggiungersi che, pur volendo attribuire alla fonte ministeriale la massima attendibilità, l'applicazione e l'interpretazione della norma non potranno che fondarsi prima di tutto sul dato letterale di essa, che di modifiche non parla affatto¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Nonostante sia stata sufficiente a placare i dubbi sollevati anche in sede di esame del provvedimento in Commissione alla Camera, come risulta dall'esame dei lavori che hanno portato tale ramo del Parlamento ad emanare il proprio parere positivo: "osservato che il medesimo Ministero ha evidenziato che, nel momento in cui tali strumenti vengano modificati, ad esempio con l'aggiunta di appositi software di localizzazione filtraggio, per controllare il lavoratore, essi divengono strumenti che servono al datore di lavoro per controllarne la prestazione, con la conseguenza che le modifiche possono essere introdotte solo alle condizioni indicate nel primo comma del nuovo testo dell'articolo 4 della legge n.300 del 1970".

¹⁷⁷ Cosattini, *Le modifiche all'art.4 Stat. lav. sui controlli a distanza, tanto rumore; per nulla?*, *Lav. nella giur.*, 11/2015, Milano, 987 ss.

4.2 Maggiori controlli sulle prestazioni del lavoratore.

Le innovazioni apportate dal Legislatore hanno suscitato timori riguardo la possibilità, per il datore di lavoro, di operare con maggiore facilità controlli sui propri dipendenti. In particolare si teme che l'utilizzo, ormai diffuso in tutti i settori, di strumenti elettronici espande esponenzialmente le possibilità di controllo nella disponibilità dei datori di lavoro. Se si immagina che moltissimi lavoratori utilizzano quotidianamente e per tutta la durata delle loro prestazioni strumenti collegati alla rete *internet*, o che comunque sono forniti di programmi di geolocalizzazione, si capisce come il timore di controlli continui e indiscriminati sia una realtà ormai attuale.

Tali timori, tuttavia, sarebbero fugati dalle interpretazioni maggioritarie della norma contenuta nel nuovo comma 2° dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori.

Le parti sindacali, prima della effettiva entrata in vigore del nuovo testo, avevano accusato il Governo di voler smantellare tutto l'impianto di tutele che la legge 300 del 1970 forniva ai lavoratori; in particolare si è affermata l'idea secondo la quale la nuova norma permetta di operare controlli senza alcuna garanzia¹⁷⁸.

Seguendo però gli orientamenti maggioritari, si evince che le tutele per il lavoratore restano pressoché identiche. Il nuovo secondo comma non prevede alcun tipo di autorizzazione unicamente nel caso in cui si

¹⁷⁸ In tal senso Sozzi, secondo il quale "l'evoluzione tecnologica rende questi strumenti di lavoro dotati di una potenzialità di controllo a distanza illimitata. In altre parole, semplificando, assegnare al dipendente uno *smartphone* o un *tablet* "spento" non richiede il preventivo accordo sindacale. Ma cosa accade nel momento in cui lo si accende e questo si connette alla rete? Di quali software è dotato? Quali garanzie di tutela della dignità e della riservatezza operano?". *Il "nuovo" art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *I quaderni di wikilabour*, Milano, 2015, 25 ss.

tratti di strumenti che il lavoratore deve utilizzare per eseguire la prestazione lavorativa; discorso differente va fatto per i software che possono essere installati sullo strumento stesso: non ci sarà bisogno di consultare i sindacati nel caso in cui tale programma sia necessario all'adempimento delle mansioni connaturate alla prestazione stessa, diversamente, il datore di lavoro avrà bisogno di ottenere il consenso qualora l'installazione di tale programma è giustificato da esigenze di tipo produttivo o di sicurezza sul lavoro.

In ogni caso bisogna sempre tener presente che il potere di controllo è un potere connaturato alla figura stessa del datore di lavoro. Il codice civile attribuisce a questa figura la possibilità di sanzionare le condotte del lavoratore che integrano una violazione dell'obbligo di lavorare con diligenza e delle disposizioni impartite per l'esecuzione e la disciplina del lavoro; è tramite il potere di controllo che il datore di lavoro può raccogliere le informazioni sulle quali fondare, eventualmente, una sanzione disciplinare. La possibilità di utilizzare le informazioni raccolte ha uno scopo deterrente, che spinge il lavoratore a non commettere attività che potrebbero portare alla sanzione¹⁷⁹.

Di conseguenza possiamo affermare, seguendo gli orientamenti maggioritari, che le tutele per il lavoratore non sono diminuite e le innovazioni normative non hanno apportato rivoluzioni di sorta¹⁸⁰. Si è trattato unicamente di un adeguamento della norma dello Statuto resasi necessaria dall'evoluzione tecnologica degli ultimi decenni. Se l'articolo

¹⁷⁹ Del Punta, Del Punta, *La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n.151/2015).*, *Riv. ita. dir. lav.*, fasc.1, 2016, 90 ss.

¹⁸⁰ Opinione diversa è quella espressa da Marazza, il quale ritiene che l'introduzione della "tutela del patrimonio aziendale" tra le cause che giustificano l'installazione di sistemi di videosorveglianza, possa permettere di sottoporre a controllo l'attività lavorativa dei dipendenti in quanto "non v'è ragione per non ricomprendere nelle esigenze di tutela del patrimonio aziendale anche l'esigenza di accertare il corretto adempimento della prestazione di lavoro". *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 300/2016, Roma, 2016, 14 ss.

4 non fosse stato modifica, ci troveremmo nella situazione in cui un datore di lavoro dovrebbe chiedere un' autorizzazione sindacale anche solo per fornire in dotazione ai propri dipendenti un *personal computer*. Questa situazione, oltre ad essere anacronistica, creerebbe non pochi problemi anche sotto il punto di vista della praticità, e di conseguenza, della produttività. Le aziende ormai necessitano sempre più di un personale che usi mezzi informatici e strumenti di nuova generazione, sia per comunicare con gli altri membri dell'organizzazione aziendale, sia per tenere i contatti con i clienti; e quindi, in ultima analisi, per lavorare in modo più efficiente e moderno. A questi cambiamenti non deve essere associata necessariamente una diminuzione delle tutele e dei diritti dei lavoratori: maggiori innovazioni non sono sinonimo di minori garanzie.

4.3 Possibile violazione dei principi di riservatezza e autonomia.

Uno dei profili più critici è quello che riguarda la tutela della riservatezza e dell'autonomia del lavoratore. Sotto questo punto di vista, si è soliti affermare che l'art. 4 dello Statuto detta regole volte a garantire la protezione della dignità e della riservatezza del lavoratore.

Autorevole dottrina ha non a caso evidenziato che le regole dettate dallo Statuto dei lavoratori (tra cui in particolare l'art. 8 S.L.) hanno costituito la più significativa innovazione della legislazione italiana in materia di tutela delle informazioni personali¹⁸¹.

La possibilità di un conflitto tra il potere di controllo del datore di lavoro e l'autonomia e la riservatezza del lavoratore sorge soprattutto in riferimento alla categoria, appena analizzata, degli strumenti che il lavoratore utilizza per svolgere la propria prestazione.

Essendoci una stretta connessione tra l'attività lavorativa e l'utilizzo del dispositivo, ci si chiede se il datore di lavoro, tramite questi strumenti possa monitorare costantemente gli spostamenti fisici, ma anche le navigazioni sulla rete del dipendente e trarne informazioni. Le modifiche apportate all'articolo 4 dal Decreto 151 si occupano anche di questo aspetto e lo fanno in modo particolarmente puntuale, recependo le precedenti sollecitazioni da parte del Garante della Privacy¹⁸² e individuando tutta una serie di obblighi informativi che il datore di lavoro deve espletare nei confronti di tutti i suoi dipendenti. La possibilità di installare lo strumento va, infatti, tenuta distinta dalla possibilità di analizzare le informazioni dallo stesso registrate.

¹⁸¹ Cfr. S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 24 ss.

¹⁸² A tal proposito sarà utile analizzare le Linee guida del 2007 per l'uso della posta elettronica e di internet.

Pur non essendo necessaria l'autorizzazione, il datore di lavoro non deve essere considerato libero di controllare ed esaminare i dati registrati, in quanto sarà tenuto a rispettare i limiti posti dall'ordinamento a tutela della dignità e riservatezza del lavoratore, così come delineati nel terzo comma dell'art. 4¹⁸³, che verranno esaminati all'interno del terzo capitolo.

Di conseguenza si può ritenere che la riservatezza del lavoratore è difesa da una serie di tutele più forti rispetto alla disciplina precedente, essendosi attuata una combinazione tra le norme statutarie e quelle di tutela della privacy contenute nell'apposito codice. A seguito della modifica alla norma statutaria, l'articolo 4, da norma prettamente giuslavoristica si è trasformato in norma di raccordo tra diritto del lavoro e diritto alla privacy. Il legislatore ha recepito le novità che si stanno delineando all'interno di questa materia e ha reso più moderna una norma fondamentale all'interno dell'ordinamento lavoristico, andando a tutelare in modo diverso, e forse migliore, il lavoratore.

¹⁸³ Alvino, *I nuovi limiti al contr. a dist.*, Milano, 2016, 1003 ss.

5. Controllo accessi e controllo presenza senza accordo sindacale.

Il nuovo secondo comma prevede l'esenzione dall'obbligo di autorizzazione anche per gli "strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze". La disposizione risulta innovativa soprattutto alla luce degli orientamenti della maggioranza della giurisprudenza che richiedeva l'accordo tra datore di lavoro e sindacati per poter installare in azienda strumenti utili a verificare l'accesso e l'uscita dei lavoratori dagli stabilimenti dell'azienda, in modo da poter verificare il rispetto dell'orario di lavoro¹⁸⁴.

Per quanto riguarda la modifica apportata all'articolo 4, la lettura del nuovo comma 2° sicuramente fa riferimento alla possibilità di installare tali sistemi, senza autorizzazione, solo in presenza delle esigenze produttive e organizzative, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale. Una lettura differente porterebbe l'interprete a giustificare l'utilizzo di tali apparecchiature senza autorizzazione e senza alcuna esigenza, venendo così a giustificare un controllo diretto sull'attività dei lavoratori; controllo tutt'ora vietato dalla norma statutaria, la quale, anche a seguito dell'abrogazione dell'esplicito divieto, mantiene in vita il divieto assoluto di controlli diretti, ma soprattutto

¹⁸⁴ Come sottolineato da Del Ninno "anche prima della riforma, comunque, tali strumenti erano considerati estranei alla fattispecie del divieto assoluto - in quanto non finalizzati (eminentemente) al controllo vessatorio sul lavoratore - in quanto il loro scopo è quello di registrare i dati temporali necessari per la gestione aziendale e la remunerazione della prestazione (orari di accesso e uscita, rilevazione degli straordinari, evidenziazione della presenza a mensa in correlazione con gli intervalli contrattuali e nel rispetto dei turni aziendali stabiliti, rilevazione della presenza in assemblea, ex art. 20, Stat. lav., ai soli fini del computo delle ore di fatto utilizzate nell'ambito e fino alla concorrenza del tetto massimo individuale delle 10 ore annue retribuite pro-capite)". *n vigore la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori sui controlli a distanza: il decreto legislativo 14 Settembre 2015 n. 151, privacy dei lavoratori e nuove regole*, Diritto e Giustizia, Milano, 2015, 35 ss.

andando a violare i principi di dignità e libertà personale di cui all'articolo 2 della Costituzione¹⁸⁵ che sono ancora alla base del divieto stesso. In questo modo quindi l'interpretazione da seguire dovrebbe individuare negli "strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze" solo quelli che permettono di accertare l'accesso ai locali aziendali e la presenza in azienda durante l'orario di lavoro, verificabile attraverso il controllo sull'uscita.

Un'interpretazione che superi il contrasto col divieto disposto dal primo comma e con i principi costituzionali, e salvi gli strumenti di controllo sugli spostamenti interni all'azienda, dovrebbe condurre alla disapplicazione solo parziale del primo comma, la quale consisterebbe nell'eliminazione dell'obbligo di accordo sindacale quando l'accesso a determinati luoghi sia consentito solo a personale specializzato, e quindi lo stesso sarebbe giustificato da ragioni di sicurezza del lavoro o di tutela del patrimonio aziendale¹⁸⁶.

Questa soluzione sarebbe anche rispettosa dei limiti imposti dalla legge n. 183 del 2014 la quale ha delegato il Governo a operare una "revisione della disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e contemperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori". La delega consente di rivedere la disciplina in questione sia in relazione agli impianti fissi o portatili attraverso i quali il lavoratore svolge la sua atti-

¹⁸⁵ Salimbeni, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, riv. ita. lav., fasc.4, Milano, 2015, 590 ss.

¹⁸⁶ E' questa l'opinione di Salimbeni la quale ritiene che lavoratori appositamente attrezzati o l'esigenza di tutelare la segretezza di determinati processi produttivi, possano portare all'applicazione solo parziale del primo comma dell'articolo 4. Op. cit., 2015. Opinione opposta è quella fornita da M. Marazza che ritiene l'opinione di Salimbeni "del tutto priva di riscontro normativo e che, peraltro, nulla aggiungerebbe rispetto a quanto già avveniva nella vigenza della vecchia formulazione dell'art. 4 dello Statuto". *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 300/2016, Roma, 2016, 7 ss.

vità di lavoro, sia in funzione della tutela delle esigenze produttive ed organizzative, le quali ultime, vanno contemperate con la tutela della dignità e riservatezza dei lavoratori. Sicuramente gli strumenti di verifica degli accessi e delle presenze negli spazi aziendali non sono strumenti di lavoro ma, allo stesso tempo, non si può negare la sussistenza dell'altro criterio indicato in delega e cioè la sussistenza di esigenze produttive e organizzative.

5.1 Sentenza Corte di Cassazione n.15892 del 2007: obbligo di accordo sindacale per il controllo accessi.

La sentenza numero 15892 della Cassazione, oltre ad essere stata una delle pronunce con le quali la Corte ha corretto l'impostazione riguardo i controlli "difensivi"¹⁸⁷, è stata anche quella che ha affermato che costituirebbe controllo a distanza vietato all'articolo 4 anche la "rilevazione dei dati di entrata ed uscita dall'azienda mediante un'apparecchiatura di controllo predisposta dal datore di lavoro per il vantaggio dei dipendenti - nella specie, un congegno di sicurezza predisposto nel

¹⁸⁷ Con questa sentenza la Corte dichiarò che anche la categoria dei controlli "difensivi" doveva rientrare nella disciplina del secondo comma dell'articolo 4, quindi di quei controlli che necessitano dell'autorizzazione sindacale per essere svolti, in quanto "la insopprimibile esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti non può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore", con la conseguenza che tale esigenza "non consente di espungere dalla fattispecie astratta dei c.d. controlli difensivi". In Dir. prat. lav., Assago, 2007, 39 ss.

locale garage ove posteggiare le autovetture dei dipendenti durante l'orario di lavoro, attivabile mediante un tesserino personale assegnato a ciascun dipendente con il quale venivano attivati anche gli ingressi agli uffici - ma utilizzabile anche in funzione di controllo dell'osservanza dei doveri di lavoro e correttezza dell'esecuzione della prestazione lavorativa".

I controlli in entrata ed uscita permettono un controllo sull'orario di lavoro e sul *quantum* della prestazione, ma non è chiaro perché tale tipo di controllo dovrebbe essere proibito o limitato¹⁸⁸. Si tratterebbe di un tipo di controllo giustificato quantomeno da esigenze organizzative e produttive, e di conseguenza limitato dall'esigenza di ottenere un'apposita autorizzazione da parte delle rappresentanze sindacali.

A favore della tesi secondo la quale la sentenza della Cassazione non poteva essere sostenuta, ci sono le opinioni che ritengono che il badge, realizzando un controllo palese essendo attivato direttamente dal dipendente tramite l'atto della marcatura e unicamente in coincidenza con l'inizio e la fine della giornata lavorativa, non può essere ritenuto lesivo della dignità e della riservatezza del lavoratore¹⁸⁹. Nonostante questa opinione, da molte parti sostenuta, la giurisprudenza ha adottato un orientamento particolarmente restrittivo sul presupposto che la registrazione dell'identità del lavoratore all'entrata e all'uscita dell'azienda e/o del parcheggio aziendale possa condurre ad un controllo dell'attività lavorativa del singolo dipendente. La soluzione appare eccessiva soprattutto nella misura in cui bisognerebbe considerare apparecchiatura di controllo anche il cartellino marca-tempo: uno strumento tecnico diverso, ma che consente di pervenire allo stesso risultato.

¹⁸⁸ Miscione, *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo, Il lavoro nella giurisprudenza*, 8-9, Milano, 2013, 769 ss.

¹⁸⁹ Zoli, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l.300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in Tullini, *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, Padova, 2010, 164; Levi, *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Torino, 213 ss.

Ritenere infatti tale strumento interdetto, sarebbe stato frutto di un'interpretazione paradossale della disposizione¹⁹⁰.

Quindi, se il divieto implicito del nuovo secondo comma si riferisce tanto allo svolgimento dell'attività lavorativa, quanto al comportamento tenuto dal prestatore in azienda o, durante l'orario lavorativo, non sembra possa estendersi anche alla mera verifica del rispetto di tale orario, cioè alla sola presenza nel luogo di lavoro, che non implica nessun controllo né assiduo, né anelastico, né intrusivo, sul comportamento della persona¹⁹¹.

In questo senso si è pronunciato anche il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si è limitato a precisare che, in riferimento ai badges, viene in rilievo la registrazione di dati personali “che possono essere oggetto di una richiesta di accesso”¹⁹² e per i quali il datore di lavoro deve informare il soggetto a cui i dati si riferiscono circa le finalità e le modalità del trattamento stesso, nonché l'ambito di comunicazione e diffusione degli stessi e quindi tutte le altre informazioni obbligatorie previste dall'articolo 13 del Codice della privacy, senza, tuttavia, sollevare dubbi sulla legittimità dello strumento badge.

¹⁹⁰ G. S. Passarelli, *Intervento*, in Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori, a cura di R. De Luca Tamajo, Milano, 1988, 197 ss.

¹⁹¹ In tal senso Vallauri, op. cit., 2007.

¹⁹² Cfr. Newsletter del 7 - 13 Giugno 1999, <http://www.garanteprivacy.it/home/stampa-comunicazione/newsletter>.

6. L'utilizzabilità dei dati a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro.

Ulteriori problemi interpretativi sono stati sollevati dal comma terzo che permette di utilizzare i dati raccolti a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, purché sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196¹⁹³. La norma è stata da più parti criticata¹⁹⁴ perché, secondo molti interpreti¹⁹⁵, permetterebbe al datore di lavoro di sanzionare il lavoratore senza che a favore di quest'ultimo ci siano sufficienti garanzie.

¹⁹³ A questo proposito si è espresso anche il Garante in due audizioni presso la Commissione Lavoro della Camera dei Deputati (9 luglio 2015) e la Commissione Lavoro del Senato (14 luglio 2015), precedenti all'emanazione del testo definitivo, dichiarando che "è un'innovazione non irrilevante, soprattutto rispetto all'indirizzo giurisprudenziale che, ad esempio, ha escluso l'utilizzabilità dei dati ottenuti con controlli difensivi, per provare l'inadempimento contrattuale del lavoratore (es. Cass., 16622/2012). Tale modifica costituisce uno sviluppo forse solo indiretto del criterio di delega, almeno formalmente non comprensivo anche della fase - successiva al controllo dell'utilizzazione delle informazioni così ottenute, nell'esercizio di poteri datoriali (direttivo, disciplinare) diversi dal potere di controllo. Si tratta, evidentemente, di un'estensione delle possibilità di utilizzo dei dati ottenuti con questi controlli indubbiamente notevole ma non certo illimitata. Infatti, i principi di legittimità e determinatezza del fine perseguito con il trattamento, nonché della sua proporzionalità, correttezza e non eccedenza, non solo escludono l'ammissibilità di controlli massivi, ma impongono comunque una gradualità nell'ampiezza e tipologia del monitoraggio, che renda assolutamente residuali i controlli più invasivi, legittimandoli solo a fronte della rilevazione di specifiche anomalie e comunque all'esito dell'esperimento di misure preventive meno limitative dei diritti dei lavoratori".

¹⁹⁴ La Commissione Lavoro della Camera ha suggerito al Governo, nel parere conclusivo espresso, una serie di modifiche in vista della adozione del testo definitivo introduttivo della riforma del controllo a distanza dei lavoratori.

¹⁹⁵ Interessante è l'opinione della Salimbeni la quale avanza dubbi di legittimità costituzionale in riferimento alla previsione del comma terzo. L'autrice ritiene che "se la limitazione del primo comma ha lo scopo di mantenere in vita il divieto di utilizzare impianti di controllo invasivi della dignità e della riservatezza del lavoratore, la palese smentita che ne deriva ad opera del terzo comma rischia di essere ingiustificata a contraria ai principi costituzionali". *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore, riv. ita. lav., fasc.4, Milano, 2015, 589 ss.*

La maggior parte degli interpreti si è soffermata sulla possibilità che il datore di lavoro utilizzi le informazioni per sanzionare i propri dipendenti, verificando chi utilizza l'orario lavorativo per svolgere attività di tipo personale¹⁹⁶.

Il realtà con questa previsioni si vuole creare un raccordo tra disciplina lavoristica e disciplina di tutela della privacy, andando a spostare le tutele a favore del lavoratore in un campo diverso da quello dello Statuto, in particolare in quello privacy¹⁹⁷, e, inoltre, introducendo delle condizioni per l'utilizzo delle informazioni che siano volte a tutelare il lavoratore.

Le condizioni sono: a) che le informazioni siano raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 dell'articolo 4; b) che sia data al lavoratore “adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli”: è stata in questo modo ulteriormente sancita l'istanza di trasparenza già ricavabile dal codice privacy. Questa informazione (come

¹⁹⁶ M. Marazza sottolinea, in riferimento all'uso delle informazioni raccolte che “per quanto riguarda la finalità del trattamento sembra infatti chiaro che la generale previsione del Codice *Privacy* per la quale i dati oggetto di trattamento “sono raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi” (art. 11, comma 1, lett. b) è, nel caso di specie, sostituita da una norma più specifica che autorizza esplicitamente trattamento delle informazioni raccolte ad ogni utilizzo connesso al rapporto di lavoro. Con ciò autorizzando un trattamento dei dati che non richiede alcun intervento valutativo del Garante e che apre prospettive che vanno ben oltre l'esercizio del potere disciplinare e la gestione delle politiche premiali. Basti considerare, del resto, all'impatto che il novellato art. 4 della legge n. 300/1970 può assumere, applicato unitamente all'art. 2103 c.c., nella strutturazione di modelli di mappatura di competenze anche in vista delle progressioni di carriera. Ciò alla luce della possibilità di poter trattare (tramite gli strumenti di lavoro) dati di enorme impatto nella valutazione delle prestazioni di lavoro nell'ambito di percorsi professionali che risulteranno sempre più connotati (per effetto dell'ampliamento dello *ius variandi*) da una notevole rotazione di incarichi, tra l'altro funzionale all'accrescimento di professionalità ed alla individuazione delle mansioni più confacenti alle competenze e propensioni della persona”. *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 300/2016, Roma, 2016, 27 ss.

¹⁹⁷ Opinione questa sostenuta, tra gli altri da M. Marazza, il quale sottolinea come essendo necessario “per l'utilizzo di quei dati a “*tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*” che siano rispettate le prescrizioni dell'art. 4, comma 3, è proprio sotto questo specifico profilo che emerge la compenetrazione tra il diritto del lavoro e il diritto della *privacy*”. *Op. ult. cit.*, 2016, 22 - 23.

si approfondirà nel terzo capitolo) deve essere fornita al lavoratore in modo da permettergli un esame completo delle regole aziendali e potrà facilmente integrarsi con i regolamenti interni. Sarà sufficientemente agevole per i datori di lavoro attrezzarsi con modelli che contengano le informazioni necessarie a spiegare nel dettaglio al lavoratore come e quando il datore può dar corso ai controlli¹⁹⁸; c) che le informazioni siano raccolte nel rispetto del codice della privacy¹⁹⁹. A quest'ultimo proposito si deve rilevare come un primo problema applicativo potrebbe essere rappresentato dalla questione se il rinvio al Codice includa anche le norme esterne a tale testo normativo così come contenute – ad esempio – nei Provvedimenti Generali del Garante che l'Autorità ha specificatamente emanato in materia di trattamento dei dati personali dei lavoratori implicati dall'impiego di particolari strumenti: si pensi al provvedimento generale del 1° Marzo 2007 recante le *Linee Guida per posta elettronica e Internet* o al provvedimento generale dell'8 Aprile 2010 sulla videosorveglianza o ai provvedimenti generali recanti le *Linee Guida in materia di trattamento dei dati dei lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati* (Deliberazione 53/2006) e *pubblici* (Deliberazione 23/2007). E' un aspetto non secondario in quanto il Codice della privacy contiene in materia solo norme di principio generali, mentre le vere regole esecutive sono con-

¹⁹⁸ Cosattini, *Le modifiche all'art.4 Stat. lav. sui controlli a distanza, tanto rumore; per nulla?, Lav. nella giur.*, 11/2015, Milano, 987 ss.

¹⁹⁹ Anche in questo caso risulta estremamente interessante l'opinione secondo la quale il Legislatore "sembra convinto di aver affidato la tutela della dignità e riservatezza del lavoratore al preventivo rispetto della normativa in materia di protezione dei dati e di aver fatto un passo avanti rispetto al passato. In realtà invertendo il rapporto sistematico che nel nostro ordinamento esiste tra norma generale e norma speciale, ha affermato la priorità di una disciplina che nessun bisogno aveva di essere richiamata, retrocedendo sia sul campo delle tutele sostanziali che su quello della chiarezza normativa". Salimbeni, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, riv. ita. lav., fasc.4, Milano, 2015, 587 ss.

tenute nella produzione di secondo livello ad opera dell’Autorità Garante²⁰⁰. Dunque se formalmente si ritenesse il Codice della privacy quale unica fonte normativa che i datori di lavoro devono rispettare, si rischierebbe uno svuotamento effettivo delle tutele. In realtà il riferimento generico al Codice della privacy deve includere anche tutti i provvedimenti e le norme secondarie esecutive come nel tempo emanate dal Garante privacy in forza di uno specifico richiamo contenuto all’art. 154, comma 1, lettera c) del Codice della privacy, che prevede che il Garante può prescrivere anche d’ufficio ai titolari del trattamento le misure necessarie o opportune al fine di rendere il trattamento conforme alle disposizioni vigenti.

La previsione contenuta nel terzo comma aggiunge significato alla normativa e aiuta a superare una interpretazione che veniva dal passato, la quale escludeva ogni impiego a fini disciplinari dei dati raccolti²⁰¹, essendo ad essa funzionale l’eliminazione del divieto esplicito di controlli a distanza²⁰². Adesso invece si ammette che le norme contenute nello Statuto devono trovare concorrente applicazione²⁰³, inte-

²⁰⁰ Del Ninno, *n vigore la riforma dell’art. 4 dello Statuto dei Lavoratori sui controlli a distanza: il decreto legislativo 14 Settembre 2015 n. 151, privacy dei lavoratori e nuove regole*, *Diritto e Giustizia*, Milano, 2015, 26 - 27.

²⁰¹ Stanchi, *Nel Jobs Act. il nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, *G. al Lav.*, Milano, numero 38, 2015, 39 ss.

²⁰² Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, *Dir. rel. indu.*, fasc.4, 2015, 990 ss.

²⁰³ Secondo M. Marazza “il d.lgs. 196 del 2003 è applicabile nella misura in cui non sia espressamente derogato dal medesimo art. 4 dello Statuto, destinato a prevalere anche in ragione della sua natura di norma speciale che disciplina la tutela della riservatezza di un soggetto “interessato” qualificato (qual è il lavoratore subordinato) rispetto ad uno strumento di trattamento del dato altrettanto tipizzato (qual è lo “strumento di controllo a distanza”). La questione è di grande importanza perché sta a significare che l’esplicita autorizzazione legislativa al trattamento dei dati rilevati mediante strumenti di controllo per “*tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*” (art. 4, comma 3), previo il rispetto dei commi 1 e 2 e fermo l’adempimento dell’obbligo di informativa, supera ogni diversa previsione del Codice Privacy in materia di consenso al trattamento e/o di finalità dello stesso”. *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 300/2016, Roma, 2016, 29 ss.

grandosi, con quelle del Codice privacy²⁰⁴. Inoltre, proprio perché il Codice privacy si compone anche e soprattutto di tutti gli atti “satellite” emanati dal Garante, deve tenersi in conto l’importanza di tutti quegli accorgimenti preventivi, ispirati al principio di necessità ex art. 2 del Codice, che continueranno ad essere utilizzati dal datore di lavoro, ancora prima dell’emanazione di una policy aziendale o del rilascio delle informazioni necessarie al lavoratore per essere adeguatamente informato.

E’ molto interessante notare come tutti gli interpreti che si sono espressi sulla disciplina del terzo comma, abbiano sottolineato unicamente la possibilità di utilizzare le informazioni raccolte a fini disciplinari o sanzionatori, omettendo di evidenziare come le informazioni ottenute in questo modo possano essere utilizzate anche a fini premiali²⁰⁵. Nulla vieta infatti al datore di lavoro di utilizzare i dati raccolti

²⁰⁴ E’ utile tenere presente che in sede di audizione in Commissione alla Camera dei Deputati “l’Autorità garante per la protezione dei dati personali ha evidenziato che il requisito della previa informazione del lavoratore costituisce un’esplicitazione di quanto già desumibile dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali e che il principale argine a un utilizzo pervasivo dei controlli sul lavoro è rappresentato dalla conformità alle norme del Codice in materia di protezione dei dati personali”. *Audizione del Presidente Antonello Soro sugli schemi di decreti legislativi attuativi del c.d. Jobs Act presso la Commissione Lavoro della Camera dei Deputati (9 luglio 2015) e la Commissione Lavoro del Senato (14 luglio 2015).*

²⁰⁵ Una delle poche opinioni in questo senso è stata espressa da M. Marazza, secondo il quale sarebbe una “prospettiva, a ben vedere, da non trascurare giacché non v’è dubbio che gli strumenti di controllo a distanza più tecnologicamente avanzati, se legittimamente installati, consentono di tracciare e documentare lo spessore professionale di una prestazione di lavoro anche in termini di rendimento medio. E, quindi, pur dovendo tenere conto dei limiti al trattamento dei dati derivanti dalla cosiddetta “profilazione”, forniscono elementi di valutazione che - con il consenso della persona - potrebbero assumere rilevanza anche ai fini della sua occupabilità. In questa prospettiva non è da escludere, anzi, che sia lo stesso lavoratore (soggetto “*interessato*”, nel senso di persona fisica cui si riferiscono i dati personali, ai sensi dell’art. 4, comma 1, lett. i, Codice *Privacy*) a voler direttamente utilizzare i dati raccolti dal datore di lavoro, ad esempio, per negoziare le condizioni economiche e normative del suo successivo impiego. E’ uno scenario che può oggi apparire futuristico ma, ritengo, da non trascurare. L’utilizzo dei dati di noi tutti non sembrava una questione di grande rilievo quando iniziavamo, con spensieratezza, ad utilizzare internet e connessioni mobili. Oggi riceviamo pubblicità tarate sui nostri desideri”. *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 300/2016, Roma, 2016, 25 ss.

tramite i controlli di cui al comma 1 e 2 per premiare aumenti di produttività dei dipendenti. Sarebbe possibile installare, sugli strumenti di lavoro, dei software che permettano di verificare quale lavoratore stia lavorando di più e meglio, facendo risparmiare all'impresa costi e tempi di lavorazione. In questo modo cambierebbe anche il rapporto tra sindacati e datore di lavoro, potendo essere raggiunto un accordo che preveda, oltre la possibilità di emanare sanzioni, anche quella di premiare la produttività dei dipendenti.

7. La modifica dell'articolo 171 del Codice della Privacy.

L'articolo 23 del decreto legislativo 151 del 2015, al comma secondo, in un ottica di raccordo tra Statuto dei lavoratori e codice privacy, ha modificato l'articolo 171 del decreto legislativo 30 Giugno 2003, n. 196, come segue: "La violazione delle disposizioni di cui all'articolo 113 e all'articolo 4, primo e secondo comma, della legge 20 Maggio 1970, è punito con le sanzioni di cui all'articolo 38 della legge 300 del 1970".

Prima di questa modifica era lo stesso codice della privacy a occuparsi del raccordo tra le due discipline, prevedendo che in tema di trattamento dei dati personali del lavoratore finalizzato al controllo a distanza “Resta fermo quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300” (art. 114) e in ipotesi di violazione dell’art. 114 si sarebbero applicate le sanzioni di cui all’art. 38 dello Statuto (art. 171 del Codice della privacy). Il Legislatore ha modificato tale norma sostituendo il riferimento alla violazione dell’art. 114 con il riferimento diretto alla violazione dell’art. 4, comma primo e secondo, dello Statuto dei Lavoratori. Non è una modifica solo testuale o formalistica: mentre prima la sanzione penale era correlata alla violazione delle norme sul trattamento dei dati personali (in ciò il richiamo diretto all’art. 114 del Codice fatto dall’art. 171, quindi si trattava di una sanzione “privacy”), ora la sanzione è di natura “lavoristica” pura, poiché l’art. 171 del Codice della privacy colpisce la violazione diretta dell’articolo 4 dello Statuto, al di là di ogni aspetto sul trattamento dei dati personali (es: può essere sanzionato anche il mancato rispetto di procedure autorizzatorie ivi previste, al di là e anche prima di ogni trattamento dei dati personali mediante installazione ed operatività degli impianti)²⁰⁶.

Parte della dottrina ha poi sottolineato come la modifica operata dal legislatore abbia previsto una sanzione di tipo penale unicamente per

²⁰⁶ Del Ninno, op. cit., 2016. Secondo l'autore “l'aspetto che appare veramente singolare è che il Legislatore ha per la prima volta previsto una sanzione diretta per la violazione dell'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori (quale norma “lavoristica”) in un testo normativo diverso (il Codice della privacy). Il che la dice lunga sulla visione sistematica – da un lato – e sul timore quasi reverenziale di modificare una sorta di totem intoccabile quale è lo Statuto, se è vero che una modifica che avrebbe dovuto sistematicamente essere inserita all'articolo 38 dello Statuto (aggiungendo appunto le ipotesi di violazione dell'art. 4) è stata inopinatamente inserita in una norma (l'art. 171 del Codice della privacy) dedicata alle sanzioni penali per violazione del trattamento dei dati personali che ora risulta applicabile anche a casi che nulla hanno a che vedere con il trattamento dei dati”. Anche Dagnino sottolinea la peculiarità della tecnica normativa per cui l'applicazione della sanzione prevista dallo Statuto viene affidata ad una fonte esterna, *Tecnologie e controlli a distanza, Dir. rel. indu.*, fasc.4, 2015, 988 ss.

le violazioni che riguardano il primo e il secondo comma dell'articolo 4, lasciando priva di sanzione l'ipotesi di utilizzo illegittimo da parte del datore di lavoro delle informazioni raccolte mediante gli strumenti di controllo a distanza dei lavoratori (comma terzo)²⁰⁷. La modifica normativa sarebbe motivata dalla volontà legislativa di escludere dall'applicazione della stessa le violazioni riguardanti i vincoli rispetto all'utilizzabilità dei dati prescritti dal comma 3, in contrasto con la necessità di rafforzare la tutela del lavoratore proprio in sede penale²⁰⁸. Inoltre alcuni autori hanno sottolineato come la riconduzione nell'ambito di applicazione della sanzione penale non solo del primo comma, ma anche del secondo, stupisca in quanto se il primo comma prevede il rispetto di una determinata procedura e di vincoli relativi ai controlli, il secondo comma limitandosi ad esonerare l'uso degli strumenti di lavoro dalle condizioni di cui al primo comma, non pone nessun diverso obbligo sanzionabile, rinvenendosi in ciò un'aporia legislativa²⁰⁹.

In ogni caso il richiamo alla normativa privacy rappresenterebbe un indice rivelatore di quanto la disciplina sia complessa, in quanto sarebbe del tutto inutile tale richiamo essendo pacifico che le regole privacy sono il presupposto, il substrato normativo su cui poggia la disciplina dell'articolo 4. Proprio questo richiamo rende però palese che

²⁰⁷ Servidio, *Controllo dei dipendenti e difesa del patrimonio aziendale, Diritto e pratica del lavoro*, 12/2016, Milano, 774 ss.

²⁰⁸ Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza, Dir. rel. indu.*, fasc.4, 2015, 988 ss.

²⁰⁹ Rausei, *La nuova disciplina dei controlli a distanza fra luci e ombre*, in *Dpl*, 2015, 2153; sul punto si è espresso in modo opposto Stanchi il quale ritiene che la violazione del secondo comma si verifica nel momento in cui uno strumento di lavoro viene trasformato in strumento esclusivamente di controllo, *Nel Jobs Act. il nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori, G. al Lav.*, Milano, numero 38, 2015, 43 ss.

alle regole privacy vanno assoggettati specialmente tutti i criteri di verifica dei dati personali del dipendente e tutti i relativi trattamenti²¹⁰.

Infine va rilevato che al di là delle sanzioni previste dall'articolo 38 dello statuto, la violazione dell'articolo 4 può condurre ad altre ipotesi di responsabilità del datore di lavoro tanto in sede civile quanto in sede amministrativa, nonché all'applicazione dell'articolo 28 che punisce le condotte antisindacali²¹¹; e che in ogni caso le attività di controllo sono assoggettate, quanto alle modalità di attuazione, al complesso sistema sanzionatorio del codice della privacy²¹².

Per quel che riguarda specificatamente la sanzione, essa sarà un'ammenda da 154 a 1.549 euro o l'arresto da 15 giorni a un anno, con applicazione di entrambe le pene nei casi più gravi e ferma restando la possibilità, per il giudice, di quintuplicare l'ammenda qualora dovesse ritenerla inefficace sulla base delle condizioni economiche del datore di lavoro²¹³.

²¹⁰ Stanchi, *Nel Jobs Act. il nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, G. al Lav., Milano, numero 38, 2015, 38 ss.

²¹¹ Levi, *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Torino, 2013, 119 - 120.

²¹² Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, *Dir. rel. indu.*, fasc.4, 2015, 988.

²¹³ Soffientini, *I nuovi controlli a distanza*, *Diritto e pratica del lav.*, fasc.8, 2016, 497 ss.

CAPITOLO III.

Utilizzabilità dei dati raccolti e Codice della Privacy.

1. I rapporti tra le informazioni raccolte dal datore di lavoro e la tutela della privacy del lavoratore.

La modifica apportata all'articolo 4 dello Statuto dal decreto legislativo 151 del 2015, come detto, ha realizzato un collegamento molto stretto tra tutele di tipo giuslavoristico e tutele che invece rientrano nell'ambito della normativa sulla protezione dei dati personali. In particolare con i commi 2 e 3 si è realizzata un'innovazione molto rilevante, sia perché sia è introdotta una deroga all'obbligo di accordo di cui al comma 1 con riferimento agli "*strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa*" (cfr. art. 4, comma 2, Stat. Lav.), sia perché a partire dalla data di entrata in vigore della riforma (il 23 Settembre 2015) il datore di lavoro ha la possibilità di utilizzare le informazioni che ha raccolto "*a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*" (cfr. art. 4, comma 3, Stat. Lav.), purché la raccolta e l'utilizzo di tali informazioni sia avvenuta in piena conformità a quanto disposto dal del Decreto legislativo 30 Giugno 2003, n. 196 recante il c.d. Codice della privacy.

In particolare, quest'ultima novità ha suscitato non poche perplessità, soprattutto con riferimento alla tutela della privacy²¹⁴ del lavoratore e al rischio di una sua violazione da parte del datore di lavoro, sollevando, in particolare da parte dei sindacati, molte polemiche che hanno occupato per settimane le prime pagine dei quotidiani²¹⁵.

Il rapporto di lavoro subordinato, con particolare riferimento al potere di controllo del datore di lavoro, pone il lavoratore in una situazione di soggezione in quanto è da un lato interessato, ovviamente, a vedere tutelata la propria privacy, e dall'altro sa che però all'interno di un rapporto di lavoro è normale che il datore stesso possa venire a conoscenza di informazioni che lo riguardano sia per ciò che attiene al rapporto di lavoro²¹⁶, sia per ciò che riguarda la sua sfera personale²¹⁷.

Compito dell'articolo 4 è sempre stato quello di porre un freno all'attività di sorveglianza del datore e al tempo stesso garantire una tutela

²¹⁴ Il principio della tutela della riservatezza è stato da sempre inteso non solo come "non ingerenza" nella propria sfera individuale, bensì come necessità di realizzare un potere di controllo (dell'interessato) sulla circolazione delle informazioni che lo riguardano. Cfr. anche le opinioni di S. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in RCDP, 1997, 583 ss; o anche Lambertucci, *Svolgimento del rapporto di lavoro e tutela dei dati personali*, in *La tutela della privacy del lavoratore*, Direzione: Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, Padova, 2000, 19 ss.

²¹⁵ <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoLavoro/2015-10-01/la-nuova-disciplina-controlli-distanza-lavoratori-e-obblighi-informazione-capo-datore-lavoro-094204.php>

²¹⁶ Il diritto alla tutela della propria privacy, al giorno d'oggi è sempre più rilevante e interessa sempre di più i lavoratori in un mondo del lavoro caratterizzato dall'uso di tecnologie. Col passare degli anni tale diritto si è evoluto fino a diventare il "diritto a poter controllare tutte le informazioni personali raccolte da altri non solo per sorvegliarmi, ma soprattutto perché io possa godere di una serie di beni o servizi, essere immerso nel flusso delle relazioni economiche e sociali" S. Rodotà, *Intervista su privacy e libertà*, Bari, 2005, 34 ss.

²¹⁷ Nelle principali trattazioni sulla privacy è ricorrente la constatazione secondo la quale l'evoluzione tecnologica ed informatica ha notevolmente agevolato la raccolta e l'elaborazione dei dati personali, cfr. S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 113; Simitis, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, in RCDP, 1997, 563 ss.

al lavoratore²¹⁸; compito che non è venuto meno neanche a seguito della modifica apportata dall'intervento legislativo in esame.

Prima di tutto bisogna sottolineare come le tutele a favore del lavoratore non siano venute meno²¹⁹: affermare il contrario sarebbe errato perché, tramite il rinvio al Codice privacy formulato dal comma 3 dell'articolo 4, dette tutele, sono probabilmente aumentate²²⁰ trovando adesso la propria regolamentazione in un testo che si occupa in modo specifico di questo aspetto del rapporto di lavoro²²¹. In particolare, sul datore di lavoro che voglia utilizzare i dati raccolti tramite gli strumenti di lavoro grava l'obbligo di rispettare i principi che il Codice della Privacy ha individuato e che sono indispensabili al fine di vagliare la legittimità del controllo stesso, come ad esempio: il principio di necessità, il principio di correttezza, il principio secondo il quale i

²¹⁸ Il ruolo da sempre centrale della norma statutaria è stato sottolineato anche da Faleri, la quale ricorda come “la necessità di apprestare una adeguata tutela al diritto di riservatezza della persona del lavoratore da tempo è stata avvertita dal legislatore; si ricorda come proprio con la normativa statutaria si sia avuto il primo riconoscimento esplicito del diritto della riservatezza *tout court* e quindi la predisposizione di una sua prima forma di tutela, dimostrandosi come proprio nell'ambito dei rapporti di lavoro sia stata inizialmente sentita l'esigenza di intervenire per tutelare il bene della riservatezza”. *Poteri di controllo del datore ed accertamenti sanitari sul prestatore di lavoro*, in *La tutela della privacy del lavoratore*, Padova, 2000, 102 ss.

²¹⁹ Come sottolinea Del Ninno in *n vigore la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori sui controlli a distanza: il decreto legislativo 14 Settembre 2015 n. 151, privacy dei lavoratori e nuove regole*, Diritto e Giustizia, Milano, 2015, 13 ss: “deve ritenersi che le tutele del lavoratore permangono sostanzialmente inalterate e semmai rafforzate con gli specifici rinvii alle norme sulla protezione della privacy del lavoratore”.

²²⁰ Faggioli, *Jobs Act, più chiarezza nei controlli a distanza con la bozza di riforma*, http://www.corrierecomunicazioni.it/it-world/34943_jobs-act-piu-chiarezza-nei-controlli-a-distanza-con-la-bozza-di-riforma.htm

²²¹ Nel parere espresso dal Alvino si specifica come la riforma non abbia assolutamente dato carta bianca al datore di lavoro riguardo la possibilità di utilizzare liberamente le informazioni raccolte: “ammettere l'utilizzabilità dei dati registrati dallo strumento, non significa però consentire al datore di lavoro di interrogare il registro in maniera totalmente libera, il potere di controllo del datore di lavoro è, infatti, soggetto a dei limiti; obbligatori e condizionanti la legittimità del controllo e la conseguente utilizzabilità delle informazioni acquisite tramite lo strumento”. *I nuovi limiti al contr. a dist.*, Milano, 2016, 1002 ss.

trattamenti devono essere effettuati per finalità determinate, esplicite e legittime, osservando il principio di pertinenza e non eccedenza, e in base al richiamato principio di correttezza, l'eventuale trattamento deve essere ispirato ad un canone di trasparenza²²².

Il rinvio alla normativa sulla protezione dei dati personali sottopone dunque l'attività di controllo del datore di lavoro ad un vaglio di legittimità che si ha nel momento in cui si confrontano le modalità e le finalità della raccolta delle informazioni derivanti dal monitoraggio con i principi di tutela dei dati appena sopra indicati.

La nuova norma statutaria, inoltre, sottopone il datore di lavoro anche all'obbligo di fornire al lavoratore una *“adeguata informazione”* riguardo *“alle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli”* e, in ogni caso, viene prescritto il rispetto di quanto disposto dal Codice della privacy. Quest'altro onere legittimo o meno i controlli e la conseguente utilizzabilità dei dati tramite essi raccolti²²³: l'informazione è prescritta dalla nuova disposizione a pena di inutilizzabilità dei dati registrati dallo strumento e si deve ritenere che la stessa debba essere fornita al lavoratore anche relativamente agli strumenti che il datore di lavoro abbia installato prima della riforma dell'art. 4²²⁴

²²² L'esame approfondito di tali principi verrà svolto nei paragrafi successivi.

²²³ Cfr. Alvino, secondo il quale: “il giudice chiamato a valutare il corretto esercizio del potere disciplinare per punire un inadempimento riscontrato tramite l'esame dei dati registrati dall'apparecchiatura dovrà preliminarmente accertare che il controllo sia avvenuto nel rispetto di quelle regole. Aspetto, questo, normalmente non indagato dai giudici sotto il vigore del vecchio art. 4. Questa conclusione deriva dall'esplicito rinvio contenuto nell'art. 4 alla necessità di rispettare le regole dettate dal d.lgs. 196/2003, in forza del quale l'osservanza di queste ultime regole diviene la condizione per l'utilizzabilità a fini disciplinari del dato registrato dalla macchina. Condizione, questa, non esplicitata nel sistema precedente alla riforma, nel quale, viceversa, era l'art. 113 del Codice della privacy che faceva salvi i contenuti dell'art. 4 S.L., così dando all'interprete l'indicazione di dover ricostruire i limiti all'utilizzabilità dei dati facendo perno sulla norma statutaria. Questo rendeva incerti gli effetti che la violazione della disciplina sulla privacy avrebbe potuto avere sugli atti adottati nell'esercizio del potere disciplinare quale reazione alla notizia dell'inadempimento acquisita tramite l'interrogazione dello strumento”. *I nuovi limiti al contr. a dist.*, Milano, 2016, 1002 ss.

²²⁴ Alvino, *I nuovi limiti al contr. a dist.*, Milano, 2016, 1002 ss.

L'esplicito rinvio al Codice della privacy consente dunque oggi di affermare che i limiti da quest'ultimo dettati si pongono sullo stesso piano dei limiti posti dallo Statuto dei lavoratori, assumendo così una diretta incidenza sul legittimo esercizio dei poteri datoriali.

2. La inutilizzabilità quale sanzione per l'illecito esercizio del potere di controllo.

Come più volte sottolineato, una rilevante novità apportata all'articolo 4 è rappresentata dalla compenetrazione tra disciplina giuslavoristica e disciplina sulla tutela della dei dati personali²²⁵.

Tale collegamento ha introdotto tutele rafforzate (mediante il rinvio alla normativa sulla protezione dei dati personali), e contemporanea-

²²⁵ In questo senso cfr. Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 300/2016, Roma, 2016, 24 ss; Del Ninno, *In vigore la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori sui controlli a distanza: il decreto legislativo 14 Settembre 2015 n. 151, privacy dei lavoratori e nuove regole*, Diritto e Giustizia, Milano, 2015, 13 ss; Del Punta, *Del Punta, La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n.151/2015).*, *Riv. ita. dir. lav.*, fasc.1, 2016, 77 - 78.

mente nuovi limiti al potere di controllo del datore di lavoro²²⁶. Se infatti è vero che tutti i dati raccolti dal datore di lavoro tramite l'attività di controllo svolta sui propri dipendenti possono oggi, ai sensi del nuovo comma 3, essere utilizzati a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, è altrettanto vero che tale potere ha trovato due limiti che individuano la legittimità o meno degli stessi e quindi la loro utilizzabilità: l'adeguata informazione fornita al lavoratore e il rispetto di tutti quei principi che si trovano tanto nel Codice della privacy, quanto in tutti gli altri atti emananti negli anni dal Garante, come ad esempio alcuni provvedimenti generali recanti Linee guida di settore. Di conseguenza si dovrà fare riferimento, come presupposto di liceità del controllo ai sensi dell'art. 4 comma 3 dello Statuto dei Lavoratori, anche al Provvedimento del Garante del 1° Marzo 2007 recante le *Linee Guida per posta elettronica e Internet*²²⁷, al Provvedimento del Garante del 12 Novembre 2014 recante le *Linee guida in materia di riconoscimento biometrico e firma grafometrica*, all'Autorizzazione Generale n. 1 del 2014 sul trattamento dei dati sensibili dei lavoratori, se i trattamenti

²²⁶ Del Punta sottolinea il cambio di prospettiva in ordine alle nuove tutele offerte dall'articolo 4 ai lavoratori. In particolare viene sottolineata la differenza di approccio rispetto al vecchio testo statutario: "quello che la nuova norma toglie in termini di procedimentalizzazione del potere di controllo cerca di restituirlo con gli interessi rafforzando il profilo delle garanzie individuali, del tutto assenti, e non v'è da stupirsi, nell'originario modello statutario. E ciò tramite la contaminazione sistematica, che sta al cuore della filosofia della nuova norma, e dello scambio di garanzie da esse prospettato, tra l'articolo 4 e la normativa privacy". Del Punta, *La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n. 151/2015)*, *Riv. ita. dir. lav.*, fasc.1, 2016, 84 ss.

²²⁷ Salimbeni ritiene che il richiamo, effettuato dal comma terzo del nuovo articolo 4, all'obbligo di informazione e di rispetto della disciplina del decreto legislativo 196 del 2003, seppur importante era già desumibile dai principi enunciati dal Garante nelle Linee guida del 2007, della cui vincolatività nessuno ha mai dubitato e la cui importanza è testimoniata dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa, adottata in data 1 Aprile 2015, che ha amplificato a livello dell'Unione europea le indicazioni in esse contenute. Lo stesso richiamo al d.lgs. n. 196/2003, continua l'autrice, appare superfluo, perché l'uso dei dati personali è automaticamente assoggettato alle disposizioni del Codice della privacy che da tempo costituisce normativa di riferimento in materia di controlli sui lavoratori. *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, *riv. ita. lav.*, fasc.4, Milano, 2015, 589 ss.

finalizzati al controllo degli strumenti affidati in uso ai lavoratori abbiano ad oggetto anche dati sensibili (cioè i soli dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale), e infine alle *Linee guida in materia di trattamento dei dati dei lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati* (Deliberazione 53/2006) le *Linee guida in materia di trattamento dei dati dei lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro pubblici* (Deliberazione 23/2007).

Il primo effetto che ne consegue è l'eliminazione di qualsiasi spazio per la categoria dei "controlli occulti", con essi individuandosi quelli operati nella totale inconsapevolezza del lavoratore. Essendo l'informativa fornita al lavoratore uno degli elementi che rendono i dati lecitamente utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto lavoro, la raccolta degli stessi all'oscuro del lavoratore li priverebbe della loro legittimità.

Per quanto riguarda il riferimento al Codice della Privacy, secondo parte della dottrina, con tale rimando al rispetto della normativa di *data protection*, il Legislatore sembra aver dato un'indicazione relativa agli effetti della violazione del Codice rispetto al rapporto, confermando quanto già sostenuto in dottrina, per cui l'articolo 11 del Codice privacy consente un'espansione "della regola della nullità degli atti di gestione del rapporto di lavoro, per tutti i casi in cui ci si trovi di fronte ad una violazione del sistema di precetti legali costituito dall'intreccio fra normativa lavoristica e disciplina generale"²²⁸.

²²⁸ Cfr. Sitzia, *Il diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Padova, 2013, 43; e Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, *Dir. rel. indu.*, fasc.4, 2015, 988 ss.

Alcuni autori, basandosi sull'intervento del Garante²²⁹ secondo il quale il richiamo alla disciplina del Codice della privacy, con particolare riferimento al principio di finalità (articolo 11 comma 1 lettera b) comporti un'interpretazione "adeguatrice" del terzo comma del nuovo articolo 4, ha sostenuto che l'inutilizzabilità dei dati sia da riferire non solo, ovviamente, ai dati raccolti unicamente per finalità di controllo dell'attività dei lavoratori (in ottemperanza al disposto dell'articolo 4 comma 1), ma che anche l'utilizzo successivo debba essere compatibile con gli scopi individuati del trattamento²³⁰. Si fa riferimento alle esigenze organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale, essendo tale elenca tassativo²³¹. Da ciò deriverebbe l'esclusione dell'utilizzabilità a fini connessi al rapporto di lavoro, qualora tali fini non siano compatibili con la specifica esigenza per cui il controllo è posto in essere, limitarsi in questo modo l'apertura generica operata dal comma 3. Tale limitazione si riferisce in particolare ai fini disciplinari, ritenuti non sempre aderenti alle finalità elencate nel comma primo dell'articolo 4.

Opinione opposta è quella sostenuta da altri autori che, ritenendo l'articolo 4 una norma speciale rispetto al Codice privacy, sostiene che

²²⁹ Audizione informale presso Camera e Senato, precedentemente citata.

²³⁰ Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, *Dir. rel. indu.*, fasc.4, 2015, 988 - 989.

²³¹ Sitzia, *Il diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Padova, 2013, 43 ss.

le previsioni in esso contenute prevalgano su quelle generali del Codice stesso²³².

La violazione della disciplina a cui rimanda il comma 3 rende, come detto, inutilizzabili i dati raccolti dal datore di lavoro, tuttavia non comporta alcuna sanzione penale in capo allo stesso a meno che non integri, ovviamente, un trattamento illecito di dati personali, pur con tutte le rigidità previste dall'art. 167 del Codice.

Il Garante ha sottolineato come si potrebbe estendere la sanzione penale anche a questo tipo di violazione, potendo in questo modo introdurre un forte repellente all'attività illecita del datore di lavoro²³³.

²³² Si possono confrontare le opinioni di Marazza secondo cui “il d.lgs. 196 del 2003 è applicabile nella misura in cui non sia espressamente derogato dal medesimo art. 4 dello Statuto, destinato a prevalere anche in ragione della sua natura di norma speciale che disciplina la tutela della riservatezza di un soggetto “interessato” qualificato (qual è il lavoratore subordinato) rispetto ad uno strumento di trattamento del dato altrettanto tipizzato (qual è lo “strumento di controllo a distanza”). La questione è di grande importanza perché sta a significare che l'esplicita autorizzazione legislativa al trattamento dei dati rilevati mediante strumenti di controllo per “*tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*” (art. 4, comma 3), previo il rispetto dei commi 1 e 2 e fermo l'adempimento dell'obbligo di informativa, supera ogni diversa previsione del Codice *Privacy* in materia di consenso al trattamento e/o di finalità dello stesso” op. cit., 2016. Della stessa opinione è Salimbeni, che ritiene necessaria la verifica preliminare del rispetto della normativa contenuta nell'articolo 4, in *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 300/2016, Roma, 2016, 14 ss.

²³³ “Si potrebbe invece riflettere sull'opportunità di estendere la sanzione penale (o anzi codificarne una autonoma, visto che quella di cui all'art. 38 è davvero lieve e di carattere contravvenzionale) alla violazione del comma III del nuovo art. 4, che riguarda le condizioni di liceità dell'utilizzo dei dati dei lavoratori così raccolti. Risiede, infatti, in questa norma uno dei possibili argini rispetto al rischio di una sorveglianza totale (e abusiva, strumentale o comunque eccessivamente invasiva) sul lavoratore da parte del datore”. Audizione presso Commissione Lavoro della Camera dei Deputati (9 luglio 2015) e la Commissione Lavoro del Senato (14 luglio 2015).

3. Condizioni di utilizzabilità dei dati.

Il comma terzo dell'articolo 4 pone due condizioni affinché i dati raccolti dal datore di lavoro possano essere utilizzati a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro: l'aver fornito ai dipendenti un'adeguata informazione riguardo le modalità di utilizzo dei mezzi di controllo e di effettuazione dei controlli e il rispetto di quanto disposto dal Codice della Privacy. Oltre a queste due condizioni "esplicite", resta sottinteso che le informazioni raccolte tramite sistemi di controllo la cui unica finalità sia quella di sottoporre a controllo continuo l'attività lavorativa dei dipendenti non possono essere utilizzate, in quanto è illegittima già la forma di controllo con la quale sono state ottenute. Approfondendo l'analisi delle due condizioni poste dal nuovo comma terzo, essere rappresentano il raccordo tra disciplina lavoristica e disciplina di tutela della privacy, individuando i limiti all'attività di controllo in un testo normativo diverso dallo Statuto dei lavoratori.

3.1 L'adeguata informazione e l'articolo 13 del Codice della Privacy.

La prima condizione da rispettare affinché i dati raccolti possano essere legittimamente utilizzati dal datore di lavoro (tanto per scopi sanzionatori, quanto per fini premiali), è rappresentata dall'aver fornito ai dipendenti un'adeguata informazione riguardo le modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli.

Bisogna sottolineare come l'informazione richiesta dal comma terzo sia diversa dall'adeguata informativa individuata dall'articolo 13 del Codice privacy.

L'articolo 13 prevede che "l'interessato o la persona presso la quale sono raccolti i dati personali sono previamente informati oralmente o per iscritto circa: a) le finalità e le modalità del trattamento cui sono destinati i dati; b) la natura obbligatoria o facoltativa del conferimento dei dati; c) le conseguenze di un eventuale rifiuto di rispondere; d) i soggetti o le categorie di soggetti ai quali i dati personali possono essere comunicati o che possono venirne a conoscenza in qualità di responsabili o incaricati, e l'ambito di diffusione dei dati medesimi; e) i diritti di cui all'articolo 7; f) gli estremi identificativi del titolare e, se designati, del rappresentante nel territorio dello Stato ai sensi dell'articolo 5 e del responsabile".

Diversamente l'informazione che deve essere fornita ai lavoratori ha un contenuto più specifico in quanto si riferisce esplicitamente all'utilizzo dei mezzi di controllo in azienda e alle modalità con le quali il

controllo stesso verrà realizzato²³⁴; la comunicazione relativa alle modalità d'uso degli strumenti avrà un contenuto più “giuslavoristico” in quanto riconducibile ad una manifestazione del potere direttivo del datore di lavoro. Ne deriva che questo tipo di informazioni si presta, coerentemente, ad essere contenuta in *policies* aziendali destinate a disciplinare le modalità di uso di categorie omogenee di strumenti di controllo²³⁵. Per quel che riguarda il contenuto dell'informazione sulle modalità di effettuazione dei controlli è credibile che l'informativa prenda corpo in documenti separati, se pur destinati ad integrarsi vicendevolmente. Ciò in quanto l'informativa *privacy* resa ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 196/2003 tenderà ad esplicitare i principi generali del trattamento dei dati (ad esempio: necessità, accuratezza, tempo di registrazione dei dati, accesso), prestandosi poi ad essere integrata,

²³⁴ Marazza sottolinea come “l'informativa richiesta dall'art. 4, comma 3, della legge n. 300 del 1970 riguarda le modalità d'uso degli strumenti (non importa se ricadenti nel comma 1 o 2 di quella disposizione) e di effettuazione dei controlli. Si tratta di adempimenti diversi da quelli richiesti per l'informativa prevista dall'art. 13 del Codice *Privacy*, quanto meno perché più mirati e specifici, pur essendo il caso di rimarcare che quest'ultima disposizione impone comunque di mettere a conoscenza l'interessato dell'esistenza dei controlli e delle “*modalità del trattamento cui sono destinati i dati*”. Tale previsione sembra in qualche modo destinata a sovrapporsi con quanto prescrive l'art. 4 dello Statuto almeno per ciò che concerne la comunicazione delle “*modalità di effettuazione dei controlli*” che, in fin dei conti, è pur sempre una modalità, se pur qualificata, di trattamento dei dati”. *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 300/2016, Roma, 2016, 8, ss. Della stessa opinione Del Ninno, il quale ritiene che i due atti (informazione e informativa) abbiano contenuti diversi, *n vigore la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori sui controlli a distanza: il decreto legislativo 14 Settembre 2015 n. 151, privacy dei lavoratori e nuove regole*, Diritto e Giustizia, Milano, 2015, 12 ss.

²³⁵ Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 300/2016, Roma, 2016, 8, ss

nelle *policies* aziendali²³⁶, dalle più specifiche indicazioni richieste dalle peculiarità di ogni categoria di strumenti di controllo; in ogni caso, appare inevitabile che essa, per soddisfare i requisiti di legge, debba riguardare tutti gli strumenti di controllo (anche se strumenti di lavoro), con indicazione individualizzata delle loro funzionalità essenziali, delle modalità d'uso e dell'esistenza di un tracciamento di dati che il datore di lavoro si riserva di utilizzare a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro.

Per quanto concerne le “modalità d'uso”, si è prospettata in dottrina una diversificazione del contenuto dell'informazione, a seconda che essa sia destinata a fornire delle informazioni sul funzionamento degli strumenti di controllo o, per altro verso, sugli strumenti di lavoro²³⁷. Nel primo caso, infatti, l'atto che contiene le informazioni prescritte dalla legge tenderà ad illustrare l'utilizzo che dello strumento si riserva di fare il datore di lavoro (nel rispetto, ovviamente, dell'accordo collettivo o del provvedimento di autorizzazione. Si pensi agli orari e agli angoli di visualizzazione dell'impianto di video sorveglianza).

Per gli strumenti di lavoro, invece, l'informativa conterrà le prescrizioni cui il lavoratore si dovrà attenere nello svolgimento della presta-

²³⁶ “Tali policy dovranno essere necessariamente redatte non solo nel rispetto delle prescrizioni contenute nel Codice in materia di protezione dei dati personali, ma anche in conformità ai provvedimenti e le linee guida dettate dal Garante per la protezione dei dati personali, che già impongono ai datori di lavoro - ad esempio con riferimento all'utilizzo della posta elettronica e della rete internet nel rapporto di lavoro - l'adozione di policy interne e la predisposizione di misure organizzative e tecnologiche idonee a limitare al minimo l'acquisizione e l'utilizzazione dei dati personali dei lavoratori, in ossequio ai principi di necessità, pertinenza e non eccedenza. I datori di lavoro dovrebbero infine valutare attentamente l'opportunità di ottenere il consenso espresso da parte dei lavoratori al trattamento dei loro dati personali (anche di quelli potenzialmente sensibili, quali - ad esempio - le opinioni politiche o l'orientamento sessuale) acquisiti mediante l'utilizzo di strumenti leciti di controllo a distanza”. <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoLavoro/2015-10-01/la-nuova-disciplina-controlli-distanza-lavoratori-e-obblighi-informazione-capo-datore-lavoro-094204.php>

²³⁷ Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 300/2016, Roma, 2016, 10 - 11.

zione (si pensi, ad esempio, all'eventuale divieto di utilizzo della mail aziendali per attività personali).

In ogni caso le informazione individuate dal comma 3, potranno essere fornite ai dipendenti sia con un atto specifico, sia con un atto che potrà integrarsi con l'informativa di cui all'articolo 13 del Codice privacy²³⁸.

E' interessante sottolineare come sia l'articolo 13 del Codice della privacy sia l'articolo 4 comma 3 dello Statuto dei Lavoratori non prescrivano alcun obbligo di forma riguardo l'informazione, potendosi ammettere anche la forma orale; quest'ipotesi è tuttavia da escludere per due ragioni: in primo luogo il comma 3 prescrive un'informazione "adeguata", dovendosi ritenere quella orale non idonea a fornire al lavoratore tutte le informazioni necessarie per comprendere in modo completo e chiaro quanto la stessa prescrive. Inoltre, di fronte alla contestazione di un lavoratore il quale, si può ipotizzare, a seguito di un licenziamento disciplinare comminato per il mancato rispetto delle prescrizioni individuate nelle informazioni che gli erano state fornite,

²³⁸ Del Punta ritiene che i due atti, probabilmente a seguito delle prime esperienze aziendali, possano integrarsi, anche seguendo vari provvedimenti del Garante, nei quali si trovano pressoché le stesse parole usate dal legislatore del 2015, i quali già prefiguravano l'informativa ora delineata dalla legge, come ad esempio nelle Linee guida del 2007 sull'uso di internet e della posta elettronica. Del Punta, *La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n. 151/2015)*, *Riv. ita. dir. lav.*, fasc.1, 2016, 89 ss. Opinione simile è stata espressa da Marazza, *Op. ult. cit.*, 2016, 6 ss. Cfr. anche Del Ninno il quale, *n vigore la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori sui controlli a distanza: il decreto legislativo 14 Settembre 2015 n. 151, privacy dei lavoratori e nuove regole*, *Diritto e Giustizia*, Milano, 2015, 12 ss, ritiene possibile un'integrazione dei due documenti.

asserisca di non averle affatto ricevuto, sarebbe molto difficile dimostrare il contrario²³⁹.

L'ultimo obbligo che grava sul datore di lavoro è quello di portare a conoscenza di tutti i lavoratori le informazioni, al di là delle modalità di resa prescelte. Secondo parte della dottrina è necessario che tali informazioni vengano rilasciate individualmente ai lavoratori²⁴⁰, secondo altri è sufficiente una comunicazione generalizzata²⁴¹.

Sempre per quanto riguarda il rapporto tra Codice della privacy e trattamento dei dati del lavoratore implicato dall'utilizzo e dal controllo degli strumenti affidati per la resa della prestazione ai sensi del nuovo articolo 4 dello Statuto, alcuni autori si sono interrogati sull'opportu-

²³⁹ Secondo Olimpia Policella, il rispetto delle prescrizioni dell'articolo 4 non tutela il datore di lavoro nel caso in cui esso non abbia comunque rispettato anche le prescrizioni del Codice privacy. "Ne consegue che in un eventuale procedimento disciplinare il dipendente pur in presenza del rispetto dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori potrà eccepire la violazione della normativa privacy come causa di inammissibilità delle prove eventualmente raccolte dal datore di lavoro, circa tali eccezioni deciderà l'autorità giudiziaria innanzi alla quale pende il procedimento conformemente a quanto stabilito dall'art. 166 del Codice privacy". <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoLavoro/2015-09-15/controlli-dipendenti-impianti-audiovisivi-nuovo-art-4-statuto-lavoratori--161229.php>

²⁴⁰ Maresca, *Jobs Act, come conciliare potere di controllo e tutela della dignità e riservatezza del lavoratore*, in Forum Tuttolavoro (formazione.ipsoa.it/forum/545844/forum-tuttolavoro), 2016. In questo senso è interessante anche notare come nella circolare diffusa da Confindustria a seguito dell'entrata in vigore del nuovo articolo 4, si individui la possibilità di fornire tale informazione sia al singolo lavoratore, sia a gruppi di lavoratori che svolgono le stesse mansioni sia che svolgano mansioni differenti ma utilizzando gli stessi strumenti; ciò che è assolutamente fondamentale è che la modalità scelta ne assicuri la comunicazione personale.

²⁴¹ Marazza ritiene sufficiente questa seconda modalità di comunicazione, a condizione che il lavoratore sia avvisato del rilascio dell'informativa e che la relativa documentazione (digitale o meno) sia accessibile. Ciò in quanto è specifico obbligo del lavoratore aggiornarsi sulla evoluzione dei regolamenti aziendali che, per contratto, deve osservare nello svolgimento delle sue mansioni (art. 2094 c.c.; art. 2104 c.c.), *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 300/2016, Roma, 2016, 12 ss. Del Punta ritiene sufficiente la redazione e la pubblicizzazione di un regolamento privacy aziendale, *La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n.151/2015)*., *Riv. ita. dir. lav.*, fasc.1, 2016, 81 ss.

nità per il datore di lavoro di chiedere il consenso del lavoratore²⁴², alla luce della disciplina del Codice, e proprio perché è venuto meno il filtro degli accordi sindacali e delle autorizzazioni per tali strumenti.

²⁴² Del Ninno, *n vigore la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori sui controlli a distanza: il decreto legislativo 14 Settembre 2015 n. 151, privacy dei lavoratori e nuove regole*, *Diritto e Giustizia*, Milano, 2015, 13 ss.

La risposta, come sottolineato dalla dottrina stessa, è negativa²⁴³.

²⁴³ Il consenso del lavoratore non è necessario - proprio ai sensi delle norme del Codice - se il relativo trattamento (ovviamente nell'alveo di liceità dei controlli):

a) è necessario per eseguire obblighi derivanti dal contratto di lavoro del quale è parte il lavoratore [art. 24, comma 1, lettera b) del Codice]; b) per quanto riguarda i dati sensibili, è necessario per adempiere a specifici obblighi o compiti previsti dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria per la gestione del rapporto di lavoro, anche in materia di igiene e sicurezza del lavoro e della popolazione e di previdenza e assistenza, nei limiti previsti dall'autorizzazione generale [art. 26, comma 4, lettera d) del Codice]; c) si conforma ai Provvedimenti settoriali del Garante, che prevedono il c.d. "*bilanciamento di interessi*", cioè l'esclusione dell'obbligo di richiedere il consenso ove il titolare del trattamento rispetti pienamente tutte le prescrizioni emanate dal garante nei provvedimenti applicabili. Del Ninno, *In vigore la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori sui controlli a distanza: il decreto legislativo 14 Settembre 2015 n. 151, privacy dei lavoratori e nuove regole*, *Diritto e Giustizia*, Milano, 2015, 13 ss. Anche Marazza ritiene non necessario il consenso del lavoratore perché "pare corretto osservare che la legge condiziona il trattamento dei dati al solo adempimento dell'obbligo di informativa, che è un atto unilaterale che non richiede alcuna manifestazione di consenso da parte dell'interessato, osservato il quale le "*informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili*" (art. 4, comma 3). E' un capovolgimento della tradizionale prospettiva del Codice *Privacy* che, all'opposto, qualifica l'informativa come atto preliminare all'eventuale consenso dell'interessato e non (come invece avviene nella disciplina speciale giuslavoristica) quale condizione di legittimità, in sé considerata, del trattamento. Peculiarità che esclude la necessità di acquisire il consenso del lavoratore e che ben si giustifica se si considera che i dati da trattare sono raccolti tramite strumenti di lavoro (art. 4, comma 2), il cui utilizzo non può certo dipendere da una manifestazione di volontà del lavoratore, o, comunque, tramite strumenti di controllo preventivamente autorizzati dall'accordo collettivo o dal provvedimento amministrativo per finalità legislativamente tipizzate (art. 4, comma 1). Nell'art. 4, comma 3, della legge n. 300/1970 emerge dunque una regola decisamente speciale rispetto a quella, di portata generale, che richiede il consenso dell'interessato (art. 23 d.lgs. n. 196/2003) con l'eccezione delle ipotesi individuate all'art. 24 del medesimo Codice *Privacy*. Ipotesi, queste ultime, che richiedono una specifica autorizzazione del Garante (art. 24, lettera g) o che, per altro verso, facendo riferimento all'esecuzione di obblighi derivanti dalla legge (art. 24, lettera a) o da un contratto (art. 24, lettera b), non potrebbero da sole legittimare anche l'esercizio di diritti (e non di obblighi) derivanti dal medesimo contratto (compreso il diritto del datore di lavoro di esercitare il potere disciplinare ai sensi dell'art. 2106 c.c.). *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 300/2016, Roma, 2016, 7 ss.

3.2 Il rispetto della normativa in tema di protezione dei dati personali.

La seconda condizione da rispettare per l'uso legittimo dei dati del lavoratore, è il rispetto della normativa sulla protezione dei dati personali di cui al Codice della privacy. Ovviamente l'originario testo dell'articolo 4 non disponeva nulla in proposito, essendo stato emanato decenni prima che il nostro ordinamento conoscesse le prime norme di legge in materia di tutela della privacy. Fino ad oggi il tema del coordinamento tra gli articoli 2, 3, 4 e 8 dello Statuto dei lavoratori e le disposizioni di legge sul trattamento dei dati personali ha vissuto del costante lavoro di giurisprudenza, dottrina e Garante della privacy, che sono giunti alla conclusione pressoché unanime secondo la quale, sia le disposizioni dello Statuto dei lavoratori sia quelle del Codice della privacy devono trovare concorrente applicazione, integrandosi le une con le altre.

Il rinvio al rispetto del Codice si salda con l'obbligo di informativa e con quello di informazione, in quanto le modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli, che il datore ha il dovere di comunicare, debbono tenere conto proprio dei limiti di trattamento e di controllo desumibili dalla normativa privacy²⁴⁴. Prima infatti di applicare le regole specifiche individuate dal comma terzo, il datore di lavoro dovrà sempre utilizzare tutti gli accorgimenti preventivi ispirati al

²⁴⁴ Del Punta, Del Punta, *La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n.151/2015).*, *Riv. ita. dir. lav.*, fasc.1, 2016, 81 ss.

principio di necessità²⁴⁵, che continueranno a rappresentare un punto cardine soprattutto in tema di utilizzo della posta elettronica e di accesso ad internet.

Il Codice della privacy²⁴⁶, al quale rinvia il nuovo comma terzo dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori, contiene alcuni principi generali e molte regole che devono essere applicati anche al rapporto di lavoro. Sia dal punto di vista dei diritti riconosciuti al soggetto "interessato", che è il lavoratore, che per quanto concerne le modalità del trattamento. Quanto al primo profilo, il lavoratore potrà rivendicare il di-

ritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano (art. 1)²⁴⁷, ma

²⁴⁵ Della stessa opinione Stanchi che identifica nelle norma contenute nel Codice privacy "il substrato normativo a cui è demandato stabilire le modalità secondo cui il trattamento dei dati personali è lecito", *Nel Jobs Act. il nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori, G. al Lav.*, Milano, numero 38, 2015, 43. Al contrario Salimbeni ritiene, in base a quanto previsto dall'articolo 114 del Decreto 196 del 2003 ("Resta fermo quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300."), che l'applicazione delle norme del Codice sia subordinata a quanto previsto dallo Statuto. *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore, riv. ita. lav.*, fasc.4, Milano, 2015, 583 ss.

²⁴⁶ Quando si parla di Codice della privacy deve farsi riferimento, secondo un'orientamento consolidato della dottrina, anche a tutte le Linee guida e alle indicazioni anche a carattere generale emanate dal Garante, le quali sono vincolanti al pari del codice stesso.

²⁴⁷ Si vedano in tal senso le indicazioni date dal Garante nelle "Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati" del 23 novembre 2006 punto 8.3, per quanto riguarda la sicurezza dei luoghi ove vengono effettuati i trattamenti, la protezione da indebita conoscenza dei dati da parte di terzi, la tutela del segreto di ufficio, la prevenzione del rischio di accidentale conoscenza da parte di soggetti diversi (anche se dipendenti) da coloro che sono autorizzati al trattamento (cosiddetti incaricati). Cfr. anche Marazza e Del Ninno.

anche esercitare tutte le prerogative che la legge gli attribuisce (art. 7)

per quanto concerne l'accesso e il pronto riscontro, la trasparenza del trattamento, l'accuratezza del trattamento e la conservazione nel tempo dei dati. Altri principi fondamentali che governano il rapporto tra dati e informazioni del lavoratore e diritti esercitabili dallo stesso nei confronti di terzi, e soprattutto del proprio datore di lavoro, sono contenuti nelle varie Linee guida emanate dal Garante nel corso degli anni e che verranno esaminate nei paragrafi successivi (Cfr. paragrafi 3.4 3.5 di questo capitolo).

Quanto al trattamento, invece, il datore di lavoro non potrà sottrarsi al principio di necessità (art. 3), a quello di correttezza, trasparenza e finalità (art. 11) , e osservando i principi di pertinenza e non eccedenza.

SEGUE: i principi di necessità, correttezza, finalità, trasparenza, pertinenza e non eccedenza del controllo.

I principi che devono essere seguiti dal datore di lavoro per ottenere dati sulle prestazioni dei propri dipendenti e per usarli legittimamente, si trovano nel Codice privacy²⁴⁸.

Il Codice non fa esplicito riferimento alla figura del datore di lavoro o a quella del lavoratore, ma pone delle regole generali che, in quanto tali, trovano diretta applicazione, a seguito del rinvio operato dall'articolo 4, anche nel rapporto di lavoro. A seguito dell'entrata in vigore della riforma, per poter verificare se un certo dato possa essere utilizzato a fini disciplinari o premiali, si dovrà non solo controllare che il lavoratore abbia ricevuto un'apposita informativa e un'adeguata informazione, ma anche che i dati siano stati raccolti seguendo i criteri generali che si trovano tanto nel Codice, quanto negli altri atti, più specifici, emanati dal Garante nel corso degli anni. Tali atti hanno la stessa forza vincolante del Decreto legislativo 196, in quanto sono stati emanati in forza dell'articolo 154 comma 1 lettera c), il quale individua il potere di "prescrivere anche d'ufficio ai titolari del trattamento

²⁴⁸ Secondo Del Punta, la normativa privacy è stata il veicolo tramite il quale si è fatta strada un'accezione di trasparenza non come convinzione in diretta del singolo atto di controllo, ma come consapevolezza informata di poter essere controllato, che ha cominciato ad erodere quell'accezione assolutizzante di trasparenza, che era presente nell'originario disegno statutario. Un'altra osservazione è che, nel contempo, soltanto con la normativa privacy l'ordinamento si è spinto a regolare i singoli atti nei quali si estrinseca il potere datoriale di controllo, segnatamente a distanza, prevedendo dei limiti a tale esercizio, che si traducono in corrispondenti diritti soggettivi del lavoratore interessato. E, per quanto di rado riconosciuto, non si è trattato di un progresso da poco: consapevolezza della possibilità del controllo ma anche dei confini entro i quali esso può essere esercitato. Del Punta, *La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n.151/2015).*, *Riv. ita. dir. lav.*, fasc.1, 2016, 83 ss.

le misure necessarie o opportune al fine di rendere il trattamento conforme alle disposizioni vigenti, ai sensi dell'articolo 143”.

Prima di analizzare i singoli atti specifici emanati nel corso degli anni dall’Autorità, è necessario soffermarsi sui principi generali che trovano dimora all’interno del Codice.

L’articolo 3 del Codice privacy prevede che: “I sistemi informativi e i programmi informatici sono configurati riducendo al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi, in modo da escluderne il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante, rispettivamente, dati anonimi od opportune modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità”: esso realizza il principio di necessità²⁴⁹. In questo caso i dati ottenuti dal datore di lavoro tramite le apparecchiature installate all’interno dell’azienda, o tramite gli strumenti che il lavoratore utilizza per svolgere la propria prestazione, non possono essere utilizzati se gli stessi potevano essere raccolti in forma anonima, ad esempio utilizzando i “dati aggregati” cioè quei dati che possono essere raccolti con riferimento ad un gruppo di lavoratori della stessa area o che utilizzano lo stesso apparecchio elettronico, senza però che il datore di lavoro

²⁴⁹ Per un maggior approfondimento sulla nascita e lo sviluppo di tale principio cfr. Modesti *Commento breve al D.LGS.VO N. 196/2003. Codice in materia di protezione dei dati personali*, <http://www.diritto.it/archivio/1/20807>. Secondo l’autore è da rilevare che “questo principio non è presente né nella Direttiva n. 95/46 né nella legge n. 675/96 ed impone un obbligo alquanto oneroso. Come è possibile, infatti, stabilire se le finalità di un programma possono essere realizzate mediante dati anonimi? Tanto più che la ampiezza della definizione di dato personale rende problematico pensare ad un trattamento che non utilizzi dati personali. Ogni volta che si effettui un trattamento di dati relativi ad un soggetto, anche se durante l’elaborazione avvenga solo su dati apparentemente anonimi tali dati non possono che essere qualificati come personali in quanto, direttamente o indirettamente, relativi ad un certo soggetto”. Iaselli ritiene che “esso fa parte del “diritto all’informazione”, in quanto espressione del diritto di informarsi sul proprio conto e di poter disporre dei dati informatizzati, di cui e’ in possesso il gestore di un elaboratore elettronico”. *Commento D.lgs. 196/2003*, <http://www.micheleiaselli.it/commentoprivacy>.

venga a conoscenza dell'identità del lavoratore che ha svolto una certa attività²⁵⁰.

L'articolo 11²⁵¹, invece, pone diverse regole e principi. Nel primo comma, alla lettera a) individua il principio di correttezza, secondo cui le caratteristiche essenziali dei trattamenti svolti mediante monitoraggio degli strumenti affidati per la prestazione lavorativa devono essere rese note ai lavoratori. Questa previsione crea una chiara congiunzione con la previsione dell'articolo 4 comma 3, in particolare con l'obbligo di fornire un'adeguata informazione riguardo le modalità di effettuazione dei controlli. Il lavoratore deve essere consapevole che il proprio strumento di lavoro permette al datore di controllare l'uso che esso ne fa e soprattutto deve sapere in che modo tale controllo viene realizzato. Il combinato disposto di queste due norme elimina la possibilità di effettuare controlli occulti, cioè quei controlli svolti nella totale inconsapevolezza del lavoratore. In base al richiamato principio di correttezza, l'eventuale trattamento deve essere ispirato ad un canone di trasparenza, come prevede anche la disciplina di settore (d.lgs. 81/2008 sulla sicurezza sui luoghi di lavoro in materia di "*uso di attrezzature munite di videotermini*", il quale esclude la possibilità del controllo informatico "*all'insaputa dei lavoratori*"); grava quindi sul datore di lavoro l'onere di indicare in ogni caso, chiaramente e in

²⁵⁰ "Ond'è che nella utilizzazione delle informazioni raccolte mediante gli strumenti di controllo il datore sarà normalmente tenuto ad adottare *policies* ispirate alla regola della gradualità dei controlli, potendo di conseguenza disaggregare i dati relativi a gruppi di lavoro - e quindi procedere con un controllo mirato - solo a fronte di elementi di necessità che possono configurarsi, ad esempio, in presenza di una presunta violazione degli obblighi che il dipendente assume con la stipulazione del contratto ovvero, più in generale, per soddisfare altra specifica finalità connessa alla gestione del rapporto di lavoro che postuli, per l'appunto secondo il principio di necessità, l'analisi di dati individuali". Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 300/2016, Roma, 2016, 5 ss.

²⁵¹ "Il 1° comma della disposizione in esame nello specificare le modalità del trattamento ed i requisiti dei dati personali riproduce integralmente il 1° comma dell'art. 9 della legge 675/96". Iaselli, *Commento D.lgs. 196/2003*, <http://www.micheleiaselli.it/commentoprivacy>.

modo particolareggiato, quali siano le modalità di utilizzo degli strumenti messi a disposizione ritenute corrette e se, in che misura e con quali modalità vengano effettuati controlli²⁵².

La lettera b) del comma 1 dell'articolo 11 prevede che i trattamenti devono essere effettuati “per finalità²⁵³ determinate, esplicite e legittime”. Il trattamento è lecito soltanto se alla sua base sussiste una ragione che lo giustifica, appunto la finalità (ad es. un rapporto contrattuale). In particolare, a seguito della riforma, la ragione giustificatrice del trattamento risiede nello stesso articolo 4, in quanto è la norma statutaria ad autorizzare il datore di lavoro alla raccolta delle informazioni. E' interessante notare come però nel 2014 il Garante si fosse espresso riguardo al caso in cui un datore di lavoro ha utilizzato i dati ottenuti tramite sistemi GPS per contestare al lavoratore illeciti di tipo disciplinare: “ritenuto altresì che nel caso di specie i dati personali dei dipendenti sono trattati attraverso il sistema di localizzazione per esigenze organizzative e produttive e che pertanto eventuali operazioni di trattamento effettuate allo scopo ulteriore di contestare illeciti disciplinari ai dipendenti non siano conformi al principio di finalità del trattamento (cfr. art. 11, comma 1, lett. b) del Codice); ritenuto che tali ulteriori trattamenti non siano altresì conformi alla disciplina posta in materia di controllo a distanza dei dipendenti, laddove vieta di installare dispositivi allo scopo di effettuare un controllo sull'attività lavorativa (cfr. art. 4, l. 20.5.1970, n. 300)²⁵⁴”. Il Garante ritenne allora che

²⁵² Del Ninno, *In vigore la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori sui controlli a distanza: il decreto legislativo 14 Settembre 2015 n. 151, privacy dei lavoratori e nuove regole*, Diritto e Giustizia, Milano, 2015, 13 ss

²⁵³ “Il principio della finalizzazione è, in buona sostanza, un principio di trasparenza: per effettuare un trattamento di dati, occorre che esso sia stato dichiarato e ne siano state definite le finalità”. Modesti, *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo, Il lavoro nella giurisprudenza*, 8-9, Milano, 2013, 764 ss.

²⁵⁴ Provvedimento 2 Ottobre 2014 n. 434 consultabile all'indirizzo <http://www.privacy.it/garantesanz201410023.html>

l'utilizzo di dati raccolti per monitorare gli spostamenti dei lavoratori tramite controlli sui loro veicoli fosse contrario al principio codicistico, e quindi quegli stessi dati non potevano essere utilizzati per scopi diversi, in particolare se fossero fini disciplinari. Il legislatore del 2015 ha cambiato totalmente prospettiva. Come sottolineato precedentemente, parte della dottrina²⁵⁵ ha ritenuto che il legislatore ha voluto dare un'indicazione relativa agli effetti della violazione del Codice rispetto al rapporto, aprendo all'utilizzo dei dati a fini ulteriori²⁵⁶.

Infine vanno citati i principi di pertinenza e non eccedenza (articolo 11 lettera d)). Il datore di lavoro deve trattare i dati "nella misura meno invasiva possibile"; le attività di monitoraggio devono essere svolte solo da soggetti preposti ed essere "mirate sull'area di rischio, tenendo conto della normativa sulla protezione dei dati e, se pertinente, del principio di segretezza della corrispondenza")²⁵⁷. È interessante notare come l'applicazione di tali principi porti, in fin dei conti, a valorizzare il fine concreto, tra quelli connessi al rapporto di lavoro, perseguito dal datore di lavoro con il trattamento dei dati del lavoratore. Non tanto per effettuare una valutazione di legittimità della finalità, che è già stata compiuta dal legislatore (art. 4, comma 3, dello

²⁵⁵ Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, *Dir. rel. indu.*, fasc.4, 2015, 988.

²⁵⁶ Come sottolineato dal Garante, in riferimento alle novità introdotte dal comma 3: "si tratta, evidentemente, di un'estensione delle possibilità di utilizzo dei dati ottenuti con questi controlli indubbiamente notevole ma non certo illimitata. Infatti, i principi di legittimità e determinatezza del fine perseguito con il trattamento, nonché della sua proporzionalità, correttezza e non eccedenza, non solo escludono l'ammissibilità di controlli massivi, ma impongono comunque una gradualità nell'ampiezza e tipologia del monitoraggio, che renda assolutamente residuali i controlli più invasivi, legittimandoli solo a fronte della rilevazione di specifiche anomalie e comunque all'esito dell'esperimento di misure preventive meno limitative dei diritti dei lavoratori". *Audizione del Presidente Antonello Soro sugli schemi di decreti legislativi attuativi del c.d. Jobs Act presso la Commissione Lavoro della Camera dei Deputati (9 luglio 2015) e la Commissione Lavoro del Senato (14 luglio 2015)*.

²⁵⁷ Del Ninno, *n vigore la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori sui controlli a distanza: il decreto legislativo 14 Settembre 2015 n. 151, privacy dei lavoratori e nuove regole*, Diritto e Giustizia, Milano, 2015, 10 ss.

Statuto). Quanto, piuttosto, per tarare il contenuto e la modalità del trattamento a ciò che rimane strettamente funzionale a quello scopo concreto²⁵⁸.

3.3 Linee guida del Garante della privacy sull'uso di internet e della posta elettronica.

Alla luce del nuovo testo dell'articolo 4 dello Statuto, la eliminazione della necessità di accordi sindacali preventivi per il controllo degli strumenti affidati al lavoratore per lo svolgimento delle sue mansioni rende ancor più rilevante il rigoroso rispetto delle specifiche regole contenute nei provvedimenti generali di settore del Garante per la privacy²⁵⁹. Tra le più rilevanti vi sono le Linee guida per la protezione dei dati personali in materia di utilizzo della posta elettronica e di internet nel rapporto di lavoro.

Emanate nel 2007, esse rispondono all'esigenza di "prescrivere ai datori di lavoro alcune misure, necessarie o opportune, per conformare alle disposizioni vigenti il trattamento di dati personali effettuato per verificare il corretto utilizzo nel rapporto di lavoro della posta elettro-

²⁵⁸ Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 300/2016, Roma, 2016, 23.

²⁵⁹ Del Ninno, *n vigore la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori sui controlli a distanza: il decreto legislativo 14 Settembre 2015 n. 151, privacy dei lavoratori e nuove regole*, Diritto e Giustizia, Milano, 2015, 14 ss.

nica e della rete internet²⁶⁰. Tali Linee guida, prescrivendo ai datori di lavoro privati e pubblici alcune regole piuttosto stringenti per lo svolgimento di controlli sull'impiego di internet e della posta elettronica da parte dei dipendenti, si pongono in stretta correlazione con le limitazioni poste dal comma terzo del nuovo articolo 4²⁶¹.

Alcuni autori hanno ritenuto che i divieti dettati dal Garante con riferimento alla possibilità di registrazione e di lettura delle email, così come con riferimento al monitoraggio delle pagine web visualizzate dal lavoratore, costituirebbero inediti limiti ai poteri organizzativi, di controllo e disciplinare come definiti dagli articoli 41 della Costituzione, 2086, 2094, 2104, 2106 del codice civile²⁶².

Le prescrizioni del Garante prendono le mosse dal riconoscimento del pieno diritto del datore di lavoro di porre in essere gli strumenti idonei ad assicurare la funzionalità e il corretto impiego di internet e della posta elettronica da parte dei lavoratori, oltre che a prevenire utilizzi

²⁶⁰ Linee guida del Garante per posta elettronica e internet, delibera n. 13/2007. Per un esame approfondito dei contenuti delle linee guida si vedano anche: Tullini, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in RIDL, 2009, I, 323 ss; Del Conte, *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodella i poteri del datore di lavoro*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, 497 ss; Grangnoli, *L'uso della posta elettronica sui luoghi di lavoro e la strategia di protezione elaborata all'Autorità Garante*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, a cura di Tullini, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2010, 1 ss.

²⁶¹ A parere di Del Ninno tali Linee guida andrebbero aggiornate in quanto, essendo l'unico atto "normativo" contenente specifiche regole sui controlli, limitano le regole stesse a soli due strumenti: la posta elettronica e la rete internet. Di conseguenza si auspica l'intervento del Garante o almeno dei chiarimenti tramite note o circolari del Ministero del Lavoro. *n vigore la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori sui controlli a distanza: il decreto legislativo 14 Settembre 2015 n. 151, privacy dei lavoratori e nuove regole*, Diritto e Giustizia, Milano, 2015, 16 ss.

²⁶² Così Del Conte, *Fond. dir. del lav.*, Padova, 2015, 92 ss. Per una critica a tale ricostruzione si veda però Tullini, la quale ha rilevato come il Garante non ha contestato né contrastato la rilevanza delle esigenze organizzativo-produttive o la difesa aziendale contro i comportamenti illeciti dei dipendenti, pur stabilendo un diverso equilibrio tra ragioni aziendali e tutela della sfera privata del lavoratore, in *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, Torino, in *Riv. ita. dir. lav.*, 2009, 323 ss.

indebiti degli stessi, dettando le regole relative alle modalità d'attività lavorativa. Dall'individuazione di tale prerogativa consegue la tendenziale legittimità dei controlli eseguiti per accertare che i lavoratori non abbiano posto in essere condotte vietate. Il controllo però è qualificato legittimo purché sia svolto con modalità tali da non violare le regole in materia di trattamento dei dati personali, arrecando un pregiudizio alla privacy del lavoratore²⁶³.

Al punto 2.3 delle Linee guida il Garante individua i 4 principi che devono essere rispettate dal datore di lavoro affinché il controllo possa dirsi rispettoso della normativa in materia di protezione dei dati personali; essi sono il principio di necessità, quello di correttezza, quello di trasparenza e quello di pertinenza e non eccedenza. L'analisi di questi principi è stata già svolta nel paragrafo precedente, tuttavia qui si vuole porre in correlazione tali principi generali con le regole sull'uso di internet e della posta elettronica.

Il rispetto di tali principi può essere soddisfatto dal datore di lavoro, tramite la creazione di un disciplinare interno redatto in modo chiaro e senza formule generiche, da pubblicizzare adeguatamente (verso i singoli lavoratori, nella rete interna, mediante affissioni sui luoghi di lavoro con modalità analoghe a quelle previste dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, ecc.) e da sottoporre ad aggiornamento periodico²⁶⁴.

²⁶³ Alvino, *L'art. 4 dello Stat.*, Milano, 2014, 1007 ss., aggiunge che "il Garante riconosce che la legittima facoltà di controllare il corretto impiego da parte dei lavoratori degli strumenti di proprietà aziendale deve trovare una limitazione nell'esigenza di proteggere la riservatezza e la dignità del dipendente impedendo la conoscenza di informazioni contenenti dati personali sia del lavoratore sia dei terzi che vengano con questi in contatto".

²⁶⁴ Den Ninno, op. cit., 2015. Secondo l'autore "è assolutamente opportuno che i datori di lavoro (privati e pubblici) aggiornino o integrino il Disciplinare Interno in essere (che dovrebbe riguardare non solo email e Internet, ma tutti gli strumenti e le risorse informative e informatiche quali "strumenti" affidati in uso al lavoratore) per allinearli con le nuove previsioni dell'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori, una volta che esse entreranno in vigore". 15 ss.

Il principio di necessità vincola il datore di lavoro, da un lato a impiegare solo strumenti di controllo strettamente necessari onde “minimizzare” l’accesso ai dati riferibili ai lavoratori e, dall’altro, a porre in campo tutte le misure organizzative e tecnologiche che siano idonee a prevenire l’utilizzo improprio di internet e della posta elettronica e quindi a ridurre la necessità di controlli successivi²⁶⁵. Si può quindi ipotizzare l’uso di filtri che limitino la navigazione, l’individuazione di categorie di siti considerati correlati o meno con la prestazione lavorativa. Per quanto riguarda la posta elettronica, il Garante consiglia la creazione di indirizzi di posta condivisi tra più lavoratori, sottolineando al lavoratore la natura non personale dell’indirizzo, oppure la creazione di meccanismi di risposta automatica in caso di assenza del lavoratore con segnalazione dell’indirizzo di altro dipendente a cui rivolgersi oppure consentendo al lavoratore di delegare ad un collega la possibilità di verificare il contenuto dei messaggi e di inoltrare al titolare del trattamento quelli ritenuti rilevanti per lo svolgimento dell’attività lavorativa.

Il secondo principio da rispettare è quello di non eccedenza e di pertinenza. Per rispettare tale principio il Garante enuncia il divieto di eseguire controlli prolungati, costanti o indiscriminati, e, soprattutto evidenzia la necessità di intervenire con accorgimenti tecnici volti a conservare come ultima risorsa l’esecuzione di controlli individuali²⁶⁶.

Gli ulteriori principi di correttezza e trasparenza obbligano il datore di lavoro ad informare adeguatamente i propri dipendenti delle modalità con le quali saranno esercitati i necessari controlli. Come detto tali

²⁶⁵ Alvino, *L’art. 4 dello Stat.*, Milano, 2014, 1007 ss.

²⁶⁶ Nelle Linee guida il Garante sottolinea l’opportunità di predisporre degli accorgimenti tecnici destinati a prevenire usi impropri di internet e delle comunicazioni telematiche. Successivamente, laddove tali accorgimenti non si siano rilevati idonei a prevenire utilizzi vietati, si potrà procedere a controlli su dati aggregati a cui dovrebbe seguire un avviso generalizzato rivolto al personale destinato a promuovere il corretto utilizzo degli strumenti informatici. Avviso poi propedeutico a controlli individuali nel caso in cui permangono anomalie (punto 6.1.). Si tratta del principio di gradualità.

principi possono essere soddisfatti tramite la creazione di un Disciplinary Interno che, oltre ai contenuti evidenziati, dovrebbe specificare, a seconda dei casi: se determinati comportamenti non sono tollerati rispetto alla "navigazione" in Internet (ad es., il download di software o di file musicali), oppure alla tenuta di file nella rete interna; in quale misura è consentito utilizzare anche per ragioni personali servizi di posta elettronica o di rete, anche solo da determinate postazioni di lavoro o caselle oppure ricorrendo a sistemi di webmail, indicandone le modalità e l'arco temporale di utilizzo (ad es., fuori dall'orario di lavoro o durante le pause, o consentendone un uso moderato anche nel tempo di lavoro); quali informazioni sono memorizzate temporaneamente (ad es., le componenti di file di log eventualmente registrati) e chi (anche all'esterno) vi può accedere legittimamente; se e quali informazioni sono eventualmente conservate per un periodo più lungo, in forma centralizzata o meno (anche per effetto di copie di back up, della gestione tecnica della rete o di file di log); quali conseguenze, anche di tipo disciplinare, il datore di lavoro si riserva di trarre qualora constatati che la posta elettronica e la rete Internet sono utilizzate indebitamente; se sono utilizzabili modalità di uso personale di mezzi con pagamento o fatturazione a carico dell'interessato; quali misure sono adottate per particolari realtà lavorative nelle quali debba essere rispettato l'eventuale segreto professionale cui siano tenute specifiche figure professionali; le prescrizioni interne sulla sicurezza dei dati e dei sistemi (art. 34 del Codice, nonché Allegato B), in particolare regole 4, 9, 10)²⁶⁷; i controlli devono essere inoltre limitati nel tempo e nell'oggetto; mirati (dunque non massivi) e fondati su presupposti (quali in particolare l'inefficienza dell'attività lavorativa del dipendente) tali da legittimarne l'esecuzione. Infine, devono essere già previsti dalla policy aziendale, di cui il dipendente deve essere adeguatamente

²⁶⁷ Per un approfondimento su punto cfr. <http://www.alessandrodelinno.it/index.php>

edotto²⁶⁸. Oltre al Disciplinare Interno, i datori ai sensi delle Linee Guida devono comunque rendere l'informativa privacy al lavoratore (di cui all'articolo 13 del Codice privacy).

Da un lato quindi il datore di lavoro dovrà creare e pubblicizzare una policy interna (obbligo questo previsto ormai dal comma terzo dell'articolo 4) e dall'altro, dovrà fornire l'informativa prevista dall'articolo 13.

Sintetizzando si può dire che le regole appena enunciate mirano a soddisfare una duplice esigenza; da un lato permettere che il controllo sui dati del lavoratore si verifichi solo dove necessario, dall'altro garantire al lavoratore di avere piena consapevolezza del fatto che sugli strumenti che gli sono stati forniti dal datore di lavoro potranno essere svolti controlli tali da rivelare informazioni sia sulle sue prestazioni lavorative, sia sugli eventuali illeciti dallo stesso commessi. Tutto questo alla luce della nuova norma statutaria che permette di utilizzare tali dati, purché si siano rispettate le prescrizioni appena analizzate, a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, siano essi disciplinari, siano essi premiali.

²⁶⁸ Soro, *I lavoratori devono essere informati. Il datore di lavoro non può spiare le mail*, su Huffington Post, consultabile all'indirizzo http://www.huffingtonpost.it/antonello-soro/tranquilli-in-italia-non-si-puo-licenziare-per-luso-della-mail-aziendale_b_8969502.html

3.4 Il provvedimento generale sulla videosorveglianza (2010), Linee guida in materia di trattamento dei dati dei lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro privato (2006) e pubblico (2007) e il provvedimento generale in tema di biometria (2014).

La normativa privacy che deve essere applicata e rispettata dai datori di lavoro al fine di poter lecitamente raccogliere e, eventualmente, utilizzare i dati riguardanti i propri dipendenti si completa con i provvedimenti riguardanti la videosorveglianza, il trattamento dei dati dei lavoratori per finalità di gestione del rapporto e la biometria.

Questi provvedimenti sono stati emanati nel corso degli anni dall'Autorità per far fronte ad esigenze sempre nuove che sono venute in risalto a seguito dell'evoluzione tecnologica. Né l'articolo 4 dello Statuto, né il Codice privacy prevedevano norme specifiche a riguardo, di conseguenza un'intervento adeguatore si è reso necessario.

Il primo provvedimento rilevante riguarda la video sorveglianza ed è stato emanato nel 2010 per sostituire il precedente datato 2004. Allo stato attuale esso è l'unico riferimento circa le modalità di informazione per la videosorveglianza e prescrive le modalità mediante le quali è possibile informare in maniera "semplificata" i passanti circa la sottoposizione a videosorveglianza di uno specifico locale (in particolare: informare i lavoratori con appositi cartelli della presenza delle telecamere, nominare un incaricato della gestione dei dati videoripresi, posizionare le telecamere verso le zone a rischio, evitando di collocarle in maniera unidirezionale sui lavoratori impegnati nella loro attività, conservare le immagini raccolte solo per un massimo

di 24 ore dalla rilevazione, salvo speciali esigenze²⁶⁹). Secondo alcuni autori²⁷⁰ tale normativa dovrebbe essere almeno in parte integrata, non essendo del tutto adeguata con le finalità della videosorveglianza a fini di controllo a distanza: il tradizionale cartello di avviso di videosorveglianza dovrebbe, cioè, essere dotato di un pannello integrativo che dettagli modalità e scopi di utilizzo della ripresa video in una specifica informativa scritta, ad evitare fraintendimenti ed abusi. In alternativa, sempre nel rispetto della vigente normativa privacy, l'impresa che adotta i sistemi di videosorveglianza potrebbe fornire una informativa scritta a tutti i propri dipendenti, dettagliando nella stessa termini, scopi e condizioni della ripresa video per fini di controllo a distanza²⁷¹. In difetto dell'una o dell'altra modalità di informativa, tutte le riprese effettuate non potrebbero essere validamente utilizzate per

²⁶⁹ Un caso di deroga a tali regole è rappresentato dal provvedimento n. 127 del 17 marzo 2016 con il quale il Garante ha autorizzato un'azienda di Avezzano a conservare le immagini per un periodo di 45 giorni "all'esclusivo fine dell'accertamento degli accadimenti e dell'individuazione degli eventuali responsabili di fatti illeciti" in funzione della attività particolarmente delicata svolta dalla stessa e rilevato che la richiesta era conforme ai principi posti dagli artt. 3 e 11 del Codice. L'autorità ha giustificato l'autorizzazione sottolineando "in particolare, l'ubicazione isolata del sito, il delicato settore produttivo in cui opera la società e la specifica attenzione posta non solo a livello internazionale ed europeo, ma anche a livello nazionale rispetto alla fissazione e alla comune osservanza di elevati standard di sicurezza nella produzione di beni e servizi relativi al settore elettronico ed informatico". <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4933227>

²⁷⁰ Pascali, *La Videosorveglianza dopo il Jobs Act: una rivoluzione 'a metà'?*, <https://www.key4biz.it/la-videosorveglianza-dopo-il-jobs-act-una-rivoluzione-a-meta/134947/>, 2015.

²⁷¹ In questo senso è utile analizzare il provvedimento n. 164 del 4 aprile 2013 con il quale il Garante ha dichiarato illecito l'utilizzo di un sistema di videosorveglianza da parte di una società la quale, non avendo reso ai lavoratori interessati "alcuna informativa né individualizzata, né nelle forme semplificate prescritte nel menzionato provvedimento dell'8 aprile 2010", aveva violato i principi di liceità e correttezza. <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/2439178>

gli scopi di cui all'articolo 4 dello Statuto²⁷². La nuova normativa²⁷³ infatti richiede che il lavoratore sottoposto al controllo debba ricevere un'adeguata informazione riguardo alle modalità dello stesso e, in effetti, il semplice cartello utilizzato per avvertire che il locale è sottoposto a videosorveglianza non sembra offrire le informazioni necessarie per un'informazione adeguata. Giova sottolineare come, in ogni caso, bisognerà verificare preliminarmente il rispetto delle condizioni di cui al comma primo del nuovo articolo 4: di conseguenza le videoriprese saranno utilizzabili previa verifica del rispetto del procedimento di autorizzazione e solo successivamente si verificherà il rispetto della normativa privacy. Per fare un esempio chiarificatore, non sarà possibile utilizzare le riprese effettuate da telecamere installate con l'unica finalità di controllare l'attività dei lavoratori anche nel caso in cui si sia fornita un'adeguata informazione ai lavoratori (resta sempre in vita, infatti, il divieto assoluto di controlli diretti).

Per quanto riguarda i provvedimenti generali riguardanti i dati dei dipendenti privati (2006) e pubblici (2007), essi rimandano sostanzial-

²⁷² Secondo Pascali tale conclusione è confermata da alcuni provvedimenti del Garante (si veda da ultimo il provv. 18 settembre 2014 – <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3560798>) che ha nel tempo sanzionato molti datori di lavoro per mancata, incompleta e/o insufficiente informativa circa il sistema di videosorveglianza passibile di effettuare controllo indiretto dei lavoratori. *Op. ult. cit.*

²⁷³ Secondo Zerbanò la nuova disciplina apre ancora di più all'utilizzo delle telecamere sul posto di lavoro. L'autore si domanda se questa apertura potrebbe determinare l'utilizzo degli apparecchi audiovisivi ai fini disciplinari. Ritenendo "fattuale una concezione simile in quanto taluni comportamenti disciplinarmente rilevanti possono essere comprovati dall'utilizzo delle telecamere, che non hanno solamente ormai lo scopo di tutelare la sicurezza del lavoro del lavoratore. Inoltre viene disciplinata in maniera più ampia la possibilità di richiesta di autorizzazione ove nella concezione precedente si limitava alla territorialità dell'autorizzazione di competenza della DTL. Invece, con il nuovo dettato normativo, è possibile addirittura ricorrere direttamente al Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, per i datori di lavoro che hanno più sedi in diverse Direzioni Territoriali, il tutto per lo snellimento delle procedure burocratiche e duplicazione delle stesse". http://www.angcdl.it/index.php?option=com_content&view=article&id=259%3Avideosorveglianza-sul-posto-di-lavoro-si-grazie&catid=115%3Anewsletter-11&Itemid=1284

mente alla disciplina del Codice privacy richiedendo quindi che vengano rispettate le regole che lo stesso individua. In particolare si fa riferimento ai principi di pertinenza, non eccedenza, trasparenza, necessità e correttezza nella raccolta e nell'uso dei dati riguardanti i lavoratori. Sul datore grava in ogni caso l'obbligo di sottoporre al lavoratore una informativa privacy ai sensi dell'articolo 13 del medesimo Codice.

L'ultimo provvedimento da prendere in esame è quello riguardante i dati biometrici, datato 2014. Esso è rilevante in quanto l'articolo 4 nel suo nuovo comma secondo prevede che per gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze non è più necessario l'accordo preventivo. Di conseguenza sarà possibile utilizzare i dati riguardanti assenze o ritardi del lavoratore a fini sanzionatori, deducibili dai dati biometrici che lo stesso utilizza all'ingresso o all'uscita dal luogo di lavoro. Molte aziende infatti utilizzano tali dati in sostituzione di badge o cartellini.

Storicamente la dottrina ha dibattuto riguardo la possibilità di utilizzare i dati ricavabili dal corpo umano: è da sempre stata divisa tra chi sostiene che il corpo sia un bene ai sensi dell'art. 810 c.c. e quindi può essere oggetto di diritti e chi invece non lo ritiene possibile, fondandosi sul presupposto che nella persona risiede sia una sostanza materiale che immateriale (di corpo e di spirito), inscindibili tra loro sollevando il problema che l'uomo viene in tal modo ad essere al tempo stesso soggetto e oggetto di diritti²⁷⁴. In tale situazione, si inserisce la biometria a fini identificativi.

²⁷⁴ F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, 175 ss, il quale sostiene che "non esiste e non è neppure concepibile, malgrado ogni sforzo dialettico, un diritto sulla propria persona o anche su se medesimo, o sul proprio corpo, stante l'unità della persona, per la quale può parlarsi soltanto di libertà, non di potere rispetto a sé medesima; e neppure esiste per il nostro ordinamento un diritto al corpo altrui".

Quando si parla di "dati biometrici" si intende i dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici²⁷⁵ ricollegabile a un interessato individuato o individuabile. Poiché una simile attività potrebbe essere lesiva dei diritti fondamentali dell'interessato, la volontà perseguita dall'Autorità Garante è stata quella di precisare, anche tramite la previsione di un apposito documento, quali siano le operazioni alle quali i titolari del trattamento devono ottemperare per agire in conformità ai principi previsti dal Codice in materia di protezione dei dati personali e dagli standard di sicurezza²⁷⁶. Il Garante ha individuato delle specifiche tipologie di trattamento per le quali, a condizione di applicare tutte le misure necessarie prescritte, si possa procedere al trattamento senza ulteriormente richiedere alcuna verifica preliminare (come sarebbe normalmente previsto dall'art. 17 del Codice Privacy).

Il fulcro del provvedimento è costituito da quanto previsto al suo punto 4, laddove si prevedono quattro specifiche ipotesi di trattamento. Per ognuno dei contesti presi in esame, il Garante elenca le misure di sicurezza e gli accorgimenti affinché il trattamento sia rispettoso della particolare natura di dati raccolti e utilizzati.

Pertanto, nonostante ci si riferisca a dati tutti particolarmente delicati, fra di essi se ne possono distinguere alcuni che, tenendo presenti le finalità, la tipologia e le misure di sicurezza applicabili, non comportano un rischio elevato per i diritti fondamentali dell'interessato. Per questi trattamenti, puntualizza il Garante, il titolare è esonerato dal

²⁷⁵ Articolo 4 punto 14 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 Aprile 2016.

²⁷⁶ Foglia, Garrisi, *Commento al Provvedimento del Garante su biometria e grafometria*, http://www.anorc.it/notizia/619_Commento_al_Provvedimento_del_Garante_su_biometria_e_grafometria.html

presentare istanza di verifica preliminare ex art. 17²⁷⁷ del Codice in materia di protezione dei dati personali ma è comunque tenuto ad adottare le misure e gli accorgimenti tecnici elencati nel provvedimento e a rispettare i presupposti di legittimità contemplati nel Codice (ai quali si agganciano le citate Linee guida). Viene ribadito il rispetto del principio di necessità, pertinenza e non eccedenza nella raccolta e utilizzo dei dati biometrici, in base ai quali i titolari del trattamento che vogliono utilizzare tali sistemi di rilevazione devono raccogliere un numero limitato di informazioni, escludendo l'acquisizione di dati ultronei e non necessari per il conseguimento della finalità perseguita. I quattro contesti nei quali può essere esclusa la presentazione dell'i-

²⁷⁷ Molto interessante a propositi è il provvedimento n. 129 del 17 marzo 2016 con il quale il Garante ha sanzionato un comune salernitano per l'uso indebito che ha fatto di sistemi biometrici al fine di verificare l'accesso dei dipendenti alla struttura comunale in cui svolgevano la loro prestazione. Il Garante ha rilevato che "non risultando, dall'analisi degli elementi istruttori, la ricorrenza delle ipotesi esimenti l'obbligo di richiesta di verifica preliminare, il descritto trattamento di dati biometrici svolto dal Comune non può ritenersi lecito, in quanto effettuato in assenza della previa notificazione al Garante (art. 37 del Codice) nonché della preventiva richiesta di verifica preliminare (art. 17 del Codice). Elementi, questi, che risultano assorbenti ai fini della valutazione, nella presente sede, della complessiva liceità del trattamento". Di conseguenza il Comune è stato sanzionato in quanto ha adoperato un sistema biometrico sfruttando una delle cause esimenti la richiesta di verifica preliminare ma in assenza dei requisiti richiesti dalla norma stessa. <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4948405>. In direzione opposta va invece il provvedimento n. 361 del 18 giugno 2015 con il quale il Granate ha autorizzato, ritenendo nel complesso rispettati i canoni di proporzionalità e pertinenza previsti dal Codice, l'uso di sistemi biometrici di identificazione dei dipendenti al fine di permettere l'accesso degli stessi ad aree particolarmente sensibili all'interno di spazi riservati all'azienda nei due aeroporti internazionali di Roma, ferma restando la necessità "di adottare misure di autenticazione di tipo forte (c.d. strong authentication) in relazione all'accesso al sistema effettuato dall'amministratore di sistema; realizzare specifiche policy di sicurezza per le password dell'amministratore di sistema e degli operatori, conformemente a quanto previsto dal Disciplinare tecnico in materia di misure minime di sicurezza; predisporre il sistema in modo da consentire l'accesso allo stesso e in particolare alla postazione di controllo, gestione e conservazione dei dati biometrici, esclusivamente da console (all'interno della sala operativa) e non da postazioni remote via rete; cancellare i dati relativi all'accesso alle aree riservate decorse 48 ore dalla raccolta; procedere alla tempestiva cancellazione dei dati biometrici riferiti a persone che non siano più autorizzate all'accesso alle aree riservate; il server dedicato alla conservazione dei dati biometrici non dovrà contenere ulteriori dati personali riferiti ai dipendenti". <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4173465>

stanza di verifica preliminare riguardano: l'autenticazione informatica, il controllo di accesso fisico ad aree "sensibili" dei soggetti addetti e all'utilizzo di apparati e macchinari pericolosi (appartengono a tale ambito, in particolare: le "aree riservate", destinate allo svolgimento di attività aventi carattere di particolare segretezza ovvero prestate da personale selezionato e impiegato in specifiche mansioni che comportano la necessità di trattare informazioni riservate e applicazioni critiche; le aree in cui sono conservati oggetti di particolare valore o la cui disponibilità è ristretta a un numero circoscritto di addetti; le aree preposte alla realizzazione o al controllo di processi produttivi pericolosi che richiedono un accesso selezionato da parte di personale particolarmente esperto e qualificato; l'utilizzo di apparati e macchinari pericolosi, laddove sia richiesta una particolare destrezza onde scongiurare infortuni e danni a cose o persone), l'uso dell'impronta digitale o della topografia della mano a scopi facilitativi, la sottoscrizione di documenti informatici. Nell'ottica della semplificazione degli adempimenti²⁷⁸, è importante sottolineare come sia stato precisato che, oltre all'esonero dall'obbligo di verifica preliminare, alcuni trattamenti possono essere effettuati anche senza il consenso dell'interessato (ciò, ad esempio, vale per l'autenticazione informatica, per il controllo degli accessi fisici ad aree sensibili o per la sottoscrizione di documenti informatici in ambito pubblico).

²⁷⁸ Secondo un interessante articolo consultabile all'indirizzo <https://lamiaprivacy.wordpress.com/2014/12/07/provvedimento-e-linee-guida-in-materia-di-biometria-12-11-2014/> "il provvedimento e le linee guida rappresentano l'apprezzabile sforzo prodotto dal Garante per mettere ordine in un settore in forte espansione, riuscendo a contemperare le esigenze degli operatori economici interessati allo sviluppo e all'adozione di tecnologie biometriche con la tutela dei singoli rispetto ai rischi insiti in tale particolare tipologia di trattamenti di dati personali".

3.5 La Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa e il nuovo “pacchetto protezione dati” dell'Unione Europea: il Regolamento (UE) 2016/679 e la Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio.

La Raccomandazione del 2015 interviene per sostituire, aggiornandola, la precedente Raccomandazione settoriale del 1989, La n. R(89)2. L'esigenza di riformare la precedente Raccomandazione è nata dalla presa d'atto delle grandi innovazioni tecnologiche intervenute nel corso degli ultimi anni, della nuova dimensione internazionale del lavoro e soprattutto del fatto che il lavoratore, sul posto di lavoro, può essere controllato assai agevolmente attraverso l'uso di svariati meccanismi²⁷⁹. La Raccomandazione approfondisce i profili relativi alla modalità di acquisizione e conservazione delle informazioni personali sui lavoratori (principio n.5), alla necessità che i datori di lavoro adottino policies, regolamenti o altri strumenti interni in materia di trattamento dati personali dei lavoratori che siano coerenti con i principi della Raccomandazione (principio n.6), ai dati sensibili e genetici (principio n.7), alla trasparenza dei processi (principio n.10), reca, nella parte II, le regole speciali in materia di controlli²⁸⁰. In particolare il principio n. 14 interviene con riferimento all'uso di internet e delle comunicazioni elettroniche sul posto di lavoro, ribadendo il principio in virtù del quale i datori di lavoro devono evitare interferenze ingiustificate nella privacy del lavoratore. La norma estende questo principio a tutti gli

²⁷⁹ Punto 2 dell'introduzione al Memorandum esplicativo alla Raccomandazione n.5, consultabile all'indirizzo <https://wcd.coe.int>.

²⁸⁰ Sitzia, *I controlli a distanza dopo il “Jobs Act.” e la raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in LG, 2015, 680.

apparecchi elettronici usati dal lavoratore, precisando che deve ritenersi preferibile l'adozione di misure preventive piuttosto che l'accesso diretto alle comunicazioni elettroniche.

Il principio 15 presenta forti assonanze con l'attuale articolo 4, vietando l'introduzione di sistemi informativi e tecnologie con lo specifico e diretto scopo di monitorare l'attività dei lavoratori e prevedendo che "dove la loro introduzione e il loro uso sia giustificato da scopi legittimi come la protezione della produzione, la salute e la sicurezza o per garantire lo svolgimento efficiente dell'organizzazione e abbia per conseguenza indiretta la possibilità di monitorare l'attività dei lavoratori, deve essere sottoposta alle ulteriori garanzie previste dal principio 21, in particolare la consultazione delle rappresentanze dei lavoratori". L'impianto di tutele previsto dalla Raccomandazione si basa sulle regole della trasparenza e della proporzionalità, aperto ad una regolazione "soft" imperniata sulla predisposizione di codici aziendali/policies seguite o affiancate da informazione e consultazione delle rappresentanze sindacali²⁸¹.

Lo scorso 5 maggio è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale Europea il Regolamento UE n. 679/2016²⁸², intitolato "Regolamento Generale

²⁸¹ L'opportunità di adottare disciplinari aziendali interni è stata da tempo sottolineata anche dal Garante italiano come ricorda Santoni, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in Carinci, *Commento al Disegno di legge S.1428 ora C.2660*, consultabile alla pagina <http://www.meetingsandcommunication.it/bertinoro/files/B5.pdf>

²⁸² Secondo Fedi, "l'obiettivo è quello di adeguare la data protection rispetto all'evoluzione tecnologica che ha determinato un aumento dei flussi transfrontalieri e, quindi, dei dati scambiati tra attori pubblici e privati, rendendo così necessari: da un lato, una più libera circolazione di dati all'interno dell'UE ma, dall'altro, un più elevato livello di protezione. Merita altresì porre in rilievo la forte volontà del Legislatore europeo di eliminare la frammentazione applicativa della normativa in materia di protezione dei dati personali nel territorio dell'UE, dovuta alle diverse leggi di recepimento della Direttiva 95/46". *Privacy: cosa cambia con il nuovo regolamento europeo*, 2016, http://www.legance.it/00651/DOCS/H-ITA-Newsletter_COMPLIANCE_Maggio2016.pdf

sulla Protezione dei Dati”²⁸³, che diverrà applicabile in via diretta in tutti i Paesi della UE solo a partire dal 25 maggio 2018²⁸⁴. Gli Stati membri, dunque, hanno facoltà di armonizzare la disciplina interna con il predetto Regolamento entro i prossimi due anni, in caso contrario questo sarà comunque direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. Tale Regolamento²⁸⁵, unitamente alla Direttiva EU n. 680/2016, relativa alla prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione dei dati personali, costituisce il c.d. “Pacchetto protezione

²⁸³ “Per Confindustria, che sin dalla sua presentazione ha seguito con molta attenzione l’iter legislativo del dossier, la proposta di regolamento è positiva, in quanto intende armonizzare la normativa dei singoli Stati membri, adeguandola allo sviluppo tecnologico e ai servizi della società dell’informazione. Tuttavia, nel testo, si riscontrano alcune criticità che rischiano di dare origine a oneri aggiuntivi che impatterebbero negativamente sull’operatività delle imprese”. http://www.confindustria.eu/item/153-Riforma_della_normativa_europea_sulla_protezione_dei_dati_

²⁸⁴ Per il Garante della privacy, Soro: "L'approvazione del Regolamento e della Direttiva rappresentano per l'Unione un traguardo importante, atteso da tempo ma si pongono anche come una sfida sia per le Autorità Garanti sia per imprese, soggetti pubblici, liberi professionisti chiamati ad un ruolo di grande rilievo e responsabilità nel garantire un sempre più elevato grado di tutela delle persone che vivono e operano nell'Unione. Un percorso verso una più ampia protezione dei dati personali, soprattutto nel mondo digitale che si apre già da subito e che vedrà l'Autorità italiana impegnata in un dialogo costante con tutti gli attori in campo e con le altre Autorità Garanti europee". Intervento è consultabile alla pagina <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4443361>

²⁸⁵ Secondo uno studio svolto dal Dipartimento del Parlamento europeo nell’aprile 2013, il dibattito a livello europeo si è svolto su quattro diverse opzioni possibili: la prima mirava ad una completa armonizzazione del settore lavoristico del trattamento dei dati personali attraverso strumenti europei di “hard law”; la seconda riteneva necessario puntare sul negoziato sociale attraverso il dialogo sociale a livello europeo; la terza guardava con favore alla “soft law” e al c.d. metodo aperto di coordinamento; la quarta riteneva non necessario intraprendere alcuna azione per completare la regolamentazione della materia nel contesto del lavoro. Si deve tenere conto che le parti sociali hanno espresso la loro preferenza per il ricorso ad un telaio di principi generali flessibili e adattabili a più contesti. A tal proposito cfr. De Hert, Lammerant, *Protection of personal data in work-related relations*, studio del policy departments citizens’rights and constitutional affairs, 2013, <http://www.europarl.europa.eu/studies>

dati”, ovvero l’insieme delle norme in materia di tutela dei dati personali, comuni per tutti gli Stati membri dell’UE²⁸⁶.

E’ interessante notare come all’articolo 5, dedicato ai principi, il Regolamento faccia riferimento agli stessi principi che attualmente governano il Codice privacy italiano e cioè liceità, correttezza, trasparenza e finalità; ma allo stesso tempo ne pone di nuovi, come quello di minimizzazione, in base al quale i dati devono essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati; quello di limitazione della conservazione, quello di integrità e riservatezza e quello di responsabilizzazione, secondo il quale, il titolare del trattamento dei dati è competente per il rispetto dei principi di liceità, correttezza e trasparenza.

Per quel che però riguarda più specificatamente i rapporti di lavoro le novità riguardano alcuni aspetti legati al trattamento dei dati all’interno del rapporto.

In particolare, l’art. 30 del Regolamento, introduce l’obbligo di un “registro delle attività di trattamento” dei dati, svolte all’interno dell’azienda, dove dovranno essere annotati alcuni dati, specificatamente indicati, tra i quali, nome e dati del titolare del trattamento, del responsabile del trattamento²⁸⁷ e relative finalità. Tale obbligo, tuttavia, non si applica, in via generale, alle imprese o organizzazioni con meno di 250 dipendenti.

²⁸⁶ Di Mambro, *Regolamento Ue n. 2016/679: la privacy secondo il nuovo regolamento generale sulla protezione dati*, 2016, consultabile all’indirizzo <http://www.salonia-associati.com/pubblicazioni-eventi/pubblicazioni/regolamento-ue-n-2016679-la-privacy-secondo-regolamento-generale-sulla-protezione-dei-dati/>

²⁸⁷ “Con il Nuovo Regolamento il Titolare ha un ruolo più proattivo e obblighi più pregnanti, finalizzati non soltanto al formalistico rispetto delle regole, ma anche all’adozione di tutti gli accorgimenti tecnici e organizzativi necessari a garantire la compliance effettiva dei trattamenti, anche sotto il profilo della sicurezza”. Fedi, *Privacy: cosa cambia con il nuovo regolamento europeo*, 2016, http://www.legance.it/00651/DOCS/H-ITA-Newsletter_COMPLIANCE_Maggio2016.pdf

Negli artt. 37 e ss., poi, si stabilisce che all'interno di un'azienda dovrà essere designato un responsabile della protezione dei dati, c.d. "Data Protection Officer", a prescindere dalla grandezza o dal numero dei dipendenti, ogniqualvolta: a) il trattamento sia effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico; b) le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistano in trattamenti che richiedono un monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala; oppure c) le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistano nel trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati personali o di dati relativi a condanne penali e a reati.

Il responsabile della protezione dei dati potrà essere un dipendente o un soggetto che adempia all'incarico "in base ad un contratto di servizi", il quale non potrà ricevere alcuna istruzione per l'adempimento dei propri compiti e dovrà relazionarsi direttamente al vertice gerarchico della società.

Per quanto riguarda i compiti affidati al responsabile del trattamento dei dati, l'art. 39 del Regolamento prevede che si occupi di: a) informare e fornire consulenza al titolare o responsabile del trattamento ed ai dipendenti, in merito alle disposizioni del Regolamento, nonché di altre disposizioni dell'Unione o del singolo Stato Membro inerenti il trattamento dei dati; b) sorvegliare l'osservanza del Regolamento e delle altre disposizioni normative; c) fornire, se richiesto, un parere in merito alla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e sorvegliarne l'esecuzione; d) cooperare con l'autorità di controllo; e) fungere da punto di contatto per l'autorità di controllo per questioni connesse al trattamento.

Infine, il Regolamento prevede ulteriori disposizioni inerenti al trattamento dei dati nell'ambito dei rapporti di lavoro introducendo la

possibilità per il legislatore nazionale e le parti sociali di introdurre norme più specifiche²⁸⁸.

Nel dettaglio, l'art. 88 demanda alla legge o ai contratti collettivi, compresi gli "accordi aziendali", la possibilità di prevedere con riguardo al trattamento dei dati dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro, "norme più specifiche dirette ad assicurare la protezione dei diritti e delle libertà, per tutte le finalità connesse al rapporto di lavoro, tra cui assunzione, esecuzione del contratto di lavoro, compreso l'adempimento degli obblighi stabiliti dalla legge o da contratti collettivi, di gestione, pianificazione e organizzazione del lavoro". Tali norme, tuttavia, devono altresì includere misure appropriate per la salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati.

Dall'analisi del Regolamento appare chiaro l'intento del legislatore europeo di creare un impianto normativo in materia di protezione dei dati certo ed uguale per tutti gli Stati membri, pur nella consapevolezza dell'evoluzione e del continuo cambiamento dei problemi ad essa connessi.

Dal punto di vista giuslavoristico di particolare rilievo è la possibilità riconosciuta alla contrattazione collettiva, anche attraverso accordi aziendali, di prevedere, nell'ambito dei rapporti di lavoro, delle norme specifiche ai fini della protezione dei diritti e delle libertà dei dati personali dei lavoratori dipendenti²⁸⁹.

In ogni caso bisogna sottolineare come l'approvazione di tale Regolamento non comporti l'immediata e automatica abrogazione del Co-

²⁸⁸ Come sottolineato da Sitzia sia tratta unicamente di una possibilità e non di un vero e proprio obbligo. *I controlli a distanza dopo il "Jobs Act." e la raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in LG, 2015, 681 ss.

²⁸⁹ Di Mambro, *Regolamento Ue n. 2016/679: la privacy secondo il nuovo regolamento generale sulla protezione dati*, 2016, consultabile all'indirizzo <http://www.salonia-associati.com/pubblicazioni-eventi/pubblicazioni/regolamento-ue-n-2016679-la-privacy-secondo-regolamento-generale-sulla-protezione-dei-dati/>

dice privacy italiano, il quale, al contrario, potrà essere semplicemente modificato e integrato secondo quelli che sono i nuovi principi e le regole individuate nella fonte normativa europea.

4. Dati raccolti e licenziamento disciplinare.

Prima dell'intervento della riforma, il rispetto delle prescrizioni in materia di tutela dei dati personali non costituiva una condizione imprescindibile affinché la notizia dell'inadempimento da parte del lavoratore ad un obbligo contrattuale, acquisita nell'ambito di un controllo conforme alle prescrizioni statutarie, potesse essere utilizzata per esercitare il potere disciplinare. L'esercizio del potere di controllo, ai fini del legittimo esercizio del potere disciplinare, rimaneva assoggettato alle sole regole dettate dall'ordinamento per definire le posizioni delle parti del rapporto di lavoro. Le regole del Codice privacy riguardavano un aspetto specifico della tutela della persona del lavoratore ed operavano entro i margini tratteggiati dal medesimo codice²⁹⁰.

²⁹⁰ Alvino, *L'art. 4 dello Stat.*, Milano, 2014, 1003 ss.; a tal proposito si può citare Bellavista, che ha orientato come la formula "diritto alla privacy" non assume nel nostro ordinamento un contenuto specifico. Piuttosto si può dire che il nostro legislatore ha predisposto una pluralità di norme destinate a tutelare aspetti inerenti alle molteplici dimensioni della persona. *Esiste la tutela della privacy nel rapporto di lavoro?* in Tullini, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, Torino, in *Riv. ita. dir. lav.*, 2009, 324 ss.

A seguito delle novità introdotte dal Decreto legislativo 151 del 2015, le due normative interagiscono e una diventa condizione di legittimità per l'esercizio dei poteri derivanti dall'altra. Affinché un datore di lavoro possa legittimamente utilizzare le informazioni raccolte sul proprio dipendente a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, sarà necessario il rispetto del Codice privacy e di tutti gli altri atti normativi che sono stati esaminati fino ad ora, se si tratta di controllo svolto sugli strumenti di cui al nuovo comma secondo; se invece si è nell'ambito di applicazione del comma primo, sarà comunque necessaria l'autorizzazione delle rappresentanze sindacali o, a seconda dei casi, della Dtl (a meno che nell'accordo non se ne escluda esplicitamente l'utilizzabilità)²⁹¹.

Non si può più parlare, come accadeva nel passato, di due discipline separate e che riguardavano ambiti completamente differenti tra loro. Il rispetto di queste disposizioni permette oggi al datore di lavoro di utilizzare le informazioni che ha raccolto anche a fini disciplinari²⁹² purché però tale comportamento sia previsto come meritevole di sanzione²⁹³. Sarà possibile comminare un licenziamento giustificandolo tramite le informazioni ottenute, ad esempio, per mezzo di controlli effettuati sugli strumenti di lavoro del dipendente o sulla rete intranet

²⁹¹ “A tale riguardo si evidenzia che prima di questo nuovo art. 4, tali informazioni, non erano utilizzabili di default per il licenziamento, quando ad esempio nell'accordo sindacale si stabilisse espressamente la non utilizzabilità”. Gobbato, *Cosa cambia con il nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, <https://www.assodigitale.it/cosa-cambia-con-il-nuovo-art-4-dello-statuto-dei-lavoratori/>

²⁹² Secondo il Garante Soro la possibilità del controllo dell'attività lavorativa e la conseguente utilizzabilità, anche a fini disciplinari, dei dati così acquisiti, è, ad oggi, un "effetto naturale del contratto", in quanto discende naturalmente dalla costituzione del rapporto di lavoro. <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4235378>

²⁹³ Cass. civ. Sez. lavoro, 11/08/2014, n. 17859 (rv. 632310) ha stabilito che “Qualora il codice disciplinare affisso nella bacheca aziendale vieti l'accesso alla rete internet e l'utilizzo della posta elettronica per scopi personali, è legittimo il licenziamento disciplinare del dipendente che, sul computer aziendale, abbia installato un programma di “file-sharing” ed uno per l'accesso alla email personale, effettuando il “download” di foto e filmati pornografici”.

aziendale o, ancora, sulla casella di posta elettronica fornita al dipendente dal datore di lavoro²⁹⁴. Non è, come si potrebbe pensare, l'utilizzo dell'email a fini personali il motivo principale del licenziamento ma il fatto che, nonostante un espresso divieto disposto dal datore di lavoro ed adeguatamente pubblicizzato e portato a conoscenza del lavoratore, quest'ultimo abbia violato tale disposizione, facendo così venir meno il rapporto di fiducia che caratterizza imprescindibilmente il rapporto di lavoro. Né ha particolare rilievo la tenuità del danno derivato al datore di lavoro²⁹⁵.

²⁹⁴ Ovviamente dovranno essere rispettate le procedure previste dall'articolo 7 della legge 300 del 1970. G. Santoro-Passarelli definisce il potere disciplinare, individuato dall'articolo 2106 c.c. e procedimentalizzato dall'articolo 7 dello Statuto, come un potere tipico del contratto di lavoro subordinato che consente al datore di lavoro di punire violazioni degli obblighi di osservanza, di diligenza e di fedeltà che incombono al lavoratore. Solo a partire dal 1987, dopo un intervento delle Sezioni Unite, si è consolidato l'orientamento secondo il quale anche il licenziamento può configurarsi come sanzione disciplinare e, quindi, anche la sanzione disciplinare può avere una funzione estintiva. Per un maggior approfondimento cfr. G. Santoro-Passarelli, *Dir. dei lav.*, 2012, 258 ss.

²⁹⁵ Questa l'opinione di Marchesi, *Mail aziendale e messaggi privati: la sentenza CEDU*, consultabile all'indirizzo <http://glob.press/attualita/privacy-ed-email-aziendali/>

4.1 L'articolo 8 CEDU e il caso Barbulescu v. Romania.

Riguardo al rapporto tra controllo a distanza dei lavoratori e licenziamento disciplinare, appare utile richiamare la sentenza emanata dalla Quarta Sezione della Corte Europea per i Diritti Umani il 12 Gennaio 2016 nel caso Barbulescu v. Romania²⁹⁶ che ha stabilito l'importante principio in base al quale non è in contrasto con il diritto alla vita privata (art. 8 CEDU) l'accesso del datore di lavoro alla corrispondenza elettronica del suo dipendente, trasmessa attraverso l'*account* aziendale per finalità private e in violazione dei suoi obblighi. Il caso riguarda un'azienda rumena la quale aveva attribuito ai propri dipendenti un account Yahoo Messenger, affinché rispondessero ed assistessero i clienti. A seguito di un monitoraggio sulle comunicazioni che transitavano dalle postazioni di lavoro, tale azienda accertò che un dipendente aveva effettuato un utilizzo dell'account per scopi personali sebbene specifiche policy²⁹⁷ vietassero un tale uso e il ricorrente fosse stato debitamente informato della rigida policy aziendale in materia di utilizzo degli strumenti di lavoro a scopo personale, della quale aveva preso visione al momento dell'assunzione. Di conseguenza, a seguito della violazione della policy interna, l'azienda aveva proceduto al **licenziamento** del lavoratore.

²⁹⁶ Caso n. 61496/08 - Barbulescu v. Romania; Sentenza ECHR 013 (2016) del 12 Gennaio 2016.

²⁹⁷ “La sentenza precisa che il datore di lavoro aveva dato chiare disposizioni di non utilizzare gli strumenti ICT aziendali per scopi personali ma, nonostante questo, l'ing. Bărbulescu aveva utilizzato l'account per scambiare messaggi “*with his brother and his fiancée relating to personal matters such as his health and sex life*” (con suo fratello e la sua fidanzata in relazione a fatti personali come la sua salute o la sua vita sessuale)”. Marchesi, *Mail aziendale e messaggi privati: la sentenza CEDU*, consultabile all'indirizzo <http://glob.press/attualita/privacy-ed-email-aziendali/>

Il dipendente dapprima impugnava il **licenziamento** avanti alla magistratura rumena; nel corso del processo, nei due gradi svolti in Romania, era stato dimostrato tanto il monitoraggio delle comunicazioni quanto l'utilizzo per scopi privati ma, rispondevano i giudici rumeni, entro i limiti del solo riscontro dell'effettiva attività professionale svolta, affermando la legittimità della decisione presa dal datore di lavoro e sottolineando come la possibilità di monitorare le attività dei dipendenti ricadesse all'interno delle prerogative della direzione aziendale. Successivamente, il lavoratore, si rivolse alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, assumendo che il datore non aveva il diritto di monitorare le conversazioni, il cui carattere personale aveva costituito forte lesione dei propri diritti sul piano costituzionale, penale, nonché, appunto, dell'art. 8 della Convenzione europea dei Diritti Umani.

Secondo tale articolo: "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza". Tale diritto può subire compressioni soltanto ad opera di una specifica previsione legislativa che tuteli interessi di sicurezza nazionale, benessere economico, prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione dei diritti e delle libertà altrui. Tuttavia, il dipendente non chiariva le ragioni per cui aveva utilizzato lo strumento per scopi personali, sebbene avesse dimostrato che l'account in questione era quello personale e non quello aziendale. La ditta si difendeva adducendo che le mail inoltrate dall'account aziendale potevano essere utilizzate per provare la scarsa produttività del dipendente poiché: a) i dipendenti erano stati informati delle condizioni d'uso della mail aziendale che precludevano l'utilizzo per fini personali; b) le mail del dipendente erano state monitorate per un periodo limitato nel tempo, in relazione all'oggetto delle comunicazioni e comunque in misura strettamente proporzionata allo scopo di provare la scarsa

produttività dell'ingegnere; c) l'identità degli interlocutori del lavoratore non era stata rivelata in sede giurisdizionale; e) l'azienda non aveva fatto accesso ad altri documenti archiviati sul computer dell'ingegnere; f) non aveva ricevuto dall'ingegnere mai alcuna giustificazione sull'utilizzo della mail aziendale per fini personali.

La Corte di Strasburgo, nel rigettare il ricorso del lavoratore, richiamando anche i principi e i provvedimenti espressi dalle Autorità competenti ha stabilito che: il dipendente era stato messo efficacemente a conoscenza delle policy aziendali; il controllo dei messaggi era l'unico modo per verificare che il dipendente adempisse alle proprie mansioni; il controllo dei messaggi era l'unico modo per prevenire un utilizzo improprio di Internet tale da produrre danni all'azienda e al suo sistema IT, indirettamente o scientemente. Inoltre tale controllo è ammissibile nella misura in cui sia strettamente proporzionato e non eccedente lo scopo di verifica dell'adempimento contrattuale. Precisa poi che i controlli sono legittimi se limitati nel tempo e nell'oggetto ossia mirati (non massivi) e fondati su presupposti (come sospetti di inefficienza dell'attività lavorativa).

In tale contesto, è importante sottolineare come la Corte abbia tenuto conto che l'accesso all'account personale (e non quello aziendale) del dipendente era giustificato dalla convinzione che questi stesse utilizzando lo strumento per svolgere proprie mansioni (diversamente, secondo la Corte, mentre le telefonate effettuate all'interno delle strutture aziendali sarebbero chiaramente da considerarsi ricomprese all'interno della nozione di "vita privata" e "corrispondenza" ex articolo 8, lo scambio di *email* può essere soggetto a sfumature diverse a seconda dei regimi di monitoraggio sull'utilizzo di internet cui i dipendenti vengono abitualmente sottoposti sul luogo di lavoro).

Su tali presupposti i giudici di Strasburgo hanno ritenuto ragionevole e giustificato che l'azienda ponesse in essere un'attività di controllo vol-

ta a verificare il corretto svolgimento, da parte dei dipendenti, del proprio lavoro. Anche perché il monitoraggio attivato da parte datoriale riguardava il solo strumento di lavoro, ossia le comunicazioni sul Yahoo Messenger.

I Giudici, quindi, hanno concluso che il controllo del datore di lavoro è stato svolto all'interno di determinati limiti ed è stato proporzionato²⁹⁸.

Molto interessante è l'unica opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, secondo il quale il datore di lavoro poteva intuire dall'oggetto del messaggio che non si trattava di una comunicazione professionale e che le mail avevano ad oggetto aspetti molto intimi della vita del lavoratore, la cui pubblicazione è da considerarsi lesiva dell'articolo 8 CEDU; e che, in ogni caso, l'account con il nominativo del dipendente, malgrado l'utilizzo del computer aziendale, fosse del lavoratore che non aveva dato il consenso alla trascrizione del contenuto del messaggio privato. Il giudice, tra l'altro, ha ritenuto che il licenziamento non fosse una misura proporzionata tanto più che non è stato provato alcun danno sull'azienda²⁹⁹.

Molti commentatori hanno accolto la sentenza con preoccupazione, ipotizzando che la pronuncia potesse liberalizzare un controllo selvaggio delle mail, e più in generale delle attività svolte sulla rete internet dal lavoratore. Tuttavia con un intervento estremamente chiarificatore il Garante Soro che fatto chiarezza, dichiarando che “la Corte ha riaffermato, nel caso concreto, che i controlli datoriali sull'attività lavorativa sono ammissibili soltanto nella misura in cui siano strettamente proporzionati e non eccedenti lo scopo di verifica dell'adempimento

²⁹⁸ Lenghi, *Jobs Act e controlli a distanza dei lavoratori*, Fonte: <http://www.studio-cataldi.it/articoli/21210-jobs-act-e-controlli-a-distanza-dei-lavoratori.asp>

²⁹⁹ Castellanete, *Notizie e commenti sul diritto interazione e dell'Unione europea*, <http://www.marinacastellaneta.it/blog/controllo-delle-mail-aziendali-da-parte-del-datore-di-lavoro-compatibili-con-la-cedu.html>

contrattuale. Questa valutazione è in linea con la Raccomandazione sulla protezione dei dati in ambito lavorativo, approvata il 1° aprile 2015 dallo stesso Consiglio d'Europa, che in particolare auspica la minimizzazione dei controlli difensivi o comunque rivolti agli strumenti elettronici; l'assoluta residualità dei monitoraggi, con appositi sistemi informativi, sull'attività e il comportamento dei lavoratori in quanto tale. Ed è in linea con la giurisprudenza italiana e con gli stessi principi affermati dal Garante, in particolare con le Linee guida del 2007. Con questo provvedimento si è prescritto al datore di lavoro di informare i lavoratori delle condizioni di utilizzo della mail aziendale (e anche della stessa rete, in orario di lavoro o comunque con gli strumenti messi a disposizione dal datore), dei controlli che il datore di lavoro si riserva di effettuare per fini legittimi, nonché delle eventuali conseguenze disciplinari suscettibili di derivare dalla violazione di tali regole. Principi che restano validi anche dopo la riforma dei controlli datoriali operata dal Jobs Act e anche rispetto agli strumenti di lavoro che, pur sottratti alla procedura concertativa, restano comunque soggetti alla disciplina del Codice privacy. E, in particolare, ai principi di necessità, finalità, legittimità e correttezza, proporzionalità e non eccedenza del trattamento, nonché all'obbligo di previa informativa del lavoratore e al divieto di profilazione, ribaditi proprio dalla Corte europea dei diritti umani³⁰⁰.

³⁰⁰ *I lavoratori devono essere informati. Il datore di lavoro non può spiare le mail*, consultabile all'indirizzo http://www.huffingtonpost.it/antonello-soro/tranquilli-in-italia-non-si-puo-licenziare-per-luso-della-mail-aziendale_b_8969502.html

Conclusioni.

L'analisi dell'articolo 4, dalla sua originaria formulazione all'attuale, ha mostrato come il Legislatore, e successivamente la giurisprudenza, abbiano da sempre ritenuto il diritto dei lavoratori alla riservatezza un diritto fondamentale e meritevole della maggiore tutela possibile riuscendo, allo stesso tempo, a non limitare troppo i poteri e i diritti del datore di lavoro funzionali all'esercizio del diritto all'iniziativa economica privata, tutelato dall'articolo 41 della Costituzione.

Un ruolo centrale, come visto, è stato da sempre svolto dalla giurisprudenza la quale è riuscita ad indicare di volta in volta quali fossero i nuovi limiti al potere di controllo e le modalità per un suo lecito esercizio, permettendo così alla norma dello Statuto di rispondere alle esigenze che di volta in volta si sono presentate, soprattutto in riferimento al cambiamento del mondo del lavoro.

Dal momento in cui lo Statuto fu emanato ad oggi la tecnologia ha però avuto uno sviluppo enorme, rendendo necessario un aggiornamento della norma statutaria, non potendo più essere sufficiente l'opera adeguatrice della giurisprudenza, soprattutto alla luce delle richieste dell'Unione europea.

Il recente intervento deve essere letto in quest'ottica, cioè come un'opera di ammodernamento, funzionale a rendere una normativa risalente nel tempo, attuale e pronta a sostenere le sfide che le nuove tecnologie richiedono di affrontare.

L'analisi delle modifiche apportate dalla recente riforma all'articolo 4 ha mostrato come tra potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore, nessuno dei due interessi è stato sacrificato, avendo tali modifiche inciso unicamente sui presupposti che legittimano l'esercizio del potere datoriale.

Le grandi novità introdotte con riferimento agli strumenti di lavoro e al rinvio alla normativa privacy, richieste dal grande sviluppo tecnologico degli ultimi decenni, mostrano come il Legislatore abbia avvertito la necessità di un ammodernamento, permettendo ai datori di lavoro un più agevole ricorso agli strumenti di nuova generazione, senza però che le tutele per il lavoratore siano diminuite. Probabilmente, anzi, tali tutele sono addirittura aumentate in quanto la normativa in tema di privacy prevede regole più precise e oneri maggiori rispetto a quanto non prevedesse precedentemente l'articolo 4 dello Statuto.

Anche la possibilità di utilizzare a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro le informazioni raccolte tramite l'attività di controllo deve essere letta in un'ottica che non sia necessariamente negativa. Nulla esclude infatti che il datore di lavoro voglia utilizzare tali informazioni per premiare la produttività e l'efficienza di un dipendente, oppure che utilizzi tali dati per individuare quelle che sono le mansioni che meglio si adattano alle caratteristiche professionali del lavoratore.

Bisogna inoltre aggiungere che le modifiche apportate all'articolo 4 aiutano a superare alcune interpretazioni dello stesso che avevano a lungo impegnato la giurisprudenza, in particolare con riferimento ai controlli difensivi, che da oggi possono definirsi assoggettati all'obbligo di accordo sindacale, a meno che non riguardino reati di ambito penale.

Dopo l'intervento del Legislatore si può auspicare un intervento del Garante per la protezione dei dati personali utile ad adeguare le Linee guida che nel corso degli anni sono state emanate e che costituiscono, al pari del Codice della privacy, i principi e le regole che governano l'uso sul posto di lavoro di mezzi quali internet, la posta elettronica o anche gli apparecchi biometrici che oramai fanno parte della quotidianità di tutti i lavoratori. Proprio per questo motivo sarebbe utile aggiornare tali regole soprattutto ora che lo Statuto fa riferimento a tali

provvedimenti come presupposto di legittimità per l'uso delle informazioni raccolte dal datore di lavoro.

Sicuramente è presto per pronunciarsi in modo definito sul nuovo testo dell'articolo 4, essendo necessario verificare in che modo i datori di lavoro interpreteranno e applicheranno le nuove regole, quale sarà la mole del contenzioso che si svilupperà, e se e in che modo cambieranno le modalità di lavoro e di utilizzo degli strumenti da parte dei dipendenti; tuttavia il giudizio preliminare, in attesa di tali sviluppi, può essere positivo, non essendo intervenute diminuzioni del livello di tutela fornita al lavoratore da parte dell'ordinamento e soprattutto non essendo stato liberalizzato il controllo esercitabile da parte del datore di lavoro il quale è ancora oggi sottoposto a regole e limiti che devono essere sempre rispettati per poter essere legittimo.

Bibliografia

AGNINO, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti?*, *Giurisprudenza di merito*, n. 12, Milano, 2012.

ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza*, *Labour & Law issues*, Milano, vol.2, n.1, 2016.

ALVINO, *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 4/XXIV, Milano, 2014.

AMATO, commento a *Legittimità del controllo difensivo occulto attraverso i social networks*, *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 10/2015, Milano.

AMOROSO, DI CERBO, MARESCA, *Diritto del lavoro*, volume II, Milano, 2014.

ASSANTI, *Commento all'articolo 4*, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da PROSPERETTI, Milano, 1975, II.

BARRACO, SITZIA, *La tutela della privacy nei rapporti di lavoro*, Milano, 2012.

BELLAVISTA, *Commento a Cass. 17 luglio 2007, n. 15892*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2008, II, con nota di VALLURI.

BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995.

BELLAVISTA, *Investigatori privati e controlli occulti sui lavoratori*, nota a pret. Monza 24 Maggio 1995, in *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, 1996, II.

BELLAVISTA, *Gli accordi sindacali in materia di controlli a distanza sui lavoratori, Il lavoro nella giurisprudenza*, 2014, Milano.

CARINCI, *Commento al Disegno di legge S.1428 ora C.2660*, consultabile alla pagina <http://www.meetingsandcommunication.it/bertinoro/files/B5.pdf>.

CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il diritto sindacale in Diritto del lavoro*, Torino, 2006.

CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e rapporto di lavoro*, in *Dottrina per il lavoro*, 1985.

CASTELLANETE, *Notizie e commenti sul diritto interazione e dell'Unione europea*, <http://www.marinacastellaneta.it/blog/controllo-delle-mail-aziendali-da-parte-del-datore-di-lavoro-compatibili-con-la-cedu.html>.

CONFINDUSTRIA, *Circolare 19905/2015*.

CORTI, SARTORI, *Legislazione in materia di lavoro, i decreti attuativi del Jobs Act.: servizi per l'impiego e politiche attive (rinvio), agenzia ispettiva unica, semplificazioni*, *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, fasc.1, 2016.

COSATTINI, *Le modifiche all'art.4 Stat. lav. sui controlli a distanza, tanto rumore; per nulla?*, *Il lavoro nella giurisprudenza*, 11/2015, Milano.

DAGNINO, *Tecnologie e controlli a distanza*, in *Diritto delle relazioni industriali*, fasc.4, 2015.

DE HERT, LAMMERANT, *Protecion of personal data in work-related relations*, studio del Policy Departments Citizens'rights and Constitutional Affairs, 2013, <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

DE LUCA TAMAJO, *Presentazione della ricerca DE LUCA TAMAJO, IMPERIALI D'AFFITTO, PISANI, ROMEI, Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, Roma, 1998.

DEL CONTE, *Fondamenti di diritto del lavoro*, Padova, 2015.

DEL CONTE, *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodella i poteri del datore di lavoro*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007.

DEL NINNO, *In vigore la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori sui controlli a distanza: il decreto legislativo 14 Settembre 2015 n. 151, privacy dei lavoratori e nuove regole*, *Diritto e Giustizia*, Milano, 2015.

DEL NINNO, *La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori e i controlli a distanza alla luce delle nuove disposizioni di attuazione del Jobs Act: quali rischi per la privacy dei lavoratori?*, *Diritto e giustizia*, Milano, 2015.

DEL PUNTA, *La nuova disciplina due controlli a distanza sul lavoro (art.23, D. lgs. n.151/2015)*, *Rivista italiana di Diritto del lavoro.*, fasc.1, 2016, 77.

DI GENNARO, PAVONE, *La nuova disciplina dei controlli a distanza dei lavoratori e gli obblighi di informazione in capo al datore di lavoro*, in *Il sole 24 ore*, www.diritto24.ilsole24ore.com.

DI MAMBRO, *Regolamento Ue n. 2016/679: la privacy secondo il nuovo regolamento generale sulla protezione dati*, 2016, consultabile all'indirizzo <http://www.salonia-associati.com/pubblicazioni-eventi/pubblicazioni/regolamento-ue-n-2016679-la-privacy-secondo-regolamento-generale-sulla-protezione-dei-dati/>.

FABRIS, *Il diritto alla privacy tra passato, presente e futuro*, in *Rivista italiana di scienze della comunicazione*, 2009, n. 2.

FAGGIOLI, *Jobs Act, più chiarezza nei controlli a distanza con la bozza di riforma*, 2015, <http://www.corrierecomunicazioni.it>

FALERI, *Poteri di controllo del datore ed accertamenti sanitari sul prestatore di lavoro*, in *La tutela della privacy del lavoratore*, Padova, 2000.

FEDI, *Privacy: cosa cambia con il nuovo regolamento europeo*, 2016, http://www.legance.it/00651/DOCS/H-ITA-Newsletter_COMPLIANCE_Maggio2016.pdf.

FEZZI, *Calcolatori elettronici e controllo a distanza dei lavoratori, Diritto e pratica del lavoro*, 1983.

FIORAI, *Rappresentanze sindacali aziendali, sindacali e lavoratori nella legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, 1972, II.

FOGLIA, *Tutela della riservatezza del lavoratore e controllo informatico dell'attività lavorativa*, in AA.VV, *Questioni attuali di diritto del lavoro*, Roma, 1989.

FOGLIA, GARRISI, *Commento al Provvedimento del Garante su biometria e grafometria*, 2014, www.anorc.it.

FRENI, GIUGNI, *Lo statuto dei lavoratori: Commento alla legge 20 maggio 1970*, Milano, 1971.

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Newsletter del 7 - 13 Giugno 1999*, <http://www.garanteprivacy.it/home/stampa-comunicazione/newsletter>.

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *audizioni presso la Commissione Lavoro della Camera dei Deputati (9 luglio 2015) e la Commissione Lavoro del Senato (14 luglio 2015)*.

GARILLI, *Tutela della persona e tutela della sfera privata nel rapporto di lavoro*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1992.

GHEZZI, LISO, *Computer e controllo dei lavoratori*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1986.

GIUGNI, *Art. 39*, in *Commentario della Costituzione*, diretto da Branca, Bologna - Roma, 1979.

GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2010. A cura di BELLARDI, CURZIO e GAROFOLO.

GOBBATO, *Cosa cambia con il nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, <https://www.assodigitale.it/cosa-cambia-con-il-nuovo-art-4-dello-statuto-dei-lavoratori/>.

GOLRA, LATTUADA, *Guida al jobs Act.*, in *I quaderni di wikilabour*, Milano, 2015.

GRAGNOLI, *L'uso della posta elettronica sui luoghi di lavoro e la strategia di protezione elaborata all'Autorità Garante*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, a cura di TULLINI, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2010.

ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Milano, 2003.

IAQUINTA, INGRAO, *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, *Diritto delle relazioni industriali*, 4/XXIV, Milano, 2014.

IASELLI, *Commento D.lgs. 196/2003*, <http://www.micheleiaselli.it/commentoprivacy>.

LAMBERTUCCI, *Svolgimento del rapporto di lavoro e tutela dei dati personali*, in *La tutela della privacy del lavoratore*, diretto da CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, Padova, 2000.

LENGHI, *Jobs Act e controlli a distanza dei lavoratori*, Fonte: <http://www.studiocataldi.it/articoli/21210-jobs-act-e-controlli-a-distanza-dei-lavoratori.asp>.

LEVI, *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Torino, 2013.

MAGNANI, *Diritti della persona e contratto di lavoro. L'esperienza italiana*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1994, n.15.

MAIO *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *Argomenti di Diritto del lavoro.*, 2015, n. 6.

MANCINI, *Il diritto al lavoro rivisitato*, in *Politica del diritto*, 1974.

M.MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 300/2016, Roma, 2016.

MARCHESI, *Mail aziendale e messaggi privati: la sentenza CEDU*, consultabile all'indirizzo <http://glob.press/attualita/privacy-ed-email-aziendali/>.

MARESCA, *Jobs Act, come conciliare potere di controllo e tutela della dignità e riservatezza del lavoratore*, in *Forum Tuttolavoro* (formazione.ipsoa.it/forum/545844/forum-tuttolavoro), 2016.

MINERVINI, *I controlli sul lavoratore e la tutela dell'azienda*, in *La giurisprudenza nel lavoro*, Milano 4/2014.

MISCIONE, *I controllo intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, *Il lav. nella giuri.*, 9-8/2013, Milano.

MODESTI, *Il controllo a distanza del lavoratore tra il diritto alla riservatezza e la tutela del patrimonio aziendale*, Roma, Ragiusan N. 369/370, 2015.

MODESTI, *Commento breve al D.LGS.VO N. 196/2003. Codice in materia di protezione dei dati personali*, <http://www.diritto.it/archivio/1/20807>.

NATALI, *Jobs Act. e legittimità del controllo a distanza dei lavoratori*, in *Dottrina per il lavoro*, 2015.

PASCALI, *La Videosorveglianza dopo il Jobs Act: una rivoluzione 'a metà'?*, <https://www.key4biz.it/la-videosorveglianza-dopo-il-jobs-act-una-rivoluzione-a-meta/134947/>, 2015.

PERA, *Commento all'articolo 4*, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da PROSPERETTI, Milano, 1975, II.

M. PERSIANI *Diritto sindacale*, Padova, 2011.

M. PERSIANI, *Fondamenti di diritto del lavoro*, Padova, 2015.

M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1972.

R. PESSI, *Lezioni di Diritto del lavoro*, Torino, 2012.

R. PESSI, *Sub art.29*, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da PROSPERETTI, Milano, 1975, II.

PISANI, *Il computer e l'art.4 dello Statuto dei lavoratori*, in *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, Milano, 1988.

POLICELLA, *Controlli dei dipendenti: gli impianti audiovisivi nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, 2015, <http://www.diritto24.ilsole24ore.com>.

RANIERI, *Massimario giurisprudenza del lavoro*, 2007.

RAUSEI *La nuova disciplina dei controlli a distanza fra luci e ombre*, in *Dottrina per il lavoro*, 2015.

S. RODOTA', *Intervista su privacy e libertà*, Bari, 2005.

S. RODOTA', *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1997.

S. RODOTA', *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

ROMAGNOLI, *Osservazioni sugli articoli 4 e 6 dello Statuto dei lavoratori*, in *Giurisprudenza italiana*, 1971, IV.

F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962.

G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Torino, 2012.

G. SANTORO PASSARELLI, *Intervento*, in *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, a cura di DE LUCA TAMAJO, Milano, 1988.

G. SANTORO PASSARELLI, *Osservazioni in tema di articoli 3 e 4 Stat. lav.*, in *Diritto del lavoro*, 1986, I.

G. SANTORO PASSARELLI, *Sulla libertà sindacale dell'imprenditore*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976.

SALIMBENI, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, fasc.4, Milano, 2015.

SERVIDIO, *Controllo dei dipendenti e difesa del patrimonio aziendale*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 12/2016.

SIMITIS, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1997.

SOFFIENTINI, *I nuovi controlli a distanza*, *Diritto e pratica del lavoro*, fasc.8, 2016.

SOZZI, *Il “nuovo” art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *Guida al Jobs Act., I quaderni di wikilabour*, Milano, 2015.

SITZIA, *I controlli a distanza dopo il “Jobs Act.” e la raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d’Europa*, in *Legge e giustizia*, 2015.

SITZIA, *Il diritto alla “privatezza” nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Padova, 2013.

SORO, *I lavoratori devono essere informati. Il datore di lavoro non può spiare le mail*, su *Huffington Post*, consultabile all’indirizzo http://www.huffingtonpost.it/antonello-soro/tranquilli-in-italia-non-si-puo-licenziare-per-luso-della-mail-aziendale_b_8969502.html.

STANCHI, *Nel Jobs Act. il nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, *Guida al lavoro*, Milano, numero 38, 2015.

STENICO, *Il trattamento dei dati personali del lavoratore subordinato: dalla segretezza al controllo* in *La tutela della privacy del lavoratore* diretto da CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, Torino, 2000.

STENICO, *L’esercizio del potere di controllo “informatico” del datore di lavoro sugli strumenti tecnologici di “ultima generazione”*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2003, I.

TAMPIERI, *Costituzione del rapporto e tutela della riservatezza del lavoratore* in *La tutela della privacy del lavoratore* CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, Torino, 2000.

TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, Torino, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009.

TULLINI, *I limiti del controllo occulto sul lavoratore. E' legittimo il ricorso ad agenzie d'investigazione privata*, in *Studium iuris*, Padova, 1999, fasc. II.

VENEZIANI, *L'art. 4 legge 20 Maggio 1970, n.300: una norma da riformare?*, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1991,I.

WARREN, BRANDEIS, *The right to privacy*, *Harvard Law Review*, 1890, vol. IV, no.5.

ZERBANO, *Videosorveglianza sul posto di lavoro? Si, grazie*, 2015, <http://www.angcdl.it>.

ZOLI, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l.300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in, *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro* diretto da TULLINI, Padova, 2010.