



Università  
Ca' Foscari  
Venezia

Corso di Dottorato di ricerca  
in Diritto, mercato e persona

Ciclo XXXII

Tesi di Ricerca

**Il potere di controllo tecnologico  
datoriale e la tutela della *privacy*  
dei lavoratori nella società digitale**

SSD: IUS/07

**Coordinatore del Dottorato**

Chiar.ma Prof.ssa Carmela Camardi

**Supervisori**

Chiar.ma Prof.ssa Vania Brino

Chiar.mo Prof. Adalberto Perulli

**Dottoranda**

Dott.ssa Silvia Ortis

956278



*Non tutto ciò che è tecnologicamente possibile  
è, per questo solo fatto,  
pure eticamente ammissibile,  
socialmente accettabile,  
giuridicamente legittimo.*

S. Rodotà

(Intervista su *Privacy e libertà*)



# Indice

---

INTRODUZIONE La società tecnologica e i nuovi confini della <i>privacy</i> .....	1
CAPITOLO I Le nuove tecnologie e il mutato approccio all'organizzazione del lavoro nell'era digitale .....	9
1. L'impiego di nuove tecnologie: l'avvento della «quarta rivoluzione industriale» e la c.d. <i>Industry 4.0</i> .....	9
2. Il mondo del lavoro e gli effetti della digitalizzazione: presupposti per una rivisitazione della nozione di subordinazione? .....	19
3. Il sorgere di nuovi diritti e il diritto alla disconnessione.....	27
4. La digitalizzazione del lavoro e i nuovi paradigmi organizzativi .....	34
5. Il potere di controllo tecnologico del datore .....	39
CAPITOLO II Il potere di controllo del datore di lavoro .....	45
SEZIONE I.....	45
1. Il datore nel rapporto di lavoro subordinato: poteri e limiti dell'eterodirezione.....	45
2. Il potere di controllo datoriale: <i>ratio</i> e quadro normativo.....	53
SEZIONE II.....	66
3. I controlli a distanza sul lavoratore nel quadro anteriore al Jobs Act .....	66
4. Aporie e malfunzionamento dell'impianto normativo dell'art. 4 St. Lav. ....	87
5. I controlli difensivi quale tentativo di superamento dei limiti di cui all'art. 4 St. Lav. ....	93
SEZIONE III .....	102
6. La riforma dell'art. 4 St. Lav.: un nuovo bilanciamento d'interessi fra elementi di novità e tratti di continuità .....	102
7. La persistenza del divieto assoluto e le nuove procedure autorizzatorie .....	117

8. Gli strumenti di lavoro e la portata derogatoria dell'art. 4, c. 2 St. Lav.: ricostruzione di una nozione in divenire.....	130
9. Gli strumenti di rilevamento degli accessi e delle presenze .....	142
10. Le condizioni di utilizzabilità dei dati acquisiti: adeguata informazione ed espresso richiamo al D. Lgs. 196/2003 .....	150
11. Inosservanza della procedura autorizzatoria e profili di antisindacalità della condotta datoriale .....	161
12. La responsabilità penale del datore di lavoro nella disciplina dei controlli a distanza .....	166
CAPITOLO III La tutela della <i>privacy</i> e della riservatezza del lavoratore.....	171
1. La dignità della persona come fondamento costituzionale dei diritti alla riservatezza e alla protezione dei dati personali .....	171
2. Il rapporto fra Codice della <i>privacy</i> e l'art. 4 St. Lav.: verso un auspicabile coordinamento? .....	181
3. I controlli tecnologici e la tutela della <i>privacy</i> .....	189
3.1. Il monitoraggio degli accessi ad <i>internet</i> e della posta elettronica... ..	190
3.2. Il monitoraggio delle telefonate.....	195
3.3. Un'inedita fattispecie: i <i>social networks</i> fra diritto di critica e responsabilità disciplinare .....	198
3.4. L'utilizzo dei dati biometrici .....	205
4. Le ricadute delle innovazioni tecnologiche sui controlli conoscitivi dei lavoratori nei nuovi contorni della <i>big data analytics</i> .....	216
5. Lo <i>smart working</i> e la <i>digital economy</i> : un confine labile fra vita personale e ambito lavorativo .....	222
CAPITOLO IV La dimensione europea ed internazionale e l'analisi comparata con l'ordinamento spagnolo .....	225

1. La dimensione europea: la Carta di Nizza e il Regolamento UE 2016/679 .....	225
2. La prospettiva internazionalistica .....	232
2.1. La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e la giurisprudenza della Corte .....	232
2.2. Raccomandazione del Consiglio d’Europa 1° aprile 2015 .....	238
3. L’incidenza delle nuove tecnologie nella relazione fra potere di controllo datoriale e tutela dei diritti fondamentali del lavoratore nel quadro del diritto del lavoro spagnolo .....	240
3.1. Inquadramento normativo, dottrinale e giurisprudenziale .....	240
3.2. La disciplina contenuta nell’art. 20 de <i>El Estatuto de los trabajadores</i> : il potere direttivo e di controllo datoriale <i>versus</i> la dignità della persona del lavoratore.....	247
3.3. I diritti fondamentali dei lavoratori nella dimensione del rapporto di lavoro e del potere di controllo datoriale .....	254
3.3.1. Il diritto all’intimità personale e familiare e il diritto alla dignità .....	255
3.3.2. Il diritto al segreto delle comunicazioni.....	259
3.3.3. Il diritto alla protezione dei dati personali .....	261
3.4. I poteri e le facoltà datoriali ed il loro fondamento costituzionale ..	266
3.5. Il giudizio di proporzionalità come canone operativo per il bilanciamento dei diritti fondamentali in conflitto.....	267
3.6. La ragionevole aspettativa del lavoratore ad un proprio ambito di riservatezza e confidenzialità nel dialogo della giurisprudenza spagnola	276
3.7. La sentenza n. 39/2016 del <i>Tribunal Constitucional</i> : un radicale cambio di prospettiva nel bilanciamento dei diritti in conflitto .....	289
CONCLUSIONI.....	301

BIBLIOGRAFIA .....	307
--------------------	-----



# INTRODUZIONE

## La società tecnologica e i nuovi confini della *privacy*

---

Nell'epoca contemporanea il ricorso alle nuove tecnologie si fa sempre più frequente, al punto da indurre ad evocare i concetti di «società tecnologica» ovvero «società digitale» per descrivere il contesto economico, sociale e produttivo in cui oggi operiamo e viviamo.

L'impiego delle innovazioni tecnologiche nella realtà odierna spiega peraltro diverse finalità, in ragione dell'intrinseca flessibilità e adattabilità delle stesse, le quali si prestano, in un'ottica trasversale, ad essere applicate a molteplici ed eterogenee discipline, nonché ad ambiti indistintamente pubblici e privati e, oltretutto, non solo con scopi meramente relazionali, ma anche produttivi. All'interno delle imprese, infatti, se l'utilizzo delle tecnologie e delle apparecchiature automatizzate talvolta si pone come una necessità strettamente connessa con l'attività resa, in altri casi, invece, costituisce lo strumento attraverso cui raggiungere gli obiettivi divisati con un minor impiego di risorse ovvero in un minor tempo o, addirittura, con una maggior efficacia finale, in un'ottica di generale efficientazione del processo produttivo. In questi ultimi casi, dunque, l'utilizzo delle tecnologie non si pone in rapporto di stretta necessità, bensì di convenienza aziendale.

Sul piano individuale, la pervasività delle nuove tecnologie nella vita quotidiana è oramai evidente, come altrettanto palesi sono i riflessi che l'uso massiccio delle strumentazioni informatiche ha prodotto in tutti i campi dell'agire umano, il quale nel tempo ha subito una progressiva metamorfosi dei suoi connotati tradizionali.

Quella in cui viviamo è un'epoca in cui «la tecnologia è diventata pervasiva come l'aria che respiriamo»<sup>1</sup>, giacché le innovazioni informatico-tecnologiche hanno radicalmente modificato non solo le dinamiche relazionali e sociali, rendendo accessibile la tessitura di comunicazioni anche a notevole distanza, bensì anche l'ambito politico, educativo, sanitario e, non da ultimi, la produzione economica e il mercato del lavoro.

La trama e le interconnessioni tra la tecnologia e le dinamiche sociali hanno progressivamente ridisegnato la distribuzione dei poteri, sia nel settore pubblico che nel settore privato, creando nuove possibilità di aggregazione<sup>2</sup> ed una nuova dimensione generatrice di valori, meritevoli di tutela anche sul piano giuridico e tali da condurre alla costruzione di un'inedita fattispecie di «cittadinanza digitale» e di una «democrazia elettronica», ove dovrebbero trovare presidio nuovi diritti fondamentali della persona, volti alla definizione della posizione del singolo individuo nel c.d. *cyberspazio*<sup>3</sup>.

Se da un lato le innovazioni tecnologiche costituiscono il presupposto per la creazione di una nuova democrazia all'interno dello spazio digitale, le stesse costituiscono al contempo il volano per nuove forme di controllo da parte di coloro che detengono l'autorità, siano essi gli Stati moderni o altre autorità pubbliche ovvero anche il datore di lavoro rispetto al proprio personale dipendente, che si trova, rispetto al primo, in una posizione di soggezione ed etero-determinazione. In particolare, ciò che rileva maggiormente sono le concrete modalità in cui le neofite

---

<sup>1</sup> KHANNA A. - KHANNA P., *L'età ibrida, il potere della tecnologia nella competizione globale*, Codice Edizioni, Torino, 2013.

<sup>2</sup> RODOTÀ S., *Il mondo della rete. Quali diritti, quali vincoli*, Editori Laterza, 2014, pag. 7 ss., ritiene che si siano arricchite le possibilità di azione organizzata dal punto di vista quantitativo e qualitativo, con un cambiamento anche nelle modalità di articolazione delle relazioni sociali.

<sup>3</sup> Punto di partenza della riflessione in materia di «cittadinanza digitale» è il diritto all'accesso ad *Internet*, inteso non solo come diritto ad essere tecnicamente connessi alla rete *web*, bensì anche come espressione di un nuovo *status* della persona nel mondo. Nelle conclusioni di un rapporto presentato nel maggio 2011 da Frank LaRue all'Assemblea Generale dell'Onu è stato precisato che «essendo *Internet* diventato uno strumento indispensabile per rendere effettivo un gran numero di diritti fondamentali, per combattere la disuguaglianza e per accelerare lo sviluppo e il progresso civile, la garanzia di un accesso universale a *Internet* deve rappresentare una priorità per tutti gli Stati».

forme di controllo si atteggiano, connotandosi di tratti assai diversi rispetto a quelle passate, innervando in modo capillare ogni aspetto della vita umana, ivi compreso lo svolgimento della prestazione lavorativa, anche con sistemi di monitoraggio a carattere ubiquitario e costante, consentiti e/o agevolati dall'ausilio di supporti materiali ed immateriali che permettono la raccolta, l'immagazzinamento e la trasmissione di ingenti masse di dati<sup>4</sup>. I flussi di dati in tal modo raccolti diventano la vera cifra caratterizzante di una persona<sup>5</sup>, se non addirittura il corpo virtuale ovvero la proiezione della persona stessa, la cui nozione giuridica viene messa in discussione. L'identità, da monolite sul piano fenomenologico e materiale, ne esce peraltro frammentata, in ragione della natura del particolare sistema informatico in cui i dati sono inseriti<sup>6</sup>, il quale finisce per segmentare la personalità umana in tanti Io virtuali quante solo le angolazioni dalle quali i dati vengono trattati o le finalità per le quali sono raccolti.

Il ricorso alle nuove tecnologie si pone dunque come un Giano bifronte, configurandosi come fonte di nuovi diritti e contestualmente di nuovi vincoli.

Nell'attuale società, definita altresì «società della conoscenza», l'accesso alle informazioni, che possono essere raccolte per il tramite di *Big data* o di sistemi algoritmici, deve esser circoscritto dal punto di vista contenutistico, delle modalità e della forma, scongiurando che esso si traduca in una pretesa a costruire una conoscenza globale di ciascun individuo. Quest'ultima, infatti, si trasformerebbe in un elemento limitativo ed ostativo all'esercizio delle libertà personali.

---

<sup>4</sup> In un recente articolo pubblicato su *The Economist* si evidenzia come il petrolio, inteso sino a tal momento come la principale risorsa di ricchezza mondiale, sia stato oggi sostituito dalle informazioni raccolte dai colossi di *Internet* sotto forma di *big data*. Si veda *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, in [www.economist.com](http://www.economist.com), 6 maggio 2017.

<sup>5</sup> In tal senso BUTTARELLI G., *Governare l'innovazione*, in *Innovazioni Tecnologiche e privacy – Sviluppo economico e progresso civile*, RASI G. (a cura di), Garante per la protezione dei dati personali, 2005, pag. 232 ss..

<sup>6</sup> RODOTÀ S., *Diritto, diritti, globalizzazione*, in *RGL*, 2000, I, pag. 768; TULLINI P., *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in *Web e lavoro, Profili evolutivi e di tutela*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 23.

A ben vedere, infatti, la diffusione delle nuove tecnologie, la convergenza e la pervasività delle stesse, nonché la globalizzazione rendono sempre maggiore il rischio che la società dell'informazione si configuri come società della sorveglianza e del controllo, evocando provocatoriamente le immagini del *Panopticon* teorizzato da Bentham<sup>7</sup> ovvero del Grande Fratello di origine orwelliana, assunti entrambi, seppur in contesti e con finalità differenti, a simbolo metaforico di un monitoraggio costante e pervasivo nei confronti dell'uomo, tale da indurre la convinzione di essere sorvegliati anche quando non siano effettivamente impiegati mezzi di controllo. Addirittura, secondo alcuni Autori, l'attuale società moderna dovrebbe essere definita come post-panottica in quanto, ai fini della sorveglianza continua ed ubiquitaria, non sarebbe più necessaria l'architettura materiale a base di muri e finestre, resa superflua ora dall'architettura delle tecnologie elettroniche, tanto intangibili quanto pericolose, potendo le stesse attuare una sorveglianza flessibile e mobile e per questo maggiormente insidiosa e pervasiva<sup>8</sup>.

Il libero accesso a nuovi strumenti informatici e/o tecnologici, lo sviluppo sempre più frequente e comune dell'*e-commerce* per ogni qualsivoglia tipo di acquisto della vita quotidiana consentono al singolo individuo di soddisfare i propri desiderata con una maggior facilità rispetto al passato, ma lo rendono al contempo più fragile e vulnerabile, essendone in tal modo tracciata, attraverso l'incrocio

---

<sup>7</sup> BENTHAM J., *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, Marsilio, Venezia, trad. ita., 2009, pag. 36, sostiene che la sorveglianza possa raggiungere diversi fini mediante la costruzione di edifici «ove gli individui che devono essere controllati saranno il più assiduamente sotto gli occhi delle persone che devono controllarli. L'ideale, se questo è lo scopo da raggiungere, esigerebbe che ogni individuo fosse in ogni istante in questa condizione. Essendo questo impossibile, il meglio che si possa auspicare è che in ogni istante, avendo motivo di credersi sorvegliato, e non avendo i mezzi di assicurarsi il contrario, creda di esserlo».

<sup>8</sup> In tal senso Zygmunt Bauman, il cui pensiero viene riportato da David Lyon nell'Introduzione a BAUMAN Z. – LYON D., *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Editori Laterza, Bari, 2013. Interessante, sul punto, è la conversazione svolta dai due Autori a pag. 42 ss., ove Bauman descrive il passaggio dalla società panottica a quella post-panottica odierna, concretizzatosi nel cambiamento da una logica dell'imposizione ad una della tentazione. Secondo l'Autore la sorveglianza è stata spostata sugli stessi sorveglianti: «nel «mondo nuovo» liquido-moderno i lavoratori, come le lumache si portano dietro la casa, devono portare sul loro corpo i propri Panopticon personali. (...) i subalterni sono talmente addestrati a svolgere il ruolo di sorveglianti di se stessi da rendere superflue le torrette di osservazione dello schema di Bentham e Foucault».

combinato di dati e segnali elettronici, l'identità virtuale, peraltro non sempre coincidente con l'identità personale e materiale.

Tali circostanze, tuttavia, portano con sé un *vulnus* e ciò è ancor più vero soprattutto nell'ambito lavorativo ove le apparecchiature tecnologiche stanno assumendo un ruolo sempre più esiziale e strumentale allo svolgimento della prestazione lavorativa, con la conseguenza che il dipendente non può certamente sottrarsi al loro impiego, pena un inadempimento contrattuale sanzionabile sul piano disciplinare.

A ben vedere, la creazione di una cittadinanza digitale e la conseguente necessità di dare una veste giuridica alle situazioni soggettive che ne emergono comportano l'esigenza di un ripensamento delle tradizionali categorie giuridiche<sup>9</sup>, dell'elaborazione di nuovi principi e della promozione di una cittadinanza sempre più orizzontale e non gerarchizzata che, riprendendo le parole di Stefano Rodotà, si collochi nel più grande spazio pubblico che l'umanità abbia mai conosciuto, qual è *Internet*<sup>10</sup>.

L'evoluzione tecnologica ha dunque plasmato e rimodulato diversi ambiti della nostra vita individuale, sia personale che lavorativa, ma anche collettiva e sociale, accelerando il ritmo nell'introdurre cambiamento ed innovazione. Tali circostanze sono testimoniate non solo dalla facilità con cui le nuove generazioni (i c.d. nativi digitali o *Millennial generation*) si approcciano all'utilizzo dei dispositivi elettronici, ma anche dall'uso massiccio delle telecamere, le quali, se vent'anni fa cominciavano solo a diffondersi, oggi non solo costellano gli spazi pubblici e privati, divenendo una presenza ormai familiare, ma sono in grado di svolgere anche funzioni complesse, quali il riconoscimento delle persone e la classificazione dei loro comportamenti.

---

<sup>9</sup> Basti pensare all'iniziativa di Google che ha proposto di istituire presso l'Onu un «*Global Privacy Counsel*» che funga da Organo promotore di una tutela dei diritti in rete ovvero al c.d. *Internet Bill of right* proposto pur sempre all'interno delle iniziative dell'Onu.

<sup>10</sup> RODOTÀ S., *Il mondo della rete. Quali diritti, quali vincoli*, cit..

Tuttavia, i confini fra l'autonoma e consapevole proiezione dell'individuo nello spazio virtuale e la propria dimensione privata si fanno sempre più labili, imponendo una revisione della stessa nozione di *privacy* sino ad ora nota.

Se originariamente tale concetto, evocando lo schema della proprietà privata, implicava l'esigenza di escludere gli altri dalla propria sfera personale intesa come riservata, ora la nozione è mutata, acquisendo un'accezione maggiormente dinamica ed estensiva, tale da includervi sia il diritto di seguire l'*iter* che le proprie informazioni personali percorrono sia il diritto di opporsi ad un indebito utilizzo delle stesse. Tale differenza concettuale può essere agevolmente colta anche in ambito sovranazionale e, in particolare, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. In quest'ultima, infatti, il diritto «al rispetto della propria vita privata», sancito dall'art. 7, il quale implica una tutela statica e di carattere negativo, viene mantenuto distinto dal diritto «alla protezione dei dati personali» di cui all'art. 8, la cui tutela si traduce in un insieme di regole in ordine alle modalità di trattamento e di circolazione dei dati stessi.

L'intensività e la pervasività di tali dinamiche e le tensioni che ne conseguono impongono quindi agli operatori del diritto un'importante ed urgente riflessione, volta ad analizzare i diversi equilibri che si auto-determinano nei rapporti inter-relazionali fra soggetti giuridici e ad apprestare nuove forme di tutela per scongiurare che il potere di controllo, che esce in tal modo rafforzato, non si svolga al di là dei limiti previsti.

Diventa, dunque, sempre più importante delineare i caratteri, se non i contorni, fra la tecnologia della libertà e la tecnologia del controllo.

In un tal contesto, onde evitare di essere assoggettati a subdole forme di schiavitù tecnologica, a cui rischiamo di rassegnarci in cambio di apparenti utilità e servizi digitali, diventa esiziale la costruzione di un sistema di guarentigie del diritto alla protezione dei dati personali, il quale costituisce l'unica via attraverso cui elevare la persona e riportarla al centro di uno sviluppo tecnologico, che altrimenti risulta essere distopico. Lo sviluppo tecnologico, oltre che tecnicamente

possibile, deve essere legalmente ed eticamente lecito, nonché sostenibile sul piano giuridico e sociale. Tutelare il diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati personali, *a fortiori* ove riferiti alla persona del lavoratore, vuol dire «coniugare tecnologia e umanità, libertà e sicurezza, trasparenza del pubblico e riservatezza del privato, informazione e dignità, iniziativa economica e autonomia individuale, scienza e libertà dal determinismo».<sup>11</sup>

Le esigenze sopra esposte, volte alla regolamentazione di nuove forme di tutela dei valori fondamentali della persona umana, all'uopo da garantirne l'attualità e la non obsolescenza rispetto agli inediti strumenti di controllo figli dell'era digitale, emergono con maggior forza proprio nel mercato del lavoro, sia nella fase genetica del rapporto sia nella fase prettamente esecutiva. La maggior delicatezza che caratterizza l'ambito lavorativo deriva dai valori che intrinsecamente esso sottende, costituendo non solo lo strumento attraverso cui il lavoratore trae il proprio reddito e la propria fonte di sostentamento, bensì anche il luogo e l'occasione in seno alla quale si eleva e svolge la sua personalità ai sensi dell'art. 2 Cost., emergendo dunque la centralità della dignità del lavoratore.

La presente ricerca si propone dunque di indagare se e come l'introduzione, sempre più frequente, di strumentazioni informatiche e di logiche algoritmiche all'interno delle realtà aziendali abbia inciso sulla relazione sinallagmatica fra il potere di controllo datoriale, oramai prevalentemente tecnologico, e le istanze di *privacy* e riservatezza rivendicate dai lavoratori anche all'interno della propria sfera professionale. E' dunque intenzione di chi scrive verificare se il progresso tecnologico abbia contribuito ad un'emancipazione del dipendente o comunque al perseguimento di una maggior efficienza aziendale senza alcun detrimento della posizione del lavoratore ovvero se, all'opposto, abbia irrimediabilmente

---

<sup>11</sup> SORO A., *Persona, diritti, innovazione. Discorso del Presidente – Relazione dell'anno 2016, Garante della protezione dei dati personali*. Cfr. l'intera relazione presentata dal Garante il 6 giugno 2017 presso la Sala della Regina a Palazzo Montecitorio.

determinato l'esposizione del dipendente all'occhio elettronico del datore di lavoro, in grado di captarne ogni aspetto della vita professionale e privata.

Il presupposto logico di fondo, in forza del quale affrontare queste nuove tematiche e l'analisi di seguito esposta, deve esser tuttavia ravvisato nella necessaria consapevolezza che, seppur le innovazioni tecnologiche abbiano cambiato la società e le relazioni che in essa si sviluppano, è pur sempre la società stessa, quale attore politico, a determinare le modalità di funzionamento delle apparecchiature informatico-tecnologiche e di utilizzo dei dati ivi raccolti.

Pertanto, è la società che ha il potere ed al contempo il dovere di impiegare le nuove tecnologie in un ambiente ove i diritti e le libertà fondamentali, seppur riletti alla luce di nuovi criteri rispetto al passato, vengano comunque garantiti, onde evitare che il progresso tecnologico si traduca in un'involuzione delle tutele della persona costituzionalizzata, dovendo all'opposto auspicare la costruzione di un'innovazione sostenibile.



# CAPITOLO I

## Le nuove tecnologie e il mutato approccio all'organizzazione del lavoro nell'era digitale

---

SOMMARIO: 1. L'impiego di nuove tecnologie: l'avvento della «quarta rivoluzione industriale» e la c.d. *Industry 4.0* – 2. Il mondo del lavoro e gli effetti della digitalizzazione: presupposti per una rivisitazione della nozione di subordinazione? – 3. Il sorgere di nuovi diritti e il diritto alla disconnessione – 4. La digitalizzazione del lavoro e i nuovi paradigmi organizzativi – 5. Il potere di controllo tecnologico del datore

### 1. L'impiego di nuove tecnologie: l'avvento della «quarta rivoluzione industriale» e la c.d. *Industry 4.0*

Fra i diversi campi dell'agire umano, uno degli ambiti relazionali ovvero delle formazioni sociali ove l'impatto delle nuove tecnologie e dell'era digitale ha prodotto negli ultimi decenni importanti e rilevanti effetti è stato il mercato del lavoro complessivamente inteso e il rapporto di lavoro nella sua dimensione individuale.

È proprio all'interno di tale scenario che si rende ancor più stringente la necessità di sottrarre l'individuo dalla c.d. «dittatura dell'algoritmo»<sup>12</sup>, identificata come il simbolo della società contemporanea, ove la spersonalizzazione si configura sempre più come carattere fondamentale, con la sostituzione della persona e delle sue intrinseche capacità con procedure automatizzate attraverso l'impiego della robotica.

A ben vedere, le tecnologie, nel duplice senso della loro esistenza ovvero della loro assenza, hanno da sempre costituito un elemento determinante dei

---

<sup>12</sup> RODOTÀ S., *Il mondo della rete. Quali diritti, quali vincoli*, cit., pag. 33 ss..

modelli produttivi e di organizzazione delle risorse umane, imponendo al diritto del lavoro una costante evoluzione delle tutele apprestate nei confronti dei lavoratori salariati. In particolare, l'utilizzo di cellulari e del *personal computer*, così come lo sviluppo di *Internet* ed i controlli sempre più frequenti attraverso le telecamere, ovvero i sistemi GPS o di rilevamento delle presenze, hanno determinato cambiamenti strutturali nella tradizionale fisionomia del rapporto di lavoro, al punto da indurre a riflettere se la nozione stessa di subordinazione in termini di eterodirezione ovvero di doppia alienità sia ancora attuale oppure necessiti di una rivisitazione alla stregua dei nuovi canoni dell'agire, del vivere e del produrre.

Ma vi è più. La trasformazione dei modelli lavorativi ha comportato dei riflessi anche nella struttura urbanistica della società e, non secondariamente, una diversa relazione tra sfera privata e sfera lavorativa.

Fino alla metà dell'Ottocento il modello organizzativo dominante prevedeva lo svolgimento dell'attività lavorativa all'interno delle proprie mura domestiche ove, in cambio di un salario, spesso secondo la formula del cottimo, il dipendente dedicava tutta la propria forza ed abilità. In tale contesto, il lavoro ed il vivere quotidiano, anche familiare, erano strettamente connessi in modo indissolubile. Tuttavia, difettava alla radice qualsivoglia possibilità di controllo da parte del datore di lavoro, potendo quest'ultimo esclusivamente verificare l'esatta esecuzione dell'opera una volta ultimata ed eseguito l'*opus*. La prestazione richiesta, dunque, si poneva in termini di obbligazione di risultato piuttosto che di mezzi, diversamente da quanto tradizionalmente inteso dalla dottrina civilistica attuale.

Fu solo con la rivoluzione industriale che il modello organizzativo del lavoro mutò radicalmente a fronte dell'introduzione di nuove macchine specializzate, le quali trasformarono il processo produttivo e la struttura stessa della fabbrica e, conseguentemente, della città. I macchinari, infatti, necessitavano di essere collocati all'interno di appositi locali. Tali circostanze costituirono la base per l'affermazione della fabbrica fordista, fondata sul modello teorizzato da Taylor, la cui organizzazione era concepita su una razionalizzazione degli sforzi fisici ed

un controllo totale sull'andamento e sui ritmi della produzione, sfruttando la divisione del lavoro e il carattere di massa del prodotto della fabbrica, il quale non consentiva dunque alcuna personalizzazione della prestazione da parte del singolo dipendente.

Tali circostanze determinarono tre importanti conseguenze, fra le quali, in primo luogo, l'emergere della separazione fra la sfera privata e domestica, da un lato, e quella lavorativa dall'altro. La distinzione delle due sfere trovò poi anche un'espressione materiale nei piani urbanistici delle moderne città, giacché si sviluppò la tendenza a mantenere maggiormente divise le zone residenziali, da quelle industriali, amministrative e commerciali<sup>13</sup>.

Alla luce degli studi sociologici moderni<sup>14</sup>, la separazione fra il luogo lavorativo e la sfera privata, ora come allora, non rappresenta una questione meramente spaziale, giacché ai due diversi ambienti corrispondono anche due differenti condizioni mentali, da cui consegue l'esigenza di evitare che il mondo lavorativo possa esplicare una qualche ingerenza nella vita personale del lavoratore.

Nella realtà produttiva contemporanea è infatti sempre maggiore la necessità di continuare a coltivare la propria sfera privata anche nel corso della giornata lavorativa, a cui si contrappone però l'esigenza, pur sempre avvertita dal dipendente, che il controllo datoriale non abbia come oggetto la propria vita personale. In particolare, tale tensione che convive all'interno della sfera soggettiva del lavoratore è l'inevitabile riflesso della tendenza dell'economia capitalistica del XIX secolo, la quale ha volutamente concepito il lavoratore come una monade avulsa dalla propria vita familiare, nella convinzione che un dipendente isolato potesse diventare una risorsa maggiormente produttiva.

---

<sup>13</sup> VICARI HADDOCK S., *La città contemporanea*, Ed. Il Mulino, 2004, pag. 62 ss., evidenzia come l'evoluzione della produzione industriale fordista abbia trasformato la morfologia della città attraverso processi di suburbanizzazione, venendosi a perdere la compattezza che l'aveva caratterizzata: crescono nuovi quartieri operai e ne aumenta la loro densità, si creano sobborghi e quartieri satellite sulla prima cinta muraria e all'esterno della stessa dedicati a finalità prettamente residenziali.

<sup>14</sup> NIPPERT-ENG C., *Home and Work*, Chicago III, The University of Chicago Press, 1996.

Un secondo importante riflesso del paradigma produttivo fordista ha riguardato l'organizzazione razionale del lavoro, la quale, nell'ottica della massima efficienza a fronte del minor numero di risorse umane impiegate, ha posto in stretta correlazione il tempo e la produttività, conducendo a regolamentare in modo serrato le pause e ad introdurre forme di controllo dell'attività lavorativa. Operando però un confronto tra il modello dell'epoca e quello impiegato attualmente nell'era digitale, il criterio di efficienza aziendale è tuttavia mutato, essendo ora rappresentato dalla capacità dell'impresa di rispondere in via immediata ai rapidi mutamenti della domanda e ad adattarsi alle fluttuazioni del mercato. La produttività e l'efficienza sono oggi dunque orientate alla flessibilità.

Non da ultimo, tuttavia, vi era anche il rischio di un'alienazione del lavoratore dipendente, il quale, inserito nella produzione in serie della catena di montaggio, eseguiva mansioni di carattere ripetitivo ed operativo.

Rispetto al modello sin qui delineato, l'introduzione di apparecchiature elettroniche all'interno dell'impresa ed il loro impiego per lo svolgimento della prestazione lavorativa a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso hanno costituito un elemento di novità e di rottura rispetto al passato, implicando altresì l'esigenza di ridisegnare i poteri contrattuali fra datore e lavoratore. L'utilizzo delle innovazioni tecnologiche ha infatti determinato importanti riflessi non già esclusivamente nell'ambito dell'organizzazione del lavoro, bensì anche nelle possibilità, a disposizione del datore, di controllare l'esatta esecuzione della prestazione lavorativa e financo di avere accesso a dati altamente sensibili dei propri dipendenti.

Proprio per il carattere dirompente con cui la tecnologia è approdata, l'impiego di nuove tecnologie nell'organizzazione dei fattori produttivi e della manodopera porta ora con sé il rischio che esso trascenda rispetto ai fini istituzionali per i quali è stato ideato. Nello specifico, vi è il rischio che la tecnologia, soprattutto in caso di tecnologie c.d. indossabili (*wearable*), quali microchip e braccialetti elettronici, da occasione di efficientazione possa tramutarsi in uno strumento

rimesso al potere del datore ed attraverso il quale esercitare un controllo sempre più pervasivo del proprio dipendente, foriero non solo di un monitoraggio in ordine all'esatto adempimento della prestazione lavorativa, ma anche della persona del lavoratore e dei dati personali e sensibili di quest'ultimo, seppur essi non spieghino alcuna rilevanza nel predetto contesto, potendo essere, all'opposto, addirittura fonte di possibili discriminazioni.

È necessario individuare a livello normativo la soglia superata la quale la logica economica di massimizzazione dei fattori produttivi in uno con l'impiego delle tecnologie debba esser considerata incompatibile con il rispetto dei diritti fondamentali della persona.

Il diritto del lavoro, infatti, negli ultimi cinquant'anni si è reso inevitabile protagonista di un'azione di tutela del lavoratore, essendosi dovuto confrontare con una nuova ed altrettanto evidente trasformazione del mondo produttivo, quale la digitalizzazione, considerata la «quarta rivoluzione industriale»<sup>15</sup>. Uno dei principali formanti di tale modello è l'organizzazione produttiva “intelligente”, c.d. *Industry 4.0* intesa come *bundle* di tecnologie che grazie ad *internet* vengono ad aggregarsi in modo sistemico in nuovi paradigmi produttivi<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> *Ex multis* WEISS M., *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *DRI*, 2013, n. 3, pag. 651 ss.. Il concetto è evocato anche da TULLINI P., *Economia digitale e lavoro non-standard*, in *Lab. & Law Iss.*, 2016, vol. 2, n. 2.

<sup>16</sup> Con il concetto di *Industry 4.0* si intende la tendenza dell'automazione industriale realizzata attraverso la combinazione di una serie di nuove tecnologie, direttamente applicabili ai processi economico-produttivi per il loro miglioramento, fra le quali:

- *Big data*, che consentono di immagazzinare, elaborare e trasmettere, attraverso supporti materiali ed immateriali, un elevato numero di dati;
- *Industrial internet of things*, c.d. *web 4.0*, che si realizza attraverso comunicazioni in tempo reale fra persone ed oggetti non solo all'interno dell'azienda, bensì anche all'esterno; l'innovazione, dunque, non è solo di carattere spaziale, ma riguarda, ancor prima, gli elementi che vengono fatti interagire, non più solo persone, ma anche persone ed oggetti (nella formula *Man-Machine Interaction* – MMI) ovvero solo oggetti (*Machine to Machine* – M2M).
- Implementazione di tutte le tecnologie *cloud*, intese come infrastrutture IT comuni e flessibili, preposte per la condivisione di dati, informazioni ed applicazioni attraverso *internet*;
- *Advanced automation*: sviluppo di sistemi di robotica con capacità ergonomiche, di apprendimento e di *problem solving*;
- *Additive manufacturing*: sistemi di produzione additiva e stampa 3D che aumentano l'efficienza dell'uso dei materiali, consentendo un'ottimizzazione dei costi in tutta la catena logistica e del processo produttivo;

Nel contesto dell'era digitale e dell'*Industry 4.0* i modelli organizzativi del lavoro si caratterizzano per una sempre maggior esternalizzazione produttiva, una parcellizzazione del mercato del lavoro, nonché per modalità alternative di incontro fra domanda ed offerta in un'ottica orizzontale *peer to peer* e non gerarchizzata.

Dal punto di vista strettamente occupazionale, tali trasformazioni hanno determinato una contrazione dei complessivi livelli d'organico, in ragione della progressiva sostituzione del lavoro umano con quello automatizzato, nonché una rapida obsolescenza delle conoscenze professionali dei lavoratori, chiamati all'acquisizione di un bagaglio di competenze inedito ed altamente tecnico<sup>17</sup>.

Sul piano del rapporto individuale di lavoro, invece, si prevedono un'intensificazione dei tempi e dei ritmi lavorativi in ragione dei caratteri di fluidità e di flessibilità imposti, con conseguenti ripercussioni sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori, nonché possibili diseguaglianze di reddito per effetto della polarizzazione del mercato del lavoro e, non da ultime, prassi discriminatorie derivanti dallo sfruttamento delle notevoli masse di informazioni raccolte. Infine, ma soprattutto, l'avvento delle tecnologie impatterà inevitabilmente, come già sta accadendo, con la sfera privata extra-lavorativa del singolo dipendente, con una possibile lesione delle libertà fondamentali della persona.

In altri termini, le tradizionali unità di spazio e di tempo che sino ad ora hanno caratterizzato il rapporto di lavoro subordinato stanno definitivamente

---

- *Wearables* e interfacce vocali.

Per un approfondimento si rinvia alla relazione della Camera dei deputati, X Commissione Permanente, *Indagine conoscitiva su Industria 4.0: quale modello applicare al tessuto industriale italiano. Strumenti per favorire la digitalizzazione delle filiere industriali italiane*, in <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2016/06/30/leg.17.bol0665.data20160630.com10.pdf>, 30.6.2016.

Si segnala altresì il contributo di GRECO L. – MANTELEO A., *Industria 4.0, robotica e privacy-by-design*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, 2018, fasc. 6, pag. 875 ss..

<sup>17</sup> FREY C.B. – OSBORNE M.A., *The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?*, in *Technological forecasting & social change*, 2017, n. 114, pagg. 254-280, hanno stimato gli effetti della "computerizzazione" sui livelli occupazionali statunitensi, prendendo come base di indagine i dati relativi a 702 categorie professionali. Dall'analisi condotta è emerso che circa il 47% dell'occupazione nordamericana sarebbe esposta al rischio di sostituzione da parte delle macchine nell'arco temporale di 10 – 20 anni.

tramontando: in ragione delle molteplici spinte centrifughe, il lavoro non potrà essere più incasellato in una predefinita misura spaziale e temporale. Oggi infatti viene consentito al dipendente di svolgere anche da remoto la propria prestazione lavorativa ovvero di collaborare con personale dislocato in altri uffici aziendali, azzerando le distanze geografiche in virtù dei ponti immateriali che le innovazioni tecnologiche consentono metaforicamente di costruire.

Da un punto di vista macro, ma pur sempre interconnesso con la prospettiva del rapporto di lavoro individuale, uno degli effetti preminenti dell'avvento dell'*Industry 4.0* è quello di aver ridotto le barriere fra attività e processi produttivi, rendendo sempre più accentuata la connettività, l'iterazione, la sincronizzazione e la deterritorializzazione delle relazioni economiche.

Non di poco momento, tuttavia, è il rischio che l'automazione e l'introduzione di *robots* derivanti dalla digitalizzazione possano ridimensionare l'importanza dell'attività umana e determinarne una spersonalizzazione, la quale ultima porterebbe con sé l'alea di un'involuzione della posizione del singolo lavoratore, facendo riaffiorare uno dei caratteri essenziali del modello fordista-taylorista di inizio Novecento.

A ben vedere, il quadro sopra delineato costituisce il diretto portato del mondo contemporaneo, che si sta sempre più trasformando in un sistema informativo esteso, ove i lavoratori, intesi come persone fisiche, devono sempre più frequentemente confrontarsi e collaborare con *robots* intelligenti, che evocano gli «attanti» di Teubner<sup>18</sup> e che sono capaci di adattarsi, comunicare e interagire.

---

<sup>18</sup> TEUBNER G., *Ibridi e attanti, Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Mimesis Edizioni, Milano, Trad. ita., 2015, pag. 33 ss., riprendendo la teorica di Latour, identifica nella contrattazione digitale contemporanea l'esistenza di agenti non umani, c.d. attanti, che si configurano come agenti elettronici le cui azioni, in quanto attori sociali, producono effetti giuridici. Secondo l'Autore «il diritto concede agli agenti di *software* un esplicito *status* attivo, ma è per contro estremamente cauto rispetto a un loro *status* passivo. Gli agenti elettronici acquistano la capacità, in senso tecnico-giuridico, di esprimere dichiarazioni che vincolano giuridicamente altri senza un coinvolgimento concreto di attori umani. (...) è la società, che ha concesso agli agenti elettronici vaste competenze ad agire, a doversi difendere dalle pretese dei nuovi, aggressivi, attori (...) la personalizzazione degli agenti elettronici porta a una socializzazione delle cose che ci pone di fronte a nuovi problemi di alienazione».

Invero, a testimonianza dell'attualità di tali tesi, le feconde soluzioni teorizzate dal giurista tedesco sono state trasfuse in una proposta di risoluzione presentata dalla Commissione giuridica del Parlamento Europeo il 31 maggio 2016<sup>19</sup> con lo scopo di invitare la Commissione ed il Consiglio Europeo ad adottare una o più proposte legislative volte a regolamentare l'utilizzo della robotica e dell'intelligenza artificiale nei processi industriali. In particolare, in tale elaborato il Parlamento europeo ha sottolineato come la robotica e l'intelligenza artificiale siano diventate una delle principali tendenze tecnologiche del XXI secolo, con possibilità di benefici in termini di efficienza e di risparmio economico in svariati settori produttivi nel breve o medio termine, nonché con un «potenziale per una prosperità virtualmente illimitata» nel lungo termine. Al contempo, però, il rapido aumento del loro utilizzo e del loro sviluppo pone nuove sfide che devono essere affrontate per garantire l'applicazione dei valori fondamentali dell'Unione Europea - quali dignità, uguaglianza, responsabilità individuale e rispetto della vita privata - ad ogni fase del contatto tra i *robots*, l'intelligenza artificiale e gli esseri umani. Il Parlamento, conscio delle implicazioni che l'impiego della robotica può riverberare, pone al centro delle questioni la necessaria tutela della *privacy*, che potrebbe invece essere lesa in ragione del costante immagazzinamento di dati informatici, e la regolamentazione del regime di responsabilità civile, il quale, secondo la proposta, dovrebbe ricalcare un modello di responsabilità oggettiva.

Per scongiurare, tuttavia, che l'interazione fra agenti informatici e esseri umani si traduca in un'inesorabile sostituzione del lavoro umano con quello automatizzato<sup>20</sup>, la quale porterebbe alla “disoccupazione tecnologica” teorizzata

---

<sup>19</sup> European Parliament, *Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics* (2015/2013(INL)), in [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.pdf), 27.1.2017, pagg. 7 e 17, ove si parla di «*non-human agent*».

<sup>20</sup> DEGRYSE C., *Digitalisation of economy and its impact on labour markets*, in *WP ETUI*, 2/2016, pag. 9, rimarca i possibili effetti «*disruptive*» della tecnologia, evocando il concetto di «distruzione creativa» coniato da Schumpeter, per rendere in modo efficace l'idea che non si tratta di adattarsi e adattare il panorama produttivo e normativo alle nuove prassi; si è piuttosto di fronte ad una rottura rispetto ai paradigmi tradizionalmente conosciuti, affacciandosi un modello interamente inedito. Anche a livello europeo vi è la consapevolezza dei rischi insiti nell'impatto della digitalizzazione



già da Keynes<sup>21</sup>, alcuna parte della dottrina giuslavoristica italiana propone una chiave di lettura alternativa, incentrata sulla complementarità della manodopera umana rispetto agli strumenti tecnologico-informatici, pur sottolineando come tale soluzione non vada immune da criticità, incidendo potenzialmente anche sulla nozione giuridica di adempimento/inadempimento della prestazione lavorativa<sup>22</sup>.

Secondo altra parte della dottrina di segno opposto le innovazioni tecnologiche non debbono essere guardate in chiave negativa, potendo essere fonte creativa di nuove attività economiche le quali, a loro volta, creeranno nuovo impiego. In particolare, secondo tale approccio ermeneutico, i nuovi posti di lavoro interesserebbero maggiormente il settore della stessa produzione innovativa, giacché l'utilizzo della robotica dovrebbe comportare, con ogni probabilità, un aumento della domanda di lavoro per le attività di progettazione e costruzione. Inoltre, l'impiego di *robots* potrebbe consentire una contestuale diminuzione degli orari medi di lavoro, con addirittura la possibilità di ridefinire in senso migliorativo l'equazione vita-lavoro<sup>23</sup> e determinare un aumento della domanda di attività ricreative – quali turismo, sport, salute *et similia* –, nonché l'accrescimento delle capacità cognitive e fisiche dei lavoratori, i quali si concentrerebbero unicamente sulle mansioni che i *robots* non potranno svolgere<sup>24</sup>.

---

sui tradizionali rapporti di lavoro. Cfr. a tal proposito European Parliament, *Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics*, cit., pag. 29, ove si evidenzia che «*a close monitoring of job trends is necessary in order to avoid undesirable repercussions on the employment market*».

<sup>21</sup> Secondo KEYNES J.M. la disoccupazione tecnologica è la disoccupazione causata dalla scoperta di nuovi mezzi per risparmiare sull'utilizzo di manodopera ad una velocità superiore rispetto a quella con cui si trovano nuove forme di impiego.

<sup>22</sup> TULLINI P., *Economia digitale e lavoro non-standard*, cit., evidenzia come la complementarità con gli apparati tecnologici sia in grado di incidere sulla dimensione qualitativa e quantitativa dell'adempimento della prestazione, nonché sulla modalità di esecuzione e sui risultati conseguiti dal dipendente, giacché sempre più frequentemente i lavoratori sono etero-diretti da un sistema informatico.

<sup>23</sup> Per un approfondimento della tematica, FENOGLIO A., *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, in *RIDL*, 2018, n. 4, I, pag. 625 ss..

<sup>24</sup> In tal senso D'OVIDIO F., *Il lavoro che verrà*, in *RGL*, 2016, n. 4, I, pag. 708; SEGHEZZI F., *Come cambia il lavoro nell'Industry 4.0?*, in *WP Adapt*, 2015, n. 172, ritiene che il lavoratore, nonostante l'esistenza della robotica, rimarrà comunque al centro della fabbrica contemporanea, in quanto avrà il ruolo di «impostare i macchinari, progettare i prodotti e risolvere i problemi che questi possono

Tuttavia, non è chiaro sino a che punto l'autonomia di cui in tal senso il lavoratore potrà godere, svolgendo la propria attività per esempio anche al di fuori dei locali aziendali, si configurerà come un diritto effettivo ovvero si rivelerà un diritto meramente di facciata. Sono infatti estremamente labili i confini fra una dimensione ove la tecnologia viene impiegata come strumento di elevazione produttiva e sociale e una diversa concezione secondo cui la tecnologia possa diventare strumento di ingerenza nella vita privata.

Il rischio derivante dalla digitalizzazione del lavoro, *a fortiori* se la prestazione viene resa per il tramite di dispositivi messi a disposizione dall'azienda, è quello di un'involuzione, tale da riportare la situazione, in termini di assenza della separazione fra sfera privata e sfera lavorativa<sup>25</sup>, a come era prima dell'avvento della rivoluzione industriale, con la differenza che ad oggi vi sono possibilità di controllo capillare del lavoratore che all'epoca certamente non esistevano. L'impiego delle tecnologie sta infatti diventando una componente importante della vita privata, contribuendo ad eliminare la distinzione tra le due sfere della vita

---

avere durante il ciclo produttivo» a «dimostrazione della superiorità del lavoro sulla macchina, non il contrario. Il robot non può funzionare se non impostato da un lavoratore esperto e, anche se i macchinari grazie al fatto di essere in costante comunicazione tra loro potranno risolvere più facilmente gli imprevisti, vi sarà sempre qualche aspetto che può sfuggire al controllo della tecnologia». L'Autore sostiene dunque che non vi sia una sottrazione del lavoro all'uomo da parte delle macchine, bensì uno spostamento del centro «dal lavoro fisico e manuale ad un lavoro di creazione e progettazione».

<sup>25</sup> MÈDA D., *The future of work: the meaning and value of work in Europe*, in *ILO Research Paper* no.18, ottobre 2016, evidenzia come «*there will be less and less difference between work and non-work, professional life and private life. Work will occupy the entire day*». Anche ZICCARDI G., *Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *Lab. & Law Iss.*, 2016, 2, n. 1, pag. 49, sostiene che le tecnologie abbiano eliminato la separazione fra vita privata e vita lavorativa.

*Contra* D'OVIDIO F., *Il lavoro che verrà*, cit., secondo il quale uno dei possibili effetti dell'introduzione di strumenti informatici all'interno del rapporto lavorativo potrebbe essere la riduzione dell'orario di lavoro e quindi, specularmente, un aumento del tempo libero. In senso analogo, ma per motivazioni differenti, anche SEGHEZZI F., *Come cambia il lavoro nell'Industry 4.0?*, cit., ritiene che le innovazioni tecnologiche e la possibilità per il dipendente di monitorare da remoto l'andamento produttivo consentiranno una maggior flessibilità e la possibilità di lavorare a distanza per soddisfare esigenze familiari, di salute o personali in senso lato. A parere di chi scrive è opinabile, se non addirittura criticabile, la tesi dell'Autore secondo cui l'integrazione della sfera privata con quella lavorativa non sarà necessariamente un fattore negativo alla luce del nuovo paradigma produttivo, centrato sulla progettazione e la creatività, giacché un orario di lavoro rigido potrebbe essere un limite per il lavoratore prima ancora che per il datore.

umana, con un passaggio dal c.d. *work-life balance* al c.d. *work-life blending*, ovvero da una logica di bilanciamento fra lavoro e vita privata ad una logica di commistione, con conseguenze significative sulla vita familiare, la salute e la sicurezza dei lavoratori e dei membri della famiglia, nonché sul benessere della società in generale.

## **2. Il mondo del lavoro e gli effetti della digitalizzazione: presupposti per una rivisitazione della nozione di subordinazione?**

Un primo effetto dell'avvento della digitalizzazione nel mercato del lavoro riguarda il contenuto stesso della prestazione lavorativa, che dovrà necessariamente adattarsi alle mutevoli esigenze del mondo produttivo, le quali si evolvono ad una velocità tale da rendere obsolete sia la disciplina giuslavoristica sia le conoscenze professionali acquisite dai lavoratori, in ragione della sempre maggiore codificazione artificiale del lavoro.

Proprio per tal motivo, dunque, assumerà una nuova centralità la componente formativa del personale dipendente<sup>26</sup>. In particolare, la formazione non solo dovrà accompagnare il lavoratore in tutto il percorso professionale, ma dovrà soprattutto stimolarlo ad acquisire maggiori ed innovative competenze in modo da garantire la sua capacità ad adattarsi in modo flessibile alle specifiche richieste del momento. Il *leit motiv* che dovrà informare il processo produttivo *ex latere* datoriale ed anche la carriera del singolo lavoratore sarà dunque la flessibilità, per rispondere alle fluttuazioni del mercato in costante divenire, la cui velocità di evoluzione è ora

---

<sup>26</sup> WEISS M., *Digitalizzazione sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, cit., evidenzia tale aspetto e riferisce l'esperienza tedesca dove il sindacato dei metalmeccanici ha stipulato un accordo collettivo *ad hoc* per incentivare politiche formative coerenti con il nuovo scenario dettato dall'*Industry 4.0*.

Anche SEGHEZZI F., *Come cambia il lavoro nell'Industry 4.0?*, cit., pagg. 9 e 13 sottolinea l'importanza degli investimenti sulla formazione dei lavoratori, in mancanza della quale il progetto di *Industry 4.0* è ostacolato in partenza.

accresciuta dalle potenzialità di cui la tecnologia è portatrice. La formazione, dunque, dovrà favorire l'attitudine del lavoratore ad un confronto costante e produttivo con le innovazioni tecnologiche, anche in termini di capacità di collaborazione ed interazione con i sistemi di robotica introdotti nell'impresa, incrementando le proprie abilità di apprendimento e adattamento alle nuove circostanze.

Un secondo elemento direttamente coinvolto nel processo di digitalizzazione e rivisitazione dei tradizionali modelli organizzativi riguarda la nozione di lavoratore subordinato, giacché l'impiego di nuove tecnologie e la decentralizzazione della prestazione lavorativa hanno reso il lavoratore dipendente sempre più autonomo nella fase esecutiva della prestazione dal duplice punto di vista temporale e spaziale. Oggi è consentito al lavoratore eseguire le proprie mansioni lavorative anche al di fuori dei locali aziendali, avvalendosi di tecnologie che gli consentono di connettersi con la rete aziendale oltre l'orario di lavoro, di collaborare con altri colleghi anche *online* o addirittura di svolgere taluni compiti da remoto.

Si comprende dunque con facilità come l'utilizzo della tecnologia nell'ambito del rapporto di lavoro abbia reso ancor più vaghi ed incerti i confini fra i regimi di subordinazione ed autonomia, modificando la fisionomia e i caratteri principali del lavoratore dipendente descritto dall'art. 2094 c.c.<sup>27</sup>. Vengono infatti a perdere la loro natura dirimente taluni indici della subordinazione individuati dalla giurisprudenza nei contenziosi aventi ad oggetto la (discussa) qualificazione giuridica del rapporto di lavoro, rivendicato come subordinato dal prestatore. Fra questi basti pensare all'orario di lavoro costante ovvero all'inserimento nell'organizzazione aziendale con una postazione fissa, la cui mancanza dell'uno e/o dell'altro elemento non può assurgere a circostanza tale da escludere che il rapporto di lavoro debba essere inquadrato entro il regime di subordinazione.

---

<sup>27</sup> TULLINI P., *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, cit., pag. 6 ss..

Taluna dottrina, infatti, sottolinea come l'approccio delle nuove tecnologie nel mondo del lavoro contemporaneo renda il criterio distintivo dell'eterodirezione sempre più inadeguato ai fini della qualificazione di un rapporto, in quanto non più adatto a rappresentare il collegamento funzionale con l'organizzazione produttiva<sup>28</sup>, ritenendo preferibile individuare l'essenza della subordinazione nella "dipendenza" intesa come cessione delle energie lavorative o come disponibilità continuativa nel tempo del prestatore di lavoro.

Tali considerazioni sono ancor più accentuate con riferimento ai professionisti della *new economy*, che, pur in assenza di puntuale etero-direzione, destinano la propria intelligenza e il proprio tempo di lavoro e di vita, nonché la propria creatività, alla realizzazione di una determinata *mission* aziendale. Il lavoro subordinato tradizionalmente inteso acquisisce così una dimensione astratta e virtuale, giacché la cessione del proprio tempo e della propria creatività alla disponibilità altrui opera in via sostitutiva al classico inserimento del lavoratore in un'organizzazione produttiva.

Tuttavia, la minor rilevanza della presenza del lavoratore sul posto di lavoro viene compensata da una maggior importanza dei tempi di esecuzione della prestazione, *rectius* dei risultati raggiunti entro una determinata tempistica *ex ante* prefissata, al fine di raggiungere i divisati obiettivi di produttività ed efficienza. Bisogna interrogarsi, da un lato, sino a che punto la regolamentazione della durata giornaliera e settimanale della prestazione, delle pause ovvero dei riposi, sia ancora attuale nel mercato del lavoro contemporaneo e, dall'altro, se i modelli organizzativi impiegati attualmente non abbiano invece comportato anche una modifica della natura della prestazione lavorativa, trasformandola da un'obbligazione di mezzi ad un'obbligazione di risultato.

---

<sup>28</sup> Per un approfondimento sull'incidenza delle innovazioni tecnologiche sulle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro e sulla rivisitazione dei criteri distintivi della subordinazione si rimanda a RAZZOLINI O., *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *DRI*, 2014, n. 4, pag. 974 ss..

A ben vedere, forse vi sono i presupposti per la configurazione di un *tertium genus*, ove le caratteristiche intrinseche delle due forme di obbligazione civilisticamente intese si fondono in un *unicum*, dando origine ad una prestazione il cui esatto adempimento può essere oggetto di controllo, verifica ed eventuale contestazione sia nel corso della sua esecuzione, per il tramite dei tradizionali poteri datoriali, in ragione dello specifico grado di diligenza richiesto in rapporto alla qualifica professionale e alla natura delle mansioni, sia nella sua fase finale, in termini di risultato dell'opera richiesta.

In alternativa, un'ulteriore impostazione ermeneutica ed operativa potrebbe essere quella di individuare il criterio di discriminare fra i regimi di subordinazione ed autonomia nel concetto di "subordinazione tecnologica" e, in particolare, nella soggezione o meno del prestatore al controllo da parte del datore per il tramite di strumentazione tecnologica. La dimensione del monitoraggio informatico potrebbe costituire il terreno fertile ed elettivo alla luce del quale condurre l'accertamento della natura del rapporto di lavoro, non essendo di per sé bastevole la verifica dell'utilizzo delle nuove tecnologie, potendo quest'ultime essere indifferentemente impiegate anche dal lavoratore autonomo o dal collaboratore coordinato e continuativo. Gli strumenti che oggi consentono al datore di monitorare il lavoratore in tempo reale ed ubiquo durante la giornata ed in modo sempre più pervasivo, di conoscere anche aspetti più riservati della sua vita privata, di raccogliere di volta in volta informazioni durante tutto il corso della vita lavorativa, delineano una diversa morfologia della subordinazione.

Pare che oggi possa affermarsi un'ulteriore soluzione, la quale trova fondamento nell'intervento normativo di cui al D.L. 3 settembre 2019, n. 101 recante «disposizioni urgenti per la tutela del lavoratore e per la risoluzione di crisi aziendali», conv. in L. 2 novembre 2019, n. 128.

L'art. 1, c. 1 lett. a), punto 2) di detto decreto, come convertito, interviene infatti con l'obiettivo di estendere l'applicazione dell'art. 2 D. Lgs. 81/2015 (che impone l'operatività della disciplina del lavoro subordinato in caso di

collaborazioni etero-organizzate) anche «qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali».

Tale disposizione segna certamente un passo in avanti nell'ottica del confezionamento di adeguate tutele in favore dei lavoratori delle piattaforme digitali, posto che, ai fini della qualificazione dei tratti definitivi di un rapporto di lavoro, ciò che rileva non è già il mezzo con cui il potere direttivo ed organizzativo viene esercitato, bensì il suo contenuto e le modalità. Tuttavia, non può trarsi dalla sopracitata norma l'enunciazione di una presunzione assoluta di etero-organizzazione del lavoro reso per il tramite di una piattaforma digitale, giacché l'utilizzo del termine «qualora» è un chiaro indice del fatto che la qualificazione in termini di etero-organizzazione e la conseguente applicazione della disciplina del lavoro subordinato costituiscono in detti casi una mera eventualità e non già un automatismo. In altri termini, l'art. 1, c. 1 lett. a), punto 2), D.L. 101/2019 non sembra avere l'effetto di estendere automaticamente la sfera d'applicazione dell'art. 2 D. Lgs. 81/2015, demandando comunque al Giudice la valutazione circa la ricorrenza, nel caso concreto, dei requisiti di detta fattispecie.

Più dettagliate ed incisive sono state poi le norme di cui all'art. 1, c. 1 lett. c), finalizzate all'introduzione del Capo V *bis* all'interno del D. Lgs. 81/2015 e specificamente dedicate ai c.d. *riders*, ossia coloro che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano, con l'ausilio di biciclette, moto o motorini. Tuttavia, è evidente come le citate figure, per quanto prevalenti, non esauriscano l'intera pletora di lavoratori delle piattaforme digitali, essendo esclusi dallo spettro di cogenza della normativa altre forme di lavoro ugualmente espletate per il tramite di piattaforme, quali per esempio gli autisti di Uber che svolgono attività di trasporto di passeggeri. Anzi, sembra che l'introduzione di una definizione della nozione di piattaforma digitale in seno all'apparato normativo possa essere giustificata, non da ultimo, dall'intento del legislatore di evitare le auto qualificazioni di cui si sono fatti portatori i colossi del mondo delle piattaforme

digitali (quali per esempio Uber) in termini di attori di una mera intermediazione fra domanda ed offerta.

Con detto apparato normativo sono state introdotte in favore dei *riders* particolari tutele in ordine alla determinazione del loro compenso, nonché alla copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni, senza tuttavia affrontare lo spinoso problema delle modalità di controllo tecnologico a distanza dei lavoratori. Se è pur vero che dette figure professionali non sono state ricondotte nell'alveo della subordinazione, sarebbe stato opportuno regolamentare detto profilo di diritto, *a fortiori* in ragione dell'espressa previsione della strumentalità delle «piattaforme digitali», intese quali «i programmi e le procedure informatiche» utilizzate dalla committente ma in uso anche dai *riders* stessi, rispetto «all'attività di consegna di beni»; strumentalità che, dunque, ad un'attenta lettura, potrebbe richiamare l'espressione «strumenti di lavoro» e l'impostazione esegetica sottesa di cui all'art. 4, c. 2 St. Lav..

Tale evoluzione della fisionomia e dei caratteri tradizionali del lavoro dipendente derivano altresì dalla sempre maggiore interazione fra persone fisiche e *robots* automatizzati, i quali collaborano con i lavoratori dipendenti sino a etero-dirigerli<sup>29</sup>.

Ne consegue, dunque, l'esigenza non solo di un ripensamento della nozione di subordinazione, bensì anche di una riformulazione del classico criterio della diligenza di cui all'art. 2104 c.c. sino ad ora utilizzato quale parametro normativo ed oggettivo per verificare l'esatta esecuzione della prestazione lavorativa. Ci si deve domandare, infatti, sino a che punto il suddetto canone valutativo sia ancora attuale ovvero sia divenuto oramai obsoleto, essendo mutati i caratteri fisiognomici

---

<sup>29</sup> EPRS - European Parliamentary Research Service, *Industry 4.0 Digitalisation for productivity and growth*, in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/568337/EPRS\\_BRI\(2015\)568337\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/568337/EPRS_BRI(2015)568337_EN.pdf), 22.9.2015, pag. 4, riporta il caso Siemens, dove *robots* intelligenti coordinano la produzione e distribuzione di 950 prodotti con circa 50.000 varianti e il caso della Philips dove 128 *robots*, all'interno di una «dark factory» producono rasoi elettrici senza l'impiego di alcun lavoratore.



della volontà individuale del lavoratore e l'area di esigibilità in termini di adempimento individuale dell'obbligazione lavorativa. Se l'esecuzione delle mansioni affidate al lavoratore non dipende esclusivamente dalla sua condotta, essendo quest'ultima integrata dall'azione robotica dei macchinari, ovvero se l'attività non sia frazionabile in fasi di lavoro attribuibili a singole posizioni lavorative, sorge fondatamente il dubbio che la categoria giuridica dell'inadempimento / adempimento possa effettivamente continuare ad essere intesa in termini meramente individuali, con conseguenti effetti non solo sul potere di controllo datoriale, quanto più sul potere disciplinare.

Segno di una rivoluzione delle concrete modalità di atteggiarsi della relazione contrattuale di lavoro sono le nuove prassi ora seguite dai datori di lavoro per comunicare il licenziamento ai propri dipendenti; prassi certamente più flessibili e sceve da rigide formalità, pur senza disattendere l'obbligo della forma scritta. Ci si riferisce in particolare ai sempre più frequenti casi, emersi nella realtà delle aule giudiziarie, di manifestazione del recesso datoriale per il tramite di messaggi *WhatsApp*<sup>30</sup>.

Il tutto rende evidente come l'evoluzione dei modelli produttivi ed organizzativi abbia mutato i paradigmi sino ad ora noti<sup>31</sup>, imponendo anche al diritto del lavoro un costante aggiornamento, al fine di ridisegnare puntualmente gli equilibri fra le parti contrattuali del rapporto di lavoro, scongiurando che gli stessi si traducano in un'indebita attribuzione di poteri direttivi e di controllo in capo al datore, eccedenti la logica di un equilibrato sinallagma.

---

<sup>30</sup> *Ex multis* AVONDOLA A., *Licenziamento e digital society: la forma scritta dalla posta ai "post"*, in *RIDL*, 2018, n. 2, I, pag. 299 ss..

<sup>31</sup> SORO A., *La protezione dei dati diritto di libertà. Discorso del Presidente – Relazione dell'anno 2015, Garante della protezione dei dati personali*, in <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/5204506/Relazione+annuale+2015+-+Discorso+del+Presidente.pdf>, 28.6.2016, pag. 10, sottolinea come l'uso della tecnica (e delle tecnologie) deve porsi «al servizio dei diritti e non in contrasto con essi», a maggior ragione nel contesto del rapporto di lavoro, il quale è un «terreno su cui l'evoluzione tecnologica sfida categorie giuridiche consolidate, costringendoci a ripensare gli equilibri su cui sinora hanno retto istituti essenziali».

Il carattere costantemente in evoluzione della realtà moderna e, conseguentemente, del modello d'impresa e di economia impongono al diritto del lavoro una continua sfida nella rivisitazione dei modelli tradizionali e nel loro aggiornamento. Oggi risultano attuali ancor più di quindici anni fa le parole di Marco Biagi<sup>32</sup>, ove affermava che «Mercato e organizzazione del lavoro si stanno evolvendo con crescente velocità. Non altrettanto avviene per i rapporti di lavoro: il sistema regolativo ancor oggi utilizzato in Italia non è più in grado di cogliere e governare la trasformazione in atto. (...) Il quadro giuridicoistituzionale ed i rapporti costruiti dalle parti sociali, quindi il diritto del lavoro e le relazioni industriali, devono cogliere queste trasformazioni in divenire, agevolandone il governo. Il mercato del lavoro italiano necessita, quindi, di importanti modifiche al suo apparato regolatorio, procedendo organicamente ad una modernizzazione dell'organizzazione e dei rapporti di lavoro, auspicabilmente d'intesa con le parti sociali». Esortava dunque il potere legislativo nonché gli attori collettivi delle relazioni industriali a fotografare la realtà in divenire che stava emergendo agli inizi degli anni 2000 e confezionarne un sistema di norme in grado di recepire le novità e le nuove esigenze rispetto al passato. Continuava, infatti, puntualizzando che «Non è certo revocabile in dubbio che il progresso tecnologico così come i mutamenti nelle condizioni di mercato abbiano, negli ultimi decenni, modificato profondamente l'ambiente nel quale le imprese si trovano ad operare. Si è così determinata una crescente necessità di reagire con maggiore flessibilità ai cambiamenti sul fronte dell'offerta e della domanda, mentre gli sviluppi tecnologici hanno consentito alle imprese di introdurre modalità nuove e più flessibili nell'organizzazione dei processi produttivi. Al fine di trarre pieno vantaggio da questo potenziale evolutivo, appare evidente (...) la necessità di adattare il presente quadro regolatorio, legislativo e contrattuale, a queste nuove circostanze. L'attuale

---

<sup>32</sup> BIAGI M., *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia, proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Roma, ottobre 2011, pagg. 12 ss. e 73 ss..

quadro regolatorio riflette, infatti, un'organizzazione del lavoro oggi completamente superata».

Se ciò era vero quindici anni fa, è altrettanto vero ora, che le esigenze di rinnovare e adattare il quadro normativo e contrattuale appaiono ancora più forti e pregnanti, giacché il ritmo con cui il contesto economico e produttivo si evolvono è più incessante che nel passato. Il principale motore in grado di trasformare le strutture del mercato sono oggi la crescita e l'espansione tecnologica<sup>33</sup>, le quali hanno importanti ripercussioni sull'occupazione e sullo sviluppo di nuove competenze in tutti i settori, in ragione della convergenza delle innovazioni e del loro carattere al contempo trasversale, le quali consentono di mettere in comunicazione discipline diverse e trovare punti di contatto fra loro, richiedendo ai lavoratori competenze multidisciplinari. La vera sfida che si pone ora è quella di rendere la crescita tecnologica inclusiva rimodulando, ove necessario, la “bussola” della subordinazione.

### **3. Il sorgere di nuovi diritti e il diritto alla disconnessione**

Accanto alla decentralizzazione della prestazione lavorativa ed alla maggior autonomia di cui il prestatore, forse solo apparentemente, può ora godere, sorgono ulteriori problemi giuridici derivanti dalla possibile dilatazione del tempo lavorativo e altresì diritti di nuova generazione. Fra questi si affaccia senz'altro il diritto alla disconnessione, ovvero il diritto del lavoratore ad essere irreperibile e non soggetto alle richieste datoriali al di fuori dell'orario e dei locali aziendali ovvero durante le ferie o i riposi<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> In tal senso anche MÈDA D., *The future of work: the meaning and value of work in Europe*. cit., secondo cui «*technological changes in any case represent a major factor behind the current and future transformation of work (...) We are on the verge of a “Great Restructuring”*».

<sup>34</sup> Per un approfondimento si rinvia a POLETTI D., *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2017, n. 1, pag. 7B.

In altri termini, è emersa nel contesto giuslavoristico contemporaneo l'esigenza di creare un potere/diritto *ad hoc* in capo al lavoratore che gli consenta di disconnettersi, seppur figurativamente, dalle tecnologie messe a disposizione per l'esecuzione della prestazione lavorativa ma che permettono, al contempo, la rintracciabilità del dipendente e la sua continua disponibilità verso il datore, senza tuttavia che l'esercizio di tale potere/diritto comporti ripercussioni sul piano retributivo e sulla prosecuzione del rapporto di lavoro.

In particolare, il sorgere di tale diritto si pone come l'affiorare dell'esigenza contemporanea di salvaguardare la distinzione fra la sfera lavorativa e la propria sfera privata, separazione prima organizzativa che concettuale, scongiurando un'involuzione nei termini sopra esposti che riporterebbe lo *status quo ante* alla rivoluzione industriale che ha comportato poi l'introduzione del modello fordista.

L'utilizzo sempre maggiore e costante di dispositivi informatici, quali *smartphone* e *tablet*, funzionali allo svolgimento dell'attività lavorativa e per questo solitamente concessi dal datore al proprio dipendente, talvolta anche per uso promiscuo, consentono la rintracciabilità del lavoratore con minore difficoltà rispetto al passato. Il lavoratore, infatti, in tal maniera rimane costantemente connesso alla rete aziendale, soggetto alle esigenze dell'impresa, ai ritmi della stessa e, non da ultimo, all'eventuale controllo da parte del datore di lavoro. Sorge la necessità di dar vita e forma, nonché una compiuta regolamentazione, al diritto alla disconnessione, che altro non è che il riflesso ovvero uno sviluppo in chiave tecnologica del diritto al riposo giornaliero finalizzato al recupero delle energie psico-fisiche che si rinviene già nell'art. 7 D. Lgs. 66/2003.

Ciò che emerge, dunque, è solo una nuova posizione giuridica soggettiva di fronte al nascere di nuovi contesti fattuali che, tuttavia, a ben vedere, non veicola nel mondo del diritto del lavoro alcuna nuova direttrice sostanziale, trattandosi semplicemente dell'esigenza di tradurre in diritto positivo ed esplicito un diritto che in realtà dovrebbe costituire la diretta conseguenza della normativa attualmente vigente in materia di orario di lavoro. Più che positivizzare un'esigenza di tutela, si

tratterebbe dunque di ribadire un diritto già normato, magari precisandone alcuni contorni.

I valori da tutelare rimangono immutati, afferendo alla salvaguardia della vita privata, della riservatezza, della propria salute e, non da ultimo, della dignità della persona prima ancora che del lavoratore. Ciò che è necessario confezionare sono esclusivamente gli strumenti giuridici che l'ordinamento appresta a garanzia dei predetti valori. Nuove sfide, dunque, per il diritto del lavoro il quale è chiamato a trasformare l'atto di «staccare la spina» dal lavoro, spegnendo fisicamente *smartphone* e *tablet*, in un diritto sancito *ex lege* e non più soggetto ad abusi e deviazioni, come sovente accade.

Guardando al mondo d'oltralpe, tali spinte sono state recepite nel 2016 dalla legislazione francese all'art. 55 della *Loi Travail*<sup>35</sup>, che, modificando l'art. L. 2242-8 del Codice del lavoro, ha introdotto espressamente il diritto del singolo lavoratore a non ricevere *e-mail* o telefonate al di fuori dell'orario di lavoro<sup>36</sup>.

L'ordinamento francese, in verità, contiene solo una previsione di carattere generale che non specifica il contenuto esatto che tale diritto assume. Per «assicurare il rispetto dei tempi di riposo, del periodo di ferie e della sfera personale e familiare» utilizza la tecnica del rinvio, deferendo agli accordi aziendali o, in mancanza di questi, ad appositi regolamenti predisposti unilateralmente dal datore (dopo opportuna consultazione con le rappresentanze sindacali), la definizione della disciplina del diritto alla disconnessione nell'alternanza vita privata-riposo, nonché

---

<sup>35</sup> *Loi Travail* detta «El Khomri» n° 2016-1088 *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*.

<sup>36</sup> La norma, applicabile solo alle imprese con almeno 50 dipendenti, prevede che «La negoziazione annuale sull'uguaglianza professionale tra uomo e donna nonché la qualità della vita lavorativa riguardano: (...) 7° Le modalità di esercizio da parte del dipendente del proprio diritto alla disconnessione nonché la messa a disposizione di dispositivi che regolano l'utilizzo degli strumenti informatici, al fine di assicurare il rispetto dei tempi di riposo, del periodo di ferie e della vita personale e familiare». In mancanza di accordo, il datore di lavoro elabora un "regolamento aziendale", dopo aver ricevuto il parere delle rappresentanze sindacali presenti in azienda ("comité d'entreprise") oppure, in difetto, dei rappresentanti del personale. Suddetto "regolamento aziendale" definisce le modalità di esercizio del diritto alla disconnessione e prevede l'applicazione, indirizzata ai dipendenti, ai quadri e ai dirigenti, di programmi di formazione e di sensibilizzazione all'utilizzo ragionevole degli strumenti tecnologici» (traduzione dal francese).

dei percorsi di formazione e sensibilizzazione ad un utilizzo «ragionevole» degli strumenti tecnologici.

Alla base di tale nuova normativa vi sono stati degli studi commissionati dal Ministero del Lavoro francese e condotti nel corso del 2015, volti a delineare gli effetti e l'impatto delle innovazioni tecnologiche e, dunque, la trasformazione dell'organizzazione del lavoro dovuta alla digitalizzazione<sup>37</sup>. Come si legge dall'elaborato finale delle ricerche condotte, il diritto alla disconnessione implica una responsabilità congiunta fra lavoratore e datore, nonché un coinvolgimento dei soggetti che animano le relazioni sindacali e determina, altresì, secondo lo schema civilistico diritto-dovere, anche l'esistenza di uno speculare dovere alla disconnessione in capo al singolo lavoratore<sup>38</sup>.

In Italia un analogo diritto ha trovato una propria collocazione giuridica, seppur embrionale, con la L. 22 maggio 2017, n. 81 recante «Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato», ancorché con esclusivo riguardo al c.d. lavoro agile (c.d. *smart working*)<sup>39</sup>, ossia quello prestato «senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici».

L'art. 19 della predetta legge dispone che l'accordo scritto relativo alle modalità di svolgimento del lavoro agile disciplini «l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore. L'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le

---

<sup>37</sup> METTLING M.B., *Transformation numérique et vie au travail*, Rapport, September 2015, in <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf>.

<sup>38</sup> Mentre la *Loi travail* n° 2016-1088 ha previsto unicamente il diritto alla disconnessione, in dottrina METTLING M.B., *Transformation numérique et vie au travail*, cit., pag. 21, ha proposto di completare tale diritto con il dovere di disconnessione («*Le droit à la déconnexion est donc bien une coresponsabilité du salarié et de l'employeur qui implique également un devoir de déconnexion*»).

<sup>39</sup> Per un approfondimento TIRABOSCHI M., *Smart working e digitalizzazione del lavoro (I). Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2017, fasc.4, pag. 921 ss..

misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro».

A bene vedere, tuttavia, si tratta di una previsione assai limitata dal punto di vista contenutistico, considerato che rimette all'autonomia delle parti l'individuazione delle misure tecniche ed organizzative, e dunque anche dei limiti, volte ad assicurare il diritto alla disconnessione dal lavoratore<sup>40</sup>. È agevole presumere che una formulazione di tenore così generico finisca per lasciare alla libera determinazione del datore di lavoro, in quanto parte contrattuale forte, il perimetro regolamentare di riferimento, in ragione dell'assenza sia dell'intervento dei rappresentanti sindacali in tal senso sia di soglie minime di tutela previste *ex ante* dal legislatore che possano fungere da cornice normativa entro cui dettare la disciplina di dettaglio.

Un ulteriore elemento che non consente di configurare il diritto alla disconnessione ivi previsto come diritto di caratura generale anche nel nostro ordinamento nazionale deriva dal ristretto bacino di destinatari nei cui confronti la norma è rivolta. L'art. 19 L. 81/2017 trova infatti operatività limitatamente ai lavoratori c.d. agili, mentre è esperienza comune che l'esigenza di garantire il diritto in parola non sussista esclusivamente con riguardo ai lavoratori che rendono la propria prestazione al di fuori dei locali aziendali, potendo interessare anche coloro che ordinariamente lavorano all'interno dell'azienda ma la cui durata della prestazione lavorativa può estendersi oltre i limiti contrattualmente fissati per la ricezione (e/o l'invio), nelle ore serali o nei fine settimana o nel corso delle ferie, di *e-mail*, *WhatsApp* e telefonate<sup>41</sup>.

L'assenza di una precisa norma di legge impone dunque di affrontare la questione sulla base dei principi di carattere generale e dei reciproci diritti e doveri

---

<sup>40</sup> Scettica anche FENOGLIO A., *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, cit.

<sup>41</sup> DONINI A., *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in *Web e lavoro, Profili evolutivi e di tutela*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 77 ss., evidenzia come il «venir meno del “rito della timbratura”» non comporti necessariamente un abbassamento del livello di stress lavoro-correlato.

che insistono sulle parti contrattuali del rapporto di lavoro, valutando se possa configurarsi il diritto alla disconnessione per tutti i lavoratori subordinati, a prescindere dalla configurabilità o meno della neo-fattispecie del lavoro agile. In questa prospettiva ci si deve domandare se rientri fra gli oneri accessori e funzionali a cui il lavoratore è tenuto per l'adempimento della propria prestazione anche l'obbligo di rispondere a richieste che provengano dal datore per *e-mail* ovvero per telefono e vengano soprattutto ricevute oltre l'orario di lavoro o, addirittura, durante il periodo di ferie o in concomitanza delle giornate di riposo. Dall'altro lato, bisogna valutare se dal potere direttivo/organizzativo del datore di lavoro discenda anche la facoltà di pretendere un *feedback* da parte del proprio dipendente o, addirittura, sussista un dovere di una tale intrusione nella sfera privata del lavoratore.

A tali coordinate di diritto si deve aggiungere altresì il fatto che in taluni casi la risposta del lavoratore appare comunque dovuta per le previsioni del contratto collettivo, ove per ipotesi venga tipizzato un obbligo di reperibilità, o per il formarsi di una prassi a livello aziendale<sup>42</sup> o, infine, per la natura stessa del lavoro – ad esempio, nel caso di lavori con Paesi esteri che, in ragione del fuso orario, rendono fisiologica l'assenza di rigidi vincoli temporali della prestazione.

In seno a tali considerazioni deve porsi mente al fatto che la configurazione di un diritto alla disconnessione è strettamente funzionale ad un'esigenza di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, la quale costituisce peraltro la *ratio* stessa della regolamentazione nazionale e sovranazionale in materia di orario e riposi, come sottolineato dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia

---

<sup>42</sup> Secondo la costante giurisprudenza di legittimità la prassi aziendale è considerata equipollente all'uso aziendale, il quale «costituisce fonte di un obbligo unilaterale di carattere collettivo che agisce sul piano dei rapporti individuali con la stessa efficacia di un contratto collettivo e ben può essere pertanto modificato da un accordo collettivo successivo (cfr. *ex plurimis* Cass. n. 8342/2010, Cass. n. 5882/2010, Cass. n. 18263/2009, Cass. n. 17481/2009)» (così Cass. Sez. Lav., 19.2.2016, n. 3296).



dell'Unione Europea (*ex multis*, caso Pfeiffer, CGUE da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584<sup>43</sup>).

Un primo dato normativo da cui pare si possa ricavare un principio generale volto a tutelare il diritto alla disconnessione del dipendente, onde evitare una lesione della sua sfera di *privacy* e riservatezza, deve esser ravvisato nell'art. 7 D. Lgs. 66/2003 che sintetizza la disciplina del riposo giornaliero<sup>44</sup>, nonché nella disciplina delle ferie<sup>45</sup>, le quali costituiscono addirittura un diritto irrinunciabile costituzionalmente garantito al pari del riposo settimanale (art. 36 Cost.).

Ove si ritenesse sussistente in capo al lavoratore un obbligo di rimanere costantemente connesso al fine di assicurare l'esatto adempimento della prestazione lavorativa, verrebbero vulnerati i diritti sopra citati e, in aggiunta, si concretizzerebbe una lesione del principio di buona fede e correttezza che deve informare anche il rapporto di lavoro, al pari di ogni rapporto obbligatorio. Verrebbe così dilatato il tempo lavorativo senza l'individuazione di precisi limiti d'orario, con conseguenti riflessi anche in ordine al principio di certezza del diritto, non potendo più discernere l'area di esigibilità della prestazione e, dunque, la sfera

---

<sup>43</sup> In tale occasione la CGUE sottolinea come la Direttiva CE 93/104 sia «volta a garantire un'efficace protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, assicurando loro in particolare l'effettivo beneficio di un limite massimo dell'orario settimanale di lavoro e di periodi minimi di riposo. Qualsiasi deroga a queste prescrizioni minime, quindi, dev'essere dotata di tutte le garanzie necessarie affinché il lavoratore interessato, qualora sia spinto a rinunciare a un diritto sociale che gli è stato conferito direttamente da quella direttiva, lo faccia liberamente e in piena cognizione di causa. Tali requisiti sono tanto più importanti in quanto il lavoratore dev'essere considerato come la parte debole nel contratto di lavoro, cosicché è necessario impedire al datore di lavoro di disporre della facoltà di influenzare la volontà dell'altro contraente o di imporgli una restrizione dei suoi diritti senza che questi abbia manifestato esplicitamente il suo consenso a tale proposito».

<sup>44</sup> L'art. 7 D. Lgs. 66/2003 prevede che «Ferma restando la durata normale dell'orario settimanale, il lavoratore ha diritto ha undici ore di riposo consecutivo ogni ventiquattro ore. Il riposo giornaliero deve essere fruito in modo consecutivo fatte salve le attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata o da regimi di deperibilità».

<sup>45</sup> Secondo un recente sondaggio svolto negli Stati Uniti da *SaaS Enterprise Service Management Samanage* nell'aprile 2016, un lavoratore su tre controlla la posta elettronica almeno un'ora al giorno al di fuori dell'orario d'ufficio, per un totale di più di un mese di lavoro straordinario all'anno e comunque per un lasso temporale complessivamente maggiore rispetto a quello dedicato alle ferie. Uno su cinque degli intervistati si sveglia spesso per farlo durante la notte e la percentuale sale al 40% tra i «millennials», ossia tra gli appartenenti alla c.d. Generazione Y, nati fra i primi anni '80 e i primi anni 2000.

eminentemente lavorativa, dalla dimensione privata del lavoratore inteso come persona.

Non di poco momento, ai fini che qui interessano, è inoltre il disposto dell'art. 36 Cost. che cristallizza il collegamento funzionale e sostanziale fra la prestazione lavorativa, anche sotto il profilo della sua durata, e il corrispettivo retributivo. Ove infatti vi fosse un obbligo di tenersi costantemente connesso e a disposizione delle esigenze datoriali dovrebbe esservi al contempo un emolumento retributivo volto a compensare il sacrificio del lavoratore, al pari di quando accade nel contratto di lavoro intermittente con obbligo di disponibilità<sup>46</sup>.

Dal canto suo, la contrattazione collettiva decentrata negli ultimi anni si è mostrata consapevole di tali esigenze, arrivando a sancire in alcuni casi, seppur non con la forza cogente che sarebbe stata propria di una disposizione legislativa, il diritto dei lavoratori di non rispondere ad *e-mail* e telefonate al di fuori dell'orario di lavoro<sup>47</sup>; segno, questo, della necessaria presa di coscienza della centralità di detta tematica.

#### **4. La digitalizzazione del lavoro e i nuovi paradigmi organizzativi**

Un altro dei principali effetti della digitalizzazione del lavoro è stata la nascita di nuovi paradigmi organizzativi, eterogenei fra di loro e sussunti nelle macro-categorie, variamente denominate, della *sharing economy*, *gig economy*,

---

<sup>46</sup> Nei primi mesi del 2014 la casa automobilistica BMW ha previsto che nel conto dell'orario di lavoro dei propri dipendenti e quindi della retribuzione dovesse essere ricompreso anche il tempo impiegato fuori dai locali aziendali per lo svolgimento della propria attività per il tramite di *computer* portatile o con lo *smartphone*, anche semplicemente trasmettendo e ricevendo *e-mail*, sms o altre tipologia di messaggistica.

<sup>47</sup> In tal senso si vedano: l'accordo quadro globale sui diritti umani e i diritti fondamentali del lavoro di Unicredit; l'accordo sindacale raggiunto da Findomestic; la *policy* di Cattolica Assicurazioni, siglata anche dai sindacati, con riguardo ai lavoratori in *smart working*; l'accordo sindacale concluso dal Banco – Bpm; l'art. 22, c. 4, lett. c8) del nuovo CCNL del Comparto Scuola che demanda alla contrattazione collettiva il compito e/o la facoltà di disciplinare i criteri per l'utilizzo delle strumentazioni tecnologiche in orario diverso da quello di servizio (diritto alla disconnessione).

*platform economy, economy on demand*, i cui fenomeni più rilevanti e conosciuti sono quelli del *crowd-employment* (c.d. anche *crowd working*) e del lavoro a chiamata per il tramite di piattaforme digitali (c.d. *work on demand*). È emerso dunque un arcipelago di nuove forme di economia, con inediti soggetti ed altrettanti inusuali rapporti contrattuali fra gli attori sociali e giuridici ivi coinvolti.

Tratti fondamentali di questi inediti modelli organizzativi sono l'impiego di strumentazioni informatiche per l'incontro fra domanda ed offerta e per lo svolgimento della prestazione lavorativa, l'utilizzo costante e fisiologico di strumenti elettronici di lavoro, particolari e incisive forme di controllo a distanza per il tramite di dispositivi mobili e lo sfruttamento di tecnologie ubiquitarie, nonché costi di transazione ridotti al minimo nell'ottica della massima efficientazione.

Tuttavia, all'interno di tale *mare magnum* si possono individuare tratti tipici e distintivi delle differenti tipologie di servizi e modelli produttivi.

Il *crowd-employment* o *crowd-working* si identifica con il lavoro eseguito *online* in favore di clienti che si registrano ed hanno accesso alla piattaforma informatica, la quale consente a loro ed ai lavoratori di operare e connettersi in ogni luogo, senza alcuna preclusione spaziale. Differentemente, nel lavoro *on-demand*, quale versione aggiornata ed "informatizzata" del lavoro a chiamata, ciò che avviene *online* concerne esclusivamente l'incontro fra la domanda e l'offerta, giacché l'esecuzione del servizio, peraltro tradizionale come il trasporto o il lavoro domestico, viene realizzata *in loco* e fisicamente dal prestatore. I caratteri della smaterializzazione e della spersonalizzazione sono dunque quanto più evidenti nella prima ipotesi che non nella seconda<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> TULLINI P., *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte di intervento*, in *RGL*, 2016, n. 4, I, pag. 748 ss., sottolinea come nel lavoro digitale costituisca un dato ineludibile la scomparsa o comunque l'appannarsi del requisito della personalità della prestazione, il quale rimane tuttora un tratto qualificante del rapporto di lavoro subordinato.

Nel *crowd-employment*, di cui *Amazon Mechanical Turk*<sup>49</sup> è forse il caso più emblematico, il lavoratore rivolge la propria offerta di lavoro, che andrà poi svolta da remoto nel proprio domicilio, ad una platea indifferenziata e vasta di potenziali utenti. In tal caso il rapporto che si instaura fra i c.d. *Requesters* e i c.d. *Workers* (o informalmente *Turkers*) ha una durata limitata allo svolgimento della singola prestazione e in ciò si differenzia dal lavoro a chiamata via piattaforma. Tuttavia, se all'inizio i *Requesters* erano i programmatori informatici, dopo l'apertura della piattaforma anche all'esterno, sono divenuti per lo più aziende che hanno necessità dell'esecuzione di un'opera o di un servizio estemporaneo rispetto all'ordinaria attività svolta, ma non così complesso da indurre a formalizzare un'esternalizzazione stabile di tali funzioni.

Se da un lato l'impiego delle tecnologie consente di sfruttare al meglio la potenza del *web* per fare *business*, creare *networking* e possibilità di lavoro, dall'altro lato emerge una forte precarizzazione dei lavoratori ed una frammentazione delle loro mansioni, giacché il vantaggio maggiore viene realizzato dalle aziende<sup>50</sup>, le quali possono godere di costi di transazione bassi, se non addirittura risibili.

---

<sup>49</sup> Si tratta di un portale aperto da Amazon nell'anno 2005 ove conciliare domande ed offerte per attività solitamente semplici e meccaniche (c.d. HIT: *Human Intelligence Tasks*), come trascrivere *file*, immettere dati in un sistema, scrivere recensioni etc. all'interno di una bacheca di lavoro virtuale. Il nome deriva dal "Turco meccanico", uno dei più celebri e più antichi automi inventato nel 1769 da Wolfgang Von Kempelen su commissione dell'imperatrice Maria Teresa d'Austria. Era una macchina che aveva l'aspetto e il vestiario di un uomo mediorientale, collegato a un grosso scatolone "pieno" di ingranaggi, che avrebbe dovuto simulare un giocatore di scacchi. Alcuni sportelli consentivano di vedere l'interno della macchina. In realtà, gli ingranaggi occupavano solo parte dello spazio interno, consentendo ad una persona di bassa statura di nascondervi dentro. Gli sportelli dimostrativi venivano aperti uno alla volta, dando modo alla persona all'interno di spostarsi, creando l'illusione nello spettatore che non vi fosse nulla all'interno. L'operatore vedeva, tramite dei magneti, quali fossero le mosse effettuate sulla scacchiera sopra di lui, le riportava su una più piccola, studiava la contromossa e poi comandava le braccia del manichino affinché spostassero le pedine.

<sup>50</sup> BIRGILLITO M., *Lavoro e nuova economia: un primo approccio critico. I molti vizi e le poche virtù dell'impresa Uber*, in *Lab. & Law Iss.*, 2016, n. 2, vol. 2, pag. 65, riporta che secondo «uno studio realizzato con i lavoratori della compagnia Amazon Mechanical Turk, sono mossi dall'illusoria speranza di ricercare una forma di conciliazione tra la vita familiare e lavorativa, di completare le entrate di altri lavori, a loro volta mal retribuiti, o di incontrare una via d'uscita alla disoccupazione, in attesa di un lavoro migliore che, tuttavia, come Godot, non compare».

Altra esperienza rappresentativa del lavoro sulla piattaforma, che ha interessato le cronache e le aule giudiziarie nazionali ed internazionali, riguarda l'attività e i servizi resi da Uber, il cui incremento è stato determinato dal sentimento di privilegio di autoimprenditorialità che lo *slogan* ("sii capo di te stesso") ha cercato di infondere.

Differentemente però dal c.d. *crowd-employment*, il lavoro *on demand* è una forma di lavoro ove l'incontro fra domanda ed offerta per l'esecuzione di tradizionali attività avviene per il tramite di aziende ovvero piattaforme immateriali, le quali intervengono nella definizione di standard qualitativi minimi del servizio, nonché in una, se non altro parziale, selezione e gestione dei prestatori. In tal caso, però, a fronte del *matching* fra domanda e offerta sulla piattaforma digitale, la prestazione viene poi resa materialmente *in loco*.

Tuttavia, ci si deve forse chiedere sino a che punto lo *slogan* promozionale di autoimprenditorialità, che avrebbe dovuto *in thesi* costituire la cifra caratterizzante il modello organizzativo *de quo*, si sia tradotto in un percorso di realizzazione dell'obiettivo di indipendenza del lavoratore o si sia, all'opposto, rivelato una falsa promessa quale mera operazione di *marketing*. L'utilizzo di piattaforme consente al committente ovvero al datore di lavoro (a seconda dell'impostazione ermeneutica prescelta in termini di qualificazione del rapporto di lavoro quale autonomo o subordinato<sup>51</sup>) di usufruire di particolare strumenti di

---

<sup>51</sup> Con riguardo ai riders delle multinazionali di *food delivery*, si vedano, nel panorama giurisprudenziale italiano: 1) Trib. Milano, sez. lav., 10.9.2018, n. 1853, ove è stata esclusa la natura subordinata del rapporto in considerazione della mancanza di un obbligo di reperibilità e, specularmente, della sussistenza in capo al prestatore della facoltà di stabilire la quantità e la collocazione temporale della prestazione, i giorni di lavoro e quelli di riposo e il loro numero; indici, questi, incompatibili con il vincolo di subordinazione e caratterizzanti, piuttosto, un rapporto di co.co.co.; 2) Trib. Torino, sez. lav., 7.5.2018, n. 778, ove è stata esclusa l'integrazione degli elementi costitutivi sia della lavoro subordinato sia delle collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 2 D. Lgs. 81/2015, ravvisando piuttosto i tratti di una co.co.co.; 3) Corte d'App. Torino, sez. lav., 4.2.2019, n. 26, con la quale, in riforma della pronuncia di prime cure, il rapporto è stato ricondotto entro la cornice delle collaborazioni etero-organizzate evidenziando che le modalità di esecuzione della prestazione erano dettate da una turnistica stabilita dal committente, il quale determinava anche le zone di partenza, comunicando tramite app gli indirizzi cui di volta in volta effettuare la consegna (con relativa conferma) e predeterminando i tempi di consegna.

monitoraggio, quali i sistemi di geolocalizzazione, la raccolta dei dati sugli accessi *online*, le valutazioni di gradimento da parte del cliente; strumenti derivanti tutti dalla struttura stessa della piattaforma e dalle caratteristiche intrinsecamente connesse ad essa ed alla prestazione resa.

Per entrare a far parte del bacino di prestatori a chiamata è sufficiente dotarsi di un dispositivo cellulare con connessione ad *Internet* veloce e registrarsi al sito, aderendo alle clausole contrattuali imposte dalla piattaforma, la quale, qualificandosi come “*marketplace*”, si tiene indenne da ogni rischio e responsabilità, configurando i lavoratori come autonomi ovvero addirittura come “*partners*” della piattaforma, seppur assoggettati a standard qualitativi e quantitativi stabiliti unilateralmente da quest’ultima<sup>52</sup>. Tuttavia, la prestazione è oggetto di monitoraggio e di una valutazione diretta ed indiretta, giacché i sistemi di gradimento impongono precise regole di condotta, scoraggiandone ogni tipo di inosservanza. In alcuni casi, infatti, i prestatori che si collocano persistentemente al di sotto degli standard minimi individuati dalla piattaforma possono incorrere in segnalazioni negative ovvero addirittura nella disconnessione forzata dalla piattaforma.

Il nuovo modello organizzativo incentrato sul lavoro per il tramite della piattaforma pone dunque opportunità e rischi al contempo. Le prime attengono alla possibilità di svolgere piccole mansioni in modo libero, beneficiando di quote aggiuntive di reddito. I rischi, invece, riguardano più che altro coloro che identificano nel lavoro con la piattaforma la principale fonte di reddito, giacché le condizioni offerte possono comportare un elevato tasso di precarietà. Ma in

---

In dottrina, CAPPONI F., *La regolazione delle collaborazioni etero-organizzate tra legge e contratto: il caso delle piattaforme di food delivery*, in *DRI*, 2018, n. 4, pag. 1247 ss..

<sup>52</sup> Lo stesso disegno di legge n. 3564, presentato il 27.1.2016 e ancora sottoposto all’esame della Commissione, volto alla definizione di una «disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell’economia della condivisione» pur evidenziando il ruolo centrale dello *status* giuridico e della tutela del lavoratore, difficilmente riconducibili ai modelli attualmente esistenti, all’art. 2, c. 1 lett. a) si premura di precisare che «Tra gestori e utenti non sussistente alcun rapporto di lavoro subordinato».

generale, i rischi sono altresì connessi all'incerta qualificazione giuridica attribuita ai lavoratori, favorita altresì dal carattere transnazionale delle forme le cui attività e i cui servizi difficilmente possono dunque esser ricondotti entro un unico ordinamento giuridico di uno dei molteplici Stati in cui operano.

Inoltre, come si dirà *infra*, rilevanti effetti debbono essere ravvisati anche nell'esercizio del potere di controllo datoriale e, conseguentemente, del potere disciplinare. Il primo infatti diventa più capillare, avendo il datore accesso a molteplici ed eterogenei dati in merito al numero di commesse accettate, al tasso di reperibilità ed al gradimento della clientela e costituendo, soprattutto, il dispositivo informatico uno strumento essenziale per l'esecuzione della prestazione lavorativa. Il tutto costituisce la più lineare conseguenza della combinazione, in tali casi, del fattore umano con un elevato tasso di tecnologia.

## **5. Il potere di controllo tecnologico del datore**

A prescindere dall'adozione di modelli organizzativi inediti, figli della *gig-economy* ovvero della *sharing economy* e del lavoro *on demand*, la crescente applicazione di tecnologie all'interno dell'azienda e, in particolare, di strumenti elettronici in dotazione dei dipendenti funzionali all'esecuzione della prestazione lavorativa, ha inciso certamente anche sull'esercizio del potere di controllo a distanza dei lavoratori subordinati, cristallizzato all'art. 4 St. Lav. ed oggetto di recente modifica legislativa nel 2015 ad opera del Jobs Act.

Le intrinseche possibilità veicolate dalle innovazioni tecnologiche e dal lavoro in rete, connesse all'eliminazione di ogni barriera tra vita privata e vita lavorativa, fra identità personale e identità virtuale, svelano molteplici ambivalenze, consentendo o agevolando pratiche elusive delle tutele del lavoratore, riducendone

i vincoli di protezione ed ampliando la trama delle potenziali forme di sfruttamento e di lesione della persona<sup>53</sup>.

Come tratteggia taluna dottrina, da un metodo di tipo «orwelliano», pericoloso ma tuttavia semplice e quindi facile da prevedere e contrastare, «si è passati a un controllo di tipo kafkiano, estremamente frammentato, complesso, labirintico, oscuro e burocratizzato, composto da dati che si incrociano – lavorativi e privati – e da problemi tecnici difficilmente comprensibili per il lavoratore»<sup>54</sup>, la cui riservatezza, la cui identità personale e la cui libertà di autodeterminazione vengono in tal modo minacciate.

Si è infatti creato in capo al datore un ventaglio di nuove possibilità di sorvegliare in modo continuo ed ubiquo l'esatto adempimento della prestazione ovvero il compimento di infrazioni rilevanti sul piano disciplinare. Il datore di lavoro può ora contare su strumenti di controllo ancor più invasivi rispetto al passato, ancorché già quindi anni fa la sorveglianza delle comunicazioni elettroniche, realizzata attraverso la posta elettronica ovvero la navigazione in *internet*, venisse stigmatizzata dalla dottrina come «particolarmente “invadente”», in ragione del fatto che la massima facilità delle suddette comunicazioni attraverso la rete aveva come contropartita anche una maggior facilità di accesso a tali comunicazioni da parte di soggetti estranei e non legittimati, quali *in primis* il datore<sup>55</sup>.

Ora le aziende, *in thesi*, hanno la possibilità di controllare la posta elettronica in entrata ed in uscita connessa all'indirizzo aziendale ovvero anche a quello personale, laddove utilizzato dal dipendente dalla propria postazione

---

<sup>53</sup> Si veda TULLINI P., *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione*, cit., pag. 11 ss.; LEVI A., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, pag. 6, secondo cui «il potere di controllo dell'imprenditore, alla luce delle nuove potenzialità che l'informatica offre, si presenta oggi arricchito di importanti profili meritevoli di speculazione sistematica ed applicativa».

<sup>54</sup> ZICCARDI G., *Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, cit., pag. 49.

<sup>55</sup> AIMO M., *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Casa Editrice Jovene, Napoli, 2003, pag. 119 ss..



lavorativa, i dati relativi agli accessi ed alle informazioni pubblicate sui *social networks*, che assumono la veste di bacheche virtuali ove i dati, una volta immessi, divengono di pubblico dominio, la cronologia dei siti *web* visualizzati e gli orari dei singoli accessi, i *files* di vario tipo salvati, scaricati ed archiviati sul *pc* ovvero su altri dotazioni aziendali, la localizzazione geografica del dipendente, nonché più banalmente gli orari di entrata ed uscita tramite i sistemi di rilevamento delle presenze.

Al contempo, il legislatore ha realizzato un ampliamento anche delle finalità e degli obiettivi del controllo a distanza, introducendo, quale garanzia a contraltare, il necessario rispetto della disciplina in materia di *privacy* di cui al D. Lgs. 196/2003. Tuttavia, come si dirà *infra*, vi è necessità di interrogarsi, innanzitutto, sulla natura della relazione così definita fra l'ordinamento giuslavoristico e il tessuto normativo dettato dal Codice delle *privacy* e, in secondo luogo, se la condizione procedurale e contenutistica definita dall'art. 4, c. 3 St. Lav. espliciti un'efficacia realmente deterrente rispetto ad un'indebita intrusione del datore nella vita privata del lavoratore subordinato<sup>56</sup>.

Oltretutto, vi è il rischio di una maggior vulnerabilità della persona-lavoratore derivante altresì dalla pubblicazione volontaria, ma in taluni casi inconsapevole, di manifestazioni di volontà ed interesse da parte del singolo, soprattutto ove rese pubbliche attraverso i profili dei *social networks*.

Il controllo datoriale, dunque, assume sempre più i connotati di un controllo tecnologico ed innovativo, facilitato anche dalla possibilità di raccogliere ed elaborare ingenti masse di dati attraverso i c.d. *Big data*, che consentono di monitorare la prestazione lavorativa anche dal punto di vista della *performance* e del rendimento del singolo dipendente rispetto agli standard collettivi ed agli

---

<sup>56</sup> Anche il Garante europeo della *privacy* pone il dubbio che i principi generali del trattamento dei dati personali (necessità, proporzionalità, correttezza finalità e minimizzazione della raccolta) non siano un deterrente sufficiente; cfr. European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2015, *Towards a new digital ethics. Data, dignity and technology*, in [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-09-11\\_data\\_ethics\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-09-11_data_ethics_en.pdf), 11.9.2015.

obiettivi raggiunti dai colleghi in via comparativa<sup>57</sup>. Aumenta altresì potenzialmente anche la competitività all'interno dell'organico.

A ben vedere, inoltre, nei contesti produttivi ad elevata digitalizzazione, quali la prestazione lavorativa resa *online* o da remoto, la *smart factory* ovvero i processi improntati secondo la logica della *Industry 4.0*, la disciplina statutaria relativa ai controlli a distanza, ancorché di recente novellata, sembrerebbe poco efficace, se non addirittura totalmente frustrata *ab origine*, giacché l'uso delle tecnologie in tali casi risulta eminentemente funzionale allo svolgimento della prestazione lavorativa ed incorpora fisiologicamente una componente di controllo e sorveglianza, con una conseguente dilatazione dell'ambito di operatività dell'art. 4, c. 2 St. Lav. che esonera il datore dal meccanismo dell'autorizzazione sindacale o amministrativa.

Senza oltretutto dimenticare che ad una maggior complessità delle apparecchiature impiegate dai singoli lavoratori all'interno della filiera produttiva corrisponde tendenzialmente una maggior difficoltà di comprensione del loro funzionamento e delle possibilità di monitoraggio dalle stesse promananti, con l'evidente rischio che alcuni «tipi di controllo tecnologico sfuggano alla consapevolezza del lavoratore»<sup>58</sup>.

Qualora il progresso tecnologico non dovesse nel futuro esser supportato da un adeguato sistema normativo di tutele della persona del lavoratore, vi sarebbe il latente rischio di una sopraffazione ed, al contempo, di una deriva tecnologica, riducendo il dipendente ad un «uomo di vetro», quale «metafora totalitaria»<sup>59</sup> della

---

<sup>57</sup> TULLINI P., *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, cit., pag. 10, sostiene che non solo siano aumentati gli strumenti attraverso cui esercitare l'attività di sorveglianza, ma che il controllo possa essere «finalizzato al raggiungimento di altri scopi connessi alla gestione del rapporto di lavoro».

<sup>58</sup> TULLINI P., *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, cit.; ZICCARDI G., *Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, cit., pag. 59.

<sup>59</sup> RODOTÀ S., *Relazione per l'anno 1997*, Garante per la protezione dei dati personali, in <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3528995>, 30.4.1998. Immagine ripresa anche da AIMO M., *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, cit., pag. 38.

situazione del cittadino che, dinnanzi ad un omaggio di facciata alle virtù civiche, viene nella realtà lasciato inerme di fronte a coloro che vogliono carpirne le informazioni e i dati personali. La persona del lavoratore sarebbe solo apparentemente immutata dinnanzi all'evoluzione tecnologica, ma intrinsecamente indebolita dal portato della stessa.

A conclusione di questo capitolo di carattere generale ed introduttivo, la domanda che sorge spontanea e che costituirà motivo di indagine della presente ricerca è se la digitalizzazione, in uno con il mutato approccio dei modelli organizzativi derivante da un impiego sempre più massiccio delle innovazioni tecnologiche, nonché la delocalizzazione, la minor rilevanza dei modelli tradizionali di orario di lavoro e l'enfasi sui risultati che il lavoratore deve produrre in un certo periodo, costituiscano un approdo del mondo giuslavoristico che deve essere salutato con favore, in quanto in grado di coniugare i reciproci interessi delle parti contrattuali ovvero se, all'opposto, costituisca il terreno per un nuovo conflitto, in ragione dell'incapacità del tessuto normativo di apprestare delle tutele efficacemente deterrenti rispetto all'intrusione del datore nella sfera di *privacy* e riservatezza propria del lavoratore.

Resta ancora da chiarire fino a che punto e in quale modo una nuova regolamentazione normativa possa tutelare la dimensione privata, giacché si pone come ineludibile una rivalutazione dei diritti del lavoratore come persona, al fine di ottemperare ad istanze di flessibilità forse non adeguatamente controbilanciate da forme di tutela e sicurezza per i lavoratori<sup>60</sup>.

Ciò che deve essere oggetto di ricerca da parte degli operatori del diritto, in via continuativa ed al passo con il divenire delle innovazioni tecnologiche, è un nuovo bilanciamento tra l'interesse del datore di lavoro di tutelare il proprio patrimonio di fronte ad un uso non corretto delle strumentazioni informatiche

---

<sup>60</sup> TULLINI P., *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, cit., pag. 12, evidenzia come il *focus* della questione non riguardi l'aggiornamento tecnologico della disciplina dei controlli a distanza, quanto il bilanciamento degli interessi delle parti contrattuali del rapporto di lavoro.

assegnate ai lavoratori e, più in generale, l'interesse del datore all'esercizio del proprio potere di controllo, da un lato, e il diritto alla *privacy* ed alla riservatezza del lavoratori, dall'altro. Tale nuovo e dinamico bilanciamento, peraltro, dovrà esser perseguito avendo riguardo non solo alla disciplina giuslavoristica contenuta nello Statuto dei Lavoratori, bensì anche alla normativa cristallizzata nel Codice *privacy*<sup>61</sup>, le quali si pongono ora esplicitamente in un rapporto di continua interazione ed integrazione.

---

<sup>61</sup> Per un approfondimento si rinvia a COLAPIETRO C., *Digitalizzazione del lavoro e tutela della riservatezza della persona*, in *Web e lavoro, Profili evolutivi e di tutela*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 27 ss.; FINOCCHIARO G., *Limiti posti dal Codice in materia di protezione dei dati personali al controllo del datore di lavoro*, in *Web e lavoro, Profili evolutivi e di tutela*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 60.

# CAPITOLO II

## Il potere di controllo del datore di lavoro

---

SOMMARIO: SEZIONE I: 1. Il datore nel rapporto di lavoro subordinato: poteri e limiti dell'eterodirezione – 2. Il potere di controllo datoriale: *ratio* e quadro normativo – SEZIONE II: 3. I controlli a distanza sul lavoratore nel quadro anteriore al Jobs Act – 4. Aporie e mal funzionamento dell'impianto normativo dell'art. 4 St. Lav. – 5. I controlli difensivi quale tentativo di superamento dei limiti di cui all'art. 4 St. Lav. – SEZIONE III: 6. La riforma dell'art. 4 St. Lav.: un nuovo bilanciamento d'interessi fra elementi di novità e tratti di continuità – 7. La persistenza del divieto assoluto e le nuove procedure autorizzatorie – 8. Gli strumenti di lavoro e la portata derogatoria dell'art. 4, c. 2 St. Lav.: ricostruzione di una nozione in divenire – 9. Gli strumenti di rilevamento degli accessi e delle presenze – 10. Le condizioni di utilizzabilità dei dati acquisiti: adeguata informazione ed espresso richiamo al D. Lgs. 196/2003 – 11. Inosservanza della procedura autorizzatoria e profili di antisindacalità della condotta datoriale – 12. La responsabilità penale del datore di lavoro nella disciplina dei controlli a distanza

### SEZIONE I

#### **1. Il datore nel rapporto di lavoro subordinato: poteri e limiti dell'eterodirezione**

Il diritto del lavoro e, in particolare, il rapporto di lavoro subordinato costituisce il terreno elettivo entro cui si manifesta con maggior vigore ed evidenza, all'interno del panorama delle relazioni contrattuali interpretativistiche, la tensione fra potere e diritto, in quanto esempio paradigmatico della tipologia dei contratti asimmetrici.

Nella dicotomia fra subordinazione ed autonomia, la cifra caratterizzante la prima delle predette declinazioni del rapporto lavoristico deve esser infatti ravvisata

nell'attribuzione in capo al datore di un tritico di poteri, tradizionalmente individuati nel potere direttivo, nel potere di controllo e, infine, nel potere disciplinare<sup>62</sup>. Tali poteri, complessivamente intesi, pongono il datore di lavoro in una posizione di peculiarità rispetto alle ordinarie relazioni e posizioni contrattuali note al diritto civile, in quanto gli attribuiscono delle prerogative che eccedono rispetto a quelle del comune contraente. Si è detto che tale triade di poteri costituisce il tratto distintivo della subordinazione in quanto nelle collaborazioni di lavoro autonomo difetta *ab origine*, in capo al committente, l'esistenza di simili facoltà, obbligandosi in tal caso il prestatore all'esecuzione di un'opera ovvero di un servizio, *rectius* di un risultato, rispetto al quale non può realizzarsi, se non altro in una dimensione fisiologica dell'esecuzione della collaborazione, alcuna forma di ingerenza del committente, se non in termini di verifica dell'esatta esecuzione al termine dell'opera stessa, da cui la distinzione fra obbligazione di mezzi ovvero di risultato secondo le tradizionali coordinate civilistiche.

Fra gli anzidetti poteri, il fondamento essenziale del lavoro subordinato deve esser identificato nel potere direttivo, rispetto al quale il potere di controllo e quello disciplinare svolgono una funzione ancillare ed ausiliaria, costituendo una conseguenza giuridica della facoltà di conformare, gestire ed organizzare l'impresa. Oltretutto, l'esercizio del potere direttivo distingue il contratto di lavoro dagli altri contratti previsti dal Codice civile nei quali il contenuto e l'oggetto dell'obbligazione/prestazione vengono definiti dalle parti al momento della conclusione del contratto stesso. Diversamente, nel caso del contratto di lavoro subordinato il datore di lavoro è legittimato ad indicare di volta in volta le modalità

---

<sup>62</sup> Vale tuttavia precisare come non sia possibile individuare un unico criterio che sia di per sé sufficiente ad identificare la sussistenza di un vincolo di subordinazione, essendo stati elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza diversi indici sussidiari, quali: l'inserimento del prestatore all'interno dell'organizzazione produttiva, l'oggetto della prestazione di lavoro quale obbligazione di mezzi ovvero obbligazione di risultato, l'assunzione o meno del rischio, l'osservanza di un orario di lavoro, la disponibilità di pc o di altre dotazioni aziendali, la cadenza della corresponsione del compenso, la misura fissa o variabile del compenso stesso, il possesso o meno di un *badge* o di altri strumenti per accedere ai locali aziendali, l'onere di comunicare preventivamente la fruizione di un periodo di ferie sottostando a tal proposito all'autorizzazione datoriale etc..

di svolgimento della prestazione, onde coordinarla con le esigenze organizzative imprenditoriali, ferma restando tuttavia la necessità di rendere edotto il dipendente, sin dalla sua assunzione, delle mansioni a cui lo stesso è preposto, della sua qualifica e livello d'inquadramento contrattuale.

La prevalenza in termini concettuali ed operativi del potere direttivo rispetto a quello di controllo ed a quello disciplinare emerge anche da un'esegesi dell'art. 2094 c.c. con il quale il legislatore ha inteso fornire una definizione del lavoratore subordinato, identificandolo in colui che «si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore». Il tratto significativo della norma codicistica è stato nel tempo individuato unanimemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza nella parte finale della disposizione, ove vengono evocati i concetti di “dipendenza” e di “direzione”, rispetto alle cui nozioni si sono sviluppate diverse tesi, le une volte a differenziarne il significato semantico e le altre ad accentuare il carattere d'endiadi delle sopracitate espressioni<sup>63</sup>.

L'accento, a ben vedere, sin da un'analisi testuale della norma, viene posto non già sulle caratteristiche del contratto, bensì sulle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa. La giurisprudenza, infatti, individua il contenuto fondamentale della definizione di subordinazione e la chiave per la produzione dei

---

<sup>63</sup> BALLESTRERO M.V. – DE SIMONE G., *Diritto del lavoro*, II Ed., Giappichelli Editore, Torino, 2015, pag. 96 ss., individuano l'elemento qualificante nella nozione di subordinazione giuridica, ovvero di etero-direzione, quale assoggettamento del lavoratore al potere del datore di disporre secondo le mutevoli esigenze di tempo e luogo e di determinarne le concrete modalità di esecuzione. In senso analogo anche ROCCELLA M., *Manuale di diritto del lavoro: mercato del lavoro e rapporti di lavoro*, V Ed., Giappichelli Editore, Torino, 2013, pag. 44 ss., ritiene che la nozione giuridica di lavoro subordinato non presupponga necessariamente la dipendenza economica, la quale è un «concetto labile, un criterio sociologico». L'Autore ritiene che rispetto alla fattispecie del lavoro subordinato il rapporto dei concetti di dipendenza e subordinazione «può essere considerato analogo a quello che corre fra sostanza ed accidente (...) l'elemento della qualificazione del tipo contrattuale va identificato nella dipendenza (...) e non nell'eterodirezione, che meriterebbe essere collocata più propriamente sul piano degli effetti (...) conseguenti ad una qualificazione già operata». In senso critico rispetto all'impostazione di endiadi SANTORO PASSARELLI G., *Il lavoro subordinato. L'identificazione della fattispecie*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), Utet, 2014, pag. 17 ss., secondo cui si tratta di due concetti diversi anche se collegati.

suoi effetti nell'obbligo del lavoratore di svolgere la propria attività collaborando con continuità all'interno dell'organizzazione imprenditoriale, in una posizione gerarchicamente sottoposta rispetto al datore, del quale deve rispettare pedissequamente le direttive in ordine al tempo, al luogo e alle modalità di esecuzione dell'attività. Suo diretto corollario è il potere del datore di dirigere la prestazione e di utilizzarla secondo le esigenze dell'impresa, anche alla luce del disposto dell'art. 2086 c.c. secondo cui l'imprenditore/datore di lavoro è posto al vertice dell'impresa, in funzione gerarchicamente sovraordinata<sup>64</sup>. In altri termini, nel potere direttivo convivono sia un'accezione dinamica – tale per cui il datore ha facoltà di organizzare la propria impresa e il proprio personale dipendente, fornendo specifiche direttive in ordine alle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa –, sia un'accezione statica – espressione della posizione di superiorità gerarchica del datore rispetto al lavoratore subordinato –.

Attorno alla nozione di subordinazione, poi, alla luce dei due lemmi “dipendenza” e “direzione” enunciati nell'art. 2094 c.c., si sono sviluppate in seno alla dottrina due differenti ricostruzioni<sup>65</sup>. Secondo una prima opzione ermeneutica la subordinazione rappresenta una nozione socio-economica, in virtù della quale essa identificherebbe la condizione di inferiorità e di dipendenza economica della persona del prestatore rispetto al proprio datore. Gli elementi della fattispecie che andrebbero a supportare tale interpretazione si colgono dalla realtà sociale e vengono rinvenuti nell'alienità del dipendente rispetto ai mezzi di produzione e al risultato della prestazione, nonché nella sua situazione di complessiva debolezza economica e nell'inerenza dell'attività lavorativa al ciclo produttivo dell'impresa. Tale ricostruzione mira dunque ad adattare i dati normativi e giuridici ai profili della realtà fattuale, valorizzando la condizione in cui si trova il lavoratore subordinato.

---

<sup>64</sup> Per un'analisi della posizione giuridica del datore si rimanda a VOZA R., *La tutela del contraente forte nel diritto del lavoro*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2015, n. 1, III, pag. 13 ss..

<sup>65</sup> Per un approfondimento circa le due tesi sopra esposte si rinvia al commento all'art. 2094 in AMOROSO G. – DI CERBO V. – MARESCA A., *Diritto del Lavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, Vol. I, IV Ed., pag. 751 ss..



Tuttavia, anche alla luce della finalità anzidetta, va da sé l'inadeguatezza di tale tesi o, quanto meno, l'incapacità di tale impostazione di fungere da criterio discrezionale della subordinazione, valendo, al più, come indice sintomatico e sussidiario ma non come elemento dirimente. Deve essere infatti precisato come la debolezza sociale ed economica del lavoratore dipendente, per quanto costituisca un dato comune, forse addirittura notorio, non si presti ad essere elevata a criterio giuridico, non trovando un proprio fondamento in alcuna norma del Codice civile ovvero di altra legge speciale. Sembra infatti doversi inquadrare tale criterio entro una dimensione extragiuridica.

Inoltre, come sottolineato da autorevole dottrina, vi sono rapporti di lavoro i quali, seppur non abbiano natura subordinata, si caratterizzano anch'essi per la situazione di dipendenza economica del prestatore, come accade di sovente nell'ipotesi di collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409 c.p.c.<sup>66</sup>.

Infine, tale tesi presuppone l'utilizzo del metodo tipologico e non già del metodo sussuntivo<sup>67</sup> il quale ultimo, essendo maggiormente rigoroso, presenta un maggior grado di affidabilità. In particolare, la subordinazione intesa come dipendenza socio-economica valorizza, ai fini della qualificazione del rapporto di

---

<sup>66</sup> *Ex multis*, fra i commenti più recenti in dottrina, si vedano, a titolo esemplificativo e non esaustivo, ICHINO P., *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2017, n. 4, I, pag. 525 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in *RIDL*, 2017, n. 3, I, pag. 369 ss.; PERULLI A., *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *RIDL*, 2017, n. 2, I, pag. 173 ss.; GOGLIETTINO G.P., *Jobs Act: i limiti del lavoro autonomo parasubordinato e le plausibili azioni risolutive*, in *DRI*, 2016, n. 2, pag. 431 ss.; BRONZINI G., *Il punto su il futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell'era della share-economy*, in *RIDL*, 2016, n. 1, III, pag. 75 ss..

<sup>67</sup> Il metodo sussuntivo, c.d. anche metodo sillogistico, si basa sul confronto fra la fattispecie concreta e quella astratta e presuppone, ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come subordinato, la sussistenza nel caso concreto di tutti gli elementi costitutivi previsti dal tipo legale cristallizzato all'art. 2094 c.c. Diversamente, il metodo tipologico è basato su di un giudizio di approssimazione (o prevalenza) e prende come metro di riferimento il tipo normativo e non già legale, onde garantire un maggior adattamento della disciplina normativa alla realtà fattuale e sociale, con la conseguenza che in tal caso permeano nella valutazione giuridica della qualificazione del rapporto anche elementi extragiuridici ovvero di tipo socio-economico che esorbitano dalla fattispecie legale di cui all'art. 2094 c.c.. Tale metodo consiste in un esame circa la somiglianza della fattispecie concreta rispetto al tipo normativo ricavabile dalla fattispecie astratta.

lavoro, il tipo normativo e non già la fattispecie legale, conducendo ad un'ipotetica, ma non remota, eccessiva estensione della nozione stessa.

Una seconda tesi, invece, configura la subordinazione come un dato tecnico-funzionale, collegato eminentemente all'esecuzione dell'attività lavorativa e scevro da valutazioni circa le condizioni sociali del lavoratore. In tale prospettiva, assume assoluta rilevanza l'elemento dell'eterodirezione, che consta nell'inserimento della prestazione lavorativa all'interno dell'organizzazione imprenditoriale e nell'assoggettamento del prestatore al potere direttivo, di controllo e disciplinare del datore.

A ciascuna delle sopra esposte declinazioni del concetto di subordinazione corrisponde, poi, un diverso significato semantico della "dipendenza", in un caso assunta come dipendenza economica e nell'altro come direzione spazio-temporale della prestazione lavorativa.

Il concetto di direzione, invece, starebbe ad indicare il potere del datore di lavoro di determinare, al momento di costituzione del rapporto, e di modificare successivamente, nel corso dello stesso ed altresì in via unilaterale, le modalità di esecuzione della prestazione (subordinazione tecnica) al fine di assicurare che quest'ultima sia idonea a soddisfare il suo interesse imprenditoriale (subordinazione funzionale)<sup>68</sup>.

Se la ricostruzione dei concetti di "dipendenza" e di "eterodirezione" sopra esposti non trova riscontri unanimi in seno alla dottrina, è altrettanto indubbia la mancanza di un esplicito riferimento, all'interno dell'art. 2094 c.c., sia al potere di controllo sia al potere disciplinare tradizionalmente sussistenti in capo al datore di lavoro. Il fondamento giuridico del potere datoriale di controllare l'esatta ed integrale esecuzione della prestazione lavorativa, al pari del potere di sanzionarne sul piano disciplinare eventuali inadempimenti e/o omissioni, può tuttavia esser

---

<sup>68</sup> SANTORO PASSARELLI G., *Il lavoro subordinato. L'identificazione della fattispecie*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), Utet, 2014, pag. 18.

comunque rinvenuto nella predetta norma codicistica, ovvero trovare la propria fonte normativa nella posizione gerarchicamente sovraordinata che l'ordinamento attribuisce alla figura del datore (art. 2086 c.c.).

Fra i tre poteri attribuiti al datore di lavoro nell'esercizio delle proprie prerogative imprenditoriali di gestione del personale deve essere ravvisata una relazione di presupposizione logica e giuridica, in quanto l'esercizio del potere di controllo è in tanto consentito in quanto il datore, nell'ambito del suo potere direttivo, abbia fornito al dipendente le dovute direttive ed indicazioni in ordine ai tempi ed alle modalità di esecuzione della prestazione. Dunque, l'effettivo e concreto esercizio del potere di controllo presuppone l'esistenza e l'effettività del potere gerarchico-direttivo. A sua volta, poi, il potere di controllo costituisce il presupposto logico e giuridico affinché il datore possa sanzionare disciplinarmente eventuali mancanze imputabili al proprio dipendente di cui lo stesso abbia avuto contezza per il tramite degli strumenti (legittimi) che l'ordinamento gli attribuisce, pur sempre nel rispetto della dignità e della riservatezza dei lavoratori.

L'anima, dunque, della disposizione codicistica sopra richiamata deve esser ravvisata nel potere organizzativo-direttivo, il quale permea intrinsecamente il diritto del lavoro<sup>69</sup> assurgendo, in una visione dinamica, a strumento attraverso cui il datore, nella sua posizione gerarchicamente sovraordinata, può organizzare l'impresa e le risorse umane.

Nel potere direttivo viene efficacemente sintetizzata la relazione asimmetrica che si instaura fra datore e dipendente nella fattispecie del lavoro subordinato, consentendo al primo di organizzare e gestire la propria realtà imprenditoriale nell'ottica della flessibilità correlata alle esigenze aziendali.

Trovando fondamento nell'art. 41 Cost., esso esprime il fattore dell'eterodirezione intesa come subordinazione tecnico-funzionale del dipendente, il quale

---

<sup>69</sup> Secondo PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, in *I poteri del datore di lavoro nell'impresa, Atti del convegno di studi*, Venezia 12 aprile 2002, ZILIO GRANDI G. (a cura di), Cedam, Padova, 2002, pag. 9 ss., «il diritto del lavoro rappresenta l'*habitat* naturale del potere direttivo».

svolge la propria prestazione secondo le direttive altrui, con mezzi altrui e realizzando un'opera rispetto alla cui titolarità esso è alieno. Riflettendo in ordine alla fonte ed ai limiti del potere direttivo, si comprende come quest'ultimo trovi il proprio fondamento giuridico non solo nella legge, bensì anche nel contratto individuale di lavoro ove vengono cristallizzate le reciproche obbligazioni delle parti. Tuttavia, il potere direttivo è altresì mediato dal contratto, in quanto questo ne funge anche da limite. Addirittura, può sostenersi che il potere direttivo in taluni casi vada oltre il contratto, come accade nell'ipotesi della somministrazione, ove il lavoratore, ancorché formalmente legato con il proprio datore nel vincolo sinallagmatico del contratto di lavoro, presta la propria attività alle dipendenze ed alle direttive dell'utilizzatore finale, in ragione delle sue specifiche esigenze di organizzazione dell'impresa e dei fattori produttivi.

Onde evitare, tuttavia, che l'esercizio delle prerogative imprenditoriali possa assumere una deriva lesiva dei diritti del lavoratore, l'ordinamento si è premurato di arginare i poteri datoriali individuando dei limiti esterni rispetto alla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost..

Fra questi vi sono, in primo luogo, i diritti fondamentali della persona, la cui tutela non è tracciata tuttavia dal Codice civile, bensì direttamente dalla Costituzione e fra i quali vanno annoverati il diritto alla *privacy*, alla riservatezza, alla salute, alla dignità, all'uguaglianza etc..

Secondariamente, vengono identificati i limiti di carattere generale attinenti alla tipicità dei poteri imprenditoriali ed al conseguente controllo di causalità, nonché alla proporzionalità degli stessi. In particolare, i mezzi di cui dispone l'imprenditore per amministrare i fattori produttivi e le risorse umane sono tipizzati e come tali sorretti dunque da una causa che li giustifica e che ne permette *ex post* il controllo.

La proporzionalità, invece, esplicitamente codificata nell'art. 2106 c.c. in materia disciplinare, rappresenta un canone di ragionevolezza, imponendo *in primis* la necessaria sussistenza di un rapporto di adeguatezza fra il mezzo impiegato dal

datore ed il fine perseguito, nonché un giudizio di comparazione tra i contrapposti interessi sostanziali delle parti contrattuali.

Non da ultimo, vi sono poi i limiti specifici dettati con riferimento ai singoli istituti in cui i suddetti poteri si estrinsecano, quali per esempio in materia di modifica delle mansioni, della durata della prestazione lavorativa, di trasferimento, di risoluzione del rapporto di lavoro etc..

Tuttavia, soprattutto alla luce delle ultime riforme che hanno interessato il mercato del lavoro, talvolta ridisegnando gli equilibri di forza delle parti contrattuali, v'è da chiedersi se le guarentigie ed i limiti dettati dal legislatore fungano da effettivo presidio dei diritti dei lavoratori ovvero se l'ottica di bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco non si sia rovesciata, costruendo un sistema di «tutela del contraente forte»<sup>70</sup>.

## **2. Il potere di controllo datoriale: *ratio* e quadro normativo**

Lo Statuto dei Lavoratori è stata la prima fonte normativa a dettare esplicitamente una regolamentazione *ad hoc* in materia di potere di controllo datoriale. Mancava, infatti, nell'articolato del Codice civile, una disposizione che riconoscesse tale specifica prerogativa datoriale e ne circoscrivesse i limiti. Tale lacuna normativa appariva alquanto singolare considerato che, come sottolineato da autorevole dottrina, nel tessuto codicistico vi era, e vi è tuttora, un salto logico e giuridico fra il potere organizzativo e direttivo, che trova esplicita fonte nell'art. 2094 c.c., e il potere disciplinare riconducibile all'art. 2106 c.c.<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Seconda VOZA R., *La tutela del contraente forte nel diritto del lavoro*, cit., l'ordinamento giuslavoristico attuale, lungi dall'offrire effettive tutele al prestatore di lavoro, quale contraente debole, ha finito per irrobustire la posizione privilegiata del datore.

<sup>71</sup> Sottolineano il salto logico DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, D. Lgs. n. 21/2015)*, in *RIDL*, 2016, n. 1, I, pag. 77 ss.; FERRANTE V., *Controllo sui lavoratori difesa della loro dignità e potere disciplinare a quarant'anni dallo Statuto*, in *RIDL*, 2011, n. 1, II, pag. 73 ss..

Invero, a distanza di quasi trent'anni dall'entrata in vigore del Codice Civile, la necessità di un intervento normativo sul punto era stata avvertita da più parti, non già a fronte dell'esigenza di un'esplicita positivizzazione di un potere che doveva comunque ritenersi implicitamente esistente, in quanto presupposto giuridico per l'esercizio del potere disciplinare<sup>72</sup>, bensì con la finalità di individuarne appositi limiti onde evitarne una deriva illiberale e tutelare dunque i diritti fondamentali di libertà, dignità e riservatezza dei lavoratori. Stante la particolare natura del rapporto di lavoro, che richiede un diretto coinvolgimento della persona del lavoratore ed un suo assoggettamento alle direttive imprenditoriali nell'esecuzione della prestazione lavorativa, era infatti necessario impedire che la subordinazione, intesa come eterodirezione tecnico-funzionale, si traducesse in una soggezione personale del dipendente al datore.

Il potere di controllo, infatti, ove esercitato senza l'osservanza delle garanzie statutarie, fra le varie prerogative datoriali rappresenta forse quella maggiormente invasiva della sfera personale dei singoli dipendenti, ancor di più dell'imposizione delle modalità di esecuzione di luogo e di tempo che sintetizzano l'eterodirezione tecnica descritta al paragrafo precedente. Esso costituisce la declinazione sul piano giuslavoristico del potere previsto dal diritto privato in capo al creditore al fine di verificare l'operato del proprio debitore in materia obbligatoria, onde garantire il perseguimento del proprio interesse al soddisfacimento della propria pretesa creditoria.

Tuttavia, come di sovente accade nel rapporto di derivazione che permea il diritto del lavoro rispetto al diritto privato, anche in tal caso il primo si connota di peculiari tratti di specialità<sup>73</sup>. Se infatti al creditore viene generalmente riconosciuto

---

<sup>72</sup> DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, D. Lgs. n. 21/2015)*, cit., evidenzia la valenza del potere di controllo rispetto al potere disciplinare in termini di normale finalizzazione del primo nell'esercizio del secondo, rappresentando l'azione disciplinare non già un effetto necessario e sempre conseguente, ma pur sempre un esito probabile delle risultanze del controllo.

<sup>73</sup> In senso analogo può essere richiamato anche lo *ius variandi* di cui all'art. 2103 c.c., il quale consente al datore di lavoro di modificare unilateralmente le mansioni del proprio lavoratore, le quali

un potere di controllo esercitabile *ex post*, una volta che l'obbligazione è stata adempiuta, al datore di lavoro è attribuita la facoltà di un controllo *in itinere* nel corso dello svolgimento della prestazione lavorativa ed è proprio questa la dimensione entro cui si annidano i profili di maggiore criticità in termini di tutela della sfera di *privacy* e riservatezza dei singoli dipendenti. In altri termini, la specialità che assiste il rapporto contrattuale di lavoro sotto il profilo in esame, rispetto al generale panorama civilistico, è data dalla continua e costante soggezione del debitore al potere direttivo del creditore.

Le peculiari connotazioni che presenta il potere di controllo datoriale si giustificano, *in primis*, in ragione della subordinazione del prestatore fotografata dall'art. 2094 c.c.; in secondo luogo per il particolare coinvolgimento della persona del lavoratore nell'adempimento della sua obbligazione contrattuale; infine, per l'inserimento del lavoratore all'interno di un'organizzazione produttiva altrui, che ne comporta il necessario coordinamento con le altre unità che vi sono inserite e che vi collaborano.

Rispetto al potere direttivo, il potere di controllo svolge una funzione strumentale, in quanto consente al datore di verificare che le direttive e le istruzioni impartite in ordine al luogo, al tempo ed alle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa siano state rigorosamente rispettate dal prestatore e con la diligenza qualificata che gli compete ai sensi e per gli effetti dell'art. 2104 c.c..

Nell'inquadramento normativo del potere datoriale di controllo, agli artt. 2094 e 2014 c.c. fa poi da *pendant* l'art. 2086 c.c. che configura l'imprenditore quale vertice dell'organizzazione produttiva dal quale dipendono in funzione gerarchica tutti i suoi collaboratori, ivi compresi i dipendenti, rimarcando dunque i caratteri essenziali già tipizzati dalla prima delle norme codicistiche sopra citate. A ben vedere, dunque, pare doversi condividere l'impostazione dottrinale secondo cui

---

costituiscono l'oggetto dell'obbligazione principale contrattuale che sussiste in capo al dipendente. Diversamente, in ambito civilistico ogni modifica dell'oggetto del contratto deve avvenire sulla base del mutuo consenso delle parti.

il potere di controllo costituirebbe una conseguenza essenziale della causa tipica del contratto di lavoro, ponendosi lo stesso come manifestazione diretta e particolare del potere organizzativo e direttivo<sup>74</sup>.

Come sopra anticipato, la traduzione normativa dell'esigenza di tutelare i diritti fondamentali della personalità del prestatore in altrettanti limiti al potere di direzione e di controllo del datore si è realizzata tuttavia solamente con lo Statuto dei Lavoratori, il quale ancora oggi, nonostante le intervenute riforme degli ultimi anni, rappresenta la carta legislativa fondamentale nella disciplina dei rapporti fra datore e lavoratore. Lo Statuto dei lavoratori, infatti, rappresenta il primo sforzo legislativo per dare effettività alla tutela dei valori di libertà, riservatezza e dignità, nel tentativo di spersonalizzare il rapporto di lavoro e consentire dunque che l'esercizio del potere di controllo avvenga nei limiti di stretta obiettività della prestazione stessa.

Particolarmente persuasiva ed altrettanto espressiva degli intenti del legislatore che hanno condotto, in particolare, al confezionamento delle norme statutarie dedicate al potere di controllo datoriale è la Relazione del Ministro Brodolini al Disegno di Legge che è divenuto poi lo Statuto dei Lavoratori ove venne espressamente enunciato l'obiettivo di individuare i presupposti normativi per la creazione «di un clima di rispetto della dignità e della libertà umana nei luoghi di lavoro, riconducendo l'esercizio dei poteri direttivo e disciplinare dell'imprenditore nel loro giusto alveo e cioè in stretta finalizzazione allo svolgimento delle attività produttive»<sup>75</sup>. Il proposito era quello di eliminare i sistemi ed i meccanismi di vigilanza e di controllo disciplinare che eccedessero le obiettive esigenze produttive e, come tali, non fossero compatibili con i principi della

---

<sup>74</sup> ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU A. – MESSINEO F. – MENGONI L. (diretto da) e proseguito poi da SCHLESINGER P., Vol. II, Milano, 2003.

<sup>75</sup> Relazione del Ministro BRODOLINI G. al Disegno di Legge presentato nel giugno 1969 con il titolo «Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro». Il testo definitivo venne poi licenziato nel 1970 modificando parzialmente l'impianto normativo originario; motivo per cui i riferimenti normativi contenuti nella relazione e nel testo citato non corrispondono pienamente al testo entrato in vigore.



Costituzione e con i limiti dettati dall'art. 41 Cost. rispetto all'esercizio della libertà di iniziativa economica privata. Nello specifico, era convinzione del Ministro del Lavoro che un vero ed autentico clima di rispetto della libertà e dignità del lavoro non potesse aversi «se non potenziando adeguatamente lo strumento di rappresentanza e di autodifesa dei lavoratori, vale a dire del sindacato», pur denunciando sin da subito l'impossibilità legislativa di predeterminare «tutte le zone di possibile attrito tra le esigenze tecnico-produttive e quelle di salvaguardia dei lavori umani connesse allo svolgimento del lavoro».

Centrale, in particolare, è l'enunciazione espressa del divieto di utilizzazione di mezzi di controllo a distanza in ragione del «presupposto che la vigilanza sul lavoro, 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»<sup>76</sup>.

L'efficacia dei principi generali sottesi alla relazione ministeriale è stata peraltro evidente anche nei decenni successivi all'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori, come dimostrato dalla giurisprudenza di legittimità, la quale in molteplici arresti, nel tentativo di circoscrivere puntualmente le finalità dell'art. 4 St. Lav., ha sottolineato significativamente come la predetta norma facesse «parte di quella complessa normativa diretta a contenere in vario modo le manifestazioni

---

<sup>76</sup> Il ragionamento espresso con la sopra citata Relazione è stato ampiamente ripreso in dottrina, anche recentemente. Si vedano SALIMBENI M.T., *La riforma dell'articolo 4 dello statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *RIDL*, 2015, n. 4, I, pag. 589 ss.; ALVINO I., *L'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, in *DRI*, 2014, n. 4, pag. 999 ss.; FUSCO F., *Il pomo della discordia: il badge come strumento di controllo a distanza?*, in *RIDL*, 2011, n. 1, II, pag. 31 ss.; DOSSI G., *Controlli a distanza e legalità della prova: tra esigenze difensive del datore di lavoro e tutela della dignità del lavoratore*, in *DRI*, 2010, n. 4, pag. 1153 ss.; GALARDI R., *Il controllo sugli accessi ad internet al vaglio della Cassazione*, in *RIDL*, 2010, n. 3, II, pag. 564 ss.; ELISINO T., *Vigilanza sul lavoro, no al "software" che controlla il Pc del dipendente: "excursus" tra controlli a distanza consentiti e quelli vietati*, in *Dir. Giust. online*, 2010, pag. 180; ZOLI C., *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *RIDL*, 2009, n. 4, I, pag. 485 ss.; DEL CONTE M., *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, in *Dir. Informatica*, 2007, n. 3, pag. 497 ss..

del potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro che, per le modalità di attuazione incidenti nella sfera della persona, si ritengono lesive della dignità e della riservatezza del lavoratore»<sup>77</sup>, ribadendo la necessità di contenere l'esercizio della vigilanza sul lavoro entro canoni umani e ragionevoli.

---

<sup>77</sup> Così Cass. Civ., Sez. Lav., 17.7.2007, n. 15892.

In senso conforme si vedano Cass. Civ., Sez. Lav., 23.2.2010, n. 4375, Cass. Civ., Sez. Lav., 23.2.2012, n. 2722, Cass. Civ., Sez. Lav., 27.5.2015, n. 10955, Cass. Civ., Sez. Lav., 9.2.2016, n. 2351, Cass. Civ., Sez. Lav., 8.10.2016, n. 22662, Cass. Civ., Sez. Lav., 2.5.2017, n. 10636, Cass. Civ., Sez. Lav., 2.5.2017, n. 10637. Particolarmente interessanti, anche perché maggiormente recenti, sono le ultime due pronunce citate, ove la Cassazione ha analizzato in modo approfondito la medesima vicenda di cui era stata investita alla luce non solo della *ratio* della disciplina dei controlli a distanza così come enunciata nella Relazione del Ministro Brodolini, bensì anche del diritto vivente in materia di controlli difensivi e della normativa di cui all'art. 8 della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo. In particolare, si trattava di due licenziamenti disciplinari avvenuti in un punto vendita di un Ipermercato per il reiterato prelievo e utilizzo personale di prodotti del reparto dolciari dal magazzino. La condotta risultava comprovata dalle riprese di una telecamera installata nei locali ove si erano verificati i furti contestati, la quale riprendeva unicamente lo scaffale sul quale erano collocati i prodotti dolciari, le cui operazioni di movimentazione erano affidate agli addetti di agenzie esterne (cd. *merchandiser*) e non ai dipendenti dell'Ipermercato. Dal contratto stipulato con l'agenzia investigativa, si evinceva peraltro che l'Azienda aveva inteso individuare gli autori di comportamenti illeciti già verificatisi in precedenza. Sul piano del diritto in tali arresti la Corte ha ripercorso gli approdi giurisprudenziali in materia di controlli difensivi, precisando come gli stessi siano ammessi a condizione che il controllo difensivo (occulto) non assuma una portata tale da annullare ogni forma di garanzia della dignità e della riservatezza del lavoratore. Aggiunge dunque che possa ritenersi «che siffatta lettura del dato normativo considerato appaia rispettosa dell'opzione ermeneutica patrocinata anche in dottrina, secondo cui l'interpretazione della disposizione va ispirata ad un equo e ragionevole bilanciamento fra le disposizioni costituzionali che garantiscono il diritto alla dignità e libertà del lavoratore nell'esercizio delle sue prestazioni oltre al diritto del cittadino al rispetto della propria persona (artt. 1, 3, 35 e 38 Cost.), ed il libero esercizio della attività imprenditoriale (art. 41 Cost.), con l'ulteriore considerazione che non risponderebbe ad alcun criterio logico-sistematico garantire al lavoratore - in presenza di condotte illecite sanzionabili penalmente o con la sanzione espulsiva - una tutela alla sua "persona" maggiore di quella riconosciuta ai terzi estranei all'impresa». Nei casi di specie ha ritenuto dunque legittimi i licenziamenti disciplinari irrogati sulla base delle risultanze della telecamera ed all'esito di un controllo che si poneva al di fuori del campo di applicazione dell'art. 4 St. Lav., così motivando: la telecamera era installata nel locale magazzino dell'Ipermercato; le operazioni relative al magazzino non rientravano nell'ambito delle mansioni di competenza dei dipendenti, trattandosi di compiti affidati agli addetti di agenzie esterne; l'attività di controllo posta in essere non aveva avuto ad oggetto l'attività lavorativa ed il suo corretto adempimento ed era stata attuata «con modalità non eccessivamente invasive» ed ispirata alla necessità di tutelare il patrimonio aziendale. Per i richiami nella giurisprudenza di merito si rinvia a Tribunale di Roma, Sez. Lav., 24.3.2017 e Tribunale di Milano, Sez. Lav., 27.12.2012, n. 5137.

Parole, sia quelle della Relazione ministeriale<sup>78</sup> sia della pronuncia sopra riportata, che conservano tutt'oggi una certa vitalità, connotandosi di profili di lungimiranza, ma che rendono altresì in un certo qual modo evidente l'incapacità della norma statutaria di spiegare ancora una concreta rilevanza nella prassi dell'organizzazione produttiva, stante la radicale trasformazione ed incidenza che le tecnologie hanno ad oggi determinato nel mercato del lavoro<sup>79</sup>.

In altri termini, se già nel 1970 – all'atto dell'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori – l'uso delle tecnologie poteva determinare rilevanti incisioni delle sfere di riservatezza ed autonomia dei lavoratori, il rischio deve dirsi ora sensibilmente accresciuto.

A ben vedere, l'attenzione rivolta dal legislatore statutario in merito alla tematica del potere di controllo datoriale in senso lato inteso, e non dunque meramente circoscritto all'ipotesi del controllo a distanza, è stata particolare, avendovi dedicato diverse disposizioni normative, tutte ricomprese entro il Titolo I dello Statuto dei Lavoratori, rubricato, non a caso, «Della libertà e dignità dei lavoratori». Nello specifico, l'attenzione deve esser posta sugli artt. 2 – 6 St. Lav.,

---

<sup>78</sup>La relazione è stata richiamata, ancorché con minor frequenza, anche dalla giurisprudenza penale. In tal senso si vedano Cass. Pen, Sez. II, 25.11.2009, n. 47429 e Cass. Pen, Sez. III, 8.9.2016, n. 51897.

<sup>79</sup> TREU T., *A quarant'anni dallo statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2011, n. 1, I, pag. 7 ss., seppur sia consapevole del fatto che «lo Statuto dei lavoratori non è più la stessa legge emanata quarant'anni fa, tanto più che le trasformazioni intervenute nelle forme del lavoro e dell'impresa hanno eroso il campo di applicazione della normativa allora pensato per i lavoratori standard della grande fabbrica», evidenzia come esso contenga «principi, quelli del titolo I, che hanno impressi i tratti salienti della normativa costituzionale e traggono legittimazione dai valori che esprimono: libertà, dignità del lavoratore, eguaglianza e giustizia sociale. Sono principi sanciti nelle convenzioni internazionali, nelle carte dei diritti universali e in quella europea di recente approvata a Lisbona, principi «ai quali la modernità non sembra disposta a rinunciare» nonostante le pressioni delle tecnologie e della globalizzazione. Il valore di questi principi e delle norme statutarie non è solo evocativo, né solo storico. La prima parte della legge, il titolo I, costituisce ancora la piattaforma dei diritti fondamentali civili e sociali della persona, che lo statuto fece entrare dentro i cancelli della fabbrica. Non sono norme scontate come pensa qualcuno, ma ancora esposte al rischio di essere aggirate se non abrogate. Questa parte dello Statuto, ispirata all'impostazione garantistica e costituzionale risalente alla tradizione europea continentale, è servita a «costituzionalizzare» i poteri dell'imprenditore, rimuovendo le strutture di conduzione autoritaria allora prevalenti nell'industria italiana».

che vanno a regolamentare l'esercizio del potere di controllo sia nella fase pre-assuntiva sia nell'esecuzione del rapporto di lavoro, a cui si accompagna il successivo art. 8 St. Lav., il quale pone un argine generale al potere di controllo manifestato dal datore sotto forma di indagini sulle opinioni personali dei dipendenti<sup>80</sup>.

I limiti essenzialmente posti dal diritto del lavoro alla materia dei controlli datoriali si sono mossi in due direttive, per certi versi speculari. In primo luogo, sono stati orientati alla spersonalizzazione del rapporto di lavoro<sup>81</sup>, non tanto nel senso di non valorizzare la persona del dipendente nel luogo di lavoro, che all'opposto deve essere oggetto di tutela in quanto tale ambito costituisce formazione sociale ai sensi e per gli effetti dell'art. 2 Cost. – come riconosciuto anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Niemietz* con riferimento all'art. 8 CEDU<sup>82</sup> –, quanto di non esporre la persona e la sfera intima del lavoratore ad azioni e controlli datoriali non pertinenti rispetto all'ambito lavorativo. I controlli in tal senso debbono riguardare esclusivamente il momento tecnico-funzionale del rapporto, salvaguardando contestualmente – da qui la seconda prospettiva dei limiti di cui si discorre – la sfera valoriale della persona del lavoratore. Quasi fosse un gioco di parole e di specchi, la divisata spersonalizzazione del rapporto di lavoro è finalizzata alla tutela della persona del lavoratore nell'esecuzione del rapporto stesso.

---

<sup>80</sup> La finalità della norma è quella di garantire la riservatezza del lavoratore per il tramite del divieto in capo al datore di lavoro di effettuare indagini, ai fini dell'assunzione ovvero nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del dipendente o comunque su fatti non rilevanti ai fini della valutazione della sua attitudine e capacità professionale. Proprio per garantire la massima tutela del bene giuridico posto a fondamento della norma statutaria, la giurisprudenza appare orientata a vietare, e dunque sanzionare, qualsivoglia forma di indagine, anche indiretta, verificandone in particolare le potenzialità lesive.

<sup>81</sup> LEVI A., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, cit., pag. 13.

<sup>82</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 16.12.1992, *Niemietz c. Germania*, avente ad oggetto una perquisizione avvenuta in uno studio legale per la quale il libero professionista aveva invocato l'art. 8 Cedu nei confronti dello Stato. In tal caso la Corte ha affermato l'estensione dell'applicazione del diritto alla riservatezza previsto dall'art. 8 Cedu anche al luogo di lavoro, in quanto è in tale ambito che la maggioranza delle persone ha una significativa opportunità di sviluppare relazioni con altri soggetti e, più in generale, con il mondo esterno.

La prima delle anzidette norme è l'art. 2 St. Lav.<sup>83</sup>, il quale si premura di circoscrivere l'impiego delle guardie giurate nei luoghi di lavoro, prevenendo che il datore possa farne ricorso «soltanto per scopi di tutela del patrimonio aziendale» e non già per vigilare sull'attività lavorativa dei prestatori, non potendo contestare a quest'ultimi «azioni o fatti diversi da quelli che attengono alla tutela del patrimonio aziendale»<sup>84</sup> e non potendo nemmeno accedere ai locali aziendali ove la prestazione viene resa e mentre la stessa viene eseguita, se non eccezionalmente e per comprovate esigenze attinenti alle funzioni a cui sono preposte.

La *ratio* posta a fondamento della summenzionata previsione va ravvisata nell'intento del legislatore di impedire un controllo di carattere “poliziesco” ed evitare dunque che la prestazione lavorativa si svolga in un clima intimidatorio<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Così recita «1. Il datore di lavoro può impiegare le guardie particolari giurate, di cui agli articoli 133 e seguenti del testo unico approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, soltanto per scopi di tutela del patrimonio aziendale.

2. Le guardie giurate non possono contestare ai lavoratori azioni o fatti diversi da quelli che attengono alla tutela del patrimonio aziendale.

3. 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.

4. In caso di inosservanza da parte di una guardia particolare giurata delle disposizioni di cui al presente articolo, l'Ispettorato del lavoro ne promuove presso il questore la sospensione dal servizio, salvo il provvedimento di revoca della licenza da parte del prefetto nei casi più gravi».

<sup>84</sup> La dottrina evidenzia come la nozione di «patrimonio aziendale» sia più ampia di quella adoperata dall'art. 133 Testo Unico delle Leggi in materia di Pubblica Sicurezza (approvato con R.D. 18.6.1931, n. 773), il quale si riferisce ad un'attività di «vigilanza e custodia della proprietà». Con l'espressione patrimonio aziendale, invece, sarebbe consentito alle guardie giurate di esercitare compiti di vigilanza a tutela di tutti i beni aziendali, materiali ed immateriali, che si trovino nella disponibilità del datore di lavoro, a prescindere da un vincolo di proprietà fra l'Azienda e gli stessi. Si veda LAMBERTUCCI P., *I controlli del datore di lavoro e la tutela della privacy*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), Utet, 2014, pag. 797. Cfr. in tal senso anche il commento all'art. 2 St. Lav. in AMOROSO G.– DI CERBO V.– MARESCA A., *Diritto del Lavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, Vol. II, IV Ed., pag. 16, ove viene precisato che la latitudine semantica della predetta espressione, seppur sia tale da consentire la vigilanza su tutti i beni che rientrano nella disponibilità del datore anche a titolo diverso dal diritto di proprietà, comunque non si estende «al generico detrimento del profitto perseguito dal datore di lavoro».

<sup>85</sup> La sopracitata Relazione ministeriale così recitava: «la normativa concernente le guardie giurate elimina la pratica delle cosiddette “polizie private”, che hanno sollevato vive proteste nell'ambiente

La vigilanza, infatti, sul patrimonio aziendale può essere esercitata (anche, ma non solo)<sup>86</sup> dalle guardie giurate al fine di accertare possibili comportamenti illeciti, eventualmente anche commessi da soggetti terzi.

A ben vedere, il legislatore ha tuttavia inteso limitare l'utilizzo e le prerogative delle guardie giurate ponendo in capo a quest'ultime non solo il divieto di vigilare sull'esatto adempimento della prestazione lavorativa e dunque di contestare azioni e/o omissioni ultronee rispetto ad illeciti lesivi del patrimonio aziendale, alla cui tutela la loro attività di vigilanza è preposta, bensì anche di accedere ai locali aziendali ove viene resa l'attività lavorativa<sup>87</sup>. In particolare, con il secondo degli anzidetti divieti, circoscritto dal punto di vista cronologico alla durata della prestazione giornaliera del personale dipendente, il legislatore ha voluto evitare che le guardie giurate possano svolgere un controllo continuativo e particolarmente pervasivo, anche sul piano psicologico, rispetto all'esatto adempimento della prestazione lavorativa.

---

di lavoro, riconducendo l'uso delle guardie giurate ai compiti istituzionali di tutela del patrimonio aziendale».

<sup>86</sup> LAMBERTUCCI P., *I controlli del datore di lavoro e la tutela della privacy*, cit., richiama il consolidato orientamento della Cassazione secondo cui il datore può legittimamente adibire propri dipendenti, anche se privi della licenza di guardia giurata, per esercitare mansioni di vigilanza ai fini della tutela del patrimonio aziendale

<sup>87</sup> In ordine agli effetti dell'illegittimo impiego delle guardie giurate si veda il commento all'art. 2 St. Lav. contenuto in AMOROSO G. – DI CERBO V. – MARESCA A., *Diritto del Lavoro*, cit., pag. 19 ss., ove gli Autori sottolineano il carattere non unanime della ricostruzione giurisprudenziale sul punto, essendo emersa in taluni casi anche la tendenza a ritenere comunque utilizzabili come elementi di conoscenza le risultanze acquisite in violazione del disposto della norma statutaria. A parere di chi scrive, tuttavia, risulta condivisibile l'opinione degli Autori secondo cui in tali casi la guardia giurata commetterebbe addirittura un reato con la conseguenza che, ove si ammettesse l'utilizzabilità degli esiti di tali illegittimi controlli, si frustrerebbe la finalità di garanzia del bene giuridico tutelato che è il diritto del dipendente a non essere assoggettato da parte del datore di lavoro ad un controllo vessatorio e lesivo della sua dignità. Rispetto a tale postura, si pone come eccezione l'ipotesi in cui il controllo illegittimamente esercitato dalle guardie giurate abbia consentito di appurare la commissione di un reato da parte del lavoratore, giacché in tale caso è dovere della guardia, in qualità di incaricato di pubblico servizio, di denunciare il fatto, pena la commissione a sua volta del reato di omessa denuncia di cui all'art. 362 c.p.. LAMBERTUCCI P., *I controlli del datore di lavoro e la tutela della privacy*, cit., pag. 799, evidenzia come la violazione dell'art. 2 St. Lav. comporti l'irrogazione di una sanzione penale ex art. 38 St. Lav. in quanto configura un reato contravvenzionale di cui può essere destinatario sia il datore di lavoro sia la guardia giurata per quanto riguarda le prescrizioni contenute nei commi 2 e 3 della norma.

Invero, la portata applicativa di tale norma è stata oggetto di esegesi da parte della giurisprudenza, la quale è giunta ad ammettere la legittimità del compimento di controlli occulti, purché finalizzati alla tutela del patrimonio aziendale, addirittura anche da parte di società di investigazione privata. La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha infatti sviluppato un indirizzo, oramai costante, secondo cui l'art. 2 St. Lav. prevede unicamente il divieto per il datore di lavoro di adibire le guardie giurate alla vigilanza dell'attività lavorativa e il contestuale divieto per queste ultime di accedere nei locali dove tale attività viene svolta, nulla disponendo – e dunque nulla ostando – con riguardo alla verifica dell'attività lavorativa svolta al di fuori dei locali aziendali da parte di soggetti non inseriti nel normale ciclo produttivo, come accade per il tramite del ricorso ad investigatori privati<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Copiosa è la giurisprudenza sul punto. Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 31.3.2013, n. 24580, secondo cui «non può revocarsi in dubbio la legittimità dei controlli posti in essere dal datore di lavoro per il tramite degli addetti ad un'agenzia investigativa i quali, in maniera non invasiva e rispettosa delle garanzie di libertà e di dignità dei dipendenti, operando come normali clienti dell'autostrada e limitandosi a transitare al casello di essa, verifichino la regolarità del pagamento e l'eventuale appropriazione delle somme incassate in eccedenza da parte dell'addetto al servizio». Cass. Civ., Sez. Lav., 4.12.2014, n. 25674 la quale ha esaustivamente richiamato il «consolidato orientamento di questa Corte secondo il quale sono leciti i controlli del datore di lavoro a mezzo di agenzia investigativa in ordine agli illeciti del lavoratore che non riguardino il mero inadempimento della prestazione, ma incidano sul patrimonio aziendale (è stata richiamata in particolare la sentenza n. 18821/2008, resa in una fattispecie analoga). Recentemente questa Corte ha ribadito il principio con la decisione n. 4984/2014 affermando che va condivisa "la giurisprudenza di legittimità in ordine alla portata delle disposizioni (L. n. 300 del 1970, artt. 2 e 3), che delimitano - a tutela della libertà e dignità del lavoratore, in coerenza con disposizioni e principi costituzionali - la sfera di intervento di persone preposte dal datore di lavoro a difesa dei propri interessi - e cioè per scopi di tutela del patrimonio aziendale (art. 2) e di vigilanza dell'attività lavorativa (art. 3) -, ma non precludono il potere dell'imprenditore di ricorrere alla collaborazione di soggetti (quale, nella specie, un'agenzia investigativa) diversi dalla guardie particolari giurate per la tutela del patrimonio aziendale, né, rispettivamente, di controllare l'adempimento delle prestazioni lavorative e quindi di accertare mancanze specifiche dei dipendenti, ai sensi degli artt. 2086 e 2104 cod. civ., direttamente o mediante la propria organizzazione gerarchica. Ciò non esclude che il controllo delle guardie particolari giurate, o di un'agenzia investigativa, non possa riguardare, in nessun caso, né l'adempimento, né l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale del lavoratore di prestare la propria opera, essendo l'inadempimento stesso riconducibile, come l'adempimento, all'attività lavorativa, che è sottratta alla suddetta vigilanza, ma deve limitarsi agli atti illeciti del lavoratore non riconducibili al mero inadempimento dell'obbligazione (cfr., in tali termini, Cass. 7 giugno 2003, n. 9167). Tale principio è stato ribadito ulteriormente, affermandosi che le dette agenzie per operare lecitamente non devono sconfinare nella vigilanza dell'attività lavorativa vera e propria, riservata, dall'art. 3 dello Statuto, direttamente al datore di lavoro e ai suoi collaboratori, restando giustificato

Fatta salva, dunque, la riserva del caso eccezionale prevista dall'art. 2 St. Lav. per «specifiche e motivate esigenze» attinenti ai compiti di tutela del patrimonio aziendale, a finalità di vigilanza dell'attività lavorativa risponde invece il successivo art. 3 St. Lav.<sup>89</sup>, il quale subordina l'esercizio del predetto potere di controllo a due condizioni, l'una di carattere esplicito e l'altra, invece, ricavabile implicitamente alla luce del combinato disposto con il precedente art. 2 St. Lav..

Il primo requisito normativo impone al datore di indicare preventivamente a tutti i lavoratori i nominativi e le specifiche mansioni dei soggetti interni all'azienda preposti alla vigilanza. In tal caso, a differenza dell'art. 2 St. Lav., i soggetti attraverso cui il datore esercita il proprio controllo sono dipendenti dell'azienda assunti esclusivamente per svolgere funzioni di vigilanza sull'attività lavorativa dell'organico. L'altra condizione implicita costituisce una conseguenza del primo limite ed attiene, infatti, alla differente natura dei soggetti controllori, i quali non possono essere guardie giurate.

Cambia dunque la finalità sottesa al disposto normativo: qui è chiaro l'obiettivo di vietare i controlli occulti sull'adempimento della prestazione<sup>90</sup>.

---

l'intervento in questione non solo per l'avvenuta perpetrazione di illeciti e l'esigenza di verificarne il contenuto, ma anche in ragione del solo sospetto o della mera ipotesi che illeciti siano in corso di esecuzione (v. Cass. 14 febbraio 2011, n. 3590). Né a ciò ostano sia il principio di buona fede sia il divieto di cui all'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, ben potendo il datore di lavoro decidere autonomamente come e quando compiere il controllo, anche occulto, ed essendo il prestatore d'opera tenuto ad operare diligentemente per tutto il corso del rapporto di lavoro (cfr. Cass. 10 luglio 2009 n. 16196)». In senso conforme Cass. Civ., Sez. Lav., 22.5.2017, n. 12820; Cass. Civ. Sez. Lav., 14.2.2011, n. 3590; Cass. Civ. Sez. Lav., 18.11.2010, n. 23303; Cass. Civ., Sez. Lav., 10.7.2009, n. 16196.

<sup>89</sup> Così recita «I nominativi e le mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa debbono essere comunicati ai lavoratori interessati».

<sup>90</sup> L'art. 3 St. Lav. condivide con il successivo art. 4 la finalità di contrastare il controllo datoriale occulto. Si veda in tal senso il commento all'art. 3 St. Lav., in AMOROSO G. – DI CERBO V. – MARESCA A., *Diritto del Lavoro*, Vol. II, cit., pag. 27. ZOLI C., *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, cit., evidenzia come la Suprema Corte ritenga che l'art. 3 St. Lav. sia volto a garantire la pubblicità soltanto in ordine ai soggetti preposti alla vigilanza sull'attività lavorativa, ammettendo al contempo che i controlli possano essere svolti da tale personale anche occultamente. L'Autore, in critica, evidenzia come in questo modo emerga «la possibilità di una lesione della dignità del lavoratore: tuttavia, circa la fondatezza



Proprio per tal ragione in tal caso non viene posto alcun limite all'accesso ai locali aziendali ove viene svolta la prestazione, come invece viene prescritto nell'art. 2 St. Lav.. Specularmente, tuttavia, non è consentito l'accesso nei locali impiegati per fini diversi da quelli lavorativi (quali la mensa, i locali utilizzati per l'attività sindacale o per lo svago dei dipendenti) ovvero quando lo svolgimento della prestazione lavorativa risulti sospeso (per esempio durante le assemblee sindacali), proprio perché altrimenti l'attività di vigilanza verrebbe attuata per scopi differenti da quelli a cui è preposta ai sensi dell'art. 3 St. Lav.. Il disposto normativo non individua però in capo al personale di vigilanza particolari poteri né, per contro, particolari limiti, avendo tali soggetti la facoltà di controllare l'attività lavorativa dei dipendenti con funzione ricognitiva, all'esito della quale fornire al datore di lavoro elementi valutativi, così come contestare eventuali azioni e/o omissioni ai dipendenti.

Al di là dell'ambito di operatività dell'art. 3 St. Lav., la giurisprudenza di legittimità ammette che il controllo sull'attività lavorativa possa essere esercitato anche dai superiori gerarchici, eventualmente anche in modo occulto ovvero senza averne preventivamente resi noti i nominativi ed indipendentemente, dunque, dalle modalità con le quali il controllo venga effettuato. A tale opzione, peraltro, secondo la ricostruzione offerta dalla Suprema Corte, non vi osterebbe nemmeno il principio di buona fede e correttezza, in quanto troverebbe fondamento direttamente nel combinato disposto degli artt. 2086 e 2104 c.c. che conferiscono in capo al datore di lavoro il potere di verificare, in modo diretto o indiretto, l'adempimento della prestazione lavorativa ovvero eventuali mancanze specifiche<sup>91</sup>.

---

della tesi dell'inesistenza di un generico divieto di controllo occulto è lecito dubitare, pena l'aggiramento dell'intero sistema delle tutele del titolo I dello statuto dei lavoratori».

<sup>91</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 10.7.2009, n. 16196 secondo cui «le norme poste dalla L. 20 maggio 1970, n. 300, artt. 2 e 3 a tutela della libertà e dignità del lavoratore, delimitano la sfera di intervento di persone preposte dal datore di lavoro a difesa dei suoi interessi con specifiche attribuzioni nell'ambito dell'azienda (rispettivamente con poteri di polizia giudiziaria e di controllo della prestazione lavorativa) ma non escludono il potere dell'imprenditore ai sensi degli artt. 2086 e 2104 c.c. di controllare direttamente o mediante la propria organizzazione gerarchica o anche attraverso personale esterno - costituito in ipotesi da dipendenti di una agenzia investigativa - l'adempimento

Inoltre, gli artt. 2 e 3 St. Lav., come più volte sottolineato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sono tesi a limitare esclusivamente le modalità di controllo imprenditoriale sul corretto svolgimento della prestazione, *rectius* l'adempimento delle obbligazioni contrattuali poste in capo al dipendente. Diversamente, come verrà approfondito *infra*, al datore viene riconosciuto un margine di libertà e discrezionalità maggiore ove intenda accertare il compimento di illeciti commessi dai propri dipendenti diversi dal mero inadempimento, i quali minano valori e posizioni giuridiche che prescindono dall'interesse creditizio volto all'assolvimento della prestazione lavorativa.

Tuttavia, il cuore della disciplina in materia di potere di controllo è stato tradizionalmente identificato nell'art. 4 St. Lav., il quale sin dall'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori ha suscitato un interesse ed un dibattito maggiori rispetto a quelli di cui gli artt. 2 e 3 sono stati fonte. Interesse che è tornato con ancor più forza all'attenzione degli operatori del diritto, da ultimo, con la riforma operata alla predetta norma da parte dell'art. 23 D. Lgs. 151/2015.

## SEZIONE II

### **3. I controlli a distanza sul lavoratore nel quadro anteriore al Jobs Act**

All'interno della tematica dei controlli datoriali e, in particolare, dei controlli a distanza, l'art. 4 St. Lav. ha assunto una particolare centralità in ragione del suo precipuo contenuto normativo, volto ad individuare gli oneri procedurali ed

---

delle prestazioni lavorative e quindi di accertare mancanze specifiche dei dipendenti già commesse o in corso di esecuzione, e ciò indipendentemente dalle modalità del controllo, che può avvenire anche occultamente senza che vi ostino né il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione dei rapporti né il divieto di cui alla stessa L. n. 300 del 1970, art. 4 riferito esclusivamente all'uso di apparecchiature per il controllo a distanza (Cass. sez. lav., 12.6.2002 n. 8388; Cass. sez. lav., 5.5.2000 n. 5629; Cass. sez. lav., 17.10.1998 n. 10313)».

i limiti sostanziali a cui l'installazione di «impianti audiovisivi ed altre apparecchiature» doveva essere assoggettata onde evitare che da tale operazione potesse derivare un controllo continuativo ed anelastico e, come tale, particolarmente insidioso, sull'esecuzione della prestazione lavorativa del personale dipendente.

La finalità del precetto statutario era vietare il controllo da parte di uno strumento meccanico, il quale, potendo registrare poi i dati relativi anche allo svolgimento della prestazione lavorativa, avrebbe consentito un controllo minuzioso e a distanza. Una tale modalità di controllo avrebbe infatti minato lo spazio di riservatezza del lavoratore, captandone addirittura le c.d. licenze comportamentali.

Bene giuridico oggetto di tutela era – ed è tuttora nell'attuale versione della norma novellata con il Jobs Act – la dignità umana del lavoratore, con ciò evidenziando il nesso causale fra l'art. 4 St. Lav. e l'art. 41, c. 2 Cost. che individua, quali limiti all'esercizio della libertà di iniziativa economica privata, il rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana. Va da sé, tuttavia, che il contesto economico, sociale e produttivo entro cui la norma è originariamente sorta si caratterizzava per tratti distintivi assolutamente differenti rispetto alla realtà contemporanea<sup>92</sup>. Negli anni Settanta del secolo scorso, infatti, l'impiego del *computer* per lo svolgimento dell'attività lavorativa rappresentava un'ipotesi ancora remota e lontana. Nella realtà lavorativa quotidiana, invece, ciò che costituisce un'ipotesi eccezionale è, all'opposto, l'assenza di qualsivoglia tecnologia informatica per la realizzazione delle proprie mansioni, siano esse anche

---

<sup>92</sup> ALVINO I, *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, cit., sottolinea come le nuove tecnologie intervenute nell'ambito dell'organizzazione produttiva e del lavoro, quali il pc, *internet* e la posta elettronica, oggi necessarie per lo svolgimento dell'attività lavorativa, rappresentino «dei fattori di rischio per la dignità del lavoratore sconosciuti al legislatore storico», in quanto presentano «la fondamentale caratteristica di consentire la registrazione puntuale e continuativa dell'attività svolta dal lavoratore nel corso della giornata lavorativa, fornendo al datore di lavoro la possibilità, se adeguatamente interrogati, di acquisire, a posteriori, informazioni sul tempo di lavoro e non, sulla produttività del lavoratore, sull'eventuale uso improprio degli strumenti in questione».

di natura elementare e meramente operativa. Basti pensare all'impiego di strumenti palmari anche nelle operazioni di registrazione di avvenuta consegna nella spedizione della merce ovvero della posta. Oltretutto, agli albori dello Statuto dei Lavoratori le esigue tecnologie che potevano essere utilizzate nelle realtà produttive di maggiori dimensioni, non consentivano, come invece ora accade, di registrare ogni dato qualitativo e quantitativo della prestazione resa; permettevamo, al più, di registrare la continuità o meno di funzionamento di un macchinario, ovvero la durata ed il contenuto delle conversazioni telefoniche oppure la quantità di energia consumata. Strumentazioni ed informazioni, dunque, che non consentivano, nemmeno *in thesi*, un controllo effettivamente anelastico e pervasivo e non espongono il lavoratore a potenziali rilevanti violazioni della propria riservatezza.

A ben vedere, l'art. 4 St. Lav., già nella formulazione originaria, presentava delle caratteristiche ontologiche e teleologiche differenti rispetto al quadro normativo delineato dagli artt. 2 e 3 St. Lav., in quanto finalizzato a vietare non già il «controllo in presenza», bensì il controllo a distanza esercitato tramite strumentazioni informatiche e/o tecnologiche e non già per il tramite di guardie giurate ovvero personale di vigilanza o superiori gerarchici.

Al comma 1 veniva infatti posto il divieto d'utilizzare «impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori»<sup>93</sup> intendendo assicurare al lavoratore la possibilità, nonché il diritto, di svolgere serenamente le proprie mansioni, senza la pressione psicologica derivante dal timore, ovvero dalla consapevolezza, di essere soggetto ad un continuo controllo volto a rilevarne eventuali errori o mancanze.

---

<sup>93</sup> Tuttavia, secondo DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art 23 d. lgs. 151/2015)*, cit., vi era un «parallelismo di intenzioni» fra gli artt. 3 e 4 St. Lav., dal cui combinato disposto secondo l'Autore si evinceva che «il controllo è compatibile con il rispetto della dignità del lavoratore, ergo è lecito, quando è trasparente, non lo è quando è occulto». Si evidenzia sin d'ora, tuttavia, come tale affermazione non possa essere sostenuta in modo così generalizzato, non potendosi escludere *a priori*, come invece pare fare l'Autore, che un controllo, ancorché noto e conosciuto dal lavoratore, possa presentare potenzialità lesive della dignità dei dipendenti; ciò *a fortiori* nel contesto attuale, a fronte del pervasivo uso delle tecnologie.

L'espressione «a distanza» sottintende una duplicità semantica ed altresì una duplice funzionalità della predetta tipologia di vigilanza del datore. La distanza, infatti, doveva (e deve tuttora) essere intesa in senso temporale e spaziale. Sotto il primo profilo implica la possibilità, se non addirittura la fisiologia, di una crasi cronologica, di una scollatura, fra il momento in cui viene resa la prestazione lavorativa ed il (successivo) momento in cui viene esercitato il controllo per il tramite delle informazioni acquisite con gli impianti audiovisivi e le altre apparecchiature informatiche. Questo consente al datore di lavoro di scindere il momento di raccolta dei dati e quello di successiva visione e verifica, il quale, *in thesi*, potrebbe anche non realizzarsi. Tuttavia, si comprende agevolmente come tale circostanza conferisca al datore uno strumento particolarmente efficace, in quanto in tal maniera può registrare ogni segmento esecutivo della prestazione lavorativa, riservandosi di controllarne l'esattezza rispetto ai doveri contrattuali in un secondo momento, anche a distanza di tempo.

Ciò comporta, oltretutto, un'ulteriore criticità, connessa maggiormente con la disciplina del trattamento dei dati personali, attinente alla durata consentita di conservazione dei dati (eventualmente anche sensibili e personali) in tal modo raccolti.

Tuttavia, analizzando le immediate conseguenze in termini disciplinari che il controllo a distanza, inteso in senso cronologico, può comportare, v'è altresì da precisare come il dipendente non potrà ritenersi esposto ad eventuali censure datoriali a notevole distanza di tempo, in quanto a ciò vi osta il requisito di tempestività sia dell'avvio del procedimento disciplinare sia dell'irrogazione della sanzione stessa<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> Per completezza d'analisi, senza che la presente costituisca la sede per un approfondimento della questione, valga precisare come ad oggi il principio di tempestività della sanzione sia stato comunque circoscritto dalla giurisprudenza di legittimità. Sul punto si segnala, in primo luogo, il costante orientamento sviluppatosi in ordine all'interpretazione di tale principio in senso relativo, secondo cui «dovendosi tener conto della specifica natura dell'illecito disciplinare, nonché del tempo occorrente per l'espletamento delle indagini, tanto maggiore quanto più è complessa l'organizzazione aziendale, con l'ulteriore specificazione che la relativa valutazione del giudice di merito è

La locuzione «a distanza» implica poi un risvolto spaziale, in quanto, consentendo l'apparecchiatura informatica di porre in essere un controllo remoto, quest'ultimo potrà essere esercitato, come nei fatti sempre accade, da un luogo diverso rispetto a quello in cui il lavoratore sta eseguendo la propria prestazione.

Si coglie dunque un'ulteriore differenza fra gli artt. 3 e 4 St. Lav., in quanto il primo si limita a dettare delle tutele di tipo soggettivo, imponendo la conoscibilità delle persone dei controllori, senza tuttavia regolare le modalità del controllo. L'art. 4 St. Lav., invece, interviene sul *quando* e sul *quomodo* del controllo, introducendo limiti strumentali.

Analizzando il primo profilo, attinente al *quando* del controllo, emerge oltretutto un ulteriore tratto di diversità rispetto all'art. 3 St. Lav., presentando l'art. 4 St. Lav. un campo d'applicazione più ampio, estendendosi all'«attività dei lavoratori», la quale abbraccia un raggio semantico maggiore rispetto all'«attività

---

insindacabile in sede di legittimità se sorretta da motivazione adeguata e priva di vizi logici" (ex aliis, vedi, di recente, Cass. 25/1/2016 n.1248, Cass. 12/1/2016 n. 281). La definizione del concetto di immediatezza non può prescindere, poi, dal rilievo che il giudizio su di essa postula l'accertamento del tempo in cui il datore di lavoro sia venuto a conoscenza della riprovevole condotta del dipendente, di guisa che, come affermato da questa Corte in numerosi approdi (cfr. Cass. 26/11/2007 n.24584, Cass. 15/10/2007 n. 21546, Cass. 10/1/2008 n.282), il lasso temporale tra i fatti e la loro contestazione deve decorrere dall'avvenuta conoscenza da parte del datore di lavoro della situazione contestata e non dall'astratta percettibilità o conoscibilità dei fatti stessi, non potendosi ragionevolmente imputare al datore medesimo, legittimato all'esercizio del potere disciplinare a seguito dell'accertamento dei fatti addebitati al dipendente, la possibilità di conoscere questi fatti in precedenza e di contestarli immediatamente al lavoratore» (così Cass. Civ., Sez. Lav., 4.12.2017, n. 28974). Si richiama altresì la sentenza resa dalla Sezioni Unite n. 30985/2017 in merito alla configurazione del vizio di tardività del licenziamento disciplinare e all'individuazione delle tutele applicabili alla luce della rinnovata disciplina di cui all'art. 18 St. Lav., ove il regime indennitario è stato eletto quale tutela principe, con una conseguente e consapevole emarginazione delle ipotesi di reintegrazione sul posto di lavoro. Nella predetta sentenza le Sezioni Unite hanno statuito che l'accertamento di un ritardo notevole e non giustificato della contestazione dell'addebito posto a base del provvedimento di recesso comporta l'applicazione della sanzione dell'indennità prevista dall'art. 18, c. 5 St. Lav., ad eccezione del caso in cui venga violato il termine procedurale che il contratto collettivo specificamente prevede, applicandosi, in tal caso, la tutela indennitaria debole di cui all'art. 18, c. 6 St. Lav..

Alla luce di quanto sopra, a parere di chi scrive il dipendente, onde non veder lesa la propria sfera di riservatezza e non veder soprattutto risolto il suo rapporto di lavoro per motivi disciplinari, non potrà fare affidamento sul baluardo del principio di tempestività, in quanto trasponendo il principio di diritto di cui sopra, sarà ristorato dell'illegittimità del recesso datoriale solamente sul piano economico senza alcuna ricostituzione del rapporto di lavoro.

lavorativa» di cui si occupa la norma precedente. L'«attività dei lavoratori» ricomprende, infatti, non solo l'esecuzione della prestazione lavorativa, bensì tutte le azioni e/o i comportamenti tenuti dai lavoratori sul luogo di lavoro, posti in essere eventualmente anche in luoghi non strettamente dedicati all'attività lavorativa, come per esempio la zona mensa ovvero le zone *relax*, e nel corso delle pause dalla predetta attività, tradizionalmente identificati dalla dottrina con l'espressione «licenze comportamentali»<sup>95</sup><sup>96</sup>. Se infatti la finalità è quella di tutelare la dignità e la riservatezza del lavoratore, il controllo che si vuole regolamentare (ed altresì vietare) se esercitato a distanza, non può che avere un'ampia latitudine e comprendere l'intero contegno che il dipendente assume nel corso dell'orario di lavoro.

È proprio l'elemento della continuità ed assiduità del controllo che costituisce un'ulteriore cifra distintiva dei controlli a distanza rispetto a quelli in presenza. Quest'ultimi, infatti, sono tendenzialmente contenuti entro un certo arco temporale ed in ogni caso non è di per sé sufficiente un loro esercizio in modo costante per poterli considerare automaticamente illegittimi. Affinché un controllo in presenza possa essere qualificato come illegittimo è necessario un *quid pluris*, ossia che il controllo assuma tratti di vessatorietà o di discriminatorietà. Diversamente, il controllo diretto dell'attività lavorativa esercitato a distanza è intrinsecamente illegittimo, non solo perché potenzialmente continuativo nella

---

<sup>95</sup> CARINCI M.T., *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 48-49, trae la palese dichiarazione della duplice *ratio* della disposizione dal fatto che i limiti introdotti dalla norma si dirigessero (e si dirigono tuttora) al controllo sull'attività dei lavoratori. Secondo l'Autrice il divieto assoluto di controllo a distanza circa l'adempimento della prestazione mirava a mantenerlo entro la "dimensione umana" di controllo dell'uomo sull'uomo. Il divieto di controllo del comportamento personale del lavoratore (le cd. licenze comportamentali) mirava invece ad escludere dal potere di controllo tutti gli aspetti strettamente personali del dipendente che esulavano dall'esecuzione della prestazione lavorativa.

<sup>96</sup> Diversamente per PISANI C., *I controlli a distanza sui lavoratori*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, pag. 127 ss., il controllo sull'adempimento della prestazione sarebbe estraneo alla fattispecie regolata e da ritenere sempre ammesso in quanto presupposto implicito nella logica contrattuale. Secondo l'Autore l'art. 4 St. Lav. riguarderebbe esclusivamente le c.d. licenze comportamentali sopra richiamate.

maggior parte delle ipotesi, bensì perché esercitato da un'apparecchiatura tecnica sull'uomo.

Ove si volesse delineare con un maggior grado di approfondimento e precisione la disciplina del potere di controllo datoriale e dei relativi limiti, oltre alle richiamate disposizioni, sarebbe opportuno invocare altresì la normativa in materia di salute e sicurezza e, in particolare, l'art. 2087 c.c., che all'interno del Codice civile funge da norma perno e qualificante, nonché l'Allegato XXXIV del D. Lgs. 81/2008 (Testo Unico) in ordine all'uso dei videoterminali per lo svolgimento della prestazione lavorativa.

L'art. 2087 c.c. impone all'imprenditore di adottare tutte le misure che «secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica» siano necessarie a «tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro», evidenziando, dunque, lo stretto legame fra la sfera morale e psichica del lavoratore e la materia di salute e sicurezza. Con riguardo invece alla disciplina antinfortunistica, il legislatore si è premurato di vietare, a tutela dei videoterminalisti, l'impiego di qualsiasi dispositivo quantitativo e qualitativo occulto<sup>97</sup>, a dimostrazione della centralità e della trasversalità dei valori del benessere e della personalità e dignità umana che devono essere appieno garantiti nel luogo di lavoro.

Accanto al divieto generale di cui al comma 1, l'art. 4 St. Lav. ammetteva tuttavia l'installazione di impianti ed apparecchiature dai quali potesse derivare indirettamente un controllo a distanza dei lavoratori laddove l'impiego di tali strumenti fosse stato motivato da «esigenze organizzative e produttive ovvero dalla

---

<sup>97</sup> Al punto 3, rubricato «Interfaccia elaboratore/uomo», di cui all'Allegato XXXIV del T.U. in materia di salute e sicurezza sul posto di lavoro, è previsto che all'atto dell'elaborazione, della scelta e dell'acquisto del *software* il datore non solo deve essere orientato in ragione delle mansioni precipuamente svolte e del livello di conoscenza e professionalità del dipendente, ma non può nemmeno installare «nessun dispositivo di controllo quantitativo o qualitativo (...) all'insaputa dei lavoratori».



sicurezza del lavoro». In tali casi tuttavia, oltre al vincolo finalistico/causale, l'installazione degli impianti audiovisivi *et similia* era subordinata all'espletamento di una procedura di autorizzazione sindacale, essendo richiesto un accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, o in loro mancanza, con le commissioni interne. Solo in caso di mancato accordo<sup>98</sup>, il datore poteva rivolgersi alla Direzione Territoriale del Lavoro per ottenere l'autorizzazione all'installazione. In tal caso, tuttavia, la Direzione Territoriale del Lavoro, ove lo avesse ritenuto necessario, poteva dettare indicazioni in ordine alle modalità d'uso di tali impianti, limitando dunque le prerogative imprenditoriali.

A parere di chi scrive, seppur nel silenzio della legge, nell'ipotesi di imprese con dimensioni occupazionali inferiori ai quindici dipendenti, il datore di lavoro avrebbe dovuto necessariamente rivolgersi in via diretta alla Direzione Territoriale del Lavoro, stante l'assenza, in tali casi, delle rappresentanze sindacali aziendali, in virtù di quanto disposto dall'art. 35, c. 1 St. Lav. che subordina l'applicabilità di

---

<sup>98</sup> *Contra* MISCIONE M., *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, in *LG*, 2013, n. 8-9, pag. 761 ss., il quale pare sostenere che le due procedure fossero alternative, con la conseguenza che un datore poco disposto a trattare con i sindacati avrebbe potuto ricorrere direttamente alla procedura autorizzatoria amministrativa. Tuttavia, tale interpretazione non sembra condivisibile in quanto contrasterebbe con la *ratio* normativa, consentendo a ciascun datore di *bypassare* il filtro sindacale.

Nel senso invece più fedele al disposto normativo, tale per cui il ricorso alla procedura amministrativa poteva avvenire solo in via subordinata, si veda LEVI A., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, cit., pag. 37, il quale instaura a tal proposito un parallelismo sia con la procedura di cui all'art. 6 St. Lav. in materia di visite personali di controllo sia con la procedura di mobilità prevista dall'art. 4 L. 223/1991. L'art. 6, c. 3 St. Lav. dispone infatti che il datore possa concordare con le rappresentanze sindacali le modalità con cui effettuare le visite personali di controllo, ferma restando l'osservanza dei requisiti di cui al comma 2 della norma (secondo cui possono essere svolte solo ove indispensabili ai fini della tutela del patrimonio aziendale, in relazione alla qualità degli strumenti di lavoro o delle materie prime o dei prodotti, e comunque a condizione che siano eseguite all'uscita dei luoghi di lavoro, che siano salvaguardate la dignità e la riservatezza del lavoratore e che avvengano con l'applicazione di sistemi di selezione automatica riferiti alla collettività o a gruppi di lavoratori). In mancanza di accordo con le rappresentanze sindacali il datore di lavoro poteva rivolgersi alla Direzione Territoriale del Lavoro.

Con riguardo invece alla procedura di mobilità *ex* art. 4 L. 223/1991, la stessa risulta scandita da una prima fase di natura sindacale e da una seconda di carattere amministrativo, avviata solo nel caso in cui il datore non abbia raggiunto con le Organizzazioni Sindacali un accordo in ordine al numero dei dipendenti da licenziare ed ai criteri di scelta.

tutto l'apparato normativo di cui al Titolo III dello Statuto dei Lavoratori al raggiungimento di detta soglia d'organico.

Tale fattispecie è stata tradizionalmente identificata dalla dottrina e dalla giurisprudenza sotto il cono d'ombra dei c.d. controlli preterintenzionali, ove l'accezione della preterintenzionalità non implicava un'indagine dell'elemento psicologico soggettivo del datore<sup>99</sup> secondo i canoni di cui all'art. 43 c.p.<sup>100</sup>, bensì veniva intesa in modo oggettivo come controllo indiretto della prestazione lavorativa, occasionato dall'installazione di impianti giustificati da altre finalità aziendali<sup>101</sup>. La preterintenzionalità indicava appunto il fatto che il controllo della prestazione lavorativa non rappresentava lo scopo immediato perseguito dal datore, bensì un effetto meramente indiretto e mediato<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> In senso critico rispetto a questa definizione si veda DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art 23 d. lgs. 151/2015)*, cit., secondo cui non vi è mai stato un concetto così fuorviante. L'Autore, stigmatizzando in modo ironico e provocatorio gli effetti di tale ricostruzione nominalistica operata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sostenendo che «anche a trattarsi dal sorridere di fronte all'evocazione di un datore di lavoro che controlla i lavoratori al di là delle proprie intenzioni», evidenzia in particolare come, per coerenza, avrebbe dovuto essere richiesta un'indagine sull'elemento soggettivo del datore, della quale «non si è mai materializzata neppure l'ombra nelle aule giudiziarie».

<sup>100</sup> Secondo cui il delitto «è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente».

<sup>101</sup> Sul punto DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art 23 d. lgs. 151/2015)*, cit., richiama il concetto di “giustificato motivo” quale comune tecnica limitativa dei poteri datoriali, la quale però non interferisce con l'intenzione ovvero la finalità perseguita dall'autore dell'atto.

<sup>102</sup> Uno dei primi casi in cui la giurisprudenza si è occupata dei controlli preterintenzionali ha riguardato la vicenda *Kienzle*: si trattava di dischi installati dai dipendenti sulle macchine di lavorazione all'inizio della loro prestazione e collegati ad un registratore *Kienzle*, sui quali restavano impressi tracciati grafici differenti a seconda delle diverse fasi di funzionamento o di arresto automatico della macchina. Tale strumentazione consentiva dunque di valutare *ex post* l'efficienza degli operai, la tempestività dei loro interventi minuto per minuto, le pause eccessive di lavoro etc.. Sul punto si veda Cass. Civ., Sez. Lav., 18.2.1983, n. 1236 ove la Corte ha ritenuto che i predetti dischi collegati al registratore *Kienzle* rientrassero nel novero dei controlli preterintenzionali e nel cono d'ombra dell'art. 4, c. 2 St. Lav., precisando altresì come l'installazione in azienda, da parte del datore di lavoro, di impianti ed apparecchiature richiesti da esigenze produttive, dai quali potesse derivare anche una mera possibilità di controllo a distanza sull'attività lavorativa dei dipendenti, dovesse essere preceduta da un vero e proprio accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, non essendo sufficiente a legittimarne l'installazione né il fatto che le maestranze fossero a conoscenza dell'esistenza degli impianti potenzialmente idonei al controllo, né la circostanza che gli impianti stessi avessero funzionato per un determinato periodo di tempo senza contestazioni da parte dei lavoratori. Cfr. anche Pretura di Milano, 4.10.1988, in *NGL*, 1989, 436, secondo cui si concreta una violazione dell'art. 4 St. Lav. anche nel caso «dell'installazione - senza il preventivo accordo

In tali casi, tuttavia, le risultanze dei controlli e le prove di un eventuale inadempimento contrattuale del lavoratore non avrebbero potuto essere utilizzate in sede disciplinare, a dispetto invece della soluzione adottata ora dal legislatore della riforma che consente, purché siano rispettate le condizioni di cui ai commi 1 e 2, l'utilizzabilità delle informazioni raccolte a «tutti i fini connessi con il rapporto di lavoro», ferma restando la necessità dell'adeguata e preventiva informazione al dipendente e il rispetto della legislazione del Codice *privacy*.

Esaminando nel dettaglio l'ipotesi di cui all'art. 4, c. 2 St. Lav. *ante* riforma si evince chiaramente come il legislatore avesse inteso subordinare al rispetto di tre limiti l'installazione di strumenti ed altre apparecchiature dai quali potesse derivare un controllo a distanza sull'attività dei lavoratori, anche solamente in via diretta.

Un primo limite presentava carattere teleologico, in quanto i controlli preterintenzionali potevano essere occasionati solo ove l'installazione fosse

---

con le r.s.a. o con la commissione interna, oppure in subordine, senza le prescrizioni dell'ispettorato del lavoro - di un centralino telefonico automatico (Alcatel 2506/MI) atto a rilevare e a registrare, tramite una stampante, tutta una serie di dati, quali il numero dell'apparecchio interno chiamante, il numero dell'utente esterno, la data, l'ora ed il minuto di inizio, la durata ed il numero degli scatti di ogni singola conversazione, e con possibilità di inclusione diretta in linea; nonché l'installazione dei "terminali macchine Kienzle" in grado di stampare schede che consentano, tra l'altro, di determinare l'operatore, il tipo o i tipi di lavorazione, la data, l'ora e il minuto di inizio dell'attività lavorativa, la quantità ed i ritmi di produzione, i tempi di sosta e la tipologia delle cause di sosta».

Si veda anche Pretura di Milano, 5.12.1984, secondo cui costituiva controllo preterintenzionale quello esercitato per il tramite di un programma operante su un elaboratore elettronico e utilizzato in modo da riportare su un tabulato, con cadenza settimanale, il codice di identificazione del singolo addetto al videoterminale unitamente ad una serie numerosa di altri dati che riguardavano il funzionamento dell'elaboratore e che consentivano, ove letti in uno con altre informazioni provenienti dalla stessa o da altra fonte e se interpretati alla luce di parametri esterni, statistici e di esperienza, di ottenere un quadro estremamente analitico dei tempi e delle modalità di svolgimento della prestazione dei dipendenti che utilizzavano l'elaboratore. Addirittura, più recentemente, è stato ascritto entro il perimetro dei controlli preterintenzionali anche l'uso del *badge* magnetico (cfr. Trib. Napoli, 29.9.2010, con nota di FUSCO F., *Il pomo della discordia: il badge come strumento di controllo a distanza?*, cit.). Sempre in merito al *badge* si veda Cass. Civ., Sez. Lav., 17.7.2007, n. 15892 (già citata), ove, incrociando i dati raccolti dal *badge* di accesso al *garage* aziendale con quelli rilevati all'ingresso degli uffici, ma pur sempre registrati nel medesimo *server*, il datore aveva constatato che il dipendente non rispettava l'orario di lavoro. In tale occasione la Corte ha precisato che il controllo sull'attività lavorativa vietato riguarda non solo le modalità, ma anche il *quantum* della prestazione. Pertanto, in tal caso l'utilizzo del *badge*, consentendo una verifica del rispetto dell'orario di lavoro, doveva esser ricondotto entro l'art. 4, c. 2 St. Lav..

giustificata da talune finalità tipizzate dalla legge e, in particolare, da esigenze organizzative e produttive ovvero da esigenze legate alla sicurezza sul lavoro. Valga precisare, tuttavia, come tale requisito non costituisca un vincolo stringente in capo al datore in quanto, in ragione dell'ampiezza delle formule impiegate, ben potevano essere ricomprese nell'alveo del comma 2 diverse ipotesi eterogenee fra di loro<sup>103</sup>.

Un secondo limite, invece, come anticipato, imponeva l'esperimento di una procedura sindacale onde ottenere il consenso delle rappresentanze sindacali. Invero, il datore di lavoro, anche nella formulazione della norma previgente al Jobs Act, poteva ovviare alla mancata definizione di un accordo con le organizzazioni sindacali facendo istanza d'autorizzazione alla Direzione Territoriale del Lavoro. In capo al datore, infatti, doveva essere ravvisato un onere a trattare e non già a contrattare con le rappresentanze sindacali<sup>104</sup>.

Infine, vi era un terzo limite di carattere soggettivo, strettamente connesso al precedente, giacché l'intesa in ambito sindacale poteva essere raggiunta con le

---

<sup>103</sup> Proprio per l'ampiezza dell'espressione utilizzata vale operare un parallelo con le espressioni di cui all'art. 8 D.L. 138/2011, convertito in L. 148/2011 in materia di contratto di prossimità ove, con riferimento al vincolo d'oggetto, il legislatore ha ammesso la stipula di accordi collettivi decentrati (territoriali ovvero aziendali), con possibile deroga *in peius* delle previsioni dei contratti collettivi nazionali ovvero delle disposizioni legislative, per un'ampia serie di materie, quali «a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie;

b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale;

c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro;

d) alla disciplina dell'orario di lavoro;

e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento». Invero, sarebbe stata di per sé sufficiente l'espressione «disciplina del rapporto di lavoro» contenuta nella lett. e) per ricomprendere molti degli istituti ivi previsti.

<sup>104</sup> ZOLI C., *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, L. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, cit., evidenzia come il negoziato fosse necessario nell'*an* ma non nell'esito, «che può quindi essere favorevole anche senza il consenso di tutte le RSA, a condizione che quelle firmatarie siano espressione della maggioranza dei lavoratori».

rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, con le commissioni interne; veniva dunque esclusa, ancorché per taluni aspetti irragionevolmente, la legittimità di un accordo raggiunto dal datore con organi di coordinamento delle R.S.A. di varie unità produttive facenti capo alla medesima impresa<sup>105</sup> ovvero con le rappresentanze sindacali unitarie (R.S.U.)<sup>106</sup>.

In tal modo veniva attribuita alle rappresentanze sindacali aziendali una funzione di controllo preventivo ed esterno da esercitarsi in ordine all'*an*, in termini di verifica della sussistenza delle ragioni giustificatrici di cui al comma 2, ed in funzione di definizione, eventualmente, delle modalità di esercizio del potere di controllo in tal senso legittimato. La verifica rimessa istituzionalmente alle R.S.A. doveva esser compiuta preventivamente all'installazione delle apparecchiature, in quanto per il tenore della norma non poteva essere ammesso un consenso prestato dal sindacato successivamente, con funzione sanante *ex tunc*. Si è peraltro sostenuto come, oltre a tale potere di verifica e legittimazione, al sindacato competesse anche una facoltà successiva di ispezione dei locali aziendali, onde verificare che l'installazione della strumentazione e l'utilizzo della stessa fossero avvenuti in conformità di quanto concordato. Sul punto, però, può discutersi in ordine alla meritevolezza di tale tesi, per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, l'art. 4 St. Lav. non conteneva un esplicito riconoscimento di tale potere. Inoltre, l'eventuale difformità dell'impiego delle apparecchiature oggetto dell'accordo sindacale avrebbe potuto essere rilevata anche dai lavoratori stessi; dunque, non vi era necessità di un intervento *ad hoc* delle rappresentanze sindacali. Va da sé, tuttavia, come si sarebbe potuto obiettare che i singoli lavoratori con forte difficoltà si sarebbero fatti portatori della denuncia di una violazione dell'accordo raggiunto, in ragione del timore reverenziale nei confronti del datore.

---

<sup>105</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 16.9.1997, n. 9211, secondo cui, stante la tassatività dei soggetti indicati dall'art. 4, c. 2 St. Lav., non è ammissibile il raggiungimento di un accordo con organismi sindacali diversi da quelli indicati nella norma, evidenziando addirittura in tale fattispecie i connotati di una condotta antisindacale reprimibile con l'azione di cui all'art. 28 St. Lav..

<sup>106</sup> MISCIONE M., *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, cit..

In ogni caso, l'accordo concluso con le R.S.A. doveva intendersi a tutti gli effetti, sul piano della forma e dell'efficacia soggettiva e temporale, un contratto collettivo di livello aziendale e non già un atto unilaterale autorizzatorio. Conseguentemente, al pari di qualsivoglia altro contratto collettivo aziendale, anche l'accordo di cui all'art. 4, c. 2 St. Lav. avrebbe vincolato tutti i lavoratori dell'impresa, anche qualora per ipotesi lo stesso non fosse stato sottoscritto da uno dei sindacati presenti in Azienda.

Secondo parte della dottrina l'art. 4 St. Lav. nella versione anteriore alla riforma del Jobs Act non poneva un rapporto di regola ed eccezione derogatoria fra i commi 1 e 2<sup>107</sup>, in quanto ciascuna disposizione era volta, piuttosto, a regolamentare due fattispecie autonome. Addirittura, vi era chi nella previsione del comma 2 ravvisava una conferma del divieto del controllo a distanza, giacché comunque, nell'ammettere l'installazione di strumenti ed apparecchiature dettati da esigenze organizzative e produttive ovvero di sicurezza sul lavoro, ribadiva altresì come in nessun caso il comportamento del lavoratore potesse essere direttamente oggetto di un controllo effettuato a distanza<sup>108</sup>. Pertanto, nemmeno il controllo preterintenzionale giustificato da una delle causali tipizzate *ex lege* poteva esimere dal verificare se l'installazione delle apparecchiature audiovisive *et similia* non fosse stata, in concreto, finalizzata ad un controllo sulla prestazione lavorativa vietato dal comma 1. Vi era dunque, già allora, un'attenzione nell'appurare e nell'evitare che l'utilizzo dell'art. 4, c. 2 St. Lav. costituisse un'occasione e motivo di elusione del comma 1 della medesima norma<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> *Contra* LEVI A., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, cit., pagg. 26-27, ravvisa invece un'eccezione di ordine oggettivo al principio generale espresso nel comma 1.

<sup>108</sup> Si rinvia a CARINCI M.T., *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, cit., pag. 45 ss..

<sup>109</sup> LAMBERTUCCI P., *Potere di controllo del datore e tutela della riservatezza del lavoratore*, cit.; PADOVANI T., *Il controllo a distanza dell'attività lavorativa svolto mediante elaboratori elettronici*, in *RIDL*, 1985, n. 2, pag. 252 ss..

La capacità di resistenza dell'art. 4 St. Lav. per oltre quarant'anni, nonostante l'avvento di nuovi strumenti di lavoro e altresì delle nuove forme tecnologiche, la si deve all'ampia formulazione impiegata da legislatore statutario. L'espressione «impianti audiovisivi ed altre apparecchiature» è stata infatti ricostruita dalla dottrina e dalla giurisprudenza in senso ampio, ricomprendendovi, come vietati, tutti gli strumenti in grado di acquisire e captare informazioni in merito all'attività dei dipendenti<sup>110</sup>, consentendo la ricostruzione, eventualmente anche in forma indiretta, delle modalità di svolgimento della prestazione. Negli ultimi anni, tuttavia, anticipando le riflessioni che hanno condotto poi nel 2015 alla novella della norma statutaria, si è sviluppato in seno alla dottrina un dibattito attorno alla ricostruzione del termine «apparecchiatura di controllo» non essendo chiaro, dal tenore della norma, se entro tale nozione si dovessero far rientrare anche strumenti tecnologici divenuti oramai di comune impiego, quali il *computer* e la posta elettronica, dai quali comunque sarebbe potuto derivare un controllo della prestazione lavorativa dei dipendenti. Come si comprende agevolmente, si trattava di un'operazione esegetica di assoluta rilevanza in quanto l'opzione per l'una ovvero per l'altra tesi avrebbe determinato la subordinazione o l'estraneità del loro utilizzo al rispetto dei limiti previsti dall'art. 4 St. Lav.<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> LEVI A., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, cit., pag. 11, ritiene che in tale espressione fosse possibile ricomprendere ogni modalità di controllo tecnologico. In senso critico si veda ALVINO I., *L'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, cit., il quale pone l'attenzione sul fatto che sia necessario comprendere esattamente, ancor prima della riforma, il perimetro semantico dell'espressione «apparecchiatura», poiché se si dovesse ritenere che la stessa comprenda anche lo strumento tecnologico in quanto tale, allora significherebbe imporre al datore di lavoro di avviare la procedura autorizzatoria anche per l'installazione di ogni singolo *computer* o per l'attivazione degli indirizzi di posta elettronica. A ben vedere, le criticità sollevate dall'Autore sono state in parte superate con la novella dell'art. 4 St. Lav. ed in particolare con la previsione del comma 2 che esonera il datore di lavoro dalla procedura di cui al comma 1 con riferimento agli strumenti di lavoro. Va da sé, tuttavia, che le difficoltà insiste nella ricostruzione del significato semantico della parola «apparecchiature» ora si siano in realtà spostate investendo la nozione di «strumenti di lavoro». A parere di chi scrive le criticità non sono state del tutto obliterate, essendone cambiato piuttosto l'oggetto ed il baricentro.

<sup>111</sup> Per un primo approfondimento della tematica si veda ALVINO I., *L'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, cit., il quale, dopo aver evidenziato le intrinseche contraddizioni di ambedue le tesi rispetto alla finalità sottesa all'art. 4 St. Lav., proponeva di distinguere il *computer* dai sistemi operativi che ne governano il funzionamento, da

Secondo un primo filone le tecnologie informatiche non avrebbero potuto essere incluse nell'ambito di applicazione dell'art. 4 St. Lav. trattandosi di strumentazioni prive di una diretta finalità di controllo, essendo piuttosto funzionali allo svolgimento della prestazione lavorativa. Motivo per cui l'installazione del *computer* ovvero l'attivazione di un *account* di posta elettronica non sarebbero stati soggetti né al divieto di cui al comma 1 della norma statutaria né alla procedura autorizzatoria di cui al successivo comma 2, destinati ad operare solamente per apparecchiature intrinsecamente e fisiologicamente preposte per il controllo sulla prestazione lavorativa<sup>112</sup>.

Secondo una diversa tesi, invece, che peraltro è prevalsa nella vigenza della precedente formulazione della norma statutaria, la nozione di apparecchiatura di controllo doveva intendersi in senso ampio, ricomprendendovi ogni strumento ovvero parte di esso che presentasse capacità di controllo dell'attività lavorativa, non potendosi escludere dal perimetro applicativo della norma statutaria, a detta di tale postura, nemmeno gli strumenti di lavoro in quanto tali<sup>113</sup>.

Ciò che appare singolare è che fosse minoritaria proprio la tesi che conteneva già in sé gli embrioni di quella che si è tradotta poi in una delle principali novità della riforma dell'art. 4 St. Lav., essendo ora espressamente previsto che per

---

un lato, e i sistemi applicativi, dall'altro lato, riconoscendo che i primi debbano essere esclusi dal campo di applicazione della norma statutaria, a differenza invece dei sistemi applicativi che hanno la funzione di consentire l'acquisizione di dati personali dei dipendenti, i quali devono essere assoggettati ai limiti legislativi.

<sup>112</sup> ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., pag. 234; GRAGNOLI E., *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli Editore, Torino, 1996, pag. 159 ss.; PISANI C., *Il computer e lo Statuto dei Lavoratori*, in DE LUCA TAMAJO R. – IMPERIALI D'AFFLITTO R. – PISANI C. – ROMEI R. (a cura di), *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza del lavoratore*, Franco Angeli Editore, Milano, 1988, pag. 434.

<sup>113</sup> Secondo CARINCI M.T., *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, cit., era corretto il rifiuto opposto dalla giurisprudenza rispetto all'accoglimento della tesi, in quanto «seppur sorretta dall'intento comprensibile di adeguare il sistema all'avvento delle nuove tecnologie, "alleggerendo" la burocrazia relativamente all'impiego di quei dispositivi tecnologici ormai imprescindibili ed assolutamente comuni nell'attuale sistema produttivo – non poteva essere condivisa perché avrebbe comportato non solo l'eliminazione del vincolo procedurale (...) ma, soprattutto, un sostanziale superamento di tutti i limiti previsti dalla norma statutaria a garanzia dei diritti del lavoratore».



gli strumenti di lavoro il datore sia esonerato dallo svolgimento della procedura sindacale e/o amministrativa di autorizzazione, come appare ragionevole che sia. A parere di chi scrive, diversamente opinando e portando alle estreme conseguenze la tesi che era invece risultata maggioritaria *ante* Jobs Act, si sarebbero introdotti a livello normativo degli elementi ostativi alla funzionalità dell'organizzazione produttiva.

A ben vedere, anche alla luce della ricostruzione semantica delle espressioni impiegate nella norma statutaria nei termini sopra esposti, l'art. 4 St. Lav. fondava il divieto del controllo a distanza dell'attività dei lavoratori su una nozione teleologicamente determinata e strutturalmente aperta<sup>114</sup>. In altri termini, l'oggetto del divieto veniva circoscritto in funzione della finalità a cui il controllo era preposto ed in ragione della sua potenzialità lesiva.

La diffidenza mostrata dalla dottrina nei confronti delle potenzialità dei controlli a distanza disciplinati dall'art. 4 St. Lav. si spiega, invero, alla luce delle intrinseche criticità che inevitabilmente tale modalità di vigilanza comporta. Nel caso del controllo umano (dell'uomo nei confronti dell'uomo) vi sono sia una maggior garanzia di trasparenza sia la concreta impossibilità che tale controllo si trasformi in una vigilanza assidua ed anelastica, non essendo immaginabile che il datore di lavoro assuma un numero di controllori così elevato da poter controllare costantemente tutti i propri dipendenti<sup>115</sup>.

Diversamente, gli impianti audiovisivi o comunque le apparecchiature informatiche dalle quali può derivare un controllo a distanza presentano delle peculiarità che li rendono incompatibili con una stretta osservanza del principio di

---

<sup>114</sup> ZOLI C., *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, L. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *RIDL*, 2009, n. 4, pag. 485 ss..

<sup>115</sup> LEVIA., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, cit., pone l'accento sul fatto che «ciò che manca nel controllo a distanza è il confronto diretto, a livello personale, tra il controllore e il controllato, nel senso che viene meno quel contatto umano-relazionale che, tra l'altro, emerge trasversalmente in altre norme dello Statuto, come l'art. 3».

trasparenza, poiché, seppur il dipendente possa esser messo a conoscenza – come richiede peraltro oggi l’art. 4, c. 3 St. Lav. – dell’esistenza di uno strumento tecnologico che lo può monitorare, non ha poi effettiva contezza del fatto che l’eventualità astratta si traduca in un controllo concretamente realizzato, né tanto meno di quando tale controllo venga posto in essere. Si voleva dunque porre il divieto di assoggettare i lavoratori dipendenti ad un controllo meccanico che per sua natura è perdurante, continuativo e subdolo.

Nel caso del controllo umano, invece, così come disciplinato dall’art. 3 St. Lav., il controllo avviene su di un piano di concreta e trasparente percezione dell’assoggettamento alla vigilanza datoriale, eccezion fatta per le ipotesi degli investigatori privati, i quali, in quanto tali, hanno la finalità di accertare il comportamento di illeciti da parte dei lavoratori senza render nota la propria identità. Nel caso del controllo a distanza ovvero del controllo informatico il *quid* che può essere garantito in termini di trasparenza è limitato alla consapevolezza dell’eventualità della realizzazione di un controllo<sup>116</sup>. È evidente come la seconda tipologia di controllo analizzata (ossia il controllo tecnologico a distanza), esponendo il lavoratore alla consapevolezza di essere in ogni momento ed in ogni luogo potenzialmente controllato, senza tuttavia averne la concreta percezione e certezza, possa essere motivo di uno stato di maggior soggezione del lavoratore rispetto al potere di controllo datoriale.

Di fronte all’abuso del potere datoriale di controllo v’è stata parte della dottrina che ha peraltro evocato, come possibile, il ricorso a strumenti di autotutela individuale e, in particolare, all’eccezione di inadempimento civilistico di cui

---

<sup>116</sup> DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art 23 d. lgs. 151/2015)*, cit., distingue le due ipotesi ritenendo che nel caso dell’art. 3 St. Lav. il dipendente sa di essere controllato nel momento in cui è effettivamente controllato, mentre nel caso dell’art. 4 St. Lav. - secondo la previgente formulazione - il dipendente poteva al massimo aspirare di sapere che poteva capitare di essere controllato.

all'art. 1460 c.c.<sup>117</sup>, riprendendo, ancorché con una declinazione differente, l'esortazione contenuta nella Relazione ministeriale sopra citata. Invero, se nella predetta Relazione il Ministro Brodolini individuava nel sindacato il principale, se non unico, strumento di autotutela di fronte ad un eventuale abuso delle prerogative datoriali, tale filone dottrinale sposta il baricentro delle guarentigie dal piano collettivo a quello strettamente individuale, ipotizzando che il dipendente che si senta spiato in violazione dei limiti dettati dall'art 4 St. Lav. possa procedere ad autotutelarsi, seppur nel rispetto del patrimonio aziendale, oscurando una telecamera la cui installazione non sia stata autorizzata o, alla luce del nuovo modello statuario, non sia stata preceduta da un'adeguata informazione nei confronti del personale.

Tuttavia, a parere di scrive ed altresì di parte della dottrina che si è proposta essa stessa fautrice del richiamo all'art. 1460 c.c., il ricorso ai mezzi di autotutela individuale quale l'eccezione di inadempimento, seppur astrattamente sostenibile, risulta nei fatti concretamente non praticabile. Basti pensare alle effettive conseguenze a cui andrebbe incontro il lavoratore ove il suo rifiuto ovvero il suo atto di oscuramento della telecamera si rivelassero illegittimi. In tali casi l'esito più probabile, se non addirittura ineludibile, sarebbe il licenziamento disciplinare del dipendente in ragione dell'inosservanza dei generali doveri di obbedienza e diligenza.

È facile comprendere, dunque, come l'esperibilità dell'eccezione di inadempimento non possa fungere da effettivo deterrente rispetto ad un esercizio

---

<sup>117</sup> FERRANTE V., *Controllo sui lavoratori difesa della loro dignità e potere disciplinare a quarant'anni dallo Statuto*, cit., ne enfatizza particolarmente l'importanza, rilevando come l'art. 1460 c.c., prima della configurazione delle ipotesi di risoluzione unilaterale del contratto di lavoro operata con la L. 604/1966 e con l'art. 1456 c.c., rappresentasse «il principale strumento per garantire l'esatta esecuzione del contratto, collegando sinallagmaticamente le due contrapposte obbligazioni delle parti. E medesima funzione l'eccezione può ancora svolgere, proprio in relazione a vincoli contrattuali, che le parti non siano intenzionate, almeno in prima battuta, a risolvere. Il settore d'elezione della eccezione di inadempimento è costituito, peraltro, proprio dai diritti di dignità riconosciuti al lavoratore dello Statuto, poiché lo strumento di cui all'art. 1460 c.c. è il solo che possa assicurare una tutela immediata ed in forma specifica, là dove una restituzione appare impossibile».

del potere datoriale di controllo irrispettoso dei limiti statutari, anche perché in tali casi sarebbe rimessa al singolo lavoratore la valutazione circa l'osservanza o meno dei vincoli legislativamente imposti. Va da sé che tali considerazioni, in quanto intrinsecamente connesse con coordinate squisitamente giuridiche, scontano un inadeguato grado di soggettivismo e relativismo ove svolte dal singolo lavoratore, a maggior ragione in considerazione del fatto che quest'ultimo, salvi rari casi, non conoscerà nel dettaglio la legislazione vigente in materia. Dunque, si pone non già come remota l'eventualità che il rifiuto opposto dal dipendente o comunque il suo comportamento frapposto alle condotte datoriali all'esclusivo fine di tutelare la propria posizione giuridica si traduca in un contegno di per sé illegittimo.

Vi è poi da considerare che una tale postura interpretativa si scontrerebbe con i limiti dettati dalla giurisprudenza, quali, in primo luogo, una certa preferenza nel ricostruire il meccanismo del rifiuto di obbedire alle direttive datoriali e di sottomettersi altresì al suo potere di controllo evocando la categoria dell'atto datoriale nullo, ritenendo dunque che solo l'atto datoriale legittimo possa far sorgere in capo al dipendente l'obbligo di obbedienza.

In secondo luogo, in un ipotetico e successivo contenzioso intentato fra le parti del rapporto contrattuale di lavoro ed avente ad oggetto la condotta del dipendente, il giudizio in ordine alla legittimità di quest'ultima in termini di eccezione di inadempimento sarebbe pur sempre subordinato alla valutazione comparatistica degli interessi in gioco che la Cassazione impone in ipotesi applicative dell'art. 1460 c.c.. Secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte, infatti, «ove venga proposta dalla parte l'eccezione *inadimplenti non est adimplendum*, deve procedere ad una valutazione comparativa<sup>118</sup> degli opposti

---

<sup>118</sup> Secondo il tradizionale insegnamento della giurisprudenza di legittimità, oggetto della valutazione comparativa non sarebbero le sole obbligazioni principali dedotte in contratto, ma anche le obbligazioni cd. secondarie, cioè quelle obbligazioni che, pur non riferendosi alle prestazioni principali, assumono rilevanza essenziale per le parti sul piano sinallagmatico. Tra di esse assumono particolare rilievo le obbligazioni di collaborazione, informazione e protezione, il cui apprezzamento, ai sensi dell'art. 1455 c.c. va privilegiato qualora il loro inadempimento abbia determinato l'inadempimento della controparte (in questo senso, Cass. Civ., 16.1.1997, n. 387).

adempimenti avuto riguardo anche allo loro proporzionalità rispetto alla funzione economico - sociale del contratto e alla loro rispettiva incidenza sull'equilibrio sinallagmatico, sulle posizioni delle parti e sugli interessi delle stesse, per cui, qualora rilevi che l'inadempimento della parte nei cui confronti è opposta l'eccezione non è grave ovvero ha scarsa importanza, in relazione all'interesse dell'altra parte a norma dell'art. 1455 c.c., deve ritenersi che il rifiuto di quest'ultima di adempiere la propria obbligazione non sia in buona fede e, quindi, non sia giustificato ai sensi dell'art. 1460 c.c., comma 2»<sup>119</sup>.

Più cautelativa degli interessi del singolo lavoratore appare piuttosto la legittimazione a proporre un sindacato giudiziale circa la sussistenza di una delle finalità previste dalla norma per l'installazione delle strumentazioni meccaniche. Tale legittimazione attiva compete al dipendente anche laddove il datore abbia per ipotesi raggiunto un'intesa con le rappresentanze sindacali. Tuttavia, considerate le tempistiche normali dei giudizi civili, non può sottacersi il fatto che l'instaurazione di un contenzioso giudiziale non consentirebbe una tutela immediata rispetto agli interessi che il lavoratore assuma lesi. Pare possa in ogni caso fondatamente invocarsi, per superare quanto meno in parte le lungaggini processuali, la tutela d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., essendo in tali casi facilmente dimostrabile la sussistenza del *periculum in mora* e del *fumus bonis iuris* in forza dei quali ottenere dal Giudice del Lavoro una tutela immediata, onde, se non altro, ridurre temporalmente l'illegittimo esercizio del potere di controllo da parte del proprio datore.

Da ultimo, vi è anche da sottolineare come, in generale, la giurisprudenza non abbia assunto una posizione unanime in merito alla possibilità di ricorrere all'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. con riguardo a taluni istituti giuslavoristici, quali il trasferimento e il mutamento delle mansioni. Tuttavia, con riferimento all'ultimo degli istituti citati, si segnala come la posizione oramai

---

<sup>119</sup> Così Cass. Civ., Sez. Lav., 21.5.2015, n. 10468.

prevalente non avalli l'aprioristico rifiuto del dipendente di ottemperare alle direttive datoriali, anche laddove le stesse dovessero comportare l'adibizione a mansioni differenti e financo inferiori rispetto a quelle di formale assegnazione, ritenendo necessario, a tal fine, l'ottenimento di un accertamento giudiziale sul punto<sup>120</sup>.

Manca dunque un orientamento consolidato che possa fungere da parametro di riferimento per i lavoratori nell'orientare le proprie scelte. Pertanto, non potrà pretendersi un maggior grado di certezza circa l'operatività dell'art. 1460 c.c. proprio con riguardo alla tematica dei controlli tecnologici datoriali, in ragione dell'alone di incertezza che la connota già di per sé.

---

<sup>120</sup>Secondo il consolidato orientamento della Cassazione circa il rifiuto allo svolgimento di mansioni inferiori, «il lavoratore non può rendersi totalmente inadempiente alla prestazione sospendendo ogni attività lavorativa, ove il datore di lavoro assolva a tutti gli altri propri obblighi (pagamento della retribuzione, copertura previdenziale e assicurativa, assicurazione del posto di lavoro), potendo - una parte - rendersi totalmente inadempiente e invocare l'art. 1460 c.c. soltanto se è totalmente inadempiente l'altra parte. L'adibizione a mansioni non rispondenti alla qualifica rivestita può, difatti, consentire al lavoratore di richiedere giudizialmente la riconduzione della prestazione nell'ambito della qualifica di appartenenza, ma non lo autorizza a rifiutarsi aprioristicamente, e senza un eventuale avallo giudiziario che, peraltro, può essergli urgentemente accordato in via cautelare, di eseguire la prestazione lavorativa richiestagli, in quanto egli è tenuto ad osservare le disposizioni per l'esecuzione del lavoro impartito dall'imprenditore, ex artt. 2086 e 2104 c.c., da applicarsi alla stregua del principio sancito dall'art. 41 Cost. e può legittimamente invocare l'art. 1460 c.c., rendendosi inadempiente, solo in caso di totale inadempimento dell'altra parte (cfr. Cass. 29.1.2013, n. 2033; Cass. 20.7.2012 n. 12696; Cass. 19.12.2008 n. 29832, Cass. 5.12.2007 n. 25313). Nell'alveo di questo orientamento si pone altresì la recente decisione di questa Corte che ha ritenuto giustificato il rifiuto della prestazione lavorativa a fronte di un inadempimento datoriale complesso, ossia non esclusivamente consistente in una dequalificazione professionale ma altresì comportante una esposizione a responsabilità penale connessa allo svolgimento delle nuove mansioni (Cass. 19.7.2013, n. 17713). In linea più generale, con particolare riguardo al requisito della proporzionalità dei comportamenti nell'ambito del contratto a prestazioni corrispettive, questa Corte ha ritenuto il rifiuto della prestazione lavorativa una legittima forma di autotutela a fronte di un inadempimento datoriale che comprometta i beni personali del lavoratore (vita e salute), in violazione del dovere di protezione della persona del lavoratore, e che metta irrimediabilmente a rischio la sua incolumità (cfr. da ultimo Cass. 30/11/2016 n. 24459; Cass. 19/01/2016 n. 831; Cass. 07/05/2013 n. 10553)» (così Cass. Civ., Sez. Lav., 16.1.2018, n. 836). In tal caso la Cassazione, pur ritenendo astrattamente legittimo il rifiuto del lavoratore al compimento di mansioni inferiori e nonostante l'accertamento dell'avvenuto demansionamento, ha statuito l'illegittimità del rifiuto opposto in quanto violativo del principio di buona fede e correttezza e, come tale, concretizzante un'illegittima forma di autotutela.

#### 4. Aporie e malfunzionamento dell'impianto normativo dell'art. 4 St. Lav.

Una delle principali accuse mosse nei confronti del testo dell'art. 4 St. Lav. ante riforma era quella di obsolescenza, in ragione dell'incapacità della norma, emersa soprattutto negli ultimi dieci anni, di fungere da valida ed efficace fonte regolatrice. In altri termini, il disposto statutario, ancorché confermato nel 2003, all'atto dell'entrata in vigore del Codice della *privacy* (D. Lgs. 196/2003), iniziava a non reggere più il passo dell'informatizzazione del lavoro e del mondo produttivo cui si è assistiti nel nuovo millennio<sup>121</sup> e che ha reso sempre più labile ed impalpabile la linea di confine fra la nozione concettuale e pragmatica di strumento di controllo e quella di strumento di lavoro, essendo i primi non più identificabili meramente con le apparecchiature "esterne" alla prestazione lavorativa. *Computer, smartphone, tablet, internet* e posta elettronica, a dispetto di quanto fotografato dal legislatore del 1970, rivestono oggi un ruolo centrale nell'attuale contesto produttivo, ma costituiscono, al contempo, occasione e strumento per un controllo

---

<sup>121</sup> In tal senso MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 1; RICCI M., *La legislazione del lavoro fra flessibilità e occupazione*, relazione Giornate di Studio AIDLASS Napoli, 16 e 17 giugno 2016, in *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Annuario di diritto del lavoro n. 52, Giuffrè Editore, Milano, pag. 8, il quale ritiene paradigmatica la scelta del legislatore della riforma di conferire all'art. 4 St. Lav. un'intensa flessibilità gestionale per il tramite di un forte ridimensionamento della mediazione degli attori sindacali. Vedasi anche BALLETTI E., *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, relazione Giornate di Studio AIDLASS Napoli, 16 e 17 giugno 2016, in *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Annuario di diritto del lavoro n. 52, Giuffrè Editore, Milano, pag. 95 ss., il quale sottolinea l'eccessiva onerosità e l'anacronismo della normativa statutaria che, nel nome della tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori subordinati, «è andata strutturandosi in chiave vincolistica ed inderogabile rispetto all'esercizio dei poteri datoriali. Specie in considerazione dei (...) profondi mutamenti del contesto economico-produttivo ed occupazionale di riferimento, anche sulla scorta del sempre più incessante incedere delle innovazioni tecnologiche (...). Ove, oltre alla valutazione di eccessiva gravosità e di non conformità agli interessi delle imprese delle rigidità della normativa in parola, si aggiunge anche il rilievo, a distanza di oltre quarant'anni dall'emanazione dello Statuto dei lavoratori, dell'oggettiva difficoltà di riconduzione esaustiva della profondamente mutata realtà delle relazioni di lavoro». LEVI A., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, cit., pag. 91 sottolinea l'obsolescenza della norma ed il merito della giurisprudenza di averne nel tempo rimodellato il contenuto in relazione ai cambiamenti sociali, organizzativi e tecnici.

capillare e onnipervasivo dell'attività prestatoria del lavoratore. Difficile, dunque, è divenuta la distinzione fra quanto tecnologicamente possibile e quanto giuridicamente lecito.

Invero, l'obsolescenza tecnologica della norma statutaria andava a detrimento di entrambe le parti contrattuali, senza avvantaggiarne sistematicamente una in danno dell'altra. Le aporie e le ragioni di malfunzionamento creavano infatti delle inefficienze generali del sistema normativo nel suo complesso, complice, talvolta, secondo alcuna parte della dottrina, anche l'inerzia sindacale<sup>122</sup>. La norma stessa, infatti, come emerge da un'attenta analisi della dottrina sviluppatasi sul punto, presentava una doppia chiave di lettura, cui corrispondevano diversi punti di debolezza del testo normativo.

Secondo alcuni autori l'art. 4 St. Lav. non era più in grado di contrastare i potenziali controlli derivanti dalla rivoluzione tecnologica, che si mostravano più pervasivi ed insidiosi rispetto al passato perché intimamente connessi al fisiologico svolgimento dell'attività prestatoria.

Secondo altra postura di segno opposto la formulazione della norma statutaria era così ampia ed onnicomprensiva da attrarre nel proprio raggio d'operatività anche tipologie di controlli *in thesi* non invasive, derivanti dall'ordinario uso delle strumentazioni informatiche ai fini dell'esecuzione dell'attività lavorativa. In altri termini, secondo tale ottica, il precetto statutario risultava eccessivamente paralizzante per le imprese, in quanto precludeva o comunque condizionava i sistemi di produzione e di gestione del personale<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., pag. 2, secondo il quale i sindacati non si dolevano più di tanto del mancato avvio delle trattative da parte del datore di lavoro, preferendo addirittura tale eventualità onde evitare di essere coinvolti «in negoziati di non facile gestione e sindacalmente poco interessanti». Diversamente FERRANTE V., *Controllo sui lavoratori difesa della loro dignità e potere disciplinare a quarant'anni dallo Statuto*, cit., imputa alle imprese la causa della frequente mancata stipula di un accordo con i sindacati, preferendo le prime una situazione di «consapevole illegittimità» piuttosto che l'apertura di una trattativa inconcludente.

<sup>123</sup> Per un approfondimento delle posture interpretative sviluppatasi in ragione dell'ambiguità dell'art. 4 St. Lav. si rinvia a SALIMBENI M.T., *La riforma dell'articolo 4 dello statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *RIDL*, 2015, n. 4, pag. 589 ss..



A ben vedere, dunque, il tessuto legislativo di cui all'art. 4 St. Lav. costituiva, in primo luogo, un motivo d'ostacolo ad un'effettiva tutela in favore del lavoratore, il quale spesso si trovava di fronte a diffuse prassi datoriali di sistematico sviamento del disposto normativo o di esercizio del controllo datoriale in assenza del preventivo accordo sindacale, anche in ragione dell'intrinseca inidoneità della norma di realizzare una solida guarentigia alla riservatezza dei lavoratori. Dall'altro lato, l'art. 4 St. Lav. non era nemmeno in grado di garantire al datore di lavoro l'effettivo esercizio delle proprie prerogative datoriali al passo con i tempi e con l'evoluzione tecnologica, mostrando dunque l'inadeguatezza del quadro normativo.

Chi poteva eccezionalmente beneficiare delle contraddizioni di cui era foriera la norma statutaria era il singolo lavoratore colpevole di un illecito disciplinare, il quale poteva invocare l'inutilizzabilità dei dati raccolti quale motivo per la sua impunità.

In ogni caso, forse proprio tale ambiguità, *sub specie* di versatilità funzionale e precettiva, ha consentito la sopravvivenza della norma statutaria e il suo adattamento all'evoluzione dei paradigmi del mercato del lavoro, quanto meno sino a quando l'elasticità dell'art. 4 St. Lav. e l'ampiezza della clausole ivi impiegate hanno consentito di individuare un equilibrio fra i contrapposti interessi in gioco. Ciò è stato consentito, *in primis*, dalla natura di norma teleologicamente determinata – finalizzata a vietare i controlli sull'attività lavorativa – ma strutturalmente aperta. Tale dinamismo ha potuto perpetuarsi sino a quando l'evolversi dei modelli produttivi ed organizzativi non ne ha messo in crisi i presupposti, mostrandone le debolezze e le lacune, in ragione altresì di un mutato concetto di *privacy* e di una maggiore centralità acquisita dal controllo tecnologico datoriale rispetto al controllo fisico della persona.

Tali modelli hanno fatto emergere in modo centrifugo nuove esigenze di controllo dell'attività dei lavoratori prima inedite e, al contempo, una più stringente necessità, sul versante del lavoratore, di veder garantito uno spazio di riservatezza

intangibile da parte del datore di lavoro<sup>124</sup>. La suddetta esigenza datoriale è peraltro strettamente connessa ed alimentata dalla necessaria verifica dell'impiego, anche illecito, che il lavoratore fa delle attrezzature informatico-tecnologiche di cui lo stesso è dotato; esigenza rispetto alla quale il controllo tradizionale (non a distanza, bensì umano) risulterebbe inadatto, stante la tendenziale organizzazione della prestazione lavorativa informatizzata in base a processi.

La diffusione delle strumentazioni informatiche ha infatti determinato in capo al datore l'interesse di verificare, a fini della tutela del patrimonio aziendale, il corretto utilizzo che il dipendente fa delle attrezzature assegnate, potendo un impiego illecito delle stesse esser fonte di responsabilità civile e penale non solo per il singolo lavoratore, ma anche per l'azienda stessa, la quale potrebbe esser vittima di un ingiusto pregiudizio, se non altro a livello di immagine. Basti pensare all'uso promiscuo cui può essere assoggettato un bene aziendale, come l'autovettura ovvero il PC o il telefono cellulare, ove l'interesse datoriale ad un corretto utilizzo del bene al di là dell'orario e delle mansioni lavorative è ancor più pregnante<sup>125</sup>. Oppure all'installazione della rete *internet* di cui il datore rimane comunque il titolare ovvero l'assegnazione di un indirizzo di posta elettronica cui talvolta il datore potrebbe avere esigenza di accedere per esigenze commerciali o per verificare la conclusione di un affare o la stipulazione di un contratto o per assolvere agli obblighi di gestione dei dati sensibili dei terzi che vengono in contatto con l'Azienda.

A ben vedere, dunque, l'introduzione di strumentazioni informatiche all'interno delle imprese ha determinato, dapprima, la creazione di nuovi modelli produttivi e di organizzazione del lavoro e, al contempo, la nascita di nuove e

---

<sup>124</sup> Per un approfondimento maggiore si rinvia a LEVI A., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, cit., pag. 9 ss. e 135 ss., secondo cui le rigidità della norma statutaria influivano in senso troppo limitativo rispetto all'utilizzo di strumenti informatici di diffusione oramai generalizzata.

<sup>125</sup> Diversa, a parere di chi scrive, è invece l'ipotesi in cui il bene aziendale venga assegnato per un uso esclusivamente personale, a titolo di *benefit*. In questo caso, dovrebbe ritenersi implicitamente insussistente l'interesse datoriale al controllo o comunque di molto ridimensionato.

reciproche esigenze nelle dinamiche fra datore e lavoratore, in un *climax* crescente di tensione<sup>126</sup>.

Inoltre, vi è chi in dottrina ha sottolineato come una delle contraddizioni insite nel precetto statutario fosse l'assenza nell'ordinamento giuridico italiano di una regolamentazione *ad hoc* sul trattamento dei dati personali dei lavoratori ed il mancato raccordo, in concreto, fra l'impianto dell'art. 4 St. Lav. e la disciplina generale in materia di protezione dei dati personali<sup>127</sup>. La norma statutaria, infatti, si limitava a regolare il momento dell'installazione degli strumenti di controllo, mentre non si premurava di disciplinare il diverso profilo dell'utilizzabilità delle informazioni reperite, anche laddove in presenza di impianti legittimamente installati. Assenza che, inevitabilmente, si rifletteva anche sulla funzionalità dell'art. 4 St. Lav., giacché il datore di lavoro poteva in tal modo sfruttare la lacuna normativa acquisendo *aliunde* i dati sensibili dei lavoratori ed utilizzandoli poi per finalità diverse da quelle in forza delle quali erano state a monte legittimamente raccolte, con un possibile ed evidente sviamento dei poteri, nonché potenziali riflessi arbitrari e discriminatori. In altri termini, la norma statutaria scontava la mancanza di una disciplina legislativa sulla *privacy*, rendendo vane o comunque prive di un'effettiva efficacia deterrente le maglie protettive dettate dall'art. 4 St. Lav.. Motivo per cui l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente riteneva che, laddove il datore avesse ottemperato alla procedura autorizzatoria ma in forza dei controlli preterintenzionali avesse rilevato delle condotte illecite del dipendente, non avrebbe comunque potuto impiegare tali risultanze per finalità

---

<sup>126</sup> BELLAVISTA A., *I poteri dell'imprenditore e la privacy del lavoratore*, in *Dir. Lav.*, 2002, n. 1, pag. 157 ss., il quale, nel vigore del precedente testo dell'art. 4 St. Lav., ha addirittura ammesso che in casi eccezionali il controllo a distanza fosse legittimo anche laddove finalizzato alla verifica di eventuali illeciti contrattuali, in quanto la difficoltà ovvero l'impossibilità di adottare forme efficaci di controllo diverse da quelle rese possibili con i controlli informatici potevano essere sussunte nella causale delle esigenze organizzative e produttive.

<sup>127</sup> CARINCI M.T., *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il "Jobs Act" (art. 23 D. Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, in *Lab. & Law Iss.*, 2016, vol. 2, n. 1, pag. III ss., sottolinea come oltre alla mancanza di uno stringente coordinamento tra i due blocchi normativi, questi ultimi sposassero due logiche diverse.

disciplinari, in quanto esulanti dalle finalità di legittimo utilizzo di tali strumentazioni.

Si reputava, dunque, vi dovesse sussistere uno stretto nesso di coerenza con le legittime finalità tipizzate dalla disciplina statutaria, con la conseguenza che l'utilizzazione degli apparecchi informatici con finalità di controllo doveva pur sempre esser sanzionata come illegittima, ancorché avvenuta in modo non solo sporadico, bensì anche casuale<sup>128</sup>. La dottrina e la giurisprudenza supplivano dunque alla lacuna normativa assumendo una posizione rigida e garantista.

Nonostante le molteplici aporie e contraddizioni sopra rilevate, v'era anche una buona parte della dottrina che mostrava un atteggiamento di maggior favore rispetto al funzionamento del modello statutario, evidenziando come l'art. 4 St. Lav. fosse comunque riuscito a spiegare per quarantacinque anni un'indiscutibile funzione normativa in virtù della formulazione legislativa impiegata, sufficientemente ampia («impianti audiovisivi ed altre apparecchiature») e tale da consentire di ricomprendervi entro il relativo cono d'ombra i molteplici strumenti tecnologici e/o informatici via via impiegati<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> LAMBERTUCCI P., *Potere di controllo del datore e tutela della riservatezza del lavoratore*, cit., pag. 12, ritiene tuttavia che nelle «esigenze organizzative» previste dall'art.4, c. 2 St. Lav. potessero rientrarvi anche le esigenze poste alla base dei controlli difensivi, ovvero la necessità di sanzionare eventuali comportamenti illeciti dei lavoratori. Ove si fosse accettata tale postura interpretativa, la cui pregnanza a parere di chi scrive è ancor maggiore oggi a fronte dell'introduzione della tutela del patrimonio aziendale fra le causali di cui al comma 1, ne sarebbe conseguito che le risultanze del controllo così effettuato potevano essere validamente utilizzate nei confronti del lavoratore, eventualmente anche in un ipotetico contenzioso, in quanto rispondenti al requisito di coerenza con le legittime finalità previste dalla norma. In senso analogo anche BARRACO E., *I controlli tecnologici*, in *La tutela della privacy nei rapporti di lavoro*, BARRACO E. – SITZIA A., MISCIONE M. (a cura di), Ipsoa, 2012.

<sup>129</sup> LAMBERTUCCI P., *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore*, cit..

## 5. I controlli difensivi quale tentativo di superamento dei limiti di cui all'art. 4 St. Lav.

La tensione fra le criticità sopra rilevate e l'esigenza di rispondere alle istanze datoriali di far fronte a contegni illeciti dei propri dipendenti hanno spinto la giurisprudenza a coniare la categoria dei controlli difensivi, mutuata dalla tesi permissiva dei controlli occulti effettuati per il tramite agenzie di investigazioni private. In particolare, la creazione di tale nuova fattispecie di controlli si giustificava in ragione dell'esigenza avvertita dagli operatori del diritto di superare le aporie insite nell'art. 4 St. Lav. e di creare una zona franca entro cui il datore di lavoro potesse esercitare il proprio potere di controllo a distanza senza il necessario rispetto dei vincoli normativi statuari, a condizione tuttavia che il controllo fosse preposto alla tutela del patrimonio aziendale e che concernesse la rilevazione e la repressione di illeciti extracontrattuali del lavoratore, non qualificabili come meri inadempimenti contrattuali.

L'*incipit* del percorso a tal proposito tracciato dalla giurisprudenza di legittimità deve essere individuato nella sentenza n. 4746/2002<sup>130</sup>, con la quale è

---

<sup>130</sup> Per i commenti circa la sentenza richiamata nel testo si vedano: NOGLER L., *Abuso di telefono aziendale: la decisione su controlli e rimedi*, in *Guida Lav.*, 2002, n. 21, pag. 10; BERTOCCHI M., *L'utilizzo indebito del telefono aziendale quale giustificato motivo di licenziamento del lavoratore*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, pag. 644; D'ARCANGELO L., *Uso privato del telefono, riservatezza e poteri di controllo del datore di lavoro*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2003, n. 2, pag. 71.

Nel caso di specie si trattava di un sistema di monitoraggio delle chiamate dal quale era emerso che il dipendente, poi licenziato, aveva effettuato da un telefono aziendale chiamate strettamente personali. Con riguardo, in generale, ai *software* di controllo delle telefonate, v'è da precisare come gli stessi consentano di raccogliere una rilevante mole di dati quali il numero chiamato (ad eccezione delle ultime tre cifre), la durata ed il costo della telefonata, arrivando addirittura a consentire di dirottare la telefonata ad altro operatore economico.

Diversa è invece la questione che concerne la registrazione del contenuto delle telefonate, ammessa dalla specifica regolamentazione in materia di telecomunicazioni solo a fronte di determinate esigenze e purché entrambi gli interlocutori ne siano informati, come può capitare in materia di servizi clienti o numeri informativi. In questi casi l'esigenza di registrare il contenuto della chiamata nasce dalla finalità di monitorare la qualità dei processi e dei servizi di assistenza alla clientela.

In merito si segnala la risposta del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali all'interpello n. 2/2010 ove, nel caso concreto, è stato ritenuto che l'art. 4, c. 2 St. Lav. non fosse applicabile in quanto il datore aveva adottato apposite cautele tali da non consentire di risalire all'identità del singolo lavoratore: le voci dei clienti e degli operatori venivano criptate in fase di registrazione; i primi secondi della conversazione venivano eliminati in modo da non render noto il nominativo

stato statuito il principio di diritto in virtù del quale «Ai fini dell'operatività del divieto di utilizzo di apparecchiature per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori previsto dall'art. 4 l. n. 300 citata, è necessario che il controllo riguardi (direttamente o indirettamente) l'attività lavorativa, mentre devono ritenersi certamente fuori dell'ambito di applicazione della norma i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore (cd. controlli difensivi), quali, ad esempio, i sistemi di controllo dell'accesso ad aree riservate, o, appunto, gli apparecchi di rilevazione di telefonate ingiustificate».

Con la sopra citata pronuncia la Corte ha dunque ammesso il controllo a distanza e la sua estraneità rispetto al perimetro applicativo della norma statutaria laddove riguardi non già l'attività lavorativa dei dipendenti (requisito oggettivo)<sup>131</sup>, bensì loro comportamenti illeciti, ed il controllo sia teleologicamente orientato a tutelare il patrimonio materiale ed immateriale aziendale (requisito finalistico). Si doveva dunque operare un distinguo fra: i controlli a distanza diretti a monitorare la prestazione lavorativa, sempre vietati; i controlli preterintenzionali, ammessi alle condizioni ed ai termini di cui all'art. 4, c. 2 St. Lav.; i controlli finalizzati ad accertare condotte illecite dei lavoratori, legittimi e non soggetti ai vincoli della norma statutaria. Tale possibilità era giustificata dall'interesse datoriale, ritenuto dai Giudici meritevole di tutela, a prevenire e comunque difendersi dalla commissione di illeciti da parte dei propri dipendenti, giacché le guarentigie di cui all'art. 4 St. Lav. non avrebbero potuto essere invocate per legittimare comportamenti illeciti, addirittura antiggiuridici sul piano penale.

---

dell'operatore; non venivano tracciati altri dati che potessero consentire l'identificazione dell'operatore; l'accesso ai dati era consentito solo a soggetti autorizzati alle dette finalità di monitoraggio.

<sup>131</sup> BELLAVISTA A., *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995, pagg. 99 ss., pur sottolineando come, a rigore, anche il compimento di atti illeciti possa rientrare nella nozione di «attività del lavoratore», evidenzia altresì come negli intenti del legislatore non avrebbe mai potuto esservi quello di favorire il compimento di condotte illecite ovvero di assicurarne l'impunità impendendone l'accertamento con gli strumenti messi a disposizione al datore dalle tecnologie.

Tuttavia, tale postura assunta dalla Corte di Cassazione non ha ricevuto il pieno avallo della dottrina e di parte della successiva giurisprudenza di legittimità, complici anche l'ampiezza della nozione di controlli difensivi e l'evolversi delle concrete modalità di controllo sull'attività lavorativa.

Alcuni Autori, infatti, hanno evidenziato come il riconoscimento sul piano del diritto vivente della categoria dei controlli difensivi rischiasse di fungere da volano per la creazione di una «forma d'esercizio del potere *a priori* legittima e, quindi (di) un'area di esenzione rispetto all'applicazione dello Statuto»<sup>132</sup>, con la conseguenza che anche tali controlli dovevano necessariamente essere assoggettati ai requisiti finalistici e procedurali di cui all'art. 4 St. Lav., pena un'indebita lesione della sfera di riservatezza e dignità che deve invece essere garantita al lavoratore.

L'argomentazione del descritto orientamento giurisprudenziale scontava poi un vizio metodologico di fondo. Una delle principali critiche concerneva infatti la creazione *ex novo* di una categoria autonoma, quale *tertium genus*, sottratta alla disciplina legale in materia di controlli a distanza, astrattamente funzionale alla tutela del patrimonio aziendale ancorché una simil tutela era già garantita dal combinato disposto degli artt. 2 e 6 St. Lav., che disciplinano rispettivamente l'attività di vigilanza per il tramite di guardie giurate e l'effettuazione di perquisizioni personali. Il legislatore, dunque, non aveva lasciato privo di tutele l'interesse datoriale alla salvaguardia dell'integrità del proprio patrimonio, ma aveva inteso assicurarla attraverso forme di controllo trasparenti e note ai dipendenti.

Inoltre, vi era un problema di intrinseca inscindibilità fra il controllo difensivo riguardante la condotta illecita del dipendente ed il controllo diretto o indiretto sull'attività lavorativa vera e propria, in quanto il controllo su condotte potenzialmente illecite comportava (e comporta tuttora) anche il controllo sull'attività prestatoria.

---

<sup>132</sup> TULLINI P., *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *RIDL*, 2009, n. 1, pag. 329.

Tali ragioni spiegano, se non in parte, il percorso ondivago e sinusoidale, talvolta addirittura contraddittorio, segnato dalla giurisprudenza in ordine a detta tematica, iniziato da un orientamento che riteneva i controlli difensivi totalmente avulsi dall'ambito di applicazione dell'art. 4 St. Lav. e successivamente mutato in un'ottica maggiormente garantista, tale da ricondurre i controlli difensivi entro il perimetro dei controlli preterintenzionali di cui all'art. 4, c. 2 St. Lav. ove volti ad accertare comportamenti illeciti dei dipendenti che concernono l'esatto adempimento delle obbligazioni connesse con il rapporto di lavoro.

Tali rilievi sono stati infatti recepiti da un secondo orientamento, correttivo del primo, in virtù del quale le esigenze datoriali che mirano ad evitare comportamenti illeciti «non consentono di espungere dalla fattispecie astratta i casi dei cd. controlli difensivi ossia di quei controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori quando tali comportamenti riguardino, come nel caso, l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela di beni estranei al rapporto stesso ove la sorveglianza venga attuata mediante strumenti che presentano quei requisiti strutturali e quelle potenzialità lesive, la cui utilizzazione è subordinata al previo accordo con il sindacato o all'intervento dell'Ispettorato del lavoro»<sup>133</sup>. Motivo per cui, nel caso di specie, venne considerato

---

<sup>133</sup> Così Cass. Civ., Sez. Lav., 17.7.2007, n. 15892 (già citata). In tal caso il controllo veniva esercitato per il tramite dell'utilizzo di un *badge* nominativo, consegnato ai dipendenti per accedere ad un *garage* con le proprie macchine personali, dal quale venivano registrati non solo l'identità del lavoratore, ma anche l'orario di entrata e di uscita dal *garage*. Per taluni commenti alla suddetta sentenza si rinvia a: VALLAURI M.L., *È davvero incontenibile la forza espansiva dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori?*, in *RIDL*, 2008, n. 3, II, pag. 718 ss.; CAIRO L., *Orientamenti nella giurisprudenza n tema di controlli difensivi*, in *Orient. Giur. Lav.*, 2008, pag. 318; PIETROSANTI G., *Illegittimo il licenziamento del lavoratore fondato su elementi ricavati dal badge*, in *Giuda dir.*, 2007, n. 37, pag. 50; MEROLLA D., *Nota a Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza 17 luglio 2007*, n. 15892, in *Lav. Prev. Oggi*, 2007, pag. 1678.

Conforme Cass. Civ., Sez. Lav., 13.5.2016, n. 9904, che ha ribadito che «anche la rilevazione dei dati di entrata ed uscita dall'azienda mediante un'apparecchiatura di controllo predisposta dal datore di lavoro, sia pure per il vantaggio dei dipendenti, ma utilizzabile anche in funzione di controllo dell'osservanza dei doveri di diligenza nel rispetto dell'orario di lavoro e della correttezza dell'esecuzione della prestazione lavorativa, non concordata con le rappresentanze sindacali, né autorizzata dall'ispettorato del lavoro, si risolve in un controllo sull'orario di lavoro e in un



illegittimo il controllo esercitato per il tramite di un *badge* aziendale, il quale, non solo consentiva di accedere ed uscire dal *garage* messo a disposizione dei dipendenti, ma anche di registrare l'inizio e la fine della prestazione lavorativa, sotto il profilo del *quantum*.

Il fulcro, dunque, dell'indagine esegetica condotta, il quale costituiva altresì il discrimine fra i due contrapposti orientamenti giurisprudenziali, è stato individuato nell'oggetto del controllo, ritenuto assorbente anche rispetto alla (legittima) finalità di tutela del patrimonio aziendale. Ragion per cui la Corte di Cassazione, interpretando in senso lato il riferimento all'attività dei lavoratori sino a ricomprendere non solo «le modalità del suo svolgimento, ma anche il *quantum* della prestazione», è giunta a sostenere che l'utilizzo del *badge* aziendale, risolvendosi in un accertamento circa il rispetto dell'orario di lavoro e la quantità di lavoro svolto, dovesse comunque essere proceduto da una valida autorizzazione sindacale<sup>134</sup>.

Peraltro, valga comunque precisare come a tale posizione circa la necessaria riconducibilità del *badge* aziendale entro il novero delle strumentazioni informatiche assoggettate ai limiti dell'art. 4 St. Lav. si sia contrapposta in seno alla giurisprudenza di merito una postura di segno opposto, meno restrittiva, secondo

---

accertamento sul quantum della prestazione, rientrando nella fattispecie prevista dalla L. n. 300 del 1970, art. 4, comma 2 (Cass. 17 luglio 2007, n. 15892)».

<sup>134</sup> Nel senso del necessario espletamento della procedura autorizzatoria si veda Cass. Civ., Sez. Lav., 23.2.2010, n. 4375, la quale ha ricondotto nel novero dei controlli preterintenzionali e non già difensivi quelli esercitati tramite il programma *Super Scout* rilevando che «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 (se non altro, nel nostro caso, sotto il profilo del rispetto delle direttive aziendali)». In particolare, il *software Super Scout* era stato installato per proteggere il sistema informatico da aggressioni interne, i cui risultati erano stati poi impiegati ai fini disciplinari in ragione del monitoraggio degli accessi ad *internet* della lavoratrice, poi licenziata, in quanto impiegava parte del tempo lavorativo per fini personali. Per le note alla sentenza si rinvia a: SANTONI F., *Accesso a Internet e illegittimità dei controlli a distanza dei lavoratori*, in *Dir. e Giur.*, 2010, pag. 413; GALARDI R., *Il controllo degli accessi ad Internet al vaglio della Cassazione*, cit..

Per un'interessante rilettura della sentenza alla luce del novellato art. 4 St. Lav. si veda CAIRO L., *Il controllo a distanza dei lavoratori*, in *Lab. & Law Iss.*, 2016, vol. 2, n. 1.

cui il controllo esercitato attraverso i *badge* ovvero i tornelli doveva ritenersi esulante dal perimetro della norma statutaria<sup>135</sup> <sup>136</sup>. Impostazione condivisa dallo scrivente – ed avallata altresì dal Garante per protezione dei dati personali<sup>137</sup> – per un duplice ordine di ragioni e di impostazioni prospettiche.

In primo luogo, si trae conferma della bontà di tale soluzione volgendo lo sguardo al passato e, in particolare, all'ammissibilità dei controlli effettuati tramite il c.d. cartellino marca-tempo, limitati esclusivamente al momento di entrata e di uscita, *rectius* di inizio e fine della prestazione lavorativa. L'impiego del *badge* non è altro che l'evoluzione dei cartellini marca-tempo e dunque non può che ritenersi legittimo ed ammissibile il controllo a distanza esercitato in tal modo, purché si tratti di un *badge* tradizionale, che non consenta la *Radio – Frequency Identification*<sup>138</sup> come verrà approfondito nel prosieguo. In questo caso, infatti, difettano il carattere anelastico e continuo del controllo a distanza che l'art. 4 St. Lav. intendeva vietare e, pertanto, non v'è motivo per sostenerne l'inammissibilità, non realizzandosi alcuna intrusione nella sfera di riservatezza del lavoratore<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> Trib. Napoli, 23.9.2010; Trib. Torino, 23.1.2002.

<sup>136</sup> Per una breve ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali circa l'impiego del *badge* si veda ZOLI C. – VILLA E., *Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 127 ss..

<sup>137</sup> *Newsletter* del Garante per la protezione dei dati personali, 7-13 giugno 1999. Il Garante ha ammesso la legittimità dei controlli tramite *badge* evidenziando, tuttavia, che, in considerazione del fatto che in tali casi viene in rilievo la registrazione di dati personali, il datore è tenuto ad informare il dipendente circa le finalità e le modalità del trattamento di tali dati e ad adempiere a tutti gli obblighi di cui all'art. 13 D. Lgs. 196/2003 (oggi abrogato e sostituito dal Regolamento UE 2016/679).

<sup>138</sup> Il *badge Radio – Frequency Identification* (c.d. RFID) è una tessera nel cui interno viene inserito un *microchip* dotato di antenna (detta TAG o *Trasponder*) che può essere letto da un dispositivo a radio frequenza che riceve e decodifica le informazioni. Tale *badge* consente un monitoraggio continuo degli spostamenti del lavoratore all'interno dei locali aziendali e per tutta la durata dell'orario di lavoro. Sul punto di veda Cass. Civ., Sez. Lav., 13.5.2016, n. 9904, che ha ritenuto dovesse essere qualificato come strumento di controllo (sotto il profilo dell'obbligo di diligenza e di osservanza dell'orario di lavoro) e non già come mero strumento di rilevamento delle presenze il *badge* elettronico dotato del chip *RFID*, in ragione del fatto che consentiva di raccogliere e confrontare non solo i dati riguardanti l'orario di ingresso e di uscita, ma anche le sospensioni, i permessi, le pause, realizzando un «controllo continuo, permanente, globale».

<sup>139</sup> In tal senso ZOLI C., *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, L. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, TULLINI P. (

Secondariamente, l'ammissibilità di tale tipologie di controlli trova la propria riprova anche alla luce del novellato testo dell'art. 4 St. Lav., il cui comma 2 prevede espressamente l'esonero dalla procedura autorizzatoria e dalla necessaria sussistenza delle finalità di cui al comma 1 con riguardo ai sistemi di rilevamento delle presenze, fra i quali rientra il *badge*.

In ogni caso, onde evitare un'eccessiva dilatazione della categoria dei controlli difensivi tale da svuotare di fondamento giuridico e di portata applicativa la norma statutaria, la giurisprudenza successiva si è mostrata particolarmente incline a restringere la nozione di comportamenti illeciti legittimante il ricorso a tali controlli, segnando una nuova linea di discriminazione: i controlli diretti ad accertare comportamenti estranei al rapporto di lavoro illeciti o lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale restavano esclusi dal raggio di operatività dell'art. 4 St. Lav.<sup>140</sup>; viceversa, i controlli diretti all'accertamento di comportamenti illeciti

---

a cura di), in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, GALGANO F. (diretto da), Cedam, Padova, 2010 Vol. LVIII, pag. 156 ss.; PERINA L., *L'evoluzione della giurisprudenza e dei provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati personali dei lavoratori subordinati*, in *RIDL*, 2010, II, pag. 305 ss.; VALLAURI M.L., *E' davvero incontenibile la forza espansiva dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori?*, cit..

<sup>140</sup> Si vedano: Cass. Civ., 28.1.2011, n. 2117, ove è stato ritenuto legittimo il controllo datoriale esercitato per il tramite delle registrazioni delle telecamere di un soggetto terzo, estraneo all'impresa e ai dipendenti di essa, dalle quali era emerso che i lavoratori fossero entrati in un ufficio attiguo appartenente ad altra azienda; Cass. Civ., Sez. Lav., 23.2.2012, n. 2722, ove, seppur siano stati ripresi testualmente i principi di diritto di cui alla pronuncia n. 4375/2010, è stato ritenuto legittimo il controllo effettuato da un istituto bancario sulla posta elettronica aziendale del dipendente accusato di aver divulgato notizie riservate concernenti un cliente e di aver posto in essere, grazie a tali informazioni, operazioni finanziarie da cui aveva tratto vantaggi propri (si segnala la pronuncia anche per l'efficace riassunto dell'evoluzione giurisprudenziale); Cass. Civ., Sez. Lav., 4.4.2012, n. 5371, ove i tabulati telefonici da cui era risultato l'uso illegittimo del telefono da parte di un dipendente erano stati acquisiti da un soggetto terzo e, in particolare dall'Ospedale, il quale figurava quale committente rispetto ai servizi dati in appalto alla Società datrice del lavoratore coinvolto. Di recente Cass. Civ., Sez. Lav., 28.5.2018, n. 13266, secondo cui esorbita «dal campo di applicazione della norma il caso in cui il datore abbia posto in essere verifiche dirette ad accertare comportamenti del prestatore illeciti e lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale: e tanto più se si tratti di controlli posti in essere *ex post*, ovvero dopo l'attuazione del comportamento addebitato al dipendente, quando siano emersi elementi di fatto tali da raccomandare l'avvio di un'indagine retrospettiva (Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722), così da prescindere dalla pura e semplice sorveglianza sull'esecuzione della prestazione lavorativa degli addetti, invece diretta ad accertare la

qualificabili come inosservanza degli obblighi contrattuali venivano sussunti entro il prisma dei controlli preterintenzionali<sup>141</sup>.

Tuttavia, l'incapacità della giurisprudenza di legittimità a giungere ad esiti condivisi è emersa anche negli ultimi anni, nella vigenza del novellato art. 4 St. Lav., sino all'adozione di un'accezione ampia di controllo difensivo tale da consentire la creazione di un profilo falso su un *social network*, all'esclusivo fine di verificarne l'impiego da parte di un dipendente nel corso dell'orario di lavoro<sup>142</sup>, evocando la figura dell'agente provocatore o del "profilo civetta". Discutibili sono infatti le conclusioni cui la Cassazione è giunta in tale pronuncia, che smentiscono peraltro la stessa premessa adottata secondo cui, ai fini della legittimità dei controlli difensivi occulti, non è solo necessario che siano diretti all'accertamento di comportamenti illeciti diversi dal mero inadempimento, ma è altresì esiziale che si esplicino attraverso modalità «non eccessivamente invasive e rispettose della garanzie di libertà e dignità dei dipendenti», che nel caso di specie sembrerebbero esser state disattese.

---

perpetrazione di eventuali comportamenti illeciti (poi effettivamente riscontrati) dagli stessi posti in essere (Cass. 27 maggio 2015, n. 10955)».

<sup>141</sup> Cass. Civ., Sez. I, 19.9.2016, n. 18302.

<sup>142</sup> Cass. Civ., Sez. Lav., 27.5.2015, n. 10955, con la quale è stata confermata la legittimità del licenziamento intimato ad un lavoratore sorpreso al telefono, lontano dalla pressa cui era addetto, mentre si connetteva a *Facebook* durante l'orario di lavoro, come accertato tramite la creazione di un falso profilo da parte dell'azienda con il quale il dipendente aveva chattato. Il profilo *Facebook* era stato infatti creato al fine di istigare il dipendente, inducendolo a *chattare* con una bella donna. Vale segnalare tale pronuncia perché la Corte di Cassazione ha escluso che la creazione di un falso profilo *Facebook* costituisca «violazione dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto di lavoro, attenendo ad una mera modalità di accertamento dell'illecito commesso dal lavoratore, non invasiva né induttiva all'infrazione, avendo funzionato come mera occasione o sollecitazione cui il lavoratore ha prontamente e consapevolmente aderito. Altrettanto deve dirsi con riguardo alla localizzazione del dipendente, la quale, peraltro, è avvenuta in conseguenza dell'accesso a *Facebook* da cellulare e, quindi, nella presumibile consapevolezza del lavoratore di poter essere localizzato, attraverso il sistema di rilevazione satellitare del suo cellulare». Per una nota critica si rinvia a BARBIERI M., *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 186, definisce «discutibile e confusionaria» la sentenza.

Del resto, anche il più recente orientamento giurisprudenziale, ancorché più restrittivo e fedele alla norma statutaria, non è andato esente da censure, riproponendo, almeno in parte, alcune delle aporie registrate con riguardo a quello precedente. Si è posto, infatti, in primo luogo un problema concettuale ed operativo in merito alla distinzione fra comportamenti illeciti e lesivi di beni estranei al rapporto e comportamenti antigiuridici ma attinenti a beni interni al rapporto di lavoro. *Mutatis mutandis*, si sono poste le medesime criticità definitorie. Inoltre, è comunque rimato il problema della configurabilità di una categoria *extra legem* di controlli.

Dalla breve disamina sin qui condotta circa la genesi e l'evoluzione della categoria dei controlli difensivi emergono con ogni evidenza le profonde contraddizioni non solo del testo normativo, ma anche del diritto vivente stesso, il quale, in taluni casi, anziché fungere da elemento chiarificatore, ha contribuito ad aumentare le incertezze interpretative ed operative<sup>143</sup>, dando luogo ad un labirinto concettuale<sup>144</sup>, al punto da indurre taluna dottrina a definire «anomalo» il contenzioso concernente i controlli a distanza<sup>145</sup>.

Con il nuovo testo dell'art. 4 St. Lav., come verrà approfondito *infra*, la tutela del patrimonio aziendale è rientrata a pieno titolo ed *expressis verbis* fra le finalità che consentono ora l'installazione di apparecchiature informatiche dalle

---

<sup>143</sup> INGRAO A., *Il controllo disciplinare e la privacy del lavoratore dopo il Jobs Act*, in *RIDL*, 2017, n. 1, II, pag. 46 ss., evidenzia la tendenza della giurisprudenza a valutare caso per caso il materiale probatorio offerto dalle difese datoriali piuttosto che soffermarsi sulla legittimità, a monte, dell'installazione dei dispositivi, rendendo imprevedibile l'applicazione della norma.

<sup>144</sup> Così DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art 23 d. lgs. 151/2015)*, cit., il quale ritiene che «la giurisprudenza si è inoltrata, e senza disporre del filo di Arianna, in un labirinto concettuale dal quale non è più riuscita ad uscire, col risultato di ingenerare, al di là dell'apparente sicurezza delle formule utilizzate un crescente incertezza. (...) Il tentativo di correggere le aporie della norma statutaria si è tradotto, insomma, in altre aporie».

<sup>145</sup> MISCIONE M., *I controlli intenzionali, preterintenzionali difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, cit., il quale ha sottolineato come non siano mancate decisioni giustizialiste, le quali sono tuttavia statuizioni contro-sistema in quanto strumento attraverso cui incentivare l'illecito per provare un altro illecito.

quali possa derivare, anche in via indiretta, l'esercizio del controllo datoriale a distanza e l'utilizzabilità delle risultanze ivi ottenute, a condizione comunque del previo ottenimento dell'autorizzazione sindacale o amministrativa.

Legittimo dunque è l'interrogativo, posto dalla generalità della dottrina, circa l'attualità di tale categoria di controlli, sottratta ai vincoli normativi della norma statutaria ovvero la sua riconduzione entro il cono d'ombra dell'art. 4, c. 1 St. Lav. e la conseguente attrazione entro i controlli preterintenzionali. In altri termini, viene da chiedersi se la sussunzione sul piano testuale della causale della tutela del patrimonio aziendale fra le finalità anzidette abbia comportato o meno anche ad un assoggettamento della categoria dei controlli difensivi alla necessaria autorizzazione sindacale o amministrativa<sup>146</sup>.

### SEZIONE III

#### **6. La riforma dell'art. 4 St. Lav.: un nuovo bilanciamento d'interessi fra elementi di novità e tratti di continuità**

Con la riforma dell'art. 4 St. Lav., avvenuta con la novella di cui all'art. 23, c. 1 D. Lgs. 151/2015, il legislatore ha inteso superare sul piano del diritto positivo le aporie e le ragioni del malfunzionamento della previgente norma statutaria, recependo taluni esiti della giurisprudenza di legittimità e adeguando il contenuto del disposto legislativo al mutato quadro organizzativo e produttivo. Nella *mens legis* vi era l'espressa volontà di costruire un'architettura normativa rispondente alle rinnovate esigenze delle parti contrattuali, dettate anche dall'avvento del paradigma dell'Industria 4.0.

---

<sup>146</sup> MARAZZA M., *I controlli a distanza del lavoratore di natura "difensiva"*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 30.

L'introduzione delle nuove tecnologie nell'organizzazione del lavoro ed all'interno dei sistemi di produzione ha infatti comportato radicali riflessi non solo nella struttura dell'impresa (in termini di metodi, impianti ed apparecchiature di produzione), che per certi versi si è snellita e meccanicizzata per il tramite del massiccio impiego della robotica, bensì anche nella disciplina dei rapporti di lavoro e nelle relazioni sindacali ed industriali, come sottolineato anche dalla dottrina più risalente<sup>147 148</sup>, ridisegnando in ultima analisi i nuovi contorni del potere organizzativo e direttivo del datore.

A fianco alla denunciata obsolescenza tecnologica, vi era inoltre un evidente problema concernente la crisi della distinzione, materiale e concettuale, fra strumenti di controllo e strumenti di lavoro, che invece costituiva un presupposto implicito per la vigenza del precedente modello statutario<sup>149</sup>.

Un ulteriore elemento che ha concorso, unitamente all'avvento delle nuove tecnologie, ad incrinare l'equilibrio normativo creato per decenni dall'art. 4 St. Lav. deve essere ravvisato nel processo di modifica e di arricchimento che la nozione di

---

<sup>147</sup> SALIMBENI M.T., *Nuove tecnologie e rapporto di lavoro: il quadro generale*, in DE LUCA TAMAJO R. – IMPERIALI D'AFFLITTO R. – PISANI C. – ROMEI R. (a cura di), *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza del lavoratore*, Franco Angeli Editore, Milano, 1988, pag. 22 ss.; ZOLI C., *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, L. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, cit.

<sup>148</sup> Parte della dottrina ha ritenuto che l'avvento delle nuove tecnologie abbia avuto un effetto spiazzante rispetto all'art. 4 St. Lav.. In tal senso si veda TREU T., *Lo statuto dei lavoratori: vent'anni dopo*, in *QDLRI*, 1990, pag. 7 ss.; ROMEI R., *Il dibattito dottrinale sull'art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza del lavoratore*, DE LUCA TAMAJO R. – IMPERIALI D'AFFLITTO R. – PISANI C. – ROMEI R. (a cura di), Franco Angeli Editore, Milano, 1988, pag. 121 ss.; DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art 23 d. lgs. 151/2015)*, cit., che sottolinea come l'utilizzo sempre più frequente di *computer* all'interno del mondo del lavoro abbia reso la procedura di autorizzazione prevista dall'art. 4, c. 2 St. Lav. come «eccessiva, se non assurda».

<sup>149</sup> In tal senso GOFFREDO M.T. – MELECA V., *Jobs Act e nuovi controlli a distanza*, in *DPL*, 2016, n. 31, pag. 1894 ss.; BARBIERI M., *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, cit., pag. 189; DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art 23 d. lgs. 151/2015)*, cit., secondo cui la distinzione fra strumenti di controllo e strumenti di lavoro «si è annebbiata sino ad annullarsi», con conseguente emersione dell'incapacità della tecnica regolativa dell'art. 4 St. Lav. di tenere il passo dei processi di informatizzazione del lavoro. ALVINO I., *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, cit., individua due fattori di rottura dell'equilibrio di cui al precedente art. 4 St. Lav.: il primo costituito dall'avvento delle nuove tecnologie e il secondo dal processo di arricchimento subito nell'ordinamento nazionale dalla nozione di riservatezza.

riservatezza ha subito all'interno del nostro ordinamento, in virtù anche delle spinte sovranazionali ed internazionali. Come si dirà più approfonditamente nei successivi capitoli, il diritto alla riservatezza ha assunto nel tempo contorni semantici più ampi rispetto a quelli che gli erano stati conferiti ad inizio degli anni Settanta, venendosi a configurare come una nozione non già esclusivamente statica, quale interesse a non subire intrusioni nella propria sfera personale secondo il classico *right to be alone*, bensì una dimensione dinamica, volta a garantire il diritto a mantenere un controllo sulla conoscenza e sulla conoscibilità da parte di terzi dei propri dati personali e sensibili e dunque sulla loro trasmissione.

Appare evidente come siano mutate non solo le modalità di organizzazione dell'impresa e dunque anche le prerogative che l'imprenditore/datore desidera di assumere e di esercitare, bensì anche le esigenze dei lavoratori. Nel mercato del lavoro attuale il problema non è più esclusivamente quello di evitare di sottoporre il dipendente ad un controllo costante, capillare ed anelastico, esercitato per il tramite di strumentazioni meccaniche e, come tale, esorbitante rispetto al controllo che il Ministro Brodolini intendeva contenere entro una "dimensione umana". Il problema maggiore e più delicato è quello di evitare che il datore possa venire in possesso di dati ed informazioni sensibili relativi al personale dipendente e possa dunque utilizzarli abusando delle proprie facoltà e poteri. A ciò si aggiunga che, a parere di chi scrive, l'esigenza di mantenere il controllo datoriale entro una dimensione umana si fa oggi sempre più di difficile realizzazione, in termini di concreta fattibilità al di là delle istanze garantistiche astrattamente professabili. Tale circostanza, in particolare, non la si deve esclusivamente alle scelte del legislatore ed alle sempre più prepotenti esigenze datoriali, ma anche allo stesso agire umano che è stato plasmato dall'evoluzione tecnologica che lo stesso uomo ha promosso. La dimensione prettamente umana è andata sfumando per lo stesso volere dell'uomo, con conseguente necessaria accettazione di talune contaminazioni tecnologiche, purché comunque non si trasformino in una soggezione dell'uomo alla macchina.



A fronte di questo articolato motivazionale e nel più ampio disegno riformatore del Jobs Act, con l'art. 1, c. 7, lett. f) L. 183/2014 è stata attribuita al Governo la delega ad adottare uno o più decreti legislativi, in coerenza con la regolazione dell'Unione Europea e le convenzioni internazionali, con riferimento alla «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»<sup>150</sup>. Evidente, sin dalla prima lettura, è il richiamo ai valori sottesi al disposto costituzionale di cui all'art. 41 Cost..

L'art. 4 St. Lav. è stato dunque integralmente ritrascritto mantenendo, tuttavia, la finalità propria dell'impianto originario.

La norma prevede oggi al comma 1, similmente a quanto prima disposto al comma 2, la possibilità di impiego di impianti audiovisivi e di altri strumenti dai quali possa derivare, anche solo potenzialmente, un controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, a fronte del rispetto di due condizioni essenziali e cumulative: l'una di carattere finalistico e l'altra di natura procedurale. Tali impianti devono, in primo luogo, rispondere ad una o più delle finalità previste *ex lege* concernenti: 1) esigenze organizzative e produttive; 2) la sicurezza del lavoro<sup>151</sup>; 3) la tutela del patrimonio

---

<sup>150</sup> Per un'approfondita analisi del contenuto della legge delega in materia di controlli a distanza si rinvia a LAMBERTUCCI P., *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore*, cit.; CARINCI M.T., *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, cit., pag. 50, censura la delega legislativa per la formulazione vaga e generica, al punto da dubitare della legittimità costituzionale, ritenendo che la stessa non possa fungere da ausilio per una risoluzione dei dubbi interpretativi ed applicativi che il nuovo art. 4 St. Lav. pone.

<sup>151</sup> L'Ispettorato Nazionale del Lavoro, con la circolare n. 302/2018, avente ad oggetto il rilascio di provvedimenti autorizzatori ex art. 4 St. Lav. per motivi di sicurezza sul lavoro, ha prescritto che nelle istanze debbano essere «puntualmente evidenziate le motivazioni di natura prevenzionistica che sono alla base dell'installazione di impianti audiovisivi e altri strumenti di potenziale controllo a distanza dei lavoratori corredate da una apposita documentazione di supporto. Più specificatamente appare necessario che le affermate necessità legate alla sicurezza del lavoro trovino adeguato riscontro nell'attività di valutazione dei rischi effettuata dal datore di lavoro e formalizzata nell'apposito documento (DVR). Pertanto l'istanza rivolta alle strutture territoriali e all'Ispettorato nazionale (per le imprese plurilocalizzate) dovrà essere corredata dagli estratti del documento di

aziendale<sup>152</sup>. Oltre al requisito finalistico, deve concorrere anche il soddisfacimento di un requisito procedurale in quanto l'installazione di tali apparecchiature deve essere preceduta da un accordo collettivo stipulato con la RSU o RSA oppure, in alternativa, con le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale in caso di imprese con unità produttive dislocate nel territorio di più Province o di più Regioni. In mancanza dell'accordo sindacale, il datore di lavoro potrà rivolgersi all'Ispettorato Territoriale del Lavoro competente (ovvero all'Ispettorato Nazionale nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più sedi territoriali) onde ottenere un'analogha autorizzazione amministrativa.

Pur rinviando ad una trattazione più approfondita l'analisi dei singoli profili giuridici, valga segnalare sin d'ora i due principali elementi di novità del novellato testo normativo dell'art. 4, c. 1 St. Lav. relativi, da un lato, all'introduzione di una nuova ipotesi giustificante, in chiave teleologica, l'installazione delle apparecchiature in parola – concernente la tutela del patrimonio aziendale – e, dall'altro lato, alla semplificazione delle procedure autorizzatorie sindacali e amministrative per le imprese multilocalizzate, le quali non devono necessariamente sottoscrivere accordi sindacali diversi per ciascuna unità produttiva.

Trascurabile, invece, o comunque priva di un particolare valore è stata l'eliminazione del riferimento alla «finalità di controllo a distanza dell'attività dei

---

valutazione dei rischi, dai quali risulti, in stretta connessione teleologica, che l'installazione di strumenti di controllo a distanza è misura necessaria ed adeguata per ridurre i rischi di salute e sicurezza cui sono esposti i lavoratori».

<sup>152</sup> Proprio per la particolare valenza di tali causali quali condizioni di legittimità dell'installazione delle videocamere non sempre condivisibile è la postura adottata da MARAZZA M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" It.*, n. 300/2016, edito anche in *ADL*, 2016, n. 3, pag. 483 ss., secondo cui laddove l'installazione sia stata autorizzata senza l'indicazione di alcuna finalità, l'impianto potrà essere utilizzato per tutti gli scopi previsti dalla legge. Tuttavia, considerato che è compito delle rappresentanze sindacali e dell'ITL verificare la sussistenza e la genuinità della causale addotta, una tale evenienza non sarà in concreto realizzabile. Diversamente opinando, verrebbe svotato di significato il limite teleologico di cui all'art. 4, c. 1 St. Lav..

lavoratori». Nell'attuale formulazione dell'art. 4, c. 1 St. Lav. viene del tutto abbandonato tale richiamo, il quale comunque deve ritenersi un presupposto scontato ed implicito, come tale non bisognoso di una positivizzazione normativa<sup>153</sup>.

Di assoluta rilevanza è invece il disposto del comma 2, il quale prevede l'esenzione dal duplice requisito finalistico e procedurale con riguardo agli strumenti di lavoro ed agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze. Il legislatore della riforma ha inteso dunque creare un doppio regime circa l'installazione degli strumenti elettronici, strutturalmente articolato nei primi due commi dell'art. 4 St. Lav., il quale conferisce, nella seconda delle citate disposizioni, nuovi margini di operatività al potere di controllo datoriale.

Tuttavia, i primi due commi costituiscono un primo nucleo normativo da contrapporsi a quanto previsto dal successivo comma 3, il quale si propone di disciplinare il distinto profilo giuridico concernente l'utilizzabilità dei dati in tal modo acquisiti.

Il comma 3, infatti, a differenza della previgente versione dell'art. 4 St. Lav., prevede l'utilizzabilità delle informazioni raccolte «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che 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. 196», da intendersi oggi integrato e sostituito *in parte qua* con il Regolamento UE 2016/679, nonché novellato dal D. Lgs. 101/2018.

---

<sup>153</sup> In dottrina SALIMBENI M.T., *La riforma dell'articolo 4 dello statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, cit., ritiene invece utile l'eliminazione di tale riferimento, il quale evocava elementi di intenzionalità che non sembravano rilevare a fronte di oggettive potenziali intrusioni nella sfera dei lavoratori.

Circa l'elemento psicologico-intenzionale della condotta datoriale si veda Cass. Pen, Sez. III., 6.10.2010, n. 37171, la quale ha statuito la punibilità del reato già previsto dagli artt. 4 e 38 St. Lav. (successivamente dagli artt. 114 e 171 D. Lgs. 196/2003) anche a titolo di colpa.

Vengono dunque espressamente riconosciuti e disciplinati i due distinti piani dell'installazione e quello logicamente successivo dell'utilizzabilità dei dati raccolti, ancorché – a rigore – l'esercizio del potere di controllo datoriale possa essere scandito addirittura in quattro fasi cronologicamente e funzionalmente distinte: una prima, relativa all'installazione delle apparecchiature tecnologiche; una seconda, concernente l'acquisizione dei dati mediante l'utilizzo della strumentazione informatica; una terza di conservazione e memorizzazione dei dati nei *server* aziendali e, infine, una quarta fase, meramente eventuale, di utilizzazione dei dati a tutti i fini connessi con il rapporto di lavoro, persino a fini disciplinari<sup>154</sup>.

Alla luce dell'inserimento della tutela del patrimonio aziendale fra le finalità di cui all'art. 4, c. 1 St. Lav. è necessario, dunque, riprendere l'interrogativo posto in chiusura del paragrafo precedente circa l'assorbimento o l'attualità della categoria dei controlli difensivi. Sul punto, si è sviluppato un acceso dibattito in dottrina che ha visto l'emergere di due tesi differenti.

Secondo una prima opzione i controlli difensivi sarebbero stati definitivamente attratti entro la fattispecie dei controlli preterintenzionali di cui all'art. 4, c. 1 St. Lav.<sup>155</sup> con la conseguenza che sarebbero consentiti solamente ove

---

<sup>154</sup> In tal senso, fra le prime applicazioni pratiche nel contenzioso, si veda Trib. Roma, ordinanza 24.3.2017, con nota di GRAMANO E., *La rinnovata (ed ingiustificata) vitalità della giurisprudenza in materia di controlli difensivi*, in *DRI*, 2018, n. 1, pag. 265 ss.; edita anche in *Boll. ADAPT*, 2017, n. 41.

<sup>155</sup> *Ex multis* DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23 d.lgs. 151/2015)*, cit.; ALVINO I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy*, in *Lab. & Law Iss.*, 2016, vol. 2, n. 1, pag. 3 ss., secondo cui in tal modo deve ritenersi superata anche l'artificiosa categoria giurisprudenziale dei controlli difensivi diretti ad accertare comportamenti illeciti idonei a pregiudicare beni estranei al rapporto di lavoro; BALLETTI E., *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, cit., il quale, pur rilevando la controtendenza della disposizione rispetto all'impianto normativo generale, ritiene che non vengano in tal modo lese le prerogative datoriali, potendo assolvere per tempo all'adeguata tutela del patrimonio aziendale attivando la procedura di cui all'art. 4, c. 1 St. Lav.; RICCI M., *I controlli a distanza dei lavoratori tra istanze di revisione e flessibilità "nel" lavoro*, in *ADL*, 2016, n. 4-5, pag. 740 ss.; CRISCUOLO C., *Controlli difensivi e codice della privacy*, in *RIDL*, 2017, n. 1, II, pag. 39 ss.; TEBANO L., *La nuova disciplina dei controlli a distanza: quali ricadute sui controlli conoscitivi?*, in *RIDL*, 2016, n. 3, I, pag. 345 ss.; GRAMANO E., *La rinnovata (ed ingiustificata) vitalità della giurisprudenza in materia di controlli difensivi*, cit.,

preventivamente autorizzati e preceduti dall'informativa di cui al comma 3, nonché nel rispetto degli obblighi legislativamente imposti dalla disciplina in materia di *privacy*<sup>156</sup>.

Secondo altra postura ermeneutica, invece, residuerebbe sempre un legittimo interesse in capo al datore di lavoro, seppur con un raggio d'operatività più limitato rispetto al passato, ai fini dell'esercizio di tale matrice di controlli, in una prospettiva di bilanciamento dei contrapposti interessi. Quest'ultima soluzione esegetica consentirebbe ampi margini di discrezionalità in capo al datore di lavoro in quanto, *in thesi*, verrebbe legittimata l'utilizzazione a fini disciplinari, e financo risolutori, dei dati raccolti con i controlli difensivi sia in mancanza di una preventiva autorizzazione sindacale o amministrativa (ipotesi 1) sia laddove l'autorizzazione sussista, ma ponga un'espressa esclusione del trattamento dei dati per finalità disciplinari (ipotesi 2) sia in difetto della preventiva informativa ai lavoratori di cui all'art. 4, c. 3 St. Lav. (ipotesi 3).

Una rilevante criticità che si pone come trasversale rispetto ai due filoni dottrinali sopra descritti concerne la difficoltà dell'operazione di selezione e distinzione fra gli illeciti contrattuali dei lavoratori, inquadrabili propriamente negli inadempimenti contrattuali e, come tali, nella nozione di «attività dei lavoratori», e gli illeciti extracontrattuali. La difficoltà deriva dall'ontologico atteggiarsi del

---

definisce anacronistica la categoria dei controlli difensivi, la quale, a detta dell'Autrice, avrebbe perso «la sua stessa ragion d'essere»; BARBIERI M., *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, cit., pag. 202; LAMBERTUCCI P., *La disciplina dei "controlli a distanza" dopo il Jobs Act: continuità e discontinuità con lo Statuto dei lavoratori*, in *Jobs Act: un primo bilancio*, CARINCI F. (a cura di), ADAPT, e-book series n. 54, 2016, pag. 270 ss..

In tal senso anche la relazione del Garante della protezione dei dati personali all'Audizione presso la Commissione Lavoro della Camera dei Deputati, 9.7.2015, secondo cui la novella ha comportato l'«espressa legittimazione dei controlli c.d. difensivi (per la tutela del patrimonio aziendale, che pure la giurisprudenza, sia pur con qualche limite, già ammetteva), la cui disciplina è ricondotta alla procedura generale concertativo-autorizzativa».

<sup>156</sup> L'Ispettorato Nazionale del Lavoro, con la circolare n. 5/2018 ha infatti prescritto che la generica motivazione della «tutela del patrimonio» aziendale, ove comporti l'installazione di dispositivi operanti in presenza del personale dipendente debba essere necessariamente «declinata per non vanificare le finalità imposte alla base della nuova disciplina normativa», fra cui l'essenziale rispetto dei principi dettati dal Codice *privacy* che «impongono una gradualità nell'ampiezza e nella tipologia del monitoraggio, che rende assolutamente residuali i controlli più invasivi».

comportamento del prestatore di lavoro, il quale, ancorché rilevante sul piano extracontrattuale, può avere delle evidenti conseguenze anche sul versante del rapporto di lavoro, incidendone l'equilibrio sinallagmatico anche in ragione della nozione in senso lato che può essere conferita al concetto di «patrimonio aziendale», tale da ricomprendervi anche valori eminentemente immateriali come la tutela dell'immagine dell'impresa<sup>157</sup>.

Analizzando *prima facie* il disposto del nuovo art. 4 St. Lav., pare deporre in senso confermativo rispetto alla tesi dell'assorbimento dei controlli difensivi entro il campo del comma 1 il tenore letterale della norma, in ragione del vincolo causale alla tutela del patrimonio aziendale espressamente inserito dal legislatore della riforma. Secondo questo filone dottrinale, il riferimento letterale alle suddette esigenze di tutela sarebbe di per sé idoneo ad assorbire ogni forma di controllo datoriale, riguardante qualsivoglia tipo di comportamento illecito del lavoratore, giacché costituirebbe il chiaro indice della volontà legislativa di superare la categoria dei controlli difensivi, recependoli dal diritto vivente e positivizzandone il contenuto.

---

<sup>157</sup> Per l'accezione immateriale del concetto di patrimonio aziendale si veda Cass. Civ., Sez. Lav., 23.2.2012, n. 2722, concernente l'immagine della Banca accreditata presso il pubblico. Rilevante è altresì Cass. Civ., Sez. Lav., 23.2.2010, n. 4375, ove la Cassazione ha evidenziato come non fossero state provate né la particolare pericolosità dell'attività svolta dalla lavoratrice, consistente nell'accesso alla rete *internet*, né l'esigenza di protezione del patrimonio aziendale. Per la Corte, onde poter invocare la disapplicazione dell'art 4 St. Lav., il datore di lavoro avrebbe dovuto dimostrare che la condotta della lavoratrice fosse idonea a pregiudicare la sicurezza dell'impianto informatico, per ipotesi sottoponendolo a *virus*.

Si segnala LEVI A., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, cit., pag. 165 ss., il quale, ai fini dell'individuazione di un possibile contemperamento tra le contrapposte esigenze in gioco, propone una rilettura della nozione di patrimonio aziendale in termini dinamici, tale da ricomprendervi anche l'efficienza aziendale, richiamando la distinzione giurisprudenziale, sviluppata in materia di sciopero, fra danno alla produzione e danno alla produttività. Se dunque è ammessa una compressione del diritto di sciopero in caso di danno alla produttività, allora, ritiene l'Autore, dovrebbe ammettersi anche lo svolgimento di controlli a distanza in caso di lesione della produttività dell'impresa realizzata, per esempio, attraverso una continuativa e consistente utilizzazione del *social network*. Tuttavia, il concetto di capacità produttiva dell'impresa può *in thesi* ricomprendere fattispecie assai eterogenee, con il rischio di un'eccessiva dilatazione delle ipotesi legittimanti i controlli difensivi.

Tuttavia, chi scrive ritiene di dover condividere l'osservazione critica svolta da altra parte della dottrina secondo cui la tesi dell'assorbimento dei controlli difensivi entro l'art. 4, c. 1 St. Lav. comporterebbe un appiattimento delle diversità giuridiche ed ontologiche che devono necessariamente riconoscersi fra condotte illecite extracontrattuali e contrattuali del lavoratore, finendo per obliterare del tutto le caratteristiche di cui le stesse sono portatrici. In altri termini, la tesi della sussunzione dei controlli difensivi entro il perimetro dell'art. 4, c. 1 St. Lav. attribuisce valore essenziale e prevalente alla finalità del controllo, sminuendo invece la valenza del comportamento del lavoratore, che costituisce l'oggetto del controllo stesso. Inoltre, la postura esegetica dell'assorbimento appare in distonia con la prospettiva del bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco cui la disciplina dell'art. 4 St. Lav. è informata, giacché, fermo restando il minimo comune denominatore dell'antigiuridicità del contegno, verrebbe meno ogni sfumatura circa un nesso di interessenza più o meno stretto e qualificante fra la condotta illecita e l'attività lavorativa.

Tale principale motivo di debolezza costituisce, *in nuce*, l'intima essenza di quanto professato dai sostenitori della opposta tesi della persistenza della categoria dei controlli difensivi, ancorché al suo interno si siano sviluppate diverse sensibilità ricostruttive.

Secondo parte di tale filone, vi sarebbe ancora spazio per i controlli difensivi al di là del perimetro dell'art. 4 St. Lav. a condizione che l'impianto di controllo non consenta di registrare indistintamente l'attività lavorativa, giacché in tal caso tornerebbero ad operare i limiti della norma statutaria. Sarebbe dunque necessaria una selettività degli strumenti e delle modalità di controllo, nonché dell'oggetto del controllo stesso, non essendo ammessa sotto tale profilo una commistione fra i controlli circa l'ordinaria attività e i controlli finalizzati alla rilevazione dell'illecito<sup>158</sup>. Tuttavia, seppur maggiormente elastica rispetto alla postura della

---

<sup>158</sup> MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., pag. 8 ss., il quale evidenzia come non possa esser configurato come difensivo il controllo svolto

sussunzione dei controlli difensivi entro il quadro normativo dell'art. 4, c. 1 St. Lav., anche tale soluzione interpretativa si propone di fissare in modo più puntuale e restrittivo rispetto al passato i margini di ammissibilità di tale tipologia di controlli, circoscrivendone la portata.

Secondo altra linea di pensiero, pur sempre ricompresa nella postura circa la sopravvivenza dell'autonoma categoria dei controlli difensivi, l'elemento qualificante e legittimante tale tipologia di controlli dovrebbe essere individuato nella «necessità eccezionale, non dilazionabile nel tempo e non realizzabile altrimenti, di fronteggiare comportamenti del lavoratore»<sup>159</sup> qualificabili come illeciti e tali da integrare atti di aggressione contro il patrimonio altrui. L'esercizio

---

inscindibilmente sull'intera prestazione lavorativa né possa esser qualificato come difensivo *ex post*, una volta consumata la condotta illecita. Da ciò l'Autore distingue: «a) controlli a difesa del patrimonio aziendale costituito dai beni materiali ed immateriali di cui l'imprenditore ha la proprietà o il godimento e che riguardano la generalità dei dipendenti (o parte di essi) nello svolgimento della loro normale attività lavorativa che li pone a contatto con tale patrimoni. Questi controlli dovranno avvenire nel rispetto delle previsioni dell'art. 4, co. 1, ma anche del co. 3; b) controlli difensivi in senso stretto, mirati ad accertare selettivamente condotte illecite – anche di aggressione al patrimonio aziendale – di cui si presume, in base ad indizi concreti, siano autori singoli (o alcuni) dipendenti, anche se ciò avviene in occasione dello svolgimento della prestazione lavorativa. In questo caso si tratta di indagini che, salvo quelle condotte direttamente dalle autorità di polizia o dalla magistratura (...) possono essere attivate direttamente dal datore (...). Questi controlli si collocano al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 4, non avendo ad oggetto l'attività dei lavoratori».

<sup>159</sup> MAIO V., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *ADL*, 2016, n. 6, pag. 1186 ss.; ID, *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 68 ss., secondo cui il buon senso e i tempi della negoziazione sindacale e dell'istruttoria amministrativa non consentono di imporre al datore le condizioni procedurali di cui al comma 1 nei casi in cui voglia reprimere condotte illecite in atto o di imminente realizzazione. Secondo l'Autore nel concetto di attività dei lavoratori vi rientra solo ciò che il datore «mette in conto possa conseguire dalla relazione contrattuale, ma non eventuali fatti illeciti solo occasionati dal rapporto di lavoro». Le procedure autorizzatorie di cui al comma 1 regolerebbero, secondo tale postura, gli strumenti di controllo in funzione prevenzionale e non già strettamente defensionale. Grava tuttavia in capo al datore l'onere di provare: 1) il carattere essenziale del controllo esercitato per fronteggiare l'ingiusta aggressione; 2) l'impossibilità di ottenere in tempo utile l'autorizzazione sindacale o amministrativa; 3) la proporzionalità fra lo strumento di difesa (il controllo) e l'offesa.

Condivide tale impostazione anche VIDIRI G., *Controlli datoriali sui dipendenti e tutela della privacy nel nuovo art. 4 Stat. Lav.*, in *Corr. Giur.*, 2016, n. 11, pag. 1389 ss., il quale reputa che l'inserimento della tutela del patrimonio aziendale fra le causali di legittimità del controllo ha come scopo esclusivo di evidenziare il maggior rilievo che oggi assume l'interesse alla sicurezza e alla tutela del patrimonio aziendale nell'attuale contesto socio-economico.



del potere di controllo a distanza viene qualificato da tale parte della dottrina come manifestazione della legittima difesa del datore, da fondarsi alla luce del combinato disposto degli artt. 2044 c.c. e 52 c.p. quale forma di autotutela, di cui però il datore deve fornire la prova in un ipotetico contenzioso con il lavoratore interessato<sup>160</sup>.

Una possibile soluzione mediana fra le due tesi sopra esposte, a parere di chi scrive, sarebbe quella di reputare ancora vigente la categoria dei controlli difensivi, sottratta ai vincoli ed ai presupposti normativi di cui all'art. 4 St. Lav., con uno spettro d'operatività tuttavia limitato alle ipotesi in cui il comportamento soggetto al controllo datoriale concretizzi una condotta penalmente rilevante o comunque connotata da un *quid pluris* rispetto al mero inadempimento contrattuale, estranea all'alveo concettuale dell'«attività dei lavoratori»<sup>161</sup>. Vi è infatti chi in dottrina ritiene che, ove non si ammettesse l'utilizzabilità delle prove acquisite attraverso strumenti di controllo a distanza e dalle quali emerga la commissione di un fatto penalmente rilevante, si porrebbero addirittura i presupposti per un'ipotesi di abuso del diritto, perché – diversamente opinando – la norma statutaria fungerebbe da pretesto normativo in forza del quale lasciare impunito un illecito con rilevanza persino penale<sup>162</sup>; ciò, con ogni evidenza, darebbe luogo ad

---

<sup>160</sup> Si evidenzia, peraltro, il diverso regime probatorio previsto dal processo civile e da quello penale in ordine alla legittima difesa. Fermo restando che l'adeguata prova dei presupposti della legittima difesa deve essere fornita dal soggetto che la invoca, nel caso del processo penale la *semi probatio* è elemento sufficiente ai fini dell'assoluzione dell'imputato ex art. 530, c. 3 c.p.p. in quanto funge da scriminante; nel caso invece del processo civile, in difetto della prova piena viene meno la possibilità di invocare tale figura giuridica.

<sup>161</sup> In tal senso MARAZZA M., *I controlli a distanza del lavoratore di natura "difensiva"*, cit., secondo cui i controlli difensivi sono legittimi nella misura in cui sono funzionali a tutelare un interesse del datore ulteriore e diverso rispetto a quello tipico del creditore di una prestazione di lavoro subordinato, facendo leva sulla peculiare rilevanza penale antiggiuridica del comportamento e non già sull'esigenza di tutela del patrimonio aziendale. In senso conforme, seppur sulla base di argomentazioni parzialmente differenti, PROIA G., *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *RIDL*, 2016, n. 4, I, pag. 547 ss., il quale ammette la sopravvivenza della categoria dei controlli difensivi ove attuati in modo circoscritto e specifico per accertare e prevenire comportamenti illeciti posti in essere dal lavoratore. L'Autore sembra limitare l'ambito di ammissibilità di tali controlli alle ipotesi in cui gli illeciti siano già stati commessi o i sospetti in ordine agli stessi siano seri.

<sup>162</sup> LEVI A., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, cit., pag. 102.

un'eterogenesi dei fini o, quanto meno, ad uno sviamento rispetto alle finalità che il legislatore si era originariamente posto.

Tuttavia, onde evitare che anche tale postura intermedia abbia l'effetto di destituire la portata applicativa dell'art. 4 St. Lav., svuotandone i contenuti e l'operatività, è altresì necessario che il controllo possa essere qualificato come difensivo *ex ante* e non a fronte di una valutazione successiva, svolta *ex post* rispetto alla consumazione della condotta<sup>163</sup>. Diversamente argomentando, ogni controllo potrebbe essere considerato difensivo ove si ammettesse di poterlo qualificare a fronte del suo pieno esercizio e, dunque, al termine del processo acquisitivo dei fatti disciplinarmente rilevanti. Pertanto, il controllo difensivo può essere legittimo solo ove occasionato da un pericolo attuale, a fronte di una già realizzata commissione dell'illecito nella forma della consumazione ovvero del tentativo oppure se fondato su sospetti seri e non pretestuosi, tali da consentire di qualificare come difensivo il controllo sin dall'inizio del suo esercizio, non essendo sufficiente la mera potenzialità lesiva ovvero il mero dubbio del compimento di un illecito da parte del lavoratore che possa assumere rilevanza penale al di là dell'antigiuridicità contrattuale.

Certo è che il riferimento alla necessaria valenza penale dell'illecito extra contrattuale del dipendente, accertabile mediante un controllo di tipo difensivo, porterebbe con sé difficoltà interpretative ed operative; in tali casi, laddove si ritenga che per poter ricorrere ad un controllo difensivo il fatto oggetto di detto controllo debba avere rilevanza penale, non è chiaro se, a tal fine, sia necessario un

---

<sup>163</sup> MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., pag. 8 ss.; PINTO V., *I controlli "difensivi" del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 141 ss., sottolinea tale aspetto come un'aporia logica dei controlli difensivi. Nel medesimo senso anche GARCIA QUIÑONES J.C., *Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral: una revisión crítica a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional en España*, in *The Balance between worker protection and employer powers: insights from around the world*, Cerejeira NAMORA N. – MELLA MÉNDEZ L. – ABRUNHOSA E SOUSA D. – CEREJEIRA NAMORA G. – CASTRO MARQUES E. (a cura di), *Cambridge Scholars Publishing*, 2018, pagg. 374-375, nel commentare la disciplina italiana in materia di controlli a distanza.

pieno e concreto accertamento circa la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie di reato ovvero se sia sufficiente una sua astratta riconducibilità ad una fattispecie incriminatrice o la presentazione di una denuncia-querela da parte del datore (in quanto parte offesa, per esempio, in ipotesi di furto o danneggiato dei beni aziendali). Inoltre, anche laddove il fatto di reato dovesse sussistere, potrebbe darsi l'evenienza di una sua non perseguibilità per la particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.. L'operatività di tale istituto, confezionato con fini esclusivamente deflattivi e di economia processuale, presuppone infatti la commissione di un reato pur sempre offensivo, ancorché in misura particolarmente tenue; motivo per cui detto istituto è stato qualificato quale causa di non punibilità in senso stretto, legata cioè a valutazioni di opportunità, senza escludere l'offensività del fatto e, tanto meno, la sussistenza del fatto di reato, posto che non potrebbe esser svolta una valutazione di particolare tenuità del fatto di reato, laddove questo fatto non fosse ritenuto esistente. In tali casi il fatto di reato sussiste, ancorché, da ultimo, venga esclusa la perseguibilità penale dell'autore. Detto ciò, ove si ritenesse attuale la categoria dei controlli difensivi solo nelle ipotesi in cui la condotta illecita del dipendente assuma una rilevanza penale accertata giudizialmente, si potrebbe giungere al paradossale effetto di una pronuncia di assoluzione per particolare tenuità del fatto (che implica la sussistenza del fatto) e una parallela declaratoria di illegittimità del licenziamento (per ipotesi irrogato per furto di beni aziendali di modico valore, riprendendo l'esempio sopra citato) per insussistenza del fatto contestato, in ragione dell'inutilizzabilità dei dati raccolti per il tramite di un controllo difensivo e, come tale nella versione antecedente al Jobs Act, non soggetto ai vincoli dell'art. 4, c.1 St. Lav.. A ben vedere, in tali casi, in piena antinomia, si sconterebbe un giudizio incidentale di sussistenza, addirittura, del fatto di reato e un accertamento, in sede giuslavoristica, di insussistenza del fatto contestato.

Pertanto, sia la tesi dell'assorbimento sia ove si pretendesse che, per conferire vitalità alla categoria dei controlli difensivi, sia necessario che il

comportamento oggetto di controllo non solo abbia valenza extracontrattuale, ma costituisca altresì oggetto di un pieno accertamento in sede penale, si finirebbe per lasciare impunte condotte illecite dei lavoratori. Tuttavia, né l'art. 4 St. Lav. né la disciplina in materia di protezione dei dati personali sono stati confezionati per proteggere il lavoratore dall'accertamento della commissione di sue condotte illecite. Diversamente opinando, ne seguirebbe un'applicazione del principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto non eguale per le due parti coinvolte; principio, tuttavia, al cui rispetto deve convergere tanto l'agire del datore quanto l'operato del lavoratore.

In ogni caso, a fronte di una disamina complessiva ed attenta dell'integrale riscrittura dell'art. 4 St. Lav. e a condizione che si ammetta la sopravvivenza della categoria dei controlli difensivi nei termini sopra esposti, pare possa sostenersi che il nuovo edificio normativo si mostri tendenzialmente propenso ad una maggiore tutela degli interessi imprenditoriali, avallando una portata espansiva del potere di controllo datoriale ed inserendosi nel più ampio disegno riformatore che, con gli interventi alluvionali degli ultimi anni (di cui l'art. 23 D. Lgs. 151/2015 costituisce solo un mero tassello), ha ridisegnato la posizione del lavoratore subordinato e le tutele allo stesso apprestate; basti pensare al regime sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo, dapprima novellato con la riforma Fornero di cui alla L. 92/2012 e poi con il contratto a tutele crescenti (D. Lgs. 23/2015), nonché alla disciplina in materia di mansioni e *ius variandi* cristallizzata all'art. 2103 c.c. con l'introduzione delle ipotesi di legittimo demansionamento<sup>164</sup>. L'intervento legislativo che ha interessato la disciplina dei controlli a distanza di cui all'art. 4 St. Lav. va dunque interpretato in un'ottica macroscopica, sottraendosi a letture miopi

---

<sup>164</sup> MAIO V., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, cit.; VIDIRI G., *Controlli datoriali sui dipendenti e tutela della privacy nel nuovo art. 4 Stat. Lav.*, cit..

e monistiche, e funzionale all'esplicarsi di un'auspicata flessibilità nel rapporto di lavoro.

## **7. La persistenza del divieto assoluto e le nuove procedure autorizzatorie**

Un primo interrogativo che ha accompagnato l'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 4 St. Lav. ha riguardato l'impostazione metodologica di fondo e, in particolare, la formulazione impiegata dal legislatore.

La previgente formulazione normativa, che poneva un divieto esplicito ed assoluto («è vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori»), è stata ora sostituita da un'enunciazione precettiva di contenuto positivo che rende possibile l'impiego di impianti audiovisivi e di altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori al ricorrere delle condizioni teleologiche e procedurali anzidette nel precedente paragrafo. Ci si è chiesti, dunque, se il legislatore della riforma abbia in tal modo inteso liberalizzare l'esercizio del potere di controllo datoriale o, quanto meno, alleggerirne i vincoli, dando evidenza di tale scelta anche sul piano testuale della costruzione della fattispecie normativa.

Invero, ad una compiuta analisi del testo, la modifica normativa si è rivelata più apparente che effettiva, in quanto non si è affatto assistito, se non altro con riguardo a quanto previsto al comma 1, all'obliterazione dei vincoli finalistici e procedurali cui il controllo datoriale era assoggettato *ante* riforma. In altre parole, non è avvenuta alcuna liberalizzazione dei controlli datoriali a distanza sull'attività dei lavoratori, i quali continuano a non trovare alcuno spazio giuridico nella dimensione del rapporto di lavoro.

Secondo l'*opinio* accreditata in seno alla prevalente dottrina – cui aderisce lo scrivente –, nonostante la diversa formulazione impiegata, il divieto di controlli a distanza aventi ad oggetto l'attività lavorativa permane anche nell'attuale versione della norma statutaria<sup>165</sup>, non potendosene condividere una diversa lettura né le opzioni suggerite da alcuni autori che hanno proposto una sostituzione del previgente divieto con un permesso condizionato<sup>166</sup>. Anzi, a ben vedere il divieto del preesistente sistema può dirsi per un certo verso più esteso: la previgente formulazione vietava l'uso di impianti finalizzati al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, mentre l'attuale art. 4 St. Lav. vieta l'impiego di strumentazioni dalle quali possa derivare un controllo anche in via meramente potenziale.

---

<sup>165</sup> ALVINO I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy*, cit., pag. 16; DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, D. Lgs. n. 21/2015)*, cit.; LAMBERTUCCI P., *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore*, cit.; ID, *La disciplina dei "controlli a distanza" dopo il Jobs Act: continuità e discontinuità con lo Statuto dei lavoratori*, cit.; SALIMBENI M.T., *La riforma dell'articolo 4 dello statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, cit.; BALLETTI E., *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, cit.; RUSSO M., *Quis custodiet ipsos custodes? I nuovi "limiti" all'esercizio del potere di controllo a distanza*, in *Lab. & Law Iss.*, 2016, vol. 2, no. 2, pag. R.3 ss.; ZOLI C. – VILLA E., *Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, cit., pag. 129; FINOCCHIARO G., *Limiti posti dal Codice in materia di protezione dei dati personali al controllo del datore di lavoro*, cit., pag. 58; CARINCI M.T., *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, cit. che parla di persistenza del limite esterno al potere datoriale di controllo. Tuttavia, l'Autrice ritiene che l'eliminazione dell'espresso richiamo al divieto di controllo a distanza non abbia una portata solo simbolica, in quanto ritiene che oggi sia pienamente conforme alla legge e dunque legittimo tanto il controllo indiretto sulla prestazione lavorativa, ancorché nel rispetto dei limiti finalistici, quanto il controllo diretto esercitato per il tramite degli strumenti di lavoro. CURI F., *Profili penali dei controlli a distanza*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 209 ss., sottolinea tuttavia come la diversa formulazione abbia rilevanza dal punto di vista della sanzione penale connessa alla violazione della disposizione dell'art. 4, c. 1 St. Lav.. L'Autrice ritiene che il capovolgimento di prospettiva – non più un divieto, ma una formula positiva dei casi e dei modi nei quali è possibile installare dei sistemi di videosorveglianza – renda più arduo definire il contorno del precetto penale. Compito ancor più difficile in ragione del richiamo di una disciplina extra-penale che a sua volta opera un rinvio ai contenuti degli accordi sindacali o dei provvedimenti autorizzatori, con il rischio di sconfinare in una norma penale in bianco.

<sup>166</sup> SITZIA A., *I controlli a distanza dopo il "Jobs Act" e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in *LG*, 2015, n. 7, pag. 671 ss. ancorché evidenzi come l'impianto sostanziale della norma non sembri mutare. GOFFREDO M.T. – MELECA V., *Jobs Act e nuovi controlli a distanza*, cit., pag. 1986, i quali sottolineano comunque come tale scelta abbia una valenza politica.

Diversamente opinando e ritenendo venuto meno il divieto in parola, si giungerebbe ad un rovesciamento della prospettiva valoriale che non sembra affatto rinvenibile nella *mens legis*, posto che lo stesso legislatore delegante intendeva rivedere la disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro, salvaguardando comunque la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore.

Una diversa postura ermeneutica comporterebbe, infatti, non solo un contrasto con la legge delega e, dunque, di riflesso con l'art. 76 Cost., bensì *ex ante* con il disposto dell'art. 41, c. 2 Cost. – che individua quali limiti all'esercizio della libertà di iniziativa economica privata la libertà e la dignità umana –, nonché, infine, con i principi in materia di *privacy* e riservatezza elaborati agli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Conseguentemente, ricostruita la *ratio* normativa in tali termini ed in continuità rispetto al filo rosso che può essere tracciato rispetto alla previgente versione legislativa, permane il rapporto di regola – eccezione tra il divieto generale e i controlli preterintenzionali, con l'unica differenza che ora la duplice prospettiva è ricostruita in modo organico nel comma 1, mentre nella previgente disposizione statutaria si articolava fra i commi 1 e 2. Indi per cui, deve ritenersi che il divieto generale di controllo a distanza sull'attività dei lavoratori persista e rimanga quale presupposto implicito dell'intera architettura dell'art. 4 St. Lav., rimanendo l'ipotesi dei controlli preterintenzionali eccezionale e subordinata al ricorrere delle condizioni previste *ex lege*.

A fianco al limite teleologico, si pone poi l'ulteriore vincolo del filtro autorizzatorio, secondo una procedura co-determinativa che ricalca quella precedente, salve alcune indicazioni di dettaglio, prevedendo, dapprima, l'instaurazione delle trattative con le rappresentanze sindacali e solo in un secondo momento, in caso di mancato accordo, la possibile istanza all'Ispettorato del Lavoro (territorialmente competente o nazionale a seconda del numero e dell'ubicazione

delle unità produttive), senza tuttavia che l'inerzia di quest'ultimo possa valere quale ipotesi di silenzio-assenso, come chiarito con l'interpello n. 3/2019, in ragione della necessità di verificare la stretta connessione teleologica fra l'istanza presentata e l'esigenza manifestata<sup>167</sup>.

Una prima novità, come già anticipato, concerne la semplificazione procedurale introdotta in favore delle imprese plurilocalizzate, le quali potranno scegliere se confrontarsi sul piano sindacale e amministrativo in sede locale o nazionale, in un'ottica di legittimazione concorrente e non già esclusiva, coerente con le dinamiche della contrattazione collettiva multilivello cristallizzate all'art. 51 D. Lgs. 81/2015<sup>168</sup>. Secondo la dottrina prevalente, peraltro, la presenza di una duplice strada sindacale non richiede necessariamente, ai fini della presentazione dell'istanza di autorizzazione amministrativa, che vi sia un mancato accordo sia a livello aziendale che a livello nazionale<sup>169</sup>, in quanto, ove così fosse, verrebbe vulnerata l'esigenza di semplificazione a cui l'intervento normativo ha tentato di rispondere con l'intento di superare le contraddizioni della precedente prassi. In passato, infatti, in assenza di puntuali indicazioni normative, si richiedeva l'accordo sindacale o l'autorizzazione amministrativa per ciascuna unità produttiva interessata, con un evidente scarto di incertezza ed irragionevolezza, posto che

---

<sup>167</sup> Ispettorato Nazionale del Lavoro, interpello n. 3/2019: «la formulazione dell'articolo 4, primo comma, della legge n. 300 del 1970 non consente la possibilità di installazione ed utilizzo degli impianti di controllo in assenza di un atto espresso di autorizzazione, sia esso di carattere negoziale (l'accordo sindacale) o amministrativo (il provvedimento). Tale interpretazione appare condivisa anche dalla giurisprudenza, la quale ha da ultimo affermato che «la disegualianza di fatto e quindi l'indiscutibile e maggiore forza economico-sociale dell'imprenditore, rispetto a quella del lavoratore, dà conto della ragione per la quale la procedura codeterminativa sia da ritenersi inderogabile, potendo alternativamente essere sostituita dall'autorizzazione della direzione territoriale del lavoro» (cfr. Cass. pen. n. 22148/2017), in continuità con un orientamento interpretativo consolidato in materia (cfr. Cass. pen. n. 51897/2016; Cass. civ. n. 1490/1986). Alla luce di quanto evidenziato, con riferimento ai procedimenti attivabili mediante la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 4, comma 1, della legge n. 300 del 1970 e successive modificazioni non è, quindi, configurabile l'istituto del silenzio-assenso, occorrendo l'emanazione di un provvedimento espresso di accoglimento ovvero di rigetto della relativa istanza».

<sup>168</sup> MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit..

<sup>169</sup> *Ex multis* DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, D. Lgs. n. 21/2015)*, cit..



poteva capitare che la medesima Società pervenisse ad esiti diversi in ragione della differente area geografica coinvolta, ancorché medesime fossero le esigenze aziendali addotte a fondamento dell'installazione dell'impianto audiovisivo. Diversamente, il datore di lavoro non può scegliere di *bypassare* il confronto sindacale, in quanto l'autorizzazione amministrativa non si pone come un'alternativa alla trattativa sindacale, bensì come la seconda *chance* rimessa alla disponibilità dell'imprenditore ai fini dell'installazione di strumentazioni informatiche<sup>170</sup>.

Centrale è dunque il ruolo assunto dal filtro sindacale, quale momento deputato al vaglio della sussistenza delle finalità indicate dal datore di lavoro a supporto della propria iniziativa di installazione. A tal punto centrale che si ritiene non possa essere sostituito dall'eventuale consenso prestato individualmente da ciascun lavoratore<sup>171</sup>, anche ove prestato dalla totalità dei dipendenti. In tal caso, infatti, non potrebbe escludersi l'esistenza di un timore reverenziale o di una certa accondiscendenza del singolo dipendente rispetto ai desiderata del datore di lavoro; rischio che, invece, deve escludersi rispetto alle Organizzazioni Sindacali, in quanto unico interlocutore istituzionale del datore di lavoro nelle dinamiche delle relazioni industriali e rappresentanti un interesse altro e diverso dal punto di vista qualitativo rispetto alla mera sommatoria quantitativa degli interessi dei dipendenti. Pertanto, il necessario rispetto del filtro sindacale, senza possibilità di ricorso alla prestazione

---

<sup>170</sup> In tal senso si veda la nota dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro n. 4619/2017 che individua la fase di autorizzazione amministrativa come solo eventuale e successiva al mancato accordo con i sindacati.

<sup>171</sup> *Contra* Cass. Pen., Sez. III., 17.4.2012, n. 22611 secondo cui «logica vuole che il più contenga il meno sì che non può essere negata validità ad un consenso chiaro ed espresso proveniente dalla totalità dei lavoratori e non soltanto da una loro rappresentanza. Del resto, non risultando esservi disposizioni di alcun tipo che disciplinino l'acquisizione del consenso, un diverso opinare, in un caso come quello in esame, avrebbe un taglio di un formalismo estremo tale da contrastare con la logica. Ed infatti, l'interpretazione della norma deve sempre avvenire avendo presente la finalità che essa intende perseguire. Se è vero - come è innegabile - che la disposizione di cui all'art. 4 intende tutelare i lavoratori contro forme subdole di controllo della loro attività da parte del datore di lavoro e che tale rischio viene escluso in presenza di un consenso di organismi di categoria rappresentativi (RSU o commissione interna), *a fortiori*, tale consenso deve essere considerato validamente prestato quando promani proprio da tutti i dipendenti».

del consenso in via individuale, non rappresenta un mero formalismo – come invece sostenuto da taluna giurisprudenza penale, ancorché isolata, pronunciata in materia – acquisendo una valenza di dialogo, verifica e compromesso non sostituibile, dovendo tenere distinti il piano meramente individuale ed intersoggettivo da quello collettivo.

Tuttavia, come per il passato, anche nell'attuale impianto normativo è previsto esclusivamente un obbligo di trattare e non già di contrarre, sussistendo la strada amministrativa quale via alternativa.

In ogni caso, pare non potersi condividere la postura assunta da taluna parte della dottrina secondo cui vi sarebbe stato un declino dell'accordo sindacale, il quale, da presidio generale e salvifico della riservatezza del lavoratore, sarebbe stato surclassato a fronte della privilegiata dimensione individualistica cristallizzata con gli obblighi informativi e di trasparenza di cui al comma 3<sup>172</sup>. Invero, pare piuttosto che l'accordo sindacale abbia mantenuto la valenza di filtro procedurale deputato a verificare e legittimare il potere datoriale sia nell'*an* che nel *quo modo*, al quale si sono affiancate altre condizioni a cui subordinare la legittimità dell'installazione degli strumenti informatici, ad eccezione – ben inteso – dei dispositivi e degli strumenti funzionali all'esecuzione della prestazione lavorativa<sup>173</sup>. Eccezione che, tuttavia, appare fisiologica e ragionevole, pena un

---

<sup>172</sup> In tal senso TULLINI P., *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 97 ss.; MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., pag. 3, il quale individua in tale ridimensionamento un fattore di discontinuità rispetto al vecchio testo dell'art. 4 St. Lav.. Tuttavia, si mostra favorevole rispetto a tale scelta legislativa in ragione della «maturata valutazione negativa del controllo sindacale come presidio della riservatezza del lavoratore». Cfr. in senso sostanzialmente conforme MAIO V., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, cit.; ID, *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, cit., pag. 61 ss.; MARAZZA M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit..

<sup>173</sup> In senso conforme in dottrina si veda ZOLI C. – VILLA E., *Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*, cit., pag. 129.

eccessivo irrigidimento dei poteri imprenditoriali, il cui esercizio sarebbe stato eccessivamente ostacolato<sup>174</sup>.

Diversamente dal passato, l'accordo sindacale può essere raggiunto non più solo con la RSA, bensì anche con l'RSU, in linea con l'impianto delle relazioni industriali sigellato con il Testo Unico sulla Rappresentanza siglato il 10.1.2014 che propone uno maggior sviluppo delle Rappresentanze Unitarie, eliminando, in secondo luogo, il riferimento alle Commissioni Interne, divenuto oramai anacronistico.

Inoltre, il chiaro ed esplicito riferimento alla stipulazione dell'accordo<sup>175</sup> pare fugare ogni dubbio circa il superamento dell'orientamento espresso in tempi risalenti dalle Sezioni Unite, secondo il quale, in mancanza di norme che impongano l'uso della forma scritta per i contratti collettivi – qualificabili come contratti di diritto comune – l'accordo sarebbe stato valido anche in mancanza della forma scritta, in omaggio al principio di libertà delle forme negoziali<sup>176</sup>.

Con riguardo agli accordi sindacali già conclusi precedentemente all'entrata in vigore del testo novellato – aspetto non disciplinato dal nuovo art. 4 St. Lav. né dall'art. 23 D. Lgs. 151/2015 – pare se ne debba assumere la perdurante efficacia sino alla scadenza, laddove a termine, ovvero sin al loro recesso in caso di accordi a tempo indeterminato, secondo il principio *tempus regit actum* e l'impossibilità di imporre un costante adeguamento delle discipline collettive allo *ius superveniens*. Tale posizione sconta, tuttavia, un'importante precisazione concernente l'utilizzabilità dei dati raccolti, dovendo comunque essere consentita

---

<sup>174</sup> MAIO V., *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, cit., pag. 63, ravvisa il fattore del depotenziamento del necessario accreditamento preventivo sindacale o amministrativo nel fatto che l'area di esenzione di cui al comma 2 si estenda ad una generale ed amplissima pletora di casi. Lo scrivente dissente da tale impostazione in quanto nella prassi il datore non ricorreva mai, se non in casi eccezionali, alla preventiva autorizzazione per l'installazione degli strumenti informatici più comuni quali pc, internet, e-mail.

<sup>175</sup> Si tratta di un vero accordo collettivo e non già di un atto unilaterale autorizzatorio.

<sup>176</sup> Cass., Sez. Un., 22.3.1995, n. 3318 secondo cui «per quanto concerne i contratti collettivi, una volta venuto meno l'ordinamento corporativo, nessuno contesta l'inesistenza di una norma, che per essi preveda l'adozione *ad substantiam* della forma scritta».

l'armonizzazione con quanto previsto dal comma 3 dell'art. 4 St. Lav., determinando tale disposizione una rilevante incisione nella posizione del lavoratore subordinato. In particolare, ove nell'accordo le Parti collettive avessero espressamente escluso l'utilizzabilità delle risultanze informatiche ai fini disciplinari, onde potersi avvalere pienamente del portato normativo di cui al comma 3 a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, il datore dovrà necessariamente recedere dall'accordo sindacale e rinegoziare con le rappresentanze una nuova piattaforma circa l'installazione delle strumentazioni informatiche che non contenga l'esplicita esclusione anzidetta. Diversamente, qualora nell'accordo autorizzatorio già esistente non vi sia una simile esclusione, il datore dovrà provvedere ad adempiere alle ulteriori condizioni di cui al comma 3, ferma restando la perdurante efficacia dell'accordo sindacale. In tali casi la differenza sostanziale degli incombenti richiesti al datore al fine di poter beneficiare della piena utilizzabilità delle informazioni raccolte va ravvisata, nella prima ipotesi descritta, nell'esistenza di un divieto espresso, mancante invece nel secondo caso.

Un altro profilo che il legislatore ha mancato di regolamentare concerne poi il *quorum* richiesto per la conclusione di un accordo sindacale valido ai fini autorizzatori di cui al comma 1. In altre parole, non è chiaro se viga la regola della necessaria unanimità ovvero se sia sufficiente la sottoscrizione anche da parte di un singolo RSU o di una RSA o se, quanto meno, debba raggiungersi una quota di maggioranza delle rappresentanze sindacali.

Sul punto, appare preferibile la soluzione adottata dalla dottrina prevalente secondo cui si deve ritenere applicabile il principio maggioritario per un triplice ordine di ragioni<sup>177 178</sup>. Innanzitutto, perché è coerente con l'attuale quadro delle

---

<sup>177</sup> *Contra* MAIO V., *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, cit., pag. 87 ss., secondo cui è preferibile l'opzione dell'unanimità in quanto la procedura amministrativa è vista come misura alternativa volta ad escludere, in ogni caso, un vuoto di disciplina.

<sup>178</sup> In dottrina si veda ALVINO I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy*, cit., il quale distingue: 1) ove sia costituita una RSU vale la regola maggioritaria di cui all'art. 7 del T.U. sulla Rappresentanza;

relazioni industriali ove si è assistito ad un'istituzionalizzazione del principio maggioritario ai fini dell'efficacia dei contratti collettivi ovvero della validazione del consenso dei lavoratori in occasione dell'approvazione del CCNL<sup>179</sup>.

In secondo luogo perché il principio maggioritario consente di evitare atteggiamenti ostruzionistici da parte di sindacati minoritari ovvero anche di un solo sindacato che, diversamente, avrebbe un potere di veto totale, il che costituirebbe un'ipotesi estrema e paradossale.

Infine, lo stesso art. 4 St. Lav., nel prevedere la possibilità in capo al datore di lavoro di instaurare le trattative sindacali, ai fini dell'ottenimento dell'autorizzazione all'installazione, direttamente a livello nazionale in caso di imprese multilocalizzate, fa espresso riferimento ai sindacati comparativamente più rappresentativi, escludendo implicitamente la necessità di un consenso sindacale unanime<sup>180</sup>.

---

2) laddove vi siano delle RSA in luogo delle RSU bisogna distinguere a seconda che l'impresa sia tenuta o meno ad applicare il T.U. sulla Rappresentanza: nel primo caso potrà essere invocata la regola dell'efficacia del contratto ove approvato «dalle RSA costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che, singolarmente o assieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali»; nel secondo caso difetta una regola normativa. Tuttavia l'Autore ritiene comunque invocabile il principio maggioritario sulla scorta della risposta fornita dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali all'interpello del 5.12.2005.

<sup>179</sup> Molteplici sono i richiami al principio maggioritario contenuti nel Testo Unico della Rappresentanza del 2014: la soglia del 50% + 1 è infatti impiegata ai fini della misurazione della rappresentanza per la sottoscrizione dei CCNL in sede di rinnovo, per la presentazione delle piattaforme contrattuali, per il passaggio a RSU alla scadenza delle RSA, per il riconoscimento dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali.

<sup>180</sup> Pur tuttavia si segnala la differenza fra le espressioni di sindacato «maggiormente rappresentativo» e «comparativamente più rappresentativo», essendo quest'ultima nozione emersa progressivamente in sostituzione della prima al fine di arginare il fenomeno dei contratti c.d. pirata, conclusi con una compagine di sindacati minoritari, privi di una reale rappresentatività ma rappresentanti complessivamente la maggioranza degli interlocutori sindacali collettivi, con i quali venivano concordati trattamenti economici e normativi al ribasso, meno onerosi per gli imprenditori. Inoltre, il criterio della maggioranza aveva nel tempo mostrato le proprie inefficienze nei casi di coesistenza di più contratti collettivi riferiti ad un settore produttivo-merceologico. Il criterio della rappresentatività comparativamente maggiore assicura invece il riconoscimento di un potere legale e contrattuale alla coalizione presumibilmente più capace di realizzare assetti degli interessi collettivi più efficienti, ampi e stabili.

In mancanza dell'accordo sindacale<sup>181</sup>, s'è detto che la verifica della sussistenza delle esigenze imprenditoriali qualificate è rimessa al vaglio amministrativo cui è deputato l'Ispettorato del Lavoro<sup>182</sup>, al quale si dovrà necessariamente rivolgere in via diretta il datore nella cui realtà imprenditoriale non siano costituite le rappresentanze sindacali, come accade laddove le dimensioni occupazionali non superino la soglia dei quindici dipendenti.

Vi è chi in dottrina sostiene addirittura che, ai fini dell'integrazione del presupposto della «mancanza dell'accordo», sia di per sé sufficiente il rifiuto opposto da parte di uno dei soggetti sindacali coinvolti, anche laddove il rifiuto sia motivato in termini di declinazione della propria competenza in favore di un diverso soggetto sindacale<sup>183</sup>. Tuttavia, pare che tale postura ermeneutica riduca il filtro sindacale ad un mero formalismo, in quanto tale ipotesi, a rigore, potrebbe essere integrata anche laddove il rifiuto venga correttamente opposto a fronte dell'errata individuazione datoriale (eventualmente anche voluta) in ordine ai soggetti legittimati sul piano nazionale, in quanto, *in thesi*, non coincidenti con le rappresentanze sindacali comparativamente più rappresentative.

Rispetto alla formulazione passata, oltre ai profili di semplificazione di cui si è detto sopra, si coglie un'ulteriore differenza concernente la mancata precisazione che l'autorizzazione amministrativa viene concessa su istanza del datore di lavoro. *Prima facie* tale eliminazione potrebbe apparire priva di significato, ritenendo superflua l'esplicitazione delle riferibilità dell'istanza al datore di lavoro. Diversamente, tale aspetto potrebbe aprire nuove possibilità e

---

<sup>181</sup> Sul piano operativo, si ritiene dunque utile che il datore allegghi all'istanza il verbale di mancato accordo ovvero, in suo difetto (posto che vi è solo un obbligo a trattare e dunque potrebbe non esser siglato alcun verbale nemmeno di mancato accordo), fornisca la dimostrazione della convocazione e delle trattative svoltesi.

<sup>182</sup> Invero, nella versione originaria della riforma l'art. 4 St. Lav. faceva riferimento alle Direzioni Territoriali del Lavoro. Con il correttivo apportato con il D. Lgs. 185/2016 il legislatore ha inteso ricolleggere la norma statutaria alla disciplina di cui al D. Lgs. 149/2015 il quale, in un'ottica di razionalizzazione e semplificazione dell'attività di vigilanza in materia di lavoro, ha istituito l'Agenzia unica per le ispezioni del lavoro, denominata Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL).

<sup>183</sup> MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., pag. 11.

conferire la legittimazione per la proposizione dell'istanza all'Ispettorato del Lavoro anche ad altri soggetti, fra cui i rappresentanti sindacali, per ipotesi a tutela della sicurezza dei lavoratori.

Compito dell'organo amministrativo, da svolgersi sia documentalmente (alla luce delle allegazioni dimesse unitamente all'istanza) sia attraverso sopralluoghi in azienda ove necessari<sup>184</sup>, è la verifica che le causali addotte siano puntuali e non generiche e rispondano ai principi di necessità e proporzionalità<sup>185</sup>.

I primi commentatori della riforma si sono poi chiesti se nella suddetta attività di competenza dell'organo amministrativo rientri anche la facoltà di disporre indicazioni e correttivi. L'interrogativo è sorto in quanto il novellato art. 4 St. Lav. ha abrogato l'espresso riferimento, contenuto nella previgente formulazione, che assegnava all'Ispettorato del Lavoro la possibilità di dettare «all'occorrenza le prescrizioni per l'adeguamento e le modalità di uso degli impianti». La mancata riproposizione di tale facoltà, a parere di chi scrive, preclude all'Ispettorato del Lavoro di impartire specifici correttivi in ordine alle modalità d'uso o alle condizioni di legittimità degli impianti e degli strumenti di controllo, in quanto tale attribuzione non è ora supportata da alcun fondamento normativo e non potrebbe essere indistintamente ricondotta nell'alveo della discrezionalità dell'organo amministrativo<sup>186</sup>. Al più, onde evitare il consolidarsi di prassi di rigetto

---

<sup>184</sup> Circa la procedura semplificata già in essere si veda la nota del 16.4.2012, prot. n. 37/0007162 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con la quale è stato ritenuto superfluo il sopralluogo preventivo con riguardo alle piccole attività esposte quotidianamente a rischio di rapina a causa delle giacenze di denaro. In tali casi il Ministero ha ritenuto che le esigenze di sicurezza dei lavoratori fossero oggettive e giustificassero l'installazione degli impianti di video sorveglianza.

<sup>185</sup> L'Ispettorato Nazionale del Lavoro con la circolare n. 5/2018 ha sottolineato come le eventuali condizioni apposte all'utilizzo delle varie strumentazioni debbano essere strettamente connesse con la specifica finalità indicata nell'istanza. Quanto alla fase istruttoria e alla documentazione da presentare, l'Ispettorato ha precisato che non è necessario indicare il posizionamento esatto e il numero delle telecamere, così come appare inutile un'istruttoria basata sulle planimetrie, in quanto la fotografia dello stato dei luoghi in un dato momento storico rischierebbe di perdere efficacia ove tale stato venga modificato (si pensi per esempio ad un supermercato dove il posizionamento delle merci è soggetto a continui cambiamenti).

<sup>186</sup> In tal senso INGRAO A., *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci Editore, 2018, pag. 203 ss.; MAIO V., *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, cit., pag. 93, secondo

dell'autorizzazione richiesta, può ammettersi in capo all'Ispettorato del Lavoro la possibilità di formulare proposte e suggerimenti al datore richiedente, rimettendo a quest'ultimo la decisione ultima circa la revisione del progetto presentato, senza la possibilità di un'imposizione aprioristica e unilaterale dei correttivi alle criticità e/o alle lacune rilevate.

Quanto ai profili d'impugnazione, la modifica apportata dal correttivo del Jobs Act ha fugato ogni dubbio, smentendo anche la nota del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali<sup>187</sup>: i provvedimenti resi dall'Ispettorato del Lavoro sono definitivi e, come tali, non possono essere oggetto di ricorso gerarchico, essendo ammessa unicamente la loro impugnazione dinnanzi al TAR per i vizi tipici dell'atto amministrativo. Del resto, come confermato anche dall'art. 1, c. 3 D. Lgs. 149/2015, fra il Ministero del Lavoro e l'Ispettorato non sussiste un rapporto gerarchico, ma di mera vigilanza.

Valga in ogni caso precisare come in ambedue le procedure autorizzatorie il datore sia tenuto ad attivarsi e ad ottenere l'autorizzazione (sindacale o amministrativa) prima di procedere all'installazione degli impianti audiovisivi, non potendosi ammettere un'efficacia sanante dell'autorizzazione ottenuta *ex post*, uscendo altrimenti vanificato il valore di controllo esterno e preventivo attribuito dal legislatore alla fase autorizzatoria.

La giurisprudenza ha infatti statuito che sono necessari l'accordo con le RSA o l'autorizzazione preventiva dell'Ispettorato del Lavoro anche se l'impianto

---

cui ove si ammettesse la facoltà in capo all'organo amministrativo di limitare la portata dell'autorizzazione si introdurrebbe un'interpretazione *contra legem*.

*Contra* DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, D. Lgs. n. 21/2015)*, cit.; RUSSO M., *Quis custodiet ipsos custodes? I nuovi "limiti" all'esercizio del potere di controllo a distanza*, cit., secondo cui la mancata ripetizione del dettato normativo è dettata dalla scelta di evitare inutili ripetizioni.

<sup>187</sup> Con nota n. 20647 di data 12.11.2015, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali riteneva che nulla fosse variato, ammettendo dunque la possibilità di esperire il ricorso gerarchico, rispondente anche ad esigenze di deflazione del contenzioso e non necessitante di un'espressa previsione normativa, in quanto a norma dell'art. 1 DPR 1199/1071 le impugnazioni avverso gli atti amministrativi non definitivi hanno carattere di generalità.



non è ancora funzionante bensì solo installato<sup>188</sup>, o anche laddove sia noto e conosciuto dai lavoratori, con la conseguenza che, in difetto di adempimento di tale onere, le immagini raccolte non potranno essere legittimamente utilizzate.

Infine, con specifico riguardo ai rapporti fra il novellato art. 4 St. Lav. e la disciplina di cui all'art. 8 L. 148/2011, pare doversi aderire alla postura interpretativa che esclude che il contratto di prossimità possa essere impiegato quale strumento attraverso cui derogare alle previsioni statutarie e conferire al datore di lavoro un esercizio ancor più ampio delle proprie prerogative di controllo<sup>189</sup>.

Un primo motivo che depone in tal senso deriva innanzitutto dalla difficoltà di immaginare, anche solamente in via puramente astratta, che le organizzazioni sindacali siano disposte ad addivenire ad una contrattazione collettiva che conferisca alla controparte ancor più poteri di quanti ne abbia già attribuiti il legislatore delle riforma.

Vi concorrono, poi, anche ragioni di carattere squisitamente giuridico, concernenti non solo il profilo soggettivo degli accordi collettivi *de quibus*, bensì anche le condizioni di legittimità cui l'art. 8 L. 148/2011 assoggetta il contratto di prossimità. Basti pensare alla necessaria finalizzazione di tali contratti ad uno degli scopi prescritti *ex lege* quali alla «maggiore occupazione, alla qualità dei contratti

---

<sup>188</sup> Cass. Pen. Sez. III, 12.11.2013, n. 4331: «In tema di impianti audiovisivi di controllo a distanza dei lavoratori, l'idoneità dell'impianto a ledere il bene giuridico protetto è sufficiente ad integrare il reato, anche se l'impianto non è messo in funzione, poiché, configurandosi come un reato di pericolo, la norma sanziona *a priori* l'installazione, prescindendo dal suo utilizzo o meno».

<sup>189</sup> In tal senso MAIO V., *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, cit.; ALVINO I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy*, cit., anche se concede alla contrattazione collettiva di prossimità la possibilità di eliminare l'obbligo dell'adeguata informazione purché siano attribuiti al lavoratore strumenti idonei e suppletivi che garantiscano comunque la conoscenza e consapevolezza del dipendente. Trattasi, tuttavia, a parere di chi scrive, di una posizione contraddittoria.

INGRAO A., *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, cit., pag. 206 ss., ritiene che con il contratto di prossimità le parti non possano escludere l'applicabilità del Regolamento UE 2016/679 e, in particolare, dei principi di limitazione della finalità, di minimizzazione dei dati e di trasparenza, costituendo non solo vincoli di origine europea, bensì soprattutto regole dirette a tutelare la dignità umana dei lavoratori.

di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività».

Inoltre, ed ancor prima, l'ampliamento delle prerogative datoriali in punto di controllo tecnologico ed a distanza dell'attività dei lavoratori implicherebbe un forte rischio di vulnerazione del rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie che invece, ai sensi dell'art. 8, c. 2 *bis* L. 148/2011, è una condizione per la valida conclusioni di tali intese.

## **8. Gli strumenti di lavoro e la portata derogatoria dell'art. 4, c. 2 St. Lav.: ricostruzione di una nozione in divenire**

La principale innovazione dell'impianto normativo dell'art. 4 St. Lav. deve essere individuata nel comma 2 (da leggersi in combinato disposto con il successivo comma 3), il quale consente al datore di lavoro di andare esente dai vincoli teleologici ed autorizzatori di cui al comma 1 laddove intenda installare, impiegare ed assegnare ai propri dipendenti, taluni strumenti di lavoro e di rilevazione degli accessi e delle presenze.

In tale previsione normativa va ravvisata la risposta legislativa alle istanze riformatrici di cui si è fatta menzione in precedenza, le quali stigmatizzavano l'obsolescenza tecnologica del previgente impianto statutario. L'art. 4, c. 2 St. Lav. consente ora al datore di lavoro l'impiego di alcune strumentazioni informatiche senza la necessità di acquisire preventivamente l'autorizzazione sindacale o amministrativa e senza che l'installazione e la successiva utilizzazione delle stesse debbano necessariamente rispondere ad una delle tre finalità previste *ex lege*, a condizione che dette strumentazioni ricadano nella nozione di strumenti di lavoro ovvero di strumenti di rilevamento degli accesso e delle presenze. Tuttavia, in tali casi non viene a mancare il nesso di causalità fra la legittimità di tali controlli e le

esigenze di fondo che li consentono, in quanto il nesso è assicurato dalla valutazione operata *ex ante* dal legislatore, la quale esplica una funzione sostitutiva rispetto all'accordo sindacale e/o all'autorizzazione amministrativa previsti al comma 1. In tali casi l'installazione e l'impiego di tali strumenti sono legittimi *a priori*, in quanto giustificati dalla sussistenza di esigenze aziendali qualificate, ancorché implicite<sup>190</sup>.

Non è necessario motivare l'essenzialità di un PC, ovvero della connessione ad *Internet* o all'*Intranet* aziendale, nonché l'utilizzo di un indirizzo di posta elettronica aziendale nel contesto produttivo odierno. Altrettanto intuibili sono le legittime ragioni che giustificano l'installazione di strumenti di ingresso ed uscita dai locali aziendali, se non altro per motivi di controllo degli accessi, di incolumità pubblica, di salute e sicurezza sul posto di lavoro.

Orbene, in mancanza dell'esimente legislativa di cui al comma 2, nel tenore della previgente formulazione, tali strumentazioni, per quanto strettamente serventi all'adempimento dell'obbligazione lavorativa, rientravano nello spettro precettivo dell'art. 4 St. Lav. e dunque il loro utilizzo richiedeva il preventivo accordo con le rappresentanze sindacali<sup>191</sup>. Ciò nonostante, non infrequenti erano i casi in cui, dinnanzi alla necessità di installare un dato strumento perché funzionale allo svolgimento della prestazione lavorativa, gli imprenditori preferivano operare consapevolmente in violazione del dettato normativo piuttosto che affrontare le conseguenze di una trattativa spesso inconcludente ovvero di un diniego dell'autorità amministrativa. È facile comprendere dunque come, a fronte dei limiti normativi dettati sulla carta, in concreto si vivessero forme di assoluta deregolamentazione, con una discrasia fra il piano astratto-normativo e le prassi invece seguite all'interno delle realtà aziendali. Ciò che ne usciva compromesso era

---

<sup>190</sup> BARBIERI M., *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, cit., pag. 198 ss., ritiene comunque che anche in tali casi il controllo sull'attività lavorativa rimanga indiretto e preterintenzionale e individua rispetto al comma 1 una differenza procedurale.

<sup>191</sup> Per un'analisi di come le fattispecie oggetto di vaglio giudiziale potrebbero essere rilette ora alla luce della nuova formulazione dell'art. 4 St. Lav. si rinvia a CAIRO L., *Il controllo a distanza dei lavoratori: precedenti nella giurisprudenza decisi con le norme di oggi*, in *Lab. & Law Iss.*, 2015, vol. 2, n. 2, pag. 61 ss..

l'intero impianto normativo. Da un lato, infatti, l'imprenditore era costretto ad agire nell'illegalità, pena un irrigidimento, se non addirittura la paralisi, delle sue prerogative gestionali e produttive. Dall'altro lato, il lavoratore finiva per essere esposto ad un controllo datoriale di per sé illegittimo.

In ogni caso, per quanto la disposizione novellata sia feconda di potenzialità, v'è da evidenziare come essa non sia risolutiva delle aporie del vecchio art. 4 St. Lav., in quanto non risulta agevole la ricostruzione semantica della nozione di «strumenti di lavoro»<sup>192</sup> per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, perché tale operazione definitoria risulta in taluni casi materialmente preclusa dalla compenetrazione, in unico oggetto, di funzionalità di controllo e di funzionalità strumentali allo svolgimento della prestazione lavorativa. Secondariamente, in ragione del fatto che il perimetro concettuale di tale nozione è fisiologicamente in divenire in quanto strettamente connesso all'evoluzione tecnologica, la quale, *in thesi*, può essere foriera di apparecchiature inedite. Tale disposizione conferisce certamente maggiori margini di libertà al datore di lavoro, la cui ampiezza allo stato peraltro non è preventivabile proprio in virtù dell'intrinseca mutevolezza della nozione di strumenti di lavoro, i cui confini sono variabili non solo in rapporto all'esercizio dello *ius variandi* datoriale, bensì anche ai prodotti tecnologici che potrebbero essere introdotti nel mercato produttivo e del lavoro.

Tuttavia, il rischio intrinseco che tale novella legislativa porta con sé concerne un'eccessiva dilatazione dello spettro esegetico di tale nozione, *rectius* dell'area di esenzione concessa al datore di lavoro per l'impiego di strumentazioni informatiche dalle quali possa derivare il controllo a distanza dei dipendenti<sup>193</sup>.

---

<sup>192</sup> TROJSI A., *Al cuore del nuovo art. 4, co. 2 St. Lav.: la delimitazione della fattispecie degli «strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa»*, in *RIDL*, 2017, n. 2, II, pag. 317 ss..

<sup>193</sup> In tal senso BALLETTI E., *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, cit., pag. 136 ss., il quale ritiene che l'esenzione di cui al comma 2 rischia di rivelarsi indebitamente penalizzante per le esigenze di tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore che la stessa legge delega si proponeva di tutelare, censurando sotto un profilo di irragionevolezza la scelta legislativa che si

Ad una prima analisi della disposizione, infatti, pare doversi escludere la possibilità di individuare una nozione ontologica di strumenti di lavoro, dovendosi piuttosto prediligere l'adozione di un criterio teleologico<sup>194</sup>. In tal senso depongono due principali ragioni: l'una di carattere testuale, posto che l'art. 4, c. 2 St. Lav., ai fini derogatori, richiede una funzionalizzazione dello strumento all'esecuzione della prestazione lavorativa; e l'altra di natura materiale derivante dal fatto che il medesimo strumento potrebbe in taluni casi fungere da strumento di lavoro e al contempo da strumento di controllo<sup>195</sup>, come nelle ipotesi del *computer*, del telefono o della posta elettronica.

A tal proposito sono emerse diverse ricostruzioni esegetiche del portato normativo, le quali recano un dato comune attinente ad un necessario sforzo concettuale, volto ad abbandonare la tradizionale e statica nozione di «strumento di lavoro» legata alla dimensione eminentemente materiale.

Una prima postura sviluppatasi in seno alla dottrina, che risulta maggiormente fedele al testo di legge e come tale preferibile, presuppone un nesso di stretta indispensabilità dello strumento rispetto alle concrete mansioni che il

---

esprime in un'ottica di tendenziale sbilanciamento unilaterale in favore del datore, seppur in assenza di motivazioni pregnanti. Propone dunque, in una prospettiva *de iure condendo*, di introdurre la possibilità di attivare la procedura di cui al comma 1 anche nelle ipotesi di esenzione di cui al comma 2 a fronte di un'esplicita istanza da parte del lavoratore o delle rappresentanze sindacali. Proposta che pare non potersi condividere in quanto, ove ammessa, rimetterebbe la portata applicativa della norma al comportamento più o meno attivo del singolo lavoratore, trascurando gli intenti di carattere generale che hanno animato la riforma.

LAMBERTUCCI P., *La disciplina dei "controlli a distanza" dopo il Jobs Act: continuità e discontinuità con lo Statuto dei lavoratori*, cit., ritiene sottratta ai vincoli procedurali di cui al c. 1 solo la mera assegnazione delle strumentazioni informatiche: il controllo esercitato tramite tali strumentazioni, invece, «può trovare la sua legittimazione (e i suoi limiti) solo nel primo comma dell'art. 4 Stat. Lav.». *Contra* MAIO V., *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, cit., il quale evidenzia come non sia ravvisabile la lamentata incostituzionalità della norma sollevata invece da Lambertucci, in quanto il richiamo al Codice *privacy* funge da correttivo che consente di escludere una liberalizzazione indiscriminata dei controlli.

<sup>194</sup> Fra le prime applicazioni giurisprudenziali confermatrice di tale lettura si segnala Trib. Roma, ordinanza di data 24.3.2017, con nota a commento di GRAMANO E., *La rinnovata (ed ingiustificata) vitalità della giurisprudenza in materia di controlli difensivi*, cit..

<sup>195</sup> MARAZZA M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit., ritiene che lo strumento di lavoro rappresenti una *species* del più ampio *genus* degli strumenti di controllo.

lavoratore deve svolgere in virtù del contenuto delle obbligazioni contrattuali cui è tenuto<sup>196</sup>. In tal senso, lo strumento di lavoro non deve necessariamente presentare un substrato materiale, risultando assorbente la correlazione di diretta funzionalità all'esplicazione della prestazione lavorativa e potendo, dunque, rilevare a tale titolo anche *software* ed applicativi immateriali ed intangibili, purché serventi alle mansioni del singolo dipendente<sup>197</sup>. In quest'ultimo senso, infatti, pare potersi richiamare la scelta legislativa di abbandonare nell'art. 4, c.1 St. Lav. il riferimento al termine «apparecchiature» ed impiegare la diversa e più ampia espressione di «strumenti», la quale abbraccia non solo i dispositivi concretamente percepibili dal punto di vista materiale, ma anche i dispositivi *software*, i quali potrebbero presentare capacità di controllo anche in ragione del mero immagazzinamento e della conservazione dei dati sui *server* aziendali. Anzi, la cifra di maggior insidiosità dal punto di vista del potere di controllo tecnologico datoriale deve essere ravvisata in tali sistemi applicativi proprio perché sfuggenti all'immediata e materiale percezione del lavoratore.

---

<sup>196</sup> In tal senso DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, D. Lgs. n. 21/2015)*, cit.; SITZIA A., *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 st. lav. e il consenso (del lavoratore)*, in *Lab. & Law Iss.*, 2016, vol. 2, n. 1, pag. 83 ss.; MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., pag. 15; CARINCI M.T., *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, cit., pag. 52 ss.; SALIMBENI M.T., *La riforma dell'articolo 4 dello statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, cit., pag. 609; BALLETTI E., *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, cit., pag. 41 ss.. Conforme anche la circolare n. 2/2016 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro secondo cui «l'interpretazione letterale del disposto normativo porta a considerare quali strumenti di lavoro quegli apparecchi, dispositivi, apparati e congegni che costituiscono il mezzo indispensabile al lavoratore per adempiere la prestazione lavorativa dedotta in contratto, e che per tale finalità sia stati posti in uso e messi a sua disposizione». Per PINTO V., *I controlli "difensivi" del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, cit., pag. 147, non è necessario che lo strumento sia indispensabile: è sufficiente che, una volta assegnato dal datore, il dipendente lo utilizzi effettivamente nello svolgimento dell'attività lavorativa.

<sup>197</sup> PINTO V., *I controlli "difensivi" del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, cit., pag. 145, opera un capovolgimento di prospettiva e ritiene che per «strumenti di lavoro» debbano intendersi «i programmi ed i sistemi di natura informatica che – singolarmente considerati ovvero perché tra loro interconnessi – generano, memorizzano o trasmettono dati utili a verificare il loro funzionamento anche a fini di manutenzione o protezione; e soltanto in via, per così dire, residuale anche i dispositivi e gli apparecchi di natura materiale e tangibile». Ritiene in tal modo di superare le criticità dei dispositivi multifunzionali.

Conseguentemente, non potrà valere quale esimente dai vincoli di cui al comma 1 una connessione meramente occasionale e solo accessoria fra lo strumento e la prestazione lavorativa, al pari dell'installazione di *software* aggiuntivi e rispondenti ad esigenze di mero controllo, ancorché avvenuta su dispositivi effettivamente funzionali allo svolgimento della prestazione lavorativa. Si pensi per esempio ad applicativi informatici installati su un pc aziendale assegnato ad un dipendente, i quali siano finalizzati a misurare le tempistiche di svolgimento dei compiti lavorativi ma non siano al contempo funzionali alla loro esecuzione. In tali casi è necessario scindere il contenuto (l'applicativo installato) dal contenitore (lo strumento materiale), in ragione del fatto che il programma *software* rappresenta un *quid pluris* rispetto a quanto strettamente necessario per l'adempimento dell'obbligazione lavorativa. In questi casi, infatti, si riespandono i vincoli di cui al comma 1, potendo operare l'ipotesi derogatoria di cui al successivo comma 2 solo laddove l'*hardware* ed il *software* condividano il nesso di funzionalità in parola e non siano scindibili<sup>198</sup>, come espresso anche dallo stesso Garante della protezione dei dati personali in diverse recenti occasioni<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> SALIMBENI M.T., *La riforma dell'articolo 4 dello statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, cit.; BALLETTI E., *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, cit., pag. 135. Scettico rispetto a tale impostazione è MAIO V., *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, cit., pag. 76 ss., il quale non confida nella possibilità di ridurre tale operazione ad una valutazione tecnica di scindibilità funzionale o meno del *software*, essendo frequenti i casi di applicativi polifunzionali che non lasciano margini per tali tipi di accertamenti.

<sup>199</sup> Cfr. Audizione del Garante della protezione dei dati personali presso la Commissione Lavoro della Camera dei Deputati, 9.7.2015.

Cfr. il Provv. Garante *privacy* n. 303 – 13.7.2016 – doc. *web* n. 5408460, avente ad oggetto il trattamento dei dati effettuato dall'Università G. D'Annunzio di Chieti e Pescara. In tal caso, nel valutare se il trattamento fosse conforme al principio di liceità di cui all'art. 11, c. 1, lett. a) del Codice *privacy*, ha ritenuto che i *software* impiegati dall'Ateneo per monitorare e registrare gli accessi ad *internet* e l'uso degli *account* di posta elettronica non potessero essere considerati strumenti di lavoro ai sensi dell'art. 4, c. 2 St. Lav.. Il Garante ha precisato che «In tale nozione, infatti - e con riferimento agli strumenti oggetto del presente provvedimento, vale a dire servizio di posta elettronica e navigazione *web* - è da ritenere che possano ricomprendersi solo servizi, *software* o applicativi strettamente funzionali alla prestazione lavorativa, anche sotto il profilo della sicurezza. Da questo punto di vista e a titolo esemplificativo, possono essere considerati "strumenti di lavoro" alla stregua della normativa sopra citata il servizio di posta elettronica offerto ai dipendenti (mediante attribuzione di un *account* personale) e gli altri servizi della rete aziendale, fra cui anche il collegamento a siti *internet*, costituiscono parte integrante di questi strumenti anche i sistemi e le

Altrettanto diversa è l'ipotesi in cui il *software*, ancorché funzionale all'esecuzione della prestazione lavorativa, venga installato su un dispositivo di proprietà del dipendente. Trattasi di tecnologie comunemente definite con l'acronimo *BYOD* (*Bring Your Own Device*), le quali consentono di creare all'interno del medesimo dispositivo due ambienti diversi, dedicati rispettivamente ai dati personali del lavoratore e ai dati aziendali, senza tuttavia escludere che si possano realizzare delle connessioni o comunque delle interferenze fra le due aree informatiche. In tal modo il dipendente è in grado di collegarsi con il proprio dispositivo alla rete *intranet* aziendale, utilizzandone i dati, le applicazioni e le potenzialità. Tuttavia, vi è il potenziale rischio che il datore di lavoro carpisca informazioni che esulano dall'ambito strettamente lavorativo e riguardino, piuttosto, la vita privata del dipendente. In tal caso, il rischio di una lesione della sfera della *privacy* e riservatezza del lavoratore è ancor maggiore. Ciò nonostante, in mancanza di una prescrizione restrittiva contenuta nella norma statutaria, non può escludersi *a priori* che anche i dispositivi c.d. *BYOD* possano essere astrattamente annoverati entro l'ambito di operatività dell'art. 4, c. 2 St. Lav., purché comunque il singolo strumento sia effettivamente servente all'attività lavorativa del dipendente ancorché di sua proprietà. Certamente opportuna sarà in tali casi l'adozione da parte del datore di lavoro di filtri o altri meccanismi analoghi che riducano, se non addirittura eliminino, la possibile interferenza dei due ambienti

---

misure che ne consentono il fisiologico e sicuro funzionamento al fine di garantire un elevato livello di sicurezza della rete aziendale messa a disposizione del lavoratore (ad esempio: sistemi di *logging* per il corretto esercizio del servizio di posta elettronica, con conservazione dei soli dati esteriori, contenuti nella cosiddetta "*envelope*" del messaggio, per una breve durata non superiore comunque ai sette giorni; sistemi di filtraggio anti-virus che rilevano anomalie di sicurezza nelle postazioni di lavoro o sui server per l'erogazione dei servizi di rete; sistemi di inibizione automatica della consultazione di contenuti in rete inconferenti rispetto alle competenze istituzionali, senza registrazione dei tentativi di accesso).

Altri strumenti pure utili al conseguimento di una elevata sicurezza della rete aziendale, invece, non possono normalmente consentire controlli sull'attività lavorativa, non comportando un trattamento di dati personali dei dipendenti, e di conseguenza non sono assoggettati alla disciplina di cui all'art. 4 Stat. lav. (ad es. sistemi di protezione perimetrale – *firewall* – in funzione antintrusione e sistemi di prevenzione e rilevamento di intrusioni – IPS/IDS – agenti su base statistica o con il ricorso a sorgenti informative esterne)».



informatici. Altresì necessario, prima ancora, sarà il consenso del lavoratore a ch  il *software* aziendale venga installato sul proprio dispositivo, non potendosi ravvisare alcun onere n  obbligo del dipendente di accettare la richiesta datoriale che, ove disatteso, possa rilevare quale inadempimento.

Tornando, poi, alla ricostruzione del concetto di «strumenti di lavoro», pare non potersi condividere la diversa impostazione secondo cui sarebbe sufficiente, ai fini dell'integrazione della fattispecie esimente, che lo strumento sia funzionale ad una maggiore efficienza del lavoro, senza tuttavia esplicitare una funzione di strumentalit  essenziale all'esecuzione della prestazione lavorativa<sup>200</sup>. Tale postura porta con s  l'evidente rischio di un'indebita dilatazione della portata dell'art. 4, c. 2 St. Lav., a discapito dell'effettivit  del divieto generale di controlli a distanza sull'attivit  dei lavoratori che comunque deve ritenersi affermato dalla norma statutaria.

Vi   poi un'opzione ermeneutica ancor pi  garantista per il dipendente, che implica una duplice valutazione. L'una concernente il carattere effettivamente servente e funzionale dello strumento rispetto alle mansioni di competenza del lavoratore, richiesta anche dalla prima delle soluzioni dottrinali sin qui descritte. L'altra, invece, aggiuntiva e che richiede che l'impiego dello strumento da parte del

---

<sup>200</sup> ALVINO I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy*, cit..

In senso contrario DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, D. Lgs. n. 21/2015)*, cit., il quale ritiene che laddove vi sia un *software* incorporato in un'apparecchiatura che tuttavia eccede rispetto alle immediate esigenze della prestazione lavorativa si ricada necessariamente nel cono d'ombra dell'art. 4, c. 1 St. Lav., anche qualora le funzionalit  che tale *software* consente di soddisfare possano ripercuotersi positivamente sulla produttivit  e qualit  della prestazione. L'Autore cita a tal proposito gli applicativi finalizzati all'analisi delle registrazioni delle chiamate dei clienti utilizzate per ricavarne informazioni essenziali per una migliore commercializzazione dei prodotti. Diversamente, ritiene che debba esser svolta una valutazione caso per caso per gli applicativi dotati di GPS, a differenza invece del telepass o del cronotachigrafo che ritiene riconducibili all'ipotesi di esenzione di cui all'art. 4, c. 2 St. Lav..

dipendente avvenga sulla base di un comportamento attivo di quest'ultimo e non già a fronte di una soggezione passiva del lavoratore<sup>201</sup>.

Analizzando più approfonditamente gli strumenti che possono venire in rilievo quali strumenti di lavoro, se il PC ed il cellulare aziendale non pongono particolari problemi interpretativi ed applicativi, altrettanto non può dirsi con riguardo ai rilevatori GPS (*Global Positioning System*) con riferimento ai quali non è consentito svolgere alcuna considerazione aprioristica circa la loro sussunzione entro la fattispecie prevista dall'art. 4, c. 2 St. Lav., dovendosi verificare in concreto, alla luce delle mansioni svolte dal singolo lavoratore, se tali dispositivi possano spiegare una funzione effettivamente servente all'esecuzione della prestazione lavorativa.

Sul punto, chiarificatrice è stata la ricostruzione offerta dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro con la circolare n. 2/2016, ove è stato riconosciuto che tali sistemi debbono ritenersi in via generale un elemento aggiuntivo – come tale non essenziali ai fini dell'esecuzione della prestazione –, potendo assurgere a strumenti di lavoro solo in casi particolari, qualora la loro installazione sia dettata da comprovate ragioni di sicurezza o sia richiesta da specifiche normative. Pertanto, dovrà certamente operarsi un distinguo, per esempio, fra l'attività dell'autotrasportatore di portavalori e il conducente di un autobus di linea, non ricorrendo in quest'ultimo caso, quanto meno astrattamente, alcuna ragione tale da

---

<sup>201</sup> MAIO V., *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, cit., pag. 74 ss.. L'Autore, tuttavia, sembra tradire la propria convinzione laddove, in via generale, ritiene che l'art. 4, c. 2 St. Lav. faccia riferimento ad una mera utilità dello strumento e non dunque ad una sua stretta indispensabilità per l'esecuzione delle mansioni. MARAZZA M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit.; SALIMBENI M.T., *La riforma dell'articolo 4 dello statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, cit., pag. 610, la quale chiarisce che ai fini della ricorrenza dell'esimente è necessario che «il meccanismo che genera il controllo [sia] nella gestione del lavoratore che lo attiva o disattiva per rendere la prestazione». Egualmente anche ALVINO I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy*, cit., ancorché si smentisca parzialmente nell'affrontare l'esempio del GPS installato sulle vetture di una società dedita alla consegna di pacchi.

giustificare l'installazione del GPS sulla vettura<sup>202</sup>. Tale distinguo, tuttavia, rischia di essere rimesso unicamente alle valutazioni dell'Autorità Giudiziaria, il cui orientamento potrebbe non presentare carattere consolidato ed unanime, come già dimostrato in passato<sup>203</sup>.

In mancanza di un chiaro dato letterale, anche in seno alla dottrina non si è registrata una posizione concorde rispetto a tale tematica. Secondo alcuna parte potrebbe soccorrere quale criterio utile, ai fini dell'individuazione delle ipotesi in cui i sistemi di *GPS* possono essere attratti entro l'art. 4, c. 2 St. Lav., l'elemento della mobilità territoriale connesso con la prestazione lavorativa: il sistema di geolocalizzazione potrebbe andare esente dai vincoli di cui al comma 1 quando è per esempio impiegato da un tecnico chiamato a svolgere interventi in luoghi diversi; in tal caso consentirebbe un'esecuzione della prestazione lavorativa in tempi più rapidi e con un minor disagio personale<sup>204</sup>. Diversamente, secondo altra impostazione dottrinale, non sarebbe sufficiente che il sistema di geolocalizzazione agevoli la prestazione lavorativa, anche ai soli fini organizzativi, essendo essenziale che il lavoratore debba necessariamente avvalersi di tale strumento per rendere la prestazione lavorativa, con la conseguenza che non potrà ritenersi uno «strumento di lavoro» il *GPS* inserito nello *smartphone* dei fattorini addetti all'attività di consegna di plichi al fine di distribuire il lavoro in modo più efficiente fra i vari dipendenti<sup>205</sup>.

---

<sup>202</sup> Diversa è l'ipotesi dell'installazione di una *black box* ad una macchina assegnata al dipendente. In questo caso il sistema è nell'esclusiva disponibilità della compagnia assicuratrice e non già del datore di lavoro, al solo fine di ottenere una riduzione del costo della polizza.

<sup>203</sup> Si segnala Cass. Civ. Sez. Lav., 12.10.2015, n. 20440, ove è stato ritenuto legittimo il licenziamento irrogato ad un dipendente con il compito di coordinatore dell'operato di altri dipendenti addetti alla nettezza urbana in quanto, attraverso l'uso di GPS e di investigatori privati, la Società aveva appreso e contestato al lavoratore di essersi allontanato dalla sede aziendale durante il proprio orario di lavoro per intrattenersi nei bar o in altri locali di tavola calda, distraendosi dai propri compiti.

<sup>204</sup> MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., pag. 16 ss..

<sup>205</sup> CARINCI M.T., *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, cit., pag. 53. *Contra* ALVINO I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori*, cit., il quale ritiene che in tal modo il datore possa trarne vantaggio.

Dall'analisi sin qui condotta appare dunque che l'alea di incertezza applicativa che scontava il precedente art. 4 St. Lav. - legata soprattutto all'obsolescenza dell'impianto statutario e all'incapacità della norma di recepire e regolamentare le nuove esigenze datoriali connesse allo sviluppo tecnologico - si sia ora spostata e concentrata sul piano interpretativo nella previsione del comma 2 e, in particolare, nella ricostruzione della nozione di «strumenti di lavoro». Compito arduo, affidato agli operatori del diritto, quali dottrina e giurisprudenza, ma anche allo stesso Garante della protezione dei dati personali, sarà quello di verificare di volta in volta se lo strumento risponda ad effettive e genuine esigenze di lavoro. E tale operazione sarà ancor più complessa laddove abbia ad oggetto un applicativo informatico, imponendosi in tal caso necessariamente un'interpretazione restrittiva della sopra citata nozione, non potendosi ammettere la ricorrenza degli elementi costitutivi della fattispecie normativa laddove il *software* presenti finalità di carattere meramente organizzativo, anche laddove le stesse possano essere di ausilio alla produttività ed alla qualità della prestazione lavorativa, ma non strettamente funzionali all'esecuzione dell'attività lavorativa.

Una diversa interpretazione non solo ridurrebbe il portato applicativo del comma 1, ma comporterebbe altresì un evidente rischio di compromissione della tutela della *privacy* e della riservatezza del lavoratore<sup>206</sup>. Indi per cui, nonostante il rinnovato edificio normativo, non può certo affermarsi che la disciplina in materia di controlli a distanza non sia foriera di nodi interpretativi, che si traducono in altrettante difficoltà applicative.

Un ulteriore fattore che contribuisce inevitabilmente ad aumentare l'incertezza che connota la ricostruzione della nozione di «strumenti di lavoro» è intimamente connesso con il contesto economico e produttivo entro cui la riforma

---

<sup>206</sup> Si rinvia a DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, D. Lgs. n. 21/2015)*, cit., per una casistica delle diverse strumentazioni informatiche.

dell'art. 4 St. Lav. deve essere ascritta e, in particolare, il nuovo paradigma dell'Industria 4.0<sup>207</sup>.

Tale nuovo modello produttivo, come già anticipato nel Capitolo 1, rappresenta un'inedita forma di organizzazione del lavoro e della produzione caratterizzata dall'automazione e dalla combinazione di nuove tecnologie di produzione. In tale contesto molte delle prestazioni lavorative manuali sono state sostituite dai progressi della robotica ed è esponenzialmente aumentata l'interazione M2M (ossia uomo-macchina) nel dinamico connubio fra l'evoluzione tecnologica e gli indirizzi della produzione industriale del nuovo millennio, alla ricerca non solo della creazione di nuovi modelli di *business*, tali da incrementare la produttività, bensì anche del miglioramento delle condizioni di lavoro. Si comprende come il cambiamento tecnologico non solo non sia esogeno nel suo estrinsecarsi, ma non sia nemmeno neutrale dal punto di vista degli effetti che può riverberare nella relazione contrattuale di lavoro. All'aumentare dell'interazione *man to machine*, *rectius* all'aumentare dell'utilizzo delle strumentazioni tecnologiche per lo svolgimento della prestazione lavorativa – come si vedrà nel prosieguo con riguardo ai modelli della c.d. *gig economy* o *economy on demand* – lo spettro concettuale della nozione di «strumenti di lavoro» presumibilmente si allargherà in modo sensibile, accompagnato altresì da una revisione materiale e concettuale della nozione di «luogo di lavoro», nel passato unico e monolitico ed ora ubiquitario, connesso con la rete aziendale, a portata di pc e *smartphone*. Esito analogo subirà presumibilmente, ed in via consequenziale, anche la nozione di «sicurezza sul lavoro» in quanto sarà necessario adattare le tutele, ma anche gli obblighi a tal proposito previsti, e modellarli alla luce dei rischi che connoteranno i luoghi di lavoro. L'uso del plurale (“luoghi” anziché “luogo”) è voluto, in quanto, come già preannunciato dallo *smart working*, la presumibile evoluzione dei cardini

---

<sup>207</sup> Camera dei deputati, X Commissione permanente, *Indagine conoscitiva su «Industria 4.0»: quale modello applicare al tessuto industriale italiano. Strumenti per favorire la digitalizzazione delle filiere industriali nazionali*, 30.6.2016.

del diritto del lavoro tradizionale comporterà anche una moltiplicazione dei luoghi ove rendere la prestazione lavorativa, che si caratterizzeranno come mobili ed esterni ai locali aziendali.

Non c'è dubbio che la complementarità fra uomo e macchina – o più ampiamente intesa come tecnologia intelligente – porti con sé anche delle modifiche sulla dimensione qualitativa e quantitativa della prestazione lavorativa, sulle modalità di esecuzione della stessa (e dunque sugli strumenti necessari a tal fine), nonché sulla stessa nozione di adempimento dell'obbligazione lavorativa<sup>208</sup>. Nella c.d. *smart factory* la quasi totalità delle strumentazioni tecnologiche sono utilizzate per la realizzazione della prestazione lavorativa, con l'evidente rischio di una dilatazione non preventivabile dell'area di esonero di cui all'art. 4, c. 2 St. Lav. e uno svuotamento di vincolatività dei limiti teleologici e procedurali di cui all'art. 4, c. 1 St. Lav.<sup>209</sup>.

## 9. Gli strumenti di rilevamento degli accessi e delle presenze

Un'altra novità di cui è portatore l'art. 4, c. 2 St. Lav. concerne l'affrancamento dai limiti di cui al comma 1 per l'installazione degli strumenti di rilevamento degli accessi e delle presenze.

Tale segmento normativo ha suscitato un dibattito certamente minore rispetto all'ipotesi di esenzione prevista per gli strumenti di lavoro, ancorché non siano mancanti anche in tal caso dubbi interpretativi.

In ogni caso, vale rilevare come anche tale aspetto della novella costituisca il naturale ed auspicato esito del processo tecnologico in atto, in senso correttivo

---

<sup>208</sup> TULLINI P., *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, cit., pag. 7, sollecita un ripensamento della nozione giuridica di adempimento/inadempimento evidenziando come nel nuovo contesto produttivo si sia modificato lo spazio della volontà individuale e si ponga in tensione il criterio della diligenza di cui all'art. 2104 c.c..

<sup>209</sup> Condivide le medesime preoccupazioni TULLINI P., *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, cit., pag. 17 ss.

rispetto alle precedenti oscillazioni della giurisprudenza di Cassazione ove era risultato addirittura prevalente l'orientamento che riteneva applicabile l'art. 4 St. Lav. anche ai *badge* aziendali, subordinandone il legittimo utilizzo al preventivo accordo con le organizzazioni sindacali<sup>210</sup>, in ragione del fatto che il loro impiego comportava comunque un controllo a distanza della prestazione lavorativa sotto il profilo del *quantum* della stessa e come tale concretizzava un controllo vietato o al più preterintenzionale ove fossero ricorsi i requisiti previsti *ex lege*.

Superata tale antinomia, il problema interpretativo ora si pone con riguardo alle nozioni di «presenze» ed «accessi», in quanto il legislatore non ne ha precisato i confini semantici, lasciando aperta la possibilità di un'interpretazione estensiva che consente astrattamente di ricomprendervi anche la registrazione dell'ingresso del dipendente a determinate aree aziendali interne allo stabilimento ovvero anche dell'ingresso immateriale alle reti informatiche e *intranet*<sup>211</sup>. Ciò che si ritiene debba essere escluso, in quanto eccedente rispetto alla *ratio* e alla formulazione normativa, è l'impiego di tale disposizione per consentire al datore di lavoro il monitoraggio della presenza mobile del dipendente all'interno del luogo di lavoro, registrandone gli spostamenti rispetto alla sua postazione; ipotesi che potrebbe avvenire per il tramite di *badge* con sistema di *RFID*<sup>212</sup>. Tali questioni assumono

---

<sup>210</sup> Per l'analitica ricostruzione della rassegna giurisprudenziale e dei commenti in dottrina in ordine al *badge* aziendale si rinvia al paragrafo 5 del presente capitolo.

<sup>211</sup> Cautamente è LAMBERTUCCI P., *La disciplina dei "controlli a distanza" dopo il Jobs Act: continuità e discontinuità con lo Statuto dei lavoratori*, cit., il quale instaura un confronto con la Raccomandazione n. 5/2015 del Consiglio d'Europa, ove viene precisato che l'introduzione di apparecchiature in grado di rivelare l'ubicazione dei dipendenti non dovrebbe comunque dar luogo alla sorveglianza continuativa del dipendente, in quanto quest'ultima non dovrebbe rappresentare la finalità primaria, bensì esclusivamente una conseguenza indiretta di un atto necessario per la tutela dei richiamati interessi organizzativi e produttivi dell'impresa. L'Autore ritiene che, ove i sistemi di rilevamento delle presenze rispondano «a finalità diverse da quelle esclusivamente funzionali all'esecuzione della prestazione lavorativa», allora debbano necessariamente essere ricondotti entro l'art. 4, c. 1 St. Lav..

<sup>212</sup> In via generale, si segnala il Provv. Garante *privacy* n. 81- 1.3.2012 – doc. *web* n. 1882100, relativo ad un sistema di rilevamento delle presenze mediante sistema di prossimità a *RFID*. In tal caso il Garante ha ritenuto che il trattamento dei dati personali del lavoratore ricorrente non risultasse effettuato in violazione della legge in quanto la Società, non solo aveva provveduto ad informare i

una particolare rilevanza, poi, anche nel caso di controlli biometrici per il tramite della scansione e della successiva lettura di impronte digitali, della topografia della mano, dell'iride o del viso<sup>213</sup>.

Un primo quesito posto nella vaghezza del dato normativo concerne la possibilità che la fattispecie derogatoria, come sopra anticipato, possa abbracciare la rilevazione e la registrazione non solo dei movimenti in ingresso ed in uscita connessi direttamente con l'inizio e la fine della giornata lavorativa, ma anche gli accessi a determinate zone interne degli uffici. Tale evenienza potrebbe realizzarsi sia perché l'accesso alla zona in questione è riservato solo a determinati soggetti, sia perché la realtà datoriale entro cui il dipendente è chiamato a svolgere la propria attività è particolarmente complessa e presenta una struttura articolata, tale da prevedere diversi punti di accesso, l'uno in successione rispetto all'altro.

Sul punto, l'opinione dottrinale maggioritaria ammette tale possibilità, rilevando come l'art. 4, c. 2 St. Lav. non contenga alcuna preclusione né alcuna limitazione idonea a circoscrivere diversamente lo spettro applicativo della norma

---

lavoratori circa le modalità di funzionamento del sistema, ma non raccoglieva dati personali dei lavoratori che eccedessero le finalità di gestione del rapporto di lavoro, «essendo raccolti esclusivamente i dati relativi all'entrata o all'uscita del lavoratore, non più attraverso la "timbratura manuale" prevista dal precedente sistema, ma attraverso l'accostamento dell'attuale *badge* al lettore, il quale segnala, in modo evidente, la registrazione dei dati medesimi ed evita pertanto la raccolta di dati all'insaputa del lavoratore».

GOFFREDO M.T. – MELECA V., *Controllo accessi e presenze: condizioni di legittimità*, in *Dir. & Prat. Lavoro*, 2018, n. 13, pag. 840 ss., evidenziano, quale possibile strumento di rilevamento dell'accesso e della presenza, seppur a determinate condizioni, anche lo *smartphone*. Tale posizione è linea con quanto previsto dal Garante con il Prov. n. 350 – 8.9.2016 – doc. web. n. 5497522, *Verifica preliminare. Trattamento di dati personali dei dipendenti effettuato attraverso la localizzazione di dispositivi smartphone per finalità di rilevazione delle presenze*. Detto provvedimento è stato reso a fronte dell'istanza di Manpower S.r.l. e Manpower Italia S.r.l. d'installazione di un'app con la funzionalità di localizzazione geografica ai fini dell'effettuazione della timbratura del cartellino e della rilevazione delle presenze, consentendo alle Agenzie di somministrazione istanti un risparmio di costo (sia d'installazione dei lettori di *badge* che di manutenzione), nonché una maggiore efficienza, riducendo altresì il contenzioso legato al mancato funzionamento degli stessi.

<sup>213</sup> Un rapporto del 2005 reso dal sindacato inglese Gmb-Britain's General Union ha descritto il funzionamento di un *computer* da polso collegato ad un sistema satellitare che dirigeva il dipendente nella propria attività lavorativa, registrandone anche le pause per recarsi ai servizi igienici.



e come, peraltro, l'utilizzo della duplice espressione «presenze» ed «accessi» induca a ritenere che la finalità sia quella di consentire la registrazione non solo della presenza in servizio, ma anche dell'accesso del dipendente a determinati locali<sup>214</sup>.

Curiosa, ma non condivisibile a parere di chi scrive, è una soluzione interpretativa parzialmente differente secondo cui in tali casi la disapplicazione dei vincoli di cui al comma 1 dovrebbe essere parziale e non già totale, riguardando esclusivamente l'esonero dalla procedura autorizzativa, ma richiedendo la sussistenza delle specifiche ragioni oggettive previste da tale disposizione<sup>215</sup>. Alla base di tale postura vi è il convincimento che laddove tali strumenti potessero essere impiegati anche in assenza di esigenze organizzative e produttive, di sicurezza o di tutela del patrimonio aziendale (senza il rispetto del limite teleologico), vi sarebbe non solo una contraddizione con quanto previsto dall'art. 4, c. 1 St. Lav., ma anche un contrasto con i principi di dignità e libertà personale di cui all'art. 2 Cost.. Tuttavia, si ritiene non vi siano elementi evincibili dal dato letterale in forza dei

---

<sup>214</sup> MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., pag. 19; MAIO V., *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, cit., pag. 82 ss., ancorché ritenga che ciò sia possibile nella misura in cui la registrazione di tali accessi presenti un'intrinseca e razionale giustificazione; ZOLI C. – VILLA E., *Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*, cit., pag. 132, i quali evidenziano come l'espressione «accessi e presenze» sia più ampia di quella «accessi ed uscite» e come dunque sia possibile, in virtù dell'art. 4, c. 2 St. Lav., registrare anche gli ingressi dei dipendenti a specifiche aree aziendali, purché ciò non si traduca in un costante monitoraggio degli spostamenti degli stessi, in quanto in tal caso vi sarebbe un contrasto con la *ratio* della norma statutaria e con il Codice *privacy*; in senso analogo anche MARAZZA M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit., pag. 505 ss.. ALVINO I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy*, cit., ritiene che militi in tal senso l'uso della congiunzione “e” che conferisce al concetto di “accesso” un suo autonomo significato, con la conseguenza che tali strumenti possono essere impiegati non solo per registrare la presenza, bensì anche l'accesso a determinati locali.

*Contra* BALLETTI E., *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, cit., pag. 136, che non condivide tale estensione in quanto ritiene che in tal modo verrebbero controllati gli spostamenti del lavoratore che non possono essere ricompresi entro i concetti di “accesso” e “presenza”. Altresì contrari appaiono GOFFREDO M.T. – MELECA V., *Controllo accessi e presenze: condizioni di legittimità*, cit..

<sup>215</sup> SALIMBENI M.T., *La riforma dell'articolo 4 dello statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, cit..

quali sposare tale lettura esegetica e ritenere possibile, né tanto meno rinvenibile nella *mens legis*, una graduazione dell'ampiezza dell'esenzione prevista dall'art. 4, c. 2 St. Lav..

Va da sé che l'esenzione *de qua* potrà valere anche per la registrazione degli ingressi posticipati ovvero delle uscite anticipate dal luogo di lavoro, posto che in tali ipotesi vi è pur sempre un rilevamento della presenza/assenza del dipendente.

Qualche dubbio o quanto meno un atteggiamento maggiormente cauto si ritiene debba essere riservato per le pause intermedie effettuate nel corso della prestazione lavorativa. Pare infatti doversi escludere che il datore possa imporre al dipendente un obbligo di registrazione, con il *badge* o con analoghi strumenti, dell'inizio e della fine delle pause brevi previste *ex lege* per il ristoro della persona e il recupero delle energie psico-fisiche, in quanto in tal modo il controllo diverrebbe più capillare e non si limiterebbe alla mera rilevazione dell'accesso o della presenza sul luogo di lavoro, avvicinandosi ad una forma di monitoraggio assiduo della persona del lavoratore. A diverse conclusioni può invece giungersi laddove la pausa implichi l'uscita dai locali aziendali, per ipotesi nella pausa pranzo<sup>216</sup>; e ciò non solo in quanto tendenzialmente tali pause presentano una durata maggiore rispetto alle pause brevi di cui all'art. 8 D. Lgs. 66/2003<sup>217</sup>, ma anche in ragione del fatto che la loro registrazione risponde all'esigenza perseguita dal legislatore di consentire al datore di verificare la presenza del dipendente sul posto di lavoro. Il che potrebbe rilevare anche per motivi di sicurezza e di controllo degli accessi ai locali aziendali.

---

<sup>216</sup> BALLETTI E., *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, cit., pag. 136; MAIO V., *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, cit., pag. 85.

<sup>217</sup> Si rammenta che tale norma prevede l'obbligo di una pausa in favore del dipendente laddove l'orario giornaliero ecceda il limite delle sei ore. La definizione della durata e delle modalità di fruizioni di tali pause è rimessa alla contrattazione collettiva, in difetto della quale al lavoratore deve essere comunque concessa una pausa, anche sul posto di lavoro, di durata non inferiore a dieci minuti.

Ancor più discussa è poi la possibilità di ricondurre entro l'area di esenzione di cui all'art. 4, c. 2 St. Lav. anche gli accessi informatici. Sul punto si sono sviluppati due filoni dottrinali divergenti: l'uno permissivo, che fa leva sull'assenza, nella formulazione legislativa, di restrizioni del suo ambito di operatività<sup>218</sup> e l'altro invece, più garantista per il lavoratore, che ne esclude la legittimità<sup>219</sup>. Tuttavia, a parere di chi scrive, la soluzione di tale quesito interpretativo deve scontare il necessario confronto con l'evoluzione delle strumentazioni informatiche e tecnologiche che plasma quotidianamente ed in modo sempre maggiore il mondo produttivo ed il mercato del lavoro<sup>220</sup>. Anche in tal caso, dunque, andrà privilegiata una valutazione in concreto, caso per caso, non solo alla luce del contesto aziendale, ma anche del momento storico, in quanto sempre maggiore sarà l'integrazione fra la tradizionale dimensione della materialità, che concerne la mera registrazione dei dati di ingresso e di uscita dal luogo di lavoro, e la più recente e sconosciuta dimensione informatico-tecnologica, immateriale e come tale più difficilmente catalogabile. Prova infatti della possibilità di ritenere l'accesso informatico equipollente alla registrazione dell'ingresso in azienda la si ricava oggi nello *smart working*, ove il lavoratore, per rendere la propria prestazione, deve necessariamente connettersi, ancorché a distanza e da remoto, alla rete aziendale, registrando in tal modo la propria presenza.

---

<sup>218</sup> MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., pag. 19, anche se ritiene che tale questione possa essere assorbita in virtù del riferimento, contenuto nell'art. 4, c. 2 St. Lav., agli strumenti di lavoro a cui possono essere riconnessi, secondo l'Autore, anche i collegamenti e le connessioni telematiche del dipendente ed i controlli che ne conseguono.

MARAZZA M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit. pag. 505 ss.; ZOLI C. – VILLA E., *Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*, cit., pag. 132, a condizione che il controllo in tal modo realizzato non ecceda quello esercitato per il tramite del *badge* all'ingresso e all'uscita dal luogo di lavoro.

<sup>219</sup> BALLETTI E., *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, cit.,

<sup>220</sup> PINTO V., *I controlli "difensivi" del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, cit., pag. 140, evidenzia l'impossibilità di scindere la vita professionale dalla vita privata del lavoratore.

L'ultimo nodo interpretativo sollevato dalla norma statutaria con riguardo ai sistemi di rilevamento degli accessi e delle presenze concerne gli ingressi registrabili per il tramite delle tecniche biometriche, le quali possono assumere diverse forme e tipologie quali, a titolo esemplificativo, la rilevazione delle impronte digitali, il riconoscimento dell'iride o del volto o della forma dell'occhio, la geometria della mano, il riconoscimento vocale e financo l'analisi della struttura del DNA.

Come sottolineato dal Garante «i dati biometrici sono, per loro natura, direttamente, univocamente e in modo tendenzialmente stabile nel tempo, collegati all'individuo e denotano la profonda relazione tra corpo, comportamento e identità della persona, richiedendo particolari cautele in caso di loro trattamento. L'adozione di sistemi biometrici, in ragione della tecnica prescelta, del contesto di utilizzazione, del numero e della tipologia di potenziali interessati, delle modalità e delle finalità del trattamento, può comportare quindi rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato»<sup>221</sup>. Particolarmente rigorosa, dunque, deve essere l'analisi dei problemi interpretativi ed applicativi che tale tipo di tecniche pone, in quanto l'inclusione della persona del lavoratore subordinato e la sfera della sua riservatezza vengono quanto più in rilievo.

Per tali ragioni, nelle more della vigenza della precedente formulazione dell'art. 4 St. Lav., il Garante per la protezione dei dati personali si era espresso in più occasioni in senso contrario rispetto all'utilizzo delle tecniche biometriche per la registrazione della presenza sul posto di lavoro, ravvisando che i principi di necessità, pertinenza e non eccedenza previsti dal Codice *privacy* imponessero l'adozione di strumenti meno invasivi<sup>222</sup>. Il ricorso a tali tecniche è stato infatti ritenuto legittimo solo in casi limitati, tenuto conto delle finalità perseguite e del

---

<sup>221</sup> Provv. Garante *privacy* n. 513 – 12.11.2014 – *Provvedimento generale prescrittivo in tema di biometria*.

<sup>222</sup> Cfr. in tal senso cfr. le Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro in ambito pubblico del 14.6.2007, punto 7.1 – doc. *web* n. 1417809; Provv. n. 38 – 31.1.2013 – doc. *web* n. 2304669; Provv. n. 261 – 30.5.2013 – doc. *web* n. 2502951; Provv. n. 384 – 1.8.2013 – doc. *web* n. 2578547.

contesto entro cui il trattamento veniva effettuato, ammettendolo per esempio al fine di registrare l'accesso a specifiche aree aziendali in quanto al loro interno vi si trovavano processi produttivi o materiali pericolosi oppure processi sottoposti a segreto ovvero beni di particolare valore<sup>223</sup>.

Successivamente alla novella dell'art. 4, c. 2 St. Lav. la posizione assunta dalla dottrina sembra inserirsi *prima facie* nel solco delle linee guida tracciate dal Garante della protezione dei dati personali, in quanto coloro che ammettono il ricorso a tecnologie biometriche per la registrazione degli accessi e delle presenze e la loro riconduzione entro l'area di esenzione di cui alla sopracitata disposizione normativa, non ne riconoscono una piena liberalizzazione, circoscrivendone la portata ad ipotesi di accessi ad aree riservate ovvero laddove tali strumentazioni siano strettamente necessarie e non surrogabili<sup>224</sup>. A ben vedere, si tratta tuttavia di un piano squisitamente distinto, o quanto meno ulteriore, rispetto alle valutazioni svolte dal Garante. Quest'ultimo, infatti, si è pronunciato in ordine alla liceità dell'utilizzo dei dati biometrici nei luoghi di lavoro e, in particolare, ai fini del rilevamento degli ingressi. L'operazione cui è chiamata la dottrina ora è duplice, dovendosi valutare non già solo la loro liceità, bensì – ove al primo quesito venisse data risposta positiva – anche se tali accertamenti rientrino nella zona franca di cui all'art. 4, c. 2 St. Lav..

A tal proposito, merita di essere segnalata, nel panorama delle indicazioni che dovranno orientare gli operatori del diritto nell'attuazione del novellato testo dell'art. 4 St. Lav., la circolare n. 5/2018 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro con

---

<sup>223</sup> Si vedano *ex multis* la delibera del Garante di data 23.11.2006, n. 53; il Provvedimento Generale Prescrittivo pubblicato in data 2.12.2014, n. 280, doc. *web* n. 3556992; il provvedimento di data 23.11.2005 – doc. *web* n. 1202254, ove è stato ritenuto proporzionato l'uso di dati biometrici da parte di una Società fornitrice di tecnologie per la difesa nel settore avionico ed elettronico per rispondere alle esigenze di sicurezza e segretezza dell'accesso ad una specifica zona aziendale adibita a spazio per la realizzazione di un particolare programma.

<sup>224</sup> ZOLI C. – VILLA E., *Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*, cit., pag. 134; MAIO V., *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, cit., pag. 84; MARAZZA M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit., pag. 505 ss..

la quale, sulla scorta delle prescrizioni dettate dal Garante della protezione dei dati personali, è stato ritenuto che il riconoscimento biometrico installato sulle autovetture aziendali, necessario per avviarne il funzionamento e finalizzato ad impedirne l'utilizzo a soggetti non autorizzati, possa «essere considerato uno strumento indispensabile a “... rendere la prestazione lavorativa ...” e pertanto si possa prescindere, ai sensi del comma 2 dell'art. 4 della L. n. 300/1970, sia dall'accordo con le rappresentanze sindacali sia dal procedimento amministrativo di carattere autorizzatorio».

Il passaggio della circolare qui riportato, a ben vedere, presenta una duplice rilevanza. In primo luogo perché tipizza un'ipotesi di impiego delle tecnologie biometriche sottratta ai vincoli di cui all'art. 4, c. 1 St. Lav.. In secondo luogo – ed è questo l'aspetto maggiormente importante – in quanto la fattispecie concreta non è stata sussunta entro l'alveo degli strumenti di rilevazione degli accessi e delle presenze, bensì entro la pletora degli strumenti di lavoro, accogliendo l'impostazione sostenuta da parte della dottrina secondo cui la dubbia riconducibilità di alcune ipotesi entro il primo di detti concetti può comunque essere superata recuperando la più ampia nozione di strumenti di lavoro, che pur sempre gode dell'esenzione dai vincoli procedurali e teleologici.

## **10. Le condizioni di utilizzabilità dei dati acquisiti: adeguata informazione ed espresso richiamo al D. Lgs. 196/2003**

Per comprendere a pieno il portato innovativo della riforma cristallizzato nell'art. 4 St. Lav. è necessario che la disposizione di cui al comma 2 sia letta in combinato disposto con il dato precettivo contenuto nel successivo comma 3, del quale deve riconoscersi una duplice valenza.

La norma prevede che «Le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che 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. 196».

A ben vedere, tale disposizione, nel dettare le condizioni di utilizzabilità delle risultanze raccolte dal datore di lavoro, nel legittimo esercizio del suo potere di controllo alla luce delle condizioni di cui ai commi 1 e 2, da un lato conferisce all'imprenditore inediti margini di azione – riconoscendo espressamente che le suddette risultanze possano essere impiegate ad ogni fine connesso con il rapporto contrattuale di lavoro –, ma dall'altro lato attribuisce al lavoratore un ulteriore filtro a tutela della *privacy* e riservatezza, che integra e concorre con il filtro sindacale (o in sua mancanza amministrativo) nel circoscrivere e procedimentalizzare le prerogative datoriali. Addirittura, con riguardo al primo degli aspetti evidenziati, taluna parte della dottrina ritiene che la disposizione in parola rischi di neutralizzare i limiti dettati dall'art. 4, c. 1 in quanto verrebbe meno il vincolo finalistico a cui è stata in origine ancorata l'installazione della strumentazione che consente il controllo del lavoratore. A parere di chi scrive, però, non può censurarsi l'intervento normativo sostenendo che lo stesso abbia comportato un effetto di neutralizzazione di tale finalità, quanto meno con riguardo al momento dell'installazione dello strumento. Al contempo, non ci si può però esimere dal riconoscere che, ove rispettate le finalità previste per l'installazione, la casistica di impiego di tali dati sia davvero ampia. Ciò nonostante, anche in passato, pur senza un'esplicita previsione normativa, la giurisprudenza ammetteva l'utilizzabilità anche ai fini disciplinari dei dati legittimamente raccolti a fronte di controlli preterintenzionali; dunque, la disposizione normativa desta certamente clamore, ma in modo limitato.

Indubbiamente tale segmento della norma costituisce un ulteriore tratto di novità rispetto all'impianto statutario previgente, in quanto a differenza di quest'ultimo il legislatore della riforma ha inteso disciplinare anche il diverso piano dell'utilizzabilità dei dati e non già solo il profilo dell'installazione delle

strumentazioni dalle quali possa derivare, anche solo potenzialmente ed in via indiretta, un controllo a distanza sull'attività dei lavoratori. In particolare, la norma detta tre condizioni al cui rispetto subordina la valida utilizzabilità delle risultanze in tal modo raccolte.

In primo luogo è necessario che siano legittimi l'installazione e l'utilizzo dello strumento di controllo, *rectius* la registrazione delle informazioni. In altri termini, è essenziale che le informazioni siano state apprese dal datore di lavoro a fronte di un controllo a distanza realizzato nel rispetto dei precetti normativi di cui ai commi 1 e 2. Nel primo caso, dunque, deve sussistere il preventivo accordo con le rappresentanze sindacali o l'autorizzazione amministrativa ed il controllo deve esser stato esercitato per rispondere alle precipue esigenze concordate con i sindacati o comunque verificate ed autorizzate dall'Ispettorato del Lavoro. Nel secondo caso, invece, ferma restando l'esenzione dai vincoli finalistici e procedurali, i dati *de quibus* devono esser raccolti per il tramite dispositivi e/o applicativi effettivamente qualificabili come strumenti di lavoro ovvero di rilevamento degli accessi e delle presenze.

La seconda condizione di utilizzabilità concerne poi la preventiva e adeguata informazione che il datore di lavoro è tenuto a dare ai propri dipendenti al fine di renderli edotti della possibilità di esser controllati per il tramite di specifici strumenti, delle modalità con le quali tale controllo può avvenire, delle modalità e delle tempistiche di raccolta e conservazione dei dati e della loro utilizzabilità.

In terzo luogo, è necessario che l'intera operazione avvenga nel rispetto di quanto previsto dal Codice *privacy*, la cui disciplina viene integralmente ed espressamente richiamata, con conseguente attrazione anche delle prescrizioni dettate in materia dal Garante per la protezione dei dati personali<sup>225</sup> ed ora anche dal Regolamento UE 2016/679.

---

<sup>225</sup> *Ex multis* in tal senso BARBIERI M., *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, cit., pag. 194; ALVINO I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy*, cit..



Ove siano rispettate in via cumulativa tutt'e tre le condizioni dettate dall'art. 4, c. 3 St. Lav., i dati e le informazioni raccolte potranno essere impiegate per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro<sup>226</sup>, ancorché alcuna parte della dottrina ritenga che il datore non possa impiegarli per verificare le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa<sup>227</sup>. Invero, stando al tenore letterale della norma, è ampio lo spettro di possibilità di utilizzo che si apre dinnanzi al datore di lavoro, con una prospettiva che, si auspica, vada al di là del mero esercizio del potere disciplinare<sup>228</sup> e si traduca anche in un possibile strumento di efficientazione dell'organizzazione produttiva e di ausilio anche ai fini della strutturazione delle politiche premiali<sup>229</sup>.

Proprio l'ampiezza delle possibilità di utilizzo delle risultanze dei controlli a distanza ha costituito motivo di critica dell'operazione di riforma, inducendo il Garante della protezione dei dati personali ad affermare che il controllo dell'adempimento della prestazione lavorativa «diverrebbe in tal modo un "effetto naturale del contratto", in senso civilistico»<sup>230</sup>; cosa peraltro ammessa pacificamente in altri ordinamenti europei, tra cui quello spagnolo.

---

<sup>226</sup> Preme evidenziare come MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., pag. 21, ritenga che l'utilizzazione coincida con l'esame e la valutazione dei dati raccolti e come dunque le condizioni di cui al comma 3 dell'art. 4 St. Lav. debbano essere rispettate solo qualora e nel momento in cui il datore decida di impiegare in tal senso i dati raccolti per il tramite delle strumentazioni informatiche. Tuttavia, tale postura sconta una non attuabilità sul piano pratico, in quanto mina l'effettività della tutela del lavoratore. In senso critico può citarsi TULLINI P., *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa*, cit., pag. 112, la quale ritiene che debba essere assoggettata alla disciplina generale l'intera attività che comporti l'acquisizione di dati personali del lavoratore, a prescindere dal fatto che gli stessi vengano o meno poi esaminati e fruiti da parte del datore di lavoro.

<sup>227</sup> In tal senso PINTO V., *I controlli "difensivi" del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, cit., pag. 148 ss..

<sup>228</sup> MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., pag. 20, ipotizza che tali dati potranno essere utilizzati anche per le valutazioni in ordine alla remunerazione in rapporto ai risultati raggiunti ovvero alle competenze professionali; analogamente anche MARAZZA M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit..

<sup>229</sup> Sul punto, si rinvia ai criteri dettati in via esemplificativa quali indici oggettivi a cui ancorare la maturazione del premio di risultato, ai fini dell'ottenimento dei benefici fiscali, previsti dal Decreto interministeriale di data 25.3.2016 formalizzato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, fra i quali vi è anche la riduzione dell'assenteismo.

<sup>230</sup> Cfr. l'audizione del Garante della protezione dei dati personali presso la Commissione Lavoro della Camera dei Deputati, 9.7.2015, ove è stato così affermato: «La possibilità del controllo

Rimettendo l'approfondimento della terza condizione al prosieguo dell'elaborato, coinvolgendo detta tematica considerazioni più ampie circa la relazione fra la disciplina statutaria e quella prevista dal D. Lgs. 196/2003, è necessario prendere in esame il secondo degli anzidetti requisiti, il quale costituisce il perno della disposizione di cui al comma 3.

L'adempimento dell'obbligo informativo cui è tenuto il datore di lavoro, stando al tenore letterale della norma, viene configurato come un atto unilaterale, che non abbisogna della manifestazione di alcun consenso da parte del lavoratore, il quale si pone come mero destinatario passivo cui non è lasciato alcuno spazio per una legittima opposizione<sup>231</sup>. Tuttavia, in seno alla dottrina non sono mancate opinioni di segno opposto, secondo cui sono assai limitate le ipotesi rinvenibili nel rapporto di lavoro annoverabili entro l'area di esenzione dal necessario consenso delineata dal Codice *privacy*; secondo tale filone, laddove il controllo tecnologico possa avere ad oggetto dati sensibili e non vi sia una legittima autorizzazione generale del Garante, dovrebbe esser precluso al datore l'esercizio del potere di controllo e disciplinare in mancanza di un consenso validamente e previamente prestato da parte del dipendente<sup>232</sup>.

---

dell'adempimento della prestazione, mediante gli strumenti "di lavoro", diverrebbe in tal modo un "effetto naturale del contratto", in senso civilistico, in quanto finirebbe con il discendere naturalmente dalla costituzione del rapporto di lavoro. E' 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)».

<sup>231</sup> MARAZZA M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit.; MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit.; ALVINO I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy*, cit.; RUSSO M., *Quis custodiet ipsos custodes? I nuovi "limiti" all'esercizio del potere di controllo a distanza*, cit.; PROIA G., *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *RIDL*, 2016, n. 4, I, pag. 547 ss., il quale ritiene che l'art. 4 St. Lav., in quanto norma speciale rispetto alla disciplina generale in materia di *privacy*, configuri uno specifico presupposto legale di legittimazione del trattamento dei dati personali.

<sup>232</sup> In tal senso SITZIA A., *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 st. lav. e il consenso (del lavoratore)*, cit.. *Contra* ALVINO I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice*

Effettivamente, tale scelta legislativa si staglia rispetto al tradizionale impianto del Codice *privacy* ove invece l'informativa non costituisce altro che un atto prodromico al consenso dell'interessato, senza il quale l'adempimento dell'obbligo informativo è *inutiliter datum*. Il D. Lgs. 196/2003 è infatti imperniato sulla necessità del consenso del soggetto passivo, in difetto del quale il trattamento dei suoi dati personali – fatti salvi casi eccezionali<sup>233</sup> – non è giuridicamente lecito<sup>234</sup>.

Pare in ogni caso si debba sposare la prima delle anzidette ricostruzioni dottrinali che esclude la stretta necessità del consenso del singolo lavoratore, in quanto l'art. 4, c. 3 St. Lav. non impone tale requisito ai fini dell'utilizzabilità delle risultanze, ad eccezione delle ipotesi in cui il datore voglia impiegare le informazioni per altri fini non connessi al rapporto di lavoro. Non sembra infatti che il rinvio alla disciplina di cui al Codice *privacy* possa assumere un'estensione tale da riportare entro l'alveo precettivo statutario anche le ulteriori condizioni previste dal D. Lgs. 196/2003. Diversamente opinando, non si rinverrebbe alcuna ragione nella scelta legislativa di prevedere l'obbligo della preventiva informazione e non già anche quello del consenso. Se effettivamente il legislatore della riforma

---

della *privacy*, cit., secondo cui «si può ritenere che il trattamento, eseguito nell'esercizio del potere di controllo, sia coperto dall'autorizzazione che il Garante pronuncia annualmente ai sensi dell'art. 26, comma 4, lett. d), d.lgs. 196/2003, posto che anche tale tipologia di trattamento appare funzionale al corretto esercizio delle facoltà connesse alla gestione del rapporto di lavoro».

<sup>233</sup> Invero, nella vigenza dell'art. 24 Codice *privacy*, ora abrogato e sostituito dall'analoga previsione di cui all'art. 5 Reg. UE 2016/679, il Garante si era mostrato incline a sussumere entro la fattispecie di esenzione del consenso prevista in caso di sussistenza di un legittimo interesse del datore anche ipotesi giustificate da esigenze organizzative e produttive. Parimenti ha interpretato in senso lato anche l'ulteriore fattispecie di esenzione concernente le ipotesi in cui il trattamento e la diffusione dei dati personali dei lavoratori fossero necessari per dare esecuzione a obblighi derivanti da un contratto, affermando che fosse consentita l'affissione nella bacheca aziendale di ordini di servizio, turni feriali e lavorativi, l'individuazione delle mansioni etc..

Quanto al legittimo interesse, si segnala il considerando n. 47 del Regolamento UE 2016/679, secondo cui potrebbe integrare tale ipotesi l'esistenza di «una relazione pertinente e appropriata tra l'interessato e il titolare del trattamento, ad esempio quando l'interessato è (...) alle dipendenze del titolare del trattamento».

<sup>234</sup> Per un approfondimento in ordine alla relazione fra la valenza del consenso e i diritti della personalità si rinvia a THOBANI S., *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali o lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2016, n. 2, pag. 513 ss..

avesse inteso subordinare l'utilizzabilità dei dati raccolti per il tramite dei controlli tecnologici a distanza di cui all'art. 4 St. Lav. a tutta la normativa prevista dal D. Lgs. 196/2003, ivi compreso al requisito del necessario consenso, allora sarebbe stato sufficiente il richiamo in sé a tale *corpus* normativo senza alcuna previsione di dettaglio circa la preventiva ed adeguata informativa. Per attribuire una coerenza sistematica alla disposizione di cui all'art. 4, c. 3 St. Lav. è infatti necessario operare un contemperamento fra l'integrale applicazione della disciplina del Codice *privacy* e la sua totale esautorazione. La scelta legislativa adottata reca con sé implicitamente anche un'operazione selettiva, che esclude dunque, a parere dello scrivente, la necessità del consenso del lavoratore<sup>235</sup>. A ben pensare, infatti, ove così non fosse, si verrebbero potenzialmente a creare delle situazioni di forte disomogeneità all'interno della medesima azienda, in quanto l'operatività dell'art. 4 St. Lav. sarebbe rimessa alla discrezionalità del singolo dipendente, che consapevolmente e liberamente potrebbe decidere se manifestare o meno il proprio consenso a che il datore di lavoro possa utilizzare le risultanze raccolte dalle strumentazioni informatiche in uso ed eventualmente sanzionare sul piano disciplinare il lavoratore inadempiente. Ove così fosse, con ogni probabilità nessun dipendente sarebbe disposto a prestare il proprio consenso. Ma ciò non sarebbe possibile né praticabile, in quanto si verrebbe a determinare una situazione di squilibrio nel sinallagma contrattuale, ove il baricentro sarebbe eccezionalmente spostato in capo al dipendente; senza considerare che in tal modo l'art. 4 St. Lav. verrebbe svuotato di portata applicativa in quanto sarebbe sufficiente la mancata prestazione del consenso da parte del lavoratore per paralizzare le facoltà datoriali.

Tuttavia, anche aderendo alla postura esegetica che non ritiene indispensabile l'acquisizione del consenso del lavoratore, non può sottrarsi il valore non già solo simbolico bensì sostanziale dell'introduzione di tale onere

---

<sup>235</sup> *Contra* BARRACO E. – SITZIA A., *Potere di controllo e privacy*, Ipsoa, 2016, pag. 73 ss..

preventivo, in quanto rafforza l'istanza di trasparenza e la valorizzazione dell'elemento di consapevolezza del dipendente<sup>236</sup>.

L'informativa in tal modo entra a pieno titolo fra gli elementi costitutivi del lecito esercizio del potere di controllo tecnologico datoriale a distanza, in linea con quanto previsto anche dal Regolamento UE 2016/679, ove l'obbligo di informativa ha acquisito una sua autonomia e rilevanza anche nelle fattispecie ove non è necessario il consenso, diversamente dall'impostazione tradizionale precedente dove l'informativa era presente solo qualora il controllo fosse stato legittimo in presenza del consenso del soggetto interessato<sup>237</sup>.

Un'ulteriore discontinuità rispetto alla disciplina del D. Lgs. 196/2003 sembra rinvenibile negli adempimenti connessi con l'informativa, i quali appaiono differenti da quelli prescritti dall'art. 13 Codice *privacy*, ancorché abrogato dal D. Lgs. 10.8.2018, n. 101 di adeguamento della normativa nazionale con le previsioni del Regolamento UE 2016/679<sup>238</sup> e sostituito da quanto disposto dagli artt. 13 e 14 dell'anzidetto Regolamento. Ai fini dell'utilizzazione delle risultanze del controllo, anche alla luce delle prime applicazioni successive all'entrata in vigore della nuova normativa, non appare sufficiente l'adempimento dell'obbligo di preventiva ed adeguata informazione di cui all'art. 4, c. 3 St. Lav., occorrendo altresì che il datore di lavoro abbia adempiuto altresì all'obbligo, più generale, di informativa previsto

---

<sup>236</sup> MAIO V., *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, cit., pag. 75, valorizza l'informativa quale condizione di consapevolezza del lavoratore potenzialmente controllato; in senso conforme PINTO V., *I controlli "difensivi" del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, cit., pag. 153, secondo cui è la prima ed imprescindibile condizione d'utilizzabilità; MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., pag. 22, sottolinea come tale consapevolezza possa comportare degli effetti indotti, fra cui, non solo un effetto dissuasivo, ma anche l'accentuazione della condizione di soggezione del lavoratore subordinato.

<sup>237</sup> In tal senso OGRISEG C., *Il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche*, in *Lab & Law Iss.*, 2016, vol. 2, n. 2, pag. 29 ss..

<sup>238</sup> SITZIA A., *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 st. lav. e il consenso (del lavoratore)*, cit., ritiene che l'informativa di cui all'art. 4, c. 3 St. Lav. sia additiva rispetto agli obblighi previsti dall'art. 13 Codice *privacy* (ora abrogato) rispetto ai quali «si pone come adempimento differente e speciale anch'esso autonomamente necessario ai fini della legittimità del trattamento».

dagli artt. 13 e 14 del Regolamento europeo (ex art. 13 D. Lgs. 196/2003); informativa, quest'ultima, finalizzata all'ottenimento del consenso del lavoratore per il trattamento dei dati personali e nella quale dovrà essere altresì indicato il titolare del trattamento dei dati (da distinguersi rispetto alle diverse figure del responsabile e dell'incaricato al trattamento degli stessi)<sup>239</sup>. Nonostante le differenze, comune alle due tipologie di informative sembra essere la funzione ultima svolta, consentendo al soggetto interessato (*id est* il lavoratore) di verificare *ex post* se il comportamento del datore sia stato conforme ai limiti legali, potendo in caso contrario azionare tutti gli strumenti legali a difesa dei propri diritti lesi<sup>240</sup>.

Quanto alla forma, in assenza di una prescrizione normativa sul punto, pare che l'informativa potrà essere alternativamente contenuta in documenti autonomi, formati *ad hoc* dalle aziende, ovvero essere inserita anche nelle *policies* aziendali<sup>241</sup> tramite una loro integrazione. In ambedue i casi dovranno essere dettagliate le modalità di effettuazione dei controlli e le modalità di trattamento dei dati ivi raccolti, prendendo in esame gli strumenti di lavoro e di registrazione degli accessi e delle presenze tramite i quali il controllo potrà essere esercitato. Funzionali a ch  tale informativa possa spiegare un'effettiva utilit  e rispondenza all'intento

---

<sup>239</sup> L'art. 4 Reg. UE 2016/679 definisce:

«titolare del trattamento: la persona fisica o giuridica, l'autorit  pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalit  e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalit  e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri;

responsabile del trattamento: la persona fisica o giuridica, l'autorit  pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento».

<sup>240</sup> *Contra* PROIA G., *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, cit., il quale sottolinea la diversa finalit  cui le due informative sono preposte: quella di cui all'art. 13 D. Lgs. 196/2003 (ora sostituita da quella ex artt. 13 e 14 Reg. UE 2016/679) quale atto prodromico e funzionale all'ottenimento del consenso e l'informativa ex art. 4, c. 3 St. Lav. per consentire al dipendente di conoscere *ex ante* gli adempimenti dovuti.

<sup>241</sup> *Ex multis* TULLINI P., *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa*, cit., pag. 116 ss., ritiene che l'obbligo di cui all'art. 4, c. 3 St. Lav. possa essere assolto integrando l'informativa di cui all'art. 13 D. Lgs. 196/2003 (ora sostituita da quella ex artt. 13 e 14 Reg. UE 2016/679) ovvero combinandola con la *policy* aziendale relativa all'uso degli strumenti di lavoro.

legislativo saranno la comprensibilità e la chiarezza del suo contenuto. È infatti necessario che il datore, nella redazione dei documenti che andranno ad incorporare l'informativa prevista dall'art. 4, c. 3 St. Lav., riesca a trovare il giusto temperamento fra il tecnicismo intrinsecamente connesso a qualsivoglia descrizione di una strumentazione informatica e l'esigenza di un linguaggio chiaro ed intellegibile dai propri dipendenti.

Ancorché sia necessario che il dipendente venga informato puntualmente su ogni strumentazione dalla quale possa derivare, anche solo in via indiretta, un controllo a distanza della sua prestazione lavorativa, pare debba escludersi la concreta fattibilità della soluzione maggiormente rigorosa, proposta da taluna parte della dottrina, secondo la quale ciascun lavoratore dovrebbe ricevere l'informativa limitatamente agli strumenti effettivamente impiegati. Tale pretesa individualizzazione dell'informativa, per quanto funzionale a garantire una maggiore effettività dell'obbligo previsto dall'art. 4, c. 3 St. Lav., si scontra, a parere di chi scrive, con la realtà concreta. Ove si volesse conferire a tale informativa natura individuale sarebbe necessario procedere, *in primis*, alla classificazione del personale dipendente in gruppi omogenei in ragione delle diverse strumentazioni impiegate e, in secondo luogo, alla redazione di un numero di documenti informativi pari al numero dei gruppi di lavoratori così formati.

Tuttavia, oneri di questo tipo difficilmente potrebbero essere adempiuti per le difficoltà pratico-operative che comporterebbero, soprattutto nelle grandi realtà imprenditoriali. Il che determinerebbe non solo il rischio, dal lato del datore, di non poter validamente utilizzare le informazioni in tal modo raccolte, bensì anche l'insorgere di possibili prassi elusive che si rifletterebbero in altrettante intrusioni illegittime nella sfera privata dei lavoratori. Inoltre, tale soluzione implicherebbe la consegna di una nuova informativa ogni qualvolta al dipendente dovesse essere assegnato un nuovo strumento di lavoro, seppur già in uso nella realtà aziendale. Da garanzia meritevole per il lavoratore si tradurrebbe in un appesantimento dei vincoli burocratici in capo al datore.

Con riguardo invece ai canali attraverso i quali rendere nota l'informativa ai dipendenti, il panorama di soluzioni offerto dalla dottrina è stato il più disparato, a dimostrazione della mancanza di precise indicazioni da parte del legislatore. Vi è infatti chi ritiene preferibile una comunicazione individuale<sup>242</sup> e chi invece reputa sufficiente una comunicazione generalizzata a tutto il personale<sup>243</sup>, con possibilità di accesso individuale alla documentazione o affissione nelle bacheche aziendali, parimenti a quanto prescritto dall'art. 7 St. Lav. con riguardo al codice disciplinare. La soluzione più rigorosa appare preferibile, anche al fine di consentire al datore di lavoro di provare in giudizio l'effettivo adempimento dell'obbligo in parola. Un'eventuale incertezza sul punto, emersa in un ipotetico contenzioso giuslavoristico, non consentirebbe al giudice di ritenere utilizzabili le risultanze del controllo tecnologico datoriale, travolgendo tutti gli atti posti in essere in via consequenziale. Si pensi, ad esempio, ad una causa di impugnativa di un licenziamento disciplinare irrogato esclusivamente in virtù di quanto appreso dal datore sulla base delle evidenze raccolte nel pc o nell'*e-mail* aziendale. Laddove il datore adducesse in giudizio di aver avvisato preventivamente il dipendente circa il possibile impiego del contenuto delle *e-mail* o dell'attività svolta sul pc aziendale ad ogni fine connesso con il rapporto di lavoro, ivi compreso l'avvio di un procedimento disciplinare, ed affermasse che tale informativa sia stata fornita al dipendente mediante l'affissione sulla bacheca aziendale, si potrebbero porre dei dubbi circa la conoscibilità di tale informativa. A maggior ragione, ancorché si tratti

---

<sup>242</sup> Addirittura MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., pag. 24, ritiene opportuna anche la prova documentale della ricezione della comunicazione, aggiungendo tuttavia come tale prova possa essere fornita anche mediante affissione in luoghi accessibili ai lavoratori interessati; ALVINO I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy*, cit., reputa non sufficiente la pubblicazione sulla rete *intranet* aziendale o l'affissione in bacheca.

<sup>243</sup> MARAZZA M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit., pag. 513; DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, D. Lgs. n. 21/2015)*, cit.. *Contra* MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., pag. 24, secondo cui l'informazione deve essere mirata per ciascun dipendente in quanto deve riguardare specificamente gli strumenti di lavoro da egli utilizzati.



di un'ipotesi puramente ipotetica, se il dipendente, al momento dell'affissione in bacheca, fosse assente per malattia, ferie o congedo. Qualora il Giudice dovesse ritenesse che l'anzidetto canale di comunicazione sia di per sé insufficiente e non idoneo, ancorché l'informativa, per ipotesi, sia stata affissa in luogo accessibile a tutti, il licenziamento verrebbe inevitabilmente travolto da una radicale nullità, con conseguente reintegra del lavoratore nel posto di lavoro. Evidenti, dunque, sono i rischi cui è esposto il datore in caso di mancato soddisfacimento di anche solo una delle condizioni di utilizzabilità tipizzate dall'art. 4, c. 3 St. Lav..

## **11. Inosservanza della procedura autorizzatoria e profili di antisindacalità della condotta datoriale**

Il mancato rispetto di una delle condizioni individuate all'art. 4, c. 3 St. Lav. rende inutilizzabili i dati raccolti per il tramite delle strumentazioni informatiche, ivi compresi gli strumenti di lavoro e di rilevamento delle presenze e degli accessi. Il disposto normativo non lascia adito a dubbi circa la radicale inutilizzabilità di tali informazioni, non potendo essere in alcun modo impiegate. Viene dunque positivizzato un principio già espresso nelle aule giudiziarie anche nella vigenza della precedente versione dell'art. 4 St. Lav., ove comunque la giurisprudenza era incline ad escludere che i fatti appresi all'esito di un controllo datoriale illegittimo potessero essere impiegati nei confronti del lavoratore ai fini disciplinari.

In tali casi l'inutilizzabilità spiega i propri effetti sul duplice piano sostanziale e processuale, non potendo i dati raccolti essere impiegati nemmeno come prova in giudizio, essendo piuttosto annoverabili fra le prove illecite.

Ancorché non vi sia unanimità in dottrina sul punto e nonostante l'assenza di una norma processual civilistica che sancisca in via generale l'inutilizzabilità in

giudizio delle prove illecite<sup>244</sup>, come invece accade nell'ordinamento processuale penale ove l'art. 191 c.p.p. prevede espressamente l'inutilizzabilità in giudizio della prova illecita acquisita in violazione dei divieti disposti *ex lege*, si ritiene che l'edificio normativo di cui all'art. 4 St. Lav. e le precipue regole dettate in ordine all'utilizzabilità dei dati raccolti per il tramite delle strumentazioni informatiche costituiscano altrettanti vincoli e limiti di utilizzabilità di tali informazioni quali prove in sede giudiziale. In altri termini, i vincoli dettati dal *corpus* statutario e dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali, che viene espressamente richiamata nell'art. 4, c. 3 St. Lav., convergono unanimemente nell'individuare le condizioni a cui subordinare sul piano sostanziale il legittimo esercizio del potere di controllo datoriale sotto il duplice profilo dell'installazione delle strumentazioni informatiche dalle quali il controllo possa derivare ed altresì della raccolta e del trattamento dei dati in tal modo registrati. Ciò significa che tali condizioni si tradurranno in altrettanti vincoli di carattere processuale finalizzati alla preclusione dell'utilizzabilità della prova illecitamente acquisita.

Diversamente opinando, i limiti dettati dall'art. 4 St. Lav. verrebbero del tutto disattesi ed elusi. Motivo per cui, ove si voglia conferire alla norma statutaria la valenza di effettivo ed efficace deterrente rispetto ad eventuali abusi del potere di controllo tecnologico datoriale, è necessario che la regola dell'inutilizzabilità valga sia per il datore di lavoro che per il Giudice, il quale sarà tenuto ad espungere dal materiale probatorio i mezzi di prova raccolti in modo illegittimo, fra i quali potranno essere annoverate non solo le prove precostituite (quali, per esempio, i filmati delle telecamere), ma anche talune prove costituende, come le dichiarazioni testimoniali rese in giudizio ed inerenti al contenuto delle videoregistrazioni.

Il fatto di cui il datore dovesse venire a conoscenza a fronte di un controllo illegittimo cessa infatti di essere un fatto contestabile, ossia un fatto che nel suo disvalore assume giuridicamente una rilevanza disciplinare, essendo

---

<sup>244</sup> Per un approfondimento si rinvia a GAMBA C., *Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, in *Lab. & Law Iss.*, 2016, vol. 2, n. 1, pag. 122 ss..

intrinsecamente unitario nella sua realtà fattuale e giuridica. Conseguentemente, non solo quel fatto sarà inutilizzabile ad ogni fine connesso con il rapporto di lavoro, ma gli eventuali atti posti in essere dal datore e su di esso fondati saranno radicalmente nulli in quanto ne viene a mancare *ab origine* un valido e lecito fondamento fattuale e giuridico.

Addirittura, vi è chi in dottrina ritiene che le condizioni di utilizzabilità previste dall'art. 4, c. 3 St. Lav. possano essere applicabili in via analogica a tutti i tipi di controllo occulto, anche qualora non a distanza, ivi compresi i controlli difensivi esercitati per esempio per il tramite di un'agenzia investigativa, circostanza spesso frequente al giorno d'oggi <sup>245</sup>.

Del resto, la sanzione dell'inutilizzabilità trovava un addentellato normativo anche prima dell'entrata in vigore della novella dell'art. 4 St. Lav. in ragione della stretta connessione che, comunque, avrebbe dovuto esser ravvisata con la disciplina di cui al D. Lgs. 196/2003. A ben vedere, infatti, l'inutilizzabilità avrebbe potuto esser pur sempre ricavata dal disposto dell'art. 11, c. 2 del sopra citato decreto che disponeva che «I dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati» e, dunque, dei principi di necessità, liceità e finalità, nonché proporzionalità, pertinenza/adequatezza e non eccedenza dettati dal combinato disposto degli artt. 3 e 11, c. 1 D. Lgs. 196/2003.

La prescrizione dell'art. 11, c. 2 D. Lgs. 196/2003 precludeva infatti al datore di lavoro di utilizzare le informazioni apprese attraverso un processo acquisitivo illecito; il ché determinava la radicale nullità di ogni atto che dallo stesso fosse derivato, sino a travolgere anche il licenziamento disciplinare fondato su addebiti di cui il datore fosse venuto a conoscenza esclusivamente in virtù del controllo illegittimo. Infatti, come sottolineato dalla dottrina ancor prima della

---

<sup>245</sup> Così FALSONE M., *L'infelice giurisprudenza in materia di controlli occulti e le prospettive del suo superamento*, in *RIDL*, 2015, n. 4, II, pag. 990 ss., in ragione della non rilevanza penale della violazione dell'art. 4, c. 3 St. Lav. secondo la previsione dell'art. 171 Codice *privacy*, con conseguente esclusione di una sua interpretazione necessariamente tassativa.

riforma dell'art. 4 St. Lav., l'art. 11 D. Lgs. 196/2003 identificava una regola generale di nullità ed inefficacia derivante dalla violazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali che implicava, in via derivata, la nullità di ogni atto prodotto o comunque realizzato attraverso un impiego illegittimo di tali dati<sup>246</sup>. Ad oggi, ancorché l'art. 11 D. Lgs. 196/2003 sia stato abrogato nell'operazione di raccordo complessivo fra la disciplina nazionale e quella europea dettata dal Regolamento UE 2016/679, analoga previsione di inutilizzabilità la si rinviene nell'art. 2 *decies* del nuovo Codice *privacy* che dispone che «I dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati, salvo quanto previsto dall'articolo 160-bis»<sup>247</sup>. Peraltro, si evidenzia che ad oggi permane la lacuna normativa sopra indicata con riguardo ad un'esplicita sanzione di inutilizzabilità della prova illecita nell'ambito del processo civile, in quanto l'art. 160 *bis* del Regolamento europeo rinvia alle «pertinenti disposizioni processuali» presenti all'interno dell'ordinamento giuridico di ogni Stato membro, che nel nostro caso, sul versante processual-civilistico, mancano..

Distinta attenzione merita, poi, la specifica ipotesi della violazione della procedura autorizzatoria da instaurarsi con i sindacati ai sensi dell'art. 4, c. 1 St. Lav..

In tali casi, infatti, alla sanzione dell'inutilizzabilità, di cui si è detto ampiamente sopra, si aggiungono anche profili di antisindacalità della condotta datoriale, inquadrabili entro la fattispecie prevista dall'art. 28 St. Lav.. Trattasi infatti di un profilo venuto in rilievo anche nel contesto normativo anteriore alla riforma, posto che l'art. 4 St. Lav. attribuiva comunque alle rappresentanze

---

<sup>246</sup> SITZIA A., *Il diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Cedam, Padova, 2013, pag. 159-160.

<sup>247</sup> L'art. 160 *bis* prescrive così: «La validità, l'efficacia e l'utilizzabilità nel procedimento giudiziario di atti, documenti e provvedimenti basati sul trattamento di dati personali non conforme a disposizioni di legge o di Regolamento restano disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali».

sindacali l'importante funzione di filtro preventivo, che si traduceva in capo al datore di lavoro nell'onere a trattare (ancorché non a contrattare) con i sindacati.

Nella prassi applicativa, la giurisprudenza di merito e di legittimità aveva ravvisato profili di antisindacalità laddove il datore avesse installato degli strumenti che consentivano un controllo a distanza dei lavoratori senza il previo accordo con le rappresentanze sindacali<sup>248</sup> ovvero laddove l'accordo fosse stato raggiunto con un sindacato minoritario, escludendo per contro l'organizzazione maggiormente rappresentativa<sup>249</sup>.

Medesime sono ora le possibilità di tutela offerte alle rappresentanze sindacali pretermesse dalla procedura autorizzatoria di cui al comma 1 e medesimi saranno altresì gli effetti di cui il singolo lavoratore potrà beneficiare in caso di accertamento dell'antisindacalità della condotta denunciata, posto che l'ordine di inibizione giudiziale di cui all'art. 28 St. Lav. si traduce nell'ordine di disinstallazione degli impianti illegittimi – giacché non sarebbe sufficiente il mero spegnimento – e la cancellazione dei dati illecitamente registrati. In tali casi, infatti, la condotta datoriale posta in essere in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 4, c. 1 St. Lav. concretizzerebbe una condotta plurioffensiva ai sensi e per gli effetti dell'art. 28 St. Lav., in quanto lesiva non solo degli interessi collettivi delle rappresentanze sindacali, bensì anche degli interessi individuali dei singoli lavoratori destinatari di un controllo tecnologico datoriale illegittimo. In questi casi, infatti, il medesimo atto datoriale sarebbe qualificabile non solo come condotta

---

<sup>248</sup> Cass. Civ., Sez. Lav., 16.9.1997, n. 9211, ove è stato altresì precisato che «ogni considerazione in ordine alla esclusione di uno specifico elemento intenzionale è ultroneo (oltre che infondata per il principio di cui sopra), ove si consideri che il comportamento illegittimo, contro il quale è preposta la tutela ex art. 28 citato, si è verificato in occasione e per effetto della mera installazione dell'impianto senza il preventivo assenso di detti organi sindacali, e cioè, per la semplice violazione dell'obbligo legale del datore di lavoro a misurarsi con questi ultimi sulla opportunità dell'installazione. Ne consegue che i motivi per cui il detto obbligo è stato legislativamente imposto sono assolutamente irrilevanti per la configurazione della condotta antisindacale, non potendosi revocare in dubbio che è lo stesso disconoscimento del ruolo riservato dalla legge ai detti organismi a costituire momento di sanzionabile attentato alla loro libertà e attività»; Tribunale di Milano, 30.3.2006; Tribunale di Milano, 6.7.2007.

<sup>249</sup> Tribunale di Lucca, 4.2.2015, in *Foro it.* 2015, n. 4, I, 1384.

antisindacale ma, allo stesso tempo, anche come inadempimento contrattuale sul piano del rapporto individuale di lavoro.

Il mancato rispetto dell'art. 4 St. Lav. espone inoltre il datore di lavoro anche ad altre responsabilità, declinate in modo eterogeneo sul versante civilistico, amministrativistico e penalistico.

Quanto alla prospettiva civilistica, viene in rilievo l'azione giudiziale del lavoratore volta a contestare la legittimità della condotta datoriale prospettabile sia in caso di mancanza di un accordo sindacale (e dell'autorizzazione amministrativa) sia in caso di raggiungimento di un accordo che però contenga alcune clausole lesive dei diritti fondamentali del lavoratore. In tali ipotesi, dunque, il lavoratore potrà agire in giudizio e chiedere la condanna del datore al risarcimento del danno non patrimoniale da lui patito ovvero valorizzare tale circostanza quale elemento comprovante un'ipotetica condotta di *mobbing* o *straining*, considerato che un controllo massivo, anelastico e pervasivo realizzato in spregio ai diritti fondamentali della persona potrebbe certamente assumere i tratti di un comportamento datoriale vessatorio, oltre che lesivo della sfera della *privacy* e della riservatezza del dipendente<sup>250</sup>.

## **12. La responsabilità penale del datore di lavoro nella disciplina dei controlli a distanza**

La ricostruzione della responsabilità penale del datore di lavoro derivante da un illegittimo esercizio del proprio potere di controllo non è agevole in ragione delle riforme normative intervenute, le quali, con un'operazione sartoriale di "taglia e cucì", dietro l'apparente abrogazione della sanzione penalistica non hanno in realtà fatto altro che mutarne la fonte normativa, ingenerando non poca confusione.

---

<sup>250</sup> Cfr. LEVI A., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, cit., pag. 146 ss..

Originariamente, infatti, la violazione dell'art. 4 St. Lav., al pari dell'inosservanza di altre norme statutarie (fra cui gli artt. 2, 5, 6 e 8 St. Lav.), era punita con l'ammenda o con l'arresto ai sensi del disposto normativo dell'art. 38 St. Lav.. Con l'avvento del Codice *privacy* si è posta l'esigenza di un raccordo fra la normativa di cui al D. Lgs. 196/2003 ed il *corpus* statutario, realizzato, con riguardo all'art. 4 St. Lav., per il tramite dell'art. 114 di tale decreto.

A ciò si è accompagnata una duplice operazione legislativa: da un lato l'art. 179, c. 2 D. Lgs. 196/2003 ha eliminato dall'art. 38 St. Lav. il riferimento all'art. 4 St. Lav., facendo dunque credere che la violazione di tale norma statutaria fosse stata depenalizzata; dall'altro lato, l'art. 171 del medesimo decreto ha reintrodotto la sanzione penale con riguardo alla violazione dell'art. 114<sup>251</sup>. Ciò che era stato eliminato dalla porta è dunque rientrato dalla finestra, con la conseguenza che in caso di violazione dell'art. 4 St. Lav. dovevano comunque ritenersi applicabili le sanzioni previste dall'art. 38 St. Lav. alla luce del combinato disposto degli artt. 114 e 171 Codice *privacy*<sup>252</sup>, quali – salvo che il fatto costituisse più grave reato – l'ammenda da 154 a 1.5439 euro o l'arresto da quindici giorni ad un anno, da applicarsi congiuntamente nei casi più gravi. Ipotesi, quest'ultima, la cui concreta sussistenza non è agevole identificare, con conseguenti difficoltà anche rispetto alle valutazioni circa l'operatività dell'istituto della prescrizione obbligatoria di cui all'art. 15 D. Lgs. 124/2004<sup>253</sup>. Certo è, che in tal modo sono stati di molto sfumati

---

<sup>251</sup> Analoga sorte è toccata anche all'art. 8 St. Lav..

<sup>252</sup> CURI F., *Profili penali dei controlli a distanza*, cit., pag. 209 ss., evidenzia in realtà come «questo doppio rimbalzo di disciplina sanzionatoria non può che minare alle fondamenta del vincolo costituzionale alla tassatività della norma incriminatrice».

<sup>253</sup> Trattasi di un istituto la cui applicazione è affidata al personale ispettivo laddove venga rilevata una violazione di carattere penale punita con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda ovvero con la sola ammenda. In tali casi il personale ispettivo ha il potere di prescrizione che consiste nell'indicare al datore trasgressore i tempi e le modalità di esecuzione delle modifiche che si rendono necessarie, nonché l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria per la regolarizzazione. Nell'ipotesi in cui il datore provveda alle modifiche necessarie secondo quanto indicato nella prescrizione, allora è consentito il pagamento della sanzione pecuniaria in misura ridotta. Tuttavia, ciò non è consentito nei casi più gravi di cui all'art. 38, c. 2 St. Lav. in quanto si ha l'applicazione cumulativa dell'arresto e dell'ammenda.

i profili intimamente giuslavoristici dell'apparato sanzionatorio, essendo stato quest'ultimo totalmente trasfuso nel contesto privatistico del Codice *privacy*<sup>254</sup>.

Come se il tortuoso percorso normativo non fosse stato già sufficientemente macchinoso, il legislatore è nuovamente intervenuto, dapprima con l'art. 23 D. Lgs. 151/2015 e da ultimo con il D. Lgs. 101/2018; quest'ultima tuttavia in un'ottica di parziale semplificazione. L'art. 15, c. 1 lett. f) D. Lgs. 101/2018 ha infatti riscritto il testo dell'art. 171, rubricato “*Violazioni delle disposizioni in materia di controlli a distanza e indagini sulle opinioni dei lavoratori*”, prevedendo che: «La violazione delle disposizioni di cui agli articoli 4, comma 1, e 8 della legge 20 maggio 1970, n. 300, è punita con le sanzioni di cui all'articolo 38 della medesima legge».

Ad oggi, dunque, il datore è esposto ad una responsabilità penale solamente laddove violi l'art. 4, c. 1 St. Lav., a differenza invece di quanto era stato previsto con la novella del 2015, ove l'art. 171 richiama espressamente, quale fonte di sanzione penale, anche la violazione dell'art. 4, c. 2 St. Lav.. Conseguentemente, qualora il datore dovesse esercitare il proprio potere disciplinare sulla base delle informazioni raccolte per il tramite di un *software* installato appositamente su di un dispositivo in uso dal dipendente con l'esclusiva finalità di controllarne l'attività e modificandone le funzionalità originarie, la sua condotta, per quanto illegittima – non potendosi far rientrare l'anzidetto dispositivo modificato nella nozione di strumenti di lavoro –, sarà unicamente sanzionata con l'inutilizzabilità dei dati in tal modo raccolti e, al più, quale fonte di responsabilità civile risarcitoria laddove il dipendente agisca in giudizio e riesca a dimostrare la lesione dei suoi diritti fondamentali e il pregiudizio patito.

Trattasi di una lacuna (ovvero di una decisione) normativa che potrebbe lasciare impunte condotte datoriali illegittime ed egualmente rilevanti. Una possibile soluzione interpretativa che potrebbe superare tale criticità, ravvisando

---

<sup>254</sup> CURI F., *Profili penali dei controlli a distanza*, cit., sottolinea come lo spostamento della normativa sanzionatoria comporti concrete ricadute pratiche in quanto assumono rilevanza i pronunciamenti del Garante per la protezione dei dati personali, i quali, nello stratificarsi di fonti di grado diverso, finiscono per integrare la fattispecie penale.



comunque un'ipotesi di responsabilità penale anche in capo al datore che abbia esercitato il proprio potere di controllo in modo illegittimo per il tramite dei dati registrati in uno strumento non qualificabile come strumento di lavoro, presuppone una lettura sistematica dell'art. 4, cc. 1 e 2 St. Lav.<sup>255</sup>.

Si ponga l'esempio dell'impiego delle informazioni registrate da un GPS laddove quest'ultimo non sia effettivamente funzionale alla prestazione lavorativa, bensì strumentale ad una maggior efficienza complessiva dell'azienda. Ovvero, in alternativa, l'esempio di un *software* aggiuntivo, installato su un dispositivo assegnato al dipendente per l'esecuzione della prestazione lavorativa, quale un PC, un cellulare o un tablet ove viene a mancare il nesso di funzionalità di cui si è detto sopra rispetto all'adempimento delle mansioni. Si pensi ad un sistema che monitori le tempistiche di esecuzione dei vari compiti attribuiti al dipendente al fine di valutarne il rendimento e la rapidità.

In questi casi l'illegittimità del controllo potrebbe rilevare non solo rispetto al dettato normativo dell'art. 4, c. 2 St. Lav. bensì, a sua volta, anche di quanto disposto dal comma 1 della norma statutaria. A ben vedere, infatti, nelle ipotesi sopra descritte il datore di lavoro impiega con finalità di controllo delle strumentazioni tecnologiche che non possono essere attratte entro il novero degli strumenti esenti dai limiti di cui all'art. 4, c. 1 St. Lav.. Tale violazione, in concreto, non rappresenta un'inosservanza solamente dell'art. 4, c. 2 St. Lav. bensì anche del comma 1 in quanto realizza un indebito utilizzo dell'area di esenzione identificata dalla prima norma ed una mancata soggezione ai vincoli teleologici e procedurali di cui alla seconda disposizione.

---

<sup>255</sup> Accede a tale lettura DAGNINO E., *Tecnologie e controlli a distanza*, in *DRI*, 2015, n. 4, pag. 988 ss., che ritiene, all'opposto, che la previsione in forza della quale la violazione del comma 2 costituiva fonte di responsabilità penale fosse un'evidente aporia legislativa. Favorevole all'inclusione della violazione dell'art. 4, c. 2 St. Lav. fra le ipotesi di responsabilità penale STANCHI A., *Nel Jobs Act il nuovo articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori*, in *GL*, 2015, n. 38, pag. 41, secondo cui la disposizione statutaria sottende il divieto di trasformazione di uno strumento di lavoro in strumento di controllo.



# CAPITOLO III

## La tutela della *privacy* e della riservatezza del lavoratore

---

SOMMARIO: 1. La dignità della persona come fondamento costituzionale dei diritti alla riservatezza e alla protezione dei dati personali – 2. Il rapporto fra Codice della *privacy* e l’art. 4 St. Lav.: verso un auspicabile coordinamento? – 3. I controlli tecnologici e la tutela della *privacy*; 3.1. Il monitoraggio degli accessi ad *internet* e della posta elettronica; 3.2. Il monitoraggio delle telefonate; 3.3. Un’inedita fattispecie: i *social networks* fra diritto di critica e responsabilità disciplinare; 3.4. L’utilizzo dei dati biometrici – 4. Le ricadute delle innovazioni tecnologiche sui controlli conoscitivi dei lavoratori nei nuovi contorni della *big data analytics* – 5. Lo *Smart working* e la *digital Economy*: un confine labile fra vita personale e ambito lavorativo

### 1. La dignità della persona come fondamento costituzionale dei diritti alla riservatezza e alla protezione dei dati personali

Come ampiamente descritto sin qui, l’interesse datoriale all’esercizio del proprio potere di controllo, ivi compreso ed *a fortiori* quello tecnologico, si scontra inevitabilmente con le istanze di tutela del diritto alla *privacy* di cui sono portatori i lavoratori dipendenti e con le quali il primo deve essere necessariamente bilanciato. Costituisce infatti un consolidato principio di diritto vivente, a più riprese espresso dalla Corte di Cassazione, quello in virtù del quale le esigenze datoriali volte alla tutela del patrimonio aziendale e ad evitare il compimento di fatti illeciti da parte dei lavoratori, ancorché meritevoli di tutela, non possono «assumere una portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di

garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore»<sup>256</sup>, nemmeno nelle ipotesi di controllo occulto di tipo difensivo.

Invero, all'interno del diritto alla *privacy* comunemente invocato è necessario operare un distinguo volto a circoscrivere, da un lato, il diritto alla riservatezza e, dall'altro lato, il diritto alla protezione dei dati personali, inteso quale diritto alla *privacy* in senso stretto. Tali due diritti si atteggiavano diversamente sul piano giuridico, avendo ad oggetto beni giuridici distinti e rappresentando l'uno l'origine storico-giuridica dell'altro<sup>257</sup>.

Il diritto alla riservatezza<sup>258</sup> rappresenta l'antesignano del concetto e del diritto di *privacy* inteso in senso moderno, essendo identificato con il diritto ad essere lasciato solo (il c.d. *right to be alone*) e, dunque, configurato come una libertà di contenuto negativo, volta ad escludere soggetti terzi dal conoscere vicende strettamente personali, evitando dunque illegittime intrusioni nella propria sfera riservata<sup>259 260</sup>. Una chiara enunciazione da parte della Corte di Cassazione in tal senso deve essere collocata negli anni '70, essendo stato affermato che «deve ritenersi esistente nel nostro ordinamento un generale diritto della persona alla

---

<sup>256</sup> *Ex multis* Cass., 13.5.2016, n. 9904; Cass., 1.10.2012, n. 16622.

<sup>257</sup> RODOTÀ S., *Intervista su privacy e libertà*, Edizioni Laterza, 2003, pag. 7 ss., racconta come la nascita della concezione moderna di *privacy* venga comunemente fatta risalire ad una vicenda americana di fine Ottocento e, in particolare, a Samuel Warren, avvocato di successo, e Louis Brandeis, grande giudice divenuto successivamente componente della Corte Suprema degli Stati Uniti. I due scrissero un articolo, intitolato *The right to Privacy*, pubblicato nel 1890 sulla *Harvard Law Review* occasionato da una vicenda personale che aveva coinvolto Warren, che si lamentava delle cronache mondane sulla moglie, le quali rischiavano di compromettere la sua immagine di avvocato. Invero, ancorché tradizionalmente individuato come punto di partenza del diritto alla *privacy*, la logica di fondo era eminentemente proprietaria.

<sup>258</sup> Definito anche diritto alla "privatezza" da SITZIA A., *Il diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, cit., pag. 11, riprendendo la definizione di Carnelutti utilizzata a metà degli anni '50.

<sup>259</sup> In giurisprudenza si veda Cass. 27.5.1975, n. 2129, ove il fondamento del diritto alla riservatezza è stato individuato nelle norme ordinarie e costituzionali che tutelano aspetti peculiari della persona, nonché nelle disposizioni che richiamano espressamente la vita privata della persona.

<sup>260</sup> BARRACO E. – SITZIA A., *Potere di controllo e privacy*, cit., pag. 73 ss., distinguono fra il diritto alla riservatezza in senso stretto, da intendersi quale diritto assoluto, e il diritto al segreto nei rapporti fra privati, il quale è un diritto relativo che consiste nel vincolo del silenzio imposto ad una determinata persona o categoria di persone per limitare la conoscibilità di una data notizia ove la non conoscibilità sia supportata da un interesse apprezzabile del titolare. Gli Autori ritengono inoltre il diritto alla riservatezza come disponibile, seppur nei limiti statutari e del Codice *privacy*.

riservatezza, inteso alla tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari le quali, anche se verificatesi al di fuori dal domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le esigenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non siano giustificate da interessi pubblici preminenti»<sup>261</sup>. Tuttavia, il diritto alla riservatezza che aveva come riferimento il legislatore del 1970 nell'elaborazione dello Statuto dei Lavoratori ha subito, nelle more applicative dello stesso, una profonda evoluzione di carattere sostanziale, essendosi arricchito di nuovi contenuti ed avendo ampliato i propri contorni precettivi, al punto da indurre taluna dottrina ad individuare detta metamorfosi come uno dei due fattori di crisi dell'equilibrio definito all'interno dell'art. 4 St. Lav.<sup>262</sup>.

Ad oggi, infatti, si è posta l'esigenza di tutelare un *quid pluris* rispetto al mero interesse a non subire illegittime intrusioni nella propria sfera privata, arrivando a garantire, in modo dinamico, il diritto di disposizione e controllo dei propri dati personali, ivi compreso il diritto ad escludere la conoscenza e/o conoscibilità degli stessi da parte di soggetti terzi. Questo, infatti, rappresenta l'approdo più moderno della nozione di *privacy*, il cui diritto si differenzia sul piano giuridico dal diritto alla riservatezza, essendo configurato come libertà a contenuto positivo. Inoltre, l'oggetto del diritto alla *privacy* è certamente più ampio rispetto al distinto diritto alla riservatezza, in ragione dell'estensione del concetto di «dato personale», inteso come qualsivoglia informazione, anche laddove costituita da immagini o audio, relativa ad una persona fisica identificata o identificabile<sup>263</sup>. Per tal motivo il diritto alla protezione dei dati personali (*privacy* in senso stretto) è anche noto come *information privacy*, *informational privacy* o *data privacy*, ovvero

---

<sup>261</sup> Così Cass., 27.5.1975, n. 2129.

<sup>262</sup> ALVINO I., *L'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, cit..

<sup>263</sup> LEVI A., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, cit., pag. 11 ss. e 57 ss., sottolinea l'ampiezza della nozione non solo di dato personale, bensì anche di trattamento dei dati.

come diritto all'autodeterminazione informativa in quanto esprime il potere di controllo dei flussi informativi riguardanti i propri dati personali<sup>264</sup>. Quest'ultimo diritto, a ben vedere, rappresenta la ridefinizione in senso funzionale del tradizionale diritto alla riservatezza<sup>265</sup> e trova un proprio fondamento, seppur aggiornato alla luce del progresso tecnologico, in ciò che a metà degli anni Ottanta la Corte di Cassazione definiva come il diritto «all'intangibilità della propria proiezione sociale», nonché diritto ad una «fedele e completa rappresentazione della personalità individuale del soggetto nell'ambito della comunità, generale e particolare, in cui tale personalità è venuta svolgendosi, estrinsecandosi e solidificandosi» ovvero il diritto a che non venga «alterato, travisato, offuscato o contestato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale»<sup>266</sup>.

Ad una tutela di carattere statico si è dunque affiancata, e non già sostituita, una tutela di carattere dinamico, interrelazionale o c.d. anche procedimentale<sup>267</sup>. Non è il diritto ad essere lasciati soli, bensì il diritto ad essere se stesso e a sviluppare delle relazioni sociali senza il rischio di illegittime intrusioni o di discriminazioni<sup>268</sup>. Il diritto alla protezione dei dati personali consente dunque di riportare la persona umana – e, ai fini che qui interessano, il lavoratore – al centro di uno sviluppo tecnologico socialmente e giuridicamente sostenibile che, diversamente, si rivelerebbe un mero despota. Così inteso, il diritto alla *privacy* tende a «rendere possibile lo sviluppo integrale della persona, l'esplicazione reale ed effettiva delle sue libertà» fungendo da «“garanzia-presupposto” dell'esercizio di altri diritti fondamentali»<sup>269</sup>, rovesciandone la prospettiva genetica.

---

<sup>264</sup> FINOCCHIARO G., *Limiti posti dal Codice in materia di protezione dei dati personali al controllo del datore di lavoro*, cit., pagg. 52-53.

<sup>265</sup> AIMO M., *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, cit., pag. 135.

<sup>266</sup> Cass., 22.6.1985, n. 3769.

<sup>267</sup> SITZIA A., *Il diritto alla “privatezza” nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, cit., pag. 11.

<sup>268</sup> SORO A., *Persone in rete. I dati fra poteri e diritti*, Fazi editore, Roma, 2018, pag. 7.

<sup>269</sup> AIMO M., *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, cit., pag. 36.

Il paradosso è che nel nostro ordinamento la tutela della *privacy* si è affermata per la prima volta, se non altro *in nuce*, con lo Statuto dei Lavoratori in favore della categoria contrattualmente debole del lavoratore subordinato. Quella che sino a tal momento era stata rivendicata come una prerogativa tipicamente borghese, veniva ora riconosciuta quale specifica garanzia del lavoratore<sup>270</sup>.

Emblemi di tale scelta legislativa sono gli artt. 4 e 8 St. Lav.. Con specifico riguardo all'art. 4 St. Lav. emerge con chiarezza come la dignità e riservatezza siano i poli centrali alla cui tutela e garanzia la disciplina in materia di controlli a distanza è stata preposta sin dall'origine, come chiaramente indicato dalla stessa ubicazione della norma entro il Titolo I, rubricato "*libertà e dignità del lavoratore*". Ma è ancor di più con l'art. 8 St. Lav. che la riservatezza del lavoratore ha ricevuto e riceve tuttora una tutela di carattere generale, venendo a rappresentare un limite esterno all'esercizio del potere direttivo e di controllo del datore di lavoro, assistito addirittura da una sanzione penale, finalizzato a circoscrivere i rilievi e le implicazioni della persona del lavoratore rispetto a quanto funzionalmente connesso con l'adempimento della prestazione, *rectius* con la soddisfazione dell'interesse del datore, quale creditore civilistico.

Premesso ciò, bisogna evidenziare come nel mondo contemporaneo le nuove tecnologie possano rappresentare non già solo una risorsa per il lavoratore, bensì anche una minaccia per i suoi diritti fondamentali, quali la dignità, la riservatezza, l'autodeterminazione e financo l'identità personale, in quanto il lavoratore diventa potenzialmente assoggettato ad un controllo capillare, indiscriminato e delocalizzato<sup>271</sup>. Basti pensare al fatto che ora il datore di lavoro ha una pletora di strumenti attraverso cui esercitare le proprie prerogative di controllo di gran lunga più ampia rispetto al passato e che, in ragione delle

---

<sup>270</sup> SORO A., *La privacy del lavoratore*, in *Persone in rete. I dati fra poteri e diritti*, cit., pag. 93 ss.; RODOTÀ S., *Intervista su privacy e libertà*, cit., pag. 24 ss..

<sup>271</sup> COLAPIETRO C., *Digitalizzazione del lavoro e tutela della riservatezza della persona*, cit., 21 ss.; ZICCARDI G., *Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, cit..

potenzialità pervasive delle tecnologie, quest'ultime si prestino facilmente ad abusi ed usi devianti. Le aziende sono nelle condizioni, al di là dei limiti legali, di controllare la posta in entrata ed in uscita dell'*account* aziendale dei lavoratori, la loro posta personale ove visionata dal pc aziendale, gli accessi ad *internet*, i *files* archiviati sul disco rigido del pc, i dati relativi all'uso di *social networks*, sino ad arrivare alla localizzazione del dipendente.

Addirittura, la ricostruzione della nozione di riservatezza è ora operazione ancor più ardua in ragione della diffusione dell'utilizzo dei *social networks*, ove l'accesso è subordinato alla creazione di una propria identità virtuale che viene resa nota ad una cerchia di persone limitata o senza confini, a seconda delle specifiche scelte in ordine alla diffusione dei propri dati personali<sup>272</sup>, e che potrebbe essere *in thesi* esposta anche alla conoscenza del datore di lavoro. Invero, l'identità digitale/virtuale che si affianca all'identità fisica comunemente intesa è frammentata, divenendo un caleidoscopio d'identità digitali<sup>273</sup>. Questo pone evidenti difficoltà nell'individuare il grado di tutela della riservatezza cui il lavoratore possa ambire. *Internet*, infatti, è divenuto la nuova dimensione (seppur immateriale) entro cui si svolge e sviluppa la personalità di ciascuno ai sensi dell'art. 2 Cost., ove si svolgono le relazioni interpersonali, ma anche il lavoro e l'erogazione di diversi servizi. Tuttavia, *internet* è particolarmente insidioso in ragione dell'ambiguità che sottende: da un lato incrementa e rafforza l'intrusività del potere datoriale di controllo, ma dall'altro rende il controllo apparentemente

---

<sup>272</sup> Per un approfondimento si veda IAQUINTA F. – INGRAO A., *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, in *DRI*, 2014, n. 4, pag. 1027 ss..

<sup>273</sup> SORO A., *Persone in rete. I dati fra poteri e diritti*, cit., pag. 29; COLAPIETRO C., *Digitalizzazione del lavoro e tutela della riservatezza della persona*, cit., pag. 25; RODOTÀ S., *Intervista su privacy e libertà*, cit., pagg. 18-19 e 54, nel descrivere l'evoluzione del concetto di *privacy*, sottolinea come ora, in un mondo intriso di tecnologia, la nozione di *privacy* sia più strettamente legata alla tutela dell'identità personale ed esistenziale: «il diritto di poter compiere le mie scelte, di mantenere le mie caratteristiche non solo senza subire alcun tipo di discriminazione, ma anche senza perdere interi pezzi di identità nei mille meccanismi delle nuove tecnologie». Per l'Autore siamo di fronte alla «rivelazione di un io diviso, che vuole godere, insieme, dei benefici della pubblicità e delle garanzie della riservatezza».



neutro, in quanto frutto dei dati diffusi e delle tracce lasciate dal lavoratore in qualità di utente. Il rischio della deriva tecnologica si annida, fra le varie, in una particolare vulnerabilità della persona del lavoratore derivante da esposizioni volontarie, ma talvolta inconsapevoli, della sua vita privata, che viene pubblicata su una bacheca *online* (più o meno) liberamente accessibile dalla platea di utenti.

Tanto il diritto alla riservatezza quanto il diritto alla *privacy* in senso stretto, in ragione del comune fondamento costituzionale da rinvenirsi nell'art. 2 Cost., costituiscono ambedue dei diritti fondamentali dell'uomo, prima che del lavoratore. L'art. 2 Cost., infatti, viene tradizionalmente intesa come una norma strutturalmente aperta<sup>274</sup>, a tutela generale del libero ed integrale svolgimento della persona umana in quanto «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» e certamente la relazione ed il luogo di lavoro vanno ascritte entro tale contesto.

Secondo le ricostruzioni offerte dalla Corte Costituzionale la dignità della persona viene qualificata come «valore di priorità assoluta e di carattere fondante nella scala di valori espressi dalla costituzione», «valore fondamentale», «fine dell'ordinamento», «valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo», «valore posto dalla costituzione alla base dei diritti della persona», «valore supremo»<sup>275</sup>. Da questo punto di vista, la persona viene collocata al vertice del sistema costituzionale, rappresentando il fine del sistema dei diritti e delle libertà garantiti dalla Costituzione. L'uomo, dunque, rileva non solo come cittadino, ma

---

<sup>274</sup> AIMO M., *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, cit., pag.10 ss., ricostruisce le due tesi dottrinali in ordine alla natura dell'art. 2 Cost. quale clausola aperta o chiusa. Secondo la prima concezione l'art. 2 Cost. è una norma potenzialmente riferibile anche a valori, libertà e diritti non espressamente tutelati dalla Costituzione, in quanto idonea a recepire anche valori che si traggono dalla costituzione materiale. Secondo la diversa impostazione, invece, l'art. 2 Cost. identificherebbe una clausola chiusa, riferibile solo ai diritti costituzionalmente garantiti. Nel tempo tale seconda concezione è stata mitigata riconoscendo l'operatività dell'art. 2 Cost. anche con riferimento ai diritti implicitamente riconducibili ad altre norme costituzionali.

<sup>275</sup> In ordine C. Cost., 19.12.1991, n. 467; C. Cost. 10.12.1987, n. 561; C. Cost., 24.5.1985, n. 161; C. Cost., 17.7.2000, n. 293; C. Cost., 5.2.1992, n. 37; C. Cost., 19.11.1991, n. 414.

anche come soggetto privato che si relaziona con altri soggetti per emanciparsi e sviluppare la propria personalità, ivi compreso sul versante della relazione di lavoro, ove la persona del lavoratore integra anche sul piano giuridico l'oggetto del contratto, costituendo un *unicum* nel panorama della contrattualistica privata. In questo caso, infatti, oggetto del contratto è la prestazione lavorativa, la quale è inscindibilmente connessa con l'uomo e con le sue energie lavorative. La particolarità del contratto di lavoro subordinato è infatti la stretta e penetrante implicazione della persona, al punto da rendere sfumato il confine fra ciò che della personalità è dedotto nel rapporto di lavoro e ciò che non lo è<sup>276</sup>.

Il rapporto di lavoro rappresenta infatti un caso paradigmatico del moderno dominio di un soggetto privato su di un altro, ove addirittura la modernità ed il dominio sono ancor più accresciuti se si ha come riferimento prospettico il potere di controllo tecnologico. Emblema del bilanciamento di interessi che deve necessariamente attuarsi in seno alla relazione di lavoro è l'art. 41, c. 2 Cost. ove le prerogative datoriali espressione della libertà d'iniziativa economica privata devono temperarsi con il principio personalistico, non potendo la prima essere esercitata «in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»; valori, questi ultimi, che fungono da limite alle manifestazioni dell'autonomia negoziale privata ed all'esercizio delle prerogative datoriali. La Costituzione, infatti, nel riconoscere la libertà di iniziativa economica ne individua un invalicabile confine di legittimità nella sicurezza, libertà e dignità umana, anticipando, seppur solo *in nuce*, le intenzioni espresse dal Ministero Brodolini nella relazione che accompagnò il disegno della L. 300/1970 il cui proposito era quello di «creare un clima di rispetto della dignità e della libertà umana nei luoghi di lavoro, riconducendo l'esercizio dei poteri direttivo e disciplinare dell'imprenditore nel

---

<sup>276</sup> CASILLO R., *La dignità nel rapporto di lavoro*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, n. 5, pag. 593 ss..

loro giusto alveo e cioè in una stretta finalizzazione allo svolgimento delle attività produttive»<sup>277</sup>.

Tuttavia, al di là del dettato costituzionale, la permeazione della dignità umana all'interno del rapporto di lavoro e la sua configurazione in termini di struttura di valore ed istanza di tutela, è avvenuta con il codice civile del 1942 e, in particolare, per il tramite della mediazione dell'art. 2087 c.c., il quale impone all'imprenditore-datore, a specificazione del generale dovere di correttezza ex art. 1175 c.c., di adottare tutte le misure necessarie per tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore. A ben vedere, tanto l'integrità fisica quanto la personalità morale del dipendente costituiscono una proiezione di diritti costituzionalmente previsti e garantiti, quali il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. e il rispetto della dignità e della personalità umana che trovano un addentellato costituzionale negli artt. 2 e 41, c. 2 Cost.. In tal modo, dunque, la tutela della dignità umana è entrata nella relazione contrattuale di lavoro come obbligo in capo al datore. Tuttavia, come riconosciuto da alcuna parte della dottrina, la tutela offerta dall'art 2087 c.c. si è mostrata nel tempo debole e non adeguata ad assicurare un efficace deterrente da illegittime intrusioni da parte del datore rispetto alla sfera personale e familiare del lavoratore, stante la genericità della sua formulazione, peraltro impostata come un dovere in capo al datore e non già come un diritto del lavoratore<sup>278</sup>.

Ulteriore indice e motivo di debolezza di tale apparato di tutela è stata poi la tendenziale applicazione dell'art. 2087 c.c. quale fonte di tutela rimediale, a posteriori e di carattere eminentemente risarcitorio, a fronte di violazioni già

---

<sup>277</sup> Relazione del Ministro BRODOLINI G. al Disegno di Legge presentato nel giugno 1969 con il titolo «*Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro*».

<sup>278</sup> AIMO M., *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, cit., pag. 16 ss., individua come «indicativi della congenita debolezza (...) tanto la sua stessa impostazione, in termini di dovere e non di diritto del lavoratore, quanto la sua equivoca formulazione, che rende di fatto il datore di lavoro paternalisticamente «arbitro di ciò che debba intendersi come utile o nocivo per la personalità del lavoratore»».

commesse, come testimoniato nel caso del contenzioso in materia di *mobbing*, ove la norma codicistica viene invocata in mancanza di un altro riferimento legislativo testuale. Diversamente, affinché il lavoratore possa vantare una legittima aspettativa ad un ambito di riservatezza e *privacy* anche all'interno del luogo di lavoro, è necessario che vengano individuate delle guarentigie preventive, in linea con l'impostazione da ultimo adottata dal Regolamento europeo in ordine alle politiche di *policy by design* e *policy by default*.

Tuttavia, è solo con lo Statuto dei Lavoratori che la Costituzione effettivamente «varca i cancelli della fabbrica»<sup>279</sup> con l'obiettivo di eliminare ogni disparità di trattamento fra lo *status* di cittadino e quello di lavoratore subordinato: la formalizzazione del contratto di lavoro ed il vincolo di subordinazione tecnico-funzionale che quest'ultimo comporta non sono elementi di per sé sufficienti ad obliterare ed annullare le garanzie costituzionali che presidiano i diritti fondamentali del lavoratore il quale, prima di tutto, è un cittadino<sup>280</sup>. Come sopra anticipato, le istanze di riservatezza sono state in tal modo cristallizzate in norme di diritto positivo in favore non già di singoli individui, bensì di una classe sociale e, in particolare, della classe sociale proletaria, sancendo in modo evidente che, una volta varcati i cancelli della fabbrica, il diritto alla riservatezza possa dirsi definitivamente uscito dai salotti elitari borghesi. Questo ha implicato un cambio di prospettiva rispetto a quella espressa dal Codice civile in quanto si è passati da una tutela del lavoratore quale contraente debole alla tutela del lavoratore come persona.

A ben vedere, l'art. 4 St. Lav. ha realizzato, dunque, o quanto meno tenta tuttora di realizzare, uno speciale e dinamico bilanciamento fra il legittimo interesse del datore di lavoro e la ragionevole aspettativa di *privacy* e riservatezza vantata dal

---

<sup>279</sup> AIMO M., *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, cit., pag. 25.

<sup>280</sup> Come si vedrà nel prosieguo, la dottrina spagnola distingue fra diritti fondamentali specifici e non specifici identificando nei primi quelli propriamente giuslavoristici e nei secondi i diritti e le libertà che la Costituzione attribuisce a tutti i cittadini, a prescindere dalla loro qualifica di lavoratore, come appunto il diritto alla dignità, alla libertà e identità personale, alla riservatezza etc. etc..

lavoratore, al fine di garantire il pieno rispetto della dignità e della personalità dell'uomo, richiamate quali valori cardini anche nel nuovo *incipit* del Codice *privacy*, come novellato alla luce dell'operazione di adeguamento al Regolamento UE 2016/679<sup>281</sup>. Se con lo Statuto dei Lavoratori l'idea di fondo era quella che fosse l'organizzazione a modellarsi sull'uomo, oggi, ove le disposizioni normative non dovessero essere correttamente interpretate e applicate, vi è il rischio che sia l'uomo a modellarsi ed a piegarsi alle tecnologie, diventando dunque un "uomo di vetro"<sup>282</sup>. Se infatti è vero che «la società non si cambia a colpi di decreto, ma con una cultura diffusa»<sup>283</sup>, è altrettanto vero che il progresso tecnologico e l'iperconnessione digitale stanno plasmando la società e la cultura con una forza dirompente.

## **2. Il rapporto fra Codice della *privacy* e l'art. 4 St. Lav.: verso un auspicabile coordinamento?**

A partire dal 1996, con l'entrata in vigore del Codice *privacy*, hanno concorso alla tutela dei diritti di riservatezza e *privacy* della persona-lavoratore due distinti apparati normativi, i quali, stante l'espreso richiamo alla disciplina statutaria di cui agli artt. 4 e 8 St. Lav., contenuto negli artt. 113 e 114 D. Lgs. 196/2003, avrebbero dovuto operare in modo coordinato. Al di là della funzione astrattamente convergente, ciò che invece negli anni è mancato è stato proprio il coordinamento fra i due edifici normativi, nonché l'azione sinergica. Si è trattato di

---

<sup>281</sup> RODOTÀ S., *Intervista su privacy e libertà*, cit., pagg. 31-32, evidenzia come in realtà la legge italiana (L. 675/1996) abbia anticipato la linea europea (all'epoca comunitaria) manifestando sin da subito un forte valore aggiunto in termini di libertà e dignità.

<sup>282</sup> RODOTÀ S., *Relazione del Garante della protezione dei dati personali per l'anno 1997*, il quale ha utilizzato tale «metafora totalitaria» per descrivere come il cittadino, già vent'anni fa, di fronte ad «un omaggio di facciata alle virtù civiche» fosse invece lasciato «inerme di fronte a chiunque voglia impadronirsi di qualsiasi informazione che lo riguardi». E' ciò è ancor più vero oggi.

<sup>283</sup> RODOTÀ S., *Intervista su privacy e libertà*, cit., pag. 36.

due apparati normativi i quali, nonostante l'ambizione di complementarità, hanno continuato a svilupparsi e ad operare ciascuno entro il proprio ambito<sup>284</sup>.

Con particolare riguardo alla tematica dei controlli tecnologici a distanza, infatti, la stessa giurisprudenza si è mostrata incline a condurre le proprie valutazioni utilizzando unicamente le lenti dell'art. 4 St. Lav.<sup>285</sup>, senza interrogarsi se il controllo datoriale, ancorché *in thesi* esercitato nel rispetto della disciplina statuaria, fosse altresì rispettoso dei principi di necessità, finalità, pertinenza e non eccedenza previsti dalla disciplina generale in materia di protezione dei dati personali.

Detto altrimenti, si è trattato di due strade parallele, pur senza che venisse messa in dubbio l'applicabilità dei principi in materia di *privacy* entro la dimensione del rapporto di lavoro. Non si trattava infatti di una pretesa inoperatività – del resto non si sarebbe potuti giungere a tali esiti stante l'esplicito richiamo della normativa statuaria contenuto negli artt. 113 e 114 Codice *privacy* –, bensì piuttosto di un'indifferenza degli operatori giuslavoristici<sup>286</sup>, ivi compresa dalla giurisprudenza, rispetto al diverso impianto in materia di *privacy*.

Dinnanzi alla mancanza sinergia, con la novella dell'art. 4 St. Lav. si è inteso esplicitare il raccordo biunivoco fra le due discipline normative che avrebbe dovuto

---

<sup>284</sup> BARBIERI M., *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, cit.; TULLINI P., *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, cit.; DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, D. Lgs. n. 21/2015)*, cit.; SITZIA A., *Il diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, cit., pag. 53 ss. evidenzia come il legislatore delegato non abbia sfruttato la delega per confezionare una disciplina *ad hoc* in materia di protezione dei dati personali nel settore del lavoro e individua una delle possibili cause di tale omissione nell'impostazione di cui alla Raccomandazione (89) 2 del 18.1.1989 del Consiglio d'Europa, ove il diritto alla *privacy* è indissolubilmente connesso alla valorizzazione delle rappresentanze sindacali e dell'auto-determinazione dei lavoratori in azienda.

<sup>285</sup> PROIA G., *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, cit., sottolinea che in caso di incompatibilità logico-giuridica tra l'esercizio del potere di controllo e gli adempimenti previsti in materia di protezione dei dati personali, la giurisprudenza si è mostrata propensa a dare prevalenza al primo senza nemmeno considerare la disciplina in materia di *privacy*.

<sup>286</sup> PROIA G., *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, cit.; DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, D. Lgs. n. 21/2015)*, cit.

esser ritenuto implicito ed operante anche nei vent'anni precedenti. Il raccordo è stato realizzato nel comma 3 della norma statutaria, condizionando l'utilizzabilità dei dati raccolti per il tramite delle strumentazioni informatiche non solo alla legittimità in sé del controllo e all'adempimento dell'obbligo della preventiva ed adeguata informativa in favore del lavoratore, bensì anche al rispetto della disciplina contenuta nel D. Lgs. 196/2003.

In tal modo, l'osservanza della disciplina in materia di protezione dei dati personali è entrata a pieno titolo, quali limite di diritto positivo, nell'impianto statutario, nel tentativo di accorciare le distanze fra i due edifici normativi: l'edificio statutario volto a delineare la soglia oltre la quale è vietato l'impiego di strumenti informatici, in quanto riverberante un'illegittima compressione della sfera di riservatezza del lavoratore; l'edificio in materia di *privacy*, invece, mirato ad impedire che l'esercizio del potere di controllo datoriale, ancorché in ipotesi esercitato in modo legittimo, abbia l'effetto di consentire un indebito accesso alle informazioni contenenti dati personali del lavoratore. Il potere di controllo tecnologico datoriale, dal quale possa derivare il trattamento dei dati personali del lavoratore, deve essere dunque esercitato nel rispetto dei principi di:

- necessità: in forza del quale il datore può impiegare solo gli strumenti di controllo strettamente indispensabili, al fine di minimizzare l'accesso ai dati riferibili ai lavoratori<sup>287</sup> e deve altresì adottare tutte le misure organizzative e tecnologiche idonee a prevenire l'utilizzo improprio delle strumentazioni informatiche;

---

<sup>287</sup> Provv. Garante *privacy*, 8.4.2010 – doc. *web* n. 1712680, in materia di videosorveglianza: «ciascun sistema informativo ed il relativo programma informatico vengano conformati già in origine in modo da non utilizzare dati relativi a persone identificabili quando le finalità del trattamento possono essere realizzate impiegando solo dati anonimi (es., configurando il programma informatico in modo da consentire, per monitorare il traffico, solo riprese generali che escludano la possibilità di ingrandire le immagini e rendere identificabili le persone) (...) La localizzazione delle telecamere e le modalità di ripresa devono essere determinate nel rispetto dei richiamati principi di necessità, proporzionalità e finalità; pertanto, occorre evitare riprese particolareggiate nei casi in cui le stesse non sono indispensabili in relazione alle finalità perseguite».

- finalità, correttezza e trasparenza: i quali impongono al datore di informare adeguatamente i propri dipendenti sulle modalità consentite di impiego delle strumentazioni informatiche e sugli applicativi da loro utilizzati per l'esecuzione della prestazione lavorativa, nonché sulle modalità con le quali possono essere esercitati i necessari controlli;
- pertinenza e non eccedenza: in virtù dei quali, non solo vi deve essere un nesso di adeguata connessione e proporzione fra l'oggetto del controllo e la finalità perseguita, ma il controllo non deve nemmeno essere eseguito in via prolungata, costante o indiscriminata<sup>288</sup>.

Tali prescrizioni sono ancora più dirompenti se si pone mente all'ampiezza della nozione di «dato personale»<sup>289</sup>, identificata ora, all'art. 4 Regolamento UE 2016/679, in «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale».

In tal modo, il principio generale di finalità previsto dalla normativa in materia di *privacy* si innesta nel tessuto statutario, con una sua necessaria

---

<sup>288</sup> Prov. Garante *privacy* n. 255 – 26.4.2018 – doc. web n. 8998673: «con specifico riferimento all'impiego della posta elettronica in ambito lavorativo, la possibilità che il datore di lavoro assegni al dipendente un indirizzo *e-mail* individuale rientra tra le misure volte a tutelare e garantire al lavoratore il rispetto del diritto alla vita privata, alla libertà ed alla segretezza della corrispondenza, in tale ambito pertanto i controlli devono essere effettuati in conformità principi di pertinenza e non eccedenza e solo laddove sia stata rilevata un'anomalia, in assenza della quale “non è di regola giustificato effettuare controlli su base individuale” (v. Linee guida del Garante per posta elettronica e *internet* del 1° marzo 2007, doc. web n. 1387522), in tal senso si è recentemente espressa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, che, nel caso *Bărbulescu c. Romania*, con sentenza del 5 settembre 2017 (C. 61496/08) ha previsto che nell'effettuare tali controlli sia garantito il giusto equilibrio fra l'interesse del lavoratore al rispetto della propria riservatezza e quello del datore di lavoro di controllare l'uso dei dispositivi aziendali».

<sup>289</sup> Per un approfondimento, ancorché pubblicato prima dell'entrata in vigore del Regolamento UE 2016/679 ma replicabile anche alla luce della nuova normativa, BARRACO E. – SITZIA A., *Potere di controllo e privacy*, cit., pag. 177 ss..



interpretazione alla luce del prisma dell'art. 8 St. Lav. e una conseguente ulteriore procedimentalizzazione del trattamento dei dati personali del lavoratore da parte del datore.

In dottrina, tuttavia, la scelta legislativa di un espresso richiamo contenuto nella norma statutaria e riferito alla disciplina di cui al Codice *privacy* non è stata salutata unanimemente.

Non sono mancate voci che hanno ritenuto il richiamo al Codice *privacy* superfluo, trattandosi di una disciplina al cui rispetto doveva ritenersi in ogni caso assoggettato l'uso dei dati personali nelle fattispecie di controllo datoriale a distanza<sup>290</sup>.

Aderendo invece ad altra postura dottrinale, si ritiene che il richiamo espresso, contenuto nell'art. 4, c. 3 St. Lav., non sia affatto superfluo, né banale, né possa esser ricondotto ad una mera clausola di stile, in quanto piuttosto volto a sottolineare quella necessaria complementarità e compenetrazione sistematica e dinamica fra i due blocchi normativi che sino a quel momento era mancata, nonostante il rinvio alla disciplina statutaria operato dagli artt. 113 e 114 D. Lgs. 196/2003<sup>291</sup>. Anzi, secondo alcuna parte della dottrina il rinvio esplicito, contenuto nell'art. 4, c. 3 St. Lav., impone ora alle Autorità Giudiziarie la diretta applicazione, in via integrativa rispetto alla normativa statutaria, non solo dei principi e delle regole fissate dal Codice *privacy*, bensì anche delle determinazioni e delle linee

---

<sup>290</sup> In tal senso SALIMBENI M.T., *La riforma dell'articolo 4 dello statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, cit.. Contra ALVINO I, *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, cit., il quale, prima dell'entrata in vigore della riforma, riteneva che il legittimo esercizio del potere disciplinare rimanesse condizionato esclusivamente al solo rispetto della disciplina lavoristica; soluzione opposta a quella poi accolta dalla intervento riformatore.

<sup>291</sup> DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, D. Lgs. n. 21/2015)*, cit.; MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit.; RUSSO M., *Quis custodiet ipsos custodes? I nuovi "limiti" all'esercizio del potere di controllo a distanza*, cit.; TULLINI P., *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, cit., pag. 15 ss.; CONSONNI G., *Il caso Bărbulescu c. Romania e il potere di controllo a distanza dopo il Jobs act: normativa europea e italiana a confronto*, in *DRI*, 2016, n. 4, pag. 1171 ss.

guida adottate dal Garante per la protezione dei dati personali<sup>292</sup>. Quest'ultima postura si pone in linea con l'impostazione assunta dal Presidente Antonello Soro che ha evidenziato, di fronte al novellato quadro normativo dell'art. 4 St. Lav., la centralità della disciplina in materia di *privacy*, la quale, a sua detta, costituirà «il principale argine a un utilizzo pervasivo dei controlli sul lavoro»<sup>293</sup>.

Non a caso, il Garante per la protezione dei dati personali è infatti individuato da taluna parte delle dottrine come il perno ed il motore per la costruzione di un'efficace tutela della persona del lavoratore contro il dilagare del potere di controllo tecnologico datoriale<sup>294</sup>.

Da una disamina sistematica dei due apparati normativi, si ritiene che il richiamo al Codice *privacy* implichi inevitabilmente l'attribuzione in capo al lavoratore di tutti i diritti riconosciuti al soggetto interessato ed altresì delle garanzie e dei poteri connessi sotto il profilo del trattamento dei propri dati personali. Specularmente, il datore di lavoro sarà tenuto al rispetto dei principi generali previsti dalla disciplina in materia di *privacy*.

Auspicabile, dunque, è un coordinamento sistemico e dinamico fra i due impianti normativi, non solo quale occasione di rafforzamento delle garanzie poste a presidio della sfera intima del lavoratore, bensì anche come elemento che possa favorire un'interpretazione evolutiva delle disposizioni dello Statuto dei Lavoratori, al passo con i progressi della tecnologia e della digitalizzazione: oggi la *privacy*

---

<sup>292</sup> CARINCI M.T., *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, cit.; PERRONE F., *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza López Ribalda c. Spagna: la tutela della privacy sul luogo di lavoro dopo Bărbulescu 2*, in *Labor*, 23.2.2018, <http://www.rivistalabor.it/wp-content/uploads/2018/02/CEDU-9.1.2018.pdf>, il quale ritiene che, anche in virtù di una lettura costituzionalmente orientata, il richiamo al Codice *privacy* contenuto nell'art. 4, c. 3 St. Lav. costituisca una base legale per l'ingresso dei provvedimenti del Garante, diversamente atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, nel processo del lavoro.

Per una ricostruzione dei compiti istituzionali del Garante per la protezione dei dati personali si rinvia a BARRACO E. – SITZIA A., *Potere di controllo e privacy*, cit., pag. 149 ss..

<sup>293</sup> SORO A., *Persone in rete. I dati fra poteri e diritti*, cit., pag. 100.

<sup>294</sup> CARINCI M.T., *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, cit., pag. 59.

entra di diritto nello Statuto come elemento costitutivo della dignità e della libertà dell'uomo-lavoratore<sup>295</sup>.

Stante la forte implicazione della persona del lavoratore nell'esecuzione della sua prestazione in adempimento del contratto di lavoro, i principi dettati dal Codice *privacy* devono certamente valere quali limiti all'ampiezza e alle modalità di controllo datoriale. Addirittura, in considerazione della sempre più ingente incidenza delle nuove tecnologie nell'organizzazione produttiva e del lavoro, tali limiti dovrebbero fungere da vincoli anche nella fase della progettazione e strutturazione dell'organizzazione<sup>296</sup>. In tal senso depone non solo il principio di necessità, che prescrive al datore di strutturare la propria organizzazione in modo da minimizzare il trattamento dei dati personali dei lavoratori, bensì, come si vedrà nel prosieguo, anche la nuova disciplina contenuta nel Regolamento UE 2016/679 in ordine alla c.d. *privacy by design* e *privacy by default*.

In ordine, poi, alla natura del raccordo fra la disciplina contenuta nel Codice *privacy* e quella cristallizzata nell'art. 4 St. Lav. si sono sviluppate diverse chiavi di lettura, contrapponendosi essenzialmente la voce di chi ritiene la norma statutaria speciale e come tale prevalente rispetto alle regole generali in materia di protezione dei dati personali e la diversa voce che ritiene la disciplina di cui al Codice *privacy* come un limite invalicabile, nonostante il legislatore del Jobs Act si sia mostrato incline nel riconoscere una maggiore ampiezza, rispetto al passato, alle facoltà datoriali in punto di esercizio del potere di controllo a distanza.

In particolare, secondo una prima postura, in ragione del carattere speciale dell'art. 4 St. Lav., la previsione di cui al comma 3 consentirebbe di superare ogni diversa disposizione del Codice *privacy* in materia di consenso al trattamento e/o finalità dei dati personali, con la conseguenza che la normativa codicistica sarebbe

---

<sup>295</sup> COLAPIETRO C., *Digitalizzazione del lavoro e tutela della riservatezza della persona*, cit..

<sup>296</sup> CARINCI M.T., *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, cit..

applicabile solo ove non derogata dall'art. 4 St. Lav.<sup>297</sup>. Orbene, se è pur vero che con specifico riferimento al consenso del lavoratore si ritiene di dover sposare l'impostazione maggioritaria della dottrina, che esclude la necessità dell'acquisizione del consenso del dipendente ai fini della legittimità del controllo e dell'utilizzabilità delle risultanze raccolte, la postura qui descritta circa la specialità della norma appare sin troppo *tranchant*, dimenticando la valenza dei principi generali che animano la disciplina in materia di protezione dei dati personali. Diversamente opinando, qualora si ritenesse in ogni caso prevalente (in quanto speciale) la normativa statutaria, verrebbero consegnati al datore di lavoro prerogative di controllo potenzialmente illimitate e comunque sganciate dal rispetto della legislazione *privacy*.

Secondo altra impostazione, invece, la disciplina del Codice *privacy* non può essere *in toto* sostituita o superata dalle disposizioni statutarie, al punto da travolgerne i principi generali. Nello specifico, alcuna parte della dottrina ritiene non plausibile che il principio di finalità di cui all'art. 11, c. 1 lett. b) D. Lgs. 196/2003 (ora abrogato e sostituito dalle disposizioni di cui al Regolamento UE 2016/679) sia sostituito dalla previsione dell'art. 4, c. 3 St. Lav. che legittima l'utilizzo delle risultanze derivanti dal controllo informatico a distanza ad ogni fine connesso con il rapporto di lavoro, in quanto la funzione del richiamo al Codice *privacy* non ha valenza sostitutiva della disciplina in esso contenuta bensì attributiva del carattere di vincolatività dello stesso. In tal senso, il controllo a distanza sull'attività lavorativa non può porsi come finalità legittima della raccolta e del trattamento dei dati, bensì, al più, come effetto indiretto<sup>298</sup>.

Una soluzione mediana fra le due sopra descritte, e a cui si ritiene di poter aderire, è quella che, pur riconoscendo all'art. 4 St. Lav. la valenza di norma

---

<sup>297</sup> MARAZZA M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit., pag. 507 ss.; in senso conforme anche PROIA G., *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, cit..

<sup>298</sup> BARBIERI M., *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, cit., pag. 199.

speciale rispetto alla disciplina generale in materia di protezione dei dati personali, reputa che, in caso di conflitto, la norma statutaria debba soccombere di fronte alla normativa del Codice *privacy*<sup>299</sup>, in quanto, diversamente, ne verrebbero vulnerati i caratteri fondamentali. Del resto, tale soluzione è in linea con la generale impostazione di accordare al lavoratore una tutela differenziata e per certi versi maggiore rispetto a quella ordinariamente riconosciuta alle parti contrattuali privatistiche.

### **3. I controlli tecnologici e la tutela della *privacy***

Tanto la struttura della *smart factory* odierna quanto l'attuale formulazione dell'art. 4 St. Lav. concorrono a determinare un aumento delle possibilità e delle occasioni di esercizio di una sorveglianza continua ed ubiqua da parte del datore, sia nei luoghi di lavoro quanto all'esterno degli stessi – come, per esempio, per il tramite dei *social networks* –, nonché un tendenziale ampliamento delle finalità dei controlli a distanza datoriali. Il lavoratore oggi, riprendendo un'efficace immagine utilizzata da Stefano Rodotà, è indissolubilmente controllato da un «invisibile e tenacissimo guinzaglio elettronico»<sup>300</sup> perché soggetto al continuo controllo del datore di lavoro.

Il rischio, soprattutto per le strumentazioni informatiche necessarie per l'esecuzione della prestazione lavorativa o pseudo definite tali (i c.d. dispositivi *wearable*), non concerne solo la possibile sostituzione della forza lavoro manuale ed umana con la robotica, con conseguenti pregiudizi in termini di non occupabilità, ma la stessa robotizzazione del lavoro e dell'uomo-lavoratore<sup>301</sup>. In tali casi viene addirittura superato il limite della corporeità, come accaduto nella nota vicenda del

---

<sup>299</sup> PINTO V., *I controlli "difensivi" del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, cit..

<sup>300</sup> RODOTÀ S., *Intervista su privacy e libertà*, cit., pag. 132.

<sup>301</sup> SORO A., *Persone in rete. I dati fra poteri e diritti*, cit., pag. 102.

braccialetto elettronico che il colosso dell'*e-commerce* Amazon aveva tentato di rendere operativo anche nelle proprie sedi italiane, suscitando clamore ed una forte opposizione non solo da parte delle Organizzazioni Sindacali, bensì anche da alcuna parte delle rappresentanze politiche. Motivo principale delle polemiche suscitate dall'iniziativa dell'azienda sarebbero stati i rilevanti effetti, stigmatizzati da taluni come abuso del diritto, derivanti da tale strumento sul piano del controllo dell'attività dei lavoratori di Amazon, i cui spostamenti sarebbero stati non solo registrati, bensì anche indirizzati per il tramite di impulsi elettrici. Indubbie, infatti, sarebbero state le ripercussioni giuridiche dell'utilizzo del braccialetto elettronico, ancorché in tale occasione ne fosse stata rappresentata la funzionalità quale metodo per velocizzare le operazioni dello staff.

Invero, le potenzialità lesive della sfera di riservatezza che il dipendente comunque conserva nel corso della propria attività lavorativa possono derivare da strumenti di uso comune e apparentemente anche meno pregiudizievoli rispetto al braccialetto elettronico, quali, per esempio, la connessione ad *Internet*, l'utilizzo dell'*e-mail* o del telefono aziendale, nonché la videosorveglianza<sup>302</sup>; tuttavia, non sempre l'apparente minor insidiosità corrisponde all'effettivo dato reale.

### **3.1. Il monitoraggio degli accessi ad *internet* e della posta elettronica**

La posta elettronica e la navigazione in *internet*, pur sempre nelle loro differenze ontologiche, condividono taluni tratti essenziali comuni. Trattasi, infatti, di strumenti ambedue messi a disposizione del lavoratore da parte del datore di lavoro, con conseguenti profili proprietari in capo all'azienda. Entrambi, inoltre, si prestano facilmente ad un utilizzo anche a fini privati e, al contempo, ad un controllo datoriale financo occulto. D'altro canto, la loro introduzione nei modelli di *business* ed organizzativi ha accresciuto anche le occasioni di danno per i datori di lavoro, soprattutto sotto il profilo della sicurezza dei sistemi informatici.

---

<sup>302</sup> In ordine alla videosorveglianza si veda il Prov. Garante *privacy*, 8.4.2010 – doc. *web* n. 1712680.

Ebbene, ad oggi, nonostante le modifiche introdotte con la novella del Jobs Act, le Linee Guida n. 13/2007 del Garante *privacy* costituiscono tuttora un punto di riferimento essenziale ai fini dell'individuazione dei margini di liceità del controllo datoriale che può essere esercitato per il tramite di dette strumentazioni informatiche<sup>303</sup>.

A tali fini, il Garante indica ai datori di lavoro l'opportunità di dotarsi di una *policy* aziendale ove individuare chiaramente:

- a) i comportamenti non tollerati rispetto alla navigazione in *internet*, con eventuale indicazione dei siti cui non è consentito l'accesso (c.d. *black list*),
- b) l'eventuale possibilità di utilizzare la posta elettronica e *internet* per fini personali, oltre che professionali,
- c) quali informazioni della navigazione in *internet* e dell'utilizzo della posta elettronica vengono memorizzate ed eventualmente conservate e chi vi possa accedere,
- d) quali controlli il datore può esercitare, con che cadenza e con quali modalità, nonché per quali finalità,

---

<sup>303</sup> Per una compiuta analisi delle Linee Guida si rinvia a PAISSAN M., *E-mail e navigazione in internet: le linee del Garante*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, TULLINI P. (a cura di), in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, GALGANO F. (diretto da), Vol. XVIII, Cedam, Padova, 2010, pag. 11 ss.; BARRACO E. – SITZIA A., *Potere di controllo e privacy*, cit., pag. 18 ss.; GRAGNOLI E., *L'uso della posta elettronica sui luoghi di lavoro e la strategia di protezione elaborata dall'autorità garante*, cit., pag. 55 ss.; TULLINI P., *Tecnologie informatiche in azienda: dalle linee-guida del Garante alle applicazioni concrete*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, TULLINI P. (a cura di), cit., pag. 123 ss.; ALVINO I., *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, cit.; LUGARESÌ N., *Uso di internet sul luogo di lavoro, controlli del datore di lavoro e riservatezza del lavoratore*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, TULLINI P. (a cura di), cit., pag. 75 ss..

Con riguardo specifico alla natura delle Linee Guida e alla loro vincolatività, si rinvia a PERINA L., *L'evoluzione della giurisprudenza e dei provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati personali dei lavoratori subordinati*, cit., secondo cui si tratta in ogni caso di un documento utile per la giurisprudenza. Sul punto, TULLINI P., *Tecnologie informatiche in azienda: dalle linee-guida del Garante alle applicazioni concrete*, cit., secondo cui sarebbe fuorviante ritenerle mere raccomandazioni, ancorché evocino il linguaggio di *soft law*. OLIVELLI P., *Il difficile bilanciamento tra la tutela della privacy e le esigenze di controllo del datore di lavoro*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2013, n. 2, II, pag. 367 ss., sostiene che non possano avere efficacia di legge e valore vincolante *erga omnes*, trattandosi piuttosto di indicazioni su come debbano essere impostati i disciplinari interni.

- e) quali soluzioni adottare in caso di assenza programmata o non programmata dal dipendente con riguardo alla posta elettronica, onde consentire comunque la continuità dell'attività aziendale, senza alcuna lesione della sfera di riservatezza del lavoratore,
- f) le conseguenze derivanti dall'abuso di tali strumentazioni.

A ciò, andranno inoltre accompagnate misure di tipo organizzativo e tecnologico, quali:

- a) per la navigazione in *internet*: la formazione di apposite liste con indicazione dei siti cui è consentito o meno l'accesso, in modo da perimetrare *ex ante* le libertà dei lavoratori, con conseguente presunzione di illiceità connessa alla navigazione in siti diversi da quelli autorizzati<sup>304</sup>; la configurazione di sistemi o l'utilizzo di filtri che prevengano operazioni reputate inconferenti con la prestazione lavorativa (quali l'*upload* o l'accesso a determinati siti o il *download* di *files*); la trattazione dei dati in forma anonima o aggregata in omaggio al principio di gradualità dei controlli, dovendo essere preferito un controllo preliminare su dati aggregati<sup>305</sup>; la conservazione dei dati per il tempo strettamente necessario per le finalità per le quali è concessa, salva l'eccezionale possibilità di proroga per particolari esigenze tecniche o di sicurezza, ovvero per l'utilizzo dei dati ai fini dell'esercizio del diritto di difesa in sede giudiziaria;

---

<sup>304</sup> Laddove la prestazione lavorativa non presupponga l'utilizzo della rete *internet*, ai fini di una valida contestazione del comportamento illecito del lavoratore, rispettosa della disciplina in materia di trattamento dei dati personali, è sufficiente rilevare la reiterata connessione, senza andare a verificare e successivamente indicare nella contestazione disciplinare tutti i siti visitati dal dipendente.

<sup>305</sup> Provv. Garante *privacy* n. 303 – 13.7.2016 – doc. *web* n. 5408460, con cui è stato vietato ad un'Università il monitoraggio massivo delle attività in *Internet* dei propri dipendenti, essendo stato verificato che i dati raccolti erano riconducibili ai singoli utenti, anche grazie al tracciamento puntuale degli indirizzi Ip (indirizzo *Internet*) e dei *Mac Address* (identificativo *hardware*) dei pc assegnati al personale, e che l'intero sistema consentiva la verifica costante e indiscriminata degli accessi degli utenti alla rete e all'*e-mail*, operando in *background*, con modalità non percepibili dall'utente. Nel provvedimento il Garante ha rimarcato che l'Università avrebbe dovuto privilegiare misure graduali che rendessero assolutamente residuali i controlli più invasivi, legittimati solo in caso di individuazione di specifiche anomalie, come la rilevata presenza di *virus*.



b) per la posta elettronica: la messa a disposizione di indirizzi di posta elettronica condivisi fra più lavoratori; l'eventuale attribuzione di un diverso indirizzo destinato ad uso privato del lavoratore<sup>306</sup>; la messa a disposizione di ciascun lavoratore di apposite funzionalità di sistema che consentano di inviare automaticamente, in caso di assenze programmate, messaggi di risposta contenenti le coordinate di un altro soggetto o altre modalità di contatto con la struttura datoriale; l'inserzione, nei messaggi di posta elettronica, di un avvertimento nel quale sia dichiarata l'eventuale natura non personale del messaggio e sia specificato se le risposte possano essere conosciute dall'organizzazione di appartenenza.

A ben vedere, in comparazione con il controllo degli accessi ad *internet*, il monitoraggio della posta elettronica presenta profili di criticità e delicatezza ancor maggiori, venendo in rilievo esigenze di tutela più accentuate e addirittura di caratura costituzionale, connesse con la tutela della corrispondenza e della sua segretezza prevista dall'art. 15. Cost., rafforzata dalla responsabilità penale in caso di violazione, sottrazione e soppressione della corrispondenza (art. 616 c.p.); tuttavia, è pur vero che si tende ad escludere l'integrazione degli estremi di detto reato in quanto il lavoratore non è titolare di un diritto all'utilizzo esclusivo della posta elettronica aziendale.

La postura a tal proposito adottata dal Garante è particolarmente garantista in quanto ritiene che anche solo il trattamento dei nominativi dei mittenti e/o dei destinatari delle *e-mail* concreti un trattamento di dati personali<sup>307</sup>, con necessaria applicazione, in tali casi, di tutte le garanzie legali. Tale impostazione del Garante

---

<sup>306</sup> LUGARESIN., *Usa di internet sul luogo di lavoro, controlli del datore di lavoro e riservatezza del lavoratore*, cit., pag. 108 ss., evidenzia come il diritto alla *privacy* comporti anche il dovere in capo al datore di lavoro di tutelare il dipendente da «seccature arrecate da terzi sul luogo di lavoro», quale, per esempio, l'invio di *e-mail spam* consentito o agevolato dalla pubblicazione degli indirizzi di posta elettronica assegnati ai dipendenti sul sito *web* aziendale. Si segnala che secondo il consolidato orientamento del Garante *privacy* la pubblicazione degli indirizzi *e-mail* sul sito *web* non comporta un'assimilazione ai pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque, dovendo comunque essere pur sempre prestato il consenso.

<sup>307</sup> Provv. Garante *privacy* – 21.1.2010, doc. *web* n. 1701577.

nazionale ha peraltro ricevuto un avallo anche a livello sovranazionale e, in particolare, in alcune pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ove è stato affermato il principio in forza del quale la mancata previsione di una *policy* che regolamenti in modo dettagliato il divieto o i limiti di utilizzo per fini personali dell'indirizzo *e-mail* aziendale e, specularmente, i margini di controllo datoriale potrebbe operare di per sé quale fondamento per una legittima aspettativa di confidenzialità in capo al lavoratore<sup>308</sup>.

Dal contenuto delle Linee Guida, infatti, pare uscirne particolarmente gravato il datore di lavoro, essendo suo onere adottare delle *policies* aziendali interne volte a dettagliare l'utilizzo delle strumentazioni e le eventuali sanzioni cui il lavoratore è esposto. L'effetto ultimo è quello comunque di dettare limiti e restrizioni alle prerogative datoriali, ulteriori rispetto a quelle già previste dall'art. 4 St. Lav.<sup>309</sup>. Forse, visti i tempi e le prassi aziendali, nonché la vincolatività nei fatti dei provvedimenti resi dal Garante, il legislatore della riforma avrebbe potuto rendere l'invito all'adozione dei disciplinari interni quale obbligo di diritto positivo, se non altro per evitare dubbi applicativi. Soprattutto con gli accessi ad *internet* e, ancor di più, con l'uso della posta elettronica, l'intero tema del conflitto fra l'esercizio del potere di controllo tecnologico datoriale e la tutela della *privacy* e della riservatezza dei lavoratori si polarizza sulla necessaria preventiva identificazione, da parte del datore, dei limiti di utilizzo delle strumentazioni

---

<sup>308</sup> GRAGNOLI E., *L'uso della posta elettronica sui luoghi di lavoro e la strategia di protezione elaborata dall'autorità garante*, cit., pag. 65, sostiene che ritenere che la regolazione endoaziendale contenuta in una *policy* possa far venire meno il carattere "chiuso" della corrispondenza introduce forti elementi di relatività, perché in tal modo viene riconosciuta al datore la facoltà di determinare i criteri di segretezza. L'Autore, infatti, ritiene che i messaggi di posta elettronica siano intrinsecamente comunicazioni chiuse. TULLINI P., *Tecnologie informatiche in azienda: dalle linee-guida del Garante alle applicazioni concrete*, cit., reputa che il carattere individuale dell'indirizzo di posta elettronica sia elemento di per sé idoneo a determinare una legittima aspettativa di riservatezza da parte del lavoratore-utente.

<sup>309</sup> ALVINO I., *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, cit., ritiene che non sia corretto affermare che il Codice *privacy* vieti l'adozione di tecnologie che consentono una ricostruzione dettagliata dei comportamenti dei lavoratori, essendo piuttosto questo un effetto dell'applicazione dell'art. 4 St. Lav. su un ambito di regolazione diverso rispetto a quello cui è preposto ad incidere detto Codice.

informatiche. Tuttavia, le indicazioni generali fornite dal Garante, gravando il datore di molteplici adempimenti informativi ed organizzativi, rischiano di prestare il fianco a critiche di ipertrofia garantista per il particolare rigore delle prescrizioni in tal senso dettate. Il Garante, infatti, in ipotesi speculari ha all'opposto riconosciuto il diritto del dipendente ad accedere ai propri dati contenuti nei messaggi di posta elettronica trasmessi durante l'attività lavorativa e con l'indirizzo aziendale, con un'evidente prevalenza, nella fase di bilanciamento, per la tutela dei dati personali del lavoratore-utente<sup>310</sup>. Non mancano infatti le voci di coloro che, in dottrina, contestano al Garante una certa inclinazione a privilegiare l'osservanza dei requisiti strettamente formali e procedurali per il trattamento dei dati e il loro monitoraggio informatico, soprassedendo invece alle evidenze sostanziali e sacrificando, talvolta, l'esigenza di una responsabilizzazione della persona che illecitamente utilizza strumenti informatici<sup>311</sup>.

### **3.2. Il monitoraggio delle telefonate**

Altro strumento oramai indispensabile per l'esecuzione della prestazione lavorativa è il telefono, sia esso un telefono fisso ovvero un cellulare. Interessante è analizzare come detta tematica assuma contorni ancor più delicati nello specifico settore dei Call Center in ragione dell'elevato tasso di tecnologia presente nell'organizzazione del lavoro, della natura dei servizi resi (e delle mansioni attribuite ai lavoratori), nonché della rapida evoluzione dei modelli di *business* aziendali e dei processi produttivi. A tal proposito hanno infatti assunto un'espressa posizione anche l'Ispettorato Nazionale del Lavoro e il Garante *privacy*.

L'Ispettorato, con la circolare n. 4/2017, ha inteso fornire talune indicazioni operative in ordine alla valutazione dei presupposti del provvedimento autorizzativo di cui all'art. 4 St. Lav., nelle ipotesi di installazione e utilizzo di

---

<sup>310</sup> Provv. Garante *privacy* – 21.1.2010, cit.

<sup>311</sup> PERINA L., *L'evoluzione della giurisprudenza e dei provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati personali dei lavoratori subordinati*, cit.

diversi applicativi *software* da parte delle imprese che svolgono attività di Call Center.

Con specifico riguardo ai sistemi di gestione CRM (*customer relationship management*), tesi al mantenimento, incremento e fidelizzazione della clientela, l'Ispettorato ha precisato che qualora consentano il mero accoppiamento fra la chiamata e l'anagrafica del cliente senza possibili ulteriori elaborazioni, gli stessi possono essere considerati strumenti di lavoro, in quanto effettivamente strumentali all'esecuzione della prestazione lavorativa. In tal senso, detti sistemi di gestione fungerebbero da archivi informatici, in sostituzione dei fascicoli cartacei dei diversi clienti, finalizzati a gestire non solo l'anagrafica del cliente, bensì anche tutti i dati relativi ai rapporti contrattuali in essere con il gestore, per consentire una gestione più celere e semplificata delle richieste dell'utenza.

Diversa, invece, è la natura riconosciuta dall'Ispettorato ai *software* «che raccolgono ed elaborano in tempo “quasi reale” i dati relativi agli stati di attività telefonica di ciascun operatore (libero, non disponibile, in pausa, ecc.) e i tempi medi di evasione delle diverse lavorazioni. Altri software, invece, quantificano la produttività giornaliera per ogni servizio reso, il tempo dedicato al lavoro per ciascuna commessa e le pause effettuate da ogni singolo lavoratore. I suddetti software, pur funzionali a più o meno generiche esigenze produttive, consentono di realizzare un monitoraggio individualizzato costante e continuo su tutti gli operatori che finisce per dar vita ad un controllo minuzioso su tutta l'attività svolta da ogni singolo lavoratore».

Con riguardo a detti applicativi, infatti, l'Ispettorato ha ritenuto che non possano essere sussunti entro il novero degli strumenti lavoro, escludendo addirittura che possano essere ravvisate delle esigenze organizzative e produttive tali da giustificare il rilascio del provvedimento autorizzativo da parte dell'Ispettorato del Lavoro per la loro installazione. Seguendo il ragionamento svolto, in dette ipotesi verrebbe a mancare il nesso di stretta strumentalità e funzionalità che è invece richiesto al fine di poter ricondurre una strumentazione

informatica ovvero un *software* applicativo entro la nozione di strumenti di lavoro e, dunque, entro l'area di esenzione riconosciuto dall'art. 4, c. 2 St. Lav..

A tal proposito, possono trarsi utili considerazioni anche dal provvedimento n. 139/2018 reso in data 8.3.2018 dal Garante *privacy* a fronte della segnalazione di illiceità del trattamento dei dati personali sollevata da alcuni dipendenti della società Sky Italia Network Service S.r.l. in ragione dell'introduzione di un nuovo *software* gestionale quale CRM, accompagnata da una comunicazione informativa trasmessa al personale dipendente per il tramite di un *pop up* visualizzabile al momento dell'accesso a detto gestionale.

Con detto provvedimento il Garante ha ricordato che, ai fini della legittimità del trattamento dei dati personali riferiti agli operatori del Call Center ed estrapolabili da tale *software*, è necessario il rispetto non solo della disciplina di settore (Codice *privacy* e Reg. UE 2016/679), bensì anche della disciplina statutaria di cui all'art. 4 St. Lav..

Nel caso di specie, il Garante ha ritenuto che il trattamento dei dati per il tramite dell'applicativo in uso presso Sky non fosse rispettoso del principio di liceità né della disciplina di cui all'art. 4 St. Lav., in quanto:

- a) la Società non aveva fornito ai dipendenti una completa e idonea informativa circa le specifiche modalità e finalità delle operazioni di trattamento rese possibili dal sistema, con particolare riguardo alla raccolta, conservazione e alle altre operazioni di trattamento dei dati personali dei dipendenti;
- b) inoltre, l'applicativo non si limitava a consentire la mera associazione tra la chiamata e l'anagrafica del cliente per facilitare l'attività di gestione della richiesta – riprendendo dunque quanto indicato dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro nella circolare n. 4/2017 –, ma consentiva “ulteriori elaborazioni”, come per esempio la memorizzazione di dati personali (anche degli operatori) e l'estrazione di reports.

In forza di dette ragioni, il *software* non è stato considerato uno strumento di lavoro ai sensi dell'art. 4, c. 2 St. Lav.. In aggiunta, è opportuno rilevare come il Garante abbia precisato che il trattamento dei dati personali raccolti mediante applicativi similari è consentito per finalità di tutela dei propri diritti in giudizio «solo in presenza di contenziosi in atto o a situazioni precontenziose, non astratte e indeterminate ipotesi di possibile o tutela dei diritti», con un'ulteriore limitazione dell'impiego delle risultanze tecnologiche anche laddove funzionali all'esercizio del diritto di difesa.

Tali indicazioni emerse dalla prassi seguita dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro e dal Garante *privacy* trovano un precedente anche nella giurisprudenza di legittimità. La Cassazione, infatti, ha considerato illegittimo l'utilizzo del *software* “*Blue's 2002*”<sup>312</sup> in grado di rilevare il numero telefonico del chiamante, l'ora della telefonata e la sua durata, escludendone la natura di controllo difensivo eccepita dall'Azienda e dichiarando invece l'inutilizzabilità dei dati in tal modo raccolti e posti a fondamento del licenziamento del dipendente.

Tuttavia, la giurisprudenza – sia di merito che di legittimità – non ha sviluppato un orientamento unanime e consolidato sul punto, essendosi registrate pronunce anche di segno opposto (permissive dunque di un controllo nei termini di cui sopra), seppur con l'espressa previsione che il controllo sia esercitato sui dati esterni della chiamata e nei limiti di cui all'art. 5, c. 3 D. Lgs. 171/1998 (attuativo della direttiva 1997/66/CE) secondo cui le ultime tre cifre del numero devono essere mascherate. Ne esce dunque un quadro fortemente casistico.

### **3.3. Un'inedita fattispecie: i *social networks* fra diritto di critica e responsabilità disciplinare**

Un'attenzione particolare, poi, meritano oggi i *social networks* i quali, sempre più spesso, spiegano una propria incidenza nella dinamica contrattuale del

---

<sup>312</sup> Cass. Civ., Sez. Lav., 1.10.2012, n. 16622.

rapporto di lavoro<sup>313</sup>, in ragione della frequente casistica di licenziamenti avvenuti a causa di illeciti disciplinari commessi sul *web* e, in particolare, consistenti vuoi nell'utilizzo delle strumentazioni informatiche nel corso dell'orario di lavoro, con inadempimento delle proprie mansioni, vuoi nella pubblicazione e diffusione di messaggi denigratori nei confronti del datore o, più in generale, dei propri superiori gerarchici<sup>314</sup>. Addirittura, secondo la più recente giurisprudenza penalistica, detti comportamenti potrebbe *in thesi* esporre il dipendente al reato di diffamazione ex art. 595 c.p.c., a condizione che ne ricorrano i presupposti previsti dalla fattispecie incriminatrice.

La proliferazione di tale casistica è essenzialmente dipesa dalla tendenza quotidiana con la quale ciascun individuo agisce nel *web* quale utente, creandosi molteplici e diversificate identità virtuali, lasciando tuttavia inevitabilmente un'enorme scia di dati personali, che altro non sono se non frammenti della propria identità personale<sup>315</sup>, immessi in una complessa e non (sempre) controllabile rete relazionale. Anzi, l'effettivo portato innovativo dei siti di rete sociale deriva proprio

---

<sup>313</sup> Per un approfondimento, anche se con una posizione differente rispetto a quella sostenuta da chi scrive, si rinvia a INGRAO A., *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, cit..

<sup>314</sup> A titolo meramente esemplificativo, si cita la sent. n. 10280/2018 con cui la Cassazione ha statuito la legittimità del licenziamento intimato in ragione del commento offensivo tenuto dal lavoratore sulla propria bacheca *Facebook* nei confronti della Società propria datrice di lavoro, integrando tale condotta, per le caratteristiche dello strumento impiegato e per il contenuto del commento, gli estremi della diffamazione, ancorché non fosse stato esplicitato il nome del datore di lavoro. Nella giurisprudenza di merito si vedano: Trib. Ivrea, 28.1.2015, ove è stato considerato «giustificato il licenziamento intimato per giusta causa al lavoratore che abbia postato su *Facebook* frasi offensive coinvolgenti i colleghi e il datore di lavoro non integrando nel caso di specie reazione legittima ad una provocazione posta in essere dal datore di lavoro o dai colleghi». Ed ancora, C. App. Potenza, 14.3.2017, ove è stato ritenuto legittimo il licenziamento del dipendente per la pubblicazione, sul suo profilo personale *Facebook*, di un comunicato ingiurioso nei confronti dell'azienda, a nulla valendo la circostanza per cui chi avesse materialmente redatto il testo fosse un terzo soggetto, poiché «divulgandone i contenuti sul proprio profilo personale, aveva, così, mostrato di condividerli».

<sup>315</sup> Per un'analisi dell'incidenza del fenomeno dei *social networks* rispetto ai diritti della personalità e delle implicazioni connesse con la proprietà intellettuale si veda LANDINI S., *Identità digitale tra tutela della persona e proprietà intellettuale*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2017, nn. 4-5, pag. 180 ss..

dallo sfruttamento della naturale tendenza degli utenti del *web* alla condivisione, amplificando sempre più la propria forza espansiva<sup>316</sup>.

Tali profili giuridici, che la diffusione di un messaggio diffamatorio o denigratorio attraverso l'uso della bacheca di un *social network* comporta, emergono in ragione delle particolarità di detti mezzi di comunicazione, i quali consentono una divulgazione del messaggio illimitata, in favore di un numero indeterminato di utenti. Proprio per tali ragioni, i comportamenti che il lavoratore pone in essere sul *web*, anche se in ipotesi realizzati al di fuori dell'orario di lavoro, possono rilevare quale motivo di avvio di un procedimento disciplinare a suo carico e, financo, quale causa di licenziamento a titolo di condotta extra lavorativa idonea ad incidere sul vincolo fiduciario che necessariamente deve assistere la relazione fra le parti del rapporto contrattuale di lavoro. Fra questi ultimi si annovera, per esempio, il caso del dipendente licenziato per aver postato sul proprio profilo *Facebook* una foto nella quale era ritratto impugnando un'arma<sup>317</sup>. Addirittura, in un recente arresto, sicuramente noto agli operatori del diritto, il *social network* è stato impiegato dal datore, attraverso la creazione di un falso profilo, con la funzione di "profilo civetta", per dimostrare la negligenza di un proprio lavoratore, il quale è stato poi licenziato essendosi intrattenuto a *chattare* su *Facebook* nel corso del proprio orario di lavoro, lasciando peraltro vacante la propria postazione<sup>318</sup>. La particolarità di detta fattispecie risiedeva nel fatto che la condotta

---

<sup>316</sup> FORLIVESI M., *Il controllo della vita del lavoratore attraverso i social network*, in *Web e lavoro, Profili evolutivi e di tutela*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 37 ss., evidenzia come l'adesione dell'utente alle condizioni generali di contratto previste dalle piattaforme *social* implichi il consenso all'auto-profilazione incontrollata, dovendo obbligatoriamente inserire dei dati personali per la creazione di un proprio profilo.

<sup>317</sup> Trib. Bergamo, 21.12.2015.

<sup>318</sup> Cass. Civ., Sez. Lav., 27.5.2015, n. 10955. Per i commenti a detta sentenza si vedano, *ex multis*: IEVOLELLA A., *Falso profilo Facebook per l'azienda, dipendente beccato a chattare in orario di lavoro: licenziato*, in *Dir. & Giust.*, 2015, fasc. 21, pag. 120 ss.; INGRAO A., *Il controllo a distanza realizzato mediante Social network*, in *Lab. & Law Iss.*, 2016, vol. 2, n. 1, pag. 105 ss.; PUCETTI E., *Se il controllore occulto diventa agente provocatore*, in *RIDL*, 2016, n. 1, II, pag. 120 ss.; DAGNINO E., *Controlli social dei lavoratori: un'interessante pronuncia della Cassazione*, in *DRI*, 2015, n. 3, pag. 833 ss.; FALSONE M., *L'infelice giurisprudenza in materia di controlli occulti e le*



del dipendente era stata occasionata o, quanto meno, sollecitata dal datore, il quale aveva appositamente creato un profilo falso di una donna, con la quale il lavoratore aveva poi conversato, evocando i contorni dell'agente provocatore come già sottolineato nel paragrafo 5, Capitolo II del presente elaborato.

A ben vedere, in questi casi il *web 2.0* si pone come ausilio per il datore di lavoro, onde verificare il corretto contegno del dipendente, al di là dei limiti dettati dall'art. 4 St. Lav. in materia di controlli a distanza, ma pur sempre nel necessario rispetto della disciplina *privacy*.

E' infatti evidente come, di fronte all'esigenza datoriale di reprimere condotte extra lavorative che possano cagionare un danno all'immagine aziendale ovvero possano ledere il rapporto fiduciario o incrinare l'affidamento datoriale circa il futuro corretto adempimento, da parte del lavoratore interessato, delle proprie mansioni, si contrappongono in capo al lavoratore istanze di esercizio della propria libertà di manifestazione del pensiero e del proprio diritto di critica, nonché istanze di riservatezza e non eccessiva ingerenza datoriale nella propria sfera privata.

Il contrasto di detti interessi contrapposti è ancor maggiore laddove il comportamento oggetto di contestazione venga sì divulgato per il tramite di una piattaforma *social* digitale, ma all'interno di una *chat* privata. In quest'ultima ipotesi, infatti, l'istanza di *privacy* e riservatezza ecepibile dal lavoratore si colora di ulteriori sfumature giuridiche, di caratura addirittura costituzionale e riconducibili all'art. 15 Cost. che tutela in senso lato l'inviolabilità della libertà e della segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione; diritti che possono essere oggetto di limitazione «soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria», come statuito anche dalla più recente giurisprudenza di Cassazione<sup>319</sup>.

---

*prospettive del suo superamento*, in *RIDL*, 2015, n. 4, II, pag. 984 ss.; FORLIVESI M., *Il controllo della vita del lavoratore attraverso i social network*, cit., pag. 42 ss..

<sup>319</sup>Cfr. Cass., 10.9.2018, n. 21965, avente ad oggetto il licenziamento intimato ad un lavoratore per le offese rivolte nei confronti dell'Amministratore Delegato della Società di cui era dipendente e divulgate nella *chat* di *Facebook* creata fra gli iscritti al sindacato di cui lo stesso era RSA. La Società aveva appreso l'esistenza di tale conversazione *Facebook* e il contenuto dei messaggi ivi

In tali casi, infatti, dinnanzi al contenuto potenzialmente diffamatorio dei messaggi inviati dal dipendente sembrerebbero prevalere la natura e le particolarità del mezzo di comunicazione impiegato, il quale, trattandosi di una *chat* chiusa ancorché utilizzata per il tramite di una piattaforma *social*, indentifica una conversazione privata e dai contenuti riservati. A ben vedere, infatti, il disposto costituzionale, proprio per l'ampia formulazione adottata, abbraccia forme eterogenee di corrispondenza, consentendo dunque una flessibilità della tutela rispetto al caso concreto e al portato dell'evoluzione tecnologica. In questo senso, la norma mostra una sua duttilità che non lascia adito a censure di obsolescenza in quanto, stante l'ampio respiro legislativo, entro il prisma dell'art. 15 Cost. vanno sussunte anche le più inedite forme di corrispondenza realizzate nell'era digitale per il tramite sia di *App* di messaggistica istantanea, quali per esempio *WhatsApp*, sia di *chat* inserite all'interno dei *social networks*, come nel caso di *Facebook*, *LinkedIn et similia*.

Dunque, ciò rileva sono la forma del mezzo di corrispondenza impiegato e la natura della conversazione intrattenuta, la quale può assumere i caratteri di una conversazione privata e chiusa anche laddove svolta all'interno di una *chat* di un *social network*. Tuttavia, detta tematica meriterebbe una più approfondita analisi, esaminando le circostanze del caso concreto e verificando, per esempio, il numero di membri della *chat*. L'esercizio, infatti, della libertà di manifestazione del pensiero, a maggior ragione laddove estrinsecatasi nelle piattaforme *social*, dove alla condivisione sulla propria bacheca personale possono seguire illimitate

---

scambiati per il tramite di una stampata della schermata, inviata per mano di un anonimo. La Corte di Cassazione, valutato il caso di specie e, nello specifico, le peculiarità del mezzo di comunicazione utilizzato, ha confermato la decisione della Corte d'appello di Lecce che, ribaltando la decisione del giudice di prime cure, aveva dichiarato l'illegittimità del recesso. In particolare, il licenziamento è stato ritenuto invalido per mancanza di illiceità della condotta sotto il duplice profilo soggettivo e oggettivo, da ascrivere, piuttosto, alla libertà, costituzionalmente tutelata, di manifestazione del pensiero e di riservatezza ed inviolabilità della corrispondenza. In senso conforme, Cass. 31.7.2017, n. 2499, ove è stato ribadito che il diritto alla libertà ed alla segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, «comprende tanto la corrispondenza quanto le altre forme di comunicazione, incluse quelle telefoniche, elettroniche, informatiche, tra presenti o effettuate con altri mezzi resi disponibili dallo sviluppo della tecnologia».

ricondivisioni del singolo *post* anche da parte di persone non rientranti nella stretta cerchia degli “amici” o dei “conoscenti”, va necessariamente contemperato con limiti di continenza sostanziale e formale, *a fortiori* in virtù dei doveri di collaborazione, diligenza, fedeltà e segretezza cui è tenuto il dipendente alla luce del combinato disposto degli artt. 2104 e 2105 c.c..

Certamente difficile, tuttavia, rimane l’equilibrio fra i contrapposti interessi in gioco, giacché dinnanzi alle legittime istanze di riservatezza di cui il lavoratore è portatore con riguardo alle conversazioni non diffuse pubblicamente, ma intrattenute fra un gruppo chiuso di soggetti, ancorché per il tramite di una *chat* di una piattaforma *social*, si fronteggia l’esigenza del datore di lavoro di reprimere condotte offensive o denigratorie poste in essere da parte del proprio personale, potenzialmente lesive dell’immagine aziendale. Tale tensione è ancor maggiore e le istanze di tutela alla *privacy* ed alla riservatezza più deboli laddove il numero dei membri della *chat*, sia essa creata in una piattaforma comunicativa come *WhatsApp* ovvero per il tramite di un *social network* come *Facebook*, sia rivolta ad una cerchia di persone particolarmente ampia, per quanto chiusa e definita. In tal caso, infatti, seppur la *chat*, quale sistema di messagistica in tempo reale, possa esser considerata giuridicamente equivalente ad altre forme di comunicazione e, come tale, possa essere astrattamente ricondotta entro il perimetro normativo dell’art. 15 Cost., non potrà non rilevarsi come, in concreto, tale tipologia di mezzo comunicativo offra una più ampia diffusione rispetto ai mezzi che il legislatore costituzionale aveva in mente. Forse, dunque, tali aspetti e le intrinseche potenzialità del mezzo spingeranno la giurisprudenza a rivisitare il proprio orientamento, allentando le maglie della tutela all’inviolabilità della corrispondenza del lavoratore intrattenuta sui *social networks*.

Al di fuori di tali ipotesi, tuttavia, quando il *social network* viene impiegato dal dipendente quale normale utente digitale, attraverso la condivisione e pubblicazione di fotografie ed altri contenuti digitali sulla propria bacheca, pare che la garanzia dell’art. 15 Cost. non possa essere fondatamente invocata. Si ritiene,

infatti, di non poter condividere l'impostazione proposta da alcuna parte della dottrina secondo cui il datore potrebbe utilizzare il *social network* come strumento tramite cui acquisire contezza di inadempimenti contrattuali o eventuali condotte illecite del proprio personale solo a condizione che vi sia un previo accordo con le rappresentanze sindacali <sup>320</sup>. Tale postura non solo risulta debole sul piano giuridico, in quanto i sindacati verrebbero chiamati a negoziare in ordine all'incidenza dei *social networks* sul piano dei rapporti di lavoro individuali, ossia in ordine a situazioni giuridiche di esclusiva proprietà dei dipendenti, sottratte alla disponibilità delle parti collettive e che non hanno a che vedere con il sinallagma contrattuale. Tale tesi, inoltre, si scontrerebbe evidentemente con il dato concreto e pare, peraltro, non riconoscere l'effettiva natura delle piattaforme *social* quali piazze virtuali pubbliche, a meno che non si voglia accedere alla sottile distinzione che presuppone la verifica delle impostazioni adottate dal singolo utente-lavoratore in materia di *privacy* del proprio profilo. Verifica, tuttavia, che non è consentita al datore di lavoro, il quale inevitabilmente eserciterebbe al buio il proprio potere di controllo, scoprendo solo successivamente le impostazioni di sistema adottate dal proprio dipendente.

Né, peraltro, pare possa invocarsi la tutela dell'art. 8 St. Lav. che vieta al datore di lavoro di svolgere indagini, in fase pre-assuntiva ma anche nel corso del rapporto di lavoro, in ordine a fatti di per sé irrilevanti ai fini della verifica dell'attitudine del dipendente a svolgere la propria attività lavorativa, in quanto, laddove si tratti di un profilo pubblico, i contenuti ivi postati e condivisi non possono essere qualificati come dati sensibili o personali, né l'accesso a detto profilo può assurgere ad atto datoriale lesivo della riservatezza del lavoratore.

Preferibile, piuttosto, sarebbe un atteggiamento più cauto e responsabile da parte degli utenti del *web 2.0*, di cui i *social networks* rappresentano il paradigma più innovativo, in quanto il desiderio di comunicare all'esterno le informazioni

---

<sup>320</sup> INGRAO A., *Il controllo a distanza realizzato mediante Social network*, cit..

riguardanti la propria personalità e, talvolta, anche la sfera più intima, mal si concilia sul piano giuridico con successive istanze di riservatezza avanzate *ex post* a difesa e/o scriminante di propri comportamenti, financo illeciti sul piano disciplinare.

### **3.4. L'utilizzo dei dati biometrici**

Da ultimo, sempre più frequentemente anche i dati biometrici vengono impiegati (o meglio, vi sarebbe il desiderio di impiegarli) come strumento di controllo tecnologico datoriale, anche alla luce della normativa da ultimo introdotta con il Regolamento UE 2016/679. Quest'ultimo, infatti, all'art. 4, par. 1, punto 14, definisce i dati biometrici come «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 dattiloscopici». Trattasi, dunque, di un particolare utilizzo dei dati personali, consentito esclusivamente grazie all'impiego di nuove tecnologie che sfruttano, fra le varie, la registrazione e la successiva lettura di impronte digitali, della topografia della mano, della scansione dell'iride o del viso.

Le caratteristiche essenziali dei dati biometrici concernono: l'esclusività, in quanto unici per ogni persona; la permanenza ed immutabilità, salvo i casi di lesioni e/o traumi; l'idoneità ad identificare con certezza assoluta il soggetto a cui appartengono, come sottolineato dallo stesso Garante con la deliberazione n. 53 del 26.11.2006, concernente le “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”<sup>321</sup>, ove è stata evidenziata l'illiceità dell'uso generalizzato e

---

<sup>321</sup> Al punto 4.1, in merito alla nozione di dati biometrici, il Garante ha chiarito che «si tratta di dati ricavati dalle caratteristiche fisiche o comportamentali della persona a seguito di un apposito procedimento (in parte automatizzato) e poi risultanti in un modello di riferimento. Quest'ultimo consiste in un insieme di valori numerici ricavati, attraverso funzioni matematiche, dalle caratteristiche individuali sopra indicate, preordinati all'identificazione personale attraverso opportune operazioni di confronto tra il codice numerico ricavato ad ogni accesso e quello originariamente raccolto».

incontrollato di dati biometrici, specie se ricavati dalle impronte digitali, in quanto, proprio per la loro peculiare natura, tali dati richiedono l'adozione di elevate cautele per prevenire possibili pregiudizi a danno degli interessati, con particolare riguardo a condotte illecite che determinino l'abusiva "ricostruzione" dell'impronta, partendo dal modello di riferimento, e la sua ulteriore "utilizzo" a loro insaputa. Tale posizione è stata poi confermata, anche se con alcuni temperamenti, anche nel successivo "Provvedimento generale prescrittivo in tema di biometria" n. 513 del 12.11.2014, di cui fanno parte integrante le "Linee – guida in materia di riconoscimento biometrico e firma grafometrica" (All. A), ove è stato puntualizzato come l'utilizzo di sistemi biometrici rientri nel novero dei trattamenti di dati personali che presentano rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, con conseguente necessità di previa notificazione al Garante e svolgimento della verifica preliminare (ora non più previste però dal Regolamento<sup>322</sup>), salvo alcune ipotesi derogatorie espressamente previste *ex lege*.

In virtù di tali ragioni, in luogo di modalità centralizzate di trattamento dei dati biometrici, a parere del Garante, deve ritenersi adeguato e sufficiente avvalersi di sistemi efficaci di verifica e di identificazione biometrica basati sulla lettura delle impronte digitali memorizzate tramite un modello cifrato su un supporto posto nell'esclusiva disponibilità dell'interessato (una *smart card* o un dispositivo analogo) e soprattutto privo di indicazioni nominative riferibili a quest'ultimo<sup>323</sup>.

Ad oggi, il legislatore europeo è apparso consapevole di dette particolarità e delle potenzialità di abuso che possono conseguire dall'utilizzo dei dati biometrici, al punto da riconoscere la libertà in capo agli Stati membri di introdurre eventuali limitazioni con riguardo al loro trattamento (cfr. considerando n. 53) e prevedere espressamente all'art. 9, c. 1 (rubricato "*Trattamento di categorie*

---

<sup>322</sup> Gli artt. 17 e 37 del D. Lgs. 196/2003 sono stati abrogati in virtù dell'entrata in vigore del D. Lgs. 101/2018, quale intervento normativo di adeguamento della legislazione nazionale rispetto alla nuova disciplina dettata dal Regolamento UE 2016/679.

<sup>323</sup> Per un approfondimento ed un'analisi della prassi sviluppata dal Garante, si rinvia a BARRACO E. – SITZIA A., *Potere di controllo e privacy*, cit., pag. 285 ss..

*particolari di dati personali*”) un generale divieto di trattamento dei «dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica», ad eccezione di alcune ipotesi derogatorie normativamente previste, in occasione delle quali è comunque prescritta non solo la necessità del trattamento per la realizzazione dei legittimi fini perseguiti, ma anche il rispetto di garanzie appropriate; impostazione e formulazioni recepite poi nell’art. 2 *septies* D. Lgs. 196/2003, come novellato dal D. Lgs. 101/2018. Fra le anzidette ipotesi derogatorie, tuttavia, vi rientrano i casi in cui il trattamento è necessario «per assolvere agli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell’interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale», con l’apertura di una breccia rispetto all’uso dei dati biometrici in seno alla relazione contrattuale di lavoro.

Molteplici appaiono, difatti, le finalità rispetto alle quali un datore di lavoro può essere interessato all’utilizzo dei dati biometrici all’interno del contesto aziendale; vuoi per controllare gli accessi a particolari zone dei locali aziendali, vuoi, più banalmente, per rilevare la presenza sul posto di lavoro e, dunque, il rispetto del *quantum* della prestazione lavorativa. A ben vedere, *prima facie* tali ipotesi potrebbero essere ricondotte entro l’area di esenzione dai vincoli teleologici e procedurali prevista dall’art. 4, c. 2 St. Lav. ove viene fatto espresso riferimento agli strumenti di rilevamento degli accessi e delle presenze. Tuttavia, la prassi applicativa ha mostrato, anche recentemente, un’operatività solo residuale, o meglio eccezionale, di detta strumentazione tecnologica, subordinandone la legittimità dell’impiego al rigoroso rispetto dei principi in materia di trattamento dei dati personali. La tematica dei dati biometrici e del loro utilizzo ai fini di un (potenziale) controllo dell’attività dei lavoratori costituisce, più di altre, un chiaro esempio paradigmatico della ibridazione e compenetrazione tra la disciplina statutaria e la disciplina *privacy*, alla luce del cui combinato disposto deve essere affrontata la questione.

La stessa giurisprudenza di legittimità, in un’ottica di maggior tutela della posizione del lavoratore e della sua sfera di riservatezza, ha sposato una nozione

ampia di trattamento dei dati personali di tipo biometrico, riconducendovi nel novero «qualunque operazione o complesso di operazioni che consenta l'identificazione anche indiretta del soggetto»<sup>324</sup>. A fondamento di tale assunto della Corte di Cassazione, si rinvencono le (potenziali) successive elaborazioni del dato biometrico, il quale, seppur consistente in un codice, consente comunque l'identificazione personale del soggetto attraverso operazioni di confronto fra il codice numerico ricavato ad ogni accesso e quello originariamente raccolto, al punto che sarebbero all'opposto irrilevanti sia il fatto che «il modello archiviato, realizzato attraverso la compressione dell'immagine della mano, consista in un numero che non è di per sé correlabile al dato fisico» sia «il fatto che, partendo da detto numero, non sia possibile ricostruire l'immagine della mano in quanto l'algoritmo è unidirezionale ed irreversibile, escludono che si versi in ipotesi di trattamento di dati biometrici»<sup>325</sup>. Ciò che rileva è piuttosto la possibilità che il sistema informatico-tecnologico, sfruttando le formule algoritmiche, sia in grado di risalire al lavoratore, identificandolo indirettamente.

Non sono tuttavia mancate occasioni nelle quali, in ragione delle peculiarità del caso, il Garante si sia espresso in senso favorevole all'utilizzazione dei dati biometrici ai fini del rilevamento degli accessi e delle presenze, come nella vicenda che ha interessato il commissariamento di un presidio ospedaliero campano e l'avvio, nei confronti di centinaia di dipendenti, di indagini da parte della Procura della Repubblica per ipotesi di reati quali truffa aggravata ai danni dello Stato e false attestazioni o certificazioni nell'utilizzo del *badge* da parte dei dipendenti

---

<sup>324</sup> Cass. Civ., Sez. Lav., 15.10.2018, n. 25686. In tal caso l'utilizzo del dato biometrico era finalizzato a regolare gli accessi e controllare le presenze e consisteva nell'acquisizione e nel riconoscimento dell'immagine della mano dei dipendenti attraverso un *badge* magnetico. Il sistema di riconoscimento del modello, benché geometrico e in formato compresso, rappresentava un trattamento di dati biometrici cui il Codice *privacy* allora vigente riconnetteva particolari ed ulteriori obblighi la cui omissione era stata correttamente contestata dal Garante, ma non superata dal successivo comportamento datoriale. Motivo per cui la Cassazione è giunta a confermare la sanzione irrogata dal Garante.

<sup>325</sup> Cass. Civ., Sez. Lav., 15.10.2018, n. 25686.



pubblici<sup>326</sup>. In altre occasioni, il Garante ha ritenuto lecito l'impiego dei dati biometrici e, in particolare, il riconoscimento facciale per regolare gli ingressi allo stabilimento aziendale esclusivamente al personale autorizzato, con la finalità, tuttavia, non già di rilevazione delle presenze, bensì di tutela dell'incolumità dei dipendenti e della sicurezza del patrimonio aziendale<sup>327</sup>.

Addirittura, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro ha evidenziato come lo strumento di riconoscimento biometrico, per ipotesi installato sulle autovetture aziendali per impedirne l'utilizzo ai soggetti non autorizzati ed utilizzato per avviare il funzionamento delle stesse, possa essere sussunto entro la nozione di "strumento di lavoro", con conseguente esenzione dall'obbligo del preventivo accordo e del procedimento amministrativo di carattere autorizzativo previsto dalla legge<sup>328</sup>.

Tale questione è stata di recente affrontata dal legislatore italiano e dal Garante *privacy* in occasione dell'*iter* che ha condotto, dal disegno di legge C.1433, all'approvazione ed emanazione della L. 19 giugno 2019, n. 56 recante alcuni interventi per la concretezza delle azioni delle pubbliche amministrazioni e la prevenzione dell'assenteismo.

All'interno del tessuto normativo è stata dedicata una norma (l'art. 2) volta a prevedere, all'interno delle pubbliche amministrazioni e con esclusione di alcune specifiche categorie di lavoratori (ossia quelli non rientranti nell'ambito del pubblico impiego contrattualizzato), l'obbligatoria sostituzione dei previgenti sistemi di rilevazione automatica degli accessi e delle presenze con inedite procedure idonee a combinare contestualmente sistemi di verifica biometrica dell'identità e sistemi di videosorveglianza. Trattasi, in particolare, di sistemi

---

<sup>326</sup> Provv. Garante *privacy* n. 357 – 15.9.2016 – doc. web n. 5505689, *Verifica preliminare. Sistema di lettura di dati biometrici mediante parziale identificazione dell'impronta digitale per la rilevazione della presenza in servizio.*

<sup>327</sup> Provv. Garante *privacy* n. 60 – 16.2.2017 – doc. web n. 6136705, *Verifica preliminare. Sistema di controllo accessi biometrico facciale.*

<sup>328</sup> Ispettorato Nazionale del Lavoro, circolare n. 5/2018, ove è stato espressamente richiamato il Provvedimento prescrittivo in materia di biometria del Garante *privacy*.

funzionali alla verifica del rispetto dell'orario di lavoro, che si inseriscono nel più ampio disegno normativo informato alla lotta contro l'assenteismo.

E' interessante soffermarci sul testo dell'art. 2 per la forza dirompente di cui è portatore, analizzando, da un lato, le modifiche introdotte nel corso dell'*iter* di approvazione e, dall'altro, verificando la posizione assunta dal Garante per la protezione dei dati personali, la quale sembra esser stata in gran parte disattesa.

Il Garante, infatti, preliminarmente alla presentazione del disegno di legge, aveva rilasciato un proprio motivato parere positivo in relazione ai presupposti di liceità del trattamento dei dati che detti sistemi avrebbero comportato, ferme restando talune osservazioni critiche finalizzate a sollecitare delle modifiche dello schema legislativo<sup>329</sup>; osservazioni che, peraltro, si ponevano in linea di continuità con le prescrizioni contenute nel «Decalogo sull'uso del corpo» enunciato il 9.5.2006 dal Garante e che sintetizzavano, fra i vari principi generali, la libertà di adesione o meno al sistema da parte del soggetto interessato e il divieto dell'uso generalizzato o indifferenziato dei dati biometrici. In particolare, nel parere sul disegno di legge il Garante aveva evidenziato come, in conformità ai principi di liceità, proporzionalità, minimizzazione dei dati trattati e gradualità, fosse innanzitutto necessario limitare la scelta ad un unico strumento di verifica, in quanto l'utilizzo congiunto del sistema di videosorveglianza e del sistema di identificazione biometrica appariva invece eccedente, oltre che inutilmente costoso, rispetto alle finalità che il legislatore intendeva (ed intende) perseguire.

In secondo luogo, aveva prescritto di disciplinare l'utilizzo nel rispetto del principio di gradualità delle misure limitative dei diritti delle persone e, infine, di «ancorarne l'utilizzo alla sussistenza di specifici fattori di rischio ovvero a particolari presupposti quali ad esempio le dimensioni dell'ente, il numero dei dipendenti coinvolti, la ricorrenza di situazioni di criticità che potrebbero essere

---

<sup>329</sup> Prov. Garante *privacy* n. 464 – 11.10.2018 – doc. *web* n. 9051774, Parere su uno schema di disegno di legge recante “Interventi per la concretezza delle azioni delle pubbliche amministrazioni e la prevenzione dell'assenteismo”.

anche influenzate dal contesto ambientale». Secondo il Garante, dunque, l'astratta e generalizzata presunzione normativa di sussistenza, per tutte le pubbliche amministrazioni, di fattori di rischio tali da far ritenere lo strumento biometrico l'unico sistema in grado di assicurare il rispetto dell'orario di lavoro, non appariva compatibile con i principi generali in materia di trattamento dei dati personali.

Dette criticità sono state ribadite e ulteriormente approfondite nel corso dell'audizione del Presidente Soro in data 6.2.2019. Tuttavia, ad accezione dell'inserimento dell'espreso richiamo del canone di proporzionalità di cui all'art. 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, le criticità sollevate dal Garante e i suggerimenti di modifica legislativa sono rimasti lettera morta, esponendo dunque, sin dall'inizio, il testo normativo, ora pubblicato in Gazzetta Ufficiale, al rischio di incompatibilità con la disciplina nazionale ed europea in materia di trattamento dei dati personali.

Si rileva, in primo luogo, come sia stato mantenuto l'impianto originario, il quale prevede un'operatività obbligatoriamente simultanea (e non alternativa) dei sistemi di verifica biometrica e dei sistemi di videosorveglianza. E' evidente come l'utilizzo di ambedue i sistemi comporti il trattamento contestuale, ed il conseguente esame incrociato, dei dati personali quali l'immagine della persona (ricavabile dalle videoregistrazioni) e dei dati biometrici. Detta impostazione, come segnalato anche dal Garante, potrebbe confliggere con i canoni di necessità e proporzionalità contenuti del Regolamento UE 2016/679 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, anche alla luce del generale divieto del trattamento di dati biometrici contenuto nell'art. 9 del Regolamento.

Non si vede, infatti, il motivo di un impiego combinato dei due sistemi posto che, laddove, come effettivamente, si intendano combattere le prassi di assenteismo agevolate dall'uso del *badge* da parte di persona diversa dal titolare, tale esigenza risulterebbe soddisfatta anche esclusivamente in virtù del trattamento della tecnologia biometrica in via esclusiva. Quest'ultima, infatti, rappresenta un metodo di autenticazione "naturale", in quanto le caratteristiche fisiche del lavoratore non

possono essere smarrite, né rubate, né scambiate; inoltre, il dipendente deve necessariamente presentarsi di persona ai fini dell'espletamento controllo, non potendo essere sostituito da altro soggetto; infine e specularmente, risulta ardua la perpetrazione di furti di identità. Pertanto, stanti dette caratteristiche, l'impiego del sistema di videosorveglianza risulterebbe superfluo ed eccedente rispetto al fine divisato.

Secondariamente, in sede di approvazione del testo di legge non è stata introdotta una modifica idonea ad individuare particolari esigenze alla cui sussistenza subordinare l'utilizzo di tali sistemi di rilevazione della presenza e degli accessi, come suggerito nel parere del Garante. Secondo quest'ultimo, infatti, la rilevazione biometrica della presenza avrebbe dovuto essere ammessa solo in presenza di fattori di rischio specifici o di particolari presupposti. Tuttavia, anche detto invito di modifica normativa non ha avuto alcun seguito, con il rischio dunque che il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri cui è demandata la definizione delle modalità attuative di detti sistemi venga bloccato da un parere fortemente negativo del Garante, rendendo vano tutto l'*iter* svolto per l'emanazione di tale nuova normativa.

Appare infatti alquanto miope l'atteggiamento seguito dal legislatore di sostanziale rifiuto all'accoglimento dei suggerimenti forniti dal Garante, considerato che quest'ultimo costituirà uno degli interlocutori chiamati a prendere posizione, anche successivamente, sul contenuto del decreto attuativo. Addirittura, qualora il decreto attuativo venisse promulgato nonostante un eventuale parere negativo del Garante, verrebbe a delinearsi un quadro normativo in forza del quale il medesimo atto emanato dalla Pubblica Amministrazione a titolo sanzionatorio nei confronti del dipendente assenteista potrebbe esser giudicato dal Garante *privacy* come illecito e violativo addirittura della normativa europea e, al contempo, qualificato come legittimo dall'Autorità Giudiziaria alla luce del dettato legislativo di cui all'art. 2 L. 56/2019.

Il tutto non fa che aumentare la complessità di una materia già di per sé delicata, come testimoniato anche dalle difficoltà incontrate sul piano nozionistico. Nel parere rilasciato nell'ottobre 2018 dal Garante, infatti, quest'ultimo aveva evidenziato come non fosse corretto il termine "identificazione biometrica" impiegato nello schema del disegno di legge, in quanto non adeguato a rappresentare il contesto d'uso del dato biometrico rispetto alle finalità perseguite. L'identificazione biometrica comporta infatti un confronto di "uno a molti" (c.d. *one to many matching*), non necessario nel caso di sistemi finalizzati alla rilevazione delle presenze, posto che in tali casi i soggetti abilitati all'accesso sono già noti, richiedendosi al sistema esclusivamente un confronto "uno ad uno". Motivo per cui il Garante aveva sottolineato come rispondesse maggiormente all'*intentio legis* la differente dicitura, poi recepita, "sistemi di verifica biometrica dell'identità", a dimostrazione che nemmeno sul piano semantico la tematica è di pronta e facile soluzione.

Sembra dunque che il legislatore abbia caparbiamente seguito il solco già delineato, differendo di solo qualche mese il vero nocciolo della questione. Sarà infatti necessario, nel decreto attuativo, individuare un equo temperamento fra un utilizzo del dato biometrico lesivo degli interessi legittimi e dei diritti individuali dei soggetti interessati e il legittimo interesse collettivo e sovraindividuale, volto al contrasto dell'assenteismo e della falsa attestazione della presenza in servizio da parte dei pubblici dipendenti. Tale obiettivo è ancor più rilevante in quanto l'art. 2 L. 56/2019 è, allo stato, il primo intervento normativo volto a disciplinare l'impiego di dati biometrici ai fini della verifica del rispetto del *quantum* della prestazione lavorativa e che, dunque, consente un controllo a distanza dell'attività dei lavoratori che, sino alla novella dell'art. 4 St. Lav., la giurisprudenza escludeva addirittura con riguardo ai *badge*, laddove non preceduti da un accordo sindacale *ad hoc*.

\*\*\*

Alla luce della disamina sin qui condotta in ordine ai controlli tecnologici che possono essere esercitati dal datore di lavoro, affinché detto potere non si

trasformi in un abuso e non sconfini in un'illegittima intrusione nella sfera di *privacy* e riservatezza dei lavoratori, assumono valore centrale, in primo luogo, il corretto ed esatto adempimento dell'informativa prescritta dall'art. 13 Regolamento UE 2016/679, con la quale il lavoratore deve essere compiutamente edotto degli strumenti dai quali possa derivare un controllo della sua attività lavorativa, nonché delle modalità di controllo e dei tempi di conservazione dei dati; secondariamente, la predisposizione di puntuali *policies aziendali*, con le quali regolamentare l'uso delle strumentazioni informatiche ed eventualmente vietarne un impiego promiscuo; infine, l'osservanza dei principi generali previsti dal Regolamento UE 2016/679, fra i quali il principio di gradualità.

Le nuove tecnologie devono infatti essere costruite e soprattutto utilizzate in chiave di risorsa, quale strumento attraverso cui far svolgere alle macchine intelligenti i lavori più defatiganti, e non già, con un'evidente eterogenesi dei fini, quale motivo di costrizione dell'uomo-lavoratore ad un'inedita forma di alienazione, che riecheggia tuttavia, ancorché con contorni differenti, la catena di montaggio fordista.

A ben vedere, infatti, riconosciuta l'esistenza di un diritto alla riservatezza anche sul luogo di lavoro – sgombrato, dunque, ogni dubbio circa *l'an* –, è necessario individuare il livello di riservatezza di cui il lavoratore può godere e rispetto al quale può nutrire una ragionevole aspettativa; aspettativa, peraltro, non puramente soggettiva, bensì oggettivizzata<sup>330</sup>.

D'altro canto, non può egualmente riconoscersi in capo al lavoratore un diritto all'utilizzo personale della connessione *internet* e dell'*e-mail* aziendale, nonché di ogni altra strumentazione informatica allo stesso concessa per l'esecuzione della prestazione lavorativa.

I due ambiti sopra citati infatti – l'uno della riservatezza e l'altro dell'impiego personale delle strumentazioni aziendali – non coincidono

---

<sup>330</sup> In termini analoghi LUGARESI N., *Usa di internet sul luogo di lavoro, controlli del datore di lavoro e riservatezza del lavoratore*, cit., pag. 105.

necessariamente, potendo porsi profili di possibile (ed illegittima) interferenza datoriale nella sfera di riservatezza dei lavoratori anche in occasione dell'impiego di dispositivi di proprietà del dipendente ovvero di beni aziendali concessi in uso al lavoratore per fini diversi dall'adempimento delle proprie mansioni.

In tale contesto, è dunque chiaro come la predisposizione di avvisi puntuali e di *policies* altrettanto dettagliate da parte del datore di lavoro divenga uno dei principali elementi discretivi fra liceità ed illiceità del controllo tecnologico datoriale e del trattamento dei dati personali che detto controllo presuppone e comporta.

Il diritto all'impiego delle strumentazioni aziendali per fini personali sussiste nella misura in cui vi sia un'espressa previsione in tal senso nel disciplinare interno. Vero è, tuttavia, che, anche laddove manchi una regolamentazione *ad hoc* e non possa dunque affermarsi il riconoscimento espresso di un diritto in capo al dipendente all'utilizzo personale dei beni tecnologici aziendali, qualora il dipendente ne faccia comunque un uso per fini non lavorativi, non potrà riconoscersi la liceità degli eventuali controlli datoriali esercitati. In altri termini, la mancanza di una regolamentazione esclude la liceità del controllo tecnologico e comporta, inevitabilmente, la non utilizzabilità delle risultanze discendenti da detto controllo. In tali casi l'uso personale dello strumento, ancorché non consentito, nei fatti non risulta comunque sanzionabile.

Il diritto alla *privacy* dei lavoratori finisce dunque per essere soggetto, quanto alla sua estensione, al potere organizzativo datoriale e, soprattutto, al grado di completezza e puntualità del disciplinare interno, con la conseguente preclusione di poter individuare *ex ante* delle soluzioni operative e giuridiche valide per ogni fattispecie ed organizzazione aziendale.

#### **4. Le ricadute delle innovazioni tecnologiche sui controlli conoscitivi dei lavoratori nei nuovi contorni della *big data analytics***

L'interazione del lavoratore con le strumentazioni tecnologiche sia nella propria vita professionale sia, soprattutto, nel corso della propria vita privata implica l'immagazzinamento di una notevole mole di dati, frutto di tracce lasciate talvolta inconsapevolmente dall'uomo-lavoratore-utente del *web*<sup>331</sup>. La digitalizzazione, infatti, sfrutta le potenzialità delle tecnologie per la raccolta massiva, la trasmissione, la combinazione e il riutilizzo dei dati informatici, riuscendo a delineare dei profili virtuali degli utenti-lavoratori. Addirittura, la rete e l'incrocio dei *Big data* consentono di individuare dei tratti unificanti delle identità virtuali frammentate rispetto all'unico Io fisico, con la conseguenza che le strumentazioni informatiche vengono ora a costituire non solo una fonte di dati, ma anche un fattore abilitante la loro analisi<sup>332</sup>. Queste enormi potenzialità, a ben vedere, hanno dato vita alla c.d. *big data analytics* o *people analytics* che altro non è se non la raccolta e l'analisi dei *Big data* per trarre informazioni utili ai fini della costruzione di modelli di *business* ed organizzativi; informazioni impiegate anche dall'INAIL nelle indagini sulla correlazione fra gli infortuni e le malattie professionali, da un lato, e il contesto locale, i comportamenti aziendali, i fattori generatori di stress e le azioni di prevenzione, dall'altro.

Il tutto si traduce, dunque, in un'analisi computazionale di quantità molto estese di dati eterogenei, al punto da coniare il paradigma delle cinque "V" – volume, velocità, varietà, veridicità e valore – ove soprattutto l'ultimo di detti caratteri assume una cifra distintiva e rivoluzionaria. Il vero portato innovativo delle operazioni di elaborazione di *big data* consiste nella capacità di dar luogo alla creazione di una sintesi di contenuto informativo ulteriore, innovativo e non

---

<sup>331</sup> Descrive efficacemente tale situazione TEBANO L., *La nuova disciplina dei controlli a distanza: quali ricadute sui controlli conoscitivi?*, in *RIDL*, 2016, n. 3, I, pag. 355 ss. con l'espressione «dataveglianza».

<sup>332</sup> DAGNINO E., *People analytics: lavoro e tutela al tempo del management tramite big data*, in *Lab & Law Iss.*, 2017, vol. 3, n. 1 pag. I.4 ss..



equipollente alla mera sommatoria dei dati raccolti ed immagazzinati. Il risultato ultimo della *big data analytics* è un *quid pluris*. Addirittura, per alcuni versi lo stesso Regolamento, ancorché di recente introduzione, appare inadeguato a frenare la forza propulsiva che la sfida dei *Big data* pone, se si considera che la disciplina regolamentare si riferisce solo ai dati personali, laddove invece i *Big Data* non sono necessariamente dati personali e la capacità predittiva che deriva dalla loro analisi può essere connessa anche a dati riferiti a gruppi<sup>333</sup>. Peraltro, pure i dati anonimi o anonimizzati (di per sé estranei al campo d'applicazione della normativa *privacy*) non reggono il passo dinnanzi alla potenza dell'accumulo e del raffronto propria della *big data analytics*. Di fatto, anche i dati anonimi o anonimizzati possono essere penetrati e interpretati per ricavarne nuovamente informazioni personali.

L'interessato – e, per quanto qui interessa, il lavoratore – non è posto nelle condizioni di sapere quando e come i suoi dati vengono carpati e in che modo, con che finalità e da chi vengono utilizzati. Del resto, è la stessa tecnologia dei *Big Data* che, ontologicamente, si basa sull'aggregazione e interscambio di dati, nonché sul loro uso per scoprire correlazioni nascoste (c.d. *hidden patterns*), consentendo solo all'esito di detta rielaborazione, dunque *ex post*, di far emergere la reale finalità del trattamento, mettendo in pericolo l'auto-determinazione informativa del soggetto interessato. Il risultato ultimo non è infatti un mero archivio elettronico di dati, una sorta di *data base*, ma entità informative ontologicamente ed intrinsecamente differenti, derivanti dall'aggregazione e dalla rielaborazione algoritmica, nonché da collegamenti inferenziali, che consentono la profilazione e la generazioni di modelli e prototipi individuali, corrispondenti ad un "soggetto-tipo" riconducibile a un gruppo di persone fisiche, identificate da altrettanto precisi *status*.

---

<sup>333</sup> In tal senso anche Article 29 Data Protection Working Party, *Statement on Statement of the WP29 on the impact of development of big data on the protection of individuals with regard to the processing of their personal data in the EU*, in [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp221\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp221_en.pdf), 16.9.2014, ove viene sottolineato come la disciplina europea per la protezione dei dati personali è sì applicabile alle operazioni relative ai *big data*, ma queste ultime non sempre coinvolgono dati personali.

A ben vedere, dunque, anche il datore vanta oggi un enorme interesse all'impiego delle tecnologie di *big data analytics* in seno alla relazione contrattuale di lavoro e, in particolare, non solo nella fase esecutiva del contratto di lavoro, in virtù dell'esercizio (più o meno legittimo) del suo potere di controllo a distanza, bensì anche nella fase pre-assuntiva e, in particolare, nei c.d. controlli conoscitivi. In altri termini, il datore potrebbe avere un interesse ad ottimizzare le decisioni aziendali nel settore delle risorse umane grazie al trattamento di dati aggregati relativi ai lavoratori e aspiranti tali, esaminandoli con modelli statistici ed algoritmi, per individuare ad esempio il candidato migliore o il dipendente più o meno produttivo. In tal modo, le decisioni aziendali non troverebbero più fondamento su giudizi soggettivi, bensì sull'analisi incrociata di una grande quantità di dati (apparentemente) oggettivi, provenienti da diverse fonti, sia attinenti all'attività lavorativa sia inerenti invece all'attività della vita privata e sociale del soggetto interessato.

Se *prima facie* le potenzialità di detta nuova tecnologia potrebbero sfrondare il campo di valutazione datoriale da possibili discriminazioni e pregiudizi legati all'idea che il singolo si forma su una determinata persona, invero il quadro appare in concreto più complesso e problematico. I rischi connessi, infatti, ineriscono non solo all'elevato livello di intrusività dei trattamenti dei dati personali che la *big data analytics* necessariamente implica, bensì anche alla possibilità che i modelli statistici di riferimento o i dati di partenza possano contenere degli errori che si riflettono sul risultato ultimo, in quanto elaborato in via automatizzata, oppure, possano generare pratiche discriminatorie. Risultano, dunque, accresciuti i possibili momenti di frizione già individuati in precedenza fra la riservatezza dei lavoratori e i c.d. controlli conoscitivi<sup>334</sup>, nonché, più in generale, fra la riservatezza e il potere di controllo tecnologico datoriale. Evidenti però sono i rischi che ne derivano: il

---

<sup>334</sup> BARRACO E. – SITZIA A., *Potere di controllo e privacy*, cit., pag. 227 ss.; TEBANO L., *La nuova disciplina dei controlli a distanza: quali ricadute sui controlli conoscitivi?*, cit., la quale sottolinea la tendenza giurisprudenziale a marginalizzare l'art. 8 St. Lav..

crescente ricorso alle tecnologie nelle realtà aziendali, l'uso della robotica e di telecamere intelligenti, nonché il dilagare dell'utilizzo di *Internet* come luogo di scambio di idee ed informazioni, nonché di frammenti della propria vita privata, hanno sfumato e reso labile, talvolta addirittura impalpabile, la linea di confine fra vita privata e vita professionale, con il rischio, non remoto, che il monitoraggio, l'immagazzinamento di dati e il loro reperimento in rete dia luogo ad una profilazione del lavoratore o addirittura a condotte discriminatorie<sup>335</sup>, come segnalato anche da una recente risoluzione del Parlamento Europeo ove è stato sottolineato che «i *Big data* possono condurre non solo a violazioni di diritti fondamentali dei singoli, ma anche a una disparità di trattamento e a una discriminazione indiretta nei confronti di gruppi di persone con caratteristiche simili, in particolare per quanto concerne l'equità e le pari opportunità di accesso all'istruzione e all'occupazione, quando si offre un lavoro alla persona o la si valuta»<sup>336</sup>.

L'analisi di dati presi a campione, combinati con i *Big data*, può rivelare informazioni puntuali su ciascun lavoratore, ivi compresi gli aspetti valutazionali delle *performance*, fornire elementi utili per la fase di *recruting* e, più in generale, per la gestione delle risorse umane<sup>337</sup>. Come sottolineato già una trentina d'anni fa da autorevole dottrina, «la possibilità di confrontare, collegare e integrare notizie apparentemente innocue, anche raccolte da fonti diverse, potrebbe consentire al

---

<sup>335</sup> TULLINI P., *Economia digitale e lavoro non-standard*, cit., pag. 6. ROTA A., *Rapporto di lavoro e big data analytics: profili critici e risposte possibili*, in *Lab. & Law Iss.*, 2017, vol. 3, n. 1, pag. 34 ss., evidenzia come si tratti di «una nuova forma di discriminazione più articolata di quelle già codificate a livello normativo», al punto da ritenere maturi i tempi per ipotizzare «una discriminazione da algoritmo o *algorithme oriented*».

<sup>336</sup> Proposta 2016/2225(INI), approvata il 14.3.2017, Punto 19. In tal senso anche SORO A. nel corso dell'intervento *Big data, ecco i rischi della mancanza di trasparenza*, Convegno Agenda Digitale, in <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/6013519> 23.2.2017.

<sup>337</sup> WEISS M., *Digitalizzazione sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, cit.; DAGNINO E., *Big data e lavoro: le sfide della workforce analytics*, in *La nuova grande trasformazione del lavoro. Lavoro futuro: analisi e proposte dei ricercatori di Adapt*, DAGNINO E. – NESPOLI F. – SEGHEZZI F., Adapt University Press, 2017, Labour Studies e-Book series n. 62, pag. 135 ss.; ROTA A., *Rapporto di lavoro e big data analytics: profili critici e risposte possibili*, cit.

datore di lavoro di ottenere in alcuni casi, un profilo completo del lavoratore, (...) offrendogli al limite l'opportunità di modificare o differenziare il trattamento riservato in azienda sulla base di considerazioni estranee ad una corretta ed esclusiva valutazione dell'attitudine professionale»<sup>338</sup>.

Il rischio è quello di dar luogo a serie violazioni dell'art. 8 St. Lav., il quale viene a fungere da limite esterno alle possibili prassi di profilazione dei dati del lavoratore, già in forza o candidato all'assunzione, da ritenersi violato anche in virtù del solo avvio dell'indagine, non richiedendo necessariamente anche l'impiego dei dati raccolti. Addirittura, quando il trattamento automatizzato dei dati e la profilazione riguardano il lavoratore, l'eventuale impropria proiezione delle sue caratteristiche potrebbe comportare non solo una violazione della sua sfera d'identità personale nella parte in cui si riferisce alla professionalità, quanto piuttosto una lesione delle componenti personalissime della stessa, che dovrebbero essere sottratte da ogni profilo di conoscibilità datoriale. Le difficoltà di discernere le pratiche di *big data analytics* vietate da quelle consentite in rapporto a quanto disposto dall'art. 8 St. Lav. sono ancor maggiori in considerazione del fatto che detta tecnologia, con vocazione predittiva, si fonda su correlazioni e non già su un rapporto di causa effetto. Dette correlazioni sono spesso oscure rispetto alla loro natura e, inoltre, potrebbero essere portatrici di un errore nella costruzione del modello o nei dati in essa trattati; errore che poi andrebbe ad inficiare l'intera analisi.

Laddove si ritenesse che il divieto di cui all'art. 8 St. Lav. (di compiere indagini inerenti a fatti o circostanze avulse dal rapporto di lavoro e attinenti piuttosto alle opinioni politiche, religiose e sindacali del lavoratore) operi esclusivamente con riguardo alle indagini materialmente condotte dal datore e non anche alle informazioni che egli riceve senza un intervento attivo, in quanto frutto

---

<sup>338</sup> DE LUCA TAMAJO R., *Presentazione della ricerca*, in *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, DE LUCA TAMAJO R. – IMPERIALI D'AFFITTO R. – PISANI C. – ROMEI R. (a cura di), Franco Angeli, Milano, 1988, pag. 20.

dei flussi di *Big data* ricavabili da altre attività o anche dal *web*, verrebbe frustrata la portata della norma statutaria. Tale postura garantista, a ben vedere, si pone peraltro in linea con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui l'acquisizione e la conservazione di dati che contengono o possono contenere simili informazioni integra già gli elementi costitutivi della condotta vietata, risolvendosi comunque in un'indagine non consentita sulle opinioni e sulle condotte dei lavoratori<sup>339</sup>.

Molte delle tematiche e criticità qui descritte in ordine alla *Big data analytics* erano già state oggetto di valutazione da parte del Garante *privacy* prima dell'entrata in vigore del nuovo Regolamento, con specifico riguardo alla piattaforma "Mevaluate"<sup>340</sup>. In particolare, era stata manifestata al Garante l'intenzione, da parte di alcune Società, di realizzare una piattaforma *web* (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali concernenti persone fisiche e giuridiche, sulla base dell'elaborazione di un *rating* reputazionale, in relazione a informazioni inerenti al settore civile, penale e fiscale, che fosse espressione sia dell'affidabilità generale sia di quella riferita ai singoli settori. Il fine ultimo era quello di generare basi di conoscenza, rilevanti anche sotto il profilo etico, utili per la selezione ed il controllo della controparte nelle transazioni negoziali, ma da applicare anche per scegliere, fra i vari, gli aspiranti dipendenti. In tal modo, tuttavia, sarebbero state raccolte anche informazioni non attinenti alla vita lavorativa del dipendente o del potenziale tale. Per tali motivi il Garante ha ritenuto detta piattaforma non conforme alla disciplina in materia di trattamento dei dati personali, in quanto presentava rischi per la dignità e l'identità

---

<sup>339</sup> Cass. Civ., Sez. I., 19.9.2016, n. 18302. In senso analogo TEBANO L., *La nuova disciplina dei controlli a distanza: quali ricadute sui controlli conoscitivi?*, cit..

<sup>340</sup> Provv. Garante *privacy* n. 488 – 24.11.2016 – doc. *web* n. 5796783, Piattaforma *web* per l'elaborazione di profili reputazionali. Per un approfondimento si rinvia a DONINI A., *Profilazione reputazionale e tutela del lavoratore: la parola del Garante della privacy*, in *Lab. & Law Iss.*, 2017, vol. 3, n. 1, pag. 37 ss.; DAGNINO E., *Una questione di fiducia: la reputazione ai tempi delle piattaforme online fra diritto alla privacy e prospettive di mercato*, in *DRI*, 2017, n. 1, pag. 247 ss..

personale dei soggetti sottoposti a profilazione e avrebbe potuto condurre ad indagini datoriali non pertinenti con la sfera del rapporto lavorativo. E' infatti proprio nell'ambito del rapporto di lavoro che dignità e identità personale, si ribadisce, assumono una rilevante pregnanza e richiedono necessariamente una tutela rafforzata.

Forse, una possibile risposta ai molti interrogativi sollevati e alle istanze di tutela ad essi sottese, potrebbero essere i principi di *privacy by design* e *privacy by default* cristallizzati con il Regolamento europeo<sup>341</sup>, uscendone in tal senso rafforzata la valenza dell'art. 8 St. lav. quale limite ad analisi sconosciute circa le abitudini e lo stile di vita dei lavoratori, *rectius* a forme di controllo poliziesco a distanza, ancorché non siano mancate alcune proposte, per ora rimaste inattuato, d'adozione di una "Carta dei dati personali dei dipendenti" che attribuisca nuovi diritti individuali in relazione all'accesso alle informazioni personali raccolte dal datore<sup>342</sup>.

## **5. Lo *smart working* e la *digital economy*: un confine labile fra vita personale e ambito lavorativo**

I problemi sin qui descritti in ordine alle potenzialità intrusive del controllo tecnologico datoriale risultano, con ogni evidenza, amplificati nella *smart factory* e nelle fattispecie riconducibili alla *digital economy* (o *Gig economy*)<sup>343</sup>. In entrambi i casi, infatti, l'esecuzione della prestazione lavorativa è strettamente connessa con l'utilizzo di apparecchiature tecnologiche, con conseguente impossibilità di

---

<sup>341</sup> In tal senso anche DAGNINO E., *People analytics: lavoro e tutela al tempo del management tramite big data*, cit., il quale propone di coinvolgere anche le rappresentanze sindacali nella strutturazione delle pratiche di *big data analytics*.

<sup>342</sup> Art. 29 - Data Protection Working Party, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*.

<sup>343</sup> WEISS M., *Ricerche Digitalizzazione, smart working, politiche di conciliazione La platform economy e le principali sfide per il diritto del lavoro*, in *Dir. Rel Ind.*, 2018, n. 3, pag. 715 ss., evidenza come il tema non possa essere affrontato attraverso un approccio concettuale tradizionale, mettendo in discussione la concezione classica del diritto del lavoro.

scindere gli strumenti effettivamente serventi allo svolgimento delle proprie mansioni (*rectius* gli strumenti di lavoro), i quali non necessitano di alcuna autorizzazione sindacale o amministrativa preventiva, dagli impianti e apparecchiature la cui installazione soggiace invece ai limiti procedurali e teleologici di cui all'art. 4, c. 1 St. Lav.<sup>344</sup>. In altri termini, in questi casi la digitalizzazione del lavoro è esponenziale e il controllo a distanza costituisce una parte integrante dell'ambiente digitale<sup>345</sup>.

Il lavoro agile, c.d. anche *smart working*, pone infatti numerosi interrogativi a tal proposito e rappresenta una delle molteplici manifestazioni dell'impatto della digitalizzazione sul rapporto di lavoro, fondandosi ontologicamente sull'utilizzo dei dispositivi elettronici che rendono possibili lo svolgimento dell'attività lavorativa in forma delocalizzata<sup>346</sup>. L'impatto è così dirompente da sollevare alcuni dubbi circa l'idoneità dell'art. 4 St. Lav., per quanto di recente novellato, a regolamentare l'esercizio del potere di controllo tecnologico datoriale in seno al lavoro agile, al punto che taluna dottrina ha sottolineato come il nuovo impianto statutario sia concepito con lo sguardo rivolto all'indietro<sup>347</sup>. Ciò a maggior ragione laddove si considera che la definizione della disciplina dell'esercizio del potere di controllo datoriale sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nello *smart working* viene totalmente demandata all'accordo individuale fra le parti contrattuali, senza remissione di alcun ruolo di filtro preventivo alle rappresentanze sindacali.

---

<sup>344</sup> Fortemente critica verso tale prospettiva TULLINI P., *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, cit., pag. 17 ss..

<sup>345</sup> TULLINI P., *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, cit., pag. 118 ss..

<sup>346</sup> Per un approfondimento BINI S., *Il potere di controllo nella prestazione di lavoro agile. Brevi osservazioni*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" Collective Volumes*, Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (GggS) (a cura di), n. 6/2017, pag. 76 ss..

<sup>347</sup> LAI M., *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di smart working e di crowd working*, in *DRI*, 2017, n. 4, pag. 985 ss..

Addirittura, fermo restando il dibattito che ha investito la giurisprudenza e la dottrina (non solo italiana) in ordine alla qualificazione dei rapporti di lavoro per il tramite della piattaforma digitale in termini di subordinazione ovvero di autonomia, in questi casi l'automatismo digitale e i rischi di profilazione del lavoratore appaiono ancora più esasperati e, per taluni versi, addirittura connotati a dette tipologie di rapporti di lavoro<sup>348</sup>. In altri termini, l'automatismo digitale e i rischi di profilazione sembrano costituire un elemento endemico e, al contempo, un rischio che ineluttabilmente il lavoratore della *digital economy* deve accettare, pena l'esclusione dalla piattaforma digitale. Ne consegue, tuttavia, che in tali casi la linea di confine fra sfera privata e sfera lavorativa diventi ancor più sfumata, con un affievolimento della pregnanza delle norme a tutela della dignità e libertà del lavoratore, al punto da indurre taluna parte della dottrina a richiamare provocatoriamente la disciplina consumeristica quale bacino normativo da cui trarre nuove e diverse forme di tutela, dinnanzi all'incapacità del diritto del lavoro odierno di rispondere efficacemente alle istanze di garanzia di posizioni giuridiche soggettive dei lavoratori parzialmente inedite e che derivano dagli attuali modelli produttivi ed organizzativi del lavoro.

Opportuna sarebbe una seria e profonda riflessione di carattere interdisciplinare, finalizzata a fornire delle risposte ai molteplici interrogativi che non solo il lavoro agile o il lavoro su piattaforma pongono, ma che sono sollecitati da un'intera generazione di c.d. "nomadi digitali", costituendo detta tematica uno dei terreni di più fertile dibattito attuale e del prossimo futuro.

---

<sup>348</sup> DONINI A., *Il mercato dei servizi sul web: il rapporto di lavoro su piattaforma digitale*, in *Web e lavoro, Profili evolutivi e di tutela*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 100 ss., mette a confronto le due fattispecie e, pur trovando dei tratti in comune sul piano del contesto economico-produttivo, ritiene che il lavoro agile proponga una digitalizzazione "gentile" delle relazioni lavorative.



# CAPITOLO IV

## La dimensione europea ed internazionale e l'analisi comparata con l'ordinamento spagnolo

---

SOMMARIO: 1. La dimensione europea: la Carta di Nizza e il Regolamento UE 2016/679 – 2. La prospettiva internazionalistica; 2.1. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la giurisprudenza della; 2.2. Raccomandazione del Consiglio d'Europa 1° aprile 2015 – 3. L'incidenza delle nuove tecnologie, il potere di controllo datoriale e la tutela dei diritti fondamentali del lavoratore nel quadro normativo del diritto del lavoro spagnolo; 3.1. Inquadramento normativo, dottrinale e giurisprudenziale; 3.2. La disciplina contenuta nell'art. 20 de *El Estatuto de los trabajadores*: il potere direttivo e di controllo datoriale *versus* la dignità della persona del lavoratore; 3.3. I diritti fondamentali dei lavoratori nella dimensione del rapporto di lavoro e del potere di controllo datoriale; 3.4. I poteri e le facoltà datoriali ed il loro fondamento costituzionale; 3.5. Il giudizio di proporzionalità come canone operativo per il bilanciamento dei diritti fondamentali in conflitto; 3.6. La ragionevole aspettativa del lavoratore ad un proprio ambito di riservatezza e confidenzialità nel dialogo della giurisprudenza spagnola; 3.7. La sentenza n. 39/2016 del *Tribunal Constitucional*: un radicale cambio di prospettiva nel bilanciamento dei diritti in conflitto

### **1. La dimensione europea: la Carta di Nizza e il Regolamento UE 2016/679**

La trattazione della tematica non potrebbe dirsi completa ed esaustiva in mancanza di una breve ma compiuta analisi del panorama normativo e giurisprudenziale europeo ed internazionale entro cui la stessa va collocata.

Con uno sguardo alla prospettiva europea, l'attenzione va rivolta immediatamente al Regolamento UE 2016/679, pubblicato nella Gazzetta ufficiale

dell'Unione Europea il 4 maggio 2016 ma attuato concretamente a partire dal 25 maggio 2018, il quale, a propria volta, si ricollega all'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. anche Carta di Nizza), che, in virtù del Trattato di Lisbona, ha acquisito il valore di trattato ed è pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri.

A tal proposito, vengono in rilievo gli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza i quali enunciano e tutelano, rispettivamente, il necessario rispetto della vita privata e familiare e il diritto alla protezione dei dati di carattere personale<sup>349</sup>.

L'art. 7, infatti, è portatore della tutela del c.d. *right to be alone*, espressione di una concezione primigenia della riservatezza, garantita entro una dimensione puramente statica. L'art. 8, invece, fotografa l'evoluzione del diritto alla riservatezza ed alla *privacy*, oggetto di proiezione e di tutela in una dimensione dinamica, da intendersi quale diritto alla disponibilità ed al controllo dei propri dati personali<sup>350</sup>. Tale norma prevede infatti che i dati di carattere personale che riguardano ciascun individuo debbano essere trattati «secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge», con attribuzione altresì del diritto, in capo a ciascuno, di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica.

Invero, la cristallizzazione di detti principi nella Carta di Nizza era stata preceduta dall'emanazione della direttiva 95/46/CE del 24.10.1995 «relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché della libera circolazione di tali dati», avente il precipuo scopo di armonizzare le norme in materia di protezione dei dati personali al fine di garantire un “flusso libero” (*free flow of data*) dei dati e promuovere un elevato livello di tutela dei diritti fondamentali dei cittadini.

---

<sup>349</sup> Cfr. anche CONSONNI G., *Il caso Bărbulescu c. Romania e il potere di controllo a distanza dopo il Jobs act: normativa europea e italiana a confronto*, cit..

<sup>350</sup> Per un approfondimento della distinzione semantica, giuridica e storica fra il diritto alla riservatezza e il diritto alla *privacy*, si rinvia al Capitolo III, paragrafo 1 della presente tesi.

Detta Direttiva era stata recepita in Italia con la L. 675/1966, accompagnata a sua volta dalla contestuale approvazione della L. 676/1996 che conteneva la delega al Governo per recepire diverse Raccomandazioni del Consiglio d'Europa, tra le quali la Raccomandazione R(89)2 del 18.1.1989. La sopra citata direttiva ha costituito per lungo tempo il sistema normativo sovranazionale di riferimento, sino alla sua effettiva abrogazione avvenuta con l'entrata in vigore del Regolamento UE 2016/679, il quale ha segnato un mutamento nella cultura organizzativa e nella disciplina del trattamento dei dati personali a livello europeo<sup>351</sup>.

L'esigenza di adottare un quadro più solido e coerente in materia di trattamento dei dati personali è stata avvertita con urgenza e consapevolezza da parte delle istituzioni europee in ragione delle nuove sfide poste dalla rapidità dell'evoluzione tecnologica e dalla globalizzazione (cfr. considerando 6 e 7), al punto da voler sottendere, a parere di chi scrive, la presa di coscienza della genesi della quinta libertà fondamentale, ossia la libertà di circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione Europea, i quali sono portatori di un reale ed innovativo valore economico, seppur con la necessaria osservanza di alcuni limiti.

Indici del nuovo approccio alla *privacy* di cui il Regolamento è portatore sono, innanzitutto, la natura dell'atto normativo che si è inteso adottare, lo spettro di applicazione sotto il profilo territoriale e l'affermazione del c.d. principio dell'*accountability*.

Quanto al primo aspetto, sicuramente un cambio di ritmo è stato imposto con la scelta dell'atto normativo: trattasi, infatti, di un regolamento, dunque un atto di diritto derivato dell'Unione Europea, ma con efficacia diretta, immediata e generalizzata nei confronti degli Stati membri, abbandonando la prospettiva

---

<sup>351</sup> Per un compiuto approfondimento si rinvia a SOFFIENTINI M., *Privacy. Protezione e trattamento dei dati*, Ipsoa, 2018. Per un'analisi del portato del Regolamento rispetto alla realtà dell'Industria 4.0 e della *smart factory*, si rimanda a GRECO L. – MANTELERO A., *Industria 4.0, robotica e privacy-by-design*, cit..

dell'armonizzazione precedentemente impiegata con la direttiva del 1995<sup>352</sup>; prospettiva che si era mostrata inadeguata, ora più che mai, rispetto all'obiettivo di garantire degli standard di tutela eguali in tutti gli Stati membri in ordine al trattamento dei dati personali.

Detta soluzione si lega e si giustifica anche in ragione delle intrinseche possibilità che *Internet* e, più in generale, l'evoluzione tecnologica comportano sotto il profilo del trattamento dei dati, i quali non consentono di tracciare dei confini territoriali precisi, connotandosi detta tematica, all'opposto, per marcati profili di atterritorialità.

Dal punto di vista territoriale – e in ciò sta la seconda cifra distintiva – il legislatore europeo ha inteso estendere la protezione dei dati personali a tutti i trattamenti avvenuti «nell'ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell'Unione, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione» (cfr. art. 3, par. 1 Reg. UE 2016/679 e considerando 22<sup>353</sup>), nonché «al trattamento dei dati personali di interessati che si trovano nell'Unione, effettuato da un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento che non è stabilito nell'Unione, quando le attività di trattamento riguardano» l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai suddetti interessati nell'Unione (cfr. art. 3, par. 2 Reg. UE 2016/679 e considerando 23 e 24<sup>354</sup>).

---

<sup>352</sup> DEL FEDERICO C., *Il trattamento dei dati personali dei lavoratori e il Regolamento 2016/679/UE. Implicazioni e prospettive*, in *Web e lavoro, Profili evolutivi e di tutela*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 61 ss..

<sup>353</sup> Considerando 22: «Qualsiasi trattamento di dati personali effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento di un titolare del trattamento o responsabile del trattamento nel territorio dell'Unione dovrebbe essere conforme al presente regolamento, indipendentemente dal fatto che il trattamento avvenga all'interno dell'Unione. Lo stabilimento implica l'effettivo e reale svolgimento di attività nel quadro di un'organizzazione stabile. A tale riguardo, non è determinante la forma giuridica assunta, sia essa una succursale o una filiale dotata di personalità giuridica».

<sup>354</sup> Considerando 23 e 24: «(23) Onde evitare che una persona fisica venga privata della protezione cui ha diritto in base al presente regolamento, è opportuno che questo disciplini il trattamento dei dati personali degli interessati che si trovano nell'Unione effettuato da un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento non stabilito nell'Unione, quando le attività di trattamento sono connesse all'offerta di beni o servizi a detti interessati indipendentemente dal fatto che vi sia un pagamento correlato. Per determinare se tale titolare o responsabile del trattamento stia offrendo

Infine, dal punto di vista materiale e dell'organizzazione, è stato introdotto il principio dell'*accountability* – sancito dagli artt. 5 e 24 del Regolamento – secondo cui il Titolare del trattamento dei dati, operando in un'ottica proattiva e preventiva, deve svolgere anticipatamente un'attenta analisi del rischio cui i dati personali sono esposti in virtù del loro trattamento. Tale analisi è infatti volta a prevenire eventuali violazioni dei diritti e delle libertà degli interessati, sollecitando l'adozione di tutte le misure tecniche ed organizzative adeguate. In tal senso, spetta al Titolare del trattamento (e non più alla legge) decidere il modello organizzativo più adatto alla propria organizzazione interna e optare per le misure di sicurezza più idonee, «tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche»<sup>355</sup>.

Altrettanto esiziale nella nuova impalcatura della normativa sovranazionale è stata l'enunciazione dei principi di *privacy by design* e *privacy by default*.

Il principio di *privacy by design* richiama la logica già utilizzata dal Garante *privacy* italiano con le Linee Guida del 2007 in ordine all'utilizzo della posta

---

beni o servizi agli interessati che si trovano nell'Unione, è opportuno verificare se risulta che il titolare o il responsabile del trattamento intenda fornire servizi agli interessati in uno o più Stati membri dell'Unione. Mentre la semplice accessibilità del sito web del titolare del trattamento, del responsabile del trattamento o di un intermediario nell'Unione, di un indirizzo di posta elettronica o di altre coordinate di contatto o l'impiego di una lingua abitualmente utilizzata nel paese terzo in cui il titolare del trattamento è stabilito sono insufficienti per accertare tale intenzione, fattori quali l'utilizzo di una lingua o di una moneta abitualmente utilizzata in uno o più Stati membri, con la possibilità di ordinare beni e servizi in tale altra lingua, o la menzione di clienti o utenti che si trovano nell'Unione possono evidenziare l'intenzione del titolare o del responsabile del trattamento di offrire beni o servizi agli interessati nell'Unione. (24) È opportuno che anche il trattamento dei dati personali degli interessati che si trovano nell'Unione ad opera di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento non stabilito nell'Unione sia soggetto al presente regolamento quando è riferito al monitoraggio del comportamento di detti interessati, nella misura in cui tale comportamento ha luogo all'interno dell'Unione. Per stabilire se un'attività di trattamento sia assimilabile al controllo del comportamento dell'interessato, è opportuno verificare se le persone fisiche sono tracciate su internet, compreso l'eventuale ricorso successivo a tecniche di trattamento dei dati personali che consistono nella profilazione della persona fisica, in particolare per adottare decisioni che la riguardano o analizzarne o prevederne le preferenze, i comportamenti e le posizioni personali».

<sup>355</sup> Così l'*incipit* dell'art. 24, par. 1 Reg. UE 2016/679.

elettronica e di *internet*, con le quali veniva sollecitata al datore l'adozione di una strategia di carattere preventivo e inibitorio, tesa a ridurre al minimo l'esigenza di verificare *ex post* l'impiego di dette strumentazioni da parte dei dipendenti, in coerenza con i principi di necessità, pertinenza e non eccedenza.

Con l'espressione *data protection by design*, disciplinata dall'art. 25, par. 1 Reg. UE 2016/679, si intende descrivere l'obbligo, sussistente in capo al Titolare del trattamento dei dati personali, di incorporare adeguate misure organizzative e tecniche, finalizzate alla tutela e alla sicurezza dei dati personali, in applicazioni, servizi e prodotti sin dalla loro fase di progettazione, adottando, per esempio, forme di pseudonomizzazione o di minimizzazione dell'utilizzo dei dati. I sistemi, in altre parole, dovrebbero essere programmati per operare *ex ante* ed automaticamente una selezione delle informazioni raccolte, evitando l'impiego e la diffusione di dati non rilevanti ai fini della gestione e dell'organizzazione del rapporto di lavoro, ricorrendo, ove possibile, alle tecniche di pseudonomizzazione e cifratura o crittografia.

Il principio di *privacy by default*, previsto invece dall'art. 25, par. 2 del Regolamento, impone l'adozione di impostazioni predefinite idonee a limitare l'utilizzo dei dati, in caso di trattamento automatizzato, solamente a quelli che risultino pertinenti e strettamente necessari al raggiungimento delle finalità perseguite.

Tanto la *data protection by design* quanto la *data protection by default* giocheranno dunque un ruolo fondamentale nell'organizzazione del lavoro e nell'individuazione concreta dei limiti entro cui il datore potrà esercitare lecite prerogative di controllo tecnologico, finendo per introdurre nuovi vincoli e potenziali fonti di nuove responsabilità giuridiche in capo al Titolare del trattamento, anche in considerazione del fatto che ora è tenuto a dimostrare che il trattamento dallo stesso posto in essere è avvenuto nel rispetto della normativa.

Con specifico riguardo, poi, al trattamento dei dati personali in seno al rapporto contrattuale di lavoro, la normativa europea vi dedica unicamente l'art. 88, segnando comunque un passo in avanti rispetto alla direttiva 95/46/CE, ove non era prevista alcuna disciplina peculiare.

Accanto alle norme generali sulla protezione dei dati personali, l'art. 88 riserva ad ogni Stato membro la facoltà di prevedere, tramite leggi o contratti collettivi, discipline più specifiche per la protezione dei dati personali dei dipendenti con riguardo a particolari finalità, quali «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, parità e diversità sul posto di lavoro, salute e sicurezza sul lavoro, protezione della proprietà del datore di lavoro o del cliente e ai fini dell'esercizio e del godimento, individuale o collettivo, dei diritti e dei vantaggi connessi al lavoro, nonché per finalità di cessazione del rapporto di lavoro» (art. 88, par. 1).

Ampia è dunque la discrezionalità che il legislatore europeo ha riconosciuto agli Stati e alle Parti sociali, richiamando quanto già anticipato al Considerando n. 155. Tuttavia, gli ampi margini di discrezionalità sono in parte mitigati da quanto previsto dal successivo paragrafo 2, il quale impone agli Stati e alle Parti sociali, nell'emanazione delle norme di cui al paragrafo 1, l'adozione di misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali.

A ben vedere, appare in ogni caso deludente o quanto meno scarna la formulazione impiegata, in quanto priva di un effettivo portato innovativo e settoriale, che sarebbe invece stato necessario prevedere, viste le maggior criticità che la tematica della protezione del trattamento dei dati personali comporta all'interno del rapporto contrattuale di lavoro, ove è fortemente ed ontologicamente implicata la persona del lavoratore e ove i valori di dignità, libertà e riservatezza meriterebbero una tutela rafforzata. Senza contare che la rimessione di tale facoltà alle Parti collettive, stando all'esperienza pregressa del nostro Paese, lascia dubitare

circa la concreta attuabilità di detta disposizione, essendo più volte emersa la scarsa inclinazione, se non addirittura la totale inerzia, delle parti sociali nel cogliere la sfida lanciata dal legislatore (sia esso nazionale o europeo) circa l'attribuzione di poteri para-legislativi in sede di contrattazione collettiva.

## **2. La prospettiva internazionalistica**

Sul piano internazionalistico le principali, ma non uniche, fonti di riferimento sono la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (nel prosieguo, per ragioni di brevità, anche "Cedu") e la più recente Raccomandazione (2015)<sup>5</sup> (che ha sostituito la precedente Raccomandazione R(89)2), cui si aggiungono, poi, le Convenzioni emanate dall'OIL, fra le quali la Convenzione n. 108 del 1981, il cui scopo era quello di garantire ad ogni persona fisica il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali e, in particolare, il diritto alla vita privata in relazione all'elaborazione automatica dei dati a carattere personale.

### **2.1. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la giurisprudenza della Corte**

A differenza di quanto disposto dalla Carta di Nizza, entro il sistema normativo della Cedu, la pietra miliare a tutela della vita privata e familiare è costituita unicamente dall'art. 8, il quale, presentando una struttura bipartita, sancisce espressamente al paragrafo 1 il diritto di ogni persona «al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza».

Ampio è lo spettro applicativo della norma, ampliato ancor di più in virtù dell'interpretazione del concetto di vita privata fornito dalla giurisprudenza della Corte Edu, in senso idoneo a ricomprendere anche attività di natura professionale



che abbiano svolgimento sul luogo di lavoro<sup>356</sup>, anche laddove la prestazione lavorativa venga svolta in un luogo pubblico<sup>357</sup>.

Il secondo paragrafo del citato art. 8 Cedu prevede poi le condizioni alla cui sussistenza è subordinata, in via eccezionale, l'adozione, da parte degli Stati, di alcune restrizioni (*interferences*) all'esercizio del diritto cristallizzato al primo paragrafo. In tali casi le restrizioni alla vita privata e familiare che un'autorità pubblica può adottare devono innanzitutto trovare fondamento nella legge (*in accordance with the law*); in secondo luogo devono essere giustificate da un nesso di stretta necessità (*a legitimate aim*), legato a ragioni di sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, benessere economico del paese, difesa dell'ordine e prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale o, infine, protezione dei diritti e delle libertà altrui. Infine, le restrizioni devono essere necessarie in una società democratica (*necessary in a democratic society*).

A ben vedere, con riguardo all'applicazione dell'art. 8 Cedu nell'ambito del rapporto contrattuale di lavoro, la norma pone precisi vincoli non solo in capo al datore, bensì anche agli Stati; in particolare, con riferimento a quest'ultimi, gli stessi sono tenuti non solo all'obbligazione negativa di impedire ogni arbitraria intromissione nella vita privata e familiare, nel domicilio e nella corrispondenza da parte di un'autorità pubblica, bensì anche l'obbligazione positiva di adottare ogni misura necessaria a garantire l'effettivo rispetto della vita privata nelle relazioni intersoggettive orizzontali.

E' dunque alla luce di quest'unica lente che sono state trattate anche le più recenti vicende di controlli tecnologici a distanza portate all'attenzione della Corte Edu, fra cui si ricordano la vicenda *Bărbulescu c. Romania* (sentenza del 5.9.2017 - C. 61496/08, con cui è stato ribaltato l'esito del precedente arresto del 2016), il caso *Antović e Mirković c. Montenegro* (del 18.11.2017) e il caso *López Ribalda c.*

---

<sup>356</sup> Si vedano le pronunce adottate nei casi: *Copland c. Regno Unito*, ricorso n. 62617/2000; *Köpke c. Germania*, ricorso n. 420/2007; *Bărbulescu c. Romania*, ricorso n. 61496/2008.

<sup>357</sup> *Antović e Mirković c. Montenegro*, del 18.11.2017, ricorso n. 70838/2013.

Spagna (sentenza del 9.1.2018, successivamente riformata da parte della Grande Camera con la sentenza del 17.10.2019).

Dette pronunce – al cui esame si intende, per ragioni di brevità, far riferimento – consentono infatti di apprezzare la postura da ultimo assunta dalla Corte Edu in materia di controlli tecnologici a distanza; postura che sembra esser stata tratteggiata in un’ottica di indiscutibile favore nei confronti dei lavoratori coinvolti, a volte anche a discapito delle seppur meritevoli esigenze aziendali.

Un primo sguardo va rivolto alla vicenda *Bărbulescu*<sup>358</sup>, avente ad oggetto l’impugnativa di un licenziamento disciplinare irrogato ad un dipendente rumeno che, in spregio all’espresso divieto di utilizzo dei *computer* e della rete *internet* aziendali per motivi personali (divieto contenuto nel regolamento aziendale e ribadito in un avviso diffuso a tutti i dipendenti e da questi ultimi firmato), aveva utilizzato per finalità extra professionali e durante l’orario di lavoro l’*account Yahoo Messenger* che era stato creato per ragioni lavorative (in particolare per rispondere alle richieste di informazioni dei clienti). Si trattava, peraltro, di conversazioni dal contenuto delicato, inerendo a problemi di natura sessuale fra il dipendente e la fidanzata, che il lavoratore aveva intrattenuto con quest’ultima e con il fratello.

Con la sentenza della quarta Sezione della Corte Edu, resa il 12.1.2016, il licenziamento era stato ritenuto giustificato perché l’inclusione della corrispondenza *e-mail* nell’alveo della tutela di cui all’art. 8 Cedu non poteva escludere l’esistenza di un legittimo esercizio del diritto datoriale di controllare l’operato dei propri dipendenti, anche in ragione del fatto che in tal caso, al di fuori delle conversazioni di *Yahoo Messenger*, non era stato acquisito alcun altro dato o documento dal *computer* del sig. *Bărbulescu*. Inoltre, il datore di lavoro aveva comunque preso visione di dette conversazioni nella convinzione che presentassero contenuti esclusivamente professionali (par. 57 e 60 della sentenza), con la

---

<sup>358</sup> Per un commento si veda CRISCUOLO C., *Il controllo sugli account di posta elettronica e di messaging aziendale*, in *RIDL*, 2016, n. 2, II, pag. 284 ss..

conseguenza che il monitoraggio doveva ritenersi, secondo la Corte Edu, limitato allo scopo e proporzionato<sup>359</sup>. In altri termini, ad eccezione del Giudice Pinto De Albuquerque, che ha formulato espressamente un propria *dissenting opinion*, la Corte Edu aveva aderito, in prima battuta, alle conclusioni dei giudici nazionali, secondo cui il comportamento e il controllo datoriali erano stati corretti e congrui, non essendo «irragionevole per un datore di lavoro voler controllare che i lavoratori adempiano correttamente la loro prestazione, durante l'orario di lavoro»<sup>360</sup>.

Le ragioni di diritto che erano state espressamente enunciate nella *dissenting opinion*, ove era stata invocata la configurazione del diritto all'accesso ad *internet* come un diritto umano, sembrano aver svolto una funzione anticipatrice del contenuto della successiva sentenza della Grande Camera del 5.9.2017, pubblicata sulla medesima vicenda, o quanto meno aver sollecitato una riflessione maggiormente approfondita della questione giuridica sottesa<sup>361</sup>.

Curioso è infatti notare come l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento, e prima ancora del controllo posto in essere nei confronti del sig. *Bărbulescu*, cui è giunta la Grande Camera abbiano trovato fondamento in un giudizio di non proporzionalità, risolto in modo esattamente opposto rispetto all'arresto precedente. È stato infatti reputato che fossero state del tutto omesse dai giudici nazionali la valutazione, *in primis*, circa l'individuazione di uno specifico scopo che potesse giustificare un controllo così rigoroso; in secondo luogo, la

---

<sup>359</sup> Diversamente, nel caso *Copland c. Regno Unito*, la Corte aveva rilevato una violazione della sfera personale e privata della lavoratrice, in quanto erano stati posti sotto controllo le *e-mail*, le telefonate e l'utilizzo della rete *internet* e le informazioni in tal modo acquisite erano state conservate per diverso tempo, all'esclusivo fine di verificare se la dipendente facesse un uso dei beni aziendali per scopi personali. Tuttavia, in tal caso, a differenza della vicenda *Bărbulescu*, il datore non solo aveva natura pubblicistica, ma non aveva adottato nemmeno una *policy* aziendale.

<sup>360</sup> In linea con la pronuncia della Corte EDU *Bărbulescu c. Romania* del 2016 CONSONNI G., *Il caso Bărbulescu c. Romania e il potere di controllo a distanza dopo il Jobs act: normativa europea e italiana a confronto*, cit., il quale sottolinea come, diversamente opinando, verrebbe del tutto svuotato di significato il potere di controllo datoriale e il diritto alla riservatezza del lavoratore si tradurrebbe «in una sorta di paravento ammantato dai crismi dell'inviolabilità e dell'assolutezza».

<sup>361</sup> Per un commento alla sentenza, si rinvia alla nota di CARTA C., *Corte europea dei diritti dell'uomo: la Grande camera torna sul (e difende il) diritto alla privacy del lavoratore*, in Labor, <http://www.rivistalabor.it/wp-content/uploads/2017/09/Barbulescu.pdf>, 27.9.2017,

valutazione in ordine all'esistenza di strumenti alternativi e meno invasivi e, infine, la valutazione relativa alla gravità delle conseguenze del monitoraggio della posta elettronica e l'estensione dello stesso. Per dette motivazioni, la Grande Sezione ha ritenuto che le autorità nazionali non avessero offerto un'adeguata protezione al diritto, vantato dal sig. *Bărbulescu*, al rispetto della propria vita privata e della propria corrispondenza, con conseguente lesione dell'art. 8 Cedu, premurandosi addirittura di stilare un elenco dettagliato dei fattori concernenti gli obblighi positivi in capo agli Stati membri in ordine alle comunicazioni di natura non professionale intrattenute sui luoghi di lavoro.

E' interessante notare come in tale vicenda, così come nel contenzioso *Antović e Mirković c. Montenegro* e, in prima battuta, anche nella causa *López Ribalda c. Spagna*, la soluzione adottata dalla Corte Edu abbia integralmente ribaltato le decisioni che erano invece state adottate dai giudici nazionali, proprio sulla base di una diversa valutazione in ordine alla proporzionalità fra le concrete modalità di esercizio del controllo e il fine di volta in volta perseguito. Tale cifra comune costituisce certamente indice di una diversa sensibilità della Corte sovranazionale che, tuttavia, in alcuni casi potrebbe apparire, in ultima analisi, un appannaggio della mera impunità di alcuni lavoratori, anche laddove ci si trovi di fronte ad un uso distorto delle strumentazioni informatiche aziendali.

Similmente a quanto statuito con riguardo al contenzioso *Bărbulescu*, analoga violazione dell'art. 8 Cedu è stata infatti accertata anche nel caso *López Ribalda c. Spagna* con la prima sentenza del 9.1.2018 riguardante il licenziamento di un dipendente, sorpreso da un sistema di videocamere mentre si appropriava di parte dell'incasso del supermercato presso cui lavorava<sup>362</sup>. Il datore, insospettito di alcune discrepanze fra le scorte di magazzino e gli incassi giornalieri, aveva infatti installato alcune telecamere visibili, a sorveglianza delle uscite, ed altre occulte, in

---

<sup>362</sup> Per un commento PERRONE F., *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza López Ribalda c. Spagna: la tutela della privacy sul luogo di lavoro dopo Bărbulescu 2*, cit.

posizione idonea a ritrarre in via generalizzata ed indistinta tutto il personale di volta in volta addetto alla cassa.

Anche in tal caso veniva in rilievo l'obbligazione di contenuto positivo che incombe in capo agli Stati e che impone l'adozione di tutte le misure necessarie per garantire il rispetto della vita privata, posto che la sorveglianza occulta, ottenuta per il tramite dei filmati registrati dalle telecamere alle casse, aveva colpito indistintamente tutto il personale impiegato presso il punto vendita, senza alcuna selezione, con la conseguenza di non potersi ritenere proporzionato il controllo esercitato in tali termini rispetto al fine datoriale prospettato. Tale conclusione, secondo la Corte, risultava ancor più avvalorata nel caso di specie dall'esistenza, all'interno dell'ordinamento spagnolo, di una compiuta disciplina legislativa a tal proposito e di cui si dirà approfonditamente *infra*.

Tuttavia, come noto, a distanza di soli dieci mesi la sentenza è stata integralmente riformata dalla Grande Camera della Corte Edu, la quale ha ammesso la liceità dell'uso di telecamere nascoste all'interno dei luoghi di lavoro, legittimando dunque i controlli a distanza occulti, al ricorrere di determinati requisiti. In particolare, la Grande Camera, pur sottolineando la trasponibilità al caso di specie dei principi di diritto affermati nel caso *Bărbulescu*, ha ritenuto che le modalità con cui il controllo datoriale era stato esercitato, seppur in via occulta, non travalicassero i limiti dettati dal principio di proporzionalità in quanto l'installazione delle videocamere era stata occasionata da fondati sospetti di comportamenti illeciti da parte dei dipendenti ed inoltre l'area oggetto di ripresa risultava circoscritta sia dal punto di vista temporale che spaziale, trattandosi oltretutto di un luogo aperto al pubblico, dove vi era un costante contatto con la clientela; circostanze, queste ultime, che secondo il ragionamento seguito dalla Corte Edu escludevano la sussistenza di un legittimo affidamento, in capo al personale dipendente, di un'aspettativa di riservatezza sottratta alla conoscibilità del datore di lavoro.

La statuizione di ammissibilità e liceità dei controlli occulti assunta dalla Grande Camera della Corte Edu, pur mostrando un'interpretazione meno garantista delle prerogative del singolo lavoratore rispetto a quella proposta dalla stessa Grande Camera nel caso *Bărbulescu*, conferma in ogni caso la centralità dei principi di proporzionalità e non eccedenza, al cui rispetto deve essere informata l'operazione di bilanciamento dei reciproci interessi e che, a parere dello scrivente, giustifica ancora l'attualità della categoria dei controlli difensivi in seno al nostro ordinamento giuridico. Riprendendo quanto esposto nel capitolo II, sembra infatti potersi cogliere dalla sentenza della Grande Camera un principio di diritto che potrà influenzare il dibattito dottrinale e giurisprudenziale italiano circa la sussunzione dei controlli di tipo difensivo nell'art. 4, c. 1 St. Lav. o la loro sopravvivenza al di fuori dei limiti statutari, muovendo nella direzione della loro attuale legittimità purché costituenti l'*extrema ratio* cui il datore di lavoro può ricorrere per l'accertamento e la repressione di condotte illecite dei propri dipendenti.

## **2.2. Raccomandazione del Consiglio d'Europa 1° aprile 2015**

Da ultimo, nel panorama internazionale una menzione in ordine alla disciplina del trattamento dei dati personali e della tutela della riservatezza nel rapporto di lavoro va sicuramente fatta alla Raccomandazione (2015)5 del Consiglio d'Europa, adottata dal Comitato dei Ministri il 1° aprile 2015.

Finalità primaria della Raccomandazione è la tutela della dignità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali dei lavoratori (art. 3), imponendo al datore di lavoro di adottare tutte le misure idonee a garantirne il concreto rispetto, strutturandole in modo conforme alla quantità e tipologia dei dati oggetto di trattamento ed alla natura delle attività intraprese, soprattutto allo scopo di ridurre al minimo le procedure che implicino o presuppongano l'elaborazione dei dati personali dei dipendenti.

Il Principio 6, forse anticipando il disposto dell'attuale art. 4 St. Lav., prevede infatti che i dati personali che siano stati raccolti per scopi di lavoro

possano essere trattati dal datore solo per detta finalità, circoscrivendone dunque l'impiego con una formula che, tuttavia, appare in ogni caso ampia e generica. Contestualmente, però, fungono da contraltare i limiti sanciti dagli artt. 14 ss. in ordine al potenziale controllo dell'utilizzo di *internet* e delle comunicazioni elettroniche sul luogo di lavoro, che deve essere circoscritto e limitato, non essendo tollerate interferenze ingiustificate ed irragionevoli nella sfera privata dei lavoratori. Infatti, similmente a quando accade nel nostro ordinamento nazionale, anche la Raccomandazione subordina l'introduzione e l'utilizzo di sistemi informatici e tecnologici, dai quali possa derivare la possibilità di sorvegliare l'attività dei dipendenti, alla consultazione dei rappresentanti dei dipendenti e ad ulteriori procedure, quali, per esempio, la preventiva informazione dei lavoratori (Principi 15 e 21)<sup>363</sup>.

Dalla disamina sistematica dei Principi enunciati nella Raccomandazione ne esce comunque un quadro di tutele basate sulle regole della trasparenza e proporzionalità, nonché sulla minimizzazione del trattamento dei dati personali e la necessaria adozione *ex ante* di misure idonee a garantire una sfera di riservatezza in capo al singolo lavoratore. Principi che, certamente, devono fungere da linee guida, ancorché, in quanto atto di *soft law*, la Raccomandazione non espliciti alcuna efficacia vincolante diretta, a differenza invece del Regolamento UE 2016/679<sup>364</sup>.

---

<sup>363</sup> CONSONNI G., *Il caso Bărbulescu c. Romania e il potere di controllo a distanza dopo il Jobs act: normativa europea e italiana a confronto*, cit., ritiene che il novellato art. 4 St. Lav. collida con l'impostazione e con i divieti contenuti nella Raccomandazione. Ai fini di una maggior aderenza della normativa nazionale ai principi garantistici dettati a livello internazionale, l'Autore propone inoltre un restringimento della nozione di «strumenti di lavoro» di cui all'art. 4, c. 2 St. Lav. ai soli *hardware*, con esclusione invece dei *software* il cui impiego dovrebbe, a sua detta, esser sempre sottoposto alla procedura autorizzatoria prevista dal c. 1 della norma statutaria.

<sup>364</sup> BARRACO E. – SITZIA A., *Potere di controllo e privacy*, cit., pag. 128 ss..

### **3. L'incidenza delle nuove tecnologie nella relazione fra potere di controllo datoriale e tutela dei diritti fondamentali del lavoratore nel quadro del diritto del lavoro spagnolo**

#### **3.1. Inquadramento normativo, dottrinale e giurisprudenziale**

La tematica oggetto del presente elaborato, concernente l'*an* e il *quomodo* della relazione giuridico-fattuale fra lo sviluppo e l'impiego delle nuove tecnologie, da un lato, e l'equilibrio del sinallagma contrattuale di lavoro sotto il profilo del potere di controllo datoriale e la tutela della *privacy* dei lavoratori, dall'altro, ha acquisito negli ultimi anni una particolare rilevanza anche all'interno del diritto del lavoro spagnolo. Anche in Spagna, infatti, con l'introduzione sempre più massiva delle strumentazioni informatiche e tecnologiche, si è assistito a profonde modifiche all'interno del mondo del lavoro, nelle modalità e tempistiche di esecuzione della prestazione lavorativa e nella stessa struttura organizzativa imprenditoriale, dando luogo ad una rivoluzione tecnologica permanente e ad una digitalizzazione trasversale ed onnipervasiva di tutti i settori produttivi<sup>365</sup>.

A differenza, tuttavia, di quanto si è esposto con riferimento al nostro ordinamento nazionale, in Spagna il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi in ordine a tale tematica non è stato accompagnato da una riforma legislativa volta ad aggiornare l'edificio normativo alla nuova realtà e alle nuove istanze di tutela<sup>366</sup>. In dottrina, infatti, non mancano Autori che evidenziano con forza una pesante lacuna legislativa in tal senso, sia per la mancanza di una

---

<sup>365</sup> FALGUERA BARÓ M.A., *Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual*, in *Trabajo e Derecho*, 2016, n. 19, pag. 31 ss., il quale da un lato evidenzia l'effetto dirompente della tecnologia di fronte ad una dottrina il cui modello di riferimento era il fordismo e, dall'altro, sottolinea come l'elemento di vera novità debba essere ravvisato nell'introduzione non tanto dei pc all'interno dell'impresa, quanto piuttosto di *internet* che ha consentito la connessione fra gli strumenti tecnologici. In senso conforme, ARBONÉS LAPENA H.I., *Grabación de imagen o sonido y control de correo electrónico por el empresario*, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, n. 178, pag. 193 ss., sostiene che *internet* e l'*e-mail* abbiano infranto i tradizionali schemi spazio-temporali.

<sup>366</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pag. 44, evidenzia tale differenza anche con l'ordinamento francese.



normativa *ad hoc* volta a regolamentare il potere di controllo tecnologico datoriale che i progressi informatici nel mondo produttivo e del lavoro imporrebbero<sup>367</sup>, sia per l'inadeguatezza della disciplina esistente, reclamando un necessario intervento riformatore, anche in termini di responsabilità, da parte del legislatore, di fronte soprattutto ad esiti giurisprudenziali casistici e contraddittori<sup>368</sup>. Manifesto della contraddittorietà della giurisprudenza spagnola recente sviluppatasi in ordine a tale tematica è la frequente contrapposizione, all'interno della medesima pronuncia, fra la posizione maggioritaria adottata da parte del Collegio e i voti discrepanti (c.d. *votos particulares*) assunti dai singoli Magistrati dissenzienti ai sensi e per gli effetti

---

<sup>367</sup> LANZADERA ARENCIBIA E., *El derecho a la intimidad del trabajador frente al control y vigilancia empresarial a través de las TICs*, in *Responsabilidad empresarial*, MONTEROSSO CASADO E. (a cura di), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pag. 474 ss., sottolinea come nella società dell'informatica sia comune l'impiego dell'aggettivo qualificativo "nuovo" non solo per alludere allo sviluppo tecnologico, ma anche per descrivere i riflessi che tale sviluppo ha implicato nell'ambito dei diritti fondamentali: nuove sono le forme attraverso cui tali diritti possono essere esercitati, nuovi sono i rischi che tale sviluppo comporta e nuove devono essere altresì le garanzie a tutela di detti diritti. FALGUERA BARÓ M.A., *Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual*, cit., rileva che nemmeno la contrattazione collettiva ha svolto un ruolo supplente in tal senso.

<sup>368</sup> In tal senso FERNÁNDEZ ALVILÉS J.A. – RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN V., *Nuevas tecnologías, control del trabajador y derechos fundamentales*, in *Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación y riesgos psicosociales en el trabajo. Observatorio de riesgos psicosociales* UGT, 2016, pag. 343 ss., i quali sottolineano come i concetti impiegati nell'art. 20, c. 3 E.T. siano generici e indeterminati e non consentano di identificare i limiti che possono essere imposti alla tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori; GARCÍA QUIÑONES J.C., *Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral: una revisión crítica a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional en España*, cit.; ROIG A., *El uso de internet en la empresa: aspectos constitucionales*, in *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*, ROIG BATALLA A. (a cura di), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pag. 23; LUJÁN ALCARAZ J., *La vigilancia empresarial sobre el uso de los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores*, in *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*, SÁNCHEZ TRIGUEROS C. – GONZÁLEZ DÍAZ F. (a cura di), Aranzadi, 2011, pag. 125 ss., ritiene obsolete e insufficienti le risposte tradizionali dell'ordinamento giuslavoristico; MANEIRO VÁZQUEZ Y., *La vigilancia y control del trabajador a través de las nuevas tecnologías. Doctrina judicial reciente sobre su empleo como medio de prueba*, in *Controversias vivas del nuevo derecho del trabajo*, BORRAJO DACRUZ E. (a cura di), La Ley, Madrid, 2015, pag. 351 ss.; GONZÁLEZ GONZÁLEZ C., *Control empresarial de la actividad laboral y uso de las nuevas tecnologías*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, n. 1, pag. 111 ss.; SÁEZ LARA C., *Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones*, in *Temas laborales*, 2017, n. 138, pag. 185 ss., evidenzia come l'assenza della disciplina legale specifica non sia stata supplita nemmeno sul piano contrattuale; AGUILAR DEL CASTILLO M.C., *La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal*, in *Lab. & Law Iss.*, 2016, vol. 2, n. 1, pag. 1.29 ss.

di quanto disposto dall'art. 164, c. 1 della Costituzione Spagnola, che assumono un ruolo simile alle c.d. *dissenting opinions* note nel processo statunitense. Tali voti, all'interno del sistema giuridico spagnolo, hanno una valenza più che altro simbolica e di spunto per il dibattito, posto che la dottrina costituzionale prende come riferimento i provvedimenti giudiziari espressione del pensiero collegiale maggioritario. Tuttavia, l'esistenza ed il contenuto di tali voti, come si vedrà nel prosieguo con riferimento al voto espresso dal Magistrato Fernando Valdés Dal-Ré nella sentenza n. 39/2016 del *Tribunal Constitucional* (nel prosieguo STC n. 39/2016), da un lato denotano la mancanza di una visione giurisprudenziale unanime circa la ricostruzione della tematica *de qua*, ma, dall'altro lato, consentono di individuare le argomentazioni sottese alle diverse tesi che si sono sviluppate.

Evidente, in Spagna tanto quanto in Italia, è la crescente implementazione ed innovazione tecnologica cui si è assistito negli ultimi anni, funzionale, fra le varie, alla ricerca imprenditoriale di una riduzione dei costi e di un'efficientazione produttiva. Tuttavia, non estranea nemmeno all'ordinamento spagnolo è la consapevolezza del portato anche negativo e pregiudizievole delle nuove tecnologie, le quali, dalla prospettiva del lavoratore, possono costituire uno strumento di limitazione ed incisione dei diritti fondamentali, come il diritto alla dignità, alla propria intimità personale e familiare, alla propria immagine e, financo, alla protezione dei propri dati personali, al punto da evocare l'immagine del “*trabajador transparente*”<sup>369</sup>, controllato costantemente, in modo ubiquo e penetrante dall'occhio elettronico; espressione che riprende la metafora totalitaria dell'uomo di vetro utilizzata da Stefano Rodotà.

Comuni infatti sono le preoccupazioni avvertite da taluna parte della dottrina spagnola circa il rafforzamento del potere di controllo datoriale e i riflessi

---

<sup>369</sup> GARCÍA QUIÑONES J.C., *Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral: una revisión crítica a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional en España*, cit.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, cit., pag. 39; FALGUERA BARÓ M.A., *Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual*, cit.

che ne derivano in termini qualitativi nell'ambito di tutela dei diritti dei lavoratori<sup>370</sup>, in quanto l'innovazione tecnologica si è introdotta nella relazione privatistica del rapporto di lavoro come un fattore sicuramente di novità e per taluni aspetti di rottura<sup>371</sup>, rinnovando la classica dicotomia fra lo spazio di libertà concesso ai lavoratori nel corso dell'esecuzione della propria attività prestatoria di fronte ai poteri datoriali<sup>372</sup>.

Ad oggi devono essere abbandonate le interpretazioni giurisprudenziali iniziali secondo cui il controllo realizzato per il tramite delle strumentazioni tecnologiche, quali per esempio le registrazioni audio-visive, si configurerebbe come un'estensione dell'organo umano<sup>373</sup>. Questa, del resto, era l'impostazione

---

<sup>370</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, cit.; SÁEZ LARA C., *Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones*, cit.; CARDONA RUBERT M.B., *Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás*, in *Revista de derecho social*, 2012, n. 60, pag. 169 ss.; DESDENTADO BONETE A. – MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pag. 56.

In senso parzialmente diverso GONZÁLEZ BIEDMA E., *Derecho a la información y consentimiento del trabajador en materia de protección de datos*, in *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2017, n. 138, pag. 223 ss., il quale ritiene che ci si trovi di fronte ad un cambio quantitativo, pur non escludendo che esso possa comportare anche dei riflessi di carattere qualitativo.

<sup>371</sup> GARCÍA QUINONES J.C., *Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral: una revisión crítica a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional en España*, cit., evidenzia come l'informatizzazione quale strumento di vigilanza datoriale possa potenzialmente provocare la rottura dell'equilibrio sinallagmatico; RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, cit., pag. 39 ss.; VALDÉS DALRÉ F., *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio*, in *Relaciones Laborales*, 2003, n. 20, pag. 1 ss., individua le nuove tecnologie come una delle tre cause della crescente domanda da parte dei lavoratori di esercitare e tutelare i propri diritti fondamentali, evidenziando come l'innovazione tecnologica abbia determinato un aumento delle opportunità di controllo e vigilanza della prestazione lavorativa, al punto da sostenere che il feudalesimo industriale sia stato ora sostituito da un feudalesimo virtuale. Individua, poi, le ulteriori due cause nella personalizzazione del contratto e nel multiculturalismo.

<sup>372</sup> DESDENTADO BONETE A. – MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, cit., pag. 11; RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, cit., pag. 12.

<sup>373</sup> Tale immagine è stata richiamata da DESDENTADO BONETE A., *Contrato de trabajo y nuevas tecnologías. Una note sobre algunas cuestiones de actualidad: prueba electrónica, garantías de la intimidad y uso sindical del correo electrónico*, in *Revista del potere judicial*, 2009, n. 88, pag. 241 ss..

assunta dalla giurisprudenza spagnola fra gli anni Ottanta e Novanta, ove si giustificava la legittimità del controllo realizzato attraverso l'uso delle telecamere accostandolo a quello realizzato personalmente dal Direttore Generale aziendale<sup>374</sup>. Il fondamento giuridico di tale postura era costituito dalla negazione di un diritto all'intimità da esercitarsi nel luogo di lavoro, in quanto l'attività lavorativa, secondo tale impostazione, non costituiva un atto intimo, bensì un atto sociale che poteva dunque essere supervisionato anche attraverso le strumentazioni informatiche. Tuttavia, come sottolineato dalla più recente dottrina, si trattava di una postura troppo superficiale, la quale non coglieva il carattere ontologicamente differente e pervasivo del controllo tecnologico, il quale, potendosi realizzare permanentemente e a distanza, ha finito per sostituire il modello fordista di controllo personale, diretto ed immediato, evocando il modello orwelliano del controllo totale<sup>375</sup> o il *panopticon* benthamiano<sup>376</sup>.

Dagli studi condotti circa gli effetti psico-sociali che l'introduzione delle nuove tecnologie comporta (c.d. anche TICs: *Tecnologías de la Información y de la Comunicación*) è emerso che i lavoratori che sono soggetti al monitoraggio datoriale presentano una maggior probabilità di mostrarsi diffidenti sul luogo di lavoro, di avere minori iniziative e di sviluppare un minor senso di lealtà nei confronti del datore e dell'azienda presso cui sono inseriti, accentuando la relazione di dipendenza giuridica che il rapporto di lavoro subordinato già di per sé implica per natura. Più approfonditamente, è stata coniata la categoria di "stress tecnologico", di cui i lavoratori della società dell'informatizzazione sarebbero

---

<sup>374</sup> STS de Sevilla, di data 17.11.1994. In senso conforme STSJ de Galicia, di data 21.4.1995.

<sup>375</sup> DESDENTADO BONETE A., *Contrato de trabajo y nuevas tecnologías. Una note sobre algunas cuestiones de actualidad: prueba electrónica, garantías de la intimidad y uso sindical del correo electrónico*, cit.; FERNÁNDEZ ALVILÉS J.A. – RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN V., *Nuevas tecnologías, control del trabajador y derechos fundamentales*, cit..

<sup>376</sup> LANZADERA ARENCIBIA E., *El derecho a la intimidad del trabajador frente al control y vigilancia empresarial a través de las TICs*, cit., pag. 481, evidenzia il rischio che la società dell'informatizzazione si traduca nella società della vigilanza. LOUSADA AROCHENA J.F., *Derecho fundamental a la protección de datos personales versus facultad empresarial de video-vigilancia (acerca de la STC 29/2013, de 11 de febrero)*, in *Controversias vivas del nuevo derecho del trabajo*, BORRAJO DACRUZ E. (a cura di), La Ley, Madrid, 2015, pag. 391 ss..

frequentemente affetti, per indicare lo stato psicologico di disagio connesso con l'uso delle TICs, il quale può assumere diverse forme, quali: 1) la sindrome da inquinamento informatico derivante dal sovraccarico di informazioni apprese con l'uso di *internet*; 2) la pazzia *multitasking* data dall'impossibilità della mente umana di seguire il ritmo delle macchine; 3) i problemi informatici; 4) l'esaurimento emotivo tecnologico causato dall'accumulo di troppa pressione e di poche ragioni di soddisfazione<sup>377</sup>.

Ferma restando la condivisione circa i rischi che, secondo la dottrina spagnola, le nuove tecnologie portano con sé, tuttavia, a parere di chi scrive, pur mancando nell'ordinamento spagnolo una norma con funzione analoga a quella di cui è portatore l'art. 4 St. Lav., esistono ulteriori e molteplici disposizioni normative che possono essere impiegate, con funzione concorrente, al fine di delineare la disciplina applicabile a tale fattispecie. Invero, l'ordinamento spagnolo offre un maggior numero di fonti legislative rispetto a quello italiano sotto tale profilo, abbracciando i diritti in conflitto addirittura una dimensione costituzionale. Non si tratta infatti di una materia de-regolamentata, come invece si potrebbe supporre leggendo alcuni commenti dottrinali in ordine alle ultime applicazioni giurisprudenziali. Anzi, ai fini di una compiuta ricostruzione del quadro normativo di riferimento è necessario svolgere un'esegesi sistematica delle fonti normative che vengono in rilievo, quali, *prima facie* e solo dal punto di vista dell'ordinamento interno, la Costituzione e lo Statuto dei Lavoratori spagnolo, nonché la disciplina legislativa in materia di protezione dei dati personali, a cui si devono aggiungere poi le fonti europee ed internazionali.

Adirittura, dalla lettura dei commenti di dottrina e dall'analisi delle argomentazioni spese dalle Autorità Giudiziarie emerge una spiccata sensibilità ed una maggiore attenzione, rispetto a quanto possa affermarsi con riguardo al contesto

---

<sup>377</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, cit., pag. 21 ss.. In senso più generale circa gli effetti in termini di stress psicologico e fisico, DESDENTADO BONETE A. – MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, cit., pag. 56.

italiano, nei confronti della disciplina in materia di *privacy* e protezione dei dati personali. Le scelte e le valutazioni condotte nei Tribunali spagnoli non hanno come unico riferimento normativo la disciplina giuslavoristica; all'opposto, le scelte sono orientate molto spesso alla luce delle coordinate dettate dalla legislazione in materia di protezione dei dati personali. La fattispecie concreta, infatti, viene valutata e sussunta entro una triplice dimensione normativa: dapprima, entro il contesto costituzionale, secondariamente entro la disciplina giuslavoristica dettata dallo Statuto dei Lavoratori e, infine, nella legislazione generale in materia di protezione dei dati personali, esprimendo una visione certamente più organica e d'insieme che sarebbe auspicabile anche in Italia e che il legislatore della riforma, con il riferimento esplicito al Codice *privacy* contenuto nell'art. 4, c. 3 St. Lav., ha inteso raggiungere o quanto meno ambire.

Nell'ordinamento spagnolo, infatti, pur in mancanza di un rinvio esplicito – esistente invece nel quadro normativo italiano – la questione giuridica afferente ai limiti del potere di controllo datoriale esercitabile a distanza per il tramite di strumentazioni tecnologico-informatiche è sempre stata affrontata valutando la stretta connessione della disciplina di carattere giuslavoristico con il rispetto alla legislazione in materia di *privacy*, complice anche la previsione a livello costituzionale di un diritto all'autonomia informativa che si traduce nel diritto fondamentale di disposizione dei propri dati personali che possono essere veicolati per il tramite delle strumentazioni informatiche.

Inoltre, proseguendo nella prospettiva comparatistica, il ventaglio di diritti dei lavoratori riconosciuti all'interno dell'ordinamento spagnolo come diritti esposti alla potenzialità lesiva del controllo tecnologico e, come tali, meritevoli di attenzione e tutela, è sicuramente più ampio, come si apprezzerà nel prosieguo dell'analisi.

A ciò si aggiunga che la modulazione ed il potenziale conflitto fra i diritti fondamentali assumono contorni particolari in seno alla relazione di lavoro in ragione delle peculiarità che la connotano rispetto agli ordinari fenomeni

contrattual-privatistici; peculiarità che riguardano, da un lato, il vincolo di soggezione ed eterodirezione del lavoratore rispetto alla figura imprenditoriale e, dall'altro, la posizione del lavoratore quale cittadino dell'impresa, portatore dunque di diritti fondamentali di carattere generale<sup>378</sup>.

### **3.2. La disciplina contenuta nell'art. 20 de *El Estatuto de los trabajadores*: il potere direttivo e di controllo datoriale *versus* la dignità della persona del lavoratore**

La disciplina del potere di controllo datoriale prevista dall'ordinamento giuslavoristico spagnolo trova un addentellato normativo nella *Ley del Estatuto de los trabajadores* (nel prosieguo "E.T.") adottato con la *Ley* n. 8/1980 del 10.3.1980, successivamente riformata con i regi D. Lgs. n. 1/1995 di data 24.3.1995 e n. 2/2015 di data 23.10.2015.

Dal punto di vista applicativo, lo Statuto dei lavoratori spagnolo presenta un raggio d'operatività più ampio rispetto a quello italiano, oltre che un maggior numero di disposizioni normative. In esso sono infatti regolamentati istituti che, diversamente, nell'ordinamento italiano trovano fonte altrove e, peraltro, non sempre una fonte legislativa, bensì contrattual-collettiva o addirittura nel contratto individuale di lavoro, quali per esempio il patto di non concorrenza e di permanenza all'interno della medesima impresa (art. 21), il sistema di classificazione del personale (artt. 22 ss.), la disciplina in ordine al trattamento economico retributivo dei lavoratori ed alle tempistiche di liquidazione, nonché gli istituti economici premiali.

All'interno di tale variegato perimetro normativo s'inserisce l'art. 20, rubricato "*Dirección y control de la actividad laboral*", il quale racchiude in sé la disciplina del potere gerarchico-direttivo imprenditoriale e del potere di controllo; il ché evidenzia ancora di più il nesso che intimamente lega, anche nell'ordinamento

---

<sup>378</sup> SÁEZ LARA C., *Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones*, cit..

spagnolo, i tre tipici poteri datoriali e di cui si è detto nel Capitolo I con specifico riguardo al nostro ordinamento nazionale.

Instaurando un parallelismo con la disciplina giuslavoristica italiana, si nota agevolmente la somiglianza fra quanto disposto dall'art. 20, cc. 1 e 2 E.T. e i principi enunciati dagli artt. 1175, 1375, 2094 e 2104 c.c. italiano.

L'art. 20, c. 1 E.T.<sup>379</sup> prevede infatti che il lavoratore sia obbligato a svolgere la propria prestazione «sotto la direzione del datore di lavoro o della persona a cui è delegato», riprendendo l'analogia ma non identica formulazione dell'art. 2094 c.c. italiano, ove il legislatore fa esplicito riferimento non solo al concetto di direzione bensì anche di dipendenza, marcando in modo maggiore rispetto a quanto previsto dalla norma spagnola il vincolo di soggezione che connota la posizione del lavoratore subordinato. A ben vedere, la norma statutaria spagnola non è altro che una riaffermazione del vincolo di dipendenza e subordinazione già cristallizzato agli artt. 1, c. 1<sup>380</sup> e 5 lett. c)<sup>381</sup> E.T. i quali, rispettivamente, circoscrivono l'ambito di operatività dell'intero Statuto ai soli rapporti di lavoro subordinato ed includono l'adempimento delle direttive e degli ordini impartiti dal datore fra i doveri fondamentali cui è tenuto il lavoratore<sup>382</sup>.

Al comma 2 l'art. 20 E.T. prosegue poi prevedendo che il lavoratore, nel rispetto dell'obbligazione convenuta con il datore di lavoro, debba svolgere la propria prestazione nell'osservanza dei doveri di diligenza e collaborazione, secondo quanto previsto dalle disposizioni legali, dai contratti collettivi e dagli

---

<sup>379</sup> Art. 20, c. 1 E.T. «*El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue*».

<sup>380</sup> Art. 1, c. 1 E.T. «*Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*».

<sup>381</sup> Art. 5, lett. c) E.T. «*Los trabajadores tienen como deberes básicos: (...) c) Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas*».

<sup>382</sup> FALGUERA BARÓ M.A., *Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual*, cit., sottolinea tuttavia che il modello legale di rapporto di lavoro subordinato risultante dalla lettura complessiva de *El Estatuto de los trabajadores* è stato disegnato avendo riguardo al sistema produttivo fordista e pertanto confligge con il sistema produttivo attuale ove un ruolo preminente è svolto dalle nuove tecnologie e ove il lavoratore, riprendendo la metafora taylorista, non è un gorilla ammaestrato.



ordini o dalle istruzioni adottate dal datore nell'esercizio regolare dei suoi poteri di direzione o, in mancanza, dagli usi e costumi. In tal senso ed in via comparativa, la norma svolge una funzione analoga agli obblighi di diligenza ed obbedienza di cui all'art. 2104 c.c. italiano.

Infine, la disposizione chiude con una chiosa di carattere generale in virtù della quale ambedue le parti contrattuali devono attenersi al rispetto del principio di buona fede<sup>383</sup>, quale limite generale dei reciproci doveri, diritti e poteri.

Ai fini che qui interessano, tuttavia, l'attenzione va maggiormente riposta nel comma 3 dell'art. 20 E.T., il quale disciplina il potere di vigilanza e controllo attribuito al datore di lavoro, consentendo a quest'ultimo di adottare tutte le misure che ritiene più appropriate ai fini della verifica dell'adempimento del lavoratore delle obbligazioni e dei doveri nascenti dal contratto di lavoro. L'esercizio di tale controllo non è tuttavia arbitrario, essendo previsto che, nell'adozione e nell'applicazione di tali misure, il datore debba comunque rispettare un necessario ambito di espressione della dignità dei lavoratori e tenere altresì in considerazione le reali capacità degli stessi con riguardo alle loro eventuali disabilità<sup>384</sup>.

A ben vedere, complice anche l'impiego di formule di carattere così ampio, e financo generico, tale disposizione statutaria va ben al di là del mero riconoscimento del potere direttivo in capo al datore di lavoro. La norma, infatti, riconosce espressamente un ampio potere di controllo che, con carattere generale, consente al datore di verificare l'esatto adempimento dell'obbligazione contrattuale cui è tenuto il dipendente. La particolarità risiede nel fatto che tale verifica può

---

<sup>383</sup> Art. 20, c. 2 E.T. «*En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe*».

<sup>384</sup> Art. 20, c. 3 E.T. «*El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad*».

essere condotta con ogni mezzo che il datore stesso ritenga opportuno, seppur nel rispetto del diritto alla dignità del dipendente. Viene dunque concesso al datore di adottare ogni qualsivoglia azione che si ponga in rapporto di strumentalità al perseguimento di tale obiettivo (principio di finalità), ivi compreso l'impiego delle strumentazioni informatiche e tecnologiche e financo di agenzie investigative<sup>385</sup>. È questo il profilo giuridico che differenzia maggiormente la disciplina spagnola in materia di controllo dei lavoratori dalla legislazione italiana: non già gli strumenti a disposizione, bensì il fatto che il potere di controllo a distanza possa essere legittimamente ed espressamente orientato per verificare l'adempimento delle obbligazioni contrattuali.

Il potere di controllo datoriale riconosciuto espressamente dall'ordinamento giuslavoristico spagnolo è più ampio, in quanto viene ammesso l'impiego di strumentazioni tecnologiche anche laddove installate esclusivamente per verificare l'adempimento della prestazione lavorativa e di tutte le obbligazioni contrattuali ad essa accessorie. Diversamente, il *corpus* statutario italiano sancisce il divieto di un controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, subordinando al rispetto dei limiti teleologici e procedurali l'installazione delle strumentazioni informatiche e tecnologiche dalle quali possa derivare, anche solo in via potenziale e comunque indiretta, il controllo sull'attività dei dipendenti.

In tal modo, dunque, lo strumento di lavoro si converte legittimamente in strumento di controllo ed altresì in mezzo di prova dell'inadempimento della prestazione di lavoro<sup>386</sup>, purché comunque lecitamente ottenuta.

Tuttavia, come anticipato, il potere di controllo non può essere esercitato in modo discrezionale, in quanto già nell'art. 20, c. 3 E.T. vengono enunciati due limiti

---

<sup>385</sup> Per un approfondimento FERRANDO GARCÍA F.M., *Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nueva tecnologías*, in *RTSS. CEF*, 2016, n. 399, pag. 37 ss., ove viene puntualizzato come le risultanze delle relazioni investigative abbiano il valore di prova testimoniale e non già di prova documentale o peritale.

<sup>386</sup> In tal senso DESDENTADO BONETE A., *Contrato de trabajo y nuevas tecnologías. Una note sobre algunas cuestiones de actualidad: prueba electrónica, garantías de la intimidad y uso sindical del correo electrónico*, cit..

cui tale facoltà imprenditoriale è soggetta. Il primo limite presenta natura teleologica, in quanto il controllo deve essere orientato necessariamente alla verifica dell'adempimento della prestazione lavorativa cui il dipendente è tenuto in forza di quanto previsto nel contratto di lavoro, senza che possano essere attratte entro tale alveo indagini ultronee ed eccedenti, le quali rischiano di tradursi in indagini della vita privata del dipendente, prive di una qualsivoglia giustificazione di carattere tecnico-organizzativo. Pertanto, il potere di controllo trova un primo limite nella stessa relazione giuridica di lavoro.

In secondo luogo, a prescindere dallo strumento di controllo impiegato, il datore di lavoro non può ledere il diritto fondamentale alla dignità del lavoratore<sup>387</sup>, il quale trova un precipitato normativo ulteriore nell'art. 10, c. 1 della Costituzione spagnola (nel prosieguo C.E.)<sup>388</sup>, che configura la dignità umana come fondamento dell'ordine politico e della pace sociale ed al contempo come diritto riconosciuto a qualsiasi persona presupponente altresì l'attribuzione di tutti i diritti funzionali a garantirne l'osservanza<sup>389</sup>. A tal proposito, alcuna parte della dottrina spagnola, per giustificare e qualificare il riferimento alla dignità umana quale garanzia comune a tutti i diritti fondamentali, anche all'interno della relazione privatistica che nasce in virtù del contratto di lavoro, ha richiamato la teoria dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali o *Drittwirkung*, in forza della quale essi possono esplicarsi e

---

<sup>387</sup> DESDENTADO BONETE A. – MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, pag. 51, sottolineano, tuttavia, come si tratti di un concetto indeterminato e che pone il rischio di connotazioni ideologiche, il quale comporta a sua volta un ampio margine di insicurezza ed arbitrarietà nell'applicazione di tale limite.

<sup>388</sup> Art. 10, c. 1 C.E. «*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*».

<sup>389</sup> Così STC n. 236/2007 di data 7.11.2007, secondo cui «*todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana. Pero como se dirá seguidamente, la dignidad de la persona, como «fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador*».

trovare delle implicazioni giuridiche non solo nel rapporto verticale fra cittadino e potere pubblico, ma anche nei rapporti fra agenti privati<sup>390</sup>.

Il rapporto di lavoro è infatti uno dei contesti entro cui l'anzidetta teoria trova maggior vitalità, giacché secondo l'oramai consolidato orientamento della dottrina costituzionale spagnola la celebrazione e l'esecuzione del contratto di lavoro non implica in alcun modo la privazione al lavoratore subordinato di quei diritti che la Costituzione gli riconosce espressamente come cittadino (c.d. *derechos fundamentales inespecíficos*). Anzi, egli all'interno dell'impresa gode in via cumulativa dei diritti fondamentali che gli spettano in quanto cittadino – i quali si caratterizzano per la loro universalità, indisponibilità e per il loro riconoscimento espresso nelle norme costituzionali – ed altresì dei diritti specifici (c.d. *derechos fundamentales específicos*), inerenti alla sua condizione di lavoratore subordinato<sup>391</sup>. Tale assunto trova fondamento, secondo la dottrina costituzionale, nel fatto che le organizzazioni imprenditoriali non formano dei mondi separati dal resto della Società ovvero dei luoghi impermeabili ed alieni all'applicazione universale dei diritti fondamentali dei cittadini, né la libertà d'impresa prevista dall'art. 38 C.E. legittima il fatto che il lavoratore che presti la propria attività in

---

<sup>390</sup> Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali in merito a tale teoria e alla distinzione fra efficacia diretta o indiretta dei diritti fondamentali nei rapporti interprivatistici si rinvia a ROIG A., *El uso de internet en la empresa: aspectos constitucionales*, cit., pag. 24 ss.. L'Autore evidenzia tuttavia come non si tratti di posizioni antagonistiche, bensì di ricostruzioni differenti in ordine all'intensità ed al *quomodo* di tale efficacia.

Per una ricostruzione della trasformazione storico-giuridica dei diritti fondamentali e della loro efficacia si veda VALDÉS DAL-RÉ F., *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal*, in *Relaciones Laborales*, 2003, n. 18, pag. 1 ss.. L'Autore delinea poi la nozione di diritti fondamentali della persona del lavoratore configurandoli quale *species* del *genus* dei diritti fondamentali. Cfr. anche VALDÉS DAL-RÉ F., *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio*, cit.; VALDÉS DAL-RÉ F., *Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia*, in *Relaciones Laborales*, 2003, n. 22, pag. 1 ss..

<sup>391</sup> In tal senso SSTC nn. 106/1996 di data 12.6.1996 e 126/2003 di data 30.6.2003.

In dottrina VALDÉS DAL-RÉ F., *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio*, cit., sottolinea tuttavia una mancanza di sincronia giuridica nel riconoscimento e godimento di tali diritti come cittadino e come lavoratore, evidenziando come l'essenza di un diritto, soprattutto ove di rango fondamentale, non dovrebbe mutare in ragione del luogo entro cui viene esercitato.

tali realtà, sotto la direzione datoriale, debba sopportare di essere privato o comunque di subire delle limitazioni ingiustificate dei propri diritti fondamentali e delle proprie libertà di carattere pubblicistico, che assumono un valore centrale ed essenziale all'interno del sistema giuridico costituzionale. Lo stato sociale democratico di diritto e i valori superiori di libertà, giustizia ed eguaglianza attraverso i quali lo Stato prende forma e si realizza ripugnano le manifestazioni del feudalesimo industriale cui diversamente si andrebbe incontro<sup>392</sup>.

La particolarità di tali diritti, ove attuati all'interno dell'impresa e della relazione contrattuale di lavoro, non esimono, tuttavia, dal necessario loro bilanciamento con gli speculari diritti spettanti in capo al datore di lavoro. In tal senso, secondo il *Tribunal Constitucional*, il contratto fra lavoratore e datore genera un complesso articolato di diritti ed obbligazioni reciproche, che condiziona l'esercizio dei primi a tal punto che alcune loro manifestazioni ed estrinsecazioni,

---

<sup>392</sup> STC n. 88/1985 di data 19.7.1985, secondo cui «*La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (...). Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza».*

Analogamente STC n. 98/2000 di data 10.4.2000: «*desde la perspectiva constitucional la cuestión objeto del presente recurso de amparo, debe recordarse que la jurisprudencia de este Tribunal ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo (STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2, cuya doctrina se reitera posteriormente, entre otras, en las SSTC 6/1988, de 21 de enero, 129/1989, de 17 de julio, 126/1990, de 5 de julio, 99/1994, de 11 de abril, 106/996, de 12 de junio, 186/1996, de 25 de noviembre, y 90/1997, de 6 de mayo). En consecuencia, y como también ha afirmado este Tribunal, el ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 4; 6/1995, de 10 de enero, FJ 2; 106/1996, de 12 de junio, FJ 5, y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6), perspectiva ésta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral (SSTC 99/1994, FJ 4, y 6/1995, de 10 de enero, FJ 2)»*

che in altri contesti potrebbero essere ritenute legittime, non lo sono necessariamente nel quadro di detta relazione contrattuale<sup>393</sup>.

Tuttavia, le limitazioni cui i diritti fondamentali dei lavoratori possono essere soggetti in ragione del loro inserimento entro la realtà produttiva altrui e la loro subordinazione al potere direttivo datoriale, non comportano né equivalgono alla legittimazione di una loro privazione. A tal proposito, costante compito della dottrina e della giurisprudenza spagnole<sup>394</sup> è stato il rinvenire formule giuridiche idonee a soppesare i diversi interessi e diritti in conflitto attraverso un ponderato bilanciamento degli stessi, che ha assunto le vesti, con specifico riguardo al potere di controllo tecnologico datoriale, del c.d. triplo test di proporzionalità di cui si approfondiranno i contenuti nel prosieguo.

Di fronte alla denunciata mancanza di una normativa *ad hoc*, volta a disciplinare ed individuare i limiti del potere di controllo tecnologico datoriale, ha assunto un ruolo essenziale, financo para-legislativo secondo alcuni Autori, la giurisprudenza, e in particolare la dottrina costituzionale, con i suoi pronunciamenti dell'ultimo decennio.

### **3.3. I diritti fondamentali dei lavoratori nella dimensione del rapporto di lavoro e del potere di controllo datoriale**

Un'ulteriore marcata differenza fra l'ordinamento giuslavoristico italiano e quello spagnolo con specifico riguardo alla relazione, *rectius* al conflitto, fra potere di controllo datoriale e garanzie di *privacy* e riservatezza in capo ai lavoratori deve essere ravvisata nella natura del perimetro normativo entro cui in Spagna tale tematica si fonda. In particolare, si fa riferimento alla dimensione costituzionale dei

---

<sup>393</sup> SSTC sentenze nn. 120/1983 di data 15.12.1983, 6/1988 di data 21.1.1988, 4/1996 di data 16.1.1996, 106/1996 di data 12.6.1996, 1/1998 di data 12.1.1998, 20/2002 di data 28.1.2002, 126/2003 di data 30.6.2003 e 151/2004 di data 20.9.2004.

<sup>394</sup> FERNÁNDEZ ALVILÉS J.A. – RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN V., *Nuevas tecnologías, control del trabajador y derechos fundamentales*, cit., sottolineano come, in mancanza di linee guida precise e chiare sul piano legislativo, spetti agli organi giudiziari preservare il necessario equilibrio fra le obbligazioni del lavoratore discendenti dal contratto di lavoro e i suoi diritti e libertà costituzionali.

diritti che si pongono in conflitto e che devono dunque essere oggetto di un ponderato giudizio di bilanciamento onde verificare se e in che misura l'esercizio del potere di controllo tecnologico datoriale possa dirsi lecito e rispettoso dei diritti di cui il lavoratore è portatore, anche in quanto cittadino.

Tanto i diritti dei lavoratori quanto i diritti del datore che si estrinsecano in tal senso costituiscono non solo il precipitato del sinallagma contrattuale, bensì anche il diretto portato di precise norme ordinarie, financo costituzionali. Addirittura, come si vedrà poi, alcuni di tali diritti assurgono al rango di diritti fondamentali della persona.

Dalla prospettiva del lavoratore, il punto di riferimento costituzionale è l'art. 18 C.E., il quale cristallizza tre diritti fondamentali, con contenuto e strumenti di tutela diversificati e che si atteggiavano diversamente all'interno del luogo di lavoro e nell'esplicarsi della relazione contrattuale, dovendosi distinguere fra vita professionale e vita privata di ciascun individuo, ammettendo però delle interessenze fra i due ambiti, i quali non possono essere divisi sul piano giuridico e fenomenologico ed assunti come impermeabili l'un l'altro<sup>395</sup>.

### 3.3.1. Il diritto all'intimità personale e familiare e il diritto alla dignità

Fra i diritti fondamentali che trovano forma nell'anzidetto conflitto vi è sicuramente il diritto all'intimità (*derecho a la intimidad*), il cui riconoscimento ha quale finalità primaria quella di garantire all'individuo un ambito riservato alla sua vita privata. Tale diritto costituisce, in stretta connessione con il diritto fondamentale al rispetto della dignità umana previsto dall'art. 10, c. 1 C.E., il nucleo essenziale della personalità<sup>396</sup>, implicando non solo il diritto ad escludere terzi dal proprio alveo di riservatezza, siano essi soggetti pubblici o privati, bensì, secondo alcuna dottrina, anche il diritto ad essere integralmente se stesso in ogni momento,

---

<sup>395</sup> Nel senso della permeabilità si veda VILLALBA SÁNCHEZ A., *Los derechos fundamentales del trabajador frente a los nuevos instrumentos de control empresarial*, in *Revista derecho social y empresa*, 2016, n. 6, pag. 86 ss..

<sup>396</sup> Così STC n. 186/2000 di data 10.7.2000.

sia come cittadino, sia come lavoratore, sia come utente di *internet* e delle reti sociali, sia come partecipante dell'*e-commerce*<sup>397</sup>. Questo denota la trasversalità ed universalità, *rectius* l'efficacia *erga omnes*, del diritto all'intimità, il quale opera come limite esterno rispetto al contratto di lavoro.

Tale diritto trova un pieno avallo nella Carta Costituzionale spagnola e, in particolare, nell'art. 18, c. 1 C.E. che riconosce, oltre al diritto all'intimità personale e familiare, anche il diritto all'onore e alla propria immagine, i quali sono a loro volta declinati ne *El Estatuto de los trabajadores* negli artt. 4, c. 2 lett. d), 8, c. 3, 18, 20, c. 3, 39, c. 3 e 50<sup>398</sup>.

L'ambito della relazione di lavoro, infatti, costituisce solo uno dei molteplici contesti entro cui il diritto fondamentale all'intimità può e deve esplicarsi ed essere tutelato, come riconosciuto in più occasioni dal *Tribunal Constitucional* con specifico riferimento al potere di vigilanza e controllo datoriale<sup>399</sup>.

Alcuna dottrina, al fine di rimarcare l'importanza di tale diritto nel bilanciamento dei diritti fondamentali dei lavoratori e del potere di controllo datoriale, sottolinea altresì come in seno all'ordinamento spagnolo il diritto all'intimità, così come riconosciuto e tutelato anche a livello sovranazionale, costituisca un canone interpretativo di assoluta rilevanza alla luce di quanto previsto dall'art. 10, c. 2 C.E. che impone che le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce debbano essere interpretate in conformità con la Convenzione EDU e i trattati internazionali<sup>400</sup>.

---

<sup>397</sup> LANZADERA ARENCIBIA E., *El derecho a la intimidad del trabajador frente al control y vigilancia empresarial a través de las TICs*, cit., pag. 479. Circa la profilazione ai fini di *marketing* attuata per il tramite degli acquisti *on line* e delle preferenze indicate in *internet* si rinvia a BAUMAN Z. – LYON D., *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, cit., pag. 111 ss..

<sup>398</sup> Art. 18, c. 1 C.E. «*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*».

<sup>399</sup> SSTC nn. 98/2000 di data 10.4.2000, 186/2000 di data 10.7.2000 e 170/2013 di data 7.10.2013.

<sup>400</sup> Art. 10, c. 2 C.E. «*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*».

In dottrina LANZADERA ARENCIBIA E., *El derecho a la intimidad del trabajador frente al control y vigilancia empresarial a través de las TICs*, cit., pag. 486 ss., richiama espressamente in tal senso



A partire dai precetti costituzionali è stata poi adottata la *Ley Organica* n. 1/1982 in materia di protezione civile del diritto all'onore, all'intimità personale e familiare e alla propria immagine, il cui art. 7 ne definisce l'ambito di tutela, identificando ciò che debba essere inteso come intromissione illegittima. Secondo tale norma costituiscono intromissioni illegittime l'installazione in qualsiasi luogo di apparati audio o video o di dispositivi ottici e, in generale, qualsiasi altro mezzo che consenta la registrazione e la riproduzione della vita intima delle persone, così come la raccolta, la riproduzione o la pubblicazione dell'immagine di una persona per il tramite di fotografie, filmati o altri sistemi.

Sulla base di un'articolata analisi della giurisprudenza sviluppatasi in ordine al diritto all'intimità, la dottrina scientifica ha individuato due principali linee direttrici alla luce delle quali poter individuare il contenuto stesso in cui tale diritto si sostanzia<sup>401</sup>.

Secondo un primo criterio formale-soggettivo, la sfera dell'intimità corrisponde a ciò che una persona, secondo il suo personale sentire, decide di escludere dalla conoscenza e dalla possibile intromissione di terzi. Secondo un criterio materiale-oggettivo, invece, la sfera dell'intimità deve essere identificata con ciò che il comune sentire sociale intende come riservato e sottratto ad un legittimo interesse dei terzi.

La dottrina prevalente ritiene preferibile sposare il secondo degli anzidetti criteri in quanto assicura una maggior prevedibilità della portata dei diritti fondamentali in conflitto, in accordo anche con gli esiti più recenti della dottrina

---

la Convenzione EDU e la giurisprudenza della Corte EDU, nonché gli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza e le Raccomandazioni OIL.

<sup>401</sup> Per una ricostruzione si rinvia a DESDENTADO BONETE A. - MUÑOZ RUIZ A.B., *El control de la prestación del trabajador a través de las nuevas tecnologías: un estudio sobre la videovigilancia en la doctrina judicial*, in *Revista de Justicia Laboral*, 2010, n. 44, pag. 13 ss., oppure a DESDENTADO BONETE A. - MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, cit., pagg. 42 ss..

costituzionale ove è stato riconosciuto che la nozione di intimità costituzionalmente protetta sia un concetto di carattere oggettivo, tramite il quale l'ordinamento giuridico attribuisce e tutela un'area che ciascun individuo riserva per se stesso<sup>402</sup>, distinta invece dal diverso diritto al segreto delle comunicazioni, il quale sottende una nozione formale. L'aspetto soggettivo della nozione viene recuperato, piuttosto, nella misura in cui si intendano comunque valorizzare gli atti dispositivi tramite i quali ciascun soggetto, rendendo pubblici i propri dati personali, decide consapevolmente di abbassare le barriere della propria sfera di intimità e riservatezza rispetto alla conoscenza e conoscibilità che degli stessi i terzi possono avere.

Declinato entro il contesto del rapporto di lavoro, il diritto all'intimità, secondo la ricostruzione della dottrina costituzionale, implica il riconoscimento in capo a ciascun lavoratore dell'esistenza di un proprio ambito privato e riservato di fronte alle azioni ed intrusioni di terzi, necessario per assicurare una qualità minima della vita umana<sup>403</sup>, il quale trova nell'art. 4, c. 2 lett. e) E.T. la sua enunciazione espressa<sup>404</sup>. Secondo tale norma, infatti, il lavoratore ha diritto al rispetto della propria intimità e alla dovuta considerazione della propria dignità in seno alla relazione di lavoro. La connessione instaurata fra il diritto all'intimità e la dignità della persona umana, qui ribadita, e l'inviolabilità dei diritti ad essa inerenti ha conferito al concetto di intimità una portata assai ampia, implicando riflessi che vanno ben oltre il rispetto della vita personale e familiare strettamente intesa,

---

<sup>402</sup> In tal senso STC n. 170/2013 di data 7.10.2013.

<sup>403</sup> Riprendendo le parole testuali, «*para mantener una calidad mínima de la vida humana*». Così SSTC nn. 170/1997 di data 14.10.1997, 231/1988 di data 2.12.1998, 197/1991 di data 10.11.1991, 57/1994 di data 28.2.1994, 143/1994 di data 9.5.1994, 207/1996 di data 16.12.1996, 202/1999 di data 8.11.1999, 98/2000 di data 10.4.2000 e 186/2000 di data 10.7.2000.

<sup>404</sup> Art. 4, c. 2 lett. e) E.T. «*En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho (...) e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo*».

incidendo anche su altri diritti della persona, attinenti all'immagine, alla sessualità, all'integrità fisica e morale, alla libertà ideologica e religiosa.

Alla luce di quanto sopra, il potere di controllo datoriale risulta limitato nel suo valido esercizio dai diritti fondamentali della dignità (artt. 20, c. 3 E.T. e 10, c. 1 C.E.) e dell'intimità personale (artt. 4, c. 2 lett. e E.T. e 18, c.1 C.E.) sopra ricostruiti e che devono essere necessariamente rispettati. Tuttavia, al contempo, il diritto all'intimità personale che il lavoratore può vantare di fronte alle prerogative datoriali non ha carattere assoluto, potendo cedere di fronte ad altri diritti fondamentali o potendo comunque essere soggetto ad alcune limitazioni le quali sono connaturate alla peculiare relazione giuridica di subordinazione che lo lega con il proprio datore.

### 3.3.2. Il diritto al segreto delle comunicazioni

Strettamente connesso al diritto all'intimità sopra descritto è, poi, il diritto al segreto delle comunicazioni<sup>405</sup>, il quale riceve un'espressa e generale tutela costituzionale nell'art. 18, c. 3 C.E.<sup>406</sup>. Tale diritto, con particolare riguardo alle implicazioni che ne derivano nell'ambito del rapporto di lavoro e, più nello specifico, sotto il profilo del controllo datoriale, viene ora in rilievo soprattutto con riferimento al contenuto rinvenibile nel pc aziendale assegnato al dipendente per lo svolgimento dell'attività lavorativa e al contenuto delle comunicazioni *e-mail* inviate o ricevute sul luogo di lavoro per il tramite dell'*account* aziendale e/o personale.

---

<sup>405</sup> FALGUERA BARÓ M.A., *Nuevas tecnologías y trabajo (III): perspectiva constitucional*, in *Trabajo e Derecho*, 2016, n. 21, pag. 31 ss., sottolinea come i diritti fondamentali di cui all'art. 18, cc. 1 e 3 C.E. siano stati sovente trattati in modo congiunto dalla giurisprudenza, ancorché le garanzie previste per il primo siano più esigenti rispetto a quelle prescritte per il diritto al segreto delle comunicazioni.

<sup>406</sup> Art 18, c. 3 C.E. «*Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*».

Come sottolineato da taluna dottrina<sup>407</sup> e confermato altresì dalla giurisprudenza costituzionale<sup>408</sup>, la quale adotta un criterio formale di definizione dello spettro precettivo della norma, tale diritto consacra in modo espresso l'interdizione allo svolgimento di intercettazioni telefoniche o più generalmente informatiche, nonché all'apprensione del contenuto di comunicazioni altrui, ricomprendendo non solo il divieto di accedervi al contenuto, bensì anche di conoscere esclusivamente l'identità degli interlocutori, ad eccezione dei casi in cui tali azioni siano serventi allo svolgimento dell'attività lavorativa.

Tuttavia, come si vedrà poi analizzando alcune specifiche pronunce, la più recente giurisprudenza costituzionale è stata incline ad adottare una concezione definita *proprietarista* dalla dottrina spagnola<sup>409</sup>, tale da consentire al datore di lavoro, in quanto titolare delle strumentazioni informatiche assegnate al lavoratore, di interdirla l'uso per fini personali e di verificare l'osservanza di tale precetto, con la possibilità derivata di accedere al pc aziendale ed al contenuto dei messaggi di posta elettronica dallo stesso inviati. In tal senso, il divieto espresso dell'utilizzo delle strumentazioni informatiche per fini personali, sia esso contenuto in una *policy* aziendale ovvero in una circolare o nello stesso contratto collettivo, legittima *ab origine*, secondo l'impostazione maggioritaria della giurisprudenza, l'intromissione del datore di lavoro rispetto ai dati contenuti nel pc e nell'*e-mail* ricevute ed inviate dal lavoratore, non essendovi in tal caso alcuna pretesa di segretezza, né, dunque, alcuna possibile lesione del diritto fondamentale di cui all'art. 18, c. 3 C.E.. In tali casi, dunque, la condotta datoriale non può nemmeno essere qualificata come intromissione, né tanto meno come illegittima. All'opposto, in mancanza di un'espressa proibizione datoriale, il lavoratore vanta una legittima aspettativa alla segretezza delle proprie comunicazioni.

---

<sup>407</sup> FERNÁNDEZ ALLES J.J. - PIÑERO JIMÉNEZ A., *Derechos fundamentales y uso extralaboral de internet en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 241/2012 y 170/2013*, in *Relaciones Laborales*, 2014, n. 12, pag. 151 ss..

<sup>408</sup> Cfr. in tal senso STC n. 114/1984 di data 29.11.1984.

<sup>409</sup> In tal senso, *ex multis*, FALGUERA BARÓ M.A., *Nuevas tecnologías y trabajo (III): perspectiva constitucional*, cit..

Dirimente, inoltre, in seno a tali valutazioni, è possibile elemento di esclusione della sfera di legittima aspettativa in capo al lavoratore, è il carattere comune del pc o della strumentazione in questione, posto che la giurisprudenza ha tendenzialmente escluso che il dipendente possa legittimamente avanzare un diritto fondamentale al segreto delle comunicazioni ovvero alla propria intimità laddove il pc sia accessibile a tutto il personale, senza l'impiego di alcuna *password*. Parimenti, è stata solitamente esclusa la sussistenza di tale aspettativa anche laddove l'utilizzo delle strumentazioni per motivi non lavorativi sia stato tipizzato quale motivo di sanzione disciplinare (anche lieve), concretante un illecito contrattuale, sull'assunto che in tali casi la facoltà del datore di sanzionare l'uso illegittimo della strumentazione informatica comporti implicitamente anche la possibilità di monitorarne l'impiego.

Tuttavia, parte della dottrina evidenzia come tale prospettiva adottata dalla prevalente giurisprudenza recentemente espressasi sul punto confligga con il modello costituzionale, in quanto finisce per rimettere alla discrezionalità unilaterale del datore il possibile annullamento dei diritti fondamentali del lavoratore all'interno del proprio luogo di lavoro, facendo prevalere la dimensione puramente contrattuale – addirittura in taluni casi unilaterale – di fronte alla dimensione costituzionale ove il diritto al segreto delle comunicazioni trova un'esplicita consacrazione<sup>410</sup>.

### 3.3.3. Il diritto alla protezione dei dati personali

Ultimo diritto fondamentale contenuto nell'art. 18 C.E., ma non certo in termini di importanza e portata applicativa, è il diritto alla protezione dei dati personali, il quale trova un fondamento nel comma 4 della sopra citata norma, che così statuisce: «*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus*

---

<sup>410</sup> FALGUERA BARÓ M.A., *Nuevas tecnologías y trabajo (III): perspectiva constitucional*, cit..

*derechos*». Si attribuisce dunque al legislatore, con l'impiego di un'espressa riserva legale, il compito di prevedere specifiche limitazioni nell'utilizzo dei sistemi informatici, al fine di assicurare la tutela del diritto all'onore e all'intimità personale e familiare dei cittadini e garantire altresì il pieno esercizio dei loro diritti.

Tale previsione costituzionale, *rectius* il diritto fondamentale in essa cristallizzato, configura un meccanismo di tutela di fronte a qualsiasi tecnologia dell'informazione che possa vulnerare il pieno esercizio dei diritti fondamentali del cittadino (e lavoratore) e presenta uno spettro precettivo addirittura maggiore rispetto a quello sotteso al diritto all'intimità personale di cui al comma 1 della medesima norma costituzionale. Come enunciato dalla dottrina costituzionale, infatti, il diritto alla protezione dei dati personali s'identifica con il potere di disposizione e controllo degli stessi, che consente a ciascun individuo di decidere quali di tali dati trasferire a soggetti terzi (siano essi pubblici o privati) o quali di essi siano legittimati a raccogliere tali dati, potendosi opporre a tale possesso o uso in ogni momento<sup>411</sup>. La particolare ampiezza della copertura costituzionale che tale diritto garantisce deriva dal suo ambito di applicazione oggettivo, riferendosi non solo ai dati intimi della persona, bensì ad ogni dato che possa essere qualificato come personale e la cui conoscenza o il cui utilizzo possa in qualsivoglia modo ledere i diritti della persona, anche laddove tali diritti non siano ascrivibili fra i diritti fondamentali. Presuppone infatti un ventaglio di facoltà finalizzate a garantire a ciascun individuo il potere di controllo sopra i propri dati personali.

Il quadro costituzionale sin qui descritto è poi completato da una parallela disciplina normativa di rango ordinario, confezionata nella *Ley Orgánica de Protección de Datos* n. 15/1999 (nel prosieguo "LOPD"), la quale prescrive due condizioni essenziali ai fini del legittimo trattamento dei dati personali, che, a loro volta, configurano il nucleo della nozione del diritto fondamentale *de quo*. Tali

---

<sup>411</sup> *Ex multis* SSTC nn. 292/2000 di data 30.11.2000 e 96/2012 di data 7.5.2012.

condizioni costituiscono l'adempimento di due distinti doveri, differenti sul piano logico ed altresì giuridico, nonché posti in successione cronologica l'uno rispetto all'altro. Una prima condizione prevista dall'art. 5 LOPD attiene al dovere della preventiva ed espressa informazione, cui corrisponde il c.d. diritto all'autonomia informativa in senso stretto. La seconda, invece, concerne l'acquisizione del consenso libero, espresso ed informato del soggetto interessato, prescritto dall'art. 6 LOPD.

L'art. 5 LOPD, declinato nell'ambito del rapporto di lavoro, prevede l'obbligo in capo al datore di informare preventivamente il dipendente in modo espresso, preciso e inequivoco circa l'esistenza di un sistema di raccolta ed archiviazione dei dati, della finalità per la quale tale sistema è stato creato, di quale sia l'impiego dei dati, dei destinatari di tali informazioni, del soggetto responsabile del trattamento dei dati personali, nonché della possibilità di esercitare il proprio diritto a rettificare, cancellare ed opporsi a tale trattamento dei dati.

L'art. 6 LOPD impone invece la regola generale della manifestazione del consenso da parte dell'interessato ai fini della raccolta e del trattamento dei dati personali. Tuttavia, l'attività di raccolta e trattamento dei dati derivante dall'utilizzo delle strumentazioni informatiche impiegate all'interno dell'impresa viene solitamente ricondotta dalla dottrina e dalla giurisprudenza spagnole entro la fattispecie derogatoria di cui all'art. 6, c. 2 LOPD, che esenta dalla necessità del consenso dell'interessato nelle ipotesi in cui i dati si riferiscono alle parti di un contratto o di un pre-contratto di una relazione negoziale, di lavoro o amministrativa, purché il trattamento di tali dati sia necessario al mantenimento e all'esecuzione del contratto stesso.

A tal proposito, ancorché espressione di una posizione minoritaria, merita di essere segnalato un arresto del *Tribunal Supremo* ove è stato statuito che il regime derogatorio di cui all'art. 6, c. 2 LOPD non giustificava la prassi datoriale di inserire, in ciascuno dei contratti d'assunzione dei propri dipendenti, una clausola con la quale era imposto al lavoratore di comunicare al datore il proprio numero di

telefono o l'indirizzo personale di posta elettronica, ancorché tale prassi fosse *in thesi* motivata dalla necessità di poter contattare il dipendente in qualsiasi momento per ragioni connesse con il rapporto di lavoro<sup>412</sup>. In particolare, il *Tribunal Supremo* ha evidenziato come tali dati non potessero esser sussunti entro l'area astratta di esenzione in quanto non costituivano dei dati indispensabili per l'esecuzione e lo svolgimento del contratto di lavoro<sup>413</sup>.

In ogni caso, vale precisare che l'esenzione legale circa il consenso non può essere estesa anche al dovere d'informazione di cui all'art. 5 LOPD, né tale pretesa omissione può fondarsi sull'interesse datoriale di controllare l'attività lavorativa attraverso sistemi di vigilanza occulti ed a sorpresa. Tale logica, fondata sulla mera utilità o convenienza imprenditoriale, è stata infatti tendenzialmente rigettata dalla giurisprudenza costituzionale, salvo in alcuni casi, in quanto comprometterebbe l'effettività del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali e il suo stesso nucleo essenziale. In particolare, si confonderebbe la legittimità del fine, come può essere il controllo dell'esatto adempimento degli obblighi contrattuali, con la costituzionalità dell'atto<sup>414</sup>. Tale soluzione trova conferma anche nella relazione n. 60/2004 dell'Agenzia spagnola della protezione dei dati (nel prosieguo "AEPD"),

---

<sup>412</sup> STS di data 21.9.2015.

<sup>413</sup> FALGUERA BARÓ M.A., *Nuevas tecnologías y trabajo (III): perspectiva constitucional*, cit., ritiene discutibile tale statuizione in quanto, ai fini comunicativi esposti dalla difesa datoriale, è ragionevole considerare che il datore abbisogni non solo dell'indicazione del domicilio, bensì anche del numero di telefono o dell'*e-mail* del dipendente.

<sup>414</sup> STC n. 29/2013 di data 11.2.2013: «*no hay una habilitación legal expresa para esa omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales, y que tampoco podría situarse su fundamento en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia. Esa lógica fundada en la utilidad o conveniencia empresarial haría quebrar la efectividad del derecho fundamental, en su núcleo esencial. En efecto, se confundiría la legitimidad del fin (en este caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos, art. 20.3 LET en relación con el art. 6.2 LOPD) con la constitucionalidad del acto (que exige ofrecer previamente la información necesaria, art. 5 LOPD), cuando lo cierto es que cabe proclamar la legitimidad de aquel propósito (incluso sin consentimiento del trabajador, art. 6.2 LOPD) pero, del mismo modo, declarar que lesiona el art. 18.4 CE la utilización para llevarlo a cabo de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible*». In senso analogo, ancor prima STC n. 292/2000 di data 3.11.2000.



ove è stata riaffermata l'essenzialità del dovere informativo, il cui adempimento è sempre richiesto anche laddove non sia necessaria la prestazione del consenso<sup>415</sup>.

Tuttavia, come verrà approfondito nei successivi paragrafi, lo sviluppo della dottrina costituzionale più recente – e in particolare la sentenza n. 39/2016 – ha mostrato un radicale cambio di prospettiva a fronte del quale è stata fortemente sminuita e limitata la valenza dell'obbligo informativo di cui all'art. 5 LOPD all'interno dei controlli esercitabili nei luoghi di lavoro.

In via generale, poi, la garanzia di effettività della tutela del diritto alla protezione dei dati personali presuppone, a sua volta, il rispetto di alcuni principi fissati nella LOPD, che, in una valutazione comparatistica, presentano contenuti simili, se non addirittura sovrapponibili, con i principi generali fissati dal Codice *privacy* italiano.

In primo luogo, secondo il principio di pertinenza ed adeguatezza cristallizzato all'art. 4, c. 1 LOPD, l'informazione deve essere conforme e proporzionata alla finalità a cui la raccolta e il trattamento sono preposti.

In virtù del principio di legalità, poi, i mezzi attraverso cui si procede alla raccolta non devono essere fraudolenti ed illeciti (art. 4, c. 7 LOPD) e, inoltre, in omaggio del principio di finalità, non possono essere impiegati per scopi incompatibili con quelli per i quali sono stati raccolti (art. 4, c.2 LOPD), con una differenza rispetto alla formulazione normativa previgente ove si richiamava non già il concetto di incompatibilità, bensì di finalità differenti/distinte<sup>416</sup>. Tuttavia,

---

<sup>415</sup> Relazione n. 60/2004 dell'AEPD: «*El artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999 viene a establecer un deber impuesto en general a los responsables de los tratamientos, de tal suerte que, en principio, será necesario informar al afectado del tratamiento de sus datos de carácter personal, tanto en los supuestos en que el mismo cuenta con el consentimiento del mismo como en los casos en que el tratamiento se encuentra habilitado por otras causas admitidas por el artículo 6 de la propia Ley.*».

<sup>416</sup> Secondo alcuna parte della dottrina questo cambiamento normativo è particolarmente rilevante in quanto introduce una disciplina più permissiva rispetto alla riutilizzazione dei dati raccolti. FREIXAS GUTIÉRREZ G., *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*, Bosch, Barcelona, 2001, pag. 153, parla di fallimento del principio di finalità. Diversamente DESDENTADO BONETE A. - MUÑOZ RUIZ A.B., *El control de la prestación del trabajador a través de las nuevas tecnologías: un estudio sobre la videovigilancia en la doctrina judicial*, cit., ritengono

secondo alcuna parte della dottrina nell'ambito della relazione di lavoro quest'ultima garanzia – attinente al vincolo teleologico dei dati – risulta eccessivamente restrittiva, reputando che in tali casi sia necessario esclusivamente che il lavoratore, in qualità di soggetto interessato, sia informato del fatto di essere sottoposto a controllo, ma non già edotto della finalità di quest'ultimo. Tale dottrina ammette, infatti, che laddove il sistema di videocamere sia stato installato per finalità di sicurezza, nulla osta a che i filmati registrati che consentano di accertare la commissione di taluni illeciti, se non altro quelli gravi, possano essere utilizzati a fini disciplinari per contestare l'inadempimento contrattuale al/ai lavoratore/i interessato/i. In tali casi, secondo tale postura, non vi sarebbe spazio per una ragionevole aspettativa d'intimità, in quanto si tradurrebbe in un'irragionevole aspettativa d'impunità<sup>417</sup>.

Infine, i dati raccolti devono essere veri, esatti ed aggiornati rispetto alla situazione del soggetto interessato (art. 4, c. 3 LOPD).

### **3.4. I poteri e le facoltà datoriali ed il loro fondamento costituzionale**

D'altro canto, la Costituzione spagnola riconosce agli imprenditori, *sub specie* di datori in seno alla relazione di lavoro, un insieme di diritti fondamentali specifici, ulteriori ed aggiuntivi rispetto a quelli agli stessi riconosciuti come cittadini. Si tratta, in particolare, del diritto alla proprietà privata e della libertà d'impresa rispettivamente previsti dagli artt. 33 e 38 C.E. e tramite il cui riconoscimento taluna dottrina attribuisce rilevanza costituzionale anche al potere direttivo e di controllo di cui all'art. 20, c. 3 E.T.<sup>418</sup>.

---

tale approccio troppo critico, ancorché riconoscano la differenza concettuale e giuridica fra finalità incompatibili e finalità diverse. Tuttavia, sia la giurisprudenza che gli orientamenti successivamente espressi dall'AEPD hanno adottato un'esegesi sistematica del principio di finalità alla luce del combinato disposto con gli ulteriori principi dettati dall'art. 4 LOPD, finendo per annullare la differente formulazione normativa e interpretando il concetto di "finalità incompatibili" come "finalità distinte".

<sup>417</sup> DESDENTADO BONETE A. – MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, cit., pag. 70.

<sup>418</sup> *Contra* si veda il voto discrepante espresso dal Magistrato Valdés Dal-Ré nella STC n. 39/2016.

Tuttavia, la libertà d'impresa di cui all'art. 38 C.E. implica facoltà esercitabili non solo nei confronti dei lavoratori, ma di ben più ampio spettro. In tal modo, i poteri del datore di lavoro formano parte della libertà di impresa costituzionalmente garantita, il cui contenuto essenziale attribuisce al datore il potere di direzione della sua attività imprenditoriale, il quale è onnicomprensivo ed abbraccia la direzione, la vigilanza e il controllo dell'attività lavorativa dei dipendenti.

Dunque, se è pur vero che l'esercizio dei diritti fondamentali dei lavoratori ammette limitazioni in ragione dell'inserimento del lavoratore entro l'organizzazione produttiva imprenditoriale, tali limitazioni sono ammissibili secondo la giurisprudenza costituzionale ove tale organizzazione implichi, a sua volta, diritti di caratura costituzionale<sup>419</sup>.

### **3.5. Il giudizio di proporzionalità come canone operativo per il bilanciamento dei diritti fondamentali in conflitto**

Ancorché l'art. 20, c. 3 E.T. attribuisca al datore la facoltà di adottare tutte le misure di controllo che ritiene opportune al fine di verificare l'esatto adempimento delle obbligazioni lavorative da parte del proprio dipendente, è incontestato che tale facoltà imprenditoriale subisca delle limitazioni in ragione del necessario rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori sopra identificati. In altri termini, le misure che il datore intende adottare a tale fine devono attenersi entro il limite di quanto strettamente necessario per il raggiungimento dei suoi legittimi interessi e devono altresì essere proporzionate e adeguate rispetto al (legittimo) fine perseguito. Certamente, non può essere disconosciuto l'interesse imprenditoriale al controllo circa il corretto utilizzo degli strumenti informatici assegnati ai lavoratori che concorre con l'ulteriore interesse, di carattere generale, circa la verifica della corretta esecuzione dei compiti assegnati. Dalla prospettiva datoriale, infatti, deve

---

<sup>419</sup> STC n. 90/1997 di data 6.5.1997.

ammettersi che l'implementazione dei fattori tecnologici nell'organizzazione produttiva porti con sé anche il rischio di un impiego abusivo di tale strumentazione da parte dei lavoratori; condotta che potrebbe determinare numerosi inconvenienti e pregiudizi, quali, in primo luogo, un danno economico in termini di lucro cessante in ragione del minor rendimento del singolo lavoratore e della possibile distrazione anche dei colleghi. In secondo luogo, l'uso non corretto degli strumenti di lavoro potrebbe compromettere le capacità e la sicurezza del sistema informatico<sup>420</sup>.

A ben vedere, l'ordinamento spagnolo non nega affatto la facoltà datoriale di controllare l'esatto adempimento della prestazione lavorativa e/o il corretto utilizzo degli strumenti di lavoro assegnati, ma è necessario che l'esercizio di tale facoltà non comporti delle restrizioni dei diritti fondamentali dei lavoratori ingiustificate e financo incostituzionali. Secondo la dottrina costituzionale, l'effettività dei diritti fondamentali dei lavoratori nell'ambito delle relazioni di lavoro deve essere compatibile con il quadro dei limiti reciproci che possono sorgere in tale contesto e, nello specifico, con l'esercizio delle facoltà datoriali<sup>421</sup>. In altri termini, non si può attribuire valenza assoluta né ai diritti ed alle libertà fondamentali, né ai limiti cui l'esercizio di detti diritti e libertà deve essere assoggettato<sup>422</sup>.

Per tal ragione, la giurisprudenza costituzionale spagnola ha applicato anche al controllo tecnologico datoriale il giudizio di proporzionalità, c.d. anche triplo test

---

<sup>420</sup> FERNÁNDEZ ALVILÉS J.A. – RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN V., *Nuevas tecnologías, control del trabajador y derechos fundamentales*, cit.; LUJÁN ALCARAZ J., *La vigilancia empresarial sobre el uso de los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores*, cit.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, cit., pag. 15; CARDONA RUBERT M.B., *Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás*, in *Revista de derecho social*, 2012, n. 60, pag. 169 ss..

<sup>421</sup> STC n. 56/2008 di data 14.4.2008: «*la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible (...) con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, as cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE*».

<sup>422</sup> STC n. 20/1990 di data 15.2.1990: «*ni los derechos y libertades fundamentales (...) son absolutos (...) ni tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a los que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades*».

di proporzionalità<sup>423</sup>. Il predetto giudizio, che ha sostituito la previgente teoria contrattualistica<sup>424</sup>, trova un proprio ambito di operatività anche a livello sovranazionale, sia nelle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sia nell'art. 52 del TFUE. Secondo la sopra citata tesi contrattualistica, intrisa di una concezione ancora patrimonialistica della relazione contrattuale di lavoro, i diritti fondamentali dei lavoratori avrebbero dovuto in ogni caso cedere di fronte al potere direttivo e di controllo datoriale una volta formalizzato il contratto di lavoro.

Inizialmente, infatti, la dottrina costituzionale era incline ad ammettere in modo incondizionato l'esercizio del potere di controllo datoriale per il tramite delle strumentazioni informatiche, senza ravvisare alcun possibile conflitto con i diritti fondamentali dei lavoratori, ritenendo piuttosto che il luogo di lavoro fosse un luogo pubblico e, come tale, non consentisse ai lavoratori dipendenti di invocare la protezione dei loro diritti all'intimità e alla dignità, non essendo rivendicabile in tale contesto una propria sfera di inviolabilità<sup>425</sup>.

Solo successivamente la postura della dottrina costituzionale cambiò i propri contorni, ammettendo la legittimità del controllo tecnologico datoriale solo a fronte del superamento del giudizio di proporzionalità. Secondo l'orientamento della giurisprudenza costituzionale più recente, infatti, il luogo di lavoro costituisce pur sempre un contesto entro cui il dipendente è legittimato ad esercitare i diritti fondamentali che egli vanta quale cittadino, non potendosi ammettere che venga

---

<sup>423</sup> Per una ricostruzione generale si rinvia a VALDÉS DAL-RÉ F., *Una aproximación al juicio de ponderación utilizado per el TC*, in *Derecho de las relaciones laborales*, 2018, n. 9, pag. 941 ss.. ROIG A., *El uso de internet en la empresa: aspectos constitucionales*, cit., pag. 48 ss., distingue fra test di proporzionalità e la ponderazione giudiziale, descrivendo quest'ultima come una tecnica più generale finalizzata a individuare una gerarchia dei principi applicabili al caso concreto.

<sup>424</sup> PEDRAJAS MORENO A., *Despido y derechos fundamentales*, Trota, Madrid, 1992, pag. 88, sembra invece giustificare ancora la libertà d'impresa del datore di fronte a determinati diritti fondamentali dei lavoratori sulla base della logica contrattualistica.

A titolo esemplificativo della tesi contrattualistica si cita STC di data 12.2.1986, ove venne dichiarato legittimo il licenziamento di un cameriere che si era rifiutato di rasarsi la barba, concretando tale comportamento un inadempimento del lavoratore legittimamente sanzionato in ragione della predominanza dell'interesse imprenditoriale di fronte al diritto all'immagine rivendicato dal dipendente.

<sup>425</sup> STC n. 142/1993, di data 22.4.1993.

privato degli stessi in virtù della mera relazione di soggezione giuridica cui si pone nei confronti del datore. Addirittura, pur non potendosi instaurare una gerarchia, è stato riconosciuto che gli interessi, *rectius* i diritti, dei lavoratori non presentino il medesimo valore giuridico rispetto agli interessi datoriali e siano meritevoli di un grado di tutela maggiore rispetto a quest'ultimi, ancorché trovino ambedue fonte nel dettato costituzionale. Questo, del resto, è comunque un riflesso dell'asimmetria sostanziale che si genera nella relazione lavoristica, ove il dipendente rimane pur sempre il contraente debole o i cui diritti fondamentali in gioco sono, almeno tendenzialmente, più intimamente connessi con la dignità della persona umana<sup>426</sup>. Proprio per tal ragione, il giudizio di proporzionalità è espressione del fatto che il bilanciamento dei contrapposti interessi non viene raggiunto tendenzialmente nel punto mediano delle due posizioni contrattuali in conflitto, dovendo il baricentro del sistema di tutele esser spostato in favore del lavoratore per riequilibrare l'asimmetria sostanziale che connota la relazione lavoristica. Ai fini della legittimità di una restrizione dei diritti fondamentali del lavoratore è infatti necessaria la sussistenza di un'oggettiva e comprovata esigenza imprenditoriale, non essendo sufficiente l'allegazione di profili di mera convenienza<sup>427</sup>.

In concreto, per verificare se un'azione imprenditoriale adottata in virtù delle facoltà previste dall'art. 20 E.T. e potenzialmente restrittiva dei diritti fondamentali del lavoratore sia legittima, è essenziale che le misure in tal senso assunte siano giustificate, adeguate, necessarie e proporzionate. Tale giudizio opera dunque come canone operativo complesso ed articolato in tre fasi, poste l'una in successione logico-giuridica rispetto a quella antecedente. Inoltre, deve esser svolto di volta in volta, per ciascun caso concreto<sup>428</sup>, non potendosi individuare dei limiti

---

<sup>426</sup> GUERRA RODRÍGUEZ L., *Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis de la doctrina constitucional*, in *Trabajo y derecho*, 2017, n. 29, pag. 88 ss., secondo cui, per limitare i diritti fondamentali dei lavoratori all'intimità e alla protezione dei dati personali, l'interesse datoriale deve necessariamente presentare un peso superiore nella ponderazione.

<sup>427</sup> SSTC nn. 99/1994 di data 11.4.1994, 6/1995 di data 10.1.1995 e 98/2000 di data 10.4.2000.

<sup>428</sup> DESDENTADO BONETE A. - MUÑOZ RUIZ A.B., *El control de la prestación del trabajador a través de las nuevas tecnologías: un estudio sobre la videovigilancia en la doctrina judicial*, cit.,

fissi ed invariabili valevoli astrattamente per tutte le fattispecie che vengono in rilievo. Come segnalato da autorevole dottrina, si tratta di una questione di peso e non già di validità: è necessario soppesare i principi e i diritti fondamentali in funzione delle circostanze del caso concreto, stabilendosi una relazione di preferenza condizionata, con la conseguenza che, al mutare dei profili fattuali della vicenda concreta, anche la relazione di preferenza può assumere contorni ed esiti differenti<sup>429</sup>, come testimoniato dalle pronunce giudiziali che verranno analizzate.

Approfondendo le singole fasi dell'anzidetto triplo test e ferma restando la necessaria legittimità della misura adottata sotto il profilo teleologico, la condotta datoriale deve essere in primo luogo idonea a consentire il raggiungimento della finalità preposta (c.d. *juicio de idoneidad*). A tal fine, considerato il disposto dell'art. 20, c. 3 E.T., la finalità del mezzo di controllo datoriale non potrà essere che la verifica dell'esatto adempimento della prestazione lavorativa e il corretto funzionamento dell'attività produttiva. Inoltre, sarà necessario che lo specifico mezzo di controllo impiegato sia adeguato all'oggetto dello stesso, *rectius* alla condotta che s'intende monitorare.

Secondariamente, la misura deve essere necessaria – o necessitata –, nel senso che non deve esistere un altro mezzo meno invasivo, in termini di conflitto e possibile lesione dei diritti fondamentali in gioco, per ottenere il medesimo risultato con eguale efficacia (c.d. *juicio de necesidad*).

In tali casi, laddove non esistano gravi sospetti circa la commissione di particolari illeciti da parte del lavoratore (tradizionalmente identificato come controllo straordinario) e il controllo sia dunque diretto alla mera verifica dell'esatto

---

evidenziano come la valutazione casistica sottesa a tale giudizio comporti un rischio elevato di soggettivismo e di incertezza giuridica; in senso analogo DESDENTADO BONETE A. – MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, cit., pagg. 22-23.

<sup>429</sup> ALEXY R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pag. 92; DESDENTADO BONETE A. – MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, cit., pag. 40 ss..

adempimento delle obbligazioni contrattuali (c.d. controllo ordinario)<sup>430</sup>, difficilmente supererà il giudizio di necessità una misura di controllo che possa confliggere con i diritti fondamentali dei lavoratori, sussistendo tendenzialmente in tali casi mezzi meno invasivi<sup>431</sup>. Per esempio, laddove sia necessario verificare la presenza e la puntualità del lavoratore, l'installazione di videocamere non potrà essere considerata una misura necessaria in quanto vi sono altre strumentazioni, come il *badge*, che possono adempiere alla medesima funzione con un'esposizione minore della persona del lavoratore. Sotto tale profilo, dunque, nel valutare la necessità dello strumento impiegato, viene in rilievo il tipo di controllo che il datore intende esercitare, sia esso straordinario oppure ordinario.

Infine, ed è questo il passaggio più significativo, la misura datoriale deve essere equilibrata e proporzionata rispetto all'oggetto del controllo. In altri termini, il mezzo di controllo deve essere ragionevole e non eccedere non solo la finalità perseguita, bensì anche le caratteristiche essenziali del comportamento oggetto del controllo stesso, di modo che l'adozione di tale misura comporti maggiori benefici e vantaggi per l'interesse generale che pregiudizi per il singolo lavoratore interessato (c.d. *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*)<sup>432</sup>. Tale giudizio può dirsi dunque superato quando i vantaggi derivanti dalla limitazione del diritto fondamentale in conflitto con il potere di controllo datoriale siano superiori rispetto agli svantaggi arrecati alla sfera individuale del soggetto interessato. Con riferimento a quest'ultima valutazione, vengono solitamente impiegati distinti elementi di giudizio, quali per esempio la verifica se i controlli siano stati

---

<sup>430</sup> Per un approfondimento circa la distinzione fra controllo ordinario e straordinario, GUERRA RODRÍGUEZ L., *Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis de la doctrina constitucional*, cit..

<sup>431</sup> In tal senso FABREGAT MONFORT G., *El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave*, in *Trabajo y Derecho*, 2015, n. 5, pag. 76 ss..

<sup>432</sup> Si veda STC n. 98/2000 di data 10.4.2000: «*Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad*».



previamente resi noti ai lavoratori o siano stati svolti invece occultamente, se siano stati esercitati in forma massiva ovvero abbiano riguardato singoli lavoratori rispetto ai quali si nutrivano particolari sospetti<sup>433</sup>. In tali casi, infatti, assume carattere dirimente la tipologia di controllo, riprendendo l'anzidetta distinzione fra il controllo ordinario e quello straordinario<sup>434</sup>: quanto più intensa è la limitazione del diritto fondamentale del lavoratore come conseguenza dell'esercizio del potere di controllo, tanto più straordinario dovrà essere l'interesse del datore che in tal senso si intende soddisfare o tanto più grave dovrà essere il sacrificio che si imporrebbe ostacolando o proibendo l'esercizio.

Sul piano applicativo di detto principio, onde percepire concretamente in che termini la giurisprudenza costituzionale spagnola ha sviluppato tale canone ermeneutico ed operativo, è opportuno richiamare le sentenze nn. 98/2000 e 186/2000<sup>435</sup> rese dal *Tribunal Constitucional*, le quali hanno portato ad esiti differenti solamente in quanto divergenti erano le fattispecie oggetto di vaglio giudiziale. Tuttavia, medesimo era il presupposto giuridico di fondo ovvero il riconoscimento pieno, anche nell'ambito della relazione contrattuale di lavoro, dei

---

<sup>433</sup> LANZADERA ARENCIBIA E., *El derecho a la intimidad del trabajador frente al control y vigilancia empresarial a través de las TICs*, cit., pag. 508.

<sup>434</sup> FABREGAT MONFORT G., *El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave*, cit.; GUERRA RODRÍGUEZ L., *Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis de la doctrina constitucional*, cit..

<sup>435</sup> Per un commento di ambedue le sentenze SÁEZ LARA C., *Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones*, cit.; DESDENTADO BONETE A. - MUÑOZ RUIZ A.B., *El control de la prestación del trabajador a través de las nuevas tecnologías: un estudio sobre la videovigilancia en la doctrina judicial*, cit.; DESDENTADO BONETE A., *Contrato de trabajo y nuevas tecnologías. Una note sobre algunas cuestiones de actualidad: prueba electrónica, garantías de la intimidad y uso sindical del correo electrónico*, cit.; LOUSADA AROCHENA J.F., *Derecho fundamental a la protección de datos personales versus facultad empresarial de video-vigilancia (acerca de la STC 29/2013, de 11 de febrero)*, cit.; GARCIA QUIÑONES J.C., *Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral: una revisión crítica a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional en España*, cit.; GUERRA RODRÍGUEZ L., *Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis de la doctrina constitucional*, cit.; ARBONÉS LAPENA H.I., *Grabación de imagen o sonido y control de correo electrónico por el empresario*, cit.; DESDENTADO BONETE A. – MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, cit., pag. 20 ss..

diritti fondamentali non specifici, fruibili dal lavoratore in quanto cittadino, non potendosi ritenere che il vincolo di subordinazione derivante dalla formalizzazione del contratto di lavoro sia un elemento di per sé sufficiente a privare il lavoratore della titolarità degli stessi<sup>436</sup>.

Nel primo caso (STC n. 98/2000) il controllo datoriale era stato esercitato per il tramite di un sistema di microfoni installati all'interno del Casinò di La Toja (e in particolare nelle aree del gioco della *roulette* francese e della cassa), i quali permettevano di registrare le conversazioni fra i lavoratori e fra quest'ultimi e i clienti. I microfoni erano stati installati in via integrativa rispetto al sistema di sicurezza già esistente e consistente in un circuito chiuso di telecamere, come ausilio nel caso di reclami da parte di clienti nel gioco della *roulette* o nel cambio di denaro alla cassa, considerato che si trattava di luoghi di lavoro ove avvenivano transazioni di un certo valore economico. In questo caso, venne riconosciuto che il sistema di audio-registrazione installato non costituiva una misura proporzionata rispetto alla finalità perseguita, in quanto consentiva di captare conversazioni private dei dipendenti, anche con i clienti, le quali esorbitano dalla legittima prospettiva di controllo dell'adempimento della prestazione lavorativa prevista dall'art. 20, c. 3 E.T., costituendo piuttosto un'intrusione illegittima nel diritto fondamentale all'intimità dei lavoratori. Anche se, infatti, vi era un interesse datoriale che ne poteva astrattamente giustificare l'installazione, in concreto il

---

<sup>436</sup> STC n. 98/2000: «*la implantación del sistema de audición y grabación no ha sido en este caso conforme con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial, pues la finalidad que se persigue (dar un plus de seguridad, especialmente ante eventuales reclamaciones de los clientes) resulta desproporcionada para el sacrificio que implica del derecho a la intimidad de los trabajadores (e incluso de los clientes del casino). Este sistema permite captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino, comentarios ajenos por completo al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales, pudiendo, sin embargo, tener consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y grabados por la empresa. Se trata, en suma, de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE, pues no existe argumento definitivo que autorice a la empresa a escuchar y grabar las conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes».*

ricorso a tali strumenti di controllo non poteva esser considerato legittimo anche in ragione dell'esistenza di altri sistemi di sicurezza, i quali non avevano nemmeno evidenziato inefficienze tali da giustificare una loro implementazione.

Nel secondo caso, invece, (STC n. 186/2000) si trattava dell'installazione di un sistema di telecamere poste all'interno di un negozio al fine di ritrarre la zona dei tre registratori di cassa e del rullo di transito delle merci, in ragione delle irregolarità emerse nella gestione degli incassi. I filmati avevano confermato i sospetti di irregolarità ed individuato tre lavoratori responsabili degli illeciti, uno dei quali (il ricorrente) venne licenziato, applicando invece agli altri due la sanzione disciplinare della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione per due mesi. L'installazione delle videocamere non era stata tuttavia preventivamente comunicata ai lavoratori. In tal caso, il ricorso giudiziale con il quale il dipendente si doleva della lesione del suo diritto all'intimità ed all'immagine venne rigettato all'esito della valutazione della condotta datoriale per il tramite del giudizio di proporzionalità. In particolare, lo strumento di controllo impiegato venne considerato lecito in quanto: 1) giustificato, in ragione del fatto che esistevano sospetti ragionevoli circa la commissione da parte del ricorrente di gravi irregolarità; 2) idoneo rispetto al fine perseguito; 3) necessario in quanto la registrazione serviva come prova degli illeciti commessi; 4) proporzionato, perché la registrazione delle immagini era circoscritta dal punto di vista spaziale e temporale. Inoltre, in relazione alla mancanza della previa informativa sia al lavoratore sia ai rappresentanti sindacali, il Tribunale giustificò la scelta datoriale reputando che la conoscenza da parte dei lavoratori dell'esistenza di un sistema di telecamere avrebbe frustrato la finalità desiderata.

A differenza della STC n. 98/2000, in questo caso il controllo tecnologico non era generico, bensì selettivo ed individuale, né finalizzato a verificare l'esatto adempimento della prestazione lavorativa, bensì occasionato da specifici sospetti. Inoltre, nel primo arresto il controllo comportava la registrazione delle conversazioni dei lavoratori, la quale costituisce una forma di potenziale lesione del

diritto all'intimità maggiore e più invasiva rispetto alla registrazione delle immagini<sup>437</sup>. Tuttavia, nonostante gli esiti differenti, il fondamento giuridico e l'*iter* logico-argomentativo seguito è stato il medesimo, segnando un cambio di prospettiva rispetto alla dottrina giudiziale previgente.

Come si vedrà nel prosieguo, tuttavia, con la successiva STC n. 29/2013 il *Tribunal Constitucional* è giunto a conclusioni differenti rispetto a quelle statuite nella STC n. 186/2000, ancorché anche in tal caso le telecamere fossero state installate per fini extra lavorativi e senza la preventiva informazione dei lavoratori. Nel parallelo fra le SSTC nn. 186/2000 e 29/2013, il differente esito giudiziale è da ascrivere non già alle divergenze dei due casi sul piano fattuale, quanto piuttosto al diverso riferimento costituzionale, identificato nel primo caso nel diritto all'intimità di cui all'art. 18, c. 1 C.E. e nel secondo arresto nel diritto alla protezione dei dati personali ex art. 18, c. 4 C.E..

### **3.6. La ragionevole aspettativa del lavoratore ad un proprio ambito di riservatezza e confidenzialità nel dialogo della giurisprudenza spagnola**

La tensione giuridica fra i diritti dei lavoratori e le prerogative datoriali deriva, innanzitutto, dalle difficoltà pratiche che l'imprenditore incontra nel vietare in modo assoluto l'utilizzo delle strumentazioni informatiche di lavoro a fini personali. D'altro canto, tuttavia, il soggetto giuridicamente titolare di dette strumentazioni è il datore, il quale conserva la piena legittimazione astratta di limitare e proibire un eventuale abuso di tali strumenti ovvero un loro uso deviato rispetto ai fini strettamente professionali<sup>438</sup>. Il piano teorico-astratto, dunque, si

---

<sup>437</sup> Tale considerazione non è contraddetta dal contenuto della STC di data 5.12.2003 con la quale il *Tribunal Constitucional* ritenne legittimo il controllo delle chiamate dei consulenti aziendali addetti al *marketing* telefonico, in quanto in quel caso tale condotta non solo era giustificata dall'esigenza di verificare l'esatto adempimento della prestazione lavorativa e individuare gli aspetti del servizio da migliorare, bensì anche in ragione del fatto che non vi era altro strumento meno invasivo, ma egualmente idoneo, al raggiungimento della finalità perseguita.

<sup>438</sup> In tal senso SÁEZ LARA C., *Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones*, cit..

scontra con i limiti della realtà concreta ed è stato compito della giurisprudenza ordinaria e costituzionale delineare i contorni di tale relazione, la cui comprensione non può prescindere da un'analisi dei principali casi affrontati dal *Tribunal Constitucional* (TC) e dal *Tribunal Supremo* (TS) nell'ultimo decennio.

§ 3.6.1. STS di data 26.9.2007: il riconoscimento di una legittima aspettativa di riservatezza in capo al lavoratore e l'esclusione dell'applicazione dell'art. 18 E.T. alla fattispecie di controllo del pc aziendale

Il punto di partenza di tale riflessione viene solitamente individuato dalla dottrina spagnola nella STS di data 26.9.2007<sup>439</sup>, in quanto sembra assumere il ruolo di cesura rispetto alle interpretazioni giudiziali precedenti, ove in alcuni casi veniva negata l'esistenza di una sfera di *privacy* e riservatezza in seno al rapporto di lavoro oppure in talaltri casi la questione veniva risolta vuoi applicando in via analogica l'art. 18 C.E. vuoi applicando i criteri sviluppati dalla dottrina costituzionale in ordine al potere di controllo e vigilanza datoriale attraverso il test di proporzionalità<sup>440</sup>.

La fattispecie oggetto di vaglio giudiziale riguardava un licenziamento irrogato ad un Direttore Generale che, durante l'orario di lavoro, aveva utilizzato il pc aziendale per accedere a pagine pornografiche. In tal caso, il *Tribunal Supremo* ha confermato l'illegittimità del licenziamento in quanto il controllo era stato

---

<sup>439</sup> Per un commento alla sentenza GONZÁLEZ GONZÁLEZ C., *Control empresarial de la actividad laboral y uso de las nuevas tecnologías*, cit.; LUJÁN ALCARAZ J., *La vigilancia empresarial sobre el uso de los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores*, cit.; SÁEZ LARA C., *Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones*, cit.; FERNÁNDEZ ALLES J.J. - PIÑERO JIMÉNEZ A., *Derechos fundamentales y uso extralaboral de internet en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 241/2012 y 170/2013*, cit.; FERNÁNDEZ ALVILÉS J.A. - RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN V., *Nuevas tecnologías, control del trabajador y derechos fundamentales*, cit.; FERRANDO GARCÍA F.M., *Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías*, cit..

<sup>440</sup> FERNÁNDEZ ALLES J.J. - PIÑERO JIMÉNEZ A., *Derechos fundamentales y uso extralaboral de internet en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 241/2012 y 170/2013*, cit.; DESDENTADO BONETE A., *Contrato de trabajo y nuevas tecnologías. Una note sobre algunas cuestiones de actualidad: prueba electrónica, garantías de la intimidad y uso sindical del correo electrónico*, cit., 250 ss..

esercitato senza che il lavoratore fosse stato previamente avvertito del possibile monitoraggio del *computer*, ledendo dunque il suo diritto all'intimità personale.

La sentenza, tuttavia, è importante in quanto enuncia un rilevante principio di diritto, il quale è stato poi ribadito, ancorché secondo diverse modulazioni e sfumature, nei successivi arresti del *Tribunal Supremo* e del *Tribunal Constitucional*. La premessa consiste nel riconoscimento di un ambito sociale generalizzato di tolleranza in ordine all'uso personale, purché moderato, delle strumentazioni informatiche di proprietà aziendale concesse ai lavoratori ai fini dell'esecuzione delle loro obbligazioni contrattuali. Dalla sussistenza di tale ambito di tolleranza, il *Tribunal Supremo* deduce poi l'esistenza, in capo ai dipendenti, di una legittima aspettativa di riservatezza, in forza della quale ciascun lavoratore può validamente confidare nell'assenza d'ingerenze da parte del datore. Per tal motivo, si pone l'esigenza di una ponderazione degli interessi contrapposti, in ragione del fatto che l'aspettativa di riservatezza, se non può essere totalmente disattesa, non può nemmeno costituire un elemento impeditivo permanente e totale all'esercizio del potere di controllo da parte del datore di lavoro.

Da qui sorge la necessità che il datore fissi preventivamente precise regole di utilizzo di tali strumentazioni e informi adeguatamente i lavoratori dell'esistenza del sistema di controllo e dei mezzi a tal fine impiegati, con la conseguenza che, adempiuti tali oneri, laddove il dipendente trasgredisca le direttive impartite non

potrà legittimamente rivendicare l'aspettativa alla riservatezza di cui si è detto sopra<sup>441 442</sup>.

Conseguentemente, laddove vi sia un divieto espresso circa l'uso promiscuo delle strumentazioni aziendali affidate al dipendente, non si pone nemmeno *in thesi* un conflitto fra i diritti di cui le parti contrattuali sono portatrici<sup>443</sup>: in mancanza del diritto a poter utilizzare lo strumento di lavoro per fini personali, non vi sarà alcuno spazio di riservatezza meritevole di tutela, bensì anzi, ove posto in essere, l'uso per fini personali potrà essere qualificato come illecito, se non altro a titolo di inadempimento contrattuale sanzionabile sul piano disciplinare<sup>444</sup>.

La sentenza è altresì importante in quanto ha escluso l'applicazione, sia in via diretta che analogica, dell'art. 18 E.T. alla fattispecie del controllo dell'uso del pc. Secondo il *Tribunal Supremo*, tale norma regola un potere di controllo

---

<sup>441</sup> STS di data 26.9.2007: «*lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios-con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizarla efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado "una expectativa razonable de intimidad" en los términos que establecen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (caso Copland) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos*».

<sup>442</sup> Per una ricostruzione delle critiche sorte in ordine a tale sentenza si rinvia a DESDENTADO BONETE A., *Contrato de trabajo y nuevas tecnologías. Una note sobre algunas cuestiones de actualidad: prueba electrónica, garantías de la intimidad y uso sindical del correo electrónico*, in *Revista del poder judicial*, 2009, n. 88, pag. 241 ss.. Come nota a commento si veda LUJÁN ALCARAZ J., *La vigilancia empresarial sobre el uso de los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores*, cit..

<sup>443</sup> In via generale e non a commento di tale sentenza, si richiama FALGUERA BARÓ M.A., *Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual*, cit., il quale ritiene che né la mera titolarità delle strumentazioni informatiche in capo al datore né il regime delle obbligazioni contrattuali possano giustificare che il datore in via unilaterale ed incondizionata neghi l'uso delle nuove tecnologie per fini personali.

<sup>444</sup> Nella STS di data 6.10.2011 la violazione del divieto datoriale viene qualificata come atto dispositivo del lavoratore, il quale volontariamente abbassa le barriere del diritto all'intimità o al segreto. Nel caso specifico, tuttavia, il *Tribunal Supremo* ha riconosciuto la violazione della ragionevole aspettativa di riservatezza in quanto il divieto datoriale non era stato accompagnato da alcuna informativa in favore dei lavoratori in ordine all'esistenza del sistema di controllo.

che eccede quanto deriva dalla posizione di preminenza gerarchica del datore all'interno del contratto di lavoro e che, pertanto, si trova al di fuori del perimetro normativo dettato dall'art. 20 E.T.. L'art. 18 E.T. attribuisce piuttosto una forma di polizia privata imprenditoriale che la legge stessa vincola alla difesa del patrimonio aziendale o degli altri lavoratori. In particolare, l'esclusione dell'applicazione di tale norma al caso di specie si fonda su tre argomentazioni<sup>445</sup>. In primo luogo, la necessità di controllare l'impiego del pc aziendale, a detta del *Tribunal Supremo*, non trova alcuna giustificazione connessa con il patrimonio aziendale in quanto la legittimità del controllo deriva dal fatto che l'oggetto dello stesso – in tal caso il pc – costituisce uno strumento di lavoro e di produzione di titolarità del datore. L'art. 18 E.T., inoltre, circoscrive le possibilità di controllo datoriale in tal senso definite entro i luoghi e l'orario di lavoro; esigenza questa che non viene invece richiesta per il controllo circa l'utilizzo del pc. Infine, le garanzie connesse con la presenza del lavoratore nonché di un rappresentante dei lavoratori non è consustanziale a tale tipo di controlli, rappresentando un *quid pluris* diversamente necessario per l'esercizio del potere di polizia previsto dall'art. 18 E.T..

§ 3.6.2. STC n. 241/2012: il divieto dell'uso degli strumenti informatici per fini personali e la negazione della sussistenza di un'aspettativa di riservatezza

Se con la STS 26.9.2007 il diritto all'intimità del lavoratore è prevalso di fronte alle prerogative di controllo datoriale, successivamente la dottrina costituzionale ha adottato delle posizioni di segno opposto, escludendo che il lavoratore potesse rivendicare, quale motivo di illiceità del controllo datoriale, la lesione del proprio spazio privato e personale nell'uso degli strumenti di lavoro.

---

<sup>445</sup>Per un approfondimento si rinvia a LUJÁN ALCARAZ J., *La vigilancia empresarial sobre el uso de los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores*, cit., pag. 133, il quale ritiene paradossale tale esito.



Un esempio emblematico è la STC n. 241/2012<sup>446</sup>, ove due lavoratrici, poi licenziate, avevano installato, in spregio al divieto datoriale, un programma informatico di messaggistica istantanea (denominato *Trillian*) in un pc destinato all'uso comune di tutti i lavoratori, senza chiave di accesso. L'installazione illecita era stata scoperta causalmente da un altro dipendente. Il datore, informato dei fatti, non si era limitato a verificare la veridicità degli stessi, ma si era spinto a leggere anche il contenuto dei messaggi trasmessi fra le lavoratrici, apprendendone i toni dispregiativi nei confronti dei colleghi, dei superiori e dei clienti.

Il *Tribunal Constitucional* ha escluso nel caso di specie l'esistenza di una ragionevole e fondata aspettativa di riservatezza e confidenzialità, reputando che non fosse stato leso né il diritto all'intimità personale né il diritto al segreto delle comunicazioni oggetto di doglianza per le motivazioni di seguito esposte. Innanzitutto perché la condotta delle lavoratrici era stata posta in essere in violazione di un'espressa disposizione datoriale di veto. Inoltre, il programma era stato installato su di un pc ad uso comune, dunque non era sostenibile che le lavoratrici avessero confidato nella segretezza delle conversazioni in tal modo effettuate, né nell'esistenza di un ambito personale e riservato, potendo accedere chiunque al pc. In terzo luogo, l'espresso divieto di un uso dell'*e-mail* per fini extra lavorativi sottendeva implicitamente anche l'esistenza in capo al datore di lavoro della sua facoltà di monitoraggio e controllo, al fine di verificarne il corretto utilizzo e l'esatto adempimento della prestazione lavorativa.

---

<sup>446</sup> Per un commento GONZÁLEZ GONZÁLEZ C., *Control empresarial de la actividad laboral y uso de las nuevas tecnologías*, cit.; CARDONA RUBERT M.B., *Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás*, cit.; FERNÁNDEZ ALLES J.J. - PIÑERO JIMÉNEZ A., *Derechos fundamentales y uso extralaboral de internet en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 241/2012 y 170/2013*, cit.; SÁEZ LARA C., *Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones*, cit.; MANEIRO VÁZQUEZ Y., *La vigilancia y control del trabajador a través de las nuevas tecnologías. Doctrina judicial reciente sobre su empleo como medio de prueba*, cit.; LOUSADA AROCHENA J.F., *Derecho fundamental a la protección de datos personales versus facultad empresarial de video-vigilancia (acerca de la STC 29/2013, de 11 de febrero)*, cit.; FALGUERA BARÓ M.A., *Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional*, in *Trabajo e Derecho*, 2016, n. 20, pag. 34 ss.; ARBONÉS LAPENA H.I., *Grabación de imagen o sonido y control de correo electrónico por el empresario*, cit..

Tuttavia, l'aspetto più rilevante di tale sentenza è l'esclusione della necessità dell'espresso e previo avvertimento da parte del datore di lavoro dell'esistenza di un sistema di monitoraggio o, quanto meno, della possibilità di accesso a tali comunicazioni. Il *Tribunal Constitucional* ha infatti considerato a tal fine sufficiente la previsione di divieto contenuta nel contratto collettivo e pertanto utilizzabili le risultanze di tale controllo, al duplice fine disciplinare e processuale.

V'è da segnalare che la tesi sostenuta con tale sentenza è stata soggetta a diverse critiche da parte della dottrina giuslavorista, proprio per la prevalenza assegnata alle prerogative datoriali di fronte ai diritti dei lavoratori<sup>447</sup>; critiche già espresse in sede di discussione con il voto particolare del Magistrato Valdés Dal-Ré, secondo il quale la sentenza n. 241/2012 risponde ad un concetto della relazione di lavoro che non corrisponde affatto con il modello che imporrebbe invece la clausola costituzionale di uno Stato sociale e democratico di diritto. Secondo Valdés Dal-Ré, la condotta datoriale esaminata costituiva un'intromissione cosciente e deliberata nel contenuto delle comunicazioni elettroniche del personale dipendente e l'approdo costituzionale raggiunto dalla Corte spagnola rappresenta un passo indietro rispetto alla giurisprudenza accreditatasi nei precedenti trent'anni, in quanto fondato su una nozione oramai superata dei diritti del cittadino-lavoratore<sup>448</sup>.

---

<sup>447</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, cit., pag. 55 ss.; SÁEZ LARA C., *Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones*, cit., pag. 27 ss., ritiene che il riconoscimento teorico di una sfera legittima di riservatezza o del diritto alla protezione dei dati personali all'interno della relazione di lavoro mal si concili con l'ammissione che la previsione di un divieto assoluto sia sufficiente per escludere l'applicazione di tali diritti. Inoltre, l'Autrice critica l'interpretazione fornita in ordine al diritto al segreto delle comunicazioni in quanto eccessivamente restrittiva, avendo escluso dalla copertura costituzionale non solo le comunicazioni aperte, ma tutte le comunicazioni poste in essere all'interno dei luoghi aziendali attraverso dispositivi di proprietà aziendale il cui impiego per fini extra lavorativi sia vietato. CARDONA RUBERT M.B., *Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás*, cit..

<sup>448</sup> Per un approfondimento si veda CARDONA RUBERT M.B., *Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás*, cit., pag. 178 ss..

§ 3.6.3. STC n. 29/2013: essenzialità dell'obbligo di preventiva informazione

Con la successiva STC n. 29/2013 il *Tribunal Constitucional* ha abbozzato una nuova tesi, qualificando il diritto all'autodeterminazione informativa come diritto autonomo rispetto al diritto all'intimità<sup>449</sup>.

Il caso riguardava l'installazione da parte dell'Università di Siviglia di un sistema di videocamere lungo il perimetro universitario, finalizzato al controllo degli accessi. L'installazione delle telecamere, non preceduta dall'informativa ai lavoratori, era stata autorizzata dall'AEPD ancorché non per finalità di controllo dell'attività lavorativa. Tuttavia, utilizzando i dati in tal modo registrati, l'Università aveva appreso l'inosservanza da parte di un lavoratore degli orari d'ingresso e d'uscita, motivo per cui aveva irrogato al dipendente la sanzione della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione.

Nel caso di specie, la sentenza è particolarmente rilevante in quanto il *Tribunal Constitucional*, in riforma dei tribunali ordinari precedentemente aditi che avevano valutato lecita la prova in tal senso offerta, ne ha accertato il carattere illegittimo, senza tuttavia spingersi nell'opinare se le immagini registrate fossero lesive del diritto all'intimità del lavoratore (art. 18, c. 1 C.E.), bensì arrendendosi nel considerare se si fosse realizzata una lesione del diritto alla protezione dei dati personali (art. 18, c.4 C.E.) vantato dal dipendente coinvolto. Come anticipato, è

---

<sup>449</sup> Per un commento SÁEZ LARA C., *Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones*, cit.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, cit.; LOUSADA AROCHENA J.F., *Derecho fundamental a la protección de datos personales versus facultad empresarial de video-vigilancia (acerca de la STC 29/2013, de 11 de febrero)*, cit.; FERNÁNDEZ ALVILÉS J.A. – RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN V., *Nuevas tecnologías, control del trabajador y derechos fundamentales*, cit.; FALGUERA BARÓ M.A., *Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional*, cit.; GUERRA RODRÍGUEZ L., *Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis de la doctrina constitucional*, cit.; ARBONÉS LAPENA H.I., *Grabación de imagen o sonido y control de correo electrónico por el empresario*, cit..

stato cambiato il riferimento costituzionale alla luce del quale è stata orientata la decisione.

In primo luogo, il Tribunale ha confermato che le immagini conservate in un supporto fisico informatico debbano essere qualificate come dato di carattere personale e, come tali, siano soggette alla tutela costituzionale ad ampio raggio di cui all'art. 18, c. 4 C.E., preposta per garantire la liceità del trattamento di tutti i dati che identificano o consentono l'identificazione di una persona e che possono servire per la ricostruzione del suo profilo ideologico, razziale, sessuale, economico o di qualsivoglia altra indole. Pertanto, trattandosi di dati di carattere personale, è necessario che il loro trattamento sia preceduto dal rispetto del diritto all'autonomia informativa. Il Tribunale, in particolare, ha riconosciuto che il diritto alla protezione dei dati personali implichi, come complemento indispensabile, la facoltà in capo al soggetto interessato (in tal caso il lavoratore) di sapere in ogni momento quale sia il soggetto che dispone di tali dati e quale sia l'uso a cui gli stessi sono destinati, a prescindere dal fatto che la fattispecie concreta possa essere annoverata entro l'area di esenzione dal necessario consenso dell'interessato prevista dall'art. 6, c. 2 LOPD. Conseguentemente, l'assenza della preventiva informazione comporta una violazione del diritto fondamentale del lavoratore alla protezione dei dati personali e la nullità della sanzione disciplinare. In tali casi, infatti, anche se non è necessario il consenso del lavoratore in ragione della fattispecie derogatoria di cui all'art. 6, c. 2 LOPD, il datore non può esimersi dall'adempiere all'obbligo di preventiva informazione di cui all'art. 5 LOPD che, specularmente, costituisce un diritto fondamentale del lavoratore e che nel caso di specie non poteva ritenersi soddisfatto nemmeno in virtù della cartellonistica affissa che segnalava la presenza di talune telecamere. Era necessario l'adempimento dell'obbligo dell'informazione preventiva ed espressa, nonché precisa, chiara e inequivoca con la quale i lavoratori fossero resi edotti della finalità di controllo dell'attività lavorativa cui il sistema di videocamere era preposto. Diversamente opinando, secondo il *Tribunal Constitucional*, verrebbe confuso il profilo in ordine alla legittimità del fine con

quello attinente alla costituzionalità dell'atto, in quanto l'interesse del datore di lavoro non può in ogni caso giustificare che il trattamento dei dati di carattere personale del lavoratore possa avvenire senza la preventiva informazione, non esistendo nell'ordinamento giuridico spagnolo una ragione che possa tollerare una tale limitazione al diritto dell'autonomia informativa<sup>450</sup>.

A ben vedere, la sentenza merita una particolare importanza in quanto, da un lato, evidenzia che il giudizio di proporzionalità a volte si dimostra insufficiente a delimitare il potere di controllo tecnologico datoriale e, dall'altro lato, segna un cambio di prospettiva rispetto ai pronunciamenti antecedenti: è la prima volta che vengono applicati i principi in materia di trattamento dei dati personali alle tecniche di controllo del datore di lavoro, al punto da indurre taluna dottrina a ritenere che l'invocazione dell'art. 18, c. 4 C.E. avrebbe nei fatti posto nel nulla la postura adottata nella previgente STC n. 186/2000, in quanto sarebbe stato sufficiente provare l'inadempimento del dovere informativo per rivendicare la lesione del diritto alla protezione dei dati personali, senza necessità di accedere alla ponderazione del giudizio di proporzionalità<sup>451</sup>.

---

<sup>450</sup> Così: «*se confundiría la legitimidad del fin (en este caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos, art. 20.3 LET en relación con el art. 6.2 LOPD) con la constitucionalidad del acto (que exige ofrecer previamente la información necesaria, art. 5 LOPD), cuando lo cierto es que cabe proclamar la legitimidad de aquel propósito (incluso sin consentimiento del trabajador, art. 6.2 LOPD) pero, del mismo modo, declarar que lesiona el art. 18.4 CE la utilización para llevarlo a cabo de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible (...) tampoco el interés privado del empresario podrá justificar que el tratamiento de datos sea empleado en contra del trabajador sin una información previa sobre el control laboral puesto en práctica. No hay en el ámbito laboral, por expresarlo en otros términos, una razón que tolere la limitación del derecho de información que integra la cobertura ordinaria del derecho fundamental del art. 18.4 CE. Por tanto, no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la Ley (arts. 6.2 LOPD y 20 LET), o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, antes bien, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa».*

<sup>451</sup> DESDENTADO BONETE A. - MUÑOZ RUIZ A.B., *Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia*, in *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, n. 39, pag. 7 ss..

*Contra* GUERRA RODRÍGUEZ L., *Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis de la doctrina constitucional*, cit., secondo cui non vi era tale rischio in ragione delle differenze fra le due fattispecie oggetto delle rispettive sentenze.

§ 3.6.4 STC n. 170/2013: la previsione della contrattazione collettiva e l'esclusione della ragionevole aspettativa di riservatezza e confidenzialità

La tesi adottata dal *Tribunal Constitucional* con la sentenza n. 29/2013 ha tuttavia sofferto, poco dopo, un'erosione con la successiva STC n. 170/2013 con la quale, secondo alcuna dottrina giuslavoristica spagnola, il *Tribunal Constitucional* è approdato ad una concezione unilaterale del principio di buona fede, traducendolo in una posizione giuridica passiva, o comunque di soggezione, del lavoratore rispetto agli interessi imprenditoriali, conferendo a questi ultimi una presunzione di legittimità tale da far prevalere l'iniziativa economica, le ragioni produttive o organizzative e i poteri direttivi e di controllo datoriali rispetto ad altri valori e parametri, fra cui il principio di proporzionalità o il principio di un'interpretazione della legalità in senso più favorevole alla tutela dei diritti fondamentali<sup>452</sup>, con la conseguenza che non vi sarebbe spazio per un'aspettativa fondata e ragionevole di riservatezza in capo ai lavoratori.

Con tale sentenza, infatti, il *Tribunal Constitucional* ha escluso che il lavoratore interessato potesse rivendicare un ambito di confidenzialità e riservatezza in quanto, con il suo comportamento, aveva trasgredito alla previsione contenuta nel contratto collettivo che vietava l'utilizzo dell'*e-mail* per fini extra lavorativi. Tale previsione, secondo il ragionamento seguito dalla dottrina costituzionale, comportava implicitamente la facoltà datoriale di verificare il corretto utilizzo dell'*e-mail* onde controllare l'esatto adempimento della prestazione lavorativa, ancorché mancasse integralmente un'espressa informativa aziendale in tal senso<sup>453</sup>. Dalla presa visione delle *e-mail* inviate e ricevute sul luogo

---

<sup>452</sup> In tal senso RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, cit., pag. 59 ss., la quale critica la sentenza anche per non aver tenuto in considerazione la posizione del soggetto terzo con cui venivano scambiati i messaggi di posta elettronica, il quale poteva fondatamente vantare un'aspettativa di confidenzialità.

<sup>453</sup> Il riferimento è il XV CCNL dell'Industria chimica il cui art. 59.11 sanziona come fatto di lieve entità l'utilizzazione degli strumenti informativi di proprietà dell'impresa per fini diversi da quelli

di lavoro era infatti emerso che il ricorrente, poi licenziato, si era addirittura reso responsabile di spionaggio industriale, trasmettendo a soggetti terzi dati strettamente confidenziali dell'azienda presso cui lavorava.

In tal caso è stata esclusa la violazione sia del diritto all'intimità sia del diritto al segreto, avendo il Tribunale reputato che la previsione del contratto collettivo concernente l'irrogazione di una sanzione disciplinare in caso di utilizzo degli strumenti di lavoro per fini personali implicasse implicitamente anche l'adempimento dell'informativa ai dipendenti circa la facoltà imprenditoriale di controllarne l'utilizzo, sia per verificare l'esatto adempimento delle prestazioni contrattuali sia per verificare che l'impiego degli stessi non avvenisse per scopi extra lavorativi<sup>454</sup>. Inoltre, il fatto che il pc utilizzato per l'invio e la ricezione delle *e-mail de quibus* fosse di uso comune per tutti i lavoratori implicava, a sua volta, l'accessibilità ai dati archiviati senza alcuna aspettativa in ordine al segreto delle informazioni ivi salvate e delle comunicazioni inviate o ricevute per il tramite di tale dispositivo, similmente a quanto statuito nella STC n. 241/2012.

Alla luce dei casi pratici analizzati, secondo le coordinate di diritto vivente fissate dal *Tribunal Constitucional* e dal *Tribunal Supremo*, deve essere esclusa una lesione del diritto all'intimità del lavoratore non solo laddove sussista una disciplina

---

connessi con la prestazione di lavoro, a cui fa da *pendant* quanto disposto dall'art. 79.2, il quale prevede, a sua volta, che l'*e-mail* sia destinata esclusivamente ad uso professionale.

<sup>454</sup> Per un commento GONZÁLEZ GONZÁLEZ C., *Control empresarial de la actividad laboral y uso de las nuevas tecnologías*, cit.; LOUSADA AROCHENA J.F., *Derecho fundamental a la protección de datos personales versus facultad empresarial de video-vigilancia (acerca de la STC 29/2013, de 11 de febrero)*, cit.; FALGUERA BARÓ M.A., *Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional*, cit.; FERNÁNDEZ ALVILÉS J.A. – RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN V., *Nuevas tecnologías, control del trabajador y derechos fundamentales*, cit.; LANZADERA ARENCIBIA E., *El derecho a la intimidad del trabajador frente al control y vigilancia empresarial a través de las TICs*, cit., critica tale soluzione dal punto di vista della trasparenza; critica anche FERRANDO GARCÍA F.M., *Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nueva tecnologías*, cit., la quale ritiene che in tal modo sia stato attribuito al datore l'esorbitante potere di convertire la posta elettronica in un mezzo di comunicazione aperto, esentandolo dalla necessaria preventiva autorizzazione giudiziale richiesta ai sensi degli artt. 18, c. 3 C.E. e 90, c. 4 *Ley reguladora de la jurisdicción social* (LRJS); ARBONÉS LAPENA H.I., *Grabación de imagen o sonido y control de correo electrónico por el empresario*, cit..

precisa e puntuale a livello aziendale, finalizzata a regolamentare l'utilizzo delle strumentazioni informatiche aziendali assegnate per l'esecuzione della prestazione lavorativa, bensì anche quando vi sia anche solo il divieto di impiego delle stesse per fini personali e il dipendente trasgredisca tale proibizione; anche qualora in quest'ultimo caso difetti l'espresso avvertimento circa l'esistenza di un sistema di controllo e dunque il datore si sia reso inadempiente rispetto all'obbligo informativo. È evidente come tali fattispecie, nonostante la loro eterogeneità, siano state tuttavia assimilate dalla giurisprudenza spagnola pur senza l'unanime plauso della dottrina, essendo emerse voci contrarie che stigmatizzano gli esiti cui si è giunti con le recenti sentenze e che individuano, quale argomentazione critica principale, l'incapacità di tutelare sufficientemente la sfera di riservatezza rispetto alla cui esistenza sul luogo di lavoro il dipendente vanta un'aspettativa legittima. Effettivamente, si condivide l'opinione di parte della dottrina che ritiene che la titolarità degli strumenti informatici in capo al datore di lavoro sia un argomento giuridico debole per giustificare l'ammissibilità di un divieto assoluto di utilizzo degli stessi per fini extra lavorativi o, comunque, l'eliminazione totale della suddetta legittima aspettativa<sup>455</sup>. In entrambi i casi vengono destituiti di fondamento i diritti fondamentali di cui il lavoratore è titolare, se non altro i diritti fondamentali non specifici di cui gode in qualità di cittadino; diritti che possono subire delle limitazioni nell'ambito dell'impresa, ma non già la loro totale esautorazione, la quale deriverebbe unicamente dalla volontà o dalla tolleranza unilaterale dell'imprenditore.

---

<sup>455</sup> In tal senso SÁEZ LARA C., *Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones*, cit., la quale ritiene che il lavoratore, quale cittadino dell'impresa, abbia comunque diritto ad usare gli strumenti aziendali per fini personali nella misura in cui ciò non implichi una lesione della produttività.



§ 3.6.5. STS di data 13.5.2014: il recepimento della postura della STC n. 29/2013

Si segnala, in continuità con la STC n. 29/2013, il successivo arresto del *Tribunal Supremo* di data 13.5.2014 ove, anche in tal caso, come prova della condotta su cui il licenziamento si era fondato, il datore aveva allegato la registrazione delle videocamere con cui era stata accertata la commissione di illeciti da parte di un cassiere di un supermercato. Solo successivamente all'installazione il datore ne aveva dato informazione ai sindacati, comunicando tuttavia che la finalità fosse di evitare i furti in negozio e non già il controllo dell'attività lavorativa. Il Tribunale, aderendo alla postura adottata con la precedente STC n. 29/2013, ha riconosciuto l'inosservanza dell'obbligo della preventiva informazione, ribadendone il carattere essenziale ai fini della legittimità del controllo dalla prospettiva dell'art. 18, c. 4 C.E. e confermando la dichiarazione di nullità della sanzione espulsiva.

**3.7. La sentenza n. 39/2016 del *Tribunal Constitucional*: un radicale cambio di prospettiva nel bilanciamento dei diritti in conflitto**

Con la sentenza n. 39/2016 la dottrina costituzionale spagnola ha compiuto un ulteriore passo verso il riconoscimento di un potere datoriale di controllo tecnologico ancor più ampio, anche laddove in conflitto con i diritti fondamentali dei lavoratori. Motivo per cui la sentenza ha suscitato diverse critiche in seno alla dottrina spagnola in ragione del rilevante cambio di prospettiva che tale arresto ha determinato, in un'ottica di ulteriore deterioramento della posizione del lavoratore all'interno della relazione contrattuale di fronte alle prerogative datoriali ed altresì di incremento dell'incertezza di coordinate giuridiche in ordine alla tematica del controllo tecnologico del lavoratore<sup>456</sup>. Di tali critiche, peraltro, si è fatto primo

---

<sup>456</sup> LAHERA FORTEZA J., *Nueva jurisprudencia constitucional en la videovigilancia laboral: valoración crítica (STC 39/2016, de 3 marzo)*, in *Derecho de las Relaciones laborales*, 2016, n. 5, pag. 494 ss.; GARCIA QUIÑONES J.C., *Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral: una revisión crítica a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional en España*,

portavoce il Magistrato Valdés Dal-Ré con la manifestazione del suo voto discrepante, ove, anticipando quanto si dirà nel prosieguo, ha sottolineato come la soluzione giudiziale adottata sia criticabile non solo sul piano formale, bensì anche sostanziale, dando luogo ad una preoccupante riduzione delle tutele apprestate in favore dei diritti fondamentali dei lavoratori e rivelando una postura che priva di contenuto un modello costituzionale delle relazioni di lavoro conforme ad uno Stato sociale e democratico di diritto<sup>457</sup>.

La fattispecie riguardava il licenziamento disciplinare di una lavoratrice dell'azienda Bershka BSK España S.A. irrogato per violazione del principio della buona fede a seguito degli accertamenti condotti per il tramite di un sistema di videocamere installato in prossimità della cassa ove la stessa svolgeva la propria attività. In particolare, i filmati avevano consentito di accertare il compimento di furti e sottrazioni di denaro da parte della lavoratrice, realizzati per il tramite di un procedimento fittizio di restituzione degli indumenti; i filmati avevano confermato i sospetti datoriali, i quali erano a loro volta sorti a fronte delle risultanze di un nuovo programma informatico installato nel registratore di cassa. La videocamera, dunque, in tal caso serviva unicamente ad identificare chi fosse il responsabile degli ammanchi di denaro<sup>458</sup>. L'installazione era avvenuta senza la preventiva

---

cit.; AGUILAR DEL CASTILLO, M.C., *La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal*, cit.; VILLALBA SÁNCHEZ A., *Los derechos fundamentales del trabajador frente a los nuevos instrumentos de control empresarial*, cit.; DESDENTADO BONETE A. - MUÑOZ RUIZ A.B., *El control de la prestación del trabajador a través de las nuevas tecnologías: un estudio sobre la videovigilancia en la doctrina judicial*, cit..

<sup>457</sup> In tal senso VALDÉS DAL-RÉ: «*esta mutación jurisprudencial no solo me parece objetable por la forma; lo es, sobre todo, por el fondo. Anticipando la conclusión final que he de desarrollar en breve, la doctrina ahora defendida se sitúa en esa senda, para mí preocupante, de retroceso en la protección de los derechos fundamentales de las personas que prestan un trabajo asalariado y que vengo denunciando en los últimos años a través de una sucesión de votos particulares. Una senda que revela una orientación que tiende a vaciar de contenido sustantivo un modelo constitucional de relaciones laborales acorde con el Estado social y democrático de Derecho*».

<sup>458</sup> SEPÚLVEDA GOMEZ M., *Poder de control empresarial mediante cámaras de videovigilancia y derecho de los trabajadores a la protección de datos personales (sentencia del Tribunal Constitucional Pleno, 39/2016, de 3 de marzo)*, in *Temas Laborales*, 2016, n. 133, pag. 219 ss., evidenzia come nel caso *de quo* non si trattasse di un controllo generalizzato, bensì di una misura *ad hoc*; in altri termini, ciò che la dottrina spagnola identifica come «*un control de irregularidad, no de regularidad laboral*».

informazione sia del personale sia dei rappresentanti sindacali, ancorché fosse stato affisso sulla vetrina del negozio il distintivo informativo dell'esistenza del sistema di videosorveglianza, funzionale ad informare la clientela. Oltretutto, a fronte della ricostruzione fattuale della vicenda contenuta nella sentenza, pare emergere che l'Ufficio delle Risorse Umane, attraverso i dati registrati con il programma informatico sopra menzionato installato nel registratore di cassa, avesse elementi sufficienti in forza dei quali individuare comunque quale potesse essere il lavoratore responsabile degli illeciti.

La nota di rilevanza di tale pronuncia attiene alla postura assunta rispetto al diritto di autonomia informativa e, specularmente, all'obbligo sussistente in capo al datore di lavoro di preventiva informazione dei lavoratori interessati prescritto dall'art. 5 LOPD ai fini della tutela della protezione dei dati personali.

Il *Tribunal Constitucional* ha infatti ritenuto che nel caso di specie tale obbligo fosse stato comunque adempiuto, ancorché mancasse un'espressa informativa in tal senso, per il mero fatto che il datore aveva attaccato alla vetrina del negozio i distintivi previsti dalla Nota n. 1/2006 dell'Agenzia spagnola in materia di protezione dei dati (AEPD)<sup>459</sup>. Tale aspetto costituisce la *ratio decidendi* stessa della pronuncia – o, riprendendo le parole di Valdés Dal-Ré, il parametro di costituzionalità –, nonché il motivo essenziale delle molteplici critiche che ne sono seguite da parte della dottrina. In particolare, è stato evidenziato che una mera *Instrucción*, da intendersi come linea guida, non può essere ritenuta equipollente ad un atto avente forza di legge né sul piano formale né materiale e l'adempimento di quanto ivi prescritto non può supplire e superare l'inadempimento del dovere

---

<sup>459</sup> Trattasi di prescrizioni applicabili al trattamento di dati personali derivante dalla registrazione di immagini per fini di vigilanza privata attraverso sistemi di videocamere installati in spazi pubblici. Dal punto di vista informativo, l'art. 3 della *Instrucción* n. 1/2006 AEPD prescrive che il dovere previsto dall'art. 5 LOPD possa essere adempiuto collocando nelle zone interessate da tali sistemi di videovigilanza almeno un distintivo informativo in luogo visibile a tutti, il quale dovrà contenere un riferimento espresso alla *Ley Orgánica* n. 15/1999 ed includere una menzione alla finalità della videovigilanza e al responsabile del trattamento dei dati, secondo il modello reso disponibile sul sito *web* dell'Agenzia Spagnola per la Protezione dei Dati Personali.

previsto dalla *Ley Orgánica* n. 15/1999<sup>460</sup>. Come sottolineato anche dal voto del Magistrato Xiol Ríos, la funzione informativa svolta dal distintivo e rivolta alla clientela che accede al negozio non è infatti equivalente sul piano giuridico alla funzione cui l'adempimento dell'obbligo informativo di cui all'art. 5 LOPD è preposto.

Inoltre, deve essere tenuto in debita considerazione che l'art. 4, c. 7 LOPD proibisce la raccolta di dati per il tramite di mezzi fraudolenti o comunque illegali, che la dottrina è solita ricostruire come i mezzi che inducono in inganno o causano confusione in capo al titolare dei dati (nel caso di specie la lavoratrice licenziata) con l'esclusivo fine di carpire informazioni.

A ciò si aggiunga, peraltro, come la richiamata nota dell'AEPD riguardi ipotesi di videovigilanza privata in luoghi pubblici e non già strettamente di videovigilanza per scopi lavorativi e nei luoghi di lavoro, dimenticando la distinzione contenuta nell'art. 42, c. 4 della *Ley de Seguridad Privada* n. 5/2014 (LSP) che prevede che le registrazioni ottenute per finalità di sicurezza non possano essere impiegate per scopi differenti<sup>461</sup>. Il dato normativo distingue dunque fra i

---

<sup>460</sup> In tal senso GARCIA QUIÑONES J.C., *Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral: una revisión crítica a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional en España*, cit., pag. 396 ss.; SEPÚLVEDA GOMEZ M., *Poder de control empresarial mediante cámaras de videovigilancia y derecho de los trabajadores a la protección de datos personales (sentencia del Tribunal Constitucional Pleno, 39/2016, de 3 de marzo)*, cit.; LAHERA FORTEZA J., *Nueva jurisprudencia constitucional en la videovigilancia laboral: valoración crítica (STC 39/2016, de 3 marzo)*, cit.; AGUILAR DEL CASTILLO, M.C., *La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal*, cit., sottolinea come quest'interpretazione ignori non solo il contenuto del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, ma anche il suo sviluppo normativo; VILLALBA SÁNCHEZ A., *Los derechos fundamentales del trabajador frente a los nuevos instrumentos de control empresarial*, cit..

<sup>461</sup> Si segnala tuttavia un precedente analogo nella dottrina amministrativa dell'AEPD (*expediente* 01606/2013). In tal caso un club di calcio aveva formalizzato con due imprese un servizio di vigilanza dello stadio con funzioni di sicurezza. Per il tramite delle telecamere, tuttavia, vennero accertati degli inadempimenti contrattuali a fronte dei quali un dipendente venne licenziato. Il ricorso all'AEPD venne rigettato nonostante i dipendenti non fossero stati preventivamente informati dell'esistenza del sistema di videovigilanza nei termini di cui all'art. 5 LOPD, in quanto venne ritenuto a tal fine sufficiente l'adempimento degli oneri previsti dalla *Instrucción* n. 1/2006. Inoltre, l'informazione ai dipendenti, secondo il parere espresso dall'AEPD, non era necessaria in quanto si trattava di un sistema di videovigilanza per fini di sicurezza e non per il controllo dei dipendenti. Tuttavia, tale circostanza non ostava a ch  le immagini a tal fine registrate potessero giustificare un licenziamento disciplinare.

sistemi di videovigilanza per la sicurezza privata in spazi pubblici dai sistemi di videosorveglianza per finalità di controllo datoriale all'interno dei luoghi di lavoro, i quali sono soggetti a procedimenti distinti.

Presupposto del ragionamento seguito dal *Tribunal Constitucional* è la valorizzazione della dimensione costituzionale dei poteri e delle facoltà datoriali esercitate nel caso concreto, conferendo per il tramite degli artt. 33 e 38 C.E. un fondamento solido a livello costituzionale anche al potere direttivo e di controllo di cui all'art. 20, c. 3 E.T.<sup>462</sup>. Motivo per cui i diritti in conflitto assurgono al rango di diritti di rilevanza costituzionale, con conseguente necessità di dar corso al giudizio di proporzionalità<sup>463</sup>, superato in tal caso con esito positivo, essendo stata esclusa la lesione del diritto all'intimità personale di cui all'art. 18, c. 1 C.E. oggetto di doglianza. L'installazione delle telecamere è stata ritenuta una misura: 1) giustificata, perché esistevano dei sospetti ragionevoli di furti di denaro da parte dei lavoratori; 2) idonea a verificare se qualcuno dei lavoratori fosse responsabile della commissione degli illeciti oggetto di sospetto e, in caso positivo, ad individuare il responsabile di tali atti; 3) necessaria per acquisire la prova di tali irregolarità;

---

<sup>462</sup> *Contra* GUALDA ALCALÁ F.J., *Derecho a la intimidad en la relación de trabajo y los sistemas de control empresarial*, in *Aplicación de la reciente doctrina judicial internacional a los derechos laborales*, Gabinete Estudios Jurídicos, Bomarzo, 2018, pag. 131 ss..

<sup>463</sup> *Contra* SEPÚLVEDA GOMEZ M., *Poder de control empresarial mediante cámaras de videovigilancia y derecho de los trabajadores a la protección de datos personales (sentencia del Tribunal Constitucional Pleno, 39/2016, de 3 de marzo)*, cit., reputa che in tal caso non vi fosse alcun conflitto fra diritti fondamentali e che di fronte all'esercizio illecito del potere di controllo datoriale non si dovesse procedere al giudizio di proporzionalità, dichiarando piuttosto illecita la prova allegata dal datore. In senso analogo FERRANDO GARCÍA F.M., *Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nueva tecnologías*, cit..

4) proporzionata, in quanto la registrazione delle immagini era limitata alla zona della cassa<sup>464 465</sup>.

Sul punto, si segnala l'opinione di segno opposto espressa dal Magistrato Valdés Dal-Ré, il quale ha esplicitamente evidenziato come la posizione assunta dalla dottrina costituzionale in tale arresto comporti una conversione della fonte normativa e della natura stessa dei poteri di vigilanza e controllo datoriali, i quali, da facoltà disciplinate nello Statuto dei Lavoratori e, dunque, da una fonte di rango ordinario, sono stati trasformati in diritti di caratura costituzionale, direttamente connessi con il diritto alla proprietà privata e la libertà d'impresa di cui agli artt. 33 e 38 C.E.. Per Valdés Dal-Ré il conflitto che la dottrina costituzionale ha risolto con tale sentenza non solo era meramente fittizio, ma si è altresì tradotto in un conflitto anti-giuridico, in quanto svolto ancorché i poteri datoriali fossero stati esercitati in modo manifestamente irregolare e contrario alla legge.

La presenza e il contenuto di tale voto discrepante rendono palese come anche in seno alla dottrina costituzionale manchi tuttora una tesi unitaria circa la ricostruzione concettuale della libertà d'impresa di cui all'art. 38 C.E., contrapponendosi una tesi ampia, che la associa al progresso dell'organizzazione produttiva, e una postura più restrittiva, che nega un nesso diretto tra tale libertà

---

<sup>464</sup> Così: «*es una medida justificada –ya que existían sospechas razonables de la comisión por parte de los trabajadores de graves irregularidades– idónea para la finalidad pretendida por la empresa –verificar qué trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y adoptar en su contra las medidas disciplinarias correspondientes– necesaria –ya que la grabación servía de prueba de tales irregularidades– y equilibrada –pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y con una duración temporal lo suficientemente amplia para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada*».

<sup>465</sup> *Contra* AGUILAR DEL CASTILLO, M.C., *La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal*, cit., la quale ritiene che l'installazione delle telecamere non potesse ritenersi una misura necessaria, esistendo ulteriori mezzi di prova della condotta della lavoratrice; in senso conforme FERRANDO GARCÍA F.M., *Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías*, cit.. Critico anche GUALDA ALCALÁ F.J., *Derecho a la intimidad en la relación de trabajo y los sistemas de control empresarial*, cit., pag. 154, il quale ritiene che la portata applicativa delle statuizioni rese dal *Tribunal Constitucional* vadano al di là della mera risoluzione del caso concreto e siano inaccettabili.

costituzionale e i poteri datoriali da esercitarsi in seno alla relazione contrattuale di lavoro<sup>466</sup>.

In ogni caso, pare evidente l'arretramento del regime di tutela del diritto alla protezione dei dati personali realizzatosi nel caso *de quo*<sup>467</sup>, essendosi avviata in tal modo, secondo alcuna dottrina, la strada giuridica per la costruzione di un modello di "vassallaggio retribuito"<sup>468</sup>.

Contrapponendosi alla STC n. 29/2013 sopra analizzata, il *Tribunal Constitucional*, nonostante abbia riaffermato la natura del dovere di preventiva informazione quale contenuto essenziale del corrispondente diritto fondamentale, ha tuttavia ritenuto che, in ragione della stretta connessione fra tale dovere e la manifestazione del consenso<sup>469</sup>, l'esenzione prevista dalla legge all'art. 6, c. 2

---

<sup>466</sup> Aderisce alla seconda tesi, in accordo con il voto particolare del Magistrato Valdés Dal-Ré, GARCIA QUIÑONES J.C., *Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral: una revisión crítica a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional en España*, cit., pag. 398 ss., che riconosce al potere di controllo datoriale di cui all'art. 20, c. 3 E.T. natura legale, evidenziando come esso non possa dunque fungere da limite al diritto fondamentale dell'intimità del lavoratore; conforme anche FERRANDO GARCÍA F.M., *Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nueva tecnologías*, cit.. In senso parzialmente differente LAHERA FORTEZA J., *Nueva jurisprudencia constitucional en la videovigilancia laboral: valoración crítica (STC 39/2016, de 3 marzo)*, in *Derecho de las Relaciones laborales*, 2016, n. 5, pag. 494 ss., il quale ritiene che vada comunque riconosciuto un contenuto minimo alla libertà d'impresa di cui all'art. 38 C.E. come fondamento del potere di controllo datoriale. Diversamente, secondo l'Autore, non si potrebbe porre, nemmeno *in thesi*, una questione di bilanciamento fra tali poteri e i diritti fondamentali dei lavoratori.

<sup>467</sup> GARCIA QUIÑONES J.C., *Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral: una revisión crítica a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional en España*, cit., pag. 398 ss., che parla addirittura di un fallimento dei principi di base in materia di protezione dei dati personali; in senso conforme LAHERA FORTEZA J., *Nueva jurisprudencia constitucional en la videovigilancia laboral: valoración crítica (STC 39/2016, de 3 marzo)*, cit.; AGUILAR DEL CASTILLO M.C., *La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal*, cit., sottolinea come il dovere d'informazione sia stato in tal modo ridotto ad una mera esigenza finalizzata a tutelare un'ulteriore garanzia, quale la manifestazione del consenso; GUALDA ALCALÁ F.J., *Derecho a la intimidad en la relación de trabajo y los sistemas de control empresarial*, cit., ritiene che la sentenza si fondi su un ragionamento inconsistente e contrario ai postulati di una democrazia avanzata.

<sup>468</sup> Così FALGUERA BARÓ M.A., *Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional*, cit..

<sup>469</sup> *Contra* LAHERA FORTEZA J., *Nueva jurisprudencia constitucional en la videovigilancia laboral: valoración crítica (STC 39/2016, de 3 marzo)*, cit., che ne sottolinea l'autonomia e l'indipendenza, allegando come esempio il contratto di lavoro che esenta dalla manifestazione del consenso, pur richiedendo l'adempimento della preventiva informazione. FALGUERA BARÓ M.A., *Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional*, cit., reputa che il *Tribunal Constitucional* abbia confuso i due profili.

LOPD, che comporta che nell'ambito del rapporto di lavoro la regola generale del consenso passi in secondo piano<sup>470</sup>, debba essere altresì tenuta in considerazione nelle ipotesi di potenziali lesioni del diritto alla protezione dei dati personali derivanti dall'inadempimento datoriale del dovere di informazione preventiva<sup>471</sup>. In altri termini, secondo il ragionamento seguito dal *Tribunal Constitucional*, non tutti gli inadempimenti del dovere di informazione di cui all'art. 5 LOPD comportano necessariamente una lesione del diritto alla protezione dei dati personali ex art. 18, c. 4 C.E.<sup>472</sup>, dovendosi assoggettare tale verifica al giudizio di proporzionalità<sup>473</sup>, tenendo in considerazione quanto previsto dall'art. 6, c. 2 LOPD.

Il *Tribunal Constitucional* ha infatti ritenuto che, adempiuti gli oneri previsti dalla *Instrucción* n. 1/2006 AEPD, la lavoratrice fosse comunque nelle condizioni di conoscere l'esistenza del sistema di videocamere e la finalità per la quale le stesse erano state installate. L'affissione del distintivo è stata dunque equiparata all'espressa e preventiva informazione di cui il lavoratore deve essere destinatario, escludendo che si fosse realizzata una violazione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali di cui all'art. 18, c. 4 C.E. in quanto le immagini in tal

---

<sup>470</sup> Testualmente «*En el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, por tanto, como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes*».

<sup>471</sup> Testualmente «*la dispensa del consentimiento al tratamiento de datos en determinados supuestos debe ser un elemento a tener en cuenta dada la estrecha vinculación entre el deber de información y el principio general de consentimiento*».

<sup>472</sup> *Contra* GUALDA ALCALÁ F.J., *Derecho a la intimidad en la relación de trabajo y los sistemas de control empresarial*, cit., pag. 154 ss., il quale sottolinea come tale affermazione desti sconcerto perché presuppone l'irrelevanza dell'eventuale illegalità della condotta del datore; in senso conforme SEPÚLVEDA GOMEZ M., *Poder de control empresarial mediante cámaras de videovigilancia y derecho de los trabajadores a la protección de datos personales (sentencia del Tribunal Constitucional Pleno, 39/2016, de 3 de marzo)*, cit., che evidenzia come si trattasse di un esercizio anti-giuridico del potere di controllo datoriale.

<sup>473</sup> GUERRA RODRÍGUEZ L., *Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis de la doctrina constitucional*, cit., sottolinea come nella STC n. 29/2013 sia stato statuito il contrario: quando non viene adempiuto il dovere alla preventiva informazione, non v'è spazio per il giudizio di proporzionalità. Tuttavia, ritiene che tale cambio di prospettiva sia appropriato, non essendovi un motivo oggettivo e ragionevole che comporti necessariamente una differente applicazione dei parametri giurisprudenziali solitamente impiegati per la verifica della lesione del diritto all'intimità in caso di installazione di videocamere.



modo registrate – da intendersi come dato di carattere personale<sup>474</sup> – erano state comunque impiegate per il controllo esercitabile all'interno della relazione contrattuale di lavoro.

Evidente è la discrasia con la precedente STC n. 29/2013, ove invece era stato evidenziato come l'ordinamento spagnolo non preveda alcuna concessione legislativa espressa che permetta di non adempiere all'obbligo informativo di cui all'art. 5 LOPD – differentemente da quanto accade con specifico riguardo all'acquisizione del consenso – e che l'eventuale inadempimento di tale obbligo non potrebbe essere giustificato nemmeno da un ipotetico interesse datoriale di controllare l'attività lavorativa attraverso sistemi a sorpresa al fine di assicurare la massima efficacia al proposito di vigilanza.

A parere di chi scrive l'elemento debole della pronuncia sta proprio nell'aver intimamente connesso il dovere d'informazione preventiva con i casi di eccezione dalla necessaria manifestazione del consenso<sup>475</sup>. In una dinamica di bilanciamento, proprio laddove si ricada nella fattispecie derogatoria di cui all'art. 6, c. 2 LOPD, è necessario che il dovere di preventiva informazione non solo non venga affatto eluso, come è invece accaduto nella vicenda oggetto della pronuncia qui in commento, ma venga addirittura adempiuto con maggior rigore, costituendo l'unico strumento di tutela del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali. Diversamente opinando e sposando l'impostazione esegetica adottata nella sentenza, si finisce per ammettere che la mera formalizzazione del contratto di lavoro funga da elemento di per sé sufficiente per esentare il datore non solo dall'obbligo dell'acquisizione del consenso dei lavoratori al trattamento dei loro dati personali (art. 6 LOPD), bensì anche dall'obbligo di preventiva informazione

---

<sup>474</sup> In senso conforme STC n. 292/2000, che viene espressamente citata.

<sup>475</sup> AGUILAR DEL CASTILLO M.C., *La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal*, cit., ritiene che l'interpretazione adottata sia contraria alla finalità stessa di cui la *Ley Orgánica* n. 15/1999 è portatrice, ignorando peraltro le seguenti due questioni fondamentali: 1) dovere di informativa e consenso costituiscono entrambi elementi essenziali del diritto alla protezione dei dati personali; 2) il dovere di informazione può subire delle limitazioni solo ad opera della legge e non può essere ritenuto implicito nella manifestazione del consenso.

dell'esistenza di sistemi tecnologici di controllo, con tutti gli adempimenti ad esso accessori (art. 5 LOPD). Il *Tribunal Constitucional* ha infatti adottato, a parere di chi scrive, un'interpretazione eccessivamente estensiva delle ipotesi derogatorie di cui all'art. 6, c. 2 LOPD per giustificare l'inadempimento da parte del datore di lavoro degli obblighi cui è soggetto per il valido esercizio del potere di controllo tecnologico e per il legittimo trattamento dei dati personali dei lavoratori in tal modo raccolti.

Non da ultimo, si pongono dei dubbi circa la compatibilità della postura assunta dal *Tribunal Constitucional* in tale sentenza rispetto all'orientamento espresso dalla Grande Sezione della Corte EDU nella sentenza *Bărbulescu vs Romania* dello scorso 12.9.2017, ove è stata conferita una tutela rafforzata alla protezione dei dati personali di fronte all'intimità personale del lavoratore, riformando la precedente sentenza resa dalla medesima Corte un anno prima con riguardo alla stessa vicenda<sup>476</sup>.

Un possibile volano per una revisione della posizione assunta dalla dottrina costituzionale può esser ravvisato nel pensiero del Magistrato Valdés Dal-Ré il quale ha evidenziato come l'effettiva copertura dei diritti del lavoratore e delle rappresentanze sindacali, i quali costituiscono la colonna vertebrale del nuovo modello delle relazioni di lavoro previsto dalla Costituzione, obblighi ad adottare una visione diversa, compatibile con le clausole della costituzione economica ma che garantisca al contempo in modo reale ed effettivo l'esercizio da parte dei lavoratori dei loro diritti fondamentali connessi alla loro personalità, di modo che tali diritti non possano essere in alcun modo minati o lesi per il mero fatto dell'esecuzione del contratto di lavoro. Diversamente, ove la dottrina costituzionale spagnola consolidasse l'impostazione assunta in tale sentenza, verrebbe conferita prevalenza all'interesse produttivo imprenditoriale anche di fronte alla tutela dei

---

<sup>476</sup> FERNÁNDEZ ALVILÉS J.A. – RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN V., *Nuevas tecnologías, control del trabajador y derechos fundamentales*, cit., ritengono al contempo che la STC n. 39/2016 si ponga in linea con la sentenza della Corte EDU del caso *Bărbulescu c. Romania*, pubblicata il 12.1.2016, poi riformata dalla pronuncia della Grande Sala del settembre 2017.

diritti fondamentali dei lavoratori, incidendo sensibilmente nel modello costituzionale<sup>477</sup> e delineando la strada di un rischioso feudalesimo virtuale.

Tuttavia, pare che sino ad ora il *Tribunal Supremo* si sia conformato alla nuova dottrina costituzionale (STC 31.1.2017), con conseguente e progressivo indebolimento del diritto alla preventiva informazione<sup>478</sup>.

---

<sup>477</sup> GUALDA ALCALÁ F.J., *Derecho a la intimidad en la relación de trabajo y los sistemas de control empresarial*, cit., il quale evidenzia come l'interesse imprenditoriale funga da nuovo limite all'esercizio dei diritti fondamentali dei lavoratori, proponendo una lettura che costituisce un'involuzione della Costituzione spagnola.

<sup>478</sup> GUERRA RODRÍGUEZ L., *Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis de la doctrina constitucional*, cit..



## CONCLUSIONI

---

L'esito dell'analisi qui condotta, alla luce del quadro normativo – nazionale, internazionale ed europeo – e del diritto vivente sviluppatosi sul punto è un profondo senso di disorientamento. Tale sensazione è determinata, da un lato, dalla mancanza di precise direttive sul piano del diritto positivo, che possano orientare l'agire non solo del datore e del lavoratore, quali parti del contratto di lavoro direttamente coinvolte, bensì anche del Garante per la protezione dei dati personali e, in generale, degli operatori del diritto. Dall'altro lato, le inefficienze e le lacune del generale impianto normativo non risultano essere superate nemmeno dagli approdi giurisprudenziali, spesso caratterizzati da contraddittorietà o, comunque, da un andamento sinusoidale e non unanime. L'impressione, dunque, è che l'apparato giuridico si mostri incapace di rispondere alle esigenze di sistematizzazione che sono sorte negli ultimi decenni a livello nazionale e sovranazionale e il cui soddisfacimento, per taluni versi, è stato disatteso anche dalle recenti riforme legislative.

Nel mondo contemporaneo è evidente il ruolo da protagonista che la digitalizzazione sta assumendo, implicando un sempre più elevato grado di tecnicizzazione e smaterializzazione non solo del mondo produttivo, bensì anche delle relazioni contrattuali di lavoro e, financo, delle relazioni interpersonali. Le nuove tecnologie, infatti, hanno comportato, e comportano tuttora incessantemente, un processo di cambiamento infrastrutturale e un riequilibrio dei poteri che il legislatore difficilmente riesce a cogliere e regolamentare in tempo reale, con il rischio, o meglio con la conseguenza, di confezionare, di volta in volta, delle riforme o dei correttivi normativi che, comunque, per quanto inediti e fecondi di novità, non reggono il passo dettato dal progresso del mondo fenomenico.

Il mondo giuridico, infatti, a stento riesce a mantenere il ritmo e la magmaticità che accompagnano l'evoluzione tecnologica e la modernità liquida attuale. Le stesse caratteristiche ontologiche dell'impianto normativo, quali il rigore e la perentorietà delle disposizioni di cui si compone, confliggono in modo evidente con la fluidità del mondo moderno che risulta spesso ineffabile ed inafferrabile. Ciò è ancor più vero in seno alla relazione contrattuale di lavoro, con specifico riguardo al bilanciamento fra le esigenze datoriali di aumentare la propria efficienza imprenditoriale, ricorrendo, fra le varie, ad un uso sempre più massivo delle innovazioni tecnologiche, della robotica e dei modelli di *business* di cui l'Industria 4.0 è portatrice e le istanze di tutela della riservatezza avanzate dai lavoratori, sempre più esposti a forme di controllo anelastico e pervasivo.

Volgendo lo sguardo all'esperienza nazionale, se da un lato il legislatore ha inteso novellare l'edificio statutario dell'art. 4 St. Lav. per superare le aporie e le accuse di obsolescenza della previgente formulazione, esplicitando in modo biunivoco il necessario raccordo con la disciplina in materia di protezione dei dati personali, pare tuttavia non aver sgombrato il campo da dubbi interpretativi ed operativi, consegnando dunque agli operatori del diritto e alle Corti l'arduo compito di definire e chiarire una materia così delicata e complessa e sciogliere i nodi gordiani che il nuovo impianto normativo oggi pone e che sono stati approfonditi nel corso della presente ricerca.

Se da un lato si pone l'ineluttabile esigenza di una lettura sistematica ed articolata della tematica, dall'altro lato, ogni qualsivoglia tentativo di sistematizzazione, al di là dell'aspirazione a canoni di esaustività, difficilmente riuscirà a risolvere organicamente ogni criticità che il novellato tessuto statutario ha comunque posto. Ciò a maggior ragione se si considera che l'art. 4 St. Lav., ancorché riformato, si mostra inadeguato alla risoluzione delle questioni giuridiche più spinose ed inedite, concernenti la tutela della *privacy* e della riservatezza dei c.d. nomadi digitali e dei lavoratori della *Gig Economy*, ovvero i rischi di discriminazione e profilazione che possono seguire alla luce delle nuove prassi di

*big data analytics*; questioni, tuttavia, che costituiscono le vere sfide del diritto del lavoro di oggi.

Il *fil rouge* che, all'esito dell'attività di ricerca svolta, unisce l'esperienza italiana, quella spagnola e, più in generale, la prospettiva europea ed internazionale, è la presa di coscienza dell'impossibilità di definire delle regole *a priori* valevoli per ogni fattispecie giuridico-fattuale. Le nuove tecnologie devono infatti essere costruite e soprattutto utilizzate in chiave di risorsa, quale strumento attraverso cui far svolgere alle macchine intelligenti i lavori più defatiganti, e non già, con un'evidente eterogenesi dei fini, quale motivo di costrizione dell'uomo-lavoratore ad un'inedita forma di alienazione, che rischia di riecheggiare, ancorché con contorni differenti, la catena di montaggio fordista.

Nell'attuale era digitale, la ricerca dell'individuazione di una linea di confine fra una tecnologia della libertà e una tecnologia del controllo non può che essere svolta, nostro malgrado, in modo casistico, con buona pace delle legittime aspirazioni di certezza del diritto che, soprattutto in una tematica così delicata, si intendono perseguire.

Onde evitare che la digitalizzazione del mondo produttivo, dell'organizzazione e dell'esecuzione del lavoro, nonché dell'attuazione del sinallagma contrattuale di lavoro spogli il lavoratore delle prerogative di riservatezza della propria vita privata e personale, tuttavia, pare non potersi attribuire esclusiva responsabilità al datore, dovendosi esigere anche dal singolo dipendente un agire responsabile, informato, ma soprattutto consapevole delle insidiosità e potenzialità lesive che possono derivare anche dal suo quotidiano operare quale cittadino – utente del *web*. Detto altrimenti, le cause di possibili ingerenze datoriali nella sfera di *privacy* e riservatezza del lavoratore non sempre e necessariamente possono derivare da un abuso del potere di controllo allo stesso riconosciuto, in spregio ai vincoli normativamente imposti, ben potendo costituire un riflesso e una conseguenza delle elaborazioni algoritmiche dei flussi informativi e dei *big data* che, il lavoratore, quale utente del *web*, rilascia, talvolta anche

inconsapevolmente e anche al di fuori dell'ambito professionale, sotto forma di scia di segnali elettronici, consentendo la ricostruzione, anche *ex post*, dei frammenti della propria identità, i quali possono tuttavia spiegare una rilevante incidenza anche nella dimensione lavorativa. Pertanto, sta anche al singolo individuo attuare un uso cosciente della tecnologia, finendo, all'opposto, per essere vittima di una servitù volontaria e di una spontanea profilazione di se stessi, senza averne nemmeno cognizione.

Onde scongiurare che si giunga ad inedite forme di feudalesimo digitale, tanto il datore quanto il lavoratore devono convergere unanimemente nella ricerca di una crescita tecnologica inclusiva. Se infatti, da un lato, non sono ammissibili illegittime intrusioni datoriali nella sfera personalissima del lavoratore, attraverso forme di controllo a distanza, anelastico ed ubiquitario ovvero per il tramite dello svolgimento della profilazione dei dati dei propri dipendenti o aspiranti tali, anche laddove ultronei rispetto ai contenuti intrinseci del rapporto di lavoro; dall'altro lato, tuttavia, non possono nemmeno essere avallate esegesi del dato normativo che, con un taglio di ipertrofia garantista, nell'ottica della piena tutela della *privacy* dei lavoratori, finiscono per ridimensionare, se non addirittura obliterare, le prerogative datoriali, come potrebbe accadere laddove si accedesse alla tesi del definitivo tramonto della categoria dei controlli di tipo difensivo, assorbita entro i controlli preterintenzionali e soggetta ai vincoli procedurali e teleologici di cui all'art. 4, c.1 St. Lav.; pena, in tal caso, la frustrazione della logica del bilanciamento dei reciproci interessi e diritti in conflitto.

Una delle cifre maggiormente caratterizzanti lo sviluppo ed il dilagare delle strumentazioni informatiche in seno alla relazione contrattuale di lavoro è dunque l'ambivalenza ed ambiguità delle stesse: gli applicativi informatici possono infatti essere al contempo una risorsa, ma anche un vincolo; possono essere uno strumento di elevazione, ma anche uno strumento di alienazione e costrizione; possono consentire una maggior trasparenza, ma contestualmente possono anche diminuirne i margini; possono essere fonte di nuove libertà e diritti, ma anche



comportare l'esigenza di ulteriori forme di tutela; in via generale, possono essere un'opportunità, ma anche una minaccia ovvero porsi al servizio dei diritti, ma anche in contrasto con essi.

Nel contesto dell'era digitale, ove il potere pubblico e il potere privato si muovono sulla base di impulsi elettronici, è dunque necessario individuare casisticamente la soglia entro la quale lo sviluppo tecnologico può dirsi non solo tecnicamente possibile, quanto soprattutto legalmente ed eticamente lecito, nonché sostenibile sul piano giuridico e sociale. E' infatti necessario scongiurare che i progressi della tecnologia, che ci consentono ora di operare in contesti prima inaccessibili, non obliterino la responsabilità etica e morale delle nostre azioni e, per quanto ci occupa, del datore di lavoro. Tuttavia, stante l'incertezza e la liquidità che connotano l'era digitale moderna, la predetta operazione di individuazione sarà necessariamente costante ed in divenire, con l'obiettivo di sottrarre la persona del dipendente e i diritti di cui lo stesso è portatore alla matematica logica dell'algoritmo, tutelandone la dignità e conservando il *quid* di personalizzazione della prestazione lavorativa, la cui mancanza determinerebbe un'evidente frattura rispetto all'impostazione tradizionale del diritto del lavoro.



## BIBLIOGRAFIA

---

AGUILAR DEL CASTILLO M.C., *La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 1, pag. 1.29 ss.;

AIMO M., *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2003;

ALEXY R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993;

ALVINO I., *I nuovi limiti al controllo a distanza sull'attività dei lavoratori nell'intersezione tra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della Privacy*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 1, pag. 3 ss.;

ALVINO I., *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, n. 4, pag. 999 ss.;

AMOROSO G.– DI CERBO V.– MARESCA A., *Diritto del Lavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, Vol. II, IV Ed., pag. 16, Commento all'art. 2 St. Lav.;

AMOROSO G. – DI CERBO V. – MARESCA A., *Diritto del Lavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, Vol. I, IV Ed., pag. 751 ss., Commento all'art. 2094 c.c.;

AMOROSO G. – DI CERBO V. – MARESCA A., *Diritto del Lavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, Vol. II, IV Ed., pag. 27, Commento all'art. 3 St. Lav.;

ARBONÉS LAPENA H.I., *Grabación de imagen o sonido y control de correo electrónico por el empresario*, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, n. 178, pag. 193 ss.;

AVONDOLA A., *Licenziamento e digital society: la forma scritta dalla posta ai "post"*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2018, n. 2, I, pag. 299 ss.;

BALLESTRERO M.V. – DE SIMONE G., *Diritto del lavoro*, Giappichelli Editore, Torino, 2015, II Ed.;

BALLETTI E., *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, relazione alle Giornate di Studio AIDLASS Napoli, 16 e 17 giugno 2016, in *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Annuario di diritto del lavoro n. 52, Giuffrè Editore, Milano, pag. 67 ss.;

BARBIERI M., *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Tullini P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 183 ss.;

BARRACO E. - SITZIA A., *Potere di controllo e privacy*, Ipsoa, 2016;

BARRACO E. - SITZIA A., *Il nuovo amministratore di sistema: chi controlla il controllore?*, in *Lav. Giur.*, 2009, n. 10, pag. 985 ss.;

BARRACO E. - SITZIA A., *La tutela della privacy nei rapporti di lavoro*, Miscione M. (a cura di), Ipsoa, 2012;

BARRACO E. - SITZIA A., *Un de profundis per i controlli difensivi del datore di lavoro?*, in *Lav. Giur.*, 2013, n. 4, pag. 383 ss.;

BARRACO E., *Privacy del lavoratore e controlli tecnologici*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2016, n. 40, pag. 2345 ss.;

BARRACO E., *Uso della posta elettronica aziendale a fini personali e accesso ai social network*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2016, n. 46, pag. 2751 ss.;

BAUMAN Z. – LYON D., *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Editori Laterza, Bari, 2013;

BELLAVISTA A., *Controlli elettronici e art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2005, II, pag. 763 ss.;

BELLAVISTA A., *Esiste la tutela della privacy nel rapporto di lavoro?*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, Tullini P. (a cura di), in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Galgano F. (diretto da), Cedam, Padova, 2010, Vol. LVIII, pag. 171 ss.;

BELLAVISTA A., *Gli accordi sindacali in materia di controlli a distanza sui lavoratori*, in *Lav. Giur.*, 2014, nn. 8-9, pag. 737 ss.;

BELLAVISTA A., *I poteri dell'imprenditore e la privacy del lavoratore*, in *Dir. Lav.*, 2002, n. 1, pag. 157 ss.;

BELLAVISTA A., *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli Editore, Torino, 1995;

BELLAVISTA A., *Il nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Zilio Grandi G. - Biasi M. (a cura di), Cedam, Padova, 2016, pag. 717 ss.;

BELLAVISTA A., *La Cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2010, II, pag. 462 ss.;

BELLAVISTA A., *Poteri dell'imprenditore e privacy del lavoratore*, in *I poteri del datore di lavoro nell'impresa. Atti del Convegno di Studi*, Venezia 12 aprile 2002, Zilio Grandi G. (a cura di), Cedam, Padova, 2002, pag. 44 ss.;

BENTHAM J., *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, Marsilio, Venezia, trad. ita., 2009;

BERTOCCHI M., *L'utilizzo indebito del telefono aziendale quale giustificato motivo di licenziamento del lavoratore*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, pag. 644 ss.;

BIAGI M., *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia, proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Roma, ottobre 2011;

BINI S., *Il potere di controllo nella prestazione di lavoro agile. Brevi osservazioni*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" Collective Volumes*, Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (GggS) (a cura di), n. 6/2017, pag. 76 ss.;

BIRGILLITO M., *Lavoro e nuova economia: un primo approccio critico. I molti vizi e le poche virtù dell'impresa Uber*, in *Labour & Law Issues*, 2016, n. 2, vol. 2, pag. 59 ss.;

BROADBENT S., *Internet, lavoro, vita privata. Come le tecnologie cambiano il nostro mondo*, Il Mulino, Bologna, 2012;

BRONZINI G., *Il punto su il futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell'era della share-economy*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2016, n. 1, III, pag. 75 ss.;

BUTTARELLI G., *Governare l'innovazione*, in *Innovazioni Tecnologiche e privacy – Sviluppo economico e progresso civile*, Rasi G. (a cura di), 2005, pag. 232 ss., in <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1595454>;

CAIRO L., *Il controllo a distanza dei lavoratori: precedenti nella giurisprudenza decisi con le norme di oggi*, in *Labour & Law Issues*, 2015, vol. 2, n. 2, pag. 61 ss.;

CAIRO L., *Il controllo a distanza dei lavoratori*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 1, pag. 63 ss.;

CAIRO L., *Orientamenti nella giurisprudenza n tema di controlli difensivi*, in *Orient. Giur. Lav.*, 2008, pag. 318;

CAPPONI F., *La regolazione delle collaborazioni etero-organizzate tra legge e contratto: il caso delle piattaforme di food delivery*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, n. 4, pag. 1247 ss.;

CARBONE V., *Impianto di fotorilevazione e tutela della privacy*, in *Corr. Giur.*, 2016, n. 6, pag. 873 ss.;

CARDONA RUBERT M.B., *Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás*, in *Revista de derecho social*, 2012, n. 60, pag. 169 ss.;

CARINCI M.T., *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il "Jobs Act" (art. 23 D. Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 1, pag. III ss.;

CARINCI M.T., *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Tullini P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 45 ss.;

CARTA C., *Corte europea dei diritti dell'uomo: la Grande camera torna sul (e difende il) diritto alla privacy del lavoratore*, 27.9.2017, in *Labor*, <http://www.rivistalabor.it/wp-content/uploads/2017/09/Barbulescu.pdf>.;

CASILLO R., *La dignità del rapporto di lavoro*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, n. 5, pag. 593 ss.;

COLAPIETRO C., *Digitalizzazione del lavoro e tutela della riservatezza della persona*, in *Web e lavoro, Profili evolutivi e di tutela*, Tullini P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 21 ss.;

CONSONNI G., *Il caso Bărbulescu c. Romania e il potere di controllo a distanza dopo il Jobs Act: normativa europea e italiana a confronto*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, n. 4, pag. 1171 ss.;

CRISCUOLO C., *Controlli difensivi e codice della privacy*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2017, n. 1, II, pag. 39 ss.;

CRISCUOLO C., *Il controllo sugli account di posta elettronica e di messaging aziendale*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2016, n. 2, II, pag. 284 ss.;

CURI F., *Profili penali dei controlli a distanza*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Tullini P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 209 ss.;

D'ARCANGELO L., *Uso privato del telefono, riservatezza e poteri di controllo del datore di lavoro*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2003, n. 2, pag. 71;

DAGNINO E., *People analytics: lavoro e tutela al tempo del management tramite big data*, in *Labour & Law Issues*, 2017, vol. 3, n. 1 pag. I.4 ss.;

DAGNINO E., *Big data e lavoro: le sfide della workforce analytics*, in *La nuova grande trasformazione del lavoro. Lavoro futuro: analisi e proposte dei ricercatori di Adapt*, Dagnino E. – Nespoli F. – Seghezzi F., Adapt University Press, 2017, Labour Studies e-Book series n. 62, pag. 135 ss.;

DAGNINO E., *Controlli social dei lavoratori: un'interessante pronuncia della Cassazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, n. 3, pag. 833 ss.;

DAGNINO E., *Tecnologie e controlli a distanza*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, n. 4, pag. 988 ss.;

DAGNINO E., *Una questione di fiducia: la reputazione ai tempi delle piattaforme online fra diritto alla privacy e prospettive di mercato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, n. 1, pag. 247 ss.;

D'ANTONA M., *Art. 4 dello Statuto dei Lavoratori ed elaboratori elettronici. Dibattito*, in *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, De Luca Tamajo R. - Imperiali D'Afflitto E. - Pisani C. - Romei R. (a cura di), Franco Angeli, Milano, 1988, pag. 204 ss.;

DE LUCA TAMAJIO R. – IMPERIALI D’AFFITTO R. – PISANI C. – ROMEI R., *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 1988;

DE LUCA TAMAJIO R., *I controlli sui lavoratori*, in *I poteri del datore di lavoro nell'impresa. Atti del Convegno di Studi*, Venezia 12 aprile 2002, Zilio Grandi G. (a cura di), Cedam, Padova, 2002, pag. 27 ss.;

DEGRYSE C., *Digitalisation of economy and its impact on labour markets*, in *WP ETUI*, n. 2/2016;

DEL CONTE M., *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, in *Dir. Informatica*, 2007, n. 3, pag. 497 ss.;

DEL FEDERICO C., *Il trattamento dei dati personali dei lavoratori e il Regolamento 2016/679/UE. Implicazioni e prospettive*, in *Web e lavoro, Profili evolutivi e di tutela*, Tullini P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 61 ss.;

DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, D. Lgs. n. 21/2015)*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2016, n. 1, I, pag. 77 ss.;

DESDENTADO BONETE A. - MUÑOZ RUIZ A.B., *El control de la prestación del trabajador a través de las nuevas tecnologías: un estudio sobre la videovigilancia en la doctrina judicial*, in *Revista de Justicia Laboral*, 2010, n. 44, pag. 13 ss.;

DESDENTADO BONETE A. - MUÑOZ RUIZ A.B., *Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia*, in *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, n. 39, pag. 7 ss.;

DESDENTADO BONETE A. – MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012;



DESDENTADO BONETE A., *Contrato de trabajo y nuevas tecnologías. Una note sobre algunas cuestiones de actualidad: prueba electrónica, garantías de la intimidad y uso sindical del correo electrónico*, in *Revista del potere judicial*, 2009, n. 88, pag. 241;

DONINI A., *Il mercato dei servizi sul web: il rapporto di lavoro su piattaforma digitale*, in *Web e lavoro, Profili evolutivi e di tutela*, Tullini P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 93 ss.;

DONINI A., *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in *Web e lavoro, Profili evolutivi e di tutela*, Tullini P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 77 ss.,

DONINI A., *Profilazione reputazionale e tutela del lavoratore: la parola del Garante della privacy*, in *Labour & Law Issues*, 2017, vol. 3, n. 1, pag. 37 ss.;

DOSSI G., *Controlli a distanza e legalità della prova: tra esigenze difensive del datore di lavoro e tutela della dignità del lavoratore*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, n. 4, pag. 1153 ss.;

D'OVIDIO F., *Il lavoro che verrà*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2016, n. 4, I, pag. 708;

ELISINO T., *Vigilanza sul lavoro, no al "software" che controlla il Pc del dipendente: "excursus" tra controlli a distanza consentiti e quelli vietati*, in *Dir. Giust. online*, 2010, pag. 180;

FABREGAT MONFORT G., *El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave*, in *Trabajo y Derecho*, 2015, n. 5, pag. 76 ss.;

FALGUERA BARÓ M.A., *Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual*, in *Trabajo e Derecho*, 2016, n. 19, pag. 31 ss.;

FALGUERA BARÓ M.A., *Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional*, in *Trabajo e Derecho*, 2016, n. 20, pag. 34 ss.;

FALGUERA BARÓ M.A., *Nuevas tecnologías y trabajo (III): perspectiva constitucional*, in *Trabajo e Derecho*, 2016, n. 21, pag. 31 ss.;

FALSONE M., *L'infelice giurisprudenza in materia di controlli occulti e le prospettive del suo superamento*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2015, n. 4, II, pag. 984 ss.;

FENOGLIO A., *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2018, n. 4, I, pag. 625 ss.;

FERNÁNDEZ ALLES J.J. - PIÑERO JIMÉNEZ A., *Derechos fundamentales y uso extralaboral de internet en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 241/2012 y 170/2013*, in *Relaciones Laborales*, 2014, n. 12, pag. 151 ss.;

FERNÁNDEZ ALVILÉS J.A. – RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN V., *Nuevas tecnologías, control del trabajador y derechos fundamentales*, in *Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación y riesgos psicosociales en el trabajo. Observatorio de riesgos psicosociales UGT*, 2016, pag. 343 ss.;

FERRANDO GARCÍA F.M., *Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nueva tecnologías*, in *RTSS. CEF*, 2016, n. 399, pag. 37 ss.;

FERRANTE V., *Controllo sui lavoratori, difesa della loro dignità e potere disciplinare, a quarant'anni dallo Statuto*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2011, n. 1, II, pag. 73 ss.;

FERRANTE V., *La privacy del lavoratore: brevi considerazioni alla luce delle fonti internazionali e della normativa comparata*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2000, n. 24, pag. 279 ss.;

FINOCCHIARO G., *Limiti posti dal Codice in materia di protezione dei dati personali al controllo del datore di lavoro*, in *Web e lavoro, Profili evolutivi e di tutela*, Tullini P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 51 ss.;

FIORIGLIO G., *Sorveglianza e controllo nella società dell'informazione. Il possibile contributo dell'etica hacker*, in *Nomos*, 2014, n. 2;

FLORIDI L., *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortine Editore, Collana Scienze e idee, 2014;

FOCAULT M., *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino, 1976;

FORLIVESI M., *Il controllo della vita del lavoratore attraverso i social network*, in *Web e lavoro, Profili evolutivi e di tutela*, Tullini P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 37 ss.;

FREIXAS GUTIÉRREZ G., *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*, Bosch, Barcelona, 2001;

FREY C.B. - OSBORNE M.A., *The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?*, in *Technological forecasting & social change*, 2017, n. 114, pagg. 254-280;

FUSCO F., *Il pomo della discordia: il badge come strumento di controllo a distanza?*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2011, n. 1, II, pag. 31 ss.;

GALARDI R., *Il controllo sugli accessi ad internet al vaglio della Cassazione*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2010, n. 3, II, pag. 564 ss.;

GAMBA C., *Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 1, pag. 122 ss.;

GARCIA QUÍÑONES J.C., *Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral: una revisión crítica a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional en España*, in *The Balance between worker protection and employer powers: insights from around the world*, Cerejeira Namora N. – Mella Méndez L. – Abrunhosa e Sousa D. – Cerejeira Namora G. – Castro Marques E. (a cura di), Cambridge Scholars Publishing, 2018, pag. 370 ss.;

GARILLI A., *Tutela della persona e tutela della sfera privata nel rapporto di lavoro*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1992, II, pag. 321 ss.;

GIROTTO S., *Trattamento dei dati biometrici e dignità della persona*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2012, n. 2, pag. 248 ss.;

GOFFREDO M.T. - MELECA V., *Jobs Act e nuovi controlli a distanza*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2016, n. 31, pag. 1894 ss.;

GOFFREDO M.T. – MELECA V., *Controllo accessi e presenze: condizioni di legittimità*, in *Dir. & Prat. Lavoro*, 2018, n. 13, pag. 840 ss.;

GOGLIETTINO G.P., *Jobs Act: i limiti del lavoro autonomo parasubordinato e le plausibili azioni risolutive*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, n. 2, pag. 431 ss.;

GONZÁLEZ BIEDMA E., *Derecho a la información y consentimiento del trabajador en materia de protección de datos*, in *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2017, n. 138, pag. 223 ss.;

GONZÁLEZ GONZÁLEZ C., *Control empresarial de la actividad laboral y uso de las nuevas tecnologías*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, n. 1, pag. 111 ss.;

GRAGNOLI E., *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, n. 1, pag. 1211 ss.;

GRAGNOLI E., *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli Editore, Torino, 1996, pag. 159 ss.;

GRAGNOLI E., *L'uso della posta elettronica sui luoghi di lavoro e la strategia di protezione elaborata dall'Autorità Garante*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, Tullini P. (a cura di), in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Galgano F. (diretto da), Cedam, Padova, 2010, Vol. LVIII, pag. 53 ss.;

GRAMANO E., *La rinnovata (ed ingiustificata) vitalità della giurisprudenza in materia di controlli difensivi*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, n. 1, pag. 265 ss.;

GRECO L. – MANTELERO A., *Industria 4.0, robotica e privacy-by-design*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, 2018, fasc. 6, pag. 875 ss.;

GUALDA ALCALÁ F.J., *Derecho a la intimidad en la relación de trabajo y los sistemas de control empresarial*, in *Aplicación de la reciente doctrina judicial internacional a los derechos laborales*, Gabinete Estudios Jurídicos, Bomarzo, 2018, pag. 131 ss.;

GUERRA RODRÍGUEZ L., *Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis de la doctrina constitucional*, in *Trabajo y derecho*, 2017, n. 29, pag. 88 ss.;

IAQUINTA F. - INGRAO A., *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, n. 4, pag. 1027 ss.;

ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu A. – Messineo F. – Mengoni L. (diretto da) e proseguito poi da Schlesinger P., Vol. II, Milano, 2003;

ICHINO P., *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2017, n. 4, I, pag. 525 ss.;

ICHINO P., *Controlli a distanza: tanto rumore per nulla*, in <http://www.pietroichinio.it/?p=36859>, 7.9.2015;

IEVOLELLA A., *Falso profilo Facebook per l'azienda, dipendente beccato a chattare in orario di lavoro: licenziato*, in *Dir. & Giust.*, 2015, fasc. 21, pag. 120 ss.;

ILLAS VIGLIOTTI G., *Controlli a distanza e tutela della privacy del lavoratore: la CEDU conferma le scelte del legislatore interno*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2016, n. 4;

INGRAO A., *Il controllo a distanza realizzato mediante Social network*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 1, pag. 105 ss.;

INGRAO A., *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci Editore, Bari, 2018;

INGRAO A., *Il controllo disciplinare e la privacy del lavoratore dopo il Jobs Act*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2017, n. 1, II, pag. 46 ss.;

KHANNA A. - KHANNA P., *L'età ibrida, il potere della tecnologia nella competizione globale*, Codice Edizioni, Torino, 2013;

LAHERA FORTEZA J., *Nueva jurisprudencia constitucional en la videovigilancia laboral: valoración crítica (STC 39/2016, de 3 marzo)*, in *Derecho de las Relaciones laborales*, 2016, n. 5, pag. 494 ss.;

LAI M., *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di smart working e di crowd working*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, n. 4, pag. 985 ss.;

LAMBERTUCCI P., *I controlli del datore di lavoro e la tutela della privacy*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Santoro Passarelli G. (a cura di), Utet, 2014, pag. 797 ss.;

LAMBERTUCCI P., *La disciplina dei "controlli a distanza" dopo il Jobs Act: continuità e discontinuità con lo Statuto dei lavoratori*, in *Jobs Act: un primo bilancio*. Atti del XI Seminario di Bertinoro - Bologna del 22-23 ottobre 2015, Carinci F. (a cura di), Adapt e-Book, n. 54/2016, pag. 270 ss.;

LAMBERTUCCI P., *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a "distanza" tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (cd. Jobs Act)*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, It. n. 255/2015;

LANDINI S., *Identità digitale tra tutela della persona e proprietà intellettuale*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2017, nn. 4-5, pag. 180 ss.;

LANZADERA ARENCIBIA E., *El derecho a la intimidad del trabajador frente al control y vigilancia empresarial a través de las TICs*, in *Responsabilidad empresarial*, Monterosso Casado E. (a cura di), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016;

LASSANDRI A., *Diritti della persona nel contratto di lavoro*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1994, n. 15, pag. 149 ss.;

LEVI A., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Giappichelli Editore, Torino, 2013;

LISO F., *Jobs Act e controlli a distanza dei lavoratori: qualche considerazione*, in <http://www.nelmerito.com>, 6.7.2015;

LOUSADA AROCHENA J.F., *Derecho fundamental a la protección de datos personales versus facultad empresarial de video-vigilancia (acerca de la STC 29/2013, de 11 de febrero)*, in *Controversias vivas del nuevo derecho del trabajo*, Borrajo Dacruz E. (a cura di), La Ley, Madrid, 2015, pag. 391 ss.;

LUGARESI N., *Uso di internet sul luogo di lavoro, controlli del datore di lavoro e riservatezza del lavoratore*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei*

*dati personali*, Tullini P. (a cura di), in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Galgano F. (diretto da), Cedam, Padova, 2010, Vol. LVIII, pag. 75 ss.;

LUJÁN ALCARAZ J., *La vigilancia empresarial sobre el uso de los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores*, in *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*, Sánchez Trigueros C. – González Díaz F. (a cura di), Aranzadi, 2011, pag. 125 ss.;

LYON D., *L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, Feltrinelli, Milano, 1997;

MAGGI A., *Il controllo della posta elettronica aziendale*, in *Guida Lav.*, 2005, n. 36, pag. 24 ss.;

MAIO V., *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Tullini P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 61 ss.;

MAIO V., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, n. 6, pag. 1186 ss.;

MANEIRO VÁZQUEZ Y., *La vigilancia y control del trabajador a través de las nuevas tecnologías. Doctrina judicial reciente sobre su empleo como medio de prueba*, in *Controversias vivas del nuevo derecho del trabajo*, Borrajo Dacruz E. (a cura di), La Ley, Madrid, 2015, pag. 351 ss.

MARAZZA M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, n. 3, pag. 483 ss., edito anche in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, It. n. 300/2016;

MARAZZA M., *Limiti e tecniche di controlli sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, in *Contratto di lavoro e organizzazione*, Persiani M. - Carinci F. (diretto da), Vol. IV, Tomo II, *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 2012, pag. 1271 ss.;

MARESCA A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Tullini P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 1 ss.;

MATTEI A., *Controlli difensivi e tutela della riservatezza del lavoratore*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2013, n. 1, pt. 2, pag. 32 ss.;

MÈDA D., *The future of work: the meaning and value of work in Europe*, in *ILO Research Paper* no.18, ottobre 2016;

MEROLLA D., *Nota a Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza 17 luglio 2007, n. 15892*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2007, pag. 1678;

METTLING M.B., *Transformation numérique et vie au travail*, Rapport, September 2015, in <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf>;

MISCIONE M., *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, in *Lav. Giur.*, 2013, nn. 8-9, pag. 761 ss.;

MONDA P., *L'impiego dei controlli difensivi e la protezione della sfera personale del dipendente*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, n. 1, pag. 187 ss.;

NATALI A.I., *Jobs Act e legittimità del controllo a distanza dei lavoratori*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2015, pag. 1981 ss.;

NIPPERT-ENG C., *Home and Work*, Chicago III, The University of Chicago Press, 1996;

NOGLER L., *Abuso di telefono aziendale: la decisione su controlli e rimedi*, in *Guida Lav.*, 2002, n. 21, pag. 10 ss.;

OGRISEG C., *Il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche*, in *Lab & Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 2, pag. 29 ss.;

OLIVELLI P., *Il difficile bilanciamento tra la tutela della privacy e le esigenze di controllo del datore di lavoro*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2013, n. 2, II, pag. 367 ss.;

PADOVANI T., *Il controllo a distanza dell'attività lavorativa svolto mediante elaboratori elettronici*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 1985, n. 2, pag. 252 ss.;



PAISSAN M., *E-mail e navigazione in internet: le linee guida del Garante*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, Tullini P. (a cura di), in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Galgano F. (diretto da), Cedam, Padova, 2010, Vol. LVIII, pag. 11 ss.;

PEDRAJAS MORENO A., *Despido y derechos fundamentales*, Trota, Madrid, 1992;

PERINA L., *L'evoluzione della giurisprudenza e dei provvedimenti del garante in materia di protezione dei dati personali dei lavoratori subordinati*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2010, n. 1, II, pag. 305 ss.;

PERRONE F., *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza López Ribalda c. Spagna: la tutela della privacy sul luogo di lavoro dopo Bărbulescu 2*, in *Labor*, <http://www.rivistalabor.it/wp-content/uploads/2018/02/CEDU-9.1.2018.pdf>, 23.2.2018;

PERULLI A., *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2017, n. 2, I, pag. 173 ss.;

PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, in *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, *Atti del Convegno di Studi*, Venezia 12 aprile 2002, Zilio Grandi G. (a cura di), pag. 9 ss.;

PIETROSANTI G., *Illegittimo il licenziamento del lavoratore fondato su elementi ricavati dal badge*, in *Guida Dir.*, 2007, n. 37, pag. 50 ss.;

PINTO V., *I controlli "difensivi" del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Tullini P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 139 ss.;

PISANI C., *I controlli a distanza sui lavoratori*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, pag. 127 ss.;

PISANI C., *Il computer e lo Statuto dei Lavoratori*, in *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza del lavoratore*, De Luca Tamajo R. – Imperiali D'Afflitto R. – Pisani C. – Romei R. (a cura di), Franco Angeli Editore, Milano, 1988;

PIZZONIA D., *Usa della posta elettronica sul posto di lavoro, privacy e potere di controllo*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, n. 4, pag. 907 ss.;

POLETTI D., *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2017, n. 1;

POLICELLA E. O., *Il controllo dei dipendenti tra Codice privacy e Statuto dei lavoratori*, in *Lav. Giur.*, 2004, n. 10, pag. 931 ss.;

PROIA G., *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2016, n. 4, I, pag. 547 ss.;

PUCETTI E., *Se il controllore occulto diventa agente provocatore*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2016, fasc. 1, II, pag. 120 ss.;

PULICE M., *Sistemi di rilevazione dei dati biometrici e privacy*, in *Lav. Giur.*, 2009, n. 19, pag. 994 ss.;

RASO DELGUE J., *Ricerche lavoro e nuove tecnologie. I rapporti di lavoro nell'era digitale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, n. 4, pag. 953 ss.;

RAVELLI F., *Controlli informatici e tutela della privacy: alla ricerca di un difficile punto di equilibrio*, in *Riv. Crit. Dir. Lav. Priv. e Pubbl.*, 2010, n. 2, pag. 317 ss.;

RAZZOLINI O., *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, n. 4, pag. 974 ss.;

RICCI A., *Il controllo informatico a distanza sul lavoratore fra giurisprudenza e Jobs Act. La web-sorveglianza nella modernità liquida*, in *Stud. Iur.*, Cedam, Padova, 2016, n. 3 (I parte), pag. 306 ss. e n. 4 (II parte), pag. 441 ss.;

RICCI M., *I controlli a distanza dei lavoratori tra istanze di revisione e flessibilità “nel” lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, n. 4-5, pag. 740 ss.;

RICCI M., *La legislazione del lavoro fra flessibilità e occupazione*, relazione alle Giornate di Studio AIDLASS Napoli, 16 e 17 giugno 2016, in *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Annuario di diritto del lavoro n. 52, Giuffrè Editore, Milano, pag. 1 ss.;

RIVERO LAMAS J., *Diritti fondamentali e contratto di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, n. 2, pag. 443 ss.;

ROCCELLA M., *Manuale di diritto del lavoro: mercato del lavoro e rapporti di lavoro*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, V Ed.;

RODOTÀ S., *Diritto, diritti, globalizzazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, I, pag. 768 ss.;

RODOTÀ S., *Il mondo della rete. Quali diritti, quali vincoli*, Editori Laterza, Bari, 2014;

RODOTÀ S., *Intervista su privacy e libertà*, Editori Laterza, Bari, 2005;

RODOTÀ S., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sintetiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1997, pag. 698 ss.;

RODOTÀ S., *Privacy e costruzione della sfera privata*, in *Pol. Dir.*, 1991, pag. 542 ss.;

RODOTÀ S., *Relazione del Garante della protezione dei dati personali per l'anno 1997*, in <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3528995>, 30.4.1998;

RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015;

ROIG A., *El uso de internet en la empresa: aspectos constitucionales*, in *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*, Roig Batalla A. (a cura di), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007;

ROMEI R., *Il dibattito dottrinale sull'art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza del lavoratore*, De Luca Tamajo R. – Imperiali D'Afflitto R. – Pisani C. – Romei R. (a cura di), Franco Angeli Editore, Milano, 1988, pag. 121 ss.;

RONDO A., *I controlli sulla posta elettronica del dipendente e l'art. 4 St. lav. prima e dopo il Jobs act*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2016, nn. 1-2;

ROTA A., *Rapporto di lavoro e big data analytics: profili critici e risposte possibili*, in *Labour & Law Issues*, 2017, vol. 3, n. 1, pag. 34 ss.;

RUSSO M., *Quis custodiet ipsos custodes? I nuovi "limiti" all'esercizio del potere di controllo a distanza*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, no. 2, pag. R.3 ss.;

SÁEZ LARA C., *Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones*, in *Temas laborales*, 2017, n. 138, pag. 185 ss.;

SALIMBENI M.T., *Il controllo a distanza sull'attività dei lavoratori: la sopravvivenza dell'art. 4 sugli impianti audiovisivi*, in *Dir. lav. Merc.*, 2010, n. 3, pag. 587 ss.;

SALIMBENI M.T., *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2015, n. 4, I, pag. 589 ss.;

SALIMBENI M.T., *Nuove tecnologie e rapporto di lavoro: il quadro generale*, in *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza del lavoratore*, De Luca Tamajo R. – Imperiali D'Afflitto R. – Pisani C. – Romei R. (a cura di), Franco Angeli Editore, Milano, 1988, pag. 22 ss.;

SANTONI F., *Accesso a internet e illegittimità dei controlli a distanza sui lavoratori*, in *Dir. Giur.*, 2010, pag. 413 ss.;

SANTONI F., *Controlli difensivi e tutela della privacy dei lavoratori*, in *Giur. It.*, 2016, n. 1, pag. 144 ss.;

SANTONI F., *La privacy nel rapporto di lavoro: dal diritto alla riservatezza alla tutela dei dati personali*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, Tullini P. (a cura di), in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Galgano F. (diretto da), Cedam, Padova, 2010, Vol. LVIII, pag. 25 ss.;

SANTORO PASSARELLI G., *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2017, n. 3, I, pag. 369 ss.;

SANTORO PASSARELLI G., *Il lavoro subordinato. L'identificazione della fattispecie*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Santoro Passarelli G. (a cura di), Utet, 2014, pag. 17 ss.;

SEGHEZZI F., *Come cambia il lavoro nell'Industry 4.0?*, in WP Adapt, 2015, n. 172;

SEPÚLVEDA GOMEZ M., *Poder de control empresarial mediante cámaras de videovigilancia y derecho de los trabajadores a la protección de datos personales (sentencia del Tribunal Constitucional Pleno, 39/2016, de 3 de marzo)*, in *Temas Laborales*, 2016, n. 133, pag. 219 ss.;

SITZIA A., *I controlli a distanza dopo il "Jobs Act" e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in *Lav. Giur.*, 2015, n. 7, pag. 671 ss.;

SITZIA A., *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 st. lav. e il consenso (del lavoratore)*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 1;

SITZIA A., *Contrattazione di prossimità, impianti audiovisivi e nuove tecnologie*, in *Mas. Giur. Lav.*, 2012, n. 3, pag. 212 ss.;

SITZIA A., *I "controlli tecnologici" del datore di lavoro tra necessità e proporzionalità. Chiare indicazioni lavoristiche dalla prima Sezione civile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, n. 2, pt. I, pag. 113 ss.;

SITZIA A., *Il controllo (del datore) sull'attività dei lavoratori: il nuovo art. 2 st. lav. e il consenso (del lavoratore)*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 1, pag. 83 ss.;

SITZIA A., *Il diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Cedam, Padova, 2013;

SITZIA A., *Privacy del lavoratore, poteri del datore ed interessi confliggenti: un contemperamento è possibile?*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, n. 1, pag. 171 ss.;

SOFFIENTINI M., *Privacy. Protezione e trattamento dei dati*, Ipsoa, 2018;

SORO A., *Big data, ecco i rischi della mancanza di trasparenza*, Convegno Agenda Digitale, 23.2.2017, in Soro A. nel corso dell'intervento *Big data, ecco i rischi della*

*mancanza di trasparenza*, Convegno Agenda Digitale, in <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/6013519>;

SORO A., *La protezione dei dati diritto di libertà. Discorso del Presidente – Relazione dell'anno 2015*, Garante della protezione dei dati personali, in <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/5204506/Relazione+annuale+2015+-+Discorso+del+Presidente.pdf>, 28.6.2016;

SORO A., *Persona, diritti, innovazione. Discorso del Presidente – Relazione dell'anno 2016*, Garante della protezione dei dati personali, in <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Relazione+2016+-+Discorso+del+Presidente+Antonello+Soro>, 6.6.2017;

SORO A., *Persone in rete. I dati fra poteri e diritti*, Fazi editore, Roma, 2018;

SPEZIALE V., *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, It. n. 233/2014;

SPINELLI G., *La legittimità dei controlli datoriali cd. "difensivi": certezze apparenti in una categoria dubbia*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2013, n. 1, II, pag. 113 ss.;

STANCHI A., *Il controllo dell'adempimento della prestazione lavorativa, la data privacy e la responsabilità organizzativa dell'impresa*, in *Lav. Giur.*, 2009, n. 7, pag. 678 ss.;

STANCHI A., *Navigazione in internet: no ai controlli difensivi senza accordo sindacale*, in *Lav. Giur.*, 2010, n. 10, pag. 24 ss.;

STANCHI A., *Nel Jobs Act il nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *Giur. Lav.*, 2015, n. 38, pag. 40 ss.;

STENICO E., *L'esercizio del potere di controllo "informatico" del datore di lavoro sugli strumenti tecnologici di "ultima generazione"*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, n. 1, pag. 125 ss.;

TEBANO L., *La nuova disciplina dei controlli a distanza: quali ricadute sui controlli conoscitivi?*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2016, n. 3, I, pag. 355 ss.;

TEBANO L., *Ragionevolezza e potere di controllo del datore di lavoro*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2011, pag. 433 ss.;

TEUBNER G., *Ibridi e attanti, Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Mimesis Edizioni, Milano, Trad. ita., 2015, pag. 33 ss.;

THOBANI S., *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali o lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2016, n. 2, pag. 513 ss.;

TIRABOSCHI M., *Smart working e digitalizzazione del lavoro (I). Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, fasc.4, pag. 921 ss.;

TOFFOLETTO F., *Nuove tecnologie informatiche e tutela del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 2006;

TREU T., *A quarant'anni dallo statuto dei lavoratori*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2011, n. 1, I, pag. 7 ss.;

TREU T., *Lo statuto dei lavoratori: vent'anni dopo*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, pag. 7 ss.;

TROJSI A., *Al cuore del nuovo art. 4, co. 2 St. Lav.: la delimitazione della fattispecie degli «strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa»*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2017, n. 2, II, pag. 317 ss.;

TROJSI A., *Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014: tra costruzione del Diritto del lavoro dell'era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori*, in *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, Rusciano M. - Zoppoli L. (a cura di), in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" - Collective Volumes*, n. 3/2014, pag. 117 ss.;

TULLINI P. (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Galgano F. (diretto da), Cedam, Padova, 2010, Vol. LVIII;

TULLINI P., *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2009, n. 3, I, pag. 345 ss.;

TULLINI P., *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte di intervento*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2016, n. 4, I, pag. 748 ss.;

TULLINI P., *Economia digitale e lavoro non-standard*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 2;

TULLINI P., *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Tullini P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 97 ss.;

TULLINI P., *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in *Web e lavoro, Profili evolutivi e di tutela*, Tullini P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 3 ss.;

TULLINI P., *Tecnologie informatiche in azienda: dalle linee-guida dal Garante alle applicazioni concrete*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, Tullini P. (a cura di), in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Galgano F. (diretto da), Cedam, Padova, 2010, Vol. LVIII, pag. 123 ss.;

VALDÉS DAL-RÉ F., *Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia*, in *Relaciones Laborales*, 2003, n. 22, pag. 1 ss.;

VALDÉS DAL-RÉ F., *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio*, in *Relaciones Laborales*, 2003, n. 20, pag. 1 ss.;

VALDÉS DAL-RÉ F., *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal*, in *Relaciones Laborales*, 2003, n. 18, pag. 1 ss.;



VALDÉS DAL-RÉ F., *Una aproximación al juicio de ponderación utilizado per el TC*, in *Derecho de las relaciones laborales*, 2018, n. 9, pag. 941 ss.;

VALLAURI M.T., *E' davvero incontenibile la forza espansiva dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori?*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2008, n. 3, II, pag. 718 ss.;

VICARI HADDOCK S., *La città contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2004;

VIDIRI G., *Controlli datoriali dei dipendenti e tutela della privacy nel nuovo art. 4 Stat. lav.*, in *Corr. Giur.*, 2016, n. 11, pag. 1389 ss.;

VILLALBA SÁNCHEZ A., *Los derechos fundamentales del trabajador frente a los nuevos instrumentos de control empresarial*, in *Revista derecho social y empresa*, 2016, n. 6, pag. 86 ss.;

VOZA R., *La tutela del contraente forte nel diritto del lavoro*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2015, n. 1, III, pag. 13 ss.;

WEISS M., *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, n. 3, pag. 651 ss.;

WEISS M., *Ricerche Digitalizzazione, smart working, politiche di conciliazione La platform economy e le principali sfide per il diritto del lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, n. 3, pag. 715 ss.;

ZICCARDI G., *Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 1, pag. 48 ss.;

ZOLI C. – VILLA E., *Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Tullini P. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 127 ss.;

ZOLI C., *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, L. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2009, n. 4, I, pag. 485 ss.;

ZOLI C., *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, L. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, Tullini P. (a cura di), in *Trattato di diritto commerciale e di*

*diritto pubblico dell'economia*, Galgano F. (diretto da), Cedam, Padova, 2010, Vol. LVIII, pag. 156 ss..

#### Provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali

Linee guida del Garante per posta elettronica e *internet* del 1.3.2007, doc. *web* n. 1387522;

Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro in ambito pubblico, 14.6.2007, doc. *web* n. 1417809;

Prov. Garante *privacy*, 21.1.2010, doc. *web* n. 1701577, *Posta elettronica aziendale e privacy del dipendente*;

Prov. Garante *privacy*, 8.4.2010, doc. *web* n. 1712680, *Provvedimento in materia di videosorveglianza*;

Prov. Garante *privacy* n. 81, 1.3.2012, doc. *web* n. 1882100;

Prov. Garante *privacy* n. 38, 31.1.2013, doc. *web* n. 2304669, *Trattamento di dati biometrici per finalità di rilevazione delle presenze dei dipendenti: verifica preliminare richiesta dal Comune di Boscoreale*;

Prov. Garante *privacy* n. 261, 30.5.2013, doc. *web* n. 2502951, *Rilevazione delle presenze dei dipendenti di un Comune tramite un sistema biometrico basato sul trattamento di impronte digitali*;

Prov. Garante *privacy* n. 384, 1.8.2013, doc. *web* n. 2578547, *Sistema biometrico di rilevazione delle presenze dei dipendenti in una scuola*;

Prov. Garante *privacy*, n. 513, 12.11.2014, *Provvedimento generale prescrittivo in tema di biometria*;

Prov. Garante *privacy* n. 303, 13.7.2016, doc. *web* n. 5408460, *Trattamento di dati personali dei dipendenti mediante posta elettronica e altri strumenti di lavoro*;

Prov. Garante *privacy* n. 350, 8.9.2016, doc. *web* n. 5497522, *Verifica preliminare. Trattamento di dati personali dei dipendenti effettuato attraverso la localizzazione di dispositivi smartphone per finalità di rilevazione delle presenze*;

Provv. Garante *privacy* n. 357, 15.9.2016, doc. web n. 5505689, *Verifica preliminare. Sistema di lettura di dati biometrici mediante parziale identificazione dell'impronta digitale per la rilevazione della presenza in servizio*;

Provv. Garante *privacy* n. 488, 24.11.2016, doc. web n. 5796783, *Piattaforma web per l'elaborazione di profili reputazionali*;

Provv. Garante *privacy* n. 60, 16.2.2017, doc. web n. 6136705, *Verifica preliminare. Sistema di controllo accessi biometrico facciale*;

Provv. Garante *privacy* n. 255, 26.4.2018, doc. web n. 8998673;

Provv. Garante *privacy* n. 464, 11.10.2018, doc. web n. 9051774, *Parere su uno schema di disegno di legge recante "Interventi per la concretezza delle azioni delle pubbliche amministrazioni e la prevenzione dell'assenteismo"*.

#### Altri riferimenti bibliografici

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Statement on Statement of the WP29 on the impact of development of big data on the protection of individuals with regard to the processing of their personal data in the EU*, in [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp221\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp221_en.pdf), 16.9.2014;

BRODOLINI G., *Relazione al Disegno di Legge presentato nel giugno 1969 con il titolo «Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro»*, in <https://web.uniroma1.it/disp/sites/default/files/allegati/brodolini-giugni.pdf>;

CAMERA DEI DEPUTATI, X COMMISSIONE PERMANENTE, *Relazione. Indagine conoscitiva su Industria 4.0: quale modello applicare al tessuto industriale italiano. Strumenti per favorire la digitalizzazione delle filiere industriali italiane*, in <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2016/06/30/leg.17.bol0665.data20160630.com10.pdf>, 30.6.2016;

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2015, Towards a new digital ethics. Data, dignity and technology*, in [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-09-11\\_data\\_ethics\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-09-11_data_ethics_en.pdf), 11.9.2015;

EPRS - EUROPEAN PARLIAMENT RESEARCH SERVICE, *Industry 4.0 Digitalisation for productivity and growth*, 22.9.2015, in [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS\\_BRI%282015%29568337](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI%282015%29568337);

EUROPEAN PARLIAMENT, *Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2013(INL))*, in [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_EN.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html), 27.1.2017;

*The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, in [www.economist.com](http://www.economist.com), 6.5.2017.



Title: «The power of technological control of employers and the protection of workers' privacy in the digital society».

Abstract: The research thesis aims to investigate, first of all, the effects of new technologies on everyday human activity, in terms of production models, of which Industry 4.0 and the Gig Economy are two original paradigms, as well as in terms of the contractual employment relationship.

The heart of the research is then aimed at examining how the development of information technology tools within the companies has affected the relationship between the power of technological control of employer and the protection of privacy and confidentiality of workers, in light of the Italian, European and international law, with a comparative analysis with the Spanish experience.

It was therefore intended to highlight the intrinsic possibilities conveyed by technological innovations and the digitalisation of work, while at the same time highlighting the ambivalences and limitations associated with the weakening of the distinction between private and working life, as well as the emergence of elusive practices of protection of the dignity of the worker and profiling of the same, up to the results of big data analytics based on the logic of the algorithm.

Finally, it has been verified to what extent the recent national and European regulatory interventions have shown themselves able to respond to the new challenges that the digital society poses today to labour law.