

Controllo a distanza dei lavoratori

Controlli datoriali sui dipendenti e tutela della *privacy* nel nuovo art. 4 Stat. lav.

di Guido Vidiri

L'Autore premette nel suo saggio che attualmente una delle novità più discusse in tema di regolamento del rapporto lavorativo è rappresentata dall'art. 23 del D.Lgs. n. 151 del 2015, che ha riscritto integralmente l'art. 4 della L. n. 300 del 1970 in tema di controlli datoriali sui dipendenti. Osserva poi che il nuovo corso del diritto del lavoro si caratterizza per leggi sovente prive di progettualità e spesso anche fonte di incertezze in ragione di disposizioni lacunose, poco chiare e, quindi, di difficile lettura, come quella sulla norma statutaria scrutinata. E tutto ciò non rende ipotetico, anche con riferimento a detta norma, il rischio di pronunzie influenzate da opzioni culturali o anche da pregiudizi ideologici.

L'art. 23 del D.Lgs. n. 151 del 2015 sui controlli dei lavoratori

Una delle novità sicuramente più discusse tra i recenti interventi legislativi in tema di regolamentazione del rapporto lavorativo è rappresentata dall'art. 23 del D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 151 che, nel riscrivere integralmente il disposto dell'art. 4, L. 20 maggio 1970, n. 300, introduce sostanziali innovazioni in materia di autorizzazione alla installazione ed all'utilizzo degli impianti audiovisivi e degli altri strumenti di controllo a distanza all'evidente fine di adeguarne la disciplina all'evoluzione

tecnologica nel rispetto delle disposizioni sulla *privacy* (1).

La nuova normativa, che ha suscitato immediate e forti reazioni in sede sindacale, è destinata a sollevare consistenti dubbi e riserve anche in sede dottrina in ragione della rilevanza di un intervento legislativo capace, per la materia che ne è oggetto, di accrescere notevolmente i poteri del datore di lavoro (controllo sulle prestazioni del lavoratore) e di incidere nel contempo anche sulla "persona" del lavoratore, in termini limitativi della libertà e riservatezza e, quindi, anche della sua stessa "dignità" (2).

(1) Sull'originario testo dell'art. 4 Stat. lav., rimasto intatto per più di quarantacinque anni, la bibliografia è sterminata da ultimo cfr. tra gli altri: A. Sitzia, *Il diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Padova, 2013; C. Zoli, *Il controllo a distanza del datore di lavoro, l'art. 4 l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforme*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 485 ss.; P. Tullini, *Comunicazione elettronica, poteri di controllo e tutela del lavoratore*, ivi, 2009, I, 323 ss.; E. Gragnoli, *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 1211 ss.; A. Cautaudella, *Riservatezza del lavoratore subordinato e accesso ai suoi dati personali in sede di controllo da parte del datore di lavoro*, ivi, 2006, 1138 ss.

(2) Sulla nuova normativa tra i già numerosi contributi dottrinali cfr. per tutti: A. Sitzia, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo art. 4 stat. lav. e il consenso (del lavoratore)*, in A. Barraco - A. Sitzia (a cura di), *Potere di controllo e privacy (Lavoro, riservatezza e nuove tecnologie)*, Milano, 2016, 2, 83 ss.; R. Del Punta, *La nuova disciplina dei con-*

trolli a distanza (art. 23 d. lgs. n. 151/2015), in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 77 ss.; A. Mariani, *La legittimità dei controlli c.d. difensivi attraverso l'utilizzo di face book*, in *Mass. Giur. lav.*, 2016, 287 ss.; G. Illas Vigliotti, *Controllo a distanza e tutela della privacy del lavoratore: la CEDU conferma le scelte del legislatore interno*, ivi, 211 ss.; A. Rondo, *I controlli sulla posta elettronica del dipendente e l'art. 4 Stat. lav. prima e dopo il Jobs Act*, ivi, 40 ss.; F. Santoni, *Controlli difensivi e tutela della privacy dei lavoratori*, in *Giur. it.*, 2016, 144-145; V. Maio, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 1186 ss.; P. Lambertucci, *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 (c.d. Jobs act)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* n. 235/2015, 9 ss.; Id., *Potere di controllo del datore di lavoro*, in *Dig. disc. priv.* Sezione commerciale. Aggiornamento, Torino, 2015, 445 ss.

Come è stato puntualmente osservato, l'interprete deve chiedersi ora se si è al cospetto di una operazione micro-settoriale, sostanzialmente di aggiornamento della normativa statutaria in un ambito certamente influenzato da innovazioni di carattere tecnologico, "che hanno enormemente ampliato e diffuso le capacità di controllo dell'attività dei lavoratori, specie attraverso modalità connettive di interazione a distanza a basso costo e capaci di operare, di fatto, senza soluzione di continuità": oppure se la revisione dell'art. 4 Stat. lav. si iscriva all'interno di un processo più ampio volto a mutare la posizione complessiva del lavoratore subordinato. Interrogativo questo risolto - da chi opportunamente l'ha posto - nel senso che l'art. 4 Stat. lav. si iscrive ora "all'interno di un processo più ampio, onde abbiamo a che fare con un mutamento profondo, verrebbe da dire sistemico, della posizione complessiva del lavoratore subordinato" nel senso che "il legislatore interviene sui controlli non già occasionalmente, ma nell'ambito di un disegno coerente di revisione al ribasso dello statuto dei lavoratori protettivo del lavoro subordinato" (3).

Con un distinto approccio ermeneutico ad un dato normativo che non brilla certo per chiarezza si è poi rilevato che la soluzione offerta nel nuovo testo dell'art. 4 Stat. lav. propone "un punto di equilibrio a favore degli interessi dell'impresa, così avallandosi una portata espansiva dei controlli difensivi anche perché le informazioni assunte possono essere utilizzate a fini disciplinari" (4). E sotto un diverso versante, quello della certezza del diritto, si è evidenziato anche come l'uso sempre più massiccio di strumenti tecnici di natura marcatamente polifunzionale (quali gli *smartphone* che consentono la geolocalizzazione del lavoratore cui l'apparecchio è assegnato) renda ancora più labile la separazione tra la sfera personale e quella lavorativa, facendo diventare instabile qualunque

approdo legislativo, che rischia così di ritrovarsi ad essere obsoleto prima ancora di diventare operativo (5).

La lettura del nuovo testo dell'art. 4 Stat. lav. ed il difficile compito dell'interprete

Ai fini di un ordinato *iter* motivazionale nell'affrontare un tema, quale quello dei controlli a distanza - di particolare rilevanza in ragione della natura degli interessi coinvolti - appaiono opportune alcune preliminari considerazioni.

È di chiara evidenza che una valutazione sulla recente disciplina sugli impianti audiovisivi e sugli altri strumenti, suscettibili di essere utilizzati anche ai fini di controllo, non potrà che essere condizionata dall'interpretazione del dato normativo e dalle ricadute che essa avrà sulla 'persona' del lavoratore.

Come segnalato da più parti i vari interventi legislativi del Jobs Act hanno portato ad una diminuzione delle tutele del lavoratore a seguito di una mal regolamentata flessibilità del rapporto, con l'effetto di una accresciuta debolezza del dipendente. Ne consegue che devono anche per tale motivo essere privilegiate opzioni ermeneutiche che, in puntuale e rigorosa osservanza delle norme costituzionali e del diritto europeo, siano capaci di garantire la dignità e libertà del lavoratore nell'esercizio delle sue prestazioni, attraverso un equo bilanciamento tra il diritto al libero esercizio della attività imprenditoriale (art. 41 Cost.) ed il diritto del cittadino lavoratore al rispetto della sua 'persona' (artt. 1, 3, 35, 38 Cost.) (6). Un siffatto assunto trova ulteriore conforto anche nella considerazione che il problema sollevato dalla introduzione delle nuove tecnologie era (e rimane) proprio quello che, in assenza di una regolamentazione generale sul trattamento dei dati personali, il datore di lavoro può acquisire in via induttiva, dati personali e "trattare" i medesimi per finalità diverse (anche

(3) Cfr. al riguardo *amplius* : V. Maio, *La nuova disciplina*, cit., 1188-1189, che precisa anche come il Jobs act - dopo avere agito assai incisivamente sul versante sanzionatorio ed avere definito i contorni del potere direttivo, rimodulando a fondo la disciplina dello *jus variandi* delle mansioni producendo un sensibile ampliamento della sfera debitoria del lavoratore (v. art. 3, D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81) - sia poi intervenuto in maniera altrettanto invasiva "anche sul potere di controllo del datore di lavoro a completare una articolata e radicale, discussa e discutibile revisione della subordinazione".

(4) In questi esatti termini vedi F. Santoni, *Controlli difensivi*, cit., 146.

(5) Così A. Rondo, *I controlli sulla posta elettronica*, cit., 40, che ricorda come F. Galcano, in *Contr. e impr.*, 2001, 197, abbia rimarcato "l'inettitudine della legge alla innovazione giuridi-

ca".

(6) Osserva P. Lambertucci, *Potere di controllo*, cit., 446, che il lavoratore dal momento che stipula il contratto di lavoro non "perde" la connotazione di cittadino, con tutto il fascio di diritti costituzionalmente garantiti a quest'ultimo. Il "confronto", pertanto, tra il potere di controllo (del datore di lavoro) di organizzare i diversi fattori della produzione e la tutela del lavoratore, trova il suo momento di emersione normativa, dapprima, nella stessa Carta Costituzionale - laddove, nella proiezione più ampia del potere del datore di lavoro di organizzare i diversi fattori della produzione si sancisce che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recar danno alla sicurezza, libertà e dignità umana (art. 41, comma 2, Cost.) - e, poi, nel titolo I dello Statuto dei lavoratori avente ad oggetto la materia "Della libertà e dignità del lavoratore".

potenzialmente arbitrarie e/o comunque discriminatorie) “sfuggendo”, peraltro, alle maglie protettive della disciplina statutaria (7).

In siffatto contesto il compito dell'interprete risulta non certo agevole perché è ora chiamato a cimentarsi nella lettura del nuovo testo dell'art. 4 Stat. lav., di non certo encomiabile fattura, al fine di individuare - nella rigorosa osservanza delle disposizioni della normativa di protezione dei dati personali di cui al Codice della *privacy* di cui al D.Lgs n. 196 del 2003 (nella interpretazione datane dal Garante) - le conseguenze scaturenti dalla violazione della suddetta norma statutaria oltre che sul versante penalistico (8), anche su quello civilistico (9).

(7) In questi sensi vedi più ampiamente: P. Lambertucci, *Potere di controllo*, cit., 6-7, il quale osserva che la introduzione di una disciplina generale sul “controllo” dei dati personali (contenuta nel D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, il c.d. Codice della *privacy*), nel fare espressa “salvezza” della normativa statutaria (art. 114 del Codice), introduce un filtro “interpretativo” costituito dal Garante, che interviene in funzione additiva rispetto alla suddetta normativa, in una combinazione tra la regolamentazione *speciale* dello Statuto e quella *generale* contenuta nel Codice.

(8) Sul punto cfr. R. del Punta, *La nuova disciplina*, cit., 90-95 che parla di una integrazione mal riuscita tra la tutela statutaria e quella sui dati personali cui *adde* per analoghe considerazioni P. Tullini, *Comunicazione elettronica* cit., 338, secondo cui le “Linee Guida” deliberate dal Garante si propongono di soddisfare, attraverso concrete istruzioni operative, il duplice livello previsto dallo Statuto e dalla legislazione in materia di trattamento dei dati personali.

Ritiene applicabile anche il disposto dell'art. 615 *ter* c.p. alla fattispecie di violazione delle garanzie procedurali imposte dall'art. 4. della L. n. 300 del 1970 in caso di installazione di impianti ed apparecchiature di controllo richieste da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro da cui derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori: Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375 (che leggesi in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2010, II, 462, con nota di A. Bellavista, *La Cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori*, secondo il quale le suddette garanzie devono trovare applicazione anche ai cc.dd. controlli difensivi, ovvero ossia a quei controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori allorché tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela dei beni estranei al rapporto stesso).

(9) Per un esauriente e ragionato *excursus* sulle conseguenze a livello civilistico della violazione del divieto dei controlli a distanza cfr. per tutti il *Commento all'art. 4 stat. lav.*, di G. Amoroso, in G. Amoroso - V. Di Cerbo - A. Maresca (a cura di), *Diritto del lavoro*. Vol. II. *Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, Milano, 2014, 54- 55, che richiama tra le altre sentenze: per la giurisprudenza di legittimità Cass. 17 giugno 2000, n. 8250 (in *Not. giur. lav.*, 2000, 711) secondo cui l'uso di una telecamera a circuito chiuso finalizzata a controllare a distanza anche l'attività dei dipendenti è illegittimo per cui sul piano processuale non può attribuirsi alcun valore probatorio al fotogramma illegittimamente conseguito; e per la giurisprudenza di merito: App. Milano 30 settembre 2005, in *Not. giur. lav.*, 2006, 100, per la statuizione che non può essere attribuito alcun valore probatorio ai dati acquisiti in violazione dell'art. 4,

I ‘controlli a distanza’ tra normativa statutaria e regolamentazione della privacy

È stato puntualmente rilevato come una tematica a lungo controversa sia stata quella riguardante i cc.dd. controlli difensivi, cioè quei controlli che il datore di lavoro intende porre in essere per accertare condotte illecite (sotto il profilo civile e, soprattutto, penale), in relazione alla quale gli interpreti hanno manifestato una cautela (se non una malcelata ostilità) in merito alla possibilità di rinvenire una autonoma categoria di controlli non assoggettabile all'ambito applicativo dell'art. 4 Stat. lav.

In una materia da lungo tempo caratterizzata da opinioni contrastanti (10), al fine di pervenire a soluzioni condivisibili, sembra opportuno partire dalla

comma 2, Stat. lav. per cui tali atti non sono utilizzabili in giudizio; e sempre per la giurisprudenza di merito: Trib. Roma 4 giugno 2005, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2005, II, 763, che ha ritenuto configurare una condotta antisindacale l'installazione - senza che sia stata esperita la procedura prevista dall'art. 4 Stat. lav. - di un programma informatico in grado di permettere il monitoraggio del traffico telematico che, pur richiesto da esigenze organizzative e produttive, consenta il controllo a distanza dell'attività lavorativa di un dipendente con mansioni di operatore telefonico.

(10) Sulle oscillazioni interpretative in dottrina ed in giurisprudenza cfr. *amplius* P. Lambertucci, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza*, cit., 9 ss.

In giurisprudenza i giudici di legittimità per molto tempo hanno ribadito che l'art. 4 Stat. lav. ha la solo funzione di “accertare condotte illecite del dipendente” consumatesi nell'orario di lavoro ma soprattutto sul luogo di lavoro, per cui su tale presupposto hanno statuito la totale esclusione dei controlli difensivi dall'ambito applicativo della norma statutaria, con il divieto di qualsiasi ipotesi di applicazione analogica. Cfr. in tali sensi Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2003, I, 71, con nota di L. D'Arcangelo, *Uso privato del telefono, riservatezza e poteri di controllo del datore di lavoro*, secondo cui ai fini dell'operatività del divieto di utilizzo di apparecchiature per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori previsto dall'art. 4 stat. lav. 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 quali, ad esempio, i sistemi di controllo dell'accesso ad arie riservate o gli apparecchi di rilevazione di telefonate ingiustificate.

Per un opposto indirizzo volto invece a riconoscere i controlli difensivi a tutela del “patrimonio aziendale” e quindi lecito e non vietato dalle disposizioni dell'art. 4 Stat. lav. vedi Cass. 27 maggio 2015, n. 10955, che leggesi in *Mass. Giur. lav.*, 2016, 281, con nota adesiva di A. Vallebona, *Non fidarsi mai di una donna ... inesistente*, che nel condividere la pronunzia dei giudici di legittimità osserva come nel caso deciso da detti giudici il controllo da parte del datore di lavoro aveva consentito di accertare che il dipendente, invece di sorvegliare e proteggere il regolare funzionamento degli impianti dell'azienda, era intento a contattare una donna sconosciuta, senza sapere nulla della sua inesistenza, dimostrando in tal modo un vizio (*habitus*) molto diffuso nell'epoca presente, caratterizzata da riprovevole superficialità e perdita di valori. *Contra* però da ultimo Cass. 5 ottobre 2016, n. 19922 e Cass. 13 maggio 2016, n. 9904.

considerazione che debba farsi, nella materia scrutinata, riferimento alle Linee Guida del Garante del 2007, che portano ad assoggettare i suddetti controlli alla disciplina statutaria, ed a indurre le imprese a predisporre un disciplinare interno alla azienda volto a garantire la “trasparenza” dell’operato del datore di lavoro in ordine alla installazione degli strumenti di controllo, che funga da “avvertimento” e nello stesso tempo di “garanzia” e “difesa” per i lavoratori sulla non tollerabilità di indebiti utilizzi degli strumenti informatici in loro dotazione (11).

È indubbio che la recente disciplina sui controlli - in continuità con un indirizzo, riscontrabile anche in alcune decisioni dei giudici di legittimità (12) - ha inteso con il D.Lgs. n. 151/2015 consentire in modo espresso i controlli a distanza anche “a tutela del patrimonio aziendale”, così volendo porre fine a quella varietà di decisioni e di motivazioni che, influenzate dal caso concreto, hanno provocato una evoluzione accidentata dello stesso concetto di controllo difensivo (13).

In tale ottica va, dunque, ritenuto che l’espresso riferimento nel nuovo testo dell’art. 4 Stat. lav. delle

esigenze di ‘tutela del patrimonio aziendale’ finisca per assumere un particolare rilievo perché vale, da un lato, a superare la nozione di controllo difensivo nella sua versione estrema che, sostenuta in precedenza soltanto in alcune decisioni (14), si è concretizzata in un controllo sempre esentato dalla applicazione della procedura autorizzativa (15); e, dall’altro, induce ad includere in quelli difensivi anche i controlli preterintenzionali che per prevenire possibili reati o illeciti di altro genere a tutela del patrimonio aziendale finiscono - attraverso idonei strumenti di sorveglianza ed anche al di là dell’intento datoriale - per ‘controllare’ l’adempimento degli obblighi contrattuali, possedendo ‘in potenza’ una siffatta attitudine.

Conseguenze queste che richiedono invece un previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza, di una autorizzazione amministrativa alla stregua di quanto prescritto dal comma 1 dell’art. 4 Stat. lav. (16).

In tale contesto normativo devono poi in ogni caso essere osservati nel rapporto tra le parti del con-

(11) Così testualmente P. Lambertucci, *op. ult. cit.*, 11-12, il quale aggiunge anche che è compito del sindacato (o in mancanza dell’autorità amministrativa) verificare, a monte, le indicate esigenze difensive del datore di lavoro mentre rimarrà, a valle, il necessario controllo giurisprudenziale per deliberarne i “confini” alla luce delle previsioni statutarie.

(12) Cfr. al riguardo Cass. 27 maggio 2015, n. 10955 cit., in *Foro it.*, 2015, I, 2316, con nota di A. Perrino, *Lavoro (rapporto di), controlli difensivi occulti, creazione di falso facebook, conversazione del dipendente via internet*, secondo la quale la creazione da parte del datore di lavoro di un falso profilo “facebook” attraverso cui “chattare” con il lavoratore al fine di verificare l’uso da parte dello stesso del telefono cellulare durante l’orario di lavoro. esula dal campo di applicazione dell’art. 4 della L. 20 maggio 1970, n. 300, trattandosi di una attività di controllo che non ha ad oggetto l’attività lavorativa ed il suo esatto adempimento ma l’eventuale perpetrazione di comportamenti illeciti da parte del dipendente, idonei a ledere il patrimonio aziendale sotto il profilo del regolare funzionamento e della sicurezza degli impianti (nella specie il lavoratore era stato già in precedenza sorpreso al telefono, lontano dalla pressa cui era addetto che, rimasta incustodita per oltre dieci minuti, si era bloccata).

Con riferimento alla giurisprudenza penale e con riguardo ai controlli effettuati attraverso telecamere installate all’interno dei luoghi di lavoro ed a beneficio del patrimonio aziendale messo a rischio da possibili comportamenti infedeli dei dipendenti cfr.: Cass. 18 marzo 2010, n. 20722, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 85, con nota di P. Tullini, *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove del reato comune del dipendente*, che ha ritenuto utilizzabili nel processo penale instaurato contro il dipendente anche i risultati delle videoriprese effettuate nell’interno della azienda, dovendo detti controlli reputarsi difensivi e come tali consentiti dal disposto dell’art. 4 Stat. lav.

(13) Cfr. al riguardo V. Maio, *La nuova disciplina*, cit., 1194-1195, che precisa come un primo approdo giurisprudenziale intendeva semplicemente abilitare l’impiego di strumenti di controllo altrimenti vietati - ponendo sullo stesso piano le con-

dotte illecite compiute dai dipendenti e quelle compiute da terzi estranei ove produttive delle medesime lesioni del patrimonio aziendale - per poi passare ad ammettere i controlli difensivi anche occulti almeno nei casi in cui il controllo sia deputato ad appurare comportamenti diversi dal mero inadempimento della prestazione lavorativa, sicché la giurisprudenza aveva così tentato faticosamente di conciliare l’esigenza di non allargare troppo le maglie del controllo sulla attività di lavoro con il pretesto della prevenzione degli illeciti con la la necessità di non prestare nello stesso tempo il fianco alla invocazione soltanto strumentale della tutela della dignità e della privacy, quale appiglio utile a scriminare comportamenti deprecabili e spesso gravissimi dei lavoratori.

(14) Per l’indirizzo giurisprudenziale volto a consentire i controlli a distanza, anche in assenza di accordi sindacali, al fine della prevenzione degli illeciti patrocinando una capacità espansiva dell’art. 4 Stat. lav. cfr. Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 718 ss. con nota di M.L. Valauri, *È davvero insostenibile la forza espansiva dell’art. 4 dello Statuto dei lavoratori?*

(15) In questi termini cfr., R. Del Punta, *La nuova disciplina*, cit., 96-97, il quale precisa anche, come, diversamente da quanto affermato dalla giurisprudenza penale, l’illecito da parte del lavoratore si consuma se lo strumento a distanza è impiegato per controllare i lavoratori e non invece con la sua semplice installazione.

(16) Più ampiamente sul punto P. Lambertucci, *Potere di controllo*, cit., 454-455, che aggiunge saggiamente che appare, comunque “opportuno demandare alle parti sociali o all’autorità amministrativa la predisposizione, a monte, dei limiti e cautele per temperare le esigenze difensive dell’impresa con il “controllo” sui lavoratori, che affidarsi, a valle, alla mediazione giudiziaria”; in precedenza in senso analogo, nell’attesa di una riforma che legittimasse l’utilizzabilità dei dati acquisiti a fini disciplinari in presenza di un controllo preterintenzionale legittimo cfr.: R. Galardi, *Il controllo sugli accessi ad internet*, cit., 570-571, che ha patrocinato una soluzione compromissoria ma equilibrata della problematica scrutinata volta ad ammettere i controlli tecnici richiesti sia dall’esigenza di evita-

tratto di lavoro i principi generali di correttezza e buona fede (artt. 1175, 1366 e 1375 c.c.), dei quali sono corollari - in ragione di una combinazione tra la regolamentazione speciale dello Statuto del lavoro e di quella generale del Codice della *privacy* - anche i principi di finalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali (artt. 2 e 11 del Codice) (17). Principi questi che impongono che il lavoratore venga informato - è bene rimarcarlo - oltre che delle specifiche finalità del controllo e delle sue modalità di esercizio anche delle eventuali conseguenze a livello disciplinare suscettibili di scaturire dall'esito di detti controlli (18). Tutto ciò porta ad affermare come in ogni caso siano vietati i controlli sui numerosi gesti e comportamenti di carattere personale di cui è costellata la giornata lavorativa nonché il controllo sulla 'persona' del lavoratore perché in tal modo si mette in gioco anche "la dignità del lavoratore che prende corpo nel bene della privacy". È stato a tale riguardo osservato come l'attuale modello normativo attualmente sia stato reso ancora più complesso dallo stretto collegamento tra la spe-

cifica normativa legale dei controlli e la disciplina del D.Lgs. 196/2013 nella materia di tutela della riservatezza dei dati personali (19), che è stato oggetto della decisione della CEDU del 12 gennaio 2016, n. 61496/08 (20) e su cui è da ultimo intervenuto il Reg. UE del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (Regolamento generale sulla protezione dei dati) (21).

Comunque sul piano più generale deve ritenersi ampliato l'ambito applicativo dei controlli a distanza una volta che tra le ragioni giustificative di detti controlli si è incluso, come già ricordato, dal recente legislatore la "tutela del patrimonio aziendale" sicché devesi ora nel bilanciamento degli interessi delle parti contrapposte tenere nel dovuto conto tutte quelle condotte suscettibili di determinare effetti pregiudizievoli oltre che sui singoli beni aziendali anche sulla stessa credibilità ed affidabilità dell'impresa, che talvolta incidono in misura non certo trascurabile in termini economici sullo stesso suo patrimonio (22).

re condotte illegittime sia da quella di controllare il concreto adempimento della prestazione lavorativa al fine di soddisfare ragioni oggettive (le esigenze organizzative, produttive e quelle della sicurezza del lavoro) e sempre nel rispetto della procedura prevista dal secondo comma dell'art. 4 Stat. lav.

(17) In argomento cfr. più diffusamente: P. Lambertucci, *Potere di controllo del lavoratore e tutela della riservatezza del lavoratore* cit., 7, che rimarca come il Garante abbia dettato precise regole procedurali volte a rendere informato il lavoratore sulle modalità di utilizzo degli strumenti messi a disposizione dello stesso nonché sulle circostanze nelle quali verranno effettuati i controlli (principio di trasparenza), ed abbia anche nel contempo sollecitato l'adozione di un dettagliato disciplinare interno alla *policy* aziendale, anche con le conseguenze di tipo sanzionatorio per l'indebito utilizzo da parte del lavoratore degli strumenti informativi.

(18) I generali principi civilistici di correttezza e buona fede e gli ulteriori principi dai primi scaturenti assumono particolare rilevanza vincolante per il datore di lavoro in presenza di apparecchiature elettroniche e digitali di controllo di ultima generazione, quali ad esempio: i localizzatori satellitari G.P.S in uso presso aziende che mettono in movimento periodicamente o quotidianamente i propri dipendenti per agevolare l'attività (altrimenti dispendiosa di tempo e di energia) della localizzazione dei punti di vendita ovvero dei fornitori e dei clienti e che risultano di sicura affidabilità per controllare a distanza l'attività dei lavoratori stessi; lo *smartphone* dotato di localizzatore, apparecchiatura di telefonia mobile dotata di applicazioni che consente la geolocalizzazione del lavoratore al quale lo *smartphone* viene consegnato; la strumentazione con tecnologia AVM (*Automotive Vehicle Monitoring*, sistema tecnologico avanzato), che permette di monitorare diverse grandezze fisiche caratteristiche relative ai veicoli in movimento (es. posizione, percorso, velocità, diagnostica dei componenti meccanici, ecc.) ed anche di monitorare il servizio esercitato dai veicoli adibiti a trasporto pubblico urbano.

Per una esauriente indicazione delle diverse tipologie di impianti di controllo e anche per numerosi e conferenti riferimenti giurisprudenziali in materia cfr. P. Rausei, *Tutto Jobs Act*, Mi-

lano, 2015, 17-19.

(19) Cfr. in tali termini G. Illas Vigliotti, *Controlli a distanza*, cit., 214.

Per R. De Luca Tamajo, *Introduzione*, in P. Tullini (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 F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2010, 1 ss. le notevoli difficoltà interpretative della disciplina dei controlli a distanza scaturiscono dalla sua natura multilivello e plurisettoriale.

(20) Per la statuizione che nell'uso degli strumenti di controllo deve individuarsi un giusto temperamento tra il diritto del lavoratore ai sensi dell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e l'interesse del datore di lavoro cfr. Cedu 12 gennaio 2016, n. 61496/08 che alla base di tale statuizione pone il criterio della ragionevolezza (punto 59 della decisione, secondo cui "non è irragionevole per un datore di lavoro volere verificare che i propri dipendenti stiano effettivamente svolgendo le loro mansioni durante l'orario di lavoro) e della proporzionalità (punto 63, secondo cui lo strumento di controllo deve essere "contenuto nella portata e dunque proporzionato").

(21) Anche il suddetto Regolamento, abrogativo della Dir. 95/46/CE, richiede tra l'altro che il trattamento dei dati personali debba seguire il principio della proporzionalità (punto 4), e della trasparenza (punto 39) e mostra pure di volere disciplinare le normative sulle micro, piccole e medie imprese, che hanno meno di 250 dipendenti, in termini differenti dalle altre per quanto riguarda la conservazione delle registrazioni, invitando le istituzioni e gli organi dell'Unione, gli Stati membri e le loro autorità di controllo a considerare le esigenze specifiche delle suddette imprese nell'applicare il Regolamento stesso.

(22) Oltre che in dottrina anche nella giurisprudenza è da tempo riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni derivanti dalle lesioni alla immagine dei soggetti giuridici. Cfr. al riguardo tra le altre: Cass. 1° ottobre 2013, n. 22396 secondo cui nei confronti delle persone giuridiche ed in genere degli enti collettivi, è configurabile il risarcimento dei danni non patrimoniali

Correttamente dunque è stato osservato come la recente riforma, pur conservando il generale divieto contenuto nel comma 1 dell'originario art. 4 Stat. lav., ha disposto l'ampliamento delle esigenze legittimanti il ricorso ai controlli a distanza perché, oltre a quelle 'tradizionali', consistenti "nelle esigenze organizzative, produttive e per la sicurezza del lavoro", sono ora riconosciute - è bene rimarcarlo ancora una volta - anche le esigenze di "tutela del patrimonio aziendale" (23). E nella stessa ottica non si è mancato opportunamente di evidenziare che le conseguenze di tale ampliamento ha effetti rilevanti perché la tutela non concerne più solamente i beni materiali dell'azienda, ma anche il *know how*, ovvero i beni immateriali, talvolta di gran lunga più rilevanti a livello economico (24).

La (diversa) regolamentazione dei "controlli a distanza" (art. 4, comma 1, Stat. lav.) e quella degli "strumenti utilizzati dal lavoratore" e di "registrazione degli accessi e delle presenze" (art. 4, comma 2, Stat. lav.)

Un ulteriore elemento di indubbia novità rispetto al passato è la netta differenziazione in sede di regolamentazione tra i controlli a distanza, da una parte, e gli "strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione" e quelli "di registrazione degli accessi e delle presenze", dall'altra. E ciò perché solo l'utilizzazione di detti strumenti non richiede la sussistenza di alcuna causale né necessita di preventivi accordi con le organizzazioni sindacali o di alcun genere di autorizzazione (25).

Detta diversità tra le varie fattispecie di controlli si individua attraverso una interpretazione oltre che

letterale anche logico-sistematica del dato normativo.

Dal tenore del nuovo art. 4 Stat. lav. si evincono più specificamente le seguenti diversità: il primo comma della norma scrutinata fa riferimento ai controlli a distanza mentre il secondo comma attiene unicamente a quegli strumenti di diretta utilizzazione del lavoratore perché necessari o utili per lo svolgimento delle sue mansioni o perché capaci di attestare la regolarità dell'accesso e delle presenze nei luoghi di lavoro; soltanto i controlli a distanza richiedono preventivi accordi collettivi (o autorizzazioni amministrative), diversamente da quanto accade per gli altri strumenti di controllo; per l'utilizzazione delle informazioni (estensibile a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro) raccolte a seguito dell'esercizio dei poteri datoriali sono richiesti, in caso dei controlli a distanza, sia gli accordi collettivi (o le autorizzazioni) e sia una adeguata informazione - fornita da parte datoriale ai lavoratori - sulle modalità di esercizio dei controlli e sulle loro finalità, mentre per gli strumenti di cui al secondo comma è necessario soltanto che sia stata fornita una siffatta informazione.

Tale assetto normativo è destinato poi ad avere sul piano della regolamentazione del rapporto lavorativo notevole ricadute, che vanno individuate sulla base delle finalità perseguite dal legislatore del 2015 e dalle coordinate disegnate con la legislazione sulla *privacy* nonché dal già citato Reg. UE del 26 aprile 2016 e dagli interventi della Cedu, che hanno patrocinato un ragionevole bilanciamento tra il diritto del datore all'esatto adempimento degli obblighi del lavoratore e l'interesse di quest'ultimo alla *privacy* (26).

se il fatto lesivo incide su situazioni giuridiche di detti soggetti che siano equivalenti ai diritti fondamentali della persona umana costituzionalmente protetti, qual è il diritto all'immagine, determinandone una diminuzione della considerazione dell'ente o della persona giuridica da parte dei consociati in genere, ovvero di settori o categorie di essi, con le quali i soggetti lesi di norma interagiscono, in *Danno e resp.*, 2014, 896, con nota di Treccani Carola, *Danno all'immagine dell'azienda e licenziamento del lavoratore nella giurisprudenza*, e più di recente Cass. 16 novembre 2015, n. 23401.

(23) Così G. Illas Vigliotti, *Controlli a distanza*, cit., 216.

Tutti i controlli a distanza devono essere assoggettati alle garanzie di cui al primo comma del nuovo art. 4 Stat. lav. Sul punto in giurisprudenza per quanto attiene alle garanzie procedurali richieste per tali controlli cfr. da ultimo Cass. 13 maggio 2016, n. 9904 per quanto attiene al *badge* elettronico idoneo a rilevare non solo la presenza ma anche la sospensione, i permessi e le pause ed a comparare nella immediatezza i dati di tutti i dipendenti, ed in precedenza Cass. 9 febbraio 2016, n. 2531 con riferimento ad un sistema di video-controllo immediato dell'attività del lavoratore. Per l'opinione che le apparec-

chiature di controllo a distanza per potere essere installate devono essere motivate da esigenze oggettive e sempre previo accordo sindacale (o autorizzazione amministrativa) vedi in dottrina tra gli altri: A. Bellavista, *Controlli elettronici e art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, II, 775; M.P. Aimò, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, 2003, 119 ss.; P. Chieco, *Privacy e lavoro*, Bari, 2000, 324 ss.

(24) In tali termini A. Mariani, *La legittimità dei controlli*, cit., 293, che evidenzia come l'aggiunta nel nuovo testo della tutela del patrimonio aziendale sia dipesa dalla difficoltà pratica di ricomprendere anche tale tutela nelle esigenze produttive, organizzative o di sicurezza.

(25) In questi precisi termini cfr. P. Rausei, *Tutto Jobs Act*, cit., 24.

(26) Cfr. al riguardo la decisione della Cedu del 12 gennaio 2016, n. 61496/08, cit., che nel ribadire quanto in precedenza affermato più volte dalla stessa Corte (cfr. tra le altre Grande Camera, sent. 22 gennaio 2008, ricorso n. 43546/02, *E.B. c. Francia*) in tema di interpretazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, ha statuito che tra le parti del

Ciò premesso, un congruo e conferente approccio ermeneutico alla norma in oggetto non può infine trascurare la considerazione che le indicate innovazioni si sono rese necessarie perché le esigenze produttive delle imprese e quelle di tutela del patrimonio aziendale, messe in pericolo anche da una incombente e crescente insicurezza nella vita di tutti i giorni, hanno nella pratica quotidiana del lavoro reso spesso necessari l'utilizzo di nuovi e sofisticati mezzi tecnologici, facendo così emergere tutta l'inadeguatezza della precedente normativa sull'impiego di mezzi di controllo divenuti nel frattempo tecnicamente sempre più evoluti (27).

Il che porta sul piano sistematico a ravvisare una delle ragioni del nuovo art. 4 Stat. lav. nella volontà del recente legislatore di consentire l'utilizzazione delle più aggiornate tecnologie da parte delle imprese, assecondandone la volontà di aumentarne la produttività pur nella consapevolezza che un non corretto uso delle nuove tecnologie può comportare come effetto indiretto, e talvolta non previsto né voluto, una lesione del diritto della *privacy* del lavoratore per tradursi in un controllo sulle sue abitudini, sullo stile di vita e sugli stessi suoi movimenti, sino al punto di poterne limitare la dignità personale, in violazione del precetto costituzionale, secondo cui ogni attività economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" (art. 41, comma 2, Cost.) (28). Ulteriore corollario delle argomentazioni svolte è l'assunto che una lettura del dato normativo che voglia essere supportata da un ragionevole bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti del rapporto lavorativo non può prescindere dalla considerazione che la tutela della "persona" del lavoratore debba essere parametrata sulla differenziata

natura dei controlli e sulla diversa entità ed incisività delle ricadute sulla "persona" del lavoratore scaturenti soprattutto dagli impianti audiovisivi e dai controlli a distanza. Strumenti questi che proprio per il loro maggiore potenziale offensivo possono essere impiegati unicamente in presenza delle specifiche ragioni espressamente indicate nell'*incipit* del primo comma dell'art. 4 Stat. lav.; ragioni che, per assumere carattere tassativo, non sono estensibili in alcun modo attraverso disinvolute interpretazioni del dato normativo.

Né sotto altro versante può sottacersi per quanto attiene invece agli strumenti dati in dotazione al lavoratore - in quanto utili o necessari per un proficuo svolgimento delle prestazioni lavorative come il *computer* e lo *smartphone* - che è prevista per detti strumenti soltanto una completa ed adeguata informativa sulle modalità del loro corretto uso, al fine di consentire, in osservanza del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1366 e 1375 c.c.), una compiuta individuazione dei rispettivi obblighi delle parti negoziali ad integrazione di quanto tra le stesse espressamente già pattuito.

Di contro per l'installazione delle telecamere e di tutte le restanti tipologie dei controlli a distanza sono richiesti, invece - è bene ribadirlo ancora una volta - preventivi accordi con le organizzazioni sindacali anche per meglio garantire la sicurezza degli impianti mediante un continuo monitoraggio delle prestazioni dei lavoratori al fine di accertarne il corretto adempimento degli obblighi contrattuali (29).

Il legislatore ha inteso in tal modo evitare una abusiva utilizzazione dei strumenti di controllo ai danni della dignità e della stessa libertà dei dipendenti in ragione di una oggettiva capacità di molti di

rapporto di lavoro va individuato un ragionevole bilanciamento tra contrapposti diritti, che può concretizzarsi nella scelta datoriale di inserire nel codice disciplinare una puntuale descrizione delle modalità di utilizzo della casella di posta elettronica non consentite, e di contenere i limiti del controllo volto all'accertamento di eventuali violazioni alle sole esigenze disciplinari.

(27) In tempi risalenti e precedenti alla entrata in vigore dello statuto esistevano solo telecamere e registratori ma non vi erano neanche *computer*, posta elettronica e *smartphone*.

Tra le prime denunce della inadeguatezza della norma abrogata e per la necessità di una nuova formulazione della norma statutaria cfr. per tutti F. Carinci, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Atti del convegno AIDLASS di Napoli 12 aprile 1985, Milano, 1986, 27 ss.

(28) Al riguardo va rilevato che nelle realtà aziendali si è accresciuto in maniera esponenziale l'uso dei controlli a distanza sia perché di comune ed utile praticabilità - come nel caso degli strumenti tecnologici che consentono attraverso la ricezione di segnali elettromagnetici di localizzare nella superficie terrestre i movimenti dei dipendenti e dei veicoli attraverso i quali

si svolgono i servizi di trasporto - sia perché detti controlli volti a tutelare la sicurezza delle persone e del patrimonio aziendale, finiscono per coincidere nelle finalità con i "controlli difensivi" che la giurisprudenza ha sempre assoggettato al preventivo vaglio sindacale proprio per il pericolo di lesioni alla dignità, al decoro della persona ed al diritto alla riservatezza.

Per un accostamento ai fini della regolamentazione tra controlli difensivi e controlli a distanza cfr. da ultimo in motivazione Cass. 12 ottobre 2015, n. 20440, che ha dichiarato legittimo il licenziamento del dipendente che si allontana dalla sede di lavoro sulla base dei rilievi del Gps installato sull'auto aziendale in dotazione del lavoratore.

(29) Va rilevato, con riguardo ai servizi di trasporto pubblico, che in ragione degli interessi coinvolti, risulta doveroso il ricorso ai più moderni e sofisticati strumenti di controllo a distanza, capaci di monitorare per tutta la durata del servizio la regolarità delle prestazioni lavorative nonché di fornire, in tempi reali, informazioni sui dati del traffico ed, in caso di incidenti, la localizzazione dei mezzi di trasporto.

detti strumenti non solo di “controllare”, in tempi reali ed in via continuativa la intera giornata lavorativa dei dipendenti - ed anche quindi l'attività spiegata al di fuori della azienda - ma anche di “sorvegliarne” i loro diversi movimenti e di “ascoltarne” il parlare. Motivi questi che hanno indotto il recente legislatore ad equiparare nella disciplina gli impianti audiovisivi a tutti i controlli a distanza (30).

Una tale equiparazione a livello normativo per tutti i controlli di cui al primo comma dell'art. 4 Stat. lav. e la diversità rispetto agli altri strumenti regolati dal comma successivo della stessa norma statutaria si giustificano non solo perché i controlli a distanza sovente incidono sulla *privacy* anche di terzi estranei alla azienda, ma anche perché nella maggior parte dei casi i loro destinatari non sono i soli singoli lavoratori ma tutti indistintamente i dipendenti dell'impresa (31). In questi casi risulta maggiormente utile l'esigenza che l'obbligo di informativa venga regolamentato in forma chiara in un codice aziendale, anche al fine di apportare elementi di armonizzazione e di chiarimento nell'ambito di una materia caratterizzata da un confluire di fonti

normative di diverso livello ed in relazione alla quale manca una sintesi normativa della disciplina statutaria e di quella della *privacy*. Con tale codice infatti si renderebbe in qualche misura più agevole il compito dell'interprete, e conseguentemente si ridimensionerebbe il pericolo di approdi dottrinari e giurisprudenziali dal contenuto incerto in una materia che, proprio per gli interessi coinvolti, abbisogna sia in dottrina che in giurisprudenza di approdi affidabili (32).

Condotte illecite del lavoratore e legittima difesa

Con una proposta ricostruttiva delle problematiche riguardanti la nuova normativa si è affermato, in una ottica civilistica, che il controllo difensivo per essere considerato legittimo, in deroga al nuovo testo dell'art. 4 Stat. lav., dovrebbe essere occasionato dalla necessità eccezionale - non dilazionabile nel tempo e non realizzabile altrimenti - di fronteggiare comportamenti del lavoratore qualificabili come illeciti. Ed infatti - al di là dell'interesse all'esatto adempimento della prestazione, che pure può correttamente coesistere con l'esigenza difensiva

(30) Indica in tre le novità del nuovo art. 4 Stat. lav. in materia di mediazione sindacale e di autorizzazione V. Maio, *La nuova disciplina*, cit., 1203-1205, per il quale infatti: viene meno in tema di controlli preterintenzionali la competenza delle commissioni interne; nel campo di imprese con unità produttive ubicate in diverse Province (fin tanto che queste non vengano sostituite da aree più vaste) della stessa Regione o in più Regioni, l'accordo sindacale può “in alternativa” essere sottoscritto anche dalle “associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”; viene soppresso infine il ricorso amministrativo al Ministro del lavoro avverso i provvedimenti dell'autorità territoriale del lavoro, operandosi in tal modo una opportuna semplificazione.

(31) La lettera del nuovo testo dell'art. 4 induce a ritenere necessari gli accordi collettivi anche nei casi in cui si proceda alla sola installazione di qualsiasi strumento di controllo a distanza superandosi così ogni incertezza in precedenza riscontrata in dottrina ed in giurisprudenza.

In precedenza per la necessità di preventivi accordi cfr.: Cass. pen., Sez. III, 30 gennaio 2012, n. 4331, che ha ravvisato il reato di pericolo previsto dal combinato disposto degli artt. 4 e 38 Stat. lav. e 114 e 171 del D.Lgs. n. 196 del 2003, in caso di installazione di impianti audiovisivi di controllo senza un preventivo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, o comunque in difetto di permesso dall'ispettorato del lavoro - precisando che ricorre tale reato in presenza della mera predisposizione di apparecchiature idonee a controllare a distanza l'attività dei lavoratori, non essendo richiesta per la punibilità la messa in funzione o il concreto utilizzo delle attrezzature (nel caso in esame è stata ritenuta penalmente rilevante la installazione all'interno di un supermercato di otto micro-camere a circuito chiuso di cui alcune puntate direttamente sulle casse); tra i giudici di merito cfr. in tema anche Trib. Milano 30 marzo 2006 in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 752, secondo cui l'installazione ed il conseguente utilizzo da parte del datore di lavoro di un *software* di controllo a distanza dell'attività lavorativa in assenza di un previo accordo con i competenti organi sindacali

configura una condotta antisindacale a nulla rilevando che il datore di lavoro giustifichi l'utilizzo di siffatto *software* per controlli difensivi in quanto nessun controllo può considerarsi legittimo se effettuato in contrasto con quanto previsto dall'art. 4 Stat. lav.; Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, cit. esclude però dall'ambito applicativo della norma statutaria i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore quali, ad esempio, i sistemi di controllo dell'accesso ad aree riservate o gli apparecchi di rilevazione di telefonate ingiustificate.

(32) In tali precisi termini A. Sitzia, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori*, cit., 92-93, che rileva come peraltro il modello del Codice *privacy* attribuisca una importanza ancora più incisiva al consenso come dimostra la stessa struttura del reato di trattamento illecito dei dati personali che, con riguardo al rapporto tra privati incrimina solamente la violazione della regola del consenso espresso del titolare dei dati personali e non quella relativa all'informativa; consenso però che non viene richiesto nelle ipotesi elencate dall'art. 24 del suddetto Codice, tra le quali rileva, in primo luogo, quella disciplinata dalla lettera a) che - in conformità con quanto previsto alla lettera c) dell'art. 7 della Dir. 95/45/CE - riguarda i casi in cui il trattamento dei dati “è necessario per adempiere ad un obbligo previsto dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria”.

Per la puntualizzazione che tra la normativa generale in tema di *privacy* e quella speciale del diritto del lavoro vi sia una forma di “virtuosa interazione” - dal momento che la normativa sulla *privacy* amplia l'attitudine regolativa dell'art. 8 Stat. lav., richiedendo il consenso informato (o comunque l'informazione nei casi in cui il trattamento è effettuabile anche in assenza di consenso) - cfr. P. Chieco, *Privacy e lavoro*, Bari, 2000, 35 ss.

Per un esame del rapporto tra Statuto dei lavoratori e codice *privacy* e tra informativa e consenso cfr. anche per utili ed esaurienti riferimenti ai diversi indirizzi dottrinari in materia vedi ancora A. Sitzia, *op. ult. cit.*, 91-95.

- detti comportamenti integrano "atti di aggressione contro l'altrui diritto" (33).

Il riportato assunto, condivisibile per i risultati cui perviene, sollecita alcune riflessioni di carattere generale.

In linea con quanto sostenuto da un indirizzo giurisprudenziale anteriore alla riforma operata dal D.Lgs. n. 151 del 2015 deve ritenersi che i cc.dd. controlli difensivi in ipotesi di condotte illecite fuoriescono del tutto dall'ambito applicativo della normativa del vigente art. 4 Stat. lav., con la conseguenza che la legittimità dei suddetti controlli sussiste anche se non si siano osservate le procedure di mediazione sindacale e non si sia provveduto a dare ai lavoratori una adeguata informativa (34). È indubbio che la recente riforma ha inteso impedire forme di controlli che per le loro modalità presentano una oggettiva potenzialità di ledere il diritto alla *privacy* ed alla dignità dei lavoratori, ma il suo ambito applicativo non può avere compreso nell'intento del legislatore condotte che - per risultare chiaramente illecite o illegittime perché lesive di interessi pubblici o di principi fondanti dell'ordinamento - mettono a rischio la sicurezza personale dei lavoratori e l'integrità del patrimonio aziendale.

Ed infatti, l'espressa aggiunta, da parte del legislatore del 2015 delle esigenze di tutela del patrimonio aziendale alle altre ragioni che già in precedenza legittimavano i controlli a distanza ha avuto come fine solo quello di evidenziare il maggior rilievo che nell'attuale contesto socio-economico l'interesse alla sicurezza ed alla tutela del patrimonio aziendale deve avere nell'ambito del bilanciamento

degli interessi in gioco, ma non certo quello di regolare esaustivamente condotte diverse da quelle che si traducono in meri inadempimenti degli obblighi contrattuali, per concretizzarsi invece in gravi ed illecite aggressioni alla sicurezza ed al patrimonio aziendale. Condotte queste che giustificano l'applicazione dei generali principi della legittima difesa ai sensi dell'art. 2044 c.c.. Disposizione quest'ultima che - come è stato più volte statuito in giurisprudenza - rinvia sostanzialmente al disposto dell'art. 52 c.p. (35), che richiede a sua volta per l'esclusione della responsabilità civile per fatto illecito che si sia in presenza della necessità di difendere un diritto proprio o altrui dal pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempreché vi sia proporzionalità tra la difesa e l'offesa, da valutarsi *ex ante* (36).

Quanto ora detto è destinato ad avere effetti di non trascurabile rilievo nella realtà fattuale.

È sufficiente a tale riguardo rilevare, a titolo puramente esemplificativo, come nell'ipotesi di impugnativa del lavoratore avverso provvedimenti sanzionatori emessi, sulla base delle informative raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 4 Stat. lav., la parte datoriale potrà, per il combinato disposto degli artt. 2044 c.c. e 52 c.p. (37), eccepire e provare di avere agito per fare fronte ad un grave ed imminente pericolo per sé o per i suoi dipendenti oppure per difendere gli impianti aziendali da aggressioni violente e criminose anche ad opera di terzi (38).

Né può, su un piano più generale, tralasciarsi di considerare che non possono risultare estranee alla riforma del 2015 anche esigenze di natura econo-

(33) In tali precisi termini V. Maio, *La nuova disciplina dei controlli*, cit., 1200-1201, che supporta il suo assunto con l'attingere fino in fondo allo strumentario del diritto comune ed in particolare alla nozione civilistica della legittima difesa, da sempre intesa come facoltà di respingere l'attacco altrui e ritenuta compatibile con la "*predisposizione di uomini e strumenti, onde evitare che il pericolo preventivo dell'altrui aggressione possa realizzarsi*".

(34) Cfr. per la giurisprudenza formatasi prima della modifica della norma statutaria e secondo la quale i controlli difensivi non sono assoggettati alla disciplina della suddetta norma cfr. la nt. 10.

(35) Cfr. *ex aliis* Cass. 25 febbraio 2009, n. 4492; Cass. 16 febbraio 1978, n. 753. in *Arch. civ.*, 1978, 762.

(36) È opportuno rammentare che la finalità del nuovo art. 4 Stat. lav. di apprestare una maggiore tutela del patrimonio aziendale allo scopo di garantire sul piano generale una maggiore sicurezza socio-economico, estensibile quindi anche all'esercizio delle attività imprenditoriali, è già rinvenibile nelle modifiche apportate al testo originale dell'art. 52 c.p. dalla L. 13 febbraio 2006, n. 59 che, con l'aggiunta di due commi al testo precedente, ha inteso garantire rispetto al passato non solo una maggiore tutela alla persona dell'agredito ma pure ai suoi beni anche allorché il pericolo dell'aggressione si

concretizzi nei luoghi "ove venga esercitata una attività commerciale, professionale o imprenditoriale" (cfr. art. 52, comma 3, c.p.).

(37) Per l'assunto che tra la norma civile e quella penale vi sia una identità concettuale Cass. 25 febbraio 2009, n. 4492 cit., che però aggiunge che detta identità deve confrontarsi con il *favor rei* che ha valenza generale in materia penale nonché con le diverse regole che presiedono la formazione della prova nel processo penale e civile.

(38) Per quanto attiene alla prova dei presupposti legittimanti la legittima difesa detta prova deve essere fornita dal soggetto che la invoca non potendo essere violati, attraverso valutazioni discrezionali dell'interprete, i principi fissati dal disposto dell'art. 2697 c.c. sulla ripartizione dell'onere della prova. Cfr. in tema Cass. 25 febbraio 2009, n. 4492, cit., che nello specificare le diverse regole che presiedono la formazione della prova della legittima difesa nel processo civile e penale, osserva che mentre nel giudizio penale la "*semi probatio*" in ordine alla sussistenza della scriminante comporta l'assoluzione dell'imputato ex art. 530, comma 3, c.p.c., nel giudizio civile il dubbio si risolve in danno del soggetto che la invoca e su cui incombe il relativo onere della prova. Ricorre invece al diverso "principio di riferibilità o vicinanza della prova" - ai fini della individuazione del soggetto tenuto a provare la riferibilità della

mica da salvaguardare in presenza di crescenti fenomeni di criminalità comune e di un preoccupante terrorismo di natura ideologica, il che porta a chiedersi se non debba allo stato privilegiarsi anche nell'attuale assetto ordinamentale, l'interesse alla sicurezza della collettività su quella alla *privacy* individuale.

Ma comunque in ogni caso deve darsi nella materia scrutinata, per quanto sinora detto, un doveroso rilievo sul piano ermeneutico alla sicurezza del lavoro ed alla tutela del patrimonio aziendale, il che porta ad escludere che possa darsi continuità all'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale devono in ogni caso ritenersi vietati strumenti di controllo a distanza volti ad accertare condotte illecite del lavoratore come l'accesso ad aule riservate o come la rilevazione di telefonate ingiustificate (39), mentre devono essere riaffermati i principi che nella giurisprudenza di legittimità hanno portato ad estendere l'ambito applicativo dei controlli difensivi, intesi "a rilevare mancanze specifiche e comportamenti estranei alla normale attività lavorativa". Controlli questi eseguibili anche mediante agenzie investigative private (40).

Conclusioni

Ci si è chiesto se, a seguito della nuova normativa, il lavoratore sarà o meno suddito e si è anche auspicato che la valutazione sull'efficacia della nuova disciplina venga effettuata comparandola con quella che l'art. 4 Stat. lav. era di fatto arrivata ad essere, cioè una fonte di incertezza per le imprese e di scarsa protezione per i lavoratori comunque controllati in lungo ed in largo (41).

Si è anche sotto un diverso versante rilevato che deve essere valutata positivamente la normativa della *privacy* perché l'ordinamento si è spinto sino a regolare i singoli atti nei quali si estrinseca il potere datoriale di controllo, segnatamente a distanza, tanto da prevedere dei limiti a tale esercizio, che si traducono in corrispondenti diritti soggettivi del lavoratore (42). Nello stesso tempo non si è però mancato di rilevare che la normativa sulla *privacy* e quella statutaria hanno continuato a procedere in parallelo, senza incontrarsi (43).

Con la consapevolezza di esprimere, a fronte delle domande proposte, opinioni meritevoli di maggiori approfondimenti - perché espresse in un primo approccio con una norma di non agevole lettura - si ritiene che la nuova normativa dell'art. 4 Stat. lav. potrà essere fonte di maggiori incertezze rispetto a quelle scaturenti dalla precedente disciplina, perché è prevedibile il formarsi di una giurisprudenza oscillante tra opzioni ermeneutiche volte a privilegiare ragioni di sicurezza e di tutela del patrimonio aziendale ed indirizzi opposti in quanto diretti invece a garantire - nel bilanciamento di interessi di uguale copertura costituzionale - una maggiore tutela ai diritti della *privacy* e della "persona" del lavoratore.

Incertezze queste che si uniranno a quelle che del resto caratterizzano il corso di quello che può, a buon titolo, qualificarsi come "nuovo diritto del lavoro", che iniziato con la L. 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. legge Fornero) è poi continuato con i decreti del *Jobs act*, attuativi della legge delega n. 183 del 10 dicembre 2014 (44).

propria condotta alla scriminante dell'artt. 2044 c.c. - Cass. 29 gennaio 2016, n. 1665, in *Giur. it.*, 2016, 821, con nota di V. Nirmina, *Il principio della vicinanza della prova quale deroga dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c. cui adde* negli stessi sensi Cass. 14 gennaio 2016, n. 486.

(39) Così Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2003, 71 con nota di L. D'Arcangelo, *Uso privato del telefono, riservatezza e poteri di controllo del datore di lavoro*.

(40) Cfr. in questi termini da ultimo Cass. 12 ottobre 2015, n. 20440 non massimata, ed in precedenza tra le altre Cass. 27 maggio 2015, n. 1095 cit. nonché Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, in *Mass. Giur. lav.*, 2012, 558, con nota di D. Larussi, *Controllo informativo del lavoratore e legittimità dell'indagine difensiva diretta a tutelare il patrimonio aziendale*.

(41) Cfr. R. Del Punta, *La nuova disciplina*, cit., 108, che precisa al riguardo come la valutazione in relazione al vecchio testo dell'art. 4 Stat. lav. debba essere effettuata sul piano della certezza del diritto "piuttosto che con l'idealizzazione d'un modello che necessitava, nella migliore delle ipotesi, di un manovazione più che straordinaria".

(42) Cfr. in questi termini R. Del Punta, *La nuova disciplina*, cit., 95, che osserva anche come la prima istanza della quale si è fatta portatrice la normativa sulla *privacy* in termini di con-

creti adempimenti per le imprese, è stata quella legata all'obbligo di informativa previsto dall'art. 13 del Codice, da cui il Garante ha tratto una generale istanza di trasparenza nella gestione dei dati da fare preventivamente conoscere nelle modalità del loro trattamento, che ha poi trovato una collocazione naturale nello strumento della informazione "così innescando, nelle imprese meglio organizzate, dinamiche virtuose sovente tradottesi nell'adottare chiari disciplinari da pubblicizzare adeguatamente verso i singoli lavoratori ... e da sottoporre ... ad aggiornamenti periodici" (cfr. *amplius* 91-93 e nt. 15, che richiama la deliberazione del Garante per la protezione dei dati personali 8 aprile 2010, doc. web n. 1712680 di cui v. par. 4.1 per i rapporti di lavoro).

(43) Così ancora R. Del Punta, *La nuova disciplina*, cit., 95.

(44) Per l'opinione che il nuovo corso del diritto del lavoro sia fonte inesauribile di crescenti incertezze cfr. G. Vidiri, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 617 ss., e più di recente *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto*, in AA.VV., *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'Unione Europea*, a cura di R. Cosio - F. Curcuruto - R. Foglia, Milano, 2016, 77 ss.

A chi nell'ambito del diritto civile ha inteso privilegiare in buona parte della sua vita professionale il diritto del lavoro in quanto 'diritto valoriale', non può infatti sfuggire che negli ultimi anni, proprio nel settore giuslavoristico, si sia assistito ad un succedersi di norme che, prive di qualsiasi progettualità e spesso anche di una apprezzabile tecnicità, hanno reso instabile l'assetto delle relazioni industriali, non fornendo all'interprete riferimenti di alcun genere per pervenire ad un giusto equilibrio tra diritti ugualmente tutelati, quali quelli alla libertà della impresa ed alla tutela dell'occupazione e del posto del lavoro.

Per concludere dunque non sembra azzardato prevedere che si perverrà nell'interpretare l'art. 4 Stat. lav. ad una normativa a formazione giurispruden-

ziale, come spesso accade in presenza di norme lacunose, di difficile lettura ed aventi ad oggetto materie interdisciplinari in cui si incrociano fonti regolamentari di diverso livello. Ed è questo il caso dei controlli a distanza la cui normativa appare di non encomiabile fattura e criticabile anche per non avere fornito per quanto attiene all'apparato sanzionatorio - in una materia interdisciplinare in cui interagiscono una pluralità di fonti normative - alcun criterio di coordinamento tra la normativa sulla *privacy* e quella sui controlli. Condizioni queste che potranno pertanto condurre ad una giurisprudenza pendolare a seguito del formarsi di diversi e contrastanti indirizzi, con il non ipotetico pericolo di pronunzie influenzate da opzioni culturali o da pregiudizi ideologici (45).

(45) Agli inizi degli anni quaranta del secolo scorso un noto filosofo del diritto ebbe a dire che nei sistemi giuridici progrediti dei popoli civili il giudice deve rimanere, di fronte alla legge codificata, il *custode della legge*, precisando al riguardo come la lesione del principio della certezza del diritto ad opera di disposizioni oscure, lacunose ed instabili finisca per favorire un approccio ermeneutico volto coscientemente a perseguire non la volontà del legislatore ma a tutti i costi il risultato da ogni interprete desiderato (cfr. sul punto Lopez De Onate, *La certezza del diritto*, nella Collana già diretta da F. Galasso, a cura di F. Mercadante, Milano 1986, spec. 81-89). Sulla certezza del diritto cfr. da ultimo N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1115 ss.; P. Grossi, *Sulla "odierna" incertezza del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 921 ss.

Per la precisazione che interpretare una norma non significa

però affatto "il piatto ed inerte adeguarsi al testo letterale" cfr. N. Irti, *"I cancelli delle parole"*, Napoli, 2015, 59-60, che osserva come interpretare significa il dovere di scegliere entro le possibilità riservate da ciascun testo ma non oltre i significati da esso ricavabili, sicché "il testo linguistico dà la misura alla discrezionalità giudiziaria, la quale deve certo volgere dall'esterna letteralità agli interni significati, dal di fuori al dentro, ma non andare oltre, degradando il testo a pretesto di entità immaginarie". E sempre sul rapporto dell'attività ermeneutica con il testo della norma da interpretare cfr. anche M. Ainis, *Le parole della Costituzione*, Napoli, 2014, 37, che ricorda come il diritto sia stato considerato "una scienza pratica, che serve a risolvere casi concreti, dubbi che non hanno a che fare con la metafisica, bensì con l'inferno dei nostri rapporti quotidiani" per cui "la meta del diritto è la certezza".