

*Alla mia famiglia,
costante ed armonica certezza
che mi accompagna verso il progresso*

**“PROGRESSO TECNOLOGICO E POTERE DI
CONTROLLO”**

INDICE

Introduzione

CAPITOLO 1

Il controllo sui lavoratori nel sistema delle fonti nazionali ed europee

SEZIONE I –

Il potere di controllo e le modalità del suo esercizio nell'ordinamento italiano.

Il regime dei controlli sui lavoratori

1. I diritti della persona all'interno dell'organizzazione del lavoro: funzionalizzazione degli istituti giuridici e valori.
2. Bilanciamento tra la tutela del lavoratore-persona e i poteri di organizzazione del lavoro.
3. Ratio ed effetti del potere di controllo del datore di lavoro. Come può il datore di lavoro controllare il dipendente?
 - 3.1 L'impiego di investigatori privati fuori dal campo applicativo dell'art. 4.

SEZIONE II

Il controllo a distanza nello Statuto dei Lavoratori e nel Jobs Act

1. Il controllo a distanza sul lavoratore secondo l'originaria versione dell'art. 4: le esigenze pratiche e teoriche che hanno spinto ad una modifica dell'art. 4.
2. La necessaria riformulazione dell'art. 4: come l'odierna realtà produttiva ha inciso sulla struttura stessa dei controlli a distanza.

3. Le ricadute applicative della nuova disciplina: esegesi dell'art. 4, quali le novità, quali i limiti e quali le incongruenze del nuovo assetto normativo.

--- 3.1 I limiti imposti al datore di lavoro nella scelta e nell'utilizzo degli strumenti: la difficile ma necessaria qualificazione dei dispositivi in termini di strumenti "di controllo" o "di lavoro";

--- 3.2 I limiti imposti al datore di lavoro nell'organizzazione della sua impresa: le stringenti regole procedurali ed il necessario rispetto della normativa in materia di privacy.

4. Cosa è rimasto della nozione di "controlli difensivi": l'importanza della causalità del controllo, quali sono le ragioni di tutela del patrimonio aziendale, la differenza tra beni esterni al rapporto di lavoro e beni interni al rapporto di lavoro.

SEZIONE III –

La disciplina del Codice in materia di protezione di dati personali (d.lgs n. 196/2003) e le novità introdotte dal Regolamento Europeo n. 679/2016 (GDPR)

1. Uno sguardo al quadro delle fonti nazionali ed europee.

2. Le principali novità introdotte dal nuovo Regolamento europeo 679/2016 (GDPR).

--- 2.1 I principi in materia di trattamento di dati personali dei lavoratori: il principio di trasparenza.

--- 2.2 Il principio di *accountability* e la nuova figura del *Data Protection Officer* secondo il criterio della *privacy by design* e *by default*.

3. La posizione dei Garanti europei riuniti nel WP29.

4. Il recepimento del GDPR in Italia con il decreto attuativo n. 101/2018. Profili critici.
5. Alcuni rilievi problematici sull'acquisizione e il trattamento di dati personali del lavoratore
6. Conclusioni: la “prevalenza” della disciplina sul trattamento dei dati personali. L'importanza nodale dell'informazione preventiva.
7. Tabella di raffronto tra vecchio e nuovo Codice Privacy.

CAPITOLO 2

L'esecuzione del controllo sui lavoratori.

Modalità e limiti: gli strumenti di lavoro

SEZIONE I –

Il concetto di “strumenti di lavoro”.

La tipologia della fattispecie tra presente (...)

1. L'ampiezza dell'accezione e i suoi risvolti pratici sul potere datoriale di controllo.
2. Rilievi empirici: prime qualificazioni dei dispositivi usati in azienda.
 - a) I computers e le diverse componenti hardware e software che lo compongono
 - b) Il telefono nei call center ed i software per registrare le telefonate
 - c) I sistemi di rilevazione degli accessi e delle presenze: quali sono?
 - d) I sistemi di geolocalizzazione: dai gps installati sui veicoli aziendali agli innovativi software di localizzazione. In particolare, il caso del braccialetto Amazon.
 - e) Internet e la posta elettronica

f) I social network: come qualificarli nelle diverse fasi del rapporto di lavoro

g) I sistemi di videosorveglianza: tra giurisprudenza civile e giurisprudenza penale

SEZIONE II –

(...) e futuro, nella prospettiva dell'Industry 4.0

1. Come collocare il controllo a distanza all'interno dell'Industry 4.0: l'incompletezza dell'odierna normativa.

2. Il ruolo della tecnologia nei processi produttivi: il lavoro umano è destinato a scomparire per lasciar spazio al lavoro automatizzato?

3. Gli strumenti dell'Industry 4.0.

-- 3.1 *Quid iuris* per il controllo a distanza effettuato mediante i robot?

-- 3.2 *Quid iuris* per il controllo a distanza effettuato mediante le intelligenze artificiali?

4. Le forme di lavoro dell'Industry 4.0.

-- 4.1 Il lavoro agile: che tipo di controllo?

-- 4.2 Il lavoro a domicilio, il *Bring Your Own Devices*: che tipo di controllo?

CAPITOLO 3

La tutela del lavoratore controllato

SEZIONE I

Il trattamento sanzionatorio

1. Il quadro delle sanzioni a carico del datore di lavoro

2. Conseguenza immediata: l'inutilizzabilità dei dati.

- 2.1 L'inutilizzabilità dei dati raccolti illecitamente: le sanzioni previste dal Codice Privacy e dallo Statuto dei lavoratori
3. La responsabilità penale nella tortuosa ricostruzione di un'unitaria fattispecie spezzettata in norme eterogenee

SEZIONE II

Il danno al lavoratore

1. La responsabilità civile, il danno alla persona del lavoratore.
2. La difficile qualificazione del danno esistenziale: il danno non patrimoniale, ieri ed oggi.
3. La qualificazione del danno non patrimoniale nell'ordinamento giuslavoristico
4. Il danno da illegittimo controllo come lesione della sfera morale ed esistenziale del lavoratore

CONCLUSIONI

INTRODUZIONE

Il presente lavoro trova fondamento in un'idea precisa: la persona rappresenta un valore caratterizzante ogni settore del diritto civile, che permea la struttura dell'ordinamento giuridico italiano orientando gli istituti giuridici verso la tutela della personalità dell'uomo.

Quest'ultima deve essere garantita non solo rispetto all'individuo come singolo, ma soprattutto rispetto all'individuo come parte di una comunità. Tale concezione trova il proprio fondamento nell'art. 2 della Costituzione, secondo cui, la persona non può svilupparsi se non *anche* nell'ambito di una formazione sociale, intesa quale comunità di individui (dalla più piccola quale è la famiglia, alla più grande quale è lo Stato)¹.

Il rilievo della persona umana assume ancora maggiore importanza in alcuni ambiti del diritto civile, come nel diritto del lavoro. In questa materia, infatti, il lavoratore è, prima di tutto, una persona che utilizza il lavoro come mezzo con cui effettivamente realizzare se stesso.

Da quest'angolazione il presente lavoro di ricerca vuole dimostrare come il progresso tecnologico muti, da un punto di vista giuridico, la struttura stessa del rapporto di lavoro e le modalità di adempimento della prestazione lavorativa, mettendo in pericolo la *qualitas* di lavoratore-persona.

Da qui, dunque, la consapevolezza che non può esservi progresso o innovazione che non abbia come fondamento la tutela della persona.

¹ Per un'attenta analisi della questione P. PERLINGIERI, *La persona ed i suoi diritti, problemi del diritto civile*, 2005, Napoli, p. 5 ss., il quale osserva che "la persona, come valore, cioè la personalità, rappresenta la parte caratterizzante l'ordinamento giuridico, sì da garantirne l'unitarietà". Ancora P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1982; P. PERLINGIERI *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 2001; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1982; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Dir. XXXIII*, Milano, 1983, p. 355 ss; A. PIZZORUSSO – R. ROMBOLI – U. BRECCIA – A. DE VITA, *Persone fisiche, Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1988; P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Giur. Treccani XXIII*, Roma, 1990, p. 1 ss; V. ZENO-ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Digesto disc. Priv. – sez. civ. XIII*, Torino, 1995, p. 430 ss, e in *I diritti della personalità, diritto civile (Lipari-Rescigno)*, I, Milano 2009; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, 2000.

Con riferimento al rapporto di lavoro, la questione si pone nell'ambito del controllo datoriale che, realizzando un trattamento di dati personali² del lavoratore, rappresenta un'invasione della sua sfera personale³.

Il potere di controllo è una naturale esplicazione del ruolo di datore di lavoro, necessario all'interno dell'organizzazione dell'impresa ed espressione del potere direttivo⁴. Per via delle sue naturali implicazioni fisiche e psichiche, come il necessario coinvolgimento della "persona" nell'adempimento della prestazione lavorativa, il controllo sui lavoratori ha conseguenze che non riguardano solamente la sfera tecnica e produttiva, ma che, incidono inevitabilmente sulla loro vita aziendale ed extra-aziendale.

Nel tentativo di individuare quale sia il punto di equilibrio tra le ragioni della persona del lavoratore e le ragioni dell'impresa va preliminarmente evidenziato che la disciplina dei controlli è posta a salvaguardia di due beni di importanza e fondamento costituzionale⁵.

² L'esercizio del potere di controllo e le sue connesse conseguenze non possono che avere ad oggetto *anche* un trattamento di dati ed informazioni personali del lavoratore. Per "dato personale" si intende "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"². Per "trattamento" si intende "qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione".

³ Cfr. sul tema 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)*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2015, n. 255, 3; B VENEZIANI, *I controlli dell'imprenditore e i contratti di lavoro*, Cacucci, 1975, p. 53; A: CIUTADELLA, voce *dignità e riservatezza (tutela della)*, in Enc. Giur. Trec., 1990, XXI, 1; P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1979, 74; L. GAETA, *La dignità del lavoratore e i turbamenti dell'innovazione*, in LD, 1990, 203.

⁴ Cfr. M. MARAZZA, in *Trattato di diritto del lavoro, Contratto di organizzazione e lavoro*, vol. IV, tomo II, Cedam, 2012; F. SANTORO PASSARELLI, *nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995; M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966; L. MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *Dir. Soc.*, 1965; G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963.

⁵ Sul tema L. MONTUSCHI, *La Costituzione come fonte regolatrice del rapporto*, in *Le fonti del diritto del lavoro*, volume I, *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. Persiani e F. Carinci, Padova, 2010; F.

Da un lato, i diritti fondamentali della persona del lavoratore che trovano riconoscimento nell'art. 2 della Costituzione, costituendo l'azienda una delle "formazioni sociali" ove si svolge la personalità dell'uomo e dove ne devono essere garantiti i diritti inviolabili⁶. Dall'altro lato, la libertà di iniziativa economica che è tutelata e garantita dall'art. 41 della Costituzione. In particolare, il secondo comma dell'art. 41, Cost. pone alla libertà di iniziativa economica privata il limite della tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana, rappresentando così l'espressione del compromesso tra esigenze produttive ed istanze protettive: che nel caso in esame si traduce nella ricerca di un giusto equilibrio tra la tutela della persona e delle informazioni personali del lavoratore e l'interesse organizzativo-produttivo del datore di lavoro.

Dalla necessità di soddisfare le suddette esigenze discende la funzione complessiva, tradizionalmente svolta dal diritto del lavoro, di limitare allo stretto necessario l'implicazione della persona del lavoratore nell'adempimento dell'obbligazione lavorativa. Consentendo così, come legittime, solo quelle limitazioni indispensabili per il normale espletamento della prestazione lavorativa.

Il progresso tecnologico ha generato un utilizzo necessitato e generalizzato degli strumenti informatici di lavoro e di sofisticate tecnologie in ambito produttivo.

Ciò ha, da un lato, accresciuto le ipotesi di controllo invasivo e massivo sui dipendenti (accentuando il bisogno di tutela della riservatezza del lavoratore-persona), dall'altro, ha sollevato l'esigenza di un impiego più libero di tali strumenti nelle imprese.

CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro*, Torino, 2007; M. PERSIANI, *Lineamenti del potere direttivo*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. Persiani e F. Carinci; F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995.

⁶ I diritti della persona sono diversamente definiti e qualificati. Si trova detto che essi sono "fondamentali", "essenziali", "insopprimibili", "imprescindibili", "irrinunciabili", "sacri". Nella formulazione del testo dell'art. 2 Costituzione l'assemblea costituente si accordò per chiamarli "inviolabili".

In quest'ambito, animato dall'incessante dialettica tra le ragioni della persona del lavoratore e le ragioni dell'impresa, si è resa inevitabile l'integrazione tra le norme a protezione dei lavoratori e la disciplina in materia di diritto alla riservatezza.

Il legislatore, però, come si analizzerà nelle pagine successive, non ha predisposto un quadro normativo capace di imporre regole chiare, che indirizzino gli interpreti e gli operatori del diritto verso la certezza giuridica.

La liceità del controllo datoriale deve essere vagliata alla luce dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori e del complessivo sistema normativo in materia di protezione di dati personali⁷.

Non si ritiene che le due discipline rappresentino una duplicazione di tutele, in quanto non è opportuno né utile distinguere tra lo *status* di lavoratore e lo *status* di soggetto interessato da trattamento di dati personali. Il destinatario della tutela è sempre e solo uno: il lavoratore persona. La differenza tra le due discipline, quindi, va rilevata solo in ciò: mentre l'una, regolamentando una particolare branca del diritto civile, ha carattere più specifico e dettagliato, l'altra investe trasversalmente tutti i settori del diritto civile ed è, quindi, di applicazione generale.

La materia dei controlli operabili sul lavoratore è disciplinata dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, come riformato dall'art. 23, comma 1, del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 151 (*Jobs Act*).

L'originaria formulazione dell'art. 4 risultava inadeguata a regolare le nuove esigenze del mutato contesto lavorativo per tre ordini di ragioni.

In primo luogo, la norma era stata costruita dal legislatore per disciplinare l'installazione di strumenti "esterni" alla prestazione di lavoro, in quanto non

⁷ Il rinvio inserito nell'art. 4 St. lav. lungi dall'essere un mero rinvio formale, rappresenta un richiamo sistematico al complesso reticolato di norme in materia di privacy e di interpretazioni rese dal Garante.

funzionalmente correlati alle (o necessitati dalle) mansioni da svolgere (come, ad esempio, le telecamere).

Oggi, invece, strumenti come il computer, la posta elettronica, i gps sono indispensabili per rendere la prestazione lavorativa e non è, quindi, più immaginabile adempiere alla obbligazione contrattuale senza il loro ausilio.

In secondo luogo, va osservato che gli strumenti tecnologici di lavoro oggi utilizzati consentono con estrema facilità, mediante l'incrocio di dati raccolti e registrati, di avere un quadro dettagliato della complessiva attività svolta dal lavoratore (orario di lavoro, spostamenti all'interno dell'area di lavoro, tempi di esecuzione delle mansioni), così avendo anche accesso ai suoi dati sensibili.

Si è dunque reso necessario un nuovo sistema di tutele volto a proteggere maggiormente la sfera individuale del lavoratore-persona esposta a continue ingerenze, dandogli modo di avere piena cognizione sul come e sul quanto dell'attività di sorveglianza e dandogli la possibilità, quindi, di esercitare il suo *ius excludendi alios*.

Ed inoltre, il rispetto dei valori della persona⁸ diviene il parametro per valutare la correttezza del comportamento del datore di lavoro, quale parte di un rapporto obbligatorio e in ossequio all'art. 1175 cod. civ.⁹.

Di fronte alle nuove possibilità di controllo racchiuse nei moderni strumenti tecnologici si pongono, per altro verso, anche nuove e diverse esigenze di controllo da parte del datore di lavoro. La tecnologia ha declinato ulteriormente gli obblighi nascenti dal contratto di lavoro e ha creato nuove modalità di adempimento della prestazione, generando nell'imprenditore

⁸ Anche dalle norme del codice civile in materia di contratto di lavoro si desume l'esigenza di tutela della persona del debitore. L'art. 2087 c.c. impone che il datore di lavoro salvaguardi non solo l'integrità fisica, ma anche la personalità morale del lavoratore.

⁹ Cfr. P. RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, 1979, 196; A. DI MAIO, *Delle obbligazioni in generale. Libro IV: obbligazioni art. 1173-1176*, Commentario del Codice Civile Scialoja Branca, Zanichelli, 1988; D. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, X, 1962, 711. In particolare M. BARCELLONA definisce l'art. 1175 cod. civ. quale "misura legale dei doveri di cooperazione di entrambe le parti del rapporto contrattuale e dell'esercizio dei poteri che l'ordinamento conferisce"; così in *Clausole Generali di giustizia contrattuale*, Giappichelli, 2006, 163.

l'interesse a difendere l'organizzazione produttiva da nuove forme di inadempimento contrattuale e di illeciti¹⁰.

Ed ecco che, nella complessa dialettica tra tali contrastanti interessi, diventa ancor più complicato delimitare i confini entro cui il datore di lavoro può legittimamente prendere visione e possesso dei dati registrati dalle sue tecnologie.

In terzo luogo, tra le sempre più diverse sfumature del controllo, sempre maggior importanza riveste, anche nella sensibilità e cultura dominante, la protezione della sfera personale, ed in particolare del diritto alla riservatezza, del lavoratore. La tutela della dignità del lavoratore acquisisce, insomma, un rilievo ben maggiore rispetto a quello che aveva nel 1970: pertanto, porre sullo stesso piano, in rapporto di complementarietà¹¹, la normativa in materia di privacy e la disciplina lavoristica ha rappresentato una novità obbligata. L'ultima parte del terzo comma dell'art. 4 richiama non solo il Codice della privacy, ma il complessivo sistema di norme e di regole dettato in materia di protezione della riservatezza e dei dati personali¹².

Tale materia è stata recentemente innovata dal Regolamento Europeo n. 679/2016 (in materia di protezione di dati personali), direttamente applicabile in tutti gli Stati membri¹³.

¹⁰ Ci si riferisce in particolare alla nozione di “controlli a distanza”, assorbita nell'esigenza di “tutela del patrimonio aziendale” contenuta nel comma 1 dell'art. 4.

¹¹ Cfr R. DE LUCA TAMAJO, *Presentazione della ricerca*, in R. De Luca Tamajo - R. Imperiali D'Afflitto - C. Pisani - R. Romei, *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza del lavoratore*, Franco Angeli, 1988, 7 ss.; M.P. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003; P. Chieco, *Privacy e lavoro*, Cacucci, 2000; M.T. SALIMBENI, *Nuove tecnologie e rapporto di lavoro: il quadro generale*, in R. De Luca Tamajo - R. Imperiali D'Afflitto - C. Pisani - R. Romei, *Nuove tecnologie*, cit.

Si osservi che come evidenzia A. SORO, in *Audizione sugli schemi dei decreti legislativi attuativi del Jobs Act* “il principale argine a un utilizzo pervasivo dei controlli sul lavoro sarà nella conformità alle norme del Codice”.

¹² Il riferimento è anche a tutte le indicazioni del Garante, al regolamento europeo n. 679/2016, al d.lgs 196/2003 come modificato dal decreto attuativo n. 101/2018, alle prescrizioni dei giudici nazionali ed europei.

¹³ Il regolamento europeo n. 679/2018, noto con la sigla “GDPR” (*General Data Protection Regulation*), è stato emanato il 27 aprile 2016, ma ha trovato attuazione nell'ordinamento italiano (e negli altri stati membri) solo il 25 maggio 2018. Tale intervallo temporale è stato necessario per consentire agli Stati membri e alle competenti Autorità di adeguare le rispettive normative nazionali alle novità contenute nel Regolamento. La Commissione UE

Il GDPR invita ad una nuova sensibilità della “cultura informatica”: cambia l’approccio nella gestione dei dati personali imponendo agli operatori del diritto una maggiore attenzione alla tutela della persona, adattando costantemente le misure di “sicurezza”, tecnologiche ed organizzative dell’azienda al rispetto dei diritti della personalità.

La tutela dei dati personali diviene, allora, la struttura giuridica portante di tutte le interazioni che ciascuna realtà produttiva ha al suo interno¹⁴.

In Italia a tale regolamento ha fatto seguito il d.lgs 101/2018 per adeguare le norme interne del Codice della Privacy alle nuove regole europee. Tale decreto avrebbe potuto rappresentare l’occasione per indicare regole più precise e dettagliate per gli operatori del diritto, ma, invece, risolvendosi in una mera abrogazione di vecchie norme e nel richiamo sistematico ai precetti del Regolamento, rappresenta un semplice *restyling* di quanto già esistente, creando una disciplina ancor più frastagliata e tortuosa.

Ed allora, in assenza di regole chiare bisogna individuare innanzitutto il bene primario da proteggere: il lavoratore-persona. I diritti della personalità, quindi, restano l’unico limite funzionale applicabile al progresso.

Per quel che riguarda più in specifico il controllo a distanza sul lavoratore, la nuova formulazione dell’art. 4 sancisce, seppur implicitamente, un generale

ha quindi scelto di lasciare ai singoli Stati Membri un certo margine di discrezionalità per mantenere o adottare specifiche norme di settore.

¹⁴ Per capire meglio il concetto esposto si facciano alcune considerazioni.

I dati sono gli atomi, aventi natura di entità artificiali, della “Società dell’Informazione”. Il loro possesso e la loro analisi genera un valore che ha bisogno di essere definito all’interno di un sistema normativo all’interno del quale possano trovare ristoro i vari interessi economici coinvolti.

Il diritto che l’interprete deve costruire come infrastruttura per questi “valori” dev’essere concepito non tanto in termini contenutistici ma come una sorta di insieme di “istruzioni” per evitare una lotta di poteri che dia luogo ad un controllo impersonale e “inumano”.

L’informatica ed il diritto tendono, oggi, ad integrarsi all’interno delle organizzazioni produttive: la massa di informazioni riguardante gli interessati (e quindi i dipendenti) deve essere determinata a monte attraverso il design stesso dell’assetto organizzativo.

Sul tema G. M. RICCIO – G. SCORZA – E. BELISARIO, in *GDPR e normativa privacy – commentario*, Ipsoa, 2018.

divieto di controllo diretto sui lavoratori. Se lo strumento, infatti, è diretto unicamente a sorvegliare la prestazione lavorativa, lo stesso potrà essere utilizzato solo in presenza di comprovate esigenze tecnico-produttive, di sicurezza del lavoro o di tutela del patrimonio aziendale (cd. vincolo finalistico) e previo accordo sindacale o autorizzazione amministrativa (cd. vincolo procedurale).

Diversamente, se lo strumento serve al lavoratore per rendere le sue mansioni, il controllo che ne deriva è solo eventuale ed indiretto e, pertanto, non ci sarà bisogno di osservare alcuna procedura. Questi strumenti, quindi, sono quelli che fanno parte del rapporto di lavoro e sono necessari nella realtà produttiva di ogni singola azienda al punto che le esigenze dell'impresa prevalgono e giustificano il potenziale controllo che potrebbe derivarne sulla persona del lavoratore.

In tal modo, il legislatore non ha fatto altro che creare una sorta di classificazione causale e funzionale degli strumenti tecnologici: il loro libero utilizzo o il loro condizionato utilizzo dipende unicamente dal loro ruolo all'interno dell'impresa.

Va da sé che è fondamentale individuare quali sono i singoli dispositivi che creano l'eccezione alla regola, per evitare di ammettere un controllo lesivo della sfera personale del lavoratore. Tuttavia, trovare un'esatta definizione di una *a-prioristica* categoria di strumenti di lavoro che permetta agli interpreti del diritto (ed ovviamente ai datori di lavoro) di non confonderli con gli strumenti di controllo diviene assai arduo alla luce dell'incessante progresso tecnologico e delle sempre più sofisticate tecniche di produzione¹⁵.

Anche i dispositivi già ben noti alla prassi, come i computers, gli smartphones e i gps, si colorano di nuove potenzialità (softwares), rendendo incerta la loro stessa natura di mezzi per svolgere le mansioni lavorative.

¹⁵ Cfr M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*,

Ed allora l'interprete non potrà che valutare caso per caso la funzione del singolo strumento, senza che possa individuarsi una definitiva categoria di ciò che necessita autorizzazione e cosa no.

L'inadeguatezza della attuale normativa a perimetrare i limiti del controllo diviene ancora più evidente in relazione alla nuova realtà dell'Industria 4.0.

L'integrazione tra l'uomo e la macchina che sta avvenendo mediante il *web*, le intelligenze artificiali, i *collaborative robots*, non è arrestabile, in quanto risponde a molteplici esigenze sociali ed economiche che, inevitabilmente, cambiano le logiche dell'attività lavorativa e i modi di adempiere la prestazione (sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo). Muta l'organizzazione dell'impresa, cambiano le regole di produzione, si rinnovano gli anelli della catena di produzione, si creano nuove forme di lavoro e ne scompaiono altre. Ed il tutto avviene in repentini processi di trasformazione che hanno un minimo comun denominatore: la necessaria maggiore attenzione che deve porsi alla persona del lavoratore.

Gli operatori del mondo del diritto dovranno sfruttare questo tempo, come un'occasione¹⁶, per individuare una struttura tecnico-giuridica che permetterà agli utenti e ai fruitori del mondo produttivo di far fronte al cambiamento in maniera *proattiva*.

Per quanto la realtà possa essere stravolta, le basi giuridiche poste a tutela della persona devono rimanere salde. Per tali ragioni il diritto del lavoro, da sempre votato a trovare un punto di incontro tra le esigenze economiche dell'imprenditore e la tutela del lavoratore-persona, deve qualificarsi come strumento fondamentale per definire la struttura della società che, presto, ci troveremo a vivere.

¹⁶ Da intendersi nel senso più classico della sua etimologia, da *occasionem* e *occidio*, possibilità di sfruttare qualcosa che "cade di fronte".

Della quarta rivoluzione industriale si parlerà nel presente lavoro di ricerca, in particolare, sia in relazione all'automazione delle tecniche di produzione¹⁷, sia in relazione alle nuove forme di adempimento della prestazione lavorativa che stanno ridisegnando la struttura stessa del rapporto di lavoro.

Le nuove sofisticate tecniche di produzione portano all'interconnessione delle macchine attraverso i dati raccolti nell'azienda, i quali, dopo essere stati aggregati, consentono l'elaborazione dei comandi di funzionamento della macchina (il riferimento è ai *Big Data*¹⁸). I moderni strumenti tecnologici rendono disponibili al soggetto che tratta i dati, uno stock di informazioni di alto valore economico, consentendo una minuziosa profilazione dei lavoratori, aumentando le ipotesi di monitoraggio e rendendo ancor più labili i fini ed i *con-fini* del trattamento di dati¹⁹. Sarà inevitabile, quindi, la registrazione e l'acquisizione dei dati dei lavoratori che si interfacciano con quelle macchine nell'esplicazione delle proprie mansioni.

Ancora, le nuove tecniche di produzione porteranno all'impiego delle intelligenze artificiali che, funzionando con algoritmi in grado di auto-implementarsi ed evolversi, sarà sempre più difficile contenere all'interno di strette regole etiche – innanzitutto – e giuridiche.

Ciò posto, in un sistema normativo assolutamente non adeguato a far fronte alle istanze che l'*Industry 4.0* sta generando, nell'impossibilità di applicare le attuali regole alle fattispecie che il futuro a breve porterà, l'unico limite giuridico effettivo continua ad essere la tutela della persona umana.

¹⁷ Sul tema si veda P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 4, 2017, p. 525; A. ROSS, in *The Industries of the future*, Simon & Schuster, 2016. Sul tema particolare del licenziamento al tempo dell'*Industry 4.0* si veda A. AVONDOLA, *il licenziamento e digital society: la forma scritta dalla posta ai "post"*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2, 2018, p. 299

¹⁸ I big data sono una considerevole massa dati eterogenei, strutturati e non strutturati, utili per scoprire i legami tra fenomeni diversi e prevedere quelli futuri. Essi possono essere utilizzati per produrre beni e servizi "customizzati", riducendo così i costi ed aumentando l'efficienza produttiva.

¹⁹ Ne parla bene M.B. METTLING, *Transformation numerique et vie au travail*, Settembre 2015, p. 37, secondo cui l'acquisizione e l'analisi di milioni di dati riguardanti i soggetti che aspirano ad una posizione lavorativa non può che modificare i criteri di assunzione, analizzando gli usi e le abitudini dei lavoratori; ancora R. DAVES, *Industry 4.0 for productivity and growth*, p. 6.

A prescindere dal grado di sofisticatezza dello strumento che effettuerà il controllo, sia esso un robot o un'intelligenza artificiale, nessun controllo potrà superare il rispetto della persona umana, pena l'illegittimità dello stesso.

Dall'altro lato, l'*Industry* 4.0 sta reimpostando gli stessi concetti di autonomia e subordinazione, creando nuove forme di adempimento della prestazione che sfuggono ad un chiaro inquadramento normativo. Non è semplicemente il *tipo* di lavoro umano che sta cambiando, ma la *natura* stessa del lavoro che l'uomo compie.

Il riferimento è, ad esempio, al lavoro agile. In questa fattispecie, che rientra nell'ambito del lavoro subordinato, in che termini il datore può controllare a distanza una prestazione che già si svolge a distanza²⁰? Non potendo il controllo invadere direttamente la sfera personale del lavoratore agile, lo stesso non potrà che essere limitato al risultato dell'attività. In quest'incertezza solo l'accordo collettivo individuale potrà specificamente regolamentare i controlli operabili.

Ricostruite, quindi, la *ratio*, le conseguenze e le modalità dei controlli operabili nell'ambito dei rapporti di lavoro (presenti e futuri), il lavoro passa ad

²⁰ Il lavoro agile, già in uso in numerose realtà imprenditoriali, è disciplinato dalla legge del 22 maggio 2017, n. 81 che, all'art. 18 co. 1, lo definisce come “modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato” disciplinato mediante accordo fra le parti e caratterizzato dall'assenza di “precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro”.

La oggettiva dilatazione delle nozioni di “ambiente” ed “orario” di lavoro avrebbe richiesto una maggiore attenzione del legislatore sull'adattamento di normative di tutela che a tali nozioni sono legate. Anche prima dell'emanazione della legge non vi erano dubbi sulla legittimità di accordi volti a modificare il luogo della prestazione o a disciplinare un'articolazione flessibile degli orari di lavoro. Quel che sarebbe stato necessario, invece, era indicare quali tutele e quali garanzie devono essere assicurate al lavoratore che adempie la prestazione fuori dall'impresa, declinando ulteriormente il potere di controllo del datore.

Invece, la legge altro non fa che richiamare semplicisticamente e – a parere di chi scrive – in modo superfluo, l'art. 4 St. lav. Tale norma ha infatti carattere inderogabile e rappresenta un limite invalicabile anche nei confronti di un accordo tra le parti rispetto alle condizioni dello svolgersi del lavoro agile.

L'adattamento deve farsi, quindi, in via interpretativa.

analizzare le sorti del controllo effettuato illegittimamente, e quindi come l'ordinamento tutela il lavoratore controllato.

Il controllo, alla luce di quanto evidenziato in precedenza, può essere illegittimo per diversi motivi: perché non sussistono le finalità riconosciute e tipizzate dal primo comma dell'art. 4 St. lav., perché il datore di lavoro non ha ottenuto l'autorizzazione sindacale (o amministrativa) prima di effettuare il controllo, perché i dipendenti non sono stati adeguatamente e preventivamente informati della possibilità di essere controllati, perché il controllo è risultato sproporzionato, "inumano" od eccessivamente pervasivo o, più in generale, perché i controlli a distanza sono stati posti in essere senza rispettare né la disciplina dello Statuto dei lavoratori, né la disciplina in materia di tutela dei dati personali.

La tutela del lavoratore (ingiustificatamente) controllato si esplica sostanzialmente sotto tre punti di vista: inutilizzabilità dei dati, responsabilità penale e responsabilità civile da danno alla persona.

Si osservi che le conseguenze del controllo illecito, come ogni aspetto della tematica che si vuole analizzare con il presente lavoro, si diramano sia nella disciplina in materia di privacy, sia nella disciplina lavoristica; ed ancora, sia nel codice civile, sia nella normativa penale.

Ciò sottolinea come i valori che vengono in gioco nell'effettuare controlli sulla persona nell'ambito dell'attività lavorativa siano diversificabili e multiformi, e, per ciò, non possano trovare ristoro unicamente nelle riparazioni tipiche della disciplina lavoristica.

Inoltre, le sanzioni apprestate dall'ordinamento si possono dividere in due categorie.

Una prima categoria inerisce ad una tutela formale, pratica e immediata: l'inutilizzabilità dei dati raccolti da parte del datore di lavoro²¹. Le informazioni acquisite in maniera illegittima divengono immediatamente sterili e non

²¹ Si veda M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento di dati (del lavoratore)*; G. PROIA, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'impatto della nuova disciplina dei controlli a distanza*

utilizzabili da parte del datore di lavoro che le ha acquisite. In tal modo l'ordinamento cerca di persuadere il datore di lavoro dal porre in essere controlli non legittimi e non utili, le cui informazioni non potrà usare nemmeno nel processo²².

La sanzione dell'inutilizzabilità trova la sua ragione nel fatto che il potere di controllo *ex se* non trova ragion d'essere se non in senso strumentale rispetto alla verifica del corretto adempimento delle obbligazioni da parte del lavoratore e dell'eventuale esercizio del potere disciplinare²³.

Una seconda categoria inerisce ad una tutela sostanziale, di cui il lavoratore può beneficiare solo dopo aver attivato (e vinto) il procedimento giudiziario: la responsabilità penale e la responsabilità civile.

In particolare, per quel che riguarda la responsabilità civile il danno derivante al lavoratore illegittimamente controllato è qualificabile in termini di danno non patrimoniale²⁴. Infatti, la lesione di un diritto della personalità crea alla persona del lavoratore un pregiudizio non qualificabile in termini economici, un pregiudizio che si qualifica sia nella sua sofferenza interiore sia nel danno alla sua vita di relazione all'interno dell'azienda.

²² A parere di chi scrive, infatti, tali dati rappresentano prove illecite.

²³ Infatti nelle norme del codice vi è un vero e proprio "salto logico" tra i doveri previsti in capo al lavoratore all'art. 2104 e l'obbligo di cui all'art. 2105 c.c., e il potere disciplinare di cui all'art. 2106 c.c.; nella sistematica del codice civile non vi è una norma generale sul potere di controllo, ma l'art. 2106 c.c., ai sensi del quale "l'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti" può dar luogo a sanzioni disciplinari, certamente presuppone che il datore di lavoro si accerti della violazione dei doveri suddetti.

²⁴ Tra gli altri C. CASTRONOVO, *Il danno alla persona tra essere e avere*, in *Danno e resp.* 3/2004; P. PERLINGIERI *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, in *Rassegna di diritto civile* 3/2003.

CAPITOLO I

Il controllo sui lavoratori nel sistema delle fonti nazionali ed europee

SEZIONE I

**Il potere di controllo e le modalità del suo esercizio
nell'ordinamento italiano.**

Il regime dei controlli sui lavoratori

1. I diritti della persona all'interno dell'organizzazione del lavoro: funzionalizzazione degli istituti giuridici e valori

Il valore della persona rappresenta il minimo comun denominatore di tutti i settori del diritto civile, e garantisce l'unitarietà dell'ordinamento giuridico.

Va da sé, infatti, che strettamente collegati al tema della personalità non sono solo istituti di carattere esistenziale (come la salute, lo status di figlio, il sesso), ma anche istituti di carattere patrimoniale ed economico (come la proprietà, l'obbligazione alimentare, l'impresa)²⁵.

La tutela della persona deve essere garantita non solo rispetto all'individuo come singolo, ma soprattutto rispetto all'individuo parte di una comunità. Tale concezione trova il proprio fondamento nell'art. 2 della Costituzione secondo cui, la persona non può svilupparsi se non *anche* nell'ambito di una formazione

²⁵ Così P. PERLINGIERI, *La persona ed i suoi diritti, problemi del diritto civile*, 2005, Napoli, p. 5 ss., il quale osserva che “la persona, come valore, cioè la personalità, rappresenta la parte caratterizzante l'ordinamento giuridico, sì da garantirne l'unitarietà”

sociale, intesa quale *communio* (dalla più piccola come la famiglia, alla più grande come lo Stato)²⁶.

Ciò comporta che ogni comunità, e quindi anche quella di lavoro o aziendale, deve rispettare i valori costituzionali di libertà e di dignità dell'uomo. In tal modo, l'individuo deve esser posto in una posizione partecipativa, e non di mera soggezione alla vita della formazione sociale.

In questa prospettiva, allora, la tutela della personalità assume valore di principio di ordine pubblico²⁷.

Della tendenza dell'ordinamento italiano ad essere un ordinamento sociale sono espressione anche altre norme della Costituzione.

L'art. 3 co. 2 Cost., ad esempio, precisa che non si può discorrere di personalità solo in termini di giustizia retributiva (come invece il codice civile del 1942 tende a fare), ove il compito della Repubblica è quello di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

Una conferma di ciò si ha anche nell'art. 36 della Costituzione, là dove è affermato che il lavoratore deve non soltanto avere una equa retribuzione – corrispondente alla quantità e qualità del suo lavoro – ma anche una retribuzione tale da consentirgli una esistenza libera e dignitosa.

La personalità umana, allora, rappresenta un valore non soggetto a tempo e spazio, che si pone quale punto di raccordo di ogni ordinamento giuridico²⁸.

²⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *La persona ed i suoi diritti, problemi del diritto civile*, cit; ancora P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1982; P. PERLINGIERI *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 2001; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1982; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Dir. XXXIII*, Milano, 1983, p. 355 ss; A. PIZZORUSSO – R. ROMBOLI – U. BRECCIA – A. DE VITA, *Persone fisiche, Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1988; P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Giur. Treccani XXIII*, Roma, 1990, p. 1 ss; V. ZENOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Digesto disc. Priv. – sez. civ. XIII*, Torino, 1995, p. 430 ss, e in *I diritti della personalità, diritto civile (Lipari-Rescigno)*, I, Milano 2009; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, 2000.

²⁷ Così P. PERLINGIERI, *La persona ed i suoi diritti, problemi del diritto civile*, cit.

²⁸ In ambito europeo, il diritto dell'uomo sono tutelati dal Titolo I della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). In particolare, il diritto alla tutela della propria sfera personale è sancito dall'art. 8, il quale recita al primo comma: "Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza", ed al secondo comma: "Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una

Mentre altri tipi di diritti, come il diritto di proprietà, il diritto all'impresa, risentono dei contesti economici e storici in cui si esplicano, il diritto *della (e alla)* persona resta immutabile ed inderogabile.

Questa forse è la ragione che ha spinto, nel tempo, a funzionalizzare molti istituti giuridici verso la persona. In altri termini, alcuni istituti, pur conservando la loro struttura originaria, hanno mutato funzione all'interno dell'ordinamento giuridico: cent'anni fa si poteva leggere il "sacro e inviolabile" come riferiti alla proprietà, oggi l' "inviolabile" lo si legge in relazione ai diritti dell'uomo.

Nel momento storico in cui viviamo stiamo assistendo al trapasso e alla modifica di certe strutture giuridiche, nate per determinate funzioni e rilette per migliorare la situazione dell'individuo e l'attribuzione allo stesso della libertà che gli consenta di realizzarsi. Si passa da una concezione solo "produttivistica" ad una concezione "umana" dei diritti.

Guardando agli aspetti pratici, il fenomeno della "funzionalizzazione degli istituti giuridici" implica una particolare rilettura del sistema di gerarchia delle fonti: portare la persona al primo posto nel sistema dei valori vuol dire colorare di nuove regole gli ordini di prevalenza tra le strutture del codice civile e delle legislazioni speciali, in ossequio ai principi costituzionali.

La questione, allora, implica una rilettura delle norme ordinarie alla luce della Costituzione (e delle Convenzioni di diritto internazionale).

misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui."

L'attuale dizione della norma è frutto di annosi dibattiti scientifici, provocati anche da repentini cambiamenti sociali, politici ed economici. Infatti, dalla prima definizione di riservatezza intesa come "diritto ad isolarsi e a non avere interferenze esterne", data dagli americani Warren e Brandeis, con la Convenzione UE, si è arrivati ad intendere il diritto alla privacy come potere individuale di controllare tutte le informazioni personali raccolte da altri, non solo per sorvegliare, ma anche per fruire di una serie di beni e servizi. Ed allora il diritto alla riservatezza rappresenta un diritto soggettivo alla tutela della sfera personale della persona.

Si pensi, ad esempio, che collegando l'art. 9 dello Statuto dei lavoratori con l'art. 3 comma 2 della Costituzione è possibile affermare che l'articolo 9 diviene una norma di carattere generale, applicabile per analogia.

È questa la ragione per la quale la sensibilità degli interpreti e degli operatori del diritto deve essere richiamata su una rilettura degli istituti giuridici già esistenti orientata verso i valori della persona, piuttosto che verso la creazione di nuovi sistemi normativi.

Ancor più evidente è il rilievo che la persona assume nel diritto del lavoro. In questa materia, infatti, il dipendente prima ancora di essere un lavoratore è una persona che utilizza il lavoro come mezzo attraverso cui può effettivamente realizzare sé stesso.

Pertanto, i diritti della persona devono trovare spazio e tutela anche all'interno dell'organizzazione dell'impresa²⁹. In particolare, stante l'incessante progresso tecnologico che sfida l'effettività delle norme già esistenti, è opportuno che gli interpreti del diritto rileggano i già consolidati istituti giuridici posti a salvaguardia del rapporto di lavoro in un'ottica più protesa verso il lavoratore. Prima di vedere in che modo tali diritti trovano effettività nelle realtà produttive, occorre fare alcune considerazioni preliminari.

2. Bilanciamento tra la tutela del lavoratore-persona ed i poteri dell'organizzazione del lavoro

L'organizzazione dell'impresa è il complesso di beni, persone e rapporti giuridici di cui un soggetto si avvale, mediante l'esercizio di poteri sull'organizzazione, per lo svolgimento di una attività³⁰. Nell'impresa, i poteri

²⁹ Sul tema G. FERRARO, *Diritti della persona e danno biologico*, in *Il Foro Napoletano*, 1996, III, p. 237 ss

³⁰ Così M. MARAZZA, in *Trattato di diritto del lavoro, Contratto di organizzazione e lavoro*, vol. IV, tomo II, Cedam, 2012, p. 1271.

di organizzazione vengono attribuiti per poter perseguire l'iniziativa economica privata che l'art. 41 della Costituzione garantisce essere libera e sottratta ad ogni funzionalizzazione ad un interesse diverso da colui che li esercita. Ogni potere rimane singolarmente sottoposto, in ragione del titolo che lo legittima, ai limiti imposti dalla legge, dalla contrattazione collettiva e dall'autonomia privata.

Tra i poteri che si esplicano all'interno del rapporto di lavoro si possono distinguere i poteri di organizzazione del lavoro e i poteri di organizzazione dell'attività lavorativa. Mentre questi ultimi animano l'attività lavorativa, rimanendo estranei al contenuto stesso dell'obbligazione, i primi incidono sullo stesso rapporto di lavoro facendo sì che l'organizzazione dell'impresa prenda forma e sostanza.

I poteri di organizzazione del lavoro sono il potere direttivo, il potere di controllo ed il potere disciplinare (ove questi ultimi due sono funzionali all'esercizio del primo).

Essi trovano ragion d'essere nella subordinazione in quanto l'elemento essenziale e caratterizzante dell'obbligazione del lavoratore è proprio l'assoggettamento della prestazione al potere direttivo del datore di lavoro. Il lavoratore subordinato, infatti, è colui che si obbliga, dietro retribuzione, a collaborare nell'organizzazione altrui prestando il proprio lavoro manuale o intellettuale alle dipendenze e sotto la direzione del datore di lavoro, con l'obbligo di osservare le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro (artt. 2094 e 2104 c.c.).

Il lavoro, quindi, viene gerarchicamente organizzato, attraverso i poteri del datore, sia per distribuire compiti e responsabilità, sia per emanare direttive e regole sull'esecuzione del lavoro³¹.

³¹ L'organizzazione gerarchica del lavoro nell'impresa, che vede nel potere direttivo il suo *modus operandi*, è l'effetto della stipulazione di una pluralità di contratti di lavoro subordinato e dell'esercizio coordinato dei poteri ad essi inerenti, e non di una posizione di supremazia riconosciuta all'imprenditore in quanto tale. Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995; M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966; L. MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *Dir. Soc.*, 1965; G. FERRARO, *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, 1992. Sulla non contrattualità dei

Il potere di controllo, poste tali premesse, non incide sul contenuto dell'obbligazione lavorativa, ma soddisfa l'interesse creditorio all'esatto adempimento della prestazione lavorativa. Esso si pone come strumento necessario per il datore di lavoro per valutare qualitativamente e quantitativamente l'esecuzione della prestazione, rispetto a quanto già stabilito nel contratto e a quanto, poi, specificato attraverso il potere direttivo.

Il contenuto del potere di controllo, quindi, individua – senza modificare³² – l'attività concretamente svolta dal lavoratore per qualificarla in termini di adempimento o inadempimento.

Posto che i poteri di organizzazione del lavoro sono esenti da vincoli di scopo, e cioè non sono soggetti ad alcuna funzionalizzazione³³, il controllo sulle modalità di esercizio degli stessi non può estendersi al sindacato di merito sulla scelta organizzativa ad essi sottesa, nemmeno quando quella scelta organizzativa costituisce il presupposto di legittimità dell'esercizio del potere.

poteri dell'organizzazione del lavoro, invece, V. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale di prestatore di lavoro*, Milano, 1957; R. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro, Parte generale*, Bari, 1963; U. ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1977, p. 1049.

Sul concetto di grado gerarchico e di dipendenza gerarchica, G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, p. 43 ss.

³² In altri termini, il potere direttivo, e quindi il potere di controllo, non ha natura costitutiva. Cfr. G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica del rapporto di lavoro*, cit. p. 109 ss il quale nega che il potere direttivo abbia natura di diritto potestativo, ritenendo invece che lo stesso si limiti a specificare la prestazione oggetto del contratto. Cfr. M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit. e in *Lineamenti del potere direttivo*; R. PESSI, *Contributo allo studio del lavoro subordinato*, p. 47 ss.; M. GRANDI, *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, Tomo I, Padova, 2005, p. 695. Contra G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, II, Padova, 1963, p. 54 ss.

L'obbligazione di lavorare subordinatamente sorge al momento della stipulazione del contratto e trova fonte solo in questo: essa è determinata attraverso l'individuazione delle mansioni, del tempo e del luogo di esecuzione della prestazione. D'altronde, la subordinazione "è elemento qualificante della determinazione dell'oggetto dell'obbligazione" così A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2003, p. 235.

³³ Quindi i motivi sottesi al loro esercizio sono sottratti ad ogni valutazione di merito o di ragionevolezza. Cfr. Cass. 9 agosto 2004, n. 15346, in *Rep. Foro it.*, 2004, Lavoro (rapporto di), [3890] n. 1070; Cass. 9 maggio 1998, n. 4724, in *Rep. Foro it.*, 1998, Lavoro (rapporto di) [3890], n. 927; Cass. 5 maggio 1987, n. 4182, in *Rep. Foro it.*, 1987, Lavoro (rapporto di) [3890], n. 1117.

Ad esempio, la concreta scelta organizzativa sugli strumenti installati in azienda non è sindacabile nel merito, ma solo nelle modalità, nonostante tale scelta implichi l'attivazione di tutti i meccanismi di tutela previsti dall'art. 4.

In ogni caso, però, il potere di controllo trova sempre un limite causale e funzionale nel rispetto dei diritti della personalità del lavoratore. Nessun tipo di controllo o esigenza di sorveglianza può estendersi al punto da stralciare le garanzie della sfera personale del lavoratore.

Le scelte organizzative legittimate dall'art. 41 Cost., devono necessariamente bilanciarsi con la dignità dell'individuo tutelata dall'art. 2 Cost.

3. *Ratio ed effetti* del potere di controllo del datore di lavoro. Come può il datore di lavoro controllare il dipendente

La tradizionale configurazione del rapporto tra datore di lavoro e dipendente vede il primo in una posizione attiva di preminenza, il secondo in una posizione passiva di soggezione.

Tale configurazione trova base normativa già nella disciplina del codice civile – oltre che nella normativa speciale – con gli articoli 2094, 2086 e 2104, che qualificano il lavoratore come colui che collabora nell'impresa alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore.

Con l'emanazione dello Statuto dei Lavoratori (l. n. 300 del 20 maggio 1970) e con l'ausilio della contrattazione collettiva, la tradizionale struttura di comando, improntata alla logica autoritaria dell'organizzazione gerarchica dell'impresa e dell'imprenditore, ha lasciato spazio a ruoli più attivi del lavoratore, attribuendogli più poteri e diritti, ed ha eroso l'idea dell'intangibilità delle scelte del datore di lavoro.

La posizione del datore di lavoro, creditore della prestazione lavorativa, si esplica sostanzialmente attraverso tre poteri, mediante i quali egli può

verificare l'esatto adempimento degli obblighi lavorativi. Questi tre poteri sono rappresentati dal potere direttivo, finalizzato a garantire l'esecuzione e la disciplina del lavoro; dal potere disciplinare, esplicitazione tipica della subordinazione³⁴; e dal potere di controllo o vigilanza.

In particolare, il potere di controllo realizza l'interesse tipico del creditore: la verifica dell'esatto comportamento del debitore, da un punto di vista sia quantitativo che qualitativo, e cioè che il lavoro sia svolto per il tempo e con le modalità pattuite, e con la specifica diligenza richiesta dalla natura della prestazione³⁵.

Quest'ultimo, stante la potenziale invasività nei confronti della sfera personale del lavoratore, della sua riservatezza, della sua dignità e libertà, è soggetto a particolari e specifici limiti previsti dalla disciplina statutaria³⁶. Il potere di controllo dev'essere, infatti, esercitato in modo da non ledere i diritti fondamentali del lavoratore-persona e del lavoratore-cittadino. Pertanto, deve operarsi un bilanciamento tra le ragioni del controllo che riguardano il datore di lavoro nella sua doppia veste di titolare dell'impresa e creditore della prestazione lavorativa, e la dignità del lavoratore.

³⁴ Il potere disciplinare mal si concilia con la struttura egualitaria del contratto, pertanto alcuni autori come G. F. MANCINI (1957) e C. ASSANITI (1963) ritengono che esso non abbia matrice contrattuale e trova fonte direttamente nell'organizzazione del lavoro e nella contrattazione collettiva; secondo altri come SANTORO PASSARELLI (1985) e C. MENGONI (1974) esso è riconducibile all'alveo delle pene private convenzionali del diritto comune.

³⁵ Il potere di controllo, nei termini esposti, è un potere che l'ordinamento giuridico connette all'adempimento del contratto e riconosce al creditore di prestazioni periodiche o continuative.

Il potere direttivo e il potere di controllo, per quanto separati, sono strettamente funzionali l'uno all'altro: il primo stabilisce i termini e i modi dell'attività lavorativa, il secondo verifica i termini e i modi stabiliti.

³⁶ Cfr. sul tema 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)*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2015, n. 255, 3; B. VENEZIANI, *I controlli dell'imprenditore e i contratti di lavoro*, Cacucci, 1975, p. 53; A. CIUTAPELLA, voce *dignità e riservatezza (tutela della)*, in Enc. Giur. Trec., 1990, XXI, 1; P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1979, 74; L. GAETA, *La dignità del lavoratore e i turbamenti dell'innovazione*, in LD, 1990, 203.

In altri termini, l'intrinseca pervasività del controllo sull'adempimento impone che lo stesso sia esercitato all'interno di modalità non lesive dei valori che la Costituzione qualifica quali limiti invalicabili dell'esercizio dell'impresa³⁷.

L'art. 41 della Carta Costituzionale non è solo e semplicemente diretto all'imprenditore nella sua veste di capo dell'organizzazione del processo produttivo, ma rappresenta altresì un criterio di delimitazione del potere contrattuale nella gestione dei rapporti dei soggetti operanti nel processo produttivo. Per tale ragione, il rispetto dei valori della persona³⁸ diviene il parametro per valutare la correttezza del comportamento del datore di lavoro, quale parte di un rapporto obbligatorio e in ossequio all'art. 1175 cod. civ.³⁹.

Orbene, all'interno del contratto di lavoro la posizione di supremazia del datore titolare dei beni e strumenti di produzione si riverbera sul piano del contratto, incidendo sulle tipologie e modalità di esercizio dei poteri dello stesso, in particolare sul potere di controllo⁴⁰.

Il bilanciamento di valori necessario a legittimare e perimetrare il potere di controllo è operato dallo Statuto dei Lavoratori che, individuando i confini entro cui il datore può esercitare i suoi poteri, individua un punto di equilibrio tra le ragioni dell'economia capitalista e l'esigenza di garanzia dei soggetti implicati nel processo produttivo⁴¹.

³⁷ Come indica G. FONTANA, in *Contratto di lavoro e giustizia nella crisi economica*, in *Dir. lav. merc.*, 2017, 314 “il lavoro, oltre ad avere un suo rilievo personalista, costituisce pur sempre un fattore di produzione che esige di essere inserito in un sistema produttivo efficiente, in grado di controllare i costi e di prevedere e razionalizzare il rendimento dei lavoratori”.

³⁸ Anche dalle norme del codice civile in materia di contratto di lavoro si desume l'esigenza di tutela della persona del debitore. L'art. 2087 c.c. impone che il datore di lavoro salvaguardi non solo l'integrità fisica, ma anche la personalità morale del lavoratore.

³⁹ Cfr. P. RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, 1979, 196; A. DI MAIO, *Delle obbligazioni in generale. Libro IV: obbligazioni art. 1173-1176*, Commentario del Codice Civile Scialoja Branca, Zanichelli, 1988; D. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, X, 1962, 711. In particolare M. BARCELLONA definisce l'art. 1175 cod. civ. quale “misura legale dei doveri di cooperazione di entrambe le parti del rapporto contrattuale e dell'esercizio dei poteri che l'ordinamento conferisce”; così in *Clausole Generali di giustizia contrattuale*, Giappichelli, 2006, 163.

⁴⁰ Di fatti, il potere di controllo viene da molti ritenuto espressione e corollario del potere direttivo; in tal senso si veda A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, 1992.

⁴¹ Così M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, 1979, 85.

Le norme statutarie, in particolare gli articoli 2, 3 e 4, si pongono l'obiettivo di precludere le modalità di esercizio del potere di controllo potenzialmente lesive della dignità del lavoratore, da un lato individuando i soggetti abilitati al controllo, e dall'altro distinguendo due modalità attraverso cui esso può essere esercitato: il controllo a distanza ed il controllo diretto.

Su questi ultimi la portata della norma è stata, solo a prima vista, cristallina: il controllo è compatibile con il rispetto della dignità del lavoratore quand'esso è trasparente, mentre non è lecito quando è occulto.

Pertanto, a seconda del grado di trasparenza delle modalità di controllo si realizza un controllo diretto o un controllo indiretto.

Il controllo a vista o controllo "dell'uomo sull'uomo" (cd. controllo diretto) è assolutamente trasparente e, quindi, compatibile con il rispetto della dignità del lavoratore. Infatti, se per trasparenza s'intende il "sapere che si è controllati mentre si è effettivamente controllati", è sufficiente prevedere che i nomi e le mansioni del personale addetto alla vigilanza siano comunicati ai lavoratori interessati, come prevede l'art. 3 dello St. lav.

Diversamente, utilizzando impianti audiovisivi e strumenti tecnologici installati per ragioni e finalità diverse da quella del mero monitoraggio dei dipendenti, il controllo sulla persona che ne può derivare è a distanza e, potenzialmente, involontario. In altri termini, il lavoratore può solo sapere che può capitare che sia controllato, che ci sono nel suo luogo di lavoro strumenti che lo stanno monitorando, ma non può sapere con precisione quando l'operatività dello strumento si traduce in un effettivo controllo sulla sua prestazione lavorativa e, quindi, sulla sua persona.

Posta questa distinzione, la legittimità del controllo deve essere vagliata anche alla luce dell'effetto che il singolo tipo di controllo realizza: la trasparenza non è sufficiente, è necessario che il monitoraggio non sia continuativo, non sia sproporzionato e non sia vessatorio.

L'analisi della questione sarà oggetto dei paragrafi successivi.

Per quel che riguarda i soggetti abilitati al controllo, gli articoli 2 e 3 dello Statuto dei lavoratori ⁴² impongono, come regola generale quella della personalità e conoscibilità del controllo. In particolare essi prevedono che, oltre al datore di lavoro ed ai superiori gerarchici, possano esercitare il controllo anche altri dipendenti, purché i loro nomi e le loro specifiche mansioni siano ben individuate e preventivamente comunicate ai lavoratori interessati. Le persone non identificate né identificabili dai lavoratori come controllori esercitano, quindi, un controllo occulto, vietato perché lesivo della persona del lavoratore⁴³.

I controllori autorizzati (il personale addetto) possono vigilare i comportamenti attinenti allo svolgimento della prestazione lavorativa, non possono contestare ai lavoratori atti o fatti diversi da quelli che attengono alla tutela del patrimonio aziendale e non possono sorvegliare i dipendenti in ambienti da questi ultimi frequentati per scopi diversi dallo svolgimento della prestazione lavorativa.

Posti tali limiti, definiti dagli artt. 2 e 3 St. Lav., ci si è chiesto se alcune forme di controllo possano essere esercitate anche da soggetti diversi da quelli indicati dalla norma.

3.1 *Segue.* L'impiego di investigatori privati

⁴² Art. 2 *Guardie giurate* – 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, numero 773, soltanto per scopi di tutela del patrimonio aziendale.

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

È fatto divieto al datore di lavoro di adibire alla vigilanza sull'attività lavorativa le guardie di cui al primo comma, le quali non possono accedere nei locali dove si svolge tale attività, durante lo svolgimento della stessa, se non eccezionalmente per specifiche e motivate esigenze attinenti ai compiti di cui al primo comma.

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.

Art. 3. *Personale di vigilanza* – I nominativi e le mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa debbono essere comunicati ai lavoratori interessati.

⁴³ Sul controllo occulto si veda successivo paragrafo 4.

La giurisprudenza si è orientata nel senso di ritenere che, in mancanza di espliciti divieti e posta la libertà della difesa privata, il controllo sul patrimonio aziendale e sull'attività lavorativa possa essere svolto anche da soggetti diversi da quelli indicati dagli artt. 2 e 3 St. lav., come ad esempio gli investigatori privati⁴⁴, nel rispetto della regola della trasparenza.

L'impiego di investigatori privati sfugge sia dal campo di applicazione dell'art. 3 (nella misura in cui non verificano l'esatto adempimento della prestazione, ma realizzano l'interesse difensivo del datore) sia da quello dell'art. 4 (perché pongono in essere non un controllo a distanza, ma un controllo personale). Ciò posto, è legittimo impiegare investigatori privati per verificare comportamenti illeciti del lavoratore svolti al di fuori dei locali aziendali e non oggetto della prestazione lavorativa, laddove questi comportamenti siano rilevanti sotto il profilo del corretto adempimento degli obblighi lavorativi. Viceversa, la verifica dell'esatto adempimento della prestazione fatta all'interno dei locali aziendali è soggetta ai limiti dello Statuto: il controllo è possibile solo impiegando il personale di vigilanza addetto, e non attraverso (occulte) agenzie investigative.

Resta da chiedersi, tuttavia, come può il datore di lavoro realizzare il suo interesse quando l'attività lavorativa deve svolgersi *ex contractu*, in tutto o in parte, fuori dall'impresa.

⁴⁴ Si ritiene legittimo il ricorso ad investigatori privati per accertare un comportamento illegittimo del lavoratore (rilevante ai fini dell'adempimento del contratto) compiuto all'esterno dell'azienda e non riconducibile all'esecuzione della prestazione. Ovviamente, anche in questo caso, devono essere rispettate le garanzie sancite dallo Statuto e la regola della trasparenza. Invece, il controllo effettuato all'interno dei locali aziendali deve essere svolto servendosi solo del personale addetto, e non in modo occulto attraverso investigatori privati. Si veda Cass. 1 agosto 2017, n. 19089 in merito al caso di un lavoratore che, in costanza del periodo preso per malattia o infortunio, svolgeva attività extra-lavorativa presso la farmacia della moglie per svariate ore al giorno; Cass. 17 luglio 2017, n. 17636, in *Guida al diritto* 2017, 33, 36; Cass., sez. lav. 24 marzo 1983, n. 2042, in *Foro it.*, 1985, I, 439; Cass. civ., sez. lav., 3 maggio 1984, n. 2697 in *Giust. civ. mass.*, 1984, fasc. 5; Cass. civ., sez. lav., 10 maggio 1985, n. 2933 in *Giust. civ. mass.*, 1985, fasc. 5; Cass. civ. sez. lav., 17 ottobre 1998, n. 10313, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 2109; Cass. civ., sez. lav., 13 aprile 2007, n. 8910, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2007, 4, II, 885 con nota di GHIRARDI.

Sul tema le norme statutarie mostrano la loro obsolescenza: il datore di lavoro, a prescindere dal sospetto di un comportamento illecito, non può verificare l'attività lavorativa né in maniera diretta utilizzando il personale addetto (in quanto l'attività lavorativa si esplica fuori dai locali aziendali), né in maniera indiretta attraverso strumenti tecnologici (in quanto realizzerebbe un controllo a distanza), né attraverso gli investigatori privati (perché si tratterebbe di un controllo occulto).

Per rispondere in maniera pragmatica al quesito, si dovrebbe interpretare l'art. 3 st. lav. alla luce delle trasformazioni del processo produttivo, ammettendo che qualora la prestazione *ex contractu* si svolga fuori dai locali aziendali il datore di lavoro non può che avvalersi, per tutelare il suo patrimonio aziendale, di soggetti estranei all'organizzazione d'impresa, come, appunto, gli investigatori privati.

Ma così ragionando non si supera il divieto di controllo occulto sancito dall'art. 3 e ribadito dalla nuova formulazione dell'art. 4, co. 3.

Una soluzione più aderente al combinato disposto degli articoli 3 e 4 potrebbe allora essere quella di ammettere il controllo attraverso gli investigatori privati solo dopo aver dato adeguata e trasparente informazione al lavoratore. In tal modo, gli investigatori privati assumerebbero il ruolo di personale *esterno* di vigilanza.

L'utilizzo trasparente delle agenzie investigative, ovviamente, depotenzia il potere del datore di verificare l'esatto adempimento della prestazione ma, allo stesso tempo, consapevolizza il lavoratore, con effetto deterrente verso la commissione di atti *a*-contrattuali.

SEZIONE II

Il controllo a distanza nello Statuto dei lavoratori e nel Jobs Act

- 1. Il controllo a distanza sul lavoratore secondo l'originaria versione dell'art. 4: le esigenze pratiche e teoriche che hanno spinto ad una modifica dell'art. 4**

I controlli a distanza operabili dal datore di lavoro sui suoi dipendenti sono consentiti e regolati dall'art. 4 della legge n. 300 del 1970⁴⁵.

Tale norma sancisce il divieto di soddisfare l'interesse creditorio del datore di lavoro alla verifica dell'esatto adempimento della prestazione mediante l'utilizzo di strumenti a distanza che, operando in maniera continuativa ed ininterrotta, rendono più pervasivo il controllo sul rendimento del lavoratore⁴⁶. L'art. 4 implicitamente distingue l'interesse dell'imprenditore dall'interesse del creditore della prestazione, mettendone però in risalto il collegamento funzionale⁴⁷.

Lo Statuto qualificava il controllo sulla prestazione come recessivo rispetto alla tutela della dignità e libertà del lavoratore se svolto con modalità tali da consentire un monitoraggio ininterrotto sull'attività dei dipendenti.

In particolare, nella sua versione originaria, la norma prevedeva un generale divieto di controllo⁴⁸ a distanza sull'attività dei lavoratori mediante l'utilizzo di impianti audiovisivi o "altre apparecchiature" sul presupposto che un controllo impersonale ed occulto fosse lesivo della persona del lavoratore.

Secondo l'opinione maggiormente condivisa⁴⁹, la norma doveva essere intesa in senso ampio, e cioè vietando il controllo sia sull'adempimento della prestazione lavorativa, sia sul comportamento complessivamente tenuto dalla persona del lavoratore.

⁴⁵ Come modificato dall'art. 23 del d.lgs 14 settembre 2015, n. 151 (cd. *Jobs Act*).

⁴⁶ Si veda T. TREU, *Intervento*, in *I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori. Atti del IV Congresso Nazionale di diritto del lavoro*, Giuffrè, 1972, 213.

⁴⁷ Il legislatore, nell'attrarre la disciplina del lavoro subordinato in quella dell'impresa, evidenzia la rilevanza del fattore organizzativo del lavoro sia come tassello giuridico della struttura dell'impresa, sia come risultato oggettivo dell'attività del creditore, parte del rapporto di lavoro.

Come giustamente osserva F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI – M. D'ANTONA (a cura di) *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, 2000, p. 190, la struttura organizzativa del lavoro non è indifferente al diritto del lavoro, che, invece, deve considerare con attenzione le conseguenze negative che la stessa può avere su interessi particolarmente qualificati del lavoratore.

⁴⁸ In particolare, la norma vietava "l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori."

⁴⁹ Si veda G. GHEZZI, *Computer e controllo dei lavoratori*, in *Giorn. Dir. lav. rel. Ind.*, 1986, p. 358 ss.; B. VENEZIANI, *I controlli dell'imprenditore ed il contratto di lavoro*, Cacucci, 1975, p. 5 ss.

Il divieto generale poteva essere circoscritto, attraverso un'autorizzazione sindacale o amministrativa, unicamente in presenza di controlli dettati da finalità organizzative e produttive, oppure volti a garantire la sicurezza sul lavoro, ossia in presenza dei cd. controlli "preterintenzionali" o "indiretti"⁵⁰.

Il secondo comma della citata norma, nell'individuare poche ipotesi tassative per le quali poteva essere autorizzato il controllo, non costituiva deroga al divieto generale sancito dal primo comma, ma, anzi, evidenziava come in nessun caso il comportamento del lavoratore potesse essere oggetto di un controllo operato a distanza dal datore di lavoro⁵¹.

La portata generale del divieto ha indotto dottrina e giurisprudenza a ritenere che lo stesso riguardasse non solo i controlli effettuati mediante strumenti esclusivamente deputati al controllo, ma altresì quelli effettuati attraverso ogni altro tipo di strumento presente in azienda da cui potesse comunque derivare un potenziale controllo⁵². Non solo, quindi, le telecamere a circuito chiuso, ma anche strumenti che l'era contemporanea ha reso di uso comune come i gps, gli *smartphones* e la posta elettronica.

La violazione dell'art. 4 era assistita da sanzione penale⁵³.

Per quel che concerne l'utilizzabilità delle informazioni raccolte attraverso i cd. controlli indiretti (ammessi solo nelle tassative ipotesi individuate dal legislatore), la norma taceva.

⁵⁰ Si osservi che non veniva in rilievo il profilo soggettivo della volontà del datore di lavoro, bensì la finalità oggettiva posta alla base del controllo.

⁵¹ Cfr B. VENEZIANI, *Sub art 4*, in G. Giugni (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori, Commentario*, Giuffrè, 1979 p. 18 ss; A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, 1995, p. 76.

⁵² La giurisprudenza si è infatti mostrata più volte chiusa alla possibilità di ritenere esclusi dal campo di applicazione della norma gli strumenti strettamente necessari e connessi alla prestazione lavorativa. Si veda Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, in *Giust. civ.*, 2011, p. 1049, con nota di F. BUFFA, Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1421 ss.; Cass 27 maggio 2015, n. 10955, *ivi*, 2015, I, c. 2316 ss.

⁵³ Le sanzioni penali erano sancite, in origine, dall'art. 38 St. lav. Successivamente, però l'art. 179 comma 2 del Codice Privacy ha eliminato dall'art. 38 St. lav. il riferimento all'art. 4 St. lav. A ben vedere, tuttavia, tale intervento normativo non ha comportato alcuna modifica sostanziale: l'art. 171 del Codice privacy sancisce ancora l'applicabilità delle sanzioni penali di cui all'art. 38 St. lav. all'art. 114 Codice Privacy, che a sua volta faceva salvo l'art. 4 St. lav. Attraverso i richiami normativi, quindi, le sanzioni previste dall'art. 38 St. lav. erano comunque applicabili all'art. 4 St. lav.

Posto il bilanciamento di interessi cui mirava la norma, la giurisprudenza aveva escluso che le stesse potessero essere utilizzate dal datore per contestare direttamente al lavoratore l'inadempimento, e quindi a fini disciplinari. Nella realtà dei fatti, però, non era plausibile ritenere che il datore di lavoro venuto in possesso – in qualsiasi modo – di informazioni sul suo lavoratore non avrebbe cercato altre strade per utilizzarle; l'utilizzabilità, anche disciplinare, delle informazioni raccolte in occasione del rapporto di lavoro rappresenta una finalizzazione normale del potere di controllo.

Di tale esigenza si è resa conto quella parte della giurisprudenza che ha elaborato la categoria dei cd. controlli difensivi (ossia giustificati perché finalizzati all'accertamento di illeciti), di cui si parlerà nei prossimi paragrafi⁵⁴.

Rispetto al progresso tecnologico, che si sviluppa con rapidità esponenziale, si impongono delle trasformazioni produttive cui corrispondono necessari adeguamenti normativi. Infatti, la norma *de qua*, a distanza di ben più di quarant'anni dalla sua emanazione, è risultata inadeguata e obsoleta rispetto alle innovazioni tecnologiche e agli strumenti informatici del presente che viviamo, si è sentita la necessità di individuare nuove regole da applicare a fattispecie che il legislatore del 1970 non poteva nemmeno immaginare⁵⁵. D'altronde, dell'inadeguatezza dell'articolo 4 St. lav. nel regolare il “nuovo che avanza”, si discuteva già dagli anni ottanta.

⁵⁴ Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, in *Not. Giur. Lav.*, 2002, 642; Cass 17 luglio 2007, n. 15892, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, 358; Cass 23 febbraio 2010, n. 4375, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, II, 564; Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, in *Foro It.*, 2012, I, 1421; Cass. 27 maggio 2015, in *Foro It.*, 2015, I, 2316.

⁵⁵ I nuovi strumenti tecnologici permettono inevitabilmente sia di ricostruire in maniera totale l'attività lavorativa svolta dal dipendente durante l'orario di lavoro, sia di raccogliere dati sensibili di quest'ultimo.

Nonostante ciò, il controllo fatto dal datore di lavoro sugli strumenti di lavoro assegnati a ciascun dipendente per rendere la prestazione può essere inevitabile. Ad esempio un datore di lavoro per acquisire la prova dell'avvenuta stipulazione di un contratto con un cliente può trovarsi nella necessità di accedere alla posta elettronica del dipendente del settore commerciale che ha curato la chiusura proprio di quel contratto.

Alcuni Autori⁵⁶, stante l'onnicomprendività della lettera della norma, hanno ritenuto che essa presentava un grado di adattamento elevato rispetto all'evoluzione tecnologica, riuscendo a garantire, anche a distanza di tempo dalla sua emanazione, gli interessi dell'una e dell'altra parte del rapporto di lavoro, e riuscendo, così, ad attrarre nel suo spettro precettivo anche controlli non offensivi derivanti dai nuovi strumenti di lavoro. Questa impostazione sottolineava come fosse ineliminabile la potenzialità di controllo insita nelle nuove modalità di esercizio dell'attività lavorativa e, pertanto, reclamava la necessità di reprimere gli utilizzi indebiti degli strumenti tecnologici da parte dei lavoratori. In altri termini, parte della dottrina spingeva per la liberalizzazione degli strumenti di lavoro da cui possa derivare il cd. controllo preterintenzionale e, conseguentemente, per un ammorbidimento dei limiti di legge.

In una diversa ed opposta ottica, altri Autori⁵⁷ hanno evidenziato la lampante obsolescenza della norma e dunque la sua incapacità di mediare adeguatamente, al cospetto della rapida evoluzione tecnologica, tra i contrapposti interessi in gioco. Le nuove modalità di adempimento della prestazione lavorativa hanno reso, inevitabilmente, il controllo datoriale più pervasivo ed insidioso, recando più danni alla sfera personale del lavoratore di quanto il legislatore del '70 potesse anche solo immaginare. Secondo questa

⁵⁶ R. DE LUCA TAMAJO, *Presentazione della ricerca*, R. DE LUCA TAMAJO – R. IMPERIALI D'AFFLITTO – C. PIANI – R. ROMEI, *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, F. Angeli, 1988, 9 ss.

⁵⁷ F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, *Giornale di dir. lav. e rel. Ind. DLRI*, 1985, 224 ss; A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, 1995, 62 ss.

Merita attenzione A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, p. 2, secondo il quale la tutela accordata dall'art. 4 comma 2 al lavoratore era conseguenza non tanto dell'operatività del meccanismo procedurale previsto dallo Statuto (preventivo accordo sindacale o autorizzazione), quanto invece della sua mancata attuazione. Secondo l'autore, la pigrizia delle imprese nell'iniziare le trattative per concludere l'accordo previsto dal comma 2 art 4, e il "benestare" dei sindacati rispetto a tali omissioni, erano a favore di un lavoratore colpevole di qualche infrazione documentabile solo utilizzando i controlli (illeciti) effettuati dal datore di lavoro in modo non conforme al disposto dell'art. 4 (e quindi non utilizzabili in giudizio per provare la responsabilità del dipendente).

tesi, era necessario individuare nuovi divieti e nuovi vincoli da porre all'accesso del datore alle informazioni incamerate attraverso gli strumenti di lavoro.

Un'altra parte ancora della dottrina⁵⁸ ha sostenuto che trattandosi di una norma teleologicamente determinata ma strutturalmente aperta, l'art. 4 St. lav. avesse grande capacità di resistenza e di adattamento alla nuova realtà produttiva. In tal modo si salvaguardavano le esigenze datoriali di controllo facendo rientrare nel campo applicativo della norma alcune fattispecie, come gli strumenti di lavoro informatici, non previste dalla stessa.

Seppure il variegato dibattito e le diverse soluzioni interpretative hanno consentito, per decenni, la sopravvivenza dell'art. 4 St. lav., tuttavia, ad oggi, il divenire ed il mutare delle situazioni giuridiche hanno determinato nuove esigenze.

A prescindere dalla tesi cui si preferisce aderire, l'originaria formulazione della norma si scontrava con un dato fattuale: la crescente integrazione tra il lavoro reso dall'uomo e il lavoro reso dalla macchina.

È stato necessario, pertanto, trovare forme organizzative e giuridiche capaci di contemperare le esigenze di libertà e riservatezza individuale con quelle di una gestione imprenditoriale ispirata a principi di aggiornamento tecnologico e di competitività imprenditoriale.

Intento primario del legislatore dell'art. 4 e finalità precipua del relativo impianto precettivo, era quello di precludere quei controlli datoriali sul lavoratore che, per il loro carattere continuo, ossessivo e onnipervadente, finivano con l'investire la persona stessa del lavoratore, eliminando ogni zona di riservatezza e autonomia nello svolgimento del lavoro. Il divieto di controlli audiovisivi o a distanza era diretto ad impedire che si producesse un controllo

⁵⁸ M. FEZZI, *Calcolatori elettronici e controllo a distanza dei lavoratori*, L80, 1983, 567 ss; B. VENEZIANI, *L'art 4 legge 20 maggio 1970 n. 300: una nuova norma da riformare?*, *Riv. Giur. Lav.*, 1991, I, 84 ss.; A. GARILLI – A. BELLAVISTA, *Innovazioni tecnologiche e Statuto dei lavoratori*, in *Giornale di dir. lav. e rel. Ind DLRI*, 1989, 143 ss.; M. T. SALIMBENI, *Il controllo a distanza sull'attività dei lavoratori: la sopravvivenza dell'art. 4 sugli impianti audiovisivi*, *Dir.Lav.Merc.*, 2010, 3, 1 ss.

di carattere personale, laddove si legittimava il controllo del creditore dell'adempimento sull'obbligazione lavorativa.

Il datore di lavoro si è trovato nella necessità – ancora prima che nella scelta – di adeguare il suo impianto produttivo alle tecniche moderne, più specialistiche e dotate di interconnessioni informatiche tra i soggetti interni ed esterni all'azienda, conservando, nel contempo, il controllo sull'adempimento della prestazione lavorativa come strumento indispensabile dell'organizzazione produttiva. Basti pensare al computer e agli *smartphones*, alla rete internet, alla posta elettronica, ai *gps* per avvedersi di come tali strumenti siano indispensabili per l'esatto adempimento della prestazione lavorativa (mentre, invece, le apparecchiature considerate dal legislatore del 1970 non possedevano tale caratteristica di indispensabilità). Gli stessi strumenti ora considerati, d'altronde, sono utilizzati dai lavoratori anche a scopi personali e nei tempi non lavorativi, divenendo di uso comune, e distogliendo l'attenzione dell'utilizzatore sulla potenzialità del controllo in essi insita.

D'altro canto, anche a fronte delle mutate esigenze, al lavoratore va garantita la tutela del bene assoluto della riservatezza e, quindi, della persona, tenendo ben presente il nuovo contesto della tutela dei dati personali, quindi, della loro preminenza rispetto al controllo fisico della persona.

2. La necessaria riformulazione dell'art. 4: come l'odierna realtà produttiva ha inciso sulla struttura stessa dei controlli a distanza.

L'art. 4 St. lav. è stato riformato dall'art. 23 del d.lgs. n. 151/2015 emanato in attuazione della legge delega n. 183 del 2015⁵⁹. L'intento della legge delega era quello di rivedere la disciplina sui controlli a distanza, sugli strumenti di lavoro, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e contemperando le esigenze organizzative e produttive dell'impresa con la riservatezza del lavoratore⁶⁰.

Il fatto stesso che si crei un controllo a distanza, di per sé "inumano", non finalizzato esclusivamente alla verifica dell'esatto adempimento della prestazione, genera la necessità di limitare le scelte del datore di lavoro.

La riforma ha quindi cercato di operare, con occhio moderno, un corretto bilanciamento tra i diritti del datore di lavoro, in particolare sulla libera iniziativa economica e sulla tutela del patrimonio aziendale, e i diritti del lavoratore, primo fra tutti quello alla riservatezza.

Tale bilanciamento, divenuto ancor più difficile da calibrare per le variabili che il progresso tecnologico comporta sulle "persone" che vivono e si

⁵⁹ Il nuovo testo della norma così recita:

"1. Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e possono essere installati previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali. In alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione ovvero in più regioni, tale accordo può essere stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In mancanza di accordo, gli impianti e gli strumenti di cui al primo periodo possono essere installati previa autorizzazione delle sede territoriale dell'Ispettorato nazionale del lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più sedi territoriali, della sede centrale dell'Ispettorato nazionale del lavoro. I provvedimenti di cui al terzo periodo sono definitivi.

2. La disposizione di cui al comma 1 non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

3. 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."

⁶⁰ Così si legge nell' art. 7 comma 1 lett f) della legge 183/2015.

contrappongono nel mondo produttivo⁶¹ ha reso necessaria l'integrazione tra la normativa a tutela dei dati personali e la normativa lavoristica. La complementarità di tali due normative, operante secondo il criterio di specialità, offre alle parti del rapporto di lavoro — in particolar modo ai lavoratori — una tutela piena ed effettiva.

Il sistema normativo dello Statuto dei Lavoratori ammette che il datore di lavoro possa verificare l'adempimento della prestazione solo e soltanto in modo palese e personale, seguendo regole procedurali ispirate al principio di trasparenza (art. 3). Pertanto, la mera possibilità che il controllo sia un effetto indiretto dell'utilizzo di certi strumenti deve essere regolamentata come una eccezione alla disciplina generale, ammissibile solo in presenza di determinati presupposti.

La novella conferma il limite finalistico e il limite procedurale per l'utilizzo degli strumenti da cui possa derivare il controllo sull'attività lavorativa, conservando il divieto di uso di apparecchiature che abbiano quale fine esclusivo il controllo dei lavoratori. Vengono ampliate le esigenze che legittimano l'uso di particolari tipi di strumenti tecnologici necessari a rendere la prestazione o a registrare l'accesso e le presenze dei lavoratori, riferendosi ad esigenze di tutela del patrimonio aziendale⁶².

Il primo comma della norma elimina il divieto generale di controllo a distanza sull'attività dei lavoratori, imponendo la *regola*: “gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti di controllo a distanza dai quali derivi anche solo la possibilità

⁶¹ Si veda: R. DE LUCA TAMAJO, *Presentazione della ricerca*, in R. De Luca Tamajo - R. Imperiali D'Afflitto - C. Pisani - R. Romei, *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza del lavoratore*, Franco Angeli, 1988, 7 ss.; M.P. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003; P. Chieco, *Privacy e lavoro*, Cacucci, 2000; M.T. SALIMBENI, *Nuove tecnologie e rapporto di lavoro: il quadro generale*, in R. De Luca Tamajo - R. Imperiali D'Afflitto - C. Pisani - R. Romei, *Nuove tecnologie*, cit.

⁶² All'interno della categoria del patrimonio aziendale deve essere compreso qualsiasi bene, di proprietà dell'azienda, necessario all'organizzazione e alla produzione dell'impresa, sia esso materiale o immateriale. Per una più ampia disamina della fattispecie si veda la fine del presente capitolo, sezione I.

di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale”, previa autorizzazione sindacale o amministrativa.

A ben vedere la norma non prevede più un esplicito e generale divieto di controllo a distanza dell'attività lavorativa, non chiarendo, sin dall'inizio, se il potere di controllo del datore possa esplicarsi sull'adempimento della prestazione lavorativa. Tuttavia, la maggior parte degli Autori⁶³ ritiene che la norma continui a sancire un generale divieto, seppur implicito: il controllo a distanza fine a se stesso è sempre vietato, esso è ammesso solo ove sia inevitabile conseguenza dell'impiego di strumenti finalizzati a realizzare le legittime esigenze dell'impresa, tassativamente tipizzate dal comma 1.

All'interno del divieto di controllo a distanza si fa rientrare l'indeterminato numero di strumenti che oggettivamente possono operare il suddetto controllo, i quali possono essere utilizzati solo con il consenso sindacale o, in mancanza, con l'autorizzazione della DTL o del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, e solo in presenza di comprovate esigenze organizzative, produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale⁶⁴.

Il secondo comma prevede, invece, l'*eccezione*: “la disposizione di cui al comma 1 non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la

⁶³ Cfr. R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza*, cit., p. 96; I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'inserzione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy*, in *Labour & Law Issues*, vol. 2, 1, 2016, p. 16 ss; M. T. SALIMBENI, *La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2016, I, p. 602; V. MAIO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la moderna postpanottica*, in *Arg. Dir. lav.*, 2015, p. 1190; E. BALLETTI, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, *Relazione alle giornate di studio Aidlass*, Napoli 16-17 giugno 2016, in www.aidlass.it, p. 39. In tal senso anche la recente sentenza del Tribunale di Torino RG 768/2018 del 18 settembre 2018.

⁶⁴ Non è possibile, quindi, che le parti del contratto di lavoro si accordino sull'utilizzo di strumenti tecnologici atti a vigilare sull'adempimento. In tal senso V. PINTO, *I controlli “difensivi” del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, in P. Tullini (a cura di) *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli 2017, 148-150; M. BARBIERI, *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il grande fratello può attendere*, in P. Tullini (a cura di) cit., 202-204.

prestazione lavorativa” e agli “strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze”.

Viene, quindi, eliminato ogni diretto riferimento a strumenti che abbiano l'esclusivo fine di controllo⁶⁵. Si ammette, invece, l'utilizzo di strumenti che potenzialmente possono consentire un controllo, ma che servono ad altro, in particolare a rendere la prestazione lavorativa.

Il legislatore statutario, quindi, vincolando l'impiego degli strumenti “di controllo” alla meritevolezza degli interessi perseguiti dal datore, ha creato una sorta di classificazione funzionale degli strumenti utilizzabili per rendere la prestazione lavorativa. Una classificazione scelta dal datore, ma che viene preventivamente valutata dalla controparte sindacale o, in subordine, dall'autorità amministrativa.

Orbene, il sopra menzionato comma secondo pone un dubbio ermeneutico: la deroga in esso prevista attiene ad entrambi i precetti contenuti nel primo comma, e quindi sia alla necessità del preventivo accordo sindacale (o dell'autorizzazione amministrativa), sia al rispetto delle finalità tipizzate legittimanti il controllo, o solo ad uno di essi?

Il dato testuale farebbe intendere che la deroga è integrale: sia alla necessità dell'accordo, sia alla sussistenza delle esigenze tipizzate. Ma così ragionando si arriverebbe all'assurda conseguenza di dare ingresso, nel nostro ordinamento, a qualsiasi *modus* di controllo svolto attraverso gli strumenti di lavoro, liberalizzando il controllo pervasivo ed occulto ed in spregio ai principi cardini della disciplina dei controlli a distanza.

Pare opportuno, quindi propendere per una tesi più restrittiva della norma *de qua*: la portata derogatoria del comma secondo è limitata alla necessità del previo accordo sindacale (o autorizzazione amministrativa)⁶⁶.

⁶⁵ Presupponendo che questi non possano assolutamente essere impiegati nell'impresa.

⁶⁶ Da ultimo si veda Trib. Torino del 18 settembre 2018, RG 768/2018, in *Riv. It. Dir. Lav.*, IV, 2018, con nota di C. CRISCUOLO (in corso di pubblicazione).

Al terzo comma la novella introduce un richiamo esplicito al Codice della Privacy, le cui disposizioni devono essere osservate per poter utilizzare le informazioni raccolte e registrate mediante gli strumenti di controllo installati dal datore di lavoro. Con tale richiamo il legislatore ha voluto creare un legame di complementarità tra la normativa dello statuto dei lavoratori e la normativa del Codice Privacy, assicurando maggiori garanzie ai diritti fondamentali della persona del lavoratore. Prima della riforma, infatti, la relazione tra le norme lavoristiche e quelle in materia di privacy era affidata all'art. 114 del Codice della privacy che si limitava a "far salva" la disciplina dettata in materia di controlli a distanza dallo Statuto dei lavoratori. Tale richiamo non faceva altro che sovrapporre il medesimo contenuto precettivo (quello dell'art. 4 St. lav.) all'interno di due diverse disposizioni normative, senza chiarire limiti e confini del potere di controllo datoriale.

In conclusione, la norma in analisi disciplina due ordini di regole da rispettare affinché il controllo e il successivo trattamento delle informazioni raccolte siano legittimi: il primo riguarda l'installazione e l'utilizzazione degli strumenti di controllo, il secondo riguarda il trattamento (e quindi l'utilizzo) delle informazioni e dei dati personali raccolti dal datore di lavoro.

3. Le ricadute applicative della nuova disciplina: esegesi dell'art. 4, quali le novità, quali i limiti e quali le incongruenze del nuovo assetto normativo

3.1 I limiti imposti ad datore di lavoro nella scelta e nell'utilizzo degli strumenti: la difficile ma necessaria qualificazione dei dispositivi in termini di strumenti "di controllo" o "di lavoro".

La norma, disciplinando le condizioni di installazione e uso di strumenti tecnologici, distingue da un lato i dispositivi la cui utilizzabilità trova ragione in comprovate esigenze tecniche, produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale; e, dall'altro, i dispositivi usati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa.

I primi possono essere impiegati unicamente per i fini individuati dalla legge (vincolo finalistico) e previa autorizzazione sindacale o amministrativa (vincolo procedurale); i secondi sono, invece, sottratti agli stretti vincoli procedurali e finalistici dettati dal primo comma del citato art. 4, in quanto il limite di scopo è posto dalla norma stessa mediante il concetto di "strumenti di lavoro".

Il vincolo finalistico sancito dal primo comma impone che la concreta scelta organizzativo-produttiva (e di sicurezza del lavoro, e di tutela del patrimonio aziendale) sia valutata a priori rispetto all'interesse perseguito, e verificata *ex ante* dal sindacato: l'impiego dello strumento di controllo deve essere proporzionale all'interesse perseguito.

Il ruolo necessario del sindacato nella verifica del vincolo finalistico realizza sia una (de)limitazione del potere datoriale, sia il coinvolgimento *in senso lato* dei lavoratori stessi nelle scelte del datore.

Sulla necessità del ruolo del sindacato, si osservi che, nonostante il datore di lavoro non sia tenuto ad accordarsi con il sindacato, ben potendo ricorrere all'autorizzazione amministrativa, egli è comunque tenuto a trattare con esso. La locuzione "in mancanza", di cui al primo comma art. 4, non significa "in alternativa", ma trova soluzione nei casi in cui non sia stato possibile raggiungere l'accordo, magari per mancato consenso o per assenza della controparte. L'autorizzazione amministrativa viene chiesta solo in seconda istanza, ed ha le medesime funzioni e il medesimo contenuto dell'accordo sindacale.

Rispetto al secondo comma, è opportuno chiarire cosa intende per “strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa”⁶⁷.

Va osservato che gli strumenti che il dipendente usa nell’attività lavorativa sono al tempo stesso necessari al corretto adempimento della prestazione, e incontrovertibilmente capaci di controllo a distanza.

In merito è da condividere la tesi di chi⁶⁸ ritiene che l’espressione usata dall’art. 4 St. Lav. vada riferita unicamente agli strumenti di cui il lavoratore concretamente ed effettivamente si serve per eseguire al meglio la prestazione di lavoro, e non, quindi, ad ogni mezzo fornito dal datore di lavoro.

Infatti, come osservato dal Garante Privacy⁶⁹, al fine dell’applicazione delle tutele previste dalla normativa è necessario che vi sia una stretta correlazione

⁶⁷ È opportuno precisare che il termine “strumenti” si riferisce sia agli hardware, ossia il device in quanto tale (computer, smartphone, tablet ecc.), sia ai software, ossia i sistemi applicativi che rendono possibile il funzionamento del mezzo (i programmi cui il dipendente accede).

⁶⁸ Così R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza*, cit. p. 101; M.T. SALIMBENI, *La riforma dell’art. 4 dello statuto dei lavoratori*, cit., p. 609; A. STIZIA, *Il controllo (del datore di lavoro) sull’attività dei lavoratori: il nuovo art. 4 e il consenso (del lavoratore)*, in *Labour & Law Issues*, vol 2, 1, 2016, p. 85 ss.; M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro) e dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *W/P CSDLLE “Massimo D’Antona”.it*, n. 300/2016, p. 9 ss e p. 20 ss.

⁶⁹ Il Garante per la protezione dei dati personali, nel provvedimento del 13 luglio 2016, n. 303 [doc. web. N. 5408460] ha precisato che nella nozione di strumenti di lavoro di cui al nuovo art. 4 St. Lav. “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 account personale) e gli altri servizi della rete aziendale, fra cui anche il collegamento ai siti internet. Costituiscono parte integrante di questi strumenti anche i sistemi e le misure che ne consentono il fisiologico e sicuro funzionamento al fine di garantire un elevato grado 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 a sette giorni; sistemi di filtraggio antivirus che rilevano le anomalie di sicurezza nelle prestazioni di lavoro sul 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).”

Interessante anche l’Audizione del Presidente Antonello Soro sugli schemi di decreti legislativi attuativi del c.d. Jobs Act presso la commissione Lavoro della Camera dei Deputati e la Commissione Lavoro del Senato, rispettivamente del 9 luglio 2015 e del 14 luglio 2015. In www.garanteprivacy.it secondi il quale i controlli fatti mediante strumenti di lavoro

tra lo strumento di cui il lavoratore viene dotato e le mansioni assegnategli, sia per quel che concerne i dispositivi in sé, sia per quel che concerne i sistemi e i programmi informatici su questi installati.

A ben vedere, quindi, non rientrano nella nozione di “strumenti di lavoro” i dispositivi tecnologici di cui il lavoratore non si avvale direttamente nell’adempimento dei suoi obblighi, ma che sono semplicemente utili a generali fini di organizzazione aziendale⁷⁰.

Non è possibile, tuttavia, delimitare *a priori* una categoria unitaria di “strumenti di strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa” ai sensi dell’art. 4, co. 2 St. lav., ma sarà compito dell’interprete valutare volta per volta se lo strumento preso in considerazione sia necessario o meno al corretto adempimento della prestazione lavorativa.

Ciò posto, la sostanziale diversità tra gli strumenti contemplati dal primo comma e quelli contemplati dal secondo comma riguarda le finalità del loro impiego, non le caratteristiche morfologiche: il primo comma impedisce ogni tipo di controllo sulla prestazione lavorativa mediante dispositivi e attrezzature a ciò esclusivamente dedicati, il secondo comma legittima il controllo diretto sull’esecuzione della prestazione laddove effettuato mediante strumenti funzionali e preordinati al corretto adempimento della prestazione lavorativa e alla corretta esplicazione dell’attività lavorativa in genere.

Ed allora, anche se non c’è più il generale divieto di controllo, diretto o indiretto, sull’operato dei lavoratori, può concludersi che è ammesso, nel rispetto dei limiti finalistici, il controllo *indiretto* (e, direi, *casuale*), e che trova legittimazione il controllo *diretto* sull’adempimento della prestazione laddove

“beneficino dell’esonero dalla procedura amministrativa solo nella misura in cui siano effettuati utilizzando le normali funzionalità degli apparecchi forniti in dotazione, appunto per rendere la prestazione e non inserendo specifici sistemi modificativi dei dispositivi, finalizzati al controllo della persona del lavoratore.”

⁷⁰ Per quel che riguarda i dispositivi gps si veda Cass. 12 ottobre 2015, n. 20440, in *Riv. It. Dir. lav.* 2016, II, p. 249.

effettuato con “gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa”⁷¹.

Per una dettagliata analisi degli strumenti di lavoro si rinvia capitolo II.

3.2 I limiti imposti al datore di lavoro nell’organizzazione della sua impresa: le stringenti regole procedurali ed il necessario rispetto della normativa in materia di privacy

Il secondo ordine di regole contemplato dall’art. 4 St. Lav. riguarda le norme in materia di trattamento di dati personali⁷², e, conseguentemente, le Linee guida del Garante Privacy per posta elettronica ed internet (deliberazione n. 13 del 1 marzo 2007) e il Provvedimento in materia di video sorveglianza (8 aprile 2010)⁷³.

Il richiamo è frutto della necessità di approntare una tutela più effettiva al lavoratore esposto ad un controllo datoriale sempre più pervasivo ed insidioso, in quanto insito nelle stesse nuove modalità di adempimento della prestazione lavorativa e di organizzazione della vita di impresa⁷⁴.

L’esercizio del potere di controllo e le sue connesse conseguenze non possono che avere ad oggetto *anche* un trattamento di dati ed informazioni personali del lavoratore. Per “dato personale” si intende “*qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona*

⁷¹ Così M.T. CARINCI, *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, cit., p. 54 ss.

Ciò posto diviene logico che il terzo comma dell’art. 4 sancisce che “*le informazioni raccolte ai sensi dei commi I e II sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*”.

⁷² Espressamente richiamate dal comma 3 dell’art. 4. Inoltre, Come si avrà cura di evidenziare nei paragrafi successivi, il Codice della Privacy è stato modificato dal recente decreto attuativo n. 101 del 10 agosto 2018. Tale decreto ha modificato, abrogato e aggiunto norme al Codice Privacy in attuazione al Regolamento europeo n. 679/2016, direttamente applicabile nell’ordinamento italiano a partire dal 25 maggio 2018.

⁷³ Le *Linee guida per la posta elettronica ed internet* ed il *Provvedimento in materia di videosorveglianza* dettano una serie di misure che garantiscono un uso moderato degli strumenti informatici anche per fini personali, assicurando una ragionevole protezione della sfera personale e mettendo al corrente il lavoratore delle operazioni vietate.

⁷⁴ D’Altronde, si ripete, il luogo di lavoro è considerato una “formazione sociale” (ai sensi dell’art. 2 Cost.) dove si sviluppa la personalità dell’individuo lavoratore e dove le ragioni aziendali trovano limiti funzionali nel rispetto della dignità dell’individuo.

*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*⁷⁵. Per “trattamento” si intende “*qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione*”⁷⁶.

La complementarità⁷⁷ tra la normativa in materia di dati personali e quella lavoristica, sancita dal nuovo testo dell'art. 4, comporta anche un puntuale adeguamento agli interventi valutativi e interpretativi del Garante, nell'applicazione delle nuove regole.

Di fatti, il rinvio inserito nella norma *de qua* lungi dall'essere un mero rinvio formale, rappresenta un richiamo sistematico al complesso reticolato di interpretazioni rese dal Garante. È lo stesso Garante che, in conseguenza della riforma, ha indicato che “il principale argine a un utilizzo pervasivo dei controlli sul lavoro sarà nella conformità alle norme del Codice”⁷⁸.

⁷⁵ Così il Regolamento UE 679/2016 all'art. 4 n. 1, rubricato “definizioni”.

⁷⁶ Così il Regolamento UE 679/2016 all'art. 4 n. 1, rubricato “definizioni”.

⁷⁷ Posto che le due discipline devono lavorare in maniera integrata per poter approntare un effettivo sistema di tutele, riguardando la materia lavoristica un settore giuridico speciale, eventuali contrasti e necessità di coordinamento si risolvono con il criterio di specialità (in base al quale la norma speciale prevale su quella generale, pur se più risalente nel tempo).

⁷⁸ Così A. SORO, *Audizione sugli schemi dei decreti legislativi attuativi del Jobs Act* cit.; nello stesso senso G.I. VIGLIOTTI che in *Controlli a distanza e tutela della persona del lavoratore: la CEDU conferma le scelte del legislatore interno*, in *Mass. Giur. Lav.* 2016, p. 217, evidenzia “lo stretto legame di dipendenza del sistema di tutela dei controlli a distanza dalla disciplina che protegge la privacy”; ancora secondo M. Ricci le disposizioni del Codice “difficilmente potranno costituire un limite “effettivo” rispetto al maggiore margine di manovra concesso alla parte datoriale, così in *I controlli a distanza dei lavoratori tra istanze di revisione e flessibilità “nel” lavoro*, in *Arg. Dir. lav.*, 2016, p. 755.

Contra G. PROIA che, invece, ritiene che il rinvio esplicito al d.lgs 196/2003 abbia come unico fine quello di ristabilire la preminenza della disciplina lavoristica e la residualità della disciplina in materia di privacy, in *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l' “impatto” della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, I, spec, p. 560.

Ancora, può osservarsi che il richiamo al Codice della Privacy rappresenta un invito al giudice del lavoro affinché non trascuri o si disinteressi di questioni attinenti alla riservatezza e ai dati personali del lavoratore⁷⁹.

Ciò posto, ne deriva un incremento di tutela a vantaggio del lavoratore: i limiti al potere di controllo del datore di lavoro sono stati integrati dai criteri di finalità, necessità, non eccedenza e pertinenza che devono presiedere al trattamento di tutti i dati tra cui rientrano tutte le operazioni di raccolta, acquisizione ed utilizzo di dati personali del lavoratore⁸⁰.

Il potere datoriale si trova a dover superare un doppio vaglio: sia rispetto ai limiti dell'art. 4, sia rispetto all'osservanza della normativa sulla raccolta ed utilizzo dei dati personali.

Orbene, posto che la funzione della disciplina in materia di privacy è individuata nella tutela dei diritti e delle libertà fondamentali della persona in quanto tale, prime fra tutti della sua dignità e riservatezza, c'è da chiedersi in che termini il Codice della Privacy – e, quindi, il Regolamento UE n. 679/2016 – possa limitare ed infierire sul potere di controllo del datore di lavoro.

A ben vedere il Codice della Privacy non vieta, ma limita, le attività che realizzano un trattamento di dati personali non lecito e non coerente con i

⁷⁹ Così P. TULLINI, *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, cit., p. 100.

⁸⁰ Come si dirà nella sezione II del presente capitolo, i principi da rispettare nel trattamento di dati personali sono, ad oggi, non più quelli indicati dall'abrogato articolo 11 del Codice Privacy, ma quelli indicati dall'art. 5 del Regolamento Europeo GDPR. Nonostante la fonte sia cambiata, tuttavia, i principi – essendo principi di carattere generale – sono i medesimi: liceità, correttezza. Trasparenza, finalità, pertinenza, minimizzazione dei dati, esattezza, integrità, riservatezza.

L'abrogato articolo 11 così recitava:

“1. I dati personali oggetto di trattamento sono:

- a) trattati in modo lecito e secondo correttezza;*
- b) raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi;*
- c) esatti e, se necessario, aggiornati;*
- d) pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati;*
- e) conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati.*

2. I dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati.”

principi in materia di riservatezza⁸¹. I principi di liceità, finalità, necessità e pertinenza non possono di per loro fondare un divieto generale di controllo sull'attività lavorativa, ma possono incidere, a monte, sul potere organizzativo dell'imprenditore definendo l'ampiezza e le modalità dei controlli datoriali.

D'altronde, anche il Regolamento GDPR⁸² non vieta in maniera perentoria e definita certi tipi di trattamenti che il datore fa nell'esercizio del suo potere di controllo. Il Regolamento, infatti, lascia che siano i singoli Stati membri ad individuare misure più specifiche e a disciplinare requisiti più perentori⁸³.

Nel rispetto del principio di necessità il datore di lavoro dovrebbe, fin dalla progettazione della propria organizzazione produttiva, minimizzare il

⁸¹ L'art. 6 del Regolamento GDPR, rubricato "*Principi applicabili al trattamento di dati personali*" e direttamente applicabile nell'ordinamento giuridico italiano, così recita:

"1. I dati personali sono:

- a) trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato («liceità, correttezza e trasparenza»);
- b) raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità; un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali («limitazione della finalità»);
- c) adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati («minimizzazione dei dati»);
- d) esatti e, se necessario, aggiornati; devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati («esattezza»);
- e) conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati; i dati personali possono essere conservati per periodi più lunghi a condizione che siano trattati esclusivamente a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, fatta salva l'attuazione di misure tecniche e organizzative adeguate richieste dal presente regolamento a tutela dei diritti e delle libertà dell'interessato («limitazione della conservazione»);
- f) trattati in maniera da garantire un'adeguata sicurezza dei dati personali, compresa la protezione, mediante misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentali («integrità e riservatezza»).

2. Il titolare del trattamento è competente per il rispetto del paragrafo 1 e in grado di provarlo («responsabilizzazione»).

⁸² Per una più completa disamina dell'argomento si rinvia alla sezione II del presente capitolo.

⁸³ In particolare, l'art. 6 del Regolamento, recita al comma 2: "Gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni più specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento con riguardo al trattamento, in conformità del paragrafo 1, lettere c) ed e), determinando con maggiore precisione requisiti specifici per il trattamento e altre misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto anche per le altre specifiche situazioni di trattamento di cui al capo IX."

trattamento dei dati personali dei suoi dipendenti mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento (cd. *Privacy by design* e *privacy by default*)⁸⁴.

La gradualità deve ispirare i controlli datoriali, “rendendo assolutamente residuali i controlli più invasivi, legittimandoli solo a fronte di specifiche anomalie”⁸⁵. In concreto, quindi, è più opportuno che il datore di lavoro utilizzi misure preventive, come tali meno limitative dei diritti dei lavoratori, e, solo in un secondo momento, misure volte a monitorare il concreto svolgimento della prestazione⁸⁶.

4. Cosa è rimasto della nozione di “controlli difensivi”: l'importanza della causalità del controllo, quali sono le ragioni di tutela del

⁸⁴ L'art 25 del Regolamento UE 2016/679 impone al titolare del trattamento di utilizzare sistemi di *privacy by design* (*privacy* fino dalla progettazione) e di *privacy by default* (*privacy* come impostazione predefinita): “1. Tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati.

2. Il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento. Tale obbligo vale per la quantità dei dati personali raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità. In particolare, dette misure garantiscono che, per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica.

3. Un meccanismo di certificazione approvato ai sensi dell'articolo 42 può essere utilizzato come elemento per dimostrare la conformità ai requisiti di cui ai paragrafi 1 e 2 del presente articolo.”

Sono gli stessi principi espressi da A. SORO, in *Audizione del Presidente Antonello Soro sugli schemi di decreti legislativi attuativi del Jobs Act*, cit. P. 2-3.

⁸⁵ Cfr. provvedimento del garante per la Protezione dei dati personali n. 303 del 13 luglio 2016, cit., p. 3.

⁸⁶ Cfr. Raccomandazione del 1 aprile 2015 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri dell'UE, dedicata al trattamento dei dati personali in ambito lavorativo.

patrimonio aziendale, la differenza tra beni esterni al rapporto di lavoro e beni interni al rapporto di lavoro

Alla luce delle novità introdotte dalla novella dell'art. 4, è lecito chiedersi se c'è ancora spazio per una nozione di controlli difensivi?

L'interesse imprenditoriale spinge, talvolta, il datore di lavoro ad individuare e reprimere le condotte illecite e penalmente rilevanti dei suoi lavoratori attraverso un controllo diretto sull'attività lavorativa, in occasione dello svolgimento del rapporto di lavoro.

La nozione di controllo difensivo è stata creata dalla giurisprudenza per descrivere un tipo di controllo che, siccome rivolto alla tutela dell'integrità del patrimonio aziendale, deve essere innanzitutto occulto⁸⁷. Allora, tali controlli rappresentano il punto di incontro tra ragioni di salvaguardia del patrimonio aziendale (che spingono il datore di lavoro a reagire agli illeciti eventualmente commessi dai propri dipendenti) e l'interesse dei lavoratori ad escludere qualsiasi forma di controllo occulto sui propri comportamenti.

In merito al riconoscimento della categoria *de qua* il percorso evolutivo della giurisprudenza ha segnato due fasi distinte.

In una prima fase, a partire dagli anni novanta, i giudici⁸⁸, chiamati a pronunciarsi su casi in cui il datore di lavoro aveva acquisito informazioni sui dipendenti mediante controlli a distanza con strumenti informatici per utilizzarle poi a fini disciplinari, aveva ritenuto tale utilizzazione lecita perché giustificata dall'interesse del datore di lavoro a difendersi dalla commissione di illeciti da parte dei suoi dipendenti. In tal modo i giudici, ritenendo meritevole di tutela l'interesse del datore di lavoro a preservare il proprio patrimonio

⁸⁷ V. Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, *cit.*; Cass. 18 settembre 1995, n. 9836, in *Dir. lav.* 1997, II, 22, con nota di GENTILE.

⁸⁸ Cass. 19 luglio 1985, n. 4271, in *OGL*, 1985, 102; Cass. 25 gennaio 1992, n. 829, in *Riv. Giur. Lav.*, 1992, II, 461; Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, 644; da ultimo Cass. 4 aprile 2012, n. 5371 e Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, entrambe in *Riv. It. Dir. lav.*, 2013, II, 113, con nota di SPINELLI.

aziendale, avevano ammesso la possibilità dei controlli di tipo “difensivo”, sottraendoli all’ambito di applicazione dell’art. 4 St. lav.

In particolare, secondo tale orientamento, era possibile distinguere: da un lato i controlli sempre vietati perché diretti sull’attività lavorativa dei lavoratori (*ex primo comma*), i controlli preterintenzionali richiesti da esigenze organizzative e produttive o dalla sicurezza del lavoro ammessi con le autorizzazioni prescritte dal secondo comma, e, dall’altro lato, i controlli volti ad accertare condotte illecite dei lavoratori, legittimi in quanto non limitati dalla legge.

In una seconda fase, l’ampiezza della definizione “controlli difensivi” e l’evolversi delle concrete modalità di controllo sull’attività lavorativa, hanno portato gli interpreti ad interrogarsi nuovamente sul tema⁸⁹. Ammettendo i controlli difensivi, infatti, il lavoratore veniva eccessivamente esposto al rischio che venisse effettuato pressoché qualsiasi indagine sulla sua condotta, per poi valutare solo *ex post*, una volta verificatasi la effettiva commissione dell’illecito, l’utilizzabilità a fini sanzionatori delle informazioni raccolte⁹⁰. La legittimità di tali informazioni, a ben guardare, sarebbe dipesa dalla rilevata o sospettata illecità del comportamento del lavoratore.

Ecco che la categoria *de qua* pare “affetta da un’aporia logica di non poco momento”⁹¹: se la legittimità del controllo viene legata ad un fatto (l’illecito) accertabile solo *ex post*, come è possibile stabilire in concreto e con certezza se l’esercizio del potere di controllo è legittimo o meno?

⁸⁹ Cfr. L. NOGLER, *Potere di controllo e utilizzo privato di telefono cellulare*, in *G. Lav.*, 2002, n. 21, 14; M.P. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003, 124 ss.; A. BELLAVISTA, *La Cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, II, 462; P. TULLINI, in *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, I, 323. Nella giurisprudenza di merito cfr. App. Milano, 30 settembre 2005, in *Dir. & Lav.*, 2006, 899, con nota di CHIUSOLO; Trib. Roma 4 giugno 2005, in *Riv. Giur. Lav.*, 2005, II, 763.

⁹⁰ Si veda: R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro*, in *Riv. It. Dir. lav.*, I, 2016, 77; cit.; M. MISCIONE, *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, in *Lav. Giur.*, 2013, 761; M. FALSONE, in *L’infelice giurisprudenza in materia di controlli occulti e le prospettive del suo superamento*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2016, 990-997.

⁹¹ Così V. PINTO, *I controlli “difensivi” del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dei lavoratori* a cura di P. Tullini, cit., p. 141.

Per tali ragioni, con recenti sentenze, la Suprema Corte ha mutato orientamento: “l’esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti non può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore”⁹². I controlli difensivi diretti ad accertare comportamenti illeciti del lavoratore, ove comportino la possibilità di controllo a distanza dell’esatto adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di lavoro, incontrano il limite del diritto alla riservatezza del lavoratore e sono soggetti alla disciplina dell’art. 4.

Pur non negando l’esistenza della categoria dei controlli difensivi, sottratta ai limiti di cui all’art. 4, i giudici di legittimità, ne hanno ridimensionato la portata applicativa, includendovi solo i controlli su comportamenti illeciti idonei a pregiudicare i beni estranei⁹³ al rapporto di lavoro⁹⁴. In particolare, sono fuori dal perimetro della norma i casi in cui il datore ponga in essere indagini volte ad accertare comportamenti del prestatore illeciti e lesivi del patrimonio e dell’immagine aziendale⁹⁵.

⁹² Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, *cit.*; la soluzione è stata condivisa altresì da: Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, *Mass. Giust. Civ.*, 2010, 4, 485; Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2013, 1, II, 113; Cass. 18 aprile 2012, n. 16622, *cit.*; da ultimo Cass. 27 marzo 2015, n. 10955, in *Foro it.*, 2015, I, 2316.

⁹³ A ben vedere, ne segue che mentre sono vietati i controlli su illeciti *interni* al rapporto di lavoro, sono, invece, consentiti i controlli su illeciti *esterni* al rapporto di lavoro.

⁹⁴ Come il patrimonio e l’immagine dell’azienda. In questo senso Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, *cit.*; nonché Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, *cit.*

Si osservi che la giurisprudenza e la dottrina hanno poi ulteriormente declinato tale impostazione, legittimando i controlli difensivi che abbiano ad oggetto un comportamento specifico, ed escludendo quindi fattispecie di controllo a distanza generalizzate ed indistinte; così Cass. 5 ottobre 2016, n. 19922, in *Riv. It. Dir. Lav.* 2017, 1, II, 26 con nota di, si consenta, C. CRISCUOLO.

⁹⁵ Così Trib. Torino del 18 settembre 2018; Cass. 17 febbraio 2015, n. 3122., *cit.*; Cfr. Cass. 1 ottobre 2012, n. 16622, *cit.*; cfr. in particolare con Cass. 13 maggio 2016, n. 9904, in *Foro it.*, 2016, 7-8, I, 2421: “La rilevazione dei dati di entrata ed uscita dall’azienda mediante un’apparecchiatura predisposta dal datore di lavoro ove sia utilizzabile anche in funzione di controllo a distanza del rispetto dell’orario di lavoro e della correttezza dell’esecuzione della prestazione, si risolve in un accertamento sul “quantum” dell’adempimento, sicché è illegittima ai sensi dell’art. 4, comma 2, della l. n. 300 del 1970 se non concordata con le rappresentanze sindacali, ovvero autorizzata dall’ispettorato del lavoro, dovendosi escludere che l’esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti possa assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore”.

In dottrina, risultano favorevoli a tale recente impostazione, inter alia, P. TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2009, I, 330 ss.; nonché

Tale consolidato orientamento non è esente da critiche.

Innanzitutto non è facile rinvenire un criterio oggettivo e preventivo per distinguere tra controlli effettuati su illeciti *interni* al rapporto di lavoro e controlli effettuati su illeciti *esterni* al rapporto di lavoro. Soprattutto alla luce del pervasivo utilizzo di strumenti tecnologici (i quali non solo sono utili a rendere la prestazione lavorativa, ma spesso la completano, integrandola e migliorandola) e delle nuove forme di lavoro (ci si riferisce, ad esempio, al lavoro agile) non si vede come poter contenere all'interno di una ben delimitata categoria i controlli effettuati a tutela dei beni aziendali. Non rappresenta il computer aziendale, ad esempio, allo stesso tempo il *mezzo* per accertare il comportamento illecito ed il *fine*, il bene protetto dalla norma in quanto *bene aziendale*?

Ed ancora, deve essere evidenziato, che legittimando una (in)certa categoria di controlli difensivi non si fa altro che continuare ad ammettere l'esistenza di un *tertium genus* di controlli (oltre a quelli diretti e preterintenzionali) non espressamente previsto dalla norma.

Di tali istanze e dibattiti si è fatto carico il legislatore che, attraverso l'art. 23 del d.lgs 151/2015 ha riformato l'art. 4 inserendo la "tutela del patrimonio aziendale" tra le esigenze legittimanti i controlli.

Ciò posto, può affermarsi che alla luce del riformulato art. 4 è stata *assorbita* una categoria di controlli difensivi effettuabili in deroga alla disciplina statutaria: il nuovo testo dell'art. 4 (co. 1) St. lav., mediante il riferimento esplicito alle esigenze di "tutela del patrimonio aziendale" porterebbe all'applicazione della norma a tutti i controlli fatti a difesa dei beni materiali e immateriali⁹⁶ dell'impresa, caratterizzati da occasionalità ed effettuati nel

M.T. SALIMBENI, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l'ambigua risoluzione del legislatore*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2015, I, 596-597.

⁹⁶ La nozione di "patrimonio aziendale" è stata molto ampliata rispetto al passato. Infatti, per "beni immateriali" si intendono i know-how, i progetti produttivi, le banche dati, le liste clienti.

rispetto della dignità e riservatezza del lavoratore, ma non ai controlli meramente volti a difendersi da una condotta penalmente rilevante del lavoratore⁹⁷.

In senso simile, inoltre, si è recentemente pronunciata la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁹⁸ : i giudici di Strasburgo hanno sancito che l'art. 8 CEDU è violato allorquando siano installate sul luogo di lavoro delle telecamere occulte volte ad un controllo continuativo, sulla base del mero sospetto del datore di lavoro che i suoi dipendenti stiano compiendo atti illeciti.

Vale la pena in questa sede precisare che l'esigenza organizzativa e produttiva del datore di lavoro di controllare l'attività lavorativa per fini di tutela del patrimonio aziendale può essere soddisfatta ricorrendo ad investigatori privati. Il lavoro di quest'ultimi, ponendo in essere un controllo personale e non a distanza, sfugge sia dal campo di applicazione dell'art. 3 che dell'art. 4 St. lav., sempre nella misura in cui sia svolto per finalità difensive dell'impresa e non per la mera verifica dell'esecuzione della prestazione.

La giurisprudenza ha più volte ritenuto legittimo l'impiego di investigatori privati per verificare comportamenti illegittimi dei dipendenti svolti all'esterno dei locali aziendali e non riconducibili all'adempimento della prestazione lavorativa, e che sono rilevanti per il corretto adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto di lavoro⁹⁹.

⁹⁷ Cfr. V. NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, cit., p. 51 ss; M. MARAZZA, *I controlli a distanza del lavoratore di natura difensiva*.

⁹⁸ Corte EDU, 9 gennaio 2018, ricorso n. 1874/13, *Lopez Ribalda v. Spain*, in www.dirittoegiustizia.it. Nel caso il responsabile di un supermercato spagnolo aveva rilevato discrepanze tra le registrazioni degli stock di magazzino e i guadagni giornalieri, ed aveva così deciso di installare telecamere di sorveglianza. Alcune di queste sorvegliavano i dipendenti ed erano visibili a tutti, altre controllavano solo i dipendenti in quanto installate in zone accessibili solo a questi ultimi. Ad opinione dei giudici il controllo continuativo (effettuato per tutto l'orario di lavoro), effettuato senza previa informazione e riguardante l'intera attività lavorativa svolta, benché svolto con finalità difensive, rappresenta un illegittimo esercizio del potere di controllo ed un'illecita ingerenza nella sfera privata del lavoratore.

⁹⁹ *Amplius* in questo capitolo, il paragrafo 1.1.

SEZIONE III

La disciplina del Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs 196/2003) e le novità introdotte dal Regolamento europeo n. 679/2016 (*GDPR*)

1. Uno sguardo al quadro delle fonti nazionali ed europee

La tematica che con il presente lavoro si vuole analizzare, come evidenziato in precedenza, per via della rilevanza che rivestono la persona del lavoratore¹⁰⁰ da

¹⁰⁰ Come evidenziato nelle pagine precedenti il diritto alla riservatezza ed alla protezione dei dati personali ha natura di diritto fondamentale della persona, ai sensi dell'art. 2 Cost., dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dell'art. 16 par. 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dell'art. 8, par. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

un lato, e le esigenze di produzione dell'impresa dall'altro, non riguarda solo il campo della disciplina lavoristica, ma attraversa diversi campi del diritto, tra cui, in particolare, quello della disciplina in materia di riservatezza.

I controlli a distanza, quindi, sono regolati non solo dallo Statuto dei Lavoratori, ma anche dalla normativa sulla riservatezza e sulla tutela dei dati personali espressamente richiamata dal novellato art. 4 st. lav. al comma 3.

La materia della privacy, nel tempo presente in cui viviamo, deve essere continuamente adeguata alle trasformazioni tecnologiche e alle innovazioni del mondo della comunicazione.

Cresce con rapidità esponenziale il valore del dato personale, non solo da un punto di vista morale e sociale, ma anche da un punto di vista economico. Il dato personale è diventato un bene primario, continuamente esposto a trattamenti e sfruttamenti, spesso illegittimi.

Questa è la ragione per cui la normativa sulla privacy non è composta soltanto dal Codice della Privacy, che fino al 25 maggio 2018 rappresentava il testo unico sulle disposizioni in materia di dati personali, ma anche dai Provvedimenti e Linee Guida del Garante Privacy e dalle norme europee.

La disciplina sui controlli a distanza, allora, vede ancor più frastagliate le sue fonti.

In particolare per quel che concerne le norme europee, il 27 aprile del 2016 è stato emanato il Regolamento generale n. 2016/679 sulla protezione dei dati (in inglese *General Data Protection Regulation*, meglio noto con la sigla GDPR), direttamente applicabile in tutti gli Stati membri dell'unione europea¹⁰¹.

¹⁰¹ Il Regolamento europeo sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento e alla libera circolazione dei dati personali è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale Europea il 4 maggio 2016 ed entrato in vigore il 24 maggio 2016; il contenuto è direttamente applicabile negli Stati membri dal 25 maggio 2018.

Ai sensi dell'art. 288 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ciascun regolamento europeo, e pertanto anche il Regolamento 679 del 2016, «ha portata generale, [...] è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri».

Dalla sua entrata in vigore¹⁰², il GDPR ha sostituito i contenuti della direttiva sulla protezione dei dati (Direttiva 95/46/CE), eliminandola, e, in Italia, ha modificato le norme del codice per la protezione dei dati personali, abrogando, modificando o aggiungendo nuove regole¹⁰³.

Il GDPR nasce, quindi, da precise esigenze di certezza giuridica, di armonizzazione e di maggiore semplicità delle norme riguardanti il trattamento ed il trasferimento di dati personali, nell'Unione Europea e tra l'Unione Europea ed alte parti del mondo¹⁰⁴. Esso è una risposta, necessaria e urgente, alle sfide poste dal progresso tecnologico e dai nuovi modelli di crescita economica¹⁰⁵.

2. Le principali novità introdotte dal nuovo Regolamento europeo n. 679/2016 (GDPR)

¹⁰² Si ricorda, infatti, che il Regolamento è stato emanato il 27 aprile 2016, ma ha trovato attuazione nell'ordinamento italiano (e negli altri stati membri) solo il 25 maggio 2018. Tale intervallo temporale è stato necessario per consentire agli Stati membri e alle competenti Autorità di adeguare le rispettive normative nazionali alle novità contenute nel Regolamento. La Commissione UE ha quindi scelto di lasciare ai singoli Stati Membri un certo margine di discrezionalità per mantenere o adottare specifiche norme di settore.

¹⁰³ Si osservi che il legislatore italiano si è astenuto dall'abrogare definitivamente il vecchio Codice della Privacy, optando per un pregnante restyling dello stesso nelle sue parti fondamentali. Risultano totalmente abrogate, tra le altre: le norme in tema di principi, definizioni e ambito di applicazione; le disposizioni sui diritti riconosciuti all'interessato e le relative modalità di esercizio; le regole generali sulle informative, sul consenso, sulle misure di sicurezza e sui soggetti che effettuano il trattamento; quasi tutte le disposizioni in materia di sanzioni.

Si sottolinea che il GDPR si propone di sostituire la Direttiva 95/46/CE, abrogandola a partire dal 25 maggio 2018 (art. 94 GDPR), e di integrare la Direttiva 2002/58/CE (art. 95 GDPR). Si ritiene che sia stato utilizzato lo strumento del Regolamento, anziché quello della Direttiva, perché si è ritenuto indispensabile vincolare tutti gli Stati Membri ad un omogeneo regime giuridico, non essendo più sufficiente vincolare gli stessi solo ad obiettivi comuni.

Il GDPR non è l'unica componente del c.d. "pacchetto privacy": insieme ad esso sono state emanate due Direttive settoriali: la Direttiva (UE) 680/2016, relativa allo scambio di dati investigativi tra autorità giudiziarie, e la Direttiva (UE) 681/2016 sulla condivisione dei codici di prenotazione nei mezzi di trasporto pubblico.

¹⁰⁴ È importante sottolineare che il Regolamento si applica anche alle imprese situate fuori dall'Unione europea, ma che offrono servizi o prodotti all'interno dell'Unione europea. Tutte le aziende, ovunque stabilite, dovranno quindi rispettare le nuove regole.

¹⁰⁵ Sul tema G. PROIA, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, fasc.4, 2016, p. 547.

Il GDPR si fa portavoce delle esigenze, sociali ed economiche, che hanno portato alla necessaria riformulazione della normativa europea in materia di privacy: in tale contesto, la nuova normativa rappresenta l'innovazione più importante degli ultimi anni.

Volendo fare una prima considerazione introduttiva, il GDPR si caratterizza per due questioni.

In primo luogo, il GDPR invita ad una nuova sensibilità della “cultura informatica”: cambia lo stesso approccio nella gestione dell'informazione imponendo agli operatori del diritto una maggiore attenzione alla tutela della persona, adattando costantemente le misure di “sicurezza”, tecnologiche ed organizzative.

In secondo luogo, le prescrizioni contenute nel GDPR appaiono più stringenti rispetto a quelle della normativa previgente, in quanto vengono imposti meccanismi procedurali che richiedono di ridefinire le procedure interne e riformulare i rapporti con dipendenti, collaboratori, fornitori, clienti o utenti¹⁰⁶.

In altri termini la nuova disciplina europea richiede di integrare le prescrizioni giuridiche all'interno delle stesse piattaforme tecnologiche e dei processi organizzativi delle imprese, così che l'attività produttiva porti *già* in sé con le cautele richieste per il trattamento dei dati personali.

La tutela dei dati personali diviene, allora, la struttura giuridica portante di tutte le interazioni che ciascuna realtà produttiva ha al suo interno¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Cfr. F. COSTANTINI, *Il regolamento (ue) 679/2016 sulla protezione dei dati personali*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 6/2018, Ipsoa, p. 545.

¹⁰⁷ Per capire meglio il concetto esposto si facciano alcune considerazioni.

I dati sono gli atomi, aventi natura di entità artificiali, della “Società dell'Informazione”. Il loro possesso e la loro analisi genera un valore che ha bisogno di essere definito all'interno di un sistema normativo all'interno del quale possano trovare ristoro i vari interessi economici coinvolti.

Il diritto che l'interprete deve costruire come infrastruttura per questi “valori” dev'essere concepito non tanto in termini contenutistici ma come una sorta di insieme di “istruzioni” per evitare una lotta di poteri che dia luogo ad un controllo impersonale e “inumano”.

Il GDPR, innanzitutto, arricchisce il novero di principi che devono caratterizzare ogni trattamento di dati personali. Accanto ai principi di necessità, pertinenza, finalità e minimizzazioni di dati, il legislatore europeo impone il rispetto della trasparenza¹⁰⁸, dell'integrità dei dati, ed introduce altresì il principio della responsabilizzazione.

Vengono riscritti i diritti riconosciuti all'interessato e le relative modalità di esercizio; cambiano le regole generali sul trattamento dei dati, sulle informative, sul consenso dell'interessato, sulle misure di sicurezza e sui soggetti che effettuano il trattamento; mutano quasi tutte le disposizioni in materia di sanzioni.

Passando ad analizzare le singole novità del GDPR si precisa che, ai fini che qui interessa, il datore di lavoro è qualificabile come "titolare" del trattamento, mentre il dipendente è qualificabile come "interessato" del trattamento.

2.1 I principi in materia di trattamento di dati personali dei lavoratori: il principio di trasparenza

Qualsiasi trattamento di dati personali deve essere lecito, corretto e trasparente.

La liceità del trattamento riguarda la corretta base giuridica per la quale esso viene effettuato: le condizioni legittimanti che il datore di lavoro deve

L'informatica ed il diritto tendono, oggi, ad integrarsi all'interno delle organizzazioni produttive: la massa di informazioni riguardante gli interessati (e quindi i dipendenti) deve essere determinata a monte attraverso il design stesso dell'assetto organizzativo.

¹⁰⁸ Si vedano gli articoli 12 e seguenti del GDPR.

rispettare¹⁰⁹. La correttezza riguarda non solo la buona fede, quale categoria generale del diritto civile, ma anche i principi cardine della disciplina in materia di privacy (principio di finalità, minimizzazione, proporzionalità, necessità).

¹⁰⁹ Le condizioni, di cui si tratterà più ampiamente nei paragrafi che seguono, sono tassativamente individuate dall'art. 6 del GDPR. Tale norma chiarisce quali sono i presupposti che debbono sussistere affinché un trattamento sia lecito, stabilisce che gli Stati membri hanno la possibilità di prevedere requisiti più specifici attraverso le norme di diritto interno, qualifica la base giuridica che ogni trattamento deve avere. Egli, ad esempio, dovrà essere in grado di provare che l'acquisizione di dati personali di dei dipendenti è necessaria ai fini dell'esecuzione del contratto di lavoro, oppure è necessaria per perseguire un suo legittimo interesse (in qualità di datore di lavoro), oppure è necessaria per eseguire un obbligo legale.

L'art. 6 così recita:

“Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

- a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità;*
- b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso;*
- c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento;*
- d) il trattamento necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica;*
- e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;*
- f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore.*

La lettera f) del primo comma non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti.

2. Gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni più specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento con riguardo al trattamento, in conformità del paragrafo 1, lettere c) ed e), determinando con maggiore precisione requisiti specifici per il trattamento e altre misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto anche per le altre specifiche situazioni di trattamento di cui al capo IX.

3. La base su cui si fonda il trattamento dei dati di cui al paragrafo 1, lettere c) ed e), deve essere stabilita:

- a) dal diritto dell'Unione; o*
- b) dal diritto dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento.*

La finalità del trattamento è determinata in tale base giuridica o, per quanto riguarda il trattamento di cui al paragrafo 1, lettera e), è necessaria per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento. Tale base giuridica potrebbe contenere disposizioni specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento, tra cui: le condizioni generali relative alla liceità del trattamento da parte del titolare del trattamento; le tipologie di dati oggetto del trattamento; gli interessati; i soggetti cui possono essere comunicati i dati personali e le finalità per cui sono comunicati; le limitazioni della finalità, i periodi di conservazione e le operazioni e procedure di trattamento, comprese le misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto, quali quelle per altre specifiche situazioni di trattamento di cui al capo IX. Il diritto dell'Unione o degli Stati membri persegue un obiettivo di interesse pubblico ed è proporzionato all'obiettivo legittimo perseguito.

4. Laddove il trattamento per una finalità diversa da quella per la quale i dati personali sono stati raccolti non sia basato sul consenso dell'interessato o su un atto legislativo dell'Unione o degli Stati membri che costituisca una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per la salvaguardia degli obiettivi di cui all'articolo 23, paragrafo 1, al fine di verificare se il trattamento per un'altra finalità sia compatibile con la finalità per la quale i dati personali sono stati inizialmente raccolti, il titolare del trattamento tiene conto, tra l'altro:

Il principio di trasparenza, che si pone quale baluardo della nuova normativa, riguarda le concrete modalità di comportamento del datore di lavoro e la comunicazione tra quest'ultimo ed i suoi dipendenti.

I soggetti interessati dal trattamento devono avere ben chiare le modalità e le misure con cui vengono raccolti, utilizzati o trattati i dati personali che li riguardano, queste devono loro essere comunicate con informativa facilmente accessibili e comprensibili, formulate in un linguaggio semplice e chiaro.

La trasparenza riguarda, in particolare, l'identità del titolare, le modalità e le finalità del trattamento.

Il titolare del trattamento (e, quindi, il datore di lavoro) dovrà mettere in atto misure preventive per garantire la sicurezza del trattamento, avendo cura di rendere edotto l'interessato sui rischi, le garanzie e i diritti ivi connessi. Dovrà altresì svolgere il trattamento solo dopo aver esplicitato e specificato le finalità che intende raggiungere, dimostrando perché tali finalità non possono essere raggiunte altrimenti.

I dati personali trattati devono essere pertinenti, adeguati e limitati a quanto necessario per le finalità del loro trattamento, dovranno essere rettificati o cancellati se inesatti. Da qui l'obbligo, in particolare, di assicurare che il periodo di conservazione dei dati personali sia limitato al minimo necessario. Ancora, per assicurare che i dati personali non siano conservati più a lungo del necessario, il titolare del trattamento dovrebbe stabilire un termine per la cancellazione o per la verifica periodica.

a) di ogni nesso tra le finalità per cui i dati personali sono stati raccolti e le finalità dell'ulteriore trattamento previsto;

b) del contesto in cui i dati personali sono stati raccolti, in particolare relativamente alla relazione tra l'interessato e il titolare del trattamento;

c) della natura dei dati personali, specialmente se siano trattate categorie particolari di dati personali ai sensi dell'articolo 9, oppure se siano trattati dati relativi a condanne penali e a reati ai sensi dell'articolo 10;

d) delle possibili conseguenze dell'ulteriore trattamento previsto per gli interessati;

e) dell'esistenza di garanzie adeguate, che possono comprendere la cifratura o la pseudonimizzazione”

Il trattamento deve avvenire garantendo un'adeguata sicurezza e riservatezza, anche per impedire l'accesso o l'utilizzo non autorizzato dei dati personali e delle attrezzature impiegate per il trattamento¹¹⁰.

Il datore di lavoro dovrà prevedere modalità volte ad agevolare l'esercizio, da parte dell'interessato dei diritti che gli competono, compresi i meccanismi per richiedere e, se del caso, ottenere gratuitamente, l'accesso ai dati, la loro rettifica e cancellazione e per esercitare il diritto di opposizione.

Il rispetto dei principi e delle indicazioni sopraesposte diventa *conditio sine qua* per effettuare qualunque fase del trattamento avente ad oggetto i dati dei lavoratori.

2.2 Il principio di *accountability* e la figura del *Data Protection Officer* secondo il criterio della *privacy by design* e *by default*

Il principio di trasparenza fa da cornice ad un contesto in cui l'adempimento dell'obbligo legale di garantire accesso ed assistenza nel trattamento dei dati personali riveste grande importanza, diventando indice virtuoso della tutela dei dati, soprattutto all'interno delle aziende e delle realtà produttive.

Il principio di *accountability* si pone quale strumento per l'attuazione di tale obbligo, generando meccanismi pratici di trasparenza e sicurezza. Esso è sancito dall'articolo 24 del Regolamento europeo, il quale impone al titolare del trattamento (e quindi al datore di lavoro) di mettere in atto misure

¹¹⁰ L'art. 5 del regolamento sancisce, in estrema sintesi, i seguenti principi:

- a) «liceità, correttezza e trasparenza»;
- b) «limitazione della finalità»;
- c) «minimizzazione dei dati»;
- d) «esattezza»;
- e) «limitazione della conservazione»;
- f) «integrità e riservatezza».

Al comma secondo introduce il principio di «responsabilizzazione».

adeguate ed efficaci a tutela dei dati. Tali misure – poste la natura, l’ambito di applicazione, il contesto e le finalità del trattamento per ogni singolo caso – devono essere idonee a dimostrare la conformità del trattamento alle norme del regolamento.

A voler tradurre il concetto di “*accountability*”, allora, non basta la parola “responsabilizzazione”. Ciò che il legislatore europeo impone al titolare del trattamento (e quindi al datore di lavoro) è più che altro un comportamento pro-attivo, un obbligo di rendicontazione¹¹¹ che dimostri la affidabilità e la competenza nella gestione aziendale dei dati personali.

Il principio, quindi, ha un’ampia portata: esso affianca ad una dimensione meramente giuridica anche una connotazione amministrativa ed etica, così da promuovere un decisionismo responsabile da parte del titolare del trattamento ed un dialogo legale e trasparente tra quest’ultimo e il soggetto interessato dal trattamento.

Il legislatore indirizza verso la creazione, a monte, di adeguate misure di tutela della privacy, già nelle *policies* aziendali, così da prevenire, a valle, abusi ed ingerenze dei diritti fondamentali dei lavoratori. Il datore di lavoro dovrà adesso essere in grado di dimostrare di aver adottato un sistema di misure tecniche, giuridiche e organizzative per la protezione dei dati personali, dimostrando in modo positivo e proattivo che le misure adottate sono conformi al nuovo Regolamento Privacy.

¹¹¹ Il termine *accountability* non è facilmente traducibile dall’inglese all’italiano. Il verbo *to account* può essere tradotto come “dar conto”. Il sostantivo *-ability* vuol dire “essere in grado di” o “avere attitudine a”. Pertanto tradurre *accountability* con “responsabilità”, non è del tutto corretto.

Il significato di *accountability* è legato al rendere conto di una azione fatta, al rispondere di un risultato ottenuto. Il significato di *responsibility* è legato al dover agire.

In italiano, sia *accountability* che *responsibility*, vengono tradotti con il termine “responsabilità”. La *ratio* posta alla base del concetto di *accountability* sta nell’idea che ogni individuo è responsabile per le proprie azioni all’interno del sistema in cui agisce e che, pertanto, deve renderne conto ai terzi, o a chiunque ne faccia richiesta.

In conclusione, l’*accountability* ha al suo interno tre elementi: la rendicontazione, intesa come capacità di dar conto delle proprie azioni; la trasparenza, intesa come garanzia e criterio di accesso alle informazioni; la *compliance*, intesa come rigoroso rispetto delle regole.

Posto che il dato personale del lavoratore può rappresentare una risorsa per l'impresa, e posto che il relativo trattamento si insinua nel processo produttivo della azienda, diviene necessario introdurre meccanismi pratici di responsabilizzazione del datore di lavoro (da un lato) e di consapevolezza del lavoratore (dall'altro).

Correlato al principio di *accountability* è la necessità per il datore di lavoro di adottare soluzioni preventive di *privacy by design* e di *privacy by default* (art. 25 del GDPR), così da minimizzare i rischi di controlli invasivi già in sede di progettazione ed organizzazione dell'impresa.

Il datore di lavoro ha quindi l'obbligo di valutare i rischi che la propria attività comporta sul trattamento dei dati personali dei suoi dipendenti, così da "prevenire anziché curare" illegittime ingerenze nella sfera di libertà e dignità del lavoratore. Tutta l'organizzazione dell'impresa deve essere progettata sin dall'inizio per assicurare trasparenza, sicurezza e minimizzazione dei rischi¹¹².

Ancora, in linea con il principio di *accountability*, l'art. 37 introduce in numerose realtà produttive la figura del *Data Protection Officer* (DPO, responsabile per la protezione di dati personali), per favorire l'osservanza della normativa in materia di protezione dei dati, fungendo da tassello di raccordo tra l'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, gli interessati da trattamento e le diverse divisioni operative di un'azienda. Quest'ultimo ha il compito di assicurare una gestione corretta dei dati personali nelle realtà aziendali: il DPO deve avere non solo una specifica competenza "della normativa e delle prassi in materia di dati personali", ma anche specifiche competenze e qualità

¹¹² Ad esempio, il datore di lavoro potrebbe impostare in maniera predefinita un trattamento di dati minimizzato (cioè restringendo al minimo possibile l'insieme dei dati da trattare), "nascosto" (cioè impedendo che soggetti terzi visualizzino in modo integrale e completo i dati dei dipendenti), o ancora "separato" (cioè scomponendo, al momento della conservazione, i dati personali così da proteggerli da eventuali ingerenze di soggetti non autorizzati).

Volendo fare un esempio più pratico: ogni volta che sul computer del dipendente, durante la navigazione web, vengono visualizzate pubblicità tali pubblicità sono state generate *ad personam* dal motore di ricerca che ha memorizzato le preferenze dell'utente. Il datore di lavoro potrebbe allora bloccare, tramite la rete wifi, la navigazione su determinati siti internet.

professionali, adeguate al complesso ruolo che è chiamato a svolgere¹¹³. L'alta professionalità e le competenze giuridiche sono richieste nonostante la norma non preveda né un albo, né delle abilitazioni, né un certificato che lo attesti.

L'obbligo¹¹⁴ di assumere un DPO vale per i soggetti che, su larga scala, fanno monitoraggio sistematico delle persone, oppure trattano dati sensibili.

Una breve considerazione.

Può osservarsi che il Regolamento GDPR introduce un assetto nel trattamento dei dati personali già noto all'ordinamento giuslavorista italiano. Sotto diversi aspetti la nuova normativa europea ricorda il profilo della sicurezza nei luoghi di lavoro¹¹⁵ e, quindi, alcuni profili tipici del d.lgs n. 81 del 9 aprile 2008 (Testo Unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro). Ci si riferisce, in particolare ai modelli della *privacy by design* e *by default* ed al documento sulla valutazione di impatto nel trattamento di dati personali (*privacy impact assessment-PIA* di cui all'art. 35 del GDPR).

L'art. 25 GDPR nella sua formulazione evoca i criteri della "prevenzione dei rischi alla fonte" e di un'organizzazione del lavoro improntata alla prevenzione e alla riduzione dei rischi al minimo che sono alcuni dei criteri già indicati dall'art. 15 del d.lgs n. 81/2008¹¹⁶.

¹¹³ È importante evidenziare che il DPO è indipendente: egli ha totale autonomia decisionale, ed è estraneo alla determinazione delle finalità e modalità del trattamento.

¹¹⁴ In caso di mancata nomina del DPO è prevista una sanzione pecuniaria amministrativa che può arrivare fino a 20 milioni di euro, o fino al 4% del fatturato annuo

¹¹⁵ Per una attenta disamina della questione si veda L. D'ARCANGELO, *I controlli a distanza dopo il Jobs act. Dallo statuto dei lavoratori alla disciplina sulla protezione dei dati personali*, in *Mass. Giur. lav.*, 10, 2016, p. 638 e ss.

¹¹⁶ L'art. 15 così recita:

"Le misure generali di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro sono:

- a) la valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza;
- b) la programmazione della prevenzione, mirata ad un complesso che integri in modo coerente nella prevenzione le condizioni tecniche produttive dell'azienda nonché l'influenza dei fattori dell'ambiente e dell'organizzazione del lavoro;
- c) l'eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, la loro riduzione al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico; (...)
- e) la riduzione dei rischi alla fonte;
- g) la limitazione al minimo del numero dei lavoratori che sono, o che possono essere, esposti al rischio; (...)

Simile discorso può farsi per la valutazione d'impatto regolata dall'art. 35 del GDPR. Tale valutazione impone al titolare del trattamento (datore di lavoro) l'obbligo di valutare l'impatto che sulla protezione dei dati personali ha un certo trattamento, in ragione della natura, del contesto e delle finalità del trattamento. In tal modo il datore sa già quali operazione possono esporre a seri rischi i diritti e le libertà della persona del lavoratore. Tale obbligo richiama quello previsto dall'art. 28 del d.lgs 81/2008 secondo il quale il datore deve predisporre un documento che valuti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori, predisponendo delle misure di prevenzione e di protezione, indicando i nomi dei responsabili e specificando quali mansioni espongono maggiormente a rischi il lavoratore.

Pertanto, posto che il richiamo dell'art. 4, co. 3 St. lav. al Codice privacy ha anche funzione prevenzionistica, come già è stato osservato¹¹⁷, il modello normativo della sicurezza nei luoghi di lavoro potrebbe rappresentare un utile strumento di adeguamento ai nuovi precetti europei per quel che riguarda la normativa sui controlli a distanza. In particolare, sia per quel che concerne l'individuazione dei soggetti su cui gravano gli obblighi di legge, sia per quel che riguarda l'individuazione dei ruoli e delle funzioni da attribuire ai soggetti all'interno delle realtà aziendali.

3. La posizione dei garanti europei riuniti nel WP29

I Garanti europei privacy riuniti nel Gruppo "Articolo 29" (WP29), tenendo conto dell'impatto che il progresso tecnologico ha sui diritti fondamentali delle

t) la programmazione delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, anche attraverso l'adozione di codici di condotta e di buone prassi."

¹¹⁷ Così L. D'ARCANGELO, *I controlli a distanza dopo il Jobs act. Dallo statuto dei lavoratori alla disciplina sulla protezione dei dati personali*, cit.

persone fisiche, hanno specificato e qualificato i rischi che possono configurarsi nell'ambito dei rapporti di lavoro in relazione al trattamento dei dati personali dei lavoratori, pubblicando un apposito documento¹¹⁸.

L'Opinion dell'8 giugno 2017, nell'individuare le concrete soluzioni possibili, ribadisce innanzitutto quali sono i diritti fondamentali del lavoratore in materia di privacy e rimarca i principi secondo i quali il trattamento deve avvenire, in linea con il Regolamento 679/2016. Ancora, evidenzia l'importanza dell'informare adeguatamente i lavoratori, attraverso precisi regolamenti e *policies* aziendali.

I Garanti invitano i datori di lavoro a offrire connessioni wifi *ad hoc* per i dipendenti e a impostare sui computer aziendali specifici spazi protetti dove i dipendenti possano liberamente conservare propri documenti personali.

Rinviano al capitolo secondo per una attenta disamina degli strumenti di lavoro e delle potenzialità di controllo insite in ciascuno di questi, e della correlativa qualificazione ai sensi della normativa italiana, qui di seguito si riportano alcune considerazioni del WP29 in merito a casi concreti di controllo sul luogo di lavoro.

Il documento affronta il noto problema sulla possibilità di utilizzare, ai fini dell'assunzione di lavoratori, informazioni pubbliche, come quelle reperibili sui profili dei social network. Innanzitutto i candidati devono essere informati della possibilità di controllo, anche mediante indicazione nello stesso annuncio di lavoro. In secondo luogo l'acquisizione e l'utilizzo di informazioni personali deve riguardare solo notizie attinenti alla vita lavorativa dei candidati, e non quella privata. In terzo luogo l'estrazione di dati deve essere giustificata da finalità lavorative ed aziendali.

Una volta assunti i candidati il controllo del datore di lavoro potrebbe esser utile, ad esempio, laddove nel contratto vi siano clausole di non concorrenza e sia, ovviamente indicato nel contratto stesso che la verifica del rispetto di tali clausole avverrà tramite controlli. In tal caso il controllo potrà avvenire solo

¹¹⁸ "Opinion 2/2017 on data processing at work" del WP29, pubblicata l' 8 giugno 2017 e scaricabile dal sito UE http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45631.

laddove non vi siano altri modi per realizzare il legittimo interesse del datore, e dovrà riguardare solo i profili utilizzati per finalità lavorative.

Ancora, il documento dà indicazioni su come monitorare l'attività fatta attraverso strumentazione informatica data in dotazione ai lavoratori (quale ad esempio l'utilizzo dell'email, dei cellulari, di internet).

Se la strumentazione viene fornita dal datore di lavoro essa è qualificabile come "dotazione aziendale" e, quindi, da un lato non è utilizzabile dal lavoratore per fini personali, dall'altro è controllabile dal datore di lavoro per tutti i fini connessi all'attività lavorativa.

Nel documento si specifica che il controllo deve essere limitato nel tempo e nella tipologia: ad esempio, tecniche come quelle di monitoraggio dei movimenti del mouse sono eccessive rispetto allo scopo, quindi illegittime.

Ancora, i garanti evidenziano che gli strumenti di rilevazione delle presenze, che indirettamente monitorano gli accessi e le uscite dei lavoratori, possono essere utili (e quindi legittimi) laddove il datore si voglia tutelare dalla perdita o dalla sottrazione di informazioni aziendali riservate.

Viceversa, le tecniche di mera videosorveglianza vengono ritenute illegittime perché sproporzionate rispetto alla finalità produttiva dell'impresa.

Quanto ai dispositivi di geolocalizzazione installati sui veicoli aziendali il documento specifica che il controllo che ne deriva è legittimo se fatto per la tutela della sicurezza dei veicoli e dei lavoratori, o anche per la pianificazione in tempo reale dell'attività lavorativa, mentre è illegittimo se i veicoli aziendali possano essere usati anche per finalità private. Se al dipendente è concesso dal contratto stesso di utilizzare il veicolo anche per attività personale (ad es. quando nel contratto di lavoro previsto che il veicolo sia in comodato d'uso al dipendente) il dipendente deve poter disabilitare la funzione di controllo quando svolge un'attività di natura personale.

In conclusione, le indicazioni del WP29 si pongono in linea con la già vigente normativa italiana, individuando cautele ed consigliando regole che hanno già trovato applicazione nelle realtà lavorative italiane.

4. Il recepimento del GDPR in Italia con il decreto attuativo n. 101/2018.

Profili critici.

In attuazione del Regolamento europeo 679/2016 il Parlamento ha emanato il decreto attuativo n. 101 del 10 agosto 2018, che modifica il d.lgs 196/2003 per adeguarlo¹¹⁹ alle nuove regole.

Non essendo questa la sede per analizzare nel dettaglio le novità introdotte in tutti i settori del diritto alla privacy italiana¹²⁰, ci si limiterà ad analizzare le modifiche che hanno interessato l'ambito dei controlli a distanza operati sui luoghi di lavoro.

Preliminarmente va osservato che il Regolamento UE ha lasciato un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri nel disciplinare norme e regole per i trattamenti di dati personali effettuati nell'ambito dei rapporti di lavoro. Infatti, l'art. 88 del GDPR recita *“Gli Stati membri possono prevedere, con legge o tramite contratti collettivi, norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro (...). Tali norme includono misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati (...).”*¹²¹.

¹¹⁹ Il decreto viene emanato in virtù della legge 25 ottobre 2017, n. 163, recante delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea (in particolare l'art. 13 delega il Governo all'emanazione di uno o più decreti legislativi di adeguamento del quadro normativo nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016), della legge 24 dicembre 2012, n. 234, recante norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea.

Si precisa che l'art. 22, comma 13 del suddetto decreto attuativo dispone: *“Per i primi otto mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Garante per la protezione dei dati personali tiene conto, ai fini dell'applicazione delle sanzioni amministrative e nei limiti in cui risulti compatibile con le disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679, della fase di prima applicazione delle disposizioni sanzionatorie.”*

Pertanto, è da ritenere che per i primi otto mesi (a partire dal 4 settembre 2018) il Garante sarà più “clemente” ed “attento” nell'erogare le sanzioni, tenendo in considerazione i normali tempi tecnici necessari affinché gli operatori del diritto recepiscano le regole.

¹²⁰ Per avere un quadro completo delle novità introdotte rispetto alla vecchia normativa si rinvia alla tabella di raffronto riportata alla fine del presente lavoro.

¹²¹ Per completezza si riporta l'intero art. 88: *“Gli Stati membri possono prevedere, con legge o tramite contratti collettivi, norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro, in particolare per finalità di*

Le norme interne dovranno includere misure specifiche ed appropriate a salvaguardia della dignità umana degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali dei lavoratori, in particolare per quanto riguarda la trasparenza del trattamento, il trasferimento di dati personali nell'ambito di un gruppo imprenditoriale o di un gruppo di imprese che svolge un'attività economica comune e i sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro.

Il decreto attuativo, pertanto, ha adeguato il nuovo Codice a tali indicazioni modificando (e abrogando per taluni versi) il titolo VIII, rubricato adesso "trattamenti nell'ambito del rapporto di lavoro."

Il nuovo art. 111 lascia ampio spazio al Garante nella promozione di regole deontologiche per i soggetti, pubblici e privati, che effettuano un trattamento di dati personali, e nella indicazione delle modalità specifiche con cui informare i lavoratori del trattamento stesso¹²².

Sarà quindi il Garante a dover indicare nei prossimi mesi le concrete modalità di comportamento del datore di lavoro e le concrete modalità di predisposizione dell'informativa.

L'art. 113 continua a sancire che nella raccolta e acquisizione dei dati da parte del datore di lavoro vige il divieto di indagini sulle opinioni e il divieto di trattamenti discriminatori, all'uopo la norma richiama gli articoli 8 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e 10 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.

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.

2. Tali norme includono misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati, in particolare per quanto riguarda la trasparenza del trattamento, il trasferimento di dati personali nell'ambito di un gruppo imprenditoriale o di un gruppo di imprese che svolge un'attività economica comune e i sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro.

3. Ogni Stato membro notifica alla Commissione le disposizioni di legge adottate ai sensi del paragrafo 1 entro il 25 maggio 2018 e comunica senza ritardo ogni successiva modifica."

¹²² Si osservi che il D.lgs 101/2018 attribuisce nuove ed ampie competenze al Garante Privacy in ogni campo. L'autorità, oltre ad essere onerata dei molteplici compiti attribuiti dal GDPR dovrà anche emanare specifici provvedimenti per il trattamento di particolari categorie di dati (biometrici, genetici e relativi alla salute), individuare ogni due anni specifiche e adeguate misure di sicurezza, adottare linee guida che promuovano in favore di piccole e medie imprese "modalità semplificate" di adempimento degli obblighi del titolare di trattamento.

Resta quindi il divieto per il datore di lavoro di effettuare, attraverso l'acquisizione di dati personali, indagini sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, o su ogni altro fatto non rilevante ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore.

In materia di controlli a distanza, si noti come il legislatore italiano abbia modificato la rubrica del capo III del titolo VIII, il quale non reca più l'intestazione “*Divieto di controllo a distanza e telelavoro*”, ma “*Controllo a distanza, lavoro agile e telelavoro*”, con ciò recependo le modifiche introdotte da Jobs Act che, come evidenziato più volte, hanno portato alla eliminazione di un generale ed esplicito divieto di controllo a distanza.

L'art. 114, nella sostanza¹²³, non ha subito modifiche, continuando a sancire che “*Resta fermo quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300.*”

Pertanto, le modifiche apportate dalla nuova disciplina in materia di dati personali non modificano né intaccano il quadro di regole imposte con la riforma del Jobs Act.

Volendo fare delle considerazioni può osservarsi che il nuovo decreto n. 101/2018 non si caratterizza né per innovazione né per certezza giuridica. Posto che lo stesso non ha fatto altro che operare un *restyling* delle precedenti regole, sarebbe stato più opportuno riscrivere il Codice Privacy.

Il legislatore non ha sfruttato l'occasione per specificare i principi generali imposti dal Regolamento Europeo, lasciando che l'interprete del diritto debba destreggiarsi in ricostruzioni tra norme nazionali e sovranazionali.

Probabilmente, il legislatore italiano non era ancora pronto per emanare un quadro organico di regole sul trattamento di dati personali. Tuttavia, ci si auspica che sarà il Garante a fornire indicazioni operative sull'applicazione del GDPR, quanto meno in materia del trattamento sanzionatorio per il trattamento illegittimo di dati.

¹²³ Di fatti, l'unica modifica che ha riguardato la norma sui controlli a distanza è meramente formale: la rubrica passa da “controllo a distanza” a “Garanzie in materia di controllo a distanza”.

5. Alcuni rilievi problematici sull'acquisizione e il trattamento di dati personali del lavoratore

Volendo trarre le somme delle novità legislative e delle modifiche introdotte nel nostro ordinamento, possiamo concludere che il datore di lavoro nell'effettuare controlli a distanza sui suoi lavoratori è obbligato a rispettare i seguenti principi a tutela dei dati personali:

- principio di necessità: ai sensi del quale il controllo deve essere necessario o indispensabile rispetto ad uno scopo predeterminato, deve essere limitato sia nel tempo che nell'oggetto, deve essere mirato e specifico, mai generale ed astratto, deve rivestire i caratteri dell'eccezionalità.
- principio di finalità: in base al quale il controllo deve essere sempre improntato a specifiche ed esplicite finalità, quali garantire la sicurezza sul lavoro o la continuità aziendale, o a prevenire e reprimere illeciti;
- principio di trasparenza: in base al quale il datore di lavoro deve informare preventivamente i lavoratori sulle modalità, sui rischi e sulle finalità del trattamento, comunicando le informazioni in modo chiaro e semplice, ed indicando altresì i nominativi dei responsabili del trattamento e le sanzioni in caso di inosservanza delle regole;
- principio di proporzionalità: in base al quale le modalità del controllo devono essere proporzionate e limitate alla finalità (ed allo scopo di verifica);
- principio di sicurezza: in base al quale la conservazione dei dati deve garantire l'integrità e la riservatezza del lavoratore.

Oltre al rispetto dei diritti fondamentali del lavoratore e dei principi sopraesposti il datore di lavoro dovrà individuare correttamente la base giuridica del trattamento che effettua (ai sensi dell'art. 6 del GDPR). Dovrà cioè indicare ed essere in grado di dimostrare se lo stesso avviene in adempimento di obblighi derivanti da un contratto di lavoro (lett. b), oppure

in adempimento di obbligazioni previste dalla legge, oppure per un interesse legittimo (lett d).

Un legittimo interesse sussiste ogni qual volta vi sia una relazione pertinente e appropriata tra l'interessato e il titolare del trattamento, e quindi, ad esempio, quando l'interessato è alle dipendenze (lavoratore) del titolare del trattamento (datore). Pertanto, la sussistenza del legittimo interesse coincide con la sussistenza delle esigenze indicate dal legislatore statutario all'art. 4¹²⁴.

Con il concetto di "legittimo interesse", quindi, il legislatore europeo introduce un concetto che in materia giuslavoristica era già ben noto.

Inoltre, se il trattamento viene così effettuato¹²⁵, l'interesse dovrà essere preventivamente analizzato attraverso la valutazione di impatto (art. 35 GDPR) e quindi dovrà essere assicurato ai lavoratori il diritto di opposizione (art. 21 GDPR).

Si osservi che l'art. 6 del GDPR richiede quale condizione legittimante del trattamento anche il consenso dell'interessato. Orbene, il datore di lavoro difficilmente potrà avvalersi del consenso dei suoi dipendenti come base legale per poter procedere all'utilizzo dei loro dati: il consenso per essere considerato valido, deve essere libero. Invece, stante la forte disparità di potere nelle realtà

¹²⁴ Il datore avrà un legittimo interesse ogni qual volta sussistano esigenze organizzative-produttive, di sicurezza del lavoro o di tutela del patrimonio aziendale.

¹²⁵ Si osservi che mentre con la normativa precedente al Regolamento GDPR il bilanciamento tra le esigenze del titolare e quelle dell'interessato dal trattamento era demandato al Garante Privacy (si veda il vecchio articolo 24, lettera g), del Codice della privacy), oggi, in ossequio al nuovo principio di *accountability* tale bilanciamento compete alle aziende. Esse devono valutare le contrapposte esigenze delle parti ed individuare un punto di equilibrio, fermo restando la possibilità di verifica *ex post* da parte del Garante. Il datore di lavoro dovrà quindi valutare e saper giustificare se le sue azioni rispettano le ragionevoli aspettative del lavoratore. C'è stato uno slittamento di tutele dal piano collettivo al piano individuale, tutto a svantaggio del lavoratore.

I limiti entro cui il datore, in autonomia, deve effettuare le sue scelte sono vaghi e potrebbero portare ad abusi nel trattamento dei dati. Le singole aziende hanno la possibilità di misurare le regole sulle loro singole operazioni, aumentando le occasioni di squilibrio di poteri, e, quindi, di controversie. Ci si auspica quindi che il Garante fornisca indicazioni precise nella qualificazione di come individuare il legittimo interesse e come effettuare la valutazione di impatto.

lavorative tra il datore di lavoro e i dipendenti, il consenso di questi ultimi non è mai del tutto spontaneo.

È per questa ragione che il datore di lavoro per provare la legittimità del trattamento che effettua dovrà ricorrere a disposizioni normative, regole contrattuali, o alla sussistenza del legittimo interesse.

6. Conclusioni: la prevalenza della disciplina sul trattamento di dati personali. L'importanza nodale dell'informativa preventiva.

Uno degli obiettivi della riforma dell'art. 4 (in particolare comma 3) è stato quello di affiancare ad una dimensione *collettiva* di tutela della riservatezza del lavoratore, fondata sull'intervento dei sindacati, una dimensione *individuale* di tutela, coerente con la natura personalissima del diritto alla riservatezza. Tale obiettivo è stato realizzato, innanzitutto, valorizzando la cognizione e la consapevolezza del lavoratore rispetto alle insidiosità e potenzialità di controllo sviluppatesi in un ambiente lavorativo d'avanguardia.

Infatti, il comma 3 dell'art. 4 St. lav. chiude i precetti in materia di controlli a distanza sancendo che, rispettate le condizioni previste dai commi 1 e 2, il datore di lavoro può utilizzare le informazioni raccolte solo se ha preventivamente dato ai lavoratori *adeguata informazione* sulle modalità di uso degli strumenti e sulle possibilità di effettuare i controlli¹²⁶.

La preventiva informazione del lavoratore, quindi, realizza l'obbligo di trasparenza posto a carico del datore di lavoro, e salvaguarda l'interesse del lavoratore alla verificabilità del corretto procedimento di trattamento di dati personali.

¹²⁶ In particolare il comma 3 recita “*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.*”

L' informativa specifica e preventiva genera, in sostanza, due tipi di effetti.

Per quel che riguarda il datore di lavoro, essa crea un effetto dissuasivo verso il monitoraggio non giustificato dell'attività del dipendente.

Per quel che riguarda il lavoratore, essa realizza un effetto di consapevolezza, dando piena e formalizzata cognizione delle potenziali (o effettive) ipotesi di controllo.

D'altronde, la consapevolezza di essere soggetti ad un controllo e quindi l'accettare di essere legittimamente controllati rappresentano elementi necessari nelle dinamiche di potere tra datore e lavoratore, e contribuiscono a colorare la nozione stessa di subordinazione.

Orbene, prima dell'entrata in vigore del nuovo Regolamento europeo sulla privacy n. 679/2016 e, quindi, prima che venisse emanato il decreto attuativo n. 101/2018, le fonti normative che imponevano l'obbligo di adeguata informazione in capo al datore di lavoro erano sostanzialmente due: l'art. 4, comma 3 dello Statuto dei lavoratori e l'art. 13 del Codice privacy.

Oggi il decreto attuativo del GDPR ha abrogato l'art. 13 del Codice Privacy. Ciò non comporta assolutamente un vuoto normativo sull'argomento: il regolamento GDPR è direttamente applicabile negli stati membri, pertanto l'art. 13 sarebbe stato superfluo.

Il diritto dell'interessato da trattamento (e quindi del lavoratore) ad essere informato è oggi sancito direttamente dagli articoli 12, 13 e 14 del GDPR¹²⁷.

Tali norme impongono che il titolare del trattamento adotti misure appropriate per fornire all'interessato tutte le informazioni sulle modalità e finalità del trattamento, comunicandole in maniera trasparente, intelligibile e con un linguaggio semplice e chiaro.

¹²⁷ Il Regolamento qualifica l'informativa come un vero e proprio diritto dell'interessato. In particolare, l'art. 12 tutela il diritto dell'interessato indicando come comunicargli le informazioni ed imponendo misure trasparenti per l'esercizio del suo diritto. Gli articoli 13 e 14, invece, dettano particolari requisiti dell'informativa e delle correlate misure di informazioni a seconda di se i dati personali vengano raccolti direttamente presso l'interessato oppure no.

La differenza tra l'informativa prevista dalla disciplina lavoristica e quella prevista in materia di dati personali sta essenzialmente in ciò: la seconda è posta a tutela di ogni qualificata ingerenza nella sfera personale del cittadino, la prima impone al datore di lavoro un obbligo di trasparenza più dettagliato ed articolato, riferito specificatamente al monitoraggio effettuato mediante gli strumenti di lavoro che incidono sulla sfera personale del lavoratore¹²⁸.

La differenza non riguarda la *ratio* dell'informativa ma il grado di dettaglio del suo contenuto, e si giustifica rilevando che l'elevata capacità di incisione del singolo strumento di controllo sulla sfera personale del lavoratore impone un'informativa più tecnica e dettagliata sui luoghi di lavoro.

Posto che le due informative disciplinate non rappresentano una duplicazione (essendo volte a realizzare lo stesso obiettivo), il datore di lavoro potrà predisporle nel medesimo documento, scegliendo le modalità che ritiene più opportune per una efficace comunicazione.

Nessun requisito è prescritto dalle fonti normative riguardo alla forma.

È però opportuno precisare che i lavoratori destinatari della comunicazione dovranno essere individuati in base all'impiego dello strumento da questi utilizzato. Infatti, siccome gli strumenti utilizzati dai lavoratori sono differenti e differenziati, una comunicazione che si rivolga genericamente a tutto il personale dipendente potrebbe generare confusione.

Per quel che riguarda il contenuto dell'informativa, il comma terzo dell'art. 4 richiede espressamente che si faccia riferimento alle “modalità d'uso degli strumenti” e l' “effettuazione dei controlli”. Il datore di lavoro quindi dovrà indicare in concreto come e quando l'uso dello strumento renda possibile l'acquisizione e il trattamento di dati personali. È preferibile che l'informativa faccia riferimento ad ogni strumento e ad ogni sua correlata potenzialità di

¹²⁸ In questo senso anche A. STIZIA, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo art. 4 St. lav. e il consenso del lavoratore*, cit., p. 91; A. MARESCA, *Jobs Act, come conciliare il potere di controllo e tutela della dignità e riservatezza del lavoratore*, in *Ipsa Quotidiano*, 22 febbraio 2016; M. TALARICO, *Art. 4, co. 3, l. 300/1970: sulle condizioni di utilizzabilità dei dati derivanti da impianti audiovisivi e strumenti di controllo*, in *Pers. e lav.*, 2016, n. 3, p. 15.; M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza), del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit., p. 29.

controllo, e non, in maniera generica, a tutti gli strumenti complessivamente considerati.

Dubbi permangono sulla necessità di una conferma dell'avvenuta ricezione dell'informativa da parte del lavoratore e sulla necessità di un suo espresso consenso ai sensi degli artt. 6 lettera *a*) e 7 del GDPR.

Per quel che riguarda il primo dubbio pare potersi affermare che una generalizzata comunicazione ai dipendenti, documentabile e tracciabile, formulata con un linguaggio chiaro e specifico, sia sufficiente. Non sembra necessario dover avere un riscontro formale della avvenuta ricezione della informativa da parte di ogni singolo dipendente se la stessa viene affissa in un luogo accessibile a tutto il personale o se la stessa viene comunicata singolarmente ad ogni lavoratore mediante posta elettronica o altri sistemi di comunicazione aziendali.

Per quel che riguarda il secondo dubbio, a parere di chi scrive, non sembra né utile né necessario alcun consenso del lavoratore ai sensi della normativa in materia di dati personali. Infatti, l'atto di predisposizione dell'informativa non configura l'esercizio di un potere unilaterale che incide sulla situazione giuridica soggettiva del lavoratore al punto da rendere necessario un suo consenso. Non sembra utile operare un distinguo tra lo *status* di lavoratore e lo *status* di soggetto interessato da trattamento di dati personali, dal momento che l'informativa e il consenso hanno la medesima *ratio* e finalità di garantire i diritti fondamentali del lavoratore-persona.

Inoltre il consenso non trova ragion d'essere laddove il trattamento è giustificato dal dover eseguire il contratto di lavoro (art. 6 lett *b*) GDPR) o da un legittimo interesse del datore di lavoro (art. 6 lett *c*) GDPR).

Il consenso, allora, potrebbe trovare un suo autonomo spazio solo se il trattamento di dati personali viene effettuato oltre il perimetro (e quindi per finalità diverse) del rapporto di lavoro¹²⁹.

¹²⁹ Si veda Garante Privacy in: *Linee Guida per il trattamento dei dati dei dipendenti privati*, 23 novembre 2006, doc. web n. 1364099, in www.garanteprivacy.it; Autorizzazione al trattamento dei dati sensibili nei rapporti di lavoro n. 1/2014, cit., *Linee Guida per il trattamento*

7. Tabella di raffronto tra vecchio e nuovo Codice privacy

di dati dei dipendenti pubblici del 14 giugno 2007, doc. web n. 1417809, in www.garanteprivacy.it; Sistemi di localizzazione dei veicoli nell'ambito del rapporto di lavoro del 4 ottobre 2011, n. 370, doc web n. 1850581, in www.garanteprivacy.it.

DECRETO LEGISLATIVO 30 GIUGNO 2003,
N. 196

Titolo VIII
Lavoro e previdenza sociale
Capo I
Profili generali

Art. 111. Codice di deontologia e di buona condotta

1. Il Garante promuove, ai sensi dell'articolo 12, la sottoscrizione di un codice di deontologia e di buona condotta per i soggetti pubblici e privati interessati al trattamento dei dati personali effettuato per finalità previdenziali o per la gestione del rapporto di lavoro, prevedendo anche specifiche modalità per l'informativa all'interessato e per l'eventuale prestazione del consenso relativamente alla pubblicazione degli annunci per finalità di occupazione di cui all'articolo 113, comma 3 e alla ricezione di curricula contenenti dati personali anche sensibili.

Art. 112. Finalità di rilevante interesse pubblico

1. Si considerano di rilevante interesse pubblico, ai sensi degli articoli 20 e 21, le finalità di instaurazione e gestione da parte di soggetti pubblici di rapporti di lavoro di qualunque tipo, dipendente o autonomo, anche non retribuito o onorario o a tempo parziale o temporaneo, e di altre forme di impiego che non

DECRETO LEGISLATIVO 30 GIUGNO 2003,
N. 196 **come modificato dal d.lgs 10 agosto 2018 n. 101**

Titolo VIII
Trattamenti nell'ambito del rapporto di lavoro
Capo I
Profili generali

Art. 111. Regole deontologiche per trattamenti nell'ambito del rapporto di lavoro

1. Il Garante promuove, ai sensi dell'articolo 2-*quater*, l'adozione di regole deontologiche per i soggetti pubblici e privati interessati al trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito del rapporto di lavoro per le finalità di cui all'articolo 88 del Regolamento, prevedendo anche specifiche modalità per le informazioni da rendere all'interessato.

Art. 111-bis. Informazioni in caso di ricezione di curriculum

1. Le informazioni di cui all'articolo 13 del Regolamento, nei casi di ricezione dei curricula spontaneamente trasmessi dagli interessati al fine della instaurazione di un rapporto di lavoro, vengono fornite al momento del primo contatto utile, successivo all'invio del curriculum medesimo. Nei limiti delle finalità di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento, il consenso al trattamento dei dati personali presenti nei curricula non è dovuto.

Art. 112. Finalità di rilevante interesse pubblico
[Abrogato]

comportano la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato.

2. Tra i trattamenti effettuati per le finalità di cui al comma 1, si intendono ricompresi, in particolare, quelli effettuati al fine di:

- a) applicare la normativa in materia di collocamento obbligatorio e assumere personale anche appartenente a categorie protette;
- b) garantire le pari opportunità;
- c) accertare il possesso di particolari requisiti previsti per l'accesso a specifici impieghi, anche in materia di tutela delle minoranze linguistiche, ovvero la sussistenza dei presupposti per la sospensione o la cessazione dall'impiego o dal servizio, il trasferimento di sede per incompatibilità e il conferimento di speciali abilitazioni;
- d) adempiere ad obblighi connessi alla definizione dello stato giuridico ed economico, ivi compreso il riconoscimento della causa di servizio o dell'equo indennizzo, nonché ad obblighi retributivi, fiscali o contabili, relativamente al personale in servizio o in quiescenza, ivi compresa la corresponsione di premi e benefici assistenziali;
- e) adempiere a specifici obblighi o svolgere compiti previsti dalla normativa in materia di igiene e sicurezza del lavoro o di sicurezza o salute della popolazione, nonché in materia sindacale;
- f) applicare, anche da parte di enti previdenziali ed assistenziali, la normativa in materia di previdenza ed assistenza ivi compresa quella integrativa, anche in applicazione del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 29 luglio 1947, n. 804, riguardo alla comunicazione di dati, anche mediante reti di comunicazione elettronica, agli istituti di patronato e di assistenza sociale, alle associazioni di categoria e agli ordini professionali che abbiano ottenuto il consenso dell'interessato ai sensi dell'articolo 23 in relazione a tipi di dati individuati specificamente;
- g) svolgere attività dirette all'accertamento della responsabilità civile, disciplinare e contabile ed

esaminare i ricorsi amministrativi in conformità alle norme che regolano le rispettive materie;

h) comparire in giudizio a mezzo di propri rappresentanti o partecipare alle procedure di arbitrato o di conciliazione nei casi previsti dalla legge o dai contratti collettivi di lavoro;

i) salvaguardare la vita o l'incolumità fisica dell'interessato o di terzi;

l) gestire l'anagrafe dei pubblici dipendenti e applicare la normativa in materia di assunzione di incarichi da parte di dipendenti pubblici, collaboratori e consulenti;

m) applicare la normativa in materia di incompatibilità e rapporti di lavoro a tempo parziale;

n) svolgere l'attività di indagine e ispezione presso soggetti pubblici;

o) valutare la qualità dei servizi resi e dei risultati conseguiti.

3. La diffusione dei dati di cui alle lettere m), n) ed o) del comma 2 è consentita in forma anonima e, comunque, tale da non consentire l'individuazione dell'interessato.

Capo II

Annunci di lavoro e dati riguardanti prestatori di lavoro

Art. 113. Raccolta di dati e pertinenza

1. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 8 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

Capo III

Divieto di controllo a distanza e telelavoro

Art. 114. Controllo a distanza

1. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

Art. 115. Telelavoro e lavoro a domicilio

1. Nell'ambito del rapporto di lavoro domestico e del

Capo II

Trattamento di dati riguardanti i prestatori di lavoro

Art. 113. Raccolta di dati e pertinenza

1. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 8 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nonché dall'articolo 10 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.

Capo III

Controllo a distanza, lavoro agile e telelavoro

Art. 114. Garanzie in materia di controllo a distanza

1. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

Art. 115. Telelavoro, lavoro agile e lavoro domestico

telelavoro il datore di lavoro è tenuto a garantire al lavoratore il rispetto della sua personalità e della sua libertà morale.

2. Il lavoratore domestico è tenuto a mantenere la necessaria riservatezza per tutto quanto si riferisce alla vita familiare.

Capo IV

Istituti di patronato e di assistenza sociale

Art. 116. Conoscibilità di dati su mandato dell'interessato

1. Nell'ambito del rapporto di lavoro domestico, **del telelavoro e del lavoro agile** il datore di lavoro è tenuto a garantire al lavoratore il rispetto della sua personalità e della sua libertà morale.

2. Il lavoratore domestico è tenuto a mantenere la necessaria riservatezza per tutto quanto si riferisce alla vita familiare.

Capo IV

Istituti di patronato e di assistenza sociale

Art. 116. Conoscibilità di dati su mandato dell'interessato

--	--

CAPITOLO II

L'esecuzione del controllo sui lavoratori.

Modalità e limiti: gli strumenti di lavoro

SEZIONE I

Il concetto di “strumenti di lavoro”.

La tipologia della fattispecie tra presente (...)

1. L'ampiezza dell'accezione e i suoi risvolti pratici sul potere datoriale di controllo

Il secondo comma dell'art. 4 contiene una deroga alla regola generale del divieto di controlli a distanza¹³⁰, sancendo che il limite procedurale imposto dal primo comma non si applica agli strumenti che servono per rendere la prestazione lavorativa ed agli strumenti di registrazione di accesso e delle presenze.

Preliminarmente si deve osservare, come già chiarito in precedenza, che la deroga del comma secondo va riferita solo al vincolo procedurale (cioè la necessità del previo accordo sindacale o dell'autorizzazione amministrativa) e non anche al vincolo finalistico (cioè la sussistenza delle esigenze tipizzate dal legislatore). Diversamente ragionando, infatti, si liberalizzerebbe il controllo occulto e continuativo sui lavoratori, violando i principi cardine che regolano la disciplina dei controlli a distanza.

Ciò posto, il dubbio ermeneutico che pone il secondo comma in analisi riguarda la nozione di strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e la sua differenza rispetto agli strumenti "di controllo".

La genericità del concetto utilizzato dal legislatore statutario lascerebbe propendere per un'interpretazione estensiva della norma, lasciandovi rientrate tutti gli strumenti idonei o utili al lavoratore per adempiere la prestazione, anche se accessori. Tuttavia, posta la *ratio* derogatoria del secondo comma dell'art. 4 è preferibile un'interpretazione restrittiva che faccia rientrare nel campo di applicazione della norma solo gli strumenti necessari allo

¹³⁰ Vedi *amplius* capitolo I.

svolgimento dell'attività lavorativa e strettamente connessi alle mansioni assegnate ad ogni lavoratore.

Non esiste una nozione ontologica ed unitaria di strumento di lavoro¹³¹, l'interprete deve compiere un'analisi specifica del singolo caso, avendo cura di valutare la funzione dello strumento rispetto alle mansioni concretamente svolte e al tipo di organizzazione aziendale.

Resta comunque difficile individuare il *discrimen* tra tecnologie di controllo e tecnologie prestazionali, tra le tecnologie che eccedono o meno le strette necessità della prestazione. Difatti, posta la necessità del nesso di funzionalizzazione dello strumento rispetto alla prestazione lavorativa, gli interpreti hanno diversamente interpretato il grado di funzionalità dello strumento.

Secondo una prima impostazione, l'inapplicabilità del primo comma dell'art. 4 riguarda solo le ipotesi il cui il meccanismo che genera il controllo è nella gestione esclusiva del lavoratore, che lo attiva e lo disattiva per rendere la prestazione¹³². La linea di confine tra strumenti di controllo e strumenti prestazionali sarebbe allora rappresentata dalla esclusività nella gestione del dispositivo.

Ancora c'è chi ritiene che il *discrimen* sia ravvisabile nel ruolo attivo o passivo del lavoratore. In altri termini gli strumenti di cui al secondo comma sono esclusivamente quelli che necessitano, per funzionare, di una partecipazione attiva del lavoratore, mentre le tecnologie autosufficienti, che richiedono un ruolo passivo del lavoratore, devono essere preventivamente autorizzate¹³³. Non sarebbero, quindi, strumenti di lavoro tutti i software che con modalità non percepibili dall'utente e in modo indipendente rispetto alla normale attività dell'utilizzatore (cioè funzionando in background e senza interferire sul

¹³¹ M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit., p. 10.

¹³² Così M.T. SALIMBENI, *La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del lavoratore*, cit., p. 609.

¹³³ Così M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento di dati (del lavoratore)*, cit., p. 11

lavoro del dipendente) realizzano operazioni costanti e indiscriminate di monitoraggio degli accessi ad internet o alla posta elettronica¹³⁴.

Forse, l'ampiezza del concetto di "strumenti di lavoro" rende inutile ogni tentativo di cristallizzare *a priori* le tipologie di controllo, rendendo più opportuno far rientrare nella definizione ogni mezzo utilizzato per adempiere con esattezza la prestazione, valutando caso per caso, in base ad un criterio di prevalenza e preponderanza, la funzionalità dello strumento rispetto agli scopi lavorativi.

Pertanto, non c'è una differenza ontologica tra gli strumenti necessari per rendere la prestazione lavorativa e gli strumenti di controllo: ricondurre gli uni e gli altri nell'ambito della disciplina generale o nell'ambito della sua eccezione dipenderà dal nesso esistente, in concreto e caso per caso, tra questi e lo svolgimento della prestazione (intesa come le specifiche mansioni attribuite).

Ciò premesso, solo la giurisprudenza ed i provvedimenti del Garante ad potranno assumere una funzione dirimente rispetto all'applicazione del primo o del secondo comma dell'art. 4.

L'assenza di una definizione specifica di "strumento per rendere la prestazione lavorativa" ha delle conseguenze di ordine pratico.

Innanzitutto, l'ampiezza del dato testuale, così come non permette la creazione di una chiara categoria, così non pone limiti alla scelta del datore di lavoro sugli strumenti da installare ed assegnare.

Basti pensare, ad esempio, alle possibilità che ha il datore nell'scegliere un certo tipo strumento di registrazione degli accessi e delle presenze piuttosto che un altro.

Ad esempio, il classico "cartellino marcatempo" che memorizza solo l'ingresso e l'uscita dei dipendenti, svolge la stessa funzione del badge elettronico con

¹³⁴ Così il Garante per la protezione dei dati personali, 13 luglio 2016, n. 303, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2017, II, p. 310, con nota di A. TROJSI.

tecnologia Rfid¹³⁵, il quale però consente *anche* di tracciare gli spostamenti del dipendente all'interno dei locali aziendali. Nonostante la funzione sia la stessa, il badge elettronico ha un valore aggiunto: per via delle sue caratteristiche tecniche, consente di massimizzare il risultato produttivo attraverso la costante verifica della diligenza del lavoratore nell'adempire la sua prestazione.

La scelta degli strumenti di lavoro, posta la sussistenza di almeno una delle esigenze indicate dalla norma¹³⁶, resta quindi insindacabile, e valutabile solo *ex post* rispetto all'incidenza che gli stessi hanno sulla dignità e riservatezza del lavoratore.

Si assiste ad una de-procedimentalizzazione della scelta degli strumenti utilizzabili in azienda: la tipologia non è predeterminata in un accordo collettivo (o autorizzazione amministrativa), pertanto, i limiti (e quindi la tutela del lavoratore) potranno esser fatti valere solo dopo che siano stati violati, davanti al giudice. Ne deriva uno slittamento delle tutele dal piano collettivo a quello individuale, dove ancor più lampante è la disparità di posizioni tra il datore di lavoro e il lavoratore.

Ancora si osservi che diversi dispositivi utilizzati nell'impresa ai fini dell'adempimento della prestazione lavorativa sono sempre più sofisticati e

¹³⁵ La tecnologia Rfid consente, attraverso un sistema *online* di trasmettere tutti i dati acquisiti attraverso la lettura magnetica del badge, dati riguardanti non solo l'orario di lavoro ma anche i permessi presi e le pause fatte. Per tale caratteristica, che consente un controllo continuo e pervasivo, la Cassazione ha ritenuto tali tipi di badge degli strumenti di controllo. Così Cass. 13 maggio 2016, n. 9904, in *Foro it.* 2016, 7-8, I, 2421; Cass. 14 luglio 2017, n. 17531, in *Guida al diritto*, 2017, 33, 68.

¹³⁶ Ad esempio, la videosorveglianza in azienda è legittima solo se sussistono:

- esigenze organizzative e produttive: può essere, ad esempio, necessario riprendere un particolare macchinario per verificare se questo funziona correttamente, chiudendo un ciclo di produzione e iniziandone un altro; oppure può essere necessario installare una telecamera all'ingresso di un locale commerciale per vedere quando e se entrano i clienti.
- Esigenze di tutela della sicurezza del lavoro: può essere necessario, ad esempio, installare telecamere in una banca per dissuadere i ladri dal commettere furti e rapine.
- Esigenze di tutela del patrimonio aziendale: può essere, ad esempio, utile installare telecamere in un negozio per assicurarsi che nessun cliente o dipendente rubi la merce.

Per altre considerazioni sulla videosorveglianza si fa riferimento alla circolare n. 5 del 19 febbraio 2018 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, condivisa con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

sempre più diversificati. La loro esatta qualificazione in termini di strumenti di lavoro o di controllo, quindi, diviene ancor più difficile quando lo stesso strumento può in concreto essere utilizzato per diverse mansioni e, quindi, con diverse funzioni. Basti pensare, ad esempio, ai diversi programmi installati sul computer aziendali: alcuni sono senz'altro necessari per adempiere le mansioni attribuite, altri, invece, possono essere utilizzati per diversi motivi, anche personali (si pensi al programma Windows Word, o più in generale ai *browser web*).

Inoltre, ai classici strumenti già noti al mondo del lavoro, quali computer, smartphones e telecamere, si stanno via via aggiungendo strumenti sofisticati quali software di riconoscimento facciale, robot automatizzati e dispositivi dotati di intelligenza artificiale, il cui concreto funzionamento sfugge all'ambito del diritto stesso: non esistono ancora in Europa leggi che regolino l'interazione – uomo all'interno delle realtà produttive, o che disciplinino i limiti di utilizzabilità delle intelligenze artificiali.

La casistica è (e sarà sempre più) ampia.

2. Rilievi empirici: prime qualificazioni dei dispositivi utilizzati in azienda

Le tecnologie necessarie per soddisfare esigenze di produzione ed organizzazione dell'impresa, come i sistemi di monitoraggio delle chiamate dei clienti, le *webcam* ed altri strumenti di video sorveglianza¹³⁷, le telecamere installate sui veicoli aziendali¹³⁸, i diversi software utilizzati per la formazione a

¹³⁷ Si veda il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 10 giugno 2010, doc. web n. 1736167, il provvedimento del 20 luglio 2015, doc. web n. 4261028.

¹³⁸ Si veda il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali in materia di videosorveglianza del 8 aprile 2010 al punto 4.1; Cfr. Circolare dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro del 7 novembre 2016 n. 2/2016 che definisce le apparecchiature GPS come “un elemento aggiunto agli strumenti di lavoro, non utilizzato in via primaria ed essenziale” e pertanto riconducibile nel campo applicativo del primo comma dell'art. 4.

distanza dei dipendenti, sono senz'altro ricomprese nell'alveo del primo comma dell'art. 4.

Invece, la poliedricità e le sfumature di altri tipi strumenti, come gli smartphones, i gps o la posta elettronica aziendale, rendono difficile definire che tipo di controllo il datore di lavoro può porre in essere. La posta elettronica, ad esempio, è senz'altro funzionale alla prestazione lavorativa resa dal segretario amministrativo dell'impresa, ma non anche alla prestazione resa dal custode dei locali aziendali, che ben potrebbe avere un'email aziendale, ma ai sensi del primo comma dell'art. 4, non certo del secondo.

Ancora, i social networks, sempre più centrali nella vita di ognuno di noi, hanno travalicato le porte delle fabbriche, degli uffici e dei luoghi di lavoro, lasciando che il *web 2.0* diventasse una tecnica di controllo a distanza sul comportamento del lavoratore-utente.

Nella affannosa ricerca di una ben perimetrata definizione pare potersi affermare, in ogni caso, che con il termine "strumenti di lavoro" ci si riferisce sia agli *hardware* che ai *software*, e, quindi, sia alle dotazioni individuali assegnate dal datore al dipendente per svolgere il proprio lavoro, sia ai sistemi informatici di cui l'impresa è dotata ed a cui, ogni giorno, i dipendenti si connettono per svolgere le proprie mansioni. Ciò comporta, sul piano pratico, che lo strumento di lavoro può essere composto da più dispositivi aventi ciascuno una propria autonomia: laddove le componenti software siano scindibili dallo strumento su cui esse sono integrate, dovranno essere considerate in maniera autonoma e la loro funzionalità dovrà essere oggetto di una separata valutazione¹³⁹.

Dubbi permangono rispetto all'utilizzo del telepass (o di supporti simili) installati sulle auto in dotazione dall'azienda, i quali ricadono nell'ambito del primo o secondo comma dell'art. 4 in base all'utilità o meno rispetto all'espletamento delle mansioni. Secondo L. MONTEROSI il telepass è da considerarsi incluso nel campo applicativo del secondo comma dell'art. 4, così in *L'art.4 comma 2, l. n.300/1970: gli incerti confini dell'eccezione alla regola*, in *Personale e Lavoro*, 2016, n. 3, p. 13.

¹³⁹ Ad esempio deve essere considerato strumento di lavoro il pacchetto Windows Office, ma non i sistemi protettivi del firewall che prevengono e rilevano intrusioni nel sistema. Sul tema vedi anche V. NUZZO, *I software che registrano la durata delle telefonate nei call center sono strumenti di lavoro?*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2018, II, p. 307.

Diversamente ragionando, sarebbe sufficiente installare un sistema di controllo su uno strumento di lavoro per usufruire della deroga di cui al secondo comma dell'art. 4.

Ciò posto, possiamo ad analizzare alcuni dei vari strumenti utilizzati.

a) Il computer e le sue diverse componenti hardware e software

Il computer è comunemente ritenuto un necessario strumento di lavoro.

Esso è funzionale a rendere la prestazione lavorativa sia in quanto è, nel complesso, una dotazione attribuita dal datore al singolo lavoratore, sia in quanto i diversi programmi in esso installati sono utili e necessari allo svolgimento delle mansioni contrattuali. Deve farsi però attenzione ad un dato di fatto: all'interno del computer vi sono sia componenti hardware che componenti software. In relazione a ciascuna di esse, da considerarsi quale distinto strumento di lavoro e di potenziale controllo, deve essere indagato il nesso di funzionalità rispetto allo svolgimento della prestazione lavorativa.

Non basta quindi considerare il computer *tout court* uno strumento di lavoro, la nozione sarebbe troppo ampia e priverebbe di efficacia la portata della norma: sarebbe sufficiente installare un dispositivo di controllo su uno strumento di lavoro per approfittare della deroga contenuta nel secondo comma dell'art. 4.

Pertanto, per capire se la fattispecie rientra nell'ambito applicativo del primo o del secondo comma della norma in analisi, bisogna considerare ogni singolo sistema operativo e programma informatico come un autonomo strumento da cui possa derivare un autonomo controllo. D'altronde, lo stesso computer può essere utilizzato per svolgere più mansioni, ma i diversi software su esso installati possono essere autonomamente necessari allo svolgimento di diverse mansioni.

Volendo fare un esempio pratico di quanto sopra esposto si osservi che sia gli hardware che i software installati sul computer generano i *file log*¹⁴⁰ che registrano dati ed informazioni sulle operazioni svolte dai dipendenti. La navigazione in internet fatta dal lavoratore può essere ricostruita attraverso i dati web raccolti da un *proxy*¹⁴¹, il quale, quindi, fornisce una dettagliata analisi delle attività rese, degli accessi fatti al sistema in un determinato lasso temporale (evidenziando anche quelli avvenuti fuori dall'orario di lavoro), delle operazioni fallite e di quelle andate a buon fine, di ogni eventuale anomalia del sistema.

Orbene, è evidente che le singole componenti che generano i file log e che permettono operazioni automatiche di monitoraggio e di tracciatura degli accessi al web non possono essere considerati strumenti “di lavoro” (ai sensi del secondo comma), ma devono essere considerati strumenti “di controllo” (ai sensi del primo comma), come tali legittimi solo in presenza delle esigenze

¹⁴⁰ In particolare, un *log* è una registrazione sequenziale e cronologica delle singole operazioni effettuate da un sistema o programma informatico. Le procedure di *login* sono operazioni con cui il sistema informatico registra le singole operazioni e le memorizza per eventuali riutilizzi successivi: le registrazioni sono chiamate, appunto, *file log*. Tali operazioni possono essere del tutto automatizzate oppure gestite da un utente.

I file log monitorano il funzionamento del software o del programma informatico, e contengono informazioni relative, ad esempio, al kernel e ai servizi in funzione. In tal modo vengono conservate le informazioni sul normale funzionamento della macchina così da segnalare anomalie e problemi, aiutando a risolvere i problemi di sicurezza.

Il file log è composto da una serie di lettere e numeri: la prima riga indica sempre il momento in cui viene effettuata la registrazione, il nome del computer su cui c'è il programma che ha generato il log e, spesso, anche il nome del programma stesso. Il file è sempre sequenziale ed aperto alla scrittura; una volta chiuso viene memorizzato e conservato, così da essere disponibile per attività sia di monitoraggio che di amministrazione funzionale e, quindi, fornire informazioni. Essi sono utili per fronteggiare necessità di data protection e di verifica dell'andamento dell'impresa.

Inoltre, a livello internazionale tutte le normative sulla sicurezza informatica disciplinano la predisposizione, nelle aziende, di dettagliate *policies* di *login*.

In conclusione, i log sono un elemento fondamentale per far fronte alle esigenze di sicurezza e *compliance* aziendale.

¹⁴¹ Il proxy è un server (cioè un sistema informatico o un'applicazione) che fa da intermediario tra le richieste dei *client* ed altri server, disaccoppiando l'accesso al web dal singolo browser. Il client, quindi, si connette al proxy richiedendo qualche servizio (come un certo file o una pagina web), e quest'ultimo valuta ed esegue la richiesta in modo da semplificare e gestire la sua complessità.

Il proxy è molto utile, ad esempio, per garantire l'anonimato durante la navigazione in internet.

tipizzate dal legislatore e previo accordo sindacale (o autorizzazione amministrativa).

La Cassazione, in passato, si è già pronunciata in senso simile affermando che “i programmi informatici che consentono il monitoraggio della posta elettronica e degli accessi ad internet sono necessariamente strumenti di controllo nel momento in cui, in ragione delle loro caratteristiche, consentono al datore di lavoro di controllare a distanza ed in via continuativa durante la prestazione, l’attività lavorativa e se la stessa sia svolta in termini di diligenza e di corretto adempimento (...)”¹⁴².

b) L’utilizzo del telefono nei call center ed i software per registrare le telefonate

Come più volte evidenziato in precedenza, al fine di definire il singolo strumento quale mezzo di controllo o mezzo di lavoro, bisogna scomporlo nelle varie componenti hardware e software che lo rendono utile e necessario allo svolgimento delle mansioni attribuite.

Anche il telefono, al pari del computer, è uno strumento necessario per rendere la prestazione lavorativa, ma anche sul telefono, come sul computer, possono essere installate diverse funzionalità in grado di aiutare il dipendente nello svolgimento delle mansioni.

La tematica, allora, investe anche i software che consentono il monitoraggio dell’attività telefonica e della produttività dei dipendenti dei *call center*¹⁴³. Tali programmi acquisiscono e memorizzano in tempo reale informazioni relative al tempo di lavoro di ciascun dipendente in base a quando la linea telefonica

¹⁴² Cass. n. 4375 del 23 febbraio 2010, in *Giust. civ.* 2011, 4, p. 1049, con nota di BUFFA, sul licenziamento di una lavoratrice: nella lettera di licenziamento i fatti accertati attraverso il programma informatico Super Scout venivano usati per contestare alla stessa la violazione dell’obbligo di diligenza, ed in particolare di aver utilizzato tempo lavorativo per scopi personali.

¹⁴³ Sul tema si veda la recente pronuncia del Tribunale di Pescara del 25 ottobre 2017, in *Riv. It. Dir. lav.*, II, 2018, p. 304, con nota di V. NUZZO, *I software che registrano la durata delle telefonate nei call center sono strumenti di lavoro?*, p. 307.

risulta libera, occupata, in pausa o non disponibile. E permettono altresì di dedurre la produttività giornaliera di ciascuno quantificando la durata di ciascuna telefonata rispetto alla durata delle pause.

Come evidenziato dalla Circolare dell'Ispettorato nazionale del lavoro¹⁴⁴ tali software “pur funzionali a più o meno generiche esigenze produttive, consentono di realizzare un monitoraggio individualizzato, costante e continuo su tutti gli operatori, dando vita ad un controllo minuzioso sulla complessiva attività svolta da ciascun lavoratore, eliminando qualsiasi margine spazio-temporale nel quale il lavoratore possa ragionevolmente essere certo di non essere osservato, ascoltato o comunque “seguito” nello svolgimento della propria attività”.

Pertanto, per non realizzare un controllo pervasivo ed “inumano” sulla attività e, quindi, sulla persona del lavoratore, è opportuno aver chiaro che senz'altro il telefono utilizzato nei *call center* è da considerarsi strumento di lavoro, ma che i diversi software ivi integrati sono autonomi e diversi mezzi di controllo. Come tali soggetti alla disciplina generale del primo comma dell'art. 4.

c) I sistemi di rilevazione degli accessi e delle presenze

Il secondo comma dell'art. 4 fa riferimento sia agli “strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa”, sia agli “strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze”, accostando le tecnologie funzionali all'adempimento della prestazione e quelle per la registrazione delle presenze, rendendo di difficile comprensione il distinguo operato dal testo.

Per quel che riguarda i sistemi di rilevazione degli accessi e delle presenze, probabilmente¹⁴⁵, il legislatore ha voluto prendere posizione rispetto ad un

¹⁴⁴ Circolare n. 4 del 26 luglio 2017.

¹⁴⁵ A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. Lav.*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore* a cura di P. Tullini, cit., p. 18 ss.

orientamento non univoco della giurisprudenza¹⁴⁶ che reclamava l'applicabilità dell'art. 4 sulla base dell'intrinseca idoneità di questi ultimi a realizzare un controllo sui tempi dell'attività lavorativa dei dipendenti. La norma vigente ha fatto chiarezza sull'argomento, equiparando i controlli sulle presenze a quelli derivanti dagli strumenti di lavoro per i quali non è richiesto l'accordo sindacale o l'autorizzazione amministrativa.

I meccanismi di registrazione delle presenze riguardano sia l'organizzazione del lavoro, sia l'esecuzione della prestazione. Come sottolineato dalla giurisprudenza¹⁴⁷, infatti, con il controllo a distanza delle entrate e delle uscite del lavoratore si può verificare anche il rispetto dell'orario di lavoro, e quindi il *quantum* della prestazione.

Resta da chiedersi se il termine "presenze" si riferisca solo a quelle registrabili in entrata rispetto all'azienda unitariamente considerata, o se sia possibile anche monitorare fisicamente i singoli spostamenti del dipendente all'interno del luogo di lavoro (nell'entrare – e quindi uscire – in un'area dell'azienda piuttosto che in un'altra). È preferibile ritenere che la rilevazione delle presenze possa riguardare sia l'ingresso in azienda, sia il controllo di particolari e ben definite aree che, per ragioni produttive, sono destinate solo ad alcuni dipendenti ed allo svolgimento di specifiche mansioni, comportando l'esigenza di controllare l'ingresso dei dipendenti¹⁴⁸ (ovviamente sarà necessario che il datore informi preventivamente i lavoratori di tale controllo).

Al di fuori di queste ipotesi non si ritiene che il datore di lavoro possa monitorare lo spostamento del lavoratore all'interno dei locali aziendali,

¹⁴⁶ Cfr. Cass. lav. 13 maggio 2016, n. 9904, in *Giur. It.*, 2016, I, 2451 con nota di A. MARAZZA; Cass. lav. 17 luglio 2007, n. 15892, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, p. 358, con nota di A. BELLAVISTA; Trib. Napoli 29 settembre 2010, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2011, II, p. 31.

¹⁴⁷ Cfr. Cass. lav. 13 maggio 2016, n. 9904 cit. e Cass. lav. 17 luglio 2007, n. 15892, cit.

¹⁴⁸ Ad esempio può accadere che in alcune aree dell'impresa di lavorino materiali e prodotti coperti da segreto industriale, oppure può accadere che per la specificità di alcune realtà produttive vi sia un numero massimo di persone che può accedere contemporaneamente in un certo locale aziendale. In questi esempi è legittima la necessità del datore di lavoro di monitorare lo spostamento fisico in entrata e in uscita dei suoi dipendenti da più aree dell'impresa.

rappresentando tale tipo di sorveglianza un'ingerenza sproporzionata e non giustificata nella sfera personale del lavoratore¹⁴⁹.

d) I sistemi di geolocalizzazione: dai gps installati sui veicoli aziendali agli innovativi software di localizzazione. In particolare, il caso del braccialetto Amazon.

I sistemi di geolocalizzazione consentono, attraverso un sistema di reti satellitari posizionate nell'orbita, l'identificazione della posizione geografica nel mondo reale di un determinato oggetto.

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 4 l'utilizzo di gps e gsm/gprs era ritenuto legittimo in presenza di specifiche esigenze aziendali e con l'espletamento delle procedure autorizzative previste dal Codice Privacy.

Alla luce del riformato articolo 4, ricondurre i sistemi *de qua* nell'alveo della disciplina del primo o del secondo comma (tra gli strumenti di controllo o tra gli strumenti di lavoro) dipende dalla qualificazione degli stessi in termini di "strumento di lavoro".

Il sistema di geolocalizzazione rientra tra gli strumenti di lavoro definiti dall'art. 4, co. 2 laddove sia necessario allo svolgimento di specifiche mansioni; quando viene utilizzato in via primaria, ad esempio, da un fattorino che deve spostarsi da un luogo all'altro a seconda dell'attività da compiere, o ancora

¹⁴⁹ Tale conclusione è in linea con quanto affermato dai Garanti europei riuniti nel gruppo "Articolo 29" (WP29). Questi nell' "*Opinion 2/2017 on data processing at work*" pubblicata lo scorso 8 giugno 2017 (e citata in precedenza) evidenziano che gli strumenti che indirettamente monitorano la presenza dei dipendenti sul luogo di lavoro possono generare controlli legittimi se finalizzati a tutelare la perdita o la sottrazione di informazioni aziendali riservate. Ovviamente, sarà necessaria una preventiva e adeguata informativa.

quando viene utilizzato dal dipendente di una società di logistica che deve trasportare la merce da un punto di raccolta ad un altro. In questi termini, i sistemi gps aiutano il dipendente nell'adempire la prestazione lavorativa, realizzandola con maggiore rapidità ed efficienza.

Pertanto, è la funzionalità intrinseca del sistema di geolocalizzazione rispetto agli obblighi lavorativi da svolgere che fa rientrare lo stesso nel campo di applicazione della norma citata. Diversamente, se l'attività lavorativa e le mansioni concretamente assegnate al dipendente non sono caratterizzate da alcuna mobilità territoriale, i sistemi di gps rientrano nel campo di applicazione del primo comma dell'art. 4, e il loro utilizzo, quindi, deve essere giustificato dalla sussistenza di una delle ragioni individuate dalla norma, e dalla sussistenza dell'autorizzazione sindacale o amministrativa¹⁵⁰.

Certo è che l'interesse che giustifica l'installazione di uno strumento invasivo come la geolocalizzazione non può assolutamente essere il mero interesse creditorio alla verifica dell'esatto adempimento della prestazione lavorativa; dovranno sussistere ragioni aziendali, valutate caso per caso.

Sicuramente un sistema di geolocalizzazione installato in modo generalizzato e aspecifico non può essere utilizzato per verificare la condotta irregolare del dipendente e legittimare il licenziamento¹⁵¹.

¹⁵⁰ L'Ispettorato Nazionale del Lavoro, nella Circolare n. 2/2016 del 7 novembre 2016, ha ritenuto che, in linea generale, i "sistemi di geolocalizzazione rappresentano un elemento "aggiunto" agli strumenti di lavoro, non utilizzati in via primaria ed essenziale per l'esecuzione dell'attività lavorativa ma per rispondere ad esigenze di carattere assicurativo, produttivo, organizzativo o per garantire la sicurezza del lavoro".

Escludono che un sistema di geolocalizzazione possa essere qualificato come "strumento di lavoro" ai sensi del primo comma dell'art. 4: V. PINTO, *I controlli "difensivi" del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, Giappichelli, 2017, p. 147; M. T. CARINCI, *Il controllo a distanza nell'adempimento della prestazione di lavoro*, cit., p. 53; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23 d.lgs 151/2015)*, cit., p. 93; in senso contrario I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, nell'intersezione tra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della Privacy*, in *Labour & Law Issues*, vol 2 n. 1, 2016, p. 25; A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, cit., p. 16

Inoltre, già il Gruppo lavoro per la tutela dei dati ex art. 29 nel parere n. 12/2011 – Wp 185 del 16 maggio 2011 ha affermato che il datore di lavoro deve evitare il monitoraggio costante, e che i dispositivi di tracciamento dei veicoli non sono dispositivi di tracciamento del personale.

¹⁵¹ In questo senso Cass. del 5 ottobre 2016, n. 19922, cit.

Il Garante¹⁵² ha indicato alcune tutele da adottare per evitare una sorveglianza invasiva e continuativa, aventi ad oggetto la necessaria informazione preventiva al lavoratore (in merito, ad esempio alle modalità e alla durata della rilevazione), il divieto esplicito di accesso ad ulteriori dati personali (si precisa che le informazioni relative all'ubicazione dei veicoli sono da considerare dati personali in quanto direttamente associabili al lavoratore assegnatario del mezzo)¹⁵³. Ad esempio, il Garante ammette, senza consenso del lavoratore e previa autorizzazione amministrativa o sindacale, i sistemi di geolocalizzazione per "soddisfare esigenze logistiche, per elaborare rapporti di guida allo scopo di commisurare il tempo di lavoro del conducente, ovvero per commisurare i costi da imputare alla clientela". Oppure ancora, è legittimo utilizzare i gps per

¹⁵² Si veda in particolare il provvedimento n. 247 del 24 maggio 2017, doc. web n. 6495708, in www.garanteprivacy.it.

¹⁵³ Per quel che concerne i dati personali dei lavoratori:

- in osservanza al principio di necessità, la posizione del veicolo non deve essere monitorata continuamente ma solo quando sia necessario per le finalità perseguite;
- in osservanza del principio di pertinenza e non eccedenza, solo i dati pertinenti possono essere oggetto di trattamento (ci si riferisce a quelli relativi alla posizione del veicolo, alla distanza percorsa, ai tempi di percorrenza, al carburante consumato);
- in osservanza del principio di correttezza, gli interessati devono essere previamente ed adeguatamente informati sulle caratteristiche del sistema e sulla natura dei dati trattati. In particolare, il sistema di gps deve essere configurato in maniera tale che sullo schermo del dispositivo vi sia un'icona che indichi al lavoratore quando la funzione di controllo è attiva;
- in osservanza del principio di legittimità e dovendo operare un bilanciamento di interessi l'adozione delle garanzie lavoristiche legittima il datore di lavoro a trattare i dati relativi alla localizzazione senza il consenso del lavoratore.

In ogni caso, prima dell'attivazione del sistema gps, se necessaria la notificazione al Garante. Diversi sono i provvedimenti cui far riferimento. Cfr. *Vademecum Privacy & lavoro*, cit., p. 11; Newsletter garante Privacy del 3 novembre 2014 su Lavoro: uso dei dati di localizzazione solo con precise garanzie.

Deve ancora farsi riferimento al provvedimento del 25 febbraio 2016, cit., al provvedimento del 9 ottobre 2014, doc. web n. 3474069 (relativo al sistema di localizzazione degli smartphone da parte di una società privata); al provvedimento dell'8 gennaio 2015 doc. web n. 3723437 in merito ai sistemi di geolocalizzazione usati dalla polizia locale; alla Circolare del 26 novembre 2015, n. 19920.

Ancora si veda Cass. la. 5 ottobre 2016, n. 19922, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, 1, II, 2, secondo cui "il controllo permesso dal sistema gps sulle autovetture della società permetteva un controllo a distanza sull'ordinaria prestazione lavorativa, non la tutela di beni estranei al rapporto".

la tutela della sicurezza dei veicoli e dei lavoratori, o per pianificare in tempo reale l'attività lavorativa¹⁵⁴.

Il datore di lavoro dovrà aver presente che i dispositivi di tracciamento dei veicoli non sono dispositivi di tracciamento del personale: la loro funzione consiste nel rintracciare o monitorare l'ubicazione dei veicoli sui quali sono installati.

Guardando ai risvolti pratici, il datore di lavoro potrà rilevare il dato di geolocalizzazione solo quando il veicolo aziendale giunge in prossimità di un punto di raccolta o di consegna, e cioè in relazione a punti predeterminati e precedentemente indicati nel contratto di lavoro stesso e non a priori per controllare ogni percorso svolto.

Le rilevazioni potranno essere utilizzate dal datore per effettuare un confronto fra il percorso preventivato *ex contractu* e quello effettivamente svolto, utilizzando anche i dati relativi all'orario di passaggio presso i singoli punti di raccolta o di consegna. Solo in presenza di anomalie pre-individuate nello svolgimento di un servizio, non risolvibili altrimenti, il datore potrà rilevare in tempo reale la posizione geografica del veicolo ed ogni altro dato personale connesso.

Un'altra considerazione è importante fare.

I sistemi di geolocalizzazione di cui si è finora parlato sono quelli installati sui veicoli aziendali assegnati ai dipendenti. Esistono, tuttavia, numerosi altri software di localizzazione installabili su tablet e smartphones (o altri *devices*), che consentono di monitorare lo spostamento del dipendente anche all'interno della stessa azienda. Tali dispositivi "seguono" il dipendente, tracciando i suoi movimenti, così ledendo la libertà e la dignità del lavoratore. Pertanto, anche

¹⁵⁴ Cfr. WP29 nell'Opinion 2/2017 cit. Nel documento i Garanti evidenziano, tra l'altro, che la geolocalizzazione è illecita nei casi in cui i veicoli aziendali possono essere utilizzati dai dipendenti anche a fini personali, ad esempio perché sono stati loro attribuiti in comodato d'uso, attraverso il contratto di lavoro. In questi casi il dipendente deve poter disattivare l'attività di sorveglianza ogni volta che svolge attività personali. Dovrà inoltre essere predisposta un'informativa che ricordi al dipendente l'esistenza del dispositivo di controllo e le modalità di attivazione e disattivazione dello stesso.

qui devono essere rispettati i precetti dell'art. 4 e della normativa in materia di privacy.

Bisogna però valutare in concreto se tali particolari tecnologie di localizzazione, siano assimilabili agli strumenti di rilevazione degli accessi e delle presenze: se così fosse, questi particolari software di localizzazione non incontrerebbero né il vincolo finalistico né il vincolo procedurale del primo comma dell'art. 4.

Va da sé che l'interpretazione dell'ampiezza della deroga contenuta nel secondo comma dell'art. 4 ha fondamentale importanza per poter tracciare un definito quadro di tutela rispetto ai nuovi strumenti di localizzazione: più si dilatano i concetti di "accesso e presenza" più perde effettività il richiamo al sistema di garanzie posto dallo Statuto; meno si dà rilevanza alle finalità di impiego degli strumenti, meno efficiente è il sistema di tutele imposto dal Codice Privacy.

Lampante è il caso del braccialetto Amazon, un'invenzione (per l'appunto brevettata da Amazon) attraverso cui sorvegliare le singole mansioni assegnate al dipendente tracciando i movimenti delle sue mani. Questo braccialetto può essere utile, ad esempio, per individuare la posizione del lavoratore in azienda ed aiutarlo nella ricerca dei prodotti stoccati nei magazzini¹⁵⁵. Si tratta di una di quelle tecnologie che indirizzano, scandiscono e registrano le singole operazioni del dipendente, prevenendo errori e difetti, correggendo in tempo reale le modalità della prestazione: i lavoratori subordinati possono essere completamente etero-diretti dal sistema intelligente che automaticamente

¹⁵⁵ Il caso Amazon è stato trattato da diversi quotidiani, come *Il Corriere della sera*, 1 febbraio 2018, *La Repubblica* 2 febbraio 2018. Più che di una realtà, si tratta solo di un brevetto di proprietà di Amazon. Tale braccialetto serve a tracciare, attraverso gli spostamenti delle mani, lo svolgimento delle mansioni dei dipendenti. In particolare, il sistema elabora i dati ricevuti dai sensori presenti nel braccialetto e negli scaffali, per determinare dove è posizionata la mano del lavoratore. Il software, poi, confronta la posizione della mano con quella, già nota, dell'articolo che deve essere prelevato dal magazzino.

Il sistema può anche "ordinare" al braccialetto di emettere vibrazioni ad intensità variabile così da emettere un segnale di conferma o di allarme a seconda di se le mani si stanno muovendo nella direzione giusta o sbagliata.

conosce la giusta operazione da svolgere e la imposta in modo da massimizzare il risultato produttivo.

Il braccialetto, come altri innovativi software di localizzazione, rappresenta un'innovazione che amplia il numero di variabili da considerare nella qualificazione degli "strumenti di lavoro", evidenziando ancora una volta l'incompletezza dell'attuale quadro normativo.

Il braccialetto, per funzionare, è sempre connesso alla rete internet (wifi o wireless): esso consente all'imprenditore di sorvegliare in modo continuativo l'attività di ogni singolo lavoratore che lo indossa.

Ciò posto, ammettendo che l'imprenditore possa usare in azienda software come quello brevettato da Amazon, si assisterebbe ad un tendenziale ampliamento del potere di controllo del datore di lavoro (non) giustificabile rispetto agli scopi che si intendono raggiungere, quale ad esempio la misurazione del rendimento del dipendente.

Il potere di controllo *ex se* non è legittimo se non strumentale alla verifica del corretto adempimento della prestazione lavorativa e dell'eventuale esercizio del potere disciplinare.

Anche qui, allora, per definire la legittimità della fattispecie bisogna scegliere se qualificare il braccialetto come strumento di lavoro o come strumento di controllo.

Infatti, se nella nozione di "registrazione degli accessi e delle presenze" rientra anche la localizzazione dei dipendenti all'interno dell'azienda non sarà necessario verificare la sussistenza delle esigenze richieste dal primo comma dell'articolo 4, e il braccialetto, qualificato come strumento di lavoro, rientrerebbe nella deroga del secondo comma: utilizzabile senza autorizzazione amministrativa e accordo sindacale. Diversamente, se si interpreta restrittivamente la deroga, ritenendo che nel concetto di "registrazione degli accessi e delle presenze" non rientri la ricostruzione dettagliata dell'attività svolta dal dipendente, ma solo la verifica della continuità della sua permanenza in azienda, allora il braccialetto, qualificato come strumento di controllo, potrà

essere utilizzato solo previo accordo sindacale o autorizzazione amministrativa e solo in presenza di ragioni organizzative, produttive, di sicurezza del lavoro o di tutela del patrimonio aziendale.

Laddove invece si ritenesse che la funzione di controllo insita nei software di localizzazione, come quello contenuto nel braccialetto, sia eccessivamente prevalente e sproporzionata rispetto alle finalità di controllo, l'unico modo per trovare uno spazio legittimo di utilizzo per il braccialetto Amazon nell'ambito dei rapporti di lavoro sarebbe quello di ritenere che lo stesso rappresenti una espressione del potere direttivo, e non di quello di controllo. Il braccialetto, allora, potrebbe solo dire al lavoratore dove è ubicato il prodotto e fornirgli semplici indicazioni, con la conseguenza che si dovrebbe ritenere vietato ogni altro utilizzo, in particolare l'acquisizione e l'analisi dei dati.

Va osservato che una cosa è brevettare uno strumento che, al polso dei dipendenti, dica loro legittimamente dove andare e a fare cosa (potere direttivo), altra cosa è brevettare uno strumento sia anche in grado di raccogliere dati sul lavoratore esorbitanti rispetto tale scopo, controllando in maniera pervasiva e a distanza i lavoratori.

Nonostante il citato braccialetto rappresenti ad oggi solo un'eventualità, (in quanto il relativo brevetto non si è ancora trasformato in realtà), in molte altre realtà produttive europee sistemi simili sono già usati e efficienti¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Ci si riferisce al polsino Motorola indossato dai magazzinieri dei supermercati Tesco in Inghilterra. Tale polsino traccia gli spostamenti dei dipendenti, la quantità e la qualità del lavoro svolta, così da assegnare dei punti (in base a rapidità ed efficienza) che contribuiscono a determinare la retribuzione. Su questo caso, a dir poco allarmante è l'intervista pubblicata sul quotidiano *Independent* di Londra il 13 febbraio 2013, consultabile su www.independent.co.uk/news/business/news/tesco-accused-of-using-electronic-armbands-to-monitor-its-staff-8493952.html.

Ancora, interessante è il caso dell'*intesa Almagora* del 16 febbraio 2017 che, nell'obiettivo di salvaguardare i livelli occupazionali e conseguire un recupero di competitività e produttività ha introdotto uno specifico sistema di misurazione della prestazione lavorativa che, misurando e immagazzinando numerosi dati relativi all'attività lavorativa, consente all'imprenditore di scegliere nuovi e migliori assetti organizzativi.

L'intesa stipulata presso il ministero del Lavoro è avvenuta a seguito di una procedura di licenziamento che la Almagora Constat S.p.A. aveva iniziato ad ottobre 2016 riguardante

Ed allora, alle porte di una nuova concezione di strumenti tecnologici di lavoro, vien da chiedersi se l'esigenza organizzativa e produttiva che ne legittimerebbe le potenzialità di controllo possa essere proprio quella di controllare la prestazione, non per accertare l'adempimento, ma per massimizzare l'efficienza organizzativa. Forse, i sofisticati strumenti installati *per* il lavoratore rendono l'organizzazione del lavoro estremamente funzionale, ma al prezzo di ledere la dignità umana.

Il complessivo sistema di tutela delle libertà e della dignità umana posto dallo Statuto esclude che si possano utilizzare impianti che controllino direttamente il lavoratore, nonostante sussistano esigenze organizzative. La scelta del legislatore italiano è quella di consentire un controllo solo indiretto e incidentale.

Pertanto, a prescindere dalle innovazioni tecnologiche, lo strumento di controllo avrà sempre un limite causale: la *casualità*.

e) Internet e la posta elettronica

L'utilizzo di internet e della posta elettronica è divenuto essenziale in ogni realtà produttiva e, ormai, imprescindibile nell'adempimento della prestazione lavorativa.

Di regola la rete internet e la casella di posta elettronica rappresentano dotazioni aziendali, come tali utilizzabili solo per rendere la prestazione lavorativa e controllabili dal datore di lavoro. Tuttavia il concreto rischio cui questi strumenti espongono il lavoratore consiste nella automatica e *automizzata* raccolta, conservazione ed elaborazione dei dati estraibili dal loro utilizzo, riguardanti non solo l'attività lavorativa svolta, ma anche la sfera privata del lavoratore.

Sull'utilizzo di questi strumenti i punti di raccordo tra le esigenze datoriali e i diritti e libertà dei lavoratori sono individuati dal Garante Privacy nelle Linee

oltre 2500 lavoratori. In merito si veda la sentenza del Tribunale di Roma del 22 aprile 2017, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2017, p. 917 con nota di G. SFORZA.

Guida per l'utilizzo della posta elettronica ed internet¹⁵⁷. In tale provvedimento, che ha efficacia vincolante, il Garante approccia la questione in maniera pragmatica, considerando il progresso tecnologico e i costumi sociali, senza imporre alcun divieto generale ed assoluto¹⁵⁸.

In ossequio al principio di correttezza e trasparenza, il datore di lavoro ha l'onere di indicare in modo chiaro e specifico le modalità di utilizzo degli strumenti messi a disposizione dall'azienda e, quindi, quando e come vengono fatti i controlli. È preferibile che il datore adotti un disciplinare interno da aggiornare periodicamente e da portare a conoscenza della generalità dei lavoratori.

In difetto di una policy aziendale nessun controllo datoriale appare legittimo¹⁵⁹.

Attraverso la ricostruzione della navigazione su internet del dipendente il datore di lavoro può estrapolare informazioni sulle sue convinzioni politiche, religiose, filosofiche. Pertanto il datore di lavoro dovrà mettere in atto misure preventive di tutela: potrà, per esempio, configurare un sistema operativo in grado di bloccare operazioni non conformi all'espletamento delle mansioni,

¹⁵⁷ Linee Guida per la posta elettronica ed internet del 1 marzo 2007, n. 13, in Gazzetta ufficiale n. 58 del 10 marzo 2007, e reperibile sul sito www.garanteprivacy.it, provvedimento adottato ai sensi dell'art. 154, co. 1, lett c) del Codice Privacy.

¹⁵⁸ Infatti, posti gli obblighi contrattuali di adempimento della prestazione e posto che la proprietà degli strumenti (internet e posta elettronica) è del datore, si sarebbe potuto concludere che laddove il dipendente utilizzi siffatti beni strumentali per fini diversi dall'adempimento della prestazione, si sia sempre in presenza di un illecito contrattuale.

¹⁵⁹ In tal senso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo prima nella sentenza *Copland v. Regno Unito* del 2007, su ricorso n. 62617/2000, e poi nella sentenza della Grand Chambre sul caso *Barbulescu v. Romania* del 5 settembre 2017.

Per quel che concerne tale ultima sentenza, si evidenzia che in un primo momento la Corte Edu (*Caso Barbulescu v. Romania*, decisione del 16 dicembre 2016 sul ricorso n. 61496/2008) ha ritenuto legittimo il controllo datoriale sull'account di posta elettronica del dipendente perché quest'ultimo riguardava solo l'attività lavorativa ed era ben oggetto di un disciplinare interno. Quindi, alla luce di tale sentenza, poteva affermarsi che i controlli datoriali solo ammissibili solo se strettamente proporzionati al singolo caso e non eccedenti la finalità di verifica dell'adempimento della prestazione.

Successivamente, a seguito del *referral* del ricorrente, la Corte è tornata sul caso adottando una diversa soluzione: l'attività di monitoraggio del datore di lavoro compiuta mediante controllo sull'account di posta elettronica, costituisce una violazione dell'articolo 8 della Carta europea dei diritti dell'uomo. In tale decisione la corte ha altresì evidenziato l'importanza di una specifica e preventiva policy aziendale, in assenza della quale ogni controllo è illegittimo.

oppure potrà specificare quali categorie di siti possono essere consultati per svolgere l'attività lavorativa e quali no. Dovrebbe, inoltre, assicurare che il trattamento dei dati personali avvenga in forma anonima e che la relativa conservazione abbia durata limitata nel tempo, senza mai memorizzare la cronologia delle pagine web visualizzate dal lavoratore.

Per quel che riguarda in particolare la posta elettronica, rappresentando questa una forma di corrispondenza, trova tutela anche negli articoli 15 Cost. e 8 Cedu.

Le email, normalmente, sono dei messaggi “chiusi” e come tali non accessibili a persone diverse dal titolare della casella di posta elettronica, né, quindi, al datore di lavoro. In assenza di una puntuale policy aziendale, infatti, il lavoratore ha la legittima aspettativa a che le sue comunicazioni siano coperte da confidenzialità.

Pertanto, per far venir meno il carattere di corrispondenza chiusa il datore di lavoro deve innanzitutto avvertire i lavoratori che l'account di posta elettronica loro assegnato è utilizzabile solo a fini lavorativi; in secondo luogo deve predisporre misure volte a prevenire comportamenti illeciti dei dipendenti.

Ad esempio il datore può attribuire al dipendente un secondo indirizzo email da utilizzare per le conversazioni private, può impostare nel corpo dei messaggi inviati dai dipendenti l'avvertimento che trattasi solo di comunicazioni di carattere professionale.

In ogni caso, le verifiche fatte dal datore sulla posta elettronica e sulla navigazione web devono essere graduali, proporzionate e condotte sulla base di dati aggregati: solo dopo aver informato la generalità dei dipendenti e dopo aver riscontrato un uso improprio degli strumenti di lavoro, il datore può effettuare un controllo sul singolo lavoratore.

Per quel che riguarda la conservazione dei dati personali estrapolati dall'utilizzo di internet e della posta elettronica, essa è consentita solo in presenza di comprovate esigenze tecniche e produttive, per il tempo strettamente necessario: il datore dovrebbe installare software in grado di

cancellare automaticamente la cronologia dei siti ed i messaggi obsoleti appena la conservazione dei dati non è più necessaria.

Il comportamento del datore non deve essere repressivo e punitivo, ma preventivo e deterrente. D'altronde, i dati personali che automaticamente il sistema organizzativo e produttivo dell'impresa raccoglie rappresentano dei valori da tenere in custodia, e il datore di lavoro diligente deve assicurarsi che le cautele che appronta per custodire tali valori siano adeguate ed efficaci.

f) I social networks

Anche i social networks per via del loro quotidiano utilizzo sono stati capaci di aprire le porte di fabbriche, uffici, scuole ed imprese, insinuandosi a volte come un passatempo, a volte come una minaccia, nei contesti lavorativi.

Attraverso le tipiche attività di creazione di un profilo personale e interazione con la società virtuale, il lavoratore-utente viene esposto, ancora una volta, al controllo a distanza da parte del datore di lavoro.

Per capire la pervasività di tal forma di controllo deve osservarsi che attraverso le diverse funzioni dei social, dalla pubblicazione di immagini (foto, video, *tag, stories*), alla possibilità di esprimere i propri gusti e le proprie opinioni (*likes, post, tweet*) l'utente si costruisce una propria identità virtuale, rivelando le sue informazioni personali che vengono "affidate" alla Rete¹⁶⁰.

¹⁶⁰ I *social networks* consentono la connessione online di diversi individui per molteplici legami sociali, permettendogli di interagire fra loro. Tra i diversi tipi di social network si distinguono quelli il cui funzionamento presuppone che l'utente riveli la propria identità agli altri utenti e al gestore (come Facebook, Instagram, Tweeter) e quelli che non necessitano di alcuna identificazione. Solo rispetto ai primi viene in rilievo l'esigenza di tutelare le informazioni

Tali informazioni sono dati personali e dati sensibili, che devono essere protetti dall'ordinamento giuridico sia in quanto espressione della sfera di riservatezza del loro titolare, sia in quanto capaci di minare la stabilità del rapporto di lavoro¹⁶¹.

L'utilizzo dei social network determina diversi problemi di privacy rispetto al rapporto di lavoro.

Può accadere ad esempio, che già nella fase di valutazione dei curriculum dei candidati ad una posizione lavorativa, il datore di lavoro cerchi informazioni sui candidati attraverso i social network, oppure può accadere che durante il rapporto di lavoro il datore sia spinto, per ragioni non lavorative, a cercare notizie sulla vita privata del dipendente accedendo alla sua pagina Facebook o Instagram¹⁶².

personali degli utenti, mediante l'applicazione della disciplina italiana ed europea di *data protection*.

I gestori di social network sono inquadrabili, ai sensi della direttiva 98/34/CE tra i “servizi della società dell'informazione”. Se il social consente anche di avere comunicazioni digitali, di condividere contenuti personali dell'utente (come foto e video), essi sono soggetti anche alla direttiva 2002/58/CE, riguardante la vita privata e le comunicazioni elettroniche.

¹⁶¹ Ad esempio, il caso giudicato dalla Cassazione il 27 maggio 2015, n. 10955, cit., dove il lavoratore aveva sottratto tempo alla attività lavorativa per chattare con una signora. Nel caso *de qua* la Corte ha ritenuto legittimo il controllo a distanza fatto mediante la creazione di un profilo falso su Facebook per indurre il lavoratore a chattare, così rilevando un comportamento lesivo del patrimonio aziendale.

Interessante anche il caso *Snyder v. Millersville Univ.*, No. 071660, 2008 U.S. Dist. LEXIS 97943, at 12-22 (E.D. Pa Dec. 3, 2008), una maestra di scuola elementare veniva licenziata perché dopo essere stata ritratta ubriaca in una fotografia poi postata su My Space, è stata ritenuta non idonea a svolgere servizi educativi.

Ancora, M. DEGEORGES, *Tweeter au travail est-il passible de licenciement?*, in www.LEsEchos.fr, 6 marzo 2016 (http://m.lesechos.fr/redirect_article.php?id=021743014033# ultimo accesso 10 settembre 2018) a proposito di un dipendente licenziato per colpa grave perché che *tweettava* durante l'orario di lavoro dal cellulare aziendale. Il giudice francese ha stabilito che il licenziamento era illegittimo perché 4 *tweet* al giorno devono considerarsi tollerabili dal momento in cui per farli ci vuole solo un minuto.

¹⁶² A dare risposte a queste tematiche è il WP29 che nell'*Opinion 2/2017 (cit.)* evidenzia che nella fase di assunzione dei candidati ad una posizione lavorativa il datore di lavoro può estrarre informazioni dai loro profili social network soltanto se ciò è giustificato da una base legale (art. 6 GDPR) e soltanto se si tratta di profili che i candidati usano per fini lavorativi, e non personali. In ogni caso, di tale controllo il candidato deve essere informato, anche mediante indicazione nell'annuncio di lavoro.

Viceversa, l'estrapolazione e la raccolta di informazioni che il datore di lavoro compie di profili social network privati dei dipendenti non è mai legittimo, e si traduce in una ingiustificata ingerenza nella sfera personale del soggetto.

Per i fini che qui interessano, però, la fattispecie va presa in considerazione da un altro punto di vista: in che termini è possibile controllare i lavoratori che utilizzano profili social aziendali (quindi connessi alle mansioni che devono svolgere), e in che misura è possibile, invece, controllare i dipendenti che accedono alle piattaforme dei social network durante l'orario di lavoro.

Per le sue caratteristiche e per la sua versatilità, il social network è utilizzabile anche per fini lavorativi: esso può essere necessario allo svolgimento di determinate mansioni, e quindi può essere assegnato al singolo lavoratore come "dotazione aziendale", qualificandosi quindi come strumento di lavoro.

Ad esempio, è frequente che il lavoratore si occupi di *Social media marketing*, curando campagne pubblicitarie e promozionali aziendali, oppure gestendo il servizio clienti e consumatori attraverso pagine Facebook o profili Instagram. In questo caso, le chiavi di accesso al profilo (nome utente e password) di proprietà dell'impresa, vengono attribuite al dipendente senza esperire alcuna formalità sostanziale e procedurale, al momento di conclusione del contratto di lavoro. Spesso accade, quindi, che l'azienda conosca, per esigenze organizzative, le password per accedere a quel profilo, che rappresenta, a ben vedere, un bene immateriale dell'impresa. Per svolgere questo particolare tipo di mansioni, non è nemmeno essenziale che il lavoratore utilizzi il computer aziendale: una volta che il profilo è *online* vi si può accedere da qualsiasi dispositivo e da qualsiasi luogo.

Le esigenze organizzative e produttive dell'impresa giustificano la consegna al lavoratore dello strumento di lavoro (il *social*) senza alcun vincolo procedurale, e, quindi, giustificano un controllo diretto da parte del datore: egli potrà controllare il dipendente per verificare il corretto adempimento della prestazione lavorativa.

Tale acquisizione di dati personali potrebbe solo giustificarsi laddove nel contratto di lavoro siano previste delle clausole di non concorrenza e sia scritto che tali clausole saranno verificate attraverso l'acquisizione di dati personali: in questo caso il datore di lavoro potrebbe acquisire dati personali se non ha altri rimedi e se sui profili social possono reperirsi informazioni lavorative, attinenti al contratto.

La funzione di lavoro sopra descritta deve, però, coniugarsi con la pervasiva possibilità di controllo insita e tipica del social network.

Il lavoratore, infatti, qualora utilizzi il profilo aziendale per attività estranee rispetto a quelle per cui è stato assunto o qualora manifesti sui social opinioni e idee non in linea con le politiche dell'impresa, potrebbe essere licenziato per inadempimento contrattuale.

Il combinato disposto dai commi due e tre dell'art. 4 autorizza il datore di lavoro ad acquisire ed utilizzare i dati estraibili dall'utilizzo dei social (come tempi di connessione, chat intrattenute con altri utenti) anche come prove dell'inadempimento contrattuale, purché siano stati rispettati i principi in materia di tutela di dati personali. Di conseguenza, al lavoratore deve essere indicato, mediante apposita informativa, che nell'utilizzare il profilo aziendale potrebbe essere controllato a distanza; deve essergli specificato quando e come potrà utilizzare quel profilo, precisando le attività che con esso può svolgere e quelle vietate; deve essergli indicato chi potrà visualizzare il profilo e che grado di pubblicità lo stesso ha.

Il controllo, in ogni caso, anche se legittimo, non potrà mai essere continuativo e pervasivo, e il cd. controllo successivo, cioè effettuato sul singolo lavoratore, deve costituire un' *extrema ratio*¹⁶³. Il datore, inoltre, dovrà predisporre misure preventive volte a scoraggiare il dipendente da un uso non conforme dei social network aziendali.

Quid iuris, invece, quando i social network utilizzati dal lavoratore non sono quelli aziendali?

Il quotidiano utilizzo dei social spinge il lavoratore-utente ad accedervi anche sul luogo e durante l'orario di lavoro. In tal modo, dedicando tempo alla

¹⁶³ È importante che il controllo a distanza sul singolo lavoratore avvenga solo dopo aver provato, senza fortuna, altre tecniche di sorveglianza che non coinvolgano l'acquisire dati personali del lavoratore. Infatti, nell'esercizio del suo potere di controllo, il datore di lavoro deve prima analizzare i dati aggregati (cioè quelli generalizzati ed indistinti che proteggono l'anonimato) poi, rilevate ulteriori anomalie e irregolarità, potrà svolgere indagini individuali sul singolo.

gestione della sua identità virtuale o alle conversazioni con gli amici (*chat*) anziché espletare le mansioni che contrattualmente è tenuto a svolgere.

In questi termini, il social network è un rischio sia per il lavoratore che deve comportarsi diligentemente (*ex art. 2104 c.c.*¹⁶⁴) per conservare il suo posto di lavoro, sia per il datore che deve massimizzare il risultato produttivo dell'impresa.

Ancora, può accadere che attraverso i social il lavoratore ponga in essere comportamenti idonei a ledere il patrimonio aziendale, e quindi atti illeciti. Infatti, posta la nozione di patrimonio aziendale come comprensiva anche di beni immateriali, può accadere che il lavoratore metta a rischio i beni estranei al rapporto di lavoro, magari pubblicando una foto scattata nei locali aziendali, o commentando e divulgando informazioni aziendali¹⁶⁵.

Con un banale *click*, può spezzarsi il rapporto di fiducia tra datore e lavoratore. Ed allora viene in rilievo l'esigenza del datore di lavoro di difendersi e di difendere la sua impresa mediante attività di sorveglianza per scovare comportamenti illeciti e per acquisire risultanze probatorie da usare in giudizio a fini disciplinari: i profili privati dei lavoratori possono divenire rilevanti ai fini della valutazione del datore di lavoro sulla capacità lavorativa del dipendente.

La linea di confine tra il social come forma di svago ed il social come strumento di controllo diviene molto labile. Il *web 2.0*, d'altronde, è un potente alleato del potere di controllo: senza alcun costo economico permette di definire l'attività del lavoratore-utente sui social, analizzando e memorizzando ogni informazione (è possibile sapere a che ora e per quanto tempo l'utente si è connesso, cosa ha visto).

¹⁶⁴Ex art. 2104 c.c. "Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale .

Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende."

¹⁶⁵ Cfr. Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, *Riv.Giur.Lav.*, 2002, 642 e in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, 644, con nota di BERTOCCHI; Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, 358 e in *Riv.it. dir. lav.*, 2008, 714, con nota di VALLAURI; Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2010, II, 564; Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, in *Foro it.*, 2012, I, 1421; Cass. 1 ottobre 2012, n. 16622, in *Foro it.*, 2012, I, 3328.

Viene quindi da chiedersi in che termini e in che limiti i dati acquisiti mediante il controllo effettuato sui social possano essere utilizzati per contestare un fatto illecito o l'inadempimento del lavoratore¹⁶⁶.

Posto che il social network, in questo caso, diventa strumento di controllo (e non più strumento per rendere la prestazione lavorativa), il monitoraggio sarà possibile da parte del datore solo per esigenze organizzativo-produttive, di sicurezza del lavoro, di tutela del patrimonio aziendale e solo dopo aver ottenuto un'autorizzazione sindacale o amministrativa (ai sensi del comma 1 art. 4).

Il comportamento inadempiente del lavoratore che abusa della rete internet aziendale per accedere al suo profilo social o che sottrae tempo all'attività lavorativa per svagare su Instagram, può essere controllato dal datore di lavoro attraverso le funzioni di controllo tipiche del sistema digitale (memorizzazione dei post, cronologia delle ricerche, visibilità pubblica delle informazioni), solo dopo che siano stati rispettati i limiti finalistici e procedurali imposti dallo Statuto.

Come più volte evidenziato, inoltre, il datore di lavoro dovrà predisporre misure preventive, ispirate alla logica della privacy by design e by default, per scoraggiare i dipendenti dall'uso dei social network privati durante l'attività lavorativa¹⁶⁷.

Rispettati i vincoli procedurali e finalistici, il comma 3 dell'art. 4 autorizza il datore di lavoro ad acquisire ed utilizzare i dati personali anche come prove dell'inadempimento contrattuale, purché siano stati rispettati i principi del Codice della Privacy ed i provvedimenti del Garante.

¹⁶⁶ Giova evidenziare come spesso la connessione tra illecito e l'inadempimento "esiste ed è ineliminabile", in questo senso P. TULLINI, *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, II, p. 89.

¹⁶⁷ Il datore di lavoro deve tutelare l'impresa e il lavoratore stesso mediante l'adozione di garanzie e tecniche preventive (e non solo repressive). Potrebbe, ad esempio, bloccare l'utilizzo della rete wi-fi se il lavoratore si connette ai social network.

Nella ricerca del punto di equilibrio tra interesse datoriale e esigenze del dipendente un'ulteriore complicazione è data dal fatto che, tra le impostazioni sulla privacy, l'utente-dipendente può scegliere come e quanto graduare la riservatezza del suo profilo, stabilendo, ad esempio, se il suo profilo sia accessibile a chiunque o solo ad una ristretta cerchia di amici¹⁶⁸. Impostando i filtri per la privacy l'utente-dipendente esercita uno *ius excludendi alios* rispetto ai propri dati personali¹⁶⁹; diversamente, quando il profilo è pubblico, il dato personale è reperibile da chiunque e, quindi, anche dal datore di lavoro. Postare dei contenuti su un social network equivale a pubblicarli in un luogo aperto al pubblico.

g) I sistemi di videosorveglianza: tra giurisprudenza civile e giurisprudenza penale

Con il termine videoriprese ci si riferisce alla registrazione, mediante strumenti di captazione visiva, di quanto accade in un luogo.

La videosorveglianza nelle realtà lavorative veniva giustificata, prima della riforma del Jobs Act, solo da ragioni difensive: il monitoraggio attraverso telecamere risponde all'interesse del datore di lavoro di prevenire e scongiurare la commissione di illeciti da parte dei dipendenti (cd. controlli difensivi¹⁷⁰).

¹⁶⁸ Nella Relazione del Garante Privacy per il 2010, p. 112, è segnalato un caso interessante. Un lavoratore aveva pubblicato sul suo profilo Facebook accessibile ad un'ampia cerchia di persone (il comando su Facebook si chiama "amici degli amici") delle foto scattate nei locali aziendali dove, sullo sfondo, erano visibili disegni coperti, secondo l'azienda, da segreto industriale. Tali informazioni hanno portato il datore di lavoro a licenziare il dipendente. Orbene, il fatto che il profilo privato del lavoratore fosse visibile da una ampia e indeterminata cerchia di utenti ha portato a dichiarare come acquisite lecitamente e quindi utilizzabili tali prove.

Si veda anche il caso deciso dal Tribunale di Milano nell'ordinanza del 1 agosto 2014, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2014, con nota di F. Iaquina, A. Ingraio, *Il datore di lavoro e l'inganno di Facebook*, in cui il dipendente, licenziato per giusta causa, aveva condiviso sul proprio e pubblico profilo Facebook delle fotografie scattate durante l'orario di lavoro, in circostanze di luogo e di tempo tali da dimostrare l'allontanamento dal posto di lavoro e l'interruzione della prestazione.

¹⁶⁹ Cfr. A. INGRAIO, *Il controllo a distanza effettuato mediante Social network*, in *Labour&LawIssues*, vol. 2, n. 1, 2016, p. 105 ss.

¹⁷⁰ Per una disamina della questione si rinvia al precedente capitolo 1.

Alla luce del novellato art. 4 la videosorveglianza in azienda può essere legittima anche per altre ragioni. In particolare:

- esigenze organizzative e produttive: può essere, ad esempio, necessario riprendere un particolare macchinario per verificare se questo funziona correttamente, chiudendo un ciclo di produzione e iniziandone un altro; oppure può essere necessario installare una telecamera all'ingresso di un locale commerciale per vedere quando e se entrano i clienti.
- Esigenze di tutela della sicurezza del lavoro: può essere necessario, ad esempio, installare telecamere in una banca per dissuadere i ladri dal commettere furti e rapine.
- Esigenze di tutela del patrimonio aziendale: può essere, ad esempio, utile installare telecamere in un negozio per assicurarsi che nessun cliente o dipendente rubi la merce.

Poste queste ragioni, comunque, il motivo più spesso sotteso, nelle odierne realtà produttive, all'installazione di telecamere resta la tutela del patrimonio aziendale.

In merito, la più recente giurisprudenza penale ha statuito che i risultati delle videoriprese effettuate dal datore di lavoro per realizzare un controllo, all'interno del luogo di lavoro, a tutela del patrimonio aziendale messo a rischio da possibili comportamenti infedeli dei dipendenti, sono utilizzabili, ai fini probatori, nel processo penale. In tal caso, osservano i giudici, non si rientra nel divieto probatorio di informazioni acquisite in assenza delle garanzie procedurali di cui all'art. 4 st. lav., ma nella fattispecie dei c.d. "controlli difensivi" finalizzati alla tutela del patrimonio aziendale, rispetto ai quali non si giustifica l'esistenza di un divieto probatorio¹⁷¹.

¹⁷¹ Così Cass. pen. 30 novembre 2017 n. 4367, in *Guida al diritto*, 2018. I giudici confermano la condanna per appropriazione indebita inflitta al dipendente sulla base di prove consistenti in dichiarazioni testimoniali e videoriprese, ritenute pienamente utilizzabili dal giudice di merito, effettuate attraverso una telecamera installata all'interno del luogo di lavoro. Nella

La *ratio* di tale assunto va individuata nella prevalenza dell'interesse pubblico alla prevenzione e all'accertamento dei reati rispetto alla tutela della riservatezza dei dipendenti.

Anche il Garante privacy ha specificato che l'utilizzo di sistemi di videosorveglianza è ammesso per finalità legittime, tra cui la tutela dei beni aziendali e l'acquisizione di prove, sempre che ciò non determini una lesione sproporzionata alle libertà e ai diritti del lavoratore-persona¹⁷².

massima si legge che “Sono utilizzabili nel processo penale, ancorché imputato sia il lavoratore subordinato, i risultati delle videoriprese effettuate con telecamere installate all'interno dei luoghi di lavoro a opera del datore di lavoro per esercitare un controllo a beneficio del patrimonio aziendale messo a rischio da possibili comportamenti infedeli dei lavoratori, in quanto le norme dello Statuto dei lavoratori poste a presidio della loro riservatezza non fanno divieto dei cosiddetti controlli difensivi del patrimonio aziendale e non giustificano pertanto l'esistenza di un divieto probatorio.”

Ancora, Cass. pen. N. 38882 del 10 aprile 2018, in *Dir. e Giust.*, 2018, secondo cui “La fattispecie incriminatrice di cui all'art. 4 dello Statuto dei lavoratori è integrata con l'installazione di un sistema di videosorveglianza potenzialmente in grado di controllare a distanza l'attività dei lavoratori, anche quando, in mancanza di accordo con le rappresentanze sindacali aziendali e di provvedimento autorizzativo dell'autorità amministrativa, la stessa sia stata preventivamente autorizzata per iscritto da tutti i dipendenti”.

Ancora Corte Europea dei diritti dell'uomo del 9 gennaio 2018 n. 1874, in *Giuda al diritto*, 2018, secondo cui “Il datore di lavoro deve avvisare i dipendenti se utilizza strumenti di videosorveglianza, anche quando vuole accertare l'identità dei lavoratori sospettati di furto. Tuttavia, le prove raccolte attraverso le telecamere nascoste possono essere utilizzate in un processo relativo al licenziamento se non sono l'unica prova a carico dei dipendenti.”

¹⁷² Cfr. Garante Privacy in Provvedimento in materia di videosorveglianza dell'8 aprile 2010 [doc. web. n. 1712680], Provvedimento generale sulla videosorveglianza del 29 aprile 2004 [doc. web n. 1003482] e Il decalogo delle regole per non violare la privacy del 29 novembre 2000 [doc. web n. 31019], disponibili su www.garanteprivacy.it.

Per altre considerazioni sulla videosorveglianza si fa riferimento alla circolare n. 5 del 19 febbraio 2018 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, condivisa con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali. In particolare, l'INL sottolinea che il rilascio dei provvedimenti autorizzativi da parte delle autorità competenti deve essere il frutto di valutazione sostanziale delle ragioni che ne giustificano e legittimano l'utilizzo, e del nesso tra le finalità indicate e lo strumento da utilizzare. “L'oggetto dell'attività valutativa, infatti, va concentrata sulla effettiva sussistenza delle ragioni legittimanti l'adozione del provvedimento, tenendo presente in particolare la specifica finalità per la quale viene richiesta la singola autorizzazione e cioè le ragioni organizzative e produttive, quelle di sicurezza sul lavoro e quelle di tutela del patrimonio aziendale.”

Per la videosorveglianza, quindi, l'autorizzazione è più legata al numero e all'ubicazione delle singole telecamere: non sarà più necessario allegare le planimetrie dei luoghi in cui l'azienda intende installare le apparecchiature e, quindi, aggiornare il provvedimento autorizzativo ogni volta che vengano modificate le apparecchiature già autorizzate.

Gli eventuali controlli ispettivi, successivi, avranno ad oggetto solo l'effettiva conformità delle modalità di utilizzo degli strumenti alle finalità dichiarate.

SEZIONE II

(...) e futuro: gli strumenti di lavoro nella prospettiva dell'*Industry 4.0*

1. Come collocare il controllo a distanza all'interno dell'*Industry 4.0*: l'incompletezza dell'odierna normativa

Il veloce processo di digitalizzazione dell'organizzazione produttiva rende sempre più labile la linea di confine tra il controllo datoriale di cui al primo comma dell'art. 4 e il controllo datoriale di cui al secondo comma del

In ogni caso “i principi di legittimità e determinatezza del fine perseguito, nonché della sua proporzionalità, correttezza e non eccedenza, impongono una gradualità nell'ampiezza e tipologia del monitoraggio, che rende assolutamente residuali i controlli più invasivi, legittimandoli solo a fronte della rilevazione di specifiche anomalie e comunque all'esito dell'esperimento di misure preventive meno limitative dei diritti dei lavoratori”.

medesimo articolo. L'integrazione tra l'uomo e la macchina che sta avvenendo mediante il *web*, le intelligenze artificiali, i *collaborative robots*, non è arrestabile, in quanto risponde a molteplici esigenze sociali ed economiche che, inevitabilmente, cambiano le logiche dell'attività lavorativa e i modi di adempiere la prestazione (sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo). In altri termini la digitalizzazione dell'odierna società sta avendo ripercussioni su tutti i settori economici e giuridici, ma, soprattutto sul terreno del diritto del lavoro. Muta l'organizzazione dell'impresa, cambiano le regole di produzione, si rinnovano gli anelli della catena di produzione, si creano nuove forme di lavoro e ne scompaiono altre. Ed il tutto avviene in repentini processi di trasformazione che hanno un minimo comun denominatore: la necessaria maggiore attenzione che deve porsi alla persona del lavoratore.

Per quanto la realtà possa essere stravolta, le basi giuridiche poste a tutela della persona devono rimanere salde. Per tali ragioni il diritto del lavoro, da sempre votato a trovare un punto di incontro tra le esigenze economiche dell'imprenditore e la tutela del lavoratore persona, deve qualificarsi come strumento fondamentale per definire la struttura della società che, presto, ci troveremo a vivere.

Il controllo a distanza diviene parte integrante del processo produttivo ed organizzativo, inscindibile rispetto alla verifica dell'esatto adempimento della prestazione.

Nasce quindi l'esigenza di inquadrare all'interno delle categorie e delle garanzie già esistenti le conseguenze dell'inevitabile integrazione tra l'uomo e la macchina: le nuove forme di adempimento della prestazione lavorativa ed i nuovi strumenti necessari o utili per espletare le connesse mansioni.

Orbene, c'è da chiedersi se la novella, rispetto a questa necessaria integrazione, non rappresenti un argine ancora inadeguato rispetto alle derive del potere di controllo sul lavoratore.

Introducendo dei requisiti procedurali per la legittimità del singolo atto di controllo e aumentando la consapevolezza del singolo lavoratore circa le diverse fattispecie di controllo su di lui operabili, la novella realizza un reindirizzamento del fulcro della legittimità del potere datoriale verso la dimensione individuale del lavoratore. Ma è questo sufficiente? Non sono forse le repentine trasformazioni del mondo tecnologico in grado di disattendere con facilità il meccanismo procedurale (autorizzazioni) previsto dall'art. 4?

Anche le condizioni di legittimità del trattamento dei dati personali raccolti dal datore di lavoro non paiono abbastanza forti da creare categorie ben definite di atti legittimi e non legittimi, come evidenziato nei paragrafi precedenti. Per non parlare dell'incerta sorte dei *Big Data*¹⁷³: i moderni strumenti tecnologici rendono disponibili al soggetto che tratta i dati, uno stock di informazioni di alto valore economico. Le informazioni rese disponibili dall'accesso alle banche dati informatiche e al *cloud computing* consentono una minuziosa profilazione dei lavoratori, aumentando le ipotesi di monitoraggio e rendendo ancor più labili i fini ed i *confini* del trattamento di dati¹⁷⁴. D'altronde, se la terra era la materia prima dell'era dell'agricoltura, se il ferro era la materia prima dell'era industriale, i dati sono la materia prima dell'era dell'informazione, di cui facciamo parte.

Alla luce di tali considerazioni si auspica che la riforma verrà integrata da idonee linee guida per la qualificazione delle più sofisticate tecnologie, e da idonee procedure amministrative che diano spazio all'esercizio di diritti collettivi, attraverso un intervento sindacale che non sia circoscritto solo alla

¹⁷³ I big data sono una considerevole massa dati eterogenei, strutturati e non strutturati, utili per scoprire i legami tra fenomeni diversi e prevedere quelli futuri. Essi possono essere utilizzati per produrre beni e servizi "customizzati", riducendo così i costi ed aumentando l'efficienza produttiva.

¹⁷⁴ Ne parla bene M.B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, Settembre 2015, p. 37, secondo cui l'acquisizione e l'analisi di milioni di dati riguardanti i soggetti che aspirano ad una posizione lavorativa non può che modificare i criteri di assunzione, analizzando gli usi e le abitudini dei lavoratori; ancora R. DAVES, *Industry 4.0 for productivity and growth*, p. 6.

procedura autorizzativa di cui al comma 1 art. 4 ma che ponga concreta risposta alle esigenze di tutela suscitate dalla digitalizzazione¹⁷⁵.

Nel frattempo, nei paragrafi che seguono si cercherà di fornire un'analisi, quanto più possibile giuridica, delle nuove realtà che il diritto del lavoro si trova ad affrontare.

2. Il ruolo della tecnologia nei processi produttivi: il lavoro umano è destinato a scomparire per lasciar spazio al lavoro automatizzato?

Nell'affrontare la sfida della qualificazione dei nuovi strumenti di lavoro e di controllo all'interno dei già esistenti schemi legislativi, una preliminare considerazione va fatta per evitare di cadere in un luogo comune.

Nella dialettica tra l'uomo e la macchina è, forse, la macchina destinata a prevalere?¹⁷⁶

Vien spesso da chiederci se i robot ruberanno i nostri posti di lavoro. La risposta è inevitabilmente positiva: sì, l'automazione, ridisegnando il modo in

¹⁷⁵ In questo senso pare muoversi anche il nuove Reg. Ue 679/2016 che invita gli Stati membri ad introdurre norme più specifiche per la tutela di diritti fondamentali del lavoratore, sollecitando il ricorso alla contrattazione collettiva laddove il trattamento dei dati attiene alla pianificazione ed organizzazione del lavoro.

L'art. 88 del citato Regolamento così recita: "1. Gli Stati membri possono prevedere, con legge o tramite contratti collettivi, norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro, in particolare per finalità di 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.

2. Tali norme includono misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati, in particolare per quanto riguarda la trasparenza del trattamento, il trasferimento di dati personali nell'ambito di un gruppo imprenditoriale o di un gruppo di imprese che svolge un'attività economica comune e i sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro."

¹⁷⁶ Sul tema, si veda P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 4, 2017, p. 525; A. ROSS, in *The Industries of the future*, Simon & Schuster, 2016. Sul tema particolare del licenziamento al tempo dell'Industry 4.0 si veda A. AVONDOLA, *il licenziamento e digital society: la forma scritta dalla posta ai "post"*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2, 2018, p. 299.

cui le imprese si pongono all'interno dei mercati, eliminerà gran parte delle posizioni lavorative che esistono oggi.

La perdita dei posti di lavoro, infatti, si pone come naturale conseguenza di ogni grande tipo di rivoluzione¹⁷⁷.

Ma c'è dell'altro: il processo di distruzione sarà anche creatore, e muterà la geografia e la distribuzione del lavoro. Proprio come storicamente è sempre accaduto, al periodo di “*innovative disruption*”¹⁷⁸ in cui scompariranno certe forme di lavoro, seguirà senz'altro un periodo in cui la crescita economica creerà nuovi posti di lavoro che, con tutta probabilità, saranno meno faticosi e più pagati¹⁷⁹. Ogni grande innovazione tecnologica determina una riduzione del costo del lavoro che, a sua volta, incentiva l'invenzione di nuove funzioni da attribuire al lavoro umano¹⁸⁰: proprio la disponibilità di lavoro umano –

¹⁷⁷ Si pensi all'impatto che la rivoluzione industriale ha avuto sul mondo del lavoro e sui mercati.

¹⁷⁸ Una *disruptive innovation* è un'innovazione che crea un nuovo mercato economico e un nuovo assetto di lavori, eventualmente distruggendo i già esistenti mercati ed i loro connessi valori, e mutando le politiche organizzative e produttive delle aziende.

¹⁷⁹ Secondo il World Economic Forum (WEF) – nel Rapporto di gennaio 2016 dal titolo *The Future of Jobs Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution* – nel 2022 vi saranno sia ruoli emergenti per un totale di 133 milioni, che ruoli in declino per un totale di 75 milioni. Il rapporto teorizza, quindi, un aumento di 58 milioni di posti di lavoro. Le possibilità di implementazione della capacità produttiva che possono offrire i robot e le AI sono infinite. Si pensi, ad esempio, agli occhiali (come quelli Google già in commercio da tempo), capaci di offrire a chi li indossa diverse funzionalità, come la visualizzazione di un altro schermo del computer, la visualizzazione di più strumenti contemporaneamente; o ancora si pensi ai robot che sostituiranno alcune mansioni nei lavori del trasporto urbano. In Italia c'è Yape (“il fattorino”), un drone da terra per il trasporto di oggetti sviluppato dalla società milanese e-Novia e già in funzione a Cremona.

Tante altre sono le realtà robotiche già esistenti e funzionanti in Italia.

C'è Paolo Pepper, il robot receptionist progettato a Treviso e già assunto da un Hotel sul lago di Garda, che risponde alle solite domande ripetitive che annoiano lo staff degli alberghi. C'è Mario Kompai, il robot badante sviluppato dalla società R2m solution in collaborazione con Cnr e l'Ospedale della casa del sollievo e della sofferenza, che assiste i pazienti affetti da demenza senile.

C'è Hunova, il robot fisioterapista che lavora alla Villa delle Terme di Firenze, aiutando le persone nella riabilitazione neurologica, ortopedica e geriatrica.

¹⁸⁰ Sul tema *Il lavoro 4.0, La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni dell'attività lavorativa*, a cura di A. Cipriani, A. Gramolati, G. Mari, Firenze University Press, 2018; D. ACEMOGLU e P. RESTREPO, in *The Race Between Man and Machine: Implications of Technology for Growth, Factor Shares and Employment*, su www.aeaweb.org 2017, secondo i quali “*when automation runs ahead of the creation of new tasks, market forces induce a slowdown in subsequent automation and more rapid countervailing advances in the creation of new tasks. [...] A wave of automation pushes down the effective*

indotta dalla scomparsa dei *vecchi* mestieri – stimolerà la creazione di nuovi posti di lavoro, in rincorsa continua tra invenzione di macchine capaci di sostituire il lavoro e invenzione di mestieri che le macchine non saranno in grado di svolgere.

Un periodo di assestamento dalla distruzione alla creazione sarà, quindi, necessario. Gli operatori del mondo del diritto dovranno sfruttare questo tempo, come un'occasione¹⁸¹, per individuare una struttura tecnico-giuridica che permetterà agli utenti e ai fruitori del mondo produttivo di far fronte al cambiamento in maniera *proattiva*.

Mentre i robot e le intelligenze artificiali occupano i posti che da sempre fanno parte della tassonomia delle imprese, l'uomo deve concentrarsi su ciò che non può essere automatizzato.

I robot sono destinati a sostituire tutte le professioni in cui l'esecuzione delle mansioni non dipende *anche* da intelligenza emotiva e sociale, creatività, capacità di negoziazione, pensiero critico, ma dipende solo da mere e schematiche capacità tecniche e di calcolo¹⁸².

costs of producing with labor, discouraging further efforts to automate additional tasks and encouraging the creation of new tasks”.

¹⁸¹ Da intendersi nel senso più classico della sua etimologia, da *occasionem* e *occidio*, possibilità di sfruttare qualcosa che “cade di fronte”.

¹⁸² Secondo i dati del sistema Excelsior Union Camere (il sistema informativo per la formazione e l'occupazione delle Camere di commercio d'Italia) lo scorso anno il 34,2% delle oltre 4 milioni di ricerche di personale programmate si è indirizzata verso profili professionali con competenze 4.0. La richiesta di figure professionali competenti nel campo digitale è spiegata nel documento “Competenze digitali per il 2017” su <https://excelsior.unioncamere.net/images/pubblicazioni2017/EXC2017-competenze-digitali.pdf>.

In concreto, l'implementazione della catena produttiva attraverso l'utilizzo dei robot non seguirà regole generali e astratte, ma dipenderà dal singolo settore. Questi i dati riportati da Christopher Abraham e Silvia Vianello, dell'Innovation Center Spain School of Global Management- Dubai su www.agendadigitale.it: è stato stimato che l'adozione media globale tra le aziende entro il 2022 dei robot umanoidi sarà del 23%, dei robot stationary sarà del 37%, dei robot aerei e subacquei sarà del 19%. Il settore più forte e più in crescita sarà quello automobilistico, seguito dalle catene di produzione di cibi e bevande con un aumento di circa il 40% nei prossimi due anni.

Per quel che riguarda l'Italia, si osservi che nel 2014 sono stati installati oltre 6.200 robot industriali ed il paese si era posizionato al settimo posto nella classifica mondiale per installazioni di robot. Tra il 2010 e il 2014 la crescita annua media è stata dell'8%. Rispetto al solo settore manifatturiero il rapporto è di 155 robot ogni 10.000 dipendenti. Il settore più sviluppato in ambito robotico è quello dell'automobilismo.

Ed allora le aziende avranno bisogno di molti più lavoratori con competenze nella gestione delle tecnologie e con le “*soft skills*”¹⁸³ che i robot non hanno, capaci di sfruttare la digitalizzazione per creare processi produttivi personalizzati. D'altronde, affinché un robot esista è necessario qualcuno che lo progetti, che lo controlli e che lo mantenga.

Volendo fare qualche esempio, emergeranno i ruoli più tecnici come quelli dei *data analyst*, degli sviluppatori di *machine learnign*, degli esperti di big data. Saranno sostituite le posizioni dei revisori contabili, degli amministrativi, degli operai non specializzati.

Compariranno molte più posizioni lavorative caratterizzate da decisioni e capacità cognitive non di routine, da specializzazione, scompariranno posti di lavoro routinari e di mera esecuzione.

In questo contesto, un ruolo preminente avranno i tecnici del diritto e le imprese. I primi dovranno essere in grado di creare la cornice all'interno della quale il cambiamento potrà dispiegarsi, creando categorie giuridiche certe ed avendo cura di valorizzare i diritti fondamentali del lavoratore persona.

Le seconde, invece, saranno le promotrici del cambiamento, traducendo le opportunità di lavoro in fatturato, attraverso la tecnologia.

La creazione di nuovi posti di lavoro e la dislocazione delle tecnologie all'interno dell'impresa dipenderanno dalla velocità con cui i datori di lavoro si prepareranno con nuove *policies* adeguate, e dalla velocità con cui lavoratori riceveranno un'efficiente formazione per utilizzarle.

Inoltre, l'utilizzo sempre più massivo dei robot renderà più basso il loro costo e, quindi, sempre meno rilevanza avrà la variabile “costo del lavoro” per molte

¹⁸³ Le *soft skills* sono capacità strettamente legate alla personalità, come le qualità individuali, le abilità sociali, comunicative e gestionali. Esse fanno parte della cultura del singolo individuo e sono frutto di comportamenti ed esperienze vissute, professionali e personali. AlmaLaurea ha individuato un elenco di *soft skills* qualificate e riconosciute dal World Economic Forum come le competenze che saranno più richieste nel 2020. Tra queste ci sono: autonomia, resistenza allo stress, fiducia in se stessi, leadership, team work. Le *soft skills* sono complementari alle *hard skills*, che sono invece le competenze tecniche e amministrative.

imprese, come quelle manifatturiere, a vantaggio di una modifica delle strategie localizzative¹⁸⁴ e della dignità del lavoro specializzato.

Deve concludersi che non è semplicemente il *tipo* di lavoro umano che sta cambiando, ma la *natura* stessa del lavoro che l'uomo compie.

Allora, ritorna il tema principale di questa tesi: la persona del lavoratore.

Il progresso tecnologico e le nuove forme di lavoro esalteranno la persona del lavoratore, la sua dignità, i suoi diritti fondamentali, in un contesto automatizzato dove non potrà che spiccare per le sue competenze personali, ed umane.

3. Gli strumenti dell'*Industry 4.0*.

3.1 *Quid iuris* per il controllo a distanza effettuato mediante i robot?

In un'ottica che guarda al futuro, il datore di lavoro deve prepararsi ad integrare i robot nell'organizzazione della sua impresa, qualificandoli correttamente per poter individuare qual è la disciplina applicabile¹⁸⁵.

Innanzitutto una premessa di ordine sistematico.

I robot possono essere divisi in due categorie. Nella prima categoria vi sono quelli qualificabili come "macchine" ai sensi della direttiva europea

¹⁸⁴ Sarà sempre meno conveniente dislocare le risorse produttive in paesi poco avanzati con bassi salari, ed invece sempre più conveniente sistemare l'impresa in un'organizzazione sociale avanzata.

¹⁸⁵ Non vi sono norme in merito all'utilizzo specifico dei robot. L'unica normativa ad oggi applicabile al caso in esame è la Direttiva 2006/42/CE del 17 maggio 2006 (detta *nuova direttiva macchine*), che sostituisce la direttiva 98/37/CE del Parlamento europeo (detta *direttiva macchine*), pubblicata in G.U. n. L 207 del 23/07/1998, che si riferiva a tutti i tipi di macchinario e ai loro componenti di sicurezza messi isolatamente sul mercato.

La direttiva del 2006 è stata recepita ed attuata in Italia attraverso il Decreto Legislativo 27 gennaio 2010, n. 17 (pubblicato il 19-2-2010 sul Supplemento ordinario n. 36/L alla G.U. Serie generale - n. 41), ed è entrata in vigore in tutta Europa il 29 dicembre 2009.

2006/42/CE, ossia come dispositivi automatizzati che eseguono operazioni materiali e specifiche ma che non sono autosufficienti¹⁸⁶.

In un'altra categoria vanno considerati i robot autonomi, ossia dotati di software di intelligenza artificiale che permettono loro di operare da soli, anche con un certo grado di criticità.

Nel presente paragrafo si parlerà dei robot-macchina, mentre nel prossimo dei robot autonomi.

Orbene, i robot che per loro stessa struttura sono delle macchine che non interagiscono con l'uomo, non sono utilizzati dal dipendente per svolgere la propria prestazione lavorativa. In una catena produttiva che vede, quindi, la compresenza di dipendenti e robot, il lavoro che ciascuno compie resta separato: le mansioni dei robot sono indipendenti e non collegate alle mansioni del lavoratore.

Può solo accadere che all'interno di un processo produttivo strutturato in più fasi, il lavoratore si trovi a dover completare il lavoro del robot; oppure che sia il dipendente a dover attivare e disattivare le funzioni della macchina.

In quest'ottica, quindi, non c'è modo di qualificare il robot come strumento per rendere la prestazione lavorativa ai sensi del secondo comma dell'art. 4 st. lav.

Ed allora, ne consegue, non c'è modo per il datore di lavoro di avvalersi della deroga e di operare un controllo indiretto sui lavoratori attraverso il "robot di lavoro".

Non resta quindi che individuare quali di questi strumenti potrebbero avere funzionalità di controllo e qualificarli come "strumenti di controllo", per utilizzare i quali il datore dovrà rispettare i vincoli procedurali e finalistici dettati dal primo comma dell'art. 4 St. lav.

¹⁸⁶ La guida all'applicazione della direttiva *machine* 2006/42/CE definisce una "complete machinery" (cioè un robot macchina) come "*stand and function alone-robot' provided with both an end-effector and control system so that it can itself perform a specific application*". Un robot macchina è un sistema unico e funzionante dotato sia di un sistema di controllo che di un terminale capace di svolgere da solo un lavoro per un'applicazione specifica.

Volendo fare qualche esempio occorre preliminarmente aver presente che l'utilizzo del robot macchina potrebbe insinuarsi sia all'interno di esigenze organizzativo produttive, sia di sicurezza del lavoro, sia di tutela del patrimonio aziendale, ma per ragioni sempre diverse.

Se il robot deve essere attivato e disattivato dal lavoratore in certi orari, attraverso l'analisi del funzionamento della macchina il datore potrebbe ottenere informazioni sulla puntualità del dipendente e, quindi, sul rispetto degli orari di lavoro. Ancora, se all'interno del robot sono installate telecamere che consentano al robot stesso di eseguire il suo compito, sarà inevitabile che verranno ripresi anche i lavoratori che si avvicinano – per svariate ragioni – alla macchina. Va da sé che tali videoriprese non saranno solo effettuate, ma saranno altresì conservate per dare ai tecnici la possibilità di migliorare la macchina o per capirne i mal funzionamenti, in questo modo acquisendo e memorizzando anche informazioni sull'attività degli umani. In tutti questi casi, quindi, vi è un controllo indiretto sull'adempimento della prestazione lavorativa del dipendente, anche per ragioni di sicurezza del lavoro¹⁸⁷.

Un altro fatto v'è da considerare: il robot rappresenta un elemento del patrimonio dell'impresa. Soprattutto le macchine più sofisticate e tecnologicamente avanzate possono rappresentare un investimento importante per il datore di lavoro e diventare di fondamentale importanza nel processo produttivo. In questi termini, allora, il robot può essere sia strumento controllante (per le ragioni sopra esposte) sia strumento controllato: il datore di lavoro può avere interesse a proteggerne il funzionamento, servendosi di diversi strumenti (dall'impiego di personale addetto, a video riprese, a software che monitorano l'accesso dei dipendenti nella specifica area dove esso è ubicato) posti a tutela del suo patrimonio aziendale.

¹⁸⁷ L'argomento è stato disciplinato dalla direttiva 2006/42/CE sull'utilizzo delle macchine. Si veda in particolare l'art. 11 ed il considerando 13 che impongono la necessità che ogni stato membro adotti specifiche misure per vietare o limitare l'immissione sul mercato di alcuni tipi di macchine che presentano rischi per la salute e la sicurezza delle persone coinvolte, ed altresì per assoggettare a condizioni speciali l'utilizzo di certe macchine.

Fatte tali considerazioni non può che concludersi che il robot-macchina, per via delle sue funzioni e per via delle infinite possibilità di implementarvi autonomi dispositivi e software d'avanguardia, è destinato ad essere un efficiente strumento di controllo.

Ben dettagliate, quindi, dovranno essere le finalità esplicitate per ottenere l'accordo sindacale o l'autorizzazione amministrativa che, a loro volta, dovranno essere chiare e precise.

Va da sé, ovviamente, che essendo il settore *de qua* ancora incerto, l'informativa preventiva che il datore di lavoro dovrà predisporre dovrà essere molto analitica e specifica. Ogni lavoratore dovrà aver ben chiare non solo le singole potenzialità di controllo e i modi di trattamento delle informazioni personali, ma altresì come la sua interazione con il robot potrebbe generare controlli che, diversamente, non verrebbero effettuati.

3.2 *Quid iuris* per il controllo a distanza effettuato mediante le intelligenze artificiali?

Grazie agli strabilianti progressi tecnologici dell'ultimo decennio, i robot sono in grado, oggi, non solo di svolgere attività che sono sempre state tipicamente ed esclusivamente umane, ma hanno sviluppato anche determinate caratteristiche autonome e cognitive (come la capacità di apprendere dall'esperienza e di prendere decisioni in maniera quasi indipendente). Ciò ha reso i robot AI (*artificial intelligence*) sempre più simili a veri e propri agenti, che interagiscono con l'ambiente circostante e, a volte, lo modificano.

L'autonomia di un robot è la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna. Tale autonomia ha natura tecnologica ed il suo livello dipende dal grado di complessità con cui la sua interazione con l'ambiente esterno è stata progettata.

Orbene, tale autonomia, e la stessa natura dei robot AI, rendono difficile la loro qualificazione all'interno delle categorie giuridiche già esistenti e la loro classificazione all'interno di schemi legislativi preconfezionati.

In questo contesto, diventa attualissimo il bisogno di creare una definizione giuridica per i robot, che ne qualifichi le caratteristiche¹⁸⁸. Ancor più importante diviene l'individuazione di norme rigorose e lungimiranti da applicare alle interazioni fra esseri umani e robot al fine di garantire la salute, la sicurezza e il rispetto dei diritti fondamentali, soprattutto sul luogo di lavoro.

Finché i legislatori europei non indicheranno dei precetti ordinatori e delle regole da seguire, all'operatore giuridico non resta che fare considerazioni su come l'odierno assetto normativo potrebbe reagire alle innovazioni tecnologiche.

Pertanto, ai fini che qui interessano bisogna chiedersi in che misura le tecnologie autonome impiegate nell'ambito di un'impresa possano trasformarsi in forme di controllo, dal momento che sono in grado di prendere delle decisioni.

I dispositivi dotati di intelligenza artificiale per essere, per l'appunto, autonomi ed autosufficienti, non si prestano ad essere qualificati come strumenti di lavoro. Il robot intelligente deve essere espunto dalla nozione di "strumento necessario per rendere la prestazione lavorativa" in quanto è esso stesso il (s)oggetto che la svolge.

¹⁸⁸ Nel mondo dell'*Industry 4.0* non è più sufficiente la Direttiva *macchine* 2006/42/CE, si rendono necessarie nuove regole.

Un primo passo è stato fatto il 27 gennaio 2017 dalla Commissione Giuridica del Parlamento UE (con relatore Mady Delvaux) con una *Proposta di Risoluzione del Parlamento Europeo recante raccomandazioni alla Commissione UE concernenti norme di diritto civile sulla robotica* (n. A8-0005/2017). La proposta riguarda diversi ambiti del diritto. Tra i punti più interessanti la Proposta cerca di definire il concetto di responsabilità dei robot, delineando chiaramente come quanto sia carente l'attuale quadro normativo in questa materia.

La Proposta di Risoluzione, dopo esser passata tra diverse commissioni (6 in tutto) è stata approvata dal Parlamento Europeo in data 16 febbraio 2017 (riferimento P8_TA(2017)0051). In tal modo si fa ufficialmente richiesta alla Commissione, ai sensi dell'art. 225 TFUE, di presentare una proposta di direttiva relativa a norme di diritto civile sulla robotica.

Purtroppo, da quella data, nessun passo in avanti è stato fatto dalla Commissione.

Potrebbe, tutt'al più, essere qualificato in termini di “strumento di controllo”, ma solo in certi casi.

Sono strumenti di controllo i robot autonomi che hanno nella loro struttura diverse componenti hardware e software che sono deputate esclusivamente alla sorveglianza. Qui, allora, come già visto per il computer, il datore di lavoro dovrà aver cura di individuare quali software o quali programmi facenti parte della struttura del robot realizzano un monitoraggio degli altri lavoratori facenti parte dell'organizzazione produttiva, per farsi autorizzare ai sensi del primo comma dell'art 4 st. lav.

Ma se, invece, il robot autonomo non ha nessuno di questi software e viene programmato solo per eseguire una determinata prestazione, diviene difficile individuare potenzialità di controllo. Anche laddove tali robot avessero delle telecamere integrate, queste si porrebbero come necessarie allo stesso robot per svolgere le sue mansioni in maniera autonoma e cognitiva, imparando dai suoi errori per migliorare. O ancora, anche se il robot immagazzinasse informazioni sul mondo esterno – e quindi anche sui lavoratori – queste sarebbero per lui necessarie per capire come interagire nella realtà in cui opera e auto-implementare la sua produttività.

Il problema allora potrebbe spostarsi sulle modalità di analisi e di memorizzazione (più che di acquisizione, inevitabili!) dei dati raccolti, sulla linea di confine tra la privacy del lavoratore che interagisce col robot e le sofisticate tecniche ingegneristiche di funzionamento dei robot. Ma anche qui la normativa è insufficiente e limitata, nemmeno il nuovo “pacchetto privacy” europeo fornisce indicazioni in merito.

Ed allora, posto che, come visto, diviene difficile finanche capirne le potenzialità tecniche di controllo, chissà che non sia più esatto qualificare i robot in una categoria a sé stante, che sia una via di mezzo tra i dipendenti-persone e gli strumenti di controllo.

4. Le forme di lavoro dell'*Industry 4.0*

4.1 Il lavoro agile: che tipo di controllo?

Il diritto del lavoro si trova a dover fronteggiare un ulteriore ostacolo creato dalla diffusione di internet e delle nuove tecnologie. Sempre più e sempre più diverse sono le esplicazioni della prestazione lavorativa che, con l'ausilio degli strumenti informatici, cambia, mettendo in crisi le stesse categorie di "autonomia" e "subordinazione".

Il lavoro diviene una realtà difforme e varia sia per quel che riguarda le *condizioni*, sia per quel che riguarda le *modalità* e gli *effetti*. Cristallizzare attraverso regole omogenee questo fenomeno non è cosa semplice, e spesso le nostre regole non sono adatte per le nuove forme di impiego *del* mondo digitalizzato.

È un dato di fatto che, oggi, la prestazione lavorativa si svolge sempre più "a distanza".

Questa nuova concezione di lavoro muta la struttura stessa della prestazione lavorativa, rendendola più flessibile e generando valore aggiunto in termini di innovazione dei processi produttivi¹⁸⁹.

Tuttavia, ancora una volta, la realtà sociale ed economica corre più veloce di quella giuridica. Mentre le nuove forme di occupazione a distanza e a

¹⁸⁹ M. TIRABOSCHI, *Una regolazione agile per il lavoro che cambia*, in E. Dagnino, M. Tiraboschi (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti sul lavoro agile e lavoro autonomo*, Adapt Labour Series, n. 50, 2016, p. 6 ss.; v. P. TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte di intervento*, in *Riv. Giur. Lav. prev. Soc.*, 2016, p. 748.

contenuto tecnologico sono ormai ben presenti nel mercato del lavoro, non solo mancano precetti che le regolamentino, ma la loro stessa definizione letterale è ancora lacunosa e ambigua: c'è chi definisce queste forme occupazionali come “lavoro agile”, chi come “smart working”¹⁹⁰, chi come lavoro “da remoto o virtuale”.

Orbene, nel quadro così delineato pare davvero difficile applicare le attuali regole sui controlli a distanza alle nuove forme di lavoro a distanza: può il lavoro agile – inteso come modalità flessibile di esecuzione della prestazione – subentrare al telelavoro¹⁹¹?

È la maggiore flessibilità della prestazione che caratterizza la nuova forma di lavoro agile rispetto al “padre” telelavoro. L'esecuzione della prestazione è consentita sia dentro che fuori l'impresa. Infatti, a ben vedere, l'esecuzione della prestazione all'interno dei locali aziendali non è un elemento essenziale del contratto di lavoro, né un requisito imposto *ex lege*, ma rappresenta solo una manifestazione socialmente tipica della subordinazione.

Al giorno d'oggi, tuttavia, anche la riconoscibilità pratica della subordinazione è messa in crisi dalla tecnologia. Per quel che qui interessa, ad esempio, per rendere la prestazione lavorativa non è più necessario che il lavoratore si trovi presso il suo domicilio (come era necessario per il telelavoro), ben potendo gli strumenti di lavoro seguire il lavoratore ovunque.

L'unico limite resta, anche qui, quello di dover concordare un orario di lavoro, nel rispetto dei limiti di durata massima dell'orario giornaliero e settimanale imposti dalla legge.

¹⁹⁰ Cfr. P. MANZELLA, F. NESPOLI, *Le parole del lavoro: agile o smart?*, in E. Dagnino, M. Tiraboschi (a cura di), cit., p. 23 ss.

¹⁹¹ Introdotto negli anni novanta, l'istituto ha avuto scarso successo nonostante il sistema di incentivi previsto dall'art. 22, co. 5 della legge 183/2011.

Si veda, per una più ampia trattazione dell'argomento, V. MAIO, *Il telelavoro*, in *I nuovi contratti di lavoro*, diretto da M. Persiani, Utet, 2010, p. 777 ss; L. NOGLER, *Lavoro a domicilio (art. 2128 c.c.)*, in *Il Codice civile commentato*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, 2009; L. GAETA, P. PASCUCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998; G. CHIARO, G. PRATI, M. ZOCCA, *Smart working: dal lavoro flessibile al lavoro agile*, in *Soc. dir.* 2015, n. 138, p. 71.

Il lavoro agile, già in uso in numerose realtà imprenditoriali¹⁹², è disciplinato dalla legge del 22 maggio 2017, n. 81 che, all'art. 18 co. 1, lo definisce come “modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato” disciplinato mediante accordo fra le parti e caratterizzato dall'assenza di “precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro”.

La oggettiva dilatazione delle nozioni di “ambiente” ed “orario” di lavoro avrebbe richiesto una maggiore attenzione del legislatore sull'adattamento di normative di tutela che a tali nozioni sono legate. Anche prima dell'emanazione della legge non vi erano dubbi sulla legittimità di accordi volti a modificare il luogo della prestazione o a disciplinare un'articolazione flessibile degli orari di lavoro. Quel che sarebbe stato necessario, invece, era indicare quali tutele e quali garanzie devono essere assicurate al lavoratore che adempie la prestazione fuori dall'impresa, declinando ulteriormente il potere di controllo del datore.

Invece, la legge altro non fa che richiamare semplicisticamente e – a parere di chi scrive – in modo superfluo, l'art. 4 St. lav. Tale norma ha infatti carattere inderogabile e rappresenta un limite invalicabile anche nei confronti di un accordo tra le parti rispetto alle condizioni dello svolgersi del lavoro agile.

L'adattamento deve farsi, quindi, in via interpretativa.

Il lavoro agile si inquadra pur sempre all'interno del lavoro subordinato, pertanto restano fermi ed invalicabili i doveri di protezione del creditore di lavoro.

Fornire al lavoratore mezzi di lavoro tecnologici idonei e predisporre un sistema di informazione preventiva non assolve gli obblighi di protezione a carico del datore di lavoro. Questi dovrebbe essere responsabile del funzionamento (e quindi della sicurezza) dei mezzi di lavoro forniti e dei dati così raccolti e trattati non solo dentro, ma anche fuori l'impresa.

¹⁹² Negli ultimi anni molte imprese hanno testato forme di smart working attraverso accordi aziendali, come Enel, Ferrero, Nestlè, Barilla, Unicredit. Tant'è vero che tale assodata pratica ha spinto alcuni autori a chiedersi che necessità vi fosse di emanare una legge sul lavoro agile. Cfr. E. Como – R. Turi, *Smartworking: ne avevamo proprio bisogno? Come cambia il telelavoro*, Ufficio studi Fiom nazionale e Segreteria nazionale Fiom.

Quando la prestazione è svolta a distanza è vietato il controllo diretto mediante strumenti a ciò esclusivamente finalizzati, salvo che per comprovate esigenze organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale e previa autorizzazione sindacale o amministrativa (comma 1). Pertanto, il controllo è limitato al risultato della prestazione stessa. Diversamente, non è necessario raggiungere un accordo sindacale per la scelta e per l'affidamento degli strumenti che saranno utilizzati per rendere la prestazione a distanza (comma 2). In tal modo quindi si possono fornire al lavoratore strumenti informatici anche se da questi deriva un controllo sull'attività lavorativa.

Ovviamente, sarà l'accordo individuale, nel rispetto delle regole inderogabili dello Statuto e nel rispetto del Codice Privacy a (pre)definire le modalità e le possibilità di controllo del lavoro svolto a distanza, trovando il punto di equilibrio tra i diversi interessi delle parti¹⁹³.

Preme sottolineare che il legislatore avrebbe dovuto restringere la discrezionalità delle parti nel definire i termini di questo particolare tipo di attività lavorativa. Il consenso contenuto nell'accordo, in un contesto lavorativo, non è – a parere di chi scrive – un idoneo motivo di legittimazione del trattamento di dati personali. Sarebbe più efficace trovare un criterio oggettivo per dimostrare la necessità di controllo e per valutare tale necessità alla luce dei diritti e delle libertà fondamentali dei lavoratori.

Invece, il controllo sul “lavoratore agile”, in questi termini, ben potrebbe essere effettuato sempre ed ovunque.

¹⁹³ Ad esempio l'art. 19 della citata legge lascia all'accordo sindacale l'individuazione delle misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro (cd. diritto alla disconnessione): “*Nel rispetto degli obiettivi concordati e delle relative modalità di esecuzione del lavoro autorizzate dal medico del lavoro, nonché delle eventuali fasce di reperibilità, il lavoratore ha diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche di lavoro senza che questo possa comportare, di per sé, effetti sulla prosecuzione del rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi?*”.

Mentre nell'ordinamento giuridico francese la disconnessione è qualificata espressamente come un diritto, nell'ordinamento giuridico italiano una simile previsione manca. Tuttavia la fattispecie è già nota ad alcune esperienze applicative, in cui la disconnessione è stata regolamentata attraverso accordi collettivi aziendali. Si pensi all'accordo Enel del 4 aprile 2017, all'accordo tra Barilla e le organizzazioni sindacali del 2 marzo 2015, o al decreto del 7 aprile 2017 dell'Università dell'Insubria.

Ecco che diviene lampante come la più recente legislazione ha proposto nuovi modelli normativi adattandosi al progresso tecnologico, ma senza integrarli nell'attuale sistema giuridico del diritto del lavoro¹⁹⁴.

4.2 Il lavoro a domicilio, il *Bring Your Own Devices*: che tipo di controllo?

La rivoluzione tecnologica ha inciso, come detto in precedenza, anche sulle modalità di esplicazione della forma lavorativa. Le nuove forme di tecnologia consentono di svincolare il dipendente da uno stretto coordinamento spazio-temporale della prestazione.

Oggi è sempre più frequente che almeno parte del lavoro venga svolto a domicilio.

Il lavoro a domicilio è disciplinato dalla l. 877 del 18 dicembre 1973¹⁹⁵. La *ratio* di tale disciplina è stata quella di regolamentare una delle prime manifestazioni di decentramento produttivo ed organizzativo¹⁹⁶. Il lavoratore a domicilio è colui che, con vincolo di subordinazione, esegue le proprie mansioni nel proprio domicilio o in un locale di cui abbia disponibilità, anche con l'aiuto accessorio di membri della sua famiglia conviventi e a carico, ma con esclusione di manodopera salariata e di apprendisti, lavoro retribuito per conto di uno o più imprenditori, utilizzando materie prime o accessorie e

¹⁹⁴ Il decreto attuativo 101/2018 non ha specificato la questione, in quanto esso si limita ad aggiungere le parole "lavoro agile" nell'art. 115 del Codice Privacy.

Il nuovo art. 115 quindi così recita: "*Nell'ambito del rapporto di lavoro domestico, del telelavoro e del lavoro agile il datore di lavoro è tenuto a garantire al lavoratore il rispetto della sua personalità e della sua libertà morale.*" (omissis)

¹⁹⁵ Norme di interpretazione autentica della l. n. 877/1973 sono state adottate con la l. 16 dicembre 1980, n. 858; l'apparato sanzionatorio è stato poi modificato con il d.lgs. 9 settembre 1994, n. 566.

¹⁹⁶ Così P. Pizzi, op. loc. cit.; D. Garofalo, Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative, relazione alle Giornate di Studio Aidlass, Cassino, 17-18 maggio 2017, in www.aidlass.it.

attrezzature proprie o dello stesso imprenditore, anche se fornite per il tramite di terzi¹⁹⁷.

Si tratta una forma speciale di subordinazione: il lavoratore a domicilio è inserito nel ciclo produttivo dell'azienda ed è tenuto ad osservare le direttive dell'imprenditore sulle modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere. Il lavoratore a domicilio, quindi, è un dipendente che esegue l'attività lavorativa in un luogo diverso dai locali di proprietà e pertinenza dell'imprenditore, realizzando una forma di decentramento produttivo. L'oggetto della prestazione lavorativa rileva non come risultato, ma come estrinsecazione delle energie lavorative resa all'esterno dell'azienda, ma organizzata in modo da essere complementare e sostitutiva del lavoro eseguito all'interno dell'azienda¹⁹⁸.

Orbene, anche il lavoratore a domicilio è sottoposto al potere di controllo del datore di lavoro. Ma in che termini può essere sottoposto al controllo a distanza?

Se il lavoro viene svolto attraverso strumenti dati dal datore al dipendente si tratterà di dotazioni aziendali, come tali necessarie per rendere la prestazione lavorativa e rientranti nel campo applicativo dell'art. 4 comma 2 St. lav. il datore di lavoro, allora, potrà per ragioni organizzativo-produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale controllare a distanza l'attività lavorativa del dipendente, resa all'esterno dell'azienda, senza che sia necessario ottenere un previo accordo sindacale (o l'autorizzazione amministrativa).

Il datore di lavoro, però, dovrà indicare dettagliatamente al lavoratore a domicilio che utilizzo egli può fare degli strumenti di lavoro aziendali. Attraverso una apposita informativa il lavoratore deve essere reso edotto delle

¹⁹⁷ V. Part. 1, co. 1, l. n. 877/1973, come sostituito dall'art. 2, l. 16 dicembre 1980, n. 858

¹⁹⁸ La sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a domicilio si ravvisa ogni volta che il lavoratore, in un proprio locale o anche con l'ausilio dei familiari esegua lavori analoghi o complementari a quelli eseguiti all'interno dell'azienda, operando su campioni o modelli dell'impresa e sotto le direttive ed il controllo dell'imprenditore, così Cass. civ. sez. lav. 20 marzo 2003, n. 3066, in *Mass. Giur. It.*, 2003. V. anche Cass. civ. sez. lav. 16 ottobre 2006, n. 22129, in *Mass. Giur. It.* 2006 e Cass. civ. 20 ottobre 2006 n. 22541, in *Mass. Giur. It.* 2006.

potenzialità di controllo e delle attività che può compiere attraverso il dispositivo.

Diversamente, se il lavoratore a domicilio utilizza i propri mezzi per svolgere la prestazione lavorativa, non si vede in che modo il datore di lavoro possa effettuare un controllo a distanza. Egli non potrà di certo farsi autorizzare a monitorare l'utilizzo di uno strumento di proprietà altrui e sito in una proprietà altrui: ne deriverebbe una sorveglianza spropositata ed inumana.

Allora, in questo caso, il rischio è a carico del datore di lavoro, al quale non resterà che effettuare un controllo solo *ex post* sul risultato dell'attività lavorativa svolta *aliunde*, e non sull'attività lavorativa in sé.

Discorso simile deve esser fatto quando il datore di lavoro dà al dipendente la possibilità di utilizzare i propri dispositivi, all'interno dell'azienda per rendere la prestazione lavorativa (BYOD *Bring Your Own Devices*).

I rischi che ne derivano sono molteplici: il datore di lavoro nell'autorizzare l'accesso alla rete informativa aziendale si espone al rischio che il lavoratore archivi dati aziendali sul proprio dispositivo¹⁹⁹, che utilizzi la rete internet dell'azienda anche per fini non connessi all'attività lavorativa; inoltre, in caso di licenziamento sarà ben più difficile recuperare i dati contenuti sul dispositivo del lavoratore.

Orbene, anche qui pare non ipotizzabile che il datore di lavoro possa farsi autorizzare a controllare l'attività lavorativa svolta attraverso i dispositivi di proprietà dei singoli lavoratori. Ogni lavoratore sarà libero di utilizzare il proprio dispositivo (ad esempio il proprio pc), che racchiude *anche* informazioni personali su di lui, nel modo che ritiene, essendo questo, appunto, di suo dominio.

¹⁹⁹ Va da sé che il rischio è anche che i dati aziendali memorizzati del computer potrebbero finire in cattive mani laddove il dispositivo del lavoratore vada perduto, sia dallo stesso smarrito, o venga riparato – in caso di malfunzionamento – da un'azienda che, teoricamente, potrebbe estrarre i dati dalla memoria del dispositivo.

Ma nemmeno pare giusto che il datore di lavoro possa essere esposto ad un rischio così grave come quello della possibile memorizzazione di dati aziendali o della perdita degli stessi.

Il controllo a distanza non potrà mai esser effettuato mediante lo strumento *del* dipendente, ma potrà essere effettuato attraverso tutti gli altri dispositivi di controllo presenti in azienda, funzionali alla prestazione lavorativa e installati in ossequio alle garanzie previste dall'art. 4 st. lav.

Il potere di controllo, quindi, si sposta sul risultato dell'attività lavorativa: il creditore della prestazione lavorativa controlla sempre meno l'effettiva estensione temporale della prestazione e sempre più il concreto risultato della stessa.

Allora, si ritiene, che la questione vada risolta sul piano contrattuale.

Il datore di lavoro dovrà, sin dalla stipula del contratto di lavoro, indicare al lavoratore come può usare il suo dispositivo, quando lo può usare, quali attività sono permesse e quali non lo sono. Il datore dovrà qualificare le ipotesi di inadempimento contrattuale e di comportamento non diligente.

Il lavoratore deve essere ben consapevole delle regole aziendali per poter scegliere di agire in modo conforme al contratto di lavoro.

Anche qui, quindi, la normativa non offre garanzie concrete al lavoratore-persona. Spostando le tutele dal piano collettivo a quello individuale, sbilanciando le scelte a favore del datore di lavoro, ne deriva un aggravamento per la posizione del lavoratore, che potrà far valere le sue ragioni (e lesioni) solo *ex post*.

CAPITOLO III

La tutela del lavoratore controllato

SEZIONE I

Il trattamento sanzionatorio

1. Il quadro delle sanzioni a carico del datore di lavoro

Il controllo, alla luce di quanto evidenziato in precedenza, può essere illegittimo per diversi motivi: perché non sussistono le finalità riconosciute e tipizzate dal primo comma dell'art. 4 St. lav., perché il datore di lavoro non ha ottenuto l'autorizzazione sindacale (o amministrativa) prima di effettuare il controllo, perché i dipendenti non sono stati adeguatamente e preventivamente informati della possibilità di essere controllati, perché il controllo è risultato sproporzionato, "inumano" od eccessivamente pervasivo o, più in generale, perché i controlli a distanza sono stati posti in essere senza rispettare né la disciplina dello Statuto dei lavoratori, né la disciplina in materia di tutela dei dati personali.

La tutela del lavoratore (ingiustificatamente) controllato si esplica sostanzialmente sotto tre punti di vista: inutilizzabilità dei dati, responsabilità penale e responsabilità civile da danno alla persona.

Si osservi che le conseguenze del controllo illecito, come ogni aspetto della tematica che si vuole analizzare con il presente lavoro, si diramano sia nella disciplina in materia di privacy, sia nella disciplina lavoristica; sia nel codice civile, sia nella normativa penale.

Ciò sottolinea come i valori che vengono in gioco nell'effettuare controlli sulla persona nell'ambito dell'attività lavorativa siano diversificabili e multiformi, e, per ciò, non possano trovare ristoro unicamente nelle riparazioni tipiche della disciplina lavoristica.

Inoltre, le sanzioni apprestate dall'ordinamento si possono dividere in due categorie.

Una prima categoria inerisce ad una tutela formale, pratica e immediata: l'inutilizzabilità dei dati raccolti da parte del datore di lavoro. Le informazioni acquisite in maniera illegittima divengono immediatamente sterili e non utilizzabili da parte del datore di lavoro che le ha acquisite. In tal modo l'ordinamento cerca di persuadere il datore di lavoro dal porre in essere controlli non legittimi e non utili.

Una seconda categoria inerisce ad una tutela sostanziale, di cui il lavoratore può beneficiare solo dopo aver attivato (e vinto) il procedimento giudiziario: la responsabilità penale e la responsabilità civile.

In particolare, per quel che riguarda la responsabilità civile il danno derivante al lavoratore illegittimamente controllato è qualificabile in termini di danno non patrimoniale. Infatti, la lesione di un diritto della personalità crea alla persona del lavoratore un pregiudizio non qualificabile in termini economici, un pregiudizio che si qualifica sia nella sua sofferenza interiore sia nel danno alla sua vita di relazione all'interno dell'azienda.

2. La conseguenza immediata dell'inutilizzabilità dei dati

Il terzo comma dell'art. 4 stabilisce 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”.

Pertanto, a prima vista, basta che il datore abbia rispettato le prescrizioni dei primi due commi della norma perché possa utilizzare ogni informazione raccolta per generici fini lavorativi. Tuttavia, il significato della norma non è così semplice. Il datore di lavoro, per poter utilizzare le informazioni raccolte, dovrà dimostrare in concreto di aver rispettato le frastagliate prescrizioni normative previste dallo Statuto dei lavoratori²⁰⁰, dal Regolamento europeo 679/2016, dalle norme italiane in materia di trattamento di dati personali, dai provvedimenti del Garante, così districandosi tra gli ostacoli per usare le informazioni raccolte.

La sanzione dell'inutilizzabilità trova la sua ragione nel fatto che il potere di controllo *ex se* non trova ragion d'essere se non in senso strumentale rispetto alla verifica del corretto adempimento delle obbligazioni da parte del lavoratore e dell'eventuale esercizio del potere disciplinare²⁰¹.

²⁰⁰ In particolare per quel che riguarda il comma 1 dell'art. 4 c'è da chiedersi se l'aver ottenuto l'autorizzazione sindacale o amministrativa per un certo tipo di strumento e rispetto ad una determinata finalità legittimi anche altri impieghi dello stesso strumento. Mi spiego: che efficacia ha l'autorizzazione che legittima l'utilizzo di un particolare tipo di software installato sul pc aziendale se poi, dopo un certo tempo, un aggiornamento tecnico dello stesso software lo rende più sofisticato e ne implementa le potenzialità di controllo? È necessaria una seconda autorizzazione o sono sufficienti eventuali controlli ispettivi da parte dell'INL?

O ancora, se l'autorizzazione legittima in maniera generica l'utilizzo del computer e dei software ivi installati per rendere la prestazione lavorativa, *quid iuris* se poi su quel computer viene installato un sistema di riconoscimento facciale del dipendente?

²⁰¹ Infatti nelle norme del codice vi è un vero e proprio “salto logico” tra i doveri previsti in capo al lavoratore all'art. 2104 e l'obbligo di cui all'art. 2105 c.c., e il potere disciplinare di cui all'art. 2106 c.c.; nella sistematica del codice civile non vi è una norma generale sul potere di controllo, ma l'art. 2106 c.c., ai sensi del quale “l'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti” può dar luogo a sanzioni disciplinari, certamente presuppone che il datore di lavoro si accerti della violazione dei doveri suddetti.

C'è da chiedersi se l'apertura della riforma all'utilizzabilità delle informazioni raccolte sui lavoratori per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro non legittimi essa stessa la possibilità di sorvegliare direttamente la prestazione, con qualsiasi tipo di controllo, quale effetto naturale del contratto²⁰². E sarebbe sufficiente, se così fosse, rispettare ossequiosamente i precetti previsti dal Codice privacy?

Gli autori hanno diversamente reagito a quest'interrogativo.

C'è chi²⁰³ ha proposto di depotenziare il richiamo e la portata applicativa della normativa in materia di dati personali, affermando che il terzo comma dell'art. 4 rappresenti una deroga che prevale rispetto ai principi sanciti in materia di tutela della riservatezza. In quest'ottica, quindi, il datore di lavoro potrebbe utilizzare le informazioni raccolte per ogni fine anche solo in astratto consentito dal rapporto di lavoro, senza alcun preventivo intervento valutativo del Garante.

A parere di chi scrive, tale impostazione si pone in contrasto con la *ratio* stessa della riforma, in quanto lascia intendere che le esigenze tecniche e organizzative dell'imprenditore possano comprimere per giustificato motivo i diritti fondamentali del lavoratore. A ben vedere, invece, intento del legislatore è stato quello di creare complementarietà e raccordo tra la normativa lavoristica e quella in materia di privacy, in coerenza con le recenti pronunce europee.

Non è nemmeno opportuno di distinguere tra due fasi: una fase preliminare di raccolta dei dati, realizzata mediante atti di esercizio del potere di controllo, cui non sarebbe possibile applicare le disposizioni del Codice Privacy, ed una

²⁰²Come ha prospettato il Presidente A. SORO, Audizione sugli schemi di decreti legislativi attuativi del Jobs Act, cit.; Cfr. A. STIZIA, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 St. lav. e il consenso (del lavoratore)*, cit., p. 88.

²⁰³ Si veda M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento di dati (del lavoratore)*, cit. p. 8 ss, secondo il quale la nuova norma "tipizza una specifica finalità di trattamento dei dati dei lavoratori e detta regole per alcuni aspetti derogatorie rispetto a quelle comuni della privacy"; si veda altresì G. PROIA, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'impatto della nuova disciplina dei controlli a distanza*, cit., p. 560.

seconda fase di trattamento ed utilizzo dei dati cui, invece, andrebbero applicate le garanzie del Codice Privacy.

Infatti, imponendo il terzo comma la predisposizione di un'informativa preventiva e completa al lavoratore, deve ritenersi assoggettata alla disciplina in materia di protezione di dati personali l'intera attività di acquisizione dei dati personali dei lavoratori.

Ad opinione di chi scrive, pertanto, la novella (in particolare per quel che riguarda il terzo comma) non ha in alcun modo legittimato lo scopo di sorveglianza a distanza sull'attività lavorativa da parte del datore di lavoro.

In primo luogo, infatti, il terzo comma dell'art. 4 consente l'utilizzo delle informazioni raccolte, ma unicamente se acquisite nel rispetto dei primi due commi.

Il primo comma non menziona la sorveglianza sull'esatto adempimento della prestazione tra gli scopi per i quali è ammesso il controllo a distanza; il secondo comma esonera il datore di lavoro dal rispetto del vincolo procedurale (procedura sindacale e amministrativa), ma non certo dal vincolo finalistico: gli strumenti utilizzati da lavoratore per rendere la prestazione lavorativa sono di per loro indirizzati ad esigenze produttive, la destinazione degli strumenti di lavoro all'esecuzione della prestazione è *in re ipsa*.

Pertanto, il comma primo in via generale ed il comma secondo in via derogatoria, prescrivono delle condizioni per la raccolta dei dati da parte del datore, escludendo una illimitata controllabilità.

Il richiamo alla normativa privacy può significare che, lungi dall'essere il controllo a distanza una finalità legittima dell'acquisizione di dati personali, esso è un effetto legittimo di un controllo indiretto e, come tale, deve essere arginato con le cautele ivi previste.

Ed allora nel valutare l'utilizzabilità da parte del datore di lavoro delle informazioni raccolte occorre tener conto delle regole fissate dal Codice della

Privacy, dal Regolamento Europeo 679/2016²⁰⁴, dal Garante²⁰⁵ e dalla giurisprudenza (italiana ed europea)²⁰⁶, e dovrà sussistere una stretta correlazione tra le informazioni raccolte e lo svolgimento degli obblighi sanciti nel contratto di lavoro.

2.1 L'inutilizzabilità dei dati raccolti illecitamente: le sanzioni previste dal Codice Privacy e dallo Statuto dei lavoratori

²⁰⁴ Il Regolamento europeo 679/2016 entrato in vigore il 25 maggio 2018, dedica al tema del trattamento di dati personali in ambito lavorativo un'attenzione particolare. Esso è improntato al criterio di *accountability*, ossia di responsabilizzazione del titolare del trattamento di dati personali, quindi del datore di lavoro. Ciò al fine di creare a monte adeguate misure di tutela della privacy già nelle *policies* aziendali, sì da prevenire, a valle, abusi ed ingerenze dei diritti fondamentali dei lavoratori. Il datore di lavoro dovrà adesso essere in grado di dimostrare di aver adottato un sistema di misure tecniche, giuridiche e organizzative per la protezione dei dati personali, dimostrando in modo positivo e proattivo che le misure adottate sono conformi al nuovo Regolamento Privacy.

L'art. 37, in linea con il principio *accountability*, introduce in numerose realtà produttive la figura del *Data Protection Officer (DPO)*, responsabile per la protezione di dati personali), per favorire l'osservanza della normativa in materia di protezione dei dati, fungendo da tassello di raccordo tra l'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, gli interessati da trattamento e le diverse divisioni operative di un'azienda.

Come previsto dalla Raccomandazione CM/Rec(2015)5 del 1 aprile 2015 la descrizione delle categorie di dati che possono essere raccolti tramite strumenti tecnologici deve essere particolarmente chiara ed esaustiva, inoltre i dati raccolti devono rimanere accessibili ed essere sempre aggiornati.

²⁰⁵ Ad esempio, il Garante si è espresso in senso contrario alla profilazione e all'indagine sulla vita extra professionale dei lavoratori. Per quel che concerne la raccolta di dati sensibili in particolare il divieto di indagine sulle opinioni del lavoratore è contenuto nell'art. 8 dello Statuto dei lavoratori. La nuova formulazione dell'art. 4 non interferisce e non prevarica sulle prescrizioni dell'art. 8, in quanto il presupposto da cui muovono le due norme è totalmente diverso. Mentre l'art. 4 verte sull'acquisizione di informazioni riguardanti il lavoratore, l'art. 8 riguarda la ricerca di "fatti non rilevanti" attinenti il lavoratore. Pertanto, volendo coordinare le due norme, l'utilizzabilità delle informazioni per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro non dà al datore di lavoro la possibilità di andare oltre il contenuto oggettivo del contratto di lavoro e la tutela degli obblighi da quest'ultimo derivanti.

²⁰⁶ La Corte EDU ha ritenuto che l'accesso del datore di lavoro all'account aziendale del dipendente sulla piattaforma Yahoo Messenger fosse giustificato dall'aspettativa di rinvenire comunicazioni di rilievo professionale. Il giudice estensore osserva "*Internet surveillance in the workplace is nota t the employer's discretionary power (...) even where there exist suspicions of cyberslacking, diversion of the employer's IT resources for personal purposes, damage to the employer's IT systems, involvement in illicit activities or disclosure of the employer's trade secrets, the employer's right to interfere with the employee's communications is not unrestricted*". Così Corte EDU, sez. IV, 12 gennaio 2016, *Riv. It. Dir. lav.*, 2016, II, p. 279-284 con nota di C. CRISCUOLO alla quale, sia consentito, si rinvia.

Ma che succede quando il datore di lavoro disattende le prescrizioni dell'art. 4 terzo comma? Quali sono le conseguenze processuali di una illegittima acquisizione di dati personali²⁰⁷? Bisogna considerare che l'ampia formulazione della norma in merito all' "utilizzabilità per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro" ha rilevanza anche in ambito processuale. Infatti, le controversie che sorgono sul rispetto degli obblighi e dei diritti nascenti dal contratto di lavoro hanno la loro naturale "estensione" in ambito processuale.

Il rimedio che l'ordinamento pone all'illegittima acquisizione di dati personali pare assai debole: la responsabilità penale è prevista solo nel caso di cui all'art. 167²⁰⁸ Codice Privacy, mentre per la violazione dei principi imperativi l'art. 2decies²⁰⁹, sancisce la mera inutilizzabilità delle informazioni raccolte.

²⁰⁷ Si veda C. GAMBA, *Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, in *Labour & Law Issues*, 2016, n. 1, p. 122 ss.

²⁰⁸ L'art. 2novies recita: "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."

In particolare il nuovo art. 167 del d.lgs 196/2003 così recita:

"1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto ovvero di arrecare danno all'interessato, operando in violazione di quanto disposto dagli articoli 123, 126 e 130 o dal provvedimento di cui all'articolo 129 arreca nocumento all'interessato, è punito con la reclusione da sei mesi a un anno e sei mesi.

2. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto ovvero di arrecare danno all'interessato, procedendo al trattamento dei dati personali di cui agli articoli 9 e 10 del Regolamento in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 2sexies e 2octies, o delle misure di garanzia di cui all'articolo 2-septies ovvero operando in violazione delle misure adottate ai sensi dell'articolo 2-quinquiesdecies arreca nocumento all'interessato, è punito con la reclusione da uno a tre anni.

3. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, la pena di cui al comma 2 si applica altresì a chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto ovvero di arrecare danno all'interessato, procedendo al trasferimento dei dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale al di fuori dei casi consentiti ai sensi degli articoli 45, 46 o 49 del Regolamento, arreca nocumento all'interessato.

4. Il Pubblico ministero, quando ha notizia dei reati di cui ai commi 1, 2 e 3, ne informa senza ritardo il Garante.

5. Il Garante trasmette al pubblico ministero, con una relazione motivata, la documentazione raccolta nello svolgimento dell'attività di accertamento nel caso in cui emergano elementi che facciano presumere la esistenza di un reato. La trasmissione degli atti al pubblico ministero avviene al più tardi al termine dell'attività di accertamento delle violazioni delle disposizioni di cui al presente decreto."

²⁰⁹ In particolare, la norma così recita: "I dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati".

Fatta salva in ogni caso, a parere di chi scrive, la possibilità di richiamare l'art. 166 cod. priv. e l'art. 83 GDPR per quel che concerne le sanzioni amministrative²¹⁰.

Per quel che riguarda il piano strettamente processuale, l'art. 160bis del Codice Privacy stabilisce che “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”.

Orbene, nel nostro codice di procedura civile manca una norma che disciplini l'utilizzo all'interno del processo delle informazioni²¹¹ raccolte senza aver rispettato le prescrizioni dello Statuto dei Lavoratori (e del Codice Privacy), ossia l'utilizzo di mezzi di prova illeciti²¹².

Ciò posto, per rispondere all'interrogativo occorre risalire ai principi generali in materia di prove e della loro acquisizione.

²¹⁰ A tale sanzione deve aggiungersi quanto introdotto dal GDPR. Infatti, tra le principali novità che il Regolamento ha apportato, emergono i profili sanzionatori: l'art. 83 del Regolamento consente al Garante di adottare due macro-categorie di sanzioni amministrative. La prima prevede sanzioni pecuniarie fino a € 10.000.000 o, per le imprese, fino al 2 % del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore; la seconda, riferita a violazioni di maggiore gravità, prevede sanzioni fino ad € 20.000.000, o per le imprese, fino al 4 % del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore.

²¹¹ Si precisa che l'oggetto dell'utilizzazione non è costituito dai *fatti* posti alla base delle informazioni raccolte con gli strumenti informatici (che sono i più vari, e che possono riguardare anche condotte giuridicamente rilevanti). Questi, infatti, sono sempre utilizzabili per fondare un'azione giudiziaria, senza limitazione, in quanto ben potrebbero essere conosciuti per altre fonti o ben potrebbero essere diversamente dimostrabili.

L' “utilizzabile” in giudizio, di cui all'art. 4 St. lav. riguarda, allora, le informazioni rilevate attraverso strumenti di controllo a distanza che non possono essere diversamente provate se non, proprio, usando le rilevazioni dei dati stessi.

Nell'ipotesi fisiologica in cui tali informazioni vengono acquisite rispettando tutte le prescrizioni della legge, esse sono utilizzabili in giudizio se rilevanti.

²¹² Le prove illecite sono quelle acquisite in giudizio con mezzi illegali o illegittimi, con atti che comunque comportano una violazione dei diritti individuali costituzionalmente protetti. Cfr. A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 2011, p. 693 ss.; P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Utet, 2010, p. 51; T. ERBOLI, *Legittimità dei controlli difensivi e regime di utilizzabilità delle prove*, in *ADL*, 2012, 139; C. GAMBA, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e utilizzabilità delle prove*, in *LLI*, n. 1, 2016, 127.

L'ordinamento processualcivilistico italiano, in materia di prove, si basa sul criterio *logico* di rilevanza della prova, e sul criterio giuridico di ammissibilità²¹³, il quale ultimo è costruito a posteriori sulla base delle norme che vietano l'ammissione in giudizio di taluni mezzi di prova.

Il principio di rilevanza assurge a regola, da un lato escludendo tutte le prove non rilevanti, dall'altro ammettendo anche tutte quelle rilevanti perché utili ad accertare la verità dei fatti²¹⁴.

Conseguentemente, il principio di ammissibilità ha carattere residuale, e rappresenta un'eccezione: la regola è che ogni prova rilevante è di per sé ammissibile, l'eccezione è rappresentata dalle norme che sanciscono l'inammissibilità di una certa prova nonostante la sua rilevanza.

Orbene, nel diritto processuale civile non esiste una regola generale che esclude l'ammissibilità delle prove illecite sulla base della loro intrinseca (ma implicita) inammissibilità²¹⁵.

In dottrina, gli autori si sono diversamente schierati nel ricercare una soluzione al problema, affermando ora la piena utilizzabilità nel processo civile delle prove illecite²¹⁶, ora la loro completa esclusione²¹⁷.

Nemmeno può ricercarsi una soluzione nella disciplina della prova nulla. Infatti, si ha una prova nulla quando il mezzo di prova tipico è stato assunto in

²¹³ Ai sensi degli articoli 183, co. 6 e 420, co. 5 c.p.c. i mezzi di prova devono essere rilevanti ed ammissibili.

²¹⁴ Cfr M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, 1992, p. 341 ss., M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, Giuffrè, 2012; P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Utet, 2010, p. 9 ss.

²¹⁵ Diversamente, nel processo penale è sancita, a livello generale, l'inutilizzabilità delle prove illecite ("acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge") ex art. 191 c.p.p.

²¹⁶ Si veda la recente ordinanza del Tribunale di Roma del 24 marzo 2017, in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, n. 1, p. 265, con nota di E. Gramano, in tale ordinanza il giudice aderisce all'orientamento che ritiene ammissibili le prove illecite sulla base del fatto che il codice di procedura civile non contiene alcuna norma che sancisca l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione del Codice della Privacy. Si veda G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in *RTDPC*, 1987, p. 1745, il quale, mediante il richiamo al principio del libero convincimento del giudice, ritiene possibile che lo stesso utilizzi una prova illecita per il suo convincimento; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 354 ss, il quale ammette le prove "illecite", ferma la sanzione per l'illecito, laddove le modalità attraverso cui le stesse sono state acquisite non inficiano la loro attendibilità.

²¹⁷ A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e di prove atipiche nel processo civile*, in *RTDPC*, 2011, 693 ss.

violazione del modello normativo di riferimento ed è, pertanto, colpito da una specifica sanzione (la nullità) che lo rende privo di ogni rilevanza probatoria.

Diversamente, la tematica della prova illecita attiene alla violazione di regole sostanziali sulla formazione e sulla acquisizione della prova (si pensi alle videoregistrazioni abusive che violano il diritto all'immagine). Il principio del libero convincimento del giudice si applica alle prove acquisite nel processo nell'osservanza delle norme sostanziali e processuali, non a quelle che, se si fosse rispettata la legge, non sarebbero mai state acquisite nel processo²¹⁸.

In questo contrasto, è forse da preferire la dottrina più garantista secondo la quale la linea di confine va ricercata nel rispetto dei limiti normativi dell'ordinamento. In primo luogo, dunque, le regole che devono ispirare un processo che possa dirsi giusto ai sensi dell'art. 111 Cost. dovrebbero comportare il rifiuto dell'impiego di mezzi illegittimi, o addirittura incostituzionali, per l'acquisizione della prova. È da ritenere che nel nostro ordinamento esista un'implicita regola di inutilizzabilità delle prove che, seppur rilevanti nell'accertamento del fatto, siano state formate con atti che comportino violazione delle norme sostanziali e, in ogni caso, dei diritti inviolabili costituzionalmente protetti²¹⁹.

Pertanto, seppure con eccezioni di volta in volta individuate dalla giurisprudenza, si può affermare che esiste un modello interpretativo prevalente che non ammette l'utilizzo delle prove illecite all'interno del processo civile²²⁰.

²¹⁸ Cfr. F. BUFFA, *Prove documentali, informatiche, atipiche e illecite nel processo civile e del lavoro*, Maggioli editore, 2010, p. 289 ss.

²¹⁹ D'altronde, come si desume dagli articoli 210 ss. c.p.c. il legislatore consente alla parte di utilizzare in giudizio, per formare il convincimento del giudice relativamente al fatto contestato, solo i documenti dei quali abbia una legittima disponibilità.

²²⁰ Le più recenti sentenze in materia tributaria hanno sancito, in linea generale, la inutilizzabilità dei mezzi istruttori raccolti durante le indagini, evidenziando che la sanzione è direttamente rinvenibile nelle disposizioni e nei principi sanciti dalla Costituzione. Si veda Cass. 1 ottobre 2004, n. 19689, in *Foro It.*, 2005, 1, 3167; Cass. 19 ottobre 2005, n. 20253, *ivi*, 2005, voce cit., n. 959; Cass. 23 aprile 2007, n. 9565, in *RFI*, 2007, *Tributi in genere*, n. 1236. Anche in materia di tutela della riservatezza è stato talvolta ammesso l'utilizzo di mezzi di prova illecite perché raccolte in violazione della normativa sui dati sensibili, evidenziando come l'unico limite invalicabile è la violazione del "nocciolo duro" della Costituzione; si veda, ad esempio, Trib. Bari, 16 febbraio 2007, in *RFI*, 2007, *Prova civile*, n. 40, M.C.

In ogni caso, posta la scarsa chiarezza delle norme per quel che riguarda le conseguenze sul piano processuale, si è in presenza di un divieto probatorio che, seppur implicito, è comunque desumibile dai principi fondamentali dell'ordinamento, in quanto posto a salvaguardia dei diritti inviolabili dell'uomo di matrice costituzionale.

Ad ogni modo ci si auspica che sull'argomento la giurisprudenza, nonostante l'ambiguità della disposizione, adotti una linea interpretativa costituzionalmente orientata che cioè bilanci la regola della utilizzabilità delle prove illecite con i valori primari della dignità e della privacy del lavoratore: ricavare una generale utilizzabilità delle prove illecite dalla (apparente) ambiguità della disposizione riformata minerebbe i diritti dei lavoratori.

Tale auspicio assume particolare valore anche considerando che la riforma dell'art. 4 rappresenta un tassello del più ampio movimento riformatore che negli ultimi anni ha gradualmente assottigliato, da un punto di vista sostanziale e processuale, le garanzie dei lavoratori, a vantaggio dei datori di lavoro, compromettendo, nel complesso, posizione del lavoratore.

Ciò posto, pare logico che la difesa dei limiti e dei vincoli che proteggono i diritti dei lavoratori, anche a livello processuale, debba assumere una funzione preminente e richiede grande attenzione da parte dei giudici.

3. La responsabilità penale nella tortuosa ricostruzione di un'unitaria fattispecie spezzettata in norme eterogenee

GIORGETTI, *Le tutele della privacy e i dati giudiziari*, in *RDP*, 2007, p. 325 ss., P. COMOGLIO, *ivi*, p. 84 ss.

Il diritto penale è chiamato a svolgere, per la fattispecie *de qua* una funzione ancillare e esclusivamente sanzionatoria, rispetto a numerosi precetti e valori disciplinanti aspetti eminentemente giuslavoristici.

Non è facile trovare la *retta via* tra rinvii, cancellazioni e riesumazione di norme (apparentemente) superate.

L'art. 38 dello Statuto stabiliva (e, come si vedrà, stabilisce) che determinate violazioni, tra cui quella dell'art. 4, erano punite – salvo che il fatto non costituisca più grave reato – con l'arresto o, alternativamente, con l'ammenda.

Tale norma ha sempre destato forti perplessità²²¹: le critiche hanno riguardato soprattutto la formulazione delle norme in chiave sanzionatoria, portatrici di incertezze nella ricostruzione della fattispecie, e l'assenza di una definizione chiara del destinatario delle pene minacciate. La separazione del precetto (art. 4) dalla parte sanzionatoria (art. 38) non può che menomare il principio di tassatività.

Nemmeno il d.lgs 196/2003 ha chiarito la situazione, anzi. La norma ha, in primo luogo, cancellato i riferimenti agli articoli 4 e 8 dall'articolo 38, senza depenalizzare la fattispecie, ma “trasferendo” la sanzione in un'altra disposizione: l'art. 171.

Tale norma recitava: “*La violazione delle disposizioni di cui agli articoli 113, comma 1, e 114 è punita con le sanzioni di cui all'articolo 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300*”, gli articoli 113 e 114 fanno salvi, rispettivamente, gli articoli 4 e 8 St. lav.

La medesima norma, con le modifiche apportate dal decreto attuativo 101/2018 adesso recita: “*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*”. Il richiamo espresso all'art. 4, co. 1: da un lato elimina un ulteriore passaggio nella ricostruzione della fattispecie, dall'altro richiama solo il primo comma dell'art. 4 e non il resto della disposizione.

²²¹ Si veda L. STORTONI, *Appunti per uno studio sulla tutela e sulla rilevanza penale dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1974, 4, p. 1434; L. MONTUSCHI, *Sub art. 38*, in G. GHEZZI, F. MANCINI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Scialoja-Branca (a cura di), *commentario al codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1972, p. 610.

Questo apparentemente semplice cambio di contesto (dallo statuto dei lavoratori al codice della privacy) non è stato privo di conseguenze: viene minato il vincolo costituzionale alla tassatività della norma incriminatrice e vengono sfumati i contorni della vicenda lavoristica, a vantaggio di un'etichetta più squisitamente privatistica: viene insidiata nell'interprete l'idea che il bene protetto sia la riservatezza, a prescindere dal tipo di dati raccolti e dal contesto in cui gli stessi vengono estrapolati.

Da un punto di vista pratico, invece, la mutata cornice normativa impone al datore di lavoro (ancora una volta) di rispettare non solo l'art. 4 St. lav., ma anche tutta la disciplina sulla privacy. D'altronde è inevitabile, come tante volte già osservato, che un controllo tecnologico si traduca in un trattamento di dati personali. Assumono rilievo, a questo punto, i provvedimenti del Garante, i quali integrano i precetti penali, minando, ancora, l'intellegibilità univoca della norma.

Ad oggi, con l'entrata in vigore del GDPR (e il relativo decreto attuativo) restano prive di tutela penale le fattispecie disciplinate dai commi 2 e 3 dell'art. 4. È sanzionata penalmente solo la violazione del primo comma dell'art. 4, dall'art. 171 del Codice privacy, il quale rimanda all'art. 38 St. lav. per la determinazione della sanzione.

Tale differenziazione potrebbe esser dettata dalla circostanza che per l'illegittima acquisizione di informazioni personali il Codice Privacy prevede un autonomo sistema di tutele: art. 2decies (inutilizzabilità), gli articoli che rimandano al GDPR per la disciplina sull'informativa, art. 167 (sanzione per chi tratta i dati personali senza il consenso o contro il consenso dell'interessato).

Ancor una volta le scelte del legislatore hanno dimostrato come, snaturata l'essenza del bene giuridico *in origine* protetto, si sia proceduti alla ricerca di un quadro di tutela efficiente (più che organico) che tenesse conto dell'inarrestabile progresso tecnologico.

A prescindere dalla inorganicità della disciplina può osservarsi che il fatto che il legislatore abbia mantenuto la criminalizzazione di un trattamento illecito di dati personali, dimostrandone il disvalore, potrebbe avviare un processo di responsabilizzazione degli attori del mercato, riportando al centro gli interessi dell'individuo ed offrendo a questi ultimi, ed ai dati personali che agli stessi si riferiscono, la tutela di cui necessitano.

Nell'incerto quadro normativo il ruolo dirimente l'ha svolto la giurisprudenza²²².

Non essendo questo il luogo per ripercorrere le tappe del filone giurisprudenziale penale, si farà giusto qualche accenno.

I giudici hanno più volte dilatato i contorni del controllo diretto – e legittimo – sulla prestazione lavorativa attraverso l'uso di strumenti tecnologici contro eventuali aggressioni dei dipendenti, giustificato da esigenze organizzative e produttive. La nozione di controllo difensivo ha consentito l'introduzione di strumenti di sorveglianza finalizzati unicamente alla repressione di condotte illegittime.

Va osservato però che l'orientamento dei giudici penali ha stretto la nozione di controlli difensivi entro un campo più ristretto di quello dei colleghi civilistici. Ciò in quanto a legittimare il controllo del datore non è l'interesse creditorio all'adempimento del contratto di lavoro o la difesa del patrimonio aziendale, bensì il – ben più importante – interesse pubblico. In altri termini, la tutela dell'impresa assurge a causa di giustificazione solo se, contestualmente e correlatamente, si ravvisano esigenze superiori di ordine pubblico²²³.

²²² Cass pen 28 maggio 1985, in *Mass. Giur. Lav.*, 1986, p. 404; Pret. Milano 23 luglio 1991, in *Riv. It. Dir. lav.*, 1992, II, p. 337; Cass. pen. 22 ottobre 2002, n. 42217, in *Dir. Prat. Lav.* 2002, p. 506; Cass. pen., 15 dicembre 2006, n. 8042; conformi Cass. pen. 24 settembre 2009, n. 40199; Cass pen. 17 aprile 2012, n. 22611; Cass pen. 1 giugno 2010, n. 2072, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2011, 1, II, p. 86; Cass pen. 16 gennaio 2015, n. 2890. Per una rassegna delle pronunce della Cassazione in materia penale e lavoristica si veda S. SERVIDIO, *Controllo dei dipendenti e difesa del patrimonio aziendale*, in *Dir. prat. Lav.*, 2016, p. 769.

²²³ In merito si veda anche la recente Cass. pen. n. 33567 del 12 maggio 2016, in *CED Cassazione penale*, 2016, secondo cui “Sono utilizzabili a fini probatori nel processo penale, le rilevazioni degli orari di ingresso ed uscita dei lavoratori, anche ove gli apparecchi di

Ancora, può osservarsi, la linea adottata dai giudici penali sembra essere ben più intransigente di quella adottata dai giudici europei: nel 2016, ad esempio, la Corte Edu ha affermato l'ammissibilità dei controlli datoriali nella misura in essi risultino proporzionati e non eccedenti lo scopo di verifica dell'adempimento contrattuale, limitati nel tempo e nell'oggetto, mirati e non massivi, fondati su presupposti concreti, previsti dalle *policies* aziendali. Una serie di requisiti che, se rispettati, rendono legittima l'intromissione nella sfera privata del lavoratore; ma che invece, per il giudice penale italiano, non sono sufficiente causa di esclusione della punibilità (in quanto, tra essi mancano le esigenze di ordine pubblico).

Per quel che concerne le ricadute in ambito penalistico della riformulazione dell'art. 4 St. lav. due sono le considerazioni da fare.

In primo luogo, la scomposizione nei due momenti (in senso temporale) dell'installazione (prima) e dell'impiego degli strumenti (poi) ha fatto sì che la prima sia inquadrabile tra i reati di pericolo, mentre l'utilizzo degli strumenti sia meglio inquadrabile tra i reati di danno²²⁴. Deve quindi conseguire un effetto dannoso materialmente percepibile perché si configuri la responsabilità del datore di lavoro.

In secondo luogo, scomparso il divieto generale di controllo si è dato spazio ad una accezione positiva dei modi e dei casi in cui è possibile fare il controllo. Ne deriva che la fattispecie penale dovrà essere ricostruita attraverso il richiamo alla disciplina extrapenale che, a sua volta, rinvia a fonti privatistiche o agli accordi collettivi e ai provvedimenti autorizzativi.

rilevazione siano stati installati in violazione delle garanzie procedurali previste dall'art. 4, comma 2, l. 20 maggio 1970, n. 300, in quanto tali garanzie riguardano soltanto i rapporti di diritto privato tra datore di lavoro e lavoratori, ma non possono avere rilievo nell'attività di accertamento e repressione di fatti costituenti reato²²⁴.

²²⁴ La differenza tra i reati di danno e di pericolo sta nel fatto che i primi vengono puniti per l'evento lesivo in sé, i secondi intervengono in un momento precedente realizzando un'anticipazione della tutela penale, punendo l'agente per la semplice messa in pericolo di un certo bene giuridico.

SEZIONE II
Il danno al lavoratore

1. La responsabilità civile, il danno alla persona del lavoratore

La violazione delle norme previste in materia di controlli a distanza lede il diritto alla riservatezza e alla privacy del lavoratore, attraverso un'ingiustificata ed eccessiva invasione della sua sfera personale.

La persona, intesa quale bene giuridico primario, viene lesa.

Proprio in quanto la riservatezza rappresenta un sentire dell'essere umano connaturale al suo essere persona, che si esplica in maniera differente a seconda delle relazioni di vita (famiglia, lavoro, sesso, salute, formazione, etc.), essa è comunemente riconosciuta quale diritto inviolabile della persona, da tutelare in ogni formazione sociale in cui il soggetto esplica la propria personalità (artt. 2 e 3 Cost.).

La natura di diritto inviolabile della persona consente dunque di configurare la lesione che ne dovesse derivare, quale danno di natura civilistica, di carattere non patrimoniale²²⁵.

Va da se che all'interno dell'ampia (e ampiamente discussa) categoria del danno non patrimoniale, al fine di dare una tutela effettiva al lavoratore controllato, bisogna individuare l'esatto *vulnus* per individuare la giusta *satisfactio*.

Per qualificare in termini esatti il danno che qui si vuole risarcire pare opportuno ripercorrere, seppur brevemente, i punti di partenza e gli approdi del danno non patrimoniale.

Anticipando qui una conclusione, il danno conseguente all'ingiustificato o eccessivo controllo sul lavoratore è, ad opinione di chi scrive, un danno sia morale che esistenziale. Un danno cioè rappresentato sia dalla sofferenza

²²⁵ In questo senso anche la recente Cass. del 27 gennaio 2014 n. 1608, in *Guida al diritto*, 2014, 15, p. 84. In particolare, secondo la Cassazione "La giurisprudenza di legittimità è generalmente uniforme nel ritenere che, il c.d. danno da lesione della privacy abbia natura giuridica di "danno conseguenza" e debba essere provato specificamente in giudizio (ex art. 2043 c.c.), non potendosi ritenere la prova *in re ipsa* come avviene nell'ipotesi di "danno-evento" in cui il pregiudizio è strettamente connesso all'accertamento della violazione del diritto della persona".

Cfr. Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, in *DLM*, 2005, 181, con nota di V. LUCIANI.

Sul tema D. SIMEOLI, *Dal danno alla persona al danno al lavoratore*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2006, p. 377. SCOGNAMIGLIO, *Danno biologico e rapporto di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1997, 1 ss.; PEDRAZZOLI (a c. di), *Danno biologico e oltre*, Torino, 1995; Montuschi, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, I, p. 317 ss.

interiore del lavoratore-persona, sia dall'inevitabile ripercussione sulla vita di relazione del lavoratore-dipendente, sia rispetto alla vita *in* azienda che alla vita *fuori* l'azienda.

2. La difficile qualificazione del danno esistenziale: il danno non patrimoniale, ieri ed oggi.

L'idea di *persona* intesa quale insieme di valori interiori è oggi un principio, ma, storicamente, ha fatto fatica ad affermarsi.

Infatti, il risarcimento è sempre stato considerato come conseguenza dell'obbligazione, e l'obbligazione si riferisce alle cose, le uniche – a differenza della *persona* – suscettibili di avere un valore pecuniario e di essere scambiate con una somma di danaro.

Per il diritto romano Gaio, sottolineando che “*cicatricium aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem*”²²⁶ spiegava che la persona era al di fuori dell'economicamente valutabile; la lesione all'integrità morale della persona, allora, poteva trovare rimedio civilistico solo nell'*actio iniuriarium*.

Nei secoli successivi una più attenta analisi dei rapporti di lavoro condurrà al primo distacco tra l'oggetto ed il soggetto del rapporto *extra-personale* scaturente dal fatto illecito, in un filone nuovo di pensiero figlio del giusnaturalismo tedesco. In particolare, sarà Ugo Grozio (1583-1645) a dar luce alle moderne categorie fondamentali dell'illecito, distinguendo il *maleficium* dal *damnum*. Ancora, sarà Samuel Pufendorf (1632-1694) a espungere il

²²⁶ Cfr. J. VOET, *Commentarius ad pandectas*, Neapoli, 1778, vol. II, p. 330 e 345. Gaio darà voce, inconsciamente, alla pandettistica tedesca che colloca ogni *remedia doloris* in seno al diritto penale e non a quello civile

risarcimento del danno morale dall'area della pena privata, commisurando il risarcimento alla somma per la quale il danneggiato sarebbe stato disposto a sopportare il dolore che gli è stato cagionato²²⁷.

Il lavoro della dottrina successiva è stato quindi quello di sussumere nella sfera del giuridicamente rilevante il *vulnus* alla persona inteso solamente per il profilo dell'economicamente valutabile.

Ne derivava, quindi, che mentre la tutela patrimoniale del danneggiato trova ristoro nel sistema dell'illecito civile, quella non patrimoniale veniva riservata al diritto penale, creando una sorta di "competenza ripartita e concorrente"²²⁸.

In questi termini, si osserva²²⁹, i fatti-reato stanno al danno morale (benché su un piano diverso) come la conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento di cui all'art. 1223 c.c. sta al danno patrimoniale.

Dopo il 1994, le diverse scuole di pensiero italiano sulla qualificazione del danno non patrimoniale²³⁰ si sono sempre più a divaricate, mentre il danno

²²⁷ Si fa strada l'idea che oltre al ristoro del danno patrimoniale possa esigersi un'ulteriore somma di danaro, corrisposta per le sofferenze non suscettibili di valutazione patrimoniale, e non più a titolo di pena privata inflitta all'offensore. Si veda S. PUFENDORF, che nel *De iure naturae et gentium* definisce il danno come "ogni diminuzione di quanto si possiede o usurpazione di quanto si poteva pretendere o omissione di ciò che si poteva fare."

²²⁸ D'altronde il nostro codice attuale, pur ammettendo il danno non patrimoniale alla corte del danno risarcibile, pone alla risarcibilità confini rigidi, segnati dal collegamento necessario con la fattispecie del reato.

²²⁹ C. CASTRONOVO, *Il danno alla persona tra essere e avere*, in *Danno e resp.* 3/2004, 237 ss.

²³⁰ Secondo la scuola triestina, il danno esistenziale è una categoria onnicomprensiva, che tiene in un *unicum* le diverse esplicazioni del danno alla persona, e che, come tale, è fonte di un'unica posta risarcitoria. Secondo gli autori, le conseguenze negative derivanti da danni all'integrità psicofisica dovevano essere sussunte nella categoria del "danno esistenziale-biologico"; invece, le conseguenze della violazione di situazioni soggettive di diverso genere (come reputazione, onore, ambiente, privacy, ecc.) dovevano essere collocate nella dimensione del "danno esistenziale non biologico", entrambi sempre risarcibili ex art. 2043 c.c.

Diversamente, la scuola di Torino sosteneva un affiancamento tra il danno esistenziale e il danno biologico, così da *con*-prendere qualsiasi danno di genere non-economico (altrimenti non risarcibile), comprese eventuali conseguenze di ordine psichico.

Il danno esistenziale, inteso quale "danno non patrimoniale civilistico" si distingue dal "danno morale da reato". Il primo riguarda ogni ingiusta lesione ad un interesse del danneggiato, accertata sul piano del "fare" e del "sentire"; il secondo, invece, riguarda piuttosto la (sanzionabile) condotta del danneggiante

La scuola pisana, viceversa, negava cittadinanza al danno esistenziale, ritenendolo una categoria meramente descrittiva, e riportando in voga la concezione di "doppio binario", così

esistenziale si faceva spazio per affermare la (necessaria e necessitata) concezione di un *vulnus* che non si identifichi col danno alla salute (come invece per il danno biologico) e che sia meritevole di una tutela scevra dalle insufficienze risarcitorie di cui è causa l'art. 2059 c.c.²³¹

I giudici²³², prima del 2003, sembravano qualificare la categoria del danno esistenziale come presupposto risarcitorio di ogni pregiudizio, anche solo soggettivo, inerente alla sfera della persona e lesivo di un interesse giuridicamente rilevante. L'art. 2043 c.c., in correlazione agli artt. 2 e ss. della Costituzione, veniva esteso per ricomprendere il risarcimento dei danni non solo patrimoniali in senso stretto, ma anche dei danni che si pongono come ostacoli potenziali alla realizzazione stessa della persona.

L'unico limite che i giudici della Suprema Corte ponevano alla risarcibilità dei pregiudizi "esistenziali" era "*mero patema di animo interno*"²³³.

Il danno esistenziale veniva strutturato come una sorta di "danno morale civilistico", sempre di più ispirato al modello del francese "*dommage moral*",

da restituire "dignità contenutistica" all'art. 2059 c.c., e limitare la portata dell'art. 2043 c.c. al solo danno ingiusto patrimoniale

²³¹ Castronovo, *ibidem*. CASTRONOVO osserva, conclusivamente, che non avremmo avuto una esperienza così convulsa e confusa come quella che si è svolta intorno all'art. 2059 se il codificatore del 1942, invece di seguire, peraltro male, il modello tedesco, avesse accolto nell'art. 2059 il testo dell'art. 85 del progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti, il quale prevedeva: "L'obbligazione del risarcimento comprende tutti i danni, materiali e morali, cagionati dall'atto illecito. In particolare, il giudice potrà attribuire un'indennità alla vittima, in caso di lesione della persona, di attentato all'onore o alla reputazione della persona o della sua famiglia, di violazione della libertà personale o del domicilio o di un segreto concernente la parte lesa. Il giudice potrà ugualmente attribuire un'indennità ai parenti, agli affini o al coniuge a titolo di riparazione del dolore sofferto nel caso di morte della vittima". Non sempre ciò che viene dopo (chiosa malinconicamente l'autore) è migliore di ciò che l'ha preceduto. E così è accaduto per il nostro codice in punto di danno non patrimoniale.

²³² Cfr. Corte Costituzionale, 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.* 1986; Cass. 7 giugno 2000, n. 7713, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000.

²³³ In particolare la sezione lavoro: Cass. 3 luglio 2001, n. 9009, in *Diritto e formazione*, 2002 secondo cui: "Il danno biologico ed il danno esistenziale si distinguono in ordine alla prova: nel primo caso è necessaria la presenza di una patologia oggettiva, che si accerta mediante parametri medico - legali, nel secondo caso è necessaria l'esistenza di disagi e turbamenti di tipo soggettivo."

ossia di un danno né materiale né corporale non negoziabile attraverso un prezzo.

La tortuosa evoluzione del concetto di danno non patrimoniale arriva ad una svolta nel 2003²³⁴: la Consulta e la Cassazione si fanno portatrici delle correnti di pensiero fino a quel momento espresse, ed elaborano un nuovo sistema di responsabilità che pone al centro la *persona* e i suoi diritti fondamentali.

Nelle pagine delle sentenze della Cassazione si legge che *“il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona”*, e, ancora, *“una tutela riconosciuta al danno non patrimoniale nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica”*²³⁵. Più precisamente *“non sembra proficuo ritagliare all’interno di tale generale categoria specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo: ciò che rileva, ai fini dell’ammissione al risarcimento, è l’ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona dal quale conseguano pregiudizi non suscettivi di valutazione economica”*.

Ecco che la sentenza prosegue: *“si risarciscono così danni diversi da quello biologico e da quello morale soggettivo, pur se anch’essi, come gli altri, di natura non patrimoniale”*, e ciò *“non impedisce che la valutazione equitativa di tutti i danni non patrimoniali possa anche essere unica, senza una distinzione – bensì opportuna, ma non sempre indispensabile – tra quanto va riconosciuto a titolo di danno morale soggettivo, quanto a titolo di risarcimento del danno biologico in senso stretto, se una lesione dell’integrità psico-fisica sia riscontrata, e quanto a titolo di ristoro dei pregiudizi ulteriori e diversi dalla mera sofferenza psichica”*, in quanto *“il danno biologico non è configurabile se manchi una lesione dell’integrità psico-fisica secondo i canoni fissati dalla scienza medica: in tal senso si è orientato il legislatore con gli artt. 13 del decreto legislativo 23.2.2000 e 5 e 38 della legge*

²³⁴ Cass. civ., 31 maggio 2003 n. 8827 in *Mass. Giust. civ.*, 2003; Cass. 31 maggio 2003, n. 8828, in *Giur. It.* 2004; Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Giust. Civ. Mass.* 2003.

²³⁵ Vale la pena fermare l’attenzione sull’utilizzo consapevole che la Corte fa dei concetti di “valori” ed “interessi” della persona, anziché quello “diritti soggettivi inviolabili”.

57001, prevedendo che il danno biologico debba essere suscettibile di accertamento o valutazione medico-legale”²³⁶.

Pochi mesi dopo la Corte Costituzionale fece espressamente riferimento ad una nuova categoria di danno, riconoscendogli, in una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c., una sostanza che può affiancarsi al danno biologico e al danno morale soggettivo, in un sistema risarcitorio dei danni indiscutibilmente doppio sia rispetto al tipo, che rispetto alle riparazioni, del *vulnus*: danno patrimoniale/danno non patrimoniale; *lucro cessante*/danno emergente.

Trova spazio all’interno dell’art. 2059 c.c. ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: il danno morale soggettivo, inteso come turbamento passeggero dello stato d’animo della vittima; il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell’interesse, costituzionalmente garantito, all’integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.); infine, il danno derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.

Il giudice delle leggi, diversamente dalla Corte Suprema, discorre esplicitamente di un danno, “*spesso definito in dottrina e in giurisprudenza come esistenziale*”, derivante dalla lesione di *altri* (e diversi) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.

Questa rilettura della struttura dell’illecito ha trovato un’ulteriore, autorevole conferma nella sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del marzo 2006²³⁷, che, sia pur in relazione ad una specifica e peculiare vicenda come

²³⁶ Le sentenze furono pubblicate in tutte le maggiori riviste dell’epoca: *Corriere Giur.* 2003, pag. 1017, con nota di FRANZONI; *Giust. civ. Mass.* 2003, 5; *Foro amm. CDS*, 2003, pag. 1542; *Danno e resp.* 2003, pag. 819 con nota di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO; in *Danno e resp.* 2003, pag. 819, con nota di BUSNELLI; in *Danno e resp.* 2003, pag. 819 con nota di PONZANELLI; in *Foro it.* 2003, I, pag. 2273 con nota di NAVARRETTA; in *Giur. it.* 2004, pag. 1129 con nota di BONA; in *Riv. it. medicina legale* 2004, pag. 195 con nota di FRATI e altri; *Giur. it.* 2004, pag. 29 con nota di SUPPA; *Riv. corte conti* 2003, 6, pag. 221; in *Nuova giur. civ. commentata*, 2004, 2, pag. 231 con nota di SCARPELLI.

²³⁷ Cass. S.U. 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro it.* 2006, 9, I, 2334, con note di CENDON, *Voci lontane, sempre presenti sul danno esistenziale* e PONZANELLI, *La prova del danno non patrimoniale e i*

quella del demansionamento e della dequalificazione di un lavoratore subordinato, afferma che “*il danno non patrimoniale all’identità professionale sul luogo di lavoro, all’immagine o alla vita di relazione o comunque alla lesione del diritto fondamentale del lavoratore alla libera espressione della sua personalità nel luogo di lavoro è tutelato dagli artt. 1 e 2 della Costituzione*”; esso consiste in ogni pregiudizio che l’illecito (datoriale) provoca sul fare a-reddituale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per la espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno”; ed ancora che “*il danno esistenziale si fonda, peraltro, sulla natura non meramente emotiva e interiore propria del cd. danno morale, ma oggettivamente accertabile del pregiudizio*”, e, sotto il profilo probatorio “*non è sufficiente la prova della dequalificazione dell’isolamento e della forzata in operatività...ma è necessaria quella di tutto ciò che concretamente ha inciso in senso negativo nella sfera del lavoratore*”, con la sola differenza, rispetto al danno biologico, che, “*mentre questo non può prescindere dall’accertamento medico legale, quello esistenziale può essere verificato mediante la prova testimoniale, documentale o presuntiva che dimostri, nel processo, i concreti cambiamenti che l’illecito ha apportato in senso peggiorativo della qualità della vita del danneggiato: non meri dolori, ma scelte di vita diverse*”.²³⁸

Così delineato il quadro dalle statuizioni delle Corti ci si sarebbe (legittimamente) aspettato - al di là delle tante discussioni terminologiche e

confini tra danno esistenziale e danno non patrimoniale. In quella sentenza, tra gli altri principi, questo: “il riconoscimento del danno professionale, biologico o esistenziale non può prescindere da una specifica allegazione circa la natura e le caratteristiche del pregiudizio”.

In senso simile anche Cass. 20 ottobre 2006, n.22551, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2, 2007, p. 349, con nota di V. LUCIANI, *Risarcimento del danno da dequalificazione professionale: accertamento presuntivo e rilevanza della colpa del lavoratore nella liquidazione del danno.*

²³⁸ Alcuni autori, cfr. MONATERI, *Le nuove regole*, cit., all’esito di tale pronuncia, hanno ritenuto sancita la natura di danno esistenziale come oggettivamente accertabile rispetto al “pregiudizio provocato al fare a-reddituale del soggetto leso”.

Ancora CHINÈ (*Cronaca di una morta annunciata: la parabola del danno esistenziale*, in *Corriere del merito*, 7/2006, 829) ad opinione del quale il danno esistenziale aveva trovato spazio solo per ampliare la categoria dei danni risarcibili in un sistema che trovava proprio nell’art. 2059 c.c. un ostacolo insormontabile. Un danno che, alla luce delle sentenze del 2003 (che interpretano l’art. 2043 come norma sulla fattispecie e l’art. 2059 come norma sul danno) avrebbe conservato un valore solo descrittivo.

categoriali – di utilizzare il 2003 come punto di partenza per un nuovo capitolo, non soltanto per l'art. 2059, (trasformato da Cassazione e Corte costituzionale in una sorta di art. 2059^{bis} c.c.), ma anche per quello che sembrò essere il *tertium genus* di danno non patrimoniale, la cui esistenza e la cui autonomia appariva ormai non più contestabile.

Volendo fare il punto della situazione, quelli che seguono sembrano essere stati i punti saldi fino al 2003.

- In un'interpretazione costituzionalmente orientata, il danno patrimoniale è risarcibile ex art. 2043 c.c., quello non patrimoniale ex art. 2059 c.c.

- La categoria del danno patrimoniale si articola nelle due sotto-voci del lucro cessante e del danno emergente. A sua volta, il danno non patrimoniale si articola in un sottosistema composto dal danno biologico in senso stretto, dal danno esistenziale, dal danno morale soggettivo.

- Il danno biologico e il danno esistenziale hanno morfologia omogenea (entrambi integrano una lesione di fattispecie costituzionali, quella alla salute il primo, altri "valori/interessi" il secondo) ma funzioni diverse; il danno morale soggettivo, invece, ha una diversa struttura in quanto è circoscritto alla sfera interiore della persona, non destinata all'esteriorizzazione;

- Sia il danno esistenziale che il danno morale soggettivo sono risarcibili entro i limiti della riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c., ma entrambi sono risarcibili anche oltre quei limiti se il comportamento del danneggiante lede valori/interessi costituzionalmente tutelati (come si legge testualmente nella sentenza 8828/2003 della S.C.); ancora, sia il danno esistenziale che il danno morale soggettivo sono risarcibili se di entrambi il danneggiato fornisca la prova, non esistendo "danni *in re ipsa*"²³⁹.

²³⁹ Contra M. FRANZONI, *Il danno esistenziale è il nuovo danno non patrimoniale*, in *Corriere giur.* 9/2006, 1185 ss.) il quale sostiene, invece, che il danno morale soggettivo vada inteso come danno *in re ipsa*, con funzione mista: sia punitiva sia solidaristica. Diversamente, la giurisprudenza (soprattutto nelle tre sentenze gemelle di cui a Cass. 7281, 7282 e 7283 del 2003) osserva che "il danno morale soggettivo non comporta la punizione del responsabile bensì mira al risarcimento del danneggiato dal fatto illecito anche se leso in interessi non economici".

Ma anche tali assunti furono (ri)messi in discussione dalle sentenze della III sezione della Corte di Cassazione, rispettivamente del luglio e del novembre 2006²⁴⁰.

D'improvviso l'evoluzione del danno alla persona si arresta: viene "biologizzata" la sofferenza, in un processo interpretativo che porterà all'11 novembre 2008²⁴¹.

Il codice genetico del danno biologico muta, passando dall'ampia accezione *di danno relazionale*, alla stretta rete della "lesione medicalmente accertabile".

Viene formalmente ricondotta ad unità la maxi categoria del danno alla persona: al centro del sistema viene messo il danno biologico, quale primo

²⁴⁰ Cass. 17 luglio 2006, n. 15760, in *Corriere giur.* 2006, 1375, con nota di PONZANELLI, *Pacs, miopia giornalistica e controllo della cassazione sulla quantificazione del danno*; Cass. 9 novembre 2006, n. 23918, in *Danno e responsabilità* 3/2007, 16 ss., con nota, ancora, di PONZANELLI, *La lettura costituzionale dell'art. 2059 esclude il danno esistenziale*. Avvisaglia delle quali si rinveniva già in Cass. sez. III 25 luglio 2005, n. 15022, in *Resp. Civ. prev.* 2006, 91, con nota di CENDON, *Danno esistenziale: segreti e bugie*.

In tali sentenze : "ai fini dell'art. 2059, non può farsi riferimento ad una generica categoria di "danno esistenziale", poiché attraverso questa via si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pur attraverso l'individuazione dell'apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale"(...) "mentre per il risarcimento del danno patrimoniale, con il solo riferimento al danno ingiusto, la clausola generale e primaria dell'art. 2043 c.c. comporta un'atipicità dell'illecito, come esattamente affermato a seguito degli arresti della S.C. nn. 500 e 501 del 1999, eguale principio di atipicità non può essere affermato in tema di danno non patrimoniale risarcibile. Infatti la struttura dell'art. 2059 c.c. limita il risarcimento del danno non patrimoniale ai soli casi previsti dalla legge".

Le due fattispecie del danno e dell'illecito diventano, così argomentando, omogenee e comparabili: è difficile immaginare un raffronto orizzontale tra il **fatto** illecito "atipico" e la (presunta) "tipicità del **danno** non patrimoniale risarcibile".

Deve osservarsi che solo dopo aver accertato, usando come lente d'ingrandimento l'art. 2043 c.c., la presenza degli elementi costitutivi dell'illecito (fonte di qualsiasi tipo di danno) è possibile occuparsi delle conseguenze del danno.

L'evento causa del danno ingiusto è sempre atipico, a prescindere da quale sia il tipo di danno (patrimoniale o non patrimoniale) che esso crea.

Ciò posto, l'analisi sulla tipicità o atipicità del danno non patrimoniale attiene ad un altro piano di analisi.

Qualunque danno, una volta accertati i suoi elementi oggettivi e soggettivi, sarà *tipicamente* risarcibile nelle due forme del lucro cessante e del danno emergente.

Discorrere di "atipicità del danno patrimoniale" come conseguenza della atipicità dell'illecito disciplinato dall'art. 2043, poiché quel danno non sarebbe "determinato dalla legge", significa ricostruire la stessa categoria della "atipicità" come immanente a tutto il sistema civilistico italiano, perché anche una compravendita sarà, secondo tale criterio, "atipica" perché non vi è predeterminazione *ex lege* del relativo oggetto, del relativo prezzo, delle relative parti contraenti.

²⁴¹ Ossia all'emanazione delle "sentenze di San Martino": Cass. 11 novembre 2008, n. 26972-26973-26974-26975, in *Giust. civ. mass.*, 2008.

motore immobile; il danno morale si dissolve nei suoi rivoli (apparentemente) privi di basi giuridiche; il danno esistenziale viene relegato a semplice “sintesi descrittiva” di taluni pregiudizi a-patrimoniali.

Quindi, il danno biologico diventa parametro normativo e risarcitorio unitario, fagocitando in sé il danno morale.

Questo nuovo assetto non ha corretto la prospettiva dell’interprete, e non ha aiutato a delineare una concreta fattispecie, ma ha solo svilito il contenuto della sofferenza cercando di razionalizzare – attraverso la matematica – il sistema risarcitorio.

La realtà del danno alla persona è diversa.

Il danno alla salute è solo *uno* dei danni derivanti dalla lesione di *uno* dei diritti inviolabili della persona, è solo una *species* di un più ampio genere di lesioni ascrivibili ai valori di volta in volta definiti “inviolabili” e “fondamentali” dalla Carta Costituzionale.

E proprio la lesione di quei valori costituzionalmente garantiti, in quanto formanti la *persona*, ha come diretta conseguenza *la sofferenza umana*²⁴².

Sofferenza che, necessariamente, si compone di due diversi e non sovrapponibili momenti, sia nel danno biologico, sia in qualsiasi altro danno da lesione di valori della persona²⁴³.

A caratterizzare il danno biologico vi è solo una “lesione medicalmente accertabile”, ma da quello stesso *vulnus* al diritto alla salute scaturiscono poi le medesime conseguenze che colorano la sofferenza: *il dolore interiore, la vita che cambia*.

²⁴² All’interno della quale rientrano, ad esempio, il dolore, la vergogna, il rimorso, la disistima di sé, la malinconia, la tristezza.

²⁴³ Nell’ambito del diritto europeo può farsi riferimento:

L’art. 9.501 dei principi di diritto europeo dei contratti prevede che il danno per cui può essere chiesto il risarcimento comprende sia il danno non patrimoniale, sia il danno futuro ragionevolmente prevedibile.

Nel *Draft Common Frame of reference*, l’art. III -3:701, in sede di disciplina del *right of damages*, precisa che “**Loss... includes economic and non economic loss... non economic loss includes pain and suffering and impairment of the quality of life**”.

Per l’art. 7.4.2 dei principi Unidroit, ancora, il danno “può essere di natura non pecuniaria e comprendere *la sofferenza fisica e morale*”.

D'altronde, in una concezione dinamica del diritto alla salute sono stati risarciti a titolo di danno biologico, pur senza un accertamento medico della lesione alla salute fisica e psichica: al *coniuge*, i danni derivanti dall'impossibilità di svolgere una normale vita sessuale nell'ambito del rapporto coniugale²⁴⁴; alla *lavoratrice*, il danno per comportamenti lesivi dell'integrità psicofisica causato da molestie sessuali da parte del datore di lavoro²⁴⁵; ai *genitori della vittima di un incidente stradale* il danno alla serenità domestica²⁴⁶; ai *genitori del bambino nato benché non voluto* il danno da nascita indesiderata²⁴⁷.

Tutti danni, quindi, rientranti in una nozione molto ampia del concetto di salute, che porta in se l'essenza dell'idea di "benessere esistenziale", ma che per trovare spazio nelle linee del danno biologico, avrebbero dovuto essere disancorati dalla valutazione tecnica del medico-legale.

D'altronde, la stessa maxi categoria del danno biologico, rendendo il danno esistenziale un residuo meramente descrittivo, ne dà un'accezione di danno che, in caso di lesione della stessa salute, si dipana nella *sfera dinamico-relazionale del soggetto*, come conseguenza della lesione medicalmente accertabile.

Le sentenze del 2008 andrebbero quindi lette "estensivamente", iniziando un ragionamento che *dopo* aver identificato la situazione soggettiva protetta a livello costituzionale, consenta poi all'interprete una rigorosa analisi - ed una conseguentemente rigorosa valutazione, *sul piano della prova* - sia dell'aspetto interiore del danno (la sofferenza morale) sia del suo impatto modificativo *in pejus* rispetto sulla vita quotidiana (il danno cd. esistenziale, o *danno alla vita di relazione*).

²⁴⁴ Cass. 11 novembre 1986, n. 6607, in *Foro it.*, 1987, p. 833

²⁴⁵ Cass. 17 luglio 1995, n. 7768, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 1109, dove in particolare si stabilisce che la violazione dell'obbligo ex art. 2087 c.c., che impone al datore di lavoro di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore, determina una responsabilità contrattuale - di competenza per materia del giudice del lavoro - che concorre con la responsabilità extracontrattuale generata dalla violazione di diritti soggettivi primari. Tale obbligo non si limita ad imporre il rispetto della legislazione tipica della prevenzione, ma (in un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma) implica anche il divieto di comportamenti commissivi lesivi dell'integrità psicofisica del lavoratore.

²⁴⁶ Trib. Milano 16 maggio 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 152.

²⁴⁷ Cass. 1 dicembre 1998, n. 12195, in *Giur. it.*, 1999, p. 2038.

Se nel danno biologico la componente relazionale della sofferenza è normativamente definita come la conseguenza della lesione della salute che incide sugli aspetti dinamico relazionali del soggetto, la stessa componente relazionale andrà indagata e, se provata, risarcita, con riferimento a tutte le altre ipotesi di lesione dei diritti, degli interessi e dei valori della persona cristallizzati nella norma costituzionale.

Sul piano pratico, alcune considerazioni conclusive.

Nell'ambito del diritto positivo, l'ordinamento italiano (ri)conosce e regola, da un lato gli istituti *del danno emergente* e *del lucro cessante* (art. 1223 c.c.) e, dall'altro, le fattispecie *del danno patrimoniale* e *del danno non patrimoniale* (art. 2059 c.c.).

Le sentenze della Corte Costituzionale (2003) e delle Sezioni Unite della Cassazione (2008) insegnano che l'omnicomprensività del danno non patrimoniale deve essere intesa come "unitarietà" rispetto a qualsiasi lesione di interessi o valori di rilievo costituzionale, e non suscettibile di valutazione economica, e ciò in una duplice accezione.

Sia nel senso che non vi è differenza nell'accertamento e nella liquidazione di un danno da lesione di valori costituzionali, siano essi riferiti alla riservatezza, alla dignità, alla libertà o alla salute.

Sia nel senso che il giudice di merito, nel liquidare il pregiudizio, dovrà tenere conto di tutte le conseguenze derivanti dall'evento di danno, evitando duplicazioni risarcitorie, senza creare nomi diversi per pregiudizi uguali, compiendo (nella fase istruttoria) un accertamento concreto, all'uopo dando ingresso ad ogni necessario mezzo di prova (fin anche ai fatti notori, alle presunzioni e alle massime di esperienza)²⁴⁸.

²⁴⁸ In questo senso Cass 901/2018, in *Foro it.*, 2018.

Il giudice, a prescindere da teoriche tassonomie classificatorie, deve indagare congiuntamente, ma distintamente, la vera *fenomenologia del danno alla persona*²⁴⁹: sia la sofferenza interiore (danno sofferto, quindi danno morale), sia l'aspetto dinamico relazionale (danno alla vita di relazione, quindi danno esistenziale), tenendo in considerazione tutto ciò che mette in relazione il soggetto e la realtà esterna²⁵⁰.

Fenomeni che creano *danni diversi* e per questo entrambi *autonomamente risarcibili*, ma se, e solo se, *rigorosamente provati caso per caso*.

Nonostante sia difficile ipotizzare una tecnica e – al tempo stesso – universale tabella della sofferenza, se un criterio deve esistere si devono considerare entrambi gli aspetti della sofferenza, entrambi appartenenti dimensioni diverse della vita dell'uomo.

È questo il compito cui è chiamato il giudice della responsabilità civile, il quale non sarà il giudice delle regole matematiche, dei logici algoritmi e di una definita categoria giuridica. Un compito che pare ancor più difficile alla luce della diversità tra dimensione del danaro e del dolore, ma che dev'essere condotto con approfondimento e conoscenza del singolo caso concreto.

La liquidazione unitaria del danno che qui si argomenta dovrà attribuire al soggetto una somma di danaro che tenga conto del pregiudizio complessivamente subito sia sotto l'aspetto della sofferenza interiore, sia sotto il profilo dell'incisione (peggiorativa) sulla vita di relazione, in ogni sua forma e considerata in ogni suo aspetto, senza ulteriori frammentazioni nominalistiche.

²⁴⁹ Ciò anche alla luce della sentenza Corte Cost. 2014, n. 234, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2015, 2, I, p. 404 e degli articoli 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni, come modificati nel 2017)

²⁵⁰ D'altronde una indicazione in questo stesso senso si può rinvenire nell'art. 612-bis del codice penale, che rubricato "Atti persecutori", sembra scolpire chiaramente, benché per un ambito ristretto del diritto penale, i diversi momenti della sofferenza umana: il dolore interiore e la alterazione della vita di relazione di ogni giorno. La norma stabilisce che sia "punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura (ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva), ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita".

L'attore dovrà allegare e provare le circostanze di fatto che giustificano la "personalizzazione" del risarcimento del danno non patrimoniale²⁵¹.

Se, a questo punto, la categoria del danno esistenziale pare indefinita e atipica, deve osservarsi che questa è l'inevitabile conseguenza dell'essere la stessa dimensione della sofferenza umana, a sua volta, "indefinita e atipica"²⁵².

Deve essere sconfessata la tesi predicativa della "unicità del danno biologico", quale motore immobile dell'intero universo risarcitorio "non" patrimoniale.

Ogni *vulnus* arrecato ad un valore/interesse tutelato dalla Carta costituzionale si caratterizza, pertanto, per la sua doppia dimensione effettuale: danno relazione/proiezione esterna dell'essere, danno morale/interiorizzazione intimistica della sofferenza²⁵³.

La doppia dimensione della sofferenza viene intesa nella sua essenza e si (im)pone nell'orbita di un dettato costituzionale che, già tempo fa, rese la persona *centro* dell'intero sistema normativo.

²⁵¹ Si legga il cd. decalogo indicato da Cass. 27 marzo 2018, n. 7513, in *Foro it.*, 2018.

²⁵² La medesima ricostruzione pare esser stata fatta dalla sentenza n. 235/2014 della Corte Costituzionale sulla legittimità costituzionale dell'art. 139 del codice delle assicurazioni.

Si legge al punto 10.1: "la norma denunciata non è chiusa, come paventano i remittenti, alla risarcibilità anche del danno morale: ricorrendo in concreto i presupposti del quale, il giudice può avvalersi della possibilità di incremento dell'ammontare del danno biologico, secondo la previsione e nei limiti di cui alla disposizione del comma 3 (aumento del 20%)", e ancora al punto 10.2.2.: "In un sistema, come quello vigente, di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurata(...), l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi" (punto 10.2.2.).

La Corte ancora sottolinea che "l'introdotta meccanismo standard di quantificazione del danno – attinente al solo, specifico e limitato settore delle lesioni di lieve entità e coerentemente riferito alle conseguenze pregiudizievoli registrate dalla scienza medica in relazione ai primi nove gradi della tabella – lascia comunque spazio al giudice per personalizzare l'importo risarcitorio risultante dall'applicazione delle suddette predisposte tabelle, eventualmente maggiorandolo fino a un quinto in considerazione delle condizioni soggettive del danneggiato".

In senso simile la Corte di Giustizia, con la sentenza del 23 gennaio 2014 (C-371/012), in *Europa e Diritto Privato* 2014, 2, 659 ha ritenuto non contraria ai principi del diritto comunitario la disciplina dell'art. 139 c.d.a. "nella parte in cui limita il risarcimento del danno non patrimoniale (ed in particolare del danno morale) rispetto a quanto ammesso in materia di risarcimento di danni identici risultanti da cause diverse da detti sinistri", aggiungendo che "la liquidazione del danno morale, se e in quanto dimostrata, non è impedita dall'art. 139 c.a.p., ma semmai, come confermato dal Governo italiano, limitata entro la misura stabilita dalla norma".

²⁵³ A voler fare un parallelo con la sfera patrimoniale del soggetto leso, può osservarsi l'involontaria simmetria del danno alla persona con la altrettanto duplice dimensione del danno patrimoniale: il danno emergente è danno "interno", che incide sul patrimonio già esistente del soggetto, il lucro cessante è, di quel patrimonio, proiezione dinamica ed "esterna".

3. La qualificazione del danno non patrimoniale nell'ordinamento giuslavoristico

La cultura lavoristica è stata la prima a far nascere nell'ordinamento giuridico un concetto di "uomo" non ancorata solo all'avere, ma estesa anche alla persona.

Ciononostante, il diritto del lavoro ha sempre incontrato una certa difficoltà nello svolgere la tematica del danno alla persona del lavoratore²⁵⁴.

La scarsa familiarità con tale tipo di danno discende dalla forte implicazione personale del lavoratore nel contratto di lavoro e da ciò che, conseguentemente l'ordinamento giuridico ha fatto per reagirvi.

Il diritto del lavoro è stato, da sempre, un diritto votato alla limitazione dell'autonomia negoziale.

Questa limitazione, veicolata da norme legali e collettive (caratterizzate da imperatività ed inderogabilità) hanno condizionato, storicamente, la scelta normativa delle tecniche sanzionatorie.

Queste ultime, infatti, sono da sempre sbilanciate verso i rimedi della nullità: una sanzione che reagisce all'illecito negoziale e che trae fondamento non dalla trasgressione di un obbligo, ma dalla difformità di un atto rispetto a quanto regolato da una fonte superiore. La ragione, forse, sta nell'esigenza di dare alle parti un modo per "riallineare" il rapporto di lavoro, gestendo l'atto illecito.

La nullità rappresenta il *prius* logico per ristorare i danni recati dall'atto illegittimo: essa diviene rimedio efficiente laddove l'illecito derivi dalla circostanza che il datore di lavoro ha eluso (o ha cercato di eludere)

²⁵⁴ Sulla "refrattarietà" del diritto del lavoro al tema, M. PEDRAZZOLI, *Danno biologico e oltre. La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore*, Giappichelli, 1995, p. 27 ss

l'adempimento di un obbligo contrattuale a contenuto patrimoniale. Ma quando “sotto” l'illecito vi è *vulnus* ai diritti della persona del lavoratore la nullità appare un rimedio utile, ma sterile: è mera declaratoria di inefficacia dell'atto.

Improntando la tecnica sanzionatoria verso la nullità ne deriva senz'altro una soddisfazione per le posizioni soggettive di natura patrimoniale (la nullità dà la possibilità di vedere eliminati atti illegittimi, di inibire comportamenti illegittimi futuri, di vedere rimossi *ex post* gli effetti materiali degli stessi) ma una sostanziale insoddisfazione per chi vuole vedersi ristorati i pregiudizi personali subiti.

Così, nel linguaggio comune del diritto del lavoro, il risarcimento ha finito con l'essere accostato, in un unico giudizio liquidatorio, alle vituperate “monetizzazioni”.

In ogni caso, la realtà ci fa osservare che la particolare mescolanza tra una patrimonialità personalizzata ed un lavoratore in carne ed ossa, rispetto al quale la fenomenologia dell'interesse collettivo non sempre è riuscita a consolare la “solitudine” esistenziale, ha retto solo grazie al fatto che l'ordinamento civile, fino ai primi anni duemila, si è focalizzato solo sul risarcimento dei danni patrimoniali²⁵⁵.

Pertanto, quando una rinnovata attenzione verso la fenomenologia della persona ha dato il via all'esegesi del danno non patrimoniale, anche nel sistema lavoristico si è – inevitabilmente – messo in moto un fenomeno di “riscoperta” della responsabilità civile.

Dalle condotte antiggiuridiche poste in essere dal datore di lavoro possono derivare al lavoratore anche danni non patrimoniali. Infatti i comportamenti del datore possono dar luogo a diversi pregiudizi nei confronti del lavoratore

²⁵⁵ In questo senso RICCARDO DEL PUNTA, nella relazione dal titolo *Diritti della persona e contratto di lavoro*, nel convegno A.I.D.La.S.S. sul danno alla persona del lavoratore organizzato a Napoli nei giorni 31 marzo – 1 aprile 2006, e pubblicata in *Il danno alla persona del lavoratore. Atti del Convegno nazionale (Napoli, 31 marzo-1 aprile 2006)*, Giuffrè, 2007.

che non incidono sulla sua capacità economica, ma costituiscono offesa alla sua dignità umana, alla sua professionalità (intesa quale utilità nel contesto lavorativo) e ad altri interessi costituzionalmente garantiti. In conclusione, il datore di lavoro, con i suoi comportamenti, può recare danno alla libera esplicazione della personalità del lavoratore nei luoghi di lavoro.

4. Il danno da illegittimo controllo come lesione della sfera morale ed esistenziale del lavoratore

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, si ritiene che quando il datore di lavoro pone in essere un controllo illegittimo sul lavoratore – illegittimo perché non conforme alle norme, perché sproporzionato, perché ingiustificato – egli non solo viene meno ai doveri sanciti nel contratto di lavoro, ma realizza una vera e propria lesione del lavoratore-persona.

Il rapporto di lavoro si caratterizza proprio per la forte implicazione della persona del lavoratore nel rendere la prestazione lavorativa. Non si può prescindere dal considerare il lavoratore come una *persona* prima ancora di considerarlo un dipendente. Ed allora, la riservatezza, la dignità e la libertà di essere nei luoghi di lavoro rappresentano naturali esplicazioni della persona del lavoratore. Trattasi di beni costituzionalmente protetti, come tali meritevoli di una tutela rinforzata.

Un controllo che lede la sfera personale del lavoratore non è solo (o soltanto) un controllo illegittimo perché contrario alle norme previste dalla disciplina sulla riservatezza e lavoristica, ma è anche il controllo “inumano”: sproporzionato, non giustificato, posto in essere con mezzi offensivi e

mortificanti, che si ripercuote sulla stessa sfera esistenziale del lavoratore. Un cattivo esercizio del potere di controllo può causare danni che rilevano di per loro, prescindendo da ogni lesione del patrimonio del lavoratore.

È per tali ragioni che il danno conseguente ad un controllo “inumano” e/o illegittimo è da qualificarsi in termini di danno morale ed esistenziale. Ossia di un danno che reca sofferenza interiore al lavoratore-persona e che si ripercuote sulla sua vita professionale e di relazione, soprattutto aziendale²⁵⁶.

È infatti esistenziale ogni danno che l'individuo subisce alle attività realizzatrici della sua persona²⁵⁷, come l'attività lavorativa.

Pertanto, come riconosciuto dalla giurisprudenza per altri tipi di danni non patrimoniali al lavoratore²⁵⁸, il danno esistenziale recato per un cattivo esercizio del potere di controllo deve essere risarcito.

Il riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno professionale, biologico o esistenziale non ricorre automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale

Il lavoratore non dovrà dimostrare in giudizio solo la mera potenzialità lesiva della condotta datoriale, ma dovrà altresì allegare la prova del fatto (il controllo mal fatto), del danno non patrimoniale e del nesso di causalità con l'inadempimento datoriale. Dovrà specificare sin dal ricorso introduttivo la natura e le caratteristiche del pregiudizio subito.

²⁵⁶ Il danno non patrimoniale al lavoratore è quello che crea una lesione dell'«immagine professionale», alla «dignità personale» e alla «vita di relazione». In questo senso Cass. del 27 gennaio 2014 n. 1608, in *Guida al diritto*, 2014, 15, p. 84.; Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, in *Dir. Lav. Merc.*, 2005, 181, con nota di V. LUCIANI; Cass. 26 maggio 2004, n. 10157; Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2004, 232 e C. cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2004, 231 ss.

²⁵⁷ Cass. civ., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Mass. Giur. It.*, 2000.

²⁵⁸ Cass. civ., 27 aprile 2004 n. 7980, in *Mass. Giur. It.*, 2004, secondo la quale l'impedimento allo svolgimento delle mansioni, al pari del demansionamento, è da qualificarsi come lesione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità del lavoratore anche nel luogo di lavoro, e realizza quindi un danno alla vita professionale e di relazione dell'interessato. La lesione di tali valori, prosegue la Corte, importa il risarcimento del danno indipendentemente dai riflessi patrimoniali della lesione. Cfr. Cass. civ. S.U. 11 novembre 2008, n. 26972, *cit.*; Cass. civ. 17 febbraio 2017; Cass. civ. sez. lav., 09 luglio 2018, n. 17978, in *Diritto & Giustizia*, 2018; Trib. Milano, sez. lav., 27 luglio 2018, n. 1708, in *Redazione Giuffrè*, 2018; Appello Trento, sez. lav., 14 luglio 2018, n. 30, in *Redazione Giuffrè*, 2018. Ancora, sul mobbing in particolare Cass. civ. sez. lav., 20 giugno 2018, n. 16256, in *Diritto & Giustizia*, 2018; Cass. civile, sez. lav., 29 marzo 2018, n. 7844, in *Guida al diritto*, 2018.

In sostanza, non sarà sufficiente la prova del controllo effettuato senza l'autorizzazione amministrativa, o in mancanza di accordo sindacale o in mancanza di previa informativa. Questi elementi, infatti, integrano l'inadempimento del datore che rappresenta solo la premessa del danno. Tale premessa dovrà essere provata dal lavoratore in maniera concreta, dimostrando che tutto ciò, concretamente, ha inciso in senso negativo sulla sua sfera, alterandone l'equilibrio e le abitudini di vita.

CONCLUSIONI

Il progresso tecnologico, nel tempo che viviamo, sta ri-definendo non solo la nostra condizione umana, ma anche i nostri rapporti sociali, giuridici e lavorativi.

Si rovescia la prospettiva cui siamo abituati: non più soggetti fruitori degli strumenti tecnologici, ma parti di una più ampia struttura basata sull'interazione tra l'uomo e la macchina.

Internet e la tecnologia hanno conformato gli spazi, pubblici e privati, modificando i luoghi dove le persone vivono la loro vita e svolgono il proprio lavoro.

Soprattutto nelle realtà lavorative essi si sono trasformati da ausiliari della produzione a variabile indispensabile della catena produttiva. I luoghi di lavoro divengono spazi cibernetici, di interazione dinamica, con strumenti che sono indifferentemente estensione del corpo umano o protesi digitali, e con architetture vive, cioè aumentate da flussi di informazioni e dati continui in tempo reale.

L'organizzazione del lavoro, allora, risente della inevitabile diffusione di strumenti che, se da un lato aiutano a massimizzare l'efficienza produttiva, dall'altro si trasformano in inedite forme di controllo pervasivo ed invasivo sui dipendenti. La tecnologia, la robotica, l'informatica mutano gli strumenti attraverso cui può essere adempiuta la prestazione lavorativa e mutano i rapporti fra i soggetti coinvolti nel processo produttivo.

La velocità del progresso, allora, è in sé la ragione economica che giustifica il ricorso alle tecnologie di controllo (che divengono mezzo necessitato per aumentare l'efficienza produttiva) ed a nuove forme di adempimento della prestazione lavorativa, non più disgiungibili dalla dimensione digitale.

La velocità del progresso, ancora, è in sé la ragione sociale che crea nuove esigenze di tutela della persona.

In questo contesto nuovo e non sperimentato, che sfugge alle maglie delle ordinarie logiche giuridiche, gli interpreti del diritto devono trovare rapide soluzioni normative che, quasi sempre, si presentano prive di confini geografici certi, e svincolate da un sistema giuridico puramente domestico ma, anzi, dipendono dalle esigenze di più giurisdizioni e spesso anche da parametri decisi in tempi e luoghi diversi da quelli in cui l'effetto giuridico si è verificato.

Si crea, in tal modo, un complesso processo sociale che deve essere regolato con norme di legge e di contratto collettivo, secondo un meccanismo di coscienza sociale, tenendo ben presente i principi posti a tutela della dignità umana.

Infatti, nel cercare di regolamentare questo complesso fenomeno la base giuridica di partenza non può che essere la tutela della persona del lavoratore.

Il lavoratore viene continuamente esposto alle continue ingerenze del datore di lavoro che, attraverso gli strumenti tecnologici installati ed utilizzati nelle aziende, invade la sua sfera di riservatezza personale.

Sfumano ancora di più i confini tra la *qualità di lavoratore* e l'*essere persona*: i dispositivi integrati nella catena di produzione si trasformano in tecniche di controllo che “portano” la sfera personale nel luogo di lavoro.

Ed in questo repentino – ma inevitabile – processo di digitalizzazione la tutela della persona del lavoratore deve rappresentare l'obiettivo giuridico – oltre che etico – di tutti gli ordinamenti giuridici.

In tale ottica, la *necessitata* riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori si inquadra in un più ampio movimento riformatore che negli ultimi anni ha gradualmente assottigliato, da un punto di vista sostanziale e processuale, le garanzie dei lavoratori,

a vantaggio dei datori di lavoro, compromettendo, nel complesso, la posizione del lavoratore.

La nuova norma limita il potere creditorio del datore sulla verifica del corretto adempimento della prestazione da parte del debitore (lavoratore), e interviene sulle scelte organizzative dell'imprenditore, veicolando la scelta dei dispositivi tecnologici utilizzabili in azienda in ragione della loro intrinseca funzionalità. Ne deriva che è ammesso solo un controllo indiretto ed eventuale sui lavoratori, perché naturalmente integrato all'interno dell'attività di lavoro.

Ma ciò non è sufficiente. Considerata la polifunzionalità dei diversi dispositivi tecnologici utilizzabili, che amplia lo spettro del controllo, per tutelare la *persona* del lavoratore è necessario un *quid pluris* che bilanci i valori costituzionali di libertà di iniziativa economica con la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

Nella nuova formulazione della norma, la mancanza di un perentorio divieto di controllo sul lavoratore (ricavabile solo per implicito), *in primis*, lascia ipotizzare una liberalizzazione del potere di controllo datoriale che, “nascondendosi” dietro strumenti tecnologici necessari per contenere i costi aziendali e massimizzare la produzione, si concreta in una sorveglianza invasiva, eventualmente verificabile solo *ex post*, in sede giurisdizionale.

Ancora, l'impossibile definizione di una a-prioristica categoria di strumenti “di lavoro” (in contrapposizione a quelli “di controllo”), i labili confini dell'esigenza di “tutela del patrimonio aziendale” (frutto della giurisprudenza sui c.d. controlli difensivi) ed, ancora, il richiamo generico al Codice della Privacy (oggi mero schema di rinvio al GDPR) sono un argine ancora troppo debole alle insidiose tecniche di controllo che il datore di lavoro ha a disposizione.

Si assiste ad una de-procedimentalizzazione della scelta degli strumenti utilizzabili in azienda: la tipologia non è predeterminata in un accordo collettivo (o autorizzazione amministrativa), pertanto, i limiti (e quindi la tutela del lavoratore) potranno esser fatti valere solo dopo che siano stati violati, davanti al giudice. Ne deriva uno slittamento delle tutele dal piano collettivo a quello individuale, dove ancor più lampante è la disparità di posizioni tra il datore di lavoro e il lavoratore.

Ed allora, per evitare di leggere la riformulazione dell'art. 4 come norma mirante a rendere più facile l'esercizio delle prerogative imprenditoriali a danno del lavoratore persona, si propone di interpretarla come specificazione della regola generale imposta

dall'articolo precedente. Mentre l'art. 3 St. lav. impone il principio generale secondo cui il controllo sull'attività lavorativa deve essere palese e personale, l'art. 4 St. lav. specifica i confini entro cui l'imprenditore può installare gli strumenti tecnologici che, seppur indirettamente, realizzano il controllo vietato dall'art. 3, perché operato in modo non trasparente attraverso dispositivi tecnologici, e non con un controllo "dell'uomo sull'uomo".

Così ragionando, l'art. 4 risponde bene alle nuove funzionalità degli strumenti installati in azienda che consentono al datore di lavoro di operare un controllo "a distanza", senza alcun bisogno di assumere un vigilante che sorvegli da vicino lo svolgimento della prestazione.

Tuttavia, la norma non prende affatto in considerazione la circostanza che, oggi, il concetto stesso di "distanza" perde rilievo: la riservatezza del lavoratore-persona viene minata non più da dispositivi "aggiuntivi" installati sui luoghi di lavoro, ma da strumenti integrati nella stessa modalità di esplicazione della prestazione lavorativa, dal collegamento permanente alla *Rete* di ciascun individuo, per esigenze lavorative e di vita quotidiana.

Il controllo sull'informazione diviene componente essenziale del rapporto lavorativo. Diviene un dato di fatto che il datore possa oggi acquisire e fruire – anche a fini disciplinari – di grandi quantità di dati specifici sulla persona del lavoratore e sulla prestazione, utilizzando strumenti tecnologici di lavoro per i quali non è richiesto il preventivo accordo sindacale ed amministrativo.

La soluzione, allora, deve essere ricercata altrove: nelle norme costituzionali, orientate alla protezione della *persona* e da sempre d'ostacolo a derive liberiste, e nelle norme in materia di privacy, costruite sul diritto privato. La logica proprietaria tipica del diritto privato, caratterizzante anche il diritto alla riservatezza, protegge il dato personale da chi vuole utilizzarlo senza esserne il legittimo proprietario, riuscendo ad approntare una tutela più sostanziale alla sfera personale del lavoratore.

Ci si auspica che, in attesa che il legislatore appronti un sistema di regole più garantiste per il lavoratore, la tutela del lavoratore-persona trovi asilo nella contrattazione collettiva e nella giurisprudenza.

Ci si auspica che la prima intervenga indicando forme di procedimentalizzazione della scelta datoriale sugli strumenti da integrare nell'organizzazione del lavoro che

siano rigide e che tengano in considerazione le variabili del progresso tecnologico, e non solo la intrinseca funzione dello strumento stesso.

Ci si auspica che la giurisprudenza intervenga adottando una linea interpretativa costituzionalmente orientata dell'art. 4 St. lav., cioè che dia più rilievo ai valori primari della dignità e della privacy del lavoratore, ad esempio chiarendo la natura di prove illecite delle informazioni illegittimamente raccolte dal datore di lavoro, od ancora fornendo una giusta riparazione al danno da privacy violata, da qualificare in termini di danno non patrimoniale.

Ci si auspica che il richiamo contenuto nel comma 3 dell'art. 4 alle norme in materia di privacy sia utilizzato per applicare all'intero trattamento dei dati del lavoratore, dalla iniziale scelta degli strumenti di controllo alla finale utilizzazione dei dati, i principi di pertinenza, non eccedenza proporzionalità. Il richiamo alla privacy deve essere la chiave per aprire la porta alla tutela della persona.

Il richiamo contenuto nel comma 3 dell'art. 4 alla normativa sulla riservatezza deve rappresentare la chiave per sbilanciare a garanzia del lavoratore l'intero sistema di controllo. Esso non deve rappresentare l'*ultimo* tassello del procedimento di acquisizione dei dati posto in essere dal datore di lavoro, non deve essere d'aiuto solo *dopo* che la sfera personale del lavoratore è stata invasa.

I principi di trasparenza, pertinenza, proporzionalità e necessità, costruiti sui diritti fondamentali dell'uomo, devono essere la guida al potere di controllo del datore di lavoro, dal suo inizio (la scelta degli strumenti) alla sua fine (l'utilizzo dei dati a fini disciplinari).

L'entrata in vigore del nuovo Regolamento europeo per la privacy n. 679/2016 ("GDPR"), avrebbe potuto rappresentare, per il legislatore italiano, l'occasione per approntare un sistema di tutele più efficiente e garantista verso la *persona* del lavoratore.

Infatti, il GDPR invita ad una nuova sensibilità della "cultura informatica": muta l'approccio nella gestione dell'informazione imponendo agli operatori del diritto una maggiore attenzione alla tutela della persona, adattando costantemente le misure di "sicurezza", tecnologiche ed organizzative, al progresso.

Le prescrizioni contenute nel GDPR appaiono più stringenti rispetto a quelle della normativa previgente, in quanto vengono imposti meccanismi procedurali che richiedono di ridefinire le procedure interne e riformulare i rapporti con dipendenti, collaboratori, fornitori, clienti o utenti.

In altri termini, la nuova disciplina europea richiede di integrare le prescrizioni giuridiche all'interno delle stesse piattaforme tecnologiche e dei processi organizzativi delle imprese, così che l'attività produttiva porti già in sé con le cautele richieste per il trattamento dei dati personali.

Orbene, nell'applicazione dei suoi principi, soprattutto nell'ambito dei trattamenti di dati personali effettuati *nel* rapporto di lavoro, il Regolamento UE ha lasciato ampio margine di discrezionalità agli Stati membri²⁵⁹. L'art. 88, rubricato "Trattamenti dei dati nell'ambito del rapporto di lavoro" infatti, recita "*Gli Stati membri possono prevedere, con legge o tramite contratti collettivi, norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro (...). Tali norme includono misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati (...).*"

È la stessa norma che chiede ai legislatori interni di adottare norme che salvaguardino la dignità umana – e quindi la *persona* – nell'ambito dell'attività lavorativa.

In attuazione di siffatto Regolamento, il legislatore italiano ha emanato il decreto attuativo n. 101 del 10 agosto 2018, che modifica il d.lgs 196/2003 per adeguarlo alle nuove regole, ma che non si caratterizza né per innovazione né per certezza giuridica. Il decreto attuativo opera, infatti, un semplice *restyling* del Codice Privacy, che si pone, adesso, come un contenitore di regole di mero rinvio al GDPR, lasciando l'interprete del diritto a destreggiarsi tra norme nazionali e sovranazionali.

²⁵⁹ In particolare, l'art. 88 così recita: "*Gli Stati membri possono prevedere, con legge o tramite contratti collettivi, norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro, in particolare per finalità di 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. Tali norme includono misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati, in particolare per quanto riguarda la trasparenza del trattamento, il trasferimento di dati personali nell'ambito di un gruppo imprenditoriale o di un gruppo di imprese che svolge un'attività economica comune e i sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro.*"

3. Ogni Stato membro notifica alla Commissione le disposizioni di legge adottate ai sensi del paragrafo 1 entro il 25 maggio 2018 e comunica senza ritardo ogni successiva modifica."

Il Regolamento UE 679/2016 avrebbe potuto rappresentare il mezzo per reagire all'insufficiente quadro di tutele poste a salvaguardia del lavoratore, ridisegnando procedimenti e misure effettive che, sotto la luce dell'art. 2 Cost., avrebbero potuto aiutare a rileggere l'art. 4 St. lav.

Probabilmente, il legislatore italiano non era ancora pronto per emanare un quadro organico di regole sul trattamento di dati personali, riscrivendo – più che smantellando – il Codice Privacy. Ci si auspica che sarà il Garante per la protezione dei dati personali a fornire regole di concreta e chiara applicazione del GDPR.

Volendo cercare di leggere l'art. 4 usando come lente di ingrandimento il GDPR si possono fare alcune considerazioni.

Il Regolamento europeo, all'art. 6 richiede, quali basi giuridiche per un legittimo trattamento di dati personali, in primo luogo il consenso dell'interessato, e poi, in via alternativa, altri sistemi valevoli per tutti i campi del diritto. Il nuovo decreto attuativo non aiuta l'interprete nel rinvenire una corretta base giuridica del trattamento effettuato dal datore di lavoro.

Posto che in ambito lavorativo è difficilmente ipotizzabile un consenso del lavoratore prestato *a latere* del contratto di lavoro²⁶⁰, la soluzione potrebbe essere quella di porre sul datore di lavoro l'onere di dimostrare la sussistenza di un suo legittimo interesse al trattamento dei dati (ai sensi della lett. *b* art. 6), che si bilanci equamente con “gli altri diritti e libertà fondamentali dell'interessato”²⁶¹.

Il legittimo interesse, quando il trattamento sia effettuato con strumenti “di controllo” potrebbe, ad opinione di chi scrive, coincidere con le esigenze tipizzate dal primo comma dell'art 4 St. lav., diversamente, quando siano utilizzati strumenti “di lavoro”, bisognerebbe ricorrere ai principi generali di proporzionalità, pertinenza ed eccedenza contenuti nel complesso sistema di norme a tutela della privacy.

²⁶⁰ Sia perché la norma richiede un consenso spontaneo e specifico, sia perché, posto lo squilibrio di potere che si verifica tra il datore di lavoro e il dipendente, diviene difficile configurare un vero e proprio consenso, per effetto delle conseguenze negative che l'interessato si può rappresentare nell'eventualità che egli si rifiuti di prestarlo.

²⁶¹ Il riferimento è alla lettera f) dell'art. 6 del GDPR. L'altra base giuridica utilizzabile nell'ambito del rapporto di lavoro per il trattamento dei dati personali dei dipendenti è la lettera b) del medesimo articolo 6 : “*il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte(...)*”.

La tutela del lavoratore che utilizza strumenti “di lavoro”, allora, dipende da oggettivi requisiti di necessità, proporzionalità e trasparenza del trattamento che devono essere verificati di volta in volta rispetto al caso concreto, prendendo in considerazione sia elementi organizzativi, che temporali, che giuridici.

Ancora, il GDPR imposta il sistema di controllo all’interno dell’impresa sul principio di *accountability*, ossia di responsabilità del datore di lavoro²⁶², da intendersi non in senso “reattivo”, ma “proattivo”: il responsabile del trattamento deve rendere conto dell’*an* e del *quantum* delle sue azioni. In concreto, il bilanciamento tra le esigenze dell’impresa e le esigenze dell’interessato da trattamento di dati personali è rimesso alle aziende.

Il datore di lavoro, quindi, nell’operare la scelta degli strumenti che vuole installare nella sua organizzazione produttiva dovrà dimostrare di essere stato in grado di aver adeguatamente tutelato la sfera personale del lavoratore. Tale onere incomberà su di lui sia in sede sindacale (o amministrativa) quando voglia ottenere l’autorizzazione ad utilizzare gli strumenti di controllo, sia in sede contrattuale (nell’ipotesi fisiologica) e giurisdizionale (nell’ipotesi patologica) quando voglia utilizzare i risultati del potere di controllo operato attraverso gli strumenti di lavoro.

Il principio di *accountability*, quindi, deve correre parallelamente alla sussistenza delle esigenze tipizzate dal legislatore italiano nell’art. 4 St. lav. onde evitare un’invasione legale ma *ingiusta* della riservatezza dei dipendenti.

Per rendere efficiente il ruolo responsabile del datore di lavoro, il GDPR richiede anche una congrua consapevolezza del lavoratore: l’informativa deve essere redatta in modo semplice, chiaro e trasparente. L’adeguata informazione richiesta dal terzo comma dell’art. 4 st. lav. non è una duplicazione di tutele, ma è la medesima informazione richiesta dal legislatore europeo.

²⁶² Il termine *accountability* non è facilmente traducibile dall’inglese all’italiano. Il verbo *to account* può essere tradotto come “dar conto”. Il sostantivo *-ability* vuol dire “essere in grado di” o “avere attitudine a”. Pertanto tradurre *accountability* con “responsabilità”, non è del tutto corretto.

Il significato di *accountability* è legato al rendere conto di una azione fatta, al rispondere di un risultato ottenuto. Il significato di *responsibility* è legato al dover agire.

In italiano, sia *accountability* che *responsibility*, vengono tradotti con il termine “responsabilità”.

Ciò detto, né l'art. 4 St. lav. né il GDPR, forniscono un quadro giuridico in cui inserire il controllo effettuato attraverso gli strumenti di lavoro dell'*Industry 4.0*. Il riferimento è ai robot ed alle intelligenze artificiali.

Questi sono strumenti non legati a un perimetro giuridico specifico, che possono agire su grandi quantità di dati personali e sulla relativa raccolta/gestione, incidendo sul modello organizzativo dell'impresa continuamente, coinvolgendo i dipendenti sia direttamente che indirettamente.

In questa tematica i problemi giuslavoristici da porsi sono molti.

Per segnalarne solo alcuni: i poteri datoriali ex art. 2103 e 2104 c.c. da chi sono esercitati? Il robot dotato di intelligenza artificiale è qualificabile come soggetto controllato o oggetto controllante? Quali mansioni possono essere affidate ad un robot che interagisce con la *persona*? Di chi è la responsabilità? Chi vigila? Chi controlla? Come si qualifica il potere di controllo?

In tale contesto, la strada corretta è quella della dignità umana, da salvaguardare nella relazione tra l'algoritmo e la fabbrica 4.0.

Il legislatore dovrà intervenire, soprattutto sulla relazione tra il potere di controllo e il robot intelligente; sulla riservatezza da imporre alla macchina intelligente nell'espletamento dei suoi compiti; sul legittimo rifiuto del lavoratore di cooperare con i robot, per esigenze di dignità e riservatezza; sui limiti entro cui il robot dotato di intelligenza artificiale possa essere qualificato strumento "di controllo" o "di lavoro".

La regia di tale regolazione potrà essere gestita più efficacemente dalla contrattazione collettiva, più attiva del legislatore sui luoghi di lavoro evoluti tecnologicamente. La rivoluzione digitale potrebbe essere affrontata scegliendo un sistema di rappresentanza dei lavoratori a livello aziendale che sia in grado di negoziare contratti più vincolanti, anche per i pochi dissenzienti. Potrebbero essere anche introdotti procedimenti su base individuale volti a correggere, caso per caso, le scelte organizzative indirizzandole verso la tutela del lavoratore.

In conclusione, in questa rivoluzione digitale che ha varcato le porte delle imprese, ristrutturando il modo stesso in cui l'azienda si organizza, l'ordinamento giuridico deve salvaguardare i diritti fondamentali dell'individuo.

Il sistema di tutele offerto oggi dalla disciplina giuslavoristica deve essere integrato non solo dai principi costituzionali, ma soprattutto dalla normativa sulla riservatezza, così cercando di evitare che le ragioni economiche di efficienza tecnologica travalichino la sfera più intima del lavoratore-persona.

L'obiettivo da tutelare, la *persona*, è al tempo stesso la regola giuridica ordinatrice.

Non può esservi progresso tecnologico o innovazione che non abbia come fondamento l'uomo.

BIBLIOGRAFIA

ACEMOGLU A. e RESTREPO P., in *The Race Between Man and Machine: Implications of Technology for Growth, Factor Shares and Employment*, su www.aeaweb.org, 2017

AIMO M., *La c.d. cybersurveillance sui luoghi di lavoro*, in P. Tullini (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei messi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, Cedam, 2010.

AIMO M., *Privacy, libertà e di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003.

ALVINO I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'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, I.

ALVINO I., *L'art. 4 dello statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, in *Dir. Rel. Ind.*, 4, 2014.

AVONDOLA, *il licenziamento e digital society: la forma scritta dalla posta ai "post"*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2, 2018, p. 299.

BALLETTI E., *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, relazione alla giornate di studio Adilass (Napoli 16 e 17 giugno 2016), dattiloscritto.

BALLETTI E., *I controlli a distanza dei lavoratori dopo il Jobs Act*, in F. Santoni – M. Ricci – R. Santucci (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del Jobs Act*, Esi, 2016, p. 37.

BARBIERI M., *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, Torino, 2017.

BARRACO E. STIZIA A., *La tutela della privacy nei rapporti di lavoro*, Ipsoa, p. 82.

BELLAVISTA A., *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli Editore, 1995.

BELLAVISTA A., *Sorveglianza sui lavoratori, protezione dei dati personali ed azione collettiva nell'economia digitale*, Paper al convegno internazionale di studio *Impresa lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Brescia, 2017, in www.lavoroeconomiadigitale.it

BELLAVISTA A., *Il nuovo art. 4 dello statuto dei lavoratori*, in G. Zilio Grandi – Biasi. M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 2016, p. 717 ss.

BELLAVISTA A., *La cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, II, p. 462.

BELLAVISTA A., *I poteri dell'imprenditore e la privacy del lavoratore*, Relazione al convegno Domenico Napoletano di Venezia del 12 aprile 2002, dattiloscritto.

BELLAVISTA A., *Esiste la tutela della privacy nel rapporto di lavoro?*, in P. Tullini (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, poteri di controllo e trattamento dei dati personali*, Cedam 2010, p. 171.

- BOBBIO N., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, 1984. Carinci M.T., *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017.
- BUFFA F. – CASSANO G. – STAIANO R., *Risarcimento del danno nei rapporti di lavoro dopo le S.U.*, Maggioli Editore, 2009.
- BUFFA F., *Prove documentali, informatiche, atipiche e illecite nel processo civile e del lavoro*, Maggioli editore, 2010, p. 289 ss
- CARINCI F., *Diritto privato e diritto del lavoro*, Torino, 2007.
- CARINCI F. DE LUCA TAMAJA R. – TOSI P. – TREU T., *diritto del lavoro*, Utet, 2016.
- CASTRONOVO C., *Il danno alla persona tra essere e avere*, in *Danno e resp.* 3/2004, 237 ss
- CIPRIANI A. – GRAMOLATI A. – MARI G., *Il lavoro 4.0, la quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University press, 2018.
- CIUTADELLA A., voce *dignità e riservatezza (tutela della)*, in *Enc. Giur. Trec.*, 1990, XXI, 1;
- COMOGLIO C., *Le prove civili*, Utet, 2010, p. 9 ss
- COSATTINI L.A., *Le modifiche all'art. Stat. Lav. sui controlli a distanza, tanto rumore; per nulla?*, LG, 2015.
- COSTANTINI F., *Il regolamento (ue) 679/2016 sulla protezione dei dati personali*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 6/2018, Ipsoa, p. 545
- CRISAFULLI V., *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, RGL, 1954, I, p. 190.
- D'ANTONA M., *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, 1979.
- D'ARCANGELO L., *I controlli a distanza dopo il Jobs act. Dallo statuto dei lavoratori alla disciplina sulla protezione dei dati personali*, in *Mass. Giur. lav.*, 10, 2016, p. 638 e ss
- DAGNINO E., *Tecnologie e controlli a distanza*, in *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, a cura di M. Tiraboschi, Giuffrè, 2016.

- DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1982;
- DEGEORGES M., *Tweeter au travail est-il possible de licenciement?*, in www.LesEchos.fr, 6 marzo 2016.
- DE LUCA TAMAJO R., *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, Franco Angeli, 1988.
- DE LUCA TAMAJO R., *Jobs Act e cultura giuslavoristica*, in *Diritti lavori mercati*, 2016, 1, pp. 5 ss.
- DE LUCA TAMAJO R., *Il campo di applicazione dell'art. 18 e del Titolo III dello Statuto dei lavoratori*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976, 1, pp. 103 ss.
- DE LUCA TAMAJO R., *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2013, 140, pp. 715 ss
- DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, RIDL, 2016, I.
- DI LORENZO F., *Potere di organizzazione dell'imprenditore e flessibilità del lavoro. Prefazione di Lorenzo Zoppoli*, 2010.
- DI MAIO A., *Delle obbligazioni in generale. Libro IV: obbligazioni art. 1173-1176*, Commentario del Codice Civile Scialoja Branca, Zanichelli, 1988
- FAIOLI M., *Mansioni e macchina intelligente*, Giappichelli, Torino, 2018.
- FERRARO G., *Retribuzione e assetto della contrattazione collettiva*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, 4, pp. 693 ss.
- FERRARO G., *Diritti della persona e danno biologico*, in *Il Foro Napoletano*, 1996, III, p. 237 ss.
- FERRARO G., *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, 1992.
- FEZZI M., *Calcolatori elettronici e controllo a distanza dei lavoratori*, L80, 1983, 567 ss
- FIORILLO L. - PERULLI A., *Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018.
- FRANZONI M., *Il rapporto di lavoro e il danno non patrimoniale*, in *La responsabilità*

civile, 2010, 10, pp. 645 ss.

FRANZONI M., *Il danno esistenziale è il nuovo danno non patrimoniale*, in *Corriere giur.* N. 9/2006, 1185 ss.

FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, 1975.

GAETA L., *La dignità del lavoratore e i turbamenti dell'innovazione*, in *LD*, 1990, 203.

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, I, 2000.

GARILLI A., *Tutela della persona e tutela della sfera privata nel rapporto di lavoro*, *RCDP*, 1992, II, 321.

GARILLI A.– A. BELLAVISTA, *Innovazioni tecnologiche e Statuto dei lavoratori*, in *Giornale di dir. lav. e rel. Ind DLRI*, 1989, 143 ss

GHEZZI G., *Computer e controllo dei lavoratori*, in *Giorn. Dir. lav. rel. Ind.*, 1986, p. 358

GIUGNI G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963.

GRANDI M., *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, Tomo I, Padova, 2005.

GRAZIOSI A., *Usi e abusi di prove illecite e di prove atipiche nel processo civile*, in *RTDPC*, 2011, 693 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*, *DRI*, 2014, 1027;

ICHINO P., *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1979.

ICHINO P., *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 4, 201.

INGRAO A., *Il controllo a distanza effettuato mediante Social network*, in *Labour&LawIssues*, vol. 2, n. 1, 2016, p. 105 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 (c.d. Jobs Act), C.S.D.L.E. It., n. 155/2015.

LISO F., *Computer e controllo dei lavoratori*, DLRI., 1986, 366 ss., 369.

LISO F., *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI – M. D'ANTONA (a cura di) *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, 2000, p. 190.

KUSCHEWSKY M., *Data protection & Privacy*, III, Thomson Reuters, 2015

MAGNANI M., *Il contratto di lavoro subordinato*, C.S.D.L.E. It., n. 360/2018.

MAIO V., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la moderna postpanottica*, in *Arg. Dir. lav.*, 2015, p. 1190.

MARESCA A., *Jobs Act, come conciliare il potere di controllo e tutela della dignità e riservatezza del lavoratore*, in *Ipsos Quotidiano*, 22 febbraio 2016.

MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. Lav.*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore* a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, p. 18.

MARAZZA M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, C.S.D.L.E. It., n. 300/2016. 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*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017.

MARAZZA M., in *Trattato di diritto del lavoro, Contratto di organizzazione e lavoro*, vol. IV, tomo II, Cedam, 2012;

MENGONI L., *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *Dir. Soc.*, 1965;

MESSINETTI D., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Dir. XXXIII*, Milano, 1983, p. 355 ss;

METTLING M. G., *Transformation numerique et vie au travail*, Settembre 2015, p. 37

MONTUSCHI L., *La Costituzione come fonte regolatrice del rapporto*, in *Le fonti del diritto del lavoro*, volume I, *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. Persiani e F.

- Carinci, Padova, 2010;
- MINI F., *Social Media. Introduction*, in R. Ford, J. Wiederman (edited by), *Internet Case Study Book*, Taschen, 2010, 232;
- NOGLER L., *Potere di controllo e utilizzo privato di telefono cellulare*, in *G. Lav*, 2002, n. 21.
- NUZZO V., *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale scientifica, 2018.
- PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, 2015.
- PERLINGIERI P., *La persona ed i suoi diritti, problemi del diritto civile*, 2005, Napoli.
- PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1982;
- PERLINGIERI P. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 2001;
- PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966;
- PERSIANI M., *Lineamenti del potere direttivo*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. Persiani e F. Carinci;
- PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966.
- PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, 1992.
- PINTO V., *I controlli "difensivi" del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, in P. Tullini (a cura di) *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli 2017, 148-150
- PIZZORUSSO A. – ROMBOLI R. – BRECCIA U. – DE VITA A., *Persone fisiche, Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1988;
- PROIA G., *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l' "impatto" della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, I, spec, p. 560
- RESCIGNO P., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Giur. Treccani XXIII*, Roma, 1990.
- RESCIGNO P., *Obblighi (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, 1979, 196
- RICCIO G. – G. SCORZA – E. BELISARIO, in *GDPR e normativa privacy – commentario*, Ipsoa, 2018.

- RODOTÀ S., *Privacy e costruzione della vita privata. Ipotesi e prospettive*, PD, 1991, 4.
- ROMAGNOLI U., *Sub art. 8*, in G. Ghezzi, F. Mancini, L. Montuschi, U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, 1979.
- ROSS A., in *The Industries of the future*, Simon & Schuster, 2016.
- ROSSETTI M., *Il danno alla salute*, Cedam, 2009.
- RUSSO M., *Quis custodiet custodiet? I “nuovi” limiti all’esercizio del potere di controllo a distanza*, LLI, vol. 2, n. 2.
- SALIMBENI M. T., *Il controllo a distanza sull’attività dei lavoratori: la sopravvivenza dell’art. 4 sugli impianti audiovisivi*, *Dir.Lav.Merc.*, 2010, 3, 1 ss.
- SALIMBENI M. T., *Nuove tecnologie e rapporto di lavoro: il quadro generale*, in R. De Luca Tamajo - R. Imperiali D’Afflitto - C. Pisani - R. Romei, *Nuove tecnologie*.
- SALIMBENI M. T., *La riforma dell’art. 4 dello Statuto dei lavoratori: l’ambigua risolutezza del legislatore*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2016, I, p. 602
- F. SANTONI – M- RICCI – R. SANTUCCI (A CURA DI), *Il diritto del lavoro all’epoca del Jobs Act*, Esi, 2016.
- SANTORI F. *Lezioni di diritto del lavoro*, Esi, 2016.
- SANTORO PASSARELLI F., *nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995;
- SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995.
- SIMEOLI D., *Dal danno alla persona al danno al lavoratore*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2006, p. 377
- SORO A., *Audizione sugli schemi dei decreti legislativi attuativi del Jobs Act*
- STIZIA A., *Il controllo (del datore di lavoro) sull’attività dei lavoratori: il nuovo art. 4 e il consenso (del lavoratore)*, in *Labour & Law Issues*, vol 2, 1, 2016, p. 85 ss.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, 1992, p. 341 ss.
- TARUFFO M., *La prova nel processo civile*, Giuffrè, 2012
- TIRABOSCHI M. - SEGHEZZI F., *Il Piano nazionale Industria 4.0: una lettura lavoristica*, LLI, 2016, vol. 2, n. 2.

- TROJSI A., *Controllo a distanza (su impianti e strumenti di lavoro) e protezione dei dati del lavoratore*, VTDL, 2016, 4.
- TROJSI A., *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*. Prefazione di Stefano Rodotà, pp. 18-82
- TUCCI E., *Garante per la protezione dei dati personali*, in FI, 2007, III, 214;
- TULLINI P., *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017.
- TULLINI P., *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, RIDL, 2011, II, 89;
- TULLINI P., *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in RIDL, 2009, I, 485.
- TULLINI P., *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, poteri di controllo e trattamento dei dati personali*, Cedam 2010.
- TULLINI P., *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017.
- VALLEBONA A., *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2003
- VENEZIANI B., *Art. 4. Impianti audiovisivi*, in *Lo Statuto dei Lavoratori. Commentario*, diretto da G. Giugni, Giuffrè, 1979, p. 19.
- VENEZIANI B., *Sub art 4*, in G. Giugni (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori, Commentario*, Giuffrè, 1979 p. 18
- VENEZIANI B., *I controlli dell'imprenditore e i contratti di lavoro*, Cacucci, 1975, p. 53;
- VOET J., *Commentarius ad pandectas*, Neapoli, 1778, vol. II, p. 330 e 345
- ZENO-ZENCOVICH V., *Personalità (diritti della)*, in *Digesto disc. Priv. – sez. civ. XIII*, Torino, 1995, p. 430 ss, e in *I diritti della personalità, diritto civile (Lipari-Rescigno)*, I, Milano 2009.
- ZILIO GRANDI G. – BIASI. M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 2016

