



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

Scuola di Alta formazione Dottorale

Corso di Dottorato in Formazione della Persona e Mercato del Lavoro

Ciclo XXXII

Settore scientifico disciplinare IUS 07

TITOLO

Controlli a distanza e tutela della riservatezza: tra bilanciamento di interessi e nuove tecnologie

Supervisore:

Chiar.mo Prof. Michele Tiraboschi

Tesi di Dottorato

Enrico Angelo PITITTO

Matricola n. 1044011

Anno Accademico 2018/19

INDICE

CAPITOLO I POSIZIONE DEL PROBLEMA

- | | | |
|----|------------------------|---|
| 1. | Posizione del problema | 4 |
|----|------------------------|---|

CAPITOLO II LITERATURE REVIEW

- | | | |
|------|---|-----|
| 1. | Le ragioni di una riforma ed il “nuovo” controllo a distanza | 11 |
| 2. | Divieto di controllo a distanza: finalità della norma originaria e prime “impressioni” della dottrina | 16 |
| 2.1. | Le condizioni di legittimità di un controllo “incidentale” | 21 |
| 2.2. | Le principali aporie dell’originario modello statutario | 28 |
| 2.3. | La categorizzazione giurisprudenziale dei c.d. controlli difensivi | 36 |
| 3. | Il “nuovo” articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori e le prime impressioni | 42 |
| 4. | Gli oneri procedurali | 50 |
| 5. | Gli strumenti di lavoro e quelli di registrazione degli accessi e delle presenze | 56 |
| 6. | L’utilizzabilità: declinazione normativa e condizioni | 71 |
| 7. | L’interazione tra la norma statutaria e la disciplina privacy e i suoi assetti fondamentali | 85 |
| 8. | Quali ricadute sui controlli difensivi? | 96 |
| 9. | La fattispecie penale | 103 |

CAPITOLO III PIANO DI LAVORO E METODOLOGIA

- | | | |
|----|-------------------------------|-----|
| 1. | Piano di lavoro e metodologia | 106 |
|----|-------------------------------|-----|

CAPITOLO IV
APPORTO ORIGINALE E RISULTATI DELLA RICERCA

| | | |
|----|--|-----|
| 1. | L'articolo 4 nella realtà concreta attraverso le posizioni degli attori in campo | 109 |
| 2. | Il controllo a distanza e le implicazioni tecnologiche: la geolocalizzazione | 111 |
| 3. | La disciplina dei c.d. strumenti di lavoro | 121 |
| 4. | Utilizzabilità del dato e declinazioni applicative | 131 |
| 5. | Dal divieto di controllo alla tutela del dato personale | 138 |
| 6. | Il controllo a distanza tra obiettivi della Legge Delega, finalità del Decreto Legislativo e risultati emergenti | 141 |

CAPITOLO V
CONCLUSIONI

| | | |
|----|---------------------------|-----|
| 1. | Considerazioni conclusive | 145 |
|----|---------------------------|-----|

| | | |
|---------------------|--|-----|
| <i>Bibliografia</i> | | 147 |
|---------------------|--|-----|

CAPITOLO I

POSIZIONE DEL PROBLEMA

Sommario: 1. Posizione del problema.

1. Posizione del problema.

Il presente lavoro di ricerca intende svilupparsi attorno alla delicata, e di crescente interesse, tematica del rapporto tra possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori da parte del datore di lavoro, alla luce dei sempre maggiori mutamenti tecnologici che interessano il contesto lavorativo, e tutela della riservatezza del lavoratore, che costituisce in tale ambito il parametro di riferimento contrapposto alle prerogative datoriali.

La libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., che si pone quale necessario presupposto alla efficiente e funzionale gestione dell'impresa da parte del datore di lavoro e «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (cfr. art. 41, comma 2, Cost.), ha incontrato, per quanto attiene al presente campo di indagine, in una logica di contemperamento di interessi contrapposti, nel diritto del lavoratore alla tutela (prevista a vari livelli) della propria sfera di dignità e riservatezza una forte e decisa limitazione sin dall'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori. In altri termini il potere, o per meglio dire la facoltà, di ovvia caratterizzazione datoriale, di controllare a distanza la corretta esecuzione della prestazione lavorativa e più in generale l'attività dei lavoratori, la cui regolamentazione è demandata all'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, e che si colloca nell'ambito del più ampio potere direttivo, in maniera funzionale all'esercizio ed alla realizzazione degli interessi tecnico - organizzativi

dell'impresa, ha da sempre incontrato una serie di vincoli e limitazioni fissati dalla stessa norma volti a tutelare la dignità dei lavoratori.

L'impianto normativo designato dal Legislatore del 1970 aveva infatti configurato all'art. 4 dello Statuto un corpus insieme di limitazioni all'esercizio di tale potere prevedendo all'uopo, e per la realizzazione dei citati scopi di tutela, un generale divieto di utilizzo di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. La medesima norma subordinava inoltre, al secondo comma, alla realizzazione di un accordo collettivo con le rappresentanze sindacali aziendali (o in mancanza di esse con la commissione interna) ovvero, in difetto di esso, alla concessione di apposita autorizzazione amministrativa, la possibilità di installazione di impianti o apparecchiature di controllo dai quali derivasse anche la possibilità di controllo a distanza per esigenze organizzative e produttive ovvero per la sicurezza del lavoro.

L'art. 4 è stato oggetto, come noto, di un importante intervento riformatore operato dal Legislatore tramite i decreti attuativi del c.d. *Jobs Act*. In particolare, la materia di interesse di questa indagine è stata ampiamente riformulata dall'art. 23 del D. Lgs. n. 151/2015, a mezzo del quale è stata operata una completa riscrittura del predetto articolo. La fattispecie in questione, non esplicitandosi più in maniera espressa il generale divieto di controllo a distanza (ma sul punto si rinvia alla trattazione che segue), prevede ora, al primo comma, la possibilità di impiego dei c.d. strumenti, dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza per le esigenze predeterminate dalla stessa legge (esigenze organizzative e produttive, sicurezza del lavoro e tutela del patrimonio aziendale), e di installazione previo rispetto della procedura prevista che si sostanzia sempre nella realizzazione dell'accordo sindacale o, in mancanza, nell'autorizzazione amministrativa. La vera portata innovatrice dell'azione di riforma si palesa maggiormente nei successivi commi 2 e 3, laddove viene prevista, in primo luogo, l'inapplicabilità di quanto sancito al comma 1 agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa

ed agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze; il comma 3, in maniera altrettanto innovativa, stabilisce l'utilizzabilità delle informazioni raccolte a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità di uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal Codice Privacy (D. Lgs. n. 196/2003). Per effetto dell'espresso richiamo operato dall'art. 171 del D. Lgs. n. 196/2003 nei confronti dell'art. 4 Stat. Lav., la violazione delle disposizioni del primo comma di quest'ultimo è punita con la sanzione penale di cui all'art. 38 Stat. Lav.

Tale quadro normativo si configura dunque in stretta ed inscindibile connessione con le disposizioni di cui al Codice Privacy, il quale è stato recentemente novellato dal D. Lgs. n. 101/2018 al fine di armonizzarne le disposizioni con le previsioni di cui al Regolamento UE 2016/679 (c.d. GDPR) evidenziando, pertanto, in maniera assai netta il legame, ed in un certo senso la contrapposizione, tra disciplina dei controlli a distanza e normativa in materia di protezione dei dati personali.

Alla luce di questo primo e parziale richiamo al novellato contesto legislativo di riferimento, utile in questa sede a fissare i primi spunti per un dibattito ed un'analisi della materia, si intende evidenziare come il mutamento del contesto lavorativo, rispetto a quello dei primi anni '70, abbia reso necessario un intervento riformatore in una materia quale il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori che, ponendosi in stretta connessione con il tema della riservatezza e della dignità dei prestatori di lavoro, rappresenta uno degli ambiti più controversi e di difficile regolamentazione all'interno del diritto del lavoro.

Diverse appaiono tuttavia le questioni aperte ed in attesa di organica definizione alla luce del mutato quadro legislativo e delle sempre maggiori esigenze di regolamentazione e di protezione dei dati personali e, in una prospettiva più generale, della riservatezza dell'individuo lavoratore nel costante solco di una logica di contemperamento di posizioni ed interessi contrapposti.

Il mutato assetto legislativo pone infatti nuovi ed interessanti interrogativi i quali si concentrano in prima battuta, così come si evince dal dibattito dottrinario (sul punto v. Cap. II, par. 3), sull'eventuale permanenza di un effettivo divieto di controllo a distanza anche non preterintenzionale. Il "nuovo" articolo 4 impone inoltre una ampia ed approfondita analisi della definizione di «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa» e di «strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze» nonché diverse riflessioni rese necessarie in ragione dell'esclusione dell'applicabilità del comma 1, sia con riferimento alle posizioni espresse dottrina (cfr. Cap. II, par. 5), sia, soprattutto, con riguardo alle declinazioni applicative della novellata disposizione da parte dei principali attori in campo (cfr. Cap. IV, par. 3).

Il corretto posizionamento della questione non può inoltre esimersi dall'analisi del concetto di utilizzabilità delle informazioni acquisite per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro e delle necessarie condizioni poste dal Legislatore a fondamento di detta utilizzabilità che si sostanziano nell'adeguata informazione relativa alle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto previsto dal Codice Privacy. Il tema dell'utilizzabilità ha da sempre suscitato numerosi nodi interpretativi già a partire dalla versione originaria dell'art. 4 Stat. Lav. il quale nulla disponeva in merito (sul punto v. Cap. II, par. 2.2 e 2.3), per dispiegarsi successivamente in maniera innovativa grazie all'intervento di riforma del 2015. Detto profilo di innovazione è infatti analizzato in profondità da diversi autori (cfr. Cap. II, par. 6). In virtù (non solo) dell'espreso richiamo legislativo, si ritiene che il campo di indagine debba concentrarsi in maniera altrettanto approfondita sulle necessarie implicazioni delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali, anche in ragione della piena operatività del Regolamento UE 2016/679 (v. Cap II, par. 7).

Tali prime e diverse istanze di chiarificazione rispetto al tema intervengono in un contesto lavorativo in continuo mutamento,

caratterizzato da un sempre crescente sviluppo tecnologico e da una sempre maggiore difficoltà per il Legislatore di porsi in armonia, o per meglio dire in sincronia, con il contesto stesso.

Le iniziali ed in via di ulteriore sviluppo esigenze di ricerca appena esposte rendono necessaria una approfondita e, per quanto possibile, esaustiva analisi di tutte le questioni “aperte” ed in attesa di puntuale o almeno maggiore qualificazione. La presente indagine cercherà quindi di esplorare l’incerto campo di ricerca che vede coinvolti interessi e fattispecie di contrapposta fattura quali il controllo a distanza, alla luce delle recenti novità normative, e la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore, che, anche alla luce del novellato testo di legge, si caratterizza per l’inscindibile legame ed il doveroso bilanciamento con le prerogative datoriali, cercando altresì di cogliere le nuove prospettive in cui può essere inquadrata la tematica.

In altri termini i notevoli e complessi mutamenti che hanno investito (e stanno investendo) il contesto lavorativo pongono nuovi ed innovativi interrogativi all’interprete, il quale è chiamato ad intraprendere la sua attività ermeneutica sulla scorta di un quadro normativo che non sempre, e non del tutto, risponde con puntualità alle emergenti evenienze. La presente ricerca infatti, muovendo nel solco della novella legislativa e indagando sui possibili nuovi punti di equilibrio e valori oggetto del focus legislativo, cercherà altresì di esaminare la rispondenza della Legge Delega e del conseguente Decreto Legislativo agli obiettivi ed alle finalità ad essi sottesi attraverso il punto di vista degli attori che applicano (e interpretano) la norma e nella prospettiva degli operatori del diritto.

L’impianto originario designato dal Legislatore statutario poneva infatti l’accento sul tendenziale divieto di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori, consentendone una declinazione esclusivamente incidentale per la realizzazione di scopi qualificati dalla stessa legge e fermo restando il rispetto di un preciso *iter* procedurale. Lo scopo della norma, interpretata in una accezione più ampia e di sistema, si sostanziava dunque nella necessità

di tutela della dignità (e della riservatezza) del lavoratore – persona. L’oggetto della disposizione consisteva, per tali ragioni, nel divieto di controllo a distanza, con tutte le conseguenti eccezioni e specificazioni. Tale quadro regolatorio, per come riformato nel 2015, ha indubbiamente tenuto conto (a ragion veduta) dei mutamenti, soprattutto di natura tecnologica e sociale, del mondo del lavoro. Le disposizioni in materia, se già in passato erano caratterizzate da importanti legami con quanto disposto dalla normativa a tutela della privacy, si presentano oggi ancor più inscindibilmente legate con la normativa in materia di riservatezza, anche in virtù degli espressi legami testuali di cui all’art. 4 Stat. Lav. La materia tuttavia, seppur recentemente riformata, non risulta come si vedrà scevra di questioni ancora aperte. Una visione sistematica, che pone in relazione le disposizioni statutarie e la normativa in tema di privacy, sembra condurre ad una nuova, e per certi versi simmetricamente opposta, prospettiva di tutela e di interessi sottesi. Tale lavoro intende a tal fine cercare di evidenziare e mettere per quanto possibile in luce anche questa nuova caratterizzazione prospettica di fondo che sembra affacciarsi sulla materia. Per quanto attiene a tale ultimo profilo si ritiene che occorra porre l’accento sulla dirompente e permeante innovazione che sembra introdursi: la nuova logica alla quale si fa riferimento è quella della tutela del dato personale nel più ampio *genus* della riservatezza. Se in principio infatti la concentrazione del Legislatore era volta al divieto di controllo in un’ottica di contemperamento di interessi, che continua comunque a persistere, la logica che sembra emergere, anche in virtù dei crescenti mutamenti tecnologici e delle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, risulta quella relativa alla protezione ed alla tutela del dato personale ed ai profili che attengono alla sua utilizzabilità.

In altri termini, si intende indagare in merito a tale possibile spostamento del focus di attenzione del Legislatore, il quale sembra altresì sollecitato dalla crescente innovazione tecnologica e degli applicativi informatici, idonei ad immettere nella disponibilità conoscitiva e valutativa del datore di lavoro una mole sempre maggiore di dati ed informazioni.

Il nuovo assetto regolatorio della materia, verrà dunque esaminato dal punto di vista degli operatori del diritto e da quello dei principali attori coinvolti, quali il Garante per la protezione dei dati personali, la giurisprudenza, il Ministero e l'Ispettorato Nazionale del Lavoro. Tali soggetti infatti sono e saranno deputati a declinare la sfera applicativa della novellata disposizione statutaria nel suo rapporto di interazione e integrazione con la normativa posta a protezione dei dati personali. L'analisi, sulla scorta del quadro emergente, verterà altresì sulla valutazione di effettivo raggiungimento degli obiettivi della Legge Delega e del Decreto Legislativo ad essa conseguente. In particolare si cercherà (nel Capitolo IV) di cogliere l'effettivo raggiungimento di quelle esigenze di razionalizzazione e semplificazione poste alla base degli intenti del Legislatore delegato attraverso la disamina delle statuizioni del Garante, di quelle giurisprudenziali e delle posizioni espresse da Ministero e Ispettorato, le quali intervengono rispetto alle diverse questioni sorte in relazione alla novellata disposizione statutaria.

Partendo dunque da tali premesse di indagine, il presente lavoro cercherà di coglierne le portate sostanziali che indubbiamente andranno a permeare la realtà concreta del rapporto di lavoro e della sua disciplina.

CAPITOLO II

LITERATURE REVIEW

Sommario: **1.** Le ragioni di una riforma ed il “nuovo” controllo a distanza. – **2.** Divieto di controllo a distanza: finalità della norma originaria e prime “impressioni” della dottrina. – **2.1.** Le condizioni di legittimità di un controllo “incidentale”. – **2.2.** Le principali aporie dell’originario modello statutario. – **2.3.** La categorizzazione giurisprudenziale dei c.d. controlli difensivi. – **3.** Il “nuovo” articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori e le prime impressioni. - **4.** Gli oneri procedurali. - **5.** Gli strumenti di lavoro e quelli di registrazione degli accessi e delle presenze. - **6.** L’utilizzabilità: declinazione normativa e condizioni. – **7.** L’interazione tra la norma statutaria e la disciplina privacy e i suoi assetti fondamentali. - **8.** Quali ricadute sui controlli difensivi? – **9.** La fattispecie penale.

1. Le ragioni di una riforma ed il “nuovo” controllo a distanza.

Come già accennato nelle pagine che precedono, la materia del controllo a distanza dell’attività dei lavoratori costituisce uno dei terreni più insidiosi nell’ambito del diritto del lavoro.

Come ricordato da E. Barraco, A. Sitzia, *Potere di controllo e Privacy, Lavoro, riservatezza e nuove tecnologie*, Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori Assago (MI), 2016, Capitolo 1 (curato da E. Barraco), p. 2, il dibattito legato alla fissazione di una serie di limiti al potere di controllo del datore di lavoro sull’attività dei dipendenti ed al trattamento dei loro dati personali si è sempre dimostrato acceso e cospicuo (v. *infra*) proprio in ragione della numerosa ed innovativa casistica data dalla realtà fattuale, la quale ha costantemente ricondotto l’interprete ad un progressivo superamento dell’impianto normativo del 1970. L’autore evidenzia come detto impianto sia stato in effetti realizzato nel corso di un’epoca in cui i moderni mezzi tecnologici, con particolare riferimento al *computer*, non potevano ancora configurarsi quali ordinari strumenti di lavoro.

La necessità di una decisa modernizzazione e di un doveroso adeguamento alle mutate caratteristiche del contesto socio - lavorativo era stata altrettanto sottolineata da A. Trojsi, *Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014: tra costruzione del Diritto del lavoro nell'era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – Collective Volumes, 2014, n. 3, pp. 117 e ss. L'autrice infatti, commentando il 7° comma, lett. f), della Legge Delega n. 183/2014, che costituirà il fondamento dell'azione riformatrice dell'art. 4 di cui al citato D. Lgs. n. 151/2015, si soffermava sul corposo fenomeno della c.d. rivoluzione tecnologica, determinata dall'avvento dell'era digitale, che ha interessato (ed interessa) il mondo del lavoro con numerose e trasversali implicazioni. L'analisi proposta ribadiva inoltre come il diritto del lavoro italiano si sia sempre atteggiato con una certa ritrosia rispetto ai grandi mutamenti tecnologici degli ultimi decenni, collocandosi addirittura tra le aree più arretrate dell'ordinamento. Rimarcando le descritte istanze di sincronia rispetto ai mutamenti del contesto, e quasi a voler qualificare come eccessivamente limitato l'intervento della Legge Delega, il contributo sottolineava come il futuro intervento riformatore avrebbe interessato uno specifico aspetto dell'incidenza delle tecnologie sul rapporto di lavoro: quello dei controlli a distanza, di cui all'art. 4 dello Statuto. La norma veniva in tale sede qualificata come «norma - simbolo dell'inadeguatezza dell'ordinamento del lavoro italiano all'evoluzione tecnologica», condividendosi dunque le ragioni di un intervento normativo in materia.

L'obiettivo necessità di una rivisitazione dell'art. 4 Stat. Lav. e di una modifica dei suoi contenuti era stata descritta anche da O. Dessì, *Il controllo a distanza sui lavoratori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 5, la quale evidenziava come in ragione del progresso tecnologico, in dottrina sorsero i primi interrogativi in relazione all'idoneità regolatoria della disposizione statutaria. Le apparecchiature informatiche, largamente diffuse, ed il loro impiego avevano infatti cagionato copiose difficoltà al datore di lavoro nell'ambito del loro utilizzo.

Anche V. Nuzzo, *La protezione dei lavoratori dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 88 – 91, aveva posto l'accento sulle diverse difficoltà di applicazione della versione originaria dell'art. 4 Stat. Lav. a tutti quei fenomeni derivanti dal progresso tecnologico. Il fenomeno di informatizzazione del lavoro, evidenziava infatti l'autrice, avendo messo in crisi la distinzione tra strumenti di lavoro e strumenti di controllo in ragione della capacità di controllo potenziale degli strumenti tecnologici benché non funzionali alla verifica dell'attività, aveva posto in essere una serie di dubbi in relazione all'applicabilità dell'art. 4 Stat. Lav. Se per anni il Legislatore aveva in buona sostanza rimesso alla giurisprudenza la risoluzione di tali questioni, le stesse, unitamente al silenzio dell'articolo in questione relativamente all'utilizzabilità delle informazioni acquisite, hanno condotto alla necessità di riscrittura della disposizione statutaria.

L'obsolescenza e l'anacronismo della originaria versione dell'articolo, in ragione del mutamento del contesto tecnologico rispetto al tempo di emanazione della disposizione statutaria, è stata messa in luce anche da E. Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2015, n. 4, p. 988.

L'art. 4 infatti nella sua originaria formulazione, come altresì ribadito da I. Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *Labour & Law Issues*, Vol. 2, n. 1, 2016, pp. 3 - 4, veniva annoverato tra le disposizioni che necessitavano di un aggiornamento e di un adeguamento proprio alla luce di quell'evoluzione tecnologica che continua a caratterizzare il nostro tempo, tenendo bene a mente come così faticosamente studiosi e giurisprudenza avessero tortuosamente faticato nell'estrarre dalla vecchia norma regole applicative per fattispecie ben lontane (e non immaginabili) dagli intenti del Legislatore del 1970.

Proprio la progressiva ed esponenziale comparsa degli strumenti tecnologici all'interno di una società sempre maggiormente permeata dall'informatica, ha dunque fatto sì che le descritte ed avvertite esigenze inducessero il Parlamento,

mediante la L. n. 183/2014, a delegare il Governo all'emanazione di uno o più Decreti Legislativi «in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro». In particolare, con specifico riferimento alla tematica oggetto della presente indagine, l'art. 1, comma 7, lett. f), della citata Legge Delega ha previsto la «revisione della disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e contemperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore».

Per quanto attiene ai menzionati criteri di revisione della disciplina relativa ai controlli a distanza, a ben vedere, come osservato da E. Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, cit., p. 989, gli stessi appaiono pressoché ripetitivi degli obiettivi di adeguamento al contesto tecnologico e, come di consueto, caratterizzati dalla logica di contemperamento di interessi che aveva connotato la disciplina. La Delega, tuttavia, nulla affermando in merito alla modalità operativa di tale revisione, sollevava le perplessità di una dottrina che si soffermava anche sulle incertezze lessicali ricavabili dal comma 7, lett. f).

Così come sostenuto da A. Trojsi, *Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014: tra costruzione del Diritto del lavoro nell'era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori*, cit., pp. 129 - 130, la Delega, non menzionando tra i temi oggetto di revisione gli impianti audiovisivi espressamente citati nell'art. 4 Stat. Lav., poteva addirittura prestare il fianco ad interpretazioni riduttive escludendo dal campo di applicazione proprio gli stessi impianti audiovisivi. L'autrice, inoltre evidenziava come, qualificandosi gli impianti e gli strumenti di lavoro come oggetto del controllo a distanza, in ragione di quanto previsto dalla Delega ed in un'ottica di eventuale "liberalizzazione" dei controlli stessi, potrebbe configurarsi un deciso cambio di paradigma consistente nel mutamento dell'ottica di qualificazione degli strumenti di lavoro. Questi ultimi da strumenti di controllo diventerebbero infatti oggetto del controllo in parola. Dette perplessità si inserivano peraltro nel generale auspicio di un

intervento che, in maniera complessiva e sistematica, avrebbe dovuto interessare l'adeguamento del diritto del lavoro alla mutata realtà, non circoscrivendosi esclusivamente alla materia dei controlli a distanza dell'attività dei lavoratori.

In ottemperanza a quanto demandato dalla Legge Delega, il Governo, attraverso l'intervento realizzato mediante il D. Lgs. 14 settembre 2015 n. 151 ed in particolare con l'art. 23, ha provveduto ad una completa riscrittura dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori.

La formulazione vigente, declinata dal Legislatore del 2015, subordina, sempre al primo comma, la possibilità di impiego degli impianti audiovisivi o degli altri strumenti dai quali possa derivare anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale, e la loro installazione alla positiva realizzazione di un 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.». Lo stesso articolo prevedeva inoltre che, in mancanza di accordo, l'installazione dei citati impianti e strumenti potesse essere effettuata «previa autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più Direzioni territoriali del lavoro, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.». Proprio questo terzo periodo, è stato oggetto, ad appena un anno di distanza, di una ulteriore e lieve azione riformatrice del Legislatore delegato, la quale ha delineato la versione attualmente in vigore. L'art. 5, comma 2, del D. Lgs. n. 185/2016 ha infatti previsto in tema di autorizzazione amministrativa all'installazione degli impianti e strumenti di controllo che la stessa possa essere concessa dalla sede territoriale dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese multilocalizzate («con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più sedi territoriali»), ad opera della sede centrale dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro. Il primo comma, aggiungendosi un

ulteriore quarto periodo, prevede nella vigente versione che «I provvedimenti di cui al terzo periodo sono definitivi.».

La maggiore incisività dell'azione riformatrice del Legislatore del 2015 ha tuttavia spiegato i suoi effetti più pervasivi al secondo e terzo comma dell'articolo in commento.

In particolare, come anticipato, il citato secondo comma esclude ora l'applicabilità di quanto previsto al primo comma «agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze»; mentre, al terzo ed ultimo comma, si stabilisce, con portata altrettanto innovativa, l'utilizzabilità a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro delle informazioni raccolte ai sensi dei 2 commi precedenti, «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.».

Si evidenzia, da ultimo, come la riforma del 2015, abbia altresì interessato l'art. 171 del D. Lgs. n. 196/2003, con il quale viene ora prevista, anche in ragione dell'intervento del D. Lgs. n. 101/2018, attraverso un espresso rimando legislativo, l'applicabilità della sanzione penale di cui all'art. 38 dello Statuto dei Lavoratori anche per le violazioni delle disposizioni di cui all'art. 4, comma 1, Stat. Lav. (sul punto v. Cap. II, par. 9).

Una volta chiarito il nuovo assetto designato dal Legislatore rispetto all'art. 4 Stat. Lav., si rende necessario, in ottica ricostruttiva, ripercorrere, sempre attraverso le posizioni dottrinarie, la genesi e le declinazioni della disposizione in questione, nonché le principali questioni interpretative sviluppatesi in merito.

2. Divieto di controllo a distanza: finalità della norma originaria e prime “impressioni” della dottrina.

L'introduzione del generale divieto di controlli a distanza dell'attività dei lavoratori, effettuati dal datore di lavoro attraverso l'utilizzo di impianti

audiovisivi e di altre apparecchiature, ha rappresentato dunque una delle disposizioni cardine introdotte dal Legislatore del 1970.

Tale innovazione, la cui versione originaria sarebbe rimasta in vigore per oltre 45 anni, si configurava sin dal principio come limitazione data dalla legge al potere di matrice imprenditoriale di poter controllare a distanza l'attività del prestatore di lavoro.

Come osservato da B. Veneziani, *Art. 4 (Impianti audiovisivi)*, in G. Giugni (diretto da), *Lo Statuto Dei Lavoratori, Commentario*, Giuffrè Editore, 1979, pp. 23 - 24, la stessa finalità della norma in questione era rappresentata dalla imposizione di alcuni limiti all'imprenditore, durante l'esecuzione del contratto di lavoro, in ordine alla facoltà di controllo della prestazione lavorativa del dipendente. Questo stesso potere, ricorda l'autore, discenderebbe in maniera diretta dall'inserimento del lavoratore nell'organizzazione produttiva e la sua legittimazione si sostanzierebbe nella sostanziale dimensione di antecedente logico del potere disciplinare.

Fin dal principio, tuttavia, apparve chiaro come la limitazione di tale potere non implicasse la sua scomparsa dall'ordinamento, o, per meglio dire, la sua relegazione a spazi marginali di operatività. La strategia adottata dal Legislatore statutario fu quella infatti ispirata ad un criterio di razionalizzazione delle modalità del suo esercizio in funzione delle esigenze direttamente provenienti dal rapporto di lavoro.

La stessa genesi del testo legislativo, come puntualmente riportato da G. Pera, *Art. 4 (Impianti Audiovisivi)*, in C. Assanti, G. Pera, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Edizioni Cedam, Padova, 1972, p. 25, si era infatti esplicitata nell'ambito di una serie di proposte, la cui maggioranza prevedeva una formulazione articolata e flessibile. L'autore ricordava infatti come nella sola proposta presentata dall'on. Di Prisco (e da altri parlamentari del PSIUP) fosse in realtà previsto un divieto assoluto nel tema che ci occupa; al contrario, le proposte dell'on. Terrancini e quella Zuccalà muovevano rispettivamente dall'assunto di un divieto di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, realizzato mediante impianti audiovisivi o altre apparecchiature, in assenza di accordo con gli organi

sindacali e dal temperamento del divieto stesso in virtù di alcune deroghe dettate in base alla decisione della commissione intersindacale ivi prevista. Le preoccupazioni dell'epoca erano evidentemente legate alla possibilità di poter legittimare un controllo a distanza, operato in maniera occulta, sull'attività dei prestatori di lavoro, quale ben poteva configurarsi quello realizzato attraverso gli impianti audiovisivi e le altre apparecchiature. Lo stesso G. Pera, ricordando come il controllo realizzato mediante tali apparecchiature potesse essere potenzialmente continuo, vessatorio, idoneo a registrare anche tutti quei momenti di distrazione e disimpegno, naturalmente presenti nel lavoro umano, ha puntualmente sottolineato che il testo legislativo dell'art. 4 Stat. Lav. ha inteso «ridurre l'impegno di lavoro nei limiti di una certa tollerabilità o lassismo, senza esasperazioni di tipo stacanovistico.».

Come è noto infatti, l'art. 4, fin dalla sua versione del '70, ha messo in campo una limitazione ed una procedimentalizzazione dell'esercizio del potere datoriale di controllo a distanza prevedendo una serie di ipotesi di carattere oggettivo (esigenze organizzative e produttive e/o sicurezza del lavoro) ed una serie di condizioni procedurali di legittimità (necessità dell'accordo o dell'autorizzazione) per l'installazione di dette apparecchiature proprio ed esclusivamente per quelle ipotesi oggettive.

Appariva in buona sostanza, fin dall'entrata in vigore della norma, che la stessa fosse volta ad impedire un'attività che avesse come fine principale il costante controllo occulto sui dipendenti nel corso del rapporto di lavoro, riservando spazi di legittimità al controllo a distanza che si fosse posto in una condizione di preterintenzionalità ed accidentalità in quanto conseguente alla realizzazione di qualificate esigenze organizzative, produttive e di sicurezza del lavoro e nel rispetto di precise garanzie procedimentali (accordo o, in mancanza di esso, autorizzazione) per l'installazione degli impianti utili a tale controllo.

Questa impostazione di fondo animava le posizioni dei primi commentatori dello Statuto, i quali sottolineavano che la finalità sottesa alla norma fosse proprio la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore. Lo stesso B. Veneziani, *Art. 4 (Impianti audiovisivi)*, cit., p. 19, ricordava ed evidenziava come

la stessa assolutezza del divieto posta dal primo comma dell'art. 4 si inserisse in quel solco normativo tracciato dallo Statuto a protezione dei valori umani della persona del lavoratore implicati nel rapporto di lavoro. Pur non individuando direttamente il bene giuridico tutelato, risultava evidente, a parere dell'autore, che lo stesso dovesse configurarsi in quella dignità, che, non esplicitamente aggettivata, si sostanziava in una sintesi di valori specificati dallo stesso Statuto all'interno delle diverse disposizioni. La dignità, ad esempio, assumeva le sembianze di libertà di manifestazione del pensiero (art. 1 Stat. Lav.), di riserbo, pudore (art. 6 Stat. Lav.), ovvero di professionalità (art. 13 Stat. Lav.). La limitazione del descritto potere di controllo veniva pertanto perseguita proprio in quanto l'art. 4 delineava le ipotesi in cui il creditore della prestazione lavorativa teneva un comportamento non in linea con quanto previsto dall'art. 1175 c.c.

Una tale visione, legislativamente designata, teneva cioè conto dell'esigenza di salvaguardia della dignità del prestatore di lavoro, muovendosi in un'ottica di contemperamento di tale tutela con la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., posta quale fisiologico presupposto dei poteri dell'imprenditore (di cui agli artt. 2105 e 2106 c.c.). Le limitazioni all'esercizio del potere di controllo (a distanza) rappresentavano dunque una modalità di confinamento, di restrizione, dello stesso potere direttivo. Tra i primi commentatori dello Statuto, con riferimento alla disposizione in esame, G. Pera, *Art. 4 (Impianti Audiovisivi)*, cit., p. 28, osservava come, sebbene apparisse apparentemente fuori luogo parlare di diritto alla riservatezza in relazione al rapporto di lavoro ed alla stessa attività lavorativa, proprio in ragione dell'intrinseca attribuzione datoriale del c.d. potere di controllo, proprio lo Statuto dei Lavoratori, attraverso il combinato delle sue disposizioni, avesse creato una zona di riservatezza possibile nello svolgimento del lavoro. L'autore sottolineava infatti come il contemperamento degli interessi contrapposti fosse stato predisposto dal Legislatore del '70 realizzando le massime garanzie sostanziali e procedurali possibili.

All'interno di una simile ottica di protezione della dignità del lavoratore si inseriva la posizione di P. Ichino, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro, La disciplina giuridica della circolazione delle informazioni*

nell'impresa, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1979, p. 67, il quale poneva l'accento proprio sul divieto di installazione di apparecchiature che rendessero possibile il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e su come lo stesso divieto si sostanziasse (unitamente a quanto previsto dall'art. 2 Stat. Lav.) in una sorta di barriera eretta dalla legge intorno al luogo di lavoro contro le possibili ingerenze esterne ed a tutela dell'interesse dei lavoratori. L'autore si soffermava altresì sull'importante funzione di protezione offerta in maniera diretta dall'art. 4 alla "zona di riservatezza" a cui ogni individuo, e dunque anche il lavoratore all'interno dell'azienda, ha diritto anche al di fuori del proprio domicilio.

Le medesime istanze venivano sottolineate, diversi anni più tardi, sempre dallo stesso P. Ichino, *Il Contratto di lavoro – Vol. III*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 229, laddove si continuava a mettere in luce la tutela operata dall'art. 4 avverso tutte quelle forme di controllo continuo, o comunque attuabile in qualsiasi momento da parte del datore di lavoro. Il lavoratore dunque, proseguiva l'autore, nonostante lo stretto contatto con il creditore della prestazione, necessario proprio per l'utile inserimento nell'organizzazione produttiva, doveva poter godere della già richiamata zona di riservatezza come ogni persona.

La norma in parola, in una fase iniziale e precedente alla sua entrata in vigore, così come ricostruito da G. Pera, *Art. 4 (Impianti Audiovisivi)*, cit., p. 27, era stata tacciata di possibili profili di incostituzionalità con specifico riferimento agli artt. 13 e 41 della Legge Fondamentale. In particolare, secondo la ricostruzione operata dall'autore, già in sede parlamentare l'on. Tomassini aveva avanzato una serie di dubbi circa la compatibilità della soluzione in cantiere con lo stesso art. 13 Cost. in quanto quest'ultima avrebbe violato la garanzia della libertà personale. Lo stesso G. Pera, nell'opera appena citata, smentiva tuttavia tale ricostruzione, evidenziando come attraverso il controllo realizzato mediante impianti audiovisivi o altre apparecchiature non vi fosse in realtà né un comportamento incidente sulla libertà personale, né una aggressione o tantomeno una limitazione nella sfera di intimità della persona. I maggiori dubbi investivano in realtà la compatibilità con l'art. 41 Cost. e, nello specifico, con il principio enunciato in tema di tutela della dignità umana. Indubbiamente, evidenziava l'autore, la sottoposizione al controllo

a distanza non poteva creare giovamento alla dignità della persona. L'apparente conflittualità veniva tuttavia immediatamente risolta in ragione di un'operazione di contemperamento degli interessi coinvolti la quale consente la presenza di forme di controllo assistite da una serie di remore e cautele tollerate dall'ordinamento.

La disposizione statutaria dunque, corredata da questi corollari interpretativi in ordine alla sua finalità ed alla sua logica all'interno del sistema ordinamentale, disciplinava la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori a patto che tale attività fosse realizzata in maniera incidentale rispetto agli scopi qualificati dalla legge e che per la realizzazione degli stessi venissero attuate una serie di garanzie procedimentali. L'inosservanza di quanto stabilito dalla norma in questione veniva così sanzionata in sede penale dall'art. 38 dello Statuto.

2.1. Le condizioni di legittimità di un controllo “incidentale”.

Una volta individuata in maniera implicita nella dignità della persona – lavoratore l'area da tutelare dalle illecite ingerenze del datore di lavoro in tema di controlli a distanza, la legge si preoccupava a quel punto di definire le condizioni che potessero legittimare un controllo a distanza di natura incidentale, preterintenzionale. Come noto infatti l'art. 4, dopo aver esplicitato il divieto di tale tipologia di controllo, ne ammetteva l'esistenza nel caso in cui questo si fosse realizzato in maniera incidentale rispetto ad esigenze qualificate e nel rispetto di un preciso *iter* procedurale.

La legge ammetteva cioè che vi fosse installazione di impianti audiovisivi o altre apparecchiature dai quali derivasse anche la possibilità di effettuare un controllo a distanza dell'attività dei lavoratori soltanto se detti impianti fossero stati richiesti per far fronte ad esigenze organizzative e produttive ovvero di sicurezza del lavoro; l'installazione inoltre sarebbe stata consentita soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, o in mancanza di esse con la commissione interna. In assenza di accordo, su istanza del datore di lavoro, avrebbe provveduto l'Ispettorato del lavoro, che avrebbe altresì dettato

all'occorrenza le modalità per l'uso degli impianti. L'articolo in parola prevedeva inoltre che per gli impianti esistenti, in mancanza di accordo, sottolineandone dunque la necessità anche in tale caso, avrebbe provveduto, entro un anno, l'Ispettorato dettandone le eventuali modalità di adeguamento ed uso. La disposizione prevedeva infine che avverso i provvedimenti dell'Ispettorato del lavoro, il datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza di queste, la commissione interna, oppure i sindacati dei lavoratori di cui al successivo art. 19 potessero ricorrere, entro 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento, al Ministro per il lavoro e la previdenza sociale.

Un simile assetto normativo, come rilevato da B. Veneziani, *Art. 4 (Impianti audiovisivi)*, cit., p. 24, individuava dunque le ipotesi in cui l'esercizio del potere di controllo si collocava in maniera funzionale rispetto al più ampio potere di programmazione ed organizzazione dell'impresa. In ragione della tutela della dignità del lavoratore, lo Statuto tendeva così a porre una serie di argini ai poteri dell'imprenditore.

P. Ichino, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, cit., p. 69, chiariva come l'interesse della persona (lavoratore) veniva in tal modo legittimamente sacrificato in presenza di due requisiti, l'uno di carattere sostanziale, rappresentato dalle citate esigenze datoriali e l'altro di natura procedurale, che consisteva appunto nel rispetto da parte dell'imprenditore di precise modalità procedurali. Lo stesso autore sottolineava come i descritti requisiti dovessero coesistere, evidenziando che l'accordo o l'autorizzazione si sostanziassero in una condizione necessaria, ma non sufficiente, per la legittimità dell'installazione. Infatti, una volta chiarite in astratto quali fossero le esclusive esigenze che legittimavano una installazione idonea a realizzare un controllo incidentale sull'attività dei prestatori di lavoro, la legge si preoccupava immediatamente di individuare nell'accordo concluso con l'attore collettivo e, in via subordinata, nell'autorizzazione concessa dalla Pubblica Amministrazione le ulteriori condizioni legittimanti, di natura procedurale, dell'attività di controllo in questione.

Il Legislatore aveva sin da subito chiarito che tutte le specificazioni rispetto al concreto attestarsi delle esigenze qualificate (organizzative e produttive ovvero di sicurezza del lavoro), nonché quelle relative alle modalità di uso degli impianti di controllo a distanza, fossero determinate in primo luogo dall'accordo concluso con il sindacato (RSA o, in mancanza, commissione interna).

Con specifico riferimento a tale tipologia di accordo collettivo si è sostenuto in dottrina, come affermato da P. Ichino, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, cit., p. 70, che lo stesso rappresentasse uno strumento predisposto dal Legislatore per assicurare la partecipazione degli stessi lavoratori alle decisioni che potessero pregiudicare i loro interessi. In altri termini l'autore poneva l'accento sull'art. 46 Cost. laddove si afferma che «ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro e in armonia con le esigenze della produzione, la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende». Il Legislatore avrebbe così messo in campo uno strumento rientrante tra i «nuovi istituti di libertà» a sostegno dei tradizionali «diritti di libertà», idoneo ad approntare una sorta di difesa dal potere mediante la partecipazione all'esercizio del potere stesso. Tale quadro di contesto avrebbe così realizzato un rafforzamento della tutela della riservatezza del lavoratore attraverso una barriera di difesa più avanzata ed efficiente.

Tale concezione partecipativa rispetto alla questione che ci occupa non era stata invece particolarmente caldeggiata da G. Pera, *Art. 4 (Impianti Audiovisivi)*, cit., p. 29, il quale evidenziava che in realtà il Legislatore avesse optato per la soluzione convenzionale non tanto per dare applicazione all'art. 46 Cost., ma sulla scorta del maggiore rispetto della libertà sindacale che la stessa avrebbe assicurato. L'accordo, dal punto di vista formale e strutturale, si sarebbe configurato, a parere dell'autore, in una pattuizione «unilateralmente sindacale dal lato dei lavoratori» e, in quanto tale, probabilmente riconducibile alla nozione di contratto collettivo.

Il carattere dell'unilaterale vincolatività per il solo datore di lavoro veniva altresì messo in luce da B. Veneziani, *Art. 4 (Impianti audiovisivi)*, cit., p. 25.

Dal punto di vista più strettamente operativo, lo stesso G. Pera, *Art. 4 (Impianti Audiovisivi)*, cit., pp. 31 - 32, evidenziava come, nel caso in cui nell'unità di lavoro di volta in volta interessata fossero sussistite più RSA, non sarebbe stato necessario addivenire ad un accordo con tutte le rappresentanze che vi avrebbero consentito. In tale evenienza infatti, la contrarietà di una sola rappresentanza avrebbe potuto paralizzare l'intero *iter* procedurale di matrice convenzionale, imponendo al datore di lavoro la soluzione dell'autorizzazione amministrativa. In altri termini, riteneva l'autore, sarebbe stato contrario a principi di logica e di buon senso, nonché difforme rispetto ad ogni regolazione di un sistema rappresentativo anche sulla base del IV comma dell'art. 39 Cost., che una sola rappresentanza, eventualmente dotata di scarso peso rappresentativo, potesse vantare una sorta di diritto di veto rispetto alla conclusione dell'accordo. G. Pera, in proposito, osservava altresì come la soluzione più ragionevole e corretta sarebbe stata rappresentata dalla piena legittimità e vigenza di un accordo stipulato da RSA che fossero state in grado di «comprovare la loro maggiore rappresentatività rispetto alla massa del personale interessato». Tale ricostruzione verrà accolta diversi anni dopo dallo stesso Ministero del Lavoro il quale, attraverso la Risposta ad Interpello 5 dicembre 2005 prot. n. 2975, ha chiarito come sia da considerarsi legittimo un accordo concluso con le RSA che rappresentino la maggioranza dei lavoratori, escludendo la necessaria unanimità delle stesse. Se l'unanimità diventasse una condizione necessaria, infatti, anche la rappresentanza più esigua finirebbe con il vanificare, attraverso una opposizione alla sottoscrizione della stessa, un'intesa raggiunta con le altre componenti.

Il richiamo operato dall'originario testo legislativo alle sole RSA o, in mancanza alla commissione interna, non sembra inoltre, a parere di E. Villa, *Accordo sindacale e procedura amministrativa nei controlli a distanza dei lavoratori - Collective agreement and administrative procedures in the discipline concerning remote control on employees*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2016, n. 4, p. 714, escludere la legittimazione di accordo concluso con la RSU. Secondo l'autrice infatti l'istituzione del modello di rappresentanza sindacale unitaria, introdotto successivamente all'emanazione dello Statuto, ha

fatto sì che questa tipologia di rappresentanza subentrasse nell'esercizio di tutte le prerogative spettanti alle RSA e, pertanto, non sarebbe apparsa condivisibile una interpretazione eccessivamente restrittiva basata sul tenore letterale della norma.

In merito a tale previsione legislativa, ed in relazione alla previsione della necessità dell'accordo sindacale, tuttavia, venivano sollevati ulteriori dubbi circa la sua legittimità costituzionale questa volta con riferimento all'art. 39 Cost. G. Pera, *Art. 4 (Impianti Audiovisivi)*, cit., pp. 32 e ss., in proposito si preoccupava di affermare come il Legislatore avesse predisposto una figura di contratto collettivo sostanzialmente obbligatorio per tutti i lavoratori dell'unità coinvolta, a prescindere dalla loro iscrizione sindacale o meno, ed al di fuori del meccanismo di vincolatività dei contratti collettivi previsto dall'art. 39 Cost. In particolare l'autore, partendo dall'assunto che l'art 39 della Legge Fondamentale avesse in mente di configurare un sistema configurato sulla emersione del sindacato giuridicamente riconosciuto a livello categoriale, riteneva che non fosse comunque illegittimo prevedere istanze rappresentative aziendali rispetto a quelle sindacali esterne e designate a compiti circoscritti rispetto all'unità di lavoro, almeno fino a quando si fosse protratta, da parte del Legislatore stesso, la non applicazione del suddetto art. 39. L'autore si preoccupava tuttavia di come un simile assetto di fatto, basato sul modello di rappresentanza sindacale aziendale, potesse comportare che anche sparuti raggruppamenti di lavoratori, che non godono affatto della maggioranza degli interessati e legittimati solo in quanto aderenti alla Confederazioni maggiormente rappresentative (opzione poi abrogata a seguito del referendum del 1995) ovvero firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, sarebbero stati investiti di un potere di concludere accordi vincolanti. Il problema di costituzionalità era altresì posto sul piano della rispondenza al requisito della maggiore rappresentatività che era ontologicamente differente rispetto a quello della consistenza numerica delineato dalla Carta Costituzionale. Tali perplessità in ordine alla costituzionalità del modello convenzionale si affievolivano invece con riguardo alla commissione interna. Tale Organo infatti, sottolineava l'autore, era costituito con metodo elettivo, aperto di

massima alla totalità dei lavoratori e con possibilità di concorrenza delle varie fazioni.

La funzione preminente della pattuizione convenzionale era idonea a rendere lo stesso accordo o meglio, l'esperimento di una trattativa per l'utile conclusione dello stesso, un vero e proprio onere per il datore di lavoro che avesse voluto procedere, per il soddisfacimento delle esigenze qualificate dalla legge, all'installazione di impianti audiovisivi o altre apparecchiature di controllo *ex art. 4 Stat. Lav.*

Come osservato in dottrina e, in particolare, da B. Veneziani, *Art. 4 (Impianti audiovisivi)*, cit., p. 29, la mancanza della negoziazione dovrebbe essere qualificata come una vera e propria condotta antisindacale, suscettibile pertanto di essere repressa ai sensi dell'art. 28 Stat. Lav. Detta disposizione infatti essendo diretta alla tutela di ogni comportamento lesivo della libertà sindacale, ben potrebbe essere invocata a fronte di un rifiuto arbitrario ovvero tendenzioso dell'imprenditore.

L'antisindacalità di una condotta volta ad una capziosa pretermissione dell'onere a trattare è stata ad ogni modo sostenuta anche da C. Zoli, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, L. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in P. Tullini (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. 58, Cedam, Padova, 2010, p. 164, laddove si pone l'accento sulla necessità del negoziato e, naturalmente, non del suo positivo esito.

In difetto di accordo e su istanza del datore di lavoro l'installazione degli impianti idonei a realizzare l'incidentale controllo a distanza sui lavoratori per il principale soddisfacimento delle esigenze descritte dalla legge sarebbe stata autorizzata dall'Ispettorato del lavoro. Tale previsione, così come ricostruito da G. Pera, *Art. 4 (Impianti Audiovisivi)*, cit., p. 35, aveva suscitato già in fase di discussione al Senato una serie di aspre polemiche in quanto vi era chi, come l'on. Naldini, adduceva che la stessa potesse vanificare ciò che era previsto dal primo comma. In sostanza i detrattori della disposizione relativa all'autorizzazione

amministrativa temevano che questa potesse diventare una sorta di incentivo, per un datore di lavoro restio al dialogo sindacale, ad evitare il confronto con l'attore sindacale con conseguente affievolimento delle prerogative dei lavoratori interessati. Se la totale esclusione della soluzione autoritativa di matrice amministrativa avrebbe tendenzialmente potuto comportare un irrobustimento della protezione della posizione dei prestatori di lavoro, è lo stesso autore ad osservare come in effetti la volontà legislativa si sia mossa nella direzione della non totale assoggettabilità dell'installazione degli impianti in questione alla volontà ed al consenso delle rappresentanze dei lavoratori. In un'ottica ancora una volta di contemperamento degli interessi in gioco, nella valutazione del Legislatore, si è così ritenuto di far prevalere, in presenza di determinati presupposti, la tutela dell'iniziativa economica privata che del resto trova anch'essa cittadinanza nella Costituzione.

La richiesta di autorizzazione poteva essere fatta esclusivamente dal datore di lavoro in quanto solo in capo a quest'ultimo può ravvisarsi l'interesse all'installazione ed al successivo utilizzo degli impianti.

Così come specificato da B. Veneziani, *Art. 4 (Impianti audiovisivi)*, cit., p. 31, gli effetti del provvedimento amministrativo concesso in difetto di accordo sindacale sarebbero stati i medesimi rispetto alla pattuizione stessa, e l'autorizzazione si sarebbe sostanziata in un atto di accertamento della Pubblica Amministrazione. Tuttavia, la pronuncia dell'Ispettorato non poteva in alcun modo divenire una integrazione del regolamento contrattuale delle parti, ma doveva al contrario espletare la sua funzione di accertamento della rispondenza dell'organizzazione con le istanze di tutela dei lavoratori. Lo stesso autore, nel dotare l'intervento dell'Ispettorato di una qualificazione giuridica, lo riconduceva al potere di prescrizione e diffida e non tanto a quello di disposizione proprio sulla scorta del principio secondo cui l'Amministrazione avrebbe dovuto impartire, tramite l'autorizzazione, le necessarie istruzioni per l'adempimento ed il rispetto del precetto normativo. Lo stesso tenore letterale dell'art. 4 infatti sia con riferimento ad una nuova installazione, sia con riferimento alla successiva autorizzazione di un impianto esistente, specificava che attraverso il

provvedimento sarebbero state dettate all'occorrenza anche le modalità di uso, o gli eventuali adeguamenti, degli impianti di potenziale controllo a distanza.

La norma in esame dunque delineava un preciso *iter* procedurale per l'installazione ed il conseguente utilizzo degli impianti, individuando altresì le esigenze che ne avrebbero potuto determinare la messa in opera. L'attore collettivo, ontologicamente e fisiologicamente più "vicino" alla situazione da regolare, ed in sua assenza, o in mancanza di accordo, il potere autoritativo pubblico costituivano (e continuano ad essere) i due principali protagonisti nel confronto rispetto alle necessità organizzative del datore di lavoro, le quali non potevano che attestarsi al rispetto di quanto previsto dallo Statuto.

2.2. Le principali aporie dell'originario modello statutario.

Se nelle pagine che precedono è stato sottolineato come l'intervento del Legislatore del 2015 fosse focalizzato all'adeguamento della disposizione normativa al mutato contesto tecnologico ed alla conseguente necessità di contestualizzazione dell'art. 4 a tali nuove circostanze, le obiezioni dei commentatori della disposizione in questione nel corso del tempo non si sono limitate esclusivamente a fare riferimento alla prospettiva "tecnologica" a cui la disposizione stessa ometteva di adeguarsi.

Diversi autori hanno posto infatti numerosi interrogativi inerenti alle numerose aporie che caratterizzavano la norma del '70, sia con riferimento alla sua formulazione letterale che con espresso focus rispetto ai principali risvolti applicativi.

Come ampiamente evidenziato nelle pagine che precedono l'originaria versione dell'art. 4 consentiva l'installazione di impianti e di apparecchiature di controllo, dai quali potesse derivare anche la possibilità di un controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, a condizione che la stessa fosse dettata da esigenze organizzative e produttive o dalla sicurezza del lavoro e che vi fosse un accordo sindacale o, in mancanza, l'autorizzazione amministrativa. Questa impostazione normativa, che esplicitava quindi la astratta possibilità di un controllo

“preterintenzionale”, era stata messa in dubbio in ragione delle possibili criticità che avrebbe potuto comportare.

Come infatti sottolineato da R. Del Punta, *La nuova disciplina sui controlli a distanza sul lavoro (art. 23 D. Lgs. n. 151/2015)*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2016, fasc. 1, p. 79, la stessa implicazione del concetto di “preterintenzionalità” avrebbe dovuto comportare una indagine, per nulla agevole, sull’elemento soggettivo del datore di lavoro. Tuttavia, tale indagine, non si era mai configurata quale elemento emergente all’interno delle aule giudiziarie, né, per come sottolineato dallo stesso autore, avrebbe avuto alcun senso. La presunta finalità perseguita dall’autore dell’atto non poteva dunque essere colta per il tramite della ricostruzione del c.d. “giustificato motivo” posto alla base dell’installazione delle apparecchiature di controllo (le esigenze qualificate), altresì limitativo delle prerogative datoriali. In altri termini il concetto di finalità non poteva essere in alcun modo correttamente inquadrato (se anche fosse stato utile farlo) grazie alla formulazione testuale dell’articolo, il quale, attraverso una classica tecnica legislativa, aveva inteso operare, una comune limitazione del potere datoriale di controllo a distanza. Lo stesso autore, inoltre, ritiene che il principale problema che caratterizzava la prima versione della norma risiedesse nella pressoché totale assenza di qualsiasi cenno relativo alla utilizzabilità delle informazioni raccolte da tale controllo preterintenzionale. Se si fosse infatti adottata una visione del tutto radicale, le informazioni eventualmente raccolte sarebbero state del tutto inutilizzabili, mentre, al contrario, se tale raccolta fosse stata consentita, la disposizione non avrebbe di certo agevolato l’interprete in relazione all’utilizzabilità delle informazioni stesse. A parere dell’autore la versione più radicale con conseguente inutilizzabilità delle informazioni raccolte si sarebbe mostrata più attendibile rispetto al dettato normativo: se infatti la norma vietava espressamente il controllo a distanza, come si sarebbe potuto giustificare l’utilizzo delle informazioni raccolte per altri fini rispetto a quelli di controllo da parte del datore di lavoro? Non vi è dubbio che una simile impostazione sarebbe stata oggetto di numerosi correttivi giurisprudenziali (sul punto v. *infra*) dettati proprio dalla preoccupazione della scoperta di eventuali illeciti dei lavoratori. Per

come evidenziato da R. Del Punta, peraltro, la crisi del modello statutario era ulteriormente messa in luce dall'avvento di *computer*, *smartphone* e *tablet*, che, in una prospettiva che va oltre la mera constatazione dell'avanzamento tecnologico, hanno fatto sì che venisse a cadere, o quanto meno ad assottigliarsi, la distinzione tra strumenti di controllo e strumenti di lavoro, anche in ragione della loro potenzialità di tracciamento rispetto all'operato del lavoratore.

La bontà della ricostruzione relativa al citato concetto di preterintenzionalità, che mal si conciliava con la nozione di utilizzabilità delle informazioni raccolte, soprattutto in ragione di alcuni assestamenti giurisprudenziali (v. *infra*) i quali finivano con l'ammettere l'utilizzo delle informazioni raccolte sia pure entro certi limiti, è stata messa in discussione anche da M. T. Salimbeni, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2015, fasc. 4, pp. 590 - 591. Nell'ambito di un articolato percorso logico l'autrice afferma infatti come apparecchiature destinate al soddisfacimento di esigenze organizzative e produttive o di sicurezza sul lavoro, dalle quali solo incidentalmente poteva derivare la mera possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, e la cui installazione era in ogni caso subordinata alla positiva conclusione di un accordo sindacale o, in mancanza, di un'autorizzazione amministrativa, mai potevano configurarsi quali strumenti di controllo dell'attività dei prestatori di lavoro. Apparecchiature destinate al controllo a distanza non potevano pertanto trovare cittadinanza alcuna in azienda; al contrario, strumenti in cui la possibilità di controllo si configura quale meramente potenziale, in ragione del soddisfacimento di interessi qualificati e di particolari oneri procedurali, finivano con l'essere tollerati. La scarsa adeguatezza, o, per meglio dire, la complessa opera di adeguamento della versione originaria dell'art. 4 ai mutamenti del contesto, anche in virtù di questa serie di nodi non del tutto risolti, veniva dunque ricondotta a tre principali linee interpretative. Per come delineato dall'autrice infatti, da un lato si sosteneva come la norma non fosse in alcun modo in grado di far fronte ai grandi e soprattutto rapidi cambiamenti tecnologici soprattutto con riferimento alla possibilità di tracciamento dei dati dei dipendenti ed alla pervasiva raccolta di informazioni,

mentre, diversamente, si evidenziava come la formula del Legislatore del '70 fosse così ampia da ricondurre nell'alveo della tutela tutte quelle forme di potenziale controllo a distanza anche non offensive e che la stessa finisse col diventare limitante rispetto all'organizzazione dell'attività produttiva. In via mediana si collocava invece quella ricostruzione secondo cui l'art. 4 era in realtà connotato da intrinseca capacità di resistenza e adattamento alla nuova realtà grazie alla sua impostazione teleologicamente determinata ma finalisticamente aperta. Quest'ultima linea ricostruttiva consentiva infatti di far rientrare nell'area oggetto della protezione anche quelle condotte non astrattamente prevedibili dal Legislatore statutario (ad esempio legate agli strumenti informatici), senza tuttavia pregiudicare le esigenze datoriali. Questa operazione, inscindibilmente legata al concetto di utilizzabilità delle informazioni eventualmente raccolte, era stata resa possibile dall'intervento della giurisprudenza la quale, cercando di colmare quei vuoti lasciati dall'impianto normativo, aveva finito per legittimare, come si vedrà in seguito, il controllo legato alla individuazione degli illeciti dei dipendenti ed alla conseguente utilizzabilità delle informazioni ricavate grazie ad esso.

Le numerose criticità dell'originaria normativa in commento erano state altresì oggetto di indagine da parte di C. Zoli, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, L. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, fasc. 4, pp. 485 e ss. L'autore infatti, pur senza alcuna pretesa risolutiva, poneva l'accento sulla complessità della materia e sulla sua caratterizzazione quale teatro di incontro tra interessi e prerogative contrapposti, quali tutela della riservatezza e della dignità e libertà di iniziativa economica. In particolare, ancora una volta, il principale nodo da sciogliere secondo C. Zoli era rappresentato dall'inquadramento di tutti quei comportamenti negligenti e illeciti adottati dal lavoratore, la cui emersione risultava ancora più evidente grazie all'intervento di quei sistemi tecnologici nell'ambito dell'organizzazione lavorativa e la cui repressione, se si concepiva l'art. 4 dello Statuto come una norma prevenzionistica, risultava assai ardua. Come ricordato dallo stesso autore infatti, la disposizione in questione mirava a mantenere il controllo all'interno di una dimensione umana e non esasperata dall'utilizzo di

tecnologie, suscettibile di realizzare l'eliminazione di qualsivoglia zona di riservatezza sul luogo di lavoro. Condividendo l'impostazione teleologicamente determinata e strutturalmente aperta della norma, di cui si è detto, che faceva leva sia sul divieto di scopo che sulla potenziale lesività dei beni protetti, l'autore si concentrava sul fondamentale (ed all'epoca irrisolto) nodo relativo all'utilizzabilità dei dati eventualmente raccolti in maniera preterintenzionale. Qualificandosi infatti il divieto di controllo a distanza quale diritto soggettivo per il lavoratore, e non essendo tale diritto soggetto ad affievolimento alcuno neanche in presenza delle condizioni di cui al secondo comma della disposizione, gli unici profili di utilizzabilità in astratta configurabili potevano essere quelli conseguenti all'acquisizione di informazioni relative a condotte illecite del lavoratore le quali, per loro stessa natura, esulavano dall'adempimento della prestazione lavorativa ed assumevano autonomo rilievo. In ragione di tali presupposti, della stessa insuperabilità testuale di quanto stabilito dalla versione originaria dell'art. 4 e, soprattutto, della necessità di evitare forme di controllo occulto realizzate grazie agli strumenti informatici di nuovo utilizzo, lo stesso autore auspicava un intervento legislativo in merito. Nello specifico, detto intervento avrebbe dovuto chiarire per quanto possibile tutti questi profili, anche provando a spostare il focus dell'attenzione sul bene tutelato e non tanto sulla regolamentazione concreta di casistiche le quali, per loro stessa connotazione, sono difficilmente prevedibili e rapidamente destinate all'obsolescenza, tenendo tuttavia sempre presente il fondamentale ruolo autorizzatorio dell'accordo sindacale o della stessa azione amministrativa. Questa tipologia di intervento, a parere dell'autore, non avrebbe mai dovuto tradursi nella configurazione di disponibilità dei diritti di rango costituzionale dei lavoratori anche nel caso di intervento delle rappresentanze sindacali o di autorità amministrative indipendenti, quali il Garante per la privacy, o addirittura l'Ispettorato del Lavoro, e neanche nel caso in cui vi fosse stata prestazione del consenso da parte dello stesso lavoratore.

In una prospettiva leggermente differente, almeno nei suoi iniziali assunti, si poneva chi riscontrava la difficile aderenza dell'originaria versione statutaria dell'art. 4 con riferimento alla mutevolezza del contesto circostante. In proposito

R. Lattanzi, *Dallo Statuto dei Lavoratori alla disciplina di protezione dei dati personali*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2011, fasc. 1, pp. 151 e ss., riflettendo sui possibili elementi di discontinuità del contesto più recente rispetto all'entrata in vigore dello Statuto, evidenziava come gli stessi si sostanziassero principalmente nella dislocabilità delle informazioni dei lavoratori al di fuori del contesto nazionale (ed europeo), che comportava l'affievolimento del controllo della liceità dell'operazione di acquisizione, e nell'avvento delle nuove tecnologie all'interno del contesto lavorativo che avrebbero reso più agevole non solo il controllo dell'attività del lavoratore, ma anche la raccolta delle stesse informazioni. Ponendo il focus sul secondo dei due descritti elementi, l'autore sottolineava quanto i processi di interazione con gli strumenti informatici consentissero forme di rilevazione sino a poco tempo prima sconosciute e quanto questi stessi processi non facessero che incrementare una sorta di area clandestina di difficile qualificazione in termini di liceità dei controlli effettuati. Con specifico riferimento ai controlli a distanza ed alle difficoltà regolatorie legate a tale evoluzione del contesto, il ragionamento non poteva che rivolgersi alla attualità dello stesso originario art. 4. L'autore in proposito rimarcava come da un lato vi fosse un orientamento che prediligeva una lettura sostanzialmente neutra della norma la quale finiva col tradursi in una sorta di impermeabilità rispetto ai mutamenti tecnologici, mentre, dall'altro si paventava la necessità di un adeguamento legislativo originariamente dettato per una realtà tecnologicamente meno complessa. Tutte queste incertezze interpretative, legate anche alle delicate questioni poste dai c.d. controlli difensivi, i quali, come si vedrà in seguito, si ponevano (e si pongono tuttora) quale corollario di non agevole collocazione, facevano caldeggiare, a parere dell'autore, l'ipotesi di collocazione di una linea di netta demarcazione, svincolata dal caso concreto, tra le attività che possono essere effettuate dal datore di lavoro e quelle invece illecite. In un simile quadro ricostruttivo R. Lattanzi sottolineava pertanto come un possibile elemento di risoluzione dell'intricata questione potesse essere rappresentato dall'adozione del "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 ...” di cui all’art. 111 del (previgente) D. Lgs. n. 196/2003 (disposizione inattuata). Detto strumento sarebbe stato idoneo a fornire una regolazione flessibile della materia, in ragione della sua fisionomia che lo avrebbe altresì reso adatto ai periodici e necessari adattamenti ed integrazioni.

Le incertezze che caratterizzavano una norma rimasta inalterata per oltre 45 anni interessavano altresì anche l’ambito più strettamente applicativo. Per come evidenziato da A. Maresca, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2016, fasc. 4, p. 512, sebbene le obsolescenze della versione originaria della norma in parola fossero state sollevate con preminente riferimento alla mancanza di adeguatezza rispetto ai mutamenti tecnologici, il maggiore paradosso poteva riscontrarsi nella modalità di tutela accordata al lavoratore. In buona sostanza l’autore intendeva fare riferimento proprio alla mancata attuazione del meccanismo di cui al secondo comma in considerazione dei comportamenti empirici di imprese e sindacati. Gli attori in gioco infatti, accomunati da una sostanziale inerzia, da un lato molto spesso neppure avviavano la trattativa, mentre, e dall’altro, a livello di rappresentanze sindacali, non si dolevano della omissione datoriale considerato anche lo scarso interesse per negoziati di non agevole gestione. Tale mancata attuazione, astrattamente idonea a favorire le sorti di un lavoratore inadempiente, comportava anche in concreto che le violazioni rispetto all’acquisizione di informazioni e dati fossero commesse proprio dal datore di lavoro. Pertanto i controlli a distanza si diffondevano e si moltiplicavano nella totale assenza delle precise condizioni procedurali dettate dalla norma e tutto ciò si traduceva nell’illeceità dell’operazione datoriale e nella paradossale impunità di cui potevano giovare i singoli lavoratori che avevano commesso illeciti anche gravi. L’autore, evidenziando l’inefficienza della disposizione, ne rimarcava dunque la scarsa attitudine alla tutela della riservatezza della generalità dei lavoratori e altresì ne esaltava l’utilizzo quale “scudo individuale” rispetto al contrasto di iniziative disciplinari illecite messe in pratica dal datore di lavoro.

Il mancato pieno funzionamento del meccanismo auspicato dal Legislatore statutario veniva inoltre descritto da P. Pizzuti, *Controlli a distanza e organizzazione aziendale*, in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, n. 7/luglio 2017, pp. 455 - 456, il quale individuava tre principali ordini di ragioni in merito. In primo luogo la versione originaria dell'art. 4 non offriva una chiara differenziazione dei contenuti dei controlli vietati di cui al primo comma rispetto a quelli consentiti, in presenza delle esigenze qualificate dalla legge ed in ottemperanza di uno specifico *iter* procedurale, di cui al secondo comma. Questa mancata chiarezza aveva comportato che solo grazie all'intervento della giurisprudenza i controlli consentiti si sarebbero connotati del carattere della preterintenzionalità, ovvero della incidenza solo accidentale sull'attività lavorativa. Questa impostazione sarà del resto prodromica rispetto alla "creazione" della categoria dei c.d. controlli difensivi. La seconda questione sollevata dall'autore interessava invece il correlato concetto di utilizzabilità delle informazioni ottenute tramite l'esperimento dei controlli a distanza, che il Legislatore aveva ommesso di trattare e che era stato altresì oggetto di interpretazioni non univoche in sede giurisprudenziale. Questo stato di cose aveva di fatto disincentivato gli stessi datori di lavoro ad avviare le trattative sindacali per l'installazione degli impianti e la situazione di stallo venutasi a creare era stata accettata in qualche misura sia dai lavoratori, i quali potevano beneficiare di una inutilizzabilità disciplinare di informazioni acquisite per il tramite di strumenti non autorizzati, che dagli stessi sindacati, i quali non si vedevano coinvolti in complesse trattative. Il terzo ordine di criticità veniva invece mosso con riferimento alla mancanza di adeguatezza della norma rispetto agli strumenti informatici ormai così ampiamente diffusi nel mondo lavorativo. L'avvento di tali strumenti rendeva infatti assai complicata la distinzione tra strumento di lavoro e strumento di controllo, al contrario di quanto immaginato dal Legislatore del 1970, il quale aveva essenzialmente concepito il divieto di controllo realizzato da strumenti che erano deputati a tale scopo e non utilizzati per eseguire la prestazione. L'avvento delle nuove tecnologie aveva dunque eccessivamente mutato il quadro di riferimento in cui si era palesata l'originaria disciplina legale.

2.3. La categorizzazione giurisprudenziale dei c.d. controlli difensivi.

Le evidenziate aporie della prima versione della disposizione statutaria, come si è avuto modo di descrivere nelle pagine che precedono, erano in buona sostanza accomunate da un presupposto comune. La norma infatti ometteva di disciplinare le condizioni di eventuale utilizzabilità delle informazioni raccolte tramite i controlli a distanza e nulla affermava con riferimento all'ipotesi di scoperta da parte del datore di lavoro di illeciti commessi dal lavoratore.

Posta di fronte a tali incertezze applicative, derivanti soprattutto da tutte quelle situazioni in cui il presupposto di un intimato provvedimento disciplinare, anche di un licenziamento, fossero proprio informazioni acquisite mediante controlli a distanza, la giurisprudenza aveva iniziato ad ammettere la liceità dell'operato datoriale nel caso in cui lo stesso fosse stato determinato dalla individuazione e conseguente sanzione di condotte illecite dei lavoratori. In altri termini, specie con riguardo ai dati acquisiti da strumenti informatici, si era ammessa la loro utilizzazione se il controllo in questione fosse stato determinato da esigenze di tipo "difensivo", destinate cioè alla difesa dagli illeciti commessi dal lavoratore. Grazie ad un controllo effettuato necessariamente (ed ontologicamente) *ex post* si sarebbe potuta accertare la precedente commissione di un illecito.

Questo filone giurisprudenziale, che negli anni ha percorso strade non sempre lineari ed uniformi, ha peraltro intersecato la diffidenza di una dottrina la quale, mossa dalla preoccupazione di una sostanziale legittimazione di un controllo occulto da parte del datore di lavoro, ne evidenziava contraddizioni e limiti.

Come osservato da R. Del Punta, *La nuova disciplina sui controlli a distanza sul lavoro (art. 23 D. Lgs. n. 151/2015)*, cit. p. 81, legittimare il controllo sia pure difensivo avrebbe comportato la sostanziale ammissione di un controllo *tout court* specie in relazione a tutte quelle ipotesi in cui a seguito dell'acquisizione delle informazioni non vi fosse stata scoperta di alcun comportamento illecito. Lo stesso autore, offrendo una puntuale ricostruzione dell'intricato percorso giurisprudenziale, descriveva come esso fosse stato caratterizzato da una partenza

decisamente forte. Con una pronuncia del 2002 infatti la Corte di Cassazione aveva chiarito che l'operatività del divieto di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, di cui all'art. 4 dello Statuto (versione originaria) era esclusivamente legata all'ipotesi di controllo riguardante in maniera diretta o indiretta l'attività lavorativa; dovevano pertanto ritenersi al di fuori dell'ambito di applicazione della norma tutti quei controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore (c.d. controlli difensivi), tra i quali, a parere dei Giudici di Legittimità, rientravano i sistemi di controllo dell'accesso ad aree riservate o gli apparecchi di rilevazione di telefonate ingiustificate. Il controllo difensivo qui descritto, dai confini decisamente ampi, si estendeva dunque a tutte quelle condotte, anche contrattuali, caratterizzate da illiceità. Come tuttavia osservato dallo stesso R. Del Punta, era palese la fallacia della ricostruzione della Corte la quale comportava la paradossale conseguenza secondo cui per l'accertamento di condotte illecite poste in essere durante il lavoro, fosse comunque necessario un controllo avente ad oggetto l'attività lavorativa e, pertanto, vi sarebbe stata una sostanziale disapplicazione dell'art. 4. La successiva pronuncia del 2007 presa in esame dall'autore si mostrava invece leggermente correttiva del tiro iniziale. Con riferimento ad un caso relativo all'utilizzo di un *badge* aziendale, la Cassazione aveva precisato che l'uso delle informazioni acquisite dallo strumento fosse consentito nell'esclusiva ipotesi in cui vi fosse a monte, *ex art. 4, comma 2, Stat. Lav.*, un accordo sindacale o un'autorizzazione amministrativa. La Corte aveva in ogni caso puntualizzato come fossero esclusi dal perimetro dell'art. 4 quei controlli difensivi relativi ai beni estranei al rapporto di lavoro e, inoltre, a parere dell'autore, sembrava per la prima volta aver specificato quanto non fosse mai stato detto dallo stesso art. 4. In altri termini la Cassazione aveva affermato che i dati raccolti sulla base di un'attività di controllo a distanza autorizzata da un previo accordo sindacale o, in mancanza, da un provvedimento amministrativo, fossero utilizzabili anche a fini disciplinari. Nell'ambito di un simile ordine di idee si era mossa anche una ulteriore pronuncia del 2010, nella quale erano state ritenute inutilizzabili le informazioni di indebiti ed illegittimi accessi ad internet da parte del lavoratore in assenza di accordo o autorizzazione. La Corte

specificava comunque che vi sarebbe stata una conclusione diversa della vicenda se l'illecito commesso avesse riguardato un bene estraneo al rapporto di lavoro, che, in quanto tale, avrebbe comportato la non applicabilità dell'art. 4. Nel rimarcare la non unitarietà degli assestamenti giurisprudenziali, l'autore, citava alcune sentenze emanate qualche anno più tardi, nel 2012, dalla Cassazione. Nella prima la Suprema Corte, relativamente ad un caso di illecita diffusione a mezzo *mail* di informazioni aziendali riservate e di realizzazione di ulteriori operazioni illecite, si era espressa, aderendo in modo più univoco all'orientamento precedente, nel senso di un'ammissibilità dei controlli difensivi e di una utilizzazione ai fini disciplinari delle informazioni acquisite grazie a tali controlli senza il rispetto delle garanzie procedurali e dell'art. 4 in generale se le condotte illecite avessero avuto ad oggetto beni estranei al rapporto di lavoro. Tra i beni estranei al rapporto di lavoro, le cui condotte lesive restavano pertanto al di fuori della sfera di azione dell'art. 4, dovevano essere ricompresi anche il patrimonio e l'immagine aziendale. Nella seconda sentenza, di soli pochi mesi successiva, la stessa Corte tuttavia sembrava correggere il tiro. Pronunciandosi in un caso relativo a controlli difensivi realizzati tramite un sistema informatico, la Cassazione evidenziava come gli stessi dovessero essere sempre e comunque caratterizzati dal presupposto dell'accordo sindacale o, in mancanza, dell'autorizzazione amministrativa e, soprattutto, come non potessero mai interessare la sfera della prestazione lavorativa dei singoli lavoratori. Proprio questo ultimo passaggio, così come evidenziato dallo stesso R. Del Punta, dava traccia dello scostamento rispetto al precedente *iter* argomentativo. La Cassazione infatti, pur richiamando il suo stesso precedente del 2010, e pur volendo apparentemente darvi continuità, precisava che anche se l'autorizzazione (sindacale o amministrativa) vi fosse stata, non si sarebbe potuto effettuare un controllo difensivo su un inadempimento contrattuale, nel senso che lo stesso non avrebbe potuto dare luogo ad informazioni utilizzabili. Risultava peraltro abbastanza significativo che all'interno della pronuncia venisse data significatività alla modalità di effettuazione dei controlli difensivi; la Corte infatti aveva rimarcato come non fossero stati predisposti idonei sistemi di filtraggio delle

telefonate oggetto di controllo. Le non linearità giurisprudenziali emergevano infine per il tramite di una sentenza del 2015, attraverso la quale era stata ammessa la legittimità di un licenziamento intimato ad un lavoratore che aveva indebitamente, durante l'orario di lavoro, intrattenuto una conversazione con un falso profilo *Facebook* creato *ad hoc* dal datore di lavoro al fine di accertare presunti comportamenti illeciti. Nella qualificazione di legittimità dell'operato datoriale la Corte, quasi a voler ritornare con itinerari diversi a quei primi approdi cui era pervenuta nel 2002, rimarcava come per controllo difensivo dovesse essere inteso quello volto ad accertare e sanzionare comportamenti idonei a ledere il patrimonio aziendale sotto il profilo del regolare funzionamento e della sicurezza degli impianti. In buona sostanza la Cassazione ribadiva la bontà del controllo difensivo, sia pure con riferimento alla tutela del patrimonio, anche nel caso in cui lo stesso si fosse rivolto a meri inadempimenti contrattuali.

L'incertezza e la scarsa linearità di tali orientamenti era stata rilevata altresì da P. Pizzuti, *Controlli a distanza e organizzazione aziendale*, cit., p. 456, il quale evidenziava come spesso i criteri utilizzati dalla stessa giurisprudenza non figurassero quali uniformi. Non potevano pertanto delimitarsi in maniera netta i confini di applicabilità della norma, specie con riferimento a tutte quelle forme di controllo, ritenute lecite in sede giudiziale, escluse da qualsivoglia forma di limitazione legale in quanto volte alla repressione di illeciti offensivi del patrimonio aziendale, sia materiale che immateriale, altresì inclusivo, come segnalato anche in precedenza, del regolare funzionamento e della sicurezza degli impianti. Questa condizione di perdurante incertezza operativa comportava, a parere dello stesso autore e come si è già avuto modo di osservare, una generalizzata rinuncia ad avviare lo stesso *iter* procedurale autorizzativo dei controlli.

Analoghe perplessità relativamente alla categoria di creazione giurisprudenziale erano state sollevate da C. Zoli, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, L. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, cit., p. 491. In particolare, in tale sede, l'autore, sottolineando la non facile delimitazione dell'area dei controlli difensivi, se da un lato ne esplicitava la

rispondenza ad un ragionevole principio di contemperamento di interessi contrapposti, dall'altro ne palesava il fondamento su argomentazioni arbitrarie ed in qualche misura contraddittorie. Le principali perplessità si fondavano sulla circostanza secondo cui un controllo volto all'accertamento di un illecito avrebbe indubbiamente consentito in maniera contestuale un accertamento relativo al corretto adempimento della prestazione lavorativa o degli altri obblighi di cui sono gravati i dipendenti. Ulteriori elementi di criticità venivano inoltre riscontrati anche dal punto di vista più strettamente logico: l'eventuale legittimità del controllo sarebbe stata verificabile necessariamente con una valutazione *ex post* e, nel solo caso in cui si sarebbe esclusa la commissione di un illecito, l'esercizio del descritto potere di controllo sarebbe stato connotato da illegittimità, senza, tuttavia, la possibilità di sanzione. Non pareva dunque che la Suprema Corte avesse fornito elementi in qualche misura risolutivi della questione di fondo la quale avrebbe trovato una possibile via di uscita se fossero stati forniti elementi utili a regolamentare l'attività di controllo potenzialmente effettuabile da parte del datore di lavoro in luogo di una regolamentazione relativa ad elementi acquisiti soltanto a valle dell'attività di controllo. L'autore, nel rimarcare come il controllo che avesse avuto ad oggetto illeciti relativi anche all'esatto adempimento della prestazione lavorativa avrebbe dovuto essere comunque soggetto a procedura autorizzativa, ferma restando l'inutilizzabilità a fini disciplinari nel caso di controlli illegittimi o sanzionatori di meri inadempimenti contrattuali, si preoccupava in ogni caso di escludere l'automatica legittimità della natura difensiva del controllo.

La difficile riconducibilità dei controlli difensivi allo schema delineato dalla vecchia formulazione dell'art. 4 era stata delineata anche da R. Lattanzi, *Dallo Statuto dei Lavoratori alla disciplina di protezione dei dati personali*, cit., p. 155, il quale riscontrava come il tenore letterale della norma in questione non lasciasse trasparire alcun elemento di possibile genesi della suddetta tipologia di controlli. L'autore, lamentando la mancata risoluzione a livello prettamente legislativo dei nodi lasciati insoluti dall'articolo statutario, denunciava come la stessa giurisprudenza avesse in realtà, seppur dopo i primi indirizzi più audaci, effettuato

alcuni ripensamenti muovendo verso una dimensione più meditata ed in ogni caso simbolo di mancato consolidamento delle posizioni emerse.

La nozione di controlli difensivi, strettamente connessa alla scarsa linearità del concetto stesso, veniva inoltre ripresa da P. Tullini, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2009, fasc. 3, pp. 324 - 325, la quale, rimarcando come la stessa genesi concettuale della nozione fosse probabilmente legata all'*impasse* interpretativa legata alla norma, si concentrava sul possibile slancio dato al fenomeno grazie all'avvento degli strumenti informatici. In particolare, lo sviluppo crescente di forme di comunicazione elettronica o di forme di rilevazione delle comunicazioni stesse aveva palesato la punibilità di una serie di condotte sia del tutto slegate dalle mansioni affidate al lavoratore, sia, in qualche misura, connesse o comunque patologicamente legate all'adempimento della prestazione, specie in tutti quei casi in cui la prestazione non poteva che essere eseguita per il tramite di strumenti informatici (si pensi ai telefoni o, ancora di più, ad internet ed alla posta elettronica). Con riferimento a detti strumenti infatti ed ai controlli effettuati per il loro tramite, precisava l'autrice, alcune pronunce di merito avevano escluso i possibili profili di illiceità sulla base della mancanza del carattere di personalità e segretezza dei beni. Evidenziando inoltre come gli stessi controlli difensivi non costituissero una sorta di corpo estraneo rispetto al sistema predisposto dallo Statuto, quanto piuttosto una *species* da ricondurre all'alveo dei controlli preterintenzionali, l'autrice intendeva dunque subordinarne la messa in pratica al presupposto della procedura sindacale. Al netto di tale sforzo interpretativo non scomparivano tuttavia del tutto le perplessità intrinsecamente legate alla categoria; la stessa idea di controllo, realizzato a posteriori infatti e con l'ausilio di apparecchiature elettroniche, avrebbe ad ogni modo comportato l'effettuazione di un monitoraggio e di una sorveglianza dei lavoratori. Le informazioni raccolte, relative alla possibile commissione di un illecito extra-professionale, avrebbero quindi avuto una incidenza probatoria dell'inadempimento del lavoratore. Questo intrinseco, ed in qualche misura obbligato, legame avrebbe pertanto ridotto sempre di più la distinzione tra

l'interesse organizzativo – produttivo e quello creditorio volto alla sorveglianza sulla corretta esecuzione della prestazione. La diffusione degli strumenti informatici in altri termini avrebbe comportato una maggiore e crescente ammissibilità di questo tipo di controlli, proprio in ragione delle rinnovate modalità di svolgimento della prestazione lavorativa. Con riferimento a quest'ultimo aspetto le perplessità dell'autrice spiegavano la loro forza critica nel momento in cui si denunciava come la prospettiva di carattere difensivo dei controlli si sarebbe estesa al punto di ricomprendervi altresì l'inadempimento e la violazione degli obblighi contrattuali. L'utilizzo di internet o di particolari *software* non si sarebbe dunque tradotto in forme differenziate di controllo a distanza, presentando gli stessi profili di criticità. La potenziale commistione tra strumento di lavoro e mezzo di controllo non avrebbe pertanto potuto comportare un'ammissibilità automatica dell'accertamento della prestazione con modalità illecite.

3. Il “nuovo” articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori e le prime impressioni.

Come si è avuto modo di osservare nelle pagine che precedono, tanto le esigenze di adeguamento al mutato contesto tecnologico di riferimento, pervaso in maniera sempre più profonda da un'interazione tra strumentazione necessaria all'esecuzione della prestazione e idoneità della strumentazione stessa a realizzare il controllo dell'attività lavorativa, quanto le contraddizioni ed i nodi lasciati irrisolti dall'originaria formulazione statutaria dell'art. 4 nel corso degli anni, hanno condotto il Legislatore del 2015 ad esercitare la delega di cui alla L. n. 183/2014, provvedendo così ad una completa riscrittura della disposizione.

Passando ad una rassegna più approfondita dei diversi e rinnovati spunti di analisi relativi al testo vigente (per una ricostruzione testuale del “nuovo” art. 4 v. Cap. II, par. 1), è necessario effettuare in primo luogo una riflessione di respiro leggermente più ampio.

Con riferimento al testo vigente ed alla sua articolazione letterale, così come osservato da A. Maresca, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo*

art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, cit., p. 514, anche in mancanza di una formulazione analoga a quella originaria, la quale vietava in maniera espressa ed inequivocabile il controllo a distanza, deve ritenersi sussistente la permanenza del divieto in parola, relegato tuttavia ad evenienza meramente accidentale. La norma attuale consente infatti l'impiego di impianti audiovisivi o di altri strumenti di controllo dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale. Questo effetto indiretto ed ulteriore, che da una prospettiva più strettamente penalistica potrebbe essere definito preterintenzionale, in realtà, a parere dell'autore, ben potrebbe tradursi in un controllo sull'attività lavorativa che abbia come presupposto le citate esigenze qualificate. Diversa appare tuttavia la scelta di impostazione operata dal Legislatore del 2015, attraverso la quale i controlli a distanza potrebbero avere ad oggetto direttamente l'attività dei lavoratori in quanto le esigenze abilitanti identificate dalla legge non identificherebbero i limiti al controllo quanto piuttosto le esclusive ragioni giustificatrici dell'esercizio del potere stesso da parte del datore di lavoro. Tale potere, alla luce del primo comma del vigente art. 4, risulterebbe dunque assoggettato al doppio limite causale e procedurale, con gli ulteriori corredi di cui al terzo comma relativamente all'utilizzabilità (sul punto v. *infra*). Questa ricostruzione consentirebbe inoltre di distinguere agevolmente tra impiego ed installazione, subordinando il primo ai vincoli causali per l'esercizio del potere di controllo a distanza e assoggettando la seconda agli oneri procedurali previsti. La nuova formulazione sarebbe altresì connotata da un maggiore grado di comprensività sulla scorta dell'utilizzo della locuzione «impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza», la quale rende il controllo non necessariamente (e non più) la funzione primaria della quale sono dotati gli strumenti, ma ne identifica una potenzialità ulteriore. Questa rinnovata impostazione legislativa non fa altro che tenere conto delle istanze poste a fondamento della Legge Delega, che aveva abilitato il Legislatore ad effettuare una revisione della disciplina dei controlli a distanza tenendo necessariamente conto dell'evoluzione tecnologica

anche quando l'attività lavorativa fosse stata effetto di essi e non trascurando il fondamentale contemperamento tra le esigenze produttive e organizzative dell'impresa e la tutela della dignità e della riservatezza dei prestatori di lavoro. Traendo delle possibili conclusioni relative a questa rinnovata impostazione, l'autore rileva come il mantenimento nel nuovo testo del divieto di controlli a distanza direttamente mirati all'attività lavorativa, con conseguente esclusione del potenziamento del potere di controllo tecnologico, vada ricondotto all'esigenza di bilanciamento tra interesse del datore alla verifica circa il corretto adempimento della prestazione e condizione di subordinazione del lavoratore altrimenti destinato ad essere oggetto di forme di controllo sempre più incisive e connotate da disvalore. Dall'altro lato, in una differente ottica di vedute, sarebbe necessario cogliere il bilanciamento di interessi tra esigenze di tutela di dignità e riservatezza dei dipendenti ed esigenze organizzative e produttive del datore di lavoro, alla luce dell'evoluzione tecnologica. Detto contemperamento comporta dunque una revisione della disciplina dei controlli a distanza, i quali figurano assoggettati ai vincoli causali e procedurali.

I profili di novità del testo in vigore a seguito dell'intervento legislativo delegato vengono esaminati anche da O. Dessì, *Il controllo a distanza sui lavoratori*, cit., pp. 65 – 69, la quale in prima battuta desume approssimativamente che, in ragione dell'eliminazione del divieto esplicito di cui all'originario comma 1 della disposizione statutaria, non sia più contemplata una interdizione in materia da parte dell'ordinamento. L'autrice si colloca tuttavia nel solco di quella dottrina prevalente secondo cui permane, anche tra le righe del nuovo testo, un generale e implicito divieto di controllo a distanza. Detto postulato viene suffragato da una serie di considerazioni: in primo luogo, sostiene l'autrice, la possibilità di installazione e impiego degli impianti di potenziale controllo a distanza figura come eccezione al divieto in virtù della tassatività delle condizioni poste dalla norma. L'esclusione di un indiscriminato controllo viene altresì supportata dall'intenzione della novella legislativa di soddisfare l'esigenza di tutela della libertà e della dignità del lavoratore; in altri termini, evidenzia O. Dessì, la previsione di un controllo intenzionale o volontario si porrebbe in

contrasto con le previsioni costituzionali e, nello specifico, con quanto previsto dall'art. 41, comma 2, Cost. laddove si sostanzia il necessario bilanciamento tra libertà di iniziativa economica e tutela di sicurezza, libertà e dignità del lavoratore. Una interpretazione volta all'esclusione del divieto, inoltre, non rispetterebbe neppure i principi sanciti dalla Legge Delega i quali presuppongono che i contenuti del Decreto Legislativo si collochino in linea con il progresso tecnologico contemperando altresì le esigenze aziendali con la tutela del lavoratore. La sopravvivenza del divieto in parola a parere dell'autrice è assicurata anche dalla sua esplicitazione in alcune disposizioni di diritto sovranazionale tra cui la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sul trattamento dei dati del lavoratore nel contesto occupazionale del 1° aprile 2015 e il *Code of practice on the protection of workers* adottato dall'OIL il 5 giugno 1997. Pur trattandosi di fonti formalmente non vincolanti, l'autrice sottolinea come possano comunque essere dotate di forte autorevolezza e di notevole impatto pratico, prevedendo la non introduzione nell'ambito della legislazione nazionale della possibilità di utilizzo da parte del datore di sistemi e tecnologie aventi lo scopo primario di sorvegliare attività e comportamento dei dipendenti. La nuova declinazione prevede pertanto che possano residuarsi spazi per un controllo incidentale esclusivamente nell'ambito del perseguimento delle finalità di cui al primo comma e, con riferimento alla previsione del secondo comma dell'art. 4 Stat. Lav., nell'ambito della messa a disposizione per l'esecuzione della prestazione dei c.d. strumenti di lavoro che presentano determinati requisiti. Tali ultime precisazioni conducono pertanto l'autrice ad affermare come non vi sia più un'assoluta interdizione per il datore di lavoro dal controllo in via indiretta dell'adempimento dell'obbligazione principale da parte del dipendente.

Nel solco della continuità rispetto alla permanenza del divieto di controllo (a distanza) si colloca anche la posizione di V. Nuzzo, *La protezione dei lavoratori dai controlli impersonali*, cit., pp. 93 – 97, la quale, concentrandosi sull'utilizzo dell'avverbio “esclusivamente” da parte del Legislatore, evidenzia come la verifica dell'attività lavorativa continui a non qualificarsi quale finalità

perseguibile mediante l'utilizzo di sistemi tecnologici. L'autrice inoltre, sottolineando l'inclusione della tutela del patrimonio aziendale fra le esigenze qualificate dalla legge e soffermandosi sull'utilizzo della congiunzione "anche" («...derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori»), rimarca in buona sostanza come l'installazione di tali strumenti debba essere orientata al soddisfacimento di diversa e altra finalità rispetto alla verifica della prestazione. Sul piano sistematico, rileva l'autrice, le modalità di verifica della corretta esecuzione della prestazione lavorativa restano disciplinate dall'art. 3 Stat. Lav., il quale prevede non solo la personalità ma anche la conoscibilità del controllo proprio al fine di evitare che lo stesso sia posto in essere con modalità occulte o con macchinari e che dunque si configuri eccessivamente pervasivo. V. Nuzzo sostiene pertanto che, nonostante l'eliminazione del divieto in forma esplicita, la sua sopravvivenza è assicurata da quanto previsto dall'art. 4, comma 1, Stat. Lav. il quale conferma il punto di equilibrio tra esigenze imprenditoriali e tutela della libertà e della dignità della persona – lavoratore. In relazione tuttavia alla prevista eccezione di cui al secondo comma della novellata norma statutaria, l'autrice si sofferma sulla non esclusione della possibilità di controllo a distanza: in altri termini detto controllo potrebbe da un lato risultare quale effetto indiretto e preterintenzionale di strumenti impiegati per altri fini, mentre, dall'altro, potrebbe addirittura rappresentare l'esigenza sottostante alla scelta datoriale di utilizzare quegli strumenti di lavoro o di registrazione di accessi e presenze.

La differente impostazione legislativa viene altresì sottolineata da M. T. Salimbeni, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, cit., p. 595, la quale evidenzia come la nuova formulazione letterale della disposizione abbia inteso eliminare ogni riferimento agli impianti con esclusiva finalità di controllo sul presupposto che la loro installazione in azienda sia vietata a priori, predisponendo così la opportuna regolamentazione di quegli impianti che, pur essendo idonei a realizzare il controllo dell'attività dei lavoratori, abbiano in realtà una finalità differente. In altri termini, il Legislatore, riconoscendo che alcuni strumenti in ragione delle intrinseche caratteristiche tecniche sono potenzialmente lesivi di dignità e

riservatezza dei lavoratori, ne impone l'impiego soltanto in ottemperanza a qualificate esigenze aziendali. Tale impostazione comporta pertanto l'abbandono del precedente riferimento legato all'uso per finalità di controllo il quale appariva connotato da elementi di intenzionalità. Contrariamente, la disposizione attuale consente di annoverare nell'alveo del controllo regolamentato tutte quelle oggettive ipotesi di potenziale intrusione nella sfera riservata del lavoratore. Resta naturalmente fermo il rispetto dei puntuali oneri procedurali. La nuova formulazione presenta così l'indubbio merito di una maggiore chiarezza proprio grazie all'eliminazione di quei possibili elementi di intenzionalità che avevano comportato quasi uno sdoppiamento delle tipologie di controlli a distanza.

In linea con l'impostazione logico - giuridica del mantenimento, seppur implicito, del divieto in parola appare la posizione di V. Maio, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 6/2015, pp. 1189 – 1193. Dopo aver ripercorso la differente declinazione normativa dell'art. 4 Stat. Lav. nella sua versione originaria e la nota distinzione tra controlli intenzionali, vietati dal comma 1, e controlli preterintenzionali, legittimi alle sole condizioni del comma 2, l'autore afferma che la prima conclusione da trarre rispetto al nuovo art. 4 sia quella che la soppressione del divieto esplicito non legittimi l'effettuazione dei controlli intenzionali. L'originario divieto sopravvive infatti, a parere dell'autore, in maniera implicita anche nella novellata versione della disposizione statutaria laddove gli impianti audiovisivi, unitamente a tutti gli altri strumenti di controllo, risultano ammessi esclusivamente se rispondenti ad altre finalità rispetto al controllo dell'attività dei prestatori di lavoro. V. Maio valorizza altresì la formulazione testuale utilizzata dal Legislatore, laddove attraverso l'utilizzo della congiunzione "anche" si intende escludere dal campo di applicazione della norma l'impiego di apparecchiature connotate da una capacità di controllo predeterminata ed esclusiva. La permanenza del divieto di controllo a distanza viene inoltre tenuta ferma anche dal sempre attuale richiamo al valore costituzionale (art. 41, comma 2, Cost.) della tutela della dignità del lavoratore. L'autore sottolinea inoltre che, oltre al connotato di incostituzionalità, una lettura

volta ad affermare la liberalizzazione dei controlli intenzionali si porrebbe in contrasto anche con quanto previsto la delega legislativa di cui all'art. 1, comma 7, della L. n. 183/2014, laddove la revisione degli assetti normativi in tema di controlli a distanza su impianti e strumenti di lavoro doveva essere esercitata dal Governo sia tenendo conto dell'evoluzione tecnologica, che contemperando le esigenze datoriali (organizzative e produttive) con tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore. La stessa Legge Delega, prosegue l'autore, prevedendo che la revisione della disciplina in questione intervenga coerentemente con la regolazione europea e internazionale, inserisce altri parametri di raffronto utili ad affermare la sussistenza implicita del divieto in questione. Di conseguenza, una liberalizzazione dei controlli intenzionali difficilmente può risultare in linea con le previsioni della Direttiva n. 95/46/CE o con gli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Con riferimento alla mancanza di enunciazione di un esplicito divieto di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'ambito della nuova formulazione dell'art. 4 dello Statuto, P. Pizzuti, *Controlli a distanza e organizzazione aziendale*, cit., p. 457, segnala come in realtà prevedere un espresso divieto di impiego di strumenti volti al perseguimento di tale finalità, salvo il caso in cui gli stessi siano impiegati per il soddisfacimento di particolari esigenze e ferma restando la loro preventiva autorizzazione, equivalga in buona sostanza a sostenere che il controllo è ammesso nell'esclusivo caso in cui derivi da strumenti che rispondano a precise esigenze aziendali (e nel rispetto degli oneri procedurali). Una simile chiave di lettura, del resto, si pone in armonia con lo stesso spirito della Legge Delega, la quale aveva appunto posto preminente attenzione ed importanza al contemperamento delle esigenze organizzative e produttive dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore.

Muovendosi sempre in ambito di prima ricostruzione del nuovo impianto delineato dal Legislatore, con particolare riferimento alla sussistenza ed alla attuale declinazione del controllo a distanza, I. Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei*

lavoratori e quelle del Codice della privacy, cit., pp. 15 – 18, individua due principali nuclei normativi: quello di cui al primo e secondo comma destinato ad operare rispetto alla possibilità (diversificata) del datore di lavoro di installare strumenti i quali consentono anche il controllo a distanza e che pone quale condizione di legittimità dell'impiego (e installazione) di detti strumenti, in ragione delle loro potenzialità di controllo, specifiche finalità o, comunque, specifici fini. Il secondo nucleo (di cui si dirà), invece, è relativo ai profili di utilizzabilità dei dati e delle informazioni acquisite. Nonostante la nuova formulazione letterale dell'articolo, dal quale è stata espunta l'esplicitazione del divieto di controllo a distanza, possa indurre l'interprete a ritenere non più presente il divieto, l'autore sottolinea come lo stesso divieto sia tuttora vigente e contenuto in maniera implicita all'interno della nuova formulazione. Se infatti la norma, al primo comma, consente l'impiego di strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza esclusivamente in presenza di determinate ragioni causali, disciplinando pertanto come un'eccezione tutte quelle ipotesi di controllo preterintenzionale, deve ritenersi implicitamente vietata qualsiasi forma mirata di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. L'autore osserva inoltre come siano state incrementate, con l'aggiunta della tutela del patrimonio aziendale, le specifiche esigenze che consentono l'impiego degli strumenti. Detta aggiunta, come si vedrà in seguito, potrebbe comportare una rivisitazione della descritta categoria di creazione giurisprudenziale dei controlli difensivi.

Una lettura di portata più ampia della novella legislativa, volta ad inquadrare la stessa in una cornice più sistematica, è offerta da M. Ricci, *I controlli a distanza dei lavoratori tra istanze di revisione e flessibilità “nel” lavoro*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, fasc. 4 – 5/2016, pp. 740 – 755. Ripercorrendo le criticità della versione originaria dell'art. 4 Stat. Lav., con particolare riferimento all'anacronismo della stessa rispetto ai processi di costante innovazione tecnologica che hanno investito (e che continuano ad investire) il contesto lavorativo, l'autore analizza la novellata disposizione statutaria evidenziandone i principali elementi di novità e ponendo altresì l'accento sulla stretta interazione con la disciplina dettata a protezione dei dati personali. Oltre a descrivere in

maniera analitica le più importanti innovazioni della disposizione, rappresentate dall'inclusione della tutela del patrimonio aziendale tra le esigenze di cui al comma 1 dell'art. 4, dalla disciplina derogatoria di cui al secondo comma e dalle questioni legate all'utilizzabilità di cui al comma 3, punto di intersecazione espressa con la disciplina in tema di privacy, l'autore, per quanto di rilievo in tale sede, si concentra su una interessante riflessione di fondo. In particolare egli sottolinea come la rinnovata formulazione dell'articolo in commento risponda ad una precisa scelta di politica legislativa espressione di un vero e proprio mutamento di prospettiva. La declinazione di flessibilità effettuata dai Decreti Legislativi in seno al *Jobs Act* insisterebbe non solo nella fase iniziale ed in quella finale del rapporto di lavoro, ma si sostanzierebbe altresì durante lo svolgimento dello stesso e, nello specifico, attraverso (ad esempio) una riduzione degli spazi per la procedura sindacale o amministrativa con riferimento ai c.d. strumenti di lavoro. M. Ricci inoltre, pur rimarcando che le giustificazioni dell'intervento riformatore siano da ricercarsi nell'obsolescenza delle precedenti disposizioni statutarie, sostiene come la riscrittura della disciplina in tema di controlli a distanza sia maggiormente orientata alla tutela delle esigenze dei datori di lavoro e, inoltre, sottolinea la necessaria e stimolante interlocuzione tra la stessa disciplina lavoristica e quella dettata dal Codice della Privacy.

4. Gli oneri procedurali.

La novella legislativa del 2015, come noto, ha spiegato i suoi effetti anche con riferimento agli oneri procedurali imposti al datore di lavoro che intenda installare impianti audiovisivi o altri strumenti di potenziale controllo a distanza dell'attività dei lavoratori in ossequio alle finalità legislativamente individuate.

Si prevede infatti, al primo comma del riformato art. 4 Stat. Lav., che l'installazione degli strumenti in parola sia subordinata al raggiungimento di un accordo collettivo con le rappresentanze sindacali aziendali ovvero con la rappresentanza sindacale unitaria e, in alternativa, nel caso di imprese multilocalizzate («con unità produttive ubicate in diverse province della stessa

regione ovvero in più regioni») che detto accordo possa essere stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In mancanza di accordo l'installazione degli impianti sarà invece consentita solo previa autorizzazione della sede dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro territorialmente competente ovvero, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive situate in ambiti di competenza di più sedi territoriali, previa autorizzazione della sede centrale dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro. Tali provvedimenti sono definitivi.

Intendendo concentrare in primo luogo il campo di analisi sulla tematica dell'accordo sindacale, così come osservato da E. Villa, *Accordo sindacale e procedura amministrativa nei controlli a distanza dei lavoratori - Collective agreement and administrative procedure in the discipline concerning remote control on employees*, cit., p. 715, la nuova formulazione della norma statutaria esclude dal novero dei soggetti abilitati alla conclusione dell'accordo le commissioni interne, organismi tuttora esistenti ma destinati ad un progressivo declino anche per come disposto dal T.U. del 10 gennaio 2014, il quale intende promuovere altre forme di rappresentanza sul luogo di lavoro. L'autrice sottolinea tuttavia come i precedenti accordi stipulati con le commissioni interne continuino comunque a dispiegare la propria efficacia, naturalmente con la diversa declinazione a seconda che gli stessi siano stati stipulati a tempo indeterminato, ovvero a termine. Per come evidenziato dalla stessa E. Villa, una tra le principali inefficienze della versione originaria dell'articolo 4 si sostanziava nella ricorrente ipotesi di diversità degli accordi conclusi in ragione della diversità degli interlocutori sindacali all'interno delle unità produttive. Diverse rappresentanze sindacali, incardinate nelle diverse unità produttive, non potevano infatti garantire uniformità nella conclusione degli accordi e, pertanto, erano frequenti i casi in cui in un'unità produttiva vi fosse l'autorizzazione sindacale all'installazione degli impianti e che la stessa fosse negata presso altre unità, oppure che vi fossero differenti modalità di utilizzo delle medesime apparecchiature nelle diverse unità produttive. Per ovviare a tali criticità, per come favorevolmente segnalato dall'autrice, il Legislatore del 2015 (e del 2016, sul punto v. Cap. II, par. 1)

introduce la possibilità per le imprese multilocalizzate di concludere contratti collettivi con le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Per come evidenziato dall'autrice, detta previsione, la quale consente di ottenere una regolazione uniforme della materia per le varie unità produttive delle imprese, non comporta comunque che, in caso di volontà datoriale di stipulazione di singoli accordi con le RSA/RSU delle diverse unità produttive, debba essere percorsa in ogni caso la via della trattativa a livello nazionale da parte dell'impresa multilocalizzata. Detta ultima evenienza infatti non è condizione necessaria ai fini della sussistenza del c.d. mancato accordo, prodromico alla successiva fase autorizzatoria amministrativa.

Così come precisato anche da R. Del Punta, *La nuova disciplina sui controlli a distanza sul lavoro (art. 23 D. Lgs. n. 151/2015)*, cit. p. 88, la presenza della doppia via sindacale, così come di quella amministrativa, non comporta che l'impresa interessata debba percorrerle entrambe prima di poter esplicitare il c.d. mancato accordo, necessario presupposto per l'avvio dell'*iter* autorizzatorio amministrativo. In altri termini, per come puntualizzato dall'autore, se l'impresa multilocalizzata sceglie di percorrere la strada della pattuizione locale con l'interlocutore sindacale di volta in volta interessato, non dovrà necessariamente rivolgersi al livello nazionale della rappresentanza prima di poter adire l'Ispettorato del Lavoro.

Per quanto attiene all'ipotesi di necessità o meno del consenso di tutte le RSA, o di tutte le componenti della RSU, nell'ambito della conclusione dell'accordo, E. Villa, *Accordo sindacale e procedura amministrativa nei controlli a distanza dei lavoratori - Collective agreement and administrative procedure in the discipline concerning remote control on employees*, cit., p. 717, sottolinea come neanche la nuova formulazione letterale della norma consenta di fugare ogni dubbio in merito. Come si è già avuto modo di segnalare con riferimento all'originaria declinazione normativa (sul punto v. Cap. II, par. 2.1), l'autrice si inserisce nel maggioritario filone interpretativo, il quale sostiene che non vi sia necessità di unanimità proprio al fine di impedire un irragionevole

potere di veto delle minoranze. Tale soluzione si porrebbe inoltre in linea con quanto stabilito dal T.U. del 10 gennaio 2014.

Ad analoghe conclusioni si perviene altresì nel contributo di E. Barraco, A. Sitzia, *Potere di controllo e Privacy, Lavoro, riservatezza e nuove tecnologie*, cit., Capitolo 1 (curato da E. Barraco), p. 11, nel quale, richiamando il citato Interpello del Ministero del Lavoro del 2005 (sul punto v. Cap. II, par. 2.1), si ribadisce la non necessità del principio di unanimità, in luogo della rappresentanza della maggioranza del personale.

Con riferimento più specifico ai contenuti di tali accordi sindacali, i quali, come noto, ai sensi del primo comma dell'art. 4 Stat. Lav., devono essere conclusi prima dell'installazione degli impianti audiovisivi o degli altri strumenti di controllo a pena di inutilizzabilità del *quantum* raccolto, oltre che di illiceità penale, si rende necessario sottolineare come il ruolo della parte collettiva risulti ancora più decisivo e pregnante in ragione della formulazione letterale dell'articolo.

Così come puntualmente evidenziato da E. Villa, *Accordo sindacale e procedura amministrativa nei controlli a distanza dei lavoratori - Collective agreement and administrative procedures in the discipline concerning remote control on employees*, cit., p. 718, il combinato disposto dei tre commi dell'art. 4 valorizza il ruolo del sindacato stesso. In primo luogo infatti la parte collettiva dovrà verificare l'oggettiva sussistenza delle esigenze individuate dalla legge ai fini dell'impiego e dell'installazione degli impianti audiovisivi e degli altri strumenti di potenziale controllo a distanza, di cui al primo comma, dell'attività dei lavoratori. In altri termini, l'accordo collettivo dovrà essere in grado di individuare la sussistenza e la declinazione delle esigenze stesse e, inoltre, dovrà occuparsi anche di tutte le questioni relative all'accesso ed all'eventuale utilizzabilità dei dati e delle informazioni raccolte da tali strumenti. Se si considera infatti che le stesse informazioni, raccolte ai sensi dei primi due commi dell'art. 4 Stat. Lav., possono essere utilizzate a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, la centralità del ruolo del sindacato, sottolinea l'autrice, risulta evidente. Le prerogative datoriali saranno infatti tanto più limitate quanto più saranno

stringenti le determinazioni assunte in sede di accordo per quanto attiene ai profili di consultazione dei dati ed alla loro utilizzabilità. La stessa informativa concernente le modalità di uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli, che il datore è tenuto a dare ai lavoratori ai sensi del terzo comma dell'art. 4 quale condizione necessaria, ma non sufficiente, ai fini dell'utilizzabilità dei dati raccolti, non potrà evidentemente differire dai contenuti definiti in sede di accordo sindacale. Quest'ultimo si uniformerà altresì a tutti quei principi dettati in materia di protezione dei dati personali (sul punto v. *infra* Cap. II, par. 7) e relativi al trattamento dei dati. L'autrice chiarisce inoltre come le pattuizioni collettive potrebbero anche fornire una disciplina relativamente ai c.d. strumenti di lavoro e a quelli di registrazione degli accessi e delle presenze i quali, ai sensi del secondo comma dell'art. 4, come noto, sono esentati dal rispetto della procedura di cui al comma 1. Tuttavia l'accordo sindacale ben potrebbe precisare la loro concretizzazione, affermando in che cosa consistono. Per quanto invece attiene alla questione più strettamente operativa dell'utilizzabilità dei dati raccolti, il contributo sottolinea come anche i vecchi accordi conclusi rispetto alla versione originaria dell'articolo 4, i quali sovente qualificavano come inutilizzabili sul piano disciplinare le informazioni raccolte tramite il controllo preterintenzionale, continuino a spiegare la propria operatività in quanto più favorevoli ai lavoratori. Per le medesime ragioni di fondo, legate alla deroga *in melius* alla norma nella sua attuale formulazione, le parti potrebbero concludere un accordo collettivo che inibisca l'utilizzabilità sul piano disciplinare, il quale risulta chiaramente il più coinvolto, di dati e informazioni raccolti.

Una simile prospettiva, legata al tema della libertà, in sede di definizione pattizia, di disposizione dell'utilizzabilità dei dati legittimamente raccolti, viene altresì offerta da I. Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, cit., p. 28, il quale pone l'accento proprio sulla possibilità offerta alle parti di escludere o di dettare dei limiti all'interrogazione dei dati incamerati, in maniera analoga rispetto a quanto avveniva in vigenza della disposizione normativa originaria.

Come già accennato nelle pagine che precedono, anche la riformata versione dell'art. 4 prevede che in mancanza di accordo con le rappresentanze sindacali, e dunque sia in caso di assenza di rappresentanza che nel caso di mancato raggiungimento di un accordo con la stessa (a livello di unità produttiva o generale), vi sia la necessità di istanza amministrativa da inoltrarsi alla sede dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro territorialmente competente, ovvero, nel caso di imprese multilocalizzate, alla sede centrale dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro. I provvedimenti adottati da tali organi, per come disposto dalla stessa norma così come modificata nel 2016 (sul punto v. Cap. II, par. 1), sono definitivi.

Così come osservato dalla stessa E. Villa, *Accordo sindacale e procedura amministrativa nei controlli a distanza dei lavoratori - Collective agreement and administrative procedure in the discipline concerning remote control on employees*, cit., pp. 721 e ss., non essendo più possibile la proposizione gerarchica dei ricorsi innanzi al Ministero del Lavoro avverso i provvedimenti assunti dalle Direzioni Territoriali del Lavoro (l'autrice faceva riferimento alla formulazione normativa *ante* riforma del 2016), i provvedimenti emessi in prima istanza sia dalle Direzioni Territoriali che dallo stesso Ministero potranno essere impugnati esclusivamente innanzi al TAR. Nel concreto, per come osservato dall'autrice, l'Organo amministrativo dovrà dunque individuare le esigenze organizzative e produttive, quelle di sicurezza del lavoro o di tutela del patrimonio aziendale poste alla base dell'esigenza di impiego ed installazione. Le determinazioni assunte in sede di eventuale provvedimento di accoglimento dell'istanza presentata dal datore di lavoro potranno limitarsi ad una semplice autorizzazione dell'installazione oppure potranno investire anche le modalità di utilizzo, in modo da contemperare i contrapposti interessi, e di consultazione delle informazioni da parte del datore di lavoro. La violazione di tali regolazioni comporterà pertanto l'inutilizzabilità delle informazioni raccolte. Per come ricordato all'interno del contributo, inoltre, già nel 2012 (con Nota del 16 aprile 2012) il Ministero del Lavoro aveva fornito una serie di indicazioni alle DTL in tema di analisi delle istanze autorizzative pervenute, prevedendo in taluni casi, anche la doverosità di un sopralluogo negli ambienti interessati per verificare la sussistenza delle

esigenze, la correttezza delle modalità di installazione e la proporzionalità rispetto alle finalità da perseguire. Con riferimento, infine, al tema dell'utilizzabilità anche a fini disciplinare di dati e informazioni ottenuti, l'autrice evidenzia come, in ragione della novella legislativa del 2015, non sembra configurabile la previsione, come in precedenza, di un divieto *tout court*. Ribaltando la precedente prospettiva infatti si sottolinea come detta inutilizzabilità, in contrasto con il quadro normativo vigente, possa essere prevista solo in presenza di casistiche peculiari ed al fine di contemperare i contrapposti interessi delle parti.

5. Gli strumenti di lavoro e quelli di registrazione degli accessi e delle presenze.

La previsione che ha probabilmente destato i maggiori interrogativi, e le più decise istanze di approfondimento, da parte dei commentatori della novella legislativa del 2015 è indubbiamente quella contenuta al secondo comma dell'attuale formulazione dell'art. 4 Stat. Lav. Come noto, infatti, la norma in questione, proprio al secondo comma, stabilisce che «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.».

Con particolare riferimento alle complessità derivanti da tale specifica, M. Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 300/2016, pp. 9 e ss., sottolinea come la prima questione di fondo da affrontare sia quella relativa alla distinzione del campo di applicazione dei primi due commi dell'art. 4 data dalla differenziazione tra gli strumenti di controllo a distanza (disciplinati al primo comma) e i c.d. strumenti di lavoro e di rilevazione di accessi e presenze (la cui disciplina è contenuta al secondo comma). Soltanto rispetto ai primi infatti si rende necessario il rispetto della procedura autorizzativa (sindacale o amministrativa) ed il perseguimento delle finalità individuate dalla stessa legge. Ragionando in primo luogo sugli strumenti di

lavoro, a parere dell'autore, la complicata operazione di distinzione può essere effettuata provando a considerare lo strumento di lavoro una *species* rispetto al più ampio *genus* dello strumento di controllo; entrambi sono dotati di intrinseche capacità di monitoraggio a distanza dell'attività del lavoratore; tuttavia, i c.d. strumenti di lavoro si qualificano in maniera specifica in ragione del loro essere «utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa». L'utilizzo di tale locuzione, sottolinea M. Marazza, comporta un duplice ordine di conseguenze: da un lato l'impossibilità di tracciare una definizione ontologica di strumento di lavoro e, dall'altro, l'esistenza di una relazione attiva tra lavoratore e strumento utilizzato per rendere la prestazione. Il primo assunto deriva dalla stessa essenza di prestazione di lavoro subordinato che si qualifica per la sua resa sotto le direttive del datore di lavoro ed al fine di svolgere le mansioni contrattualmente dedotte con gli strumenti individuati e forniti dal datore di lavoro. Queste implicazioni pertanto rendono pressoché impossibile delineare una definizione aprioristica di strumento di lavoro, nonché una loro preventiva catalogazione. Un simile ordine di idee può ben comportare che il medesimo strumento possa qualificarsi di volta in volta quale strumento di controllo o quale strumento di lavoro in conseguenza delle valutazioni organizzative del datore di lavoro. Tuttavia, ed è qui che l'autore prosegue con il secondo assunto, le valutazioni concrete sulla categorizzazione degli strumenti non possono essere rimesse all'esclusiva discrezionalità del datore. Il secondo profilo esaminato è infatti connotato da una valutabilità oggettiva (anche giudiziale) in quanto si sostanzia nella necessità che lo strumento sia utilizzato dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e, dunque, uno strumento potrà rientrare nel campo di applicazione del secondo comma soltanto nel caso in cui il lavoratore abbia avuto un ruolo attivo nel suo utilizzo e lo abbia effettivamente adoperato nell'adempimento della prestazione. Sebbene l'operazione qualificatoria astratta possa apparire agevole, nel contributo si evidenzia come in realtà sia spesso arduo riuscire a distinguere in maniera netta tra le due categorie di strumenti, specie se si pensa a tutti quegli applicativi di natura informatica caratterizzati da molteplici implicazioni. Rispetto a questi ultimi è doveroso infatti distinguere e ragionare

autonomamente tra i prodotti *software* ed i loro contenitori *hardware*, tenendo conto delle specificità di ciascuno strumento. Se non si tenesse presente questa distinzione a monte si finirebbe con lo svilire la portata stessa della norma in quanto la dotazione al dipendente di un *personal computer*, il quale è indubbiamente uno strumento di lavoro, potrebbe legittimare la messa in opera di qualunque *software* destinato al controllo dell'attività lavorativa al di fuori delle garanzie del primo comma dell'art. 4 Stat. Lav. Alla luce di siffatto ragionamento, sottolinea M. Marazza, se un determinato *software*, necessario all'esecuzione della prestazione, non consente la tracciabilità dei dati e la raccolta delle informazioni senza l'installazione di un altro che, a differenza del primo, è preordinato ad esclusive finalità di controllo, bisognerebbe concludere che mentre il primo applicativo può essere qualificato come strumento di lavoro, il controllo effettuato mediante il secondo richiede il rispetto della procedura autorizzativa stabilita dal primo comma dell'art. 4 Stat. Lav. Detta situazione ha ad oggetto due *software* installati sul medesimo apparecchio *hardware*.

Nell'ambito dell'analisi della novella legislativa, e con specifico riferimento all'esclusione degli strumenti di lavoro dalle previsioni di cui al primo comma della disposizione statutaria in commento, O. Dessì, *Il controllo a distanza sui lavoratori*, cit., pp. 91 – 98, sottolinea come la stessa non venga considerata dal Legislatore in contrasto con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore sul presupposto che vi sia un ragionevole contemperamento tra detta tutela e le esigenze organizzative e produttive del datore. L'autrice tuttavia non condivide la bipartizione, prospettata da altra dottrina (v. *supra* la posizione di M. Marazza), secondo cui gli strumenti di lavoro costituirebbero una *species* del più ampio *genus* degli strumenti di controllo. In ragione della eccessiva astrattezza di tale postulato e della intrinseca polifunzionalità di cui sarebbero dotati i dispositivi tecnologici, O. Dessì ritiene che gli stessi possano essere distinti e qualificati sulla scorta della progressiva interpretazione della giurisprudenza e del Garante della Privacy. L'insita capacità di tali strumenti di monitorare l'attività dei lavoratori non dovrà tradursi in un controllo costante e intrusivo, dovendo essere tenuto fermo il rispetto della dignità

e della riservatezza del lavoratore. L'autrice evidenzia inoltre come la novella del 2015, nella sua portata innovatrice, si sia astenuta dal dettare una definizione ontologica degli strumenti di lavoro i quali pertanto non potranno essere oggetto di una qualificazione tassativa. Oltre all'assenza di una definizione ontologica l'autrice individua un altro fondamentale elemento, all'interno della sfera di operatività, nella sussistenza di una relazione attiva tra il lavoratore e il dispositivo. Detto ultimo elemento comporta che gli strumenti in parola debbano essere utilizzati dal lavoratore nell'ambito dell'esecuzione della prestazione. L'esame congiunto di tali caratteristiche, non comportando che siano qualificabili come strumenti di lavoro solo quelli impiegati direttamente dal lavoratore o quelli di carattere accessorio, non consente comunque una loro catalogazione categorica. Una possibile soluzione al nodo interpretativo potrebbe essere offerta, prosegue l'autrice, da quanto previsto nel Provvedimento n. 303/2016 del Garante della Privacy e nella Nota del Ministero del Lavoro del 18 giugno 2015, secondo cui l'esenzione di cui all'art. 4, comma 2, Stat. Lav. opera nel caso in cui lo strumento serva al lavoratore esclusivamente per eseguire la prestazione. Gli strumenti di lavoro possono dunque essere individuati negli impianti che il lavoratore utilizza in via necessaria ed esclusiva per l'esecuzione della prestazione, senza includere nella categoria appena delineata quelli che rivestono un ruolo accessorio. Le fondamentali logiche di una simile prospettiva vengono replicate dall'autrice anche con riferimento agli impianti informatici e telematici utilizzati dai lavoratori i quali possono configurarsi di volta in volta come *hardware* o *software*. Per quanto attiene ai primi (da intendersi quali *computer*, *smartphone* o *tablet*), O. Dessì ne evidenzia la certa riconducibilità allo strumento di lavoro in quanto utilizzati (dal lavoratore) per rendere la prestazione lavorativa; i secondi invece, essendo installati in seno agli *hardware*, non possono essere aprioristicamente ricondotti ad una categoria. L'autrice, evidenziando la complessità della questione qualificatoria conseguente al fatto che *hardware* e *software* possono costituire parte integrante di un unico programma avente sia funzione prestazionale che di controllo, ritiene che un applicativo informatico possa essere individuato quale strumento di controllo qualora sia montato sull'*hardware* e impiegato dal datore

in vista della sorveglianza sull'attività ma solo se in presenza di almeno una delle condizioni di legittimità indicate dalla legge e nel rispetto degli oneri procedurali ai sensi del primo comma dell'art. 4 Stat. Lav. Diversamente, se l'installazione nel programma principale è funzionale allo svolgimento della prestazione, tanto che in assenza la stessa non potrà essere eseguita, detti applicativi rientrano nella tipologia degli strumenti di lavoro. L'autrice giunge alle medesime conclusioni anche nel caso in cui lo strumento di lavoro, ove è installato il *software*, sia di proprietà del lavoratore. Lo stesso *software*, inoltre, rientrerà nella sfera applicativa del secondo comma della norma in esame quando, con riferimento alla produzione dei c.d. *log* (di accesso), sia inscindibile e funzioni senza che sia necessario un altro applicativo.

Nell'ambito della prospettiva di analisi legata al secondo comma dell'art. 4 Stat. Lav., una posizione più restrittiva viene offerta da A. Trojsi, *Al cuore del nuovo art. 4, co. 2, St. Lav.: la delimitazione della fattispecie degli «strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa»*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2017, fasc. 2, pp. 317 – 324. Analizzando in prima battuta il Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 13 luglio 2016 n. 303, l'autrice denota come l'autorità in questione abbia ritenuto illecita, con conseguente inutilizzabilità dei dati raccolti, un'operazione di trattamento dei dati personali dei dipendenti di un'Università raccolti nell'ambito della navigazione *web* e della posta elettronica aziendale. In particolare detta operazione di trattamento, qualificando un controllo a distanza in violazione del D. Lgs. n. 196/2003, si configurava come contraria ai principi di liceità, correttezza, necessità, pertinenza e non eccedenza, violando altresì l'obbligo di informativa e le prescrizioni di cui all'art. 4 Stat. Lav., anche nella versione successiva alla riforma del 2015. Concentrandosi inoltre sulla definizione e sulla corretta delimitazione degli strumenti di cui al secondo comma dell'art. 4 Stat. Lav. e sottolineando le possibili criticità applicative che potrebbero interessare detta categoria, A. Trojsi precisa che l'espressione «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa» è maggiormente circoscritta rispetto agli «strumenti di lavoro» menzionati dalla Legge Delega e, pertanto, solo le funzioni

utilizzate per rendere la prestazione lavorativa rientrano nel campo di applicazione del secondo comma della disposizione statutaria. Restano così escluse quelle funzioni non costituenti mezzo specifico di esecuzione della prestazione ma installate per altri fini seppur accessori o connessi, le quali risultano connesse alla sfera di applicazione del primo comma. L'autrice sottolinea comunque le criticità interpretative legate a quegli strumenti c.d. misti utilizzati dai dipendenti sia per lavoro che per finalità private per le difficoltà di separare le due tipologie di contenuti, con il rischio che la nuova formulazione dell'art. 4 Stat. Lav. possa originare maggiori incertezze.

La deroga prevista al secondo comma dell'art. 4 è stata altresì analizzata da V. Nuzzo, *La protezione dei lavoratori dai controlli impersonali*, cit., pp. 98 – 110, la quale, interrogandosi sulla possibilità che gli strumenti di cui al comma 2 possano o meno essere adoperati senza alcun limite finalistico, sottolinea che qualora gli stessi consentano un controllo continuo dell'attività lavorativa si porrebbero in contrasto con la tutela della libertà e della dignità umana. Detto postulato comporta dunque, prosegue l'autrice, il dissenso dalla possibile interpretazione di "liberalizzazione" degli strumenti con la conseguente possibilità dei controlli volti alla verifica dell'adempimento della prestazione. La stessa lettera della legge indica funzioni differenti rispetto alla verifica, pur avendo dato origine a diversità di letture. Impostando il ragionamento da un punto di vista sistematico, volto a ricomprendere sia gli assetti delineati dallo Statuto, sia i principi di natura costituzionale e quelli discendenti dal Codice della Privacy, l'autrice ribadisce come non sia possibile ritenere che un controllo impersonale derivante dagli strumenti di cui al comma 2 non soggetti alla negoziazione sindacale non risulti lesivo della dignità del lavoratore analogamente a quanto previsto al comma 1 per quegli impianti e/o strumenti soggetti al soddisfacimento di esigenze qualificate (e agli oneri procedurali). Non vi sono dunque ragioni che suggeriscono diverse letture tra i primi 2 commi dell'art. 4 Stat. Lav. rispetto al divieto di controllo sull'adempimento della prestazione. Tale interpretazione di sistema viene ulteriormente suffragata dal richiamo alla normativa posta a protezione dei dati personali con tutti i relativi principi dettati in materia anche dal

GDPR (sul punto v. Cap. II, par. 7). La deroga di cui al secondo comma diviene così legata alla funzione degli strumenti, la quale non potrà consistere nell'individuazione degli inadempimenti dei lavoratori.

La stessa autrice aveva effettuato alcune di queste riflessioni all'interno di un differente contributo nel quale, analizzando la pronuncia del Tribunale di Pescara del 25 ottobre 2017 con cui il Giudice ha ricondotto al concetto di strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa un *software* per smistare le telefonate e registrarne la durata adoperato all'interno di un *call center*, aveva predisposto una interessante disamina in tema di c.d. strumenti di lavoro. V. Nuzzo, *I software che registrano la durata delle telefonate nei call center sono strumenti di lavoro?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2018, fasc. 2, pp. 307 – 316, analizza infatti gli aspetti fondamentali relativi alla strumentalità ed al fondamentale nesso dei predetti strumenti con la prestazione lavorativa. La riconduzione di uno strumento alla disciplina generale di cui al comma 1, o all'esenzione del secondo comma, dipenderà pertanto, sottolinea l'autrice, dal legame tra lo stesso con lo svolgimento della prestazione lavorativa nell'ambito di un rapporto di stretta funzionalità. V. Nuzzo rimarca inoltre il fondamentale impatto della normativa posta a protezione dei dati personali rispetto alla liceità degli applicativi funzionali allo svolgimento della prestazione; gli stessi infatti dovranno necessariamente tenere conto dei principi posti in materia di trattamento dei dati inclusivi di quelli di *privacy by design* e *accountability* desumibili dapprima dal D. Lgs. n. 196/2003 e, successivamente, dettati dal GDPR (per una compiuta analisi dei principi in materia di trattamento dei dati v. Cap. II, par. 7). Le scelte organizzative datoriali non potranno quindi condurre all'adozione di strumenti caratterizzati da un controllo diretto sulla prestazione e dovranno altresì tenere conto dei principi in materia di trattamento dei dati personali.

Relativamente alle complesse questioni in tema di tecnologie applicate agli strumenti di lavoro, e nell'ambito della menzione di una lettura parzialmente più estensiva, si colloca la posizione di L. Ficari, *I controlli effettuati attraverso gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa*, in A.

Levi (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. 99 – 100. L'autrice rimarca come sia al momento priva di riscontro giurisprudenziale la prospettazione dell'esclusione degli strumenti di lavoro di cui al comma 2 dalle previsioni di cui al primo comma dell'art. 4 Stat. Lav. sulla scorta di una condizione di presunta consapevolezza e immediata percezione da parte del lavoratore di potenziale controllo ad opera del datore di lavoro. Tale consapevolezza diverrebbe fattore intrinseco nell'uso da parte del dipendente dell'applicativo tecnologico adoperato al fine di rendere la prestazione e delle sue conseguenti implicazioni. L'autrice ricorda inoltre che tale condizione di consapevolezza, nella vigenza della versione originaria della norma, non era stata considerata rilevante, ritenendo che il divieto di controllo non fosse aggirabile anche qualora il lavoratore fosse informato e consapevole. Pur ricordando come tale dicotomia non sia stata ancora suffragata dalla giurisprudenza, L. Ficari sottolinea come la separazione concettuale tra strumenti di cui si dota l'organizzazione e strumenti di lavoro in dotazione al dipendente consentirebbe di discernere nelle tecnologie di ultima generazione tra funzione prestazionale e funzione di controllo.

Nella medesima prospettiva, pur riconoscendo che in ragione della terminologia volutamente generica l'eccezione di cui al secondo comma dell'art. 4 Stat. Lav. consentirebbe di utilizzare liberamente i dati del *pc* aziendale ma non quelli elaborati da una *app* installata per finalità di controllo, V. Maio, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, cit., pp. 1206 – 1209, afferma che la prospettazione in questione incontra un forte limite fisiologico tutte le volte in cui la funzione prestazionale e quella di controllo siano riconducibili e conseguenti ad un unico programma (ad esempio un *ipad* nel quale è installata una *app* che gestisce l'attività di lavoro e consente indirettamente il controllo). Detta distinzione, sostiene l'autore, entrerebbe in forte crisi con particolare riferimento alle c.d. tecnologie indossabili le quali, integrando le due funzioni, consentono ad esempio di verificare gli spostamenti di lavoratori impiegati come manutentori che si muovono in condizioni rischiose. L'autore ipotizza come queste stesse tecnologie potranno in

futuro (ad esempio attraverso l'utilizzo di *smartwatch*) consentire al datore di impartire direttive al dipendente. V. Maio sottolinea inoltre come non vi sia traccia nella lettera della legge della distinzione tra funzione prestazionale e funzione di controllo ed evidenzia altresì come l'esclusione di cui al secondo comma dell'art. 4 Stat. Lav. associ agli strumenti di lavoro quelli di registrazione di accessi e presenze i quali non sono connotati da una funzione prestazionale. Risulta pertanto possibile, prosegue l'autore, che il Legislatore, ponderando il rischio corso dai lavoratori, abbia semplicemente inteso di liberalizzare l'utilizzo degli strumenti in esame e l'impiego dei dati raccolti. Il controllo si configurerebbe dunque meno invasivo nella misura in cui non sia effettuato in maniera occulta e la chiave di lettura cui andrebbe ricondotta la nuova disciplina diverrebbe la condizione di consapevolezza del lavoratore. Detta condizione sarebbe consequenziale all'obbligo datoriale di garantire un'adeguata informazione. L'autore sostiene inoltre che con riferimento ai moderni strumenti tecnologici vi sia una condizione congenita di potenziale controllo che va ad integrare la citata condizione di consapevolezza. L'importanza di tale condizione, nell'ambito di una valutazione di politica del diritto da parte del Legislatore, viene altresì suffragata dall'associazione agli strumenti di lavoro di quelli di registrazione di accessi e presenze, ricondotti in passato dalla giurisprudenza all'alveo dei controlli preterintenzionali. Con riferimento al controllo a distanza sull'attività di lavoro, la condizione di consapevolezza di un lavoratore preventivamente informato non richiede l'assolvimento degli oneri procedurali di natura sindacale o amministrativa.

La previsione dell'esclusione dalla sfera di applicazione del primo comma per quegli strumenti di lavoro di cui al comma 2 dell'art. 4 Stat. Lav., viene condivisa da A. Ingraio, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci Editore, Bari, 2018, pp. 185 – 193, la quale osserva come la mancata sottoposizione agli oneri procedurali per gli strumenti di cui al comma 2 sia legata all'esigenza di semplificare la consegna degli strumenti serventi alla produzione, eliminando le incertezze e le attese relative all'assolvimento della procedura sindacale o amministrativa. L'autrice

tuttavia si preoccupa immediatamente di segnalare come la categoria degli strumenti di lavoro sia caratterizzata da contorni ampi, nei quali ricadono anche quegli strumenti che incorporano funzioni di controllo a distanza senza nulla disporre su di esse. Facendo riferimento alla tipizzazione dello strumento di lavoro quale *species* dello strumento di controllo (sul punto v. *supra*), l'autrice evidenzia che l'esclusione dai vincoli non possa comportare di per sé una minor tutela per il lavoratore e per i suoi dati, in quanto la garanzia dei suoi diritti trova origine dall'applicazione delle regole dettate in materia di trattamento dei dati stessi (sul punto v. Cap. II, par. 7). Dal punto di vista strettamente lessicale, inoltre, l'utilizzo della parola strumento in luogo di apparecchiatura consente di ritenere aggiornato l'art. 4 Stat. Lav. rispetto al contesto tecnologico. A. Ingrao, citando la Nota del Ministero del Lavoro del 18 giugno 2015 ed in armonia con essa, riporta come lo stesso Ministero ritenga che il datore sia tenuto a individuare, prima dell'utilizzo, tutte le funzioni "aggiunte" dello strumento e non funzionali alla resa della prestazione, le quali saranno soggette all'autorizzazione sindacale o amministrativa. L'autrice evidenzia comunque le criticità e le incertezze derivanti da quella tipologia di strumenti nei quali la funzione di controllo sia inscindibilmente intrinseca al dispositivo stesso, senza alcun intervento di modifica o aggiunta da parte del datore (ad esempio la *e-mail* aziendale). Alla luce di siffatta premessa, A. Ingrao sottolinea come in realtà il focus interpretativo debba essere indirizzato all'individuazione del nesso di essenzialità dello strumento rispetto allo svolgimento delle mansioni da parte del lavoratore. Pur risultando evidente che lo strumento debba essere utilizzato dal lavoratore in maniera effettiva e con un ruolo attivo e nell'ambito di una formulazione legislativa particolarmente generica, l'autrice, non condividendo una lettura restrittiva secondo cui lo strumento sia necessario e indispensabile alla prestazione da svolgere in ragione del carattere derogatorio della disposizione, ritiene che il dato letterale non pregiudica l'inclusione di quegli strumenti che facilitano, ottimizzano o rendono più efficiente la prestazione in maniera funzionale all'organizzazione dell'impresa. Detta interpretazione più elastica, prosegue A. Ingrao, non comporta un *vulnus* alla tutela del lavoratore in quanto la

protezione dello stesso è garantita dalle modalità di trattamento dei suoi dati le quali devono conformarsi ai principi dettati dalla legge (sul punto v. Cap. II, par. 7). In ragione di tali prospettive di ragionamento l'autrice rimarca come non sia possibile individuare una definizione astratta e ontologica di strumento di lavoro; la scelta organizzativa relativa alla dotazione dei dispositivi ai dipendenti si configura del resto come espressione di quella libertà di iniziativa economica costituzionalmente tutelata e sindacabile dal giudice esclusivamente in termini di accertamento dell'effettività delle esigenze organizzative datoriali. La definizione di strumento di lavoro, utile ai fini della necessità di applicazione della procedura sindacale o amministrativa, andrà pertanto effettuata caso per caso.

Proseguendo nell'analisi in tema di c.d. strumenti di lavoro per come individuati dalla fattispecie legislativa, I. Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, cit., pp. 23 e ss., nel salutare con favore l'esclusione degli stessi dall'ambito di applicazione del primo comma della norma, evidenzia la duplice caratteristica indispensabile alla loro qualificazione. Soffermandosi sull'espressione «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa», l'autore delinea le due fondamentali caratteristiche congiunte che devono essere possedute dallo strumento di lavoro affinché sia esentato dalla procedura di cui al comma 1: utilizzazione dello strumento da parte del lavoratore e utilizzazione per rendere la prestazione lavorativa. Il primo requisito comporta che rientrino nell'ambito della categoria solo quegli strumenti che richiedono per il loro funzionamento una partecipazione attiva da parte del lavoratore; il secondo, prosegue I. Alvino, implica che lo strumento debba costituire il mezzo funzionale alla corretta esecuzione della prestazione lavorativa utile all'interesse del datore di lavoro. Concordemente a quanto affermato da M. Marazza, anche I. Alvino evidenzia come pur essendo agevole includere tra gli strumenti in parola il *computer*, la posta elettronica e l'accesso ad internet, debba essere fatto un ragionamento diverso relativamente a quegli applicativi che, installati sullo stesso *computer*, consentono un monitoraggio continuo dell'attività svolta, non richiedendo un intervento diretto del lavoratore e non risultando altresì

necessari ai fini dell'utilità della prestazione in favore del datore di lavoro. L'installazione di una tale tipologia di *software*, a parere dell'autore, richiede il rispetto della procedura autorizzativa ed il soddisfacimento delle esigenze di cui al primo comma della norma. Con riferimento agli strumenti tecnologici incorporati nell'attrezzatura data al lavoratore, l'autore, nel solco del ragionamento appena descritto, chiarisce che se ad esempio alcuni veicoli aziendali utilizzati per le consegne siano dotati di un sistema di rilevazione satellitare (GPS), quest'ultimo possa essere annoverabile tra gli strumenti di lavoro nell'esclusiva ipotesi in cui la sua installazione sia funzionale all'organizzazione ed al vantaggio per il datore di lavoro correlato alla corretta esecuzione della mansione. In tale caso il GPS si configura quale strumento funzionale all'inserimento della prestazione lavorativa nell'organizzazione del datore di lavoro e nel risultato produttivo dell'impresa. Se, al contrario, il descritto strumento di rilevazione satellitare è volto al soddisfacimento di esigenze diverse (ad esempio di prevenzione dei furti), si rientrerà nel campo di applicazione del comma 1. Per come puntualizzato nel contributo, il medesimo ragionamento può essere effettuato anche se si pone l'attenzione su quella particolare tipologia di strumenti denominati *Bring Your Own Device* (BYOD) i quali consentono di creare sullo stesso dispositivo (di proprietà del lavoratore) due differenti ambienti di lavoro, personale e aziendale, e di collegarsi altresì alla intranet aziendale. La particolarità di tale casistica, determinata dal fatto che la proprietà dello strumento è del lavoratore, non comporta tuttavia, secondo l'autore, una differente declinazione operativa. L'art. 4 Stat. Lav. infatti non prevede differenziazioni legate alla proprietà dello strumento di lavoro, includendo nella sua previsione tutti quelli utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa. Pertanto, in relazione a tale fattispecie, l'installazione di un particolare strumento su un dispositivo di proprietà del lavoratore, qualora si qualifichi come strettamente funzionale all'esecuzione della prestazione lavorativa, richiede esclusivamente il consenso del lavoratore proprietario del dispositivo stesso.

Al fine di operare una corretta distinzione tra gli strumenti di cui al primo comma e quelli di cui al secondo dell'art. 4 Stat. Lav., A. Maresca, *Controlli*

tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, cit., pp. 521 e ss., sottolinea che il criterio da utilizzarsi debba consistere nella finalità del loro impiego. La distinzione si coglie pertanto nella funzione assolta da tali strumenti nell'ambito dell'organizzazione del datore di lavoro e non nelle loro caratteristiche oggettive. In primo luogo l'autore rimarca come rientrino nella previsione normativa e nel termine "strumenti" sia gli *hardware* che, soprattutto, i *software* e che, con particolare riferimento a questi ultimi, debba avvenire l'operazione di riconducibilità al primo o al secondo comma della norma. L'ambito di applicazione del secondo comma, afferma l'autore, è contraddistinto dal fatto che gli strumenti in parola devono "servire" al dipendente per rendere la prestazione lavorativa, non essendo possibile differenziare tra strumenti necessari ad organizzare e strumenti necessari ad eseguire la prestazione. La formula ampia utilizzata dal Legislatore consente quindi di ricomprendere nell'esenzione da quanto previsto al primo comma tutti quegli strumenti che a vario titolo concorrono alla resa della prestazione e che siano attivati su impulso del lavoratore o che siano utilizzati per acquisire dati utili per rendere la prestazione. Uno stesso applicativo, a seconda della finalità cui è preordinato, può dunque qualificarsi come strumento di controllo o come strumento di lavoro. L'autore inoltre sostiene che potrebbero rientrare tra gli strumenti di cui al secondo comma anche quelli volti al soddisfacimento di particolari istanze di sicurezza sul lavoro e idonei a consentire anche un monitoraggio dell'attività lavorativa nel caso in cui l'evoluzione tecnologica dovesse evidenziarne la preminente efficacia nella tutela della sicurezza del lavoratore in maniera tale da rendere la sicurezza tecnologica una particolare modalità della prestazione lavorativa obbligata ai sensi dell'art. 2087 c.c. L'autore, nella medesima lunghezza d'onda dei commentatori citati in precedenza, rimarca come, nel caso di un particolare *software* in grado di rivelare dati sulla produttività della prestazione, acquisendo autonoma e specifica operatività rispetto alle funzioni di cui il lavoratore si avvale per rendere la prestazione, il controllo non sarà precluso se effettuato per le finalità normativamente individuate e nel rispetto della procedura di cui all'art. 4, comma 1, Stat. Lav.

La necessità di stretta correlazione tra esecuzione della prestazione e strumenti utilizzati viene altresì ribadita da R. Del Punta, *La nuova disciplina sui controlli a distanza sul lavoro (art. 23 D. Lgs. n. 151/2015)*, cit. p. 89, il quale afferma che la condizione per la non applicazione del primo comma della norma sia determinata da tale stretta correlazione tra strumenti tecnologici e mansioni svolte dal lavoratore. Includendosi nel concetto di strumenti sia le apparecchiature che i diversi *software* incorporati all'interno, l'autore rimarca come per poter rientrare nella fattispecie di cui al secondo comma è necessario che detti applicativi siano funzionali all'esecuzione della prestazione e non siano invece dedicati, seppur rivolti a finalità organizzative, al mero controllo della prestazione lavorativa. In tale ultimo caso infatti gli stessi rientrerebbero nelle previsioni di cui al primo comma proprio al fine di non svilirne la portata precettiva.

L'importanza della corretta definizione di strumento utilizzato per rendere la prestazione lavorativa, ai fini del campo di applicazione normativo, viene evidenziata anche da E. Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, cit., pp. 990 e ss. L'autore ritiene che, trattandosi di disposizione eccezionale e derogatoria rispetto al primo comma, rientrino nella categoria esclusa dal rispetto di quanto previsto al comma 1 esclusivamente quegli strumenti utilizzati per l'adempimento della prestazione. La deroga rispetto alle previsioni di cui al primo comma, sottolinea inoltre l'autore, è piena e non limitata alla sola procedura sindacale o amministrativa. Con riferimento ai controlli operati per il tramite degli strumenti di lavoro non risultano presenti limitazioni rispetto alle finalità da perseguire, pur dovendo essere garantito il pieno rispetto della normativa dettata in tema di protezione dei dati personali. Naturalmente, chiarisce E. Dagnino con riferimento al mezzo tecnico, non deve mai essere messo da parte il nesso di strumentalità rispetto alla prestazione lavorativa. L'autore lascia infine emergere alcune preoccupazioni in merito alle intrinseche potenzialità di controllo di alcuni strumenti che possono essere pervasive e porsi addirittura in contrasto con lo stesso spirito dell'art. 4 Stat. Lav.

Le medesime esclusioni dalle previsioni di cui al primo comma della norma statutaria sono previste anche per gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

Con riferimento a tale specifica I. Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, cit., pp. 21 e ss., condivide la scelta operata dal Legislatore partendo dalla considerazione secondo cui l'informazione assunta rispetto all'orario di entrata e di uscita da lavoro non afferisce ai contenuti della prestazione ma esclusivamente ai momenti di inizio e fine dell'attività. L'impiego di tali strumenti non appare pertanto idoneo a ledere i beni protetti dalla disposizione, ovvero dignità e riservatezza del lavoratore. A parere dell'autore, inoltre, la formulazione letterale della disposizione consente di giungere alle medesime conclusioni anche per quanto riguarda quegli strumenti di registrazione degli accessi in ragione dell'utilizzo della congiunzione "e". L'apparecchiatura destinata a rilevare l'accesso e/o la presenza del lavoratore anche in determinati locali aziendali può dunque essere installata ai sensi della novellata previsione normativa.

Nella medesima direzione interpretativa si colloca il contributo di A. Maresca, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori*, cit., pp. 524 – 525, secondo cui con la novella del 2015 il Legislatore ha inteso probabilmente prendere posizione rispetto ad un filone minoritario della Cassazione a parere del quale il sistema informatizzato di rilevazione presenze era idoneo a realizzare un controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e doveva essere preceduto da accordo o autorizzazione. Tale ultima pratica, per come segnalato dallo stesso autore, si verificava assai raramente. A. Maresca sottolinea inoltre come la disposizione in commento faccia indifferentemente riferimento sia agli strumenti di rilevazione degli accessi che a quelli di rilevazione delle presenze, rispetto alle quali resta aperta un'interpretazione estensiva di monitoraggio della presenza mobile all'interno dell'azienda e, pertanto, non legata ai soli orari di ingresso ed uscita. Il contributo lascia infine aperta anche la possibilità di estensione della disposizione di cui al

comma 2 anche agli accessi informatici, anche se parrebbe maggiormente corretta una qualificazione dei citati accessi alla stregua della prima parte del secondo comma.

Un'impostazione più cauta rispetto all'inclusione nella deroga rispetto al comma 1 di quegli strumenti in grado di monitorare gli spostamenti del lavoratore viene offerta da M. Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit. pp. 24 – 25, laddove si evidenzia la perplessità secondo cui detti strumenti consentirebbero di monitorare non solo i dati relativi all'accesso ma anche gli spostamenti costanti e, dunque, anche il comportamento del lavoratore.

6. L'utilizzabilità: declinazione normativa e condizioni.

La portata innovativa della novella del 2015, come si è già avuto modo di accennare nel corso delle pagine che precedono, spiega probabilmente i suoi maggiori effetti nella disposizione di cui al terzo comma dell'art. 4, la quale prevede l'utilizzabilità a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro delle informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2. Detta utilizzabilità, afferma la norma, è subordinata alla duplice condizione dell'adeguata informazione che deve essere fornita al lavoratore in merito alle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli ed al rispetto di quanto previsto dal D. Lgs. n. 196/2003.

Così come sottolineato da C. Timellini, *L'utilizzabilità dei dati raccolti: il punto di scardinamento della vecchia normativa statutaria*, in A. Levi (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. 119 - 120, la declinazione normativa non comporta come effetto diretto una liberalizzazione dei controlli, ma si limita esclusivamente a far chiarezza sul concetto di "strumenti di controllo a distanza" e sui limiti di utilizzabilità dei dati raccolti mediante tali strumenti in linea, peraltro, con le indicazioni fornite in merito nel corso degli ultimi anni dal Garante della Privacy. Ponendo l'accento sulla sostanziale differenziazione della attuale

versione della norma in parola con la disciplina originaria, la quale, come noto, nulla prevedeva in ordine all'uso delle informazioni raccolte tramite i controlli a distanza, onerando la giurisprudenza dell'attività di verifica della legittimità delle relative determinazioni (e delle sanzioni) intraprese nei riguardi del lavoratore, l'autrice si concentra sulla portata innovativa del terzo comma. Tale previsione, infatti, rappresenta in effetti un punto di scardinamento tra la precedente e l'attuale normativa statutaria, segnando altresì l'abbandono dell'originaria prospettiva la quale partiva dal divieto generale sui controlli a distanza, tentando tuttavia di operare un temperamento tra le esigenze di tutela del patrimonio e la tutela della dignità dei lavoratori, il cui pregiudizio costituiva l'asse portante del divieto di controllo con modalità lesive.

L'autrice ricorda a tal proposito come, in vigenza della precedente norma, fossero frequenti i casi di pronunce giurisprudenziali che avevano interessato il tema della legittimità dei controlli sui lavoratori; in buona sostanza i giudici avevano aperto dei varchi nell'originario divieto di controlli sulla scorta del passo indietro che avrebbe dovuto effettuare l'interesse alla riservatezza dei dati personali in nome della tutela di un altro interesse giuridicamente rilevante e sempre nei limiti di tale tutela. C. Timellini, con riferimento alla novellata disposizione, rimarca come il criterio utilizzato dal Legislatore si sia sostanziato nella ricerca di un bilanciamento tra le esigenze dei lavoratori e quelle organizzative, gli obiettivi aziendali, l'interesse alla conservazione dei beni produttivi e l'interesse potenziale della stessa impresa alla riservatezza. In altri termini, l'attuale declinazione normativa eviterebbe tutte quelle soluzioni ambigue e compromissorie consentendo l'utilizzabilità a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro di tutte quelle informazioni raccolte nel rispetto della nuova disciplina. La facoltà di controllo dell'adempimento della prestazione effettuata tramite il controllo sugli strumenti di lavoro, afferma inoltre l'autrice, costituisce un effetto naturale del contratto di lavoro in senso civilistico poiché l'esercizio del potere di controllo esteso anche agli strumenti in questione discende in maniera automatica dalla stessa costituzione del rapporto di lavoro.

La valenza della nuova disposizione statutaria viene rilevata, con riferimento al parametro dell'utilizzabilità, anche da G. Proia, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2016, fasc. 4, pp. 554 - 555, il quale sottolinea come sia avvenuto un sostanziale superamento del precedente orientamento interpretativo che, in buona sostanza, inibiva l'utilizzo delle informazioni acquisite anche mediante gli impianti autorizzati. L'autore, tuttavia, si preoccupa di chiarire che l'innovazione legislativa del 2015 non comporta per il datore di lavoro l'indefinito potere di utilizzo dei dati o la sua incoerenza rispetto alle esigenze di protezione degli stessi. In primo luogo è infatti opportuno evidenziare che il concetto di utilizzo di cui all'art. 4 è limitato esclusivamente al rapporto di lavoro e, dunque, a quegli atti che interessano la sua esecuzione o la sua cessazione. In questo senso giova ricordare, afferma l'autore, come nel diritto del lavoro sia già presente una analitica disposizione, l'art. 8 Stat. Lav., che, in ottica limitativa dei poteri datoriali, inibisce il potere di controllo rispetto a tutte quelle indagini che non rilevano ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore. La disposizione da ultimo richiamata, peraltro, deve intendersi integrata da tutta quella normativa che vieta gli atti discriminatori e ritorsivi. Non bisogna inoltre dimenticare la fondamentale incidenza di tutto quanto previsto dalla disciplina dettata in materia di privacy e dei principi ad essa sottesi. Alla luce di tale quadro complessivo, G. Proia ritiene che il Legislatore non abbia affatto operato un salto nel buio nel prevedere che le informazioni legittimamente raccolte possano essere utilizzate per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro.

L'enfasi in relazione alla novellata disposizione statutaria, la quale ha il merito di colmare la lacuna della norma originaria, viene altresì posta da A. Maresca, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori*, cit., pp. 525 – 527. L'autore evidenzia che il terzo comma dell'art. 4 racchiude la tutela del dipendente destinata ad operare nel momento in cui, al termine delle operazioni di controllo a distanza, il datore di lavoro si avvale dei dati acquisiti e li utilizza a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro. In ragione

di siffatta considerazione, la disposizione in commento non appare legata al potere di controllo ed alle sue modalità, bensì alla fase successiva che si colloca a valle del controllo stesso. I limiti e le condizioni di cui al comma 3 pertanto non operano esclusivamente con riferimento al potere di controllo ma anche relativamente alla gestione del rapporto ed ai poteri che la caratterizzano, tra cui quello disciplinare. La norma consente, in altri termini, un raccordo tra il potere di controllo tecnologico e gli altri poteri gestionali del datore di lavoro, incidendo sulla posizione di quest'ultimo ogni qual volta egli decida di avvalersi dei dati legittimamente raccolti. La portata innovativa del terzo comma, sottolinea inoltre l'autore, interessa anche gli altri soggetti competenti in materia di controlli tecnologici, ovvero i sindacati, l'Ispettorato del Lavoro e il Garante della Privacy. A parere di A. Maresca, tuttavia, la questione più delicata e complessa che si pone in relazione al tema dell'utilizzabilità dei dati raccolti investe il confine tra l'esercizio del potere di controllo, effettuato ai sensi dell'art. 4, commi 1 e 2, e ciò che è a valle di esso. In questo senso, la stessa utilizzazione dei dati potrebbe coincidere con l'esame e la valutazione di essi da parte del datore di lavoro; detta distinta operazione si configurerebbe quale prodromica rispetto all'adozione dei provvedimenti da parte del datore e quale successiva rispetto alla raccolta ed alla memorizzazione dei dati. Una simile prospettiva logica comporterebbe secondo l'autore la conseguenza secondo cui il datore di lavoro sarebbe tenuto al rispetto delle condizioni di utilizzabilità solo quando intenda esaminare i dati e le informazioni derivanti dal controllo a distanza. La raccolta degli stessi, la quale dovrà avvenire in ottemperanza a quanto previsto dai primi due commi dell'art. 4 Stat. Lav., non dovrà arrecare pregiudizio alla tutela della riservatezza dei lavoratori, mentre, l'operazione di utilizzo dei dati postulerà l'adeguata informazione ai dipendenti, assumendo rilievo solo nel momento in cui il datore deciderà di avvalersi del *quantum* raccolto.

Il concetto di utilizzabilità dei dati legittimamente raccolti a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, viene valutato con maggiori perplessità da M. T. Salimbeni, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, cit., pp. 599 – 600, la quale evidenzia la distonia del

terzo comma con quanto previsto dal primo, sottolineando altresì come la norma si sia spinta ben al di là delle legittime aspettative circa la disciplina degli strumenti di lavoro. In particolare l'autrice rileva come l'autorizzazione all'uso a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro vada a neutralizzare la disposizione di cui al primo comma che, come noto, consente l'impiego di impianti audiovisivi e di altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori per le sole esigenze individuate dalla stessa legge. Se lo scopo del primo comma dell'art. 4 è quello di vietare un controllo a distanza che sia lesivo della dignità e della riservatezza dei lavoratori, la disposizione di cui al terzo comma, che smentisce tale postulato, rischia di essere ingiustificata e contraria ai principi costituzionali. M. T. Salimbeni osserva inoltre come già nell'originaria formulazione normativa vi fossero delle ambiguità, legate prevalentemente alla declinazione testuale della disposizione, la quale, consentendo «l'installazione» per determinati fini leciti delle apparecchiature e vietandone «l'uso» per finalità di controllo a distanza, aveva comportato per la giurisprudenza la considerazione di liceità dell'uso delle informazioni raccolte per il tramite di quelle apparecchiature. Nel nuovo testo si vieta l'impiego di quelle apparecchiature di cui al primo comma per altri scopi diversi da quelli individuati, ma l'espressione di cui al terzo comma concernente l'utilizzabilità, che l'autrice fa coincidere con il concetto di impiego, non giustifica, in relazione agli impianti di cui al citato primo comma, un controllo sui lavoratori, alla base di un uso a fini disciplinari. Rispetto a tale ultimo aspetto il contributo evidenzia l'inadeguatezza della scelta lessicale, laddove viene indicato che sarebbe stato preferibile declinare la disposizione parlando di installazione per esclusivi scopi in luogo di impiego se l'obiettivo era quello di salvare gli esiti del controllo non intenzionale di cui al comma 1. L'autrice rimarca inoltre come l'espressione «utilizzabilità a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro» non possa che ricondurre a fini disciplinari e valutativi, nonché a fini giudiziali. La critica disamina della novellata disposizione prosegue anche con riferimento alle stesse condizioni di utilizzabilità, la cui esplicitazione a livello testuale viene considerata superflua. Nello specifico infatti l'adeguata informazione che deve essere data al lavoratore

è già desumibile dai principi enunciati dal Garante della Privacy nelle Linee Guida del 2007, nonché dalla stessa Raccomandazione del Consiglio d'Europa, adottata il 1° aprile del 2015; altresì superfluo appare il richiamo al rispetto delle disposizioni contenute nel D. Lgs. n. 196/2003 in quanto, prosegue l'autrice, l'uso di dati personali è automaticamente assoggettato alla disciplina del Codice Privacy che costituisce la normativa di riferimento.

La possibilità di utilizzo delle informazioni raccolte a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, compresi quelli disciplinari, quale corollario diretto della rimozione dell'espresso divieto assoluto di controllo a distanza, viene messa in luce da G. Bandelloni, *La rimozione del divieto del controllo a distanza*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1/2018, p. 87. Un divieto assoluto infatti sarebbe del tutto incompatibile con la possibilità prevista dal comma 3 e sarebbe peraltro vanificato da quest'ultima.

L'utilizzabilità a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro delle informazioni raccolte ai sensi dell'art. 4, commi 1 e 2, Stat. Lav. è subordinata, così come puntualmente declinato in sede normativa, al rispetto di un duplice ordine di condizioni: l'adeguata informazione delle modalità di uso degli strumenti e dell'effettuazione dei controlli che deve essere data al lavoratore ed il rispetto di quanto disposto dal D. Lgs. n. 196/2003.

Occorre tuttavia preliminarmente osservare, così come sottolineato da O. Dessì, *Il controllo a distanza sui lavoratori*, cit., p. 116, che l'insieme delle condizioni che la legge appone all'utilizzabilità da parte del datore di lavoro prevede come primo passaggio l'osservanza della normativa lavoristica e, pertanto, il rispetto dell'art. 4, commi 1 e 2, il quale implica a sua volta quello delle disposizioni statutarie ad esso strettamente connesse, tra le quali spicca l'art. 8 dello Statuto.

Passando alla disamina delle condizioni di utilizzabilità esplicitate dalla norma, e nello specifico all'analisi del concetto di adeguata informazione, C. Timellini, *L'utilizzabilità dei dati raccolti: il punto di scardinamento della vecchia normativa statutaria*, cit., pp. 122 – 124, afferma come il criterio della preventiva informazione, in Italia, venisse già esplicitato dalla normativa in

materia di trattamento dei dati personali e dalle prassi in uso. In primo luogo l'autrice ricorda come già l'art. 10, comma 1, della L. n. 675/1996 (abrogata), avesse imposto la preventiva informazione al lavoratore sulle finalità e sulle modalità del trattamento cui sono destinati i dati. Un ulteriore riferimento normativo, relativamente al concetto di informazione preventiva, era rinvenibile, questa volta in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, all'interno dell'Allegato VII, par. 3, del D. Lgs. n. 626/1994 (abrogato), laddove si prevedeva, con riferimento ai *software*, che all'atto dell'elaborazione, della scelta, dell'acquisto o della modifica il datore terrà conto che nessun dispositivo o controllo quantitativo o qualitativo può essere utilizzato all'insaputa dei lavoratori. Tale ultima previsione, per come ricordato dall'autrice, viene oggi ribadita nell'Allegato XXXIV del D. Lgs. n. 81/2008 con specifico riguardo ai videoterminali. C. Timellini, sottolinea tuttavia come la disposizione dettata in materia di salute e sicurezza contenga un divieto più pregnante rispetto a quella statutaria in quanto stabilisce un divieto generalizzato di utilizzo e non solo legato ai fini del rapporto lavorativo. La necessità di un'informativa preventiva da fornire al lavoratore, sulla scorta del legame tra la normativa lavoristica e quella dettata in materia di dati personali, ribadisce l'autrice, era stata già sottolineata nel Parere n. 8 anche dal Gruppo di Lavoro sulla Protezione dei dati *ex art. 29* della Direttiva 95/46 CE e dallo stesso Garante della Privacy in ottemperanza al principio di correttezza.

La fondamentale importanza dell'adozione di un paradigma di trasparenza, anche se con riferimento al precedente quadro normativo, era stata sollevata anche da M. Aimo, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2003, p. 126. In tale sede la necessità di adottare una politica aziendale di trasparenza delle regole, in base alle indicazioni fornite dal citato Gruppo di Lavoro "Articolo 29", veniva declinata nella trasparenza tanto delle regole di utilizzazione da parte dei dipendenti dei nuovi sistemi di comunicazione elettronica quanto nella trasparenza delle operazioni di eventuale controllo datoriale.

La necessità di informazione al lavoratore in merito al trattamento dei suoi dati personali ed alle relative modalità, sottolinea C. Timellini, *L'utilizzabilità dei dati raccolti: il punto di scardinamento della vecchia normativa statutaria*, cit., pp. 124 – 130, è altresì corroborata da diversi Provvedimenti del Garante della Privacy. In essi infatti si esplicitavano già alcuni corollari correlati a tale obbligo informativo, adesso espressamente previsto dal terzo comma dell'art. 4 Stat. Lav. In primo luogo, evidenzia l'autrice con particolare riferimento alla posta elettronica e ad internet, l'informazione deve essere fornita preventivamente rispetto al controllo, sulla scorta del principio di necessità. Analoghi obblighi informativi in ordine alla presenza degli impianti, alle finalità ed al funzionamento di essi, ai tempi di conservazione delle immagini ed alle restrizioni per l'accesso alle stesse ed alla loro possibile utilizzazione, vengono esplicitati per quanto attiene alla videosorveglianza; sulla stessa linea si collocano inoltre quelle prescrizioni dettate dal Garante in tema di trattamento di dati connessi alla localizzazione dei veicoli aziendali o di dati biometrici. L'autrice sostiene, per quanto riguarda le modalità di diffusione delle regole inerenti alla modalità stesse di utilizzo degli strumenti e di effettuazione dei controlli, che la sede ideale potrebbe essere rappresentata dalle *policy* aziendali interne, con le quali il datore di lavoro fissa unilateralmente gli orientamenti in merito alle modalità di utilizzo degli strumenti aziendali con finalità dichiarativa nei confronti dei dipendenti. Le *policy*, pertanto, vengono portate a conoscenza dei lavoratori in maniera preventiva per quanto attiene all'effettuazione dei controlli. Così come ricordato dall'autrice, l'utilizzo delle informazioni raccolte è consentito solo a condizione che sia stata fornita al lavoratore adeguata informazione. Tale postulato comporta la inevitabile conseguenza secondo cui le esigenze organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro o di tutela del patrimonio aziendale ed il rispetto della procedura, non sono di per sé sufficienti a legittimare l'utilizzo da parte del datore di lavoro delle informazioni raccolte. Nel caso invece dei c.d. strumenti di lavoro e di quelli di registrazione degli accessi e delle presenze, tale obbligo informativo, unitamente al rispetto del Codice Privacy, costituisce la sola condizione per l'utilizzo dei dati raccolti. Alla luce di siffatta considerazione, prosegue l'autrice,

l'informativa rappresenta la *condicio sine qua non* ai fini della valutazione della legittimità dell'utilizzo del *quantum* raccolto dal datore di lavoro. Dal punto di vista più strettamente formale, C. Timellini ritiene che il datore di lavoro, altresì onerato della prova di aver osservato le prescrizioni di cui all'art. 4, dovrà fornire tale informativa in maniera scritta, in via preventiva e dovrà assicurarsi, in ottica cautelativa, una prova dell'avvenuta ricezione. La locuzione «al lavoratore» inoltre comporta l'esclusione, ai fini di quanto previsto dalla norma, che l'informazione possa essere fornita in maniera generica attraverso l'affissione in bacheca o il passaggio sindacale. In ragione del disposto di cui al terzo comma, l'informazione deve essere comunicata personalmente ad ogni singolo dipendente il quale dovrà pertanto ricevere indicazioni in merito alle modalità di utilizzo degli strumenti e di effettuazione dei controlli, nonché la specifica relativa alla possibilità che i dati acquisiti potranno essere utilizzati a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro. L'autrice afferma pertanto che detta informativa riveste la duplice funzione di messa in guardia del lavoratore dei limiti che non devono essere valicati e di divieto di un utilizzo indiscriminato dei controlli datoriali.

Così come ribadito da O. Dessì, *Il controllo a distanza sui lavoratori*, cit. p. 117, l'adeguata informazione che deve essere fornita al lavoratore trova il suo fondamento nel principio di trasparenza. In altri termini l'ottica legislativa si declinerebbe nella ricerca della contezza dei controlli acquisita dal lavoratore che comporterebbe una maggiore protezione dagli abusi datoriali. La fattispecie delineata ricorderebbe l'informativa che il titolare del trattamento deve inviare al soggetto interessato ai sensi dell'art. 13 del D. Lgs. n. 196/2003 (ora ai sensi degli artt. 13 e 14 del Reg. UE 2016/679). L'autrice ricorda come i due istituti, che si collocano in corpi normativi distinti, riflettano istanze di trasparenza e ritiene che il datore di lavoro possa utilmente integrarli, includendo all'interno dell'informativa privacy le disposizioni riguardanti le modalità di uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli. Il concetto di unicità dell'informativa trovava inoltre supporto, a parere dell'autrice, anche in base alle indicazioni fornite dal Garante della Privacy prima della riforma del 2015 con le quali l'Autorità aveva stabilito che il datore di lavoro dovesse indicare con precisione le

corrette modalità di utilizzo degli impianti di cui all'art. 4 dello Statuto. Per quanto attiene alla quantità di informazioni da inserire nell'informativa, O. Dessì considera sufficiente la fornitura di notizie chiare, complete e in forma sintetica. Con riferimento invece alle modalità di diffusione, nel contributo si sostiene che sia possibile, nel silenzio della norma, effettuare la stessa anche mediante la redazione di specifici regolamenti interni validi per gruppi di lavoratori che svolgono le medesime mansioni. L'adeguatezza dell'informativa infine, requisito che deve consentire al lavoratore la consapevolezza della situazione, presuppone che la modalità di diffusione sia la forma scritta, anche per la sua valenza probatoria in termini di tracciabilità.

Un'autonoma attenzione in merito all'informativa prevista dal terzo comma dell'art. 4 rispetto a quella di cui al Codice Privacy (ora disciplinata dal Reg. UE 2016/679), viene invece posta da M. Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit. pp. 29 – 31, il quale evidenzia che l'informativa di derivazione statutaria comporti degli adempimenti diversi e più specifici. Le peculiarità dell'informativa di cui all'art. 4 richiederebbero dunque un'autonoma valorizzazione sulla scorta della sua impronta più marcatamente giuslavoristica che la lega alla manifestazione del potere direttivo del datore di lavoro. L'autore sottolinea inoltre che per quanto riguarda le modalità di effettuazione dei controlli l'informativa potrebbe prendere corpo in documenti separati anche destinati ad integrarsi; per quanto riguarda le modalità d'uso, è possibile che il contenuto sia diversificato a seconda che lo strumento in questione sia uno strumento di lavoro oppure uno di controllo. In tale ultimo caso, il contenuto sarà esplicativo dell'utilizzo che il datore si riserva di effettuare, mentre, nel primo esplicherà le prescrizioni cui il lavoratore dovrà attenersi nello svolgimento della prestazione.

La non necessità di distinzione tra l'informativa in questione e quella di cui al Codice Privacy (ora disciplinata dal Reg. UE 2016/679), viene sostenuta da R. Del Punta, *La nuova disciplina sui controlli a distanza sul lavoro (art. 23 D. Lgs. n. 151/2015)*, cit. pp. 91 – 92, laddove si evidenzia che può agevolmente

esservi integrazione anche al netto del maggiore focus dei contenuti legati ai controlli.

Il valore dell'inserimento nella disciplina statutaria viene sostenuto anche da G. Proia, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, cit., p. 556, il quale sottolinea che la funzione assolta dall'informativa di cui al comma 3 sia quella tipica del contratto di lavoro che consente al lavoratore di conoscere *ex ante* gli adempimenti dovuti, mantenendo al contempo il divieto di controlli occulti.

L'altra necessaria condizione di utilizzabilità a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro prevista dalla legge, concorrente con quella dell'adeguata informazione, si sostanzia nel rispetto di quanto previsto dal D. Lgs. n. 196/2003 (c.d. Codice Privacy). Il datore di lavoro che voglia utilizzare le informazioni raccolte ai sensi dei primi due commi dell'art. 4 Stat. Lav. dovrà rispettare anche le disposizioni del richiamato Decreto Legislativo.

Così come affermato da G. Proia, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, cit., p. 559, l'integrazione tra la normativa lavoristica e quella dettata in materia di protezione dei dati personali appare assai più chiara. In altri termini la disciplina statutaria, una volta regolati i profili attinenti al rapporto di lavoro e considerato che l'utilizzazione delle informazioni raccolte costituisce un trattamento di dati personali, opera un esplicito rinvio alle disposizioni del Codice Privacy.

L'importanza di tale operazione di rinvio viene ribadita anche da M. Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit. pp. 25 – 26, secondo cui il riferimento a tale disciplina non si limita soltanto ai principi contenuti nel Codice Privacy ma si estende altresì al potere regolamentare del Garante. Il Codice Privacy sarà quindi applicabile nella misura in cui non sarà derogato dallo Statuto, essendo quest'ultimo destinato a prevalere in quanto norma speciale.

Dopo aver chiarito quali siano gli spazi legittimi di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, con la previsione delle esigenze qualificate e i relativi oneri procedurali, e dopo aver stabilito il regime derogatorio di cui al secondo

comma, il Legislatore ha dunque stabilito, alle condizioni appena descritte di cui al comma 3, che le informazioni raccolte ai sensi dei primi due commi siano utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro.

Come evidenziato da C. Timellini, *L'utilizzabilità dei dati raccolti: il punto di scardinamento della vecchia normativa statutaria*, cit., pp. 132 – 134, la declinazione più immediata di siffatto postulato comporta che le informazioni raccolte possano essere utilizzate a fini disciplinari e, dunque, anche ai fini della giustificazione di un licenziamento disciplinare. Il datore di lavoro che abbia rispettato gli obblighi di cui alla disposizione statutaria potrà pertanto utilizzare i dati raccolti anche al fine di irrogare sanzioni disciplinari.

La legittimità dell'utilizzo per finalità disciplinari delle informazioni raccolte grazie ai controlli a distanza legittimi viene ribadita anche da O. Dessì, *Il controllo a distanza sui lavoratori*, cit. pp. 143 – 144. L'autrice propende per l'inclusione delle finalità disciplinari in ragione della particolare collocazione del controllo a distanza nell'ambito del rapporto di lavoro; detto controllo infatti costituisce una *species* del più ampio *genus* del potere di controllo datoriale ed occupa una posizione intermedia tra potere direttivo e potere disciplinare. Quest'ultimo in effetti si colloca a valle e la sua effettività viene garantita dallo stesso potere di controllo. Se il controllo non esistesse, il potere disciplinare non garantirebbe gli scopi previsti dall'art. 2106 c.c. e dall'art. 7 Stat. Lav. La possibilità di utilizzo anche per fini disciplinari, prosegue l'autrice, discende altresì dall'inclusione della finalità di tutela del patrimonio aziendale tra le esigenze tassative di cui al primo comma. Il controllo disciplinare, diretto al contrasto dell'inadempimento del lavoratore, rientra in tale contesto nell'ambito della protezione dei beni materiali e immateriali del datore di lavoro e coincide con quello definito difensivo in senso stretto dalla giurisprudenza. L'utilizzabilità dei dati si configura in una simile ottica quale conseguenza dell'osservanza del terzo comma dell'art. 4 dello Statuto e delle tre condizioni – la legittima raccolta ai sensi dei primi due commi, informativa al lavoratore e rispetto del Codice Privacy - ivi previste.

In ragione del descritto assetto normativo, con specifico riferimento al concetto di utilizzabilità a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro ed alle condizioni cui lo stesso concetto è subordinato, la dottrina si domanda quali possano essere le conseguenze che derivano dal mancato rispetto di quanto previsto dall'art. 4 Stat. Lav., fermo restando quanto previsto in sede sanzionatoria penale (sul punto v. *infra* Cap. II., par. 9).

C. Timellini, *L'utilizzabilità dei dati raccolti: il punto di scardinamento della vecchia normativa statutaria*, cit., pp. 133 – 134, ritiene che non essendoci una affermazione legislativa in tal senso, il compito di definire le conseguenze di un utilizzo improprio delle informazioni sia lasciato all'interprete. L'autrice sottolinea che, sulla scorta delle locuzioni «utilizzabili» e «a condizione che» adoperate con riguardo all'utilizzabilità dei dati, appare abbastanza immediato che le informazioni raccolte non possano essere utilizzate nel caso in cui non siano rispettate le condizioni di cui all'art. 4, comma 3, Stat. Lav. Parallelamente a tale argomentazione l'autrice evidenzia, al contrario, come i dati raccolti potranno essere utilizzati indipendentemente dall'adeguata informativa al lavoratore nel caso in cui detto utilizzo sia legato a fini diversi da quelli connessi al rapporto di lavoro, quali ad esempio la repressione dei reati.

Sulla medesima linea interpretativa si colloca O. Dessì, *Il controllo a distanza sui lavoratori*, cit. pp. 145 – 149, la quale, con riferimento all'utilizzabilità per fini disciplinari, chiarisce che l'inosservanza di tutte le condizioni previste dalla normativa statutaria comporta il venir meno di un presupposto sostanziale di legittimità del potere disciplinare stesso e, pertanto, implica l'illiceità della contestazione dell'addebito e la conseguente nullità della sanzione disciplinare. L'autrice prosegue la sua disamina concentrandosi altresì sui profili relativi alle conseguenze processuali dell'illegittima raccolta di dati personali del lavoratore. Premettendo che l'utilizzabilità a titolo di prova non afferisce ai fatti che sono alla base delle informazioni raccolte ma riguarda dati e informazioni rilevati ai sensi dei primi due commi dell'art. 4 che sono necessari alla formazione del convincimento del giudice, si ribadisce che i dati possano essere impiegati a scopo probatorio esclusivamente nel rispetto di quanto previsto

dallo Statuto dei Lavoratori. Le informazioni raccolte in maniera illecita dal datore di lavoro rientrano pertanto tra le prove illecite, formatesi al di fuori del giudizio con mezzi illegittimi o illegali ovvero con metodi illeciti dal punto di vista penale. Il diritto processuale civile italiano, tuttavia, non contempla una norma che sancisce l'inutilizzabilità delle prove acquisite in maniera illecita. O. Dessì ritiene in ogni caso che, seppur in assenza di una previsione legislativa, il divieto può essere desunto in modo implicito sulla scorta della connessione operata dai principi generali dell'ordinamento alla tutela costituzionale dei diritti inviolabili dell'uomo. Anche sulla scorta dell'applicabilità dei principi in materia di privacy, si ribadisce in tale sede che la valutazione della legittimità a titolo di prova del *quantum* raccolto debba essere preceduta dall'analisi del comportamento datoriale. Pur non escludendo che una prova illecita sia impiegata comunque dal giudice ai fini della decisione della controversia, l'autrice rimarca il concetto di inutilizzabilità in giudizio di dati illecitamente acquisiti, che si traducono in prove altrettanto illecite.

Possibili criticità applicative in merito all'utilizzabilità in giudizio dei dati illegittimamente acquisiti, le quali potrebbero comportare un complessivo appesantimento delle attività giudiziali, vengono sollevate da C. Gamba, *Il controllo a distanza dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, in *Labour & Law Issues*, Vol. 2, n. 1, 2016, pp. 153 – 154. L'autrice, nonostante vi sia possibilità ribadita in altre sedi di utilizzazione della prova illecita come prova atipica utile ai fini del libero convincimento del giudice, ritiene corretto che quest'ultimo si debba fondare sulle prove validamente ammesse ed acquisite. C. Gamba auspica infatti che la giurisprudenza opti per questa soluzione di rigore sia in ragione della necessità del mantenimento dei limiti posti dalla norma, i quali diversamente finirebbero con l'essere disattesi, e che hanno una precisa portata nell'ambito della tutela della dignità e del diritto alla privacy, sia per non assottigliare ulteriormente l'apparato di tutele sostanziali e processuali attribuite al lavoratore.

7. L'interazione tra la norma statutaria e la disciplina privacy e i suoi assetti fondamentali.

Come si è avuto ampio modo di osservare alle pagine che precedono, una delle condizioni di utilizzabilità dei dati e delle informazioni raccolte ai sensi dei primi due commi dell'art. 4 Stat. Lav. è rappresentata dal rispetto di quanto disposto dal D. Lgs. n. 196/2003, il c.d. Codice Privacy. La portata di tale condizione induce pertanto necessariamente l'interprete a focalizzare il campo di indagine anche sulla necessaria interazione tra la norma statutaria in questione e gli assetti fondamentali della disciplina posta a protezione dei dati personali, la quale, come noto, dal 25 maggio 2018 è caratterizzata dalla piena operatività del Reg. UE 2016/679 (c.d. GDPR). Tale piena operatività ha condotto il Legislatore nazionale ad effettuare i necessari adeguamenti alla normativa europea tramite il D. Lgs. n. 101/2018, modificativo del Codice Privacy.

Con riferimento alla disciplina precedente agli adeguamenti del D. Lgs. n. 101/2018, O. Dessì, *Il controllo a distanza sui lavoratori*, cit. pp. 124 - 128, evidenzia come l'analisi dei dati raccolti ai sensi dei primi due commi dell'art. 4 Stat. Lav. debba avvenire, in ottemperanza alle disposizioni dettate in tema di privacy, nel rispetto dei principi di necessità, correttezza, trasparenza e non eccedenza. In assenza di una specifica declinazione applicativa di detti principi, l'autrice fa riferimento a quanto contenuto nelle "Linee Guida del Garante per posta elettronica e internet" (Prov. n. 13 del 1° marzo 2007), le quali, al di là della disciplina specifica, sono dotate di un carattere comunque vincolante. Per quanto attiene in primo luogo al principio di necessità (art. 3 del previgente Codice Privacy), afferma O. Dessì, lo stesso comporta che il datore di lavoro debba configurare i sistemi informativi e i programmi informatici minimizzando l'utilizzazione di dati personali e di dati informativi in ragione della raggiungibilità di un obiettivo attraverso la raccolta di dati in forma anonima. In altri termini il datore di lavoro dovrà adoperare esclusivamente gli impianti necessari per ridurre al minimo il trattamento di dati personali dei lavoratori ed evitare futuri controlli. Con riferimento ai principi di pertinenza, completezza e

non eccedenza (art. 11, lett. d) del previgente Codice Privacy), l'autrice ne rimarca la declinazione in termini di minore invasività possibile dell'analisi dei dati personali del lavoratore e di necessario svolgimento di tale attività da parte di soggetti a ciò preposti. Tali postulati appaiono infatti prodromici ad un processo di fisiologica e necessaria selezione dei dati esclusivamente funzionali al datore di lavoro ed agli scopi da quest'ultimo perseguiti. I principi di correttezza e trasparenza (art. 11, lett. a) del previgente Codice Privacy) fanno sì, sottolinea l'autrice, che i lavoratori siano resi edotti delle caratteristiche essenziali delle analisi effettuate tramite gli strumenti di cui all'art. 4, commi 1 e 2, Stat. Lav., nell'ambito di una stretta connessione con l'obbligo di adeguata informazione di cui al terzo comma della medesima disposizione. Per quanto attiene al principio di finalità (art. 11, lett. a) del previgente Codice Privacy), l'autrice afferma che la liceità dell'analisi dei dati personali del lavoratore è subordinata alla funzionalità a uno o più scopi determinati, espliciti e legittimi o utilizzata in altre operazioni compatibili con tali scopi. Detto impianto di insieme comporta, secondo l'autrice, che vi sia un vero e proprio obbligo generale a carico del datore di lavoro.

La sottoposizione del datore di lavoro agli obblighi formali e sostanziali di cui al Codice Privacy, unitamente alla previsione di un potere di controllo da parte dell'interessato sui propri dati volto ad assicurarne la sicurezza e ad evitare gli abusi, viene sottolineata anche da G. Proia, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, cit., pp. 559 – 560. L'autore ricorda come, in virtù della sottoposizione alla disciplina in questione, il datore di lavoro debba ad esempio configurare i sistemi escludendo il trattamento quando, in ottemperanza al principio di necessità, le finalità perseguite possano essere raggiunte anche attraverso l'anonimizzazione dei dati, consentendo quindi l'identificazione dell'interessato esclusivamente in caso di necessità. In ossequio al principio di finalità, prosegue inoltre G. Proia, i dati raccolti non possono essere trattenuti per scopi diversi da quelli preventivamente indicati o compatibili. Gli stessi dati, pertinenti e completi, andranno pertanto trattati in maniera non eccedente rispetto alle finalità stesse. L'autore pone altresì l'accento sulla portata del principio di conservazione (art.

11, lett. e) del previgente Codice Privacy), secondo cui non è consentita al datore di lavoro titolare del trattamento la conservazione dei dati dell'interessato per un tempo maggiore a quello necessario agli scopi per cui gli stessi sono stati raccolti o trattati successivamente.

Come accennato in precedenza, a seguito della piena operatività del GDPR e dei necessari adeguamenti della normativa nazionale, i principi cardine posti alla base delle operazioni di trattamento dei dati personali, alla cui vigenza è indubbiamente sottoposto anche il datore di lavoro, sono ad oggi riscontrabili nell'ambito della regolazione europea a cui la riformata norma italiana fa esplicito riferimento (art. 1 D. Lgs. n. 196/2003).

Una puntuale descrizione dei fondamentali principi applicabili al trattamento di dati personali, così come delineati dall'art. 5 del GDPR, viene offerta da A. Ingrao, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, cit., pp. 120 – 126. L'autrice evidenzia come il Regolamento Europeo individui sette principi che governano il trattamento dei dati personali e ne stabiliscono la liceità: legittimità, correttezza e trasparenza (art. 5, p. 1, lett.a), GDPR), limitazione delle finalità (art. 5, p. 1, lett. b), GDPR), minimizzazione (art. 5, p. 1, lett. c), GDPR), esattezza (art. 5, p. 1, lett. d), GDPR), limitazione della conservazione (art. 5, p. 1, lett. e), GDPR), integrità e riservatezza (art. 5, p. 1, lett. f), GDPR), tutti accompagnati dall'innovativo principio di responsabilizzazione del titolare del trattamento (art. 5, p. 2, GDPR). Con riferimento ai principi conformativi del trattamento, mediante i quali il GDPR pone l'obbligo in capo al titolare del trattamento di conformazione a determinate regole di principio le quali figurano come integratrici e volte a delineare l'esercizio del potere di controllo a distanza, A. Ingrao precisa che rientrano in tale categoria quelli di legittimità, correttezza, trasparenza, limitazione di finalità e responsabilizzazione. Il primo nucleo della categoria, costituito da legittimità, correttezza e trasparenza, è volto a rendere trattabili esclusivamente quei dati personali dei lavoratori la cui formazione sia conforme alla legge. Detto postulato esclude pertanto la liceità delle operazioni di raccolta e utilizzo oggetto di divieti di trattamento, ad esempio *ex artt. 4 e 8 Stat. Lav.*

L'esplicitazione del requisito della correttezza rappresenta invece il punto di integrazione con il criterio della buona fede oggettiva (di cui all'art. 1375 c.c. in combinato disposto con l'art. 2 Cost.). Tale ultimo requisito è inoltre strettamente legato al concetto di trasparenza del titolare nei confronti dell'interessato che si esplicita nel concetto di adeguata informativa al lavoratore che deve essere messo nella condizione di poter utilmente esercitare i propri diritti. Sempre all'interno dei principi conformativi, ricorda l'autrice, deve essere incluso il principio di limitazione della finalità, secondo cui il datore di lavoro è tenuto ad individuare un preventivo scopo lecito del trattamento da esplicitare all'interno dell'informativa e da rispettare per tutta la durata del trattamento stesso sino all'utilizzo o alla cancellazione dei dati. Il trattamento per finalità diverse è consentito a patto che queste siano compatibili con quelle originarie, nell'ambito di un rapporto di contenenza tra finalità iniziali ed ulteriori. Il terzo fondamentale principio è invece rappresentato dalla minimizzazione dei dati secondo cui i dati raccolti devono essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario in termini di rispetto delle finalità per le quali sono trattati. In altri termini il trattamento dovrà essere effettuato riducendo al minimo l'impiego di dati personali identificativi, rilevandosi pertanto una fattispecie illecita nel momento in cui la finalità perseguita possa essere ugualmente realizzata mediante la gestione di dati che evitino l'identificazione dell'interessato, o, quantomeno, la rendano possibile solo in caso di stretta necessità, e di dati in forma anonima. Il principio di minimizzazione inoltre comporta, secondo l'autrice, che il potere di controllo a distanza sia esercitato dal datore di lavoro secondo canoni di gradualità e proporzionalità. In sostanza è fatto obbligo al datore di lavoro di prediligere tutte quelle misure di carattere organizzativo o tecnologico che consentano la limitazione e la prevenzione dei rischi di improprio utilizzo da parte dei lavoratori della strumentazione data in dotazione a cui consegue logicamente la limitazione del controllo finalizzato alla repressione dell'illecito individuale. A completamento dei corollari delineati, A. Ingrao evidenzia come l'integrazione del principio di minimizzazione con quello di limitazione della finalità comporta che anche il tempo di conservazione dei dati da parte del titolare debba essere

predeterminato e tarato allo scopo che questi si era prefisso nel caso concreto, con previsione all'interno dei sistemi informatici di meccanismi di cancellazione automatica dei dati relativi ai lavoratori. Le operazioni di trattamento saranno così improntate alle necessità di una loro effettuazione e ad una modalità proporzionata della loro messa in opera che tenga conto delle finalità perseguite. Come ultimo ed innovativo principio tra quelli conformativi del trattamento introdotto dalla regolamentazione europea, l'autrice menziona quello di responsabilizzazione (c.d. *accountability*) del titolare. Il GDPR infatti prevede che, nell'ambito del controllo a distanza, sia obbligo del datore di lavoro applicare concretamente i principi descritti intraprendendo altresì tutte le misure che consentano di prevenire l'illiceità del trattamento. La violazione degli stessi fa sì che i dati acquisiti siano inutilizzabili per violazione sia dell'art. 4, comma 3, Stat. Lav. che dell'art. 2 *decies* del D. Lgs. n. 196/2003 e, inoltre, sottopone il datore di lavoro alla possibile irrogazione di sanzioni amministrative da parte del Garante. La responsabilizzazione del titolare acquisisce una sua concreta rilevanza anche in termini probatori dal momento che riversa interamente in capo al titolare del trattamento l'onere di provare la liceità delle operazioni svolte.

Delineati i principi applicabili al trattamento dei dati personali, si ritiene necessario focalizzare l'attenzione sulla base giuridica che sovrintende tali operazioni di trattamento anche alla luce dell'intervento della citata regolamentazione europea e degli adeguamenti del Legislatore nazionale.

Come ricordato da G. Proia, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, cit., pp. 556 – 557, il GDPR conserva una impostazione basata su una molteplicità di presupposti per il trattamento dei dati, mantenendo il medesimo presupposto, all'art. 6, del perseguimento del legittimo interesse del responsabile del trattamento a condizione che non prevalgano interessi, diritti o libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali (in particolare se l'interessato è minore). La legittimità dell'interesse del titolare, prosegue peraltro l'autore, viene esplicitata con puntualità anche dal considerando n. 47 del GDPR, laddove la stessa viene ritenuta sussistente nel caso in cui vi sia una relazione

adeguata e pertinente tra interessato e titolare del trattamento e, nello specifico, nel caso in cui l'interessato sia alle dipendenze del titolare stesso. Lo stesso considerando pone l'attenzione sulle ragionevoli aspettative di privacy dell'interessato sulla base della relazione con il titolare. L'autore ritiene dunque che, attraverso la riforma dell'art. 4 Stat. Lav., si sia realizzato uno speciale bilanciamento tra il legittimo interesse del datore di lavoro e la ragionevole aspettativa di privacy da parte del lavoratore. Il legittimo interesse del datore, ritiene l'autore, si configurerebbe quale intrinseco e *in re ipsa* sia con riferimento agli strumenti di cui al primo comma, il cui impiego è subordinato al soddisfacimento di esigenze organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro o di tutela del patrimonio aziendale, che con riferimento ai c.d. strumenti di lavoro per i quali la norma tipizza una valutazione tipica di rispondenza ad esigenze legittime, tale da escludere il preventivo controllo sindacale o amministrativo. La legittima aspettativa di privacy del lavoratore sarebbe invece soddisfatta in ragione della relazione contrattuale che lo lega all'impresa e dell'adeguata informazione sulle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli, che consentirebbe di individuare la stessa ragionevole aspettativa del lavoratore.

Prima dell'avvento della normativa europea e dei conseguenti adeguamenti di quella nazionale, il trattamento dei dati personali ed in particolare di quelli sensibili del lavoratore era subordinato alla duplice condizione del consenso del lavoratore e dell'autorizzazione preventiva del Garante. Come evidenziato da V. Nuzzo, *La protezione dei lavoratori dai controlli impersonali*, cit., pp. 200 – 203, il vero elemento di garanzia per il trattamento dei dati sensibili era costituito dall'autorizzazione del Garante che veniva rilasciata ai singoli titolari o, come nel caso del rapporto di lavoro, con provvedimenti generali e relative a determinate categorie di dati o trattamenti. L'autrice evidenzia come l'Autorizzazione generale n. 1/2016 (in seguito aggiornata al GDPR), nell'indicare le finalità per cui è possibile il trattamento di dati sensibili del lavoratore, fosse ispirata a criteri di pertinenza e necessità, fermi restando gli obblighi di informativa all'interessato e di conservazione non superiore a quella necessaria.

Rispetto al ruolo del consenso O. Dessì, *Il controllo a distanza sui lavoratori*, cit., pp. 128 – 132, sottolinea la problematicità rispetto al ruolo del consenso nell'ambito delle informazioni e dei dati acquisiti ai sensi dei primi due commi dell'art. 4 Stat. Lav. L'autrice, con riferimento al quadro anteriore all'avvento del GDPR, e focalizzando l'attenzione sui dati emergenti ex art. 4, evidenziava come non vi fosse (e non vi è) alcuna menzione di esclusione dell'applicabilità della disciplina del consenso del lavoratore.

Una puntuale disamina della delicata questione è stata offerta da A. Sitzia, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo art. 4 st. lav. e il consenso (del lavoratore)*, in *Labour & Law Issues*, 2016, Vol. 2, n. 1, pp. 96 - 98, il quale sottolinea come l'esclusione del consenso potesse essere fondata esclusivamente con le rispettive previgenti previsioni del Codice Privacy relative ai dati comuni e a quelli sensibili. Per quanto attiene ai primi, oggetto di controllo del datore di lavoro, occorre verificare se, in forza del "vecchio" art. 24 del Codice, il controllo implicasse un trattamento obbligatorio per legge, per obblighi derivanti da un contratto, o rientrante tra i casi individuati dal Garante tra quelli in cui il trattamento sia necessario per perseguire un legittimo interesse del titolare e senza pregiudicare i diritti, le libertà fondamentali, la dignità o un legittimo interesse dell'interessato. In tale prospettiva il consenso poteva ritenersi non necessario, secondo l'autore, nelle ipotesi di obbligatorietà legale del potere di controllo o, secondo un'interpretazione estensiva della Direttiva Europea di riferimento (95/46 CE), facendo ricomprendere il potere di controllo tra gli obblighi derivanti dal contratto. Relativamente ai dati sensibili A. Sitzia evidenziava la diversità di impostazione normativa (art. 26 del previgente Codice Privacy), secondo cui il trattamento senza consenso dell'interessato era ammesso solo in presenza di preventiva autorizzazione del Garante e solo quando lo stesso fosse necessario per adempiere specifici obblighi o compiti previsti dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria ai fini di gestione del rapporto di lavoro e nei limiti dell'autorizzazione stessa. Occorreva pertanto chiedersi, ai fini dell'eventuale esclusione del consenso, se il potere di controllo figurasse quale obbligo o compito per la gestione del rapporto di lavoro. In ragione di tale

ricostruzione l'autore riteneva estremamente problematico fondare l'esclusione del consenso del lavoratore su un ipotetico doveroso esercizio del potere disciplinare e, di conseguenza, ritenere che il potere di controllo di cui all'art. 4 Stat. Lav. costituisse un compito necessario in termini di gestione del rapporto. A parere dell'autore, inoltre, occorre rilevare che la norma impositiva del consenso rispetto ai dati sensibili dovesse qualificarsi come *lex specialis* rispetto ai dati comuni e introduttiva di un maggior grado di protezione, rendendosi così necessaria, ai fini dello spazio di intervento del Garante, la verifica circa gli impatti che il trattamento potesse avere nella sfera di riservatezza dell'interessato. Alla luce di siffatte considerazioni, e con particolare focus sulle risultanze ottenute per il tramite degli strumenti di cui al secondo comma della disposizione statutaria, l'autore metteva in luce le difficoltà nel non considerare l'obbligatorietà del consenso del lavoratore in assenza di una legittima Autorizzazione generale del Garante. Il datore di lavoro avrebbe pertanto dovuto acquisire il consenso informato del dipendente, con esclusivo riferimento ai dati trattabili nell'ambito del rapporto di lavoro *ex art. 8 Stat. Lav.*, al fine di poter esercitare legittimamente il potere di controllo e, di conseguenza, quello disciplinare. Il lavoratore, di contro, avrebbe potuto patire tutte le conseguenze in termini di mancata prestazione del consenso stesso quali ad esempio mancata assunzione o risoluzione del contratto per sopravvenuta impossibilità della prestazione. Da qui l'autore riproponeva la questione della possibile fittizia libertà di prestazione del consenso. In definitiva, conclude l'autore, le condizioni di legittimità del trattamento si sostanziavano nel rispetto dei limiti dello Statuto dei Lavoratori e, ai sensi del Codice Privacy, nella prestazione di un valido consenso informato da parte del lavoratore, o, comunque, nella ricezione da parte dello stesso lavoratore di un'ideale informativa nei casi in cui non vi fosse stata necessità del consenso.

La difficile definizione delle incertezze relative alla obbligatorietà del consenso veniva altresì sottolineata da O. Dessì, *Il controllo a distanza sui lavoratori*, cit. p. 132, la quale auspicava un opportuno intervento chiarificatore del Legislatore ordinario con cui si sarebbe dovuto stabilire, fugando ogni dubbio,

se l'informativa di cui al comma 3 dell'art. 4 Stat. Lav. dovesse essere o meno essere caratterizzata dalla prestazione del consenso del lavoratore.

Il quadro sino ad ora descritto non ha subito, fatta eccezione per alcuni interventi di adeguamento e coordinamento del Codice Privacy, sostanziali variazioni di rilievo in ragione della piena operatività del GDPR.

Così come osservato da A. Ingrao, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, cit., pp. 110 – 117, il Regolamento UE 679/2016 traccia una distinzione tra i descritti principi applicabili al trattamento dei dati personali e i presupposti legittimanti lo stesso trattamento (le c.d. basi giuridiche). Secondo tale distinzione l'operazione di trattamento del datore di lavoro si qualificherà come legittima solo se giustificata dalla sussistenza di una condizione di legittimità e caratterizzata dalla conformità ai principi. La regolamentazione europea all'art. 6, ricorda l'autrice, detta sei condizioni orizzontali di liceità "a monte" del trattamento le quali corrispondono a: consenso dell'interessato, esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte, obbligo legale del trattamento, salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato, esecuzione di un compito di interesse pubblico e, infine, perseguimento del legittimo interesse del titolare. Il datore di lavoro, muovendo all'interno di un'ottica orizzontale, potrà pertanto effettuare il trattamento al ricorrere di almeno una delle condizioni. Ripercorrendo le posizioni della descritta dottrina del recentissimo passato, A. Ingrao evidenzia, con specifico riferimento al controllo a distanza, come il consenso del lavoratore non possa costituire una valida base legittimante il trattamento in ragione del pericolo di svuotamento della tutela privacy dell'interessato nell'ambito di un rapporto caratterizzato da un generico squilibrio di poteri e diritti tra le parti contrattuali. A tal proposito l'autrice precisa che già all'interno del previgente regime il presupposto giuridico di liceità del trattamento nel controllo a distanza dovesse essere individuato nel perseguimento del legittimo interesse del titolare e nel necessario presupposto di individuazione da parte del Garante dei relativi casi giustificati da tale fondamento. Prendendo le mosse dalla riforma dell'art. 4 Stat. Lav. la quale, come noto, ha esentato gli strumenti di cui al comma 2 dal preventivo assolvimento degli oneri procedurali

(sindacali o amministrativi) eliminando pertanto il filtro teleologico preesistente, A. Ingrao sottolinea come il giudizio prognostico sulla legittimità di un trattamento derivante dal controllo a distanza sia sostanzialmente rimesso al datore di lavoro. Il fondamento normativo della liceità del trattamento nell'ambito del controllo a distanza, come sostenuto dall'autrice, deve dunque essere individuato, anche nella nuova cornice regolatoria, nel perseguimento di un legittimo interesse e a condizione che non prevalgano interessi, diritti e libertà fondamentali del lavoratore che richiedono la protezione dei dati personali. Nel caso invece di trattamenti derivanti da impianti audiovisivi o altri strumenti di controllo (di cui all'art. 4, comma 1, Stat. Lav.), la scelta del datore di lavoro dovrà essere condivisa con l'interlocutore sindacale o, in mancanza, con quello amministrativo e sarà chiaramente vincolata al perseguimento di esigenze aziendali qualificate (organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro, di tutela del patrimonio aziendale). A fronte del mutamento del contesto legale di riferimento, l'autrice ribadisce come resti in ogni caso precluso al datore il controllo diretto sull'attività lavorativa non giustificato da altre esigenze relative all'organizzazione. In particolare, la presunzione di nesso finalistico alla prestazione lavorativa o alla rilevazione della presenza sul luogo di lavoro degli strumenti di cui al secondo comma della disposizione statutaria appare opportuna a far ricondurre la base giuridica del trattamento alle esigenze organizzative di cui al primo comma e, pertanto, a fondare un legittimo interesse datoriale. Tale ragionamento appare inoltre supportato anche da quanto previsto dal punto 15.1 della Raccomandazione CM/Rec (2015) 5 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sul trattamento di dati personali nel contesto occupazionale, laddove si stabilisce che non dovrebbe essere consentito introdurre tecnologie o sistemi caratterizzati dallo scopo primario di sorveglianza dell'attività e del comportamento dei dipendenti. L'autrice rimarca altresì come lo stesso art. 6 del GDPR preveda la legittimità dell'interesse del datore se prevalente rispetto agli interessi ed ai diritti fondamentali degli interessati. Il punto di equilibrio del complesso bilanciamento dovrebbe essere raggiunto tramite l'applicazione dei principi di limitazione della finalità, di minimizzazione e di trasparenza,

traducendosi nella conseguente liceità dell'ingerenza nella sfera del lavoratore ottenuta mediante il mezzo avente il minore impatto secondo un canone di proporzionalità del mezzo di controllo a distanza. In ossequio al principio di trasparenza, infine, è necessario tenere conto delle legittime aspettative dell'interessato, che lo stesso considerando n. 47 del GDPR individua quali fisiologicamente derivanti dal rapporto di dipendenza lavorativa.

Esaminati i presupposti sia in termini di principi applicabili che in termini di presupposti legittimanti del trattamento dei dati, occorre delineare in maniera complessiva la novità di approccio adottata dalla regolamentazione europea.

A. Ingraio, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, cit., pp. 126 – 133, sottolinea come la grande novità del GDPR sia costituita dall'introduzione del concetto di *accountability* (responsabilizzazione) del titolare del trattamento, che sostituisce la precedente impostazione autorizzatoria della Direttiva 95/46 CE (e dello stesso Codice Privacy nella sua precedente versione). Il titolare sarà quindi tenuto ad adottare una serie di azioni mirate alla prevenzione dei rischi per i diritti e le libertà degli interessati, a partire ad esempio dall'adozione e dall'aggiornamento di un disciplinare interno che regolamenti l'utilizzo degli strumenti informatici, o dalla tenuta (e aggiornamento) del registro dei trattamenti al fine di assicurarne la massima trasparenza. Tra gli accorgimenti che devono essere necessariamente adottati figurano inoltre quelli previsti dall'art 25 del GDPR e che si sostanziano nell'obbligo di adozione di misure di *privacy by design* e di *privacy by default*. Con la prima espressione si intende l'adozione, sin dal momento della determinazione dei mezzi del trattamento, di misure atte a garantire il rispetto del principio di minimizzazione quali ad esempio la pseudonimizzazione e la cifratura che consentono l'oscuramento dei dati. Mediante l'espressione *privacy by default* si chiarisce l'obbligo di configurazione degli strumenti da parte del datore di lavoro in modo tale da impostare in maniera predefinita la quantità di dati raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità, con conseguente obbligo di valutazione e verifica *ex post* dello stesso titolare.

La portata del nuovo sistema di derivazione europea basato sull'*accountability*, viene altresì sottolineata da A. Donini, *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, n. 1, pp. 238 - 241, nel quale l'autrice ribadisce come l'analisi massiva dei dati sia possibile esclusivamente nel caso in cui siano trattati dati non personali oppure, nel caso di trattamento di dati personali, laddove siano messe in atto tecniche di anonimizzazione attraverso metodi di *privacy by design* e *privacy by default*. L'esonero dalle procedure e dalle previsioni per il trattamento dei dati dunque potrà avvenire esclusivamente se le misure di anonimizzazione impediscono in maniera irreversibile l'identificazione, rendendo casuale la connessione tra dati e persone. Sulla scorta di tali presupposti, l'autrice auspica che i sistemi così tarati possano ad esempio consentire l'identificazione di un responsabile nel solo caso di verifica positiva circa la commissione di un illecito con conseguente esclusione di tutti quei dati non relativi all'illecito. In altri termini la configurazione delle strumentazioni dovrebbe già consentire una efficace tutela dei diritti nell'ambito del trattamento ed in un contesto caratterizzato da un positivo dialogo tra tecnica e diritto.

8. Quali ricadute sui controlli difensivi?

Come già evidenziato nella trattazione che precede, la nuova formulazione dell'art. 4 Stat. Lav. introduce una importante novità anche nella formulazione di cui al primo comma. In virtù della novella legislativa del 2015 infatti si è registrata l'inclusione dell'esigenza di tutela del patrimonio aziendale tra quelle che, previo rispetto della procedura (sindacale o amministrativa), possono legittimare l'impiego di impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. Il Legislatore, mediante tale inclusione, ha operato un'aggiunta che si sostanzia nell'esigenza datoriale di tutela del patrimonio aziendale.

Così come osservato da A. Russo, M. Tufo, *I controlli preterintenzionali: la nozione*, in A. Levi (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza*. Lo

Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. 67 – 68, l'esplicitazione della tutela del patrimonio aziendale intercetta la categoria dei controlli difensivi i quali, così come quelli preterintenzionali dettati da esigenze organizzative e produttive o di sicurezza del lavoro, vengono sottoposti alle disposizioni di cui all'art. 4, comma 1, Stat. Lav. La soluzione legislativa offerta, caratterizzata da maggiore rigidità, non consentirebbe più l'elusione di quanto previsto dall'art. 4 in termini procedurali anche nel caso in cui si vogliano tutelare beni estranei al rapporto di lavoro, con conseguente eliminazione di tutti i problemi applicativi della categoria dei controlli difensivi. Gli autori tuttavia, richiamando la nozione di patrimonio aziendale da intendersi quale complesso dei beni materiali ed immateriali dell'impresa, rimandano ad una ricostruzione elaborata anche in virtù della giurisprudenza in materia di sciopero secondo cui si potrebbe distinguere tra controlli comunque estranei all'art. 4 e pertanto sempre leciti posti in essere per tutelare l'impresa da condotte del dipendente lesive della produttività, e controlli conseguenti a condotte lesive della produzione rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 4. Nel contributo si evidenzia come in ogni caso non sia praticabile neanche tale lettura alla luce della nuova formulazione dell'articolo in commento. Anche il controllo di quelle condotte lesive della produttività dovrà essere assoggettato ai vincoli del primo comma. I rarissimi spazi che potrebbero ancora riservarsi per il controllo difensivo ritenuto comunque legittimo potrebbero pertanto riguardare quelli oggetto della giurisprudenza penale e volti alla rivelazione di reati. Sul piano più strettamente lavoristico invece potrebbero esservi spazi per quei controlli difensivi privi di ogni potenzialità di sorveglianza della prestazione lavorativa. La nuova formulazione legislativa viene così ritenuta inadeguata dagli autori, i quali ne evidenziano la mancanza di capacità di equilibrio nel conflitto di interessi tra datore di lavoro e lavoratori nell'ambito delle ambiguità che si registrano rispetto ai controlli difensivi.

L'avvenuta inclusione dell'esigenza di tutela del patrimonio aziendale tra quelle che, ai sensi del primo comma dell'art. 4, legittimano l'impiego di strumenti di controllo viene sottolineata anche da V. Nuzzo, *La protezione dei*

lavoratori dai controlli impersonali, cit., pp. 49 - 53, la quale evidenzia come la liceità dei controlli a difesa del patrimonio non sarà più soggetta alla verifica *ex post*, sulla base della discutibile differenza tra illecito contrattuale ed extracontrattuale, ma *ex ante*, mediante il coinvolgimento dell'attore sindacale. Si afferma inoltre che l'esigenza di tutela del patrimonio non potrà comunque investire i profili inerenti alla verifica dell'adempimento della prestazione, in nome della sopravvivenza del concetto di controllo a distanza, la cui declinazione sarebbe rinvigorita se si considerasse che il corretto adempimento della prestazione costituisca anch'esso patrimonio dell'azienda. L'autrice, prendendo le distanze da un altro orientamento secondo cui vi sarebbero spazi residui per la categoria dei controlli difensivi anche alla luce della novella del 2015, ribadisce che solo l'autorità giudiziaria o di pubblica sicurezza può disporre determinati accertamenti in ambito penale. Anche in caso di condotta considerata dall'ordinamento a prescindere dalla connessione con il rapporto di lavoro, la stessa spiega il suo impatto anche sul piano contrattuale, trovando magari una regolamentazione anche nei codici disciplinari e finendo per sfumare la distinzione tra piano contrattuale ed extracontrattuale. V. Nuzzo inoltre pone l'attenzione sulla circostanza secondo cui l'accertamento di eventuali condotte illecite ha comunque ad oggetto l'attività dei lavoratori ricompresa proprio nell'ambito di applicazione dell'art. 4 e nel concetto di divieto di controllo a distanza anche nel caso di repressione di illeciti. L'impiego di dispositivi finalizzati a tale repressione è pertanto subordinato alle note garanzie procedurali. L'autrice sostiene altresì come il sospetto di un illecito non possa essere idoneo a legittimare un controllo vietato dallo Statuto dei Lavoratori; in caso contrario infatti si finirebbe con il rendere giustificato un controllo illecito volto alla repressione di una condotta sospetta che si riveli fondata.

Analoghe considerazioni di definitiva sistemazione di quella giurisprudenza in tema di controlli difensivi in ragione della novellata disposizione statutaria vengono formulate da A. Ingrao, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, cit., pp. 169 – 172. Nel caso in cui il datore non rispetti le prescrizioni di cui all'art. 4, inclusi anche

gli adempimenti di cui al Reg. UE 2016/679, i dati acquisiti non potranno essere utilizzati. L'autrice si mostra inoltre critica nei confronti di un orientamento secondo cui, facendo leva sulla categoria civilistica della legittima difesa, vi sarebbe spazio residuo per la sussistenza di una categoria di controlli difensivi disposti per fronteggiare una ingiusta aggressione al patrimonio aziendale in una situazione di impossibilità concreta di dare corso alla mediazione sindacale o amministrativa, ferma restando la proporzionalità tra difesa e offesa. Una simile ricostruzione infatti non sembra affatto supportata né dall'art. 4, né dalla normativa in materia di protezione dei dati personali; l'istituto della legittima difesa, prosegue A. Ingraio, operando nell'ambito della responsabilità civile e del danno grave alla persona, non può giustificare l'esercizio illecito del potere di controllo a distanza effettuato in ragione di tempi e costi necessari ai fini del rispetto della norma. Anche gli illeciti gravi, imprevedibili e non fronteggiabili ricadono nell'ambito applicativo dell'art. 4 e vanno ricondotti agli stessi limiti degli altri comportamenti datoriali. In altri termini, con la riforma statutaria, si è avuto secondo l'autrice il definitivo superamento della categoria dei controlli difensivi occulti.

Precedentemente, la stessa A. Ingraio, *Il controllo disciplinare e la privacy dopo il Jobs Act*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2017, fasc. 1, pp. 46 – 54, dopo aver analizzato due pronunce della Cassazione intervenute prima della riforma del 2015, effettua una interessante disamina della categoria dei c.d. controlli difensivi e delle caratteristiche di legittimità degli stessi delineati dalla giurisprudenza (sul punto v. Cap. II, par. 2.3). In particolare l'autrice ripercorre quell'orientamento secondo cui, qualora vi siano prove di inadempimento della prestazione lavorativa, l'utilizzabilità del *quantum* raccolto ad esito del controllo difensivo è subordinata alla sussistenza dell'accordo sindacale o, in mancanza, dell'autorizzazione amministrativa comprovanti le esigenze che sono alla base dell'installazione dello strumento di potenziale controllo a distanza; nel caso in cui invece le evidenze riscontrate abbiano ad oggetto comportamenti illeciti lesivi di beni estranei al rapporto di lavoro, le stesse sono utilizzabili in giudizio anche in assenza dei requisiti indicati. Anche nella vigenza della formulazione originaria

dell'art. 4 Stat. Lav. vi era la necessità di rispetto delle disposizioni del Codice Privacy. Con riferimento agli impatti della novella legislativa del 2015, la quale ha previsto l'inserimento delle esigenze di tutela del patrimonio aziendale tra quelle legittimanti l'impiego di impianti e/o strumenti di potenziale controllo a distanza, l'autrice evidenzia come, alla luce della novella stessa, il controllo difensivo debba essere riportato alla figura del controllo codeterminato. A. Ingrao rimarca infine, sempre sulla scorta dell'attuale formulazione normativa, la fondamentale importanza dell'integrazione con la disciplina di cui al Codice Privacy ai fini dell'utilizzabilità dei dati e delle informazioni raccolte. In altri termini, il controllo difensivo potrà giustificare l'esercizio del potere disciplinare a condizione che siano rispettate tutte le previsioni dettate in materia di privacy (sul punto v. Cap. II, par. 7).

Sulla medesima linea interpretativa si colloca inoltre E. Gramano, *La rinnovata (e ingiustificata) vitalità della giurisprudenza in materia di controlli difensivi*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, n. 1, pp. 283 – 284, la quale, rimarcando la valenza dell'inserimento delle esigenze di tutela del patrimonio aziendale tra quelle previste dal nuovo art. 4, evidenzia la scelta di discontinuità della norma rispetto al passato. Nell'ambito del controllo a distanza effettuato ai fini di tutela del patrimonio aziendale, il datore di lavoro dovrà espletare la procedura autorizzatoria sindacale o amministrativa. A parere dell'autrice la categoria dei controlli difensivi deve definitivamente ritenersi superata e priva di ragion d'essere.

Il definitivo tramonto dei c.d. controlli difensivi, in ragione della novella legislativa, viene rimarcato anche da C. Zoli, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, legge n. 300/1970*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2016, n. 4, pp. 640 – 641. L'autore ritiene infatti che l'effetto più immediato del riferimento al patrimonio aziendale sia rappresentato dalla riconducibilità dei controlli difensivi al primo comma dell'art. 4 e, di conseguenza, al rispetto della procedura ivi prevista. Ogni ipotesi di condotta illecita ipotizzabile risulta dunque prevedibile *ex ante* e quindi riconducibile alle disposizioni di cui al primo comma dell'art. 4.

Una differente chiave di lettura che consente la sopravvivenza di uno spazio di operatività ad alcune tipologie di controlli difensivi viene messa in luce da A. Maresca, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori*, cit., p. 531. In particolare l'autore distingue tra i controlli a tutela del patrimonio aziendale, inteso quale insieme dei beni materiali e immateriali del datore di lavoro e che riguardano i dipendenti nel corso della loro attività, i quali sono soggetti alle disposizioni dell'art. 4, commi 1 e 3, Stat. Lav. e controlli difensivi in senso stretto volti a accertare in maniera selettiva condotte illecite anche aggressive del patrimonio aziendale, presuntivamente messe in atto da dipendenti anche in occasione dell'attività lavorativa ed effettuati per il tramite di strumenti tecnologici. Tali ultimi controlli, secondo l'autore, sarebbero esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 4 poiché non hanno ad oggetto l'attività del lavoratore.

Parallelamente anche M. Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit. pp. 20 – 21, sottolinea la potenziale abnormità dell'assoggettamento di condotte penalmente rilevanti sotto il profilo della tutela del patrimonio ai vincoli procedurali del primo comma dell'art. 4. L'autore pertanto ritiene legittimo quel tipo di controllo che viene effettuato, seppur in assenza di accordo sindacale o autorizzazione amministrativa, mediante impianti utilizzati in modo proporzionale e orientati per scongiurare il rischio di comportamenti penalmente rilevanti del lavoratore nel corso della prestazione lavorativa. Il requisito della proporzionalità si sostanzia, afferma l'autore, nel controllo finalizzato alla esclusiva ricostruzione dei fatti a fronte del sospetto di un illecito di rilevanza penale e per il tempo strettamente necessario. Detta rilevanza penale può dunque condurre ad una nuova codificazione giurisprudenziale dei controlli difensivi.

Analogamente G. Proia, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, cit., p. 548, evidenzia come debba riservarsi spazio per quei controlli effettuati *ex post* repressivi di illeciti verificatisi (o per prevenirne altri). Detti controlli mal si concilierebbero con gli oneri procedurali di cui al comma 1 dell'art. 4. Per tali

ragioni le indagini circoscritte e specifiche messe in atto dal datore di lavoro per accertare e prevenire illeciti sono considerate escluse dal campo di applicazione dell'art. 4 anche sulla scorta della non meritevolezza di una tutela della posizione del lavoratore che nel luogo di lavoro e durante l'orario di lavoro commetta gravi illeciti.

Sempre nell'ambito delle riflessioni relative al possibile impatto della novella legislativa sui controlli difensivi interviene E. Dagnino, *Controlli sociali dei lavoratori: un'interessante pronuncia della Cassazione*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2015, n. 3, pp. 833 - 839, analizzando in primo luogo la Sentenza n. 10955/2015 della Corte di Cassazione (intervenuta prima della riforma dell'art. 4 Stat. Lav.), e concentrandosi sugli aspetti legati alla sostenibilità del concetto di controlli difensivi a partire dalla originaria formulazione della norma statutaria ed alla categorizzazione giurisprudenziale (sul punto v. Cap. II, par. 2.3). In particolare, nel caso di specie, la Cassazione aveva riconosciuto la legittimità di un'attività di indagine datoriale attuata attraverso la creazione di un falso profilo *Facebook* al fine di verificare gli accessi del dipendente durante l'orario di lavoro. Detta indagine aveva condotto al licenziamento del lavoratore. L'autore, con riferimento alla formulazione originaria della norma, evidenzia come la Cassazione abbia escluso che la condotta posta in essere dal datore di lavoro, rispettosa anche dei principi di correttezza e buona fede, potesse ricadere nel campo di applicazione dell'art. 4 Stat. Lav., con gli oneri procedurali ivi previsti, sulla scorta della mancanza di controllo relativo all'adempimento della prestazione e di effettuazione dello stesso con esclusivo riferimento alla repressione di comportamenti illeciti. Detta pronuncia si innesta nel più ampio quadro di quelle sentenze della Cassazione che avevano legittimato la possibilità di quei controlli a distanza operati al di fuori di quanto previsto dall'art. 4 dello Statuto, nella sua versione originaria, qualora fossero stati diretti all'accertamento di illeciti estranei al rapporto di lavoro e fatto salvo il controllo sul corretto adempimento della prestazione lavorativa. E. Dagnino si concentra infine sulle possibili ricadute sul tema che avrebbe potuto comportare la novella legislativa del 2015 (di prossima emanazione al momento

della stesura del contributo), con specifico riferimento all'inclusione dell'esigenza di tutela del patrimonio aziendale tra quelle che legittimano l'impiego di strumenti di potenziale controllo a distanza. A parere dell'autore detta inclusione ridurrebbe di molto gli spazi applicativi e quelli di intervento che lasciavano spazi a controlli incidenti anche sulla prestazione lavorativa al di fuori dell'art. 4, residuandosi margini di esclusione dalla sfera applicativa della disposizione in parola per i soli controlli relativi ad accertare illeciti estranei al rapporto ed effettuati con strumenti non idonei al controllo potenziale della prestazione.

La permanenza di un ambito ristretto di operatività della categoria dei controlli difensivi, non rientranti nelle previsioni dell'art. 4, viene ribadita sempre dallo stesso E. Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, cit., p. 1002, il quale li individua sempre nei controlli diretti all'accertamento di illeciti estranei al rapporto di lavoro e posti in essere con modalità che non consentono il controllo sulla prestazione lavorativa. Questi controlli non sarebbero quindi soggetti ai vincoli del primo e del terzo comma della disposizione statutaria.

9. La fattispecie penale.

Le violazioni delle previsioni di cui all'art. 4 Stat. Lav. sono state (e sono tuttora) sanzionate, in base a quanto previsto, dall'art. 38 Stat. Lav., laddove le stesse vengono punite con l'arresto o con l'ammenda, anche congiuntamente nei casi più gravi. La tecnica di associazione a tale sanzione è stata oggetto negli anni di vari interventi legislativi.

Prima dell'avvento del D. Lgs. n. 196/2003 il richiamo all'art. 4 era direttamente contenuto all'interno dell'art. 38 dello Statuto. A seguito dell'entrata in vigore del Codice Privacy, tuttavia, detto richiamo era stato eliminato - con l'art. 179, comma 2, D. Lgs. n. 196/2003 - dalla disposizione sanzionatrice statutaria e, pertanto, l'applicabilità della sanzione penale nei casi di violazione dell'art. 4 era rimessa all'efficacia del complesso richiamo normativo effettuato dall'art. 171 del Codice Privacy il quale, richiamando l'art. 114 della medesima fonte legislativa laddove veniva precisato che restava fermo quanto disposto

dall'art. 4 Stat. Lav., faceva soggiacere alla sfera di applicazione dell'art. 38 Stat. Lav. anche le violazioni del citato art. 114 del D. Lgs. n. 196/2003. In virtù delle novità introdotte dall'art. 23, comma 2, del D. Lgs. n. 151/2015, è stato nuovamente modificato l'art. 171 del Codice Privacy, prevedendo che divenissero punibili ai sensi dell'art. 38 Stat. Lav. le violazioni dei primi due commi dell'art. 4 Stat. Lav. L'art. 171, da ultimo, ha subito una ulteriore modifica ai sensi dell'art. 15, comma 1, lett. f) del D. Lgs. n. 101/2018; la disposizione in questione e attualmente in vigore, ora rubricata «Violazioni delle disposizioni in materia di controlli a distanza e indagini sulle opinioni dei lavoratori» in luogo di «Altre fattispecie» stabilisce che la violazione delle disposizioni di cui agli artt. 4, comma 1, e 8 Stat. Lav. è punita con le sanzioni di cui all'art. 38 della medesima legge.

Con riferimento alla versione immediatamente precedente del richiamato art. 171, laddove si assoggettavano alla sanzione penale le violazioni dei primi 2 commi dell'art. 4, R. Del Punta, *La nuova disciplina sui controlli a distanza sul lavoro (art. 23 D. Lgs. n. 151/2015)*, cit., pp. 90 – 91, evidenziava come al di là della poca chiarezza derivante dai vari richiami normativi, la violazione della norma ipotizzabile fosse esclusivamente quella relativa al comma 1, il quale pone condizioni di impiego e di installazione degli strumenti di potenziale controllo a distanza. L'autore precisava inoltre come la violazione del comma 1 si sostanziasse anche in tutte quelle ipotesi di errata applicazione del regime del secondo comma a fattispecie invece rientranti nel regime del primo.

Di diverso avviso appariva invece l'opzione interpretativa proposta da A. Stanchi, *Nel Jobs Act il nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, in Guida al Lavoro, 2015, n. 38, secondo cui la *ratio* della previsione in merito alla violazione del secondo comma, doveva essere ricercata nella volontà di sanzionare la possibile trasformazione di uno strumento di lavoro in uno strumento di controllo mediante l'impiego di appositi applicativi.

Contrariamente alla descritta posizione E. Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, cit., pp. 1004 – 1005, precisava come in realtà questa interpretazione non aggiungesse nulla rispetto alla tutela già prevista dal primo comma. La

trasformazione di uno strumento di lavoro avverrebbe infatti tramite *software*, i quali devono essere qualificati come strumenti di controllo e, come tali, devono essere soggetti alle finalità indicate dalla norma ed ai vincoli procedurali. L'autore, infatti, aveva messo in luce l'evidente aporia legislativa della precedente versione dell'art. 171 del D. Lgs. n. 196/2003 determinata dall'inclusione nel novero delle condotte penalmente rilevanti delle violazioni del secondo comma dell'art. 4 Stat. Lav. Si sottolineava infatti come, limitandosi il secondo comma ad escludere dalle condizioni di cui al primo i c.d. strumenti di lavoro, non venisse posto nessun diverso obbligo sanzionabile.

Sempre a parere di E. Dagnino, *La Cassazione penale sui controlli a distanza post Jobs Act: continuità del tipo di illecito*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2017, n. 1, p. 184, il richiamo del secondo comma, operato (sino allo scorso 19 settembre 2018 - entrata in vigore del D. Lgs. n. 101/2018) dall'art. 171, non configurava la sanzione per una violazione vera e propria in quanto la disposizione del comma 2 dell'art. 4 non introduceva nessun obbligo, ma comportava esclusivamente un'eccezione rispetto alla disciplina applicabile di cui al comma 1.

CAPITOLO III

PIANO DI LAVORO E METODOLOGIA

Sommario: 1. Piano di lavoro e metodologia.

1. Piano di lavoro e metodologia.

Rispetto alla tematica ed alle questioni prospettate si rende necessario fornire una descrizione delle fasi di lavoro seguite e di quelle prossime, utili ad analizzare il campo di indagine con intento il più possibile chiarificatore e caratterizzato da una metodologia funzionale a tali scopi.

In primo luogo tale lavoro di ricerca si è concentrato su un approfondito studio e su una ampia ed organizzata esposizione dello stato dell'arte rispetto al tema, analizzando innanzitutto la portata del dettato normativo con specifico riferimento all'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori, sia nella sua formulazione originaria che in quella attualmente in vigore.

Una volta effettuata la disamina del quadro normativo di riferimento, l'analisi si è dedicata alla ricostruzione delle principali questioni poste dalla dottrina che, a partire dall'entrata in vigore dello Statuto e sino ai giorni nostri, ha sollevato numerosi ed importanti interrogativi ed esplicitazioni sulla reale portata delle disposizioni di legge. Il campo di indagine ha investito inoltre la categoria, di genesi e caratterizzazione giurisprudenziale, dei controlli difensivi che, nella versione originaria dell'art. 4, aveva colmato il vuoto legislativo per quanto attiene al controllo a distanza effettuato per scopi di tutela del patrimonio aziendale.

La ricostruzione dello stato dell'arte interessa altresì la normativa posta a protezione dei dati personali, con specifico riferimento al rapporto di interazione e integrazione tra il sistema di norme dettate in tema di privacy, anche alla luce

della piena operatività del Regolamento UE 2016/679, e quello relativo alla disciplina dei controlli a distanza.

Una volta effettuata una ampia ed il più possibile completa disamina dello stato dell'arte in materia, si cercherà di fornire una possibile chiave di lettura alle questioni emerse, anche con riferimento all'apparato giurisprudenziale di contesto con particolare interesse sulle pronunce in materia, ponendo la tematica del controllo a distanza in relazione con la tutela della riservatezza ed alla luce dei costanti mutamenti tecnologici al fine di gettare una luce sulle eventuali discordanze o necessità di adattamenti del quadro regolatorio rispetto all'oggetto di indagine con riferimento a tutte le questioni poste in sede di individuazione della tematica di ricerca.

L'attenzione sarà inoltre posta anche sulla fondamentale importanza e pervasività in materia dei Provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali, nonché, al fine di corroborare ulteriormente il campo di indagine, sulle determinazioni e sugli orientamenti interpretativi del Ministero del Lavoro e dell'Ispettorato del Lavoro adottati per la regolazione della materia nel contesto lavorativo.

Dopo aver proceduto alla disamina delle principali posizioni dottrinarie in materia, la trattazione è infatti caratterizzata da una metodologia spiccatamente empirica, la quale insiste sulla verifica degli orientamenti giurisprudenziali, sull'analisi degli orientamenti degli organi ministeriali, sulle fondamentali statuizioni del Garante per la protezione dei dati personali, anche con riferimento ad un contesto lavorativo caratterizzato dalla costante evoluzione tecnologica.

Il lavoro di ricerca tenterà dunque, alla luce di quanto sino ad ora osservato, di definire un quadro il più possibile aderente agli interessi fondamentali in gioco (esigenze organizzative dell'impresa e tutela della riservatezza dei lavoratori) con specifico e particolare riferimento a tutti gli interrogativi posti dalla più volte richiamata evoluzione tecnologica la quale si inserisce, costituendone l'asse portante, nel più grande e complesso fenomeno di trasformazione del lavoro.

Il quadro di indagine tenterà altresì di fornire delle possibili risposte in merito al raggiungimento degli obiettivi sottesi alla Legge Delega ed al Decreto

Legislativo ad essa conseguente. Si cercherà pertanto, attraverso il punto di osservazione dell'operatore del diritto e mediante la disamina delle posizioni degli attori individuati rispetto agli aspetti di rilievo emergenti in materia, di cogliere i profili di innovazione della novella legislativa sia con riferimento alla ricerca di un rinnovato punto di equilibrio tra prerogative datoriali e necessità di tutela della riservatezza del lavoratore che con riferimento agli obiettivi palesati dalla Legge Delega ed alle finalità di razionalizzazione e semplificazione di cui si fa portatore il D. Lgs. n. 151/2015.

CAPITOLO IV

APPORTO ORIGINALE E RISULTATI DELLA RICERCA

Sommario: **1.** L'articolo 4 nella realtà concreta attraverso le posizioni degli attori in campo. - **2.** Il controllo a distanza e le implicazioni tecnologiche: la geolocalizzazione. - **3.** La disciplina dei c.d. strumenti di lavoro. - **4.** Utilizzabilità del dato e declinazioni applicative. - **5.** Dal divieto di controllo alla tutela del dato personale. - **6.** Il controllo a distanza tra obiettivi della Legge Delega, finalità del Decreto Legislativo e risultati emergenti.

1. L'articolo 4 nella realtà concreta attraverso le posizioni degli attori in campo.

Come si è avuto modo di osservare nel corso della presente ricerca, il complesso rapporto tra il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la tutela della loro dignità e riservatezza, nel più ampio quadro della normativa posta a protezione dei dati personali, rappresenta indubbiamente uno dei campi più insidiosi del diritto del lavoro.

Il presente lavoro di ricerca intende pertanto offrire, per quanto possibile, una possibile nuova chiave di lettura delle questioni prospettate.

In particolare, a parere di chi scrive, ed alla luce dei ragionamenti ed approfondimenti effettuati, la direzione verso la quale il Legislatore ha inteso muovere, rinnovando la formulazione dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, è inquadrabile nell'ambito di un tendenziale superamento di forme ontologiche di divieto di controllo a distanza, in ragione dell'imponente mutamento del quadro di contesto, caratterizzato dalla sempre più incisiva e diffusa presenza di strumenti tecnologici. Tale tipologia di strumenti, per sua stessa natura, richiede una flessibilità normativa ed un grado di adattamento che difficilmente può conciliarsi con forme di divieto aprioristiche e slegate dal contesto. L'avvento della tecnologia e la sua diffusione crescente nel corso degli anni all'interno del mondo

lavorativo hanno infatti reso sempre più sfumata e difficile da cogliere la differenziazione tra strumento di controllo e strumento di lavoro, vanificando o, per meglio dire, svilendo la portata precettiva di un divieto dettato a prescindere. Questo fenomeno, così come in passato, deve (e dovrà) naturalmente tenere conto della fondamentale esigenza di tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori, in un'ottica di equo bilanciamento degli interessi in gioco.

Tuttavia, il mutato quadro normativo e di contesto, sembra tracciare la via di una nuova ottica di protezione e tutela da un lato e di superamento del divieto di controllo a distanza, almeno per come delineato da Legislatore del '70 dall'altro. La formulazione attuale della disposizione, per come inserita in un quadro di crescente integrazione con il sistema normativo posto a protezione dei dati personali, consente infatti di spostare il focus del bene giuridico tutelato proprio sul dato e sulle informazioni acquisite in virtù dei controlli. Se infatti gli strumenti di lavoro e le modalità stesse della produzione, alla luce di un crescente sviluppo e grado di pervasività delle nuove tecnologie, sono sempre più connotati da capacità di tracciamento e di raccolta di dati ed informazioni dei lavoratori, il bene giuridico da tutelare ed oggetto del sistema di norme deve necessariamente essere costituito da tali due elementi.

Questo possibile primo e parziale esito di ragionamento risulta inoltre corroborato da tutte le perplessità e le questioni sollevate dalla dottrina ed altresì emerse in sede applicativa, sia con riferimento in via principale alla versione originaria dell'art. 4, che relativamente a quella vigente ed alle prospettive che la stessa pone. Per quanto attiene alla versione statutaria della norma, come si è avuto modo di osservare, la dottrina aveva messo a nudo una serie di nodi interpretativi sostanzialmente irrisolti e legati in misura maggiore al silenzio della norma in tema di utilizzabilità del *quantum* acquisito grazie ai controlli ed alla scarsa attitudine delle stessa all'adeguamento rispetto al mutato, ed in costante evoluzione, contesto di riferimento, caratterizzato dalla crescente diffusione delle tecnologie nei luoghi di lavoro e tra gli strumenti di lavoro. Tali originarie incompiutezze avevano peraltro cagionato la genesi della categoria di creazione giurisprudenziale dei c.d. controlli difensivi, i quali erano stati dettati

dall'esigenza di legittimare un controllo e di utilizzare in maniera conseguente tutte le informazioni acquisite in tutti quei casi di repressione di condotte illecite dei lavoratori altrimenti non rinvenibili.

La nuova formulazione normativa operata nel 2015, se da un lato ha dunque avuto il pregio di apportare maggiore chiarezza unitamente ad un maggior grado di rispondenza rispetto al mutato contesto di riferimento, ha nondimeno lasciato permanere una serie di spazi e spunti di riflessione, specie se si osserva e si analizza il rapporto della disciplina in questione con tutto il sistema di norme posto a protezione dei dati personali, caratterizzato da un indubbio grado di comprensività e dalle necessarie e conseguenti istanze di integrazione con la normativa più strettamente lavoristica.

La sfera applicativa e le principali declinazioni del novellato quadro legislativo possono dunque essere tracciate attraverso la disamina delle diverse posizioni dei vari attori coinvolti e con riferimento alle numerose questioni da chiarire. Nello specifico, pertanto, al fine di cogliere la portata innovativa delle norme in esame, si ritiene necessario esaminare le posizioni di coloro che nella realtà concreta provvedono alla loro applicazione.

2. Il controllo a distanza e le implicazioni tecnologiche: la geolocalizzazione.

I possibili effetti e le declinazioni applicative della riforma dell'art. 4 Stat. Lav. e della sua rinnovata e, per certi versi, corroborata integrazione con la norma posta a protezione dei dati personali, possono essere colti, in prima battuta, attraverso l'analisi e la disamina di diversi Provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali dettati in tema di geolocalizzazione di veicoli, nei quali l'Autorità offre importanti spunti di riflessione.

Nel 2017, con il Provvedimento n. 138/2017 emanato all'esito di una verifica preliminare (adempimento non più previsto per come disciplinato dal previgente Codice Privacy a seguito della piena operatività del GDPR e dei conseguenti adeguamenti della norma nazionale), il Garante si esprime in merito all'adozione da parte di un datore di lavoro di un sistema dotato di una

funzionalità di localizzazione satellitare dei veicoli aziendali tramite una connessione GSM/GPRS al “*data Center*” di una società esterna, designata responsabile del trattamento, che elabora e rende disponibili i dati. Occorre segnalare come il datore di lavoro avesse già sottoscritto accordi collettivi in merito con le rappresentanze sindacali. In particolare il sistema, deputato alla gestione del tempestivo intervento in caso di guasto, alla sicurezza dei lavoratori c.d. in solitudine, alla gestione del rapporto di lavoro in termini di tempistica di carico e scarico, alla tutela del patrimonio aziendale, consentiva anche, tramite la reportistica, di conoscere la distanza percorsa, la velocità media dei veicoli utile anche alla distribuzione dei lavori e i tempi di percorrenza. Lo stesso sistema si attivava solo a seguito dell'accensione del veicolo da parte del lavoratore; l'accesso ai dati, inoltre, era consentito esclusivamente a specifici soggetti incaricati del trattamento. Il Garante, con riferimento alle sintetizzate caratteristiche del sistema, evidenzia in primo luogo come sebbene lo stesso non sia configurato per la diretta identificazione dei conducenti, in coerenza con il principio di minimizzazione dei dati, tale possibilità sia realizzabile tramite la consultazione dei documenti relativi all'autenticazione a bordo effettuata all'inizio del turno di lavoro. Il Garante rileva inoltre la liceità degli scopi perseguiti con l'installazione del sistema che si sostanziano nel perseguimento di finalità organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale, in conformità a quanto stabilito dal primo comma del vigente art. 4 Stat. Lav. Nel caso di specie, infatti, la strumentazione installata non si qualifica quale strumento di lavoro, non essendo preordinata all'esecuzione della prestazione, con conseguente ricaduta nella sfera di applicazione del primo comma della disposizione statutaria. È interessante inoltre notare il richiamo effettuato nel Provvedimento alla Circolare n. 2/2016 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro (sul punto v. *infra*). Ai fini delle considerazioni di liceità del sistema il Garante osserva come la società abbia all'uopo stipulato due accordi sindacali nei quali è disciplinata l'installazione del sistema di localizzazione in questione per ragioni di sicurezza sul lavoro (individuazione del c.d. uomo a terra) e di tutela assicurativa dei veicoli in caso di furto. Detti accordi necessiteranno, a parere

dell'Autorità, delle dovute integrazioni inerenti alle finalità ulteriori ed alle relative modalità di trattamento. La base giuridica del trattamento qualificata dal Garante viene individuata nel legittimo interesse in relazione alle finalità poste. Occorre altresì rilevare la fisiologica sensibilità posta con riferimento all'applicazione dei principi in tema di trattamento dati: nello specifico le operazioni dovranno conformarsi ai principi di necessità, pertinenza e non eccedenza rispetto alle finalità perseguite ed anche con riferimento ai tempi di conservazione. Il sistema stesso dovrà essere configurato in modo da rilevare la posizione geografica con cadenza proporzionata alle finalità.

La medesima Autorità giunge ad analoghe considerazioni ammettendo, in sede di verifica preliminare e previa adozione delle prescrizioni ivi indicate, la liceità del trattamento dei dati personali derivanti dalla rilevazione di coordinate satellitari relative alla geolocalizzazione di apparati elettronici di tipo radio mobili e veicolari. Nel Provvedimento n. 247/2017 infatti il Garante sottolinea come alla base dell'adozione del sistema di geolocalizzazione in questione vi siano esigenze organizzative e produttive, di sicurezza sul lavoro e di tutela del patrimonio aziendale perseguite mediante i dispositivi radiomobili e i terminali veicolari. Tale strumentazione, attivata dai dipendenti per la durata dell'orario di lavoro, consente dunque il trattamento di dati relativi alla geolocalizzazione. Chiarito come gli stessi dati non possano definirsi anonimi, in ragione della possibilità di associazione con un interessato identificabile, nel Provvedimento si evidenzia come sia altresì realizzabile da parte della società un controllo indiretto sui lavoratori consentendo pertanto anche la ricostruzione dell'attività. Il Garante osserva inoltre come si renda necessaria l'applicazione, oltre a quella in materia di dati personali, della disciplina lavoristica con particolare riferimento agli strumenti da cui derivi anche la possibilità di controllo a distanza di cui al vigente art. 4, comma 1, Stat. Lav. Le finalità rappresentate dalla società appaiono dunque riconducibili alle esigenze organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale rappresentate dalla stessa legge e in presenza delle quali è consentito il controllo a distanza previo accordo sindacale o, in mancanza, come nel caso di specie, autorizzazione amministrativa. La possibilità di accesso

al *quantum* di dati raccolti riservata dalla società alla Direzione tecnica ed a quella del Personale è limitata, secondo quanto indicato dalla stessa società, al verificarsi di ripetute anomalie nella gestione del servizio ed al fine di risolverle. Per quanto attiene ai profili di integrazione tra la normativa posta a protezione dei dati e quella lavoristica in senso stretto, il Garante individua la chiave di volta del rapporto tra le due materie negli obblighi informativi di cui all'art. 13 del D. Lgs. n. 196 (nella sua versione previgente) e all'art. 4, comma 3, Stat. Lav. che la società dovrà necessariamente rispettare al fine di rendere pienamente consapevoli i dipendenti dei trattamenti effettuati e degli strumenti utilizzati, unitamente alle modalità adoperate. Detto trattamento dovrà naturalmente conformarsi anche al principio di necessità, relativamente all'identificazione degli interessati, dovrà essere limitato al perseguimento di scopi determinati, espliciti e legittimi o di eventuali altri scopi purché compatibili. In ossequio al principio di proporzionalità, inoltre, le operazioni di trattamento dovranno essere effettuate esclusivamente al verificarsi delle anomalie preventivamente determinate e rese note ai lavoratori. A riprova della declinazione applicativa, espressione della volontà di sottolineare i profili di connessione tra i due apparati normativi coinvolti, l'Autorità stessa si preoccupa di ribadire come tutti gli ulteriori trattamenti, seppur effettuati nell'ambito della gestione del rapporto di lavoro e nell'esercizio del potere di verifica del corretto adempimento della prestazione ai sensi degli artt. 2086, 2087 e 2104 c.c., debbano essere rispettosi, pena l'inutilizzabilità dei dati, dei canoni di liceità, proporzionalità, gradualità e scongiurando ingiustificate interferenze nella vita privata dei lavoratori.

I profili di integrazione tra la disciplina lavoristica e quella in materia di privacy, che sottintendono un rapporto di intrinseco legame e di reciproco e necessario rispetto, vengono ulteriormente sottolineati in altri Provvedimenti emanati dal Garante con riferimento a sistemi di geolocalizzazione di veicoli che, seppur indirettamente, consentono anche di controllare a distanza i lavoratori.

In particolare con il Provvedimento n. 432/2017 il Garante si pronuncia relativamente all'installazione da parte di un Comune di alcuni dispositivi sui veicoli della Polizia Municipale idonei ad effettuare la rilevazione satellitare

mediante un sistema GPS e al fine di rendicontare le spese del carburante, l'usura e la tipologia dei servizi svolti dai veicoli. Dopo aver chiarito come il citato applicativo renda possibile l'identificazione dei lavoratori tramite l'incrocio dei dati, il Garante evidenzia in primo luogo la pertinenza e non eccedenza del sistema per quanto attiene al numero di rilevazioni effettuate (due al minuto), alla distruzione dei registri prima del turno successivo, rilevando altresì come l'accesso ai dati sia consentito al solo personale autorizzato. Viene altresì ribadita l'indispensabilità del rispetto della disciplina lavoristica e degli adempimenti procedurali di cui all'art. 4 Stat. Lav. con riferimento al rapporto tra il Comune, che del resto aveva dichiarato di voler intraprendere la procedura di cui all'art. 4, comma 1, Stat. Lav., ed i propri dipendenti.

La subordinazione della liceità del trattamento dei dati relativi alla localizzazione di alcuni veicoli della Polizia Municipale, sempre mediante un sistema GPS, al necessario rispetto delle previsioni di cui all'art. 4, comma 1 Stat. Lav., anche in termini di assolvimento degli oneri procedurali con predilezione della trattativa sindacale, qualifica anche il Provvedimento n. 181/2018. Nello stesso il Garante, in considerazione del fatto che il sistema è adoperato nel contesto di lavoro e che consente di ricostruire indirettamente l'attività degli operatori, evidenzia l'indispensabilità della conformità alle previsioni della norma statutaria e pone altresì l'accento sulla dovuta rispondenza dell'applicativo ai principi di finalità e proporzionalità dei trattamenti. Il Comune potrà infatti visualizzare in tempo reale la posizione dei veicoli ed eventualmente identificare l'operatore solo al fine di efficientare l'attività e di gestire situazioni critiche o di emergenza. Il trattamento viene qualificato come lecito anche in relazione ai tempi ed alle modalità di conservazione dei dati i quali non consentiranno più l'identificazione dell'operatore al termine del turno di servizio, non essendo la stessa necessaria al soddisfacimento delle esigenze di consuntivazione dei costi.

Analoga base di ragionamento è riscontrabile nel Provvedimento n. 505/2017, con il quale viene ammessa la possibilità, previo rispetto delle prescrizioni indicate, del trattamento dei dati rilevati da un sistema tecnologico che consente di effettuare la localizzazione degli *smartphone* e dei *tablet* assegnati

ai dipendenti di una società con la finalità di garantire ai propri clienti maggiore precisione nell'attività di controllo sulla qualità della distribuzione di materiale pubblicitario. Il Garante, nel qualificare come leciti gli scopi perseguiti dalla società perché rispondenti al soddisfacimento di esigenze organizzative e produttive ai sensi del primo comma dell'art. 4 Stat. Lav., pone l'accento sulla conformità del sistema rispetto alla normativa lavoristica vigente ed accoglie positivamente l'intenzione della società di attivare la procedura autorizzatoria di fronte alla competente sede dell'Ispettorato del Lavoro. Nel Provvedimento si chiarisce inoltre come vengano rispettati i principi di necessità e proporzionalità attraverso le tecniche di pseudonimizzazione e di intervallo predeterminato e non continuativo del trattamento dei dati e della circostanza dell'avviso dell'attivazione del sistema agli operatori.

L'intrinsecità della connessione tra tutela del dato e necessario rispetto dell'art. 4 anche in termini di illiceità di un controllo pervasivo e costante sulla prestazione, viene posta in risalto anche dal Provvedimento n. 427/2018, con cui il Garante, all'esito di alcuni accertamenti ispettivi, conferma l'illiceità del trattamento effettuato da una società nell'ambito dell'attività di raccolta rifiuti, trasporto acqua ed espurgo e realizzato mediante un sistema di geolocalizzazione dei veicoli aziendali e di videosorveglianza. Nello specifico il sistema consentiva di visualizzare in tempo reale la posizione degli automezzi, il tempo di guida ed il percorso. La società forniva inoltre un report giornaliero contenente il nominativo dell'autista e le tratte da effettuare; rispetto al descritto sistema, installato anche in ragione del forte tasso di criminalità presente nelle zone, i dipendenti erano stati invitati oralmente a prestare il proprio consenso e non vi era stata (almeno in una prima fase) la stipula di un accordo con le rappresentanze sindacali. Nel confermare la propria valutazione di illiceità, il Garante, evidenziate le caratteristiche dell'impianto che consente la costante rilevazione dei dati sugli automezzi con una periodicità estremamente frequente, rileva la non conformità al principio di proporzionalità, anche con riferimento al quadro regolatorio introdotto dal GDPR, sulla scorta della utile raggiungibilità del medesimo risultato con un trattamento più limitato, ed alla eccessiva lunghezza dei tempi di

conservazione. Contrariamente a quanto prescritto dal Codice Privacy (nella versione previgente) e dal GDPR, il trattamento non risulta conforme neppure ai principi di necessità, pertinenza e non eccedenza in quanto idoneo a realizzare un continuo monitoraggio dell'attività dei dipendenti. La società non ha altresì provveduto, in ossequio al principio di derivazione europea del *privacy by default*, a predisporre misure di rilevazione dei soli dati necessari in relazione alla specifica finalità del trattamento e non ha predisposto un'adeguata informativa agli interessati al fine di renderli pienamente edotti sulle finalità e modalità del trattamento. Al fine di puntualizzare ancora di più il percorso logico intrapreso, il Garante sottolinea come, anche alla luce della novella legislativa intervenuta in materia, resti comunque preclusa al datore di lavoro la possibilità di controllo massivo, prolungato e indiscriminato dell'attività dei lavoratori. L'illeceità rilevata investe anche l'impianto di videosorveglianza, almeno sino alla stipula dell'apposito accordo sindacale.

Muovendo nel solco dei principi introdotti dalla regolamentazione europea, in raccordo con la novellata disciplina statutaria, il Garante, con comunicazione del 28 febbraio 2019, non ritiene sussistenti i presupposti per l'adozione di un Provvedimento con riferimento al trattamento dati derivante dall'utilizzo di dispositivi tecnologici indossati sul polso dai lavoratori che consentono di mappare tramite tecnologia RFID la collocazione spaziale dei cestini nell'ambito della gestione dei rifiuti. La società aveva stipulato un accordo con le RSU, con il quale veniva escluso qualsiasi utilizzo per finalità disciplinari dei dati raccolti, ed aveva altresì informato i lavoratori interessati. Risulta interessante notare come sia richiamato il principio di responsabilizzazione di cui all'art. 5 del GDPR e come il trattamento in questione venga ritenuto conforme ai principi di necessità e proporzionalità.

Le pronunce dell'Autorità sino ad ora esaminate si collocano in una linea di coerenza ideale con le prescrizioni dettate dal Garante nel Provvedimento Generale del 4 ottobre 2011 in materia di sistemi di localizzazione di veicoli nell'ambito del rapporto di lavoro, il quale, seppur adottato nella vigenza della versione originaria dell'art. 4 Stat. Lav., contiene una serie di principi e di assiomi

logici ancora utilmente applicabili. Nello stesso infatti il Garante aveva già subordinato la liceità del trattamento dei dati derivanti da tali sistemi al rispetto delle previsioni di cui all'originario art. 4 Stat. Lav. sia in termini di soddisfacimento delle esigenze organizzative e produttive e di sicurezza del lavoro, che di necessità di assolvimento degli oneri procedurali ivi indicati. Il trattamento, il cui fondamento giuridico veniva individuato nel perseguimento di un legittimo interesse del titolare e per soddisfare le predette esigenze anche in assenza del consenso degli interessati, doveva (e deve) essere conforme anche ai citati principi di necessità, pertinenza e non eccedenza. Le prescrizioni dettate al tempo dal Garante includevano infine anche l'obbligo di informativa e il trattamento univoco da parte di soggetti all'uopo incaricati.

Se, come si è avuto modo di osservare, l'approccio del Garante è volto a sottolineare il profilo di integrazione tra la normativa statutaria e quella protezionistica dei dati personali nell'ambito di un percorso logico che sembra individuare una macro condizione di liceità, le posizioni della Corte di Cassazione in tema di geolocalizzazione sembrano assestarsi su un approccio assai differente. Le due pronunce di legittimità che si andranno ora ad esaminare infatti, seppur relative a fattispecie all'epoca disciplinate dalla versione originaria dell'art. 4 Stat. Lav., lasciano desumere una interpretazione della Corte decisamente più ancorata al tema del divieto di controllo ed al corretto adempimento dell'obbligazione del prestatore di lavoro.

Pronunciandosi in un caso di licenziamento individuale di un lavoratore la cui condotta era stata accertata dalla società anche grazie alle risultanze di un sistema GPS installato sull'auto aziendale e con cui era stato possibile rilevare come il dipendente si fosse allontanato dalla sede aziendale in orario di lavoro, la Corte, in armonia con i gradi di merito, si concentra sulla legittimità dell'atto di recesso datoriale conseguente al controllo (v. Cass. Sez. Lav., 12 ottobre 2015, n. 20440). Nello specifico la Cassazione esclude che il divieto di controllo a distanza possa investire anche quei comportamenti che, non riguardando la prestazione lavorativa, si sostanziano in atti illeciti lesivi del patrimonio e dell'immagine

aziendale, più facilmente riscontrabili laddove la prestazione sia fisiologicamente eseguita, come nel caso di specie, fuori dai locali aziendali.

Circa un anno più tardi la Cassazione (v. Cass. Sez. Lav., 5 ottobre 2016, n. 19922), muovendo sempre nel solco di tale linea interpretativa, conferma l'illegittimità del licenziamento per giusta causa intimato al dipendente sulla scorta delle risultanze di un sistema GPS e *Patrol Manager* che consentivano il controllo a distanza dell'attività lavorativa utilizzate anche in presenza di un precedente accordo sindacale con cui veniva esclusa l'adoperabilità di tali sistemi per il controllo dei lavoratori. Dette operazioni di controllo non si qualificano neppure quale espressione di un legittimo controllo difensivo. Sulla base di alcuni precedenti giurisprudenziali in materia (per una ricostruzione della fattispecie dei c.d. controlli difensivi v. *supra* Cap. II, par 2.3 e par. 8), la Suprema Corte ribadisce che anche nel caso in cui sia messo in atto un controllo di tipo difensivo devono essere osservate le garanzie procedurali previste dalla norma statutaria e i dati raccolti non possono essere adoperati ai fini della verifica sul corretto adempimento della prestazione. La Corte evidenzia inoltre come in realtà il controllo posto in essere dal datore di lavoro realizzasse un monitoraggio *ex ante* e non *ex post*, pertanto prima che potessero realizzarsi sospetti di illecito. L'illegittimo controllo, che si traduce nell'inutilizzabilità del *quantum* acquisito, non ha investito dunque beni estranei al rapporto di lavoro, ma ha avuto ad oggetto la prestazione lavorativa estendendo impropriamente gli spazi del controllo difensivo.

Risulta evidente come le esaminate pronunce della Corte siano ancorate alla originaria versione dell'art. 4 e ad una disposizione che non includeva la tutela del patrimonio tra le esigenze qualificate e legittimanti l'impiego di strumenti di potenziale controllo a distanza. Tuttavia, a parere di chi scrive, risulta possibile cogliere la differenza di impostazione rispetto alle statuizioni del Garante, il quale, come ampiamente evidenziato, subordina la liceità del controllo a distanza, nella misura in cui sia "solo" potenziale, al duplice rispetto della normativa statutaria e di quella dettata in tema di privacy. La Cassazione, diversamente dal Garante e, probabilmente, in ragione della disciplina *ratione*

temporis applicabile alla fattispecie, si concentra sugli aspetti più marcatamente contrattuali e legati alle modalità di verifica dell'adempimento della prestazione effettuate per il tramite degli strumenti di geolocalizzazione, non focalizzando l'attenzione sugli aspetti legati al quantitativo di dati personali trattati ed alle relative modalità di trattamento.

La qualificazione giuridica degli strumenti di localizzazione satellitare GPS di veicoli, mediante i quali è possibile effettuare anche un controllo dell'attività dei lavoratori, è oggetto dell'interpretazione orientativa fornita dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro con la Circolare n. 2/2016. L'Organo amministrativo, alla luce del novellato art. 4 Stat. Lav., intende chiarire se tali sistemi tecnologici possano o meno essere considerati «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa» e, in quanto tali esclusi dalla sfera di applicazione del primo comma della disposizione statutaria in ragione di quanto previsto dal secondo comma. L'Ispettorato, evidenziando la necessità di comprendere se l'applicativo GPS sia strettamente funzionale a rendere la prestazione lavorativa, tenuto conto che un'interpretazione letterale impone di considerare quali strumenti esclusivamente quelli indispensabili all'adempimento della prestazione il cui utilizzo è alla stessa finalizzato, ritiene che di massima lo strumento di geolocalizzazione rappresenti un elemento aggiunto, per il soddisfacimento di esigenze ulteriori (assicurative, organizzative, produttive, di sicurezza sul lavoro), rispetto allo strumento utilizzato per la prestazione. In tali casi pertanto, sostiene l'Ispettorato, gli applicativi in questione, rientrando nel campo di applicazione dell'art. 4, comma 1, Stat. Lav., potranno essere installati solo a seguito di accordo con la rappresentanza aziendale o, in mancanza, previa autorizzazione dell'Ispettorato del Lavoro. Solo nel caso particolare in cui gli strumenti di localizzazione siano essenziali ai fini dello svolgimento della prestazione o la loro installazione sia obbligatoria in forza di disposizioni legislative o regolamentari (come avviene ad esempio nel caso dei «sistemi GPS per il trasporto di portavalori superiore a euro 1.500.000,00, ecc.»), gli stessi possono essere qualificati in «strumenti di lavoro» e, come tali, esclusi dagli oneri procedurali di natura sindacale o amministrativa.

L'Organo ministeriale dunque, in tema di geolocalizzazione, offre una lettura molto prudente ed in linea con il rigore letterale della norma. Uno strumento tecnologico può qualificarsi quale strumento di lavoro nell'esclusivo caso in cui sia indispensabilmente funzionale alla utile realizzazione della prestazione. Tale requisito "sacrifica", in ragione del soddisfacimento dell'interesse produttivo dell'imprenditore nell'operazione di bilanciamento, le garanzie procedurali previste dalla norma anche a costo di determinare la produzione di un quantitativo di dati liberamente utilizzabili dal datore di lavoro, fermo restando il rispetto dei requisiti di cui all'art. 4, comma 3, Stat. Lav.

3. La disciplina dei c.d. strumenti di lavoro.

La portata applicativa delle questioni sottese alla novella legislativa ed alle sue dichiarate finalità di razionalizzazione e semplificazione può essere ampiamente colta anche con riferimento alla disciplina degli strumenti di cui all'art. 4, comma 2, Stat. Lav. (ed in particolare a quella relativa agli strumenti «utilizzati per rendere la prestazione lavorativa»), esentati, come noto, dalle previsioni del primo comma della disposizione. Tale complessa disciplina derogatoria, così come la concreta individuazione degli strumenti oggetto della stessa, è infatti declinata in diversi pronunciamenti da parte dei principali attori coinvolti nella prospettiva di analisi.

Analizzando in prima istanza i Provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali con riferimento ai c.d. strumenti di lavoro, è possibile rilevare anche in essi la fisiologica ricerca dei profili di interazione tra la norma statutaria e quella posta a tutela dei dati.

Attraverso il Provvedimento n. 303/2016, emanato nell'ambito di una verifica di liceità del trattamento dei dati personali dei dipendenti di un'Università effettuato mediante la conservazione dei *log* relativi alla posta elettronica ed alla navigazione *web* per supposte attività di monitoraggio e integrità dei sistemi, il Garante si preoccupa immediatamente di evidenziare come vi sia stata violazione del principio di liceità in quanto, contrariamente a quanto sostenuto dall'Ateneo,

si configurava la possibilità di risalire all'utente mediante l'analisi dei dati. In secondo luogo non era neppure stato ottemperato in maniera corretta l'obbligo di informativa agli interessati. Le operazioni di trattamento, inoltre, poste in essere nei confronti dei dipendenti ed in grado di associare alla persona i dati della connessione, consentivano indirettamente di ricostruire l'attività lavorativa. Nello specifico detto controllo avveniva in virtù di alcuni apparati e sistemi non percepibili e indipendenti rispetto all'attività lavorativa, i quali permettevano il monitoraggio, il filtraggio, il controllo e la tracciatura indiscriminata degli accessi a internet o della posta elettronica. Richiamando anche la Nota del Ministero del Lavoro (sul punto v. *infra*) e la declinazione di "attrezzatura" e "postazione di lavoro" di cui all'art. 173 del D. Lgs. n. 81/2008, il Garante sottolinea come detti *software* non possano essere considerati «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa» ai sensi dell'art. 4, comma 2, Stat. Lav. Gli strumenti intesi dalla norma infatti, prosegue l'Autorità, devono essere intesi quali servizi, *software* o applicativi strettamente funzionali alla prestazione anche sotto il profilo della sicurezza. Alla luce di ciò possono essere considerati strumenti di lavoro secondo la normativa il servizio di posta elettronica e gli altri servizi della rete aziendale, tra cui il collegamento ad internet, unitamente ai servizi che consentono il fisiologico e sicuro funzionamento (ad esempio sistemi di *logging* con conservazione dei soli dati esteriori per una durata non superiore a 7 giorni, sistemi antivirus o di inibizione di alcuni contenuti). Il Garante ritiene pertanto che i sistemi e gli applicativi utilizzati nel caso di specie non rientrino nel perimetro degli «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa», comportando pertanto un trattamento in contrasto con le previsioni dell'art. 4 Stat. Lav. Tale trattamento si qualifica come illecito anche per violazione dei principi di necessità, pertinenza e non eccedenza alla luce delle operazioni effettuate in maniera massiva, prolungata, costante e indiscriminata.

Analoghi parametri di ragionamento sono stati messi in atto dalla medesima Autorità all'interno del Provvedimento n. 547/2016, nel quale è stato dichiarato illegittimo il trattamento effettuato dal datore di lavoro con riferimento sia ai dati relativi all'*account* di posta elettronica aziendale che a quelli contenuti

nel telefono aziendale. Nello specifico le operazioni di trattamento si erano sostanziate mediante l'accesso alla casella di posta (anche dopo la cessazione del rapporto) nonché attraverso le informazioni ricevute da un'applicazione installata sui telefoni e relativa alle soglie di consumo ovvero derivanti da operazioni di controllo in caso di sospetti di illecito. Relativamente all'accesso agli *account* di posta, rilevata in prima battuta la violazione dell'obbligo di informativa oltre alla disapplicazione dei principi di necessità, pertinenza e non eccedenza, si sottolinea come sia precluso al datore di lavoro il controllo massivo, prolungato e indiscriminato dell'attività del lavoratore. Un controllo in questi termini si porrebbe infatti in contrasto con la disciplina di cui all'art. 4 Stat. Lav. La verifica dell'esatto adempimento della prestazione lavorativa deve comunque salvaguardare la libertà e la dignità dei lavoratori e, in ossequio ai principi di liceità e correttezza, deve essere preceduta dalla preventiva informazione circa le modalità di utilizzo degli strumenti aziendali e l'effettuazione di controlli. Una mancanza di informativa potrebbe infatti comportare una legittima aspettativa di confidenzialità delle informazioni da parte del lavoratore. La violazione dei principi di liceità, necessità, pertinenza e non eccedenza, unitamente a quella delle previsioni dell'art. 4 Stat. Lav., viene evidenziata dal Garante anche relativamente alle operazioni effettuate sui telefoni aziendali in ragione della possibilità di controllo sistematico e massivo.

Il nesso di funzionalità dello strumento di cui al comma 2 dell'art. 4 Stat. Lav. rispetto alla prestazione, in termini di stretta connessione e di indispensabilità, viene sottolineato dal Garante anche nel Provvedimento n. 479/2017. Con riferimento ad un sistema adottato da una società per la gestione delle attese allo sportello, il quale consentiva al datore la visualizzazione prolungata dello stato libero o occupato del lavoratore, i tempi di evasione e, pertanto, il monitoraggio dell'attività lavorativa, l'Autorità ribadisce che lo stesso non può essere inquadrato come strumento ai sensi del comma 2 della disposizione statutaria in parola. Detti strumenti rientrano nell'ipotesi derogatoria solo nel caso in cui siano indispensabili per rendere la prestazione lavorativa; il sistema in questione, al contrario, si qualifica come strumento anche organizzativo

dal quale può discendere indirettamente il controllo a distanza sull'attività e che pertanto comporta la necessaria attuazione delle garanzie procedurali previste dalla legge.

Sulla scorta del medesimo *iter* logico il Garante, attraverso il Provvedimento n. 139/2018 avente ad oggetto un sistema di gestione dei rapporti con la clientela, evidenzia ancora quali debbano essere le caratteristiche di uno strumento utilizzato dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa. In particolare, dichiarando l'illiceità della condotta del datore con violazione, tra le altre, di quanto previsto dall'art. 4 Stat. Lav., il Provvedimento denota come il sistema in esame non consentiva solo la mera gestione del contatto con il cliente e, pertanto, il semplice svolgimento dell'attività lavorativa, ma, al contrario, era in grado di fornire una serie di ulteriori informazioni tra cui memorizzazioni di dati degli operatori, elaborazione di report, durata delle chiamate. In ragione di ciò il sistema, prosegue il Garante, deve essere ritenuto uno strumento organizzativo che consente il controllo a distanza indiretto e, come tale, deve essere assoggettato alle garanzie procedurali di cui al comma 1 dell'art. 4 Stat. Lav.

Nell'ambito di un Provvedimento, il n. 3/2018, emanato a seguito di una verifica preliminare richiesta da una società e relativa al trattamento dei dati personali dei propri dipendenti cui è stato assegnato un telefono aziendale, il Garante evidenzia come la società abbia stipulato un accordo con le rappresentanze sindacali nel quale è previsto il non utilizzo delle informazioni «per finalità ulteriori [...] né] per finalità disciplinari» e, dunque, sembra sottolineare, seppur in maniera implicita, come il sistema di controllo delle fatture relative ai telefoni aziendali, non costituendo uno strumento «utilizzato dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa», non sia esentato dal rispetto delle condizioni sostanziali e procedurali previste dall'art. 4, comma 1, Stat. Lav.

Se gli assetti interpretativi del Garante si sono attestati su un'interpretazione finalistica del dettato normativo regolatore della disciplina dei c.d. strumenti di lavoro al fine di non pregiudicare la codeterminazione del potenziale controllo, sottraendo pertanto agli oneri procedurali solo quegli strumenti strettamente funzionali alla resa della prestazione, la giurisprudenza

sembra registrare una serie di oscillazioni probabilmente sulla scorta di un dato normativo che non qualifica con la massima precisione come debba sostanziarsi uno strumento di cui al secondo comma dell'art. 4 Stat. Lav.

L'introduzione della novella legislativa, specie con riferimento agli strumenti di lavoro, ha iniziato a registrare alcuni interventi da parte dei giudici di merito volti a stabilire una effettiva declinazione concreta degli strumenti «utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa».

In primo luogo occorre prendere le mosse dall'Ordinanza del Tribunale della Spezia del 25 novembre 2016 con cui il Giudice è stato chiamato ad intervenire in un caso di licenziamento intimato in ragione del supposto improprio utilizzo da parte di un lavoratore del dispositivo “*Viacard*” intestato all'azienda. Paventando un'interpretazione abbastanza estensiva rispetto alla possibile inclusione del dispositivo *de quo* nel novero degli strumenti di lavoro, l'Organo giudicante evidenzia come gli strumenti richiamati dal secondo comma della disposizione statutaria non debbano essere intesi esclusivamente quali strumenti indispensabili per rendere la prestazione, ma devono ricomprendere anche quegli strumenti, come il dispositivo “*Viacard*”, che, pur non imprescindibili, siano utilizzati dal lavoratore come ausilio della propria prestazione, con conseguente inapplicabilità degli oneri di cui al primo comma dell'art. 4 Stat. Lav.

In senso analogo si esprime il Tribunale di Roma con la pronuncia del 13 giugno 2018¹, intervenendo nell'ambito dell'impugnazione di un licenziamento disciplinare intimato sulla scorta delle risultanze emerse dalla *e-mail* del lavoratore e dal *software* aziendale PRS il quale consisteva in un gestionale interno utilizzato per caricare informazioni e documenti. Ponendo l'accento sull'intervenuta novella legislativa, la quale, sostiene il Giudice, non contiene più un principio generale di divieto di controllo a distanza anche in ragione della previsione di cui al comma 3 dell'art. 4 Stat. Lav. laddove si prevede l'utilizzabilità dei dati acquisiti dagli strumenti (da cui derivi anche la possibilità

¹ Cfr. Tribunale di Roma, Sezione Lavoro, 13 giugno 2018, in Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro, fasc. 4-2018, pp. 411 – 417.

di controllo a distanza) a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro nel rispetto delle regole privacy e previa informazione al lavoratore, la pronuncia si concentra altresì sulla qualificazione degli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa. All'interno di tale categoria, esentata dal rispetto delle condizioni oggettive e dagli oneri procedurali di cui al primo comma della disposizione statutaria, debbono essere ricompresi sia la *e-mail* aziendale che il *software* PRS i quali pur non essendo caratterizzati da finalità di controllo, ma da finalità lavorative, permettono il controllo a distanza dell'attività del lavoratore. Risulta inoltre interessante evidenziare come non vi sia stata menzione del nesso di indispensabilità dello strumento rispetto alla prestazione. Il Giudice reputa inoltre irrilevante ai fini della definizione la circostanza secondo cui la società non avrebbe avuto modo di controllare l'attività in tempo reale, in quanto la fattispecie richiede che lo strumento in questione sia in grado di verificare anche *ex post* l'attività dei lavoratori.

Lo stesso Tribunale di Roma, con Ordinanza del 24 marzo 2017, pronunciandosi in un caso di licenziamento comminato ad una lavoratrice a seguito di un improprio utilizzo della rete internet tramite una postazione aziendale, aveva in precedenza seguito un'impostazione più cauta. Dopo aver delineato le caratteristiche fondamentali del rinnovato art. 4 Stat. Lav., le quali solo apparentemente hanno fatto venir meno l'esplicito divieto di controllo a distanza a beneficio dell'adeguamento della norma alle innovazioni tecnologiche, la pronuncia rimarca la corretta accezione della deroga relativa agli strumenti di lavoro. Gli stessi infatti assumono rilievo ai sensi dell'art. 4, comma 2, Stat. Lav. solo quando il lavoratore abbia un ruolo attivo nell'utilizzo che si sostanzia nell'impiego concreto di quello strumento nell'esecuzione delle mansioni. L'aspetto di rilievo è dunque rappresentato, dal ruolo attivo del lavoratore, dalla disponibilità dello strumento per il lavoratore stesso e dal suo effettivo utilizzo ai fini dell'adempimento della prestazione; diversamente, il Giudice sottolinea la passività del lavoratore rispetto agli strumenti di controllo di cui al comma 1 della disposizione statutaria. L'uso degli strumenti informatici (*computer, tablet, cellulari*), assimilati ai moderni «attrezzi di lavoro», deve pertanto essere

ricondotto al mero strumento di lavoro messo a disposizione per la resa della prestazione ed esentato come noto dal regime autorizzatorio. Tale assimilazione tiene necessariamente conto delle mansioni svolte dalla lavoratrice quale impiegata amministrativa e gli strumenti da lei utilizzati (*pc* e posta elettronica) non possono che essere considerati alla stregua di quelli necessari per rendere la prestazione lavorativa, con esclusione degli adempimenti sindacali o amministrativi previsti dalla norma.

Il legame con lo svolgimento della prestazione, sembra caratterizzare anche l'Ordinanza del Tribunale di Savona del 1° marzo 2018². Pronunciandosi in un caso di legittimità di un licenziamento intimato per giusta causa in ragione di condotte accertate mediante l'analisi di alcuni *file*, il Giudice sottolinea che gli strumenti di cui al comma 2 dell'art. 4 Stat. Lav. si sostanziano in quelli comunemente utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa.

Un maggiore ancoraggio ad un'interpretazione più rigida, volta a valorizzare il criterio dell'essenzialità dello strumento rispetto alla prestazione, viene invece mostrato in altre recenti pronunce. Nella prima, il Tribunale di Pescara, lo scorso 25 ottobre 2017³, si pronuncia nell'ambito di una sanzione disciplinare irrogata ad una lavoratrice addetta al *call center* a causa di una gestione non corretta di diverse telefonate accertata mediante un sistema operativo utilizzato per gestire le chiamate e gestirne la singola durata. Il Giudice ritiene che tali strumentazioni, comprensive sia dell'apparato telefonico che della piattaforma *software* ad esso correlata, possano essere incluse tra gli strumenti disciplinati dall'ipotesi derogatoria di cui al comma 2 dell'art. 4 Stat. Lav. in quanto le stesse sono indefettibilmente necessarie all'espletamento della prestazione lavorativa.

² Cfr. Tribunale di Savona, Ordinanza 1 marzo 2018, citata in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, n. 4/2018, pp. 574 – 578, con nota di G. Bandelloni.

³ Cfr. Tribunale di Pescara, 25 ottobre 2017, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2018, fasc. 2, pp. 304 – 307, con nota di V. Nuzzo, *I software che registrano la durata delle telefonate nei call center sono strumenti di lavoro?*, pp. 307 – 316.

Detta interpretazione viene altresì suffragata dalla seconda pronuncia, nella quale il Tribunale di Torino con la Sentenza n. 1664 del 19 settembre 2018⁴, interviene in un caso di accertamento di condotte illecite tramite il *pc* aziendale in uso esclusivo al dipendente accertate per il tramite di un *proxy* di navigazione installato dal datore di lavoro. Dopo aver chiarito come, nonostante la nuova formulazione letterale della norma, non vi siano dubbi circa la permanenza del divieto di controlli diretti sull'attività lavorativa attuati per scopi diversi di quelli previsti dalla legge e come la deroga di cui al comma 2 dell'art. 4 Stat. Lav. interessi esclusivamente il rispetto degli oneri procedurali, il Giudice si preoccupa di affrontare la qualificazione degli strumenti tecnologici in questione. In primo luogo la sentenza sottolinea la necessità di chiarire che ai fini di una corretta operazione di qualificazione, la quale deve essere effettuata caso per caso, occorre valutare l'oggettiva necessità dello strumento rispetto alla prestazione sulla scorta delle mansioni del lavoratore e dell'organizzazione aziendale. Con specifico riferimento al *computer*, pur non potendosi dubitare che lo stesso sia uno strumento di lavoro, occorre tenere presente che al suo interno vi sono componenti *hardware* e *software* e che ciascuno di essi può essere qualificato come strumento di lavoro e di potenziale controllo e deve essere valutato sulla scorta del nesso di funzionalizzazione rispetto allo svolgimento della prestazione lavorativa. Il *proxy* di navigazione, prosegue il Giudice, non può ritenersi necessario alla esecuzione della prestazione, rispondendo prevalentemente ad esigenze di controllo e richiedendo pertanto il rispetto di quelle garanzie procedurali e la riconduzione a quelle esigenze di cui all'art. 4, comma 1, Stat. Lav.

Questa impostazione, finalizzata all'analisi disgiunta delle componenti degli strumenti tecnologici, viene proposta anche dal Tribunale di Milano con la Sentenza del 24 ottobre 2017. In particolare, tale pronuncia si innesta nell'ambito dell'impugnazione di un licenziamento di una lavoratrice sulla scorta di alcune

⁴ Cfr. Tribunale di Torino, 18 settembre 2018, n. 1664, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2019, fasc. 1, pp. 3 – 9, con nota di C. Criscuolo, *Potere di controllo e computer aziendale*, pp. 9 – 15.

conversazioni telefoniche via *chat whatsapp* intrattenute con alcune colleghe ritenute lesive dell'immagine aziendale e non rispettose dei doveri di diligenza e fedeltà. Tarando il focus sull'inclusione dello *smartphone* fornito dalla società nel novero degli strumenti di lavoro ai fini della sottoposizione alle previsioni del comma 2 dell'art. 4 Stat. Lav., il Giudice evidenzia come in realtà l'applicativo *whatsapp* non abbia attinenza e non sia funzionale all'espletamento dell'attività e, dunque, non risulta sussistente il vincolo di strumentalità rispetto alla prestazione. È fuor di dubbio infatti che lo *smartphone*, non potendo essere considerato uno strumento unitario e inscindibile, è composto da una serie di elementi *hardware* e da altri *software* (tra cui l'applicazione *whatsapp*). Per essere qualificato come strumento ai sensi del comma 2, un applicativo deve essere caratterizzato dal vincolo funzionale rispetto alla prestazione.

Una prospettiva di tipo finalistico può in effetti essere colta anche in una pronuncia della Cassazione che, seppur relativa ad una fattispecie disciplinata dalla versione originaria dell'art. 4 Stat. Lav., sembra essere innestata su una logica simile. Nella Sentenza in questione infatti la Corte (cfr. Cass. Sez. Lav., 14 luglio 2017, n. 17531), in armonia con i giudici di secondo grado, sottolinea come un *badge* dotato di tecnologia RFID consentiva non solo la rilevazione dell'orario di lavoro ma anche quella di sospensioni, permessi e pause in modo da realizzare un controllo a distanza costante e, parimenti, una verifica della diligenza dei lavoratori. Lo strumento in questione non si qualifica come semplice mezzo di rilevazione della presenza ma come vero e proprio strumento di controllo a distanza adoperato peraltro anche in assenza delle garanzie procedurali.

Gli scostamenti della giurisprudenza appena mostrati, all'interno di un quadro normativo che, con riferimento alla disciplina degli strumenti di lavoro, sembra non aver pienamente centrato quegli obiettivi di razionalizzazione e semplificazione pur nell'auspicato tentativo di cogliere le sfide di regolamentazione dettate dal progresso tecnologico, non sembrano trovare una corrispondenza nelle posizioni mostrate dal Ministero del Lavoro e dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, le quali si attestano su una costante valorizzazione del criterio della strumentalità rispetto alla prestazione.

Appena prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 151/2015 il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali nel Comunicato del 18 giugno 2015, dopo aver rimarcato come non vi fosse in previsione alcuna liberalizzazione dei controlli a distanza, aveva già precisato che tra gli stessi strumenti di controllo a distanza non potevano essere ricompresi quelli assegnati al lavoratore per rendere la prestazione lavorativa come ad esempio *pc*, *tablet* e cellulari. Dalla locuzione legislativa consegue che non vi sarà necessità di rispetto degli oneri procedurali tutte le volte in cui lo strumento serva al lavoratore ai fini dell'adempimento. In caso di modifiche o aggiunte di particolari *software*, i quali comportano la trasformazione dello strumento in mezzo di controllo della prestazione a beneficio del datore, vi sarà necessità di ottemperanza a determinate finalità e ai citati oneri procedurali.

Questo approccio viene replicato anche nella già richiamata Circolare n. 2/2016 (sul punto v. Cap. IV, par. 2), nella quale l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, facendo leva sull'interpretazione letterale della disposizione statutaria afferma che con l'espressione «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa» debbano essere qualificati quegli apparecchi, dispositivi, apparati e congegni caratterizzati dall'essere il mezzo indispensabile per l'esecuzione della prestazione da parte del lavoratore e che siano messi a disposizione dello stesso con tale fine.

Con riferimento ad alcuni particolari applicativi utilizzati nei *call center*, la posizione dell'Ispettorato rimarca tale nesso di stretta strumentalità. Attraverso la Circolare n. 4/2017, l'Organo, chiamato a pronunciarsi sulla qualificazione del CRM (*Customer Relationship Management*) consistente in un sistema che permette di gestire l'anagrafica del cliente e i dati relativi al rapporto con il gestore, chiarisce che lo stesso sia da includersi tra gli strumenti di cui al comma 2 dell'art. 4 Stat. Lav. nella misura in cui, in sostituzione dell'archivio cartaceo, permette il mero accoppiamento tra la telefonata e l'anagrafica dei clienti senza alcuna ulteriore elaborazione. Nel caso invece di differenti *software* in grado di monitorare attività e produttività con elaborazioni quasi in tempo reale dei dati relativi allo stato di disponibilità o meno degli operatori, l'Ispettorato sottolinea

fermamente sia l'impossibilità di una loro inclusione negli strumenti di lavoro che addirittura l'insussistenza di quelle ragioni organizzative e produttive idonee a fondare l'autorizzazione amministrativa. Tali sistemi infatti, configurando un monitoraggio dettagliato dell'attività e riducendo del tutto gli spazi in cui il lavoratore sia certo di non essere osservato, si traducono in controlli prolungati, costanti, indiscriminati, invasivi che non potranno coniugarsi con la tutela della libertà e della dignità dei lavoratori.

Il nesso di strumentalità, questa volta associato al soddisfacimento di fondamentali esigenze di sicurezza, viene ulteriormente ribadito dall'Ispettorato nella Circolare n. 5/2018 con riferimento al riconoscimento del dato biometrico al fine di impedire l'accesso ad alcuni macchinari a soggetti non autorizzati.

La diversità di approccio del Ministero e dell'Ispettorato, sulla scorta della piena aderenza al dettato legislativo ha sicuramente il merito di cercare un equo punto di mediazione tra prerogative organizzative datoriali ed esigenze di tutela del lavoratore alla luce del contesto in evoluzione; tuttavia non sembra tenere conto di quei fattori di complicazione evidenziati sia dal Garante che dalla giurisprudenza con riferimento alla complessità di alcune strumentazioni che possono qualificarsi sia come strumenti di lavoro che come mezzi di controllo, con le conseguenti incertezze applicative che si ripercuotono nella realtà concreta.

4. Utilizzabilità del dato e declinazioni applicative.

Come ampiamente osservato nelle pagine che precedono, l'utilizzabilità dei dati e delle informazioni raccolte ai sensi dei primi due commi dell'art. 4 Stat. Lav. a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro rappresenta uno degli elementi, se non il maggiore, di novità della novella legislativa (per una ricostruzione delle posizioni dottrinali v. Cap. II, par. 6). Come noto, tuttavia, detta utilizzabilità è subordinata all'adeguata informazione al lavoratore sulle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli ed al rispetto di quanto disposto dal Codice Privacy nell'ambito di un quadro normativo ormai permeato anche dalle previsioni del GDPR.

Se con riferimento alla disciplina dei c.d. strumenti di lavoro la valorizzazione più o meno intensa del nesso di strumentalità rispetto alla prestazione rappresenta un punto di scostamento tra le posizioni esaminate dei vari attori interpreti della disposizione statutaria e, talvolta, anche di variazione all'interno delle stesse, il tema dell'utilizzabilità del dato a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro non registra eccessive varianti interpretative proprio in ragione del peso specifico attribuito alle condizioni del suo legittimo esercizio.

Ai fini della qualificazione di liceità del trattamento dei dati messo in atto dal datore di lavoro, condizione necessaria per l'utilizzabilità, il Garante pone l'accento sul necessario rispetto dei principi dettati in materia. In particolare, nel Provvedimento n. 229/2018, emanato nell'ambito di una verifica preliminare con riferimento ad un sistema di registrazione, trascrizione e analisi delle chiamate *inbound* il quale consentiva la registrazione e l'elaborazione dei contenuti delle conversazioni telefoniche tra utenti ed operatori del *call center*, l'Autorità si focalizza sul rispetto dei principi applicabili al trattamento senza tralasciare la menzione relativa al rispetto della disciplina lavoristica mediante la sottoscrizione di un accordo sindacale ai sensi dell'art. 4, comma 1, Stat. Lav. Il Garante sottolinea innanzitutto come il trattamento sia rispettoso del principio di proporzionalità e sia da ritenersi lecito sulla scorta del bilanciamento di interessi e del legittimo interesse del titolare del trattamento rispetto alle finalità perseguite. Per quanto di interesse, inoltre, il Provvedimento rileva che il datore di lavoro dovrà fornire agli operatori coinvolti un'apposita informativa ai sensi dell'art. 13 del (previgente) Codice Privacy nella quale renderà note le finalità e modalità del trattamento, le tipologie di dati e i tempi di conservazione anche in ottemperanza al principio di correttezza.

La positiva accezione di valore degli elementi appena descritti viene riproposta dal Garante anche nel Provvedimento n. 362/2018 emanato anch'esso nell'ambito di una verifica preliminare. In esso l'Autorità si concentra sulla liceità del trattamento effettuato tramite dispositivi indossabili (c.d. *body cam*) consegnati ad alcuni dipendenti per finalità di sicurezza rispetto ad episodi criminosi e che consentivano la ripresa di immagini a bordo dei mezzi del datore.

Dopo aver preso atto dell'intenzione datoriale di stipulare apposito accordo con le organizzazioni sindacali, all'interno del Provvedimento si evidenzia la liceità delle finalità datoriali, nonché il rispetto dei principi di pertinenza e non eccedenza in quanto le immagini saranno visibili al solo personale autorizzato, del numero limitato di dispositivi attivabili e dei tempi di conservazione previsti. Viene così individuato un legittimo interesse al trattamento dei dati rispetto alle finalità perseguite in ossequio al bilanciamento di interessi. A tutela degli interessati la società dovrà tuttavia predisporre un apposito disciplinare al fine di fornire precise indicazioni sulle modalità di utilizzo e sulle possibilità di attivazione dei dispositivi, dotandosi altresì di un processo per la regolamentazione dell'accesso alle immagini e della loro valutazione di rilevanza. La società dovrà naturalmente consegnare ai dipendenti interessati un'informativa ai sensi dell'art. 13 del (previgente) Codice Privacy nella quale saranno specificate tipologia di dati, finalità e modalità di trattamento, tempi di conservazione e soggetti che possono venire a conoscenza dei dati in qualità di incaricati o responsabili del trattamento.

Anche la giurisprudenza pone il proprio focus sul concetto di utilizzabilità del dato ma, a differenza del Garante, si concentra maggiormente ed in maniera quasi fisiologica sugli elementi letterali che l'art. 4 Stat. Lav. individua come requisiti fondamentali per l'esercizio della stessa, senza tuttavia tralasciare il paradigma legato alla tutela della riservatezza e della dignità dei lavoratori.

Prendendo le mosse dalla pronuncia del Tribunale di Roma n. 93383 del 16 settembre 2016⁵, occorre rilevare che in tal caso il Giudice, sottolineando l'applicabilità delle garanzie procedurali anche ai controlli difensivi, osserva come debba escludersi che l'esigenza di evitare le condotte illecite da parte dei dipendenti sia tale da comportare il sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia di dignità e riservatezza del lavoratore.

Una prospettiva tracciata dalla necessità del rispetto delle condizioni di utilizzabilità previste dal terzo comma dell'art. 4 Stat. Lav. viene offerta dalla

⁵ Cfr. Tribunale di Roma, 16 settembre 2016, n. 93383, citata in L. Cairo, U. Villa, *I controlli a distanza a quattro anni dal Jobs Act*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, fasc. 7/2019, p. 683.

citata pronuncia del 13 giugno 2018 del Tribunale di Roma (v. Cap. IV, par. 3). In essa infatti, nella consapevolezza del venir meno del divieto assoluto di controllo a distanza e della non necessità di appello a finalità difensive ai fini del superamento del divieto in parola, viene evidenziato che ai fini del positivo esperimento del controllo la società avrebbe dovuto fornire al lavoratore, proprio ai sensi del comma 3 della disposizione statutaria in esame, adeguata informazione circa le modalità di effettuazione dei controlli.

Questa prospettiva sembra dare rilievo alla condizione di consapevolezza nella quale andrebbe a ritrovarsi il lavoratore adeguatamente informato sia in merito alle modalità di utilizzo degli strumenti sia circa la facoltà datoriale di effettuazione dei controlli e delle relative modalità.

In tal senso sembra esprimersi anche la Corte d'Appello di Roma con la sentenza n. 1997 del 15 maggio 2018⁶, nella quale, nell'ambito di un licenziamento intimato sulla scorta di informazioni acquisite per il tramite di un sistema aziendale che consentiva il tracciamento delle operazioni bancarie, si pone l'attenzione anche su quanto previsto dal comma 3 dell'art. 4 Stat. Lav. In particolare l'Organo giudicante afferma *a contrario* che la locuzione legislativa porrebbe un divieto di utilizzo dei dati acquisiti a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, ivi compreso quello disciplinare, nel caso in cui non vi sia fornitura al lavoratore di adeguata informazione sulle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e ove non siano rispettate le previsioni del Codice Privacy.

La preponderanza dell'elemento informativo ai fini dell'utilizzabilità dei dati raccolti nell'ambito del rapporto di lavoro anima anche la pronuncia del Tribunale di Prato del 14 novembre 2017⁷. Partendo dal presupposto che, nonostante l'obbligo normativo di installazione, il cronotachigrafo non costituisca uno strumento necessario per rendere la prestazione ai sensi dell'art. 4, comma 2,

⁶ Cfr. Corte d'Appello di Roma, Sezione Lavoro, 15 maggio 2018, n. 1997, in Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro, fasc. 2-2019, pp. 174 – 185.

⁷ Cfr. Tribunale di Prato, 14 novembre 2017, citata in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, n. 3/2018, pp. 416 – 420, con nota di C. Carta.

Stat. Lav., si evidenzia come l'utilizzabilità del *quantum* raccolto per finalità disciplinari debba essere subordinata al rispetto della procedura codeterminativa di cui al primo comma della disposizione statutaria ed all'assolvimento degli obblighi informativi, i quali, come noto, valgono a prescindere dallo strumento e dovranno essere adempiuti in maniera preventiva.

In senso analogo si esprime anche il Tribunale di Savona attraverso la citata Ordinanza del 1° marzo 2018 (v. Cap. IV, par. 3), nella quale viene sottolineato il ruolo dell'informativa, ritenuta necessaria in caso di concreto utilizzo dei dati. Nello specifico, il datore di lavoro aveva correttamente informato i lavoratori attraverso un manuale contenente le modalità di utilizzo degli strumenti informatici, i quali sarebbero stati oggetto di controllo e *backup* da parte dell'ufficio preposto. Le operazioni di controllo, inoltre, sarebbero state, secondo quanto previsto, di tipo generico e basate su dati aggregati e impersonali, qualificandosi invece come progressivamente più specifiche solo nel caso di insufficienza del primo tipo di controlli.

Il rapporto di inscindibile pregiudizialità dell'assolvimento del corretto obbligo informativo rispetto all'utilizzo dei dati raccolti con riferimento all'art. 4 Stat. Lav. viene rimarcato anche dal Tribunale di Padova nell'Ordinanza del 22 gennaio 2018 la quale interviene in un caso di licenziamento intimato in ragione di alcune presunte condotte illecite accertate tramite sistemi informatici di tracciamento delle operazioni degli addetti al *call center*. Partendo dal presupposto che l'accordo sindacale invocato dalla società escludeva l'utilizzo del dato per finalità disciplinari, che l'operazione di controllo non potesse qualificarsi come difensiva in quanto effettuata a priori e non a seguito di specifici indizi, e che pur in assenza di allegazioni della società non vi sia inclusione della fattispecie nell'ambito del comma 2 della disposizione statutaria, il Giudice si concentra sui profili di utilizzabilità. In particolare viene rilevato come risulti mancante l'allegazione da parte della società circa l'informazione al lavoratore in merito alle modalità, ai tempi ed all'oggetto dei controlli con conseguente dichiarazione di inutilizzabilità dei dati acquisiti.

Questa condizione di necessaria consapevolezza del lavoratore ai fini dell'utilizzabilità secondo quanto declinato dalla disposizione statutaria assume rilievo nei termini in cui è funzionale al controllo volto al perseguimento di finalità intrinseche alla prestazione lavorativa o, comunque, ad essa legate. Tale logica prettamente giuslavoristica appare adoperata dal Tribunale della Spezia, nella richiamata Ordinanza del 25 novembre 2016 (v. Cap. IV, par. 3). Con riferimento al controllo dei dati emergenti dalla tessera "Viacard", ed al fine di utilizzare gli stessi, il Giudice precisa che il preventivo obbligo informativo assume il connotato dell'indispensabilità solo se le condotte da accertare siano collegate all'adempimento della prestazione lavorativa. Al contrario, nel caso di comportamenti estranei alla prestazione e ai fini dell'utilizzazione dei dati, non si rende necessaria alcuna preventiva informazione.

Anche il Tribunale di Pescara nella citata pronuncia del 25 ottobre 2017 (v. Cap. IV, par. 3) attribuisce estrema rilevanza al rispetto dell'obbligo di adeguata informazione quale condizione di utilizzabilità. Il comportamento datoriale, connotato dall'assenza di preventiva informazione al lavoratore, comporta come conseguenza l'inutilizzabilità dei dati acquisiti.

La declinazione attuale di utilizzabilità a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro nel rispetto delle citate condizioni non può in ogni caso arrecare pregiudizio alla salvaguardia della dignità e della riservatezza del lavoratore.

Pur intervenendo nell'ambito di una fattispecie disciplinata dalla versione originaria dell'art. 4 Stat. Lav., la Corte di Cassazione con l'Ordinanza n. 17685/2018 (v. Cass. Sez. Lav., 5 luglio 2018, n. 17685) aveva sottolineato come non fossero soggette alle garanzie del "vecchio" comma 2 dell'art. 4 Stat. Lav. quelle operazioni che nell'ambito del perseguimento delle esigenze delineate dalla legge non avrebbero consentito anche di controllare a distanza la prestazione lavorativa a condizione che non fossero compromesse dignità e riservatezza dei lavoratori.

Una piena valorizzazione degli obblighi informativi connessi agli strumenti tecnologici viene offerta anche in ambito europeo dalla pronuncia del 5 settembre 2017 della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

(CEDU) intervenuta nell'ambito del caso *Bărbulescu v. Romania*. Sovvertendo la precedente decisione della propria Quarta Sezione, la Corte osserva che l'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo relativo al diritto al rispetto della vita privata e familiare debba applicarsi anche al caso di un lavoratore licenziato in ragione dell'utilizzo per fini personali di un *account* di messaggistica attivato per scopi lavorativi. Nell'affermare come il diritto sancito dall'art. 8 della Convenzione debba applicarsi a tutte quelle situazioni nelle quali si esplicano la personalità e la vita di relazione dell'individuo, ivi compreso il luogo di lavoro, la Corte focalizza la propria attenzione sulla ragionevole aspettativa di tutela della riservatezza da parte del lavoratore sostenendo altresì che non vi fosse certezza dell'informazione preventiva al lavoratore stesso in merito alla portata ed al carattere del monitoraggio delle conversazioni da parte del datore di lavoro.

Anche il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali nel menzionato Comunicato del 18 giugno 2015 (v. Cap. IV, par. 3) già prima dell'operatività del novellato art. 4 Stat. Lav. aveva rimarcato i due elementi posti a condizione dell'utilizzabilità e consistenti nell'adeguata informazione al lavoratore in merito a modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto del Codice Privacy. In caso di assenza di adeguata informazione al datore non sarebbe stata pertanto consentita per nessun fine, nemmeno disciplinare, l'utilizzabilità dei dati raccolti.

Il quadro appena descritto consente di tracciare una declinazione di utilizzabilità ai sensi della disposizione statutaria che transita necessariamente da una condizione di adeguatezza dell'informazione ricevuta preventivamente dal lavoratore in merito ai potenziali controlli e dal rispetto delle disposizioni dettate in materia di privacy. Tale condizione di consapevolezza, unitamente ai profili di integrazione e interazione tra normativa lavoristica e disciplina privacy, potrebbe divenire l'elemento determinante ai fini della ridefinizione degli equilibri tra le prerogative datoriali e le indefettibili esigenze di tutela della riservatezza del lavoratore.

5. Dal divieto di controllo alla tutela del dato personale.

Come è stato ampiamente osservato nelle pagine che precedono, la novella legislativa, dettata dall'esigenza di adeguare al mutato contesto tecnologico il quadro normativo di riferimento, ha inteso a parere di chi scrive andare oltre l'ontologico e quasi immanente concetto di divieto di controllo a distanza, mitigando se non altro la formulazione letterale della disposizione statutaria in esame.

Il contesto di lavoro, sempre più permeato di soluzioni tecnologiche le quali comportano una necessaria ridefinizione degli equilibri in atto anche in termini di fenomeni osmotici di commistione tra vita privata e tempo di lavoro, può in tal senso essere caratterizzato dalla declinazione di una nuova prospettiva di fondo. Se infatti è vero che ammettere un potenziale controllo a distanza per il perseguimento di esclusive esigenze legislativamente individuate e, nel caso degli strumenti di cui al secondo comma, per il soddisfacimento di un nesso strumentale alla prestazione significa in buona sostanza vietarlo in maniera implicita al di fuori di detti parametri, occorre allo stesso tempo affermare che il divieto in parola ha subito una decisa mitigazione rispetto al passato. In questo senso la previsione di cui al comma 3 dell'art. 4 Stat. Lav. testimonia la volontà del Legislatore di superare alcune incertezze e criticità discendenti dalla versione originaria della disposizione dello Statuto dei Lavoratori in tema di utilizzabilità dei dati e delle informazioni acquisiti grazie alle rilevazioni degli strumenti di potenziale controllo. Le innovazioni tecnologiche, investendo in misura così incisiva sul contesto di riferimento, hanno inesorabilmente posto il Legislatore nella condizione di dover intervenire rispetto ad una materia, come i controlli a distanza, così sensibile ad esse e caratterizzata dal fronteggiarsi di interessi contrapposti. L'adempimento della prestazione lavorativa è infatti connotato in misura sempre maggiore dall'utilizzo di tutta una serie di dispositivi di natura tecnologica i quali consentono anche il monitoraggio, anche costante dell'attività. Rispetto ad un quadro così mutato, la previsione di utilizzabilità a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro del *quantum* acquisito all'esito dei controlli

consente dunque di ritenere che il focus della tutela abbia subito una parziale riparametrazione. Ad avviso di chi scrive, l'ordinamento, in ragione della profonda e costante innovazione tecnologica che interessa il contesto di lavoro, ha dovuto prendere atto che risultava ormai anacronistico prevedere un generale divieto di controllo che, nel corso degli anni, era stato interessato dai numerosi interventi giurisprudenziali relativi ai c.d. controlli difensivi proprio al fine di andare oltre le incertezze e i punti aperti lasciati dalla versione originaria dell'articolo in esame.

Il perseguimento di tale scopo viene così effettuato dal Legislatore attraverso la riscrittura della disposizione statutaria che introduce il concetto di piena utilizzabilità delle risultanze del controllo senza tuttavia dimenticare le istanze di tutela della riservatezza e della dignità dei lavoratori. L'attenzione legislativa si focalizza pertanto non più sul generalizzato divieto di controllo, ma sulla tutela del dato personale, sull'insieme di informazioni dei lavoratori acquisite grazie a tutte quelle strumentazioni sempre più tecnologiche le quali sovente non consentono un'agile distinzione tra funzione lavorativa e funzionalità di controllo potenziale. Questo nuovo paradigma deve quindi tenere conto, al fine di salvaguardare la riservatezza e la dignità dei lavoratori, di una serie di fattori volti a perseguire tale scopo ed a effettuare il bilanciamento con le prerogative datoriali di varia natura le quali, in ogni caso, non potranno tradursi nel controllo occulto, indiscriminato e massivo.

Passando in rassegna i fattori in questione occorre prendere le mosse dalla rinnovata importanza di cui saranno dotate le procedure di codeterminazione *ex art. 4, comma 1, Stat. Lav.* L'interlocutore sindacale portatore dell'interesse collettivo e, solo in seconda battuta, l'Organo amministrativo saranno infatti chiamati a disegnare gli assetti e il perimetro dell'utilizzabilità dei dati raccolti in relazione al soddisfacimento delle esigenze organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale anche al fine di delimitare i termini dell'esercizio dei poteri datoriali. Un accordo sindacale ben potrebbe escludere l'utilizzabilità dei dati per finalità disciplinari o definire la disciplina dei termini di conservazione degli stessi (nel rispetto delle previsioni legislative) in

maniera assai più incisiva del passato proprio in ragione della piena utilizzabilità delle risultanze acquisibili mediante controllo a distanza.

Relativamente agli strumenti di cui al secondo comma e, in particolare, ai c.d. strumenti di lavoro, in mancanza di applicazione di quanto previsto al comma 1 con particolare riferimento alle garanzie procedurali, occorre precisare come in ogni caso non vi sia stata una generica liberalizzazione legislativa. La disciplina derogatoria è destinata ad applicarsi in presenza di un nesso di strumentalità alla prestazione, seppur dai confini ancora incerti.

Le risultanze derivanti da tutti tali strumenti, consistenti in una serie di dati ed informazioni anche potenzialmente lesive di dignità e riservatezza del lavoratore, possono essere utilizzabili solo a condizione che lo stesso lavoratore sia stato adeguatamente e preventivamente informato in merito alle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel pieno rispetto delle disposizioni del Codice Privacy e del GDPR. Assume quindi rilievo un duplice ordine di elementi rappresentati, da un lato, dalla necessità di una condizione di consapevolezza del lavoratore in merito alle potenziali caratteristiche di controllo fisiologicamente presenti in tutte le apparecchiature, specialmente tecnologiche, che ricadono nell'alveo di applicazione dell'art. 4 Stat. Lav. e, dall'altro, dai necessari profili di interazione tra la disposizione statutaria e il quadro regolatorio relativo alla protezione dei dati personali.

Il dato personale del lavoratore pertanto potrà essere raccolto, trattato e utilizzato a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro esclusivamente nell'ambito di una condizione di piena consapevolezza del lavoratore in merito alle operazioni datoriali e con integrale applicazione di tutti quei principi dettati in materia di trattamento (sul punto v. Cap. II, par. 7) posti a garanzia di dignità e riservatezza della persona – lavoratore. Non bisogna inoltre tralasciare che la normativa posta a protezione dei dati personali dispiega la sua sfera di operatività non soltanto rispetto all'utilizzabilità di cui all'art. 4, comma 3, Stat. Lav., ma anche con riferimento ai trattamenti *tout court* di dati personali dei lavoratori.

Il sistema delineatosi a seguito della novella legislativa sembra dunque essere segnato da questo cambio di paradigma e da tale ridefinizione del punto di

equilibrio tra prerogative datoriali ed esigenze di tutela della riservatezza dei lavoratori in un quadro d'insieme caratterizzato dal costante progresso tecnologico. Di conseguenza, assume valore preminente la tutela di tale dato e la sua utilizzazione nel rispetto dei principi ordinamentali.

6. Il controllo a distanza tra obiettivi della Legge Delega, finalità del Decreto Legislativo e risultati emergenti.

La ridefinizione del quadro normativo di contesto è avvenuta, come noto, nell'ambito dell'esercizio da parte del Governo della delega legislativa di cui all'art. 1, comma 7 lett. f), della L. n. 183/2014. Per il tramite di essa il Governo, allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti al fine di renderli più coerenti con le esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l'attività ispettiva e in coerenza con la regolazione dell'Unione Europea e le convenzioni internazionali, è stato delegato ad adottare uno o più Decreti Legislativi. Per quanto di interesse in questa sede la delega interessava la «revisione della disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e contemperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore».

L'esercizio della citata delega, come ampiamente descritto nel corso della trattazione, è stato effettuato per il tramite della riscrittura dell'art. 4 Stat. Lav. avvenuta ad opera dell'art. 23 del D. Lgs. n. 151/2015. Le finalità del Decreto Legislativo *de quo* erano declinate al raggiungimento di obiettivi di razionalizzazione e semplificazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini e imprese.

Alla luce dell'ampia disamina effettuata rispetto alla novellata disposizione statutaria e delle molteplici e diversificate declinazioni delle numerose questioni e dei nodi interpretativi adottate da parte dei principali attori coinvolti nel processo di positiva applicazione dell'art. 4 Stat. Lav., si ritiene

necessario concentrare l'analisi sull'effettivo raggiungimento dei menzionati obiettivi di razionalizzazione e semplificazione sottesi al decreto delegato.

Indubbiamente la novella legislativa ha il merito, a parere di chi scrive, di aver chiarito, cercando di adeguare la disposizione in parola al mutato contesto anche tecnologico di riferimento, una serie di questioni che nella formulazione originaria non erano state disciplinate. L'aver inserito la tutela del patrimonio aziendale tra le esigenze qualificate di cui al comma 1 ha in maniera indubbia ridotto gli ambiti di intervento giurisprudenziale rispetto al complesso e spesso contraddittorio tema dei c.d. controlli difensivi. Gli stessi infatti, in ragione dell'inclusione dell'esigenza di tutela del patrimonio, appaiono ormai relegati a ristretti spazi di configurabilità, relativi a condotte verificabili *ex post* ed estranei alla verifica dell'adempimento della prestazione. Detta inclusione consentirebbe altresì di ridurre gli spazi di mancata regolamentazione delle operazioni di controllo datoriale a beneficio della tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori e, soprattutto, del loro legittimo affidamento rispetto alla possibilità di controllo a distanza.

La stessa previsione di utilizzabilità a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, seppur nel rispetto delle condizioni previste dalla norma, ha in buona sostanza eliminato quei profili di incertezza derivanti dal silenzio della versione originaria dell'art. 4 Stat. Lav. La novità in parola, dettata dall'inesorabile innovazione tecnologica che continua ad investire il mondo del lavoro, figura come risposta legislativa al mutamento del quadro di contesto e, indubbiamente, ha il merito di certificare e definire il destino delle risultanze del controllo datoriale, dettando precisi limiti e garantendo altresì la tutela del lavoratore. L'interesse del *quantum* acquisito a seguito di quanto previsto dai primi due commi dell'art. 4 Stat. Lav. risulta infatti pienamente utilizzabile a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, esclusivamente nel rispetto della normativa posta a protezione dei dati personali e previa adeguata informazione al lavoratore, nell'ambito di un rinnovato equilibrio tra prerogative datoriali ed istanze di tutela dei lavoratori stessi.

I due profili appena descritti consentono di affermare che, relativamente alle questioni ad essi sottese, gli obiettivi di razionalizzazione e semplificazione di cui al decreto delegato siano stati raggiunti nella misura in cui sono state chiarite le incertezze del passato.

La focalizzazione su tali obiettivi appare inoltre corroborata anche da alcune posizioni espresse dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro all'interno della citata Circolare n. 5/2018 (v. Cap. IV, par. 3). Con riferimento infatti alle istanze presentate in relazione ad impianti di videosorveglianza l'Ispettorato, pur evidenziando che la ripresa diretta del lavoratore debba ricorrere quale evenienza incidentale, qualifica come non indispensabile la specifica del posizionamento predeterminato e del numero delle telecamere, ferma restando la connessione con le esigenze che legittimano il controllo e dichiarate nell'istanza. L'Ispettorato rimarca inoltre l'eccezionalità della possibilità di controllo da remoto con visualizzazione delle immagini in tempo reale, evidenziando sia la necessità di adozione di un sistema di tracciatura e la conservazione dei *log* di accesso per un periodo congruo non inferiore a sei mesi, che la sopravvenuta insussistenza della condizione della c.d. doppia chiave fisica o logica di accesso alle immagini.

Medesime istanze di semplificazione vengono palesate nella Nota n. 299/2017 nella quale l'Ispettorato in relazione alle istanze presentate per l'installazione di impianti di allarme antifurto dotati anche di fotocamere o videocamere che si attivano automaticamente nel caso di intrusione di terzi nei luoghi di lavoro rileva l'esigenza di rilascio del provvedimento autorizzativo in tempi rapidi, sulla scorta della mancanza di possibilità di controllo a distanza preterintenzionale.

Il nodo interpretativo che tuttavia continua ad attanagliarsi su profili di incertezza sembra essere tuttavia quello legato alla corretta qualificazione dei c.d. strumenti di lavoro, individuati dal Legislatore come quegli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa ed esentati dagli oneri di cui al comma 1. Se la formulazione legislativa lascia intendere che con tale locuzione la disciplina derogatoria sia riservata solo a quegli strumenti che si relazionano in maniera strumentale rispetto allo svolgimento della prestazione lavorativa, come

si è osservato esaminando le determinazioni giurisprudenziali non risulta effettivamente chiaro se il vincolo di strumentalità alla prestazione debba intendersi in maniera estensiva ovvero in misura più rigida. In altri termini, pur riconoscendo il merito ad una novella legislativa che, in ottica di semplificazione, ha eliminato i vincoli specie procedurali e le incertezze ad essi legate con riferimento a quegli strumenti finalizzati all'esecuzione della prestazione, occorre rilevare la permanenza di diversi dubbi relativi alla correlazione in termini di indispensabilità o di mera accessorietà rispetto all'attività di lavoro. Tale mancanza di chiarezza, riflessasi nelle oscillazioni giurisprudenziali in merito (v. Cap. IV, par. 3), pone indubbe incertezze applicative all'interprete e, più in generale, all'operatore che si trovi a dover qualificare in maniera corretta uno strumento utilizzato a fini prestazionali. L'operazione evidentemente risulterebbe di importanza strategica in quanto, come noto, la differente qualificazione giuridica ai sensi dell'art. 4 Stat. Lav. comporterebbe una sostanziale diversificazione della disciplina applicabile ai fini dell'introduzione dello strumento nel contesto lavorativo. Tali incertezze assumono una portata ancora maggiore nel momento in cui lo strumento in questione sia connotato non solo da funzioni prestazionali ma anche da funzioni di controllo e vi sia una obiettiva difficoltà nello "scomporre" le stesse ai fini di un loro trattamento differenziato.

Simili oscillazioni interpretative e incertezze applicative non possono, dal punto di vista degli operatori del diritto, far propendere per una valutazione di pieno raggiungimento delle finalità di razionalizzazione e semplificazione enunciate nel D. Lgs. n. 151/2015, sulla scorta della obiettiva difficoltà, specie con riguardo a strumenti caratterizzati dalla duplicità funzionale, di effettuare una corretta operazione di qualificazione.

CAPITOLO V

CONCLUSIONI

Sommario: **1.** Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni conclusive.

A valle di questo percorso di ricerca e indagine che si è sviluppato intorno al complesso e rinnovato rapporto tra possibilità di controlli a distanza ed esigenze di tutela della riservatezza dei lavoratori nell'ambito di un contesto lavorativo caratterizzato dal costante progresso tecnologico e con riferimento ad una novellata disposizione legislativa oggetto di recente riscrittura ed alle finalità ad essa sottese, si ritiene opportuno delineare alcune brevi considerazioni conclusive.

Nel solco di un fenomeno di flessibilizzazione del rapporto di lavoro, con specifico riguardo alla sua maggiore fluidità interna, e con l'obiettivo di adeguare la disposizione statutaria al mutato quadro di riferimento, il Legislatore ha inteso ricercare un nuovo e differente punto di equilibrio tra le prerogative datoriali e le fondamentali esigenze di tutela del lavoratore, perseguendo altresì finalità di razionalizzazione e semplificazione. Un panorama così differente rispetto al passato, a partire dalla vigente formulazione letterale dell'art. 4 Stat. Lav., ha registrato il deciso ingresso della regolamentazione posta a protezione dei dati personali del lavoratore che, per come evidenziato, rappresentano il nuovo fulcro oggetto del combinato legislativo sul quale deve concentrarsi l'attenzione dell'interprete.

Il descritto abbandono del concetto di divieto di controllo a distanza a beneficio dell'utilizzabilità a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, nell'ambito di un nuovo ordine di delimitazione sottinteso al bilanciamento di interessi, consente di sostenere una riparametrazione del punto di equilibrio tra prerogative datoriali ed esigenze di tutela dei lavoratori. L'oggetto dell'attenzione legislativa ed il punto focale del nuovo equilibrio appare pertanto essersi concentrato sulla tutela del dato personale, nell'ambito di una rinnovata disciplina di interazione tra

la previsione statutaria e la normativa dettata a protezione dei dati personali i cui principi fondamentali costituiscono i pilastri su cui si fonda la tutela del *quantum* acquisito e la stessa legittima aspettativa di privacy del lavoratore.

Allo stesso tempo, oltre a lasciar emergere questa nuova prospettiva nell'ambito di un quadro di costante innovazione tecnologica, la materia deve necessariamente continuare a fare i conti anche con le esigenze di razionalizzazione e semplificazione esplicitate dal Legislatore delegato.

Le descritte posizioni dei principali attori chiamati ad applicare la novellata disposizione statutaria, caratterizzata dai descritti profili di interazione e integrazione con le previsioni in materia di protezione dei dati personali, hanno palesato la permanenza di alcuni elementi di incertezza che, seppur minori rispetto al passato, continuano a caratterizzare la materia e la sua piena rispondenza all'evoluzione del mondo del lavoro ed alla sua grande trasformazione. In particolare, l'opera di sussunzione della fattispecie concreta al prototipo normativo continua a registrare, ad avviso di chi scrive, una serie di oscillazioni e di posizioni tra loro divergenti le quali, pur non traducendosi nelle ambiguità interpretative del passato si sostanziano in difficoltà di qualificazione per l'operatore di tutta una serie di strumentazioni tecnologiche sempre più largamente diffuse, a scapito di razionalizzazione e semplificazione.

Se pertanto è compito della legge regolamentare un ambito connotato da fenomeni di costante mutamento in ragione della pervasività e della rapidità con cui intervengono le innovazioni, può ben affermarsi che le sfide da cogliere restano ancora molteplici e ricche di elementi di complessità.

BIBLIOGRAFIA

- Aimo M., *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2003;
- Alvino I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *Labour & Law Issues*, Vol. 2, n. 1, 2016;
- Bandelloni G., *La rimozione del divieto del controllo a distanza*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1/2018;
- Barraco E., Sitzia A., *Potere di controllo e Privacy, Lavoro, riservatezza e nuove tecnologie*, Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori Assago (MI), 2016;
- Dagnino E., *Controlli social dei lavoratori: un'interessante pronuncia della Cassazione*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2015, n. 3;
- Dagnino E., *La Cassazione penale sui controlli a distanza post Jobs Act: continuità del tipo di illecito*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2017, n. 1;
- Dagnino E., *Tecnologie e controlli a distanza*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2015, n. 4;
- Del Punta R., *La nuova disciplina sui controlli a distanza sul lavoro (art. 23 D. Lgs. n. 151/2015)*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2016, fasc. 1;
- Dessì O., *Il controllo a distanza sui lavoratori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017;
- Donini A., *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, n. 1;
- Ficari L., *I controlli effettuati attraverso gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa*, in A. Levi (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè Editore, Milano, 2016;

- Gamba C., *Il controllo a distanza dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, in *Labour & Law Issues*, Vol. 2, n. 1, 2016;
- Gramano E., *La rinnovata (e ingiustificata) vitalità della giurisprudenza in materia di controlli difensivi*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, n. 1;
- Ichino P., *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro, La disciplina giuridica della circolazione delle informazioni nell'impresa*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1979;
- Ichino P., *Il Contratto di lavoro – Vol. III*, Giuffrè Editore, Milano, 2003;
- Ingrao A., *Il controllo disciplinare e la privacy dopo il Jobs Act*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2017, fasc. 1;
- Ingrao A., *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci Editore, Bari, 2018;
- Lattanzi R., *Dallo Statuto dei Lavoratori alla disciplina di protezione dei dati personali*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2011, fasc. 1;
- Maio V., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 6/2015;
- Marazza M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 300/2016;
- Maresca A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2016, fasc. 4;
- Nuzzo V., *I software che registrano la durata delle telefonate nei call center sono strumenti di lavoro?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2018, fasc. 2;
- Nuzzo V., *La protezione dei lavoratori dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018;
- Pera G., *Art. 4 (Impianti Audiovisivi)*, in Assanti C., Pera G., *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Edizioni Cedam, Padova, 1972;

- Pizzuti P., *Controlli a distanza e organizzazione aziendale*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n. 7/luglio 2017;
- Proia G., *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2016, fasc. 4;
- Ricci M., *I controlli a distanza dei lavoratori tra istanze di revisione e flessibilità “nel” lavoro*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, fasc. 4 – 5/2016;
- Russo A., Tufo M., *I controlli preterintenzionali: la nozione*, in Levi A. (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè Editore, Milano, 2016;
- Salimbeni M. T., *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2015, fasc. 4;
- Sitzia A., *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo art. 4 st. lav. e il consenso (del lavoratore)*, in *Labour & Law Issues*, 2016, Vol. 2, n. 1;
- Stanchi A., *Nel Jobs Act il nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *Guida al Lavoro*, 2015, n. 38;
- Timellini C., *L'utilizzabilità dei dati raccolti: il punto di scardinamento della vecchia normativa statutaria*, in Levi A. (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè Editore, Milano, 2016;
- Trojsi A., *Al cuore del nuovo art. 4, co. 2, St. Lav.: la delimitazione della fattispecie degli «strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa»*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2017, fasc. 2;
- Trojsi A., *Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014: tra costruzione del Diritto del lavoro nell'era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014*

- n. 183, «Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – Collective Volumes», 2014, n. 3;
- Tullini P., *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, fasc. 3;
 - Veneziani B., *Art. 4 (Impianti audiovisivi)*, in G. Giugni (diretto da), *Lo Statuto Dei Lavoratori, Commentario*, Giuffrè Editore, 1979;
 - Villa E., *Accordo sindacale e procedura amministrativa nei controlli a distanza dei lavoratori - Collective agreement and administrative procedures in the discipline concerning remote control on employees*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2016, n. 4;
 - Zoli C., *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l’art. 4, L. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in Tullini P. (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Vol. 58, Cedam, Padova, 2010;
 - Zoli C., *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l’art. 4, L. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, fasc. 4;
 - Zoli C., *Il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori e la nuova struttura dell’art. 4, legge n. 300/1970*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2016, n. 4.