

La riforma dei controlli a distanza della prestazione lavorativa: nuove tutele e suggestioni orwelliane.

Roberto Maurelli, Dottorando di ricerca nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

SOMMARIO: 1. La *ratio* delle limitazioni al potere di controllo: la precedente formulazione dell'art. 4 Stat. lav. e le analogie con il nuovo testo - 2. Le novità introdotte dal D.lgs. n. 151/2015: i c.d. controlli difensivi - 3. Segue: le ipotesi tassative di controllo a distanza non preceduto da accordo sindacale o autorizzazione amministrativa - 4. Segue: il definitivo passaggio dal controllo preventivo sindacale a quello successivo giudiziale.

1. *La ratio delle limitazioni al potere di controllo: la precedente formulazione dell'art. 4 Stat. lav. e le analogie con il nuovo testo.* - Un approccio corretto al tema del controllo a distanza del lavoratore non può prescindere da una breve premessa sistematica. In generale, il controllo del prestatore di lavoro subordinato da parte del datore di lavoro non è un fenomeno da demonizzare, trattandosi, in realtà, dell'esercizio di un potere intrinsecamente connaturato allo svolgimento dell'attività economica organizzata, al cui vertice è posto l'imprenditore (il «capo» ex artt. 2082 e 2086 cod. civ.). Infatti la dottrina prevalente ritiene che il potere di controllo sia, per così dire, una specificazione del potere direttivo¹, in

¹ Si veda, per tutti, A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Padova, 2011, 271 e ss..

quanto consente al datore di lavoro di verificare il rispetto delle «disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro» impartite al prestatore di lavoro (art. 2104, comma 2, cod. civ.). Se non esistesse questo potere il datore di lavoro non potrebbe né esercitare compiutamente il potere disciplinare, poiché resterebbe all'oscuro delle eventuali infrazioni del dipendente o, comunque, della loro gravità (art. 2106 cod. civ.), né potrebbe vigilare pienamente sulla corretta adozione di tutte quelle «misure che... sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro» (art. 2087 cod. civ.).

Ciò premesso, è evidente che l'implicazione della persona del lavoratore² nello svolgimento della prestazione determina il pericolo che il controllo in esame possa ledere i suoi diritti costituzionalmente tutelati alla dignità e alla riservatezza (artt. 2, 3, 13, 14 e 15 Cost.)³, specialmente quando questo viene attuato con forme ispettive invasive ed inedite, difficilmente controllabili dal lavoratore poiché basate sull'impiego delle nuove tecnologie. Questo pericolo circoscrive, ma non fa venire meno, il potere del datore di lavoro di controllare lo svolgimento della prestazione lavorativa dei propri collaboratori al fine del proficuo esercizio dell'attività economica organizzata, anch'essa tutelata dalla Costituzione (art. 41 Cost.).

Si spiegano così gli "argini" imposti dalla disciplina limitativa del potere di controllo introdotta dalla Legge 20 maggio 1970, n. 300 (meglio conosciuta come "Statuto dei lavoratori"), e in particolare quelli di cui alla precedente formulazione dell'art. 4 Stat. lav. in materia di controlli a distanza: a) divieto assoluto di controlli a distanza mediante impianti audiovisivi e altre apparecchiature destinate *unicamente* al controllo del lavoratore⁴ (comma 1); b) obbligo di preventivo accordo per l'installazione di impianti audiovisivi ed altre apparecchiature che rispondano ad esigenze organizzative e produttive ovvero di sicurezza sul lavoro dalle quali derivi *anche* la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori (comma 2)⁵.

L'art. 23 del D.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, recante «Modifiche all'art. 4 della Legge 20 maggio 1970, n. 300 e all'art. 171 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196» non sembra aver stravolto il quadro finora delineato.

² F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in AA.VV., *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, Catania, 1947-48, 3

³ In giurisprudenza, in tema di diritto alla riservatezza, si veda la "capostipite" Cass. 27 maggio 1975, n. 2129, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1695.

⁴ Resta invece consentita la vigilanza sull'attività lavorativa da parte di *persone fisiche* specificamente individuate dal datore di lavoro e indicate ai lavoratori interessati (art. 3 Stat. lav.), purché non si tratti di guardie giurate, le quali possono essere impiegate solo *a tutela del patrimonio aziendale* (art. 4 Stat. lav.). E ciò conferma che il legislatore intende tutelare la riservatezza del dipendente, ma non fino al punto di escluderne la sorveglianza sul luogo di lavoro.

⁵ Si pensi, ad esempio, agli impianti di ripresa a circuito chiuso nelle banche.

Pur essendo stato eliminato il divieto generale ed espresso di impiegare impianti audiovisivi e altri strumenti per finalità *esclusivamente* di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, tale divieto sembra comunque confermato da un'interpretazione logica del comma 1, del nuovo art. 4 Stat. lav., che impone limiti all'installazione di impianti audiovisivi e altri strumenti «dai quali derivi *anche* la possibilità di controllo a distanza...» benché siano «impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale»⁶; in altre parole, se il potere viene limitato in relazione al controllo preterintenzionale, è evidente che gli strumenti con finalità esclusive di controllo a distanza non potranno ritenersi né incondizionatamente leciti, né tantomeno sottoposti allo stesso regime dei primi, ma continueranno ad essere inevitabilmente vietati, con conseguente inutilizzabilità delle informazioni raccolte per il loro tramite. La nuova formulazione non mutila, ma semplifica il vecchio testo, lievemente più ridondante dell'attuale anche in ragione del diverso contesto politico, economico e sociale in cui era stato redatto.

Permangono anche gli oneri procedurali per l'installazione degli impianti e degli strumenti di controllo preterintenzionale: viene ribadita la necessità del previo accordo sindacale, ampliando peraltro il novero dei soggetti con cui è consentita la stipulazione (non solo le r.s.a., ma anche le r.s.u. ovvero le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, in caso di imprese con unità produttive in diverse regioni); inoltre, in difetto d'accordo, viene riproposta la possibilità dell'autorizzazione amministrativa, che dovrà essere emanata dalla Direzione territoriale del lavoro competente ovvero da parte dello stesso Ministero del lavoro, qualora risultino competenti più direzioni territoriali.

Resta altresì invariata la tutela penale apprestata per scongiurare le violazioni dell'art. 4 Stat. lav., consistente nell'ammenda o nell'arresto (art. 38, comma 1, Stat. lav.) oppure, solo nei «casi più gravi» dell'arresto e dell'ammenda (art. 38, comma 2, Stat. lav.), come ora previsto dal nuovo art. 171 del D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Sicché la possibilità di escludere la sanzione penale con l'adempimento delle prescrizioni imposte con provvedimento amministrativo ovvero giurisdizionale continuerà ad operare esclusivamente in relazione alle violazioni di minore gravità, potendosi applicare solo a queste ultime, in ragione dell'alternatività fra arresto e ammenda, il beneficio di cui all'art. 15 del D.lgs. n. 124/2004.

2. *Le novità introdotte dal D.lgs. n. 151/2015: i c.d. controlli difensivi.* – Una prima novità derivante dalla riformulazione dell'art. 4 Stat. lav. riguarda l'estensione della disciplina dei controlli preterintenzionali, che si è vista sopra, anche ai controlli «per la tutela del patrimonio aziendale»,

⁶ Questo tipo di controlli con finalità promiscue sono comunemente definiti “preterintenzionali”.

vale a dire ai controlli avverso comportamenti illeciti del lavoratore estranei alle obbligazioni dedotte nel singolo rapporto ma comunque lesivi di beni aziendali (si pensi agli strumenti di rilevamento degli accessi in aree riservate).

In relazione a questa tipologia di controlli, comunemente definiti “difensivi”, la giurisprudenza era saldamente orientata nell’escludere in radice l’applicabilità dell’art. 4 Stat. lav.⁷. Pertanto tutti gli strumenti che consentivano tali controlli non solo non erano vietati, ma neppure dovevano essere sottoposti alla procedura di accordo preventivo ovvero di autorizzazione amministrativa. Addirittura, recentemente, la Suprema Corte si era espressa per la liceità di controlli difensivi *occulti*⁸, superando alcune posizioni che negavano tali controlli in quanto ritenuti in violazione della buona fede e correttezza nello svolgimento del rapporto di lavoro.

In questa materia, dunque, la recente novella introduce una nuova (e non trascurabile) rigidità per il datore di lavoro e sicuramente una disciplina più favorevole per il lavoratore. Al riguardo occorre tuttavia fare una precisazione. Il riferimento al «patrimonio aziendale» sembra idoneo a ricomprendere nella nuova fattispecie solo i controlli avverso comportamenti lesivi di beni aziendali *materiali*, mentre dovrebbero restare escluse tutte quelle condotte, sempre estranee alle obbligazioni dedotte in contratto, idonee a ledere beni *immateriali* del datore di lavoro, quali ad esempio la sua immagine⁹. Pertanto, in relazione a queste ultime

⁷ Sull’esclusione del divieto in relazione ai controlli difensivi si vedano Cass. 17 febbraio 2015, n. 3122, in Guida al Lav., 2015, 12, 41; Cass. 22 gennaio 2015, n. 2890, in Guida al Dir., 2015, 20; Cass. 1° ottobre 2012, n. 16622, in Guida al Dir., 2012, 49/50, 41; Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, in Guida al lav. 2012, 11, 30; Cass. 26 settembre 2011, n. 34842, in La Tribuna, Rivista Penale, 2012, 12, 1303; Cass. 1 giugno 2010, n. 20722, in Guida al Lav., 2010, 26, 15; Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, in Mass. Giur. Lav., 2010, 11, 842; Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, in Riv. it. dir. lav., 2008, 3, 714; Cass. 10 luglio 2002, n. 10062, in Mass. Giur. Lav., 2002, 10, 644; Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, in Guida al Dir., 2002, 22, 47.

⁸ Cass. 27 maggio 2015, n. 10955, in Guida al Dir., 2015, 26, 72, relativa ad una fattispecie di licenziamento per giusta causa di un dipendente, al quale era stato contestato di avere intrattenuto in orario di lavoro con il suo cellulare varie conversazioni su facebook, circostanza emersa in conseguenza della creazione, da parte del datore di lavoro, sul sito web, di un falso profilo di donna con richiesta di amicizia al lavoratore.

⁹ Ovviamente, qualora si aderisca alla tesi secondo cui tali ultime condotte integrerebbero una violazione degli obblighi *accessori* riconducibili al rapporto di lavoro, e non una violazione di obblighi *estranei* al rapporto come ritiene la Cassazione, potrebbe sostenersi che i controlli difensivi avverso tali comportamenti sarebbero comunque vietati, in quanto costituirebbero controllo dell’attività lavorativa intesa nella sua nozione più dilatata. Per questa ricostruzione, che estende l’obbligazione contrattuale oltre lo svolgimento delle mansioni, fino a ricomprendere la tutela dello scopo dell’organizzazione creata dal datore di lavoro, cfr. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 4 e ss.; L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in AA. VV., *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA*, Milano, 1965, 472 e ss.; G. GIUGNI, *Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, 103 e ss.; C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Milano, 2004, 85 e ss.

condotte sembra ancora attuale l'orientamento giurisprudenziale sopracitato che ritiene inapplicabile l'art. 4 Stat. lav. ai controlli del datore.

3. *Segue: le ipotesi tassative di controllo a distanza non preceduto da accordo sindacale o autorizzazione amministrativa.* - La novità più discussa fra quelle introdotte dalla novella è l'esclusione dell'obbligatorietà dell'accordo sindacale o dell'autorizzazione amministrativa in relazione «agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze» (art. 4, comma 2, Stat. lav.), e cioè a tutti gli strumenti comuni di lavoro, come telefonini, personal computer, GPS, tablet aziendali, e così via.

La scelta del legislatore è prima di tutto una scelta di adeguamento della norma all'evoluzione dei tempi. Queste tecnologie, infatti, non erano conosciute, o comunque non erano sufficientemente diffuse, ai tempi in cui fu scritto lo Statuto dei lavoratori e, dunque, non erano state prese in considerazione dal "vecchio" art. 4, che si riferiva essenzialmente alle telecamere a circuito chiuso, come d'altronde si evince dalla stessa rubrica di quella norma («impianti audiovisivi»), nonché ad altre apparecchiature come microfoni, segnalatori acustici, impianti di intercettazione, inserimenti in cuffia. Pertanto, applicando la disciplina del "vecchio" art. 4, tutti i nuovi strumenti frutto del progresso degli ultimi quattro decenni venivano logicamente ricondotti a quelli di controllo preterintenzionale, in quanto, pur essendo impiegati per esigenze organizzative e produttive, sono idonei a registrare informazioni sull'attività lavorativa, quali la posizione del dipendente ad una determinata ora, i destinatari delle telefonate effettuate, i siti internet visitati, e così via¹⁰.

È qui che viene in discussione la scelta politica del legislatore, che non si è limitato a ricondurre questi strumenti nell'alveo dei controlli preterintenzionali, riconoscendo ciò che era sostanzialmente già pacifico in giurisprudenza, ma ha optato per una disciplina *ad hoc*. D'altronde una telecamera di sorveglianza di una banca non può essere paragonata al personal computer in dotazione agli impiegati che lavorano nella banca medesima. Il personal computer, infatti, consente materialmente al dipendente di svolgere le sue mansioni, mentre la telecamera di sorveglianza è installata "solo" a fini di sicurezza e, dunque, risponde a tutt'altro tipo di esigenze dell'organizzazione imprenditoriale. Ecco perché il legislatore ha ritenuto eccessivo imporre al datore di lavoro gli stessi identici oneri procedurali, previsti per i controlli preterintenzionali, anche in relazione a questi nuovi strumenti tecnologici che servono a garantire il *core business* dell'impresa stessa.

Non a caso, nella vigenza del "vecchio" art. 4 Stat. lav., parte della dottrina aveva reagito a questa uniformità regolatoria sostenendo che i

¹⁰ Al riguardo si veda, in termini molto puntuali, Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, in Guida al Lav, 2010, 11, 24.

suddetti strumenti di lavoro fossero sottratti *in toto* alla disciplina dei controlli a distanza, non potendo né essere considerati strumenti finalizzati esclusivamente al controllo del lavoratore¹¹, né essere sottoposti alla procedura autorizzatoria sindacale o amministrativa, in quanto la scelta di subordinare a tale procedura l'impiego di questi strumenti, necessari ai fini della prestazione lavorativa, avrebbe potuto paralizzare la modernizzazione dell'apparato produttivo, imponendo una sorta di «cogestione generalizzata dell'organizzazione del lavoro»¹².

Peraltro l'esclusione di questi controlli dal campo della regola della procedura preventiva corrisponde ad una prassi sostanzialmente acquisita anche da parte delle organizzazioni sindacali e delle direzioni provinciali del lavoro, che in passato non hanno quasi mai esercitato il loro diritto ad essere preventivamente consultate dal datore di lavoro che intendesse far uso dei suddetti strumenti di lavoro. Tanto è vero che il conflitto in relazione a questo tipo di controlli a distanza solitamente emergeva sempre in una fase successiva, e cioè dinanzi al giudice, quando le informazioni sull'attività lavorativa del dipendente erano già state acquisite e utilizzate a fini disciplinari e quest'ultimo, aveva interesse a farle dichiarare inutilizzabili non certo a tutela della propria riservatezza, ormai compromessa, quanto piuttosto del suo posto di lavoro.

4. *Segue: il definitivo passaggio dal controllo preventivo sindacale a quello successivo giudiziale* – Questo è il contesto in cui si inserisce l'esclusione dell'obbligo della procedura preventiva in relazione agli strumenti per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli ingressi e delle presenze.

Va precisato, però, che a fronte di questa esclusione al datore di lavoro vengono imposti nuovi limiti affatto trascurabili. Invero la nuova norma, al comma 3, afferma espressamente che «Le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196». L'assenza di una sola di queste tre condizioni determina, dunque, l'inutilizzabilità dei dati, qualunque sia il fine in vista del quale l'informazione era stata raccolta.

¹¹ In questa categoria, infatti rientrerebbero «soltanto gli impianti non essenziali rispetto all'esecuzione della prestazione, destinati per loro natura al controllo» secondo P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Milano, 2003, III, 229 e ss.; nello stesso senso già C. PISANI, *Il computer e l'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori*, in AA.VV. *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, Milano, 1988, 43 e ss.

¹² Ancora P. ICHINO, *op. cit.*, 233, secondo cui in questa prospettiva paradossale il «collegamento in rete tra i posti di lavoro non potrebbe, di regola, essere attuato se non previo accordo in proposito con le rappresentanze sindacali»; C. PISANI, *op. cit.*, 43 e ss.

Questa tutela a ben vedere non sminuisce, ma rafforza, la posizione del lavoratore nei confronti dei controlli effettuati a mezzo degli strumenti di lavoro in parola, soprattutto quando i dati da essi estratti siano impiegati dal datore di lavoro per fini disciplinari.

È del tutto innovativa, infatti, la previsione dell'inutilizzabilità delle informazioni raccolte nel caso in cui non vi sia stata adeguata informazione sulle modalità d'uso dello strumento¹³. In questo caso, il lavoratore potrà far dichiarare inutilizzabili i dati posti a base della contestazione di addebito allegando di non essere stato informato, o comunque di non essere stato informato *adeguatamente*¹⁴, su come lo strumento in uso possa effettuare il controllo a distanza della prestazione lavorativa. Inoltre sembra coerente con la *ratio* della norma che la suddetta informazione debba essere anche fornita *preventivamente* al lavoratore¹⁵, con la conseguenza che un'informazione solo successiva dovrebbe rendere inutilizzabili tutte le informazioni raccolte fino al momento in cui il datore di lavoro non abbia adempiuto all'obbligo informativo.

Quanto alle altre due ipotesi dell'inadeguata informazione sulle modalità di effettuazione di controlli ovvero del mancato rispetto del D.lgs. n. 196/2003, la novità non risiede tanto nella tipizzazione dell'illecito, quanto piuttosto nella sanzione. Invero, quanto alla prima, anche per il passato era necessaria un'informativa «oralmente o per iscritto» sulle «modalità del trattamento cui sono destinati i dati» (art. 13, comma 1, lett. a), D.lgs. n. 196/2003). Tuttavia la violazione di questo obbligo era punita solo con sanzione amministrativa anche nei casi di maggiore gravità, per i quali si prevedeva solo un incremento della sanzione medesima (artt. 161 e 164-*bis* D.lgs. n. 196/2003). Ora, invece, l'art. 4 Stat. lav. parla espressamente di inutilizzabilità, ancora una volta a tutto vantaggio del lavoratore, a cui poco interessa la sanzione amministrativa eventualmente comminata al datore di lavoro¹⁶.

Lo stesso discorso vale anche per l'obbligo di osservare le altre previsioni del D.lgs. n. 196/2003, in quanto il Codice della privacy appresta, di regola, una tutela amministrativa e/o penale, ma quasi mai dispone l'inutilizzabilità dei dati illecitamente raccolti, tranne nel caso di

¹³ Un'interpretazione logica della norma consente di affermare che le modalità d'uso a cui essa fa riferimento sono quelle di immagazzinamento dei dati sull'attività lavorativa, non anche quelle sul funzionamento in generale del dispositivo, le quali non hanno alcun riflesso, neppure indiretto, sul diritto alla riservatezza del dipendente.

¹⁴ È facile immaginare che, intorno al generico riferimento al concetto di *adeguatezza*, si incardinerà una parte considerevole del contenzioso giudiziario in questa materia.

¹⁵ Indicazioni sistematiche al riguardo possono rinvenirsi nell'art. 13 del D.lgs. n. 196/2003, il quale precisa che l'informazione deve essere offerta «preventivamente».

¹⁶ In quest'ottica, allora, non desta particolari preoccupazioni il fatto che l'applicabilità delle sanzioni penali di cui all'art. 38 Stat. lav. sia prevista esclusivamente per le violazioni dei commi 1 e 2 dell'art. 4 Stat. lav. e non anche per le ipotesi di cui al comma 3.

cui all'art. 11, riguardante i limiti al trattamento dei dati¹⁷, anche a prescindere dall'informazione offerta al soggetto interessato, per il quale è prevista espressamente l'inutilizzabilità. Ovviamente anche tale ultima norma, pur non espressamente riproposta nel testo dell'art. 4 Stat. lav., dovrà ritenersi vincolante per il datore di lavoro, stante il richiamo generale al Codice della privacy contenuto nel comma 3.

Il *favor* nei confronti del lavoratore, inoltre, continua ad operare anche sul piano processuale, in quanto l'onere della prova di aver osservato le prescrizioni dell'art. 4 Stat. lav. grava esclusivamente sul datore di lavoro, trattandosi di limiti legali che condizionano il libero esercizio del potere di controllo¹⁸. Tutto ciò fermo restando il noto principio della circolarità degli oneri probatori, in base al quale qualora tale prova fosse fornita effettivamente dal datore, il lavoratore non potrà limitarsi a svolgere mere difese o formulare offerte di prova condizionate¹⁹.

¹⁷ Si fa riferimento ai principi di pertinenza, correttezza, non eccedenza del trattamento, divieto di profilazione, ribaditi dal Garante della privacy anche in relazione ai controlli a distanza, e in particolare ai controlli della posta elettronica e di internet. Al riguardo cfr. Provvedimento Lavoro: le linee guida del Garante per posta elettronica e internet del 11 marzo 2007 (G.U. n. 58 del 10 marzo 2007).

¹⁸ In tema di onere della prova delle limitazioni ai poteri datoriali si veda, per tutti, A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, 129 e ss.

¹⁹ Per l'espressa affermazione di questo principio in materia di licenziamento, si veda Cass. 17 gennaio 1984, n. 391, in Foro it. Rep., 1984, voce Lavoro (rapporto), 2227.