

IL NUOVO ART. 4: 2° COMMA

(AVV. ENZO MORRICO)

10 giugno 2016

La relazione può essere letta al seguente link:

<http://www.agilazio.it/relazione-dellavv-enzo-morrigo-al-convegno-agi-nazionale-perugia-2016/>

LA NORMA

Art. 4 (*Impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo*)

2° comma: *“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”.*

La relazione può essere letta al seguente link:

<http://www.agilazio.it/relazione-dellavv-enzo-morrigo-al-convegno-agi-nazionale-perugia-2016/>

Relazione dell'Avv. Enzo Morrigo del Foro di Roma sull' Art. 4 L. 20.5.1970 n. 300

CONVEGNO AGI NAZIONALE PERUGIA 10.06.2016

(versione provvisoria)

Ringrazio gli organizzatori ed AGI Perugia per avermi invitato in questo interessantissimo convegno e soprattutto i partecipanti al convegno che sono intervenuti così numerosi.

Per me è la terza occasione in cui mi trovo ad essere invitato in questa splendida città e spero di non tradire la fiducia che sinora mi è stata mostrata dai convegnisti.

Questo workshop prevede ben quattro relatori che debbono parlare di una sola disposizione e non è sicuramente facile dover parlare per terzo specialmente dopo le due illustrissime relatrici che mi hanno preceduto e che con approfondite argomentazioni hanno in massima parte esaurito le possibili problematiche nascenti dalla nuova formulazione dell'art. 4 S.L.

E' inevitabile quindi che per finalizzare l'argomento assegnatomi dal coordinatore amico Gianpiero, sarò costretto a ripetere alcuni concetti già affrontati e taluni dei quali anche risolti.

Ritengo che per ben comprendere la normativa vigente, sia necessario prendere le mosse dalla vecchia formulazione dell'art. 4 non senza prima, permettetemi, di svolgere alcune considerazioni di carattere generale su quello che viene definito il Job Act ed in particolare la legge delega 183/2014.

Non v'è dubbio, almeno per me, che con il provvedimento appena indicato il legislatore abbia dato una decisa sterzata rispetto al modo di legiferare sino ad oggi utilizzato.

Infatti la legge delega ed alcuni decreti delegati si pongono in totale discontinuità con il passato, dove sino allora il legislatore ha tentato di prestare maggiore tutela ai rapporti a termine sia di lavoro subordinato che non (si pensi al Dlgs 276/2003 ed alla legge Fornero) mentre i provvedimenti emessi e che sono comunemente conosciuti come Jobs Act si è cercato finalmente di far ritornare al centro dell'attenzione i rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato facendoli diventare più attrattivi così come espressamente previsto dall'art. 1 comma 7 lett. b) L. 183/2014.

Come è ovvio ogni legge è figlia del suo tempo ed è noto a tutti che il legislatore nostrano aveva come preoccupazione prevalente quella di limitare il potere direttivo del datore di lavoro reso particolarmente aggressivo all'indomani (e, come sempre accade in Italia, del tutto intempestivamente essendo già concluso) di quello che all'epoca venne definito il boom economico degli anni 60.

Il legislatore quindi si è preoccupato di fare da "*balia accudente*" (l'espressione non è mia, ma del Consigliere Angelina Perrino, nota cultrice di diritto del Lavoro) del lavoratore adottando la tecnica della norma inderogabile generatrice di diritti indisponibili

Con il nuovo modo di legiferare si è abbandonata (o comunque fortemente limitata) la tecnica legislativa suddetta in materia di lavoro (si pensi ad es. alla modifica dell'art. 2103 c.c. ecc).

In questa prospettiva deve anche essere letta la modifica dell'art. 4 dello S.L. oltre, come ampiamente ed efficacemente già rilevato da chi mi ha preceduto, per le sostanziali differenze intercorse nello svolgimento delle attività lavorative e soprattutto per il progresso tecnologico verificatosi tra la prima versione dell'art. 4 S.L. con la sua modifica ad opera dell'art. 23 D.Lgs 151/2015. avvenuta 45 anni dopo.

Per meglio comprendere la ratio e le finalità delle norme contenute nell'art.4 nella versione statutaria, ci si dovrebbe calare al tempo in cui venne emanata e cioè al 1970 dove non esisteva ancora alcun apparato elettronico a cominciare dai computer intesi sia come hardware e cioè mero strumento di lavoro, che soprattutto il software ossia i pacchetti applicativi.

Non solo, ma la preoccupazione del legislatore all'epoca era quella di tutelare il lavoratore sia al fine di evitare la discriminazione sia per evitare le indagini sulle opinioni per motivi religiosi politici sindacali (v. il già promulgato art. 4 l. 604/66 e dall'art. 15 S.L. e soprattutto dall'art. 8 l. 300/70 sul divieto di indagini sulle opinioni limitandole sempre a quelle afferenti il credo politico, quello religioso e quello sindacale).

In tale contesto è stata inserita la previsione contenuta nell'art. 4 che si badi bene non impediva in maniera assoluta il controllo peraltro sulla attività lavorativa atteso che l'art. 3 viceversa prevede la possibilità entro certi limiti di effettuare tali accertamenti e senza contare che non furono abrogate le norme contenute negli artt. 2104, 2105 e 2106 c.c. il cui esercizio inevitabilmente comportava degli accertamenti (non si può infatti esercitare il potere direttivo senza controllare e soprattutto non si può esercitare il potere disciplinare senza controllare) .

La ratio quindi dell'art. 4 era quella –secondo le conoscenze tecniche dell'epoca- di impedire al datore di lavoro i c.d controlli continui, occulti e c.d. anelastici nei confronti del lavoratore non solo con riguardo alla attività lavorativa ma –in maniera meno specifica- alla attività in generale (attività dei lavoratori).

Tale principio fu in maniera lapidaria espressa dal legislatore dell'epoca al primo comma dell'art. 4 che, come a tutti noto, così recita: “ *E' vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dei lavoratori*”

Naturalmente all'epoca si utilizzò l'espressione APPARECCHIATURA in luogo di quella più efficacemente individuata nella versione attuale, come vedremo, di STRUMENTI proprio da un lato per le conoscenze dell'epoca e dall'altro per “*limitare*” il divieto di controllo alle sole apparecchiature che sta ad indicare il complesso di impianti o apparecchi coordinati per le funzioni o finalità specifiche) rispetto agli strumenti (che è quell'arnese indispensabile per lo svolgimento di una attività).

La ratio quindi della norma, *in assenza di una regolamentazione in ordine alla privacy dell'individuo* e forse probabilmente all'epoca nemmeno sentito come problema esistente (tanto che la prima regolamentazione si è avuta a circa 30 anni di distanza (v. L. 676/1996 alla quale poi è succeduto il c.d. T.U. sulla privacy ad opera del D.lgs 196/2003, sul quale tornerò) era replico quella di tutelare l'invasione continua e pervicace del datore di lavoro sulle attività dei lavoratori).

Dalla ratio così come individuata, il legislatore ha posto il limite rappresentato dagli impianti audiovisivi ed altre apparecchiature.

Tale limite è ben individuato ponendo a raffronto il primo con il secondo comma della disposizione in esame.

Nel secondo comma infatti non si prevede affatto, come molti commentatori hanno sostenuto all'inizio, una eccezione al primo comma, ma molto più semplicemente una regolamentazione a sé stante che secondo una suggestiva espressione coniata dal Romagnoli, riguardava i c.d. controlli "preterintenzionali" ovvero quei controlli che sarebbero potuti scaturire non già per la finalità propria del controllo, ma conseguenti agli impianti (in generale e quindi non quelli audiovisivi) o apparecchiature necessarie per soddisfare esigenze organizzative, produttive o sicurezza del lavoro che pur potevano far derivare un controllo a distanza dell'attività del lavoratore. In tali casi il legislatore prevede che per l'istallazione di detti impianti e/o attrezzature occorresse un accordo con le RSA o C.I. o, in mancanza di accordo, con l'autorizzazione amministrativa rilasciata dall'ispettorato del lavoro il quale avrebbe fissato anche le modalità d'uso.

Tale previsioni sono state sufficienti nei primi tempi di esistenza della disposizione, ma inevitabilmente con il passare degli anni e soprattutto -da un lato- con l'introduzione di nuovi macchinari derivanti dalla rivoluzione tecnologica e -dall'altro- il sempre più, mi sia consentito, abuso da parte dei lavoratori nell'utilizzo di detti macchinari non più utilizzati per finalità squisitamente lavorative, ma per soddisfare interessi -non sempre legittimi e talvolta leciti- personali, ha dovuto far adeguare l'interpretazione della norma contenuta nel secondo comma alle mutate esigenze.

Si è venuto così a creare da parte della giurisprudenza la nuova categoria dei c.d. controlli difensivi, quelli cioè diretti a contrastare comportamenti illegittimi posti dal prestatore di lavoro nell'esplicazione delle mansioni a lui assegnate¹.

Come purtroppo però accade in tutti i casi simili a quello appena indicato (per fortuna non numerosi) la giurisprudenza (e mi riferisco a quella di legittimità non è stata affatto univoca ingenerando negli interpreti -e mi sia consentito non solo ad essi, ma anche nella quotidiana gestione di un rapporto lavorativo- un profondo disorientamento ad onta del c.d. principio nomofilattico proprio della Cassazione, aggravato dal fatto che seppure in una materia così delicata, non si sia sentito il bisogno di rimettere ai sensi dell'art. 374 2^a co. c.p.c. alle Sez. Unite² (stante la continua oscillazione -e quindi contrasto- della giurisprudenza nel ritenere a corrente alternata: a) la legittimità o meno dei c.d. controlli difensivi in assenza di accordo con le RSA; b) la necessità di tali accordi per la liceità di tali accertamenti reputati replicasi difensivi; c) la loro utilizzabilità o meno a fini disciplinari dell'accertamento effettuato a seguito di detti controlli; d) e soprattutto la utilizzabilità dell'accertamento come prova per legittimare il provvedimento adottato).

Significative sono le seguenti sentenze: la n. 4746 del 3.4.2002 in base alla quale vi è stata, replicasi, la creazione dei controlli c.d. difensivi dove la Corte ha legittimato il controllo a distanza (che sta a significare non solo nel luogo, ma anche nel tempo) pur in assenza di alcuna pattuizione con le RSA dell'attività del lavoratore e la sentenza n. 15892/2007 (del 17.7) che ha rappresentato un arresto della giurisprudenza che si stava stratificando sui principi enucleati nella prima.

¹ la prima sentenza di legittimità risale al 3.4.2002 n. 4746 mentre le ultime -che le definisce tali- sono del 2012 e segnatamente la 2722 del 23 febbraio e la 5371 del 4 aprile, oltreché le più recenti 4984/2014 e 20440/2015.

² Che come è noto interviene o nel caso di difformità di decisioni in seno alle sezioni semplici (situazioni verificatesi in relazione all'art. in esame), ovvero nel caso di questioni che rivestano particolare importanza (come nella specie)

In detta ultima sentenza, in sintesi, la Corte ha affermato che anche nei confronti dei c.d. controlli difensivi, quelli cioè replicati volti a tutelare anche il patrimonio aziendale, occorre il preventivo accordo con le RSA, non solo, ma anche con riguardo al controllo sul rilevamento delle presenze del lavoratore.

La Corte quindi ha dichiarato illegittimo l'accertamento poiché posto in violazione dell'art. 4 S.L. ed ha altresì statuito che *“i risultati di tale controllo sull'attività del Piluso non possono essere posti a fondamento dell'intimato licenziamento”*

Come ho anticipato, questo orientamento è stato in varie occasioni travolto da successive sentenze l'ultima delle quali a quanto a mia conoscenza la sentenza 27.5.2015 n. 10955 sicuramente da tutti conosciuta per il notevolissimo eco suscitato per aver ritenuto legittimo la corte l'iniziativa aziendale che aveva “istigato” il lavoratore creando un apposito ed artificioso profilo facebook per distrarre il lavoratore che durante l'orario lavorativo ciattava con la presunta ragazza che altri non era se non il direttore del personale della società.

Ciò che ha reso ancor più complessa l'interpretazione della disposizione in esame è oltre alle oscillazioni giurisprudenziali appena rilevate, anche tutta la produzione legislativa in materia di privacy e le varie “raccomandazioni” del Garante.

Con la legge 676/1996 ed il D.Lgs 196/2003 il legislatore -secondo alcuni- ha chiarito -secondo altri- ovvero ha introdotto nuove regole, in base alle quali gli accertamenti devono sempre e comunque garantire la privacy del lavoratore costituendo un corpo di norme articolato e preciso che vanno ancor più a limitare il potere direttivo ed organizzativo del datore di lavoro, giusto il contemperamento degli opposti diritti.

In ordine ad es. alla raccolta di dati (che presuppone l'accertamento a distanza) ciò che però più preme di evidenziare che già dal 2003 sono stati introdotti principi che poi verranno richiamati nella nuova formulazione dell'art. 4 con particolare riguardo al diritto di informativa ex art. 13 quale **dovere** (e non **onere** come previsto dal 3^a comma del novellato art. 4 come dirò in prosieguo), che il datore di lavoro deve assolvere sempre in ordine alla raccolta di dati, così come alcuni principi cardine in ordine alla finalità degli accertamenti al principio di necessità dei raccolta dei dati ecc.

Ancor più significativo per l'indagine da compiere sono le linee guida che il Garante per la protezione dei dati personali ha emanato in data 1.3.2007 pubblicato sulla G.U. del 10.3 successivo.

Tale linee guida sono rivolte al corretto uso della posta elettronica ed internet sul luogo di lavoro.

In tale linee guida, alle quali rimando ovviamente per una approfondita disamina dell'intera materia trattata, è bene evidenziare che la preoccupazione del garante è stata quella di dare un monito non solo e non tanto agli utilizzatori (leggi lavoratori) di tali strumenti necessari per lo svolgimento della attività lavorativa assegnata, quanto i limiti entro i quali il datore di lavoro potrà utilizzare le informazioni ed i controlli da potersi eseguire.

Vengono così posti i seguenti principi, che vedremo richiamati nella formulazione ultima dell'art. 4 e che sono riportati ad es. all'art. 3 delle predette linee guida e che riguardano principalmente la **CORRETTEZZA** (art. 3) dei controlli nel senso che devono essere eseguiti con TRASPARENZA e quindi indicare le modalità di utilizzo degli strumenti messi a disposizione ritenute corrette e se vengono effettuati i controlli con quali modalità, **ADOPTARE UN DISCIPLINARE** in modo chiaro e senza formule generiche da pubblicizzare

adeguatamente e da aggiornare periodicamente (ad es. inibire la navigazione internet oppure la tenuta di files personale sul computer, il numero dei controlli, motivi e finalità degli stessi ecc. quali conseguenze disciplinari ci si riserva di trarre qualora venga accertato un uso fraudolento di internet o della posta elettronica; **INFORMATIVA** obbligo di prefigurare e pubblicizzare una policy interna per il corretto uso dei mezzi e agli eventuali controlli; oppure quanto previsto all'art. 4 in cui viene ribadito quali ed in che maniera devono essere le apparecchiature preordinate al controllo che devono perseguire finalità determinate, esplicite e legittime rispettando la libertà e dignità del lavoratore ribadendo il divieto contenuto nel primo comma dell'art. 4 vecchio testo; il principio di **NECESSITA'** (art. 5) ovvero sia promuovere ogni opportuna misura organizzativa e tecnologica volta a prevenire il rischio di utilizzi impropri.

Con riguardo poi ad internet e posta elettronica, sempre nelle ricordate linee guida, è stato stabilito che per i primi sia necessario creare dei filtri in modo da inibire l'accesso a determinati siti e quindi prevenire controlli successivi sul lavoratore, mentre per la posta elettronica sempre a protezione della dignità umana devono seguire i principi di **PERTINENZA E NON ECCEDENZIA** (ART. 6) cioè EVITARE INTERFERENZE INGIUSTIFICATE ED EVITARE CONTROLLI PROLUNGATI COSTANTI O INDISCRIMINATI quindi il lavoratore dovrà dotare indirizzi di posta elettronica condivisi con più lavoratori ovvero due indirizzi tra cui quello privato, ovvero ancora che ci sia non messaggi di impedimento a ricevere la posta, ma indicazione di un altro lavoratore cui indirizzarlo ecc.

Da rilevare inoltre che è recentissima la posizione assunta dal Garante alla privacy secondo la quale in caso di cessazione del rapporto di lavoro del dipendente il datore deve non solo disattivare immediatamente l'indirizzo di posta elettronica, ma addirittura adottare messaggi automatici per informare i terzi di tale accadimento e fornire indirizzi alternativi cui reinviare la posta non essendo sufficiente reindirizzarli automaticamente (parere n. 4 del 2.12.2015 a seguito di sollecitazione effettuata dalla fondazione Studi Consulenti del lavoro).

Da evidenziare inoltre la "**raccomandazione**" emanata dal Consiglio della Comunità economica Europea la n. 5 del 2015 del 1.4.2015.

Detta raccomandazione³, nei suoi contenuti di dettaglio, tuttavia pone dei vincoli che possono essere fatti valere avanti gli Organi giurisdizionali dei stati membri e, loro tramite, avanti la Corte Europea dei diritti dell'uomo da parte del lavoratore che ritenga violato il diritto alla tutela della propria privacy.

Vincoli che a ben vedere ripropongono quasi pedissequamente quelli già indicati ed esaminati nelle linee guida di cui abbiamo appena finito di tracciare.

Per completare la complessa normativa emanata in relazione alla norma in esame, non può essere omissivo sia il richiamo al regolamento del parlamento europeo⁴ e del consiglio del 27.4.2016, relativo alla protezione di dati e che abroga la direttiva 95/46 CE sia -per ultimo, ma non per questo meno importante-, il parere rilasciato dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali -Direzione Interregionale del Lavoro di Milano del 10 maggio 2016 in materia di GPS su cui tornerò tra breve.

*** **

³ che, come è noto, non ha -come provvedimento- natura immediatamente vincolante per gli Stati membri

⁴ È appena il caso di ricordare che il Regolamento è un atto legislativo vincolante che deve essere applicato in tutti i suoi elementi nell'intera Unione Europea

Delineato brevemente il quadro di riferimento con riguardo alla vecchia normativa ed alle ulteriori fonti regolatrici appena svolte, prima di passare a verificare la nuova, occorre porre nella dovuta evidenza che mai norma fu mai disattesa dai datori di lavoro dal momento della sua introduzione ed in particolare nel corso dei successivi anni.

Tuttavia, almeno rispetto alle verificate violazioni, ci sono state un numero assai esiguo di vertenze che, come abbiamo visto, si sono concluse con decisioni tra loro totalmente contrastanti.

Ne è conseguita la necessità della modifica che era attesa da lunghissimo tempo per i motivi indicati nell'apertura del mio "intervento" ed ampiamente indicato dai relatori che mi hanno preceduto.

Del resto le ragioni, tanto quanto i limiti, sono pacificamente indicati nella legge delega che –con riguardo ai primi- prevede che *"tenendo conto dell'evoluzione tecnologica"*, mentre con riguardo ai secondi prescrive *"contemperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore"*.

Come si potrà immediatamente notare il legislatore non ha riproposto la norma contenuta nel primo comma del vecchio testo dell'art. 4 S.L. che sono stati definiti *"controlli intenzionali"*.

Tale omissione non sta però a significare che il legislatore li abbia voluti ammettere, ma solamente che rimangono pacificamente vietati senza la necessaria indicazione.

Rimangono pertanto vietati i controlli occulti (perché odiosi) e i controlli anelastici (ossia continui ed ininterrotti), poiché limitano fortemente la libertà dell'individuo⁵.

La novità della nuova formulazione dell'art. 4 risiede invece in quelli che venivano definiti i controlli c.d. preterintenzionali, quelli cioè disciplinati dal secondo comma del vecchio testo ed in gran parte ripreso nel primo comma del nuovo testo.

Le differenze sostanziali evincibili nella nuova normativa risiede, come fatto notare in apertura, nella diversa formulazione lessicale di cosa possono essere "impiegati" dal datore di lavoro.

La formulazione vecchio testo parlava di *"impianti ed apparecchiature"* oggi, molto più correttamente e coerentemente con lo spirito e motivazioni della riforma, si parla di *"impianti e strumenti"*⁶.

Del resto questa formulazione non può dirsi casuale perché -come si dirà in prosieguo- deve, nell'ambito dello stesso principio, differenziarsi dalla previsione contenuta nel secondo comma nuovo testo.

Ovviamente, proprio per differenziarsi dal secondo comma, per strumenti devono intendersi tutti quelli estranei alla attività lavorativa richiesta ed effettivamente espletata dal lavoratore e quindi quei strumenti che possano servire per controllare l'attività del lavoratore

⁵ Da rilevare che alcuni commentatori ritengono fortemente innovativa la disposizione in esame e che pertanto l'eliminazione del primo comma sta a significare che siano legittimi anche i controlli prima vietati

⁶ Dove, come rilevato più sopra, per apparecchiature si fa riferimento al complesso degli impianti ed apparecchi coordinati per le funzioni e finalità specifiche (quelle cioè attinenti il controllo), mentre gli strumenti devono intendersi gli arnesi indispensabili per lo svolgimento di una attività (non necessariamente lavorativa)

in generale che comunque pur se non sia attinente alla prestazione effettivamente espletata, sia pur sempre riconducibile o comunque svolta in occasione della prestazione di lavoro.

Da rilevare infatti che le attività del lavoratore svolte al di fuori e senza alcun nesso con la prestazione lavorativa sono tutelate non dall'art. 4, ma da tutto il complesso normativo contenuto nel D.Lgs 196/2003 (Legge sulla Privacy, su cui si tornerà tra breve).

La vera novità che balza subito agli occhi dell'interprete è l'"*allargamento*" effettuato dal legislatore delegato⁷ alle previsioni in cui è possibile effettuare il controllo a distanza⁸ dell'attività lavorativa che nella prima versione era limitato per soddisfare esigenze organizzative e produttive nonché per la sicurezza del lavoro, con l'ultima versione è stato aggiunto anche l'ulteriore seguente previsione: "*per tutelare il patrimonio aziendale*".

Tale aggiunta è stata sicuramente suggerita da quelli che prima –come sopra rilevato– venivano considerati "*controlli difensivi*"⁹ che pur assenti nella formulazione legale avevano trovato spazio in una parte della giurisprudenza.

Controlli "*difensivi*" da sempre tuttavia contrastati dalla dottrina e da altra parte della giurisprudenza come sopra rilevato, poiché è difficile poter considerare legittimo un controllo indicato come difensivo secondo una indagine effettuata "*ex post*", ovvero solo dopo aver accertato il comportamento illegittimo del lavoratore, mentre l'accertamento sulla legittimità del controllo non può che avvenire "*ex ante*" al controllo medesimo, di talché tutti gli accertamenti che venivano effettuati prima di appurare la scorrettezza del comportamento del lavoratore¹⁰ sicuramente dovrebbero considerarsi illegittimi e non è certo possibile pensare ad un effetto "*sanante*" allorquando (tra l'altro solamente se) veniva appurata la illegittimità del comportamento del lavoratore.

Volendo però aderire ad una siffatta prospettazione rimane pacifico che il datore di lavoro pur in presenza di comportamenti (**talvolta gravissimi**) illegittimi posti in essere dal lavoratore si troverebbe del tutto "*scoperto*", nel senso di essere privo, di alcuna tutela del proprio "*patrimonio*", anche perché gli accertamenti illegittimi hanno come conseguenza la inutilizzabilità delle prove raccolte¹¹ e quindi il sicuro "*travolgimento*" dell'eventuale provvedimento adottato¹².

Né certamente si potrà sostenere che lo strumento ci sarebbe (e c'era pure prima) poiché sarebbe potuto bastare l'accordo con le RSA prima, ed ora anche solamente con le RSU, o in mancanza con l'Ispektorato prima ed ora con la DTL ovvero il Ministero come verrà a breve chiarito.

⁷ Peraltro non contenuto nella legge delega tanto da poter far sospettare la norma di un vizio di incostituzionalità per "eccesso di delega".

⁸ Che ovviamente deve intendersi non solo a livello spaziale, ma anche temporale come più sopra rilevato.

⁹ Replicasi quelli volti a contrastare comportamenti illegittimi posti in essere dal prestatore di lavoro.

¹⁰ Ancor peggio se poi detti accertamenti si concludevano senza aver accertato alcuna illegittimità nel comportamento del lavoratore

¹¹ V. la richiamata sentenza 15892/2007

¹² Specialmente se dovesse essere il lavoratore licenziato poiché avrebbe financo come conseguenza la applicabilità della reintegra attenuata ai sensi del 4° co. dell'art. 18 poiché la mancata utilizzazione delle prove raccolte equivale a non aver dato la prova del fatto costitutivo su cui si basa il licenziamento e quindi si verserebbe nella ipotesi della insussistenza del fatto legittimante, replicasi, la tutela reintegratoria.

Per contrastare tale assunto basti pensare che non è possibile immaginare ogni tipo di controllo al fine di scongiurare il verificarsi di una attività illecita da parte del dipendente e quindi l'aver (talvolta anche casualmente) effettuato un controllo "non programmato o programmabile" non si dovrebbe passare per le "forche caudine" dell'accordo o dell'autorizzazione che ha come controindicazione sia la lungaggine ai fini de raggiungimento dell'accordo o la conclusione dell'iter amministrativo della concessione da parte dell'Organo a ciò deputato, sia che il controllo, seguendo il suddetto iter, sarebbe immediatamente reso palese e –con ragionevole certezza- inutilmente effettuato perché "conosciuto" dal trasgressore.

Non solo, ma c'è da rilevare che qualora l'istallazione dell'impianto avvenisse senza la necessaria prevista autorizzazione, le informazioni acquisite –replicasi non utilizzabili- configurerebbero l'ipotesi di reato prevista dall'art. 171 del codice della privacy, come specificherò tra breve.

Probabilmente si dovrebbe ricorrere prima, **come ora**, a differenziare i controlli sistematici, anche se intermittenti, sulla attività dei lavoratori, dagli accertamenti che siano circoscritti e determinati da fondatissimi sospetti o violazioni già verificatesi¹³.

Se si dovesse accedere a tale impostazione, la conseguenza sarebbe quella che le eventuali indagini svolte in maniera circoscritta e finalizzate alla dimostrazione degli illeciti, non rientrino nella previsione prevista dall'art. 4 S.L.

Per voler passare all'altra grande novità introdotta dal nuovo testo dell'art. 4, questa riguarda la eventuale "autorizzazione" all'istallazione degli impianti in esame.

La nuova formulazione infatti ha dovuto rendere conto del "nuovo" organismo unitario delle rappresentanze (RSU) che si aggiungono alle "vecchia" previsione che prevedeva l'accordo con le sole RSA.

Sul punto rimane irrisolta la questione da sempre dibattuta in ordine a cosa succede (nel senso se sia valido o meno) se l'accordo viene raggiunto solo con una o più, ma non tutte le RSA.

Secondo l'interpretazione più accreditata, seppure non riesca invero a capire in virtù di quale ragionamento giuridico¹⁴, si dovrebbe fare riferimento alla c.d. regola maggioritaria¹⁵.

Regola maggioritaria viceversa sicuramente applicabile nei confronti delle RSU giusta previsione contenuta nell'accordo interconfederale del 20.12.1993.

Altra specifica novità riguarda la possibilità per le imprese ubicate in diversi luoghi sul territorio nazionale, che l'accordo possa essere unico e valevole per tutte le unità produttive, nel qual caso detto accordo deve essere stipulato con le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

¹³ Da notare che anche la richiamata più sopra raccomandazione del 1.4.2015 distingue nettamente le due ipotesi nell'art. 11.7, dimodoché ci sarebbe da pensare che le due fattispecie evidenziate siano diverse per natura e funzione dai controlli che l'art. 4 ha vietato.

¹⁴ Poiché a differenza degli accordi c.d. di procedimentalizzazione in materia di licenziamenti collettivi ex art. 5 l. 223/91 così come specificatamente riconosciuti da Corte Cost. 268/1994

¹⁵ Poiché in mancanza si accrediterebbe quello che è stato acutamente definito il "principio di veto" nel senso che basterebbe una RSA dissenziaente per evitare il raggiungimento di qualsivoglia accordo.

Mentre sembrerebbe esaurita la problematica riguardo la richiesta autorizzazione, viceversa ritengo si debbano porre in evidenza alcune ulteriori criticità.

Queste riguardano se sussista o meno un obbligo a trattare con gli organismi sindacali suddetti o meno.

La risposta credo non possa che essere immediata nel senso che sussiste sicuramente un obbligo a trattare, giusta la giurisprudenza formatasi sul punto sotto la vigenza del vecchio testo, e la ripetizione tralascia della stessa espressione contenuta nel nuovo testo rispetto al vecchio.

Solo quindi sussidiariamente e nel caso di mancato accordo si potrà ricorrere alla Direzione Provinciale del Lavoro o, come prima nella ipotesi di aziende dislocate in varie aree geografiche, direttamente con il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali.

Ultima questione che ritengo opportuno affrontare è quella relativa capire cosa accade nell'ipotesi sia stato raggiunto un accordo sindacale dove è stata autorizzato il controllo seppure con delle limitazioni prima dell'introduzione del nuovo testo dell'art. 4 S.L., nel senso di capire se la previsione dell'accordo viene caducata solo per la sopravvenienza della nuova norma o meno.

In verità non so dare una risposta meditata e soprattutto supportata da argomentazioni giuridiche, ritengo che prudenzialmente sia opportuno dare la disdetta ai suddetti accordi (dando un congruo periodo di preavviso) in modo da godere delle "tutele" previste dal secondo comma ovvero rinegoziare su altri presupposti laddove la disciplina applicabile sia quella riportata nel primo comma.

*** **

Sicuramente di enorme novità rispetto al passato è quanto previsto nel secondo comma dove la nuova formulazione prevede che non occorra la "autorizzazione" per i controlli sulla attività dei lavoratori quando quando questi siano finalizzati "*agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa*" ed "*agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*".

Sull'esegesi di tale norma dovrò soffermarmi più a lungo perché riguarda il tema specifico dell'intervento che mi è stato assegnato.

In prima battuta occorre rilevare che per "*attività del lavoratore*" deve intendersi, come sopra rilevato, ogni attività anche non lavorativa purché svolta in occasione della prestazione di lavoro e che per "*patrimonio aziendale*" deve essere intesa in senso ampio includendo non solo i beni materiali ma anche quelli immateriali quali ad es. il marchio, il Know how, i brevetti, l'immagine ecc.

Secondariamente che la non applicabilità delle limitazioni individuate nel primo comma si applica unicamente alle due categorie sopra specificate che devono essere attentamente vagliate.

In terza battuta che detto comma specifica in maniera più chiara quanto sempre è stato sostenuto dalla giurisprudenza e che per la prima volta è stato regolamentato.

Mi riferisco al fatto che la possibilità di controllo non si limita alla installazione degli impianti dai quali si possa verificare l'attività del lavoratore, ma anche del successivo uso che

lo strumento di controllo possa far derivare overosia la registrazione dei dati per quel controllo a distanza che non solo deve essere inteso nel senso spaziale ma anche temporale.

Possibilità di controllo che notariamente si estende anche al successivo esame del trattamento dei dati acquisiti.

Dobbiamo ora esaminare partitamente le due previsioni specificate nel secondo comma della disposizione in esame.

Con riguardo agli *“strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze”* si è aperto un dibattito di non poco momento.

Il primo interrogativo che l'interprete deve porsi è quello di capire se il legislatore abbia o meno volutamente scisso le due previsioni e quale significato riconnettere ai due sostantivi (*“accessi”* e *“presenze”*) appena indicati.

Personalmente ritengo che il legislatore da ultimo ha legiferato tenendo conto in massima parte delle giurisprudenza che ha preso posizione in ordine alle materie trattate.

Così (non unico, ma più significativo esempio) il legislatore ha ritenuto, per evitare ulteriori contrarie interpretazioni, dare la specificazione di cosa voglia intendere in materia di licenziamento per insussistenza del fatto generatore della sanzione della reintegra depotenziata nell'ambito del D.Lgs 23/2015 all'art. 3 (recante disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a *“tutele crescenti”*) non v'è dubbio che il legislatore sia stato fortemente influenzato dalla sentenza della Cass. 6.11.2014 n. 23669¹⁶ nel ritenere che per fatto debba intendersi il *“fatto materiale”* e che nel giudizio attinente la scelta della sanzione da applicare il Giudice non debba in alcun modo valutare la *“proporzionalità”* della mancanza (che viceversa, ovviamente v'è valutata per verificare o meno la legittimità del licenziamento irrogato).

Altrettanto, ripeto è una mia personalissima supposizione, ritengo che la più che opportuna specificazione sia stata voluta per evitare *“fughe”* giurisprudenziali come avvenute nella sentenza già più volte citata del 2007 (la 15892) in cui è stata operata una netta distinzione tra il rilevamento presenze in entrata (nella specie) negli uffici (altrettanto, ovviamente, può valere per gli stabilimenti), rispetto al rilevamento dell'accesso (sempre nella specie) nel garage aziendale.

La preoccupazione del legislatore quindi è stata quella di *“coprire”* tutte le aree di pertinenza della azienda in cui è richiesto un rilevamento delle presenze.

Per modo che ritengo che per *“registrazione”* (cioè rilevamento) delle presenze debba intendersi il rilevamento dell'entrata e dell'uscita dal luogo di lavoro inteso come uffici, stabilimenti ecc., mentre per rilevamento degli accessi debba intendersi tutte quelle aree all'interno degli uffici, stabilimento ecc. il cui ingresso nella maggior parte dei casi è limitato ad alcuni soggetti (c.d. aree riservate) oppure, anche per motivi di sicurezza o riservatezza industriale il datore di lavoro intende monitorare chi vi accede.

La specificazione è di non poco conto sol se si pensi che mentre il controllo in entrata ed in uscita difficilmente può essere inteso (e la quasi totalità della giurisprudenza esistente

¹⁶ Al momento della pubblicazione del decreto esisteva solamente la citata sentenza poiché le altre due che hanno *“mitigato”* l'indirizzo della stessa ad opera dello stesso Presidente Relatore (Pres. Rosselli) sono entrambe del 13 ottobre 2015 e segnatamente la n. 20540 e 20545 (ovverosia a sette mesi dopo l'entrata in vigore del predetto provvedimento)

sino al momento della modifica della disposizione in esame aveva escluso) come un controllo sulla attività del lavoratore, viceversa il controllo sugli accessi nelle aree riservate può diventare un controllo non solo sull'attività, ma direttamente su quella lavorativa del dipendente.

Il datore di lavoro infatti, in tal modo, monitora esattamente gli spostamenti del lavoratore –che quindi incidono anche sulla sua attività lavorativa- all'interno dei luoghi di lavoro; non è infatti più la registrazione dell'inizio e fine lavoro, ma la individuazione del personale presente in un determinato istante in una specifica area che –giusto corollario- monitora l'attività lavorativa di ciascuno, ed in particolare i tempi e la durata della presenza oltreché il transito da un'area ad un'altra.

Tale controllo, ammesso oramai definitivamente dalla modifica dell'art. 4 S.L., come l'altro che mi appresto a riferire, nonché la rilevazione dei dati conseguenti allo stesso, tuttavia non può assolutamente ritenersi sconfinato e senza alcun limite, poiché incontra i limiti posti dal terzo comma di cui dirò appresso.

Il secondo comma dell'art. 4 che, replico, esclude alcuna autorizzazione per il controllo oltre che alla situazione appena esaminata, anche per tutti quelli che sono definiti “strumenti” di lavoro”.

Mai tale specificazione e previsione è stata più opportuna e corretta proprio per contemperare gli opposti interessi poiché, sebbene la più parte dei commentatori avessero escluso gli strumenti di lavoro tra gli “impianti o apparecchiature” che necessitassero di autorizzazione, il dubbio permaneva e certamente non vi era alcuna ragione giuridica (data la formulazione) per escluderli.

Da tale considerazione, vista la riottosità dei datori di lavoro¹⁷ nel richiedere l'autorizzazione per l'installazione e/o utilizzazione dei strumenti di lavoro, emerge in maniera prepotente l'assunto svolto in apertura, secondo il quale la norma in esame è stata tra quelle più evase rispetto a tutte le altre¹⁸.

Naturalmente l'espressione utilizzata dal legislatore deve essere attentamente valutata poiché pone precisi limiti al libero esercizio da parte del datore di lavoro.

Limiti che riguardano da un lato il diretto utilizzo da parte del lavoratore e dall'altro che lo strumento deve essere utilizzato in via esclusiva dal lavoratore per svolgere le mansioni specificatamente richieste ed espletate nell'oggetto del rapporto di lavoro e non altro.

Tale specificazione, apparentemente ovvia o addirittura neutra, si appalesa importantissima in tutta la sua semplicità se si consideri, come vedremo analiticamente, che taluni strumenti-intesi non solamente come beni materiali, ma anche immateriali (la nota differenza ad es. tra hardware e software) oltre ad essere necessari per lo svolgimento della attività lavorativa, contengono applicativi del tutto estranei per quest'ultima e per questi nasce il problema se includerli o meno nel concetto di strumenti di lavoro per i quali non è richiesta la necessaria autorizzazione.

¹⁷ Che ovviamente non intendevano richiedere l'autorizzazione per il timore del diniego, ovvero di una autorizzazione limitata all'utilizzo dello strumento.

¹⁸ Come esperienza personale ricordo una vertenza su Bergamo in cui in una procedura ex art. 28 S.L. si è dedotta la illegittimità da parte di Poste Italiane di alcune macchine invalidatrici per i conti correnti, raccomandate ecc. poiché contrarie all'art. 4 S.L.

Naturalmente tra gli strumenti di lavoro necessari balza subito in primo piano il computer, l'accesso ad internet, la posta elettronica, determinati programmi specifici per le mansioni richieste (ad es. quelli per il disegno per gli studi di architettura, ecc.).

Per questi strumenti, salvo le considerazioni che seguono, è pacifica la natura di strumenti di lavoro dei quali non necessita alcuna autorizzazione, ma se all'interno del computer vi sono degli applicativi dai quali viene registrato anche minuziosamente gli accessi e dove sono indirizzati gli accessi, che peraltro detti controlli sono del tutto avulsi da qualsivoglia intervento del lavoratore, non v'è dubbio che tali controlli necessitino di autorizzazione prevista nel primo comma sempreché non volti ad un controllo costante ed anelastico poiché in tali ipotesi sarebbe pacificamente illecito.

In estrema sintesi quindi mentre per il computer non occorre alcuna autorizzazione preventiva, per gli applicativi –ossia il software- che è installato sul computer e sempreché serva per soddisfare le esigenze individuate nel primo comma –diversamente sarebbe radicalmente vietato- occorre la necessaria autorizzazione preventiva.

Più in particolare **per la posta elettronica** si vuol far presente, come sopra evidenziato, che la stessa ha avuto specifica disciplina nelle linee guida emesse dal garante in data 1.3.2007.

Per cui si potrebbe concludere che, salvo quanto meglio esplicitato più oltre quando di affronterà il tema della informativa, si dovrà distinguere tra posta elettronica quale mezzo unico aziendale dalla posta elettronica concessa dall'azienda con un uso promiscuo (sia per attività aziendale che per quella personale) , in altre parole se la posta elettronica è criptata o meno.

Nel primo caso ovviamente il datore di lavoro potrà, secondo gli interventi che riterrà più opportuni purché portati preventivamente a conoscenza dei lavoratori mediante informativa, controllare la posta poiché questa è uno strumento dedicato in via esclusiva per finalità lavorative.

La questione è particolarmente delicata poiché la riservatezza nell'ambito della posta (che si estende anche alla posta elettronica (leggi e mail) è tutelata non solo dalla Costituzione, ma anche dal diritto penale che punisce chi dovesse

Dal che ne deriva che è importantissimo che le aziende nell'ambito della informativa di cui al terzo comma della disposizione in esame con la quale si legittima non il controllo (che viene disciplinato dai due precedenti commi secondo le peculiarità già indicate), ma il trattamento dei dati conseguenti il controllo, abbia contestualmente ad essa o meglio ancora precedentemente alla informativa, fatto presente che lo strumento è uno strumento di lavoro finalizzato unicamente a questo e che il computer aziendale può essere utilizzato in via esclusiva per ragioni inerenti l'attività produttiva.

Informativa (rectius: disposizione) questa che comunque, come detto, pone seri problemi di collegamento con le linee guida di cui si è già più sopra trattato.

Su tale ultimo aspetto c'è da chiedersi se a fronte della modifica legislativa dell'art. 4 S.L., si possano ritenere superate quelle prescrizioni contenute nelle ricordate linee guida (la cui inosservanza e/ trasgressione come vedremo, comporta una serie di sanzioni).

Ritengo, con ragionevole certezza, che quelle raccomandazioni non possono in alcun modo non essere seguite e men che meno ignorate.

Naturalmente si dovranno adottare degli accorgimenti in forza dei quali si possa raggiungere l'interesse del datore di lavoro senza da un lato contravvenire alle prescrizioni del Garante e dall'altro mortificare i diritti del lavoratore, ulteriormente esaltati dalla suddetta raccomandazione.

Mi riferisco in particolare ai principi di correttezza e trasparenza, necessità e di informativa già analizzate e su cui tornerò più oltre.

Naturalmente analogo discorso si può fare con tutti gli ulteriori strumenti di lavoro sebbene ognuno abbia una peculiarità in base alla quale occorre spendere qualche considerazione in più per ciascuno.

Accesso ad internet non si rilevano particolari peculiarità rispetto alla posta elettronica. Normalmente il datore di lavoro, in ottemperanza sempre con le linee guida del Garante, dovrebbe apporre dei filtri in base ai quali viene inibito al lavoratore l'accesso a determinati siti¹⁹ in tal modo non viene garantito o meglio esercitato il controllo, ma viene – secondo le istruzioni del Garante- inibita l'intrusione a siti non graditi²⁰.

Talvolta però i computer aziendali vengono utilizzati anche per “scaricare” programmi, canzoni, immagini ecc., e - quel che è più grave- per installare programmi “pirata” che senza l'acquisto corretto non solo espongono il datore di lavoro alle sanzioni previste per la violazione sul copyright²¹, ma anche alle responsabilità amministrative previste dall'art. 24 bis del D.Lgs 231/2001 che ha introdotto i reati informatici (ricordo essere quelli per i quali opera tale forma di responsabilità a carico del datore qualora lo stesso non abbia adottato misure appropriate, anche sul piano sanzionatorio, per evitare la commissione del reato²²).

Potendo ritenere conclusa anche l'indagine sui computer, vi sono anche tanti altri strumenti necessari al lavoratore per lo svolgimento della propria attività.

Si pensi al **telefonino** (smartphone)_che abitualmente il datore di lavoro assegna ai propri dipendenti in relazione alla specifica attività richiesta, ovvero concesso ai dipendenti da un certo livello in su, a seconda delle policy aziendali.

Anche in questo caso si deve far presente che nel telefonino vi sono dei applicativi che non sempre –e quindi qualche volta lo sono- non servono per l'attività del lavoratore (secondo la concezione sopra espressa).

Nei telefonini, ad es. vi sono programmi di geolocalizzazione.

¹⁹ Purtroppo la fantasia umana è sempre più prolifica delle soluzioni adottate. Personalmente mi è capitata una situazione in base alla quale il lavoratore, che accedeva in continuazione a siti pornografici, era a conoscenza – a differenza della società- che certi siti che vengono abitualmente “oscurati”, cambiano continuamente il loro URL (l'indirizzo identificativo) assegnando temporaneamente altri “nomi” sino a che non vengono scoperti dopodiché –a seguito di nuovo oscuramento- ricambiano l'URL e così all'infinito. In tal modo l'accesso che viene inibito dal datore di lavoro non ottiene affatto il risultato sperato poiché i “visitatori” riescono ad accedere indisturbati..

²⁰ E' incredibile dover pensare che il datore di lavoro debba trovare delle soluzioni per evitare dei comportamenti illegittimi, quando è nel contratto di lavoro e specialmente nei doveri del lavoratore offrire una prestazione con la prescritta correttezza e diligenza.

²¹ V. art. 171 ter L. 22.4.1941 così come modificato dal D.Lgs. 68/2003.

²² Per evitare qualsiasi forma di responsabilità e per l'adozione di eventuali sanzioni a carico del lavoratore infedele soccorre la prescrizione di cui al terzo comma di cui appresso.

Da rilevare che il ragionamento che mi appresto a fare vale anche per per il cosiddetto **GPS**²³ (Global Positioning System) che anche esso è un sistema di geolocalizzazione che talvolta viene inserito nelle autovetture aziendali per vari fini, non ultimo per poter usufruire degli sconti da parte delle compagnie assicuratrici che notoriamente applicano delle diminuzioni sui premi quando l'autovettura è dotata di tali congegni che possano far rilevare ad ogni istante la posizione dell'auto nell'ipotesi di furto della stessa.

Non v'è dubbio che tali sistemi possano rappresentare un controllo anche invasivo e/o anelastico nei confronti del lavoratore (e quindi si potrebbe arrivare a sostenere che in quanto tale sia totalmente vietato), laddove lo strumento di geolocalizzazione sia totalmente sganciato ad una qualche utilità da parte del datore di lavoro e sia utilizzato unicamente come strumento per sorvegliare l'attività del lavoratore.

Quindi ciò si verifica allorché il sistema di geolocalizzazione (sia esso il telefonino o il GPS) non abbia alcuna attinenza con l'attività richiesta ed espletata dal lavoratore.

Potrebbe invece verificarsi il caso che lo strumento, come nella spiegazione sopra effettuata, non serva per il controllo anelastico del dipendente, ma per ottenere una utilità da parte del datore di lavoro (come nell'esempio sopra indicato), nel qual caso ritengo sia necessaria la autorizzazione contenuta nel primo comma dell'art. in esame, poiché sicuramente è funzionale alle esigenze organizzative e/o produttive dell'azienda, ma non è affatto necessario per lo svolgimento della attività richiesta ed espletata dal lavoratore.

Potrebbe infine verificarsi il caso che lo strumento serva invece proprio per favorire la prestazione lavorativa del dipendente²⁴ o per la sua sicurezza²⁵ –che salva la prescrizione contenuta nel terzo comma di cui appresso- l'eventuale apparato non potrà che essere considerato a pieno titolo uno strumento di lavoro e quindi rientrare nella previsione di cui al 2° co della disposizione in esame.

Dagli esempi sopra svolti si può concludere che non esiste una regola generale, dovendo verificare caso per caso quando gli applicativi esaminati possano o meno essere considerati strumenti di lavoro o meno ed in quest'ultimo caso se possano essere leciti (nel qual caso lo diventano solamente a fronte della ottenuta autorizzazione) o meno (o perché l'autorizzazione non è stata ottenuta –perché non richiesta o rifiutata- o perché fanno parte di quegli accertamenti sicuramente vietati).

Per concludere sulla possibile casistica (che è stata svolta in via esemplificativa e non esaustiva), merita evidenziare un ultimo applicativo di cui ad es. sono in possesso tutti i miei colleghi di studio.

²³ Come anticipato in data 10.5.2016 la Direzione Interregionale del Lavoro di Milano ha fornito un chiaro indirizzo interpretativo, nel senso di ammettere e ritenere quindi lecito l'utilizzo del GPS sul presupposto che *“l'automezzo ed il GPS servono entrambi, inscindibilmente ed unitariamente, al lavoratore per rendere la prestazione lavorativa, quindi sono strumenti di lavoro nella loro unicità”*.

²⁴ Si pensi al classico esempio della azienda che ha come scopo sociale la distribuzione e/o il ritiro di pacchi all'interno di un'area ben delimitata (es. lavanderie industriali). In tale caso sicuramente è interesse del datore di lavoro affinché per la migliore efficienza del servizio e/o la economicità dello stesso sia utile sapere in quel determinato momento dove si trovi il proprio dipendente affinché, per soddisfare l'esigenza della propria clientela, possa farlo intervenire tempestivamente.

²⁵ Si pensi ad alcune attività tipo gli *“ausiliari del traffico”* nella società autostrade che debbono pattugliare in continuazione la tratta autostradale loro assegnata per problemi di sicurezza della utenza e che però può tradursi in sicurezza anche propria nel caso di interventi particolarmente pericolosi sulla autostrada.

Mi riferisco al c.d. **BYOD** (Bring Your Own Device), ovvero sia un applicativo di proprietà del datore di lavoro che viene però installato su un dispositivo di proprietà del dipendente il quale a suo piacimento (e quindi non vi è nessuna imposizione e/o “collaborazione” da parte del datore di lavoro) il lavoratore possa collegarsi alla rete aziendale (ad es. per attingere dati ed informazioni) anche fuori del perimetro aziendale e dell’orario di lavoro.

E’ possibile che con tale strumento –di utilizzazione solamente da parte del lavoratore ed a suo insindacabile giudizio in ordine alla sua utilizzazione o meno e nei momenti che ritiene più opportuni- tuttavia il datore di lavoro possa controllare (stante l’utilizzo per esigenze personali dello strumento) anche dati personali e financo sensibili del lavoratore.

Del resto non è certo pensabile che il datore di lavoro non possa “monitorare” –anche ai fini della protezione dei dati contenuti- gli accessi alla rete aziendale.

Come pertanto è possibile rilevare, la questione riveste carattere di particolare delicatezza atteso anche perché le norme contenute nella disposizione in esame non operano alcuna distinzione in ordine alla proprietà dello strumento e/o del dispositivo dal quale è possibile effettuare comunque un controllo e ricavarne anche dei dati.

Forse la questione può essere risolta con l’ottenimento del **consenso** del lavoratore, a valle di una precisa informativa, che abiliti il datore al controllo purché questo ovviamente sia direttamente ed inscindibilmente funzionale alla esplicazione della attività lavorativa allo stesso richiesto e dallo stesso espletata.

Altro dispositivo, che sempre nella elencazione proposta ha valore di mera esemplificazione, è quello riguardante il **telepass**.

Come a tutti noto il telepass è quel dispositivo che le aziende (e non solo) adottano nelle proprie autovetture –che però poi vengono utilizzate dai propri dipendenti- per evitare code ai caselli autostradali per il pagamento del pedaggio.

Anche detto dispositivo può comportare un controllo a distanza del lavoratore e quindi merita di essere esaminato.

La soluzione credo possa essere data con riguardo alle argomentazioni già svolte, nel senso che il controllo sarà legittimo se lo strumento viene utilizzato, del pari del GPS per rendere la prestazione lavorativa inscindibilmente legato alla autovettura, che pure in quel momento deve essere utilizzata sempre per rendere la prestazione lavorativa, di tal che deve – anche prendendo a riferimento il richiamato parere del 10.5 u.s. della Direzione Regionale del Lavoro di Milano- a buon titolo essere considerato uno strumento di lavoro.

A secondo le diverse situazioni di utilizzo del telepass viceversa potrebbe rientrare nella previsione del primo comma della disposizione in esame²⁶.

Con le considerazioni che precedono si ritiene possano considerarsi concluse tutte –o almeno la più parte- le problematiche nascenti dall’interpretazione del secondo comma ed è quindi giunto il momento di analizzare quelle nascenti dal terzo ed ultimo comma della disposizione in esame.

Ciò che balza subito all’attenzione dell’interprete, sono le limitazioni contenute nella norma di chiusura.

²⁶ Ma in nessun caso può essere considerato tra quei impianti e/o apparecchiature radicalmente vietate.

Infatti sembra il legislatore voler dire: controlla pure, ma tutto quello di cui ne sei venuto a conoscenza –anche le cose più turpi o nefaste- comunque non le potrai utilizzare a nessun fine se prima non hai fornito la dovuta e giusta informativa al lavoratore in ordine a come vengono trattati i dati conseguenti l'accertamento e sempreché questi siano conformi alle prescrizioni emanate nel D.Lgs 196/2003.

Risulta pertanto posto legislativamente i limiti entro i quali i dati che vengono acquisiti dagli impianti possano essere utilizzati dal datore di lavoro.

Naturalmente la norma potrebbe essere letta favorevolmente nel senso che viene data al datore di lavoro la possibilità di utilizzare *“a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro”* (non necessariamente a quelli *“negativi”* previsti per i provvedimenti disciplinari, ma anche a quelli *“positivi”* quali ad es. avanzamento di carriera) le informazioni raccolte a seguito degli accertamenti effettuati in base ai primi due commi secondo le previsioni descritte, ma ritengo che tale entusiastica *“lettura”* venga meno o comunque fortemente ridimensionata dalla successiva limitazione prevista ovverosia che le informazioni siano effettuate nel rispetto di quanto disposto dalla legge sulla privacy.

E' ben vero che tale frase di chiusura secondo alcuni poteva essere omessa, poiché deve considerarsi ovvio che il trattamento dei dati, specificatamente previsto negli artt. D.Lgs 196/2003 non possono che seguire quella disciplina propria, ma ritengo che l'averlo previsto comporti non solo un obbligo da parte del datore di lavoro, ma anche la possibilità di essere interpretato da coloro che dovessero essere chiamati a decidere sulla legittimità del comportamento in una maniera non univoca e con provvedimenti sempre più contrastanti gli uni dagli altri ed alcuni dei quali discutibili²⁷ sia in un senso che nell'altro con riferimento alle parti contrapposte.

Naturalmente ciò che preme individuare immediatamente -e tanto per complicare ancor di più la uniformità interpretativa della norma- riguarda la circostanza che la norma non detta regole univoche circa le modalità di estrarre i dati ricavati dall'accertamento, infatti la norma dice semplicemente che il lavoratore deve essere informato delle modalità di effettuazione dei controlli, ma non chiarisce quando e come tali controlli possano o debbono essere effettuati²⁸ rinviando sul punto alla legge sulla privacy che a sua volta agli artt. 113 e 114 rinvia espressamente agli artt. 4 e 8 S.L.

Si può quindi concludere la disamina della norma in esame affermando che l'esplicito rinvio al Codice della privacy, pone al datore di lavoro il rispetto dei limiti ivi previsti in aggiunta a quelli posti dallo Statuto dei Lavoratori.

Da qui la considerazione iniziale secondo la quale la disposizione in esame ha sicuramente aggravato la posizione del datore di lavoro rispetto a prima dove, per quanto mi consta, non esistono precedenti giurisprudenziali in cui vengono richiamate le norme (rectius: limiti) previsti dalla legge sulla privacy mentre per il futuro si dovrà fare i conti, nel libero esercizio del potere di controllo anche e prioritariamente a detti precisi limiti che sono quelli

²⁷ Che secondo una coloritissima espressione utilizzata dal Pres. Vidiri nel libro: *“Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'Unione Europea”* Giuffrè 2016 pag 78 li ha definito *“sentenze anarchiche”*

²⁸ Come acutamente fatto notare da Ilario Alvino in *“i nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del codice della privacy in LaBoUR & Law Issues vol 2 n.1,2016 pag.29*

peraltro sopra ricordati ed ai quali si rinvia e precisamente: necessità, correttezza, trasparenza, pertinenza e non eccedenza.

*** **

Con specifico riguardo alle sanzioni applicabili in caso di inosservanza delle prescrizioni previste nell'art. 4 S.L. come è noto sono quelle indicate nel successivo art. 38 S.L.

Sul punto pertanto la norma non ha innovato nulla, ma proprio per il richiamo che il terzo comma, come sopra rilevato, ha svolto alla legge sulla privacy, ritengo più che fondatamente che in caso di inosservanza da parte del datore di lavoro alle prescrizioni ivi previste ed in massima parte richiamate nel presente scritto, esponga il datore di lavoro a tutta una serie di sanzioni che di seguito concisamente riepilogo:

SANZIONI AMMINISTRATIVE D.lgs 30.6.2003 n. 196

art 161 violazione art. 13 (informativa) da 3 mila a 18 mila (da 5 a 30 se aggravati)

art 162 violazione art. 16 1^a co. lett b (cessazione del trattamento)

art. 163 violazione 37 e 38 (notifica al Garante del trattamento e modalità di notificazione)

art 164 violazione 150 2^a co e 157 (omissione di informative al garante) da 4 a 24 mila

SANZIONI PENALI

Art 167 trattamento illecito dei dati

18,19,23 (consenso) ,123 (traffico nell'elettronica),126 e 130 -129- reclusione da sei a 24 mesi

17,20,21,22 8 e 11 co,25,26,27 e 45 reclusione da uno a tre anni

Art. 168 falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al garante

37 reclusione sei mesi tre anni

Art 169 misure di sicurezza

33 arresto sino a 2 anni ed ammenda da 10 a 50 mila euro

Art 170 inosservanza provvedimenti del Garante

26 2^a co., 90, 150 1 e 2^a co, 143 1^a co lett c reclusione 3 mesi a 2 anni

Art. 171

113 1^a co, 114 art. 38 S.L.

Ringrazio tutti Voi per l'attenzione prestatami.