

CONGRESSO NAZIONALE AGI MILANO-EXPO 2015

LAVORI E DIRITTI

Venerdì 19 giugno 2015

LA RIFORMA DEI CONTROLLI A DISTANZA

Prof. Avv. Maria Teresa Salimbeni

1) Le diverse posizioni in ordine alla perdurante vigenza dell' art. 4 dello Statuto dei lavoratori nonostante le trasformazioni intervenute nell'organizzazione del lavoro e l' introduzione delle tecnologie informatiche.

Dell'opportunità di una riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, si discuteva già dagli anni ottanta, sulla base di una duplice, ed opposta, accusa di inadeguatezza della norma a regolare il nuovo che avanza.

1a) Secondo alcuni autori essa non era in grado di accogliere nel proprio campo di operatività, e quindi di contrastare, le potenzialità di controllo invasivo e massivo derivanti dalla rivoluzione tecnologica: a fronte di nuove modalità di adempimento delle prestazioni di lavoro e di gestione delle relazioni aziendali interne ed esterne (attraverso strumenti informatici, telematici e satellitari) il controllo datoriale era divenuto, da un punto di vista quantitativo, più pervasivo, e da un punto di vista qualitativo, potenzialmente più insidioso in quanto intrinseco all'esercizio dell' attività lavorativa dei dipendenti e/o a modalità di utilizzo degli strumenti di lavoro. La possibilità di ricostruire, attraverso la raccolta, l'esame e il confronto dei dati informatici, l'attività svolta in azienda e i tempi di lavoro e non lavoro, era considerata una invasione della sfera riservata del lavoratore ben più pericolosa e dannosa di quella che il legislatore dello Statuto aveva immaginato. Il solo riferimento agli "impianti audiovisivi" e agli "impianti e apparecchiature di controllo" appariva dunque inadeguato a ricomprendere le nuove ipotesi di controllo: di qui la necessità di individuare

nuovi divieti e nuovi vincoli agli accessi del datore alle informazioni incamerate negli strumenti di lavoro.¹

1b) In una diversa ed opposta ottica, si riteneva, invece, che la lettera della norma fosse così omnicomprensiva da attrarre nel suo spettro precettivo anche controlli non offensivi derivanti dai nuovi strumenti di lavoro con la conseguenza di precludere e/o condizionare la predisposizione di sistemi di produzione e organizzazione dell'attività produttiva o di sicurezza coesenziali alla sopravvivenza delle imprese in un contesto tecnologico in continua evoluzione.²

Questa impostazione tendeva e tende alla liberalizzazione, in particolare, dell'uso degli strumenti di lavoro da cui possa derivare il cd. controllo preterintenzionale, e al necessario ammorbidimento dei limiti: da un lato, additando la ratio originaria della norma che era quella di vietare controlli invadenti la materiale e spaziale sfera personale del lavoratore, che non sono configurabili attraverso la mera lettura dei dati informatici; dall'altro, puntando alla ineliminabilità di una astratta potenzialità di controllo dalle odierne nuove modalità di esplicazione della prestazione lavorativa. Inoltre reclamava e reclama la necessità di poter **reprimere gli utilizzi indebiti degli strumenti elettronici da parte dei lavoratori**: sia quelli rilevanti ai fini della valutazione del corretto **adempimento** della prestazione lavorativa (uso di internet e posta elettronica per fini personali durante l'orario di lavoro); sia quelli costituenti **illeciti civili**: ad esempio trasmissione di notizie aziendali riservate (con danno economico per l'azienda) o anche **penali**: reati nei confronti dell'azienda o di terzi (furto, molestie, stalking etc) con rischio, in quest'ultimo caso, di responsabilità dell'azienda proprietaria e responsabile dell'uso delle apparecchiature. Spingeva quindi per un intervento legislativo che eliminasse, quanto meno, vincoli e restrizioni in relazione agli strumenti di lavoro e di registrazione delle presenze in azienda.

¹ F. Carinci, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, in DLRI, 1985, p. 224. L'autore parlava all'epoca di superamento dell'art. 4, così come dell'art. 8, invocando la sopravvivenza di divieti seppur aggiornati rispetto alla nuova realtà fattuale, sì da colpire le nuove ipotesi di violazione della riservatezza dei lavoratori, e l'introduzione aggiuntiva di una tutela procedimentale, da applicare alle informazioni non vietate. Sul punto v. A. Bellavista, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 62 ss.

² De Luca Tamajo, *Presentazione della ricerca*, in R. De Luca Tamajo, Imperiali D'Afflitto, Pisani, Romei, *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, F. Angeli, 1988, p. 9 ss.

3c) Una terza posizione riteneva che l'art. 4 dello Statuto possedesse una straordinaria, strutturale e miracolosa capacità di resistenza e di adattamento alla nuova realtà produttiva: ciò le derivava dall'essere una norma **teleologicamente determinata**, (il fine è il divieto del controllo a distanza) ma **strutturalmente aperta** (accanto agli impianti audiovisivi si prevedono altre eventuali apparecchiature in cui possono rientrare anche quelle intervenute successivamente e che abbiano lo stesso effetto di controllo a distanza) nonché a **tutela graduata** del diritto alla libertà e dignità del lavoratore **in funzione della finalità dell'apparecchiatura**. In tal modo da un lato si facevano rientrare, nella norma, fattispecie certamente non previste dal legislatore dell'epoca (gli strumenti di lavoro informatici), dall'altro si salvaguardavano le esigenze datoriali nelle situazioni di controllo considerate lecite.³

Strettamente **funzionale** a questa posizione di **compromesso** è stato lo spostamento del **focus** dal momento statico del controllo a quello **dell'utilizzazione delle risultanze dello stesso**. Le vere questioni da risolvere sono diventate allora: i dati registrati dalle apparecchiature presenti in azienda sono utilizzabili al fine di reprimere inadempimenti contrattuali del lavoratore consistenti in un uso estraneo alla prestazione lavorativa degli strumenti di lavoro (es: uso della posta elettronica e/o accesso ad internet per finalità personali) o in un non corretto adempimento della prestazione lavorativa? O, soltanto, comportamenti illeciti del lavoratore non ricadenti nella sfera contrattuale? E se sì, solo nel rispetto del secondo comma dell'art. 4, o a prescindere dalle disposizioni della norma statutaria trattandosi di controllo "difensivo" perché ricadente su attività non lavorative e illecite del dipendente, e quindi totalmente estranee alla sfera personale tutelata dal legislatore? Problematica affrontata dalla giurisprudenza in maniera non sempre chiara e non sempre convincente, con alterne soluzioni.

³ Fezzi, *Calcolatori elettronici e controllo a distanza dei lavoratori*, in L80, 1983, p. 567 ss.; Veneziani, *L'art. 4 legge 20 maggio 1970, n. 300: una norma da riformare?*, in RGL, 1991, I, p. 84 ss.; Garilli-Bellavista, *Innovazioni tecnologiche e Statuto dei lavoratori*, in DLRI, 1989, p. 143 ss.;

Sia consentito rinviare a: Salimbeni, *Il controllo a distanza sull'attività dei lavoratori: la sopravvivenza dell'art. 4 sugli impianti audiovisivi*, in DLM, 2010, 3, p. 1 ss.

2) Le ambiguità del testo dell' art. 4, l. 300/1970

Paradossalmente proprio questa doppia o multipla chiave di lettura della norma (derivante dalla formulazione aperta di cui si è detto) ha consentito la sua sopravvivenza, e il perpetuarsi di un'interpretazione ambigua e mutevole da parte della giurisprudenza: **né l'una né l'altra potevano più reggere sotto la pressione: a) della trasformazione radicale del modo di lavorare che implica interconnessioni informatiche tra i soggetti all'interno e all'esterno dell' azienda; b) di un indotto mutato concetto di privacy aziendale; c) di una centralità acquisita del trattamento dei dati rispetto al controllo fisico della persona.**

Dell'**ambiguità** nella formulazione dell'art. 4 l. 300/70 sembra opportuno dare conto ai fini, soprattutto, di una valutazione corretta della riforma in atto. Ambiguità cui la giurisprudenza ha fatto da cassa di risonanza, come anticipato.

2a) Erronea lettura del testo della norma avallato dalla giurisprudenza

.La lettura del testo **apparentemente** sembra distinguere un **controllo lecito** da un **controllo illecito** attraverso una diversa valutazione della finalità dell'apparecchiatura. Dal primo comma si è fatto derivare un **divieto assoluto** di controllo sull'attività dei lavoratori attraverso impianti audiovisivi ed altre apparecchiature; dal secondo comma si è ritenuto potesse evincersi la **liceità** di un controllo definito **“preterintenzionale”**, in quanto derivante dall' installazione di impianti e apparecchiature richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, con la conseguenza di ritenere utilizzabili le risultanze di tale controllo anche a fini disciplinari.

In verità non può non evidenziarsi che mentre il legislatore **“vieta”** l'uso di impianti e apparecchiature per finalità di controllo, **“autorizza”** la **sola installazione** di impianti e apparecchiature necessarie per l' azienda a fini produttivi, organizzativi o di sicurezza ma da cui derivi la mera potenzialità del controllo. Una lettura combinata e attenta dei due commi porta alla seguente conclusione: le apparecchiature da cui può derivare un controllo sull' attività dei lavoratori possono essere installate in azienda solo se richieste ad altri fini indicati dal legislatore, e se autorizzate, **in ogni caso non possono essere adoperate**

per finalità di controllo sull'attività dei lavoratori. ⁴ E' infatti logico ritenere che se le apparecchiature da cui possa derivare la mera possibilità di controllo, come inevitabile conseguenza rispetto ai diversi fini cui sono adibite, sono installabili solo previa autorizzazione sindacale o amministrativa, **quelle finalizzate al controllo non sono autorizzabili e quindi non installabili.**

Le uniche apparecchiature cui si riferisce il divieto di uso al fine di controllo sull'attività dei lavoratori sono allora quelle previste dal secondo comma, perché le apparecchiature che abbiano invece come unica funzione il controllo **non hanno cittadinanza in azienda.** Le prime sono legittime perché imposte dalla necessità di soddisfare interessi non rinunciabili ed il controllo sull'attività che ne costituisce effetto inevitabile è tollerato in quanto **solo potenziale.**

Questa sembra essere l'interpretazione più aderente al testo della norma e anche alle intenzioni del legislatore dell'epoca che intendeva mantenere la vigilanza sul lavoro in una "dimensione umana cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua e anelastica eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro". ⁵ Anche da una lettura combinata dell'art. 4 con l'art. 3, si evince che è l'uso dei macchinari e delle tecnologie a essere ritenuto **intollerabile** dal legislatore, che invece consente il controllo sull'**attività lavorativa** da parte del personale di vigilanza senza alcun limite che non sia la riconoscibilità dello stesso da parte dei sorvegliati.

L'altro aspetto che mette in risalto la reale intenzione del legislatore di vietare assolutamente il controllo attraverso apparecchiature è la diversa terminologia utilizzata per individuare l'oggetto del controllo stesso: **attività dei lavoratori** nell'art. 4 e **attività lavorativa** nell'art. 3, a voler dare per scontato che l'apparecchiatura per la sua anelasticità e pervasività, sorveglia, senza possibilità di discernimento, sia l'esecuzione della prestazione sia ogni altra attività che il lavoratore svolga sul luogo di lavoro.

⁴ V. Padovani, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori svolto mediante elaboratori elettronici*, in RIDL, 1985, II, p. 253; Da ultimo. Lambertucci, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore. I controlli a "distanza" tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (c.d. Jobs act)*, in Wp CSDLE Massimo D'Antona, 255/2015, p. 5.

⁵ Relazione ministeriale di accompagnamento alla l. n. 300/1970.

La summenzionata (probabilmente inevitabile, a fronte delle nuove esigenze datoriali al corretto utilizzo della strumentazione aziendale) curvatura della norma in una direzione in verità poco compatibile con una lettura della stessa in combinato disposto con l'art. 3, e con la ratio manifestata chiaramente in sede di lavori preparatori e di relazione di accompagnamento, si è tradotta nella giurisprudenza sui cc. dd. **“controlli difensivi”**.⁶

La giurisprudenza **ha così espunto totalmente dall'ambito di operatività dell'art. 4 i controlli “difensivi”** diretti ad accertare eventuali comportamenti illeciti del lavoratore lesivi del patrimonio o dell'immagine aziendale ritenendo che rientri nel campo di applicazione dell'art. 4 Stat. Lav. soltanto il controllo sull'**attività lavorativa**. In una prima fase furono fatti rientrare nei “controlli difensivi” anche quelli diretti a verificare eventuali inadempimenti contrattuali del lavoratore (v. **Cass. 03.04.2002 n. 4746** che riguardava l'uso del telefono aziendale non richiesto dal tipo di mansione: “... è necessario che il controllo riguardi direttamente o indirettamente l'attività lavorativa, mentre devono ritenersi certamente fuori dall'ambito di applicazione della norma i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore ... quali ad es., i sistemi di controllo dell'accesso ad aree riservate o gli apparecchi di rilevazione delle telefonate”), sì da consentire che gli esiti del controllo potessero essere utilizzati a fini disciplinari. Successivamente la Cassazione ha **modificato** il proprio orientamento nel senso espresso dall'ultima recentissima sentenza sul punto, n. **3122 del 17.02.2015**: “...in tema di controllo del lavoratore, **le garanzie procedurali** imposte dall'art. 4, secondo comma. della legge n. 300 del 1970, espressamente richiamato dall'art. 114 del d. lgs. n. 196 del 2003, per l'installazione di impianti o apparecchiature di controllo richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, dai quali derivi la possibilità di verifica a distanza dell'attività dei lavoratori, trovano applicazione ai **controlli c.d. difensivi**, diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori **quando, però, tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non,**

⁶ Contrari in dottrina alla configurabilità di una categoria autonoma di “controllo difensivo”: Aimo, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003, p. 124 ss.; Stenico, *L'esercizio del potere di controllo “informatico” del datore di lavoro sugli strumenti tecnologici di “ultima generazione”*, in RGL, 2003, I, p. 130; Tullini, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela*, in RIDL, 2009, I, p. 327 ss.; Zoli, *Il controllo a distanza del datore di lavoro*, in RIDL, 2009, 4, p. 499 ss.

*invece, quando riguardino la tutela di beni estranei al rapporto stesso; ne consegue che esula dal campo di applicazione della norma il caso in cui il datore abbia posto in essere verifiche dirette ad accertare comportamenti del prestatore illeciti e lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale".*⁷ Il principio espresso riguarda anche il **controllo sulla posta elettronica e su internet** gli accessi ai quali avvengano attraverso i computer con cui i dipendenti svolgono la propria attività di lavoro⁸ - a riprova della capacità dall'interpretazione compromissoria adottata dalla giurisprudenza e da parte della dottrina, a risolvere nuove, e non previste all'epoca dell'emanazione della norma, ipotesi di conflitto tra esigenze di tutela datoriali e rispetto della dignità dei lavoratori - e fa salve **tutte** le risultanze derivanti dai controlli sui lavoratori attraverso impianti **solo quando dalle stesse derivi l'accertamento di illeciti extracontrattuali** (a prescindere dall'osservanza del comma 2 dell'art. 4).

2a) Continua.

Il rovescio della medaglia di tale orientamento è stato l'implicita affermazione che il controllo sull'attività lavorativa, e quindi l'**utilizzabilità a fini disciplinari** dei **dati** registrati dalle apparecchiature informatiche in dotazione al dipendente o contenuti nella posta elettronica, siano **consentiti** ove sia **rispettata la procedura di cui all'art. 4 comma 2**. La giurisprudenza di legittimità parla infatti di illecita raccolta e di non utilizzabilità perché avvenuta in violazione dell'art. 4, comma, comma 2 ("*...la Corte legittimamente ha ritenuto applicabile nella fattispecie l'art. 4, comma 2, citato, negando la utilizzabilità dei dati acquisiti dal citato programma in violazione di tale norma.*" Cass. 22.02.2010, n.4375; analogamente: Cass. 23.02.2012 n. 2722; Cass. 17.07.2007 n. 15892 sui badge aziendali per gli accessi al garage aziendale).

Impostazione non conforme ad un'interpretazione della norma rispettosa della lettera e della ratio della stessa e rifiutata dalla dottrina più attenta sulla base della considerazione che: "*... l'art. 4 St. lav. ha ricostruito quello del lavoratore a non essere controllato a distanza nei termini di un diritto soggettivo che non si affievolisce alla presenza*

⁷ V. in senso conforme le precedenti sentenze: **Cass.01.10.2012 n. 16622; Cass. 23.02.2012 n. 2722; Cass. 23.02.2010 n. 4375** .

⁸ V. da ultimo: Cass. 23.02.2002 n. 2722.

delle condizioni di cui al secondo comma”.⁹ Accede a tale corretta interpretazione della lettera e della ratio dell’ art. 4, commi 1 e 2, **Cass. 01.10.2012, n. 16622** la quale con riferimento al sistema informatico Blue’s 2002 che consentiva di rilevare l’uso illecito dei telefoni ha affermato che : *“Se per l’esigenza di evitare attività illecite o per motivi organizzativi o produttivi, possono essere installati impianti ed apparecchiature di controllo che rilevino dati relativi anche all’ attività lavorativa dei lavoratori, la previsione che siano osservate le garanzie procedurali di cui all’ art. 4, secondo comma, non consente che attraverso tali strumenti, sia pure adottati in esito alla concertazione con le r.s.a., si possa porre in essere, anche se quale conseguenza mediata, un controllo a distanza dei lavoratori che, giova ribadirlo è vietato dall’ art. 4, comma (...) i controlli difensivi posti in essere con il sistema informatico Blue’s 2002, ricadono nell’ ambito dell’ art. 4, comma 2, ... e fermo il rispetto delle garanzie procedurali previste, non possono impingere la sfera della prestazione lavorativa dei singoli lavoratori...i relativi dati non possono essere utilizzati per provare l’ inadempimento contrattuale del lavoratore...”*

Pertanto la valorizzazione del 2° comma dell’art. 4, in funzione di contrappeso al divieto assoluto contenuto nella prima parte della norma, che veniva letta come se disciplinasse un controllo intenzionale vietato **a fronte di un controllo non intenzionale e consentito**, (laddove invece l’ uso in funzione di controllo è sempre vietato) ha fatto sì che **le ipotesi** in cui il controllo sulla prestazione o su illeciti usi di posta o internet non potesse che esercitarsi sullo strumento di lavoro, **ricevessero adeguato riconoscimento** dalla giurisprudenza e le conseguenti sanzioni fossero considerate legittime in presenza dell’ accordo o dell’ autorizzazione amministrativa.

3) La normativa sul trattamento dei dati e i provvedimenti del Garante della Privacy

L’interpretazione evolutiva, anche se forzata, dell’articolo 4, che ha riconosciuto la **legittimità dell’ uso dei dati ricavati dagli strumenti informatici di lavoro**

⁹ Tullini, op. cit., p. 330 ss.; Zoli, op. cit., p. 488 ss. In senso contrario: De luca Tamajo, *I controlli sui lavoratori*, in *I poteri del datore di lavoro nell’ impresa*, a cura di Zilio Grandi, Cedam, 2002, p. 30 ss.; Ichino, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1979, p. 74.

per controllare il corretto utilizzo degli stessi o eventuali inadempimenti e illeciti del dipendente, è stata **controbilanciata** dall' applicazione della sopraggiunta disciplina sul trattamento dei dati personali (emanata a seguito delle Direttive 95/46/CE e 2002/58/CE) cui si sono aggiunte le **Linee guida del Garante della privacy per posta elettronica e internet** (Deliberazione n. 13 del 1° marzo 2007) e il **Provvedimento in materia di videosorveglianza** (8 aprile 2010), per citare gli interventi normativi più importanti del Garante sul tema.

La complessa disciplina legislativa in materia di protezione dei dati, oltre ad applicare il **principio di specialità** che si è espresso attraverso la clausola di **salvaguardia dell' art. 4** della l. 20 maggio 1970 n. 300 (art. 114 d. lgs 196/2003), ha apportato alla disciplina lavoristica un **quid pluris** in termini garantistici integrando i limiti al potere di controllo del datore di lavoro con i criteri di **legalità, correttezza, finalità, non eccedenza, pertinenza e necessità** che devono presiedere al **trattamento** di tutti i dati tra cui rientrano tutte le operazioni di raccolta, registrazione, organizzazione, conservazione, consultazione, elaborazione, modificazione, selezione, estrazione, raffronto, utilizzo, interconnessione, blocco, comunicazione, diffusione, cancellazione e distruzione di dati effettuati con o senza l' ausilio di strumenti elettronici (art. 4, co. 1, lett. a) d. lgs. 196/03) il cui rispetto è presidiato da sanzioni civili, penali e amministrative. **Il potere datoriale deve superare quindi un test di legittimità relativo: prioritariamente al rispetto dei limiti dell' art. 4 St. lav, in secondo luogo, all'osservanza della normativa sulla raccolta delle informazioni relative ai lavoratori.** E quest'ultima parte dal principio per cui i sistemi informativi e informatici devono essere configurati in modo da **ridurre al minimo** l' utilizzazione dei dati personali (art. 3, d. lgs. n. 196/2003, principio di necessità) e l'invasività del controllo deve essere graduata in funzione del principio di pertinenza e non eccedenza (art. 11, d. lgs. n. 196/2003).

Del pari sia le **Linee guida per la posta elettronica e internet**, sia il **Provvedimento in materia di videosorveglianza**, oltre a ribadire la piena vigenza dei divieti e obblighi contenuti nell' art. 4 l. 300/70, richiamano il rispetto dei principi di necessità, correttezza, proporzionalità, pertinenza (art. 2, punto 2.3

delle Linee guida e art. 2, Principi generali, del Provvedimento in tema di videosorveglianza). In più le **Linee guida per posta elettronica e internet**, aventi valore vincolante nei confronti dei datori di lavoro, hanno imposto: a) l'adozione di **policy aziendali** sull'uso del sistema informatico aziendale - in cui vengano indicate chiaramente e in modo particolareggiato quali siano le **modalità di utilizzo** degli strumenti messi a disposizione ritenute corrette e **se, in che misura e con quali modalità, vengano effettuati dei controlli** - da pubblicizzare con modalità analoghe a quelle previste dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori; b) di indicare i lavoratori ai quali è concesso l'utilizzo della posta elettronica e di internet; c) di prevedere **indirizzi di posta elettronica condivisi** tra più lavoratori; individuare categorie di **siti correlati o non correlati con la prestazione lavorativa**; configurare **sistemi di accesso** al sistema informatico tali da **prevenire il compimento di determinate operazioni non consentite** da parte degli utenti: insomma tutta una serie di misure che, sul presupposto che il luogo di lavoro è una formazione sociale in cui si realizza la personalità dell'individuo lavoratore, devono garantire **un uso moderato** degli strumenti informatici anche per fini personali, assicurando una **ragionevole protezione della sfera personale** al contempo mettendo al **corrente il lavoratore delle operazioni vietate**.

Ne è derivata una complessiva normativa, in materia di controllo sull'attività lavorativa e sull'uso di posta elettronica e di internet, in base alla quale **l'utilizzo di sistemi informatici** (ormai facenti parte integrante dai processi produttivi) da cui derivi **un controllo indiretto a distanza** è sottoposto a un quadruplice ordine di limiti: **a)** accordo con RSU/RSA (2° comma art. 4 Stat. Lav.); **b)** informativa ai singoli lavoratori in base all'art. 13 d. lgs. n. 196/2003 circa le finalità e modalità del trattamento dei dati raccolti; **c)** rispetto dei principi di necessità, pertinenza, correttezza di cui agli artt. 3 e 11 del d. lgs. 196/03 e Linee guida su posta elettronica e internet; **d)** predisposizione di disciplinari interni che definiscano i comportamenti leciti e quelli illeciti e che mettano i lavoratori in condizione di prevenire indebite ingerenze nella propria privacy attraverso l'osservanza di disposizioni poste a tutela sia di essi lavoratori sia delle esigenze aziendali.

In ogni caso il trattamento è consentito in relazione ai dati non sensibili anche in assenza di consenso ma per effetto di quanto disposto dal Garante nelle Linee guida, che individua un legittimo interesse al trattamento dei dati secondo il principio del bilanciamento degli interessi (art. 24, comma 1, lett. g, codice della privacy). L' eventuale trattamento di dati sensibili è consentito con il consenso dell' interessato o, senza il consenso, nei casi previsti dal Codice, previa autorizzazione del Garante che può anche essere generale, riguardare cioè categorie di soggetti.

4) La legge delega 183 del 2014.

Ciò premesso, si attendeva un intervento legislativo che ponesse fine alle forzature interpretative dell'art. 4 e alle tensioni determinate dagli interventi del Garante della privacy il quale, pur procedimentalizzando l'introduzione di strumenti o sistemi da cui possa derivare un controllo preterintenzionale sull'attività dei lavoratori, da un lato, **ha chiaramente affermato che è vietato installare apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori** (superando addirittura in chiarezza e garantismo la formulazione del primo comma dell' art. 4 St lav) e ha ribadito che il **divieto si estende anche alle condotte personali** poste in essere nel luogo di lavoro (punto 4. *“il controllo a distanza vietato dalla legge riguarda l'attività lavorativa in senso stretto e altre condotte personali poste in essere nel luogo di lavoro”*) dall' altro, ha riconfermato la **necessità del rispetto dell' art. 4, comma 2**, per l' utilizzo di sistemi informativi richiesti da esigenze produttive o organizzative o di sicurezza che consentano indirettamente un controllo a distanza, **anche quando il controllo sia ricavabile dallo strumento di lavoro**, cioè per effetto dell' applicazione del principio del bilanciamento degli interessi contenuto nell' art. 24, comma 1, lett. g) , del Codice in materia di protezione dei dati.

La più pressante esigenza, oltre a quella generale di rinnovare una norma ormai obsoleta anche se ancora in grado di funzionare, era dunque quella di affrancare dalla procedura del comma 2 l' uso degli strumenti di lavoro cui sia **coessenziale il controllo sull' attività lavorativa.**

Tenendosi conto altresì delle **nuove modalità** con cui viene organizzata l'attività lavorativa: spesso **non in sede** e attraverso computer portatili o tablets e con uso sempre più massiccio di smartphone aziendali, o in alcuni casi, all' inverso, richiedendo al lavoratore di utilizzare il proprio computer (Bring your own device). Da un punto di vista pratico, in questi casi, da un lato, sembra difficile pretendere un accordo aziendale per dotare i dipendenti di computer o tablets, o per chiedere loro di utilizzare il pc personale, dall' altro, gli strumenti informatici di cui si tratta, anche se utilizzati per lavorare, **non producono la sensazione di invasione molesta ed intollerabile nella propria sfera personale** che accompagnava, un tempo ed ancora oggi, la sottoposizione alle videocamere o le intrusioni nelle conversazioni tramite centralino aziendale: ormai si vive interconnessi e potenzialmente controllati da una illimitata quantità di persone.

Ciò non toglie, naturalmente, che questi stessi strumenti sono potenzialmente in grado di offrire nuove e più sofisticate possibilità di controllo sulla persona del lavoratore oltre che sulla sua prestazione lavorativa, essendo in grado di immagazzinare, catalogare, incrociare una serie enorme di dati sia personali sia riguardanti la prestazione di lavoro resa o non resa.

Analizzando la formulazione del criterio direttivo dettato dalla legge 183/2014 in materia di controlli a distanza contenuto nell'art. 1, comma 7, lett. f): *“ 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”* si può ragionevolmente ritenere che il legislatore abbia dato al Governo delega ad intervenire in tema di controlli derivanti dagli strumenti di lavoro, con **possibilità di ridimensionare o azzerare i limiti attualmente derivanti dall' art. 4, comma 2,** dello Statuto dei Lavoratori, quindi la necessità dell'accordo sindacale e/o dell' intervento della DTL.

Milita in questo senso l'**obiettivo dichiarato della revisione legislativa** che è il **contemperamento delle esigenze produttive ed organizzative dell' impresa** con la tutela della dignità e riservatezza dei lavoratori in un **nuovo contesto tecnologico**: il legislatore preso atto della **nuova realtà produttiva** che si avvale delle tecnologie informatiche e della inestricabile connessione tra esercizio dell'

attività di lavoro e controllo potenziale, considera fuori dalla fattispecie “controllo preterintenzionale” (proceduralizzato, e attualmente consentito, ma non utilizzabile a fini disciplinari, salvo quanto affermato dalla giurisprudenza citata che non si condivide) l’uso di questi strumenti. Naturalmente, il trattamento dei dati sarà sempre soggetto alla disciplina del testo unico sulla privacy che non si ritiene toccato dalla delega in questione e la cui disciplina è di derivazione comunitaria costituendo applicazione di due direttive dell’Unione europea.

5) L’attuazione della delega

Ne è derivata una **riformulazione** dell’art. 4 l. 300/1970, che non ha eliminato il divieto di uso di apparecchiature che abbiano quale esclusiva finalità il controllo a distanza dei lavoratori. La liberalizzazione di apparecchiature **finalizzate al controllo a distanza**, quali videocamere o, ad esempio, controlli satellitari installati su postazioni in movimento, o sistemi di intrusione occulta e continuativa nella posta elettronica dei dipendenti, non vi è bisogno di dirlo, non era neanche ipotizzabile in quanto incostituzionale in relazione all’ art. 2, che tutela i diritti inviolabili dell’uomo, e agli altri articoli che presidiano la sfera personale, come gli artt. 13 e 15 sulla libertà personale e sulla segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione.

La formulazione è però diversa dalla norma dello Statuto che **vietando l’uso** per finalità di controllo a distanza delle apparecchiature e **autorizzando l’installazione** di quelle necessarie ad altri fini ma da cui derivava la possibilità di controllo ingenerava, ad una lettura superficiale, l’ idea che ove non vi fossero intenzione e finalità a priori il controllo fosse lecito.

Nel nuovo testo si considerano soltanto “**gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori**” e si stabilisce che gli stessi “**possono essere impiegati esclusivamente** per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e **possono essere installati** previo accordo collettivo...”.

Si elimina ogni riferimento a impianti con esclusiva finalità di controllo, presupponendosi che essi non possano essere installati in azienda e si considera l'ipotesi, **unica possibile nel nostro ordinamento, di impianti audiovisivi e apparecchiature che possano consentire un controllo dei lavoratori ma che servono ad altro.** Dico controllo dei lavoratori perché il nuovo testo ha utilizzato ancora l'espressione **“attività dei lavoratori”** che ricomprende anche le attività non lavorative purchè svolte in occasione della prestazione di lavoro.

Partendo quindi dalla **caratteristica funzionale oggettiva dello strumento** che interessa il legislatore, e che è la **potenzialità del controllo**, si stabilisce che gli impianti audiovisivi e gli strumenti che tale caratteristica posseggono **possono essere impiegati solo per i diversi fini che vengono elencati.** Non solo, essi per poter essere installati hanno bisogno del consenso sindacale o, in mancanza, dell'autorizzazione della DTL o del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Quindi il legislatore guarda alle **caratteristiche tecniche** dello strumento prioritariamente, e, realisticamente, riconosce che alcuni strumenti sono potenzialmente lesivi della libertà e riservatezza dei lavoratori. Ma **anziché vietare in assoluto l'uso di alcuni, o astrattamente riferirsi ad un uso per finalità di controllo**, che evoca elementi di intenzionalità che non sembra rilevino a fronte di oggettive potenziali intrusioni nella sfera dei lavoratori, impone che **tutti quelli che possono consentire un controllo a distanza siano usati soltanto per esigenze organizzative etc.**

Fin qui tutto sembra chiaro, quasi più chiaro di quanto si leggeva nel vecchio testo.

I problemi sorgono dalla lettura del secondo e terzo comma.

Il secondo comma recita: *“La disposizione di cui al primo comma non si applica agli strumenti che servono al lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze”.*

5a) Partirei dagli *“strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze”.*

La non applicazione del primo comma riguarda **soltanto la parte relativa all'obbligo di accordo collettivo** (o in alternativa autorizzazione amministrativa), o

anche la **legittimità dell'impiego solo in funzione di esigenze organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale?**

La lettera del secondo comma farebbe pensare ad una totale disapplicazione del primo comma con la conseguenza che per questa via si legittimerebbero anche i controlli a distanza sull'attività dei lavoratori attraverso impianti che non abbiano **altra funzione che quella del controllo quanto meno in relazione agli "strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze"**.

5a1) **Distinzione tra strumenti di rilevazione della presenza e di accesso all'interno del perimetro aziendale e badges d'ingresso e di uscita:**

I) Disapplicazione parziale del comma 1 per gli strumenti di registrazione delle presenze e degli accessi all'interno dell'azienda e durante l'orario di lavoro richiesti dalle esigenze di cui al primo comma.

Se tali strumenti potessero essere adoperati anche **in assenza di esigenze organizzative e produttive**, che non sono quelle della produzione tout court (altrimenti non vi sarebbe ragione di prevedere a parte gli strumenti di lavoro) o **di sicurezza e tutela del patrimonio**, vorrebbe dire che il datore di lavoro potrebbe controllare attraverso badges e altre apparecchiature (in ipotesi **anche impianti audiovisivi** data la dichiarata non applicazione del primo comma che li consente soltanto per esigenze diverse dal controllo sui lavoratori) la presenza dei lavoratori e gli accessi, genericamente indicati: **non soltanto quelli all'ingresso e all'uscita**, ma anche quelli **all'interno del perimetro aziendale durante l'orario di lavoro**.

Ci si chiede **se una tale interpretazione non sia in contrasto con i principi di dignità e libertà personale di cui all'art. 2 della Costituzione** (e che erano alla base del divieto di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori attraverso impianti audiovisivi e altre apparecchiature).

L'installazione e l'utilizzazione di impianti il cui unico scopo sia quello di rilevare la presenza dei lavoratori in aree aziendali, **e non solo l'entrata e l'uscita**, potrebbe invadere infatti la sfera di libertà e riservatezza della persona tutelata dal nostro ordinamento. Una tale ipotesi risulta, anche alla luce del nuovo testo dello

schema di decreto, inconfigurabile e resta fuori anche dalla previsione del comma 2 del nuovo art. 4.

Non sarebbe quindi lecito utilizzare, ad esempio, strumenti di rilevazione dell'accesso ai garage aziendali o agli spazi riservati ai lavoratori fumatori, o ai punti di ristoro aziendale, tanto meno con impianti audiovisivi (a prescindere dalla possibilità di utilizzare i dati raccolti successivamente che si esaminerà più avanti) **che non siano supportati da una ragione estranea al mero controllo, neanche con l' autorizzazione del sindacato o della DTL.**

Sgombrato il campo dall'ipotesi limite di controllo sulle presenze e sulla circolazione in azienda attraverso impianti audiovisivi o altri strumenti non giustificati da alcuna altra esigenza che non sia il controllo sull' attività dei lavoratori, e che deve ritenersi vietata ora come allora, vediamo in che limiti può consentirsi una legittima disapplicazione del primo comma dell' art. 4.

Un'interpretazione che possa superare il **vaglio di legittimità costituzionale** relativamente all'impiego di strumenti di rilevazione della presenza all' interno dell' azienda, sarebbe allora quella della **disapplicazione parziale** del primo comma : pertanto sarebbe lecito il controllo su presenze e accessi interni con impianti di rilevazione, anche audiovisivi, purchè sussistano **esigenze organizzative e produttive o di sicurezza del lavoro o di tutela del patrimonio aziendale**: si pensi all' ipotesi di aree in cui si producono materiali pericolosi accostabili soltanto da alcuni dipendenti appositamente attrezzati, o all' esigenza di tutelare la segretezza di determinati processi produttivi. **Non occorrerebbe invece l'accordo con RSU/RSA o associazioni sindacali comparativamente più rappresentative.** (è questa la disapplicazione parziale alla quale mi sono riferita all'inizio). Sicchè, per ciò che concerne alcuni dispositivi di rilevazione di accessi e presenze (quelli interni) credo che l'interpretazione corretta sia la **non applicabilità** della sola parte del primo comma che impone l'intervento del sindacato e, in caso di mancato accordo, della DTL (o Ministero) ma **non di quella che consente il controllo a distanza soltanto in presenza delle esigenze aziendali ivi indicate e considerate meritevoli di tutela dal legislatore.** In altre parole **non credo che le esigenze**

produttive e organizzative si identifichino con la pretesa al corretto adempimento della prestazione.

Ritengo che tale interpretazione sia inoltre rispettosa dei limiti imposti dalla l. 183 del 2014 la quale delega il Governo a operare una *“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 dei lavoratori”*. La delega consente infatti di rivedere la disciplina in questione: a) in relazione agli **impianti fissi o portatili attraverso i quali il lavoratore svolge la sua attività di lavoro** (introdotti dall’innovazione tecnologica e certamente non considerati dal legislatore dello Statuto dei lavoratori); b) in funzione della **tutela delle esigenze produttive ed organizzative** (che non si identificano certo con l’interesse al mero controllo sull’esatto adempimento della prestazione lavorativa); c) le quali ultime vanno contemperate con la **tutela della dignità e riservatezza dei lavoratori**.

Anche a voler trascurare la circostanza che gli strumenti di verifica degli accessi e delle presenze non sono strumenti di lavoro (relativamente ai quali soltanto era previsto l’intervento del legislatore delegato) sicuramente non potrà prescindere anche **dall’altro criterio indicato in delega** e cioè la **sussistenza di esigenze e produttive e organizzative** affinché si possa intervenire comprimendo i fondamentali diritti dei lavoratori.

II) Disapplicazione totale del comma 1 per gli strumenti di verifica dell’ingresso e dell’uscita

Leggendo quindi lo schema di decreto alla luce dei principi fissati dalla legge delega n.183 del 2014 si potrà ritenere sicuramente **liberamente utilizzabile l’uso di badges per l’accesso e l’uscita dall’azienda** che non implica alcun controllo sulla presenza effettiva in azienda durante l’orario di lavoro né sui movimenti del lavoratore, limitandosi ad una verifica del **rispetto dell’orario** : in questa ipotesi sicuramente valgono le considerazioni che all’epoca furono fatte da parte della dottrina **a valle della sentenza della Cassazione n. 15892 del 2007** che aveva ritenuto illegittimo il controllo effettuato attraverso i badges di ingresso ai garage aziendali non autorizzato dall’accordo sindacale sulla base della

considerazione che **l'attività lavorativa sulla quale è vietato il controllo riguarda non soltanto le modalità del suo svolgimento ma anche il quantum della prestazione rilevabile attraverso la misurazione dell'orario.** Si sottolineò allora che, alla luce dei principi costituzionali che sono posti a presidio della dignità e riservatezza degli individui, deve ritenersi che il divieto di controllare a distanza **l'attività lavorativa riguardi lo svolgimento delle mansioni e il comportamento tenuto durante l'orario di lavoro ma non la verifica del rispetto dell'orario di lavoro** che non implica un controllo intrusivo e lesivo della libertà personale.¹⁰

Pertanto sicuramente, e senza alcuna violazione di principi costituzionali o dei criteri della legge delega, **si possono considerare estranei alla fattispecie regolata dal primo comma i rilevatori degli ingressi e delle uscite e per l'uso degli stessi non sarà richiesta la sussistenza di alcuna ulteriore ragione produttiva, organizzativa, di sicurezza o tutela del patrimonio aziendale rispetto a quella di controllare l'esatto adempimento della prestazione sotto il profilo dell'osservanza dell'orario di lavoro, né l'accordo sindacale (disapplicazione totale del comma 1).**

Diversamente per altri strumenti che rilevino spostamenti interni o controllino la presenza sul posto di lavoro, per i quali sarà necessaria, come già detto, **la sussistenza delle sopra elencate ulteriori esigenze aziendali ma non l'accordo aziendale.**

5b) Gli strumenti di lavoro

Altro discorso può e deve farsi per *“gli strumenti che servono al lavoratore per rendere la prestazione lavorativa”* che sono quelli per cui si sentiva maggiormente l'esigenza di una riforma della norma e di uno svincolo dalle **ambiguità e restrizioni** che ne derivavano. Restrizioni ad opera del sindacato che in sede di accordi **chiede ed ottiene la non utilizzabilità a fini disciplinari** degli esiti del controllo sia pur autorizzato; ambiguità ad opera della giurisprudenza che, con decisioni molto criticabili, ha considerato **fuori dalle previsioni dall'art. 4 dello St. lav. i controlli difensivi**, limitandoli a quelli attuati per prevenire o scoprire illeciti del

¹⁰ Vallauri, *E' davvero incontenibile la forza espansiva dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori?*, nota a Cass. 17.07.2007, n. 15892, in RIDL, II, 2008, p. 726.

lavoratore rilevanti su un piano extracontrattuale in quanto lesivi del patrimonio o dell'immagine aziendale, e **ha autorizzato quelli sull' adempimento della prestazione solo se preceduti dall' accordo** ex comma 2.

Decisioni opportune ma errate in quanto il controllo sulla prestazione è sempre vietato dall' art. 4, l. 300/70 ed il cd. controllo preterintenzionale nient' altro è che una tollerata ed esclusiva **potenzialità di apparecchiature installate per esigenze organizzative produttive o di sicurezza del lavoro.** ¹¹

Che quindi il controllo sugli strumenti di lavoro sia affrancato dai **vincoli di ulteriori esigenze che non siano il controllo sulla prestazione e dall' autorizzazione sindacale** sembra quanto mai opportuno: sarebbe veramente **eccessivo** chiedere un accordo sindacale per dotare i lavoratori del computer portatile o di un tablet sul quale dovranno rendere la prestazione; così come sarebbe un' inutile **perpetuazione dell'ipocrisia della vecchia norma** considerare necessario per poter effettuare il controllo esigenze ulteriori rispetto a quella di verificare la prestazione nell' unico modo possibile in queste ipotesi e che è quello di "leggere" i dati.

Pertanto essi sono esclusi dall'applicazione integrale del primo comma. Sugli stessi il datore di lavoro **può svolgere i controlli funzionali ad accertare inadempimenti contrattuali, illeciti extracontrattuali, uso non consentito di posta elettronica e Internet.**

In questa ipotesi, la "*tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore*" si attua attraverso **l'applicazione: a)** delle regole contenute nel **Codice della privacy** e dei **provvedimenti del Garante** che, come noto, ha dettato una puntuale disciplina per tutelare la sfera personale dei lavoratori imponendo limiti e procedure ai datori di lavoro, e, soprattutto, l' obbligo di informativa con connessa indicazione di tutte le modalità di utilizzo degli strumenti che riducano al minimo l'intrusione nella sfera privata degli utilizzatori; **b)** dei **principi costituzionali** posti a tutela della libertà e riservatezza dell' individuo e della segretezza della corrispondenza.

Dovranno essere messe in atto tutte le azioni e gli accorgimenti volti a prevenire l'uso illecito o non corretto degli strumenti informatici di lavoro e i controlli

¹¹ V: Cass. 01.10.2002, n. 16622, cit.

dovranno sottostare ai criteri della necessità, pertinenza, non eccedenza, come precisato nelle Linee guida del Garante che applicano le norme di cui al d. lgs. n. 196/2003. Tenuto conto altresì che viene meno il filtro del controllo sindacale sulle modalità del controllo, gli obblighi di informativa che gravano sul datore consisteranno sia: **a) nell' "indicare in ogni caso, chiaramente e in modo particolareggiato, quali siano le modalità di utilizzo degli strumenti messi a disposizione ritenute corrette e se, in che misura e con quali modalità vengano effettuati controlli"** (Linee guida del garante per posta elettronica e internet del 1° marzo 2007, punto 3.1) sia: **b) nel dare adeguata, preventiva e chiara informazione ai lavoratori sui trattamenti dei dati che possono riguardarli (Linee guida, punto 3.3).**

Si potrebbe prospettare l'ipotesi che su uno strumento di lavoro venga installato un software destinato al mero controllo dell'attività lavorativa (privo quindi di alcuna funzionalità riconducibile alla produzione o comunque alle mansioni dell'operatore che utilizza lo strumento). Tale funzione dovrebbe, in base alla nuova formulazione della norma, essere scorporata dallo strumento di lavoro e ricadere nell'ipotesi di cui al comma 1, dell' art. 4?

Riterrei di sì, in quanto il secondo comma del novellato art. 4 afferma testualmente: *"La disposizione di cui al primo comma non si applica agli **strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa**".* L'esimente è data dall'**utilizzo** dello strumento (da cui derivi il controllo) da parte del lavoratore a fini lavorativi (per rendere la prestazione lavorativa) **non dalla inerenza allo strumento di lavoro** di un sistema di controllo.

Ritengo che il primo comma, che richiede particolari esigenze aziendali e di sicurezza, nonché la procedura sindacale o amministrativa autorizzatoria, **non si applichi** soltanto se il meccanismo da cui deriva il controllo è nella gestione del lavoratore che lo attiva o disattiva per rendere la prestazione.

Se invece l'attivazione dello strumento di lavoro innesca un **ulteriore meccanismo di controllo** sulla prestazione, irrilevante e non necessario per l'esecuzione della stessa, ci troveremmo in presenza di uno strumento il cui impiego potrebbe essere consentito soltanto per i fini di cui al comma 1 (esigenze

organizzative e produttive, sicurezza del lavoro, tutela del patrimonio aziendale) e dovrebbe essere installato solo previo accordo sindacale.

Immaginiamo un' applicazione che segnali automaticamente ed istantaneamente al datore, o a persona dallo stesso delegata, il momento in cui il lavoratore invia o riceve una mail o si collega a internet attraverso l' apparecchiatura in dotazione, o che registri sistematicamente i messaggi di posta elettronica del lavoratore o memorizzi tutte le pagine web visualizzate dal lavoratore. Tali sistemi sono sicuramente sovrastrutturali rispetto alla funzionalità degli strumenti informatici utilizzati dai lavoratori e alle potenzialità di controllo intrinseche agli stessi.

Se infatti il lavoratore usa il computer basterà controllare, con i limiti di necessità, pertinenza e proporzionalità i dati raccolti dal computer stesso, nel rispetto degli accorgimenti adottati per prevenire abusi da parte dei lavoratori e che sono imposti dal Garante della privacy.

5c) L'utilizzabilità delle informazioni raccolte

A differenza del vecchio testo dell' art. 4 dello Statuto dei lavoratori che nulla prevedeva in ordine all' uso delle informazioni raccolte attraverso il controllo a distanza, lasciando alla giurisprudenza il compito di verificare la legittimità o meno di sanzioni o azioni promosse contro il lavoratore sulla base delle stesse, la novella dispone che: “ *Le informazioni raccolte ai sensi del primo e secondo comma 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*”.

Si tratta di una norma di chiusura **concepita** sicuramente per evitare le tanto criticate soluzioni ambigue e compromissorie, intervenute nella vigenza del testo originario, in relazione all'utilizzo a fini disciplinari dei dati raccolti attraverso il c.d. controllo preterintenzionale e/o difensivo.

Come si è visto, infatti, la giurisprudenza ha dapprima creato la categoria dei “controlli difensivi” e li ha sottratti al divieto dell'art. 4, se insistenti su comportamenti realizzanti illeciti extracontrattuali, poi ha salvato gli esiti del “controllo preterintenzionale” se autorizzato dall'accordo sindacale o dall'ente amministrativo, e ne ha derivato la liceità delle sanzioni disciplinari conseguenti.

Ma tutto ciò forzando vistosamente una norma che non consentiva alcuno spazio al controllo sull'attività dei lavoratori attraverso impianti audiovisivi o altre apparecchiature: compromesso indispensabile per bilanciare la tutela della dignità e riservatezza dei lavoratori con l'interesse del datore a un controllo sulla prestazione non praticabile se non attraverso una lettura dei dati rilevabili dagli **strumenti di lavoro**.

Oggi tale compromesso non è più necessario considerata l'espressa previsione della liceità del controllo sugli strumenti di lavoro.

Si deve però notare come la norma sia andata ben aldilà di quelle che erano le legittime aspettative ad una apertura ad ipotesi di controllo sugli strumenti di lavoro con una formulazione che desta fortissime perplessità sia nel merito sia nella forma.

In relazione al primo profilo: autorizzando l'uso "a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro" di tutte le informazioni raccolte, ai sensi sia del primo sia del secondo comma, in pratica si **neutralizza** la limitazione correttamente posta dal primo comma all'**impiego** degli "impianti audiovisivi" e degli "altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dei lavoratori" **ai soli fini di esigenze organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro, di tutela del patrimonio aziendale**. Se questa limitazione generale, serve a mantenere in vita il divieto di utilizzare impianti di controllo invasivi della sfera di riservatezza del lavoratore oltre i limiti consentiti dall'ordinamento la palese smentita che ne deriva ad opera del terzo comma rischia di essere incostituzionale.

Sotto il secondo profilo: l'escamotage giocato sul filo sottile della differenza di significato delle espressioni usate, non può essere perpetuato in relazione al testo attuale. Infatti mentre nell'art. 4 dello Statuto, formulazione originaria, l'uso strumentale del controllo preterintenzionale poteva trovare un sostegno nella differenza tra il **concetto di "installazione"**, consentita per le apparecchiature destinate a fini leciti ma da cui derivasse anche il controllo a distanza sui lavoratori, rispetto alla quale nulla si diceva in relazione all'uso, e **quello di "uso"**, vietato per le apparecchiature per finalità di controllo a distanza (sicchè la giurisprudenza ha potuto salvare l'uso delle informazioni raccolte attraverso le prime), nel nuovo testo **si esclude** per le apparecchiature di cui al primo comma

proprio l' "impiego" (che mi pare sia **sinonimo di "uso"**) per altri scopi diversi da quelli ivi indicati. La successiva espressione "utilizzabilità" delle informazioni raccolte" non sembra avere un significato diverso dall'espressione "impiego" o comunque non offre appigli per giustificare in relazione agli impianti indicati nel primo comma **un controllo sui lavoratori** a fini disciplinari.

Da un punto di vista di redazione della norma si è stati infelici nella scelta dei termini se l'obiettivo era quello di salvare gli esiti del controllo preterintenzionale anche a fini disciplinari.

"A tutti i fini connessi al rapporto di lavoro" significa disciplinari e valutativi, nonché giudiziali. La condizione del rispetto del decreto legislativo 30 giugno 2003 n.196 è superflua perché l'uso dei dati raccolti attraverso le apparecchiature in questione se riguarda dati personali è automaticamente assoggettata alle disposizioni del Codice della privacy che costituisce ormai la normativa di riferimento prevalente in materia di controlli informatici sui lavoratori.

Da un certo punto di vista è la modalità stessa del controllo ad aver determinato da tempo tale conseguenza: prova ne sia la centralità che le Linee guida del Garante della privacy hanno assunto in tema di controlli sulla posta elettronica e sull'uso di internet. Sia il d. lgs. 196/2003, sia Le Linee guida, sia l'importante Provvedimento in materia di videosorveglianza del 8 aprile 2010, subordinano nella loro formulazione attuale l'applicazione delle disposizioni in essi contenute al preventivo rispetto dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori (art. **114** d. lgs. 196/2003; punti: **2.2, 4, 5.1** Linee guida e punto **4.1** Provvedimento in materia di videosorveglianza). La nuova impostazione del legislatore è nel senso di subordinare l'applicazione del cuore della disciplina in materia di controlli a distanza sui lavoratori al preventivo rispetto della normativa in materia di protezione dei dati. Possiamo dire anzi che la liceità dell'uso delle informazioni raccolte attraverso apparecchiature, se sarà validata l'impostazione del nuovo testo dell'art. 4, sarà vagliata **solo** alla luce del rispetto della legge sul trattamento dei dati e degli obblighi di informativa individuali che dalla stessa si ricavano e che sono ribaditi nelle Linee guida per l'uso della posta elettronica e di internet.

5) L' impatto con la normativa di cui all' art. 8 d.l. 138/2011 convertito in legge 148/2011

L'impatto della modifica dell' art. 4 sull' ancora vigente art. 8 d.l. 138/2011 convertito in l. 148/2011 è da valutare diversamente in relazione alle ipotesi in cui di cui al primo comma rispetto a quelle di cui al secondo comma.

Prescindendo dalle considerazioni che già sono state fatte da alcuni autori sull' ambito interessato dalle intese derogatorie in materia relativa “agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie”, che sembra interessare un' area più vasta di quella coperta dalla disciplina statutaria,¹² una deroga che consentisse l' utilizzo di “impianti audiovisivi o altri strumenti” a fini esclusivi di controllo sull' attività, sarebbe contrario ai principi costituzionali. Il diritto del lavoratore a non essere controllato attraverso strumenti che non abbiano altra finalità che quella del controllo e non siano strumenti di lavoro, è senza ombra di dubbio assistito da garanzia costituzionale in quanto posto a presidio dell' inviolabile sfera di libertà personale e riservatezza dell' individuo e quindi inderogabile. Per l' area degli strumenti richiesti da esigenze produttive e organizzative o di sicurezza del lavoro o tutela del patrimonio aziendale (non strumenti di lavoro) in grado di esercitare anche un controllo sull' attività sarebbe ipotizzabile che gli accordi in deroga territoriali ne liberalizzino l' uso, nel senso di esonerarli dal vincolo del consenso sindacale.

Prof. Avv. Maria Teresa Salimbeni

¹² Lambertucci, op. cit., p. 13 ss.