



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

## **Il controllo della prestazione di lavoro resa fuori dai confini dell'impresa**

**VALERIA NUZZO**

Università della Campania L. Vanvitelli

**vol. 9, no. 1, 2023**

ISSN: 2421-2695





## Il controllo della prestazione di lavoro resa fuori dai confini dell'impresa

**VALERIA NUZZO**

Università della Campania L. Vanvitelli  
Ordinaria di Diritto del Lavoro  
valeria.nuzzo@unicampania.it

---

### ABSTRACT

---

The author investigates the exercise of control prerogative beyond the company's borders, while reflecting on the limitations imposed by the Workers' Statute to safeguard freedom and human dignity. By reiterating the prohibition of covert and impersonal monitoring, it is noted how the opportunities to verify the fulfillment of work performed outside the premises where surveillance personnel can be deployed are greatly limited. Nevertheless, attempts to expand them through interpretative means are deemed excessively risky in a context where the protection of human dignity and freedom is at stake.

**Keywords:** control; company's borders; smart working.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/17196>

---

## **Il controllo della prestazione di lavoro resa fuori dai confini dell'impresa**

SOMMARIO: 1. Il restringimento dei confini (fisici) dell'impresa e l'ampliamento dell'esigenza di controllare il lavoro all'esterno di essi. – 2. I limiti statutari al controllo sull'adempimento della prestazione di lavoro: personalità e conoscibilità quali requisiti costituzionalmente necessari. – 3. Il controllo personale ma occulto: gli investigatori privati. – 4. Il controllo palese ma impersonale: gli strumenti informatici e tecnologici. – 5. Dove tutto sembra possibile: gli strumenti di lavoro e di rilevazione di accessi e presenze. – 6. Dove tutto è possibile: l'esimente del comportamento illecito del lavoratore nei controlli difensivi occulti e impersonali. – 7. Il controllo sul lavoratore "agile". – 8. Le piattaforme e la misurazione del gradimento dei clienti: una forma di controllo sulla prestazione lavorativa? – 9. In conclusione.

### **1. Il restringimento dei confini (fisici) dell'impresa e l'ampliamento dell'esigenza di controllare il lavoro all'esterno di essi**

Nell'immaginario collettivo l'impresa rappresenta, da sempre, anche il luogo fisico in cui si concentra la produzione, l'ambito nel quale si esercitano i poteri datoriali destinati a condizionare organizzazione e ambiente di lavoro, lo spazio ove si sviluppano le relazioni industriali, si dispiega il contropotere collettivo e viene a luogo il conflitto.

Eppure i nitidi confini fisici dell'impresa, piuttosto chiari all'epoca della grande fabbrica di matrice taylorista-fordista, si sono pian piano sfrangiati sino a far sfumare la distinzione tra l'interno dell'impresa, tradizionalmente governato da rapporti di gerarchia, e l'esterno, inteso come spazio aperto alle relazioni di mercato (almeno formalmente) paritarie<sup>(1)</sup>. In seguito ai processi di outsourcing, al proliferare delle forme di utilizzazione e acquisizione indiretta di lavoro nonché alla crescente destrutturazione dello spazio (oltre che del tempo), alimentata dalla digitalizzazione della società e dell'economia, l'esterno è oggi multidimensionale, abitato da figure eterogenee che intrattengono con la direzione d'impresa relazioni ibride, distanti sia dai rapporti contrattuali su base paritaria sia dai vincoli gerarchici propri delle forme più tradizionali di lavoro decentrato (come il lavoro a domicilio e, più di recente, il telelavoro): si va dalle piccole imprese cui sono affidati frammenti più o meno rilevanti dell'attività economica del committente ai lavoratori autonomi, dai collaboratori integrati funzionalmente nell'organizzazione aziendale in via continuativa fino ai subordinati che svolgono la loro prestazione da casa o dal posto che più che gli aggrada, con margini di autonomia più o meno elevati. Ai vincoli espliciti d'obbedienza si sostituiscono, sovente, vincoli (più o meno) impliciti di risultato, sicché la dimensione gerarchica si presenta tendenzialmente affievolita, mentre si espande, in misura corrispondente, l'interesse dell'imprenditore al monitoraggio o al *controllo* su ciò che accade *fuori dai confini dell'impresa*, intesi ora in senso giuridico, ora in senso materiale.

---

(1) M.G. Garofalo, *Nuova organizzazione di impresa e diritto del lavoro*, SD, 2011, 3, 124; F. Butera, *Il castello e la rete. Impresa, organizzazioni e professioni*, Franco Angeli, 1990.

I movimenti tellurici che hanno provocato il crollo della netta distinzione tra esterno e interno sono noti. Schematizzando oltremisura, in una prima fase questo processo è stato guidato da un movente essenzialmente economico: le esternalizzazioni si diffondono con l'obiettivo di sfruttare i differenziali regolativi tra lavoro autonomo e subordinato, nonché quelli fra le diverse aziende e i diversi settori industriali. In una seconda fase, il salto di paradigma determinato dalla massiccia diffusione delle tecnologie digitali frantuma l'unità aristotelica di tempo, luogo e azione che caratterizzava la produzione industriale, determinando veri e propri cortocircuiti tra dentro e fuori: mentre un magazziniere dipendente da un'impresa fornitrice di servizi logistici può svolgere la propria attività a strettissimo contatto con il personale dell'impresa committente, un dipendente di quest'ultima può prestare lavoro anche in un luogo ignoto al datore di lavoro, in modi e tempi non necessariamente predeterminati.

Da ultimo, ulteriori elementi di confusione sono stati determinati dall'emergenza pandemica che ha imposto una divisione inedita tra le attività lavorative che dovevano necessariamente essere svolte in presenza e quelle che, per garantire il distanziamento sociale, andavano rese da remoto: una divisione che, nella fase emergenziale, ha finito per prescindere dalla natura autonoma o subordinata delle stesse prestazioni e che ancora oggi è utilizzata, nei piani organizzativi aziendali, per l'accesso al lavoro (subordinato) agile, tanto nelle imprese private quanto nelle pubbliche amministrazioni.

Questo processo di restringimento dei confini "fisici" e giuridici dell'impresa ha inizialmente determinato un proporzionale restringimento del campo di applicazione del diritto del lavoro, a lungo denunciato dalla dottrina, ma da un certo punto in poi il processo si è invertito e le tutele lavoristiche hanno cominciato a espandersi oltre quei confini. Basti pensare al fatto che, oggi, lo statuto protettivo assicurato dal diritto del lavoro trova integrale applicazione per tutte quelle forme di collaborazione continuativa e personale caratterizzate dall'inserimento nell'organizzazione altrui.

È indubbio, infatti, che l'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015, a prescindere dall'interpretazione che se ne voglia fornire<sup>(2)</sup>, determini l'estensione del raggio d'azione della protezione giuslavoristica oltre i tradizionali confini dell'art. 2094 c.c. per abbracciare tutte quelle situazioni in cui un potere unilaterale del titolare

---

<sup>2</sup> Chi scrive ha già sostenuto che la disposizione ridefinisce i confini della fattispecie di riferimento delle tutele, modificando l'oggetto del diritto del lavoro e sdrammatizzando, quanto mai prima d'ora, il tema dei confini della subordinazione/etero-direzione di cui all'art. 2094 c.c., oggi rilevante come mero sotto-tipo di una più ampia fattispecie (si rinvia a V. Nuzzo, *I confini delle tutele lavoristiche, oggi, Costituzionalismo.it*, 1, 2020). Ritiene invece che la norma sia volta all'attrazione nell'alveo della disciplina apprestata per i contratti di lavoro subordinato di prestazioni di lavoro non eterodirette, ma "organizzate dal committente", e ciò in una rinnovata tensione correttiva della sfasatura fattispecie-effetti nella direzione di un maggiore universalismo di tutele, A. Perulli, *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia, LD*, 2015, 2, 259. Per una ottima ricostruzione critica del dibattito si v. S. D'Ascola, *La collaborazione organizzata cinque anni dopo, LD*, 2020, 1, 3.

dell'organizzazione di impresa incide sulle modalità di adempimento dell'altro contraente, limitandone l'autonomia: in tale circostanza, per il legislatore italiano, si registra uno squilibrio tra le parti tale da richiedere un intervento del diritto del lavoro in funzione perequativa. Con la disposizione in discorso, il legislatore prende atto della trasformazione dei poteri datoriali, riconoscendo che la limitazione dell'autonomia individuale del lavoratore non consegue solo alla eterodirezione dell'attività di lavoro, ma deriva pure dall'inserimento del lavoratore in una organizzazione altrui per il perseguimento di un risultato in ordine al quale egli non ha alcun interesse giuridicamente tutelato<sup>(3)</sup>.

Questo significativo ampliamento del campo di applicazione del diritto del lavoro induce una rimediazione dei tratti tipici dei poteri datoriali, che travalicano il perimetro giuridico e/o materiale dell'impresa, emancipandosi dalle forme consuete di integrazione verticale e/o prossimità fisica<sup>(4)</sup>.

Concentrandosi su quel che più interessa in questa sede, è innegabile che resti *dentro* l'impresa il controllo della prestazione esercitato direttamente dal datore o delegato a un altro lavoratore, mentre *fuori* si registrano forme peculiari e inedite di suo esercizio, affidato a una moltitudine di strumenti tecnologici e informatici che consentono di verificare l'esatto adempimento di una prestazione svolta a distanza e, a contempo, si caratterizzano per un'inedita invasività della sfera personale, accresciuta dalla confidenza (apparente e fallace) che crediamo di avere con le nuove tecnologie.

Naturalmente la necessità del controllo a distanza (di porlo in essere e, al contempo, limitarlo) non nasce oggi. Nel 1970 il legislatore intitola così la disposizione dello Statuto dei Lavoratori che vieta i controlli impersonali, ovvero quelli effettuati dall'occhio instancabile di una macchina, ritenendoli lesivi della libertà e dignità dei

---

<sup>(3)</sup> Con l'art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015 il legislatore supera l'idea della soggezione al potere direttivo altrui per individuare i confini della fattispecie da proteggere, rendendo di contro rilevante l'integrazione della prestazione in una organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere giuridico di controllo. La nuova fattispecie riunisce al suo interno prestazioni il cui bisogno di protezione è evidente nell'asimmetria di potere tra le parti del rapporto di lavoro, determinata dal concorso di due elementi che mancano o mai si combinano negli altri contratti: l'alienità dell'organizzazione e l'alienità del risultato, secondo l'elaborazione che la Corte costituzionale aveva a su tempo proposto per individuare l'area protetta. Il riferimento è al concetto di doppia alienità del lavoratore di cui alla nota sentenza della Corte costituzionale n. 30 del 5 febbraio 1996 (RCDL, 1996, 616 ss.). L'opinione della Corte è, notoriamente, anticipata in L. Mengoni, *Contratto di lavoro e impresa*, 1971, ora in L. Mengoni, *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli, Vita e pensiero, 2004, 34 e ss. Di recente hanno valorizzato tale costrutto, pur con accenti diversi, M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclo fattorini*, LLI, 2019, 5, 2 e F. Martelloni, *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, RIDL, 2020, 3, I, 399. A giudizio di entrambi, la nozione di doppia alienità si mostra idonea ad allargare il perimetro della tutela giuslavoristica in maniera confacente ai più moderni assetti organizzativi dell'impresa e alle esigenze di protezione che promanano dal mondo del lavoro, ma mentre per il primo si tratta, ancora oggi, del "nucleo duro" della subordinazione, colpevolmente trascurato dalla (prevalente) giurisprudenza, il secondo ne rintraccia un (nuovo) fondamento nell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015.

<sup>(4)</sup> Sull'alterazione dei confini dei poteri datoriali e *tra* i poteri datoriali v. L. Tebano, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Editoriale Scientifica, 2020.

lavoratori. Ma quella norma opera in un contesto in cui, da un lato, la tecnologia considerata invasiva è la telecamera a circuito chiuso e, dall'altro, il lavoro da controllare è collocato a una "distanza ravvicinata", mentre quello svolto fuori dal perimetro materiale dello stabilimento costituisce una quota parte poco significativa del lavoro reso a beneficio dell'imprenditore, fatta eccezione per alcuni settori.

Con ogni evidenza, oggi la questione assume ben altra rilevanza e va declinata in contesti organizzativi profondamente rinnovati rispetto alla fabbrica fordista, concentrata nello spazio, organizzata in modo piramidale e gerarchicamente ordinata.

Non soltanto si avverte l'esigenza di monitorate alcune attività rese a beneficio dell'impresa da parte di soggetti estranei al controllo dell'imprenditore, come i dipendenti di organizzazioni terze, siano esse appaltatrici o fornitrici di servizi, ma cresce il bisogno di "controllare" l'attività resa da lavoratori non subordinati o da lavoratori dipendenti che operano in spazi fisicamente lontani (e talvolta lontanissimi) dalla sede aziendale.

Oggi, insomma, si avverte l'esigenza di controllare fuori dai confini dell'impresa non soltanto il lavoro dell'autista di autobus, degli addetti alla nettezza urbana o le attività di ispezione di cantieri (per guardare ai casi trattati dalla più recente giurisprudenza<sup>(5)</sup>), ma anche il lavoro di cui l'impresa si avvale quando affida la realizzazione di parte del suo fine economico a collaboratori esterni o quello svolto in smart working. A ciò si aggiungono, in misura crescente, le prestazioni (subordinate o etero-organizzate) svolte per le piattaforme online, del tutto prive di un luogo fisico di riferimento.

La complessità delle situazioni descritte è amplificata da quella, non meno rilevante, che contraddistingue il formante normativo e giurisprudenziale. L'intreccio tra fonti di regolazione diverse e la reiterazione d'interpretazioni consolidate ma non sempre fedeli al dato normativo impone di verificare se, quanto e a quali costi sia accresciuta, per l'imprenditore, la possibilità di controllare il lavoro altrui. Ovvero, in che termini tale potere riesca a farsi strada nelle distinzioni, assolutamente tradizionali, tra controllo diretto e controllo indiretto o tra controllo sull'adempimento della prestazione lavorativa e protezione dai comportamenti illeciti dei lavoratori.

## **2. I limiti statuari al controllo sull'adempimento della prestazione di lavoro: personalità e conoscibilità quali requisiti costituzionalmente necessari**

Preliminarmente torna utile richiamare, per sommi capi, i limiti generali posti dalla normativa statutaria al potere del datore di lavoro di controllare l'esatto adempimento della prestazione lavorativa. Tale potere realizza, con ogni evidenza, un

---

<sup>(5)</sup> Rispettivamente A. Palermo 12 marzo 2021, n. 320, Cass. 12 ottobre 2015, n. 20440, Cass. 11 giugno 2018, n. 15094.

interesse creditorio tipico: quello di verificare il comportamento solutorio del debitore per accertarne l'esattezza quantitativa e qualitativa. Tramite l'esercizio del potere di controllo, dunque, il datore accerta che il lavoro sia svolto per il tempo pattuito, senza distrazioni e interruzioni, e con la specifica diligenza richiesta dalla natura della prestazione. Si tratta di un potere connesso all'adempimento del contratto, non solo di quello di lavoro subordinato, che l'ordinamento giuridico riconosce al creditore di una prestazione continuativa o periodica: basti pensare alla possibilità per il locatore di accertare in ogni tempo l'osservanza degli obblighi dell'affittuario ai sensi dell'art. 1619 c.c.

Nel rapporto di lavoro, tuttavia, il carattere personale della collaborazione all'impresa altrui, unitamente alla posizione di supremazia di chi combina i fattori della produzione, si ripercuote sul piano contrattuale e incide sulla potenziale pervasività del controllo sull'adempimento, empiricamente inscindibile da quello sulla persona stessa del debitore<sup>(6)</sup>.

Proprio questa strutturale inscindibilità ha indotto dapprima la contrattazione collettiva e poi la legge a "contenere" l'esercizio del potere entro modalità non lesive dei beni giuridici che la Carta costituzionale individua come limite invalicabile alla attività economica privata. L'art. 41 assegna una preferenza assiologica ai valori della persona, posti come limite alla libertà di impresa e, con essa, all'autonomia negoziale dell'imprenditore. Non a caso, ancor prima che fosse varato lo Statuto dei lavoratori del '70, su tale disposizione costituzionale poggiavano le argomentazioni sull'illegittimità dei controlli sull'attività dei lavoratori realizzati in modo occulto o impersonale che, affidati all'efficienza di una macchina (e perciò continuativi e pervasivi), determinano una situazione di soggezione psicologica nel soggetto "osservato"<sup>(7)</sup> lesiva della libertà e dignità richiamate dall'art. 41<sup>(8)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Come ha efficacemente scritto G. Fontana, *"Contratto di lavoro" e "giustizia" nella crisi economica*, *DLM*, 2017, 314: «il lavoro, oltre ad avere un suo rilievo "personalista", costituisce pur sempre un fattore di produzione che esige di essere inserito in un sistema produttivo efficiente, in grado di controllare i costi e di prevedere e razionalizzare il rendimento dei lavoratori».

<sup>(7)</sup> Si veda la ricostruzione di C. Smuraglia, *Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore*, *RGL*, 1960, 303 e ss.

<sup>(8)</sup> Anche nella disciplina codicistica del contratto di lavoro vi è la necessità di tutelare la persona del debitore: l'art. 2087 c.c. impone, infatti, l'obbligo al datore di salvaguardare sia l'integrità fisica che «la personalità morale» del lavoratore e, dunque, impone che l'attività imprenditoriale si svolga nel rispetto di tali valori. Tuttavia è stato sottolineato come la norma codicistica si inserisce in un sistema in cui il concetto di libertà ha scarso significato, soprattutto per il lavoratore, in cui «la personalità di questo viene considerata solo dal punto di vista di un'etica corrente o precostituita e più o meno autoritariamente imposta. La disposizione costituzionale, al contrario, appartiene a un sistema in cui la libertà dell'uomo, del cittadino e del lavoratore è garantita non solo nei confronti dello Stato, ma nei confronti di tutti i soggetti pubblici e privati. Ed in essa trova conferma esplicita quell'illimitata estensione della garanzia già sancita, in linea più generale, dall'art. 2 della Costituzione stessa. L'art. 41, [...] insomma, fa parte di un ordinamento in cui la dignità dell'uomo rappresenta il bene supremo». Così U. Natoli, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, in Id., *Diritti fondamentali e categorie generali*, Giuffrè, 1993 (ma testo del 1956), 432 s., che evidenzia anche come con la Costituzione la tutela della

Sui medesimi binari si muove, come noto, il legislatore statutario quando fissa «il punto di equilibrio tra le “ragioni” dell’economia capitalistica e l’esigenza di garanzia dei soggetti implicati nel processo produttivo»<sup>(9)</sup> attraverso la predisposizione di una serie di limiti (anche) all’esercizio del potere datoriale di controllo<sup>(10)</sup>. La scelta del legislatore del ’70 è quella di vietare il controllo occulto e comunque assicurare, anche in caso di controllo palese, che sia mantenuto in una dimensione “umana”, scongiurando le forme pervasive e continuative del controllo impersonale. Con l’art. 3 St. lav. la normativa statutaria opera un bilanciamento *ex ante* degli opposti interessi in gioco e, pur riconoscendo quello al controllo sull’attività lavorativa, lo rende recessivo rispetto alla tutela della libertà e dignità umana quando è svolto con modalità tali da essere penetrante e invadente, quando cioè non è svolto dell’uomo sull’uomo ma è attuato attraverso strumenti che consentono di monitorare ininterrottamente la prestazione del lavoratore<sup>(11)</sup>.

L’infelice rubrica del successivo art. 4, superata a seguito della recente riscrittura della disposizione, ha dato luogo a svariati equivoci sul c.d. controllo a distanza. Le norme ivi contenute non disciplinano (né hanno mai disciplinato) il controllo sulla prestazione del lavoratore. Esse, per contro, si indirizzano al potere organizzativo dell’imprenditore imponendo una procedimentalizzazione delle decisioni organizzative che comportino, quale effetto collaterale, un controllo impersonale sul lavoratore. L’art. 4, insomma, non solo esclude la possibilità di affidare a strumenti tecnologici o informatici il controllo della prestazione di lavoro, ma limita la libertà economica dell’imprenditore di adottare, per ragioni altre e specifiche, strumenti che indirettamente possano realizzare quel controllo, sia selezionando le ragioni legittime per le quali tali strumenti possono essere impiegati, sia imponendo di concordare tale scelta con il sindacato o con l’autorità amministrativa.

Il quadro normativo è pertanto chiaro: affinché il controllo sulla prestazione di lavoro sia legittimo, esso deve profilarsi come *personale e palese*.

Poste queste premesse, pare inevitabile che una prestazione di lavoro svolta fuori dai confini dell’impresa ponga una serie di dubbi e problemi applicativi. Difatti, quando

---

personalità umana cui fa riferimento l’art. 2087 c.c. «non è affidata al criterio paternalistico dell’imprenditore, ma è garantita anzitutto nei suoi confronti» (qui 435).

<sup>(9)</sup> M. D’Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, 1979, qui 85.

<sup>(10)</sup> Si è detto, il potere di controllo è giuridificato e privato dei suoi aspetti feudali L. Gaeta, *La dignità del lavoratore e i «turbamenti» dell’innovazione*, LD, 1990, 207. Sul punto ampiamente F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, 1982, Franco Angeli; C. Zoli, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, Giuffrè, 1988.

<sup>(11)</sup> Così M. Barbieri, *L’utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dal lavoratore*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, qui 185; in termini v. anche A. Trojsi, *Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014: tra costruzione del Diritto del lavoro dell’era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori*, in *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, a cura di M. Rusciano - L. Zoppoli, WP CSDLLE “Massimo D’Antona”, *collective volumes*, n. 3/2014, 125.



la prestazione è svolta fuori da quello spazio in cui il datore può controllare direttamente la prestazione ovvero può affidarla al personale di vigilanza, i requisiti imposti dallo Statuto dei lavoratori devono fare i conti con la possibilità di soddisfare l'interesse creditorio all'accertamento della corretta esecuzione del contratto.

### 3. Il controllo personale ma occulto: gli investigatori privati

Se l'interprete sembra sguarnito al cospetto dei grandi mutamenti evocati in premessa, è vero che la dottrina e la giurisprudenza hanno disseminato segnali preziosi sulle strade che già hanno percorso.

Pensando all'esigenza di verificare l'adempimento della prestazione lavorativa svolta fuori dai locali aziendali, il primo sistema che viene in mente è rappresentato dal ricorso, piuttosto consueto, agli investigatori privati. La questione è assai complessa, perché viene in rilievo una forma di controllo umano, ma occulto, come tale attuato in violazione dei limiti posti dalle norme statutarie poc'anzi richiamate.

In tale ambito, il diritto vivente ha costantemente precisato che la legge vieta ogni forma di controllo occulto sull'adempimento, mentre ha ammesso la possibilità di ricorrere a un'agenzia investigativa per appurare comportamenti del lavoratore non riconducibili alla prestazione ma che ugualmente costituiscono inadempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto di lavoro<sup>(12)</sup> ovvero in caso di (temuti) comportamenti illeciti del lavoratore<sup>(13)</sup>.

Sulla base di quest'orientamento, sembra potersi affermare, con un ragionevole grado di certezza, che il controllo personale occulto sulla prestazione non sia mai ammesso, nemmeno per verificare la corretta esecuzione dell'attività di lavoro svolta fuori dal perimetro aziendale, fatte salve le ipotesi in cui esso abbia uno scopo meramente difensivo.

Senza bisogno d'indugiare in questa sede sul concetto di controllo difensivo – su cui si tornerà in seguito (v. infra, par. 6) – non sono poche le contraddizioni che esibisce una giurisprudenza la quale, nei fatti, protegge da censure un controllo illegittimo, perché orientato ad accertare l'illegittimità di un comportamento che potrà apparire tale soltanto dopo che il controllo illegittimo è stato posto in essere<sup>(14)</sup>. Un primo rilevante

---

<sup>(12)</sup> Cass. 11 giugno 2018, n. 15094. Sulla violazione del dovere di non concorrenza: Cass. 22 maggio 2017, n. 12810; Cass. 4 luglio 2014, n. 15365; sull'utilizzo improprio dei permessi ex art. 33, l. n. 104/1992: Cass. 18 febbraio 2019, n. 4670; Cass. 4 settembre 2018, n. 21621; Cass. 4 marzo 2018, n. 4984.

<sup>(13)</sup> Così A. Palermo, 15 luglio 2021; Cass. 11 giugno 2018, n. 15094 e già, tra i tanti, Cass. 10 luglio 2009 n. 16193; Cass. 7 giugno 2003, n. 9167; Cass. 12 giugno 2002 n. 8388; Cass. 18 settembre 1995 n. 9836; Cass. 9.6.1989, n. 2813; Cass. 24 marzo 1983, n. 2042.

<sup>(14)</sup> In tal senso efficacemente L. Nogler, *Sulle contraddizioni logiche della Cassazione in tema di diritto alla riservatezza del lavoratore subordinato*, RCP, 1998, 113. Sul punto v. V. Pinto, *I controlli "difensivi" del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dal lavoratore*, op. cit., 2017, 141, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

profilo problematico risiede nella difficile individuazione dell'oggetto del controllo, che presupporrebbe la netta divisione tra comportamento illecito e adempimento, mentre a volte le due fattispecie coincidono – si pensi alla truffa derivante dal mancato rispetto dell'orario di lavoro – e molto spesso l'illecito è legato inscindibilmente al controllo sull'adempimento<sup>(15)</sup>.

In definitiva, per quanto la giurisprudenza insista nel ribadire il principio alla cui stregua il controllo non può avere ad oggetto l'attività lavorativa, la medesima sovente si smentisce in concreto, finendo per ammettere, ad esempio, «l'utilizzazione di investigatori per il controllo dell'orario di lavoro in quanto l'ingiustizia del profitto del lavoratore che prestando un orario ridotto percepisce per intero il compenso stabilito per la giornata lavorativa configura il reato di truffa»<sup>(16)</sup>.

Proprio la possibilità di controllare attraverso agenzie investigative il rispetto dell'orario di lavoro dei dipendenti che svolgono la loro attività fuori dall'azienda merita un approfondimento. Secondo i giudici, in questo caso, gli investigatori sarebbero chiamati a controllare solo il *quantum* della prestazione, e non le sue modalità di svolgimento, e dunque non si avrebbe vigilanza sull'attività lavorativa<sup>(17)</sup>. La questione si è già posta, con riferimento all'art. 4 St. lav., in relazione alla necessità o meno di un accordo sindacale per l'introduzione dei badge. In particolare, al prevalente indirizzo della giurisprudenza di merito che distingueva il controllo (solo) sull'orario da quello sull'attività dei lavoratori, lasciando il primo fuori dal campo di applicazione dell'art. 4 St. lav.<sup>(18)</sup>, si è contrapposto, nel 2007, un diverso orientamento della Suprema Corte<sup>(19)</sup>, la quale ha ritenuto applicabile la norma statutaria agli strumenti di registrazione dell'orario d'ingresso e uscita, fino ad allora liberamente impiegati.

Riformando le decisioni dei precedenti gradi di giudizio, i giudici di legittimità sostennero che il riferimento all'attività dei lavoratori, di cui all'art. 4 St. lav., non potesse essere limitato alle sole modalità del suo svolgimento, ma anche al *quantum* della prestazione, ed estese la necessità di accordo sindacale agli strumenti di rilevazione degli accessi. Tale interpretazione, pur avversata in alcune successive decisioni, è stata

---

<sup>(15)</sup> V., ad esempio, sul controllo dell'attività di cassa Cass. 4 dicembre 2014, n. 25674; Cass. 23 giugno 2011, n. 13789.

<sup>(16)</sup> Così T. Padova, ord., 4 ottobre 2019, n. 1774 (estensore Perrone).

<sup>(17)</sup> Sulla legittimità dell'uso di agenzie investigative per il controllo sull'orario di lavoro v. Cass. 4 aprile 2018, n. 8373 e Cass. 1° marzo 2019, n. 6174, che liquidano la questione sulla base della riconducibilità del comportamento del lavoratore a una frode, ritenendo che il controllo delle agenzie investigative sull'orario di lavoro non sia «diretto a verificare le modalità di adempimento della prestazione lavorativa bensì la condotta fraudolenta di assenza del dipendente dal luogo di lavoro nonostante la timbratura del badge».

<sup>(18)</sup> Cfr., tra le tante, T. Milano 26 marzo 1994; T. Milano 31 gennaio 2001 e, solo in *obiter dictum*, Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, cit.

<sup>(19)</sup> Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, *q. Riv.*, 2008, II, 714, nt. M.L. Vallauri, *È davvero incontenibile la vis espansiva dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori?*

sostanzialmente confermata dalla prevalente giurisprudenza<sup>(20)</sup>, anche se soprattutto con riferimento ai badge elettronici che, registrando «anche le sospensioni, i permessi, le pause, [realizzano] in concreto un controllo costante e a distanza circa l'osservanza da parte degli stessi dipendenti del loro obbligo di diligenza»<sup>(21)</sup>.

L'impianto argomentativo appena richiamato va ricalibrato a seguito della modifica della formulazione dell'art. 4 St. lav., che proprio per gli «strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze» ammette oggi una deroga al divieto di controllo impersonale, liberando dalla negoziazione sindacale e dalla ricerca di un accordo (o comunque dall'onere di attivare la procedura amministrativa) la decisione relativa all'installazione di quegli strumenti che mirano solamente a riscontrare la presenza del lavoratore in azienda al fine di appurare il rispetto dell'orario di lavoro<sup>(22)</sup>. La sola registrazione dell'inizio e della fine dell'attività lavorativa è, infatti, consentita al di fuori delle condizioni imposte dall'art. 4 in quanto, pur rilevando ai fini del corretto adempimento, risponde a una finalità diversa da quella d'ispezione delle modalità di svolgimento della prestazione, riconducibile più propriamente alla tutela dell'interesse (in tal caso debitorio) del datore di commisurare la retribuzione al tempo di lavoro o di misurare lo straordinario. D'altronde, com'è stato condivisibilmente sottolineato, essa non implica «alcun controllo né assiduo, né anelastico, né intrusivo sul comportamento della persona»<sup>(23)</sup> del lavoratore.

---

<sup>(20)</sup> Cass. 14 luglio 2017, n. 17531; Cass. 13 maggio 2016, n. 9904, per le quali un controllo sull'orario di lavoro necessita dell'accordo sindacale in quanto si sostanzia in un «controllo dell'osservanza dei doveri di diligenza nel rispetto dell'orario di lavoro e della correttezza dell'esecuzione della prestazione lavorativa».

<sup>(21)</sup> V., da ultimo, Cass. 14 luglio 2017, n. 17531, che però si riferisce, come molte, al badge con chip Rfid che consente la memorizzazione di «tutti i dati acquisiti tramite la lettura magnetica del badge del singolo lavoratore, riguardanti non solo l'orario di ingresso e di uscita, ma anche le sospensioni, i permessi, le pause, così realizzando in concreto, un controllo costante e a distanza circa l'osservanza da parte degli stessi dipendenti del loro obbligo di diligenza, sotto il profilo del rispetto dell'orario di lavoro».

<sup>(22)</sup> Impossibile citare qui i numerosi contributi in materia: tra i tanti v. A. Ingraio, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy. Una lettura integrata*, Cacucci, 2018; i saggi nel volume curato da P. Tullini, *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dal lavoratore*, op. cit., 2017; R. Del Punta, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23 d.lgs. n. 151/2015)*, RIDL, 2016, I, 77; I. Alvino, *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*, LLI, 2016, 1, 25; C. Zoli, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, legge n. 300/1970*, VTDL, 2016, n. 4, 635; M.T. Salimbeni, *La riforma dell'articolo 4 dello statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, RIDL, 2015, I, 589.

<sup>(23)</sup> C. Zoli, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, RIDL, 2009, I, 491. Ciò almeno finché gli strumenti a tal fine utilizzati si limitano alla mera registrazione dell'orario all'entrata e all'uscita dell'azienda e alla permanenza entro il perimetro aziendale, escludendo invece quelli di rilevazione degli spostamenti endoaziendali del lavoratore o della sua permanenza in luoghi specifici. In giurisprudenza v. Cass. 4 aprile 2018, n. 8373, che nel caso di prestazione svolta fuori dall'azienda ritiene legittimo l'uso di investigatori per la verifica dell'orario di lavoro sostenendo che «non era diretto a verificare le modalità di adempimento dell'obbligazione lavorativa, bensì le cause dell'assenza del dipendente dal luogo di lavoro».

Il punto è capire se tale soluzione interpretativa sia o meno estendibile all'art. 3 St. lav., che impone un controllo palese sulla esecuzione della prestazione. Posto cioè che è possibile che la verifica del rispetto dell'orario di lavoro sia affidata a terzi (come gli investigatori) o a strumenti elettronici, il riferimento contenuto nell'art. 3 ai controlli «sulla prestazione» consente che essa avvenga all'oscuro del lavoratore?

Il dubbio può essere sciolto facendo ricorso all'interpretazione sistematica, anche alla luce del terzo comma dell'art. 4, il quale impone – per l'utilizzabilità delle informazioni raccolte – una «adeguata informazione delle modalità [...] di effettuazione dei controlli». Il principio di conoscibilità del controllo, in altri termini, non subisce mai deroghe nella regolamentazione statutaria e pertanto deve ritenersi applicabile a quello svolto sia con le persone che con strumenti a distanza: esso, anzi, «costituisce il principio guida che accomuna nello Statuto dei lavoratori i controlli disciplinati dall'art. 3 con quelli dell'art. 4»<sup>(24)</sup>. Pertanto il controllo sull'orario di lavoro dei lavoratori che operano fuori dai confini dell'impresa può essere svolto con sistemi di registrazione informatici, adeguatamente noti al lavoratore, ma non certo con gli investigatori privati, salvo che questo controllo non dismetta la consueta natura clandestina.

Confermata dal legislatore la necessità della “trasparenza” del controllo datoriale, si è provato, a suo tempo, ad avanzare una soluzione interpretativa più aderente al sistema normativo disegnato dallo Statuto dei lavoratori: ammettere il ricorso alle agenzie investigative a condizione che esso sia palese, ovvero che ne sia data informazione al lavoratore<sup>(25)</sup>. Una soluzione di tal fatta, pur vanificando – come pare inevitabile – l'efficacia di alcuni accertamenti, avrebbe il pregio di “trasformare” gli investigatori privati in personale esterno di vigilanza, così rispettando le garanzie previste dalla legge a tutela della persona che lavora. D'altronde l'effetto collaterale di minore efficacia del controllo non occulto era ampiamente messo in conto, mezzo secolo or sono, dal legislatore statutario il quale, con l'art. 3, finalmente archiviava la pratica della delazione così come proibiva l'impiego di “falsi lavoratori” usati per spiare i colleghi, riferendo, poi, al datore di lavoro sulle condotte riscontrate (oltre che sulle sue opinioni politiche, religiose, sindacali)<sup>(26)</sup>. Era evidente anche al tempo della conflittualità permanente, insomma, che la riconoscibilità del personale di vigilanza avrebbe diminuito l'efficacia del controllo, il che non impedì di privilegiare la tutela della dignità del lavoratore rispetto agli oggettivi interessi datoriali.

Questa valutazione, cristallizzata nel dato normativo, non dovrebbe consentire interpretazioni *contra legem* per il presente e per il futuro.

---

<sup>(24)</sup> Così A. Maresca, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dal lavoratore*, op. cit., 22.

<sup>(25)</sup> V. Nuzzo, *La protezione dei lavoratori dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, 2018.

<sup>(26)</sup> Si pensi a P. Torino 25 luglio 1955, RGL, 1955, II, 384, relativa proprio alla scelta della Direzione della Fiat di “infiltrare” una guardia giurata tra gli operai, «travestita da operaio».

#### 4. Il controllo palese ma impersonale: gli strumenti informatici e tecnologici

Molto più che agli investigatori privati, il controllo “fuori” dai confini fisici dell'impresa è spesso affidato a sistemi tecnologici informatici ed elettronici, tra i quali possono annoverarsi i geolocalizzatori e gli antivirus idonei a monitorare i collegamenti informatici.

Si tratta di controlli che, seppur svolti in maniera palese, con adeguata informazione al lavoratore *ex art. 4, comma 3*, sono “impersonali” e, dunque, scevri dai limiti insiti nelle forme di controllo umano, come tali vietati dalla disciplina statutaria. L'art. 4 St. lav., difatti, consente di concordare con il sindacato (o di chiedere l'autorizzazione amministrativa per) l'impiego di strumenti che abbiano quale *effetto collaterale* il controllo sul lavoratore, solo a condizione che la loro adozione abbia finalità diverse dal controllo. Anzi, proprio il prodursi di un controllo come effetto collaterale incide sul potere organizzativo dell'imprenditore, imponendo una serie di vincoli procedurali.

Tale conclusione non è contraddetta dalla novella del 2015: il fatto che l'odierna disposizione non espliciti il divieto di controllo a distanza non equivale certo a renderlo legittimo. Si è già anticipato, del resto, che le disposizioni in discorso vanno lette e coordinate tra loro sulla base del contesto normativo in cui sono collocate, peraltro – come noto – in rapida successione. Con le disposizioni dell'art. 3 il legislatore statutario regolamenta, specificamente, la facoltà di verificare l'adempimento della prestazione lavorativa, prescrivendo che il controllo sia svolto attraverso personale i cui nominativi siano portati a conoscenza dei dipendenti. Poi, pone limiti all'impiego di strumenti a distanza che possano realizzare quel controllo sulla prestazione già disciplinato dall'articolo precedente quale effetto preterintenzionale o indiretto, perché frutto di decisioni imprenditoriali che perseguono altre finalità lecite. Il primo comma dell'art. 4, nel limitare il legittimo ricorso a strumenti di controllo a distanza «esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale», conferma che la verifica dell'attività di lavoro non è una finalità perseguibile attraverso dispositivi informatici e tecnologici<sup>(27)</sup>. L'utilizzo dell'avverbio «esclusivamente» riferito alle esigenze indicate nella disposizione consente di sostenere che solo per esse sia possibile attivare la consultazione sindacale diretta all'installazione di impianti o all'impiego di apparecchiature da cui possa derivare un controllo sui lavoratori, così che mai sarà possibile concordare con le parti sociali l'uso di mezzi

---

<sup>(27)</sup> Così anche il comunicato stampa del Ministero del lavoro 18 giugno 2015: «La norma non "liberalizza", dunque, i controlli ma si limita a fare chiarezza circa il concetto di "strumenti di controllo a distanza" ed i limiti di utilizzabilità dei dati raccolti attraverso questi strumenti, in linea con le indicazioni che il Garante della Privacy ha fornito negli ultimi anni».

informatici o tecnologici diretti a verificare l'adempimento<sup>(28)</sup>. Tale controllo resta regolato dall'art. 3 che lo riserva alle persone, non già alle macchine, perché il controllo "non-umano" eccede strutturalmente i limiti fissati dalla legge per contemperare l'esercizio di un potere contrattuale con il rispetto della dignità di chi lavora.

Il divieto di controllo a distanza della prestazione di lavoro sopravvive, dunque, nella formulazione e nella *ratio* del nuovo primo comma dell'art. 4, che conferma, nella sostanza, il punto di equilibrio tra esigenze imprenditoriali e tutela della (libertà e dignità del) lavoratore già individuato dall'originaria disposizione: da un lato la possibilità di utilizzare per esigenze qualificate strumenti da cui possa derivare *anche* un controllo sulla prestazione, dall'altro il divieto di adoperare tali strumenti per "osservare" la *persona* che lavora<sup>(29)</sup>.

Coerentemente all'interpretazione proposta si è peraltro pronunciato lo stesso Governo nella nota con cui il Ministero del lavoro chiarisce che l'art. 4 St. lav. «non liberalizza i controlli, ma si limita a fare chiarezza circa il concetto di strumenti di controllo a distanza e i limiti di utilizzabilità dei dati raccolti attraverso questi strumenti»<sup>(30)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> In tal senso M. Barbieri, *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, cit., 202-204.

<sup>(29)</sup> D'altronde, per quest'ultimo comportamento, resta la sanzione penale: l'art. 171 del Codice della privacy, modificato dal d. lgs. n. 151/2015, ritiene penalmente rilevanti le condotte che violino le prescrizioni contenute nel comma 1 della norma statutaria e, dunque, l'impiego di un impianto di controllo senza l'accordo sindacale o l'autorizzazione amministrativa ovvero senza che sussistano quelle esigenze che ne consentano l'utilizzazione e che relegano il controllo sulla prestazione a mero effetto indiretto di impianti e strumenti aventi altro fine: cfr. Cass. Pen., Sez. III, 8 settembre 2016, n. 51897, secondo cui «con la rimodulazione dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, è solo apparentemente venuto meno il divieto esplicito di controlli a distanza, nel senso che il superamento del divieto generale di detto controllo non può essere predicato sulla base della mancanza, nel nuovo art. 4, di una indicazione espressa (com'era nel previgente art. 4, comma 1) di un divieto generale di controllo a distanza sull'attività del lavoratore, avendo la nuova formulazione solamente adeguato l'impianto normativo alle sopravvenute innovazioni tecnologiche e, quindi, mantenuto fermo il divieto di controllare la sola prestazione lavorativa dei dipendenti, posto che l'uso di impianti audiovisivi e di altri strumenti di controllo può essere giustificato "esclusivamente" a determinati fini, che sono *numerus clausus*, (cioè per esigenze organizzative e produttive; per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale) e alle condizioni normativamente indicate, sicché residua un regime protezionistico diretto a salvaguardare la dignità e la riservatezza dei lavoratori, la cui tutela rimane primaria nell'assetto ordinamentale e costituzionale, seppur bilanciabile sotto il profilo degli interessi giuridicamente rilevanti con le esigenze produttive ed organizzative o della sicurezza sul lavoro. Da ciò deriva che sussiste continuità di tipo d'illecito tra la previgente formulazione della l. n. 300 del 1970, art. 4, e la rimodulazione del precetto intervenuta a seguito del D.lgs. n. 151 del 2015, nel senso che costituisce reato l'uso di impianti audiovisivi e di altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, avendo la normativa sopravvenuta mantenuto integra la disciplina sanzionatoria per la quale la violazione dell'art. 4 St. lav. è penalmente sanzionata ai sensi dell'art. 38 della stessa legge». Così pure Cass. Pen., Sez. III, 31 gennaio 2017, n. 22148. Sui profili penali v. F. Curi, *Profili penali dei controlli a distanza*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dal lavoratore*, op. cit., 209 e ss.

<sup>(30)</sup> Nota del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 18 giugno 2015, pubblicata sul sito istituzionale del Ministero: <http://www.lavoro.gov.it/stampa-e-media/Comunicati/Pagine/20150618-Controlli-a-distanza.aspx>.

## 5. Dove tutto sembra possibile: gli strumenti di lavoro e di rilevazione di accessi e presenze

La riforma del 2015, indotta dalle trasformazioni organizzative e tecnologiche su cui ci è soffermati in *Premessa*, non aiuta a sciogliere molti nodi a suo tempo richiamati, perché i principali problemi interpretativi si addensano proprio sugli aspetti su cui il legislatore intendeva far “chiarezza”.

Il secondo comma dell'art. 4 St. lav. notoriamente prevede una deroga alla disciplina del primo comma, riguardante gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli accessi e delle presenze. Ci si deve domandare, conseguentemente, se la scelta datoriale relativa all'impiego di tali mezzi ritorni completamente libera, a seguito della riforma, e se attraverso di essi sia esercitabile un inedito potere di verificare l'adempimento del lavoratore. Un'ulteriore questione riguarda la possibilità di un controllo indiretto sulla prestazione effettuato attraverso impianti e strumenti impiegati per le legittime finalità oggettive e specifiche prescritte dalla norma, ma «dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori».

In relazione a entrambe le ipotesi, infatti, il terzo comma dell'art. 4 St. lav. specifica che, ad alcune condizioni, le informazioni acquisite in maniera impersonale sono utilizzabili «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro».

Sebbene, dunque, il controllo a distanza sull'adempimento resti una finalità illegittima – per la quale non possono essere utilizzati mezzi elettronici, tecnologici o informatici ai sensi del primo comma dell'art. 4 St. lav. – tale controllo potrebbe rappresentare un effetto indiretto (o preterintenzionale) dell'utilizzo di dispositivi impiegati per altri (e differenti) fini, ma potrebbe addirittura costituire l'esigenza alla base della scelta datoriale di utilizzare, in deroga alla disciplina del primo comma, strumenti che servano (anche) a rendere la prestazione di lavoro o a registrare accessi e presenze. Tuttavia, perché i dati raccolti da tali strumenti siano utilizzabili ai fini del rapporto di lavoro, sono necessarie due ulteriori condizioni: in primo luogo occorre che il controllo sia palese (cfr. il terzo comma dell'art. 4: “a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli”); in secondo luogo va rispettata la normativa a tutela della privacy.

Il richiamo alla normativa della privacy (comprensivo degli interventi interpretativi, valutativi e prescrittivi del Garante) pone limiti sostanziali alla vigilanza sull'attività lavorativa<sup>(31)</sup> e costituisce oggi, in maniera ben più efficace della disciplina

---

<sup>(31)</sup> In termini M. Barbieri, *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dal lavoratore*, op. cit., 198 e ss. La diretta incidenza dei limiti introdotti da Codice della privacy sul legittimo esercizio del potere datoriale è evidenziata anche da I. Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori* cit., 2016, 30.

contenuta nell'art. 4, il vero e «principale argine a un utilizzo pervasivo dei controlli sul lavoro»<sup>(32)</sup>. L'art. 5 del Regolamento Ue 2016/679 (GPDR), che apre il Capo II intitolato ai principi, impone che i dati siano trattati in modo non solo lecito ma anche corretto (co. 1, lett. a) e non incompatibile con le finalità per cui è avvenuta la raccolta (co. 1, lett. b); sancisce il principio della minimizzazione dei dati, che si traduce nell'acquisizione di informazioni pertinenti e limitate a quanto strettamente necessario alla finalità del trattamento (co. 1, lett. c). Il successivo art. 6 chiede poi, espressamente, in relazione alla liceità del trattamento, un giudizio di compatibilità tra la finalità originaria della raccolta e la diversa finalità delle successive operazioni sui dati (co. 4). Di conseguenza, un'interpretazione volta a distinguere la raccolta del dato – per la quale deve sussistere uno scopo lecito – dalla sua utilizzazione, slegata allo scopo e libera nel fine, appare già contraddetta. Il trattamento del dato, infatti, deve avvenire in maniera conforme alla finalità per cui esso è raccolto (rispetto alla quale occorre verificare la pertinenza e la non eccedenza) e peraltro deve rispettare il principio di correttezza, imposto sia dalla normativa sulla privacy al titolare del dato, sia dall'art. 1175 c.c. al creditore della prestazione.

In una tale analisi è opportuno distinguere le ipotesi degli strumenti adottati a seguito di autorizzazione sindacale per una delle finalità indicate dal primo comma della disposizione statutaria, da quelli impiegati in deroga a tale disciplina.

Nel primo caso gli scopi leciti sono determinati dalla legge (sicurezza del lavoro, esigenze organizzative e produttive o tutela del patrimonio aziendale) e solo in coerenza con tali finalità è ammesso l'utilizzo dei dati raccolti. Non può esistere, cioè, un impiego “eccedente” che renda il dato utilizzabile, perché romperebbe il legame che il GPDR instaura tra la finalità della raccolta e l'utilizzabilità dell'informazione.

Di conseguenza, proponendo una interpretazione che non voglia vanificare la previsione legislativa e che sia conforme al dato europeo, deve ritenersi che le informazioni raccolte dagli strumenti impiegati ai sensi del primo comma dell'art. 4 St. lav. siano effettivamente utilizzabili a «tutti» i fini connessi al rapporto di lavoro, purchè però coerenti con la esigenza che ne ha determinato la liceità della raccolta, e cioè per la sicurezza del lavoro, la tutela del patrimonio aziendale o per ragioni organizzative e produttive. In pratica, il terzo comma dell'art. 4 va letto nel senso che le informazioni raccolte dal datore attraverso strumenti da cui indirettamente è derivato un controllo sull'attività dei lavoratori siano «utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro *di volta in volta compatibili con la finalità per la quale lo strumento è stato impiegato*».

Questa interpretazione può essere riproposta anche per l'uso di strumenti di lavoro o di registrazione di accessi e presenze, che evidentemente non può essere slegato

---

<sup>(32)</sup> Così A. Soro, *Audizione sugli schemi dei decreti legislativi attuativi del c.d. Jobs Act presso la Commissione Lavoro della Camera dei deputati (9 luglio 2015) e la Commissione Lavoro del Senato (14 luglio 2015)*, in *www.garanteprivacy.it*, 2. Sulla integrazione tra disciplina di tutela della privacy e disciplina dei controlli impersonali v. A. Ingraio, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy* cit.



da uno scopo determinato, esplicito e legittimo. L'esigenza che giustifica la deroga, cioè, non può essere quella della verifica dell'adempimento, tuttora perseguibile solo col personale di vigilanza.

Quanto al rischio che l'effetto collaterale possa divenire l'elemento determinante la scelta datoriale, anche qui un antidoto si rinviene nei principi del Regolamento Ue. Esso pone tra i suoi pilastri l'*accountability* che, letta insieme alla codificazione della *privacy by design* (ovvero della *privacy* come obiettivo della stessa organizzazione di impresa), implica la responsabilizzazione del datore di lavoro per la predisposizione delle misure tecniche e organizzative più idonee a garantire la protezione dei dati personali dei lavoratori. Tale principio, infatti, rileva non solo nel momento del trattamento del dato, ma già in quello della progettazione della struttura aziendale, incidendo sul potere imprenditoriale di decidere gli assetti organizzativi e produttivi dell'impresa attraverso l'imposizione, tra le alternative possibili, di quelli meno impattanti sulla riservatezza di chi lavora.

Si pensi, ad esempio, al cartellino marcatempo, che si limita a memorizzare l'orario di ingresso e di uscita dei lavoratori, rispetto a un *badge* elettronico con tecnologia Rfid, che consente di tracciare tutti gli spostamenti del lavoratore. Entrambi realizzano lo specifico interesse organizzativo al controllo dell'orario di lavoro, ma la tecnologia presente nel badge può costituire un valore aggiunto (idoneo a condizionare la scelta dell'imprenditore) perché la sua utilizzazione permette una verifica costante dell'adempimento e della diligenza del prestatore in azienda (e quindi incide in maniera efficiente anche sul piano dell'amministrazione del contratto). Anche in tal caso dirimente diventa il principio della *privacy by design*: la scelta va indirizzata sullo strumento che ha meno impatto sulla *privacy*, anche se proprio l'effetto collaterale potrebbe suggerire l'altra più vantaggiosa soluzione.

La deroga, dunque, è legata alla funzione dello strumento, che non è (e non può essere) l'individuazione degli inadempimenti del lavoratore. Se in applicazione della normativa sulla *privacy* la raccolta dei dati può avvenire solo per scopi legittimi, anche gli strumenti di lavoro dovranno essere utilizzati con un vincolo di scopo, che è quello che giustifica la deroga stessa, ovvero proprio l'essere strumento (non di controllo, ma) di lavoro o di registrazione di accessi e presenze.

Certo, non si può dimenticare che si tratta, spesso, di strumenti polifunzionali, in cui le tecnologie di controllo e quelle prestazionali coesistono e sono inseparabili. Ma qui viene in rilievo la nozione che si intende accogliere di strumento di lavoro o di misurazione di accessi e presenze.

Soffermandoci su quel che più interessa ai fini di questo scritto, ci si deve domandare se gli antivirus che monitorano il pc o i dispositivi di geolocalizzazione installati su uno smartphone rappresentino strumenti di lavoro rientranti nella deroga del comma 2 o vi sono estranei.

Ad opinione di chi scrive è senz'altro da preferire la seconda opzione. Difatti, come chiarito dal Garante della privacy, la deroga è limitata a quei dispositivi strettamente funzionali (e non solo utili) alla prestazione. Pertanto non costituiscono strumenti di lavoro in senso stretto quei «sistemi *software* che consentono, con modalità non percepibili dall'utente (c.d. in *background*) e in modo del tutto indipendente rispetto alla normale attività dell'utilizzatore (cioè senza alcun impatto o interferenza sul lavoro del dipendente), operazioni di monitoraggio, filtraggio, controllo e tracciatura costanti e indiscriminati degli accessi a internet o al servizio di posta elettronica»<sup>(33)</sup>.

A conclusioni analoghe si deve pervenire con riferimento agli strumenti di geolocalizzazione. Essi possono servire a distribuire in modo efficiente il lavoro, a tracciare il percorso più veloce, a controllare che il lavoratore lo segua, ma è difficile sostenere che siano strumenti “strettamente funzionali” all'esecuzione della prestazione. Anche quando si tratti di un dipendente addetto alla consegna di plichi, l'utilizzo del gps realizza un interesse organizzativo dell'imprenditore (appunto quello all'efficienza e alla rapidità), se non proprio quello creditorio al controllo, ma non riguarda la prestazione di lavoro, che può essere resa con o senza tale applicativo, con la conseguenza che esso non può essere considerato strumento di lavoro<sup>(34)</sup>. Insomma, quando il dispositivo o il programma è rivolto a finalità che eccedono «le immediate esigenze della prestazione del singolo lavoratore, anche se possono ripercuotersi positivamente sulla produttività e sulla qualità della stessa, si fuoriesce dall'eccezione e si ricade nell'ambito di applicazione del 1° comma»<sup>(35)</sup>, con la conseguenza che l'impiego di tali applicativi

---

<sup>(33)</sup> Garante per la protezione dei dati personali, 13 luglio 2016, n. 303, *RIDL*, 2017, II, 310, nt. A. Trojsi, *Al cuore del nuovo art. 4, co. 2, st. lav.: la delimitazione della fattispecie degli «strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa»*. La pronuncia si pone in conformità coi precedenti orientamenti dell'Autorità: v. Garante per la protezione dei dati personali, 2 febbraio 2006, *ADL*, 2006, II, 1142, nt. Ferrante V., *Competenze dell'Autorità garante e controlli difensivi*; Garante per la protezione dei dati personali, 18 maggio 2006, *ADL*, 2006, II, 1135, nt. A. Cataudella, *Riservatezza del lavoratore subordinato e accesso ai suoi dati personali in sede di controllo da parte del datore di lavoro*; Garante per la protezione dei dati personali, 2 aprile 2009, *RGL*, 2010, II, 167, nt. S. Rossetti, *Nuove tecnologie informatiche e controllo dell'attività lavorativa*; Garante per la protezione dei dati personali, 4 giugno 2015, n. 345, in <http://www.bollettinoadapt.it/privacy-e-tecnologie-il-garante-contro-il-controllo-delle-conversazioni-skype/> nt. E. Dagnino, *Privacy e tecnologie: il Garante contro il controllo delle conversazioni Skype*.

<sup>(34)</sup> Proprio con specifico riferimento alla geolocalizzazione v., nel senso accolto nel testo, V. Pinto, *I controlli “difensivi” del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, cit., 147; M.T. Carinci, *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dal lavoratore*, op. cit., 53, mentre in senso contrario, sullo stesso volume, v. A. Maresca, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., 16, il quale sottolinea come il gps consenta di realizzare la prestazione con maggiore rapidità, velocizzando gli spostamenti da un luogo a un altro, e che dunque è utilizzata dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa in tempi più rapidi. Ma invero, e questo è il punto, la rapidità atiene alle esigenze organizzative indicate nel comma 1.

<sup>(35)</sup> Così R. Del Punta, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23 d.lgs. n. 151/2015)*, cit., 93, che poi con specifico riferimento al gps installato su *smartphone* o *tablet* dei dipendenti riconduce giustamente al comma 2 le sole ipotesi in cui sia indispensabile rispetto alla mansione, facendo l'esempio (non dell'addetto che consegna i plichi), ma del lavoratore adibito a servizi di assistenza alla clientela e l'applicativo serve a coordinare tali servizi).

necessiterà di essere negoziato con le rappresentanze sindacali (o di essere autorizzato in sede amministrativa)<sup>(36)</sup>.

## **6. Dove tutto è possibile: l'esimente del comportamento illecito del lavoratore nei controlli difensivi occulti e impersonali**

Si è già detto della sopravvivenza della nozione giurisprudenziale dei c.d. controlli difensivi<sup>(37)</sup> anche dopo la riscrittura dell'art. 4 St. lav. ad opera dell'art. 23, d. lgs. n. 151/2015, che include espressamente le esigenze di tutela del patrimonio aziendale tra quelle che legittimano l'utilizzo di strumenti aventi l'effetto collaterale del controllo sul lavoratore, ma subordina l'installazione e l'utilizzazione di essi al confronto sindacale o amministrativo, sottraendo tale scelta al potere unilaterale dell'imprenditore. Insomma, benchè l'attuale formulazione della norma sembri lasciare poco spazio a diverse

---

<sup>(36)</sup> Nel senso qui accolto, proprio con riferimento agli impianti gps, la Circolare dell'Ispettorato nazionale del lavoro 7 novembre 2016, n. 2, recante «Indicazioni operative sull'utilizzazione di impianti gps ai sensi dell'art. 4, co. 1 e 2, l. n. 300/1970», ritiene che «l'interpretazione letterale del disposto normativo porta a considerare quali strumenti di lavoro quegli apparecchi, dispositivi, apparati e congegni che costituiscono il mezzo indispensabile al lavoratore per adempiere la prestazione lavorativa dedotta in contratto, e che per tale finalità sia stati posti in uso e messi a sua disposizione. In linea di massima, e in termini generali, si può ritenere che i sistemi di geolocalizzazione rappresentino un elemento "aggiunto" agli strumenti di lavoro, non utilizzati in via primaria ed essenziale per l'esecuzione dell'attività lavorativa ma, per rispondere a esigenze ulteriori di carattere assicurativo, organizzativo, produttivo o per garantire la sicurezza del lavoro. Ne consegue che, in tali casi, la fattispecie rientri nel campo di applicazione di cui al comma 1 dell'art. 4 l. n. 300/1970 e pertanto le relative apparecchiature possono essere installate solo previo accordo stipulato con la rappresentanza sindacale ovvero, in assenza di tale accordo, previa autorizzazione da parte dell'Ispettorato nazionale del lavoro (art. 4, comma 1, della l. n. 300/1970 come modificato dall'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 185/2016). Si evidenzia tuttavia, che solo in casi del tutto particolari - qualora i sistemi di localizzazione siano installati per consentire la concreta ed effettiva attuazione della prestazione lavorativa (e cioè la stessa non possa essere resa senza ricorrere all'uso di tali strumenti), ovvero l'installazione sia richiesta da specifiche normative di carattere legislativo o regolamentare (es. uso dei sistemi gps per il trasporto di portavalori superiore a euro 1.500.000,00, ecc.) – si può ritenere che gli stessi finiscano per "trasformarsi" in veri e propri strumenti di lavoro e pertanto si possa prescindere, ai sensi di cui al comma 2 dell'art. 4 della l. n. 300/1970, sia dall'intervento della contrattazione collettiva che dal procedimento amministrativo di carattere autorizzativo previsti dalla legge».

<sup>(37)</sup> È noto, infatti, che sin dagli anni ottanta del secolo scorso la giurisprudenza, riconoscendo meritevole di protezione l'esigenza datoriale di tutela del patrimonio aziendale, ha individuato la possibilità di deroghe al divieto statutario di controlli occulti e impersonali, posto dal combinato disposto degli artt. 3 e 4, nelle ipotesi in cui fosse emerso il carattere "difensivo" del controllo stesso. Tra le tante: Cass. 28 maggio 2018, n. 13266; Cass. 27 maggio 2015, n. 10955, *RIDL*, 2015, II, 984, nt. M. Falsone, *L'infelice giurisprudenza in materia di controlli occulti e le prospettive del suo superamento*; Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, *RIDL*, 2013, II, 113, nt. di G. Spinelli, *La legittimità dei controlli datoriali c.d. "difensivi": certezze apparenti in una categoria dubbia*; Cass. 14 febbraio 2011, n. 3590; Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, *GL*, 2002, 21, 10, nt. di L. Nogler, *Potere di controllo e utilizzo privato di telefono cellulare*.

interpretazioni, esse sono state avanzate in dottrina<sup>(38)</sup> ed accolte in giurisprudenza<sup>(39)</sup>. In particolare, la Suprema Corte ha ammesso, a fronte di un comportamento illecito del lavoratore, l'utilizzabilità dei dati raccolti attraverso strumenti installati senza la procedura imposta dall'art. 4 e senza che il lavoratore ne avesse conoscenza, ovvero in palese violazione del dato normativo.

L'ampio spazio aperto dall'interpretazione giurisprudenziale consente, nei fatti, il controllo datoriale fuori dai confini fisici dell'impresa. Quando la prestazione è svolta lontano dagli occhi abilitati a controllarla, aumentano infatti i "sospetti" sul suo corretto adempimento e, con essi, l'esigenza di verificare che la medesima sia resa entro l'orario concordato e nei modi previsti.

Su queste basi, diventa di capitale importanza stabilire quali siano i confini del controllo difensivo e, in verità, se e come detta tipologia di controllo trovi davvero una giustificazione nell'attuale assetto normativo.

Gli elementi che la giurisprudenza considera per valutare (ed eventualmente giustificare) il comportamento dell'imprenditore sono – schematizzando il più possibile – l'illiceità della condotta smascherata dal controllo occulto, la necessità che esso sia occulto per essere efficace, la limitazione dello stesso a uno o a pochi lavoratori e la sussistenza di un fondato sospetto del datore.

Certo, la maggiore efficacia di un controllo occulto rispetto a uno palese è indiscutibile. Eppure la maggiore efficacia degli strumenti che lo permettono non è utile a giustificare l'installazione e l'impiego: si è già detto con riferimento all'uso di investigatori privati che la tutela della dignità e libertà umana deve guidare l'interprete nella lettura di un sistema che certo non può accettare un *panopticon* virtuale, in cui il datore può guardare tutto, sapere tutto e punire tutto, sfruttando peraltro (anche) l'effetto "disciplinante" di un controllo volto a «esasperazioni di tipo stacanovistico»<sup>(40)</sup>.

In un sistema in cui i controlli legittimi sull'attività lavorativa sono palesi e personali, in cui quelli occulti non sono mai contemplati e quelli impersonali sono possibili solo come effetto collaterale dell'adozione di strumenti aventi altro legittimo

---

<sup>(38)</sup> Propongono un "aggiornamento" del concetto di controllo difensivo, da cui estrapolare quelli rivolti alla tutela del patrimonio aziendale (ora rientranti nel campo di applicazione dell'art. 4 St. lav.) per lasciare sopravvivere una eccezione alla disciplina statutaria con riferimento alle sole ipotesi in cui il comportamento del lavoratore si sostanzia in un illecito avente rilevanza penale. A. Maresca, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., 10; M. Marazza, *I controlli a distanza del lavoratore di natura difensiva*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dal lavoratore*, op. cit., 28. È stato anche sostenuto che - purché vi sia un fondato sospetto che il lavoratore abbia compiuto o stia mettendo in essere una condotta illecita e dannosa per il datore e in occasione dello svolgimento dell'attività lavorativa - si possa richiamare il principio di legittima difesa nei rapporti privati: V. Maio, *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore di lavoro ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dal lavoratore*, op. cit., 61.

<sup>(39)</sup> Tra le tante v. Cass. 12 novembre 2021, n. 34092; Cass. 22 settembre 2021, n. 25732.

<sup>(40)</sup> Così, sulla *ratio* dell'art. 4 St. lav., G. Pera, *Art. 4 (Impianti audiovisivi)*, in *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, a cura di C. Assanti - G. Pera, Cedam, 1972, 25.

fine, un controllo volontariamente occulto e impersonale sembra vietano non una ma due volte!

La Suprema Corte non sembra aver maturato la medesima opinione, posto che ancora ammette numerose deroghe alla prescrizione statutaria. In particolare, nel distinguere i controlli difensivi “in senso lato”, che riguardano cioè tutti i dipendenti o gruppi di dipendenti, da quelli “in senso stretto”, «diretti ad accertare specificamente condotte illecite ascrivibili — in base a concreti indizi — a singoli dipendenti», i giudici di legittimità limitano le regole dettate dall'art. 4 St. lav. solo ai primi. Per i secondi, invece, la Corte ritiene che, pur «se effettuati con strumenti tecnologici, non avendo ad oggetto la normale attività del lavoratore, si situino, anche oggi, all'esterno del perimetro applicativo dell'art. 4». Questo perché la *ratio* del coinvolgimento sindacale (o amministrativo) sarebbe da rintracciare nell'esigenza del controllo «su scelte che riguardano l'organizzazione dell'impresa», mentre «meno senso avrebbe l'applicazione della stessa procedura anche nel caso di eventi straordinari ed eccezionali costituiti dalla necessità di accertare e sanzionare gravi illeciti di un singolo lavoratore»<sup>(41)</sup>.

L'affermazione desta qualche preoccupazione in ordine all'ammissibilità di condotte autoritarie rivolte al singolo lavoratore e, soprattutto, sembra disconoscere la funzione della negoziazione sindacale sia nella verifica della congruenza tra decisione imprenditoriale ed esigenza che ne è a fondamento, sia nel controllo e «(de)limitazione reale»<sup>(42)</sup> del potere dell'imprenditore.

Spetta, infatti, all'organizzazione collettiva (o all'autorità amministrativa) il compito di verificare nei casi concreti se e come la scelta “difensiva” sia rispondente all'interesse selezionato dal legislatore, se sia sussistente, proporzionata rispetto ad esso e se possa essere realizzata tenendo conto degli interessi antagonisti sui quali va ad incidere. È vero che l'accordo collettivo risponde *in primis* all'interesse (collettivo e condiviso) di progettazione dell'organizzazione in cui sono inserite le prestazioni lavorative, ma essendo ad esso affidata la regolamentazione delle modalità e delle condizioni del funzionamento e/o dell'utilizzo in concreto dello strumento da cui deriva il controllo, è anche l'unica fonte adeguata – accanto naturalmente all'autorizzazione amministrativa – a disciplinare il potere datoriale, per evitare dirottamenti verso pratiche di controllo vietate<sup>(43)</sup>, nonché a definire le modalità di elaborazione e conservazione dei dati personali dei lavoratori coinvolti<sup>(44)</sup>.

---

<sup>(41)</sup> Cass. 22 settembre 2021, n. 25732: da questa sentenza, che si riferisce al nuovo testo normativo e che ha la struttura di una pronuncia a Sezioni Unite, sono tratte tutte le citazioni successive.

<sup>(42)</sup> L'espressione è di F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982, 120.

<sup>(43)</sup> In questo senso, C. Zoli, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, legge n. 300/1970*, VTDL, 2016, 4, 640; I. Alvino, *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*, LLI, 1, 2016, 18.

<sup>(44)</sup> V. Autorità Protezione dati personali 16 marzo 2017, n. 138, doc. web n. 6275314.

I giudici di legittimità ritengono legittimo un controllo effettuato *ex post*, «ossia a seguito del comportamento illecito di uno o più lavoratori del cui avvenuto compimento il datore abbia avuto il fondato sospetto». E precisano che è solo «*da quel momento*», ovvero da quando è insorto il sospetto della commissione di illeciti ad opera del lavoratore, che il datore può procedere alla raccolta delle informazioni. Se lo facesse prima, avvisano, «l'area del controllo difensivo si estenderebbe a dismisura, con conseguente annientamento» delle tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore. Non è tuttavia agevole capire quando il sospetto è sorto e con quale grado d'intensità e fondatezza. Perché è chiaro che l'imprenditore potrebbe utilizzare una grande quantità di strumenti nascosti e, solo di fronte alla rilevazione di un illecito, ammettere la presenza dell'unico strumento utile, giustificandone l'installazione sulla base di un sospetto pregresso. Ammettere la legittimità di un controllo effettuato *contra legem* in base alla sua posteriorità rispetto all'insorgere del sospetto è un terreno pericoloso da frequentare, perché l'unica realistica certezza della richiamata posteriorità non può che discendere dal rigoroso rispetto della legge. Detto altrimenti, è proprio l'attivazione della procedura sindacale o amministrativa che consente di dare una precisa collocazione temporale al sospetto, oltre a verificarne (*ex ante*) la fondatezza: una procedura in cui il datore dovrà presentare gli elementi idonei a giustificare preoccupazioni tanto legittime e rilevanti da determinare l'autorizzazione a installare lo strumento di controllo, nei modi congrui alla gravità della condotta temuta, al tipo di attività e all'organizzazione produttiva.

Pare questo, del resto, l'unico significato che può essere ragionevolmente assegnato alla scelta del legislatore di includere, espressamente, le esigenze di tutela del patrimonio aziendale tra quelle che consentono l'impiego di strumenti tecnologici o informatici *anche* qualora essi abbiano l'effetto (indiretto) di controllare l'attività di chi lavora. Il delicato bilanciamento tra protezione degli interessi aziendali e tutela del lavoro risiede proprio nella facoltà di impiegare tali strumenti anche quando possa derivarne un controllo sulla prestazione, a condizione però che tale effetto collaterale non sia vagliato unilateralmente, bensì attentamente valutato dai soggetti, terzi rispetto al datore di lavoro, indicati nella disposizione normativa.

In definitiva, soprattutto quando la prestazione sia svolta all'esterno dei locali aziendali, l'accordo collettivo può (e deve) svolgere la funzione fondamentale di regolamentare anche l'interesse datoriale alla protezione del patrimonio aziendale, scongiurando truffe o altri illeciti ai suoi danni ad opera dei lavoratori. La norma statutaria risulta, infatti, molto chiara, mentre è assai più opaca la via che la giurisprudenza continua a percorrere: benché lastricata di buone intenzioni, essa rischia di legittimare e dilatare indebitamente un controllo occulto, permettendo un costante monitoraggio delle prestazioni di lavoro, in particolare se svolte fuori dall'impresa.

## 7. Il controllo sul lavoratore “agile”

Si è anticipato in premessa che oggi, con frequenza ben maggiore rispetto al passato, il datore di lavoro può usare una prestazione subordinata che si svolge in un luogo diverso dalla sede dell'impresa, a volte finanche sconosciuto al datore stesso. Dismesse le mascherine, una delle eredità più vistose e longeve della pandemia da Covid-19 è senza dubbio il perdurante ricorso al lavoro agile, sia nella PA che nelle imprese private<sup>(45)</sup>.

Si tratta, come noto, di una prestazione di lavoro subordinato estremamente flessibile nelle sue modalità di esecuzione, in cui gli strumenti di lavoro consentono di “uscire” dal luogo di lavoro o, se si preferisce, di trasformare in luogo di lavoro ogni ambito, anche a grande distanza da strutture e infrastrutture di pertinenza del datore di lavoro.

La disciplina dello smart working coinvolge spazi, orari e strumenti della prestazione e richiede un adattamento della dimensione normativa legata a ciascuno di questi elementi, come la disciplina dettata in tema di tutela della salute e sicurezza, di orario e – almeno in linea teorica – di controllo a distanza dell'attività lavorativa, «messe alla prova da una oggettiva dilatazione delle nozioni di “ambiente di lavoro” e “tempo di lavoro”»<sup>(46)</sup>.

Stupisce, pertanto, che proprio con riguardo alla delicata materia del controllo, la legge rinunci a calibrare od orientare tale “adattamento”, accontentandosi di un mero rinvio all'accordo individuale. L'art. 21 della l. n. 81/2017, specificamente dedicato all'esercizio dei poteri datoriali, si limita ad affidare a un accordo tra le parti, quello volto alla determinazione delle modalità di lavoro agile, «la disciplina dell'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni».

Ora, è persino superfluo precisare che, anche prima dell'emanazione della l. n. 81/2017, nessuno dubitava della facoltà di concludere un accordo volto a modificare il luogo della prestazione o a consentire che una parte dell'attività lavorativa fosse svolta all'esterno<sup>(47)</sup>. Né si ponevano problemi di sorta in ordine all'impiego di strumenti

---

<sup>(45)</sup> Sul tema v., tra i tanti, il volume a cura di M. Brolo - M. Del Conte - M. Martone - C. Spinelli - M. Tiraboschi, *Lavoro agile e smart working nella società post pandemica. Profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Adapt, 2022.

<sup>(46)</sup> Così M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". It, n.335/2017; P. Tullini, *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dal lavoratore*, op. cit., 123.

<sup>(47)</sup> Così già V. Pinto, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. prime considerazioni sui decreti attuativi del cd. Jobs act e sul lavoro agile*, RGL, 2016, I, 348, secondo cui «allo stato attuale nessuno dubit[a] della legittimità del lavoro agile (così come anche del telelavoro) né contest[a] la legittimità delle discipline collettive che regolano il fenomeno. L'esecuzione della prestazione all'interno dell'azienda,

telematici o ad un'articolazione flessibile dell'orario di lavoro, entro i limiti stabiliti dalla legge. Con la più recente normativa era lecito attendersi, per contro, da parte di un legislatore attento a regolare una fenomenologia della collaborazione all'impresa nuova e peculiare, proprio l'adattamento di regole pensate per un lavoratore che presta la sua attività nell'organizzazione datoriale, ovvero nel luogo fisico dell'impresa.

Il mero richiamo alla norma statutaria stupisce due volte: per un verso esso appare ridondante e superfluo, non potendosi dubitare della sua applicazione a un contratto di lavoro subordinato; per altro verso, se la scelta è quella di confermare il divieto di controlli impersonali anche per le prestazioni svolte in un luogo diverso dall'impresa, si mostra semplicistico, poiché il legislatore elude il problema dell'adattamento di quelle norme alle peculiarità della fattispecie regolata<sup>(48)</sup>.

In assenza di ogni indicazione, si può desumere che il richiamo all'art. 4 agisca in due direzioni: da un lato, escludendo la possibilità di adottare specifici strumenti volti al controllo tecnologico/informatico della prestazione; dall'altro, contemplando, anche in relazione al lavoro agile, la deroga all'accordo sindacale per la scelta e l'affidamento degli strumenti di lavoro e di quelli volti a rilevare accessi e presenze (online o alla rete aziendale), eventualmente forniti al lavoratore.

Ambedue le deduzioni presentano profili problematici che meritano un approfondimento.

Quanto al divieto di controlli impersonali, l'esplicito richiamo all'art. 4 St. lav. mal si concilia con la disposizione che affida all'accordo (non già collettivo bensì) individuale le modalità di «esercizio del potere di controllo sulla prestazione resa all'esterno dei locali aziendali» (art. 21, co. 1). Si pensi all'utilizzo di eventuali strumenti non funzionali all'espletamento della prestazione lavorativa, quali ad esempio i *software* che consentono un controllo sull'attività lavorativa<sup>(49)</sup>. In tal caso la norma statutaria

---

infatti, non costituisce né un effetto necessario del contratto, né un elemento imposto dalla legge, ma è soltanto una manifestazione socialmente tipica della subordinazione che, in quanto tale, rende quest'ultima visibile e riconoscibile sul piano pratico». Peraltro lo stesso Autore sottolinea come una tale conclusione sia confermata dal d.lgs. n. 152/1997 che impone l'obbligo per il datore di lavoro di fornire al lavoratore, entro trenta giorni dalla data dell'assunzione, una serie di informazioni scritte, tra le quali quella relativa al «luogo di lavoro»; con la precisazione che, «in mancanza di un luogo di lavoro fisso o predominante», è sufficiente «l'indicazione che il lavoratore è occupato in luoghi diversi» (art. 1, co.1, lett. b).

<sup>(48)</sup> In tal senso si concorda perfettamente con Pietro Ichino, che nel suo intervento svolto nella sessione pomeridiana del Senato del 9 maggio 2017, consultabile su [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it), ha precisato che: «in mesi di discussione su questo nuovo testo legislativo, non ho trovato nessuno che mi abbia spiegato che cosa aggiunga l'articolo 21 alla disciplina generale applicabile a tutti i rapporti di lavoro in materia di controllo a distanza. Sette righe di Gazzetta Ufficiale del tutto inutili, ma dannose per il fatto stesso di esservi inserite».

<sup>(49)</sup> È chiaro che qui diventa fondamentale capire cosa si intenda per strumento di lavoro, e dunque se anche eventuali software non funzionali all'esecuzione della prestazione installati sul pc di lavoro possano essere considerati tali. Sulla questione già si è accennato alla pronuncia del Garante della privacy (v. *supra* par. 4) che (condivisibilmente) accoglie una interpretazione restrittiva di strumento di lavoro.



impone il coinvolgimento delle rappresentanze sindacali (o dell'autorità amministrativa), cui è affidata la verifica della ricorrenza delle specifiche esigenze considerate dall'art. 4 comma 1 e della loro congruenza con gli eventuali dispositivi impiegabili, verifica che non può certo essere delegata all'accordo tra le parti del contratto individuale.

Solo gli strumenti di lavoro e quelli di verifica di accessi e presenze, cui fa riferimento la disposizione derogatoria del secondo comma, potranno essere oggetto dell'accordo individuale: tale accordo individuerà non soltanto il tipo di mezzo e le sue modalità di impiego, ma anche gli specifici limiti che il potere datoriale incontra, volti a contemperare il suo interesse al controllo (amplificato dal fatto che la prestazione si svolge al di fuori della sua area di pertinenza) con la tutela della riservatezza del lavoratore. Tale conclusione trova conferma nella specifica previsione di affidare all'accordo tra le parti (e non a quello collettivo) la disciplina della «esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo [...] agli strumenti utilizzati dal lavoratore» (art. 19, co. 1).

Al di là, dunque, dell'ampia portata apparentemente riservata all'accordo individuale nella disciplina del potere di controllo, la ribadita applicabilità della disciplina statutaria sui controlli impersonali impedisce di qualificare l'art. 20, l. n. 81/2017 come norma speciale, e spinge a ribadire la competenza dell'accordo collettivo nella decisione organizzativa relativa all'impiego di strumenti che direttamente o indirettamente attuano un controllo sui lavoratori, vietando i primi e disciplinando l'utilizzo dei secondi. All'accordo tra le parti, invece, spetterà (pre)definire le possibilità di controllo dell'attività lavorativa realizzabili attraverso gli strumenti di lavoro e, naturalmente, individuare i limiti di utilizzabilità delle informazioni che ne scaturiscono.

Sembra più complicata la questione dell'utilizzabilità, nel lavoro agile, degli strumenti per registrare accessi e presenze. Il fatto che la prestazione lavorativa possa essere resa al di fuori dell'area di controllo datoriale implica che la verifica dell'orario di lavoro debba avvenire con strumenti "a distanza". L'impossibilità di misurare in altro modo il *quantum* della prestazione resa in modalità di lavoro agile induce a ritenere utilizzabili anche strumenti che registrano l'accesso informatico, ad esempio alla rete aziendale<sup>(50)</sup>, secondo una lettura che non contrasta con l'interpretazione più garantista proposta dalla dottrina, volta a limitare la deroga alla disciplina del comma 1 dell'art. 4 ai soli dispositivi necessari per la verifica dell'orario di lavoro<sup>(51)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> Per la tesi positiva v. M. Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit., 24, *contra* C. Zoli, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4* cit., 646, che però non tratta del problema specifico del lavoro agile.

<sup>(51)</sup> C. Zoli, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4* cit., 646. Si è già altrove proposta una lettura volta a restringere la deroga ai soli strumenti che registrano gli accessi in azienda, al fine ad esempio di misurare l'estensione della prestazione per commisurare la retribuzione (o per determinare lo straordinario), ovvero gli accessi ad alcune aree o a determinati locali con la finalità di selezionare l'ingresso (e la permanenza) del personale a luoghi in cui esso deve essere limitato (per esigenze di sicurezza del lavoro, si pensi ad esempio ad aree pericolose, o di tutela del patrimonio

Perché una tale conclusione possa essere confermata, in primo luogo, si deve verificare se sussista, nel lavoro agile, l'interesse alla misurazione dell'orario di lavoro con riferimento a una attività che, secondo la definizione operata dalla legge, è resa, «anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi», «senza precisi vincoli di orario». Non è questa la sede per interrogarsi sull'esatto significato di tali locuzioni, peraltro equivoche, posto che i vincoli o sussistono o non sussistono, mentre qui paiono sussistere senza, tuttavia, essere *precisi*<sup>(52)</sup>, così aprendo a diverse possibili interpretazioni<sup>(53)</sup>.

Certamente, da un lato, proprio l'organizzazione del lavoro per fasi ed obiettivi nonché l'esplicita imposizione, a scopo di tutela della salute di chi lavora, dei «soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (art. 18, l. n. 81/2017) sembrano escludere il rispetto di un vincolo d'orario quando la prestazione è resa in modalità agile<sup>(54)</sup>. In tal senso sembra pronunciarsi anche il Protocollo nazionale del 7 dicembre 2021 che, pur non affrontando specificamente la questione, precisa che «la giornata lavorativa svolta in modalità agile si caratterizza per l'assenza di un preciso orario di lavoro»<sup>(55)</sup>. Dall'altro lato, tuttavia, genera qualche perplessità la previsione del diritto del lavoratore agile «a un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente

---

aziendale, come nel caso dei caveaux delle banche). Al contrario si ritengono fuori dalla nozione di cui al comma due dell'art. 4, e dunque ricadenti nella disciplina generale del comma 1, quegli strumenti che controllano l'accesso da un luogo all'altro dell'azienda (dalla stanza, al bar, al garage), quelli che verificano la “presenza” alla postazione di lavoro e anche quelli che registrano l'accesso a internet o alle reti informatiche aziendali, ipotesi quest'ultima che la dottrina in prevalenza esclude, proprio in quanto limita la deroga alla disciplina del comma 1 dell'art. 4 ai soli dispositivi necessari per la verifica dell'orario di lavoro: sia consentito ancora una volta rinviare a V. Nuzzo, *La protezione dei lavoratori dai controlli impersonali* cit., 157 ss.

<sup>(52)</sup> Sul punto v. M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, *DSL*, 2017, 1, 17, secondo cui l'ipotesi di precisi vincoli di orario non corrisponderebbe «a un'assenza di orario *tour court*, quanto piuttosto alla possibilità che l'orario, pur stabilito, non sia predeterminato dal datore in termini vincolanti per il lavoratore nella sua distribuzione e collocazione temporale».

<sup>(53)</sup> Sul tema si rinvia a V. Bavaro, *L'orario di lavoro agile «senza precisi vincoli»*, *LDE*, 2022.

<sup>(54)</sup> Anche se proprio per assicurare il diritto fondamentale a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali sanciti dall'articolo 31, paragrafo 2, della Carta di Nizza e previsti dalla direttiva n. 2003/88, i giudici di Lussemburgo chiedono, pure con riguardo alla prestazione svolta in modalità agile, che si possa adottare «un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore»: v. C. giust. 14 maggio 2019, C- 55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO)*, punti 60 e 62, *RIDL*, 2019, 4, II, 697 nt. F. Siotto, *Orario di lavoro e obbligo di registrazione con sistema «oggettivo, affidabile e accessibile»*. Sul tema si rinvia a V. Leccese, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, *RGL*, 2020, II, 439 ss; G. Ricci, *La «scomposizione» della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *RGL*, 2021, II, 328 ss.; A. Fenoglio, *Tempo e subordinazione: riflessioni attorno al lavoro agile*, *LLI*, 8, 1, 2022.

<sup>(55)</sup> Sul punto si rinvia a M. Russo, *Il datore di lavoro agile. Il potere direttivo nello smart working*, *Esi*, 2023, in part. 193 e ss., ove analizza anche il CCNL del comparto Funzioni centrali del 9 maggio 2022 e le linee guida del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni. Con specifico riferimento al tempo v. anche G. Bandelloni, *Distanza*, in M. Novella - P. Tullini, *Lavoro digitale*, 2022, Giappichelli, 47.

applicato, in attuazione dei contratti collettivi [stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale], nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda» (art. 20 l. n. 81/2017). Qui la scelta fatta dal legislatore si differenzia totalmente da quella del 1973 sul lavoro a domicilio, ove proprio il fatto che il luogo di svolgimento della prestazione non fosse l'azienda, ma un posto esterno ad essa, spinse a non commisurare la retribuzione al tempo, ma a determinarla sulla base delle tariffe di cottimo pieno<sup>(56)</sup>. La diversa opzione regolativa, pertanto, non consente di escludere un interesse alla misurazione della prestazione, tant'è che non sono mancati accordi di lavoro agile ove essa è prevista<sup>(57)</sup>.

Con queste premesse non è peregrino interrogarsi sugli strumenti utilizzabili per un controllo di questo tipo. In considerazione della difficoltà empirica di collocare strumenti di registrazione degli accessi nei luoghi ove può essere svolta la prestazione, si può sostenere che nella definizione di cui al comma 2 dell'art. 4 St. lav., la cui applicabilità è espressamente richiamata, possa rientrare anche un dispositivo che verifica l'accesso alla rete aziendale, purché volto ad accertare, in linea con l'interpretazione proposta di accessi e presenze, solo il *quantum* della prestazione e non le sue modalità di svolgimento<sup>(58)</sup>. Peraltro l'impiego di tale sistema, rientrando nella disciplina di deroga al primo comma dell'art. 4, non necessiterebbe dell'accordo sindacale, essendo di conseguenza sufficiente che le modalità di uso dello stesso e di effettuazione dei controlli siano concordate nell'accordo individuale di cui al comma 1 dell'art. 18 della l. n. 81/2017, con la conseguenza che seppure il lavoratore non dovesse avere la "forza" di contrattarle, quantomeno ne risulterà informato, come richiesto dal terzo comma dell'art. 4 St. lav.

---

<sup>(56)</sup> Sull'art. 8, l. n. 877/1973 v. L. Nogler, *Lavoro a domicilio. Art. 2128*, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. Schlesinger, Giuffrè, 2000, qui 142; con specifico riferimento ai controlli a distanza su una prestazione che è anch'essa a distanza v. Levi A., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore* cit., 47.

<sup>(57)</sup> Si pensi, ad esempio, all'Accordo Tim del 22 novembre 2022 (<https://www.uilcom.it/wp-content/uploads/2022/11/TIM-Accordo-Lavoro-Agile-TIM-2023-2024.pdf>), che non solo prevede che la modalità agile di prestazione del lavoro non modifica l'orario di lavoro, ma individua precise fasce orarie di lavoro (nell'arco orario compreso tra le ore 8:00 e le ore 20:00 con fruizione di unico intervallo tra le ore 12.30 e le 14.30, con una durata da un minimo di 30 fino ad un massimo di 120 minuti e comunque sempre assicurando la propria presenza tra le ore 10.00 e le 12.30 e tra le 14:30 e le 16:30) e impone al lavoratore di evidenziare «il proprio status operativo tramite gli specifici sistemi adottati e anche tramite il programma di messagistica istantanea aziendale (ad oggi Microsoft Teams)»; oppure all'Accordo Wind su "Work&Life" (stipulato il 27 giugno 2016, e dunque antecedente la l. n. 81/2017, consultabile in <http://www.fistelcis.campania.it/files/Scansito%20da%20un%20dispositivo%20multifunzione%20Xerox001.pdf>) che nelle giornate di *smart working* impone l'attestazione della presenza al lavoro attraverso un apposito timbratore virtuale denominato ClokIn.

<sup>(58)</sup> Così M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, cit., 20-21, anche se con riferimento agli strumenti di lavoro o a strumenti specifici di controllo impiegati ai sensi del comma 1 dell'art. 4 St. lav.

Un'ultima considerazione riguarda, infine, l'intervento delle parti sociali successivo alla legge (e all'esperienza pandemica). Il Protocollo sul lavoro agile del 7 dicembre 2021, salvo un accenno all'esigenza che «gli strumenti utilizzati per il lavoro in modalità agile siano conformi ai principi di privacy by design e by default» (art. 12), si limita a richiamare l'applicazione dell'art. 4 St. lav. Nel medesimo senso si muovono alcuni degli accordi collettivi intervenuti successivamente al Protocollo (v. Accordo Enel sul lavoro agile del 21 marzo 2022), mentre altri sul potere di controllo tacciono completamente (Accordo Leonardo del 8 marzo 2022 o Accordo MDBA del 17 febbraio 2022).

Questo disinteresse nell'adattamento della disciplina del potere di controllo al lavoro agile, esibito sia dalla legge che dalla contrattazione collettiva, potrebbe tuttavia rivelarsi apparente, ossia indicativo della volontà di rimarcare la sussistenza dei medesimi confini di legittimità di un potere il quale, specie se affidato a dispositivi impersonali, come sembra inevitabile nel caso del lavoro svolto fuori dai confini dell'impresa, può essere grandemente invasivo.

L'agilità che può oggi caratterizzare una prestazione di lavoro subordinato, insomma, non può proiettarsi sul potere creditorio che intenda monitorarla, atteso che tale potere, pur compresso dalla distanza, deve obbedire ai limiti posti dallo Statuto dei lavoratori. I recenti richiami alle disposizioni statutarie e la loro revisione operata per legge ne attestano la perdurante – e anzi crescente – funzione: com'è stato autorevolmente rammentato, infatti, «senza una resistenza [...] ai controlli capillari, oppressivi, continui che invadono la nostra quotidianità, ci troviamo nudi e deboli di fronte a poteri pubblici e privati: la privacy si specifica così come una componente ineliminabile della società della dignità»<sup>(59)</sup>.

## **8. Le piattaforme e la misurazione del gradimento dei clienti: una forma di controllo sulla prestazione lavorativa?**

Il tema del controllo dei lavoratori fuori dai confini dell'impresa si pone, infine, in maniera evidente e, al contempo, del tutto peculiare, quando l'impresa è priva di confini materiali, come accade nel caso delle piattaforme operanti sul web.

Il massiccio ricorso di tali piattaforme al lavoro autonomo e micro-imprenditoriale ha, invero, posto il problema tardivamente e in termini originali: l'eventuale controllo sull'attività lavorativa resa a beneficio delle piattaforme non è stato approfondito con riguardo al rispetto o meno dei suoi limiti, bensì sottolineato esclusivamente a fini qualificatori: anche quando il controllo fosse esercitato in forme e con modalità “atipiche”, si è tentato di evidenziarne la sussistenza per contribuire a

---

<sup>(59)</sup> S. Rodotà, *Intervista su privacy e libertà*, a cura di P. Conti, Laterza, 2005, 149.

dimostrare la natura subordinata (o etero-organizzata) delle prestazioni svolte a beneficio di Uber o delle piattaforme operanti nel settore del da Uber al food-delivery.

In particolare, il contenzioso che ha interessato in Italia i rapporti di lavoro dei rider impegnati nella consegna di cibo a domicilio, ha reso evidente che i poteri datoriali sono esercitati con modalità nuove e peculiari, ma agilmente riconducibili entro gli schemi classificatori classici. La disconnessione unilaterale dell'account del cicofattorino a seguito di valutazioni negative rese dagli utenti è stata ad esempio qualificata, in una nota pronuncia di merito, come una sanzione disciplinare "atipica"<sup>(60)</sup>, evidenziando il problema dell'incidenza dei sistemi di misurazione della customer satisfaction sui rapporti di lavoro, non di rado riconosciuta finanche nel contratto di lavoro<sup>(61)</sup>.

Di fronte al crescente ricorso ai sistemi di *customer satisfaction* per valutare anche la prestazione resa e al collegamento tra quella valutazione e il regime retributivo o la continuità del rapporto di lavoro, pare inevitabile domandarsi se la scelta di adottare sistemi reputazionali sia da ricondurre alla disciplina che limita l'impiego di strumenti che di fatto producono un controllo sull'attività dei lavoratori. Ove tali sistemi consentano all'imprenditore di acquisire informazioni sull'attività di lavoro si può, infatti, sostenere che tali meccanismi costituiscano strumenti di controllo indiretto della prestazione, pur non avendo tale specifica finalità. Se tale circostanza fosse accertata, non sarebbe peregrino invocare l'applicazione dell'art. 4 St. lav. volto a rendere operative le garanzie lavoristiche già nella fase dell'adozione del sistema, consentendo di verificare e limitare previamente il loro impatto sui rapporti di lavoro attraverso il coinvolgimento di soggetti terzi (i sindacati o l'Ispettorato). Se invece si dovesse ritenere – come sembra preferibile – che l'adozione di questionari di gradimento si collochi fuori dall'operatività dei suddetti limiti, deve farsi attenzione direttamente agli effetti da essi prodotti, analizzando le modalità con cui le valutazioni acquisite possano effettivamente rilevare nella relazione contrattuale di lavoro, sensibilmente diversa da quella commerciale da cui le stesse hanno tratto origine.

---

<sup>(60)</sup> Da ultimo T. Milano 20.4.22. Sul punto già T. Palermo 24.11.2020 (*RIDL*, 2020, 4, 835, nt. Nuzzo, *Sulla subordinazione dei rider: un'innovativa pronuncia del Tribunale di Palermo*) secondo cui il quale nel rapporto del rider con Glovo si riscontrano "vere e proprie *sanzioni disciplinari atipiche*" che puniscono "un rendimento del lavoratore inferiore alle sue potenzialità con una retrocessione nel punteggio e quindi nella possibilità di lavorare a condizioni migliori o più vantaggiose" (p. 37).

<sup>(61)</sup> Ad esempio Deliveroo avvisa, nell'informativa privacy, che Tu che ti candidi a essere rider «potrai ricevere valutazioni relative ai tuoi servizi o qualsiasi incidente in cui tu possa essere coinvolto da parte dei ristoranti con i quali lavoriamo (i nostri "Ristoranti Partner"), da parte dei nostri clienti, di altri rider o soggetti della collettività». Contemporaneamente «invita gli utenti a comunicare i propri eventuali commenti riguardo [...] alla Consegna» e avvisa il rider che, proprio per capire «cosa determina un'esperienza negativa dei clienti», Deliveroo è legittimata al trattamento dei suoi dati (come gli *swipes* di avanzamento degli ordini e altri utilizzi dell'App del Rider, i commenti forniti sugli ordini e i dati relativi alla posizione geografica).

Per verificare se le valutazioni degli utenti abbiano l'effetto collaterale di produrre una forma di controllo sull'attività di chi lavora è opportuno tornare dalla nozione stessa di controllo. È indubbio che esso si concretizza in una «osservazione del comportamento e, più in generale, della “persona” del lavoratore»<sup>(62)</sup>, che può assumere le modalità più svariate, ma che resta teso a constatare fatti, ad acquisire informazioni «che permettono di accertare, conoscere e, eventualmente, giudicare il comportamento del controllato»<sup>(63)</sup>. Partendo da tale precisazione pare evidente come la richiesta alla clientela di feedback sul servizio si distingua dall'attività di controllo proprio per il tipo di attività posta in essere.

La verifica del gradimento serve, in altri termini, a rilevare o a misurare il grado di soddisfazione del cliente per assecondarne i gusti e accreditare la piattaforma presso i nuovi utenti sulla base delle performance già rese<sup>(64)</sup>. Al di là di questo primario fine “organizzativo”, essa però non comporta alcuna “osservazione” del lavoratore rispondente ai parametri prima indicati. Benché sul piano pragmatico la valutazione del cliente comporti l'acquisizione di informazioni sulla persona del lavoratore e sulla sua prestazione, si deve tuttavia ammettere che si tratta di una pratica difficilmente assimilabile a quella di “osservazione” della prestazione lavorativa che – a parere di chi scrive – si distingue dal controllo sia per il tipo di dati che mira a rilevare che per la stessa attività che viene posta in essere.

Per esplicitare tale affermazione è opportuno procedere analizzando separatamente i diversi piani di indagine, partendo dall'ultimo citato. Nel controllo a distanza disciplinato dall'art. 4 St. lav. il rischio che il legislatore individua per la libertà e dignità di chi lavora risiede nella possibilità che il datore, attraverso l'adozione di uno strumento organizzativo o produttivo, possa “osservare” il lavoratore in maniera occulta e impersonale, e cioè in modo potenzialmente costante e perenne, al di fuori dei normali limiti del controllo umano. Con le valutazioni degli utenti, invece, il datore non osserva lo svolgimento della prestazione (né direttamente, né indirettamente), ma chiede una valutazione (personale) a un soggetto estraneo all'organizzazione datoriale che ha fruito di un servizio e che è chiamato ad esprimere la sua soddisfazione. Oggetto di rilevazione, cioè, sono i giudizi personali dei clienti e non i comportamenti del lavoratore (e questo è l'altro piano di indagine su cui si tornerà a breve), che vengono conosciuti solo attraverso il “filtro” delle percezioni di altri soggetti. Manca, cioè, sia un'attività di verifica diretta e personale della prestazione (quella di cui all'art. 3 St. lav.), sia l'acquisizione a distanza di immagini, registrazioni o quant'altro possa essere raccolto

---

<sup>(62)</sup> Bellavista A., *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, 1995,4.

<sup>(63)</sup> Ibidem.

<sup>(64)</sup> Sia consentito su questo punto il rinvio, anche per un maggiore approfondimento delle tematiche di seguito trattate, a V. Nuzzo, *Customer satisfaction e contratto di lavoro subordinato*, DLRI, 2020, 2, 27-55. Cfr. anche G. Pacella, *Il lavoro nella «gig economy» e le recensioni «on line»: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?*, LLI, 1, 2017, 34.

attraverso apparecchi che, seppur nell'ambito di altre finalità, registrano o osservano (anche) la prestazione (ai sensi dell'art. 4 St. lav.).

È vero che sul piano pratico, in qualche caso, l'effetto del controllo indiretto *ex art. 4 St. lav.* e della customer satisfaction potrebbe essere il medesimo: l'acquisizione di informazioni relative alla prestazione attraverso strumenti destinati ad altro fine. D'altronde, proprio sulla base della similitudine delle conseguenze concrete, c'è chi ha espressamente ritenuto applicabili anche all'ipotesi di cui si discute le garanzie poste dall'art. 4 St. lav., qualificando il gradimento degli utenti come controllo a distanza<sup>(65)</sup>. Tuttavia una tale analogia finirebbe per traslare una equivalenza fattuale sul piano giuridico, con il rischio di applicare le tutele costruite su una fattispecie a una ipotesi diversa non concretamente assimilabile alla prima.

Peraltro l'applicazione estensiva della regola potrebbe rivelarsi vana, atteso che l'ipotesi qui esaminata finirebbe comunque per sfuggire dall'applicazione del regime di tutela che lo Statuto allestisce a presidio della libertà e dignità umana. La valutazione del servizio, infatti, non viola né il divieto di controllo occulto sull'attività di chi lavora, perché tutte le piattaforme avvisano il lavoratore del fatto che il servizio offerto sarà sottoposto a valutazione da parte del cliente, né i limiti al controllo a distanza definiti nell'art. 4, che si riferisce a un controllo impersonale, attuato dalla macchina sull'uomo. In questo caso, invece, la valutazione è effettuata da una persona (il cliente) e l'eventuale supporto tecnologico è solo il veicolo di trasmissione del giudizio. Peraltro, senza che si tratti di controllo personale ai sensi dell'art. 3 St. lav., salvo ritenere che il riferimento ivi contenuto al personale «addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa» possa essere esteso, dilatandone oltre modo l'interpretazione, anche ai clienti e che tale controllo possa essere svolto «indirettamente», attraverso la valutazione dei servizi ricevuti<sup>(66)</sup>.

---

<sup>(65)</sup> G. Pacella, *Alienità del risultato, alienità dell'organizzazione: ancora una sentenza spagnola qualifica come subordinati i fattorini di Deliveroo*, LLI, 2018, 67; A. Topo, «Automatic management», *reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, LD, 2018, n. 3, 465, che sottolinea come l'art. 4 St. lav. appaia comunque «inadeguato a chiarire in modo inequivoco quali siano le regole che sovrintendono ai controlli effettuati tramite sistemi digitalizzati, quando tali sistemi siano inscindibili dall'organizzazione del lavoro offerto sulle piattaforme digitali».

<sup>(66)</sup> Una simile lettura sembra forzare troppo il dato normativo. Prima di tutto, la giurisprudenza esclude che i soggetti deputati a tale controllo siano i clienti. La Suprema Corte lo ha ammesso esclusivamente in relazione ai controlli difensivi, ove ha ritenuto legittimo il controllo compiuto all'insaputa dei lavoratori anche tramite persone estranee all'organizzazione aziendale, quali normali clienti (Cass. 14.7.2001, n. 9576) o investigatori privati che si fingevano clienti (recentemente Cass. 4.12.2014, n. 25674, *FI*, 2015, I, c. 1671, Cass. 31.10.2013, n. 2580; Cass. 14.2.2011, n. 3590; Cass. 18.11.2010, n. 23303; Cass. 9.7.2008, n. 18821, ma l'orientamento risale agli inizi degli anni '80 del secolo scorso). A parte le critiche già espresse nei confronti di un tale orientamento e, più in generale, sulla categoria dei controlli difensivi, la situazione qui è molto diversa in quanto non vi è quel sospetto di illecito che caratterizza i controlli difensivi e che spinge il datore di lavoro a ricorrere a normali o «finti» clienti per accertarlo. La verifica del gradimento è una modalità ordinaria di controllo della qualità del servizio misurata attraverso il grado di soddisfazione del cliente, che prescinde anche da un eventuale reclamo del cliente stesso e che, quindi, non può essere assimilata alle suddette ipotesi considerate dalla Suprema Corte. Anche volendo proporre una lettura evolutiva della norma statutaria, tesa ad estendere

Ancora, è opportuno distinguere il tipo di attività che l'imprenditore pone in essere quando chiede una valutazione del servizio a chi ne ha fruito rispetto a quella finalizzata a controllare il lavoratore. Ai sensi dell'art. 3 St. lav., infatti, il datore "osserva" personalmente e direttamente il corretto adempimento della prestazione ovvero affida tale potere a personale all'uopo preposto, chiamato a valutare la prestazione sulla base non dei propri gusti o di sue aspettative personali, ma degli standard di adempimento definiti dal datore stesso. La richiesta di feedback ai clienti, invece, è volta a conoscere la valutazione di soggetti che non hanno la funzione di "osservare" l'adempimento o l'inadempimento, ma che hanno fruito di un servizio e, proprio in qualità di utenti/clienti, sono sollecitati a stimare la loro soddisfazione. Si tratta, quindi, della percezione soggettiva dell'utente sulla qualità della prestazione ricevuta o, più precisamente, sulla sua soddisfazione, che è una mera opinione personale, non accertamento di un fatto sulla base di standard valutativi prestabiliti, peraltro fortemente condizionata da gusti, aspettative, livello culturale, dati caratteriali.

Esclusa la configurazione dei sistemi di customer satisfaction come strumenti di esercizio del potere controllo datoriale, restano da svolgere almeno due osservazioni conclusive.

Innanzitutto, gli effetti concreti di tali sistemi, volti a incidere sulla qualità e continuità della prestazione di lavoro, certamente vanno disinnescati, benché intervenendo su altri capitoli della regolamentazione che meglio si prestano allo scopo, *in primis* attraverso l'estensione delle cautele imposte dall'art. 7 St. lav. anche a queste sanzioni disciplinari "atipiche"

In secondo luogo, posto che, per effetto dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015, i limiti all'utilizzo di strumenti di controllo (diretto o indiretto) sul lavoratore trovano applicazione a tutte le prestazioni di lavoro funzionalmente inserite nell'organizzazione delle piattaforme, è bene precisare che tale estensione della disciplina oltre il suo tradizionale campo d'applicazione rende necessario l'accordo sindacale per l'adozione di sistemi di geolocalizzazione, precisando altresì che restano inutilizzabili a fini disciplinari i dati in tal modo carpati.

## 9. In conclusione

Dalle osservazioni sin qui svolte, pare di poter desumere che le trasformazioni intervenute nei più recenti paradigmi organizzativi e tecnologici, specie con riguardo al luogo di svolgimento della prestazione lavorativa, abbiano effetti paradossali sul controllo dell'attività di lavoro svolta fuori dai confini dell'impresa. Se da un lato sono inevitabilmente destinate a intensificarsi le esigenze imprenditoriali di monitoraggio e

---

forme di controllo personale a prestazioni rese fuori dall'azienda, non si può arrivare ad includere il cliente tra i soggetti addetti alla vigilanza su chi lavora.



controllo, mentre parimenti cresce l'infrastruttura tecnologica astrattamente idonea ad assicurare detto controllo, il sistema normativo continua ad opporre limiti piuttosto stringenti all'esercizio di uno dei poteri più invasivi riconosciuti al datore di lavoro.

Le regole fondamentali di matrice statutaria, relative alla personalità e conoscibilità del controllo, in altri termini, esibiscono una certa ostilità rispetto al bisogno datoriale di esercitare tale potere fuori dai confini entro cui detto potere può (legittimamente) essere affidato al personale di vigilanza. E pur tuttavia, non si rinvergono nell'ordinamento giuridico elementi idonei ad accordare deroghe o adattamenti, i quali, peraltro, aprirebero la strada a rischi rilevanti e, in certa misura, inediti, segnalati dai più acuti studiosi della privacy<sup>(67)</sup>.

La giurisprudenza – come si è rammentato – ha provato a colmare tali lacune, individuando spazi, anche significativi, per consentire l'esercizio del controllo fuori dal suo più tradizionale raggio d'azione. Sono tuttavia stati oltrepassati, ad opinione di chi scrive, insieme ai limiti fisici dell'impresa, anche i limiti normativi imposti dalle disposizioni statutarie, peraltro riviste e richiamate dal legislatore anche in tempi recenti e dunque immuni dalla pretesa vetustà che poteva esser loro imputata da qualche osservatore prima del 2015.

Peraltro, anche tralasciando per un momento il doveroso rispetto dei canoni ermeneutici, non è affatto detto che risulti opportuno forzare e modellare, in via interpretativa, le regole in discorso, con la finalità di ri-espandere un potere datoriale che, a ben vedere, può risultare compresso dalla dimensione organizzativa “scelta” dall'imprenditore. Se appare vero, oggi come al tempo della legislazione statutaria, che «le violazioni dei diritti di libertà consumate nelle aziende non avvengono tanto nel segno dell'autonomia contrattuale, ma piuttosto nel segno dell'autonomia organizzativa»<sup>(68)</sup>, è necessario riservare all'interprete il compito di preservare i (pochi) limiti che a quest'ultima il legislatore oppone (art. 4, St. lav.), mente sarebbe paradossale dover rilevare che, al più accentuato esercizio di tale autonomia, si accompagna l'arretramento dei limiti alla nuova morfologia dei poteri che ne scaturiscono. Secondo un adagio inelegante e desueto, ciò equivarrebbe ad avere “la botte piena e la moglie ubriaca”, con conseguente imbarazzo dettato, oltre che dall'arcaismo della formula, per i disequilibri cui allude con la sua perdurante efficacia.

---

<sup>(67)</sup> S. Rodotà, *Intervista su privacy e libertà*, a cura di P. Conti, Laterza, 2005, 149.

<sup>(68)</sup> Così U. Romagnoli, *sub art. 1*, in G. Ghezzi - F. Mancini - L. Montuschi - U. Romagnoli, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, 1979, 4.

## Bibliografia

- Alvino I., *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 *LLI*, 2016, 2, 1, 25.
- Bandelloni G., *Distanza*, in M. Novella - P. Tullini, *Lavoro digitale*, 2022, Giappichelli, 47 ss.
- Barbieri M., *Della subordinazione dei ciclo fattorini*, in *LLI*, 2019, 5, 2.
- Barbieri M., *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dal lavoratore*, Giappichelli, 2017.
- Bavaro, *L'orario di lavoro agile «senza precisi vincoli»*, in *LDE*, 2022.
- Bellavista A., *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, 1995.
- Brollo M. - Del Conte M. - Martone M. - Spinelli C. - Tiraboschi M., *Lavoro agile e smart working nella società post pandemica. Profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Adapt, 2022.
- Butera F., *Il castello e la rete. Impresa, organizzazioni e professioni*, Franco Angeli, 1990.
- Carinci M.T., *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dal lavoratore*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, 53.
- Curi F., *Profili penali dei controlli a distanza*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dal lavoratore*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, 209 e ss.
- D'Antona M., *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, 1979.
- D'Ascola S., *La collaborazione organizzata cinque anni dopo*, in *LD*, 2020, 1, 3.
- Del Punta R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23 d.lgs. n. 151/2015)*, in *RIDL*, 2016, I, 77.
- Fenoglio A., *Tempo e subordinazione: riflessioni attorno al lavoro agile*, in *LLI*, 8, 1, 2022.
- Fontana G., *“Contratto di lavoro” e “giustizia” nella crisi economica*, in *DLM*, 2017, 314.
- Gaeta L., *La dignità del lavoratore e i «turbamenti» dell'innovazione*, in *LD*, 1990, 207.
- Garofalo M.G., *Nuova organizzazione di impresa e diritto del lavoro*, in *Sociologia del diritto*, n. 3, 2011, 124.
- Ingrao A., *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy. Una lettura integrata*, Cacucci, 2018.
- Leccese V., *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, in *RGL*, 2020, II, 439.
- Levi A., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, cit., 47.
- Liso F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, 1982, Franco Angeli.
- Maresca A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dal lavoratore*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, 22.
- Martelloni F., *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, in *RIDL*, 2020, 3, I, 399.
- Mengoni L., *Contratto di lavoro e impresa*, 1971, ora in L. Mengoni, *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli, Vita e pensiero, 2004, 34 e ss.
- Natoli U., *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, in Id., *Diritti fondamentali e categorie generali*, Giuffrè, 1993 (ma testo del 1956), 432-433.
- Nogler L., *Lavoro a domicilio. Art. 2128*, in P. Schlesinger (a cura di), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, 2000.
- Nogler L., *Sulle contraddizioni logiche della Cassazione in tema di diritto alla riservatezza del lavoratore subordinato*, in *RCP*, 1998, 113.
- Nuzzo V., *Customer satisfaction e contratto di lavoro subordinato*, in *DLRI*, 2020, n. 2, 27-55.
- Nuzzo V., *I confini delle tutele lavoristiche, oggi*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020.
- Nuzzo V., *La protezione dei lavoratori dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, 2018.
- Pacella G., *Alienità del risultato, alienità dell'organizzazione: ancora una sentenza spagnola qualifica come subordinati i fattorini di Deliveroo*, in *LLI*, 2018, 67.
- Pacella G., *Il lavoro nella «gig economy» e le recensioni «on line»: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?*, in *LLI*, 1, 2017, 34.

- Perulli A., *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, in *LD*, 2015, n. 2, 259.
- Peruzzi M., *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, 1, 17.
- Pinto V., *I controlli "difensivi" del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dal lavoratore*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, 141.
- Ricci G., *La «scomposizione» della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *RGL*, 2021, II, p. 328
- Rodotà S., *Intervista su privacy e libertà*, a cura di Conti P., Laterza, 2005, 149.
- Romagnoli U., *sub art. 1*, in G. Ghezzi - F. Mancini - L. Montuschi - U. Romagnoli, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, 1979, 4.
- Russo M., *Il datore di lavoro agile. Il potere direttivo nello smart working*, Esi, 2023.
- Salimbeni M.T., *La riforma dell'articolo 4 dello statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *RIDL*, 2015, I, 589.
- Smuraglia C., *Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore*, in *RGL*, 1960, 303 ss.
- Soro A., *Audizione sugli schemi dei decreti legislativi attuativi del c.d. Jobs Act presso la Commissione Lavoro della Camera dei deputati (9 luglio 2015) e la Commissione Lavoro del Senato (14 luglio 2015)*, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it), 2.
- Tebano L., *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Editoriale Scientifica, 2020.
- Tiraboschi M., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". It*, n. 335/2017
- Topo A., *"Automatic management", reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, in *LD*, 2018, 3, 453
- Trojsi A., *Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014: tra costruzione del Diritto del lavoro dell'era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori*, in *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, a cura di M. Rusciano - L. Zoppoli *WP CSDLE "Massimo D'Antona", collective volumes*, n. 3/2014, 125.
- Tullini P., *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dal lavoratore*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017.
- Zoli C., *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *RIDL*, 2009, I, 491.
- Zoli C., *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, legge n. 300/1970*, in *VTDL*, 2016, n. 4, 635.
- Zoli C., *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, Giuffrè, 1988.