



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Note minime in tema di controlli difensivi del datore,
onere della prova e utilizzabilità delle prove
illecitamente acquisite nel processo**

ARMANDO TURSI

Università degli Studi di Milano

vol. 9, no. 1, 2023

ISSN: 2421-2695



**Note minime in tema di controlli difensivi del datore,
onere della prova e utilizzabilità delle prove
illecitamente acquisite nel processo**

ARMANDO TURSI

Università degli Studi di Milano
Ordinario di Diritto del Lavoro
armando.tursi@unimi.it

ABSTRACT

The essay reproduces the speech given at the Conference on "Burden of Proof and Fact Finding in the New Civil Trial," organized at Università Cattolica del Sacro Cuore in Milan on April 20, 2023.

The analysis focuses on the topic of so-called defensive employer's controls: a notion of jurisprudential elaboration aimed at subtracting - at least in part - covert controls carried out to protect company's assets, from the limiting discipline of "remote" controls in Article 4 of the "Workers' Statute."

The brief essay is divided in two parts: the first devoted to focusing on some critical profiles of the theory of defensive controls; the second devoted to some essential evidentiary and procedural aspects.

Keywords: remote control; defensive controls; defense of corporate assets; burden of proof; illegal proofs.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/17603>

Note minime in tema di controlli difensivi del datore, onere della prova e utilizzabilità delle prove illecitamente acquisite nel processo

SOMMARIO: 1. Il “realismo” della riforma del 2015 in materia di controlli a distanza. – 2. Finalità delle apparecchiature di controllo a distanza e utilizzabilità dei dati a tutti i fini lavoristici. – 3. Considerazioni minime sui controlli difensivi. – 4. Note minime in materia di onere della prova e valore giuridico delle prove illecite.

1. Il “realismo” della riforma del 2015 in materia di controlli a distanza

I limiti normativi al potere del datore di lavoro di controllare la prestazione lavorativa o, in senso più ampio, l'attività lavorativa dei dipendenti, sollevano importanti questioni anche sotto il profilo probatorio, e specificamente, sotto i distinti profili dell'onere della prova e della legittimità dei mezzi di prova proposti in giudizio. Cercheremo di dare conto di questa affermazione a partire da una sintetica illustrazione dei profili più significativi e, nel contempo, di quelli (tuttora) problematici che affliggono la materia dei controlli datoriali.

Iniziamo col rilevare come sia dirimente, nella disciplina protettiva della riservatezza dei lavoratori, il carattere occulto del controllo, che ne coglie appieno il profilo di connessione con la “dignità” del lavoratore”: sono, infatti, per un verso, incondizionatamente vietati sia la sorveglianza del lavoro da parte di persone ignote ai lavoratori (art. 3 st. lav.), sia il controllo tecnologico a distanza “diretto” del lavoratore; e per l'altro, restrittivamente disciplinati i controlli “indiretti” o cc.dd. “preterintenzionali” (art. 4 st. lav.).

Questo rilievo segna anche il nesso della normativa statutaria con la disciplina europea sulla protezione dei dati personali, e con la giurisprudenza della Corte EDU, le quali hanno posto al centro dell'attenzione proprio il diritto del titolare dei dati personali, e in particolare del lavoratore sottoposto a controllo tecnologico, all'informazione e alla trasparenza del trattamento subito: così, tra l'altro, segnando un tratto del diritto europeo che inizia ormai ad assumere carattere strutturale e trasversale, visualizzando un datore di lavoro non meno “trasparente” che avvinto dai “lacci e laccioli” del diritto del lavoro *d'antan*.

Non sorprende che proprio dalla matrice dell'informazione e della trasparenza siano scaturite, specie nella giurisprudenza, quelle esegesi che, nell'aprirsi, in tempi diversi, ai controlli tramite agenzie investigative, e poi a quelli cc.dd. “difensivi”, incastonando entrambi nel sottilissimo confine tra tutela del patrimonio aziendale e

vigilanza sull'attività lavorativa (v. art. 2 st. lav.), hanno finito, da ultimo, e su impulso della Corte EDU non meno che della disciplina europea e nazionale della protezione dei dati personali, per sposare la logica del bilanciamento degli interessi e diritti contrapposti: un bilanciamento nel cui ambito l'esistenza di una previa informativa al dipendente circa le modalità, la durata e la finalità del controllo a distanza, anche se effettuato tramite apparecchiature autorizzate ex art. 4 st. lav., assurge a condizione di legittimità del trattamento dei dati del lavoratore, con la conseguente inutilizzabilità in giudizio per provare inadempimenti del lavoratore.

Riemerge così il tema - classico in materia - della utilizzabilità delle risultanze dei controlli a distanza, nell'eventuale giudizio instaurato dal dipendente il cui inadempimento sia stato catturato da un'apparecchiatura di controllo a distanza⁽¹⁾.

Si deve muovere, a nostro avviso, dalla osservazione che la più importante novità introdotta in materia dal *Jobs Act* sta nel superamento del tratto di ipocrisia del precedente assetto interpretativo, che ignorava la strutturale capacità di controllo delle attività lavorative incorporata nelle apparecchiature di controllo a distanza basate su tecnologie digitali; *a fortiori*, quando si tratti degli stessi strumenti di lavoro, in grado, come minimo, di memorizzare le operazioni effettuate per loro tramite⁽²⁾.

Si mira a superare la concezione impersonale del datore di lavoro e dello stesso diritto del lavoro, considerato legittimato a imporre condotte non realistiche e dunque irragionevoli, come, *in casu*, quella di fingere di non sapere.

⁽¹⁾ M. Barbieri, *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, 183 ss.; L. D'Arcangelo, *Controllo a distanza e tutela processuale del lavoratore: il dato inutilizzabile costituisce mezzo di prova illecito?*, *MGL*, 2020, 3, 557 ss.; C. Gamba, *Il controllo «a distanza» delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, *LLI*, 2016, 2, 1, 122 ss. Si veda altresì A. Graziosi, *Contro l'utilizzabilità delle illecite nel processo civile*, *Il Giusto Processo Civile*, 2016, 4, 945 ss.

⁽²⁾ R. Del Punta, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. 151/2015)*, *RIDL*, 2016, 77 ss.; A. Sitzia, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 st. Lav. e il consenso (del lavoratore)*, *LLI*, 2016, v. 2, n. 1, 83 ss.; C. Zoli, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, l. n. 300/1970*, in *VTDL*, 2016, 4, 635 ss.; P. Lambertucci, *I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l'attuazione del cd. Jobs Act del 2015: primi spunti di riflessione*, in *ADL*, 2016, 3, 514 ss.; M. Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, *WP CSDLE "Massimo D'Antona". it*, 300/2016; L. Foglia, *Il controllo a distanza sull'attività del lavoratore: dallo Statuto dei lavoratori al Jobs Act e ritorno*, in *MGL*, 2016, 10, 659 ss.; E. Gragnoli, *Gli strumenti di controllo e i mezzi di produzione*, in *VTDL*, 2016, 4, 651 ss.; A. Maresca, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017, 1 ss.; M.T. Carinci, *Il controllo "a distanza" sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Giappichelli, 2017, 43 ss.; P. Tullini, *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione è possibile?*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, 97 ss.; O. Dessì, *Il controllo a distanza sui lavoratori*, 2018, Esi; A. Sartori, *Il controllo tecnologico sui lavoratori*, Giappichelli, 2020; L. Di Paola, *I controlli sui lavoratori*, Giuffrè, 2022; N. Rossi, *Contratto di lavoro e vita privata. Profili problematici del controllo sui lavoratori subordinati*, Giappichelli, 2023.

Il riconoscimento, almeno parziale, di tale limite culturale - prima che giuridico - del precedente assetto regolativo, si traduce, sul piano sostanziale, nell'esclusione del requisito dell'autorizzazione ispettiva o sindacale per l'installazione delle apparecchiature di controllo a distanza che incorporino una potenzialità di controllo dell'attività lavorativa, come pure quelle destinate a controllare gli accessi e le presenze sul luogo di lavoro.

Non meno rilevante è la conseguenza sul piano, sia sostanziale che processuale, della utilizzabilità delle informazioni raccolte, essendosi risolto infine il legislatore a stabilire in chiaro la regola della utilizzabilità delle informazioni raccolte sia tramite apparecchiature autorizzate e rispondenti alle finalità generali elencate nel novellato comma 1° dell'art. 4 st. lav., sia tramite strumenti di lavoro e di controllo degli accessi e delle presenze, «a tutti i fini relativi al rapporto di lavoro»; alla duplice condizione, però, che venga fornita al lavoratore «adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli», e che sia rispettata la disciplina della protezione dei dati personali.

Quest'ultima condizione - invero insita nel sistema anche prima del *Jobs Act* - assurge, a ben vedere, a vero nucleo normativo del nuovo assetto regolativo dei controlli, nonché, dal punto di vista della struttura della fattispecie, elemento costitutivo del potere di controllo del datore di lavoro, che quindi è onerato della relativa prova.

In effetti, si è obiettato che la riforma del 2015 avrebbe finito per legittimare proprio i controlli diretti: e ciò sia perché gli strumenti di lavoro incorporano le funzioni di controllo, sia perché, una volta ottenuta l'autorizzazione ed effettuata l'informativa al dipendente, informazioni sull'attività lavorativa potrebbero essere ricavate dalle apparecchiature di sorveglianza: in entrambi i casi configurandosi come legittimo l'utilizzo delle informazioni raccolte per qualsiasi finalità di gestione del rapporto di lavoro.

Ma l'obiezione si supera da due confluenti prospettive: entrambe, peraltro, preesistenti al *Jobs Act*.

La prima prospettiva è quella che fa leva sul beninteso significato della natura cd. "preterintenzionale" del controllo autorizzato, espresso con le parole «possibilità di controllo a distanza dei lavoratori»: ciò impone di configurare contenuto e risultati dell'attività di controllo in maniera limitativa, dovendosi rimarcare che essi non possono consistere nel monitoraggio continuativo e sistematico dell'attività lavorativa, né tramite la raccolta dei dati, né tramite il loro trattamento, non potendo il datore di lavoro utilizzare, per ogni finalità lavoristica, le risultanze emerse da una ricerca programmatica e organizzata avente a oggetto l'attività lavorativa.

L'utilizzo di un'apparecchiatura installata con le finalità generali di cui al 1° comma dell'art. 4, può comportare la cattura accidentale di dati attinenti all'attività lavorativa, ma non può trasformarsi in controllo sull'attività lavorativa.

Il tema merita un breve approfondimento, sotto il profilo della “finalità” del trattamento⁽³⁾.

2. Finalità delle apparecchiature di controllo a distanza e utilizzabilità dei dati a tutti i fini lavoristici

Si registra una sovrapposizione concettuale tra le finalità della installazione e utilizzazione delle apparecchiature di controllo a distanza, e le finalità per le quali possono essere utilizzate le informazioni attinenti all’attività lavorativa, o più chiaramente, tra le predette finalità e l’utilizzabilità delle informazioni raccolte a fini *lato sensu* lavoristici (*i.e.*, in maniera cd. “preterintenzionale”).

Mutuando (impropriamente) una felice espressione utilizzata per appellare il diritto del lavoro rispetto al diritto civile, può dirsi che l’impiego delle apparecchiature tecnologiche «per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale» costituisca un controllo “primo”, tendenzialmente libero, mentre costituirebbe controllo “secondo” quello che usualmente viene chiamato “preterintenzionale” o indiretto, a segnalare il fatto che ad essere coinvolto dal reticolo garantista è solo l’effetto non programmaticamente voluto del “controllo primo”.

Ebbene, il legislatore più recente in materia è intervenuto per chiarire che i dati e le informazioni comunque acquisiti tramite i “controlli secondi”, pur attenendo all’attività lavorativa, possono essere utilizzati ai fini lavoristici, alle condizioni già illustrate: si tratta, a nostro avviso, di una norma realistica che rispetta e non pretende di obliterare il principio di realtà (come non di rado avviene nel diritto del lavoro).

Non si tratta di una deroga al principio di finalità del diritto della *privacy*, perché un conto è l’impiego dell’apparecchiatura di controllo a distanza per il soddisfacimento delle esigenze tipizzate dal legislatore (finalità generale del “controllo primo”); altro conto è l’utilizzo delle informazioni raccolte nel corso e in occasione di quell’impiego (finalità “lavoristica” del controllo “preterintenzionale” o “secondo”)⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Per una approfondita ricostruzione circa il principio di finalità si veda A. Ingraio, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, 2018, 156 ss.

⁽⁴⁾ Sulla disciplina *privacy* si vedano altresì A. Bellavista, *Controlli tecnologici e privacy del lavoratore*, in *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, a cura di A. Bellavista - R. Santucci, Giappichelli, 2022, 99 ss. e, in precedenza, A. Bellavista, *La disciplina della protezione dei dati personali e i rapporti di lavoro*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da F. Carinci, in *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, II ed., Utet, 2007, 479 ss.; C. Pisani - G. Proia - A. Topo, *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, 2022, Giuffrè; A. Ingraio, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, 2018, Cacucci; G. Proia, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l’«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, RIDL, 2016, I, 4, 547 ss.; I. Alvino, *I nuovi*

Più semplicemente, si dirà che un conto è la finalità in senso proprio, come ragione del controllo (“primo”), altro è la finalità impropriamente riferita alla utilizzabilità a fini di contrasto agli illeciti (contrattuali e non) del dipendente, dimodoché si delinea il seguente schema analitico, alla cui stregua: in mancanza di finalità in senso proprio, l’impianto di controllo dal quale possano anche acquisirsi informazioni sull’attività di lavoro, non è installabile; in mancanza di autorizzazione (laddove richiesta, non trattandosi di strumenti di lavoro o di controllo delle presenze), l’impianto di controllo dal quale, ancora una volta, possano anche acquisirsi informazioni sull’attività di lavoro, non è utilizzabile nemmeno per i fini suoi propri (perché i controlli potrebbero anche solo potenzialmente riguardare l’attività di lavoro); in presenza di finalità, di autorizzazione e di informazione ai lavoratori, possono essere utilizzate anche le informazioni rilevanti in materia di rapporti di lavoro. E, poi, appena il caso di osservare che, laddove l’apparecchiatura tecnologica non consenta neanche potenzialmente di controllare (o acquisire dati su) i lavoratori, nessuna finalità, autorizzazione o informazione è prescritta.

L’adempimento informativo - come ricordato all’inizio di queste note - , è posto a presidio della trasparenza e costituisce antidoto ai controlli occulti: va quindi preso sul serio il requisito dell’adeguatezza dell’informazione, che, per quanto sopra osservato, non deve limitarsi a rendere note le finalità lecite del trattamento dei dati, tipizzate nel 1° comma dell’art. 4 st. lav., ma deve palesare anche (e si direbbe soprattutto) la possibilità di controlli “preterintenzionali”, ossia la possibilità che attraverso i controlli per finalità lecite si attingano notizie su illeciti contrattuali: insomma, l’informativa deve riguardare anche l’utilizzabilità di fatti lavoristicamente rilevanti, acquisiti in maniera “preterintenzionale” attraverso strumenti di controllo non disegnati e non utilizzati normalmente per controllare le attività lavorative.

Ciò chiarito, ne discende, tra l’altro, che i controlli indiretti non soffrono limitazioni quanto al contenuto: in particolare, possono riguardare l’adempimento e le condotte solutorie, così come il rendimento, ovvero le condotte non solutorie ma non inadempienti, e le cc.dd. “licenze comportamentali”.

Ne discende, altresì, che è un falso problema quello del nesso di compatibilità, di derivazione o addirittura di continenza tra le finalità del controllo e l’utilizzabilità dei dati raccolti per fini lavoristici.

limiti controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy, LLI, 2016, 2 (1), 1-45; A. Levi, *Il controllo informativo sull’attività del lavoratore*, Giappichelli, 2013; S. Giubboni, *Potere datoriale di controllo e diritto alla privacy del lavoratore. Una sinossi delle fonti europee e internazionali*, in RGL, 2012, I, 81 ss.; P. Chieco, *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento di dati personali del lavoratore*, Cacucci, 2000; V. Ferrante, *La privacy del lavoratore: brevi considerazioni alla luce delle fonti internazionali e della normativa comparata*, in AA. VV., *La tutela della privacy del lavoratore*, QDLRI, 2000, 24, 279 ss.; L. Nogler, *Sulle contraddizioni logiche della Cassazione in tema di diritto alla riservatezza del lavoratore subordinato*, RCP, 1998, 1, 113 ss.

L'art. 6, comma 4 del GDPR (ma v. anche il considerando 50) vieta, in linea di massima, il «trattamento per una finalità diversa da quella per la quale i dati personali sono stati raccolti», stabilendo che, ove detto trattamento non sia basato sul consenso dell'interessato o su un atto legislativo dell'Unione o degli Stati membri che costituisca una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per la salvaguardia degli obiettivi di cui all'art. 23, par. 1, il titolare del trattamento deve «verificare se il trattamento per un'altra finalità sia compatibile con la finalità per la quale i dati personali sono stati inizialmente raccolti».

Nel compiere questa verifica, il titolare del trattamento tiene conto di una lunga serie di elementi, il primo dei quali è costituito da «ogni nesso tra le finalità per cui i dati personali sono stati raccolti e le finalità dell'ulteriore trattamento previsto».

Orbene, è chiaro che, ove non si accetti la distinzione sopra proposta, tra “controlli primi” e “controlli secondi”, tra le finalità di installazione degli impianti con una mera potenzialità di controllo dell'attività di lavoro, e le finalità giuslavoristiche per cui le informazioni in tal modo acquisite possono essere utilizzate, si finirebbe per tentare di far passare il cammello lavoristico dei controlli cc.dd. “preterintenzionali”, attraverso la cruna delle «ulteriori finalità» di cui all'art. 6.4 GDPR.

Quando - prima che si “scoprisse” l'esistenza del diritto europeo della *privacy* - l'ostacolo di fatto più temuto dalle imprese era costituito dalla necessità di ottenere un'autorizzazione amministrativa o sindacale per poter installare «gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori», una prima via d'uscita da questa situazione percepita come di forte menomazione dalle imprese, fu quella di escludere dal campo di applicazione, non solo dell'art. 4, ma anche degli artt. 2 e 3 st. lav., i controlli esterni all'azienda e occulti, finalizzati alla tutela patrimonio aziendale, ossia i controlli tramite agenzie investigative⁽⁵⁾.

La vicenda desta interesse, oggi, perché la pasticciata soluzione prassista elaborata dalla giurisprudenza, basata sull'esistenza di un preciso mandato escludente controlli sull'attività lavorativa, e sul rispetto delle clausole generali di correttezza e buona fede, rivelano caratteri di attualità, sotto specie di aperture interpretative e normative di carattere innovativo.

Il discorso sarà ripreso tra breve, dopo aver svolto qualche osservazione circa la seconda e più importante “via d'uscita”, costituita dai controlli difensivi.

⁽⁵⁾ Sul punto di recente A. Ingraio, *Il controllo difensivo sugli atti illeciti dei lavoratori da parte di agenzie investigative tra Statuto dei lavoratori, Testo Unico di Pubblica Sicurezza e normativa a protezione dei dati personali*, *Labor*, 2023, 69 ss. e V. Nuzzo, *Sull'utilizzo delle agenzie investigative per il controllo della prestazione resa fuori dai locali aziendali*, *RIDL*, 2018, 4, 802 ss. In precedenza A. Bellavista, *Investigatori privati e controlli occulti sui lavoratori*, *RIDL*, 1996, 3, 544 ss.

3. Considerazioni minime sui controlli difensivi

La teoria dei cc.dd. “controlli difensivi”, frutto di una elaborazione ormai quarantennale, ha finito per impattare, con esiti ancora non definitivi (almeno dal punto di vista teorico), con la riforma del 2015.

Si tratta di un costrutto esegetico ampiamente sovrapponibile a quello dei controlli tramite agenzie investigative, col quale ha in comune, nella versione giurisprudenziale più recente, oltre che il riferimento finalistico alla tutela del patrimonio aziendale (che vira pei controlli difensivi verso la tutela di beni estranei al rapporto di lavoro), e non invece alla “vigilanza sull’attività lavorativa”, la ricorrenza di un fondato sospetto del datore di lavoro circa la commissione di (gravi) illeciti (o addirittura reati, commessi o in corso di attuazione) ad opera del lavoratore; con la precisazione, nella giurisprudenza più rigorosa, che i dati raccolti in via difensiva devono riferirsi a un tempo successivo rispetto al sorgere del sospetto della commissione dell’illecito: tutti elementi, ancora una volta, costitutivi della fattispecie fondativa del potere datoriale di controllo, con il conseguente onere probatorio.

Com’è noto, sia in dottrina che in giurisprudenza si sono registrate opinioni e posizioni difformi circa la sopravvivenza dei controlli difensivi al *Jobs Act*, avendo la riforma del 2015 ricondotto all’art. 4 st. lav. i controlli a difesa del patrimonio aziendale, contemplato espressamente tra le finalità giustificatrici dell’installazione di apparecchiature capaci di effettuare controlli “preterintenzionali”⁽⁶⁾.

La critica a nostro avviso insuperata alla tesi sopra esposta, e che regge anche al sopravvenire del *Jobs Act*, è quella basata sull’infondatezza della distinzione tra illecito extralavorativo e illecito contrattuale; più precisamente, si tratta della considerazione per cui non si dà lesione del patrimonio aziendale (almeno, nell’esecuzione del rapporto di lavoro), che non costituisca inadempimento degli obblighi contrattuali assunti per il tramite del contratto di lavoro.

In effetti, basta dare uno sguardo ai codici disciplinari dei contratti collettivi e dei regolamenti aziendali, per rendersi conto, anche praticamente, che la teoria dei controlli difensivi (anche dopo il *Jobs Act*) postula una distinzione priva di fondamento teorico: quella tra due tipologie di condotte, entrambe disciplinarmente rilevanti, di cui l’una di

⁽⁶⁾ Per la tesi per cui i controlli difensivi devono ritenersi assorbiti dalla norma: R. Del Punta, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23 D.Lgs. n. 151/2015)*, cit., 77; P. Lambertucci, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli “a distanza” tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014*, WP CSDLLE “Massimo D’Antona” – IT, 2015, n. 255, 3; M.T. Salimbeni, *La riforma dell’articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, RIDL, 2015, n. 1, 589 ss.; I. Alvino, *L’articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, DRI, 2014, n. 4, 999 ss. Per l’altra tesi: V. Maio, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull’attività dei lavoratori e la modernità postpanottica*, in ADL, 2015, 6, 1186 ss.; M. Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit.; A. Maresca, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., 1 ss.

natura solutoria e contrattuale, e l'altra di natura non solutoria ed extracontrattuale: assai puntuale, in proposito, è la giurisprudenza che fa leva sulla presunta "estraneità" del bene violato "al rapporto di lavoro", cui si contrapporrebbe l'afferenza a un non rigorosamente definito "patrimonio aziendale".

Ricorre, a ben vedere, in questo tipo di argomentazione, la già divisata sovrapposizione concettuale tra le finalità che legittimano i controlli tecnologici (per definizione) "non lavoristici", e quelle - per così dire, "lavoristiche" - , per il cui perseguimento è lecito utilizzare i risultati dei dati acquisiti tramite le predette apparecchiature.

Né sembrano poter assumere valore dirimente le considerazioni volte a meglio marcare i confini della fattispecie dei controlli difensivi, focalizzando elementi esterni al nucleo della fattispecie (la concretezza e imminenza dell'illecito, piuttosto che la sua estraneità rispetto al rapporto di lavoro), e collocandosi in una logica di diritto "necessitato" o di "legittima difesa", che escluderebbe l'applicazione dell'art. 4 st. lav.

Ma anche la teoria che considera i controlli difensivi assorbiti, dopo il *Jobs Act* , nei controlli per finalità di tutela del patrimonio aziendale, ha i suoi limiti, perché le finalità che legittimano i controlli tecnologici - come detto - non vanno confuse con l'utilizzabilità dei risultati dei controlli a fini di contrasto degli illeciti, e dunque l'utilizzabilità dei dati raccolti per finalità attinenti al rapporto di lavoro non può essere ricondotta a quella di tutela del patrimonio aziendale.

Di ciò - come pure s'è già osservato - può trarsi conferma *a contrario*, giacché i controlli per le finalità tipizzate dalla legge - *in primis* quelle di tutela del patrimonio aziendale - richiedono l'autorizzazione solo se consentono i controlli "preterintenzionali" sul lavoro.

D'altro canto, deve pure osservarsi che l'art. 4 st. lav. si applica anche nei casi in cui i controlli "preterintenzionali" vengano effettuati tramite apparecchiature con finalità diverse dalla tutela del patrimonio aziendale (organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro).

La giurisprudenza, dal canto suo, cogliendo alcuni spunti dottrinali, ha seguito la pista dei controlli difensivi anche dopo il *Jobs Act*, ma con alcune nuove messe a punto⁽⁷⁾.

Innanzitutto, essa ha affermato che i controlli difensivi sarebbero ascrivibili a due tipologie, l'una riconducibile e l'altra estranea all'art. 4: la prima, dei controlli difensivi "in senso ampio", assoggettati alla disciplina dell'art. 4 in quanto riguardanti tutti i dipendenti nello svolgimento della prestazione che li pone a contatto col patrimonio aziendale; la seconda, dei controlli difensivi "in senso stretto", identificati con quelli

⁽⁷⁾ E. Gramano, *La rinnovata (ed ingiustificata) vitalità della giurisprudenza in materia di controlli difensivi*, in *DRI*, 2018, 1, 265 ss.; C. Colapietro – A. Giubilei, *Controlli difensivi e tutela dei dati del lavoratore: il nuovo punto della Cassazione*, *q. Rivista*, 2021, 7, 2; G. Cassano, *Quando il giudizio di proporzionalità salva i controlli difensivi occulti: Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione a confronto*, *DRI*, 2022, 2, 530 ss.

diretti, a fronte del sospetto di illeciti, ad accertare *ex post* condotte illecite ascrivibili a lavoratori individuati o individuabili⁽⁸⁾.

Altro e più garantistico filone giurisprudenziale di merito⁽⁹⁾, recependo l'insegnamento della giurisprudenza della Corte EDU e la logica della disciplina europea della protezione dei dati personali, ha affermato che anche i controlli difensivi devono rispettare l'obbligo di informazione *ex 3°* comma, a pena di inutilizzabilità della prova; affermazione che sembra fare da controcanto a quella, più risalente, per cui i controlli tramite investigatori privati devono svolgersi nel rispetto delle clausole di correttezza e buona fede.

Orbene, l'innesto della normativa, e prima ancora della stessa "logica" regolativa, delle clausole generali, nella materia dei controlli - già di per sé posta sul delicato confine tra diritto (europeo) della *privacy* e diritto (nazionale) del lavoro - , non è privo di criticità: su questa operazione si scarica la eterna tensione tra due tecniche regolative diverse, quali quella per clausole e principi generali, e quella per fattispecie.

La regolazione per clausole o principi generali, fatta naturalmente propria dalla Corte di Strasburgo, postula, (anche) nella nostra materia, il «bilanciamento degli interessi in gioco, nella situazione concreta», effettuato alla luce del principio di proporzionalità, come rimedio necessario e sufficiente per salvare la condotta datoriale indipendentemente dal rispetto della normativa di dettaglio, inclusa quella sulla protezione dei dati personali.

Laddove, nella regolazione unieuropea, quei principi assurgono, più che a principi, a direttive o *rationes regolative* di una disciplina (fin troppo) analitica e puntuale.

Ciò che emerge in positivo, da questo complesso quadro regolativo multilivello, è il profilarsi di una prospettiva unificante e semplificatrice, guidata, forse inaspettatamente, della giurisprudenza CEDU; prospettiva caratterizzata dalla applicazione diretta del principio alla condotta, quasi "scavalcandosi" la norma (unieuropea e/o nazionale) di dettaglio; così come dalla irrilevanza della distinzione tra inadempimento e illecita lesione del patrimonio aziendale, che può assumere rilievo, tutt'al più, ai fini del giudizio di proporzionalità, filtrato del principio di minimizzazione.

⁽⁸⁾ Orientamento inaugurato da Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, in *DRI*, 2022, 1, 271, con nota di E. Gramano, *Controlli difensivi, condotte illecite e inadempimento del prestatore di lavoro: un cerchio che non si chiude*, in *RIDL*, 2022, 1, II, 107 ss., con nota di V. Nuzzo, *Sulla sopravvivenza dei controlli c.d. difensivi dopo la riscrittura dell'art. 4 st. lav.*

⁽⁹⁾ Trib. Padova 19 gennaio 2018, in *DRI*, 2019, 1, 302 ss., con nota di G. Cassano, *Prime pronunce sul nuovo art. 4 della l. n. 300/1970.*

4. Note minime in materia di onere della prova e valore giuridico delle prove illecite

L'onere della prova del legittimo uso del potere di controllo (es.: finalità, autorizzazione, informativa adeguata) grava sul datore di lavoro che allega la violazione contrattuale - nelle ipotesi più gravi, la giusta causa di licenziamento - : esso attiene, infatti, alla prova del fatto costitutivo dell'illecito.

Se il potere è stato male esercitato, l'informazione si dà per non acquisita (sul piano sostanziale) e il licenziamento è ingiustificato, nonché sanzionabile con la reintegra per insussistenza del fatto contestato, con la precisazione che, in regime di tutele crescenti, l'onere della prova "diretta" (non dell'ingiustificatezza, ma) della insussistenza del fatto "materiale" contestato, ai fini dell'applicazione della tutela reale, grava sul lavoratore; sicché, una volta che il datore di lavoro abbia assolto al suo onere della prova, spetta al lavoratore eccepire i fatti modificativi ed estintivi, nonché, ove invochi la tutela reale in regime di tutele crescenti, il fatto a sua volta costitutivo (del diritto alla reintegra) dell'insussistenza del fatto contestato.

Si delinea, a questa stregua, su impulso del lavoratore, un sub-procedimento avente a oggetto la legittimità e dunque l'ammissibilità delle prove costituite dalle informazioni raccolte a seguito dei controlli effettuati dal datore di lavoro⁽¹⁰⁾.

Si contrappongono in proposito una tesi "processualistica" e una tesi "sostanzialistica": basate, rispettivamente, sulla violazione delle norme processualistiche sull'acquisizione delle prove, e sulla violazione delle norme sostanziali.

La tesi sostanzialista prevale, nonostante le venga obiettato che sarebbe privo di base giuridica trarre dall'illegittimità del controllo la conseguenza giuridica dell'illegittimità della prova; menzionandosi l'esempio paradigmatico dell'investigatore privato ingaggiato con finalità meramente esplorativa, ma che finisca per accertare un fatto illecito, e affermandosi come, in un simile caso, nessuna norma, né processuale né sostanziale, stabilisca l'inammissibilità processuale delle prove raccolte.

Viene, insomma, in rilievo la tematica delle prove illecite, che all'esito di una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale è pervenuta alla definizione delle prove illecite come quelle, non solo acquisite con mezzi illegittimi e con metodi penalmente illeciti, ma altresì con atti che comunque comportino una violazione di diritti individuali costituzionalmente protetti.

Non è il caso di ripercorrere nei dettagli questa vicenda, in questa sede; è invece utile, e pertinente, compendiare l'impatto di essa sulla materia oggetto di questo scritto:

⁽¹⁰⁾ M. Barbieri, *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, cit., 183 ss.; L. D'Arcangelo, *Controllo a distanza e tutela processuale del lavoratore: il dato inutilizzabile costituisce mezzo di prova illecito?*, cit., 557 ss.; C. Gamba, *Il controllo «a distanza» delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, cit., 122 ss. Si veda altresì A. Graziosi, *Contro l'utilizzabilità delle illecite nel processo civile*, cit., 945 ss.

focalizzando l'attenzione, in particolare, sul caso paradigmatico e in qualche modo trasversale, dei controlli tramite agenzie investigative⁽¹⁾.

S'è già illustrato come l'impiego di agenzie investigative non sia precluso dagli artt. 2, 3 e 4 st. lav., che non vietano controlli occulti extra-aziendali; l'investigazione privata è tuttavia soggetta alla disciplina sul trattamento dati personali; tale trattamento è legittimo se esiste una base giuridica tra quelle individuate dall'art. 6 GDPR.

Tra queste, si annovera il legittimo interesse del titolare del trattamento, a condizione che non prevalgano interessi diritti o libertà fondamentali dell'interessato che richiedano la protezione di dati personali.

Il provvedimento del GP n. 6/2016 (sul trattamento di categorie particolari di dati) stabilisce che, nel mandato conferito alla agenzia investigativa, devono essere indicate le circostanze sulle quali si fonda il sospetto di violazione contrattuale; in caso contrario, i dati sono raccolti in violazione della *privacy*.

L'art. 2-*decies* del CP dispone, a sua volta, che «I dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati, salvo quanto previsto dall'articolo 160-bis»; articolo che a sua volta prevede che «La validità, l'efficacia e l'utilizzabilità nel procedimento giudiziario di atti, documenti e provvedimenti basati sul trattamento di dati personali non conforme a disposizioni di legge o di regolamento restano disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali».

Parrebbe derivarne che chi raccoglie il dato in violazione della disciplina sul trattamento dei dati personali non possa utilizzarlo, ma che il divieto non si traduca immediatamente in un divieto di acquisizione probatoria per il giudice, il quale dovrà applicare le norme processuali rilevanti.

Orbene, il c.p.c. non prevede, a differenza del c.p.p., una norma che stabilisca l'inutilizzabilità di prove precostituite formatesi in violazione di una norma di legge. Sicché, in linea di principio, laddove rilevanti per risolvere la controversia, le prove raccolte anche illecitamente potrebbero comunque essere acquisite nel processo del lavoro.

Tuttavia, salvo isolate pronunce, questa tesi non è recepita dalla giurisprudenza del lavoro: riteniamo a ragione, perché ciò che necessita è un cambio di prospettiva, propedeutico al riconoscimento che quella che si pone non è una questione di ammissibilità in senso tecnico della prova, *ex artt.* 183, comma 7° (comma 4° dopo la riforma Cartabia) e 420, c. 5°, c.p.c., o assimilabili ai casi di inammissibilità della prova testimoniale o del giuramento decisorio.

⁽¹⁾ Sul tema di recente A. Ingraio, *Il controllo difensivo sugli atti illeciti dei lavoratori da parte di agenzie investigative tra Statuto dei lavoratori, Testo Unico di Pubblica Sicurezza e normativa a protezione dei dati personali*, *cit.* e V. Nuzzo, *Sull'utilizzo delle agenzie investigative per il controllo della prestazione resa fuori dai locali aziendali*, *cit.*

S'è detto: la prova illecita non è la prova semplicemente inammissibile; è piuttosto quella che si basa sulla violazione di diritti individuali costituzionalmente protetti, quale è il diritto alla *privacy*, e quello, retrostante, al rispetto della dignità della persona.

In questa prospettiva, non vale nemmeno invocare il valore, anche costituzionale, dell'accertamento della verità: ché la preoccupazione di non compromettere il pieno accertamento della verità non può da sola giustificare una indiscriminata apertura all'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile.

Già Carnelutti, del resto, osservava che ad un soggetto non può essere concesso di assicurarsi tramite un atto illecito (la illegale acquisizione della prova) benefici (l'utilizzo della prova) maggiori di quelli che gli sarebbero consentiti con mezzi legali (la richiesta al giudice di un ordine di esibizione); e ciò - si ribadisce - *a fortiori*, quando quelle illiceità dipendono da precetti costituzionali.

Un ultimo argomento, strettamente esegetico, può infine rinvenirsi a sostegno della tesi qui sostenuta: esso poggia sull'istituto dell'esibizione istruttoria disciplinato dall'art. 210 c.p.c..

Nel processo civile, ispirato al principio dispositivo, la parte può chiedere *ex art.* 210 c.p.c. l'esibizione del documento di cui non è in possesso.

Orbene, se esiste uno specifico strumento processuale attraverso cui la parte può chiedere l'acquisizione al processo di prove esoprocessuali asseritamente illecite, a fortiori l'eventuale produzione in giudizio di prove ottenute con mezzi illegali è da reputarsi illecita anche perché elusiva della disciplina dell'esibizione istruttoria.

Bibliografia

- Alvino I., *I nuovi limiti controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *LLI*, 2016, 2 (1), 1-45.
- Alvino I., *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, in *DRI*, 2014, n. 4, 999 ss.
- Barbieri M., *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, 183 ss.
- Bellavista A., *Controlli tecnologici e privacy del lavoratore*, in *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, a cura di A. Bellavista - R. Santucci, Giappichelli, 2022, 99 ss.
- Bellavista A., *La disciplina della protezione dei dati personali e i rapporti di lavoro*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da F. Carinci, in *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, II ed., Utet, 2007, 479 ss.
- Bellavista A., *Investigatori privati e controlli occulti sui lavoratori*, in *RIDL*, 1996, 3, 544 ss.
- Carinci M.T., *Il controllo "a distanza" sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017, 43 ss.
- Cassano G., *Quando il giudizio di proporzionalità salva i controlli difensivi occulti: Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione a confronto*, in *DRI*, 2022, 2, 530 ss.
- Cassano G., *Prime pronunce sul nuovo art. 4 della l. n. 300/1970*, in *DRI*, 2019, 1, 302 ss.
- Chieco P., *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento di dati personali del lavoratore*, Cacucci, 2000.
- Colapietro C., Giubilei A., *Controlli difensivi e tutela dei dati del lavoratore: il nuovo punto della Cassazione*, in *LLI*, 2021, 7, 2, 188 ss.
- D'Arcangelo L., *Controllo a distanza e tutela processuale del lavoratore: il dato inutilizzabile costituisce mezzo di prova illecito?*, in *MGL*, 2020, 3, 557 ss.
- Del Punta R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. 151/2015)*, in *RIDL*, 2016, 77 ss.
- Dessì O., *Il controllo a distanza sui lavoratori*, Esi, 2018.
- Di Paola L., *I controlli sui lavoratori*, Giuffrè, 2022.
- Ferrante V., *La privacy del lavoratore: brevi considerazioni alla luce delle fonti internazionali e della normativa comparata*, in *La tutela della privacy del lavoratore*, *QDLRI*, 2000, 24, 279 ss.
- Foglia L., *Il controllo a distanza sull'attività del lavoratore: dallo Statuto dei lavoratori al Jobs Act e ritorno*, in *MGL*, 2016, 10, 659 ss.
- Gamba C., *Il controllo «a distanza» delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, in *LLI*, 2016, 2, 1, 122 ss.
- Giubboni S., *Potere datoriale di controllo e diritto alla privacy del lavoratore. Una sinossi delle fonti europee e internazionali*, in *RGL*, 2012, I, 81 ss.
- Gagnoli E., *Gli strumenti di controllo e i mezzi di produzione*, in *VTDL*, 2016, 4, 651 ss.
- Gramano E., *Controlli difensivi, condotte illecite e inadempimento del prestatore di lavoro: un cerchio che non si chiude*, in *DRI*, 2022, 1, 271 ss.
- Gramano E., *La rinnovata (ed ingiustificata) vitalità della giurisprudenza in materia di controlli difensivi*, in *DRI*, 2018, 1, 265 ss.
- Graziosi A., *Contro l'utilizzabilità delle illecite nel processo civile*, in *Il Giusto Processo Civile*, 2016, 4, 945 ss.
- Ingrao A., *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, 2018.

A. TURSI, *Note minime in tema di controlli difensivi del datore, onere della prova e utilizzabilità delle prove illecitamente acquisite nel processo*

- Ingrao A., *Il controllo difensivo sugli atti illeciti dei lavoratori da parte di agenzie investigative tra Statuto dei lavoratori, Testo Unico di Pubblica Sicurezza e normativa a protezione dei dati personali*, in *Labor*, 2023, 69 ss.
- Lambertucci P., *I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l'attuazione del cd. Jobs Act del 2015: primi spunti di riflessione*, in *ADL*, 2016, 3, 514 ss.
- Lambertucci P., *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli "a distanza" tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" – IT*, 2015, n. 255, 3 ss.
- Levi A., *Il controllo informativo sull'attività del lavoratore*, Giappichelli, 2013.
- Maio V., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità postpanottica*, in *ADL*, 2015, 6, 1186 ss.
- Marazza M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona". it, n. 300/2016*.
- Maresca A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017, 1 ss.
- Nogler L., *Sulle contraddizioni logiche della Cassazione in tema di diritto alla riservatezza del lavoratore subordinato*, in *RCP*, 1998, 1, 113 ss.
- Nuzzo V., *Sulla sopravvivenza dei controlli c.d. difensivi dopo la riscrittura dell'art. 4 st. lav.*, in *RIDL*, 2022, 1, II, 107 ss.
- Nuzzo V., *Sull'utilizzo delle agenzie investigative per il controllo della prestazione resa fuori dai locali aziendali*, in *RIDL*, 2018, 4, 802 ss.
- Pisani C., G. Proia, A. Topo, *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2022.
- Proia G. *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *RIDL*, 2016, I, 4, 547 ss.
- Rossi N., *Contratto di lavoro e vita privata. Profili problematici del controllo sui lavoratori subordinati*, Giappichelli, 2023
- Salimbeni M.T., *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, *RIDL*, 2015, n. 1, 589 ss.
- Sartori A., *Il controllo tecnologico sui lavoratori. La nuova disciplina italiana tra vincoli sovranazionali e modelli comparati*, Giappichelli, 2020.
- Sitzia A., *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 st. Lav. e il consenso (del lavoratore)*, in *LLI*, 2016, v. 2, n. 1, 83 ss.
- Tullini P., *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione è possibile?*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, 97 ss.
- Zoli C., *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, l. n. 300/1970*, in *VTDL*, 2016, 4, 635 ss.