



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori
dopo il “Jobs Act” (art. 23 D.Lgs. 151/2015):
spunti per un dibattito**

MARIA TERESA CARINCI
Università degli Studi di Milano

vol. 2, no. 1, 2016

ISSN: 2421-2695





Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il “Jobs Act” (art. 23 D.Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito.

MARIA TERESA CARINCI
Università degli Studi di Milano
mariateresa.carinci@unimi.it

ABSTRACT

The introduction aims at giving an overview of the new article 4 of the Worker's Statute (Law no. 300/1970), concerning the employer's monitoring powers, as recently reformed by the latest Italian Labour Reform (the so called Jobs Act).

In particular, after a brief explanation of the rationale underlying the new rule, in order to make the employer's control power compatible with the improvement of technological tools in the workplace, the Author critically lists and takes into consideration the heterogeneous and complicated interpretative issues raised by the brand new reform.

Keywords: Employer's monitoring powers; Jobs Act Reform; Privacy; Employee's dignity

Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il "Jobs Act" (art. 23 D. Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito.

SOMMARIO: 1. Il bilanciamento fra l'interesse tecnico-produttivo del datore di lavoro e l'interesse alla dignità del lavoratore nel testo originario dell'art. 4 St.lav. – 2. Le modifiche introdotte dall'art. 23 D.Lgs. 151/2015 ed i problemi interpretativi sul tappeto. – 2.1. Regole e limiti per l'installazione e l'uso di strumenti che consentono il controllo a distanza dell'attività del lavoratore. – 2.2. Regole e limiti per il trattamento dei dati. – 2.3. L' "utilizzabilità" dei dati legittimamente raccolti. – 2.4. Le sanzioni penali. – 3. Una disciplina ancora *in fieri*.

1. Il bilanciamento fra l'interesse tecnico-produttivo del datore di lavoro e l'interesse alla dignità del lavoratore nel testo originario dell'art. 4 St.lav.

La riflessione che questo numero della rivista vuole proporre al lettore concerne il nuovo art. 4 St.lav., come modificato dall'art. 23 D.Lgs. 151/2015 (1).

Com'è noto la norma statutaria, nella sua formulazione originaria, fondava sì per la prima volta in modo esplicito (2) il potere del datore di lavoro di controllare a distanza l'attività del lavoratore, in quanto funzionale a garantire la realizzazione del suo interesse tecnico-organizzativo, ma al contempo ne fissava limiti (3) per tutelare il contrapposto interesse del lavoratore alla propria dignità personale.

In particolare il testo originario dell'art. 4 St.lav. esordiva con un generale divieto di controllo a distanza (4) dell'attività dei lavoratori – l'attività di lavoro,

(1) L'art. 4 St.lav., nel testo modificato dal D.Lgs. 151/2015, si applica a tutti i rapporti di lavoro – subordinato o eterorganizzato (v. art. 2 D.lgs. 81/2015) – a differenza della nuova disciplina del licenziamento introdotta dal D.Lgs. 23/2015, che è invece destinata ad applicarsi solo ai "nuovi assunti" (cioè ai lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015).

(2) Nessuna norma del Codice civile, infatti, menziona il potere di controllo, anche se è evidente che solo a seguito dell'esercizio del potere di controllo il datore di lavoro dispone delle informazioni necessarie per esercitare il potere disciplinare.

(3) La norma – come verrà subito illustrato nel testo – configurava prima di tutto un limite esterno al potere datoriale di controllo ed in seconda battuta un limite interno: il divieto generale di controllo a distanza segnava un limite invalicabile per il potere di controllo, fino a che esso non venisse rimosso ad opera dell'autorizzazione sindacale o amministrativa (limite esterno); ottenuta l'autorizzazione, invece, il potere di controllo doveva essere esercitato in conformità alle esigenze tecnico-produttive o di sicurezza individuate in sede autorizzatoria (limite interno). In questo senso 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 (cd. Jobs Act)*, in *Working papers Massimo D'Antona*, 255/2015.

(4) Inteso poi dalla giurisprudenza nel senso sia di distanza spaziale (controllo attuato tramite le telecamere a circuito chiuso, per es.) sia a distanza temporale (controllo effettuato tramite dispositivi di registrazione delle telefonate, per es.) a partire da Cass. 18 febbraio 1983, n. 1236, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1755; in dottrina A. Bellavista, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli,

ma anche l'attività posta in essere nelle pause (il pasto o la "pausa caffè") – per il tramite di strumenti a ciò specificamente deputati (impianti audiovisivi o "altre apparecchiature") sul presupposto che un controllo occulto e impersonale e, quindi, potenzialmente pervasivo quale quello realizzato tramite gli strumenti tecnologici conosciuti all'epoca (telecamere a circuito chiuso, centraline telefoniche ecc.) fosse eccessivamente stressante e dunque lesivo della dignità della persona che lavora. Prevedeva, tuttavia, che quel divieto generale potesse essere circoscritto e attenuato – per il tramite di un'autorizzazione sindacale o amministrativa – nel caso dei cd. controlli "preterintenzionali" o "indiretti" (5), cioè quei controlli volti a fini organizzativi o produttivi o per garantire la sicurezza del lavoro, benché da essi potesse derivare anche un controllo sull'attività del lavoratore.

La violazione dell'art. 4 St.lav. era poi assistita da sanzione penale (art. 38 St.lav.) (6).

Logica conseguenza del bilanciamento operato dalla norma avrebbe dovuto essere la totale inutilizzabilità – prima di tutto a fini disciplinari (7) – delle informazioni raccolte tramite i cd. controlli "indiretti".

Ma su questo aspetto la norma statutaria taceva.

Né d'altra parte è plausibile ritenere che il datore di lavoro, che abbia acquisito in qualsiasi modo informazioni sul comportamento del lavoratore, si astenga dal farne uso: se l'utilizzo diretto dell'informazione dovesse essergli precluso, il datore non esiterà ad utilizzare altre strade per liberarsi di quel lavoratore ritenuto non più affidabile.

Alle esigenze datoriali di riconoscere con larghezza l'utilizzabilità delle informazioni comunque raccolte è andata incontro quella parte della giurisprudenza che ha elaborato la categoria dei cd. "controlli difensivi" (cioè quei

Torino, 1995, 73; B. Veneziani, *Sub art. 4*, in *Lo Statuto dei lavoratori, Commentario diretto da Giugni*, Milano, 1979, 21 e 23.

(5) Non rilevava, quindi, la volontà del datore di lavoro, ma solo la finalità oggettiva in vista della quale il controllo era effettuato. U. Romagnoli, *sub art. 4*, in G. Ghezzi, F. Mancini, L. Montuschi, U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, 1979, 28 ss. 29

(6) La violazione dell'art. 4 St.lav. era in origine punita con le sanzioni penali previste dall'art. 38 St.lav. In seguito però l'art. 179, 2 comma, del Codice della Privacy ha eliminato dall'art. 38 St.lav. il riferimento all'art. 4 St.lav.

L'intervento normativo in parola non ha però comportato alcuna modifica sostanziale. Infatti, l'art. 171 dello stesso Codice ha continuato a prevedere l'applicabilità delle sanzioni penali previste dall'art. 38 St.lav. alla violazione delle disposizioni di cui all'art. 114 del Codice, che a sua volta faceva salvo il disposto dell'art. 4 St.lav. Il gioco dei rimandi normativi, dunque, comportava la persistente applicabilità delle sanzioni penali previste dall'art. 38 St.lav. alla violazione dell'art. 4 St.lav.

(7) Ma anche a fini di progressioni in carriera o di attribuzione di incentivi retributivi.

controlli volti a accertare illeciti commessi dal lavoratore) (8), categoria che, in quanto non contemplata dalla norma statutaria, secondo questo orientamento avrebbe dovuto ritenersi sottratta, in tutto o in parte, ai relativi limiti.

Alcuni dei contributi pubblicati in questo numero ricostruiscono gli orientamenti giurisprudenziali in tema di controlli difensivi e si interrogano se essi ricadano oggi nel nuovo dettato dell'art. 4 St.lav., e ad essi pertanto rinvio.

Qui preme solo sottolineare che l'elaborazione giurisprudenziale della categoria dei cd. "controlli difensivi" – e le molte incertezze sulle regole ad essi applicabili – segnalavano uno stato di indubbia sofferenza dell'art. 4 St.lav (9).

Si aggiunga a ciò che l'irrompere delle nuove tecnologie ha superato la distinzione – presupposta invece dalla norma statutaria - fra strumento deputato al controllo e strumento di lavoro: computer, smartphone, tablet, internet, posta elettronica (10) costituiscono nell'attuale contesto produttivo quasi sempre strumenti di lavoro imprescindibili per rendere la prestazione lavorativa, ma permettono al contempo un controllo capillare, continuo, onnipervasivo sull'attività del lavoratore, anche per la possibilità di memorizzare ed incrociare i dati.

Si doveva allora ritenere che tali strumenti ricadessero nel dettato dell'art. 4 St. lav. nella sua precedente versione?

Poiché è evidente che nessuna organizzazione produttiva può più fare a meno di dotare i dipendenti del computer piuttosto che del telefono cellulare, ammettere la necessità dell'autorizzazione avrebbe comportato, da una parte, un indubbio aggravio organizzativo per il datore di lavoro, ma soprattutto lo avrebbe esposto, più che al rischio di un diniego dell'autorizzazione, a prescrizioni limitative delle modalità di utilizzo di certi strumenti (si pensi per es. ad una autorizzazione che ammetta sì l'uso dello smartphone, ma escluda l'utilizzo del gps per localizzare la posizione del lavoratore). In effetti non di rado le autorizzazioni, soprattutto quelle rilasciate in sede amministrativa, contenevano prescrizioni di tal genere.

(8) Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, in *NGL*, 2002, 642; Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, in *RGL*, 2008, II, 358; Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, in *RIDL*, 2010, II, 564; Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, in *FI*, 2012, I, 1421; Cass. 1 ottobre 2012, n. 16622, in *FI*, 2012, I, 3328; da ultimo Cass. 27 maggio 2015, in *FI*, 2015, I, 2316 che ha ritenuto legittima la creazione da parte di un direttore del personale di un falso profilo Facebook per smascherare il comportamento inadempiente del lavoratore.

(9) P. Ichino, *I controlli a distanza: tanto rumore per nulla*, in <http://www.pietroichino.it>

(10) Ed a volte gli stessi social network quali Facebook, Instagram ecc.: si pensi ai lavoratori le cui mansioni siano quelle di pubblicizzare una certa immagine dell'azienda.

Così – sul presupposto che l'art. 4 St. lav. nel testo precedente sottoponesse a limiti soltanto gli strumenti di controllo, ma non gli strumenti di lavoro da cui potesse anche derivare un controllo – spesso nella prassi i datori di lavoro hanno omesso di richiedere qualunque autorizzazione con riferimento a tutti gli strumenti utilizzati dal lavoratore, con la conseguenza di poter controllare i lavoratori ... al di fuori di qualunque controllo.

È evidente dunque come l'avvento delle nuove tecnologie abbia gravemente "spiazzato" la norma statutaria.

Da ultimo non è da tacere il mancato stringente coordinamento fra disciplina lavoristica di protezione della dignità del lavoratore – rappresentata appunto dall'art. 4 St.lav. – e disciplina generale in materia di protezione di dati personali, di derivazione comunitaria, ora contenuta nel cd. Codice della Privacy (D. Lgs. 196/2003) a tutela della riservatezza di tutti i consociati (11).

I due testi normativi sposavano due logiche diverse: l'art. 4 St.lav. centrava il proprio intervento sulla installazione e l'utilizzo degli strumenti di controllo, il Codice della Privacy sul trattamento dei dati.

Per la verità nessuno ha mai dubitato che l'acquisizione e l'utilizzo dei dati raccolti dal datore di lavoro nell'esercizio del proprio potere di controllo rientrasse nel concetto di "trattamento" su cui fa perno il Codice della Privacy (12). Cosicché certamente le due discipline si presentavano fra loro complementari.

Tuttavia il fatto che l'art. 114 D.Lgs. 196/2003 facesse salvo l'art. 4 St.lav., ha sì fugato ogni dubbio sul fatto che fosse quest'ultima norma a fissare i limiti al potere di controllo del datore di lavoro, ma ha contribuito a far rimanere in ombra i vincoli generali al trattamento dei dati previsti dal Codice della Privacy. Non si registrano, infatti, fino ad oggi significative pronunce giurisprudenziali che abbiano utilizzato le regole del Codice della Privacy per decretare l'inutilizzabilità dei dati raccolti, come peraltro da esso esplicitamente previsto all'art. 11.

Stando così le cose non può che essere salutata con favore l'idea di intervenire sull'art. 4 St.lav. per adeguarlo ai profondi mutamenti del contesto di riferimento.

(11) M.P. Aimò, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003; P. Chieco, *Privacy e lavoro*, Cacucci, 2000.

(12) Intendendosi per tale "qualunque operazione o complesso di operazioni ... concernenti la raccolta, la registrazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione", v. art. 4, 1 comma, lett. a) Codice della Privacy.

Detto ciò, si tratta di valutare però quale sia il bilanciamento di interessi realizzato dalla norma e dunque quale sia la vera finalità dell'intervento riformatore.

Solo un puntuale esame dei suoi contenuti permette infatti di capire se la nuova disciplina dilati il controllo a distanza da parte del datore di lavoro sull'attività del lavoratore fino a far prevalere in ogni caso il suo interesse tecnico-organizzativo – anche eventualmente con l'obiettivo di incrementare la produttività del lavoro – oppure individui ancora limiti effettivi al potere di controllo a distanza, idonei a preservare in modo adeguato la dignità e la riservatezza del lavoratore.

2. Le modifiche introdotte dall'art. 23 D.Lgs. 151/2015 ed i problemi interpretativi sul tappeto.

Per capire quale sia il nuovo bilanciamento di interessi (13) attuato dalla norma è necessario rispondere a molti interrogativi.

L'intento di queste note introduttive non è evidentemente quello di fornire delle risposte, ma di stimolare il dibattito.

Di seguito dunque cercherò di individuare alcune questioni poste dalla norma, tenendo presente che due sono i nuclei normativi del nuovo art. 4 St. lav.: il primo individua le regole ed i limiti per l'installazione e l'uso degli strumenti che consentono il controllo a distanza sull'attività del lavoratore; il secondo, che rappresenta una novità rispetto al passato, disciplina prima di tutto le modalità per accedere alle informazioni registrate e poi per utilizzarle per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, in particolare a fini disciplinari.

2.1. Regole e limiti per l'installazione e l'uso di strumenti che consentono il controllo a distanza dell'attività del lavoratore.

Il nuovo testo dell'art. 4 St.lav. non contempla più espressamente un divieto generale di controllo a distanza sull'attività del lavoratore.

(13) R. Del Punta, *La nuova disciplina del controllo a distanza sul lavoro (art. 23 D.Lgs. 151/2015)*, in *RIDL*, 1/2016.

Il primo comma della norma prevede, infatti, soltanto che “impianti audiovisivi e gli altri strumenti di controllo a distanza dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale” previa autorizzazione sindacale o amministrativa; al secondo comma aggiunge poi che “la disposizione di cui al 1 comma non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa” e “agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze”

La prima questione, dunque, è se la norma ancora oggi disciplini in modo differenziato il potere di controllo a distanza del datore di lavoro in considerazione delle sue finalità (14).

a) È dunque riconfermato il divieto generale di controlli a distanza sull'attività del lavoratore e comunque su “ogni fatto non rilevante ai fini della valutazione della attitudine professionale del lavoratore”?

A questa domanda generale si ricollegano alcuni corollari.

b) Anche nel nuovo sistema gli unici controlli a distanza ammessi dalla norma sono i controlli cd. “preterintenzionali” o “indiretti” oppure i controlli effettuati tramite “gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa” e “gli strumenti di registrazione degli accessi e della presenza” (art. 4, 2 comma) possono in ogni caso avere ad oggetto l'attività del lavoratore e dunque l'adempimento della prestazione?

Non è chiaro infatti se la norma voglia legittimare sempre e comunque ogni tipo di controllo a distanza tramite gli “strumenti di lavoro”, si tratti di controllo sull'attività del lavoratore o invece soltanto di controllo “indiretto”. Certo è che – anche ove si voglia accogliere questa seconda interpretazione – un controllo effettuato tramite gli strumenti di lavoro (per es. il computer o la posta elettronica) rischia quasi sempre di coinvolgere in via “indiretta” o “preterintenzionale” anche la prestazione lavorativa.

c) Cosa deve intendersi per “strumenti di lavoro”?

È evidente che dilatare la categoria comporta che in moltissimi casi il potere datoriale possa esplicarsi al di fuori di qualunque filtro sindacale o amministrativo.

(14) Come anticipato nella sua precedente versione l'art. 4 St.lav.: a) vietava i controlli diretti sull'attività del lavoratore (in particolare sull'adempimento della prestazione) e tanto più su aspetti della vita privata non rilevanti per l'esecuzione della prestazione (art. 8 St.lav.); b) ammetteva, previa autorizzazione, i controlli cd. “preterintenzionali” o “indiretti”, che pur potendo coinvolgere l'attività del lavoratore siano finalizzati alla organizzazione del lavoro, alla sicurezza ed oggi anche la tutela del patrimonio aziendale.

Diviene allora cruciale capire quali strumenti possano essere inquadrati fra gli "strumenti di lavoro", se solo gli strumenti di cui il lavoratore si serve per rendere la sua prestazione (il computer ed i software a tal fine necessari) oppure ricada nel dettato della norma qualunque applicazione di cui sia dotato lo strumento di lavoro (il computer) a prescindere dal fatto che il lavoratore ne debba fare uso per svolgere la prestazione lavorativa (15).

d) Il datore di lavoro può utilizzare i social network (facebook per es.) per controllare il lavoratore (16)?

Solo adottando l'interpretazione più restrittiva che include tra gli strumenti di lavoro esclusivamente gli strumenti che il lavoratore utilizza per rendere la prestazione sarebbe precluso al datore di lavoro – nella maggioranza dei casi – controllare il lavoratore tramite social network ove il lavoratore vi accedesse dal computer o dallo smartphone aziendali.

e) Cosa deve intendersi per "strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze"?

Il problema si pone in termini non dissimili con riferimento agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze (i badge per es.), anch'essi esclusi dal regime dell'autorizzazione.

Di tale espressione si può adottare infatti una interpretazione restrittiva, includendo nella categoria solo gli strumenti che segnalano l'accesso in azienda, oppure una estensiva che ricomprenda anche quei dispositivi che individuano l'esatta ubicazione del lavoratore durante la giornata di lavoro, così dilatando – e di molto – il potere di controllo del datore di lavoro (che in molti casi si dirigerà in tal modo inevitabilmente sull'attività del lavoratore).

f) I controlli cd. difensivi ricadono o meno nel dettato dell'art. 4 St.lav.?

Il nuovo testo dell'art. 4 St.lav. include nell'ambito dei cd. controlli "preterintenzionali" o "indiretti" suscettibili di autorizzazione anche quelli finalizzati alla "tutela del patrimonio aziendale".

Poiché la giurisprudenza, nell'elaborare e legittimare la categoria dei "controlli difensivi" ha fatto riferimento alle esigenze datoriali di preservare e tutelare il patrimonio aziendale, si deve ritenere che la previsione comporti l'inclusione nel dettato della norma anche dei "controlli difensivi"?

(15) V. al riguardo la circolare del Ministero del Lavoro del 18 giugno 2015, che adotta una interpretazione restrittiva.

(16) Per un caso in cui il datore di lavoro, creando un falso profilo facebook, con richiesta di amicizia al lavoratore, lo aveva poi licenziato avendo così riscontrato il suo inadempimento v. Cass. 27 maggio 2015, n. 10955, in corso di pubblicazione su RIDL 1/2016. Sul tema vedi anche F. Iaquina, A. Ingraio, *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, in DRI, 4/2014, p. 1027

Se questa dovesse essere l'interpretazione prescelta, i controlli difensivi sarebbero ammessi solo se effettuati tramite strumenti debitamente autorizzati.

g) Cosa deve intendersi per patrimonio aziendale?

Il patrimonio aziendale deve ritenersi inclusivo dei beni materiali ed anche immateriali del datore di lavoro (immagine, knowhow, brevetti ecc.)?

h) Quali sono le implicazioni delle modifiche introdotte con riferimento al regime autorizzatorio?

Quali ricadute comporta l'aver previsto che l'autorizzazione alla installazione e all'utilizzo degli strumenti di controllo possa essere rilasciata da RSA/RSU o in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione o in più regioni, dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale?

E la stessa domanda può essere riproposta con riferimento alla duplice legittimazione della direzione territoriale del lavoro e, per le imprese dislocate sul territorio, anche del Ministero del lavoro (v. art. 4, 1 comma, St.lav.)

i) L'autorizzazione, come in passato, può contenere limitazioni e prescrizioni?

Nulla prevede sul punto il nuovo art. 4 St.lav.

l) Il datore di lavoro può impugnare e davanti a quale organo il diniego dell'autorizzazione o un'autorizzazione ritenuta troppo restrittiva?

2.2. Regole e limiti per il trattamento dei dati.

Come anticipato, il secondo nucleo normativo ora contenuto nell'art. 4 St.lav. costituisce una assoluta novità.

L'art. 4, 3 comma, St.lav. prevede, infatti, per l'utilizzabilità dei dati "a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro" – oltre al rispetto delle regole appena richiamate relative alla installazione e all'uso delle apparecchiature – che: a) sia data "adeguata informazione" al lavoratore delle modalità d'uso degli strumenti e della effettuazione dei controlli; b) che sia stato rispettato il Codice della Privacy.

Dunque i principi e le regole del Codice della Privacy, in virtù dell'esplicito rinvio legislativo, costituiscono inequivocabilmente oggi ulteriori limiti al potere datoriale.

Tuttavia il richiamo al Codice pone all'interprete seri problemi interpretativi, che rendono particolarmente complesso al momento individuare l'esatta portata della norma.

a) Quale significato va attribuito ai principi posti dal Codice della Privacy per il trattamento dei dati?

È indubbio che il rinvio da parte dell'art. 4 St.lav. al Codice della Privacy imponga al datore di lavoro di rispettarne i principi: principio di necessità (art. 3), di correttezza (art. 11, 1 comma, lett. a), di determinatezza dello scopo per cui il dato è raccolto (art. 11, 1 comma, lett. b), di completezza e non eccedenza del trattamento rispetto alle finalità (art. 11, 1 comma, lett. d).

Tuttavia l'esatta portata di quei principi non può prescindere dalle prese di posizione del Garante, al quale il Codice stesso (17) riconosce il potere di prescrivere ai titolari del trattamento le disposizioni necessarie ed opportune.

Dunque anche le prescrizioni del Garante sono chiamate a definire i limiti del potere datoriale di controllo, con l'avvertenza tuttavia che, ove esse risultassero in conflitto con il dettato legislativo, il giudice potrà disapplicarle.

b) Come devono comportarsi allora i datori di lavoro in attesa di più specifiche indicazioni del Garante?

È utile o opportuno che essi facciano riferimento alle prescrizioni in materia di lavoro di carattere generale fino ad ora emanate dal Garante, quali le Linee guida in materia di posta elettronica ed internet (18) e il Provvedimento in materia di videosorveglianza (19)?

c) Cosa vuol dire "informazione adeguata"?

È evidente che nel nuovo contesto diventano essenziali i regolamenti interni (le cd. policy aziendali) tramite i quali il datore di lavoro con riferimento ad ogni strumento utilizzato (applicazioni software, accessi ad internet, posta elettronica ecc.) dovrà specificare le modalità del controllo e le cautele volte a minimizzarne l'impatto sulla sfera privata e l'attività del lavoratore (per es. esclusione di controlli continuativi; filtri per bloccare l'accesso a certi siti; trattamento di dati in forma anonima ed aggregata ecc.).

Tali regolamenti interni – la norma è esplicita sul punto – dovranno essere comunicati in modo tale che ogni singolo lavoratore possa acquisirne effettiva conoscenza.

c) È necessario il consenso del lavoratore al trattamento dei dati e quale funzione svolge?

Oltre che ad informare il lavoratore, il datore di lavoro è anche tenuto ad acquisirne il consenso (v. art. 23 e 26 d.Lgs. 196/2003)?

(17) L'art. 154, comma 1, lett c), D.Lgs. 196/2003 conferisce al Garante il potere di prescrivere anche d'ufficio ai titolari del trattamento le misure necessarie ed opportune al fine di rendere il trattamento conforme alle prescrizioni dell'art. 143.

(18) Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, Deliberazione del 1 marzo 2007, n. 13, Lavoro: le linee guida del Garante per posta elettronica e internet (GU n. 58 del 10-3-2007).

(19) Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, 8 aprile 2010, Provvedimento in materia di videosorveglianza (GU n. 99 del 29-4-2010).

In effetti il Codice della Privacy esclude la necessità del consenso per il trattamento dei dati personali, oltre che in alcune ipotesi specificamente menzionate (20), anche “nei casi individuati dal Garante sulla base dei principi sanciti dalla legge, per perseguire un legittimo interesse del titolare (...), qualora non prevalgano i diritti e le libertà fondamentali, la dignità o un legittimo interesse dell'interessato” (art. 24, 1 comma, lett. g).

Tale esclusione tuttavia non opera nel caso di dati sensibili, dati che molto spesso verranno “intercettati” dai controlli effettuati dal datore di lavoro (si pensi per es. al monitoraggio degli accessi ad internet che può rivelare le tendenze sessuali del lavoratore).

Dunque si deve concludere che il consenso del lavoratore al trattamento dei dati è necessario?

Ma se così stanno le cose è ancora possibile sostenere che la legge riconosce un vero e proprio potere di controllo a distanza in capo al datore di lavoro e non piuttosto un diritto (disponibile) alla riservatezza in capo al lavoratore?

Non si può negare tuttavia che nei fatti sarà ben difficile per il lavoratore negare il proprio consenso.

Qual è dunque la vera funzione del consenso dell'interessato, ove lo si ritenga necessario?

Forse semplicemente quella di rafforzare l'obbligo di informazione che grava sul datore di lavoro?

2.3. L' "utilizzabilità" dei dati legittimamente raccolti.

L'art. 4, 3 comma, St.lav. sancisce infine che, nel rispetto di tutte le regole fissate dalla norma, i dati “sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro”.

Viene così sciolto un nodo interpretativo lasciato irrisolto dalla versione precedente dell'art. 4 St.lav.

(20) Per es., tanto per i dati personali quanto per i dati sensibili, quando il trattamento sia necessario per difendere un diritto in sede giudiziaria oppure per eseguire obblighi derivanti dalla legge o da un contratto di cui l'interessato è parte, v. artt. 24 e 26 Codice della Privacy. Queste finalità specifiche e particolari con riferimento al rapporto di lavoro in qualche caso possono effettivamente venire in considerazione, ma nella grande maggioranza dei casi il trattamento dei dati è effettuato dal datore di lavoro a fini produttivi o organizzativi.

È evidente che la prescrizione – specie se letta in connessione all'esonero dall'autorizzazione degli “strumenti di lavoro” – determina un allargamento del potere di controllo datoriale.

a) *Ma cosa vuol dire “utilizzabile”?*

Definire cosa si intenda per “utilizzabile” – dunque contestualmente il suo contrario: “inutilizzabile” - è di notevole peso.

Soprattutto se si considera che – in base al nuovo regime introdotto dal D.Lgs. 23/2015 – il lavoratore licenziato per inadempimento può ottenere la tutela reintegratoria attenuata solo nel caso in cui risulti in giudizio la “insussistenza del fatto materiale contestato” (art. 3, 2 comma, D.Lgs. 23/2015).

2.4. Le sanzioni penali.

L'art. 38 St.lav. – ancora applicabile in caso di violazione dell'art. 4 St.lav. in conseguenza dei rimandi normativi – prevedeva la pena dell'ammenda e, nei casi più gravi la pena dell'arresto.

Ora però l'art. 1 D.Lgs. 8/2016 – nel sancire la depenalizzazione di una serie di reati puniti con la sola pena pecuniaria – prevede poi che tale depenalizzazione si applichi anche “ai reati che, nelle ipotesi aggravate, sono puniti con la pena detentiva, sola, alternativa o congiunta a quella pecuniaria. In tal caso, le ipotesi aggravate sono da ritenersi fattispecie autonome di reato”.

Si tratta dunque di capire prima di tutto l'esatta portata della norma, di coordinarla con le previsioni del Codice della Privacy, che pure prevedono sanzioni penali, ed infine di valutare l'impatto di tale depenalizzazione sulla effettività delle prescrizioni ora contenute nell'art. 4 St.lav.

3. Una disciplina ancora *in fieri*.

Da questa breve carrellata sulle principali questioni poste dal nuovo art. 4 St.lav. chi scrive trae la netta impressione che il potere datoriale sia stato ampliato, soprattutto per l'esclusione dal novero degli strumenti soggetti ad autorizzazione degli “strumenti di lavoro”.

Infatti non solo in tal modo cade il filtro preventivo – sindacale o amministrativo – all'installazione e all'uso di tali apparecchiature, ma la tutela per l'utilizzazione illegittima dei dati raccolti tramite quelle apparecchiature (spesso inevitabilmente relativi proprio all'adempimento della prestazione) si gioca tutta e soltanto sul piano individuale.

Tuttavia l'assetto della norma è ancora in larga parte da definire: la reale portata dell'art. 4 St.lav. dipenderà non solo dalle posizioni che la giurisprudenza

assumerà nell'interpretarne alcuni passaggi cruciali, ma soprattutto dalle determinazioni del Garante.

Il Garante dovrebbe pertanto essere ben consapevole delle dinamiche reali che caratterizzano i rapporti di lavoro: non solo del profondo squilibrio delle posizioni delle parti, che costituisce tratto strutturale ed ineliminabile del rapporto di lavoro subordinato, ma anche del fatto che tale squilibrio si è notevolmente accentuato dopo il drastico allentamento delle tutele per il licenziamento ad opera del D.Lgs. 23/2015. Tanto che una parte della dottrina non esita a parlare al riguardo di ritorno al licenziamento *ad nutum* (21).

Senza tacere, infine, che lo scenario potrebbe assumere nuovi contorni ove venisse approvato il Regolamento dell'Unione Europea relativo alla protezione degli individui con riferimento al trattamento dei dati e alla loro libera circolazione (...). (22).

Bibliografia minima

- M.P. Aimo, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003;
- I. Alvino, *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, in *DRI*, 4/2014, p. 999;
- A. Bellavista, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino, 1995, 73;
- P. Chieco, *Privacy e lavoro*, Cacucci, 2000;
- R. Del Punta, *La nuova disciplina del controllo a distanza sul lavoro (art. 23 D.Lgs. 151/2015)*, in *RIDL*, 1/2016;
- F. Iaquina, A. Ingraio, *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, in *DRI*, 4/2014, p. 1027;
- P. Ichino, *I controlli a distanza: tanto rumore per nulla*, in <http://www.pietroichino.it/?p=36859>;
- P. Lambertucci, *Potere di controllo del datore di lavoro ne tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a "distanza" tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (cd. Jobs Act)*, in *Working papers Massimo D'Antona*, 255/2015;
- U. Romagnoli, *sub art. 4*, in G. Ghezzi, F. Mancini, L. Montuschi U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, 1979, 28 ss. 29;
- B. Veneziani, *Sub art. 4*, in *Lo Statuto dei lavoratori, Commentario diretto da Giugni*, Giuffrè, 1979.

(21) Cfr. C. Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *CSDLE*, It, n. 273/2015; M. De Luca, *Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il Jobs Act alla prova della giurisprudenza*, in *CSDLE*, It, n. 281/2015.

(22) Cfr. *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati* (COM/2012/011 final - 2012/0011 COD).