



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove

CINZIA GAMBA

Università degli Studi di Pavia

vol. 2, no. 1, 2016

ISSN: 2421-2695





Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove

CINZIA GAMBA

Università degli Studi di Pavia
cinzia.gamba@unipv.it

ABSTRACT

The dispositions contained in the new article 4 of the Workers' Statute limit the monitoring powers of the employer and have been recently modified by article 23 of d. les. 151/2015.

The faculty of the employer to use data and information collected by monitoring activities as evidence in a trial is a controversial matter.

This paper focuses on the rules that restrict the use of such information in a trial. My analysis shows that article 4 expands the procedural use of the data but maintains significant limits that are aimed at protecting the employees' privacy and rights.

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

Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La regola generale di "utilizzabilità" delle informazioni tra limiti e condizioni. Una prima distinzione di carattere processuale. – 3. Le prove illecite e le incertezze interpretative in ordine alla loro ammissibilità in giudizio. – 4. I limiti all'installazione degli strumenti di controllo e i riflessi sul piano processuale. – 5. I limiti entro i quali deve essere riconosciuto al datore di lavoro di poter accedere alle informazioni e i riflessi sul piano processuale. – 6. Le conseguenze applicative. Le complicazioni processuali nell'attuazione del regime di ammissibilità.

1. Premessa

Nell'ambito dell'ampio intervento riformatore denominato "Jobs Act", l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, l. 20 maggio 1970, n. 300, relativo ai controlli a distanza dell'attività dei lavoratori, è stato modificato dall'art. 23, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, emanato in attuazione della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183. Dopo molti anni, dunque, il legislatore ha modificato le regole che pongono limiti ai poteri di controllo del datore di lavoro sull'attività dei lavoratori e si è occupato altresì, con disposizioni innovative inserite al c. 3, delle modalità di accesso alle informazioni rilevate dagli strumenti di controllo, telematici e informatici, prevedendo che: "le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196" (1). La regola della

(1) L'elaborazione dottrinale formatasi sui problemi interpretativi posti dall'art. 4 S.L. è molto ampia. Senza pretesa di completezza, richiamandoci ad alcuni contributi recenti contenenti accurate ricostruzioni di tale dibattito si vedano, tra gli altri: A. Minervini, *I controlli sul lavoratore e la tutela dell'azienda*, in *LG*, 2014, 314; 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 (c.d. Jobs act)*, in *CSDLE, It*, n. 255/2015; A. Levi, *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Giappichelli, 2013; C. Zoli, *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, 485; M. Miscione, *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, in *LG*, 2013, 761; A. Trojsi, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2013; P. Tullini (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Cedam, 2010; M. Aimo, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003; M. T. Salimbeni, *Il controllo a distanza sull'attività dei lavoratori: la sopravvivenza dell'art. 4 sugli impianti audiovisivi*, in *DLM*, 2010, 3, 587; C. Assanti - G. Pera, *Art. 4 (Impianti audiovisivi)*, in *Commento*

generale utilizzabilità posta dalla norma solleva il problema dell'ingresso in giudizio delle informazioni e dei dati acquisiti mediante tali strumenti: profilo che costituisce un corollario del più ampio tema dei limiti entro i quali possono essere esercitati i poteri di controllo facenti capo al datore di lavoro. Nel presente contributo ci occuperemo delle implicazioni processuali che derivano dalla nuova formulazione dell'art. 4 St. lav., cercando di comprendere quali possano essere le conseguenze delle nuove disposizioni normative a livello probatorio. È chiaro che il contemperamento dell'interesse del datore di lavoro a gestire in modo efficiente l'attività imprenditoriale, da un lato, e i diritti che integrano la "zona personale di riservatezza" (2) dei lavoratori, dall'altro, trovano un importante terreno di confronto nel contesto processuale, nel quale la possibilità di utilizzare come prova i dati e le informazioni acquisiti deve avvenire, in linea di regola generale, nel rispetto dei limiti posti dalla legge all'esercizio dei poteri datoriali di controllo.

2. La regola generale di "utilizzabilità" delle informazioni tra limiti e condizioni. Una prima distinzione di carattere processuale.

Come si è detto, la prima parte dell'art. 4 St. lav. in esame enuncia la regola della generale utilizzabilità delle "informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2". L'indicazione ampia contenuta nella norma, che si riferisce espressamente "a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro", riveste una rilevanza anche dal punto di vista processuale, in quanto le controversie che insorgono nell'ambito dei rapporti di lavoro ben rientrano tra le ipotesi nelle quali le informazioni raccolte ai sensi dell'art. 4, cc. 1 e 2, St. lav. possono essere utilizzate. I diritti e gli obblighi che scaturiscono dal rapporto di lavoro hanno la loro naturale "estensione" nel contesto giudiziario, dal momento che in relazione alle posizioni soggettive - che collegano il datore di lavoro al lavoratore - può accadere che nasca una controversia e che le parti si rivolgano al giudice per cercare di ottenere un provvedimento di tutela. Di conseguenza, non si può dubitare che la tutela in sede giurisdizionale sia ricompresa tra "tutti i fini" collegati al rapporto di lavoro, in relazione ai quali possono essere utilizzate le informazioni raccolte con gli strumenti di controllo a distanza o con gli altri strumenti telematici. Del resto, l'interpretazione si pone in linea di continuità con il regime previgente alla novellazione dell'art. 4 St. lav., durante il quale, pur in assenza di una previsione espressa di utilizzabilità, le

allo Statuto dei diritti dei lavoratori, a cura di C. Assanti - G. Pera, Cedam, 1972.

(2) P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, in A. Cicu e F. Massineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 2003, p. 230.

informazioni e i dati in questione, sia pur entro taluni limiti, erano ritenuti utilizzabili nei giudizi relativi al rapporto di lavoro.

E' necessario, tuttavia, cercare di chiarire il significato che il termine "utilizzabilità" assume in rapporto alle regole processuali. Per affrontare la questione è necessario introdurre una distinzione che contribuisce a mettere a fuoco, almeno in parte, l'impatto della disposizione normativa nel contesto delle regole del processo. L'attenzione va all'oggetto dell'utilizzabilità, ossia alle informazioni e ai dati raccolti con i sistemi di controlli a distanza e con i mezzi telematici, nonché al duplice significato che tali elementi possono assumere se considerati in un'ottica processuale. Da un lato, infatti, vi sono i *fatti* che sono alla base delle informazioni e dei dati raccolti con gli impianti telematici e informatici: tali fatti possono essere i più vari e, in astratto, possono riguardare condotte giuridicamente rilevanti in relazione alle quali potrebbe essere assunti provvedimenti ovvero intentate azioni giudiziali da parte del datore di lavoro o del lavoratore. Ovviamente, i fatti oggetto delle rilevazioni, in astratto, sono sempre utilizzabili per fondare una azione giudiziale, senza limitazioni, in quanto essi ben potrebbero essere stati rilevati in altro modo ovvero *aliunde* conosciuti, o comunque in diverso modo dimostrabili. Si tratta, cioè, di circostanze di fatto che possono sempre essere poste a fondamento di una domanda e la cui utilizzabilità, in questo senso, non dovrebbe subire i limiti o le condizioni previste dalla norma statutaria, in quanto sfuggono dal suo ambito di applicazione.

L'utilizzabilità disciplinata dall'art. 4 St. lav., invece, si ritiene debba riguardare, più specificamente, le informazioni e i dati rilevati mediante strumenti di controllo a distanza (e non i fatti che ne sono alla base) e che non possono essere altrimenti provate, se non mediante l'utilizzo delle rilevazioni e dei dati stessi; tali elementi sarebbero, dunque, utilizzabili in ambito processuale *come mezzi di prova*, ai fini della formazione del convincimento del giudice, entro i limiti previsti dalla legge. La formulazione della norma, quindi, sul versante processuale, disciplina il regime di utilizzabilità sul piano probatorio dei dati e delle informazioni rilevati dagli strumenti in esame: di conseguenza, secondo la regola generale posta dal c. 3, art. 4 St. lav., purché superino il vaglio del criterio di rilevanza, tali informazioni sono producibili o comunque deducibili in via istruttoria nell'ambito di azioni giudiziarie che siano avviate, ad esempio, dal datore di lavoro nei confronti del lavoratore. Ovvero, tali elementi possono fondare la validità dei provvedimenti che il datore di lavoro ritiene di dover assumere nei confronti del dipendente, quali ad esempio i provvedimenti disciplinari. Accedendo alla tesi interpretativa che

distingue le dichiarazioni e le informazioni dai fatti che sono alla base delle stesse, la utilizzabilità attiene pertanto al trasferimento nel contesto processuale delle dichiarazioni e delle informazioni come mezzi di prova. L'interpretazione proposta, del resto, recepisce gli orientamenti accolti dall'elaborazione precedente, la quale, più volte è stata chiamata a pronunciarsi sul tema dei controlli a distanza sotto l'aspetto della utilizzabilità in giudizio degli *elementi di prova* acquisiti per il tramite di tali strumenti (3).

Se si accetta, quindi, che la disposizione abbia una estensione a livello processuale, il c. 3, art. 4 St. lav. fissa un canone di generale utilizzabilità, con la conseguenza che, di regola, possano essere utilizzati come mezzi di prova nel processo i dati o le informazioni che siano stati rilevati con gli strumenti telematici e di controllo a distanza. La generale utilizzabilità di tali elementi in sede istruttoria, tuttavia, *non è completamente aperta o priva di vincoli*, in quanto incontra limiti e condizioni normativamente definite. Nell'attuale formulazione, infatti, la legge sancisce la regola della *utilizzabilità* delle informazioni raccolte con i dispositivi audiovisivi o di controllo a distanza, ponendo alcuni limiti "a monte" nonché due condizioni che vincolano, delimitandola, l'operatività della regola generale (4). Pertanto, i dati e le informazioni di cui all'art. 4, cc. 1 e 2, St. lav. sono utilizzabili come elementi istruttori purché superino i limiti previsti dalla disposizione normativa novellata e purché il datore di lavoro ne entri in possesso nel rispetto delle condizioni previste dalla legge.

Più specificamente, dall'art. 4 St. lav., cc. 1 e 2, emergono due ordini di vincoli. In primo luogo, vi è un limite generale che risulta dall'osservanza delle disposizioni che disciplinano le modalità di installazione degli strumenti di rilevazione a distanza di cui ai primi due commi dell'art. 4 St. lav. novellato, limite dal quale possono derivare restrizioni in ordine all'utilizzabilità delle informazioni e dei dati illegittimamente ottenuti. Il riferimento è, ad esempio, ai dati raccolti in violazione delle disposizioni che regolano le condizioni di installazione degli strumenti, ovvero a quelli reperiti in contrasto con quanto previsto nell'accordo sindacale o nel provvedimento amministrativo di autorizzazione all'installazione. Inoltre, come ha messo in evidenza la dottrina, la disposizione novellata prevede la possibilità, "per le parti del contratto collettivo o per la DTL che abbia concesso l'autorizzazione, di dettare dei limiti alla possibilità di interrogare i dati registrati, sino al punto, eventualmente, di escludere l'utilizzabilità degli stessi a fini disciplinari,

(3) Si rinvia alla giurisprudenza richiamata nelle note seguenti.

(4) Su questi profili, v. *infra*.

analogamente a quanto era consentito sotto il vigore della vecchia disposizione" (5). In tutti questi casi si possono profilare ipotesi di informazioni e di dati rilevati in violazione delle regole generali o specifiche di installazione o di utilizzo degli apparecchi di controllo a distanza, dalle quali possono derivare corrispondenti limiti di utilizzabilità dei dati stessi.

Il secondo e il terzo livello di limitazioni riguarda, invece, le condizioni previste nella seconda parte della disposizione normativa, secondo la quale l'utilizzabilità è ammessa "a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196". Le due condizioni introdotte dalla legge delimitano l'impiego delle informazioni e dei dati raccolti da parte del datore di lavoro: la prima attiene a una situazione di adeguata conoscenza del lavoratore, il quale deve essere informato sulle modalità di utilizzo degli strumenti di rilevazione; la seconda condizione è normativamente costruita per rinvio, in quanto rimanda ai limiti previsti dalla normativa sulla *privacy*. In sintesi, pertanto, mentre il primo livello di limiti attiene alla legittimità della raccolta dei dati acquisiti tramite il funzionamento delle apparecchiature di controllo, il terzo comma dell'art. 4 St. lav. ha introdotto una disciplina che prevede a quali condizioni il datore di lavoro possa accedere alle informazioni reperite con i dispositivi telematici e informatici. Quest'ultimo costituisce un aspetto della riforma del tutto innovativo, non disciplinato dal precedente art. 4 St. lav., il cui contenuto prescrittivo era limitato alla definizione delle condizioni per l'installazione della strumentazione.

Le considerazioni che precedono permettono di fare un ulteriore passo in avanti nella ricostruzione dei profili processuali delle disposizioni in esame. In linea generale emerge che il legislatore ha optato per una utilizzabilità non assoluta dei dati e delle informazioni, in quanto la stessa è ampiamente delimitata dalla norma statutaria. Se, dunque, si ammette che il canone di utilizzabilità abbia una valenza che si estende al contesto processuale, i limiti e le condizioni individuati dall'art. 4 St. lav. novellato si dovrebbero tradurre in corrispondenti ipotesi di inutilizzabilità operanti in sede di giudizio: ossia, i vincoli che circoscrivono la raccolta e l'impiego dei dati e delle informazioni con mezzi telematici e informatici, di regola, dovrebbero costituire limiti di ammissibilità delle prove ai quali deve sottostare il giudice eventualmente adito.

(5) 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*, in questa Rivista, 2015, § 10.

Ciò posto, il veicolo giuridico che permette di operare questa trasposizione è costituito dal concetto di illiceità della prova. In questa prospettiva, le disposizioni contenute nell'art. 4 St. lav. possono essere inquadrare come disposizioni la cui violazione, sul piano processuale, determina ipotesi di inammissibilità delle prove acquisite dal datore di lavoro. Secondo questo inquadramento, infatti, i dati e le informazioni illegittimamente raccolti rientrerebbero nell'ambito delle c.d. prove illecite, le quali, secondo una generale ed esauriente definizione proposta dalla dottrina, sono tali quando sono state formate al di fuori del giudizio o acquisite in giudizio “con mezzi *illegali* o *illegittimi*, con metodi penalmente *illeciti* o con atti che *comunque* comportino una violazione dei diritti individuali costituzionalmente protetti” (6). Se si aderisce a questa ricostruzione, i destinatari delle disposizioni statutarie che pongono vincoli e condizioni alla utilizzabilità dei dati sono sia le parti in giudizio, sia il giudice. In particolare, alle parti sarebbe preclusa, a fini probatori, l'utilizzazione di dichiarazioni o informazioni allorché siano state apprese in assenza delle condizioni previste dalla legge ovvero in violazione dei limiti dalla stessa previsti; correlativamente, al giudice, di regola, sarebbe precluso ammettere le prove acquisite in violazione dei vincoli posti dall'art. 4 St. lav. Le conseguenze che derivano dalla illiceità dell'acquisizione delle prove, tuttavia, pur essendo ascrivibili in linea generale al campo della inammissibilità dei mezzi istruttori, non sono del tutto univoche, in quanto nel nostro ordinamento processual-civilistico non vi è una disciplina normativa espressa che riguardi le prove illecite e, per converso, sono presenti elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali non completamente armoniche.

3. Le prove illecite e le incertezze interpretative in ordine alla loro ammissibilità in giudizio.

L'ingresso delle prove nel processo civile passa attraverso l'individuazione selettiva compiuta dal giudice sulla base di due criteri. Ai sensi degli artt. 183, c. 6, 420, c. 5. c.p.c., infatti, i mezzi di prova, oltre che rilevanti, debbono anche essere ammissibili. Nel nostro ordinamento processuale, pertanto, sono presenti sia il criterio di rilevanza della prova, che riveste carattere logico, sia il criterio giuridico c.d. di ammissibilità, basato sulle disposizioni normative che escludono l'ammissione di determinati mezzi di prova in giudizio. In linea generale la dottrina ha messo in luce che il giudizio

(6) Così P. Comoglio, *Le prove*, cit., p.51 s. (corsivi nel testo).

di rilevanza e quello di ammissibilità sono scanditi da un ordine logico: il principio di rilevanza, infatti, ha la funzione di escludere le prove irrilevanti, ma serve anche per perseguire una finalità inclusiva, poiché comporta che tutte le prove rilevanti debbano essere ammesse, proprio perché sono utili per l'accertamento della verità dei fatti (7). Di conseguenza, la disciplina legale dell'ammissibilità delle prove ha un carattere eccezionale e residuale: si incentra, in effetti, su ipotesi di *inammissibilità* di determinati mezzi di prova. Il profilo corrisponde alla configurazione strutturale delle norme, le quali sono preposte non già ad ammettere bensì ad escludere l'ammissione delle prove, come ad esempio nel caso degli artt. 2721ss. c.c. in materia di limiti della prova testimoniale, ovvero nell'ipotesi dell'art. 2739 c.c., che esclude il giuramento decisorio in alcune ipotesi specifiche.

Come ha chiaramente messo in evidenza la dottrina, tra rilevanza e ammissibilità della prova esiste una relazione da regola ad eccezione: la regola è che ogni prova rilevante è - per il solo fatto di essere rilevante - ammissibile; l'eccezione è costituita dalla presenza di norme che dichiarano inammissibile una certa prova nonostante essa sia rilevante (8). Le ragioni di politica legislativa che possono essere alla base delle regole di esclusione di mezzi istruttori introdotte dal legislatore sono molteplici. In varie ipotesi il legislatore è intervenuto ad introdurre limiti di ammissibilità delle prove per evitare errori da parte del giudice chiamato a decidere sui fatti (9). Vi sono poi regole mediante le quali il legislatore esclude determinate prove a favore di altre prove, ritenute più attendibili e sicure. Questo avviene, ad esempio, con le disposizioni che accordano preferenza alla prova documentale scritta rispetto alle prove testimoniali: in questa prospettiva sono altresì da considerare disposizioni come l'art. 209 c.p.c., che indica al giudice di evitare l'assunzione di prove superflue, o l'art. 245, c. 1, c.p.c., che consente al giudice l'eliminazione delle testimonianze superflue e sovrabbondanti.

(7) Sul tema, per tutti, v. ampiamente M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Padova, 1992, p. 341 ss. L'autore ha sviluppato il tema, anche in chiave epistemica, Id., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, p. 143 ss.; P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 9 ss.

(8) M. Taruffo, *La prova*, cit., p. 341 ss.; Comoglio, *op. cit.*, p. 64 ss.

(9) Al riguardo, la dottrina ha messo in evidenza che le regole di esclusione sono tese ad evitare errori da parte del giudice chiamato a decidere sui fatti, evitando preliminarmente l'ingresso di prove che –se fossero ammesse– potrebbero essere la causa di valutazioni errate e, quindi, insidiose per la ricerca della verità: M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, p. 70; al riguardo si è parlato di “epistemic paternalism” che ispira le regole di inammissibilità della prova, R.J. Allen, B. Leiter, *Naturalized Epistemology and the Law of Evidence*, in 87, *Virg. L. Rev.*, 2001, p. 1498 ss, 1502.

Nell'ordinamento processuale, tuttavia, non esiste una regola generale espressa che preveda l'esclusione delle prove illecite sulla base dell'inammissibilità. Sotto questo aspetto, come è noto, il processo civile si differenzia dal processo penale, nella cui disciplina è invece prevista, a livello generale, l'inutilizzabilità delle prove illecite proprio perché "acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge" (art. 191 c.p.p.) (10). L'elaborazione interpretativa, al riguardo, non è riuscita a definire un sistema chiaro e univoco di regole, perché la dottrina e la giurisprudenza in materia di illiceità della prova presentano tuttora varie incertezze, con soluzioni talvolta modulate sulle caratteristiche del caso concreto. In dottrina, in particolare, si sono configurate due posizioni contrapposte, l'una, rispettivamente a favore della piena utilizzabilità nel processo civile delle prove illecite (11), l'altra, all'estremo opposto, favorevole alla tendenziale e completa esclusione dei mezzi istruttori illecitamente costituiti o acquisiti (12). Ad ogni modo, malgrado le numerose incertezze e in assenza di una apposita disciplina, una direttiva generale di tendenza è comunque presente a livello interpretativo e si incentra sul generalizzato rispetto dei limiti normativi anche e soprattutto nel contesto processuale. La dottrina più sensibile ad istanze garantiste, infatti, tende a ritenere che le regole *interne, anche di carattere etico*, di un processo che possa dirsi *giusto* ai sensi dell'art. 111 Cost. dovrebbero comportare il rifiuto dell'impiego di mezzi illegittimi, o addirittura incostituzionali, per l'acquisizione della prova (13). Pertanto, anche in presenza di posizioni non univoche e contrastanti, è comunque possibile individuare con sufficiente grado di delimitazione un orientamento interpretativo prevalente e favorevole a configurare nel processo

(10) Va peraltro sottolineato che secondo l'elaborazione processual-penalistica, la regola di cui all'art. 191 c.p.c. è considerata non avente una rilevanza autonoma, bensì mero carattere sanzionatorio: tant'è che il suo contenuto deve essere collegato sistematicamente con le altre regole processuali, a partire da quelle che prevedono espresse ipotesi di illegittimità della prova: in argomento, per tutti, V. Grevi, *Le prove*, in Conso - Grevi, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2010, p. 314 ss.

(11) Si veda, ad esempio, la posizione di G.F. Ricci, *Le prove illecite nel processo civile*, RTDPC, 1987, p. 1745, il quale ammette la possibilità che la prova illecita sia utilizzata dal giudice, sia pur riferendo a ipotesi di prove nulle, mediante il richiamo al principio del libero convincimento del giudice.

(12) A. Graziosi, *Usi e abusi di prove illecite e di prove atipiche nel processo civile*, in RTDPC, 2011, 693 ss.

(13) In questo senso P. Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 52 ss., il quale propone una approfondita analisi comparatistica, dalla quale emerge che vi sono differenze di disciplina in alcuni ordinamenti, poiché talvolta le esigenze di accertamento dei fatti sono considerate prevalenti rispetto alle garanzie in materia di prove illecite, soprattutto nel processo penale.

civile un generale divieto di utilizzazione delle prove illecite (14), sia pur a fronte di eccezioni di volta in volta individuate dalla giurisprudenza. Senza sminuire la portata dell'orientamento prevalente, altri autori, più sensibili alle esigenze dell'accertamento della verità dei fatti, sono inclini ad ammettere le prove "illecite", se le modalità con le quali sono state scoperte o create non incidono sulla loro attendibilità, ferma la necessità di sanzionare adeguatamente l'illecito (15).

L'elaborazione giurisprudenziale che si è formata sul problema della illiceità della prova non presenta minori incertezze e oscillazioni interpretative. Si possono richiamare brevemente, a titolo di esempio, taluni orientamenti giurisprudenziali appartenenti ad ambiti diversi da quello del diritto del lavoro e, tuttavia, importanti per individuare le conseguenze derivanti dalla illiceità dei mezzi istruttori elaborate a livello interpretativo. Il campo della giustizia tributaria, ad esempio, anche recentemente, ha prodotto importanti orientamenti interpretativi in materia di prove illecite, sancendo, in linea generale, la inutilizzabilità dei mezzi istruttori raccolti nelle indagini *ante iudicium*, laddove la sanzione sia direttamente derivabile, in assenza di espresse disposizioni delle norme ordinarie, dai precetti contenuti nella Costituzione. Ad esempio, sono stati ritenuti inutilizzabili i dati acquisiti dall'amministrazione finanziaria a seguito di un accesso non autorizzato dal procuratore della repubblica, ovvero quando il provvedimento autorizzativo si sia rivelato illegittimo in quanto eseguito con una perquisizione personale del soggetto indagato o di altre persone, in violazione del diritto inviolabile di cui all'art. 14 Cost. (16). Non sono mancate, tuttavia, oscillazioni giurisprudenziali con le

(14) Si rinvia a P. Comoglio, *ivi*, p. 60 ss., ove ampi riferimenti di dottrina.

(15) In questo senso M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 354 ss.

(16) Ad esempio, si vedano Cass. 1 ottobre 2004, n. 19689, in *Foro It.*, 2005, 1, 3167, nella cui motivazione si legge: "l'art. 14 della Costituzione, dopo aver (primo comma) solennemente dichiarato "inviolabile" il domicilio, nei commi successivi dispone 1) che "non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale" e (2) che "gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali"; di conseguenza, ne è stata dedotta l'inutilizzabilità delle prove acquisite durante il corso della perquisizione illegale; Cass. 19 ottobre 2005, n. 20253, *ivi*, 2005, voce cit., n. 959; secondo la quale "l'eventuale effettiva sussistenza della denunciata illegittimità dell'acquisizione documentale posta a fondamento dell'atto di accertamento impugnato importa l'inutilizzabilità, a sostegno di tale accertamento, delle prove reperite nel corso della perquisizione illegale, poiché: i) detta inutilizzabilità non abbisogna di un'espresa disposizione sanzionatoria, derivando dalla regola generale secondo cui l'assenza del presupposto di un procedimento amministrativo infirma tutti gli atti nei quali si articola; ii) il compito del giudice di vagliare le prove offerte in causa è circoscritto a quelle di cui abbia preventivamente riscontrato la rituale assunzione; iii) l'acquisizione di un documento con

quali l'utilizzabilità della prova è stata recuperata mediante una sorta di "effetto sanante" derivante dal consenso del soggetto contribuente, presente durante le attività di perquisizione (17); ovvero è stato attribuito carattere meramente amministrativo alle indagini tributarie nel corso delle quali sono state raccolte le informazioni, facendo venir meno l'esigenza del rispetto delle garanzie di legalità (18). Recentemente, in materia di prove illecite e processo tributario, è stata ritenuta legittima l'utilizzazione di qualsiasi elemento con valore indiziario, anche acquisito in modo irrituale, ad eccezione di quelli la cui inutilizzabilità discenda da specifica previsione di legge e salvi i casi in cui venga in considerazione la tutela di diritti fondamentali di rango costituzionale (19). In altri termini, nel caso di specie la Suprema Corte ha ritenuto utilizzabili le informazioni (contenute nella c.d. lista Falciani) ottenute, in origine, in modo illecito, acquisite però formalmente in modo lecito, attraverso il canale dello scambio di informazioni intercorso in via ufficiale tra l'autorità fiscale francese e l'amministrazione finanziaria italiana (20). Anche queste soluzioni creative,

violazione di legge non può rifluire a vantaggio del detentore, che sia l'autore di tale violazione, o ne sia comunque, direttamente o indirettamente, responsabile". Si v. anche Cass. 23 aprile 2007, n. 9565, in *RFI*, 2007, *Tributi in genere*, n. 1236.

(17) Si veda, ad esempio, Cass. 26 gennaio 2004 n. 1286, in *RFI*, 2005, *Tributi in genere*, n. 962, e in *RD Trib.*, 2005, II, 159, con n. di Giorgiani.

(18) Cass. 26 novembre 2007, n. 24533 e Cass. 14 aprile 2007, n. 8990, in *RFI*, 2007, *Tributi in genere*, nn. 1239 e 1249.

(19) Di conseguenza, sono stati ritenuti utilizzabili ai fini della pretesa fiscale, nel contraddittorio con il contribuente, i dati bancari trasmessi dall'autorità finanziaria francese a quella italiana, ai sensi della Direttiva 77/799/CEE del 19 dicembre 1977, senza onere di preventiva verifica da parte dell'autorità destinataria, sebbene acquisiti con modalità illecite ed in violazione del diritto alla riservatezza bancaria. Nella specie, i dati erano stati acquisiti dallo Stato francese dietro corrispettivo in denaro, pagato ad un fornitore indagato per il reato di accesso abusivo ad un sistema informatico e per appropriazione indebita di dati personali: Cass. 28 aprile 2015, n. 8605 e 8606, in *Pluris* 2015. La Corte ha specificato che il processo penale va distinto dal processo tributario secondo un principio che impone l'obbligo del rispetto delle disposizioni del c.p.p., quando nel corso delle attività ispettive emergano indizi di reato, ma solo ai fini della applicazione della legge penale. Nel processo tributario, non qualsiasi irritalità nell'acquisizione degli elementi rilevanti ai fini dell'accertamento fiscale comporta, di per sé, l'inutilizzabilità degli stessi, in mancanza di una specifica previsione in tal senso ed esclusi i casi in cui viene in discussione la tutela dei diritti fondamentali di rango costituzionale. Tale principio si ricollega al quello contenuto nell'art. 191 c.p.p., q norma del quale le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge, non possono essere utilizzate. In dottrine, senza pretesa di completezza, si vedano A. D'Avirro, *La prova nei rapporti tra giudizio penale e giudizio tributario, nel trattato La prova penale*, II, Torino, 2008, p. 711 ss.; G. Porcaro, *Profili ricostruttivi del fenomeno dell' (in)utilizzabilità degli elementi probatori illegittimamente raccolti. - La rilevanza anche tributaria delle (sole) prove "incostituzionali"*, in *DPT*, 2005, I, 15; S. Gallo, *Accessi domiciliari e inutilizzabilità delle prove illecite acquisite*, *BT*, 2006, p. 984.

(20) L'orientamento ha suscitato varie perplessità in dottrina: per alcuni approfonditi commenti, con ampi riferimenti, si vedano A. Marinello, *"Lista Falciani": prove illecite,*

che disattendono il carattere della inutilizzabilità delle informazioni illegittimamente acquisite, introducono elementi distintivi che attenuano la regola generale, la quale è tuttavia stata riconfermata.

Una situazione di oscillazione interpretativa analoga a quella descritta è presente anche in materia di divieti posti dal codice della *privacy* a tutela della riservatezza, ove il quadro dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, pur enunciando il principio di inutilizzabilità, ha individuato varie ipotesi di ingresso processuale di prove illecite, procurate a nocimento della controparte e in violazione delle regole di protezione dei dati sensibili (21), facendo emergere come limite invalicabile soltanto la violazione di diritti aventi rilevanza costituzionale (22). In effetti, come si illustrerà in seguito, simili oscillazioni interpretative si sono registrate anche sul fronte giuslavoristico prima della riforma dell'art. 4 St. lav., anche se il trend interpretativo maggioritario ha prevalentemente confermato una linea garantista.

4. I limiti all'installazione degli strumenti di controllo e i riflessi sul piano processuale.

Prima della riforma dell'art. 4 St. lav. attuata con il d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, si stava delineando un orientamento giurisprudenziale secondo il quale la raccolta di dati e informazioni contro il dipendente in spregio ai divieti di cui all'art. 4 St. lav. incideva in negativo sulla utilizzabilità degli stessi come mezzi istruttori a causa della loro illiceità. Tuttavia, tale regola è stata disattesa in varie ipotesi in relazione alle quali sono stati riscontrati interessi prevalenti di accertamento dei fatti, sia pur effettuati per mezzo di prove illegittimamente acquisite. In questi casi, l'applicazione rigorosa delle garanzie in materia di

scambio di informazioni e garanzie costituzionali, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2015, fasc. n. 4, p. 1317 ss., secondo il quale "anche in assenza di disposizioni specifiche in tema di inutilizzabilità della prova illecita, ... l'amministrazione finanziaria sia sempre vincolata al necessario rispetto dei diritti fondamentali del contribuente, nonché, più in generale, dei principi di legalità, imparzialità e buona fede. Principi rispetto ai quali l'acquisizione diretta, così come l'utilizzo di prove illecitamente acquisite, non possono che porsi in insanabile contrasto"; C. Besso, *Illiceità della prova, segreto bancario e giusto processo*, in *Giur. it.*, 2015, I, 1617 ss., la quale, invece si è espressa tendenzialmente a favore dell'orientamento innovativo inaugurato dalla Corte di Cassazione; A. Turchi, *Legittimi gli accertamenti fiscali basati sulla lista Falciani*, *ivi*, p. 1614 ss.

(21) Si veda, ad esempio, Trib. Bari, 16 febbraio 2007, in *RFI*, 2007, Prova civile, n. 40, nella quale si fa espresso riferimento all'assenza, nell'ordinamento processuale, di un divieto esplicito di utilizzo di prove illecitamente acquisite da una parte a danno dell'altra o in violazione dei precetti del codice della *Privacy*. In generale, in argomento, si v. M.C. Giorgetti, *Le tutele della privacy e i dati giudiziari*, in *RDP*, 2007, p. 325 ss.

(22) P. Comoglio, *ivi*, p. 84 ss.

prove illecite ha ceduto il passo – soprattutto nelle fattispecie aventi rilevanza penale - ad altre esigenze (23). Vale comunque la pena di considerare le principali linee interpretative elaborate anteriormente alla modifica dell'articolo statutario, in quanto tali orientamenti possono essere utili per ipotizzare il trend evolutivo che le nuove disposizioni potrebbero imprimere alle future scelte interpretative. Si vanno brevemente a considerare i controlli individuabili sulla base delle norme precedenti nell'ottica dell'ingresso giudiziale dei dati che qui interessa; la norma, infatti, permetteva di individuare tre categorie di controlli e altrettanti connessi limiti, alla cui violazione poteva corrispondere l'illegittimità e l'esclusione dei mezzi di prova raccolti.

A) *I controlli diretti sull'attività dei lavoratori, vietati in via assoluta dall'originario c. 1., art. 4 St. lav.* In linea generale, il superamento di tale divieto è sempre stato considerato causa di esclusione in giudizio delle informazioni e dei dati illegittimamente acquisiti. Ricorre in giurisprudenza il principio secondo il quale ogni violazione del divieto e dei limiti enunciati dai cc. 1 e 2, art. 4 St. lav. (formulazione antecedente), allo scopo di limitare "l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori", determina l'inutilizzabilità della prova e, quindi, una corrispondente sanzione di inammissibilità dell'informazione. Da tali pronunce giurisprudenziali emerge chiaramente la correlazione tra l'illiceità della prova e l'inammissibilità di attribuzione di valore probatorio ai dati acquisiti in contrasto con le norme di legge (24). Anche se attualmente tale divieto non appare espressamente enunciato nella nuova formulazione dell'art. 4 St. lav., la

(23) Per tutti, P. Comoglio, *ivi*, p. 64 ss. anche per un'analisi comparatistica nonché e per ampi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza.

(24) Cass. 16 giugno 2000, n. 8250, in *RFL*, 2000, Lavoro (rapporto), n. 944, e in *GD*, 2000, fasc. 27, 38, con nota di Ricciardi, secondo la quale "l'uso di una telecamera a circuito chiuso, finalizzata a controllare a distanza anche l'attività dei dipendenti, è illegittimo ai sensi dell'art. 4 della l. n. 300 del 1970; ne consegue, sul piano processuale, che non può attribuirsi alcun valore probatorio al fotogramma illegittimamente conseguito: nel caso di specie la sentenza di merito, confermata dalla S.C., aveva respinto la domanda proposta da una società proprietaria di un pubblico esercizio nei confronti di una dipendente, intesa al risarcimento dei danni derivanti dalla sottrazione di somme custodite nella cassa e fondata sulla produzione di fotogramma proveniente da una telecamera a circuito chiuso installata nell'esercizio ove la dipendente prestava lavoro. Del pari, in relazione al divieto di controllo a distanza posto dall'art. 4, definito assoluto, Trib. Milano 9 gennaio 2004, in *RCDL*, 2004, 648, ha statuito che sono del tutto inutilizzabili ai fini disciplinari i dati risultanti da una apparecchiatura il controllo a distanza che permetta il controllo dell'osservanza da parte dei lavoratori dei loro doveri di diligenza nel rispetto dell'orario di lavoro e che sia installata in assenza del preventivo accordo con le rsa o dell'autorizzazione amministrativa; da ciò è conseguita l'illegittimità del licenziamento che risulti fondato sui dati risultanti da tale controllo a distanza.

dottrina ha chiaramente messo in luce che esso deve ritenersi tuttora presente e in vigore, in quanto ricavabile in via interpretativa dall'attuale c. 1 (25). Pertanto, si deve ritenere che la violazione del divieto di supervisione diretta delle prestazioni dei lavoratori mediante strumenti di controllo a distanza comporti l'illegittimità dei dati e delle informazioni raccolte con tali mezzi, con la conseguente inutilizzabilità in giudizio, anche nel vigore dell'attuale art. 4 St. lav.

B) *I controlli funzionali alle esigenze organizzative e produttive ovvero alla sicurezza delle attività lavorative*, consentiti soltanto previo rispetto della procedura di autorizzazione prevista dall'art. 4 St. lav. (versione originaria). Anche rispetto ai limiti derivanti dall'apparato autorizzatorio previsto dalla norma precedente, la giurisprudenza ha più volte statuito in ordine all'inammissibilità dei mezzi di prova acquisiti dal datore di lavoro in violazione delle regole previste per l'installazione dei dispositivi di controllo (26).

C) *Un'ultima categoria di controlli*, non contemplata inizialmente dalla legge e creata dall'elaborazione giurisprudenziale, riguarda *i c.d. controlli di tipo difensivo*, ora recepiti a livello di diritto positivo nel nuovo articolo 4 St. lav. In relazione a questo tipo di controlli il quadro è più complesso in quanto la giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi più volte in merito alla (in)utilizzabilità processuale dei dati registrati dagli strumenti di controllo a distanza usati a scopo difensivo; vi sono state, tuttavia, varie oscillazioni interpretative determinate, principalmente, dall'incerto inquadramento della categoria giurisprudenziale rispetto alle fattispecie previste dal precedente art. 4 St. lav. (27). Come è noto, secondo le linee messe a punto dalla giurisprudenza, i c.d. controlli difensivi, destinati in via esclusiva ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, sono stati consentiti sul presupposto che le disposizioni

(25) In questo senso, chiaramente, I. Alvino, *op. cit.*, § 6, il quale ha correttamente messo in luce che il divieto di controlli diretti sull'attività del lavoratore fatti mediante strumenti di controllo a distanza sono tuttora da ritenersi vietati in verità del fatto che la nuova disposizione disciplina come un'eccezione l'installazione di strumenti dai quali derivi la possibilità di un controllo "preterintenzionale" dell'attività lavorativa.

(26) Per una enunciazione generale del principio per cui le prove del comportamento illecito del lavoratore raccolte tramite un controllo a distanza non legittimo, sia pur effettuata in relazione a ipotesi di controlli c.d. difensivi, v. Cass. 1 ottobre 2012, n. 16622, in *Lavoro nella Giur.*, 2013, 4, 383, con nota di Barraco, Sitzia; Cass. 17 luglio 2007 n. 15892, in *Dir. Internet*, 2008, 1, 31 nota di Staiano; Corte d'Appello di Firenze 19 gennaio 2019, in *RGL*, 2013, II, p. 695, con nota di Bari; sul punto si veda anche A. Mattei, *Controlli difensivi e tutela della riservatezza del lavoratore*, in *RGL*, 2013, I, p. 32 ss.

(27) In generale, sull'argomento, A. Stanca, *Apparecchiature di controllo, strumenti di comunicazione elettronica e controlli difensivi del datore di lavoro*, in *LG*, 2008, 4, p. 351 ss., ove ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

statutarie poste a tutela della libertà e della dignità del lavoratore non avrebbero escluso il potere dell'imprenditore di controllare "non già l'uso, da parte dei dipendenti, della diligenza richiesta nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali, bensì il corretto adempimento delle prestazioni lavorative al fine di accertare mancanze specifiche dei dipendenti già commesse o in corso di esecuzione" (28). I controlli a distanza, in un primo momento, sono stati così permessi al di là dei divieti e dei limiti posti dall'art. 4 St. lav. (29); successivamente, invece, sono stati ricondotti all'ambito di applicazione delle disposizioni statutarie (30).

Quanto all'utilizzabilità processuale dei dati raccolti, si sono registrate talune oscillazioni della giurisprudenza in merito alle scelte interpretative sulle prove illecite. Il fenomeno è stato piuttosto evidente soprattutto sul versante penalistico. Secondo numerose pronunce l'installazione da parte del datore di lavoro di impianti di controllo a distanza avvenuta in violazione dell'art. 4 St. lav. e, quindi, in assenza di accordo con le r.s.a. ovvero dell'autorizzazione della D.T.L., determina l'illegittimità dell'attività di controllo così esercitata e, di conseguenza, comporta che le informazioni e la documentazione illegittimamente acquisite non siano utilizzabili dal datore di lavoro nei confronti del lavoratore, sia a fini disciplinari sia a fini probatori in un'eventuale azione di risarcimento danni (31). Per converso, varie pronunce rese dalle sezioni penali della Cassazione hanno statuito che i controlli difensivi del patrimonio aziendale, anche se condotti dal datore di lavoro per mezzo di impianti di controllo a distanza sull'attività dei lavoratori, sono sottratti ai divieti e alle limitazioni di cui all'art. 4 St. lav. e sono, quindi, sempre leciti: ciò che rende utilizzabili come prove in giudizio le informazioni emerse in sede di

(28) Cass. 14 luglio 2001 n. 9576, in *LG.*, 2002, 237, con nota di Girardi, Cass. 2 marzo 2002 n. 3039, in *RIDL*, 2002, I, 873, con nota di Passerini; Cass. 12 giugno 2002 n. 8388, in *Diritto e Giustizia*, 2002, 29; Cass. sez. Lav. 10 luglio 2009 n. 16196, in *Prat. Lavoro*, 2009, 45, 1796, le decisioni, peraltro, si riferiscono a fattispecie di controlli mediante clienti o dipendenti appositamente inviati dal datore di lavoro, o mediante investigatori privati, e non, dunque, mediante impianti od apparecchiature di controllo a distanza. Per una riflessione su questi stessi orientamenti, v. F. Grillo Pasquarelli, *Grande fratello sul luogo di lavoro: il contrasto fra sezione penale e sezione civile della Corte di Cassazione*, in <http://www.questionegiustizia.it>, 2015, fasc. 4.

(29) Cass. 3 aprile 2002 n. 4746, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, con nota di Bertocchi.

(30) Cass. 17 luglio 2007 n. 15892, cit.; Cass. 23 febbraio 2010 n. 4375, in *LG.*, 2010, 10, 992 nota di Barraco, Sitzia; Cass. 23 febbraio 2012 n. 2722, in *Lavoro nella Giur.*, 2012, 5, 507; C. 1° ottobre 2012 n. 16622, in *FI*, 2012, 12, 1, 3328.

(31) Da ultimo, si v. Cass. 17 febbraio 2015, n. 3122, in CED 2015; Conf. C. 28 gennaio 2011, n. 2117, in *Argomenti*, 2012, 1, 2, 136m con nota di Erboli.

controllo ancorché acquisite in modo illegittimo (32). In questi casi, in effetti, l'utilizzabilità degli elementi istruttori illecitamente raccolti è stata ammessa in considerazione del fatto che le condotte del lavoratore integravano ipotesi di reato e la circostanza ha conferito prevalenza all'interesse dell'accertamento sia pur ottenuto per mezzo di prove raccolte in violazione di limiti normativi.

In argomento, la giurisprudenza del lavoro, invece, ha sempre presentato un approccio più complesso alla questione. Un primo orientamento propendeva per l'estraneità dei controlli difensivi — ritenuti non attinenti alla prestazione di lavoro, ma diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore — ai vincoli dell'art. 4 dello statuto dei lavoratori (33), sia pur con alcune oscillazioni (34). In seguito, sulla scia delle critiche proposte dalla dottrina (35),

(32) Cass. 22 gennaio 2015, n. 2890, in *Dir. Pen. e Processo*, 2015, 3, 288, secondo cui sono utilizzabili nel processo penale, nel quale sia imputato il dipendente, le videoriprese effettuate con telecamere installate ad opera del datore di lavoro sul luogo di lavoro, al fine di assicurare la tutela del patrimonio aziendale, posta l'inapplicabilità a tali forme di controlli (c.d. «difensivi») dei divieti di cui all'art. 4 dello statuto dei lavoratori. Si v. altresì v. Cass., sez. un., 25 novembre 2009, in RFI, 2010, voce Prova penale, n. 112; Cass. 12 luglio 2011, ivi, 2012, voce Lavoro (rapporto), n. 988; Cass. 18 marzo 2010, Baseggio, ivi., 2010, II, 439, con nota di richiami. Sulle scelte interpretative delle sezioni penali della cassazione, non coordinate con quelle della sezione lavoro, si vedano le osservazioni critiche di F. Grillo Pasquarelli, *Grande fratello sul luogo di lavoro: il contrasto fra sezione penale e sezione civile della Corte di Cassazione*, cit. fasc. 4.

(33) Si vedano. Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, in *FI*, 2012, I, 1421; Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, in *FI Rep.* 2002, voce Lavoro (rapporto), n. 854; App. L'Aquila 14 dicembre 2006, in *FI*, Rep. 2007, voce cit., n. 1028; Trib. Torino 8 gennaio 2008, in *FI*, Rep. 2009, voce cit., n. 1473; Trib. Teramo 12 maggio 2006, id., Rep. 2006, voce cit., n. 1071; Trib. Milano 5 luglio 2006, ibid., n. 1034. Si vedano, inoltre, Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, *id.*, Rep. 2007, voce cit., n. 1025, che ha circoscritto il controllo difensivo a quello diretto alla tutela di «beni estranei» al rapporto di lavoro, mantenendo ferma l'applicabilità dell'art. 4 S.L. allorché si tratti di misure che implicino un controllo sull'esatto adempimento della prestazione di lavoro; conf. Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, *id.*, Rep. 2010, voce cit., n. 1098; Cass. 1° ottobre 2012, n. 16622, *id.*, 2012, I, 3328, resa in relazione a un sistema informatico di controllo dei tabulati telefonici privo di un meccanismo di filtro delle telefonate utile a non consentire di risalire all'identità del lavoratore.

(34) Rispetto all'orientamento tradizionale, si sono differenziate alcune fattispecie, quale quella trattata da Cass. 28 gennaio 2011, n. 2117, in *FI*, Rep. 2011, voce cit., n. 951, per la quale il divieto dell'art. 4 dello statuto dei lavoratori colpisce i controlli mediante le installazioni poste in essere dal datore di lavoro, mentre non pregiudica l'uso in un procedimento giudiziario delle registrazioni video, effettuate da un soggetto terzo estraneo all'impresa e dalle quali emergono comportamenti illeciti dei dipendenti. Si vedano M. Miscione, *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, in *Lavoro giur.*, 2013, 761; T. Erboli, *Legittimità dei controlli difensivi e regime di utilizzabilità delle prove*, in *Argomenti dir. lav.*, 2012, 139. Un differente fattispecie riguarda i controlli sui lavoratori compiuti ai sensi degli art. 2 e 3 dello statuto dei lavoratori: si vedano, Cass. 4 dicembre 2014, n. 25674, in *FI*, 2015, 5, 1, 1671, con nota di A.M. Perrino; Cass. 4 marzo 2014, n. 4984, in *Giur. It.*, 2014, 11, 2515 nota di Balletti.

i giudici di merito hanno preso progressivamente le distanze dalla giurisprudenza precedente e, in particolare, dalla soluzione interpretativa netta adottata dalla Cassazione nei primi anni 2000 (36). L'apertura della giurisprudenza di merito ha spianato la strada al mutamento di orientamento recepito, in seguito, dalla stessa Suprema Corte, la quale, in anni recenti, condividendo l'impostazione più calibrata adottata dalle corti territoriali, ha ricondotto la categoria dei controlli difensivi alla fattispecie astratta delineata nel secondo comma dell'art. 4 St. lav. e ai relativi limiti, sulla base di un argomento principale: ossia l'idea che l'esigenza del datore di lavoro di evitare condotte illecite messe in atto da parte lavoratori non possa giustificare la completa compressione di ogni forma di garanzia della dignità e della riservatezza del lavoratore (37).

Va da sé che la linea interpretativa più garantista, divenuta prevalente, ha avuto un importante riflesso sul versante processuale. Con una pronuncia di "svolta" interpretativa, la Cassazione ha deciso che l'effettività del divieto di controllo a distanza delle attività lavorative esige che anche per i c.d. controlli difensivi trovino applicazione le garanzie dell'art. 4 St. lav., con la conseguenza che «se, per l'esigenza di evitare attività illecite o per motivi organizzativi o produttivi, il datore di lavoro può installare impianti ed apparecchi di controllo che rilevino anche dati relativi alla attività lavorativa dei dipendenti, tali dati non possono essere utilizzati per provare l'inadempimento contrattuale dei lavoratori medesimi» (38). Alla stessa conclusione era giunta un'altra sentenza

(35) Senza pretesa di completezza, si rinvia a: P. Tullini, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *RIDL*, 2009, I, 323, qui 329, la quale argomenta che i controlli «difensivi non costituiscono una species estranea allo Statuto, ma sono riconducibili all'area del controllo preterintenzionale». A. Bellavista, *La Cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori*, in *RGL*, 2010, II, 462.

(36) Per una rassegna dei principali orientamenti interpretativi adottati dalle corti di merito si rinvia a M. L. Vallauri, *È davvero incontenibile la forma espansiva dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori?*, in *RIDL*, 2008, II, 718. Si vedano, ad esempio, Trib. Milano 11 aprile 2005, in *RGL*, 2005, II, 770, con nota di A. Bellavista; App. Milano 30 settembre 2005, in *D&L*, 2006, 899, con nota di S. Chiusolo; Trib. Roma 4 giugno 2005, in *RGL*, 2005, II, 763.

(37) Oltre alle sentenze citate nelle note successive, si vedano anche Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, in *Prat. Lavoro*, 2012, 16, 7 ss., con nota di Proietti Semproni.

(38) Cass. 18 aprile 2012, n. 16622, *FI*, 2012, 12, 1, 3328 e in *Pratica Lavoro*, 2012, 42, 1883, con nota di Proietti Semproni; Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, in *RGL*, 2008, II, 358, con nota di A. Bellavista, *RIDL*, 2008, II, 718, con nota di M. L. Vallauri; *Massimario giurisprudenza del lavoro*, 2007, 868, con nota di M. Ranieri: la rilevazione dei dati di entrata ed uscita dall'azienda mediante un'apparecchiatura di controllo predisposta dal datore di lavoro per il vantaggio dei dipendenti - nella specie, un congegno di sicurezza predisposto nel locale garage ove posteggiare le autovetture dei dipendenti durante l'orario di lavoro, attivabile mediante un tesserino personale assegnato a ciascun dipendente con il quale venivano attivati anche gli ingressi agli uffici - ma utilizzabile anche in funzione di controllo dell'osservanza

della Sezione Lavoro, con la quale i giudici di legittimità hanno annullato il licenziamento di una dipendente ritenuta responsabile di aver effettuato indebiti accessi ad Internet, sul presupposto che il datore di lavoro si era procurato la prova mediante il software c.d. "Super Scout", installato in assenza dei requisiti previsti dall'art. 4 St. lav., e che l'addebito era stato mosso alla lavoratrice dipendente soltanto sotto il profilo della diligenza nella prestazione di lavoro, e non anche sotto il profilo del possibile pericolo per l'integrità del sistema informatico aziendale (39).

In effetti, nelle sentenze richiamate emerge una distinzione tra i dati illegittimamente raccolti e utilizzati per contestare la violazione degli obblighi contrattuali, ritenuti inammissibili, e i dati, sempre illegittimamente raccolti, ma ritenuti ammissibili in via istruttoria in quanto utilizzati per contestare attività illecite o pericolose per il patrimonio aziendale. La medesima distinzione è stata ribadita in una recente decisione della Corte di Cassazione (40), secondo la quale «le garanzie procedurali imposte dall'art. 4, secondo comma, della legge n. 300 del 1970, espressamente richiamato dall'art. 114 del d.lgs. n. 196 del 2003, per l'installazione di impianti e apparecchiature di controllo richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, dai quali derivi la possibilità di verifica a distanza dell'attività dei lavoratori, trovano applicazione ai controlli, c.d. difensivi, diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, quando, però, tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro, e non, invece, quando riguardino la tutela di beni estranei al rapporto

dei doveri di diligenza nel rispetto dell'orario di lavoro e della correttezza dell'esecuzione della prestazione lavorativa, non concordata con le rappresentanze sindacali, né autorizzata dall'ispettorato del lavoro, si risolve in un controllo sull'orario di lavoro e in un accertamento sul "quantum" della prestazione, rientrante nella fattispecie prevista dal secondo comma dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970; né l'esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore.

(39) Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, in *Lavoro nella Giur.*, 2010, 10, 992, con nota di Barraco, Sitzia; in argomento, v. L. Cairo, *Il controllo a distanza dei lavoratori: precedenti della giurisprudenza di ieri decisi con le norme di oggi*, in questa *Rivista*, 2016.

(40) Cass. 17 febbraio 2015, n. 3122, cit. La Corte, partendo dal presupposto che il filmato che riprendeva i dipendenti intenti nelle condotte illecite era stato girato non dal datore di lavoro bensì dalla Guardia di Finanza, ha statuito che il divieto di cui all'articolo 4 dello S. L. non preclude al datore di lavoro «al fine di dimostrare l'illecito posto in essere da propri dipendenti, di utilizzare le risultanze di registrazioni video operate fuori dall'azienda da un soggetto terzo, del tutto estraneo all'impresa e ai lavoratori dipendenti della stessa, per esclusive finalità "difensive" del proprio ufficio e della documentazione in esso custodita, con la conseguenza che tali risultanze sono legittimamente utilizzabili nel processo dal datore di lavoro.

stesso; ne consegue che esula dal campo di applicazione della norma il caso in cui il datore abbia posto in essere verifiche dirette ad accertare comportamenti del prestatore illeciti e lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale». Di conseguenza, in questi casi l'acquisizione e l'impiego in sede istruttoria dei dati illegittimamente acquisiti è ammissibile, a maggior ragione se le informazioni siano state raccolte da soggetti terzi: «in tema di controllo a distanza dei lavoratori, il divieto previsto dall'art. 4 dello statuto dei lavoratori di installazione di impianti audiovisivi od altre apparecchiature per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, riferendosi alle sole installazioni poste in essere dal datore di lavoro, non preclude a questo, al fine di dimostrare l'illecito posto in essere da propri dipendenti, di utilizzare le risultanze di registrazioni video operate fuori dall'azienda da un soggetto terzo, del tutto estraneo all'impresa e ai lavoratori dipendenti della stessa, per esclusive finalità "difensive" del proprio ufficio e della documentazione in esso custodita, con la conseguenza che tali risultanze sono legittimamente utilizzabili nel processo dal datore di lavoro (41).

La regola è stata confermata in una fattispecie particolare, riguardante la creazione da parte del datore di lavoro di un falso profilo di donna sul social network "Facebook", allo scopo di contattare il dipendente per riscontrare l'improprio utilizzo del telefono cellulare durante l'orario di lavoro: in questo caso, la prova è stata ritenuta ammissibile perché i dati erano stati raccolti per mezzo di un'attività di controllo non avente ad oggetto l'attività lavorativa e il suo esatto adempimento, bensì la messa in atto da parte del dipendente di comportamenti illeciti, idonei a ledere il patrimonio aziendale sotto il profilo del regolare funzionamento e della sicurezza degli impianti (42).

Su questo sfondo, la riforma incide ulteriormente sulla utilizzabilità processuale delle informazioni raccolte nel corso dei controlli difensivi. L'attuale formulazione dell'art. 4 St. lav., infatti, contiene uno specifico richiamo alla tutela del patrimonio aziendale e alle esigenze della sua protezione e, quindi, alla categoria dei c.d. controlli "difensivi". L'esplicita menzione ha un importante effetto, che è quello di ricondurre definitivamente gli strumenti preposti a realizzare questo genere di controlli nel novero delle apparecchiature per la cui installazione è richiesto preventivamente un accordo

(41) Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, cit.; Cass. 1 ottobre 2012, n. 16622, cit.; Cass. 28 gennaio 2011, n. 2117, cit.

(42) Cass. 27 marzo 2015, n. 10955, in *FI*, 2015, I, c. 2316.

collettivo ovvero il provvedimento amministrativo di autorizzazione (43). La presenza di espressi limiti autorizzatori, pertanto, è rilevante anche in una prospettiva processuale, in quanto di regola dovrebbe incidere sulla possibilità di ingresso, in sede istruttoria, dei dati raccolti: in questa prospettiva, se si vuole aderire all'orientamento più rigoroso, il mancato rispetto delle regole di autorizzazione dovrebbe comportare, in via generale, la inutilizzabilità come mezzi di prova dei dati e delle informazioni illegittimamente registrati, sia pur se essi siano stati raccolti in sede di controllo con finalità difensive. In questo senso, pertanto, i limiti autorizzatori di cui al c. 1, art. 4 St. lav., dovrebbero avere un diretto riflesso sulla utilizzabilità processuale dei materiali rilevati mediante apparecchi di controllo a distanza, dato che la violazione delle regole di autorizzazione cui al richiamato determina ipotesi di prove illecite e, quindi, inutilizzabili (44). Ovviamente, a fronte della regola generale vi potranno essere "aperture" laddove le esigenze legate all'accertamento dei fatti siano da considerarsi prevalenti. Al riguardo, bisognerà attendere gli interventi della giurisprudenza, la quale sarà chiamata a modulare la regola di esclusione per i casi nei quali, ad esempio, vi siano i presupposti di un illecito penale commesso dal lavoratore: come si è visto, l'elaborazione giurisprudenziale precedente, nel bilanciamento degli interessi, in simili ipotesi, ha ritenuto prevalente l'esigenza dell'accertamento rispetto alla liceità delle acquisizioni processuali probatorie. In ogni caso, l'accesso ai dati e alle informazioni non potrà avvenire se non nel rispetto delle condizioni previste dal c. 3, art. 4 St. lav., delle quale ci occuperemo nel paragrafo successivo. Va da sé, inoltre, che le informazioni raccolte nel contesto dei controlli difensivi non possono essere utilizzate contravvenendo al divieto generale, tuttora in vigore, che impedisce i controlli diretti sull'attività dei lavoratori volti a verificare la diligenza nell'adempimento delle prestazioni lavorative.

Il nuovo articolo 4 St. lav., c. 2, esclude espressamente dal regime di autorizzazione definito dal primo comma gli "strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa", tra i quali rientrano il computer, la posta elettronica, l'accesso ad internet, nonché gli "strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze". La dottrina ha rilevato che l'esclusione di questi strumenti del regime autorizzatorio non comporta che il

(43) Un risultato, come si è detto, al quale la giurisprudenza era già pervenuta in via interpretativa e che ora è stato accolto sul piano del diritto positivo da parte del legislatore

(44) Oltre alla giurisprudenza richiamata poc'anzi, testo e note, v. anche Cass. 5 maggio 2000, n. 5629, in *DG*, 2000, f. 18; Cass. 17 ottobre 1998, n. 10313, in *Pluris* 2016; Cass. 18 febbraio 1997, n. 1455, in *OGL*, 1997, con nota di Bolognesi.

legislatore abbia attribuito al datore di lavoro la facoltà di poter controllare in modo continuativo l'attività del lavoratore avvalendosi dell'analisi dei dati registrati o rilevati dallo strumento (45). La lettera della legge, infatti, è piuttosto chiara nel distinguere, da un lato, la libera installazione degli strumenti e, da un altro lato, la possibilità di sottoporre ad analisi i dati dagli stessi registrati per trarne informazioni relativamente dal lavoratore. Anche se l'autorizzazione non è necessaria, nel c. 3 dell'art. 4 St. lav. riformato, il legislatore ha assoggettato a vincoli restrittivi la possibilità per il datore di lavoro di controllare ed esaminare i dati registrati dagli strumenti di lavoro informatici. E proprio in relazione a tale ordine di vincoli che emergono ulteriori ipotesi di prove illecite e, come tali, tendenzialmente inutilizzabili in giudizio.

5. I limiti entro i quali deve essere riconosciuto al datore di lavoro di poter accedere alle informazioni e i riflessi sul piano processuale.

Dopo aver disciplinato il regime autorizzatorio di installazione, l'art. 4 St. lav. novellato, al c. 3, prende in considerazione e disciplina le condizioni di accessibilità del datore di lavoro alle informazioni e ai dati raccolti con gli strumenti di controllo a distanza nonché con gli altri strumenti previsti dal c. 2 del medesimo articolo. Si tratta di profili concettualmente distinti dall'oggetto delle regole precedenti e altresì innovativi, in quanto non previsti dalle precedenti disposizioni normative. Il legislatore ha delimitato l'utilizzabilità dei dati e delle informazioni introducendo due vincoli di carattere generale, descritti come "condizioni" e posti a tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore. L'incidenza processuale di questi vincoli è molto importante, in quanto l'interpretazione del parametro generale di utilizzabilità nonché delle condizioni che ne limitano l'operatività, nel più ampio contesto dell'intero art. 4 St. lav., si riflettono sulla ammissibilità probatoria delle informazioni illegittimamente raccolte o rilevate. Di conseguenza, si deve ritenere che il nuovo c. 3, art. 4 St. lav., abbia introdotto ipotesi di possibile illiceità della prova generate dall'accesso e dall'uso illegittimo delle informazioni da parte del datore di lavoro. Al riguardo, si possono proporre due ordini di considerazioni.

1) La presenza di una clausola di generale utilizzabilità delle informazioni al c. 3, art. 4 St. lav., non può essere letta come una completa apertura all'ingresso dei dati raccolti al di là dei vincoli di installazione degli strumenti di controllo a distanza sancita dal primo comma dell'art. 4 St. lav.

(45) I. Alvino, *op. cit.*, § 7.

Anche sul fronte processuale il canone di utilizzabilità deve essere interpretato nel contesto completo di operatività delle norme contenute nell'art. 4 St. lav., il quale pone, a monte, limiti alla installazione delle apparecchiature di controllo e, a valle, individua due condizioni di utilizzabilità dei dati raccolti. Una differente interpretazione, che volesse considerare le disposizioni di cui al c. 1 rivolte soltanto al datore di lavoro ma non al giudice, non sarebbe accettabile: da un lato, accedrebbe a un non corretto coordinamento sistematico della pluralità di regole contenute nella disposizione statutaria e, dall'altro, avrebbe l'effetto pratico di compromettere, sia pur in seconda battuta, la tenuta complessiva dei limiti autorizzatori previsti dalla legge. Pertanto, di regola, i vincoli di installazione degli strumenti di controllo operano come limiti di utilizzabilità processuale delle informazioni illegittimamente raccolte, introducendo altrettante ipotesi di illegittimità della prova che circoscrivono - a monte - la generale utilizzabilità sancita dal c. 3, art. 4 St. lav. Del resto, questa interpretazione si pone in linea con l'orientamento adottato dall'elaborazione dottrinale e dalla giurisprudenza precedenti, le quali, come è emerso poc'anzi, sia pur con articolate modulazioni interpretative, in varie ipotesi hanno sancito la presenza di ipotesi di inammissibilità della prova e, quindi, di inutilizzabilità processuale in corrispondenza dei vincoli dati dalle procedure autorizzatorie di installazione. Le regole giurisprudenziali di inutilizzabilità, infatti, sono state messe a punto a prescindere da un richiamo ai limiti dettati dalla normativa della *privacy*, in quanto fondate esclusivamente sull'operatività delle disposizioni presenti nell'art. 4 St. lav., come si evince dagli argomenti spesi nelle motivazioni delle sentenze che li hanno messi a punto (46). Poiché l'impianto del nuovo articolo 4 St. lav., sia pur con varie modifiche in tema di controlli difensivi, è rimasto immutato, l'operatività dei limiti di cui ai c. 1, art. 4 St. lav., a livello processuale, di regola, non può essere disattesa sulla base del canone di utilizzabilità introdotto nel c. 3.

2) Ferme le prospettazioni *sub* 1), il canone di generale utilizzabilità dei dati registrati dagli strumenti di controllo, telematici e informatici subisce due ordini di limiti in corrispondenza delle condizioni poste dal c. 3, art. 4 St. lav, consistenti nelle circostanze che il datore di lavoro abbia fornito al lavoratore «adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli» e, su di un altro versante, che i controlli medesimi avvengano «nel rispetto di quanto disposto dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196». Le due condizioni sono configurate come concorrenti e, pertanto, devono sussistere entrambe affinché

(46) Si vedano le sentenze richiamate nel paragrafo precedente.

il datore di lavoro possa utilizzare i dati rilevati dalla strumentazione. Ciò posto, la nuova disposizione si limita a prevedere due condizioni ma non riesce a fornire all'interprete regole chiare e precise. Le prime letture di commento hanno correttamente messo in evidenza i delicati problemi interpretativi che ruotano intorno alla condizione della "adeguata informazione" richiesta in capo al lavoratore circa le modalità di impiego nonché di effettuazione dei controlli degli strumenti di rilevazione a distanza. Del pari, il rinvio alle prescrizioni sulla tutela della *privacy*, con espresso richiamo della relativa normativa, determina un insieme di rimandi normativi che solleva problemi di coordinamento e incertezze interpretative.

Sotto il primo profilo, il nuovo c. 3 della norma statutaria stabilisce che il lavoratore abbia adeguata informazione circa le modalità di effettuazione dei controlli; tuttavia, non dà espresso chiarimento circa i limiti entro i quali l'attività di controllo possa o debba essere effettuata; né riesce a fugare i dubbi rinviando, sul punto, al rispetto delle disposizione del Codice della *privacy*, i cui artt. 113 e 114, creando una serie di rimbalzi normativi, fanno espresso rinvio alle regole dettate dagli artt. 4 e 8 St. lav. (47). Di conseguenza, la ricostruzione dei limiti di accesso e di utilizzabilità dei dati sarà rimessa agli interpreti, i quali saranno chiamati a definire la portata del coordinamento tra l'art. 4 St. lav. con la disciplina contenuta nel d.lgs. 196/2003, inerente alla tutela della riservatezza, dell'identità personale e del diritto alla protezione dei dati personali (48). In questa sede ci si limita, pertanto, a segnalare la scarsa chiarezza delle norme e i conseguenti problemi interpretativi sul fronte del diritto sostanziale, soffermandoci sui riflessi processuali delle nuove disposizioni normative.

Ora, sul fronte processuale, l'art. 160, n. 6, d.lgs. n. 196/2003, il c.d. Codice della *privacy*, stabilisce che la validità e l'utilizzabilità di documenti nel

(47) Per tutti, M.T. Carinci, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il "Jobs Act"* (art. 23 D lgs. 151/2015): *spunti per un dibattito*, in questa *Rivista*, 2016, vol. 2, no 1, § 2; si rinvia inoltre alle puntuali osservazioni di I. Alvino, *op. cit.*, 10: il quale afferma: "Se dunque, sotto il vigore del vecchio art. 4 St. lav. si assisteva alla singolare situazione di ritrovare la stessa disposizione (ossia il contenuto dell'art. 4) inserita all'interno di due differenti testi normativi (lo Statuto dei lavoratori e il Codice della *privacy*), con il nuovo art. 4 il legislatore ha creato un circuito chiuso di rimandi legislativi (dallo Statuto dei lavoratori al Codice della *privacy* e ritorno) che certo non aiutano la comprensione dei limiti normativi all'utilizzabilità dei dati registrati dallo strumento di controllo".

(48) Senza pretesa di completezza, in argomento, si vedano A. Bellavista, *La sorveglianza elettronica sui lavoratori e la disciplina della *privacy* informatica*, in *Vita not.*, 2002, p. 501 ss.; Id., *Sorveglianza, *privacy* e rapporto di lavoro*, in *Dir. Internet*, 2006, p. 437 ss. Bellumat, *Privacy e «controlli tecnologici» del lavoratore: tra «contrast» della giurisprudenza e «certezze» dell'autorità garante*, in *ADL*, 2009, p. 1217 ss.

procedimento giudiziario, basati sul trattamento di dati personali non conforme a disposizioni di legge, restano disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali della materia penale e civile. Tuttavia, come si è anticipato, il codice di procedura civile non contiene alcuna norma che sancisca un principio generale di inutilizzabilità delle prove illegittimamente formate o acquisite, tant'è che le regole che prevedono l'esclusione di mezzi di prova illeciti sono di costruzione interpretativa. Di conseguenza, saranno molto importanti le scelte che effettueranno le Corti, in quanto i limiti che gli interpreti metteranno a punto sulla base delle condizioni individuate dal nuovo c. 3, art. 4 St. lav., si tradurranno in altrettanti limiti di ammissibilità istruttoria delle informazioni e dei dati acquisiti in violazione di norme di legge. Anzi, si può affermare che le condizioni di utilizzabilità varranno a maggior ragione sul piano processuale, poiché il giudice non potrà tener conto di informazioni o di dati che siano stati raccolti dal datore di lavoro in assenza di adeguata conoscenza del lavoratore nonché violando le norme di legge che tutelano la riservatezza, l'identità personale, ovvero che proteggano i dati personali. Né vale a disattendere questa interpretazione l'enunciazione di un canone generale di utilizzabilità che costituisce un tratto caratterizzante della novellazione dell'art. 4 St. lav., perché le informazioni e i dati saranno sì utilizzabili in giudizio, ma pur sempre all'interno del contesto circoscritto e definito dai vincoli posti dalla norma.

Pertanto, ferme le varie questioni interpretative alle quali si dovrà dare soluzione, in ogni caso il richiamo espresso al Codice della *privacy* contenuto nella norma statutaria fa sì che i limiti dettati a tutela della riservatezza siano del tutto equiparabili a quelli espressamente enunciati dallo Statuto dei lavoratori, in quanto direttamente richiamati; il che permette di affermare che gli stessi incidono, vincolandoli al rispetto delle legittimità, non solo sull'esercizio dei poteri di controllo del datore di lavoro ma anche sui poteri del giudice, il quale di regola è tenuto a non dare ingresso alle prove procurate in violazione delle norme di legge. Di conseguenza, per definire in via interpretativa le regole di utilizzabilità delle informazioni avranno un valore anche Linee-guida predisposte dal Garante, ai sensi degli artt. 24 e 154, comma 1, lett. b) e c), d.lgs. 196/2003, dettate al fine di «prescrivere ai datori di lavoro alcune misure, necessarie o opportune, per conformare alle disposizioni vigenti il trattamento di dati personali effettuato per verificare il corretto utilizzo nel rapporto di lavoro della posta elettronica e della rete internet» (49). Si tratta, come è noto, di prescrizioni vertenti

(49) Il riferimento è alle *Linee-guida del Garante per posta elettronica e internet*, delibera 1°

su di un oggetto circoscritto, poiché riguardano specificamente il controllo dei dati registrati in relazione all'impiego della posta elettronica e di internet. Esse, tuttavia, essendo state messe a punto dal Garante in attuazione di principi generali, rivestono un valore generale e vincolante anche in relazione all'utilizzo di altri strumenti che consentano la possibilità di controlli a distanza dell'attività lavorativa. In effetti, la dottrina ritiene che le linee-guida enunciate dal Garante costituiscano i parametri che permettono di compiere una valutazione di legittimità sul controllo dei dati registrati dagli strumenti disciplinati dall'art. 4 St. lav. e, più in generale, del corretto impiego di quegli stessi strumenti da parte del lavoratore (50). Pertanto, se il datore di lavoro ha rilevato un non corretto uso da parte del lavoratore della rete internet, i dati e l'informazione non potranno essere utilizzati dal datore di lavoro qualora l'acquisizione sia avvenuta in violazione delle regole dettate dal Codice della *privacy*. Di conseguenza, l'eventuale sanzione disciplinare irrogata sulla base di dati illegittimamente acquisiti sarà annullata mentre le relative informazioni saranno una prova illecita nell'ambito di altri giudizio, ad esempio, nell'impugnazione del licenziamento.

La ricostruzione proposta, del resto, è in linea con l'elaborazione giurisprudenziale precedente all'innovazione dell'art. 4 St. lav., relativa alla raccolta di dati e di informazioni nonché alla loro utilizzabilità processuale allorché essi siano stati acquisiti in violazione della disciplina sulla *privacy*. Al riguardo si rende necessaria una precisazione preliminare. Sul versante penalistico la giurisprudenza ha adottato criteri più elastici, in considerazione della rilevanza penale delle condotte registrate. Pertanto, in materia di *privacy* e

marzo 2007, n. 13, doc. Web 1387522, in *G.U.* 10 marzo 2007, n. 58; sul tema, senza pretesa di completezza, si vedano i contributi di F. Santoni, *La privacy nel rapporto di lavoro: dal diritto alla riservatezza alla tutela dei dati personali*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, diretto da F. Galgano, a cura di P. Tullini, Padova, 2010, 25 ss.; M. Paissan, *E-mail e navigazione in Internet: le linee del Garante*, ibidem, 11 ss.; E. Gagnoli, *L'uso della posta elettronica sui luoghi di lavoro e la strategia di protezione elaborata dall'Autorità Garante*, ibidem, 68 ss.; N. Lugaresi, *Uso di Internet sul luogo di lavoro, controlli del datore di lavoro e riservatezza del lavoratori*, ibidem, 75 ss.; M. Del Conte, *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, in *Dir. Informaz.*, 2007, 497. Per una ampia disamina critica delle linee-guida si rinvia a P. Tullini, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *RIDL*, 2009, I, 323. In sintesi, il provvedimento del Garante afferma che l'esercizio del controllo ammissibile da parte del datore di lavoro da cui può derivare il trattamento dei dati personali del lavoratore deve avvenire in coordinamento con i principi generali in materia di riservatezza; esso, pertanto, deve sottostare ai limiti ricavabili dai parametri di necessità, di correttezza, di trasparenza nonché di pertinenza e non eccedenza.

50 Si vedano, al riguardo, le osservazioni di L. Perina, *L'evoluzione della giurisprudenza e dei provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati personali dei lavoratori subordinati*, in *RIDL*, 2010, II, 327 ss.; si v. altresì I. Alvino, *op. loc. cit.*

di controlli la Cassazione ha enunciato la regola della utilizzabilità processuale e della conseguente ammissibilità di mezzi istruttori precostituiti e illegittimamente acquisiti, eccettuati quelli appresi in violazione degli specifici divieti previsti dalla legge penale: tutto questo, ovviamente, facendo salva l'applicazione delle sanzioni previste a carico dei soggetti che hanno acquisito le informazioni utilizzate come prove in violazione della legge. Ad esempio, la Suprema Corte si è espressa a favore della utilizzabilità delle informazioni raccolte in violazione di specifici precetti sulla riservatezza posti a tutela dei lavoratori, affermando che nell'ambito di un procedimento penale a carico del dipendente di un'azienda per appropriazione indebita di somme di denaro, sono utilizzabili come prove documentali le videoriprese registrate dal datore di lavoro a fini di accertamento di comportamenti illeciti del dipendente, anche in caso di violazione della normativa sulla *privacy* (51). In ipotesi come queste, in assenza di violazione di limiti derivanti dal dettato costituzionale, che sarebbero comunque ritenuti invalicabili, è stata considerata prevalente "l'esigenza di ordine pubblico relativa alla prevenzione dei reati" rispetto alle disposizioni a tutela della riservatezza, ferma la sanzione che potrebbe colpire il soggetto che abbia raccolto informazioni e dati violando tali disposizioni.

Sul versante del diritto del lavoro, invece, la giurisprudenza ha assunto orientamenti più articolati, avendo dato prevalentemente rilievo alle violazioni dei precetti sulla *privacy* per dichiarare inutilizzabili a livello processuale i dati e le informazioni illegittimamente acquisiti. In alcune recenti pronunce, in particolare, la Corte di Cassazione ha delineato una serie di linee sistematiche importanti, coordinando i diversi principi che governano la materia relativa alla tutela della privacy con le esigenze di controllo del datore di lavoro; ne sono emerse chiare indicazioni anche in relazione alla inammissibilità delle prove raccolte illegittimamente in violazione dei precetti a tutela della *privacy*. Ad esempio, in relazione ad un caso di controlli eseguiti sul personal computer del dipendente - al quale era stato rimproverato l'illegittimo accesso alla rete Internet durante l'orario di lavoro, anche mediante la visione di siti pornografici - la Corte ha ritenuto che dal computer fossero stati estratti

(51) Si v. Cass. pen. Sez. II, 25 novembre 2009, in *D. prat. Lav.*, 2010, p. 451, ss., la quale ha aperto all'utilizzabilità anche ai dati raccolti allorché l'installazione della telecamera non sia stata preceduta da accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, né dall'autorizzazione della Direzione provinciale del lavoro. Da ultimo, si cfr. la particolare fattispecie affrontata da Cass. pen. Sez. V, 16 marzo 2016, in www.cassazione.net, ove si è esclusa la violazione della riservatezza a fronte di riprese effettuate, a scopi investigativi, mediante una telecamera collocata all'interno di un box con vetrate, tali da rendere visibili le attività compiute da coloro che operavano all'interno del box stesso.

elementi tali da configurare "dati sensibili", perché relativi alle convinzioni religiose e politiche nonché alle tendenze sessuali del lavoratore; pertanto, sebbene i dati personali fossero stati raccolti nell'ambito di controlli informatici volti a verificare l'esistenza di un comportamento illecito, la Cassazione ha sancito l'illegittimità della raccolta per violazione delle disposizioni sulla riservatezza e la conseguente esclusione dall'utilizzabilità processuale delle informazioni (52). Anche in altre ipotesi la giurisprudenza, di legittimità e di merito, ha dichiarato inammissibili e inutilizzabili le informazioni ricavate in violazione dei diritti alla riservatezza del lavoratore (53). Per esempio, in tema di divieto di utilizzo di apparecchiature per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, la rilevazione dei dati di entrata ed uscita dall'azienda mediante un'apparecchiatura di controllo predisposta dal datore di lavoro per il vantaggio dei dipendenti - nella specie, un congegno di sicurezza predisposto nel locale garage ove posteggiare le autovetture dei dipendenti durante l'orario di lavoro, attivabile mediante un tesserino personale assegnato a ciascun dipendente con il quale venivano attivati anche gli ingressi agli uffici - ma utilizzabile anche in funzione di controllo dell'osservanza dei doveri di diligenza nel rispetto dell'orario di lavoro e della correttezza dell'esecuzione della prestazione lavorativa, ha condotto la Suprema Corte a ritenere illegittime le modalità di raccolta delle informazioni: e ciò, oltre che per la violazione del regime autorizzatorio previsto dall'art. 4 St. lav., anche sul presupposto che "l'esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti non può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore (54).

Si tratta di orientamenti interpretativi che si erano chiaramente espressi a favore della inutilizzabilità processuale dei dati illegittimamente raccolti e che trovano ulteriore sostegno, oggi, nella formulazione dell'art. 4 St. lav. Tuttavia, il problema si complica a fronte della necessità del datore di lavoro di evitare che l'abuso da parte dei dipendenti degli strumenti informatici, facenti parte del patrimonio aziendale e affidati ai lavoratori per lo svolgimento delle attività

(52) Cass. civ. 1 agosto 2013, n. 18443, in *Nuova Giur. Cin.*, 2014, 103, con nota di Sitzia; sul tema dell'utilizzo dei *social networks* durante l'orario di lavoro vedi, da ultimo, 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*, 2014, 1027.

(53) Trib. Prato, 19 settembre 2011, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, 3, 1, 242, con nota di Giroto, secondo cui la finalità di controllare la presenza dei dipendenti sul luogo di lavoro non giustifica il trattamento dei dati biometrici, potendo essere attuata con modalità meno invasive, tali da non incidere sulla dignità della persona; v. anche Trib. Milano, 12 marzo 2001, in *Lavoro nella Giur.*, 2001, 1190.

(54) Cass. Civ. 17 luglio 2007, n. 15892, in *Dir. e Pratica Lav.*, 2007, 39 All. PL, 1674.

lavorative, esponga l'impresa e il datore di lavoro ai rischi e responsabilità per possibili coinvolgimenti in caso di illeciti civili e penali commessi nei confronti di terzi. In simili ipotesi i controlli hanno una funzione di mantenimento della sicurezza e mirano a evitare il coinvolgimento del datore di lavoro, il quale potrebbe altresì subire gravi conseguenze e danni. Gli illeciti potenzialmente perpetrabili da parte dei lavoratori a mezzo degli strumenti informatici sono numerosi. Si considerino, ad esempio, le fattispecie di reato commesse in Internet, introdotte appositamente dal legislatore per disciplinare condotte che, probabilmente, già ricadevano sotto l'ambito di applicazione di norme preesistenti, sia pur per mezzo di interpretazioni basate sull'analogia. Il riferimento, ad esempio, è ai reati a tutela del "domicilio informatico", come l'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, di cui all'art. 615-ter c.p., la detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici, di cui all'art. 615-quater c.p., ovvero le altre fattispecie previste dagli artt. 615-*quinques* e 635 c.p. (55) Va da sé che, in simili ipotesi, il controllo del traffico telematico costituisce una conseguenza delle attività di sicurezza alle quali è chiamato il datore di lavoro per la tutela dei beni aziendali e del relativo sistema informatico. Di conseguenza, le esigenze e le necessità del datore di lavoro vanno temperate con i diritti dei lavoratori, i quali, in linea generale, devono subire la minima compressione dei diritti di *privacy*. Si apre così un problema di bilanciamento di interessi contrastanti, che richiede un componimento della tutela dei diritti di *privacy* con gli interessi dell'impresa e, soprattutto, con gli obblighi di controllo richiesti al datore di lavoro. E' un problema destinato inevitabilmente a riflettersi sul piano processuale della utilizzabilità degli elementi istruttori. Del resto, anche prima della riforma, vi sono stati orientamenti che hanno esplicitamente considerato utilizzabili come prove i dati raccolti in violazione del diritto di riservatezza del lavoratore, allorché quest'ultimo abbia commesso illeciti. Vi è stata ad esempio, una sentenza del Tribunale di Torino del 2007 che ha preso posizione con riferimento all'art. 11, c. 2, Codice Privacy (56). La fattispecie concreta aveva ad oggetto un procedimento disciplinare avviato sul presupposto della contestazione nei confronti del lavoratore dell'uso improprio del telefono e del computer aziendali, procedimento conclusosi con il licenziamento per giusta causa. La contestazione dell'addebito era basata su dati reperiti mediante l'accesso ai tabulati dell'utenza telefonica intestata alla società ma assegnata al

(55) In argomento, v. M. Secco, *Il controllo del traffico telematico in azienda*, in <http://www.diritto.it/articoli/tecnologie/secco.html>

(56) Trib. Torino 28 settembre 2007, in *ADL*, 2008, 1265, con nota di D. Iarussi.

lavoratore e al computer aziendale. Il lavoratore aveva sollevato una eccezione di inammissibilità della prova, disattesa dal Tribunale di Torino. Tuttavia, il giudice aveva comunque preso posizione sul profilo dell'acquisizione della prova precostituita assunta in violazione di norme di legge – e, in particolare, in violazione del Codice *Privacy*, giungendo ad affermare, nella motivazione della decisione: «l'inutilizzabilità del trattamento dei dati personali reperiti in violazione della disciplina vigente in materia è riferibile unicamente ai destinatari delle prescrizioni del Codice della *privacy*, onde non si converte automaticamente in divieto probatorio per il Giudice, ancorché nel processo risultino prodotti atti, documenti o provvedimenti basati su trattamento di dati personali non conforme a disposizioni di legge o di regolamento» (57).

Va inoltre rilevato che, su questo fronte, sciogliere i problemi interpretativi non è semplice in quanto l'iter della modifica dell'art. 4 St. lav. ha visto sullo sfondo una importante evoluzione del quadro normativo a livello europeo, evoluzione destinata ad incidere sulla regolamentazione della materia. Al riguardo, infatti, va considerato che, ad oggi, dopo ampia discussione, è stato da poco approvato un nuovo Regolamento europeo in materia di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, che sostituirà la direttiva 95/46/CE. Inoltre, è stata altresì approvata una direttiva sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento dei reati e nell'ambito delle connesse attività giudiziarie. Come ha messo in evidenza la dottrina, «l'obiettivo principale del pacchetto legislativo proposto dalla Commissione europea dovrebbe essere la creazione di un quadro giuridico più solido e coerente in materia di protezione dei dati personali, affiancato da efficaci misure di attuazione tali da garantire congiuntamente sia lo sviluppo dell'economia digitale sia un maggior controllo dei dati personali delle persone fisiche, rafforzando la certezza del diritto e l'operatività per le autorità pubbliche e le imprese private». In merito al settore relativo al trattamento dei dati personali dei lavoratori, il Regolamento, all'art. 124, prevede che «il diritto degli Stati membri o i contratti collettivi (ivi compresi gli "accordi aziendali") possono prevedere norme specifiche per il trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro, in particolare per quanto riguarda le condizioni alle quali i dati personali nei rapporti di lavoro possono essere trattati sulla base del consenso del dipendente, per finalità di assunzione, esecuzione del contratto di lavoro, compreso l'adempimento degli obblighi

(57) L. Cairo, *Il controllo a distanza dei lavoratori: precedenti della giurisprudenza*, cit.

stabiliti dalla legge o da contratti collettivi, di gestione, pianificazione e organizzazione del lavoro, parità e diversità sul posto di lavoro, salute e sicurezza sul lavoro, e ai fini dell'esercizio e del godimento, individuale o collettivo, dei diritti e dei vantaggi connessi al lavoro, nonché per finalità di cessazione del rapporto di lavoro» (18).

Inoltre, sono emerse importanti linee interpretative nella giurisprudenza della Cedu, la quale ha avuto modo di prendere recentemente posizione sui temi dell'ammissibilità della prova e della tutela della *privacy* in materia di lavoro. In una decisione del 2015 (58), pronunciandosi su di un caso riguardante il licenziamento di un ingegnere dipendente di una società privata, per aver costui utilizzato la connessione Internet messaggi a disposizione dalla società per comunicazioni personali durante l'orario di lavoro (mediante l'utilizzo di un account personale Yahoo Messenger), in violazione delle norme interne, la Corte, a maggioranza (sei voti contro uno), ha ravvisato una violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza). Tuttavia, nel caso di specie, sebbene il comportamento del datore di lavoro avesse effettivamente coinvolto e invaso la vita privata del lavoratore, in quanto il controllo si era esteso fino alla lettura dei messaggi privati inviati dal dipendente mediante l'utilizzo di un account privato (59), ciononostante, l'ingerenza datoriale è stata ritenuta ragionevole dalla Corte nell'ambito di un procedimento disciplinare avviato nei confronti del lavoratore. Pertanto, il ricorso è stato rigettato perché il lavoratore aveva sistematicamente violato le regole dei protocolli e della *policy* aziendale, a lui ben note, che vietavano l'uso delle risorse aziendali a scopi personali (60). Inoltre, il controllo dei messaggi

(58) Corte EDU, *Barbulescu v. Romania*, 12 gennaio 2016, Application n. 61496/08, reperibile in http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/PP_INT_licenziamento_milizia_s.pdf; in argomento, G. Milizia, *Lecito licenziare chi usa gli account ed i mezzi di comunicazione aziendali per fini privati*, in <http://www.dirittoegiustizia.it/news/17/0000077078>.

(59) Nel caso di specie, il datore di lavoro, aveva trascritto ed esibito le comunicazioni private del lavoratore, tra le quali erano presenti i messaggi che l'ingegnere aveva inviato e ricevuto al fratello e alla fidanzata per questioni personali, attinenti alla salute e alla vita sessuale.

(60) Pronunciandosi su un caso "rumeno" riguardante il licenziamento del lavoratore da parte del suo datore di lavoro, una società privata, per aver utilizzato la connessione Internet messaggi a disposizione dalla società per motivi personali durante l'orario di lavoro, in violazione delle norme interne, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto a maggioranza (sei voti contro uno), che vi era stata una violazione dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza). La Corte ha rilevato, in particolare, che erano stati certamente coinvolti la vita privata del signor *Barbulescu* e la sua corrispondenza. Tuttavia il

privati inviati dal dipendente, nella fattispecie concreta, costituiva l'unica possibilità di verificare il regolare svolgimento delle attività lavorative nonché la eventuale commissione di atti illeciti o dannosi per il sistema aziendale. L'ago della bilancia è stato così fatto pendere a favore del datore di lavoro e delle sue esigenze di controllo, anche se la pronuncia deve essere considerata in senso più ampio, in quanto, come spesso accade per la giurisprudenza Cedu, la decisione è strettamente collegata alle peculiarità del caso concreto (61). Pertanto, sarebbe ingiustificato trarre conclusioni affrettate ed incongrue dal caso esaminato, in quanto la decisione della Cedu ha dato atto della violazione dei diritti del lavoratore e ha ribadito che il controllo del datore di lavoro, in ogni caso, deve essere giustificato e non esorbitare dai limiti della proporzione. In quest'ottica, il Garante italiano, con una apposita intervista (62), è intervenuto a chiarire la portata della sentenza e ha messo in luce che "la Corte si è limitata a ritenere non irragionevole il bilanciamento tra *privacy* dei dipendenti ed esigenze datoriali, affermato dalla giurisdizione romena. E questo perché: a) l'azienda aveva informato i dipendenti delle condizioni d'uso della mail aziendale, che non ne consentivano l'utilizzo per fini personali. Ragione, questa, che avrebbe quindi ridotto l'aspettativa di riservatezza riposta dai lavoratori rispetto alle loro comunicazioni via e-mail; b) il monitoraggio delle mail è stato limitato nel tempo e nell'oggetto, nonché strettamente proporzionato allo scopo di provare l'inadempimento contrattuale del lavoratore (desunto da altri elementi), la cui scarsa produttività aveva determinato e legittimato il licenziamento; c) l'accesso alle e-mail del lavoratore da parte datoriale è stato legittimo proprio perché fondato sul presupposto della natura professionale del contenuto delle comunicazioni (come da

controllo del datore di lavoro delle sue comunicazioni era da ritenersi ragionevole nell'ambito di un procedimento disciplinare: da *Pluris*, 2016.

(61) Secondo la giurisprudenza della CEDU, la violazione dell'art.8 avviene solo se il divieto non è stato espressamente comunicato al dipendente, il quale, in assenza di adeguata informativa, ha una ragionevole aspettativa a che la sua corrispondenza personale sia inviolabile (Corte EDU, Niemietz c. Germania, 16 dicembre 1992, serie A n. 251-B, §§ 29-31). Nella fattispecie del 2015 il datore di lavoro, secondo la Corte, bilanciamento degli interessi è stato, tanto più che il controllo aveva riguardato soltanto i messaggi personali, senza che il datore di lavoro avesse controllato altri documenti sul pc del lavoratore. Peraltro la Corte ha ritenuto leciti questi controlli anche quando le condotte lesive degli interessi del datore di lavoro, in quanto contrarie ai doveri d'ufficio, erano state poste in essere fuori dall'orario di lavoro o della sede lavorativa (si v., ad esempio, Corte EDU, Kopke c. Germania, 5 ottobre 2010, n. 420/07).

(62) L'intervista resa dal dott. Antonello Soro, Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, è reperibile alla seguente pagina web: <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4583778>.

contratto avrebbe dovuto essere); d) l'identità degli interlocutori del lavoratore non è stata rivelata in sede giurisdizionale; e) l'azienda non ha avuto accesso ad altri documenti archiviati sul computer del lavoratore; il contenuto delle comunicazioni non è stato oggetto di sindacato da parte datoriale nel giudizio, ma soltanto il carattere personale delle mail inviate nell'orario di lavoro, con conseguente riduzione della produttività del dipendente; f) il dipendente non ha motivato la ragione dell'utilizzo della mail aziendale per fini personali. Di conseguenza, secondo il Garante, «la Corte ha dunque riaffermato, nel caso concreto, che i controlli datoriali sull'attività lavorativa sono ammissibili soltanto nella misura in cui siano strettamente proporzionati e non eccedenti lo scopo di verifica dell'adempimento contrattuale. Essi devono essere inoltre limitati nel tempo e nell'oggetto; mirati (dunque non massivi) e fondati su presupposti (quali in particolare l'inefficienza dell'attività lavorativa del dipendente) tali da legittimarne l'esecuzione. Infine, devono essere già previsti dalla *policy* aziendale, di cui il dipendente deve essere adeguatamente edotto. Con questi chiarimenti la sentenza resa dalla Cedu è stata ricondotta alla linea interpretativa inaugurata con la Raccomandazione sulla protezione dei dati in ambito lavorativo, approvata il 1° aprile 2015 dal Consiglio d'Europa, la quale «in particolare auspica la minimizzazione dei controlli difensivi o comunque rivolti agli strumenti elettronici; l'assoluta residualità dei monitoraggi, con appositi sistemi informativi, sull'attività e il comportamento dei lavoratori in quanto tale», nonché ai principi affermati dal Garante nelle richiamate «Linee guida» del 2007.

La decisione deve quindi essere interpretata nel senso che al datore di lavoro è richiesto di informare i lavoratori delle condizioni di utilizzo della mail aziendale (e, più in generale, della stessa rete, in orario di lavoro o comunque con i mezzi aziendali messi a disposizione), dei controlli che il datore di lavoro si riserva di effettuare per fini legittimi, nonché delle eventuali conseguenze disciplinari che possono derivare dalla violazione di tali regole. Il Garante ha espressamente precisato che tali principi «restano validi anche dopo la riforma dei controlli datoriali operata dal Jobs Act e anche rispetto agli strumenti di lavoro che, pur sottratti alla procedura concertativa, restano comunque soggetti alla disciplina del Codice *privacy* e, in particolare, ai principi di necessità, finalità, legittimità e correttezza, proporzionalità e non eccedenza del trattamento, nonché all'obbligo di previa informativa del lavoratore e al divieto di profilazione, ribaditi proprio dalla Corte europea dei diritti umani», precisando che «in questa materia, sarà proprio il rispetto dei principi del Codice *privacy* il principale argine a un utilizzo pervasivo dei controlli sul

lavoro». Di conseguenza, anche dopo la riforma dell'art. 4 St. lav. rimangono fermi i limiti dei controlli effettuati dal datore di lavoro, i quali devono essere improntati, secondo il Garante, «a gradualità nell'ampiezza e nella tipologia con assoluta residualità dei controlli più invasivi, legittimati solo a fronte della rilevazione di specifiche anomalie e comunque all'esito dell'esperimento di misure preventive meno limitative dei diritti dei lavoratori». Tali linee interpretative, pertanto, si ritiene abbiano rilevanza anche sul piano probatorio in sede di applicazione del nuovo articolo 4 St. lav., c. 3: e su questo fronte è auspicabile che i giudici, chiamati a dare applicazione alla nuova norma, attuino un temperamento di interessi che presti particolare attenzione ai diritti del lavoratore e al contenimento del potere-dovere di controllo del datore di lavoro entro limiti ragionevoli.

6. Le conseguenze applicative. Le complicazioni processuali nell'attuazione del regime di ammissibilità.

Se l'illiceità della prova può emergere in diverse fasi della vita della prova, nelle ipotesi che abbiamo individuato in relazione all'art. 4 St. lav. novellato siamo di fronte a prove precostituite nonché a una illiceità che si è manifestata in un momento antecedente il processo, in quanto è illecito il modo in cui una delle parti è entrata in possesso della fonte di prova di cui successivamente si è avvalsa in giudizio. Va da sé che l'applicazione delle regole di esclusione dei mezzi istruttori per illiceità, anche a fronte dell'incertezza del dato normativo, può determinare un appesantimento complessivo delle attività di giudizio, in quanto è possibile che l'ammissibilità delle informazioni e dei dati rilevati con gli strumenti telematici o informatici sia oggetto di contestazione tra le parti. Poiché la contestazione circa la utilizzabilità delle prove determina la necessità che il giudice valuti la questione controversa per poter esprimere un giudizio in ordine alla ammissibilità, l'accertamento dei profili di illegittimità dell'acquisizione dei dati può richiedere una ampia attività di valutazione da parte del giudice investito dalla relativa eccezione.

Si segnala che sul fronte processuale l'elaborazione dottrinale talvolta ha prospettato una equiparazione tra il trattamento della prova illecita e quello della prova atipica, equiparazione funzionale al tentativo di "salvare" gli elementi probatori, in qualunque modo essi siano stati acquisiti, sul presupposto che tale materiale istruttorio non possa in alcun modo pregiudicare il principio del libero convincimento del giudice. Il risultato che si ottiene dall'esperimento del mezzo di prova, ammesso o assunto illegittimamente, non ha perciò valore di piena prova, ma rileva per il

comportamento delle parti, di cui il giudice terrà conto. In questo modo si ritengono ammissibili prove costituite o acquisite in modo irregolare ovvero illegittimamente, considerandole come elementi di prova atipici di cui il giudice deve tenerne conto in sede di decisione (63). In realtà, la dottrina più rigorosa ha chiarito che il tentativo di qualificare come atipica una prova illecita allo scopo aggirarne la illiceità per giustificarne l'ammissibilità è del tutto improprio (64). E' infatti corretto ritenere che il libero convincimento del giudice debba intendersi nel senso che il giudice è chiamato a valutare discrezionalmente le prove validamente ammesse ed acquisite, non le prove illecite, le quali, pertanto, non avrebbero di regola dovuto trovare spazio per via della loro irregolare formazione o assunzione.

Ad ogni modo la necessità del rispetto in sede processuale dei limiti derivanti dalla illiceità delle informazioni e dei dati raccolti mediante strumenti di controllo a distanza è molto importante e si auspica che, al riguardo, la giurisprudenza adotti una interpretazione ferma e coerente per due ordini di ragioni, una specifica e una di carattere più generale. Sotto il primo profilo, la tenuta processuale della regola di esclusione delle prove illecite è l'elemento che permette di mantenere intatti i limiti posti dalla norma, i quali, se così non fosse, potrebbero essere sistematicamente disattesi o elusi sulla base di una generalizzata "utilizzabilità" impropriamente ricavata dalle disposizioni riformate. Poiché si tratta di limiti che hanno una precisa portata nella prospettiva della tutela della dignità e del diritto alla *privacy*, è chiaro che il loro riflesso sul versante processuale è fondamentale per mantenere ferma la protezione dei diritti dei lavoratori. Inoltre, in linea più generale, va rilevato che la riforma dell'art. 4 St. lav. si iscrive un vasto movimento riformatore che è andato progressivamente assottigliando l'apparato di tutele, sostanziali e processuali, attribuite al lavoratore a tutto vantaggio della posizione del datore di lavoro. E' un dato ormai acquisito che la volontà del legislatore, da svariati anni a questa parte, abbia recepito le istanze economiche di matrice neo-liberista, rivolte verso una completa flessibilità dell'attività lavorativa, alla quale si accompagnano l'attenuazione delle tutele del posto di lavoro e un corrispondente ampliamento delle prerogative del datore di lavoro. Senza entrare nel merito di queste scelte di politica legislativa, alle quali sono affidate

(63) G.F. Ricci, *op. cit.*, p.1745 ss., ad esempio, ammette la possibilità che la prova illecita venga ugualmente utilizzata dal giudice, richiamando il principio del libero convincimento del giudice.

(64) Per tutti, M. Taruffo, *I fatti e le prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, Milano, 2012, § 8.2, il quale, sul punto, critica espressamente la posizione di G.F. Ricci di cui alla nota precedente.

le speranze politiche (fondate? Eccessive?) di una ripresa economica del Paese, la posizione del lavoratore, nel complesso, ha oggettivamente subito una notevole compressione. In questo quadro va da sé che la difesa dei limiti e dei vincoli che proteggono i diritti dei lavoratori, anche a livello processuale, assume una funzione pregnante e richiede grande attenzione da parte dei giudici.

Bibliografia

- Aimo M., *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003.
- Allen R.J. – Leiter B., *Naturalized Epistemology and the Law of Evidence*, in 87, *Virg. L. Rev.*, 2001, 1498.
- 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 questa *Rivista*, 2015, § 10.
- Assanti C. – Pera G., *Art. 4 (Impianti audiovisivi)*, in *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, a cura di Assanti C. – Pera G., Cedam, 1972.
- Bellavista A., *La Cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori*, in *RGL*, 2010, II, 462.
- Bellavista A., *La sorveglianza elettronica sui lavoratori e la disciplina della privacy informatica*, in *Vita not.*, 2002, 501.
- Bellavista A., *Sorveglianza, privacy e rapporto di lavoro*, in *Dir. Internet*, 2006, 437.
- Bellumat S., *Privacy e «controlli tecnologici» del lavoratore: tra «contrastisti» della giurisprudenza e «certezze» dell'autorità garante*, in *ADL*, 2009, p. 1217 ss.
- Besso C., *Illiceità della prova, segreto bancario e giusto processo*, in *Giur. it.*, 2015, I, 1617.
- Cairo L., *Il controllo a distanza dei lavoratori: precedenti della giurisprudenza di ieri decisi con le norme di oggi*, in questa *Rivista*, 2016.
- Carinci M.T., *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il "Jobs Act" (art. 23 D lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, in questa *Rivista*, 2016.
- Comoglio P., *Le prove civili*, Torino, 2010.
- D'Avirro A., *La prova nei rapporti tra giudizio penale e giudizio tributario, nel trattato La prova penale*, II, Torino, 2008, p. 711 ss.
- Del Conte M., *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, in *Dir. Informaz.*, 2007, 497.
- Erboli T., *Legittimità dei controlli difensivi e regime di utilizzabilità delle prove*, in *Argomenti dir. lav.*, 2012, 139.

- Gallo S., *Accessi domiciliari e inutilizzabilità delle prove illecite acquisite*, BT, 2006, 984.
- Giorgetti M.C., *Le tutele della privacy e i dati giudiziari*, in RDP, 2007, 325.
- Gragnoles E., *L'uso della posta elettronica sui luoghi di lavoro e la strategia di protezione elaborata dall'Autorità Garante*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, diretto da F. Galgano, a cura di Tullini P., Padova, 2010, 68.
- Graziosi A., *Usi e abusi di prove illecite e di prove atipiche nel processo civile*, in RTDPC, 2011, 693.
- Grevi V., *Le prove*, in Conso G. - Grevi V., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2010, 314.
- Grillo Pasquarelli F., *Grande fratello sul luogo di lavoro: il contrasto fra sezione penale e sezione civile della Corte di Cassazione*, in <http://www.questionegiustizia.it>, 2015, fasc. 4.
- Iaquinta F. – Ingraio A., *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, in DRI, 2014, 1027.
- Ichino P., *Il contratto di lavoro*, in Cicu A. e Messineo F. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 2003, 230.
- 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 (c.d. Jobs act)*, in CSDLE, It, n. 255/2015.
- Levi A., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Giappichelli, 2013.
- Lugaresi N., *Uso di Internet sul luogo di lavoro, controlli del datore di lavoro e riservatezza del lavoratori*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, diretto da Galgano F., a cura di Tullini P., Padova, 2010, 75 ss.;
- Marinello A., *"Lista Falciani": prove illegittime, scambio di informazioni e garanzie costituzionali*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2015, fasc. n. 4, 1317.
- Mattei A., *Controlli difensivi e tutela della riservatezza del lavoratore*, in RGL, 2013, I, 32.
- Milizia G., *Lecito licenziare chi usa gli account ed i mezzi di comunicazione aziendali per fini privati*, in <http://www.dirittoegiustizia.it/news/17/0000077078>.
- Minervini A., *I controlli sul lavoratore e la tutela dell'azienda*, in LG, 2014, 314.
- Miscione M., *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, in LG, 2013, 761.
- Trojsi A., *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2013.
- Paissan M., *E-mail e navigazione in Internet: le linee del Garante*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, diretto da Galgano F., a cura di Tullini P., Padova, 2010, 11.
- Perina L., *L'evoluzione della giurisprudenza e dei provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati*

C. GAMBA, *Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*

personali dei lavoratori subordinati, in RIDL, 2010, II, 327.

Porcaro G., *Profili ricostruttivi del fenomeno dell' (in)utilizzabilità degli elementi probatori illegittimamente raccolti. - La rilevanza anche tributaria delle (sole) prove "incostituzionali"*, in DPT, 2005, I, 15.

Ricci G.F., *Le prove illecite nel processo civile*, RTDPC, 1987, 1745.

Salimbeni M.T., *Il controllo a distanza sull'attività dei lavoratori: la sopravvivenza dell'art. 4 sugli impianti audiovisivi*, in DLM, 2010, 3, 587.

Santoni F., *La privacy nel rapporto di lavoro: dal diritto alla riservatezza alla tutela dei dati personali*, in *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, diretto da F. Galgano, a cura di Tullini P., Padova, 2010, 25 ss.

Secco M., *Il controllo del traffico telematico in azienda*, in <http://www.diritto.it/articoli/tecnologie/secco.html>

Taruffo M., *I fatti e le prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di Taruffo M., Milano, 2012.

Taruffo M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992.

Taruffo M., *La prova nel processo civile*, Milano, 2012.

Taruffo M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.

Tullini P. (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano F., Cedam, 2010.

Tullini P., *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in RIDL, 2009, I, 323.

Turchi A., *Legittimi gli accertamenti fiscali basati sulla lista Falciani*, in *Giur. it.*, 2015, I, 1614.

Vallauri M.L., *È davvero incontenibile la forma espansiva dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori?*, in RIDL, 2008, II, 718.

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, 485.