

LUISS GUIDO CARLI
LIBERA UNIVERSITA' INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A.A. 2012 -2013

TESI IN DIRITTO DEL LAVORO

IL POTERE DI CONTROLLO DEL DATORE DI LAVORO E LA
PRIVACY DEL LAVORATORE

RELATORE: Prof. Roberto Pessi

CANDIDATO: Andrea Ippoliti
MATR: 096013

CORRELATORE: Prof. Raffaele Fabozzi

Il potere di controllo del datore di lavoro e la privacy del lavoratore

Introduzione	5
--------------	---

Capitolo I

Poteri del datore di lavoro e diritto alla privacy

1.1 I poteri del datore di lavoro	8
1.1.1 <i>Il potere direttivo</i>	9
1.1.2 <i>Il potere disciplinare</i>	10
1.1.3 <i>Il potere di controllo</i>	14
1.2 Diritto di privacy	18
1.2.1 <i>Origine del diritto alla privacy e successiva evoluzione</i>	18
1.2.2 <i>Nuova sfida per il diritto alla privacy</i>	22
1.3 La privacy in azienda	23
1.3.1 <i>Fase preassuntiva</i>	25
1.3.2 <i>Limiti al diritto alla privacy</i>	27
1.4 Il potere di controllo e la privacy in altri ordinamenti	31
1.4.1 <i>USA</i>	31
1.4.2 <i>Regno Unito</i>	32
1.4.3 <i>Germania</i>	34
1.4.4 <i>Francia</i>	36

Capitolo II

Disciplina in materia di controllo dei lavoratori e privacy

2.1 La Costituzione	37
2.2 Lo Statuto dei lavoratori	43
2.3 Il Codice civile	52
2.4 Il Codice della Privacy	54
2.4.1 <i>Principi generali del codice della privacy</i>	55
2.4.2 <i>Titolo VIII - Lavoro e previdenza sociale</i>	56
2.5 Normativa dell' Unione Europea	60
2.5.1 <i>Direttive 2002/58, 2006/24, 2009/136, 2009/140</i> <i>(privacy e nuove tecnologie)</i>	62
2.6 Fonti di diritto nel pubblico impiego	64
2.6.1 <i>La Riforma Brunetta</i>	64
2.6.2 <i>Internet nella pubblica amministrazione: la direttiva 2/09</i>	65
2.7 Giurisprudenza	67

2.7.1 <i>Giudice ordinario e Garante per la protezione dei dati personali</i>	67
2.7.2 <i>Sentenze Corte di Cassazione n. 2722/2012 e n. 4375/2010</i>	73
2.8 Contrattazione collettiva	78

Capitolo III

Tipologie di controllo e soggetti

3.1 Premessa	81
3.2 Le guardie giurate	81
3.2.1 <i>Oggetto e limiti del controllo</i>	82
3.2.2 <i>Il patrimonio aziendale</i>	85
3.3 Personale adibito al controllo dei lavoratori	86
3.3.1 <i>Soggetti</i>	86
3.3.2 <i>Oggetto del controllo</i>	90
3.4 Le agenzie investigative	92
3.4.1 <i>Oggetto del controllo</i>	93
3.4.2 <i>Principi di proporzionalità e necessità</i>	96
3.5 I controlli occulti	98
3.6 I controlli difensivi	101
3.6.1 <i>Base giuridica del controllo difensivo e coordinamento con art. 4 c.2 legge 300/70</i>	102
3.7 I controlli a distanza	106
3.7.1 <i>Finalità della normativa e concetto di distanza</i>	106
3.7.2 <i>Organizzazione sindacale ed Ispettorato del lavoro</i>	108
3.7.3 <i>Profilo sanzionatorio</i>	110
3.8 Monitoraggio dei risultati	112
3.8.1 <i>Pubblico impiego</i>	113
3.9 Controlli sanitari	116
3.9.1 <i>Finalità della normativa</i>	116
3.9.2 <i>Poteri del datore di lavoro e doveri del lavoratore</i>	117
3.9.3 <i>Fase preassuntiva</i>	119
3.10 Visite personali di controllo	121
3.11 Indagini sulle opinioni	124
3.11.1 <i>Organizzazioni di tendenza</i>	125
3.11.2 <i>Fase preassuntiva</i>	126

Capitolo IV

Nuove tecnologie e controllo dei lavoratori

4.1 Premessa	129
4.2 La posta elettronica	132

4.2.1	<i>Funzionamento della posta elettronica</i>	132
4.2.2	<i>Data Protection Working Party</i>	135
4.2.3	<i>Linee guida del Garante per la protezione dei dati personali e policy aziendale</i>	137
4.2.4	<i>Controllo a distanza e divieto delle indagini delle opinioni</i>	139
4.2.5	<i>Bilanciamento della riservatezza del lavoratore con interesse al controllo del datore di lavoro</i>	141
4.2.6	<i>Casella aziendale di posta elettronica in USA e Regno Unito</i>	144
4.3	Accessi ad internet	146
4.3.1	<i>Prevenzione dell'uso scorretto di internet</i>	149
4.3.2	<i>Social network</i>	151
4.4	Biometria	154
4.4.1	<i>Sistemi biometrici e dati sensibili</i>	154
4.4.2	<i>Biometria in azienda</i>	158
4.5	Gps	160
4.6	Telefono cellulare e smartphone	164
4.6.1	<i>Uso promiscuo del telefono aziendale</i>	165
4.6.2	<i>Controllo delle telefono per la valutazione del livello qualitativo delle prestazioni dei lavoratori - Call center</i>	166
4.7	RFID	169
4.8	Badge	172
4.8.1	<i>Condotte illecite</i>	175
4.9	Computer forensics	177
4.9.1	<i>Computer forensics aziendale</i>	179
Conclusioni		182
Bibliografia		185

Introduzione

L'interesse del datore di lavoro al controllo dei propri dipendenti e la pretesa di privacy da parte dei lavoratori è uno dei tanti conflitti tra interessi all'interno del mondo lavorativo. Non si può, infatti, riconoscere tutela soltanto ad uno di essi poiché entrambi hanno una base giuridica all'interno della stessa Costituzione. Il compito degli operatori giuridici e del diritto più generale è trovare un componimento, un giusto bilanciamento tra i differenti interessi, facendo prevalere, a seconda delle circostanze, l'uno piuttosto che l'altro. Nella società moderna, anche detta società dell'informazione, il diritto alla privacy sta assumendo un'accezione ed una rilevanza diversa rispetto al passato. L'azienda ed il mondo lavorativo non fanno eccezione, tendendo a dare maggior peso, rispetto al passato, alla pretesa di riservatezza da parte dei lavoratori. Il contemperamento dei diversi interessi in azienda in tema di privacy è un problema diffuso anche in altri Paesi dove si è cercato di risolvere con diversi approcci.

Nell'ordinamento giuridico italiano però, il tema della privacy sul luogo di lavoro non è nuovo, infatti, già nel 1970 con diverse norme contenute nella legge 300/70 (Statuto dei lavoratori), il legislatore italiano ha cercato di risolvere la questione offrendo un quadro di riferimento per la vigilanza in azienda, al quale si aggiunge anche la normativa di origine dell'Unione Europea per la privacy contenuta oggi nel d.lgs. 196/03 (codice della privacy). A tale normativa si aggiunge anche l'opera interpretativa della giurisprudenza che cerca di ridefinire il contenuto del diritto alla privacy ed adattarlo alle nuove forme di controllo.

Il datore di lavoro per il controllo dei propri dipendenti naturalmente deve avvalersi dell'opera di altri soggetti essendo impossibile immaginare un controllo diretto ad opera del solo imprenditore. Dal momento che il controllo investe e comprime un diritto meritevole di particolare tutela come la riservatezza dei lavoratori, i soggetti che possono esercitare il controllo in

azienda sono tipizzati dal legislatore (guardie giurate, personale di vigilanza) o, come accade per gli investigatori privati dalla giurisprudenza. La dottrina ha individuato per facilità di studio e sistematica diverse categorie di controlli del datore di lavoro alle quali si applica una disciplina diversa in ragione della loro peculiarità: controllo occulto, difensivo, a distanza, dei risultati, sanitari, delle opinioni.

In quest'opera però l'attenzione è stata posta principalmente sulle prospettive del diritto di privacy in azienda, in particolare come esso interagisce con le nuove tecnologie che grazie al progresso tecnico oggi sono presenti in ogni luogo lavorativo. La sfida del futuro in tema di privacy sul luogo di lavoro ed al di fuori di esso, è riuscire a salvaguardare la riservatezza dei lavoratori anche in presenza di dispositivi tecnologici che hanno delle potenzialità d'intromissione nella sfera privata dei lavoratori molto più elevate dei classici sistemi di videosorveglianza che fino agli anni Novanta erano il principale, se non l'unico strumento di controllo offerto dalla tecnica. La tecnologia informatica, in particolare grazie ad internet, ha permesso l'azzeramento delle distanze e moltiplicato "gli occhi" del datore di lavoro, rendendo possibile almeno a livello teorico il controllo simultaneo di moltissimi lavoratori che svolgono le loro prestazioni avvalendosi di strumenti elettronici. Sebbene internet, posta elettronica e computer più in generale siano la manifestazione maggiore dello sviluppo tecnologico, sarebbe riduttivo limitarsi ad essi nell'analisi delle nuove tecnologie d'impiego aziendale. Vi sono infatti nuovi strumenti tecnologici, sconosciuti ancora ai più, che in ragione della loro portata innovativa possono essere particolarmente lesivi della sfera privata dei lavoratori, i quali si trovano impreparati davanti ad essi. Basti pensare a dispositivi GPS, RFID che permettono di controllare spostamenti ed accessi, acquisendo una mole notevole di dati personali dei lavoratori.

Il nodo centrale è capire quindi se norme anche risalenti nel tempo come quelle contenute nello Statuto dei lavoratori, nate in un contesto sociale e tecnologico diverso, riescano ancora oggi ad assicurare adeguate tutele alla

riservatezza dei lavoratori, o se invece sia necessario un nuovo quadro normativo di riferimento che meglio si presti alle peculiarità del controllo attraverso le nuove tecnologie; valutando inoltre se nuovi strumenti giuridici anche soltanto a livello aziendale, possano facilitare il bilanciamento degli interessi delle diverse parti coinvolte.

Capitolo I

Poteri del datore di lavoro e diritto alla privacy

1.1 I poteri del datore di lavoro

Il diritto del lavoro è una branca del diritto particolare, caratterizzata non soltanto dall'area giuridica di riferimento, ma anche dalla sua peculiare finalità: regola le vicende giuslavoriste, cercando un riequilibrio tra la supremazia del datore di lavoro e i lavoratori, ad esempio apprestando verso questi ultimi delle tutele che bilanciano i poteri imprenditoriali. I poteri del datore di lavoro sono la manifestazione della diversità della posizione tra le parti; si esercitano in maniera discrezionale, in ragione dell'interesse dell'impresa, che in passato era visto come prevalente rispetto ai diritti dei lavoratori, persino rispetto alla loro dignità¹. Col passare del tempo, però, c'è stata un'evoluzione del diritto del lavoro; in particolare con la legge 300/70 (Statuto dei lavoratori), tali poteri sono stati rimodulati² e ridefiniti nei contenuti.

Nelle fasi iniziali dello sviluppo del diritto del lavoro, nell'ordinamento italiano vi era molta distanza tra le posizioni dei datori di lavoro e dei lavoratori. Agli inizi del Novecento, infatti, in seguito allo spostamento di grandi masse verso le città per la ricerca di un posto di lavoro nelle fabbriche, vi era una grande disponibilità di manodopera a basso costo, che non lasciava spazio alla garanzia di diritti e tutele per i prestatori di lavoro. La struttura fortemente gerarchica dell'impresa, con la sottomissione del lavoratore agli ordini del datore a fronte di un corrispettivo, rendeva i prestatori di lavoro dei normali fattori di produzione alla stregua di materie prime e capitali, avendo essi molti obblighi e doveri verso l'imprenditore e pochissimi diritti. In

¹ Durante il periodo corporativo, i diritti e la dignità del lavoratore erano posti ancora su un piano più basso, in quanto oltre alla soggezione ai poteri del datore di lavoro, si doveva tenere in considerazione l'interesse superiore alla nazione, verso il quale i poteri e l'interesse dell'imprenditore recedevano.

² Procedimentalizzazione dei poteri dell'imprenditore, ad esempio attraverso espletamento di procedure amministrative o consultazioni sindacali.

seguito, tanto l'aumento della consapevolezza dei lavoratori e del sindacato, quanto lo sviluppo economico in Italia, hanno permesso la nascita del diritto del lavoro moderno nel nostro ordinamento, a garanzia dei diritti dei lavoratori, limitando anzitutto, i poteri del datore di lavoro³.

La dottrina ha da sempre individuato tre poteri in capo al datore di lavoro: direttivo, di controllo e disciplinare; la manifestazione di questi poteri viene utilizzata anche in sede giudiziaria come indici di empirici, per determinare se un certo rapporto di lavoro è da inquadrarsi come rapporto autonomo o subordinato. Infatti, solo quest'ultimo è caratterizzato dallo squilibrio tra le parti, tale da giustificare l'esistenza di questi poteri. Un primo riferimento normativo s'individua nell'art. 2094 c.c., che per la definizione del prestatore di lavoro subordinato utilizza i concetti di direzione e dipendenza. " è prestatore di lavoro subordinato chi... prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore".

1.1.1 Il potere direttivo

Il potere direttivo in quanto tale, trova però particolare fondamento nell'art. 2104 c.2 c.c.⁴. Esso prevede l'assoggettamento, del lavoratore, alla direzione del datore di lavoro e dei suoi collaboratori, che attraverso tale potere specificano l'oggetto dell'obbligazione lavorativa, stabilendo modi e tempi di come questa debba essere adempiuta⁵. "L'essenza" del rapporto di lavoro subordinato è la volontaria sottoposizione del lavoratore alle decisioni e direttive del datore di lavoro a fronte della retribuzione, intesa come corrispettivo del lavoro prestato alle proprie dipendenze.

Sebbene questo potere del datore di lavoro sia stato limitato rispetto al passato da normative sempre più garantiste nei confronti dei lavoratori, alcuni aspetti dello stesso sono sottratti al controllo giudiziario; il potere direttivo, infatti,

³ Tale momento si fa risalire all'emanazione della legge 15 Luglio 1966 n. 604 limitativa dei licenziamenti, e della legge 300/1970 meglio conosciuta come lo Statuto dei Lavoratori.

⁴ Art. 2104 c.2 c.c.: "Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende"

⁵ R. PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, 2008, p. 260.

non può essere valutato nel merito in sede giudiziale⁶ quando esprime valutazioni del datore di lavoro compiute nell'esercizio dell'attività imprenditoriale. In caso contrario, si chiederebbe al giudice di sostituirsi all'imprenditore nelle valutazioni di opportunità, gestendo e rischiando un patrimonio altrui⁷ (dell'imprenditore appunto), ipotesi questa inammissibile. Il giudice, invece, può verificare se il datore di lavoro ha esercitato il potere direttivo-organizzativo nel rispetto delle disposizioni di legge o altre norme vincolanti, dichiarando ad esempio illegittimo un demansionamento, in contrasto con l'art. 2103 c.c.. In conclusione, il provvedimento legittimo non è soltanto quello opportuno⁸ ed il giudice non può sostituirsi al potere dell'imprenditore nelle sue valutazioni di merito.

Uno strumento di contemperamento degli interessi lavoratori-datore è la procedimentalizzazione dei poteri del datore di lavoro. In alcuni casi, infatti (licenziamenti collettivi, trasferimento d'azienda), vi è l'obbligo del datore di lavoro di consultazione della parte sindacale. L'organizzazione sindacale coinvolta nella mediazione, però, non può vincolare la volontà del datore di lavoro, che a seguito dell'incontro resta comunque libero di discostarsi dalle loro indicazioni, decidendo in maniera autonoma nel pieno del suo potere imprenditoriale; da precisare però che uno scostamento notevole dalle organizzazioni sindacali può rendere difficili lo svolgimento delle future relazioni industriali. Il compito della procedimentalizzazione del potere datoriale è oggi generalmente rimesso alla dimensione aziendale. Infatti, è attraverso l'accordo aziendale cosiddetto gestionale, che intervengono a regolare materie, come anticipato pocanzi, dove il datore di lavoro avrebbe comunque il potere unilaterale di decisione⁹.

1.1.2 Il potere disciplinare

⁶ OPPO, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.* 2001, pp. 421 ss.

⁷ G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Torino, 2008.

⁸ E. GRAGNOLI, *Considerazioni preliminari sui poteri del datore di lavoro e sul loro fondamento*, in *Riv. giur. del lavoro e della previdenza sociale*, 2011, fasc. 2 pt. 1.

⁹ F. D'ONOFRIO, *Il contratto aziendale*, in <http://www.4ensicmag.com>, 2010.

L'evoluzione del diritto del lavoro però ha inciso in maniera più evidente sul potere disciplinare e su quello di controllo. Il potere sanzionatorio, in particolare, in passato era esercitabile quasi senza limiti, permettendo così al datore di lavoro di esercitare una forma di giustizia privata, che nel nostro ordinamento ha carattere di eccezionalità, essendo l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni fattispecie penalmente sanzionata¹⁰. A dire il vero, nell'ordinamento italiano esistono anche altre sanzioni private di carattere afflittivo, come le penali applicabili in caso d'inadempimento contrattuale. Sebbene si tratti di pene concordate tra le parti e non come accade nel rapporto di lavoro, irrogate unilateralmente. Il legislatore con la previsione dell'art. 2106 c.c.¹¹ (che permette al datore di lavoro di irrogare sanzioni disciplinare), ha fornito agli imprenditori-datori di lavoro uno strumento in grado di reprimere immediatamente le condotte illecite del lavoratore, conscio che altrimenti la tutela giurisdizionale nelle dinamiche aziendali non avrebbe potuto agire prontamente, in quanto troppo formale e lenta per giungere ad una conclusione, che una volta maturata sarebbe stata inutile, decorso troppo tempo dalla realizzazione del fatto storico da sanzionare. Il datore di lavoro può esercitare il potere sanzionatorio, in caso di violazione degli obblighi contrattuali o legislativi che il lavoratore è tenuto a rispettare, come la diligenza nell'adempimento della prestazione e l'obbligo di fedeltà verso l'imprenditore.

Il potere direttivo e quello sanzionatorio sono strettamente collegati, essendo la sanzione il riflesso della subordinazione in relazione all'inadempimento¹². Il diritto del lavoro per cercare di equilibrare meglio la posizione del datore e quella del lavoratore, mirando anche a salvaguardare la dignità del lavoratore, ha procedimentalizzato anche l'esercizio del potere sanzionatorio attraverso

¹⁰ Art. 392 c.p.: "Chiunque, al fine di esercitare un preteso diritto, potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da sé medesimo, mediante violenza sulle cose, è punito a querela della persona, con la multa fino a euro 516..."

¹¹ Art. 2106 c.c.: "L'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione".

¹² R.PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, op. cit.

l'art. 7 della legge 300/70¹³. Innanzitutto viene previsto l'obbligo di portare a conoscenza dei lavoratori, mediante affissione in luoghi liberamente accessibili a tutti, un codice disciplinare contenente le infrazioni e relative sanzioni e le procedure di contestazione delle stesse. In linea di massima la sanzione dovrebbe avere soltanto carattere conservativo (rimprovero scritto, verbale, la multa, la sospensione dal servizio e dalla retribuzione, anche se tali sanzioni non costituiscono un numero chiuso potendo esserne previste di nuove dalla contrattazione collettiva¹⁴), in modo tale da non compromettere la prosecuzione del rapporto di lavoro, ma in via interpretativa la Corte Costituzionale¹⁵ ha introdotto anche la cosiddetta sanzione disciplinare espulsiva, nei casi particolarmente gravi di inadempimento o di condotte illecite reiterate verso le quali evidentemente non sono state sufficienti precedenti sanzioni.

Le garanzie dell'art. 7 vanno quindi applicate anche all'ipotesi di licenziamento disciplinare per consentire al lavoratore di far valere le sue ragioni davanti alla possibile estinzione del rapporto di lavoro addebitabile ad una sua inadempienza. Riguardo il licenziamento disciplinare del dirigente però vi sono stati problemi applicativi dell'indicazioni data dalla Corte Costituzionale tanto che la Corte di Cassazione¹⁶ riteneva la procedura dell'art. 7 SL applicabile soltanto per i dirigenti non apicali, rapporto fiduciario e collaborativo di tali lavoratori prevalessse sulla subordinazione e quindi mal si

¹³ L'innovazione dello Statuto dei lavoratori è stata proprio quella di limitare i poteri del datore di lavoro, non vietandoli in assoluto, bensì procedimentalizzandoli e permettendo di esercitarli nel rispetto del principio di proporzionalità, cercando di coinvolgere le rappresentanze sindacali nel loro esercizio, quando necessario.

¹⁴ G. AMOROSO, *Art. 7*, in G. AMOROSO - V. DI CERBO - A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, vol. II, Milano, 2009, 154.

Corte Costituzionale sent. n. 204 del 30 Novembre 1982.

¹⁶Cass. 6041/95 : "Il licenziamento 'ad nutum' è applicabile solo al dirigente in posizione verticistica, che, nell'ambito dell'azienda, sia caratterizzato dall'ampiezza del potere gestorio, tanto da poter essere definito un vero e proprio 'alter ego' dell'imprenditore, in quanto preposto all'intera azienda o a un ramo o servizio di particolare rilevanza, in posizione di sostanziale autonomia, tale da influenzare l'andamento e le scelte dell'attività aziendale, sia al suo interno che nei rapporti con i terzi. Sussistono invece le garanzie di stabilità reale del rapporto – di cui alla l. n. 604/66 e alla l. n.300/70, artt.7 e 18 – per la risoluzione del rapporto dei c.d. pseudo dirigenti o dirigenti meramente convenzionali, cui sono riconducibili (anche) gli appartenenti alla media e bassa dirigenza". In tal senso anche Cass. n. 12571/99, Cass. n. 5526/2003, Cass. n. 8486/2003, Cass. n.15351/2004, Cass. n. 21673/2005.

conciliasse con il potere disciplinare. La Corte di Cassazione però recentemente, con la sentenza S.U. del 30 Marzo 2007 n. 7880¹⁷, ha riformato il suo precedente orientamento riconducendo ad unità la disciplina applicabile in caso di licenziamento del dirigente (indipendentemente se dirigente apicale, medi e minori)¹⁸ sancendo "la generalizzata ed uniforme applicabilità del principio di civiltà giuridica del diritto al contraddittorio, ex art. 7 l. n. 300/70, per la risoluzione del rapporto ad iniziativa aziendale"¹⁹.

Quindi è generalizzato anche all'interno dell'azienda il principio del contraddittorio, infatti, il datore di lavoro che prima poteva irrogare direttamente la sanzione disciplinare a seguito dell'infrazione, dovrà contestare l'addebito al lavoratore, affinché questo possa difendersi con una delle tre differenti azioni per impugnare la sanzione disciplinare.

La prima azione è solo eventuale, poiché si affida all'autonomia collettiva la previsione di procedure arbitrali, che potrebbero non essere stabilite da contratto collettivo rimanendo così al lavoratore le altre due azioni. In ogni caso, infatti, il lavoratore al quale sia stata applicata una sanzione disciplinare può promuovere nei venti giorni successivi, tramite l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, la costituzione di un collegio di

¹⁷ "Se il tratto caratterizzante dell'articolo 7 stat. lav. va individuato, come emerge, dunque, dai ricordati interventi della Corte Costituzionale, nell'esigenza di garantire ad ogni lavoratore - nel momento in cui gli si addebitano condotte con finalità sanzionatorie - il diritto di difesa, e se non è, come si è visto, di certo estranea alla ratio della norma in esame l'intento di tutelare la "persona" del lavoratore nella professionalità, nel decoro e nella sua stessa immagine, tutto ciò attesta che non risponde a consequenzialità logica una lettura restrittiva del dato normativo che finisca per penalizzare i dirigenti, i quali - specialmente se con posizioni di vertice e se dotati di più incisiva autonomia funzionale - possono subire danni, con conseguenze irreversibili per la loro futura collocazione nel mercato del lavoro, da un licenziamento, che non consentendo loro una efficace e tempestiva difesa, può lasciare ingiuste aree di dubbio sulla trasparenza del comportamento tenuto e sulla capacità di assolvere a quei compiti di responsabilità correlati alla natura collaborativa e fiduciaria caratterizzante il rapporto lavorativo". La Corte afferma inoltre che tale contraddittorio dovrà instaurarsi "sia se il datore di lavoro addebiti al dirigente stesso un comportamento negligente (o in senso lato colpevole) sia se a base del detto recesso ponga, comunque, condotte suscettibili di farne venir meno la fiducia".

¹⁸ I dirigenti di diverso livello hanno trattamenti differenziati soltanto in base alla disciplina collettiva che regola generalmente anche l'ipotesi di recesso, inoltre in caso di inosservanza delle procedure previste dall'art. 7 SL, le conseguenze sono quelle previste dai contratti collettivi per il caso di licenziamento ingiustificato, quindi solo di tipo economico escludendo la reintegrazione.

¹⁹ M. MEUCCI, *Ricondotta ad unità la disciplina del licenziamento del dirigente, Nota a Corte di Cassazione - Sezioni Unite Civili, Sentenza 30 marzo 2007, n. 7880*, in <http://www.altalex.com>.

conciliazione ed arbitrato, composto da un rappresentante di ciascuna delle parti più un terzo scelto congiuntamente. Da quanto appena esposto è d'immediata percezione come il legislatore abbia dato ampia possibilità al lavoratore di far valere le proprie ragioni. Pertanto, per quanto riguarda anche il potere sanzionatorio non si può certo più parlarsi di un potere incondizionato, bensì di un potere che segue norme precise, anche nel rispetto anche della persona-lavoratore. Inoltre il lavoratore, laddove non si ritenga tutelato dalle procedure sopraelencate, ha la possibilità di impugnare la sanzione disciplinare con un ricorso al giudice del lavoro. Nel giudizio sulla legittimità della sanzione, il giudice dovrà principalmente constatare se il datore di lavoro ha rispettato l'iter procedimentale richiesto per il corretto esercizio del potere, mentre per quanto riguarda la tipologia delle sanzioni, se quest'ultime sono contenute all'interno del codice disciplinare noto ai lavoratori e contestate al lavoratore immediatamente, l'unico motivo d'impugnazione che può essere mosso, è riguardo la proporzionalità della sanzione stessa rispetto al fatto.

1.1.3 Il potere di controllo

Il datore di lavoro esercita nei confronti dei lavoratori anche il potere di vigilanza e controllo nell'esecuzione della prestazione lavorativa; questo potere è la naturale prosecuzione del potere direttivo, giacché consente di verificare il rispetto delle indicazioni date ai lavoratori nello svolgimento delle loro mansioni ed è presupposto necessario per il corretto esercizio del potere sanzionatorio, poiché solo a seguito della verifica di un'infrazione presente nel codice disciplinare il datore di lavoro può attivarsi per irrogare la sanzione. Anche in tema di potere di controllo le norme di riferimento sono state emanate con lo Statuto dei lavoratori che, in particolare nei suoi primi articoli delinea i confini di tale potere, regolamentando ad esempio l'operato di guardie giurate, del personale di vigilanza o dei controlli a distanza. L'analisi nel dettaglio del potere di controllo sarà trattata nel prosieguo dell'elaborato.

Anche le nuove tecnologie, come si potrà osservare nell'ultimo capitolo, hanno un ruolo fondamentale nella rimodulazione dei poteri del datore di lavoro che si trova a dover affrontare con vecchi strumenti nuove problematiche; ad esempio "il divieto di lettura e registrazione sistematica delle mail così come del monitoraggio sistematico delle pagine web visualizzate dal lavoratore imposto ora dal Garante, configura un inedito limite ai poteri organizzativo²⁰, di controllo e disciplinare del datore di lavoro, previsti in linea generale dall'art. 41 Cost. e specificati dagli art. 2086, 2094, 2104 e 2106 cod. civ."²¹. Le nuove tecnologie, inoltre, hanno offerto nuovi mezzi per lo svolgimento del proprio lavoro; soltanto l'invenzione di internet ha stravolto il concetto di luogo di lavoro rendendo possibile, attraverso l'accesso alla rete, l'adempimento della prestazione lavorativa dal pc domestico, che si collega con la rete aziendale del datore di lavoro o con altri dispositivi prestabiliti. Tra le nuove forme di lavoro più importanti vi è certamente il telelavoro²², una forma di organizzazione e svolgimento della prestazione lavorativa, che attraverso tecnologie dell'informazione permette di svolgere l'attività, che potrebbe essere compiuta nei locali aziendali, anche al di fuori di essi. La disciplina del telelavoro nell'ordinamento italiano non è contenuta in un atto normativo, ma in un Accordo Interconfederale²³, che fa rientrare questa forma di lavoro all'interno del lavoro di tipo subordinato, con la conseguenza che il datore di lavoro dovrebbe poter esercitare gli stessi suoi poteri su questi lavoratori come per quelli che svolgono la prestazione nei locali aziendali²⁴. L'esercizio del potere di controllo però deve essere ridefinito alla luce della

²⁰ Aspetto riferibile al più generale potere direttivo.

²¹ M. DEL CONTE, *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, fasc. 3.

²² Il telelavoro nasce negli Stati Uniti negli anni Settanta col progetto "Alternative Work Arrangement" che per la prima volta permetteva a delle persone di svolgere la prestazione lavorativa da casa; lo sviluppo definitivo però avviene con l'ingresso nelle case dei computer, ma soprattutto con la nascita di internet e la sua progressiva diffusione.

²³ Nell'ordinamento italiano nel settore privato i principi generali in tema di telelavoro sono dettati dall' Accordo Interconfederale del 9 Luglio 2004, che sebbene non ha efficacia vincolante generalizzata, non ha reso necessario finora un intervento del legislatore. Nel settore pubblico invece, il contratto di telelavoro è disciplinato dal D.P.R. 70 del 1999.

²⁴ L. BATTISTA, *Telelavoro: quale subordinazione? Riflessioni minime sul potere di controllo*, in *Giust. Civ.*, 1998.

particolarità della forma contrattuale, poiché gli strumenti tradizionali di controllo, considerata la distanza spaziale, non si prestano allo scopo. Un progetto di legge presentato al Senato il 21 Gennaio 1999 cercava di tracciare le linee guida per la materia seppure con qualche contraddizione: "il divieto di cui all'art. 4 della legge 20 Maggio 1970 n. 300, non si applica al controllo a distanza sull'attività del telelavoratore, quando il controllo risulta coesistente oppure indispensabile per il controllo da parte del datore di lavoro [...] fatta salva la deroga di cui al comma precedente al telelavoratore si applicano per il resto, le disposizioni dell'art. 4 della legge 20 Maggio 1970 n. 300". Al di là di questo progetto non vi sono dati normativi che indichino la disciplina del controllo datoriale sul telelavoro. Molti contratti collettivi escludono il telelavoro possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 4 SL, poiché in tale forma di lavoro il controllo a distanza è indispensabile e l'unica forma di monitoraggio idonea, anche se il datore di lavoro ha l'obbligo di offrire un'adeguata informativa ai lavoratori delle modalità in cui il controllo sarà svolto. In assenza di disposizioni normative e regolamentazione collettiva in materia, che fissino con certezza i limiti del controllo a distanza per il telelavoro, il datore di lavoro può ricorrere ad un controllo indiretto sulla prestazione lavorativa, predeterminando il numero di giornate lavorative necessarie per un certo oggetto, e verificando ex post che il lavoratore lo abbia realizzato nel tempo prestabilito. Il controllo è spostato dallo svolgimento della prestazione ai risultati, agli obiettivi da raggiungere. Non è configurabile neanche un controllo sulle ore lavorative effettuate, lasciando ampia discrezionalità al lavoratore, salvo che esigenze aziendali (clientela, o coordinamento con altri lavoratori) richiedano che il lavoratore sia al terminale ad un certo orario determinato²⁵.

In conclusione, riguardo al lavoro subordinato, si può sostenere che il sistema generale prevede come limitazione dei poteri datoriali: la tipizzazione degli

²⁵ In questi casi la raccolta dei dati necessari al controllo del rispetto dell'orario di lavoro non costituisce violazione del divieto dei controlli a distanza in quanto sono richiesti da esigenze organizzative e produttive.

atti e la procedimentalizzazione delle attività espressione dei poteri; la non discriminazione dei lavoratori ai sensi dell'art. 15 SL; rispetto di principi di buona fede e correttezza; ausilio della parte sindacale, anche in ragione di maggior trasparenza verso i lavoratori per favorire un sereno clima aziendale. Naturalmente il datore di lavoro è il titolare del potere direttivo, di controllo e disciplinare, ma può anche delegarlo ad altri soggetti, essendo impossibile in grandi realtà aziendali, la sua presenza fisica e continua sul luogo di lavoro del datore di lavoro. I collaboratori del datore di lavoro, esercitano lo stesso potere del datore di lavoro (la cui titolarità rimane a quest'ultimo), attraverso istituti quali la delega di funzioni o norme come l'art. 3 SL che permettono appunto ai preposti di svolgere compiti che richiedono anche l'esercizio di quel potere datoriale.

In sostanza ai quasi illimitati diritti del datore di lavoro verso i prestatori di lavoro esercitabili attraverso i poteri giuridici sopraelencati, si è passati ad una parallela affermazione di numerosi obblighi del datore di lavoro nei confronti dei lavoratori medesimi, finalizzati a riequilibrare le posizioni delle parti del rapporto di lavoro e garantire anche il rispetto dei diritti dei lavoratori come persone. Infatti ad esempio, ai risalenti obblighi di salute e sicurezza sul luogo di lavoro, di tutela assicurativa e previdenziale, si è affiancato, il nuovo diritto alla privacy del lavoratore, un diritto ancora recente nel nostro ordinamento proveniente almeno dal punto di vista della teorizzazione dagli ordinamenti anglosassoni ed introdotto in Italia da norme di recepimento di direttive comunitarie²⁶.

Il potere di controllo del datore di lavoro risulta fortemente limitato da questo nuovo diritto, che impedisce l'intromissione nella sfera privata del lavoratore; l'affermarsi della privacy anche in azienda ha sancito l'insolubile scontro tra diritto alla riservatezza del lavoratore, e interesse del datore di lavoro, a conoscere ogni fatto e tenere sotto controllo continuamente i lavoratori, per

²⁶ Direttiva 95/46 CE recepita dalla legge 31/12/1996 n. 675, oggi d.lgs. 196/03.

accertarsi che adempiano correttamente e con la dovuta diligenza le loro prestazioni lavorative.

1.2 Diritto di privacy

Il diritto alla privacy nel nostro ordinamento, è un diritto relativamente nuovo, che è stato disciplinato in maniera specifica da metà degli anni novanta. Nell'ordinamento italiano, come anche in molti altri sistemi giuridici, manca una definizione normativa del diritto alla privacy, sul quale invece la dottrina, assieme al Garante, ha svolto un lavoro interpretativo incessante per definirne i contenuti²⁷ e le possibili interazioni con altri diritti. "Vista l'assenza, nel nostro ordinamento di una norma generale e astratta a definizione e tutela di tale diritto, il problema principale è stato quello di trovare un "appiglio" normativo dal quale far derivare la tutela generale dell'interesse alla riservatezza. Ecco che il fondamento della tutela del diritto alla privacy è stato rinvenuto negli articoli 13 e 3 della Costituzione"²⁸.

1.2.1 Origini del diritto alla privacy e successiva evoluzione

Il diritto alla privacy però, sebbene almeno in Italia sia un diritto che si è sviluppato negli ultimi anni, ha origini molto risalenti. Alcuni autori²⁹, fanno risalire il primordio del diritto alla privacy agli antichi greci, i quali ritenevano fosse un dovere per i cittadini maschi partecipare alla vita pubblica, ma allo

²⁷ Alan Westin, professore presso la Columbia University, da molti considerato il massimo esperto di privacy a livello internazionale, definisce così in *Privacy and Freedom*, il diritto alla privacy: "Privacy is the rightful claim of the individual to determine the extent to which he wishes to share of himself with others and his control over the time, place, and circumstances to communicate to others. It means his right to withdraw or to participate as he sees fit. It is also the individual's right to control dissemination of information about himself; it is his own personal possession. Privacy is synonymous with the right to be let alone. Privacy has also been defined as a "zero-relationship" between two or more persons in the sense that there is no interaction or communication between them, if they so choose. But man lives in community of others, and he also has the need to participate and communicate. When this double-faceted aspect of privacy is coupled with the recognized power of government to function for the public good, there is ample reason for much of the recent concern about invasions and intrusions into individual privacy." Questa definizione data l'importanza del sistema giuridico americano in tema di privacy è importante anche nell'ordinamento italiano, al fine di indirizzare in un certo senso l'attività interpretativa degli operatori giuridici.

²⁸ F. FABRIS, *Il diritto alla privacy tra passato, presente e futuro*, in *Rivista di scienze della comunicazione*, 2009 n. 2.

²⁹ S.NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006.

stesso tempo riconoscevano la necessità per ognuno di avere una sfera privata dove l'individuo potesse rifugiarsi, anche se assai limitata. A parte questo concetto "primordiale" di privacy, gli ordinamenti anglosassoni hanno affrontato il tema della riservatezza personale in un periodo molto anteriore, rispetto all'ordinamento italiano ed ai sistemi di civil law, più in generale. Già nel lontano 1776 Lord Catham, in un discorso nel Parlamento inglese, pronunciò l'espressione: "every man's home is his castle", efficace metafora per sottolineare come la riservatezza della propria vita privata è diritto fondamentale della persona umana e può essere opposta alla Corona stessa.

La nascita del diritto alla privacy però tradizionalmente si fa risalire ad una vicenda di fine Ottocento negli Stati Uniti d'America: una signora molto conosciuta nei salotti di Boston, veniva da tempo presa di mira dalle cronache mondane, con grande fastidio del marito, avvocato Warren, che intendeva la vita privata come un recinto invalicabile. Warren colse l'occasione da questa vicenda per affermare definitivamente l'esistenza di un diritto alla riservatezza delle persone, un diritto ad essere lasciato solo ed impedire a terzi di intromettersi in fatti altrui, laddove non d'interesse generale. Così l'avvocato Warren, ed il suo amico Brandeis, poi giudice della Corte Suprema, scrissero il celebre articolo "The right to privacy", pubblicato sulla "Harvard Law Review" nel 1890, considerato ancora oggi il punto di partenza della teorizzazione del diritto alla privacy. Per affermare il diritto alla privacy, come diritto già esistente all'interno dell'ordinamento statunitense, i due giuristi ricorsero al paragone con il diritto alla proprietà intellettuale anch'esso avente ad oggetto non beni materiali, bensì immagini, pensieri. Warren e Brandeis ritennero fondamentale, nel passaggio dalla tutela del diritto alla proprietà intellettuale (di carattere patrimoniale) a quella della riservatezza della vita privata della persona, l'intervento dell'interpretazione evolutiva della Corte Suprema, nel rispetto dei valori costituzionali.

Non è un caso, che il diritto alla privacy sia "nato" negli Stati Uniti di fine '800, infatti, in quella società aveva molta rilevanza il diritto alla proprietà,

caratterizzato dallo *ius excludendi alios*. In sostanza, si considerava la vita privata come un bene di proprietà del singolo individuo capace, quindi, esercitando il suo potere *excludendi*, di evitare intromissione altrui sui propri fatti privati, così come non è possibile valicare le recinzioni di un terreno altrui. Rodotà³⁰ ritiene che la nascita del diritto di privacy nella società borghese americana, sia la naturale evoluzione della disgregazione della società feudale³¹, che perso il latifondo individua il nuovo bene da tutelare nella propria riservatezza. Proprio il divieto di ingresso nello spazio altrui è lo snodo culturale legato alla vicenda originaria del concetto di privacy, di un ambito che appartiene solo a te e a coloro con i quali vuoi dividerlo.

Già in questa lontana vicenda vi è un'evidente congiunzione tra la privacy e un modo d'intendere la libertà³². Il legame della privacy con le libertà sarà ancora più stretto, quando da diritto della classe borghese la privacy divenne diritto per tutelare le minoranze culturali, politiche, religiose, sessuali, a non essere discriminate, garantendo così massima libertà d'espressione nella vita privata di ognuno, intesa come recinto invalicabile da terze persone. Il diritto alla privacy è legato indissolubilmente alla libertà; soltanto se una persona ha il diritto di "to let be alone"³³, può esercitare liberamente delle scelte riguardo la propria vita privata. Senza la privacy, non si avrebbe mai la piena libertà di

³⁰ S. RODOTÀ, *La privacy tra individuo e collettività*, in *Pol. Dir.*, Bologna, 1974.

³¹ Lewis Mumford, architetto newyorkese, scrive nel 1954 in *La cultura delle città*: "Il primo mutamento radicale [...] destinato ad infrangere la forma della casa di abitazione medievale fu lo sviluppo del senso di intimità. Questo, infatti, significava la possibilità di appartarsi a volontà dalla vita e dalle occupazioni in comune coi propri associati. Intimità durante il sonno; intimità durante i pasti; intimità nel rituale religioso e sociale; finalmente intimità nel pensiero."

³² S. RODOTÀ, *Intervista su privacy e libertà*, Bari, 2005.

³³ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). (Brandeis, dissenting) (arguing against the admissibility in criminal trials of secretly taped telephone conversations). In *Olmstead*, Justice Brandeis said: "The makers of our Constitution undertook to secure conditions favorable to the pursuit of happiness ... They sought to protect Americans in their beliefs, their emotions and their sensations. They conferred, as against the Government, the right to be let alone - the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men. To protect that right, every unjustifiable intrusion by the Government upon the privacy of the individual, whatever the means employed, must be deemed a violation of the Fourth Amendment." 277 U.S. at 473. In questa sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, si riconosce al diritto alla privacy valore costituzionale, potendolo opporre anche nei confronti del Governo, anche se i soggetti cui si riferisce sono dei lavoratori. In questo senso questa sentenza è uno dei primi esempi di limitazione dei poteri del datore di lavoro, in favore della libertà/diritto della persona/lavoratore.

compiere degli atti come iscriversi ad un partito, manifestare i propri orientamenti sessuali, poiché si sarebbe sottoposti continuamente all'intromissione del giudizio altrui, o ancora del controllo della stampa o del proprio datore di lavoro.

Uno dei primi problemi, almeno al momento della teorizzazione del diritto di privacy, fu quello che non si tratta del classico diritto su un certo bene materiale, bensì di un diritto immateriale, su qualcosa cioè, che non è di immediata percezione. Infatti, i giuristi dovettero utilizzare concetti giuridici del diritto di proprietà tradizionale, come le recinzioni, facendo un paragone con la terra, concetti a loro più familiari, per definire il diritto alla privacy, anche se i due beni giuridici sono molto lontani l'uno dall'altro.

Il diritto alla privacy, poi nel tempo si è evoluto, trasformandosi da diritto ad essere lasciati da soli e ad isolarsi, a "diritto a poter controllare tutte le informazioni personali raccolte da altri non solo per sorvegliarmi, ma soprattutto perché io possa godere di una serie di beni o servizi, essere immerso nel flusso delle relazioni economiche e sociali"³⁴. Non è più sufficiente definire il diritto alla privacy come esclusione degli altri dalla propria sfera personale, poiché la nuova conformazione sociale richiede continue interazioni tra soggetti, condividendo anche dati di carattere personale, passando da tutela fondata sostanzialmente sulla proprietà privata alla nuova concezione incentrata sull'individuo, in sé, sulla sua personalità e sulla sua dignità nel trattamento dei dati. "Dietro tale transizione dalla privacy-property alla privacy-dignity, si celano però il trapasso di un'epoca, quella in cui la proprietà privata è considerata "la pietra angolare" di ogni altro diritto, e l'emergere di una nuova società incentrata sulla libertà individuale riconosciuta a ciascun uomo, di cui il right to privacy è espressione"³⁵. Le informazioni raccolte, sono utilizzabili solo dopo il consenso dell'interessato e per l'uso da lui accordato; in questo modo non si perde mai la disponibilità

³⁴ S. RODOTA', *Intervista su privacy e libertà*, op. cit.

³⁵ A. MANTELERO, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione d'impresa*, Milano, 2007.

sulle proprie informazioni, sulle quali l'interessato ha un diritto di disposizione, salvo che questo debba recedere in presenza di interesse superiore di carattere pubblico. Infatti, il diritto alla privacy può essere a sua volta limitato per interessi superiori, ad esempio in un'indagine giudiziaria non si potrà opporre il diritto alla privacy in quanto, nel contemperamento dei valori, l'amministrazione della giustizia e la sicurezza pubblica sono certamente prevalenti su quelli dei singoli individui. In alcuni casi, come si vedrà in seguito, lo stesso interesse del datore di lavoro prevale sulla privacy del lavoratore, ma solo quando vi è una norma ad accordare questo favore, altrimenti la regola generale, anche in ambito lavorativo, è tenere separate sfera privata e sfera lavorativa.

1.2.2 Nuova sfida per il diritto alla privacy

L'ultima sfida per il diritto alla privacy, è fronteggiare nuove problematiche come quelle legate alle nuove tecnologie. In particolare, quelle informatiche consentono una moltiplicazione infinita di dati personali e la loro conservazione per un tempo potenzialmente illimitato. Il diritto alla privacy dovrà assicurare anche in un contesto del genere la piena disposizione dei propri dati personali da parte dell'interessato, senza che questo perda pezzi d'identità sparsi nei diversi dispositivi elettronici.

Questa evoluzione della privacy ha portato, in particolare a livello internazionale, a non parlare più semplicemente di privacy (troppo forte è il richiamo *right to be let alone*), ma di data protection, poiché oggi non è più possibile rimanere isolati nel proprio spazio privato, proteggendosi così da intromissioni nella sfera privata, infatti, i propri dati personali sono necessariamente proiettati nel mondo per l'interazione sociale. Il nuovo contenuto del data protection è permettere di mantenere sempre il controllo su chi possiede tali dati, a che finalità sono posseduti e come sono trattati.

Nella società odierna, definita da molti la società dell'informazione, la conservazione di una sfera privata inviolabile da terzi soggetti, è una tutela fondamentale, ma molto difficile da realizzare, data la continua interazione

con i mezzi di comunicazione di massa o di condivisione di informazioni. Dallo svolgimento della propria prestazione lavorativa, alla vita privata, ogni persona scambia continuamente informazioni personali, che devono essere salvaguardate nell'integrità e nell'uso autorizzato. Questo fenomeno è oggi accentuato dalla rete internet, che consente notevoli trasferimenti di dati anche a grandi distanze e dalla diffusione sempre maggiore dei social network, che realizzano una condivisione generalizzata di dati personali. Il settore lavorativo non è esente da questa rivoluzione tecnologico-informatica, dovendo adattare alle già diffuse norme in tema di privacy sui luoghi di lavoro, l'uso dei nuovi strumenti di lavoro.

Ad ogni modo, oggi rispetto al passato, la privacy ha assunto una dimensione diversa: è considerata diritto inviolabile della persona umana, con conseguente copertura costituzionale. Inoltre, anche attraverso l'opera di divulgazione del Garante per la protezione dei dati personali, la consapevolezza dell'importanza e della potenzialità garantista di questo diritto, hanno fatto sì che oggi il diritto alla privacy sia entrato pienamente ed in posizione centrale nel panorama giuridico italiano offrendo tutela ad una serie di situazioni giuridiche che precedentemente non trovavano adeguata protezione. Infine oggi si può contare su un'autorità indipendente posta a garanzia del diritto alla privacy, ed ad un corpus giuridico molto articolato rispetto al passato (d.lgs. 196/03-codice della privacy).

1.3 La privacy in azienda

Il riconoscimento dell'esistenza del diritto alla privacy nell'ordinamento italiano, ha portato gli operatori del diritto ad interrogarsi come questo possa calarsi nella realtà aziendale, rendendo la sfera personale del lavoratore invalicabile ai poteri del datore di lavoro. A dire il vero, il diritto del lavoro già dal lontano 1970, con lo Statuto dei lavoratori (SL), aveva predisposto le prime forme di tutela alla riservatezza del lavoratore, limitando il potere di controllo del datore di lavoro, con principio di trasparenza nei controlli e

vietando controlli a distanza (salvo tassative eccezioni da interpretare restrittivamente) e indagine sulle opinioni dei lavoratori (art. 8 SL). A tal proposito, infatti, vi è addirittura chi ha sostenuto che con la legge 675/96 oggi d.lgs. 196/03 "è stato eliminato il paradosso evidenziato in sede di commento dell'art. 8 SL, per cui, tutelato nell'impresa il cittadino-lavoratore avrebbe potuto non trovare adeguata tutela all'esterno, nelle altre e più disparate espressioni della società pluralista"³⁶.

Il concetto di privacy introdotto con la direttiva europea a metà degli anni Novanta, però, richiede degli adempimenti più precisi da parte del datore di lavoro, che non solo deve limitarsi nell'intromissione nella sfera del lavoratore, ma, qualora ciò sia necessario, deve rispettare le previsioni puntuali previste dalla normativa in tema di privacy nel trattamento dei dati personali. Lo stesso codice della privacy ritiene le norme statutarie idonee a proteggere la sfera privata del lavoratore. Infatti negli art. 113-114 esso si limita soltanto a richiamarle, aggiungendo però altre prescrizioni, che si ritengono applicabili nel contesto lavorativo.

Al di là dei principi di proporzionalità e di necessità già desumibili dal combinato disposto di più norme del diritto di lavoro per il controllo dei dipendenti, il codice della privacy introduce in azienda l'obbligo dell'informativa. Il codice della privacy considera così i lavoratori, come soggetti interessati del trattamento dei dati personali, ai quali il datore di lavoro dovrà indicare la finalità del trattamento dei dati stessi nel rispetto del principio di trasparenza. La normativa sulla privacy a livello generale ha introdotto anche il principio del consenso dell'interessato al trattamento dei dati, ulteriore mezzo per rendere consapevole la gestione dei dati personali; però al tempo stesso, introduce delle eccezioni a questo principio con l'art. 24 d.lgs. 196/03, molte riguardo il contesto lavorativo³⁷. Per quanto riguarda

³⁶ A. TAMPIERI, *La costituzione del rapporto di lavoro e la tutela della riservatezza del lavoratore*, in *La tutela della privacy del lavoratore*, a cura di Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, Torino, 2000.

³⁷ Non è infatti necessario raccogliere il consenso per trattamento di dati, al fine di adempiere obblighi derivanti da un contratto di cui fa parte l'interessato, nel cui ambito rientrano i rapporti lavorativi; per

l'attività di vigilanza del datore di lavoro sui lavoratori, la dottrina ha ritenuto che essa non può essere fatta rientrare all'interno dell'art. 24 lett. b, ovvero dell'esimente contrattuale per la necessità del consenso, poiché la norma "richiede necessariamente che il trattamento sia preordinato alla esecuzione di obblighi contrattuali mentre, il perseguimento di una finalità di controllo del patrimonio aziendale (tramite, ad esempio, l'analisi dei costi telefonici) costituirebbe uno scopo proprio ed esclusivo del datore di lavoro non strettamente correlato all'esecuzione del rapporto giuridico lavorativo"³⁸. Laddove invece i controlli del datore di lavoro siano posti in essere col fine di difesa, in presenza di indizi di gravi abusi del dipendente, non sarà necessario richiedere il consenso al lavoratore, poiché ciò renderebbe inutile il controllo sull'illecito che può essere efficace soltanto se occulto.

1.3.1 Fase preassuntiva

L'estensione della tutela della privacy dei lavoratori non si limita soltanto alla fase del rapporto di lavoro già in corso, bensì vale anche nella fase preassuntiva che precede la costituzione del rapporto di lavoro. In passato la tutela della riservatezza nella fase precontrattuale non trovava norme specifiche di protezione se non nello Statuto dei lavoratori, ma solo indirettamente, come proiezioni di un possibile rapporto di lavoro; oggi invece il codice della privacy intensifica la tutela della riservatezza anche in questa fase. Il datore di lavoro, in ogni caso di contatto finalizzato alla stipulazione di un contratto di lavoro, dovrà adempiere gli obblighi relativi l'informativa dell'interessato e l'acquisizione del consenso del medesimo.

Lo stesso curriculum vitae deve essere redatto dal candidato, inserendo la liberatoria per il trattamento dei dati personali, fornendo un preventivo consenso verso il selezionatore/datore di lavoro alla gestione dei proprio dati.

Un curriculum sprovvisto di liberatoria, infatti, sarebbe scartato poiché

trattamenti di dati con finalità di difesa; per trattamenti di dati sensibili utilizzati nella gestione del rapporto di lavoro, per finalità di igiene e sicurezza, previdenza ed assistenza nei limiti dell'autorizzazione generale del Garante della privacy rilasciata ai datori di lavoro.

³⁸ E.O. POLICELLA, *Il controllo dei dipendenti tra Codice della privacy e Statuto dei lavoratori*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 10/2004.

l'azienda, paradossalmente, non sarebbe stata autorizzata al trattamento dei dati in maniera esplicita, dallo stesso candidato che le ha inviato il curriculum. Per la selezione del personale si assiste sempre più ad una diffusione dei test psicologici, ovvero moderne tecniche di psicologia aziendale, "che inducono il lavoratore ad aprire interamente la propria sfera privata, anche non consapevolmente, nonché a fornire dati, che secondo le teorie psicologiche, possono denotare tendenze comportamentali o ideologie devianti"³⁹. Una sorveglianza siffatta, permette al datore di lavoro una spropositata intrusione nella sfera personale della persona e presenta altresì il rischio di imporre modelli di conformità psicologica⁴⁰. Tale premessa impone, come ritengono dottrina e giurisprudenza, di considerare inammissibili quei test psicologici che permettono un'osservazione vasta e generalizzata della personalità individuale, non limitandola ai soli aspetti strettamente professionali, per determinare l'attitudine allo svolgimento di una certa mansione⁴¹. Ancora una volta è il principio di proporzionalità a permettere al giurista di distinguere un test/controllo lecito da uno illecito.

Negli Stati Uniti oltre ai test psicologici, si stanno diffondendo i test genetici, dei test che indagano sul patrimonio genetico di un candidato al posto di lavoro, per valutare se adibirlo ad una mansione rischiosa, o comunque particolarmente pericolosa, possa favorire l'emergere di alcune malattie alle quali il lavoratore è già predisposto a livello genetico. Tale tipo di controllo, nobile dal punto di vista della finalità, trattandosi di tutelare un potenziale lavoratore da rischi solo potenziali, potrebbe tradursi in concreto in uno strumento di forte discriminazione dei candidati. Il datore di lavoro, infatti, una volta in possesso di materiale genetico del candidato avrebbe a disposizione una notevole mole di informazioni di carattere sensibile, attraverso le quali potrebbero essere costruiti profili genetici, scartando così tutti quei soggetti con maggiore possibilità di incorrere in una malattia,

³⁹ A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995.

⁴⁰ G. MARTINOTTI, *La difesa della privacy*, in *Pol. dir.*, 1972, 66.

⁴¹ Certamente non sono leciti test generali personalità e test che misurano il quoziente d'intelligenza.

indipendentemente dalla mansione aziendale e che in prospettiva potrebbero costituire un costo maggiore per l'azienda di un lavoratore "geneticamente sano". Sebbene le condizioni di partenza siano meritevoli di tutela, nell'ordinamento italiano e così anche negli altri Paesi europei⁴², tali test sono vietati in assoluto, poiché il rischio di discriminazione sarebbe troppo elevato, così come la gestione in mano del datore di lavoro di troppi dati personali determinerebbe un'invasione smisurata della sfera personale⁴³.

1.3.2 *Limiti al diritto alla privacy*

Le nuove tecnologie hanno spostato il controllo dei lavoratori, e quindi la loro privacy, sul piano informatico. Oggi in molte aziende i dati personali dei lavoratori vengono conservati su dispositivi in grado di archiviare molte informazioni. In questo modo il datore di lavoro può in astratto, collegare, rielaborare ed incrociare i contenuti degli elaboratori elettronici, concernenti i lavoratori e raccolti in diverse occasioni soltanto per finalità specifiche, costruendo "un vero e proprio profilo completo del soggetto, da utilizzare, ad esempio in occasione delle decisioni circa le promozioni e i trasferimenti ovvero in tutte le fasi della gestione del rapporto di lavoro"⁴⁴.

I lavoratori necessitano sempre più di una tutela del loro corpo elettronico, "un habeas data, indispensabile sviluppo di quell'habeas corpus dal quale si è storicamente sviluppata la libertà personale"⁴⁵. Le informazioni acquisite dal datore di lavoro per una certa finalità, comunque attinente al rapporto di lavoro e quindi del tutto legittima, non possono successivamente essere

⁴² In ambito Europeo infatti è stata emanata la Risoluzione del 1989 del Parlamento Europeo che chiede ai Paesi membri di vietare la selezione dei lavoratori basata su criteri genetici.

⁴³ Diversamente da questa ricostruzione si procederebbe verso una società organizzata per caste genetiche; Rodotà in *Test genetici per lavorare*, pubblicato su *La Repubblica* del 18 Luglio 1992, afferma che il test genetico potrebbe innescare una spinta irresistibile "a ricorrere a terapie genetiche per liberarsi da caratteri contrastanti con un modello culturale dominante, al quale bisogna aderire perché da esso dipendono la possibilità del lavoro, il godimento di servizi, la stessa accettazione sociale". Tali test inoltre valutando soltanto la predisposizione di un individuo ad una certa malattia, definiscono la probabilità della malattia, non la certezza della manifestazione della stessa, quindi oltre che violare la privacy del candidato rendere leciti tali controlli significherebbe discriminare un soggetto per un evento ancora non verificatosi e del tutto eventuale.

⁴⁴ A. BELLAVISTA, *Privacy e protezione dei dati personali nel rapporto di lavoro subordinato: problemi e prospettive*, in *Vita Notarile* n. 3 1995.

⁴⁵ S. RODOTÀ, *Prefazione*, in Lyon, *La società sorvegliata*, Milano, X.

utilizzate per fini diversi da quello originario, poiché in questo modo verrebbe leso il diritto del lavoratore di libera autodeterminazione nella decisione, se esprimere o meno il consenso al trattamento dei dati nel rapporto di lavoro, quando esso è richiesto. Per evitare un'eventualità simile la dottrina ha ritenuto come "indicazione preferibile quella di subordinare ogni operazione della banca dati aziendale alla presenza di espliciti, specifici e legittimi fini, in modo da assicurare costantemente la pertinenza di ogni momento dell'attività di elaborazione dei dati agli scopi che la giustificano e da evitare forme di trattamento o di circolazione di dati che possano vanificare la tutela predisposta"⁴⁶. Per tali ragioni, andrebbero fissati dei termini massimi di conservazione dei dati presso le banche dati aziendali, con cancellazione automatica allo scadere del termine fissato per utilizzare le informazioni raccolte per una certa fine, in modo tale da impedire qualsiasi uso illegittimo successivo dei dati raccolti lecitamente. Il diritto alla privacy dei dipendenti in azienda, può essere limitato da altri diritti, che rendono così superfluo il consenso al trattamento di dati riguardanti un lavoratore. Su tale ipotesi si è pronunciata la Corte di Cassazione⁴⁷ affermando che il consenso non è necessario laddove vi è l'esigenza di contemperare il diritto alla riservatezza del lavoratore con altri diritti dello stesso rango o superiore come il diritto alla salute e sicurezza sul luogo di lavoro ex art. 2087 c.c.⁴⁸. "Insomma la Cassazione crea una sorta di teoria del limite esterno del diritto alla privacy, compreso tra altri diritti dei lavoratori, ma anche del datore di lavoro; principio che è suscettibile di diverse applicazioni nell'ambito del rapporto di lavoro. " Si pensi, ad esempio, alla possibilità per un lavoratore che lamenti di essere stato discriminato o di essere rimasto vittima di mobbing di richiedere

⁴⁶ A. BELLAVISTA, *Privacy e protezione dei dati personali nel rapporto di lavoro subordinato: problemi e prospettive*, op. cit.

⁴⁷ Cass. sez. lav. 30 Giugno 2009 n. 15327.

⁴⁸ Anche se parte della dottrina ritiene non condivisibile la ricostruzione della Corte di Cassazione, nel momento in cui fa risalire il limite al diritto alla privacy dall'esistenza di altri diritti pari ordinati, quando ciò sarebbe stato già possibile richiamando semplicemente l'ipotesi prevista dal comma 1, lett. b., dell'art. 12 L. 675/96, oggi 24 lett. a, del nuovo codice della privacy, che afferma: " il consenso non è richiesto quando il trattamento è necessario [...] per l'adempimento di un obbligo legale".

al datore di lavoro, denunciando la violazione del già citato art. 2087 c.c. o delle altre norme imperative poste a tutela dei diritti fondamentali della persona, l'accesso a dati e informazioni, anche comunicazioni di servizio o e-mail di altri dipendenti, che possano provare la sussistenza degli illeciti lamentati"⁴⁹.

Il diritto alla sicurezza sul luogo di lavoro può costituire un limite anche verso il diritto alla privacy riguardo dati sensibili, cioè quei dati che per la loro natura richiedono particolari cautele tenuto conto degli aspetti della persona che riguardano. A tal proposito sebbene in azienda la legge n. 135/90 proibisca ai datori di lavoro l'indagine sui dipendenti dell'esistenza dello stato di sieropositività all'HIV, considerato dato sensibile come ogni dato sanitario, ma in alcuni casi per particolari tutele è consentito svolgere un controllo sullo stato di salute dei dipendenti per accertare l'assenza del virus legato all'AIDS. Il datore di lavoro potrà svolgere indagini solo anonime per accertare infezione da HIV, nell'ambito di programmi epidemiologici; al tempo stesso però, la Corte Costituzionale⁵⁰ ha dichiarato la parziale illegittimità della legge nella parte in cui non consente accertamenti sanitari per l'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizioni per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi. Laddove vi è la possibilità di lesione del diritto alla salute, diritto di livello costituzionale, che all'interno dell'azienda il datore di lavoro ha l'obbligo giuridico di assicurare, la privacy dei lavoratori può essere limitata, tenendo conto del principio di proporzionalità⁵¹.

Il principio di proporzionalità, affiancato da quello di necessità, come sarà esposto nel quarto capitolo, è fondamentale anche per muoversi tra le nuove

⁴⁹ D. BONSIGNORIO, *Riservatezza e rapporto di lavoro: gli obblighi del datore di lavoro ex art. 2087 c.c. come "limite esterno" al diritto del lavoratore alla privacy*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2009 fasc. 3.

⁵⁰ Corte Costituzionale n. 218/1994.

⁵¹ Le modalità di trasmissione della malattia infatti, nella maggioranza dei casi, escludono la possibilità di contagio, che ad ogni modo sono scongiurabili seguendo comportamenti dettati dal buon senso. I casi di controllo della sieropositività del dipendente per tutela della salute e sicurezza altrui sono molto limitati.

tecnologie come strumenti di lavoro e le loro possibili interazioni e contrasti con il diritto alla privacy dei lavoratori. Il legislatore difficilmente riesce a regolare capillarmente e prontamente nuovi mezzi di controllo aziendali, considerata la loro velocità di cambiamento e l'utilizzazione di tecnologie sempre nuove e con maggiori potenzialità invasive della privacy; l'operatore del diritto dovrà quindi muoversi tra norme risalenti interpretate in maniera estensivo da pronunce del Garante per la protezione dei dati personali e giudice ordinario, tenendo sempre presenti i suddetti principi generali. "Beninteso, va considerato che oggi, il controllo attraverso gli strumenti informatici rappresenta spesso l'unica modalità per garantire che il lavoratore non commetta illeciti contrattuali o fatti ancora più gravi"⁵², poiché accade sempre più spesso che molti lavoratori adempiano la propria prestazione lavorativa attraverso strumenti informatici o comunque legati a nuove tecnologie. Certamente quindi non si potrà escludere un controllo elettronico della prestazione lavorativa, altrimenti verrebbe creata una zona franca sottratta ai poteri datoriali, ma al tempo stesso il controllo dovrà rispettare alcune cautele specifiche per ogni nuova tecnologia utilizzata in azienda. "In materia quindi l'indagine casistica giurisprudenziale continua a mantenere un ruolo di primo piano, sia per colmare quello che è stato emblematicamente definito "deficit teorico"⁵³, sia perché può servire ad orientare gli interpreti e gli operatori del diritto, oltre a condizionare le prassi aziendali"⁵⁴, nel tentativo implicitamente dichiarato di trovare il definitivo equilibrio tra privacy dei lavoratori e potere di controllo del datore di lavoro.

⁵² A. BELLAVISTA, *I poteri dell'imprenditore e la privacy del lavoratore*, in *Il diritto del lavoro*, pt. I, fasc. 3 2002.

⁵³ P. TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009.

⁵⁴ S. BELLUMAT, *Privacy e "controlli tecnologici" del lavoratore: tra "contrast" della giurisprudenza e "certezze" dell'autorità garante*, in *ADL*, 2009, fasc. 4-5 pt. 2.

1.4 Il potere di controllo e la privacy in altri ordinamenti

Prima di procedere all'analisi dettagliata della normativa italiana ed ai relativi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, è utile analizzare come in altri ordinamenti è stato regolato il bilanciamento tra privacy e controllo all'interno dell'azienda. Lo studio comparativo di questa materia è particolarmente importante, considerata sia l'origine da ordinamenti di common law del diritto alla privacy, che le norme a livello europeo, che cercano di creare una base comune a livello dei Paesi membri dell'Unione Europea.

1.4.1 USA

Gli Stati Uniti sono l'ordinamento da cui partire per questa analisi, in quanto come è stato precedentemente esposto, sono il Paese nel quale è cominciata la teorizzazione in chiave moderna del diritto alla privacy ed ancora oggi sono tra gli Stati più avanzati giuridicamente riguardo lo studio di questo diritto considerato anche il forte legame di quest'ultimo con le libertà individuali, tema da sempre di primo piano per i giuristi americani. Se in Italia il tema della privacy è entrato nel dibattito pubblico e tale termine è diventato di uso comune solo dopo l'istituzione del Garante per la protezione dei dati personali, il 38% dei cittadini americani, già nel lontano 1978 in un sondaggio ad opera della compagnia Lou Harris⁵⁵, si definiva preoccupato per l'invasione della propria privacy, in particolare attraverso l'uso dei computer; il cittadino americano "vive la privacy come una gelosa difesa individuale degli spazi personali e familiari, e una battaglia continua contro l'ingerenza dello Stato"⁵⁶. Nonostante questa diffusa attenzione alla privacy, negli Stati Uniti non vi è una definizione del diritto contenuta in un atto normativo⁵⁷, negli ordinamenti di common law infatti sono sporadici l'interventi del legislatore nel

⁵⁵ Il sondaggio nello specifico mostra come il tema della privacy abbia sempre suscitato grande attenzione nella popolazione americana con aumento di interesse/paura al momento della diffusione dei computer: se nel 1978 il 31% si dimostrava preoccupato per la propria privacy, già nel 1983 tale percentuale era salita al 48%.

⁵⁶ G. RIOTTA, *I computer e la "privacy" negli Stati Uniti*, in *Problemi dell'informazione*, 1985, fasc. 1.

⁵⁷ La base giuridica si fa risalire nel IV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, che impedisce un'arbitraria intrusione in un'area dove una persona ha una legittima aspettativa di riservatezza.

crystallizzare concetti in norme giuridiche. La regolamentazione è rimessa ad interpretazioni giurisprudenziale e per quanto concerne la privacy aziendale in particolare a self regulation⁵⁸ delle pratiche da adottare concordate a livello di contratto aziendale⁵⁹. Recentemente però in California, uno degli Stati più progressisti degli Usa, è stato emanato il Social Media Privacy Act, un atto normativo che tutela la riservatezza dell'identità online dei lavoratori. L'Act differenzia i dati liberamente reperibili sul web, da quelli accessibili tramite profili ed account personali, sancendo in riferimento a questi ultimi il divieto per il datore di lavoro di pretendere le password dai lavoratori, a meno che vi sia il sospetto di un illecito in corso. Tale normativa è di grande portata innovativa se si pensa che negli Stati Uniti il datore di lavoro ha diritto ad entrare in tutti gli apparecchi elettronici aziendali, in quanto di sua proprietà, anche se nella maggior parte dei casi, contengono anche informazioni di carattere strettamente personale dei lavoratori.

Negli Stati Uniti, infatti, nel bilanciamento tra diritto alla privacy dei lavoratori e diritto di proprietà privata dei beni aziendali, prevale quest'ultimo, rendendo così legittimo lo svolgimento dei controlli datoriali sul patrimonio aziendale. Tale ricostruzione si giustifica ritenendo che il lavoratore, con la stipulazione del contratto lavoro al controllo, riconosca il potere di del datore di lavoro, non sorgendo così l'aspettativa alla privacy nell'uso degli strumenti di lavoro. Mentre in Italia il diritto alla privacy del cittadino è assimilabile a quello del lavoratore, essendo entrambi tutelati da illegittime intromissioni, negli Stati Uniti la privacy trova minor tutela in azienda di quanto invece avviene al di fuori di essa.

1.4.2 Regno Unito

Altro Paese dove la privacy ha suscitato grande interesse nel panorama giuridico e non, è la Gran Bretagna, ordinamento di common law, verso il

⁵⁸ N. LUGARESI, *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, Milano, 2000.

⁵⁹ Il contratto aziendale, infatti, negli ordinamenti anglosassoni ha grande rilievo e ad esso è rimessa la regolamentazione di aspetti che nell'ordinamento italiano, in particolare in passato, erano rimesse esclusivamente alla contrattazione collettiva nazionale o al legislatore stesso.

quale l'ordinamento americano ha esercitato un'influenza maggiore rispetto ai Paesi di civil law, considerate le similitudini ordinamentali, ma che al tempo stesso ha recepito anche le indicazioni provenienti dall'Unione Europea⁶⁰. Il sistema britannico parte come il sistema statunitense, parte dal presupposto giuridico della proprietà esclusiva dell'imprenditore dei beni aziendali, ritenendo legittimo un controllo sugli stessi. Detto questo, non si legittima un controllo generalizzato come negli Usa, bensì si ricerca come "buona pratica" l'accordo con i dipendenti o le loro rappresentanze sindacali per gestire le modalità di controllo dei lavoratori. I controlli del datore di lavoro dovranno in ogni caso essere svolti con correttezza ed osservando che ogni intrusione nella riservatezza dei dipendenti sia proporzionale ai vantaggi che il controllo comporta all'impresa. Al tempo stesso, i controlli del datore di lavoro sono legittimi in ogni caso quando vengono svolti per ragioni di sicurezza, anche se il Data Protection Act del 1998 ha introdotto l'obbligo per il datore di lavoro di comunicare (ad esempio nel caso di videosorveglianza⁶¹), la possibilità di essere ripresi mediante cartelli appositi. Il controllo dei lavoratori con qualunque tipo di strumento di sorveglianza è da considerarsi lecito soltanto se i dipendenti sono stati adeguatamente informati, salvo che il controllo occulto sia necessario per verificare la commissione di reati o pubblica sicurezza. In ogni caso il Data Protection Act stabilisce che il lavoratore deve poter mantenere uno standard minimo di privacy, almeno nei luoghi dove non viene svolta la prestazione lavorativa come toilet o spogliatoi.

Nel 2002 la "Information Commission" ha emanato "The Employment Practices Data Protection Code, un documento composto di quattro parti⁶² che spiega ai datori di lavoro come adempiere correttamente gli obblighi in materia di privacy. Le linee guida del codice, sebbene quest'ultimo non abbia

⁶⁰ La più importante è certamente la direttiva del 1995 in tema di privacy, recepita con il Data Protection Act del 1998.

⁶¹ Un recente sondaggio ha riportato che in Gran Bretagna il numero di imprese che utilizzano telecamere a circuito chiuso per motivi di sicurezza è molto elevato ed in aumento: 51% delle imprese nel 2007, 65% nel 2008; in <http://www.quotebean.co.uk/buying-services/cctv-cameras>.

⁶² 1) recruitment and selection; 2) employment records; 3) monitoring at work; 4) medical information

carattere vincolante, sono generalmente seguite, considerando l'autorità del soggetto che le ha emanate (come accade in Italia con le linee guida del Garante per la protezione dei dati personali). Il codice è un valido strumento in mano ai datori di lavoro per la gestione della privacy interna, in particolare quella legata alle nuove tecnologie; l'Information Commission, consapevole che problemi applicativi sarebbero potuti nascere relativamente ai nuovi strumenti di lavoro e controllo, ha infatti redatto apposite indicazioni per le nuove tecnologie, quali localizzazione satellitare, internet e posta elettronica. Nel Regno Unito pur partendo da premesse proprie dell'ordinamento statunitense, si finisce con l'assicurare una tutela alla privacy dei lavoratori molto più simile, agli ordinamenti dell'Europa continentale limitando il diritto alla privacy del lavoratore solo in casi eccezionali.

1.4.3 Germania

Un ordinamento di civil law dove i diritti della persona umana sono stati da sempre oggetto di particolare interesse, è quello tedesco, la cui corte costituzionale, assieme a quella italiana, è stata sempre parte attiva nel processo di affermazione dei diritti fondamentali anche a livello europeo. Il diritto alla privacy, rientrando tra i diritti fondamentali della persona, non è sfuggito all'attenzione dei giuristi tedeschi, basti pensare che la prima legge al mondo in tema di privacy fu approvata nel 1970 nel Lander di Hessen, poi seguita da un Decreto Federale sulla protezione dei dati (BDSG), modificato successivamente molte volte, fino ad arrivare ad una revisione completa nel 2003 seguita poi dall'ultima del 2009. Per gli adempimenti richiesti per il trattamento dei dati e le tutele agli interessati del trattamento stesso la normativa in materia è considerata la più restrittiva a livello europeo.

La severità delle norme dell'ordinamento generale non è riprodotta nell'ambito lavorativo, non esistono infatti specifiche regolamentazione in tema di privacy aziendale dei lavoratori. L'unica normativa generale è la sezione 4 del BDSG, che definisce la raccolta, il trattamento e l'uso dei dati personali del lavoratore come legittimi, solo se la legge o altri provvedimenti normativi lo permettono

o se vi è il consenso del lavoratore interessato. "Se il lavoratore presta il suo consenso, pertanto, anche nell'ambito del contratto di lavoro individuale, al datore di lavoro è concesso esaminare ogni messaggio di posta elettronica o ogni connessione ad internet"⁶³, o altra attività del lavoratore. Il datore di lavoro potrà legittimamente controllare i lavoratori nello svolgimento di attività a fini professionali semplicemente informandoli della possibilità di essere sottoposti a controllo; per quanto riguarda invece, il possibile coinvolgimento di dati personali non attinenti al lavoro, in quel caso per rendere il controllo lecito basterà ottenere il consenso del lavoratore.

L'innovazione tecnologica però ha fatto nascere l'esigenza di una legge più garantista per i dipendenti in quanto oggi con internet i dati personali che possono divenire oggetto di controllo datoriale sono notevolmente aumentati. Un nuovo provvedimento presentato dal Ministro dell'Interno tedesco proibirebbe, infatti, ai datori di lavoro di utilizzare e raccogliere informazioni sui dipendenti o candidati ad un posto di lavoro attraverso i social network come Facebook o Twitter, mentre resterebbe possibile attingere ad informazioni su siti o social in cui ci si presenta professionalmente⁶⁴ (Linkedin, Xing). Tale legge però avrebbe notevoli problemi dal punto di vista applicativo, giacché tecnicamente non ci sono strumenti per verificare se il datore di lavoro ha svolto delle ricerche sui social network. In ogni caso i social network, a seguito della crescita del dibattito sulla privacy dei dati caricati dagli utenti sulle proprie pagine personali, si sono dotati di regolamentazione specifiche per gestire la privacy di ogni account, rimettendo agli utenti stessi la decisione riguardo il grado di riservatezza per le informazioni personali.

⁶³ F. TOFFOLETTO, *Nuove tecnologie informatiche e tutela del lavoratore*, Milano, 2006, p. 41.

⁶⁴ Il discrimine è rappresentato dal fatto che il lavoratore in social network in cui ci presenta professionalmente, il lavoratore è consapevole della finalità delle informazioni condivise nella pagina personale del sito internet. E' come se il lavoratore rilasciasse preventivamente il consenso ad un qualsiasi datore di lavoro per l'utilizzo delle informazioni liberamente reperibili sulla pagina personale del social network, cosa che non avviene nei social generici, dove non si può presumere il consenso della persona al trattamento dei dati personali a fini lavorativi.

1.4.4 Francia

Un ultimo cenno comparativista è rivolto alla Francia, il cui ordinamento giuridico garantisce una forte tutela dei diritti dei lavoratori⁶⁵. Il Code du travail stabilisce l'obbligo per il datore di lavoro di informare il lavoratore riguardo la raccolta dei dati personali necessari per la gestione del rapporto di lavoro, ed inoltre aggiunge che è necessario l'informazione degli stessi dipendenti e la consultazione delle rappresentanze sindacali interne per l'installazione di sistemi di controllo dei lavoratori. La restrizione della privacy sul luogo di lavoro può essere giustificata soltanto dalla natura delle mansioni, ovvero se vi è l'esigenza di tutelare un interesse maggior meritevole di tutela, quale la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro, nel rispetto comunque del principio di proporzionalità.

In seguito si vedrà come la normativa italiana in tema di privacy dei lavoratori, è molto simile al modello francese, che come quello italiano garantisce maggiore protezione ai diritti dei lavoratori, pur rispettando le prerogative del datore di lavoro di esercizio dei poteri datori nell'interesse d'impresa.

⁶⁵ Corte di Cassazione Francese nel caso Nikon sentenza del 2 Ottobre 2001, afferma: "il lavoratore ha diritto al rispetto dell'intimità della propria vita privata durante l'orario di lavoro".

Capitolo II

Disciplina in materia di controllo dei lavoratori e privacy

2.1 La Costituzione

In ogni area giuridica parlando di disciplina o comunque di fonte del diritto non può non parlarsi di Costituzione. La Costituzione, infatti, è la base giuridica che permette ad ogni norma di potersi inserire nell' ordinamento, tanto che il celebre filosofo-giurista tedesco Hans Kelsen la definisce "Norma Fondamentale", ovvero l'architrave di tutto il sistema giuridico di uno Stato, e chiaramente delle sue norme. Kelsen sostiene che "soltanto in base al presupposto della norma fondamentale il materiale empirico può essere inteso come diritto, cioè come sistema di norme giuridiche. Secondo la natura di questo materiale, cioè secondo gli atti che debbono essere determinati come atti giuridici, si regola anche il contenuto particolare di quella norma, fondamentale che sta alla base di un determinato ordinamento giuridico. Essa è soltanto l'espressione del presupposto necessario per comprendere positivisticamente il materiale giuridico. Essa non vale come norma giuridica positiva, perché non è prodotta nel corso del procedimento del diritto; essa non è posta, ma è presupposta come condizione di ogni posizione del diritto, di ogni procedimento giuridico positivo."⁶⁶

Partendo da questa autorevole definizione di Costituzione, risulta chiaro come la Norma Fondamentale determini l'essere delle altre norme, ma al tempo stesso come esse definiscano la norma costituzionale, che in quanto tale molto spesso è definitoria di principi, che a loro volta vanno attuati per via legislativa. Questa introduzione è necessaria poiché nella Costituzione italiana non si trovano degli articoli o dei precetti riferiti direttamente al controllo sui lavoratori. E' attraverso l'interpretazione delle norme costituzionali e delle

⁶⁶ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. di R. Treves, Torino, 1967, pp. 95-99.

norme ordinarie, che possiamo comprendere come i contenuti delle seconde siano ispirati alle prime e contribuiscano definirle nel significato. Procedendo con un'analisi dettagliata dei singoli articoli costituzionali connessi con privacy e controllo, il concetto risulterà forse più chiaro.

Il primo articolo sul quale occorre soffermarsi è l'articolo 2 Cost. In esso si afferma che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. La norma si limita a riconoscere i diritti inviolabili, senza esplicitarli (soltanto gli articoli 13,14,15,24 si riferiscono esplicitamente all'invulnerabilità). Ciò ha dato adito a due interpretazioni, una di stampo liberale ovvero quei diritti attinenti alla persona in senso stretto, l'altra più incentrata sul concetto di uguaglianza e solidarietà che si sposa meglio con i caratteri e fini sociali della Costituzione. Vi rientrano, quindi, per quanto riguarda la materia analizzata, sicuramente i diritti diretti a tutelare la persona del lavoratore in quanto tale, ma anche quella del datore di lavoro, al quale si riconosce il diritto di proprietà sancito dall'art 41 Cost., che deve essere bilanciato con i diritti inviolabili delle persone la prestazione lavorativa in suo favore. Caratteristica principale della Costituzione, infatti, è quella di bilanciare diversi diritti, gli uni con gli altri, di porre dei limiti ai poteri che le disposizioni normative ordinarie attribuiscono ad un soggetto. Si cita ad esempio l'art. 2104 c.c., che riconosce il potere direttivo al datore di lavoro verso il prestatore di lavoro, nel rispetto della dignità e libertà del lavoratore affermati, appunto, dall'art 2 Cost. I Padri costituenti non hanno enumerato i diritti inviolabili, soprattutto per dare la possibilità di far arricchire nel tempo il catalogo dei diritti riconosciuti secondo

l'evolversi della società⁶⁷, senza dover modificare in ogni occasione il testo costituzionale⁶⁸.

Riferendosi ai cosiddetti nuovi diritti inviolabili, non si può non menzionare un altro articolo costituzionale ovvero l'art 13 c 1: " la libertà personale è inviolabile". Difatti, l'articolo della costituzione più "aggredito da presunti "nuovi diritti" è indubbiamente il 13, che, riconoscendo la libertà personale nel suo duplice aspetto di libertà fisica e libertà morale, tutela e garantisce una serie di "beni" giuridici strettamente attinenti alla propria persona: il diritto all'integrità fisica e psichica, il diritto alla vita, la libertà sessuale, il diritto di aborto, il diritto alla contraccezione, non sono altro che costruzioni che ogni persona ha in relazione al proprio corpo ed alle proprie energie spirituali."⁶⁹

Ancora più rilevante per il tema di quest'opera è l'inclusione del diritto alla privacy all'interno della libertà personali nell'art. 13. Pur se nel tempo il concetto di privacy è mutato, basti pensare all'avvento di internet e da ultimo all'espansione dei social network, grazie alla generalità dell'articolo costituzionale, questo diritto trova in esso ancora tutela. L'articolo 13 Cost. è espressione del carattere liberale della carta fondamentale, in quanto consente ad ognuno di preservare la propria libertà personale, includendo in questa anche la propria sfera privata, che non è altro che il concetto di privacy teorizzato dai giuristi americani di fine Ottocento (right to be let alone).

Altro articolo costituzionale fondamentale come base giuridica del diritto di privacy, è l'articolo 14, che tutela il domicilio come luogo al riservato all'individuo per svolgere la sua attività privata o collettiva riservatamente.

⁶⁷ In verità i giuristi al tempo dell'emanazione della Carta Costituzionale non erano concordi nel ritenere l'elenco dei diritti inviolabili aperto, infatti una parte minoritaria della dottrina riduceva l'individuazione dei diritti inviolabili ad una sorta di combinato disposto tra le singole disposizioni sui diritti stessi e l'art. 2.

⁶⁸ La Corte Costituzionale per prima ha ricondotto nuove fattispecie al testo della Costituzione, ampliando gli spazi di tutela dei cittadini e degli individui, come testimoniano le numerose decisioni in cui si è occupata del "diritto alla vita" (sentenze nn. 27 del 1975; 35 del 1997; 223 del 1996), del diritto "all'identità personale" (sentenza n. 13 del 1994), della libertà personale, intesa a comprendere anche la libertà morale del soggetto (sentenza n. 30 del 1962), del diritto d'informazione (sentenze n. 84 del 1969 e n. 348 del 1990), dell'obiezione di coscienza (sentenze n. 164 del 1985; n. 470 del 1989; e n. 467 del 1991), solo per citarne alcune.

⁶⁹ A. BALDASSARE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997 pp. 56.

L'articolo 15 invece non tutela come avviene nel 13 la privacy in quanto tale, ma si occupa della riservatezza del mezzo di comunicazione e quindi del messaggio. Infatti, il disposto così recita: "La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge". La norma tutela quindi la segretezza delle comunicazioni, inserendo come esempio nel disposto normativo la corrispondenza, che al tempo dei Padri Costituenti rappresentava lo strumento principale per la comunicazione. Oggi questa tutela va estesa anche alle forme di comunicazioni digitali, e-mail in primis⁷⁰, e quindi ai controlli che il datore di lavoro andrà a svolgere sulla casella di posta aziendale, distinguendo tra messaggi personali o legati con l'attività lavorativa. Eguale tutela è riconosciuta alle comunicazioni telefoniche, sulle quali ad esempio la stessa Corte Costituzionale ha avuto più volte modo di pronunciarsi stabilendo che il diritto di riservatezza è assicurato appunto a tutte le forme di comunicazione. Spetta al titolare del diritto scegliere il mezzo di corrispondenza, anche in rapporto ai diversi requisiti di riservatezza che questo assicura, con la conseguenza che una volta che è stato prescelto l'uso del mezzo telefonico, ad esso va riconosciuto il diritto a mantenere segreti tanto i dati che possano portare all'identificazione dei soggetti della conversazione, quanto quelli relativi al tempo ed al luogo dell'intercorsa comunicazione⁷¹. Tutela alla libertà di pensiero viene data dall'articolo 21 Cost., che in materia giuslavorista, attiene alla libera espressione delle persone sul luogo di lavoro, col corrispondente divieto da parte del datore di lavoro di indagine sulle opinioni politiche, religiose, sindacali o comunque non rilevanti con l'attività lavorativa sancito dall'art. 8 della legge 300/70.

Proseguendo nell'elenco delle norme costituzionali sull'art. 32 insistono molti dei controlli svolti dal datore di lavoro sui lavoratori, nello specifico sono controlli sanitari, volti cioè ad accertare lo stato di salute del lavoratore e farne

⁷⁰ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2006.

⁷¹ Corte Costituzionale n. 81/1993.

discendere la conseguenze che l'ordinamento prevede. L'art 32 sancisce infatti, che la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività. Certamente dei controlli sullo stato di salute di un lavoratore, soprattutto quando riguardano delle malattie che hanno un forte impatto sociale, come l'Aids ad esempio, vanno a coinvolgere dati sensibili che toccano nella sfera privata più profonda il soggetto sottoposto a controllo, ed a tal fine il dlgs. 196/2003 bilancia il potere di controllo del datore di lavoro (mediato con dei medici "non di fabbrica", per assicurare la neutralità dell'accertamento), con degli oneri molto stringenti riguardo, ad esempio, alla diffusione e conservazione dei dati stessi. Il lavoratore ha il dovere di collaborare nell'accertamento del suo stato di salute. Infatti, la sua assenza alla visita di controllo, può comportare l'irrogazione di sanzioni disciplinari da parte del datore di lavoro, laddove previste dal contratto collettivo⁷², oltre alle decadenze nel rapporto assicurativo pubblico che rientra nel potere esclusivo dell'Inps. Al fine di tutelare appieno la salute del lavoratore, in caso di dissenso del lavoratore su quanto accertato dal medico fiscale, è data la possibilità al lavoratore stesso di provare il protrarsi della malattia con idonea documentazione del proprio medico, anche se non può, ove ritenga erroneo il giudizio del medico di controllo, assentarsi automaticamente⁷³; stessa possibilità è riconosciuta al datore di lavoro che non credendo nella veridicità dell'attestazione prodotta dal lavoratore può richiedere un nuovo controllo⁷⁴.

Nella materia giuslavorista il titolo III della Costituzione (rapporti economici), ha gran rilievo, ma con il tema del controllo e della privacy hanno diretto collegamento gli articoli 39,41,42. L'art. 39, anche se per tre dei quattro commi non è stato mai attuato⁷⁵, al primo comma legittima l'attività sindacale in quanto tale definendola libera, termine di forte rottura con l'esperienza corporativistica fascista. L'attività sindacale che in tema di controllo sui

⁷² Corte Costituzionale n. 78/1988.

⁷³ M. TATARELLI, *I poteri del datore di lavoro privato e pubblico*, Padova, 1996, pp. 129.

⁷⁴ Cassazione n. 10370/1994.

⁷⁵ A. MURATORIO, *A volte ritornano: l'annoso problema della mancata attuazione dell'art. 39 Cost.*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2005 fasc. 11.

lavoratori ha carattere centrale, ad esempio per la materia dei controlli a distanza previsti dall'art 4 Statuto dei lavoratori, controlli che oggi con l'avvento delle nuove tecnologie risultano più pervasivi e diffusi. Infatti le organizzazioni sindacali, come sarà analizzato nel prossimo paragrafo, in tema di controlli a distanza per esigenze organizzative e produttive o dalla sicurezza del lavoro, devono sottoscrivere un accordo per stabilire le modalità di controllo con il datore di lavoro; quest'ultimo può rivolgersi ad altri soggetti (commissione interna o ispettorato del lavoro), soltanto se le organizzazioni sindacali non sono presenti o l'accordo, nonostante il tentativo, non è stato concluso. Quindi, anche in materia di controllo sui lavoratori, per tutelarne la privacy, alle organizzazioni sindacali è assegnato un ruolo centrale, dovendo bilanciare la riservatezza con le suddette tassative esigenze altrettanto meritevoli di tutela. Gli articoli 41-42 invece attengono all'esercizio dell'attività imprenditoriale in genere, riconoscendo che l'iniziativa economica privata è libera (41) e che la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge (42). E' attraverso questi articoli che si riconosce quindi la tutela anche ai beni necessari all'imprenditore per esercitare l'attività economica. Beni che, in materia di potere di controllo del datore di lavoro, sono l'oggetto dei cosiddetti controlli difensivi, leciti in quanto non vanno ad indagare nella sfera privata del lavoratore intromettendosi in dati privati o sorvegliando comunque l'esecuzione della prestazione lavorativa, bensì proteggono il patrimonio del datore di lavoro. Soltanto se per perseguire il fine di tutela del patrimonio i controlli vanno indirettamente a controllare i lavoratori nell'esecuzione della prestazione e quindi sono qualificabili come controlli a distanza dell'art 4 Statuto lavoratori, sono leciti, come già detto, solo a seguito dell'accordo con le organizzazioni sindacali, o comitati interni o, infine con l'ispettorato del lavoro⁷⁶.

⁷⁶ A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995, pp. 100.

2.2 Lo Statuto dei lavoratori

Nel paragrafo precedente si è potuto notare come sebbene la Costituzione non abbia riservato articoli specifici per la tutela della privacy ed il controllo sui lavoratori, ha comunque fornito una base giuridica dalla quale sono state ispirate molte altre norme ordinarie incentrate su questo tema, prima fra tutte la legge n. 300 approvata il 20 Maggio 1970, meglio conosciuta come lo Statuto dei lavoratori (SL), che inserisce la disciplina in tema di controlli nei primi articoli del suo testo normativo sottolineando come la materia dei controlli nell'ambiente lavorativo sia da sempre stata centrale nel panorama giuslavorista. Lo Statuto dei lavoratori contiene norme che segnano il raggiungimento di un primo vero minimum di tutele per i lavoratori, conquistate dopo anni di lotte per i diritti, che videro l'apice nell'autunno caldo del 1969. La legge 300 del 1970 quindi, viene emanata per garantire diritti ai lavoratori, diritti necessari anche per consentire al Paese di ritornare in una situazione di normalità dopo l'occupazione delle fabbriche e altre forme non propriamente lecite di conflitto sindacale⁷⁷. I diritti sanciti con lo Statuto dei lavoratori vengono affermati, molto spesso ponendo dei limiti ai poteri del datore di lavoro, o procedimentalizzandone l'esercizio. Tutte le decisioni della giurisprudenza riguardo l'interpretazione di questa legge in materia di controllo, partono sempre dalla premessa secondo la quale, lo Statuto dei lavoratori, con l'introduzione delle norme citate, non ha inteso sopprimere il potere di controllo del datore di lavoro, "ma ne ha semplicemente regolato i limiti di esercizio, al fine esclusivo di tutelare la dignità del lavoratore e di depurare l'attività di vigilanza dagli aspetti più odiosi, subdoli e polizieschi"⁷⁸. Per quel che concerne il tema dei controlli e della privacy, lo Statuto dei

⁷⁷G. ANTONUCCI, *Prime riflessioni sulla legge 20 Maggio 1970 n. 300*, in *Previdenza sociale*, 1970 fasc. 6.

⁷⁸F. TOFFOLETTO, *Nuove tecnologie informatiche e tutela del lavoratore*, Milano, 2006, pp. 5.

lavoratori predispone sei articoli contenuti all'interno del primo titolo del testo normativo⁷⁹, ovvero gli articoli 2-3-4-5-6-7-8.

Analizzando i singoli articoli nello specifico si nota subito come nonostante gli art. 2-3 riguardino i soggetti che operano il controllo, il legislatore abbia preferito separarli ed enunciare la disciplina in due articoli diversi e non nello stesso articolo in due commi. Ciò per sottolineare anche a livello di struttura normativa, se vogliamo di "architettura giuridica", come i controlli operati dalle guardie giurate (art.2) siano diversi e non sovrapponibili in nessuno caso con i soggetti presi in esame dall'art 3, essendo differente il fine del controllo: il primo incide sulla tutela dei beni aziendali, il secondo sulla prestazione lavorativa. L'art. 2 SL recita: "il datore di lavoro può impiegare le guardie giurate..., soltanto per scopi di tutela del patrimonio aziendale. c2 Le guardie giurate non possono contestare ai lavoratori azioni o fatti diversi da quelli che attengono alla tutela del patrimonio aziendale. c3 E' fatto divieto al datore di lavoro di adibire alla vigilanza sull'attività lavorativa le guardie giurate di cui al primo comma, le quali non possono accedere nei locali dove si svolge tale attività, durante lo svolgimento della stessa, se non eccezionalmente per specifiche e motivate esigenze attinenti ai compiti di cui al primo comma". Questo articolo che come già detto, consente la tutela del patrimonio aziendale con l'ausilio delle guardie giurate, legittima i cosiddetti controlli difensivi, che saranno più avanti oggetto di esame specifico, ponendo però un divieto di controllo dei dipendenti attraverso le guardie giurate. Divieto che è rivolto in primo luogo al datore di lavoro(c3), ma in secondo luogo alle guardie giurate stesse sancendo all'ultimo comma delle sanzioni a loro carico se travalicano i loro compiti.

⁷⁹ Titolo rubricato "della libertà e dignità del lavoratore", al fine di sottolineare l'attribuzione diretta di questi diritti ai lavoratori e non alle organizzazioni sindacali di cui lo Statuto si occupa in un altro titolo, ed inoltre rompere con il passato dove il lavoratore era sottoposto all'incondizionato potere di controllo del datore di lavoro, attribuendo invece dei diritti invalicabili da qualsiasi potere datoriale per salvaguardare la libertà e dignità della persona. Quindi il lavoratore viene considerato dalla norma non solo come prestatore di lavoro, ma anche come persona alla quale non devono essere pregiudicati quei diritti a cui fa riferimento anche l'art.2 Cost.

L'art. 3 SL invece legittima il potere di controllo del datore di lavoro sul lavoratore in quanto tale, ovvero di soggetto che si impegna a prestare la propria opera al servizio altrui per una retribuzione. Il datore di lavoro può controllare che la prestazione venga eseguita correttamente dal prestatore di lavoro, ma allo stesso tempo sarebbe impossibile pretendere in realtà aziendali di medio - grande dimensione, che sia soltanto il datore di lavoro a controllare l'adempimento; l'art 3 SL infatti consente al datore di lavoro di delegare il controllo, sancendo allo stesso tempo nei suoi confronti l'onere di rendere noto chi svolge funzioni di vigilanza. La norma così recita a tal proposito: "I nominativi e le mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa debbono essere comunicati ai lavoratori interessati". Il precetto legittima quindi tanto il controllo lecito, che quello palese, vietandone lo svolgimento a soggetti la cui mansione-funzione non è nota ai lavoratori. Questa norma è da leggere in relazione all'articolo seguente (art 4-impianti audiovisivi), che completa l'impalcatura giuridica necessaria per vietare tutte le forme possibili di controlli occulti, che sarebbero molto facili da porre in essere con l'utilizzazione delle moderne tecnologie.

La norma consente l'uso delle tecnologie per il controllo a distanza solo in ipotesi tassative e soprattutto soltanto a seguito di una procedura di garanzia dei lavoratori svolta o con le rappresentanze sindacali, o con le commissioni interne, o infine con l'ispettorato del lavoro. Questo articolo pensato per vietare tout court, l'uso indiscriminato delle telecamere, essendo uno dei pochi strumenti di controllo a distanza esistenti ed utilizzabili nel lontano 1970, ha dovuto fronteggiare nuove tecnologie che permettono dei controlli molto efficaci su qualsiasi attività svolta dal lavoratore, delle volte anche quando lo stesso non si trovi più nella sede lavorativa, basti pensare al controllo sul telefono satellitare o il gps su mezzo di trasporto ad uso promiscuo privato-lavorativo⁸⁰. Nonostante le nuove tecnologie abbiano messo a dura prova il

⁸⁰ A. AMBROSINO - F. CASTIGLIONE, *Nuove forme di controllo a distanza dell'attività lavorativa: aspetti sostanziali e processuali della disciplina statutaria*, in *Lavoro e previdenza oggi*, fasc. 7-8.

testo dell'art 4 SL, lo stesso non è stato mai modificato nel tempo in quanto essendo molto generale,(si parla soltanto di impianti audiovisivi e apparecchiature con finalità di controllo) permette di far rientrare ogni nuovo mezzo di controllo⁸¹ tranne quelli svolti di persona da uno dei soggetti dell'art 3 SL. Il testo prevede: "E' vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. c2 gli impianti e le apparecchiature che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero da sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure in mancanza di queste, con la commissione interna. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l'Ispettorato del lavoro, dettando, ove occorra, le modalità per l'uso degli impianti". Il c3 sancisce la disciplina transitoria per gli impianti già presenti all'entrata in vigore della norma quindi non è più rilevante, c4 infine consente il ricorso entro 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento dell'ispettorato del lavoro al Ministro per il lavoro e la previdenza sociale. Analizzando la norma, come già detto, si rileva che il primo comma pone un divieto generale, mentre il secondo comma circoscrive il significato del primo comma stesso, rendendo il divieto di controllo a distanza non più assoluto, legittimandolo in ipotesi limitate e tassative, non suscettibili di interpretazione estensiva dato il carattere di eccezionalità. Le esigenze protette dal c. 2, sono tali poiché il legislatore le ritiene meritevoli di tutela, anche se vanno a limitare la privacy del lavoratore, in quanto coinvolgono dei beni giuridici di primaria importanza ovvero la sicurezza del lavoro (salute), organizzazione-produttività (iniziativa economica, attività economica come produzione di ricchezza). Quindi in definitiva i controlli a distanza saranno legittimi, sempre previo accordo con le organizzazioni sindacali o Ispettorato del lavoro, soltanto se la fattispecie di

⁸¹ P. DUI, *Monitoraggio della posta elettronica e accesso a internet, nota a sentenza Cass. 4375/2010*, in *Il lavoro nella giurisprudenza* 8/2010.

riferimento per la quale i controlli sono necessari possa essere inquadrata in una di quelle meritevoli di tutela suddette. Compito del datore di lavoro sarà quindi quella di dimostrare la sussistenza delle esigenze, cercando di utilizzare quei mezzi di controlli a distanza che oggi la tecnologia offre a tutela dell'esigenza aziendale, non invadendo troppo la sfera privata dei lavoratori, così da raggiungere più velocemente un accordo con le organizzazioni sindacali, se presenti, ricercando quindi una soluzione più condivisa, sempre consigliabile in clima aziendale, evitando il ricorso all'Ispettorato del lavoro. "Il dissenso dei lavoratori pur se teoricamente sussistente, in quest'ottica non è realisticamente ipotizzabile. L'accordo funziona quindi come condizione di liceità per l'esercizio del potere di controllo"⁸², vincolando tutti i lavoratori alle dipendenze del datore di lavoro. Si può concludere col dire quindi che il legislatore attraverso l'art. 4 ha affermato la diffidenza verso un'utilizzazione indiscriminata dei prodotti tecnologici, infatti, il legislatore avvertendo la pericolosità, per la libertà e la dignità dei lavoratori, insita in una forma di controllo siffatta⁸³, ha deciso di limitarli notevolmente e quindi consentirli soltanto in ipotesi dove non se ne potesse fare a meno.

L'art 5 dello Statuto dei Lavoratori, invece introduce i cosiddetti controlli sanitari, sancendo come principio generale il divieto dei controlli diretti da parte del datore di lavoro sul lavoratore stesso. Infatti, al primo comma è affermato il divieto assoluto di accertamenti sanitari sul lavoratore: "sono vietati accertamenti da parte del datore di lavoro sull'idoneità e sull'infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente". Dopo aver enunciato questo divieto, la struttura della norma sembra, prima facie, ricalcare quella dell'articolo precedente laddove ad un divieto nei commi successivi seguono delle eccezioni, cosa che invece in questo articolo non avviene. Infatti, i commi 2-3 individuando soggetti che possono svolgere gli accertamenti non includono mai il datore di lavoro o soggetti a lui strettamente collegati. Il comma secondo

⁸² B. VENEZIANI, *Sub art. 4*, in *Lo Statuto dei lavoratori, Commentario* diretto da G. Giugni, Milano, 1979, p28.

⁸³ A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, op. cit.

individua i servizi ispettivi degli istituti previdenziali come organo competente quando un controllo sull'infermità del lavoratore sia richiesto dal datore di lavoro. Il comma terzo invece riserva la possibilità di controlli sulla idoneità fisica del lavoratore ad enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico. La norma seleziona questi soggetti poiché presentano il carattere della neutralità rispetto ad altri che ad esempio dipendendo dal datore di lavoro e potrebbero essere influenzati nel giudizio⁸⁴. Il divieto all'accertamento diretto dello stato di salute del lavoratore opera, non soltanto nel rapporto di lavoro già costituito, ma estende la sua portata anche nella fase di assunzione⁸⁵. Il lavoratore una volta sottoposto a controllo può in caso di visita medica che ritiene non corrispondente al vero, creare un contraddittorio tra accertamenti medici, producendo una certificazione medica del proprio medico di fiducia, senza assentarsi quindi sic et simpliciter, a questo punto il datore di lavoro non può provare l'inesistenza della malattia o la non veridicità delle attestazioni di parte richiamando l'esito della visita fiscale, ma deve ricorrere ad un nuovo controllo⁸⁶. Con quest'apparato giuridico si preserva la neutralità del controllo e si attribuisce comunque al lavoratore, laddove il controllo per una qualsiasi ragione non sia stato comunque neutro o veritiero, di opporvi una certificazione medica che ha pari valore di quella degli enti pubblicistici o dei medici fiscali⁸⁷. In questo modo, a meno che ci si trovi in presenza di falsi materiali o ideologici, per determinare quale certificazione medica debba prevalere, opera il criterio cronologico.

Per quanto riguarda invece l'articolo 6, questo si occupa delle visite personali di controllo, ovvero quei controlli che avvengono direttamente sulla persona

⁸⁴ R. PRELATI, *Sul potere del datore di lavoro di disporre accertamenti sanitari sulla persona del lavoratore*, in *Il diritto del lavoro*, 1974 fasc. 4 pp. 103 ss., sostiene infatti che il sistema di controllo post Statuto è caratterizzato, a differenza del precedente fortemente squilibrato dalla parte del datore di lavoro, da una forte ricerca della neutralità degli accertamenti al punto da renderli difficili in alcuni casi.

⁸⁵ F. PALAZZO, *Gli accertamenti sanitari prima dell'assunzione al lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 1998

⁸⁶ Cassazione n. 10370/94.

⁸⁷ G. GALLI, *Brevi osservazioni in tema di contrasto di accertamenti sanitari in caso di malattia del lavoratore e sugli effetti dei licenziamenti intimati prima della scadenza del periodo di comporto*, nota a Cass. sez. lav. 11 novembre 1982, n. 5969, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1984, fasc. 3-4.

del lavoratore ai fini di tutela del patrimonio aziendale. Fondamentali sono il primo e secondo comma della norma: “ c.1 le visite personali di controllo sul lavoratore sono vietate fuorché nei casi in cui siano indispensabili ai fini della tutela del patrimonio aziendale, in relazione alla qualità degli strumenti di lavoro o delle materie prime o dei prodotti.c2 In tali casi le visite personali potranno essere effettuate soltanto a condizione che siano eseguite all’uscita dei luoghi di lavoro , che siano salvaguardate la dignità e la riservatezza del lavoratore e che avvengano con l’applicazione di sistemi di selezione automatica riferiti alla collettività o a gruppi di lavoratori.” La norma prosegue con due commi, quasi identici agli ultimi due dell’articolo 4 dello Statuto stesso prescrive infatti, la necessità che questi controlli siano stati concordati con le rappresentanze sindacali o commissioni interne o Ispettorato del lavoro ed inoltre stabilisce la procedura di impugnazione avverso i provvedimenti dell’ispettorato del lavoro. La norma acconsentendo al datore di lavoro di procedere al controllo del suo patrimonio, bilancia questo potere con i diritti alla riservatezza e alla dignità, stabilendo che i controlli debbano essere svolti solo se strettamente necessari e nel rispetto della dignità dei lavoratori⁸⁸.

L'art. 7 SL rubricato sanzioni disciplinari, non si occupa di controllo dei lavoratori, ma ha comunque a che fare con esso, in quanto il controllo del datore di lavoro può portare a rilevare un inadempimento del prestatore di lavoro, che viene quindi sanzionato per giustizia retributiva e preventiva⁸⁹. Il datore di lavoro non è libero nell’irrogare le sanzioni disciplinare, ma deve seguire la procedura contenuta nell'articolo in oggetto, ispirata al principio di trasparenza e al principio del contraddittorio. Le sanzioni disciplinari, infatti, devono essere conosciute dai lavoratori, attraverso la pubblicazione di un codice disciplinare dove vengono predeterminate in dettaglio le infrazioni, tutelando così l'interesse del lavoratore a conoscere i limiti ai quali deve attenersi nello svolgimento della prestazione lavorativa e le conseguenze cui

⁸⁸ F. BANO, *Alcune note sulle visite personali di controllo, nota a Cass. sez. Lav. 29 Ottobre 1999, n. 12197*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, fasc. 3.

⁸⁹ L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973.

potrà andare incontro qualora violi le norme ivi contenute. Ulteriore garanzia per gli interessi dei lavoratori è la specifica procedura di contestazione dell'addebito al lavoratore, che obbliga il datore di lavoro ad attendere cinque giorni dalla contestazioni di fatti che comportano sanzioni più gravi del rimprovero verbale, prima di irrogare la sanzione, dando così la possibilità al lavoratore di raccogliere prove a sua difesa e collegarsi con le strutture sindacali⁹⁰. Anche in caso di irrogazione della sanzione a seguito di questo procedimento al lavoratore è data ulteriore possibilità di far valere i propri interessi attraverso le procedure previste dai contratti collettiva oppure una procedura arbitrale (ferma restando la facoltà di adire l'autorità giudiziaria) così come già è stato descritto nel primo capitolo.

L'articolo 8 dello Statuto, sancisce il divieto di controllo persino delle opinioni del lavoratore, poiché il datore di lavoro da questi non può pretendere altro che l'esatto adempimento della prestazione lavorativa, senza discriminarlo quindi per il suo pensiero se non attinente con il lavoro come invece può accadere nelle organizzazioni di tendenza dove l'opinione ed i convincimenti personali entrano prepotentemente all'interno dell'esecuzione della prestazione lavorativa. Le organizzazioni di tendenza sono, ad ogni modo, un'eccezione. La norma quindi sancendo la libertà di pensiero dei lavoratori afferma un principio di grande civiltà giuridica che è naturale trasposizione nell'area giuslavorista dell'articolo 21 della Carta Costituzionale⁹¹. La libertà di pensiero viene garantita al lavoratore, non solo durante il rapporto di lavoro, ma persino anteriormente alla costituzione dello stesso nella fase di selezione del personale, anche i cd test attitudinali, coinvolgenti aspetti della personalità rientrano nel divieto posto dalla norma⁹². Il discrimine per potere controllare o meno la personalità del lavoratore è individuato nella rilevanza con la

⁹⁰ G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972

⁹¹ Art 21 Cost: " Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto ed ogni altro mezzo di diffusione.

⁹² V. MORMANDO, *La tutela penale della privacy nello Statuto dei lavoratori*, in *Diritto penale e processo* n. 9/2007.

valutazione dell'attitudine professionale⁹³, requisito quindi in un primo momento non facilmente individuabile, nel quale potrebbe entrare quasi tutto se interpretato in senso estensivo. Nello specifico l'articolo 8 prevede: "è fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché sui fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore". Nel nostro ordinamento non esiste un generale divieto di indagini sulle persone, ma singoli divieti di raccolta dati e collegati all'intrusione in particolari aree private, l'articolo 8 è una di quelle norme particolari che sanciscono dei divieti aggiuntivi per l'area lavoristica, in quanto estende la tutela della riservatezza del lavoratore rispetto a quella del comune cittadino, in considerazione del particolare rischio cui va incontro il primo a causa dello specifico contatto che instaura con il datore di lavoro⁹⁴. Inoltre la fattispecie vietata dalla norma non accade in tutti i casi in cui il datore di lavoro viene a conoscenza di dati attinenti alla sfera privata del lavoratore. Infatti se il datore di lavoro senza un comportamento attivo e volontario accede a dei dati personali del lavoratore, senza compiere quindi nessun tipo di indagine, non può essere sanzionato a meno che ricada successivamente in un comportamento discriminatorio alla luce delle informazioni indirettamente acquisite. In conclusione si può affermare che non tutti i dati personali senza rilevanza con la professione siano da considerare vietati dalla norma, al punto che sono lecite quelle forme di indagini come ad esempio questionari su cibi della mensa che non vanno a danneggiare la libertà del lavoratore. Riguardo alla libertà d'opinione in tema sindacale, l'art. 26 dello Statuto, nella versione precedente all'abrogazione del secondo e terzo comma, garantiva ai lavoratori la segretezza riguardo il versamento dei contributi sindacali senza quindi la

⁹³ A. TAMPIERI, *La Costituzione del rapporto e la tutela della riservatezza del lavoratore*, in *La tutela della privacy del lavoratore*, direzione: F.Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, Torino, 2000, pp. 12.

⁹⁴ A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, op. cit.

possibilità d'intromissione del datore di lavoro⁹⁵. In seguito, però, come detto, la prassi ha suggerito al legislatore di abrogare gli ultimi due commi, poiché erano gli stessi contratti collettivi a prevedere che fosse direttamente il datore di lavoro a versare i contributi sindacali alle organizzazioni, alla luce dei buoni climi aziendali diversi sicuramente da quelli di fine anni '60, che richiesero una norma garantisca come l'originario articolo 26 SL.

Nell'analisi degli articoli dello Statuto dei lavoratori finora non è stato posto l'accento sulla sanzione in caso di lesione dei diritti dei lavoratori presi in oggetto, a questa esigenza pone rimedio in particolare l'articolo 38 rubricato "disposizioni penali". La norma si riferisce agli articoli 2-5-6-15 (anche gli articoli 4 e 8 SL attraverso il rinvio dell'art. 171 del d.lgs. 196/03) e considera reati le violazioni dei diritti in essi sanciti, prevedendo come pena, salvo che il fatto non costituisca reato più grave, l'ammenda da €154 a €1.549 o l'arresto da 15 giorni ad un anno e nei casi più gravi anche l'applicazione congiunta delle pene dell'ammenda e dell'arresto⁹⁶. "L'art. 38 non esaurisce gli strumenti a carattere afflittivo originariamente previsti dalla l. 300/1970 per l'operatività, su zone-limitrofe⁹⁷, degli articoli 18 e 28, oltre che dell'abrogato art. 33, di talché, in caso di concorso di reati la clausola di riserva parzialmente indeterminata ("salvo che il fatto costituisca più grave reato") configura la sussidiarietà espressa dalla norma incriminatrice rispetto ai reati più gravi⁹⁸.

2.3 Il codice civile

Nell'analisi di un qualsiasi istituto riguardante materie privatistiche non può non farsi riferimento alla normativa dettata dal codice civile, pur se non in maniera dettagliata e mirata contiene delle norme riguardo la materia

⁹⁵ L. FICARI, *Modalità di riscossione dei contributi sindacali e principio di segretezza del versamento, nota a pret. di Lucca 11 Settembre 1973*, in *Il diritto del lavoro*, 1974, fasc. 2.

⁹⁶ L'articolo 38, in combinato disposto con l'articolo 28, che però si riferisce alla condotta antisindacale, quindi non strettamente rientrante in ciò finora analizzato dello Statuto dei lavoratori, predispone un sistema sanzionatorio efficace e soprattutto molto severo verso il datore di lavoro trasgressore, sottolineando quindi l'interesse del legislatore stesso acciocché questi diritti non vengano lesi e costituiscano un nucleo irrinunciabile di diritti dei lavoratori.

⁹⁷ C. SMURAGLIA, *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1980.

⁹⁸ V. MORMANDO, *La tutela penale della privacy nello Statuto dei lavoratori*, op. cit.

giuslavorista del controllo e privacy dei lavoratori. Il codice civile in molti rapporti obbligatori garantisce al creditore degli strumenti e dei poteri tali da controllare l'adempimento del debitore (locazione ed appalto ad esempio) e vedere soddisfatti al meglio i suoi diritti. Il legislatore del '42 ha considerato ancora più rilevante il controllo del datore di lavoro sulla prestazione del lavoratore, considerata la diversità dei soggetti e soprattutto dei rischi di carattere economico, organizzativo che il datore corre in quanto deve coordinare tra loro diversi prestatori di lavoro e risponde del loro operato. A tal proposito il codice riserva al lavoro un intero capitolo del codice civile(V), e nello specifico, al rapporto di lavoro, il titolo II capo I sezione III, dove sono inseriti alcuni articoli riferiti maggiormente al potere di controllo del datore di lavoro. Le disposizioni che vanno analizzate sono quindi il 2104-2105-2106 c.c.⁹⁹. I primi due articoli non si riferiscono direttamente al potere di controllo del datore di lavoro, bensì prescrivono dei doveri del lavoratore che vengono utilizzati in fase di controllo come parametri per valutare la condotta del prestatore di lavoro. Il lavoratore deve adempiere la propria prestazione secondo la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. Deve inoltre attenersi alle direttive impartite dal datore di lavoro e dai suoi collaboratori, essere fedele verso l'imprenditore, non divulgando notizie riservate e non facendo nei suoi confronti nessun tipo di concorrenza. Al lavoratore quindi viene richiesta maggior diligenza, correttezza e buona fede nell'adempimento della prestazione lavorativa rispetto agli altri soggetti passivi di rapporti obbligatori presi in esame dal codice; lo si spiega considerando l'importanza data dal legislatore del '42 al lavoro ed all'interesse dell'imprenditore, ovvero soggetto produttore di ricchezza anche in favore della nazione¹⁰⁰.

⁹⁹ Così rubricati: 2104 diligenza del prestatore di lavoro; 2105 obbligo di fedeltà; 2106 sanzioni disciplinari.

¹⁰⁰ Interesse superiore della produzione nazionale è come già osservato un parametro previsto dal 2104 per determinare la diligenza necessaria del lavoratore, ma che oggi non arricchisce per nulla la

Il legislatore simmetricamente ai doveri attribuiti ai lavoratori, attribuisce al datore di lavoro il potere di sanzionare lui stesso il mancato rispetto dei suddetti doveri attraverso l'irrogazione di sanzioni disciplinari previste appunto dall'art 2106 c.c. Il potere disciplinare è un potere eccezionale tra i privati, il legislatore acconsente ad un soggetto una forma di autotutela verso un comportamento illegittimo senza dover ricorrere ad un giudice che lo accerti. Il potere di carattere eccezionale è una necessità, in quanto è il meccanismo attraverso il quale il datore di lavoro reprime tempestivamente e, tranne in casi estremi, in forma conservativa, una condotta che viola una regola legale o contrattuale e che se non idoneamente e rapidamente punita potrebbe danneggiare il datore di lavoro. L'art 2106 non pone alcun limite al datore di lavoro nell'esercizio di questo potere se non quello della proporzionalità ovvero della correlazione tra inadempimento e sanzione; però è da aggiungere che seppure nello schema normativo iniziale (sistema codicistico) nulla più è prescritto riguardo le sanzioni disciplinari, come già analizzato nel capitolo precedente, nel '70 lo Statuto dei lavoratori, aggiunge degli ulteriori limiti e soprattutto con la procedimentalizzazione del potere e la trasformazione del potere di controllo, così come anche quello sanzionatorio, da controllo arbitrario e assoluto sul lavoratore persona a controllo sulla prestazione lavorativa esercitato entro precisi limiti legali.

2.4 Il codice della privacy

Analizzando le fonti del diritto in materia di controllo e privacy, si ci muove sempre tra due riferimenti normativi che tracciano la via del giurista-interprete, il primo pocanzi citato è la legge 300/70, il secondo è il dlgs 196/03, meglio conosciuto come codice della privacy¹⁰¹. In Italia la prima normativa in materia

diligenza richiesta, ma contestualizzando storicamente il codice civile si comprende immediatamente, come al culmine periodo di autarchia fascista, l'imprenditore fosse visto come un produttore di ricchezza non solo per se stesso ma anche per l'intera nazione e quindi meritevole di tutela anche a discapito dei suoi stessi lavoratori.

¹⁰¹ R. LATTANZI, *Dallo Statuto dei lavoratori alla disciplina per la protezione dei dati personali*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, fasc. 1.

di privacy è stata indotta da parte dell'Unione Europea attraverso l'emanazione della direttiva 95/46 e il rispetto degli accordi di Schengen, al fine di uniformare tra loro le discipline sulla privacy già previste in alcuni Paesi UE o introdurle per la prima volta come è avvenuto appunto in Italia. L'Italia ha recepito la direttiva 95/46 con il dlgs 675/96, il primo atto normativo il cui tema è la tutela della privacy, entrato in vigore il 1 Gennaio 1997. A questo primo testo legislativo sono seguiti altri interventi disorganici del nostro legislatore, che hanno reso dopo pochi anni una difficile percezione della disciplina sulla privacy poiché frammentati in diversi atti normativi.

2.4.1 Principi generali del codice della privacy

In ragione di quanto sopra, è nata l'esigenza di emanare un testo unico, il codice della privacy entrato in vigore il 1 Gennaio 2004¹⁰². La prima parte del codice stabilisce dei principi generali e delle regole che si applicano verso tutte le persone i cui dati sono oggetto di trattamento; sostanzialmente ed in estrema sintesi si possono evincere alcuni principi tra cui: principio del diritto alla protezione dei dati personali (diritto alla protezione dei dati personali elevato a rango di diritto costituzionale); principio di necessità obbligo di trattare solo ed esclusivamente i dati effettivamente necessari per il fine da perseguire); principio di buon trattamento (trattamento dei dati secondo disposizioni normative e secondo un principio generale di correttezza, e soltanto per il tempo necessario per la finalità prefissata); principio di trasparenza (conoscibilità in ogni momento delle informazioni attinenti al trattamento dei propri dati); principio del consenso (escludendo alcune eccezioni consenso necessario per un corretto trattamento dei dati; principio della sicurezza (adozione delle misure minime di sicurezza per evitare danni dovuti al trattamento dei dati)¹⁰³. I dati personali quindi sono considerati con l'introduzione di questa normativa un'estensione della sfera privata del

¹⁰² S. RODOTA', *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa*, in *Europa e diritto privato*, 2004, fasc. 4.

¹⁰³ G. FAGGIOLI, A. ROZZA, *Privacy per posta elettronica e internet in azienda*, Milano, 2008, pp. 14-15.

soggetto, il quale ha il diritto di controllarla ed avere sempre la percezione di tutte le modalità ed i fini per i quali i suoi dati sono trattati.

2.4.2 Titolo VIII - Lavoro e previdenza sociale

La seconda parte del testo normativo invece, è quella che più attiene alla trattazione di quest'opera e riguarda le disposizioni speciali relative a specifici settori, tra cui quello giuslavorista, inserito il titolo VIII (art. 111-116) rubricato lavoro e previdenza. Ad esempio, l'articolo 112 riconosce al trattamento dei dati personali per finalità di instaurazione e gestione da parte di soggetti pubblici di rapporti di lavoro di qualunque tipo, finalità di rilevante interesse pubblico ai sensi degli articoli 20-21 della parte generale, permettendo così il trattamento anche dei dati considerati sensibili stante l'importanza accordata alla costituzione di un rapporto di lavoro. Nel secondo comma l'articolo esplicita alcuni trattamenti che rispettano questa finalità: applicare la normativa in materia di collocamento obbligatorio ed assumere anche personale appartenente a categorie protette; garantire le pari opportunità; accertare il possesso di particolari requisiti previsti per l'accesso a specifici impieghi; adempiere agli obblighi connessi allo stato giuridico ed economico; adempiere ad obblighi previsti dalla normativa in materia di igiene e sicurezza del lavoro, o sicurezza e salute della popolazione, nonché in materia sindacale; applicare la normativa in materia di previdenza e assistenza ivi compresa quella integrativa; svolgere attività dirette all'accertamento della responsabilità civile, disciplinare e contabile ed esaminare i ricorsi amministrativi; comparire in giudizio a mezzo dei propri rappresentanti o partecipare a procedure di arbitrato o conciliazione; salvaguardare la vita o l'incolumità fisica dell'interessato o di terzi; gestire l'anagrafe dei pubblici dipendenti e applicare la normativa in materia di assunzioni di incarichi da parte dei dipendenti pubblici, collaboratori e consulenti; applicare la normativa in materia di incompatibilità e rapporti di lavoro a tempo parziale; svolgere l'attività di indagine e ispezione presso soggetti pubblici; valutare la qualità dei servizi resi e dei risultati conseguiti. In tutti questi casi considerando la meritevolezza della

finalità della raccolta dati (salute, diritto al lavoro, diritti sindacali assistenza) il legislatore ha ritenuto acconsentire al trattamento dei dati più intimi della sfera privata quelli sensibili e quelli giudiziari.

Gli articoli 113-114 invece danno immediata percezione di quanto il codice della privacy sia un testo molto chiaro, che riesce a coordinare bene le sue norme con quelle già precedentemente in vigore¹⁰⁴. Riguardo alla raccolta di dati per pertinenza e controllo a distanza, infatti, non fa altro che rimandare rispettivamente agli art. 4 e 8 dello Statuto dei lavoratori riconoscendo quelle norme ancora in grado di tutelare efficacemente la privacy dei lavoratori, senza bisogno quindi di inutili duplicazioni di norme con conseguente complicazioni della materia a discapito anche della chiarezza normativa. Dall'esame di queste due norme si comprende come già lo stesso Statuto dei lavoratori, oltre a limitare il potere di controllo del datore di lavoro attribuisse un primo prototipo di diritto alla privacy al lavoratore, sebbene fosse un diritto indisponibile, limitabile solo in casi eccezionali (ved. art 4 c.2), ma solo con il consenso collettivo e non con quello individuale; il codice della privacy, invece, già nella sua prima veste con il dlgs del 1996 fa diventare la privacy un diritto disponibile da parte del suo titolare. La diversità fra le due normative pare si spieghi in base alla circostanza che lo Statuto dei lavoratori è diretto a tutelare specificatamente il contraente debole del rapporto di lavoro, all'opposto il dlgs sulla privacy si fonda sulla diversa ratio di consentire la libera circolazione dei dati, resa necessaria dall'attuale società d'informazione, senza che ciò arrechi danno a coloro cui i dati si riferiscono. Nel primo caso, evidentemente, la tutela non poteva fondarsi sul consenso del lavoratore, in quanto soggetto potenzialmente portatore di condizionamenti o pressioni esterne; nel secondo

¹⁰⁴ POLICELLA E.O., *Il controllo dei dipendenti tra Codice della privacy e Statuto dei lavoratori*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 10/2004.

caso invece le misure di protezione della sfera personale ben possono fondarsi sulla libera autodeterminazione individuale¹⁰⁵.

L'art 115 prende ad oggetto due forme di lavoro particolari dal punto di vista del luogo della prestazione lavorativa, che si prestano molto ad una commistione da sfera privata e rapporto di lavoro, con possibili violazioni della riservatezza: il telelavoro ed il lavoro a domicilio. Entrambe le forme di lavoro si svolgono all'interno delle mura domestiche: il telelavoro si svolge all'intero dell'abitazione del lavoratore, il lavoro a domicilio invece all'interno dell'abitazione dello stesso datore di lavoro. Nel primo caso si dovrà preservare la sfera privata del lavoratore da intromissione del datore nell'esercizio dei suoi poteri a distanza, mentre nel secondo caso è la privacy di quest'ultimo che deve essere tutelata da invasioni non giustificate del datore.

L'art. 116 si riferisce infine agli istituti di patronato e assistenza sociale, riconoscendogli il diritto, nell'ambito del mandato conferito dall'interessato, ad accedere alle banche dati dei soggetti eroganti le prestazioni, riguardo ai tipi di dati individuati specificatamente con il consenso manifestato ai sensi dell'art. 23. Tale disposizione è centrale nel codice della privacy. Essa legittima il corretto e lecito trattamento dei dati personali, soltanto quando esso fa seguito al libero consenso dell'interessato (tranne nei casi eccezionali previsti dall'art 24 dove è possibile il trattamento dei dati personali senza consenso per tutelare esigenze ancora più meritevoli del diritto di privacy che si limita a loro vantaggio). In materia giuslavorista, inoltre, una novità introdotta dal dlgs 196/03 è stata la banca dati nazionale del lavoro, ovvero un sistema aperto di incontro tra la domanda e l'offerta; il sistema consiste in una banca dati alimentata mediante le informazioni immesse da operatori pubblici e privati, e liberamente consultabile sia dalle imprese che dai lavoratori. E' evidente come questo strumento funzioni in quanto al lavoratore, spinto dalla necessità di trovare un'occupazione e consapevole dei vantaggi derivanti dalla maggiore

¹⁰⁵ E. STENICO, *Il trattamento dei dati personali del lavoratore subordinato: dalla segretezza al controllo*, in *La tutela della privacy del lavoratore*, direzione: F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, Torino, 2000, pp. 12.

diffusione dei propri dati riguardo la possibilità di successo, sarà tendenzialmente indotto a non porre ostacoli alla circolazione dei propri dati¹⁰⁶. Il codice della privacy prevede all'art 167 delle sanzioni efficaci tali da rendere effettivi i diritti da esso sanciti¹⁰⁷, infatti, nel caso di trattamento illecito dei dati "salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento dei dati in violazione di quanto disposto dagli articoli 18,19,23,123,126 e 130, ovvero in applicazione dell'articolo 129 è punito, se dal fatto deriva nocimento, con la reclusione da sei a diciotto mesi o, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione, con la reclusione da sei a ventiquattro mesi"¹⁰⁸. Inoltre, "salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento dei dati personali in violazione di quanto disposto dagli articoli 17,20,21,22 commi 8 e 11,25,26,27 e 45, è punito, se dal fatto deriva nocimento con la reclusione da uno a tre anni"¹⁰⁹. Prevedendo delle sanzioni penali così afflittive il legislatore vuole punire efficacemente scoraggiandole maggiormente quelle condotte che oltre all'inidoneo trattamento dei dati, sanzionato non penalmente, col fine di trarre profitto per sé o per altri (condotta dolosa), arrecano un danno effettivo al soggetto a cui dati si riferiscono, prevedendo delle sanzioni in sostanza raddoppiate nel secondo comma, se il trattamento illecito si riferisce a dati sensibili. Il codice della privacy prevede inoltre all'art. 168, delle pene per falsità delle dichiarazioni e notificazioni al Garante, per evitare che questi dati non corrispondenti al vero, seppur non destinati alla diffusione, quindi impossibilitati ad arrecare danno agli interessati, danneggino il corretto funzionamento dell'Autorità. Nello specifico è prevista la reclusione da sei

¹⁰⁶ C. TACCONI, *La disciplina della privacy e la tutela del lavoratore*, in *Codice del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2007, pp. 507.

¹⁰⁷ U. REALFONZO, *Nuovo codice in materia di protezione dei dati personali. La responsabilità, le sanzioni e le altre forme di tutela della "privacy"*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2004, fasc. 5.

¹⁰⁸ Art. 167 c.1 d.lgs. 196/03.

¹⁰⁹ Art. 167 c.2 d.lgs. 196/03.

mesi a tre anni quindi una sanzione molto severa e in teoria altrettanto dissuasiva dal commettere il reato.

Nonostante negli ultimi anni tutti i Paesi dell'Unione Europea hanno visto aumentare il dibattito interno sulla privacy ed hanno risposto con normative specifiche d'ispirazione comunitaria (la direttiva 95/46 UE), la Commissione europea ha approvato nel Gennaio 2012 una proposta di regolamento sui dati personali, che avendo efficacia diretta in tutti gli Stati membri, andrebbe a sostituirsi alla disciplina dettata dal dlgs 196/03 e renderebbe uniforme in tutta l'Unione Europea il diritto alla privacy, consacrando definitivamente questo "recente" diritto come uno tra quelli più importanti della persona umana.

2.5 Normative dell'Unione Europea

Come accennato in precedenza, l'intervento dell'Unione Europea per l'affermarsi del diritto alla privacy negli ordinamenti interni dei Paesi membri è stato fondamentale in quanto, si tratta di un diritto non appartenente alla tradizione giuridica dei Paesi dell'Europa continentale. Infatti il diritto alla privacy negli ordinamenti anglosassoni da cui proviene è un diritto giurisprudenziale, per l'introduzione del quale appunto l'UE ha dovuto tracciare le linee guida. Prima però di analizzare gli atti dell'Unione Europea è necessario osservare che a ben vedere il diritto alla privacy viene solennemente riconosciuto già dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo nel 1948 all'art 12¹¹⁰ e dalla Convenzione europea per la protezione dei diritti umani nel 1950 all'art. 8¹¹¹, Carte dei diritti alle quali anche l'Italia ha aderito; va osservato altresì che in questa fase l'enunciazione è principalmente un

¹¹⁰ " Nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni".

¹¹¹ "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".

affermazione astratta del diritto, ancora difficilmente giustiziabile. Il quadro cambia con l'intervento della già citata direttiva CE 95/46 relativa all'elaborazione e alla libera circolazione dei dati personali, approvata il 24 Ottobre 1995 dal Parlamento Europeo e dal Consiglio, con l'obbligo di essere recepita dagli Stati Membri entro il 31 Dicembre 1996¹¹². L'obiettivo dichiarato della direttiva è quello di introdurre un livello minimo di protezione individuale, e di garantire una tutela generale della privacy e quindi un trattamento dei dati personali intendendo per questi ultimi qualsiasi tipo di informazione che renda identificabile una persona con riferimento ad un numero o ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale.

Senza ripetere i principi che sancisce la direttiva, già elencati abbondantemente nel paragrafo precedente, una delle principali peculiarità dell'atto dell'Unione Europea è l'istituzione di apposite autorità di controllo in ogni Paese membro in modo da controllare l'effettività di questi diritti ed apprestare quindi un apparato di controllo apposito. Autorità di controllo che non si sostituiscono all'ordinaria autorità giudiziaria, ma vi si aggiungono garantendo un'alternativa azionabilità dei propri diritti in tema di privacy, consentendo una maggiore celerità delle risposte giudiziali in particolare in quei Paesi, tra cui l'Italia, dove i tempi della giustizia ordinaria sono molto lenti. Le autorità di controllo non sono altro che delle autorità indipendenti già conosciute nelle esperienze giuridiche di molti Paesi Europei, mentre in Italia il Garante per la protezione dei dati personali era al momento dell'istituzione un qualcosa di nuovo per il nostro ordinamento, che solo pochi anni prima aveva istituito l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e l'Autorità per l'energia e il gas. Al Garante della privacy si può rivolgere qualsiasi soggetto che ritenga leso il suo diritto alla privacy, secondo la tutela che gli garantisce la normativa ad hoc. In particolare, nell'ipotesi di reclamo laddove non sia manifestamente infondato e

¹¹² L'Italia in extremis è riuscita ad emanare la legge 675/96 il 31.12.1996, ed evitare così sanzioni come l'esclusione dei benefici legati agli accordi Schengen per la libera circolazione delle persone in Europa.

sussistano le condizioni per adottare i provvedimenti di legge, il Garante, ancor prima della definizione del procedimento, può invitare il titolare del trattamento al blocco spontaneo dei dati, può altresì prescrivere le misure necessarie affinché tale trattamento rientri a norma delle disposizioni vigenti, oppure disporre il blocco, vietando l'ulteriore trattamento dei dati in questione; nel caso di ricorso, invece, esso presuppone "l'interpello preventivo" della controparte e si profila come una formula di "tutela alternativa, come detto, a quella giurisdizionale"¹¹³.

2.5.1 Direttive 2002/58, 2006/24, 2009/136, 2009/140 (privacy e nuove tecnologie)

L'operato dell'Unione Europea non si è fermato soltanto a questa direttiva sulla privacy, ma si è dimostrata sensibile all'implicazione di questo diritto con le nuove tecnologie, emanando due direttive, una del 2002 e l'altra del 2006. La direttiva 2002/58 si occupa della sicurezza dei dati che circolano in rete, fornendo una tutela specifica anche per la sfera privata nella sua manifestazione elettronica - digitale considerando le possibilità di intromissione di hacker o di virus che la rete sfortunatamente permette; inoltre, si occupa anche e soprattutto della circolazione dei dati per le chiamate telefoniche che oggi rientrano ormai nelle comunicazioni elettroniche in quanto gli strumenti attraverso i quali vengono smistate e gestite le chiamate nonché il trasferimento dei dati avviene in via digitale, senza dimenticare la gran numero di persone che utilizza ormai come mezzo consuetudinario di comunicazione l'e-mail.

La direttiva 2006/24 prosegue nel cammino già tracciato dalla 2002/58, preoccupandosi principalmente, più che di tutelare direttamente la privacy degli utenti, di predisporre degli strumenti che permettano di risalire, nel mondo magmatico delle comunicazioni elettroniche, al responsabile della violazione del diritto alla privacy focalizzandosi in primo luogo sulle

¹¹³ U. PAGALLO, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, Milano, 2008, pp 135.

cosiddette tracce elettroniche. Le tracce elettroniche sono quei dati da conservare, al fine di individuare in ogni momento i soggetti coinvolti nel trattamento dei dati, il fine, la durata, le possibili violazioni e soprattutto a chi imputarle anche se l'anonimato offerto dalla rete è un fenomeno difficile da contrastare.

Ultimo intervento è stato l'emanazione delle direttive 2009/136/ in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e la direttiva 2009/140 in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica recepite in Italia con i decreti legislativi 28 maggio 2012, n. 69 e 70. Le innovazioni di queste direttive rispetto la precedente disciplina vanno molto nel tecnico. Ad esempio, la principale novità è la cosiddetta "cookie law" (che dà anche il soprannome alla direttiva), cioè l'obbligo del consenso dell'utente per permettere l'installazione sul proprio dispositivo dei cookie, cioè dei software che permettono di studiare il comportamento dell'operatore a fini pubblicitari, mentre il precedente regime prevedeva un controllo soltanto postumo all'installazione dei cookies¹¹⁴.

Un tale numero di direttive in così poco tempo dimostra la difficoltà dell'UE a regolare compiutamente tutti i fenomeni nuovi legati alle tecnologie, a causa della velocità dei cambiamenti in questo settore, quindi il diritto non può fare altro che cercare di dare ordine, salvaguardando il diritto alla privacy solo ex post. Nell'immediato futuro le importanti evoluzioni delle tecnologie digitali, prima tra tutte la diffusione incontrollata di piattaforme wireless di condivisione e hotpost per l'accesso internet, porteranno certamente l'Unione Europea a nuovi interventi per regolare la continua digitalizzazione delle comunicazione e trattamento dei dati.

¹¹⁴ Anche nel progetto di Regolamento sulla privacy, presentato dalla Commissione Europea nel Gennaio 2012, nonostante le critiche già pervenute dal mondo informatico per la precedentemente regolamentazione, la disciplina dei cookies sembra proseguire sulla linea del consenso esplicito: "Il consenso dovrebbe essere prestato esplicitamente con qualsiasi modalità appropriata che permetta all'interessato di manifestare una volontà libera, specifica e informata, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile da cui si evinca che consapevolmente acconsente al trattamento dei suoi dati personali, anche selezionando un'apposita casella in un sito Internet o con altra dichiarazione o comportamento che indichi chiaramente in questo contesto che accetta il trattamento proposto..Non dovrebbe pertanto configurare consenso il consenso tacito o passivo".

2.6 Fonti di diritto nel pubblico impiego

2.6.1 La "riforma Brunetta"

In tema di controllo del datore di lavoro il legislatore non ha mai ritenuto necessario una differenziazione della disciplina tra lavoratore pubblico e privato come invece è avvenuto in altri settori. Tuttavia nell'ultimo periodo, anche a causa del clima sociale di sfiducia verso la "cosa pubblica", per combattere sprechi e cercare di migliorare la pubblica amministrazione è stata realizzata nel 2009 la riforma Brunetta, dlgs n.150/2009. Tale riforma, almeno nelle intenzioni, avrebbe fatto raggiungere un'elevata efficienza nel pubblico impiego attraverso lo stimolo con dei meccanismi premiali legati al merito, distribuiti soltanto a seguito di un attento controllo di organi creati ad hoc per la valutazione della performance lavorativa. Il sistema di misurazione, valutazione e trasparenza della performance, vede come momento centrale quello del controllo dell'operato svolto dai lavoratori da parte dei dirigenti che a loro volta sono controllati da un organismo indipendente. Al fine di assegnare i premi legati alla performance, infatti, i dipendenti saranno divisi in tre fasce di merito con incidenza sulla retribuzione accessoria: più alta sarà la fascia di appartenenza e più cospicua risulterà la retribuzione¹¹⁵. E' evidente che per rendere efficace questo sistema deve esserci un controllo continuo delle prestazioni dei dipendenti e soprattutto deve essere sempre possibile collegare tra loro i dati che si hanno a disposizione, anche di altre amministrazioni per ricostruire la performance del lavoratore.

Per raggiungere questo fine, infatti, è stato necessario apportare una modifica allo stesso codice della privacy da parte dell'art 14 della legge 183/2010 che ha consentito alle pubbliche amministrazioni di rendere accessibili le informazioni, inerenti alla prestazione lavorativa, di chiunque svolge una funzione pubblica e la relativa valutazione, escludendo invece la conoscibilità di infermità ed impedimenti personali e familiari, che facciano astenere dal

¹¹⁵ A. BELLAVISTA, *La riforma Brunetta: luci e ombre*, in *Vita notarile*, 2010, fasc. 2.

lavoro, nonché altre componenti concernenti il rapporto di lavoro idonee a rivelare delle informazioni, se non nei casi previsti dalla legge¹¹⁶. Il testo del codice della privacy è modificato in favore della tutela del buon andamento della pubblica amministrazione, bilanciando due diritti di rilevanza costituzionale senza sacrificare del tutto uno in funzione dell'altro. Ad esempio il legislatore ha reso possibile una restrizione della privacy del lavoratore soltanto riguardo le notizie strettamente connesse con il rapporto lavorativo, mentre nel caso di infermità o altri impedimenti personali è al diritto alla privacy che viene riconosciuta maggiore meritevolezza. In ambito pubblico come dimostrano delle pronunce del Garante della privacy, laddove è una legge o un regolamento a prevederlo, è doveroso pubblicare le sanzioni disciplinari irrogate al dipendente. Quindi a prevalere anche in questo caso sarà l'interesse della pubblica amministrazione, ritenuto preminente rispetto al dipendente che commette un illecito. Secondo la ratio degli ultimi interventi legislativi in tema di pubblico impiego, si ritiene che l'efficienza si possa raggiungere soltanto attraverso un controllo onnipresente dell'attività dei dipendenti, già dal momento dell'ingresso sul luogo di lavoro, con l'introduzione dei tornelli d'accesso a tutti i Ministeri.

2.6.2 Internet nella pubblica amministrazione: la direttiva n. 2/09

Internet stesso è stato toccato da questa ondata riformatrice, infatti con il codice dell'amministrazione digitale, la connessione flat interna alle pubbliche amministrazioni è divenuta una necessità per ogni luogo di lavoro pubblico con possibilità per i lavoratori in ogni momento di utilizzare la connessioni a fini privati nell'orario di lavoro. Per porre rimedio a questo inconveniente il Ministro Brunetta ha emanato la direttiva 26 Maggio 2009 n. 2 dando le linee guida per il controllo dei lavoratori nella navigazione internet e casella di posta elettronica, bilanciando il potere di controllo con la privacy ricorrendo al

¹¹⁶ L. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Torino, 2012, pp. 118.

criterio della proporzionalità¹¹⁷. Resta anche nel pubblico impiego il divieto di controllo a distanza ex art 4 legge 300/70, ma sono possibili dei controlli sull'uso di internet quando sono concordati con le organizzazioni sindacali. Quindi il lavoratore è a conoscenza del fatto che se dovesse utilizzare in maniera impropria gli strumenti informatici a lui affidati, potrebbe incorrere in sanzioni anche con la possibilità di configurare un danno patrimoniale nei confronti dell'Amministrazione (tra le altre sez. giurisd. Piemonte sentenza 1856/2003, sez. giurisd. Basilicata sentenza 83/2006). Controllare nel merito i siti visitati dal dipendente, sarebbe in ogni caso una lesione della sfera privata sproporzionata. Nella direttiva è utilizzato, a tal proposito, un espediente, quello cioè di impedire preventivamente qualsiasi possibilità di accesso a siti internet con dei contenuti inconciliabili con l'attività lavorativa come siti pornografici, di scommesse online, spesso anche social network, inibendo il download o upload di dati attraverso appositi software. Le modalità di controllo legittimo dell'uso di internet sono quelle individuate dal Garante per la protezione dei dati personali nelle Linee guida del 2007, richiamate dalla direttiva¹¹⁸.

¹¹⁷ Nell'esercizio del potere di controllo, le Amministrazioni devono attenersi ad alcune regole e principi generali: - innanzitutto deve essere rispettato il principio di proporzionalità, che si concreta nella pertinenza e non eccedenza delle attività di controllo. Le limitazioni della libertà e dei diritti individuali devono, infatti, essere proporzionate allo scopo perseguito; è in ogni caso esclusa l'ammissibilità di controlli prolungati, costanti e indiscriminati; - inoltre, l'introduzione di tecnologie e di strumenti per il controllo sull'uso della rete e della posta elettronica deve essere fatto rispettando le procedure di informazione/consultazione delle rappresentanze dei lavoratori previste dai contratti collettivi; - infine, i lavoratori devono essere preventivamente informati dell'esistenza di dispositivi di controllo atti a raccogliere i dati personali".

¹¹⁸ L'Amministrazione, tenendo conto delle peculiarità proprie di ciascuna organizzazione produttiva ed, eventualmente, anche dei diversi profili professionali autorizzati all'uso della rete, potrà adottare una o più delle misure indicate dalla citata deliberazione del Garante della privacy che, a mero titolo riepilogativo, si riportano di seguito: - individuazione di categorie di siti considerati correlati o meno con la prestazione lavorativa; - configurazione di sistemi o utilizzo di filtri che prevengano determinate operazioni -reputate inconfidenti con l'attività lavorativa- quali l'*upload* o l'accesso a determinati siti (inseriti in una sorta di *black list*-) e/o il *download* di file o software aventi particolari caratteristiche (dimensionali o di tipologia di dato); - trattamento di dati in forma anonima o tale da precludere l'immediata identificazione di utenti mediante loro opportune aggregazioni (ad es., con riguardo ai file di log riferiti al traffico web, su base collettiva o per gruppi sufficientemente ampi di lavoratori); - eventuale conservazione nel tempo dei dati strettamente limitata al perseguimento di finalità organizzative, produttive e di sicurezza".

In ogni caso le direttive contenute nella circolare del 2009 non inibiscono in assoluto la possibilità di utilizzo anche privato di internet sul luogo di lavoro. Infatti, il legislatore comprende come questo strumento possa far svolgere delle operazioni al dipendente ad uso privato, per le quali in mancanza della connessione online dovrebbe assentarsi dal luogo di lavoro arrecando un danno ben maggior all'efficienza amministrativa piuttosto che lo svolgersi dell'operazione in poco tempo al computer. Esempi di queste eccezioni al divieto di uso di internet privato sono il pagamento di bollette online, l'accesso ai servizi di e-banking. Per ciò che invece concerne la posta elettronica, la direttiva rimette ai dirigenti delle singole pubbliche amministrazioni di adottare regolamenti interni che chiariscano se le caselle di posta elettronica sono ad uso esclusivo o promiscuo da parte del lavoratore rendendo noto come verranno svolti eventuali controlli. Infatti, senza nessuna regolamentazione risulta difficile se non impossibile controllare, senza entrare nel merito se il lavoratore inviando una certa e-mail stia operando come organo della pubblica amministrazione o come privato.

2.7 Giurisprudenza

2.7.1 Giudice ordinario e Garante per la protezione dei dati personali

Ormai anche negli ordinamenti di civil law, dove tradizionalmente la giurisprudenza non è una fonte del diritto, l'internazionalizzazione e l'apertura degli ordinamenti tra loro sta portando anche il sistema italiano a riconoscere di fatto sempre più importanza alle pronunce giudiziali come nei sistemi di common law. Il diritto pretorio, cioè quello creato all'interno delle aule di tribunale offre un vantaggio irrinunciabile per alcuni diritti, tra cui sicuramente quello della privacy, specie riguardo ai rapporti con le nuove tecnologie, perché permettono una continua evoluzione dell'interpretazione delle norme senza dover aspettare interventi del legislatore che tradizionalmente sono molto lenti ed avvengono solitamente per dare ordine a fenomeni già manifestati.

Nella materia del diritto di privacy e potere di controllo, fondamentale oltre all'apporto del giudice ordinario, è quello del Garante della privacy che sin dalla sua istituzione non ha mai smesso di occuparsi, con continue pronunce sul tema privacy e controllo. Le pronunce del Garante dal momento della sua istituzione hanno interpretato in senso estensivo la disciplina del dlgs 675/96, così al momento di redigere il nuovo codice della privacy con il dlgs 196/03 gli orientamenti dell'Autorità sono stati fondamentali ed utilizzati come linee guide. Oltre alle pronunce giudiziali o autorizzazione al trattamento dei dati, i Garanti dei diversi Paesi europei possono emanare dei documenti che contengono delle linee guida o semplicemente il loro orientamento interpretativo su una certa questione, come è avvenuto ad esempio nel 2007, con il documento del Gruppo dei garanti europei per la tutela dei dati personali. Esso definisce meglio il concetto di dato personale, nel senso di qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile¹¹⁹. Il Garante per la protezione dei dati personali, afferma che per una gestione corretta dei dati personali dei lavoratori in ragione del rapporto di lavoro, il datore di lavoro ha l'obbligo di aggiornare le proprie banche dati con particolare riferimento alle qualifiche professionali ed ai titoli di studio, e di comunicare le variazioni a tutti i soggetti cui erano stati forniti i dati non aggiornati. Il Garante ha altresì evidenziato che il lavoratore non può comunque ottenere una rielaborazione personalizzata del proprio profilo secondo criteri da lui indicati, né richiedere la creazione di dati non esistenti negli archivi aziendali¹²⁰; inoltre il lavoratore non potrà conoscere informazioni

119 M. GOBBATO, *Il concetto di dati personali secondo i garanti europei*, 2008 su <http://www.altalex.com> : "Riguardo all'analisi della definizione di "dati personali" il Gruppo sottolinea che questa contiene quattro elementi fondamentali che sono: "qualsiasi informazione"; "concernente"; "persona fisica"; "identificata o identificabile". Detti elementi sono strettamente connessi fra loro e si alimentano reciprocamente. La natura dell'espressione "qualsiasi informazione" si considera comprenda qualsiasi tipo di affermazione su una persona, potendo ben includere quindi informazioni "oggettive" come ad esempio la presenza di una data sostanza nel sangue di una persona, ma anche informazioni "soggettive" come opinioni o valutazioni."

¹²⁰ Garante per la protezione dei dati personali, 13 Ottobre 2003.

riservate di carattere contrattuale o professionale se non strettamente e direttamente riferite all'interessato¹²¹. In genere le pronunce del Garante della privacy sono fondamentali per comprendere in che misura si possono bilanciare il diritto alla privacy ed altri diritti. Ad esempio con autorizzazione 1/2004 l'Autorità consente ai datori di lavoro di trattare dati inerenti alla fruizione di permessi e festività religiose, permettendo così indirettamente di conoscere le convinzioni religiose dei propri dipendenti, ma in questo caso si crede evidentemente che sia l'interesse datoriale a prevalere in ragione di esigenze organizzative e di retribuzione del rapporto di lavoro; il Garante ha inoltre permesso al datore di lavoro, previo consenso del lavoratore, il trattamento dei dati inerti ad organizzazioni sindacali dei propri dipendenti per rendere possibile il versamento delle quote di iscrizione al sindacato.

Il Garante ha emanato atti rivolti specificatamente all'ambito lavorativo ed alla materia del controllo dei lavoratori: il provvedimento generale sulla videosorveglianza del 29 Aprile 2004, oggi sostituito dal provvedimento del 8 Aprile 2010 senza rilevanti novità nella materia giuslavorista, ed il provvedimento generale sull'uso della posta elettronica ed internet sul luogo di lavoro del 1 Marzo 2007. Riguardo al primo provvedimento il principio di proporzionalità nell'uso di mezzi di controllo a distanza resta centrale¹²² e

¹²¹ C. TACCONI, *La disciplina della privacy e la tutela del lavoratore*, in *Codice del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2007, pp. 487.

¹²² Garante privacy provvedimento 29.04.2004: "Nel commisurare la necessità di un sistema al grado di rischio presente in concreto, va evitata la rilevazione di dati in aree o attività che non sono soggette a concreti pericoli, o per le quali non ricorre un'effettiva esigenza di deterrenza, come quando, ad esempio, le telecamere vengono installate solo per meri fini di apparenza o di "prestigio". Gli impianti di videosorveglianza possono essere attivati solo quando altre misure siano ponderatamente valutate insufficienti o inattuabili. Se la loro installazione è finalizzata alla protezione di beni, anche in relazione ad atti di vandalismo, devono risultare parimenti inefficaci altri idonei accorgimenti quali controlli da parte di addetti, sistemi di allarme, misure di protezione degli ingressi, abilitazioni agli ingressi. Non va adottata la scelta semplicemente meno costosa, o meno complicata, o di più rapida attuazione, che potrebbe non tener conto dell'impatto sui diritti degli altri cittadini o di chi abbia diversi legittimi interessi. Non risulta di regola giustificata un'attività di sorveglianza rivolta non al controllo di eventi, situazioni e avvenimenti, ma a fini promozionali-turistici o pubblicitari, attraverso *web cam* o *cameras-on-line* che rendano identificabili i soggetti ripresi. Anche l'installazione meramente dimostrativa o artefatta di telecamere non funzionanti o per finzione, anche se non comporta trattamento di dati personali, può determinare forme di condizionamento nei

combinato con la normativa dell'art.4 dello Statuto dei lavoratori; la proporzionalità deve esserci in ogni aspetto della videosorveglianza, ad esempio bisogna valutare se sia necessaria una telecamera mobile o meno, le immagini riprese debbano essere nitide o bastino sgranate. Per trattamenti che presentano rischi specifici (es. dati sensibili) il datore di lavoro dovrà comunicare l'intenzione di installare dispositivi di videosorveglianza al Garante della privacy, il quale potrà impartire delle prescrizioni preventive per meglio tutelare la privacy. Interessante è il passaggio del documento riguardo le telecamere finte, che seppur non necessitano di trattamento dei dati poiché non hanno meccanismi di ripresa funzionanti, il datore di lavoro, prima della loro installazione, deve comunque dar corso alla procedura dell'art. 4 l. 300/70 e darne comunicazione ai lavoratori, in quanto inducono la presenza di tali dispositivi può determinare forme di condizionamento nei movimenti e comportamenti delle persone. Resta invece fermo l'assoluto divieto di installazione di qualsiasi dispositivo di videosorveglianza all'interno dei luoghi riservati esclusivamente ai lavoratori come bagni o luoghi ricreativi.

Il provvedimento sull'uso di internet ed e-mail invece segue un parere già fornito nel 2001 sulla stessa materia dal Gruppo europeo dei garanti: "un datore di lavoro potrebbe avere un legittimo interesse a controllare l'efficienza dei suoi dipendenti valutandone le prestazioni nell'uso del computer (per es., monitorare quanto tempo è stato alla tastiera, il numero dei file elaborati, l'ora in cui il terminale è stato acceso e spento, ecc.) Nulla impedisce questo tipo di trattamento purché il dipendente ne sia stato preventivamente informato. Se questo tipo di sorveglianza viene realizzata all'insaputa del personale il trattamento dei dati dei lavoratori risulta contrario alle disposizioni della Direttiva 95/46/CE"¹²³. Il provvedimento del 2007 suggerisce ai datori di lavoro, considerata l'infinità di possibilità e fattispecie configurabili che la rete

movimenti e nei comportamenti delle persone in luoghi pubblici e privati e pertanto può essere legittimamente oggetto di contestazione".

¹²³ Parere del Gruppo europeo dei Garanti 13 Settembre 2001 n. 8/2001.

offre, di regolare preventivamente attraverso un regolamento interno quello che è lecito ed illecito, con le relative sanzioni. Gli elementi essenziali da disciplinare da parte del datore di lavoro in un regolamento interno sono: "l'indicazione sui tipi di comportamenti ritenuto tollerati dal titolare durante la navigazione (per es. download di software o file musicali), l'indicazione delle modalità di condivisione dei file sulla rete; con riferimento alla utilizzazione della posta elettronica, l'indicazione dei limiti dell'utilizzo della stessa per scopi personali ed in quale periodo (per. es. fuori dall'orario di lavoro); con riferimento alle informazioni registrate, l'indicazione di quelli che vengono memorizzate anche temporaneamente (per es. componenti di file log¹²⁴), la forma centralizzata o meno di conservazione e chi può accedere alle informazioni; vanno adottate inoltre delle prescrizioni in tema di sicurezza e sistemi con riguardo particolare alle misure minime di sicurezza; anche in riferimento al punto precedente, il datore deve riportare l'indicazione dei tipi di controllo che effettua con relative finalità e modalità, anche riferite alle misure minime di sicurezza come il monitoraggio e in genere le attività relative alle funzionalità di sicurezza del sistema; indicazione per la parte sanzionatoria delle sanzioni che verranno irrogate in caso di infrazione, seguendo un criterio di gradualità della sanzione"¹²⁵. Riguardo alle e-mail viene introdotta per la prima volta la figura del fiduciario, un soggetto che in caso di assenza improvvisa o prolungata e per improrogabili necessità può accedere ai contenuti della posta elettronica di un altro lavoratore. Ciò si giustifica per limitare il più possibile l'invasione della sfera privata del lavoratore assente, senza però intralciare l'attività aziendale, che senza i contenuti di quelle e-mail potrebbe essere danneggiata. Il giudice ordinario invece nel controllo sulla posta elettronica ha dato più risalto alle prerogative del datore di lavoro: "l'indirizzo di posta elettronica affidato in uso al lavoratore, di solito accompagnato da un qualche identificativo più o meno esplicito, abbia carattere

¹²⁴ File di log è un file che contiene la sequenza delle operazioni svolte con una certa applicazione o software.

¹²⁵ F. DI RESTA, *Protezione delle informazioni privacy e sicurezza*, Torino, 2008, pp161-162.

personale, nel senso cioè che lo stesso viene attribuito al singolo lavoratore per lo svolgimento delle proprie mansioni. Tuttavia, “personalità” dell’indirizzo non significa “privatezza” del medesimo, dal momento che, salve le ipotesi in cui la qualifica del lavoratore lo consenta, o addirittura lo imponga, in considerazione dell’impossibilità o del divieto di compiere qualsiasi tipo di controllo/intromissioni da parte di altri lavoratori che rivestano funzioni o qualifiche sovraordinate (fattispecie che potrebbe effettivamente indurre a qualche dubbio), l’indirizzo aziendale, proprio perché tale, può sempre essere nella disponibilità di accesso e lettura da parte di persone diverse dall’utilizzatore consuetudinario (ma sempre appartenenti all’azienda) a prescindere dalla identità o diversità di qualificazione o funzione: ipotesi, frequentissima, è quella del lavoratore che “sostituisce” il collega per qualunque causa (ferie, malattia, gravidanza) e che va ad operare, per consentire la continuità aziendale, sul personal-computer di quest’ultimo anche per periodi di tempo non limitati. Così come non può configurarsi un diritto del lavoratore ad accedere in via esclusiva al computer aziendale, parimenti non è configurabile in astratto, salve eccezioni di cui sopra, un diritto all’utilizzo esclusivo di una casella di posta elettronica aziendale”¹²⁶.

Per la navigazione su siti non autorizzati è opportuno eseguire dei controlli anonimi sui lavoratori e laddove siano riscontrate delle violazioni inviare dapprima un avviso generalizzato per non ripetere le condotte inappropriate e soltanto laddove questa forma di risoluzione anonima venisse disattesa allora il datore di lavoro potrebbe effettuare un controllo specifico individuale. Altro problema affrontato dal Garante è quello della conservazione dei dati acquisiti tramite sistemi informatici, che grazie all’odierna tecnologia consentono, in astratto, di conservare una notevole mole di dati per un tempo lunghissimo. In ragione del principio di non eccedenza “il Garante suggerisce l’adozione di una configurazione dei software tale per cui vengano periodicamente sovrascritti i dati relativi agli accessi a internet e al traffico telematico “la cui conservazione

¹²⁶ Ordinanza 10 Maggio 2002, Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano.

non sia necessaria”. Ancora, le linee Guida stabiliscono che il datore di lavoro dovrebbe strutturare i propri sistemi informatici e telematici, salvo specifiche ragioni di sicurezza, con modalità tali che i dati relativi all’utilizzo delle strumentazioni non possano essere conservati nemmeno temporaneamente”¹²⁷.

Nell’emanazione di pronunce in tema di privacy e controllo dei lavoratori al Garante, si affianca l’attività del giudice ordinario, oggi competente anche in caso di controversie di pubblico impiego dopo la privatizzazione del 1998. Come è noto la giustizia ordinaria italiana si compone di tre gradi di giudizio culminanti in Corte di Cassazione, ma questo percorso giudiziario nel tempo è divenuto sempre più lento ed oggi per arrivare ad una pronuncia della Suprema Corte si impiega generalmente anche più di dieci anni, mentre le cause giuslavoriste in particolare, necessiterebbero di risposte rapide a maggior ragione quando sono coinvolti diritti fondamentali della persona come appunto la privacy. Nonostante queste problematiche dovute alla rigidità e mancanza di risorse del sistema giudiziario, non mancano pronunce della Corte di Cassazione in tema di potere di controllo del datore di lavoro, pronunce che in ragione dell’autorità della Corte e della sua funzione nomofilattica, hanno un rilevante peso specifico all’interno del nostro ordinamento. La giurisprudenza in particolare quella di legittimità per l’operatore del diritto riveste un ruolo fondamentale, in quanto offre uno studio approfondito di una moltitudine di casi concreti, di sfumature di fattispecie che nessuna norma astratta, neanche la più dettagliata potrà mai prevedere preventivamente; inoltre un orientamento della giurisprudenza di legittimità oltre che fare stato tra le parti delle sentenze di riferimento indirizza la decisione di altre cause in quanto difficilmente un giudice di merito si allontanerà da precedenti di orientamenti consolidati.

2.7.2 *Sentenze Corte di Cassazione n. 2722/12 e n. 4375/10*

Una delle più recenti sentenze in materia, affrontate dalla Corte di Cassazione civile sez. lavoro, è la n. 2722 del 23 Febbraio 2012 (Bonforti/Unicredit) che si

¹²⁷ G. FAGGIOLI, A ROZZA, Privacy per posta elettronica e internet in azienda, op. cit.

focalizza in particolare sul controllo a distanza dei lavoratori. Il caso riguarda un dipendente con qualifica di quadro direttivo (Bonforti) di Bipop-Carire spa (oggi Unicredit), licenziato per giusta causa per aver rivelato tramite e-mail a soggetti estranei la realtà aziendale, informazioni di un cliente della banca. Inoltre il Bonforti, si sarebbe anche arricchito della diffusione di queste notizie grazie ad operazioni finanziarie. Il licenziamento è stato motivato sostenendo che con questo comportamento gravissimo, il lavoratore ha disatteso l'obbligo di segretezza e correttezza dei dipendenti fissato dall'art 2104 c.c., facendo così venire meno il vincolo di fiducia con il datore di lavoro, che conseguentemente lo ha licenziato per giusta causa. Tralasciando i motivi della decisione che non interessano nella trattazione di quest'opera, uno dei motivi dedotti dal ricorrente riguarda la violazione dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, poiché la prova del comportamento scorretto del dipendente è stata raccolta attraverso un controllo della posta elettronica del Bonforti, senza che in azienda vi sia un accordo con le rsa o autorizzazione del servizio ispettivo della direzione provinciale del lavoro a riguardo. La Corte analizzando il punto ripercorre l'interpretazione data all'art.4, ribadendo il divieto dei controlli a distanza sulla prestazione lavorativa a meno che non siano necessari per esigenza produttiva o di sicurezza¹²⁸. Non può esserci un controllo generalizzato neanche nei casi di controlli difensivi, quando questi incidono sull'esatto adempimento delle

¹²⁸ "La giurisprudenza di questa Corte ritiene che detto art. 4 "fa parte di quella complessa normativa diretta a contenere in vario modo le manifestazioni del potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro che, per le modalità di attuazione incidenti nella sfera della persona, si ritengono lesive della dignità e della riservatezza del lavoratore. ... sul presupposto - espressamente precisato nella Relazione ministeriale - che la vigilanza sul lavoro, ancorché necessaria nell'organizzazione produttiva, vada mantenuta in una dimensione umana, e cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua e anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro" (Cass. 17.07.07 n. 15982). La garanzia procedurale prevista per impianti ed apparecchiature ricollegabili ad esigenze produttive contempera "l'esigenza di tutela del diritto dei lavoratori a non essere controllati a distanza e quello del datore di lavoro, o, se si vuole, della stessa collettività, relativamente alla organizzazione, produzione e sicurezza del lavoro, individuando una precisa procedura esecutiva e gli stessi soggetti ad essa partecipi" (*ivi*). La possibilità di tali controlli si ferma, dunque, dinanzi al diritto alla riservatezza del dipendente, al punto che la pur insopprimibile 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".

obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro. Infatti, il diritto del datore di lavoro di prevenire condotte illecite del lavoratore, va bilanciato con quello alla riservatezza ed autonomia nello svolgimento della prestazione del lavoratore. La Corte di Cassazione inoltre ricomprende tra i dispositivi che permettono il controllo a distanza, i programmi informativi con i quali si può monitorare l'accesso a internet e le caselle di posta elettronica dei propri dipendenti. La Corte fatta questa premessa, con la quale definisce i limiti applicati dell'art. 4, il concetto di controllo difensivo e informatico, afferma che il caso in questione non rientra nella fattispecie astratta dell'art.4 dello Statuto, dal momento che Bipop-Carire (Unicredit) non ha operato un controllo generalizzato sull'adempimento della prestazione lavorativa del Bonforti, ma solo un controllo postumo. Gli accertamenti sulla posta elettronica aziendale del lavoratore sono stati svolti dopo l'attuazione del comportamento illecito censurato a seguito di elementi di fatto che hanno indotto il datore di lavoro a svolgere indagini volte ad accertare la commissione degli illeciti. Il controllo operato dalla Banca non rientra nell'ambito di applicazione dell'art.4 perché non è rivolto a monitorare l'esatto adempimento della prestazione lavorativa, bensì a tutelare il suo patrimonio (controllo difensivo puro). Nello specifico l'immagine della banca nei confronti di terzi¹²⁹. Il giudice di legittimità, quindi,

¹²⁹ Nel caso che oggi ci occupa, il giudice di merito non ha accertato quali siano state le concrete modalità attraverso le quali il datore di lavoro ha acquisito il testo dei messaggi di posta elettronica scambiati da B. con soggetti estranei al ristretto ambito di diffusione delle notizie delle quali egli era in possesso, poi posti alla base della contestazione disciplinare. Lo stesso giudice, con incontestato accertamento di fatto, ha tuttavia affermato che il datore ha compiuto il suo accertamento *ex post*, ovvero dopo l'attuazione del comportamento addossato al dipendente, quando erano emersi elementi di fatto tali da raccomandare l'avvio di un'indagine retrospettiva. Ad avviso del Collegio, tale fattispecie è estranea al campo di applicazione dell'art. 4 dello statuto dei lavoratori. Nel caso di specie, infatti, il datore di lavoro ha posto in essere una attività di controllo sulle strutture informatiche aziendali che prescindeva dalla pura e semplice sorveglianza sull'esecuzione della prestazione lavorativa degli addetti ed era, invece, diretta ad accertare la perpetrazione di eventuali comportamenti illeciti (poi effettivamente riscontrati) dagli stessi posti in essere. Il ed. controllo difensivo, in altre parole, non riguardava l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro, ma era destinato ad accertare un comportamento che poneva in pericolo la stessa immagine dell'Istituto bancario presso i terzi. In questo caso entrava in gioco il diritto del datore di lavoro di tutelare il proprio patrimonio, che era costituito non solo dal complesso dei beni aziendali, ma anche dalla propria immagine esterna, così come accreditata presso il pubblico. Questa forma di tutela egli poteva giuridicamente esercitare con gli strumenti derivanti dall'esercizio dei poteri derivanti dalla sua supremazia sulla struttura aziendale.

conferma la sentenza del giudice di merito, riconoscendo piena legittimità al licenziamento per giusta causa intimato; in sintesi quindi "il controllo della posta elettronica aziendale del dipendente, attuato al fine di accertare, a posteriori, il comportamento illecito attribuito al lavoratore e quando già erano emersi elementi di fatto tali da indurre l'avvio di un'indagine, è estraneo al campo di applicazione dell'art.4 dello Statuto dei lavoratori, e come tale da ritenersi consentito"¹³⁰. Questa sentenza aiuta l'interprete nella definizione di alcuni concetti ed è molto importante per tracciare i confini tra controlli rientranti nell'art.4 e controllo difensivo. La giurisprudenza può anche permettere ad una norma di evolvere nel tempo e di comprendere nella sua fattispecie astratta qualcosa che il legislatore al momento della sua emanazione poteva non esistere; questo è accaduto con la sentenza n. 4375 del 23/02/2010, dove si comprendono i sistemi informatici nell'insieme dei dispositivi che permettono un controllo a distanza illecito vietato dall' art.4. Il caso concreto riguarda una lavoratrice di un'azienda farmaceutica licenziata per essersi collegata a dei siti non autorizzati disattendendo la policy aziendale. Il datore di lavoro ha licenziato la dipendente utilizzando le informazioni ricavate da un software di monitoraggio del pc aziendale, con la motivazione di non aver adempiuto all'obbligo di diligenza, senza nulla contestare riguardo alla sicurezza dei sistemi informatici che avrebbe potuto fondare la legittimità dei controlli sulla base di tutela del patrimonio aziendale e quindi facendoli configurare come controlli difensivi. Il giudice di merito, come poi confermato dalla stessa Corte di Cassazione, aveva finora ritenuto illegittimo il controllo in quanto seppur portata a conoscenza di tutti i dipendenti la presenza del software di controllo dell'uso del pc, non erano rispettate le prescrizioni dell'art. 4 c.2 che legittimano i controlli indiretti sull' attività lavorativa (come in questo caso), ma soltanto laddove vi sia un accordo con le rsa, o un'autorizzazione della Direzione provinciale del lavoro, entrambe assenti. In questo caso la

¹³⁰ R. DULIO, *Nota Cassazione civile 23/02/2012 n. 2722 sez. Lavoro*, "Sì al controllo della posta elettronica aziendale del dipendente se rivolto all'accertamento ex post della condotta illecita", in *Diritto e Giustizia* 2012, 0, 137.

Corte, confermando le sentenze dei giudici di merito, giudicando illegittimo il licenziamento¹³¹, "consente di saggiare, infatti, la tenuta e portata di disposizioni legislative, come quella appena richiamata, che, seppur introdotte nell'Ordinamento giuridico italiano oramai da considerevole lasso di tempo (nello specifico circa quarant'anni), sono foriere di nuove e inedite applicazioni mediante un'esegesi evolutiva di matrice giurisprudenziale capace di rendere l'originario principio di diritto, in esse sancito, pienamente compatibile con l'evoluzione scientifico-tecnologica che investe e coinvolge numerosi settori di rilevanza giuridica, tale per cui le medesime norme di riferimento si dimostrano idonee alla risoluzione di controversie rispetto alle quali il progresso scientifico e tecnologico ha, e continuerà ad avere, anche in futuro una concreta incidenza di non poco momento, nonostante che al tempo della loro emanazione non era neppure possibile giocoforza la stessa previsione di tali inediti margini applicativi"¹³², includendo il controllo informatico all'interno della fattispecie dell'art.4 pensata appunto per la videosorveglianza. Analizzando queste due sentenze delle Corti di Cassazione risulta evidente come la giurisprudenza e le massime che esprime, sono fondamentali per tutti gli operatori del diritto, in quanto definiscono i concetti e risolvono i casi limite che in astratto non si saprebbe in quali fattispecie collocare. Per queste ragioni,

¹³¹ Orbene sul punto la impugnata sentenza si è attenuta a tali principi e con motivazione congrua e priva di vizi logici ha affermato che "i programmi informatici che consentono il monitoraggio della posta elettronica e degli accessi Internet sono necessariamente apparecchiature di controllo nel momento in cui, in ragione delle loro caratteristiche, consentono al datore di lavoro di controllare a distanza e in via continuativa durante la prestazione, l'attività lavorativa e se la stessa sia svolta in termini di diligenza e di corretto adempimento (se non altro, nel nostro caso, sotto il profilo del rispetto delle direttive aziendali)". La Corte territoriale ha, altresì, aggiunto che "ciò è evidente laddove nella lettera di licenziamento i fatti accertati mediante il programma Super Scout sono utilizzati per contestare alla lavoratrice la violazione dell'obbligo di diligenza sub specie di aver utilizzato tempo lavorativo per scopi personali (e non si motiva invece su una particolare pericolosità dell'attività di collegamento in rete rispetto all'esigenza di protezione del patrimonio aziendale)". Sulla base di tali considerazioni la Corte legittimamente ha ritenuto applicabile nella fattispecie l'art. 4, comma 2 citato, negando la utilizzabilità dei dati acquisiti dal citato programma in violazione di tale norma.

¹³² S. BARONE, *Nota Cassazione civile del 23/02/2010 n. 4375 sez. Lav.*, "Il controllo datoriale a distanza: disciplina vigente e nuove frontiere tecnologiche" in *Altalex*, 15 luglio 2010; < <http://www.altalex.com/index.php?idnot=11518> >.

sono sempre più coloro i quali ritengono che il nostro sistema si stia avvicinando agli ordinamenti anglosassoni di common law fondati sui case law dove appunto il precedente ha quasi efficacia vincolante al pari di un atto normativo.

2.8 Ruolo della contrattazione collettiva

Nel nostro ordinamento i contratti collettivi di qualsiasi livello essi siano non sono fonti del diritto. Purtroppo a causa della mancata attuazione degli ultimi tre commi dell'art. 39 Cost. non esiste neanche una procedura per fargli acquisire efficacia generale come invece avviene nella maggioranza dei Paesi Europei. Nonostante ciò, nell'ambito giuslavorista, il contratto collettivo resta una fonte rilevante, se non la più importante nell'individuazione della disciplina applicabile ad un rapporto di lavoro. Già si è potuto osservare come il più volte citato articolo 4 dello Statuto dei lavoratori, richieda la partecipazione delle rsa o rsu, per l'installazione dei dispositivi di controllo a distanza nelle esigenze previste dalla legge, poiché si ritiene che l'organizzazione sindacale sia ancora oggi il soggetto con il quale il datore deve relazionarsi per raggiungere degli accordi, che possano bilanciare interesse datoriale e dei lavoratori. Il Garante, nelle linee guida già analizzate nel paragrafo precedente, ha sottolineato come per il corretto utilizzo dei controlli legati alle nuove tecnologie, ad esempio internet ed e-mail, sia fondamentale redigere e far conoscere ai dipendenti un regolamento interno dell'uso delle nuove tecnologie; il datore di lavoro seppur non obbligato per atto normativo ricercherà sempre delle soluzioni di compromesso con i rappresentanti sindacali in modo tale da mantenere un buon clima di relazioni sindacali aziendali e bilanciare al meglio le esigenze di entrambe le parti, anche se in quest'ultimo caso, certamente, non si può parlare di contratti o accordi collettivi, ma solo di consultazione. Il legislatore in sostanza ha coinvolto obbligatoriamente la parte sindacale nell'ambito dei controlli in azienda soltanto nella fattispecie dell'art.4, riservandogli quindi molta importanza vista l'applicazione generalizzata del suddetto articolo anche

alle nuove tecnologie, ma allo stesso tempo escludendolo da altre fattispecie, ed inoltre una certa giurisprudenza ritiene il consenso di tutti i lavoratori sostitutivo di quello sindacale previsto dalla norma¹³³. Nonostante queste difficoltà nell'individuare un ruolo centrale in materia per il sindacato, situazione aggravata anche dalle condizioni economiche che hanno diffuso una sfiducia verso le organizzazioni sindacali con cali della sindacalizzazione dei lavoratori, il legislatore del 2011 dà nuovi poteri al sindacato che attraverso i contratti di prossimità può derogare anche a norme imperative di legge. Il legislatore, infatti, con l'art 8 del Decreto-Legge del 13 Agosto 2011 n. 138 convertito con modificazioni in Legge 14 Settembre 2011 n. 148 ha voluto introdurre minore rigidità in materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento: alle mansioni del lavoratore, alla classificazione ed inquadramento del personale; ai contratti a tempo, ai contratti ad orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai piani di ricorso della somministrazione di lavoro; alla disciplina dell'orario di lavoro; alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative, a progetto e le partite iva, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro ed alle conseguenze del recesso dal contratto di lavoro; ma soprattutto per quel che a noi interessa agli impianti audiovisivi e all'introduzione di nuove tecnologie. In queste materie la compagine sindacale maggiormente rappresentativa a livello territoriale o aziendale ed il datore di lavoro attraverso contratti di prossimità¹³⁴ sottoscritti con il fine di garantire maggiore occupazione, qualità dei contratti di lavoro, adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, emersione del lavoro irregolare, incrementi di competitività e di salario, gestione delle crisi aziendali e occupazionali, investimenti ed avvio di nuove attività, possono derogare a norme imperative di legge ed a contratti collettivi di categoria. Inoltre, se

¹³³ Cassazione n. 22611/2012.

¹³⁴ Terminologia usata per la prima volta riguardo alla materia sindacale, che ha creato non pochi problemi negli operatori del diritto che ad ogni modo sono giunti alla conclusione si riferisse a quelli aziendali o territoriali ed il legislatore abbia usato il termine prossimità proprio per indicare la vicinanza ai lavoratori cui l'accordo si rivolgerà.

sottoscritti da rappresentanza sindacale maggiormente rappresentativa, i contratti saranno vincolanti erga omnes, quindi verso tutti i lavoratori dell'ambito di riferimento del contratto, anche quelli non sindacalizzati o coloro che aderiscano a rappresentanze sindacali contrarie. Tralasciando le problematiche anche di carattere costituzionale¹³⁵ che ha causato la norma e l'opposizione dei sindacati confederali alla sua utilizzazione¹³⁶, si può sostenere che la realtà aziendale, territoriale o di prossimità come la definisce il legislatore, sarà il futuro dell'azione sindacale, si darà sempre più peso al contratto collettivo vicino all'ambito di riferimento per adattare meglio la disciplina alle diverse realtà. Non si può ancora dare un giudizio sull'impatto che tale novità ha avuto in tema di controllo dei lavoratori, attraverso impianti audiovisivi e con le nuove tecnologie, poiché i contratti di prossimità come tutte le novità in diritto sono lente ad affermarsi. Sicuramente le nuove tecnologie per la velocità con cui evolvono, mutano e si raffinano, si prestano meglio ad essere regolate attraverso contratti di prossimità, che possono dare risposte rapide e mirate al singolo contesto lavorativo, molto di più del legislatore o dei contratti collettivi nazionali che nel nostro ordinamento, fino ad oggi, sono stati il livello di riferimento della contrattazione.

¹³⁵ Ancora oggi la dottrina è spaccata sulla legittimità costituzionale della norma, in quanto sembrerebbe aggirare il meccanismo di efficacia erga omnes dei contratti collettivi previsto dall'art. 39 Cost. allo stesso modo della Vigorelli. Alcuni di coloro che sostengono il contrario fanno leva sull'interpretazione letterale, argomentando che la norma costituzionale si riferisce ai contratti di categoria e non ai contratti di prossimità aziendali dell'art. 8, questa ipotesi inoltre trova autorevole sostegno in una pronuncia della Corte Costituzionale (221/2012) che si è pronunciata indirettamente e incidentalmente sulla questione.

¹³⁶ Le confederazioni infatti dopo l'emanazione dell'art. 8 si riunirono a Settembre per aggiungere una precisazione all'accordo interconfederale sottoscritto a Giugno. Nella postilla le confederazioni precisano che si impegnano ad attenersi all'accordo interconfederale del 28 giugno, applicandone compiutamente le norme e a far sì che le rispettive strutture, a tutti i livelli, si attengano a quanto concordato nel suddetto accordo; clausola che di per sé non ha nessun significato, ma letta alla luce dell'emanazione dell'art.8 allora si coglie come le parti sottolineando la loro intenzioni dare piena attuazione all'accordo interconfederale di fatto rinunciano ad avvalersi del nuovo strumento offerto dal legislatore.

Capitolo III

Tipologie di controllo e soggetti

3.1 Premessa

In questo capitolo, come suggerisce il titolo stesso, si procederà ad una disamina dei soggetti coinvolti nel controllo dei lavoratori e dei vari tipi di controllo che si possono configurare. Dal capitolo precedente si è già potuto osservare come i soggetti coinvolti nelle operazioni di controllo dei lavoratori sono molteplici, innanzitutto per esigenze organizzative, in quanto il datore in realtà molto grandi, per esplicitare in ogni meandro aziendale il suo potere di controllo della prestazione lavorativa avrà bisogno di molti collaboratori, soggetti destinati specificamente all'attività di controllo o che in qualità della loro posizione all'interno aziendale assolvono anche funzione di controllo.

3.2 Guardie giurate

Seguendo l'ordine dello Statuto dei lavoratori tra i soggetti che hanno funzioni di controllo ci sono innanzitutto le guardie giurate. La guardia giurata in effetti, considerata la prestazione molto simile a quella delle forze dell'ordine, necessita di un iter particolare per svolgere questa professione, infatti le imprese di vigilanza devono ottenere una licenza rilasciata soltanto dopo un controllo dell'affidabilità in termini di sicurezza e credibilità dell'azienda stessa. Le singole guardie giurate dell'impresa non dovranno avere condanne per delitto non colposo e gli altri requisiti previsti dall'art.11 del T.U.L.P.S. nonché dell'art. 10 della legge n. 575/1965. La licenza viene rilasciata con una durata limitata e può quindi non essere rinnovata se le condizioni di esercizio o le garanzie dell'azienda dovessero essere mutate, ma cosa ancora più importante è che la licenza può essere revocata o negata sin dall'inizio a chi (pur rispettando tutti i requisiti formali), non dimostri di possedere la capacità

tecnica ai servizi che intende esercitare. Come anticipato il controllo viene svolto anche su ogni guardia giurata che deve necessariamente possedere i seguenti requisiti: cittadinanza italiana o di altro Stato dell'Unione Europea; maggiore età ed aver adempiuto gli obblighi di leva; saper leggere e scrivere¹³⁷; non aver riportato condanna per delitto; essere persona di buona condotta morale¹³⁸; essere munito della carta d'identità, essere iscritto alla cassa nazionale delle assicurazioni sociali ed a quella degli infortuni sul lavoro. In aggiunta a tali requisiti la guardia giurata, (generalmente assieme all'arma di ordinanza), “indossa una divisa o uniforme che rendono visibile esteriormente in maniera immediata la titolarità di una qualifica giuridica che abilita all'esercizio di specifici poteri, i quali hanno rilevanza esterna e limitano in maniera significativa la libertà dei soggetti terzi¹³⁹”, rendendola molto simile ad una rappresentante delle forze dell'ordine e capace quindi di incutere timore e soggezione.

3.2.1 Oggetto e limiti del controllo

Il controllo per le guardie giurate è l'unico oggetto della loro prestazione lavorativa. In questo caso però anche se si tratta di un controllo lavorativo, non ci si riferisce al controllo della prestazione lavorativa, bensì soltanto al controllo del patrimonio aziendale, infatti, le guardie giurate non controllano i lavoratori, ma il patrimonio i beni del datore di lavoro e si accertano che questi non vengano danneggiati dai lavoratori che quindi possono soltanto incidentalmente rientrate nell'ambito operativo del controllo di una guardia giurata. Ad esempio una delle attività tipiche della guardia giurata in azienda è la tutela dei beni aziendali durante la notte, quindi molto spesso al di fuori

¹³⁷ Nel TULPS vi sono requisiti che oggi vengono dati per scontati in quanto bisogna tenere presente che il Testo unico leggi di pubblica sicurezza è un insieme di norme contenute nel Regio Decreto 18 Giugno 1931 n. 773, che seppure costantemente aggiornato è un atto normativo vecchissimo, che contiene ancora i segni dell'epoca in cui fu emanato.

¹³⁸ Questo requisito è stato sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale per meglio definire il concetto di “condotta morale” e scongiurare giudizi sull'opinione altrui, valutando ad esempio anche la condotta politica dell'aspirante.

¹³⁹ V. DI LEMBO, *Le guardie particolari giurate, gli istituti di vigilanza privata, gli istituti di investigazione privata*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2011 fasc. 22, pp. 2273-2298.

dell'orario di lavoro degli altri lavoratori, e da ciò si comprende come i controlli di questi soggetti siano indipendenti dall'adempimento delle prestazioni lavorative, ma soltanto appunto alla tutela dei beni aziendali. L'art. 2 dello Statuto, nonostante anche in passato fosse vietato adibire le guardie giurate controllo dei lavoratori¹⁴⁰, si occupa di questa figura professionale, vietandole l'eventuale controllo incidentale sull'attività dei lavoratori, specificando al primo comma che le guardie giurate possono essere impiegate soltanto per scopi di tutela del patrimonio aziendale ed aggiunge al secondo comma, che in nessun caso non possono contestare ai lavoratori azioni o fatti diversi da quelli che attengono alla tutela del patrimonio aziendale. Per evitare che anche se non voluto si realizzi, di fatto un controllo, anche per il carattere intimidatorio che hanno questi soggetti, quasi sempre armati, sui lavoratori, il terzo comma impedisce l'accesso nei locali dove si svolge l'attività lavorativa, ammettendola soltanto in casi eccezionali per specifiche e motivate esigenze attinenti ai compiti di cui al primo comma. Se ciò nonostante tali norme non dovessero bastare per evitare un controllo illegittimo, il quarto comma prevede una sanzione molto afflittiva verso la guardia giurata, infatti, l'ispettorato del lavoro ne promuove presso il questore la sospensione dal servizio, salvo il provvedimento di revoca della licenza da parte del prefetto nei casi più gravi, si punisce quindi questa condotta illecita sul piano amministrativo; invece per il datore di lavoro la violazione dell'art. 2 comporta l'irrogazione di una sanzione penale, prevista dall'art. 38 Stat. Lav in quanto si configura come un reato contravvenzionale¹⁴¹.

Ora, per quanto attiene alla materia giuslavorista, le guardie giurate non possono né controllare i lavoratori nell'adempimento della loro prestazione, né svolgere qualsiasi altra attività che non sia la tutela del patrimonio dell'azienda, poiché per la loro stessa natura di guardie particolari tali

¹⁴⁰ Persino alcune disposizioni del testo unico fascista delle leggi di pubblica sicurezza vietavano il controllo della prestazione dei lavoratori da parte delle guardie giurate.

¹⁴¹ P. LAMBERTUCCI, *I controlli del datore di lavoro e la tutela della privacy*, in *Diritto e processo del lavoro e previdenza sociale*, a cura di Rescigno, 2009 pp. 627ss.

sorveglianti possono essere addetti dal datore di lavoro soltanto al controllo e custodia dei beni, mobili ed immobili, costituenti l'azienda con pertinenze ed accessori. In nessun caso possono essere destinati al controllo del comportamento degli altri lavoratori, né soprattutto riguardo i loro diritti fondamentali costituzionalmente garantiti¹⁴². Il divieto di far accedere le guardie giurate nei luoghi di esecuzione della prestazione lavorativa, è certamente strumentale al divieto principale di controllo dei lavoratori tramite di esse¹⁴³. In altre parole l'impossibilità di accedere nei luoghi di lavoro è solo un'ipotesi delle fattispecie illecite di impiego delle guardie giurate il cui unico fine in azienda è esclusivamente quello della tutela dei beni aziendali. A tal proposito si è a lungo dibattuto se le guardie giurate potessero entrare nei luoghi non di lavoro come la mensa. Così facendo certamente non violano il secondo comma dell'art. 2 dello Statuto, poiché si riferisce soltanto ai locali dove si svolge l'attività lavorativa. Come detto l'articolo 2 SL prevede che le guardie giurate possano tutelare solo il patrimonio aziendale, quindi la loro presenza in sala mensa può essere lecita soltanto se per fine di controllo dei beni del datore di lavoro lì presenti o se accedono ad essa come fruitori per la somministrazione dei pasti. L'accesso nei locali dove si svolge la prestazione può però verificarsi in casi eccezionali se c'è un'urgente esigenza di tutelare il patrimonio aziendale. Condizione affinché tale controllo sia lecito è valutare se ex ante c'erano tutti gli elementi necessari per far presumere l'esistenza di un pericolo al patrimonio, anche se poi si è rivelato inesistente, poiché per configurare il reato deve essere presente l'elemento soggettivo di dolo o colpa. In questo caso, se la guardia giurata o il datore di lavoro che l'ha fatta accedere al locale, ha agito senza imprudenza, imperizia, negligenza, allora nulla le si può contestare; questo dimostra come in casi eccezionali tra divieto di controllo e interesse datoriale alla tutela del suo patrimonio, il

¹⁴² G. GHEZZI, *Polizia privata nelle imprese e tutela dei diritti costituzionali dei lavoratori*, ristampa di un saggio del 1956, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2004, fasc. 7 pp. 624 - 636.

¹⁴³ A. VALLEBONA, *Sub. art. 2*, in *Commentario breve allo Statuto dei lavoratori*, diretto da Grandi-Pera, Padova, 1985, 6.

bilanciamento possa pendere verso il datore di lavoro se la condotta è esercitata correttamente ed in buona fede.

3.2.2 *Il patrimonio aziendale*

In merito alla figura della guardia giurata, un altro problema è individuare e delimitare il concetto di patrimonio verso il quale essa è posta a tutela, poiché adottando un'interpretazione molto lata del concetto si rischia di estendere troppo l'ambito di controllo della guardia giurata, facendovi rientrare anche condotte illecite, ma che rientrano nello svolgimento del rapporto di lavoro, come ad esempio la dolosa timbratura del cartellino segnatempo. In effetti, anche una timbratura fraudolentemente effettuata, può comportare un danno patrimoniale al datore di lavoro, ma per evitare di utilizzare le guardie giurate, il legislatore ha previsto in queste ipotesi legate allo svolgimento del rapporto di lavoro, il controllo tramite i soggetti dell'art. 3 SL sottolineandone così la differenza sul piano giuridico con le guardie giurate, che salvaguardano il patrimonio, inteso come beni aziendali per impedirne la sottrazione, la distruzione o il deterioramento. In sostanza le guardie giurate potranno intervenire tutte le volte in cui, a prescindere dalla condotta, da chi e quando venga svolta, dalla natura della responsabilità conseguente possa essere pregiudicata l'integrità del patrimonio aziendale¹⁴⁴.

Le guardie giurate vista la loro estraneità al controllo nello svolgimento della prestazione lavorativa da parte dei lavoratori, non possono intervenire neanche in caso di azione da parte del sindacato contro l'interesse datoriale¹⁴⁵ ad esempio attraverso la proclamazione di uno sciopero o semplicemente l'esercizio di diritti sindacale come referendum o proselitismo in azienda. Lo sciopero arreca un danno patrimoniale (sotto forma di mancato guadagno rispetto la produttività che si sarebbe potuta avere in altre condizioni) al datore di lavoro, ma nonostante ciò, il legislatore ha ritenuto più meritevole

¹⁴⁴ G. MANNACIO, *Controllo dell'attività lavorativa*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1991, pp. 2414; Poso, *Le indagini delle guardie giurate e i limiti all'acquisizione delle prove*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, II, pp. 659 ss.

¹⁴⁵ V. A. POSO, *Le indagini delle guardie giurate e i limiti all'acquisizione delle prove*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, II, pp. 659 ss.

l'interesse sindacale dei lavoratori e quindi non considerabile lesione del patrimonio aziendale tale da permettere l'intervento delle guardie giurate. Neanche in caso di attività sindacali esercitate non secondo norma di legge le guardie giurate sarebbero per ciò solo legittimate ad intervenire. Ad esempio nel caso di semplice affissione di un testo in violazione dell'art. 25 statuto dei lavoratori è arduo sostenere che sia di per sé in grado di ledere i beni aziendali¹⁴⁶. In questo caso, infatti, basterà richiederne semplicemente la rimozione alla rsa responsabile a meno che dall'affissione possa in casi particolari ed eccezionali dare origine ad una lesione del patrimonio aziendale. Le guardie giurate in conclusione non sono delle figure professionali inserite all'interno dell'organizzazione aziendale per curarne lo svolgimento, esse non riguardano minimamente il processo produttivo o lavorativo, il loro unico compito è quello della tutela del patrimonio aziendale, così come le forze dell'ordine curano la sicurezza pubblica, le guardie giurate curano l'integrità dei beni del datore di lavoro; per il controllo dell'esecuzione della prestazione lavorativa sono stati predisposti gli articoli 3 e ss dello Statuto dei lavoratori.

3.3 Personale adibito al controllo dei lavoratori

3.3.1 Soggetti

In netta contrapposizione con l'art. 2 della legge 300/70 troviamo l'articolo 3 SL, che prevede specificamente dei soggetti incaricati del controllo della prestazione dei lavoratori, rendendo obbligatorio per i datori di lavoro, che si vogliono avvalere dell'operato di questi soggetti, la pubblicazione dei loro nomi in maniera tale da rendere edotti i lavoratori del personale, che è incaricato del loro controllo ed evitare spiacevoli controlli occulti, instaurando un clima di polizia in azienda: "ai sensi dell'art. 3 SL, i nominativi e le mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza devono essere comunicate ai lavoratori interessati". Leggendo la norma in maniera rigorosa e dandole un'interpretazione letterale, sarebbe in ogni caso necessario la

¹⁴⁶ A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995, pp. 34.

comunicazione dei nominativi e le mansioni dei soggetti incaricati del controllo, anche nell'ipotesi di personale di vigilanza con divisa e cartellino, segno inequivocabile della mansione di sorveglianza. A ben vedere, però, il dispositivo dell'art. 3 non prevede le modalità di comunicazione, quindi si deve ritenere che possa avvenire in qualunque modo, purché garantisca la conoscibilità a tutti i lavoratori ed in maniera non equivoca¹⁴⁷. Il principio è quello di permettere i controlli ad opera di soggetti preposti dal datore di lavoro, ma rispettando la dignità dei lavoratori, senza farli lavorare costantemente nel sospetto che la persona al loro fianco sia incaricato di sorvegliare il loro operato; "l'obiettivo perseguito è quindi quello di ricondurre la vigilanza sulla presentazione in un alveo di stretta finalizzazione al corretto svolgimento dell'attività di lavoro. Nel periodo storico nel quale è stato redatto lo Statuto dei lavoratori, si davano per scontate le funzioni di controllo all'interno dell'azienda come esigenza imprescindibile dell'attività economica organizzata dell'impresa, però per la prima volta vengono bilanciate con valori di pari grado se non addirittura in alcune fattispecie di livello maggiore come i diritti di dignità, libertà, sicurezza del lavoratore; da questa premessa si può comprendere come sia stato possibile che l'art. 3 SL non era presente nel disegno di legge governativo, finché la "X Commissione del Senato, avvertendo la necessità di un apposita disposizione al riguardo, recepì tali indicazioni e inserì nel testo provvisorio l'art. 2 bis che poi sarebbe diventato l'art. 3SL, proprio allo scopo di consentire ai lavoratori interessati di distinguere tra chi li controlla e chi no"¹⁴⁸. Non si intende abolire la funzione di vigilanza nell'impresa, ma privarla degli aspetti polizieschi¹⁴⁹ o di controllo occulto, talora storicamente assunti con la costituzione di vere e proprie

¹⁴⁷ FRENI-GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori*, Milano, 1971.

¹⁴⁸ Relazione del Senatore Bermani, in Riv. Giur. Lav., 1970, I, 125.

¹⁴⁹ Cass., 3 Novembre 2000, n. 14383, Notiz. Giur. Lav., 2001, 161.

polizie interne utilizzate per finalità di controllo disciplinare o anche sindacale”¹⁵⁰.

L’ambito soggettivo di applicazione dell’art. 3 St. Lav è circoscritto al solo personale specificamente ed esclusivamente destinato alla sorveglianza”¹⁵¹. I nominativi dei lavoratori inquadrati ad un livello elevato nella scala gerarchica aziendale non hanno bisogno di essere resi noti alla generalità dei lavoratori, poiché quest’ultimi sono da loro diretti durante lo svolgimento dell’attività lavorativa ed è palese che c’è la possibilità di un controllo nell’adempimento della prestazione, medesima fattispecie riguarda il datore di lavoro che è naturale delineare già al momento dell’assunzione come soggetto di riferimento verso il quale si è sottoposti a controllo. In nessun caso sembra quindi essere leso il principio di buona fede in executivis, che permette di bilanciare le modalità e le forme di vigilanza nell’interesse datoriale, in rapporto all’attività lavorativa svolta e all’oggetto della prestazione.

Il potere di controllo diretto da parte del datore di lavoro è giustificato dal fatto che gli articoli 2-3 dello Statuto dei lavoratori mirano soltanto alla tutela della libertà e della dignità del lavoratore evitando controlli a sorpresa da chi non è conosciuto come soggetto responsabile del controllo; essi non escludono quindi il potere dell’imprenditore di tutelare direttamente o attraverso la propria organizzazione il suo patrimonio mobiliare ed immobiliare¹⁵². Un esempio concreto ci è offerto dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione con dalla sentenza del 13 Aprile 2007 n. 8910, sez. Lavoro uno degli ultimi casi di un orientamento consolidato¹⁵³, ove si riconosce che il potere di controllo del datore di lavoro stesso non è una prerogativa attribuita dalla legge all’imprenditore in aggiunta a quelle derivanti dal contratto di lavoro,

¹⁵⁰ F. CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2005, pp. 210.

¹⁵¹ P. MONDA, *Il personale di vigilanza: divieto di controlli occulti e possibili controlli difensivi*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2010, 3, pp. 581.

¹⁵² A.M. D’ANGELO, *nota a sentenza Cassazione n. 6390, del 22 Giugno 1999, Vigilanza, direzione e gerarchia nell’impresa; la Cassazione conferma i poteri privati dell’imprenditore*, in *Il lavoro nella giurisprudenza n. 2/2000*.

¹⁵³ Cass. 17 Ottobre 1998 n. 10313; Cass. 14 Luglio 2001 n. 9576; Cass. 2 Marzo 2002 n. 3093; Cass. 12 Giugno 2002 n. 8388; Cass. 2 Marzo 2002 n. 3039.

ma una conseguenza essenziale della causa tipica del contratto stesso, e come tale manifestazione particolare ed ineliminabile di un unico potere organizzativo - direttivo¹⁵⁴. Altra pronuncia importante in materia è la sentenza Cassazione Civile del 17 Novembre 1997 n. 11403 sez. Lavoro, che si riferisce al controllo non direttamente da parte del datore di lavoro, bensì da un dirigente, quindi superiore gerarchico rispetto ai lavoratori oggetto del controllo. La Corte ritiene che i dirigenti, in quanto superiori gerarchici, siano legittimati ad esercitare frazioni del potere direttivo del datore di lavoro, compreso il potere di controllo¹⁵⁵. Non pare quindi condivisibile la datata obiezione¹⁵⁶ secondo cui il legislatore del '70 avrebbe voluto attraverso la disposizione dell'art. 3 sottrarre un simile potere ai superiori gerarchici. In realtà tale norma ha voluto abolire la prassi dei controlli attuati da personale sconosciuto ai dipendenti e ne ha subordinato la legittimità alla preventiva comunicazione; risulta per ciò stesso ai dirigenti inapplicabile la norma poiché si presume che i nominativi dei più diretti collaboratori dell'imprenditore siano noti ai dipendenti, così come è noto il loro ruolo implicante una serie di poteri dalla direzione ed orientamento tecnico del lavoro, al controllo dei risultati dello stesso, nonché del comportamento collaborativo e leale dei dipendenti¹⁵⁷. "Ciò indipendentemente dalle modalità con le quali sia stato compiuto il controllo, il quale, attesa la suddetta posizione particolare di colui che lo effettua, può legittimamente avvenire anche occultamente, senza che vi ostino né il principio di correttezza e buona fede nell'attuazione del rapporto di lavoro, né il divieto di cui all'art.4 dello stesso Statuto dei lavoratori,

¹⁵⁴ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Tratt. CM, III, 2003, pp. 226-229.

¹⁵⁵ E. STENICO, *nota a sentenza Cassazione n. 11403, del 17 Aprile 1997, Sulla legittimità del dirigente che effettua controlli occulti*, in *Giust. Civ.* 1998, 6, 1685.

¹⁵⁶ R. BORTONE, *Sub art. 3, in Lo Statuto dei lavoratori, Commentario* a cura di G. Giugni, Giuffrè, Milano, 1979, 15.

¹⁵⁷ M MEUCCI, *L'inapplicabilità dell'art. 3 dello Statuto alla vigilanza sull'attività lavorativa da parte dei superiori gerarchici, nota a sentenza Cass. 17 Giugno 1981 n. 3960, in Giust. Civ., 1981, I, 2227.*

riferito esclusivamente all'uso di apparecchiature per il controllo a distanza e non applicabile analogicamente, siccome penalmente sanzionato"¹⁵⁸.

3.3.2 Oggetto del controllo

I soggetti previsti all'art. 3 potranno verificare le modalità attraverso le quali viene espletata l'attività lavorativa e contestare ai lavoratori fatti o azioni che attengono all'attività lavorativa, ma non ai comportamenti tenuti al di fuori dell'ambito dello svolgimento della prestazione lavorativa, ancorché sul luogo di lavoro¹⁵⁹. "Il personale di vigilanza ex art. 3 non può, in primo luogo, effettuare la propria attività di sorveglianza su comportamenti del lavoratore estranei allo svolgimento della prestazione lavorativa e, pertanto, non è consentito ai medesimi l'accesso in locali frequentati dai lavoratori per scopi diversi dall'esecuzione della prestazione lavorativa (ad es. mensa) ovvero quando quest'ultima è sospesa (ad es. per assemblea, etc.) e, nell'ambito dei propri poteri, potrà eventualmente esercitare il potere disciplinare"¹⁶⁰. La previsione dell'articolo 3 ad ogni modo non impedisce al datore di lavoro di effettuare dei controlli diversi in ragione del suo diretto potere di controllo sui lavoratori, difatti la Suprema Corte di Cassazione e la sua costante giurisprudenza ha riconosciuto che la disposizione contenuta nella norma non ha fatto venire meno il potere dell'imprenditore, ai sensi degli articoli 2086 e 2104 c.c. di controllare direttamente o mediante l'organizzazione gerarchica che a lui fa capo e che è conosciuta dai dipendenti¹⁶¹, l'adempimento delle prestazioni cui costoro sono tenuti e, quindi, di accertare eventuali mancanze

¹⁵⁸ Tribunale Rieti, 4 Febbraio 1999, in *Orient. Giur. Lav.*, 1999, I, 20 e Cass., 3 novembre 1997, n. 10761, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 2062.

¹⁵⁹ In questo senso: Cass. 12 Agosto 1998, n. 7933, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1998, 697; Cass. 9 Giugno 1990, n. 5599, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 685, con nota di Filidei; Cass. 25 Gennaio 1992 n. 829, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1992, Cass. 9 Giugno 1989 n. 2813, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1989, 289; 523; Pret. Torino 21 Marzo 1989, in *Giurisprudenza piemontese*, 1990, 330; Pret. Milano, 12 Ottobre 1981, in *Lavoro* 80, 1982, 126.

¹⁶⁰ P. LAMBERTUCCI, *I controlli del datore di lavoro e la tutela della privacy*, in *Diritto e processo del lavoro e previdenza sociale*, a cura di Rescigno, 2009 pp. 627ss.

¹⁶¹ Il requisito della conoscenza, infatti, deve essere sempre rispettato, però in questo caso non è necessario un atto specifico che renda nota l'identità dei soggetti, poiché il loro ruolo nell'organizzazione gerarchica dell'impresa fa intendere da sé che essi sono anche incaricati del controllo come ad esempio avviene per i dirigenti che controllano l'operato di tutti i lavoratori dipendenti nel loro ufficio.

specifiche dei dipendenti medesimi, già commesse o in corso di esecuzione¹⁶². La qualità dei suddetti soggetti li rende, infatti, di immediato riconoscimento come titolari del potere di vigilanza, privando, così, della sua ragion d'essere la comunicazione.

Il problema operativo dell'art. 3, nonostante la norma svolga un ruolo non irrilevante all'interno dell'ordinamento, è la mancanza di una sanzione penale; quindi in caso di violazione, le conseguenze sono solo di tipo civilistico: quindi saranno inutilizzabili come prove gli accertamenti effettuati e nulli gli atti compiuti in maniera illecita¹⁶³. Ad ogni modo il datore di lavoro che trasgredisca ripetutamente il precetto può configurare una condotta antisindacale, ex art. 28 SL., poiché il controllo effettuato da soggetti non riconosciuti dai dipendenti limita in concreto la possibilità di un libero svolgimento dell'attività sindacale¹⁶⁴.

Si è già detto che l'art. 3 SL è una norma in favore dei lavoratori, che definisce i principi di un controllo lecito, ma non detta le modalità precise dello stesso. Così più datori di lavoro, nel tempo, hanno tentato di aggirare la norma, ma senza successo, tutte quelle volte che non sono stati rispettati i fondamentali criteri di buona fede e correttezza, come, solo per citare uno dei casi più eclatanti, il datore di lavoro che toglie le porte dei gabinetti o delle aree private. Il controllo ex art. 3 SL dovrà essere svolto con un'intensità graduale della sorveglianza, proporzionale all'importanza dei beni da proteggere e alla gravità dei fatti da accertare; un sistema del genere "fornisce duttili strumenti per segnare, nelle fattispecie concrete, il variabile confine tra i controlli leciti e quelli che ledono la libertà e la dignità dei lavoratori; e in sostanza per contemperare con la massima precisione i contrapposti interessi"¹⁶⁵.

¹⁶² Cassazione, 26 Febbraio 1982, n. 1263, è la prima pronuncia che ha aperto questo filone giurisprudenziale che è rimasto costante nel tempo.

¹⁶³ L. SINISCALSCHI, *L'attività di controllo sul dipendente e i limiti di acquisizione delle prove in Dir. Lav.*, 1978, I, 273.

¹⁶⁴ P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979.

¹⁶⁵ A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, op. cit.

In conclusione, sono proibiti i controlli indiscriminati a tutte le possibili manifestazioni della personalità del lavoratore, sia quei controlli che si svolgono con modalità eccessive rispetto allo scopo della sorveglianza stessa.

3.4 Le Agenzie investigative

Le agenzie investigative hanno assunto rilevanza particolare nel nostro ordinamento con la riforma del sistema di procedura penale, dove in ragione del principio di parità tra accusa e difesa, si è deciso di dare maggior importanza alle indagini difensive che il difensore compie di solito, con l'ausilio di agenzie investigative. Cercando di inquadrare le agenzie investigative tra i soggetti tipici del controllo in azienda, anche se la disciplina per l'esercizio dell'attività di investigazione privata e l'ottenimento quindi delle necessarie autorizzazione sia molto simile ai meccanismi previsti per le guardie giurate, si deve escludere la sovrapposizione con quest'ultime, in quanto (ex art. 2 SL) esse sono deputate soltanto alla tutela dei beni aziendali, mentre gli investigatori sono preposti all'individuazione dell'illeciti commessi dal lavoratore.

Il controllo ad opera degli investigatori privati è un cosiddetto controllo senza norme, ovvero non c'è una disposizione normativa di riferimento alla quale ispirarsi, per cui la loro disciplina è interamente di origine dottrinale e giurisprudenziale. A dire il vero però, c'è chi sostiene che nello Statuto dei lavoratori vi sia all'art. 8 SL un divieto ampio tale da comprendere anche i detectives privati: divieto di impiegare "terzi" soggetti per indagini sulla vita privata e sulle opinioni del lavoratore. Questa tesi è però facilmente smentibile osservando che le indagini dell'investigatore privato non avranno generalmente ad oggetto le opinioni del lavoratore, tanto meno la sua vita privata, il detective può al infatti, tutelare il patrimonio dell'azienda così come le guardie giurate, o vigilare sul compimento di illeciti penalmente rilevanti. "Non si esita ad approvare l'intervento quando il prestatore sia sospettato d'aver commesso reati contro il patrimonio aziendale, ovvero per sventare una

truffa ai danni dell'Inps da parte del cassaintegrato che presti lavoro presso un diverso datore: si argomenta infatti che, nell'una e nell'altra fattispecie, è in gioco la tutela aziendale e, in senso lato, quella dell'ordine pubblico"¹⁶⁶.

3.4.1 Oggetto del controllo

A ben vedere, nella materia di diritto del lavoro, le agenzie investigative sono state invece tradizionalmente incluse tra i soggetti coinvolti nel controllo dei lavoratori, in questo caso, però, a differenza dei controlli ex art 3, non si tratta di un controllo sul corretto svolgimento della prestazione lavorativa, bensì di un controllo sulla condotta illecita del lavoratore, non potendosi mai spingere ad una verifica dell'adempimento o l'inadempimento della specifica prestazione contrattuale¹⁶⁷.

La casistica riguardo a quando si può utilizzare un'agenzia investigativa per il controllo dei lavoratori è molto ricca¹⁶⁸, specialmente quella riguardante l'accertamento di appropriazione di denaro ad opera di addetti ad attività di cassa o la regolarità di operazioni di registrazione contabile. L'investigatore, nell'osservare il comportamento del lavoratore sottoposto a sorveglianza, dovrà adottare un *modus operandi* tale da non indurre il lavoratore o comunque a non causare egli stesso occasioni, dalle quali può nascere l'illecito da contestare al lavoratore. Le verifiche effettuate non potranno quindi essere né subdole, né sleali, non potranno tradursi in manovre dirette ad indurre in errore il lavoratore, dovendo riflettere soltanto il controllo che un qualsiasi soggetto può porre in essere¹⁶⁹. A tal proposito, la giurisprudenza ha adottato come figura di riferimento per controllo quello svolto da un "cliente attento". Infatti, il lavoratore che accetta nel momento dello svolgimento della prestazione lavorativa il contatto con il pubblico, ha acconsentito anche ad essere sottoposto ad un continuo controllo da parte di terzi ed ha in qualche

¹⁶⁶ P. TULLINI, *I limiti del controllo occulto sul lavoratore. E' legittimo il ricorso ad agenzie d'investigazione privata*, in *Studium iuris*, 1999 fasc. II pp. 1227 ss.

¹⁶⁷ F. DI RESTA, *Protezione delle informazioni, privacy e sicurezza*, Torino, 2008, p.150.

¹⁶⁸ Si va delle vicende quali l'accertamento di appropriazione di denaro ad opera di addetti ad attività di cassa o quali la regolarità di operazione di registrazione contabile.

¹⁶⁹ Cass. 3 Novembre 1997 n. 10761.

misura disposto del proprio diritto alla riservatezza. Il datore di lavoro potrà compiere dei controlli con tali agenzie solo però nel caso vi sia un rapporto causale stretto tra illecito ed obbligazione lavorativa, in questo modo si circoscrive nettamente la tipologia di atti fraudolenti sui quali un investigatore privato può indagare¹⁷⁰.

Il controllo che effettua l'investigatore privato è un controllo che per definizione deve essere non conosciuto dal lavoratore, quindi un controllo occulto, una forma che nel nostro ordinamento, in ragione dell'art. 3 SL è vietata. L'investigatore privato, come già anticipato non rientra nell'ambito operativo dell' art. 3 SL in quanto non controlla l'adempimento della prestazione. L'art. 3 SL, infatti, obbliga il datore di lavoro a rendere noti i nominativi dei soggetti preposti al controllo sulla prestazione lavorativa; diversamente il detective, il cui intervento è lecito soltanto in ultima istanza come *extrema ratio* però solo laddove c'è un indizio di una condotta illecita del lavoratore, che esula quindi dai controlli ordinari che sono svolti in azienda. Il compito della giurisprudenza laddove interpellata sulla legittimità di un controllo attraverso investigatore privato è constatare se effettivamente sono presenti tutti gli elementi necessari per definire la fattispecie sopra esposta, poiché sempre più spesso molti imprenditori preferiscono avvalersi in ogni caso di agenzie investigative per eludere la regolare preventiva pubblicità dei nominativi e compiere un controllo sicuramente più efficace, ancorché non sempre legittimo. Difatti nelle pronunce giurisprudenziali che riconoscono come legittimo il controllo attraverso detective (Cass. n. 829/1992; Cass. n. 8998/2001; Cass. n. 18821/2008; Cass. n. 16196/2009; Cass. 23303/2010; Cass. 13789/2011;) si pone sempre l'accento sulla necessità di accertare condotte illecite già commesse o in corso di esecuzione¹⁷¹. Il controllo ad

¹⁷⁰ Cass. 14 Luglio 2001 n. 9576.

¹⁷¹ Questo ad esempio avviene nella sentenza Cass. civile, sez. lav. 18 Novembre 2010 n. 23303, dove viene riconosciuto come legittimo il controllo operato attraverso agenzie investigative da parte della Standa spa. Nello specifico l'impiego di detective è ritenuto legittimo poiché questi operavano come dei normali clienti senza quindi invadere la sfera privata del lavoratore, e quindi non esercitando

opera di agenti investigati è da considerarsi lecito e non da considerarsi occulto (almeno non nel senso inteso nel paragrafo) "quando sia rivolto soltanto a quelle prestazioni del lavoratore che integrano violazioni di obblighi extracontrattuali penalmente rilevanti"^{172 173}.

La vera problematica riguardante il controllo con investigatori privati sta nel fatto che è quasi impossibile saper a priori se la condotta del lavoratore è effettivamente illecita, quindi il controllo dei detectives si sovrappone a volte inevitabilmente a quello dei soggetti dell'art. 3 St. Lav. "Ad esempio il furto non costituisce attività lavorativa; ma è altrettanto vero che, poiché il furto da quest'ultima prende occasione, l'investigatore privato per poter scoprire o prevenire l' illecito dovrà sorvegliare tutto il comportamento solutorio del lavoratore fino a quando quest'ultimo non avrà più commesso uno o più illeciti"¹⁷⁴. Non si può ritenere che il personale di cui all'art. 3 SL si limiti al controllo dell' adempimento della prestazione lavorativa e non possano invece controllare i dipendenti quando questa venga svolta in maniera inesatta; come detto il confine tra controllo del personale di vigilanza ed investigatori privati sta nella dimensione dell'illecito della condotta, ma non illecito in quanto tanto tale poiché in alcuni casi potrebbe essere sufficiente il controllo ex art. 3 SL, mentre in altri più difficili, come *extrema ratio*, dove non c'è altra soluzione viene fornita al datore di lavoro per tutelare le sue prerogative l'ausilio delle agenzie investigative.

In assenza di norme specifiche, si è arrivati a questa interpretazione, tale da permettere il controllo dei detectives solo in via residuale, anche grazie all'osservazione di esperienze di altri ordinamenti europei: in Spagna¹⁷⁵ ed in

potere alcuno di vigilanza e di controllo verificavano l'appropriazione di denaro da parte della lavoratrice alla cassa.

¹⁷² Cass. n. 13789/2011.

¹⁷³ F. BARRACCA, *I dipendenti possono essere spiati a loro insaputa, commento a Cass. n. 23303/2010*, in *Il lavoro nella giurisprudenza* 7/2011 pp. 684 ss.

¹⁷⁴ A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, op. cit.

¹⁷⁵ J.M. DEL VALLE VILLAR, *El derecho a la intimidad del trabajador durante la relacion de trabajo en el ordenamiento laboral espanol*, in *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 170.

Germania¹⁷⁶ è assente una dettagliata normativa dei controlli datoriali, ma vigono norme generali che escludono la possibilità di effettuare controlli indiscriminati e lesivi in maniera abnorme dei diritti di personalità dei lavoratori. "In tali ordinamenti i presupposti di ammissibilità della sorveglianza occulta per mezzo di personale non inserito nell'organizzazione dell'impresa, quindi di investigatori privati, allo scopo di scoprire comportamenti illeciti dei dipendenti a danno del patrimonio aziendale, vengono valutati tanto rigorosamente da rendere legittimo tale controllo in pratica solo in via di extrema ratio"¹⁷⁷.

3.4.2 Principi di proporzionalità e necessità

Dal punto di vista processuale l'illecito osservato dall'investigatore privato, va immediatamente segnalato al personale direttivo che subito lo contesta al lavoratore per far sì che egli possa predisporre una difesa adeguata. Infatti, contestazioni riguardanti una serie di atti distribuiti in un notevole arco temporale, impediscono ogni tentativo di difesa dell'incolpato per la difficoltà di ricostruire numerosi fatti in tempi lontani, pertanto se le segnalazioni non sono istantanee, sono inutilizzabili. La delicatezza della questione è data anche dalla maggiore possibilità di invasione della sfera privata del lavoratore che il controllo attraverso agenzie investigative comporta, poiché, a differenza di quelli ex art. 2-3 St. Lav. può svolgersi anche al di fuori del luogo di svolgimento della prestazione, quindi le modalità del controllo dovranno essere tali da non compromettere la libertà e la dignità dei lavoratori sospettati in maniera eccessiva rispetto al fine perseguito; il controllo dovrà essere diretto inequivocabilmente all'accertamento dell'illecito, senza utilizzare mezzi esorbitanti rispetto a quelli che permettono di ottenere comunque la prova del comportamento irregolare dei dipendenti (principio di proporzionalità).

¹⁷⁶ W. DAUBLER, *Das Arbeitsrecht 2, decima ed.*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1995, p. 287; Bopp-Molkenbur, *Mitbestimmung bei Leistungskontrollen der Angestellten im Auendienst*, in *Betriebs-Berater*, 1995, pp515 ss.

¹⁷⁷ A. BELLAVISTA, *Investigatori privati e controlli occulti sui lavoratori*, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, 1996, 3, pp. 541 ss.

L'investigatore privato quindi è un terzo soggetto rispetto alle guardie giurate particolari (tutela dei beni aziendali) e personale di vigilanza (controllo dell'attività lavorativa). Essi intervengono in caso di illeciti non rilevabili dalle altre figure professionali, delle volte invadendo anche il loro campo, come nel caso di investigatore privato che pedina un lavoratore dopo che questi ha rubato un bene aziendale (area della guardia giurata), o se per spiare il dipendente deve accedere al luogo di lavoro sotto copertura mentre il lavoratore svolge la prestazione lavorativa (area del personale di vigilanza). In ogni caso, sebbene alle agenzie investigative non si applichino gli art. 2-3 SL, i limiti delle investigazioni sono fissati dagli articoli 4 e 8 SL. che vietano l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dei lavoratori e le indagini "sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore".

L'investigazione richiama generalmente alla mente lo spionaggio, vale a dire la forma di controllo in grado di scalfire maggiormente le difese della privacy del soggetto sottoposto alle indagini di un detective. Questa osservazione è stata notata anche dal Garante della privacy che con un provvedimento del novembre 2000 fa chiarezza definitivamente sull'argomento, ribadendo che non viola le norme sulla privacy l'investigatore privato che, nel rispetto delle leggi e in base ad un preciso incarico, raccoglie informazioni utili alle indagini. Il Garante nel caso specifico, ha respinto il ricorso di un dipendente licenziato, che gli chiedeva di accertare se il trattamento di dati effettuato dai suoi datori di lavoro fosse lecito e corretto. "Il dubbio si riferiva alle indagini di un investigatore che, per conto della sua società, era riuscito ad accertare l'insussistenza della patologia da lui addotta per giustificare i periodi di assenza. L'Autorità ha osservato che l'uso di informazioni al fine di far valere un diritto in sede giudiziaria è lecito. L'investigatore incaricato dal legale della società aveva raccolto e trasmesso alcuni dati personali del dipendente (fotografie, annotazioni sugli spostamenti, orari ecc.) risultati utili a dimostrare

in giudizio l'inesistenza della malattia. Alcuni occasionali riferimenti a familiari presenti , durante gli spostamenti dell'interessato o altri particolari o comportamenti (es. autovetture guidate), che si potrebbero desumere dalle fotografie riprese a distanza o dalle annotazioni dell'investigatore, non sono stati ritenuti eccedenti , rispetto alla finalità di provare che il dipendente fosse in grado di svolgere una normale vita di relazione, nonché di riprendere l'attività lavorativa."¹⁷⁸

Le agenzie investigative in definitiva entrano a pieno titolo tra i soggetti coinvolti nel controllo dei lavoratori ed i detectives vengono abitualmente utilizzati dai datori di lavoro in molte aziende; per avere un'idea della dimensione del fenomeno è sufficiente effettuare una breve ricerca in rete delle parole "investigatore privato" e subito vi si collegano controllo dei dipendenti, pedinare e spiare il lavoratore.

3.5 I controlli occulti

Dopo aver analizzato i soggetti coinvolti nel controllo dei lavoratori, si può rivolgere l'attenzione alle diverse modalità di controllo dei dipendenti o almeno quelle che dottrina e giurisprudenza hanno individuato, dal momento che non è fornito in nessuna norma un elenco. Queste categorie concettuali vengono create solo per comodità di studio e sistematica. L'analisi della figura dell'investigatore privato ha portato più volte a parlare di legittimità o meno dei controlli occulti, propendendo nel caso specifico delle agenzie investigative a consentirli. In realtà, nell'ordinamento italiano vige in generale, il principio opposto a quello che legittima l'operato dei detectives. L'art. 3 SL, portatore del principio di trasparenza nei controlli, ovvero i nominativi dei soggetti con attività di controllo sull'attività lavorativa e le loro mansioni, devono essere conosciuti dai lavoratori è stato redatto come reazione alle

¹⁷⁸http://wwwinvestigazioni.modenaonline.com/diritto_dipendenti.htm; Sorveglianza dei lavoratori - legittimità dei controlli su attività svolte all'esterno dell'azienda (Cassazione - Sezione Lavoro - Sent. n. 5629/2000 - Presidente V. Trezza - Relatore A. Spanò).

prassi aziendali pre-statutarie propense all'uso di strumenti polizieschi, forse per il timore dell'avvento di una società di orwelliana memoria¹⁷⁹, per vietare appunto controlli di tipo intimidatorio, a distanza, occulto e nascosto¹⁸⁰. A ben vedere però lo stesso articolo 3 SL non statuisce un generico divieto di controllo occulto, da qualsiasi soggetto sia eseguito. Esso non esclude infatti la liceità di un controllo senza requisiti di pubblicità, anche clandestino, da parte di soggetti diversi dal personale addetto, in particolare datore di lavoro e membri della direzione o dell'organizzazione gerarchica, quanto meno perché si presumono conosciuti dai lavoratori¹⁸¹. Quest'ultimo tipo di controllo (svolto dal datore di lavoro clandestinamente) sarebbe occulto nelle modalità, ma comunque lecito poiché rispettoso della pubblicità dell'art. 3 St. Lav. in quanto stabilisce soltanto la necessità della conoscibilità dei soggetti deputati al controllo.

Il datore di lavoro per definizione è il soggetto principale detentore del potere di controllo, addirittura nelle costruzioni dottrinali gli altri soggetti in azienda possono esercitare funzioni di controllo soltanto come parte del potere datoriale che gli viene delegato. Potere che è giusto esercitare e far prevalere nel bilanciamento col diritto alla dignità e riservatezza dei lavoratori, soltanto laddove sia l'unico mezzo per esercitare idoneamente il controllo e venga svolto in maniera occasionale e non sistematica. La sorveglianza occulta come detto per gli investigatori privati (massimo esempio di fattispecie di controllo occulto), sarà legittima quindi, soltanto nel caso in cui sia indispensabile per l'individuazione dell'illecito: il controllo occulto dovrebbe essere permesso solo qualora tutte le altre forme di vigilanza si siano dimostrate insufficienti e non vi siano più alternative; esso deve essere giustificato da gravi ragioni, vale a dire che siano stati compiuti, in precedenza, illeciti di notevole entità sotto il

¹⁷⁹ S. RODOTA', *La costruzione della sfera privata*, in *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1992, pp. 189 ss.

¹⁸⁰ P. TULLINI, *I limiti del controllo occulto sul lavoratore. E' legittimo il ricorso ad agenzie d'investigazione privata*, in *Studium iuris*, 1999 fasc. II pp. 1227 ss.

¹⁸¹ Cass. 8 Giugno 1990, n. 5500, in *D. Lav.* 1990, II, p. 327; Cass. 9 Giugno 1990, n. 5599, in *F. it.* 1990, I, c. 3163.

profilo economico, o che i beni aziendali siano di così ingente valore che la sottrazione di pochi esemplari sarebbe già in grado di provocare danni consistenti; oppure che, indipendentemente dal valore dei beni sottratti, il fatto illecito da accertare sia di per sé tanto grave da rappresentare un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali o da ledere irrimediabilmente l'aspettativa datoriale ad una puntuale esecuzione degli obblighi contrattuali. Infine, il controllo occulto sarebbe privo di alternative, quindi ammissibile, soltanto qualora sia chiaro che gli autori degli illeciti non possano essere scoperti con i metodi ordinari¹⁸². Il divieto ai controlli occulti secondo la dottrina dominante rimane soltanto confinato allo svolgimento della prestazione sul luogo di lavoro e rivolto a quei soggetti preposti in senso stretto al controllo dei lavoratori¹⁸³. Il legislatore regola direttamente soltanto il controllo delle guardie giurate, del personale di vigilanza e, in generale, i controlli a distanza da chiunque svolti; quindi, in astratto, se non si rientra tra i soggetti dell'art. 2-3 SL e non si adoperano mezzi di controllo a distanza, i controlli risulteranno leciti; in astratto, perché come già analizzato, la giurisprudenza e soprattutto la dottrina, hanno individuato il criterio della residualità e dell'*extrema ratio* per distinguere un controllo occulto lecito da un altro che non lo è.

Il datore di lavoro e i superiori gerarchici non potranno svolgere il controllo occulto in qualsiasi modalità, in quanto, sebbene non previsto da nessuna norma specifica, il rapporto di lavoro è pur sempre un rapporto obbligatorio per cui deve rispettare i principi generali sanciti dagli art. 1174 e 1374 c.c., vale a dire buona fede e correttezza.

Il controllo occulto lecito resta limitato soltanto alle fattispecie qui prese in esame poiché è un'eccezione ai principi della normativa giuslavorista, che ritiene necessaria la pubblicità e la trasparenza in azienda. Prova ne è la scelta

¹⁸² A. BELLAVISTA, *Investigatori privati e controlli occulti sui lavoratori*, op. cit.

¹⁸³ V. FERRANTE, *Controllo sui lavoratori, difesa della loro dignità e potere disciplinare a quarant'anni dallo Statuto*, Ciclo di seminari su Lo Statuto dei lavoratori 40 anni dopo presso Università Cattolica di Milano 17/05/2010.

del legislatore di introdurre all'art.4 il divieto di controlli a distanza occulti. Infatti, dal legislatore del '70 vengono visti con sfavore tutti i dispositivi tecnologici di controllo a distanza, a causa della loro grande capacità di invasione della sfera privata del lavoratore e del controllo generalizzato che con essi si è in grado di ottenere. L'utilizzo di dispositivi di controllo a distanza è lecito soltanto alla presenza di particolari esigenze, dopo che si è raggiunto un accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, o con una commissione interna, o con l'Ispettorato del lavoro. Il tutto per dimostrare che anche in questi casi la conoscenza del controllo da parte dei lavoratori, sebbene mediata dalla parte sindacale o dall'Ispettorato, sia necessaria per rispettare la dignità del lavoratore medesimo e per evitare controlli a sorpresa che instaurano un clima di timore all'interno dell'azienda.

3.6 Controlli difensivi

La dottrina sin dai primi anni '80 ha progressivamente sviluppato una peculiare categoria concettuale costruita intorno all'interesse datoriale distinto però da quello puramente creditorio del rapporto di lavoro classico¹⁸⁴. "Si tratta cioè, di quei controlli in cui, secondo il giudice di legittimità, l'accento non è posto sulla conformazione dell'attività di lavoro agli standard di diligenza richiesti dalla sua esecuzione, bensì su comportamenti illeciti, estranei al normale svolgimento della prestazione anche se da essa occasionati, diretti a ledere il patrimonio aziendale¹⁸⁵. "La diversità dell'interesse datoriale e la particolarità della fonte lesiva rendono i controlli difensivi impermeabili ai vincoli scaturenti sia dall'art. 2 SL che dall'art. 3 SL e coerentemente con l'obiettivo perseguito, consentono, per effetto della "libertà di difesa privata",

¹⁸⁴ P.CHIECO, *Il diritto alla riservatezza del lavoratore*, in DLRI, 1998, pp. 1 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *I controlli sui lavoratori*, in *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, a cura di Zilio Grandi, Padova, 2002.

¹⁸⁵ Cass. 14 Luglio 2001 n. 9576, in NGL, 2002, p. 34; Cass. 9 Luglio 2008 n. 18821, in MGC, 2008, p. 1113.

il ricorso a tecniche di vigilanza estrinsecate in forma occulta"¹⁸⁶. Il datore di lavoro che pone in essere un controllo difensivo non si preoccupa direttamente quindi di controllare la prestazione lavorativa dei suoi dipendenti in quanto tale, bensì di tutelare e proteggere i beni aziendali, la sua proprietà che può essere danneggiata da alcune condotte non certamente lecite svolte dai lavoratori.

3.6.1 Base giuridica del controllo difensivo e coordinamento con art. 4 c.2 legge 300/70

Il controllo difensivo concettualmente trova legittimazione nel diritto di proprietà, tutelato anche a livello costituzionale ex art. 41 Cost., che permette al titolare del diritto di salvaguardare i propri beni per goderne liberamente ed evitare che questi vengano danneggiati; questo è quello che a livello aziendale attraverso i controlli difensivi svolge il datore di lavoro. Il controllo difensivo avviene in presenza di un pericolo per concreto o presunto per i beni aziendali, che rende necessario un controllo straordinario che va oltre sia la semplice tutela operata dalle guardie giurate che il controllo sull'adempimento della prestazione lavorativa da parte del personale di vigilanza preposto. A differenza del classico controllo sul lavoratore, il controllo difensivo non mira a sorvegliare principalmente il lavoratore, o meglio il lavoratore diventa oggetto del controllo difensivo soltanto indirettamente, in quanto l'obiettivo primario di questo tipologia di controlli è quello di assicurare la salvaguardi del patrimonio aziendale minacciato da una condotta illecita.

Controversa è l'applicabilità dell'art. 4 c.2 SL in caso di controlli difensivi, problema, che già si è presentato anche per l'art. 3 SL in merito ai controlli occulti. Nel caso specifico, secondo parte della dottrina queste forme di controllo non costituirebbero violazione dell'art. 3 se dirette ad accertare comportamenti illeciti del lavoratore, in quanto come abbondantemente visto, i controlli disciplinati dall'art. 3 SL riguarderebbero esclusivamente i controlli

¹⁸⁶ P. MONDA, *Il personale di vigilanza: divieto di controlli occulti e possibili controlli difensivi*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2010, 3.

diretti ad accertare il corretto adempimento da parte del lavoratore delle prescrizioni dell'art. 2104 c.c. nello svolgimento dell'attività lavorativa. “Proprio sulla base di queste argomentazioni, parte della giurisprudenza di merito¹⁸⁷ aveva ritenuto inapplicabile l'art. 4 c.2 St. lav. ai controlli a distanza difensivi affermando che la norma riguarderebbe unicamente i sistemi di controllo finalizzati, in maniera diretta o indiretta, a valutare l'attività lavorativa del dipendente, mentre sarebbero estranei al suo ambito di applicazione i controlli volti ad accertare eventuali condotte illecite poste in essere dal lavoratore”¹⁸⁸. In realtà, la giurisprudenza più recente¹⁸⁹ ha modificato questo orientamento chiarendo che “l'esigenza di evitare condotte illecite da parte del lavoratore non può mai giustificare l'annullamento di quelle forme di tutela della dignità e riservatezza apprestate a favore del lavoratore dell'art. 4 c. 2 St. lav. e, più in generale dal nostro ordinamento, tutte le volte in cui il comportamento illecito del lavoratore riguardi l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela di beni estranei al rapporto stesso”¹⁹⁰.

Gli orientamenti non uniformi della giurisprudenza, neanche a livello di Cassazione richiederebbero una pronuncia. Meglio se a sezione unite, affinché si faccia definitivamente chiarezza sulla possibilità o meno di controllare attraverso dispositivi di monitoraggio a distanza, quelle condotte illecite lesive del patrimonio aziendale, realizzando così un controllo difensivo; la questione è particolarmente importante nel momento in cui si considerano tutta una serie di illeciti anche di rilevanza penale come il furto, che possono essere scoperti ed adeguatamente sanzionati soltanto attraverso mezzi di controllo a distanza a scopo difensivo. Senza tali dispositivi sarebbe molto difficile evitare la realizzazione di tale fattispecie, inoltre l'ordinamento, vietando l'impiego dei

¹⁸⁷ Tribunale di Milano 5/07/06, in *Il Lav. nella giur.* 2007, 419; Tribunale di Milano 31/03/04.

¹⁸⁸ Cass. Sez. lav. 3/04/02 n. 4746, in *Not. Giur. Lav.* 2002, 642.

¹⁸⁹ Tribunale di Milano 9/01/04, pubblicata su *DL Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2004, 304 con nota di Bortone.

¹⁹⁰ R. SCORCELLI, *Ancora in tema di controlli a distanza ai sensi dell'art. 4 SL sui limiti di liceità dei cd controlli difensivi*, in *DL Rivista di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2007 fasc. 4, pp. 1205 ss.

dispositivi di controllo a distanza, legittimerebbe per assurdo queste pratiche gravi in azienda che non verrebbero alla luce in altro modo. In realtà vietando l'uso di questi dispositivi di controllo a distanza per controlli difensivi, per assurdo si potrebbe configurare una fattispecie dove il datore di lavoro incorre in sanzioni penali ex art. 38 SL per avere installato i sistemi di monitoraggio mentre nei confronti del lavoratore reo di furto, o appropriazione indebita, o danneggiamento nulla potrebbe essere contestato in mancanza di altre prove, come detto difficilmente reperibili. Non si può condividere l'opinione proposta da alcuni, secondo cui nel caso di furto da parte del dipendente, sia necessario il preventivo accordo sindacale sull'uso delle telecamere, "a meno di non voler trasformare lo Statuto dei lavoratori in una bizzarra Carta del lavoratore ladro, diverso e avvantaggiato rispetto al ladro comune che può essere liberamente e impunemente video ripreso, oltre che discriminato, per fini di giustizia"¹⁹¹. La prima obiezione a tale considerazione, infatti, è quella di chi considera necessario l'accordo con le rappresentanze sindacali per la videosorveglianza. In tali circostanza, non tiene conto che in quel preciso momento il lavoratore non sta lavorando, non è neppure dipendente è soltanto un individuo che delinque, approfittando del contesto lavorativo, nei confronti del quale si possono opporre tutte le precauzioni e mezzi idonei affinché gli illeciti vengano prevenuti e comunque non arrechino danno al patrimonio aziendale. La tipicità del controllo difensivo è quindi la repressione di azioni anche delittuose che esulano dal dovere di collaborazione e dalla prestazione lavorativa, ma che soprattutto integrano un attentato al patrimonio dell'azienda.

All'interno della nozione di patrimonio aziendale tradizionalmente si è portati a pensare subito ai mezzi di produzioni, macchinari e quanto presente fisicamente all'interno dell'azienda. In realtà il datore di lavoro attraverso i controlli difensivi è legittimato a salvaguardare anche qualcosa di immateriale

¹⁹¹ G. CINQUE, *Sull'ammissibilità ed i limiti dei cd. controlli difensivi del patrimonio aziendale*, in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 2010 fasc. 3 pp. 616 ss.

che però fa parte del patrimonio aziendale, ovvero della propria immagine esterna. "A queste conclusioni è giunta la Corte di Cassazione¹⁹², chiamata a decidere sul caso di un dipendente, impiegato presso un istituto di credito (con funzioni di quadro direttivo e di addetto all'ufficio Advisory Center), licenziato per giusta causa in quanto accusato di aver divulgato, tramite e-mail dirette ad estranei, notizie riservate riguardanti un cliente dello stesso istituto e di aver posto in essere, grazie alle informazioni in questione, operazioni finanziarie con vantaggio personale"¹⁹³. Alla luce dei vari orientamenti della giurisprudenza sul tema dei controlli difensivi, questi sono certamente legittimi quando non rivolti a controllare la prestazione lavorativa e si verificano ex post rispetto all'illecito, invece come confermato da ultimo dalla sentenza Cass. n. 16622 del 1^o ottobre 2012, nel caso di controllo difensivo che può investire anche la prestazione lavorativa, si tratta di un controllo preterintenzionale, che anche se finalizzato a scoprire un illecito indirettamente controlla anche l'attività lavorativa ordinaria. Pertanto, la Corte ha ritenuto anche in questo caso necessario il preventivo accordo per l'installazione di sistemi di videosorveglianza con le organizzazioni sindacali. Ad oggi, sembra essere prevalsa la tutela dell'interesse alla riservatezza del lavoratore, anche se questo maggior favore che l'ordinamento gli riserva, potrebbe portare non pochi danni al patrimonio aziendale del lavoratore, impossibilitato all'uso tempestivo di controlli efficaci per reprimere le suddette condotte illecite.

Quanto illustrato in questo paragrafo sottolinea la similitudine ed in alcuni casi (ved. investigatori privati) la sovrapposizione delle forme di controllo (difensivi ed occulti) create dalla dottrina, il che rende palese come questi creazioni concettuali non hanno dei confini ben definiti all'interno dei quali si possono calare nettamente i singoli controlli che avvengono nelle aziende. In realtà i vari tipi di controllo che possono realizzarsi possono appartenere ad

¹⁹² Cass. 27 Febbraio 2012 n. 2722, in Guida lav., 2012, n.11, 3.

¹⁹³ G. ROSSINI, *I "controlli difensivi" del datore di lavoro*, 2012, in, <http://www.lavoropareri.com/i-controlli-difensivi-del-datore-di-lavoro/>.

una categoria, all'altra, a nessuna delle due o ad entrambe. Un controllo del telefono del lavoratore, o della sua e-mail può avere sia carattere di controllo occulto, difensivo, a distanza, ma anche essere illecito per ragioni diverse dall'appartenenza a queste categorie, ad esempio perché non rispetta il principio di correttezza e buona fede. In sintesi, queste categorie sono molto utili per il carattere sistematico che offrono al giurista, anche a livello di facilitazione nello studio della fattispecie, ma come tali vanno sempre rapportate con le disposizioni di riferimento dello Statuto dei lavoratori e delle norme più recenti, poiché solo queste sono vincolanti e permettono di dare peso alle proprie ragioni in sede giudiziale, nonostante i concetti delineati da giurisprudenza e dottrina offrano una buona chiave di lettura ed interpretativa delle stesse.

3.7 Controlli a distanza

3.7.1 Finalità della normativa e concetto di distanza

I controlli a distanza sono una tra le forme di controllo con potenzialità maggiori all'interno delle realtà aziendali poiché grazie ad esse il datore di lavoro ha la possibilità di monitorare aree molto più grandi ed in ogni momento di quanto potrebbe invece fare attraverso l'uso esclusivo del personale di vigilanza, guardie giurate e del suo controllo diretto. Il legislatore del '70 aveva ben chiaro tale stato di cose, e proprio per questa ragione, diede sin da subito nella redazione dello Statuto dei lavoratori puntuale disciplina al fenomeno rendendo l'art.4 rubricato "Impianti audiovisivi" la norma di riferimento di questo tipo di controlli. "Del resto come più volte ricordato dai giudici anche di legittimità, già la relazione ministeriale di accompagnamento alla legge 300/1970 precisava che la vigilanza sul lavoro, ancorché necessaria nell'organizzazione produttiva va mantenuta in una dimensione "umana", cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua ed anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia

nello svolgimento del lavoro"¹⁹⁴, parole che a distanza di quaranta anni suonano premonitrici e che sempre più si rivelano attuali con la diffusione sempre più intensa delle tecnologie informatiche in materia di controllo.

La disciplina sui controlli a distanza è molto specifica, quindi non più soltanto norme di principio, ma prescrizioni puntuali che stabiliscono divieti e casi eccezionali in cui è ammesso il controllo con la relativa procedura legittimante. Una così precisa disciplina, paradossalmente in astratto, avrebbe avuto il problema di rischiare di essere obsoleta con l'avvento di nuove tecnologie sconosciute negli anni '70, basti pensare al computer ed al telefono cellulare; in realtà l'intelligenza del legislatore fu quella di redigere una norma precisa, ma al tempo stesso capace di adattarsi alle novità tecnologiche, cosa che ha permesso all'art. 4 di rimanere ancora nella sua forma originaria senza necessità di essere modificato. Uno dei rari casi in cui il diritto anticipa i fenomeni reali, regolando ex ante fattispecie neanche ipotizzabili all'epoca, con una lungimiranza difficile da replicare da parte dei legislatori più recenti. La norma come analizzato nel secondo capitolo introduce al primo comma un divieto all'utilizzazione di impianti audiovisivi per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. Ciò che è più importante e che essa inserisce anche la locuzione "altre apparecchiature" facendovi così rientrare tutti i dispositivi realizzabili dalla tecnologia futura. Il divieto ad ogni modo non è assoluto; infatti, è possibile utilizzare le suddette apparecchiature per esigenze organizzative e produttive, ovvero per sicurezza del lavoro, successivamente al raggiungimento di un accordo con rappresentanze sindacali aziendali, oppure in mancanza di queste, con una commissione interna, o ancora, in difetto di accordo, provvede l'Ispettorato del lavoro, su istanza del datore di lavoro.

La giurisprudenza¹⁹⁵ nel tempo ha avuto modo di meglio definire anche la corretta accezione di controllo a distanza, in primo luogo, infatti, ha ritenuto

¹⁹⁴ Cass. 17 Giugno 2000, n. 8250, in OGL, 2000, 1327.

che debba considerarsi controllo a distanza non solo il controllo a distanza spaziale, ma anche quello a distanza temporale, "l'art. 4 sarebbe quindi violato secondo tale interpretazione sia nell'ipotesi di una vigilanza continua e sincronica rispetto all'attività di lavoro che in quella di una sorveglianza saltuaria e posteriore allo svolgimento della prestazione"¹⁹⁶. Inoltre è considerato controllo a distanza, e quindi vietato anche semplicemente aver installato tali dispositivi, poiché viene punita la potenzialità lesiva dell'apparecchio senza a nulla rilevare se questo è disattivato o meno¹⁹⁷, anche se la giurisprudenza non è unanime in merito. "La differenziazione tra astratta idoneità al controllo e concreta esistenza dello stesso è dunque da rifiutare, anche perché l'art. 4 non distingue tra atto e potenza, bensì solo tra intenzionalità e preterintenzionalità"¹⁹⁸; facendo assumere di conseguenza rilievo anche al controllo che si presenti come mera possibilità, purché concretamente realizzabile, o così percepito dai lavoratori¹⁹⁹. Il divieto riguarda anche quei controlli che avvengono al di fuori dell'azienda. Infatti, l'oggetto del controllo vietato è l'attività lavorativa, che in alcuni lavori si svolge abitualmente al di fuori dei locali aziendali. In ogni caso però non è consentita l'installazione unilaterale di sistemi di videosorveglianza in luoghi riservati esclusivamente ai lavoratori, benché non destinati all'attività lavorativa, quali bagni, spogliatoi, docce, armadietti e luoghi ricreativi; lo stesso vale per le telecamere collocate nei luoghi di lavoro, anche se non destinate a riprendere i posti di lavoro dei dipendenti²⁰⁰.

3.7.2 Organizzazione sindacale ed Ispettorato del lavoro

¹⁹⁵ Una tra le prime pronunce in tal senso, Pret. Pen. Milano, 5 Dicembre 1984, in *Rivista italiana diritto del lavoro*, 1985, p. 209.

¹⁹⁶ B. VENEZIANI, *Sub art. 4*, in *Lo Statuto dei lavoratori*, Commentario diretto da G. Giugni, Milano, 1979, pp. 17 ss.

¹⁹⁷ G. DE FAZIO, *Sulla responsabilità del prestatore di lavoro per abuso dei beni aziendali*, in *Resp. civ. e prev.* 2003, 02, 341.

¹⁹⁸ P. ZANELLI, *Innovazione tecnologica, controlli, riservatezza nel diritto del lavoro*, in *Dir. Inf.* 1988; G. GHEZZI- F. LISO, *Computer e controllo dei lavoratori*, in *Giornale di diritto del lavoro relazioni industriali*, 1986, 353.

¹⁹⁹ A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, op. cit.

²⁰⁰ Cass. 16 Settembre 1997 n. 9211, in *NGCC*, 1998, I, 830.

La norma ha come finalità ancora una volta quella di bilanciare interesse datoriale al controllo e interesse del lavoratore alla dignità e riservatezza; tenendo ben presente la ratio della disposizione normativa il legislatore ha deciso di attribuire la capacità di regolare questo bilanciamento in presenza delle esigenze particolarmente meritevoli di tutela richiamate dall'art. 4 direttamente alle parti preferendo, in prima istanza, la via negoziale a quella di autorizzazione da parte del soggetto pubblico (Ispettorato), considerando che niente meglio dell'autonomia privata riesca a regolare una materia così delicata. Sulla base di un accertamento effettuato, in fase precontrattuale, della non contrarietà dello strumento a siffatte esigenze le parti perverranno alla stipula di un accordo che ha tutti i caratteri di un contratto collettivo, unilateralmente impegnativo per il solo datore di lavoro²⁰¹. L'accordo raggiunto con la rappresentanza sindacale aziendale ha inoltre una particolarità, ovvero quella di aver un ambito di applicazione più ampio rispetto ai normali contratti collettivi. Infatti, nel caso in esame, l'accordo produce effetti non solo nei confronti dei lavoratori sindacalizzati, ma anche verso tutti gli altri alle dipendenze del datore di lavoro, in quanto si va a proceduralizzare un potere del datore di lavoro (molto simile a ciò che accade negli accordi sindacali in occasione di licenziamenti collettivi) e non i rapporti in senso stretto tra lavoratori e datore. Lo stesso codice della privacy richiama la disciplina dell'art. 4 SL in una sua norma, l'art.114, facendo salva la possibilità per il datore di lavoro di impiegare sistemi di controllo a distanza nei limiti del secondo comma dell'art.4 e nell'osservanza delle procedure ivi indicate. L'art. 114 però non chiarisce se in tali casi l'attività di controllo, in quanto costituente una forma di trattamento, necessiti per essere eseguita correttamente del previo consenso del lavoratore interessato. Pare logico però ritenere che l'art. 114 persegua la finalità di recepire il dettato dell'art. 4 all'interno del corpus del codice della privacy individuando nella fattispecie dell'art 4 c.2 un'ulteriore ipotesi in cui non è necessario acquisire il consenso

²⁰¹ G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 1975, p. 184.

espresso dall'interessato²⁰². Infatti, ai sensi dell'art. 24 dlgs 196/03, la manifestazione del consenso non è richiesta solo nei casi ivi elencati, ma anche nei casi previsti nella Parte II del codice della privacy, tra cui figura l'art. 114. Il legislatore ha giustamente indicato al comma terzo le modalità per adeguare alla nuova normativa i sistemi di videosorveglianza già installati nelle aziende, anche in questo caso preferendo l'accordo tra le parti; ad ogni modo non è più di attualità analizzare una disciplina transitoria dettata da una norma del 1970, che oggi certamente non trova più applicazione.

In caso di mancato accordo tra le parti l'ordinamento non impedisce al datore di lavoro di attuare le forme di controllo a distanza se sussistono le esigenze meritevoli del comma secondo, ma dovrà essere autorizzato dall'Ispettorato del lavoro. Il contenuto del provvedimento dell'Ispettorato riguarderà l'opportunità ed eventualmente le modalità di impiego dei mezzi di controllo a distanza; in realtà, però, la pronuncia ha carattere strumentale rispetto al precetto poiché è già ben chiaro dalla norma in quali casi il controllo a distanza sarà eccezionalmente permesso dopo l'accordo oppure no; ad esempio se dovranno essere installate delle telecamere per ragioni di sicurezza, la specificazione del dovere di sicurezza è già contenuta nel precetto legislativo e la funzione dell'Ispettorato è quella soltanto di impartire istruzioni per l'esatto adempimento del precetto, appunto, ove se ne ravvisi la necessità ed ove occorra²⁰³. Contro il provvedimento dell'Ispettorato è possibile proporre ricorso gerarchico al Ministero del lavoro e politiche sociali, in alternativa al ricorso in sede giudiziale; con il vantaggio che il ricorso gerarchico è uno strumento che garantisce le censure di merito, possibilità che è preclusa invece nella sede giudiziaria, inoltre con il ricorso amministrativo si snelliscono notevolmente i tempi per pervenire ad una decisione definitiva.

3.7.3 Profilo sanzionatorio

²⁰² A. MANTELERO, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione d'impresa*, Milano, 2007, p. 128.

²⁰³ B. Veneziani, Sub. art. 4, op. cit.

Le prescrizioni dell'art. 4 SL in caso di violazione, prevedono con una serie di richiami tra norme, una sanzione penale, facendo quindi assumere all'intero articolo 4 SL le caratteristiche di norma penale, quindi non suscettibile di interpretazione analogica. Interpretazione analogica che parte della dottrina in realtà ha più volte contestato, ogni volta che veniva fatto rientrare tra dispositivi di controllo a distanza, nuovi strumenti tecnologici, asserendo che in tal guisa veniva svolta un'interpretazione analogica tra strumenti di videosorveglianza tradizionali (telecamera) e nuovi dispositivi. In realtà gran parte della giurisprudenza e dottrina ritengono legittimo far rientrare nell'ambito di applicazione della norma tutti quei dispositivi che presentano il carattere della potenzialità del controllo a distanza. Pertanto, se hanno questo elemento, sono direttamente presi in esame dalla norma senza analogia con altri dispositivi, se invece non hanno neanche in astratto la possibilità di monitorare il lavoratore, allora sono esclusi dalla disciplina dell'art. 4.

Tornando alla sanzione penale, questa è prevista non direttamente dall'art. 4 SL, bensì è contenuto nell'art. 171 del codice della privacy, che a sua volta rimanda alla sanzione penale dell'art. 38 dello Statuto dei lavoratori. L'articolo 171 così dispone:" La violazione delle disposizioni di cui agli articoli 113, comma 1, e 114 (che richiama l'art. 4 SL) è punita con le sanzioni di cui all'art. 38 della legge 20 Maggio 1970 n. 300. A questo punto è fondamentale analizzare anche l'art. 38 che è la norma all'interno dello Statuto dei lavoratori il cui scopo è quello di stabilire la sanzione penali in caso di violazione di alcune delle altre norme dello Statuto Infatti, le stesse pene si applicano anche alle violazioni degli articoli 2,5,6 e 15 primo comma lettera a. Le pene previste salvo che il fatto non costituisca più grave reato, sono l'ammenda da €154 a €1.549 o l'arresto da 15 giorni ad un anno, nei casi più gravi le pene sono applicabili congiuntamente; inoltre, laddove il giudice ritenga che per le condizioni economiche del reo, l'ammenda anche se applicata nel massimo non sia efficace, egli ha la facoltà di aumentarla fino al quintuplo.

Una previsione così dettagliata anche nella disciplina della sanzione sottolinea ancora una volta come sia centrale e di rilevante importanza la norma sui monitoraggi a distanza e soprattutto come ancora oggi, dopo più di quaranta anni sia ancora il punto di riferimento per una disamina e studio della materia dei controlli sui lavoratori.

3.8 Monitoraggio dei risultati

Nell'analisi del potere di controllo del datore di lavoro rientra anche la possibilità da parte del datore di lavoro di controllare i risultati dell'attività del lavoratore. Questa fattispecie è ben diversa dal controllo ex art. 3 SL, che mira a monitorare il lavoratore durante la prestazione lavorativa; infatti il controllo preso qui ad oggetto è un controllo ex post del tutto legittimo ma che ricade non direttamente sull'attività del lavoratore, bensì su quello che esso ha prodotto. Un controllo del genere è alla base delle forme retributive variabili, legate alla produzione ed al rendimento del singolo lavoratore, prima fra tutte la retribuzione a cottimo, ovvero quella forma di retribuzione secondo cui "il corrispettivo sia commisurato ai risultati realizzati dal singolo lavoratore (cottimo individuale) o da un gruppo di lavoro nel quale lo stesso è inserito (cottimo collettivo); le tariffe di cottimo sono determinate considerando il rendimento medio che il lavoratore può e deve garantire entro il normale orario di lavoro; la contrattazione collettiva esclude in genere che la retribuzione sia integralmente a cottimo, privilegiando un modello secondo cui il risultato del cottimo si può tradurre in una maggiorazione della retribuzione normale"²⁰⁴. Controllando i risultati dell'operato del lavoratore, il datore di lavoro, nonostante sia impossibilitato a svolgere un controllo indiscriminato sui lavoratori per tutelare la loro dignità, può verificare ex post quale sia un lavoratore produttivo e soprattutto retribuire quest'ultimo, maggiormente rispetto ad un lavoratore meno attivo, invogliando così gli altri lavoratori a migliorare la propria prestazione in ragione di maggiori retribuzioni. Il cottimo

²⁰⁴ R. PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, 2008, p. 296.

addirittura, in alcuni casi, è la forma di retribuzione obbligatoria ex lege, ad esempio nel lavoro a domicilio²⁰⁵ e non potrebbe essere altrimenti "in quanto qui vi è assenza di qualsivoglia potere imprenditoriale in ordine ai tempi di adempimento dell'obbligazione"²⁰⁶.

3.8.1 Pubblico impiego

L'istituto delle forme variabili di retribuzione con annesso controllo dei risultati ha avuto particolare risalto, anche accendendo un forte dibattito nell'opinione pubblica, con il dlgs 150/2009, rinominato terza privatizzazione del pubblico impiego, ad opera del Ministro Brunetta. La riforma, infatti, ha avuto come elemento centrale quello del monitoraggio della performance lavorativa, incentivando fortemente il merito con forti differenziazioni delle retribuzioni in ragione dei risultati; tutto questo per cercare di sollevare la produttività dei lavoratori della pubblica amministrazione, ad oggi una delle più basse in Europa. Lo stesso Ministro, infatti, in una relazione al Parlamento²⁰⁷ afferma: "le inefficienze e la scarsa produttività della P.A. rappresentano uno dei fattori più importanti della scarsa dinamica complessiva della produttività in Italia sia per il peso che essa ha come settore economico, sia perché essa incide sulla produttività degli altri settori".

Non potendo analizzare compiutamente la Riforma in questa sede, limitandoci alla materia dei controlli il Ministro Brunetta ha dato molti più poteri ai dirigenti considerandoli in un certo qual modo, come nel settore privato, l'alter ego del datore di lavoro. Ha modificato il procedimento disciplinare semplificandolo, con particolare riferimento alle sanzioni di minore gravità, mirando ad una maggiore celerità ed avendo come caposaldo l'obbligatorietà dell'azione disciplinare con la previsione di sanzioni a carico di coloro che, incaricati di intraprenderla, rimangono inerti. Soprattutto ha creato un sistema di misurazione, valutazione e trasparenza con lo scopo di collegare la retribuzione accessoria al merito. La strategia messa a punto per conseguire gli

²⁰⁵ Art. 8 legge n. 877/1973.

²⁰⁶ R. PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, op. cit.

²⁰⁷ Relazione al Parlamento sullo stato della Pubblica Amministrazione per l'anno 2007.

obiettivi prefissati di incremento della produttività è chiara: premiare i "buoni" e punire i "cattivi"²⁰⁸. Oltre all'incentivo economico legato al rendimento del lavoratore, un elemento dal forte carattere persuasivo è rappresentato dalla trasparenza, ovvero l'accessibilità totale anche online delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, ma soprattutto, ex ultimo comma dell'art. 4 legge 15/09, integrante l'art. 1 dlgs 196/03, prevede che le notizie concernenti lo svolgimento della prestazione di chiunque sia addetto a una funzione pubblica e la relativa valutazione non sono oggetto di protezione della riservatezza personale, facendo prevalere l'interesse al buon andamento e dell'organizzazione della pubblica amministrazione piuttosto che quello del lavoratore che allo stato del diritto in caso di inerzia lavorativa è soggetto alla gogna mediatica²⁰⁹.

Il legislatore delegato al fine di rendere effettiva la valutazione della prestazione lavorativa e il conseguente trattamento retributivo accessorio, ha predisposto il ciclo di valutazione della performance ovvero una serie di operazioni determinate per dlgs che tutte le amministrazioni devono eseguire e che permettono di determinare quasi scientificamente quale lavoratore è meritevole di incremento retributivo maggiore e chi no. Il ciclo prevede i seguenti passaggi: definizione degli obiettivi; collegamento fra obiettivi ed allocazione delle risorse; monitoraggio in corso di esercizio (svolto dall'immediato superiore gerarchico rispetto a colui il quale è sottoposto a controllo: impiegato-dirigente; dirigente-organo indipendente, con la conseguenza che il dirigente in questo sistema è sia soggetto valutato che valutatore)²¹⁰ e l'attivazione di eventuali interventi correttivi; misurazione e

²⁰⁸ F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2010, 4.

²⁰⁹ L. SGARBI, *Rendimento e Merito. Concorsualità dell'accesso, delle progressioni di carriera e di quelle economiche*, in *Lav. nelle p.a.*, 2008, 6, 1023.

²¹⁰ C. OGRISEG, *La valutazione e la valorizzazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *Lav. nelle p.a.*, 2012, 2, 345.

valutazione della performance organizzativa ed individuale; distribuzione delle retribuzioni accessorie. Un'innovazione di grande rilievo è l'aver posto all'apice dei soggetti incaricati del monitoraggio della performance e del controllo sulla gestione, organismi indipendenti di valutazione della performance e la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, a garanzia di una maggiore affidabilità nell'indipendenza dei giudizi²¹¹; a differenza della precedente disciplina che affidava il controllo a Servizi collocati in posizione servente ed ausiliaria del decisore politico pur con adeguata autonomia²¹². I lavoratori vengono divisi in tre fasce di merito che determineranno la retribuzione variabile; inoltre vengono istituiti degli ulteriori premi assegnati a coloro che si sono particolarmente distinti: bonus annuale delle eccellenze, premio annuale per l'innovazione, premio di efficienza²¹³.

Dal punto di vista applicativo questo impianto normativo ha trovato non poche difficoltà dovuta principalmente all'ostilità di coloro i quali sono i destinatari delle norme. Infatti, i lavoratori e sindacati non hanno certamente ben accolto questo sistema di valutazioni e molto spesso i controlli della performance, monitoraggio e valutazione non hanno preso neanche il via, o meglio la prassi prevalenti registra un appiattimento delle forme retributive variabili; i premi vengono distribuiti in misura automatica, sono generalizzati o al più collegati a parametri rudimentali come la presenza al lavoro²¹⁴, aggirando così l'impianto normativo approntato dalla Riforma Brunetta. Le difficoltà applicative di un sistema di valutazione sono testimoniate anche dall'esperienza di Paesi con maggior cultura valutativa del nostro. E sono tanto più accentuate quanto più tale sistema si proponga di essere selettivo con notevoli cambiamenti, come

²¹¹ F. VERBARO, *I soggetti della valutazione: la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche; l'Organismo indipendente di valutazione della performance, l'organo di indirizzo politico amministrativo. Cosa cambia nelle amministrazioni centrali*, in Pizzetti-Rughetti (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Ravenna, 2010, 83.

²¹² S. BATTINI- B. CIMINO, *La valutazione della performance nella Riforma Brunetta*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, p. 253.

²¹³ L. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Torino, 2012, pp. 113 ss.

²¹⁴ T. TREU, *Le forme retributive incentivanti*, in *Rivista italiana diritto del lavoro*, 2010, 4, 637.

nel nostro caso; le possibilità di migliorare l'efficacia dell'impianto valutativo, rispetto alle prove finora registrate è una sfida per il futuro che richiede forse, anche un cambiamento culturale da parte dei lavoratori nell'accettare costruttivamente i maggiori controlli della performance.

3.9 Controlli sanitari

L'articolo 5 dello Statuto dei lavoratori si occupa degli accertamenti sanitari da parte del datore di lavoro sui propri dipendenti limitandone il potere datoriale in ragione della tutela della riservatezza del lavoratore riguardo dati sanitari, dati fra i più sensibili tra i dati personali. L'art 5 in dettaglio stabilisce che sono vietati gli accertamenti sulla idoneità e sull'infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente; il controllo delle assenze per infermità può essere effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, che lo compiono a richiesta del datore di lavoro; il datore di lavoro ha infine la facoltà di controllare l'idoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico. La norma certamente non mira a vietare in assoluto i controlli del datore di lavoro, bensì mira a creare una procedura che offra maggiori garanzie di obiettività e neutralità negli accertamenti²¹⁵ facendoli svolgere a soggetti terzi.

3.9.1 Finalità della normativa

In particolare ogni volta che il datore di lavoro lo richiede, il lavoratore deve sottoporsi al controllo, posto che vi è l'obbligo contrattuale ex lege di sottoporsi a visita fiscale, ne consegue che il suo comportamento deve essere ispirato ai principi di buona fede e correttezza, la cui violazione esporrà il lavoratore alle sanzioni disciplinari previste dal contratto collettivo. Il divieto nei confronti del datore di lavoro è interpretato dalla giurisprudenza sempre in maniera più formale, considerando perfezionata la fattispecie vietata attraverso la condotta del datore di lavoro che acquisisce accertamenti sanitari

²¹⁵ C. BALDUCCI, *Sub art. 5*, in *Lo Statuto dei lavoratori, Commentario* diretto da G. Giugni, Milano, 1979, p. 33ss.

sull'infermità del dipendente assente dal lavoro attraverso medici di sua personale fiducia, anziché per mezzo di medici del servizio pubblico, non assumendo rilievo la modalità concreta con cui il datore acquisisce l'accertamento: condizione da sola sufficiente a far sì che si realizzi il reato, è che il datore di lavoro entri in possesso del referto clinico; perciò il reato sussiste anche qualora sia lo stesso lavoratore stesso a consegnare il referto al datore²¹⁶. Da quest'ultima affermazione si evince che il diritto del lavoratore assente a non subire controlli da parte di medici non appartenenti al servizio pubblico è indisponibile essendo quindi irrilevante il consenso del lavoratore; la giurisprudenza a tal proposito ritiene che siano disponibili da parte del titolare soltanto i diritti privi di rilevanza pubblica e non quelli che coinvolgono un interesse pubblico come il diritto in questione.

L'art. 5 SL tutela non solo il lavoratore ma anche un interesse collettivo ad un controllo imparziale delle assenze per infermità, che sottrae il lavoratore subordinato alla sua condizione di contraente debole assoggettando l'esercizio dell'autorità imprenditoriale ai vincoli derivanti dai valori di dignità umana, infatti un consenso prestato dal lavoratore ad accertamento sanitario svolto dal datore di lavoro sarebbe viziato dalla condizione di inferiorità del lavoratore, ed è per evitare ciò che il legislatore rende indisponibile il diritto.

3.9.2 Poteri del datore di lavoro e doveri del lavoratore

La disposizione non preclude come la sezione lavoro della Cassazione ha più volte rilevato²¹⁷ che il datore di lavoro possa procedere, al di fuori delle verifiche di tipo sanitario, ad accertamenti di circostanze di fatto atte a dimostrare l'insussistenza della malattia o la non idoneità di questa a determinare uno stato d'incapacità lavorativa e quindi giustificare l'assenza; in particolare non è precluso al datore di lavoro, anche avvalendosi di un'agenzia investigativa, il compimento di accertamenti circa lo svolgimento da parte del lavoratore, nei periodi di asserita assenza per malattia, di altra

²¹⁶ D. CASALE, *Attualità il controllo delle assenze per malattia, tra rigore del legislatore ed innovazioni tecnologiche*, in *Lav. nelle p.a.* 2010, 5, p. 833.

²¹⁷ Cass. Sez. Lav. 3 Maggio 2001 n. 6236; Cass. Sez. Lav. 26 Febbraio 1994 n. 1974.

attività lavorativa²¹⁸. Nell'ipotesi di assenze per malattia è consentito al datore di lavoro di richiedere l'effettuazione delle cosiddette visite fiscali o di controllo ai servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti²¹⁹, in modo tale che questi possano svolgere l'accertamento in maniera indipendente ed imparziale.

La messa a punto di un sistema di controllo imparziale richiede comunque da parte del lavoratore stesso un dovere di collaborazione come quello di rendersi reperibile durante le fasce orarie di reperibilità dalle competenti autorità per compiere la visita medica di controllo della salute del lavoratore assente dal luogo di lavoro; l'inottemperanza a tale obbligo da parte del lavoratore per incuria, negligenza o altro motivo non apprezzabile comporta la decadenza dal diritto al trattamento di malattia, come sanzione per la non correttezza del suo comportamento²²⁰. Nell'ipotesi d'impossibilità a rimanere presso la propria residenza durante le fasce di reperibilità, il lavoratore deve dimostrare lo specifico impedimento che ha reso impossibile l'adempimento dell'obbligo, o comunque qualsiasi ne sia la causa, che questa non sia a lui imputabile, non essendo sufficiente una generica prova della diligenza²²¹; deve trattarsi di impedimento oggettivo, non dovuto all'erronea convinzione del lavoratore di non dover adempiere, non essendo sufficiente la buona fede, se questa non coincida con l'esaurimento di tutte le possibilità di adempiere secondo i criteri della normale diligenza²²². Questo non significa imporre al lavoratore il riposo coatto, in quanto potenzialmente contrastante con eventuali approcci terapeutici implicanti l'allontanamento dal luogo abituale di residenza²²³ come

²¹⁸ G. DE FALCO, *Controlli sanitari sul lavoratore tra Statuto dei Lavoratori e normativa di sicurezza*, Cass. pen. 2005, 11, 3485, nota a Cassazione penale 09/12/2004 n. 1728 sez. III.

²¹⁹ ai sensi del combinato disposto dell'art. 2 comma 3 del D.L. n. 663 del 30 Dicembre 1979, convertito nella legge n. 33 del 29 Febbraio 1980, e dall'art. 5 comma 12 del D.L. n. 463 del 12 Settembre 1983.

²²⁰ L. INNOCENZI, *Assenza del lavoratore alla visita medica di controllo*, in *Il diritto del lavoro*, 1998 fasc. 2 p. 77ss.

²²¹ Cass. 16 Febbraio 1994 n. 1500, GI, 1995, I, 1, 1110.

²²² V. A. POSO, *Sull'onere della prova del lavoratore ammalato che intenda contestare il referto di assenza alla visita di controllo domiciliare nelle fasce orarie di reperibilità*, nota a Cass. civile 04/01/2002 n. 50 sez. Lav., in *Rivista italiana diritto del lavoro* 2002, 2, p. 339.

²²³ Cass. 30 Maggio 1990 n. 10462; Cass. 23/03/1990 n. 2816.

soluzione utile per la pronta guarigione del lavoratore Il riconoscimento di tale diritto è vincolato a due limiti di esercizio: la censurabilità di comportamenti che impediscano o ritardino la guarigione²²⁴; e la facoltà di irrogare provvedimenti disciplinari da parte del datore di lavoro, qualora le attività svolte dal lavoratore ammalato evidenzino una elusione dei principi civilistici di buona fede e correttezza²²⁵.

Del tutto diversa dalla fattispecie in analisi è l'esigenza che richiede in azienda la presenza del medico di fabbrica, un professionista che attraverso la sua attività qualificata supporta il datore di lavoro negli adempimenti necessari alla sicurezza aziendale; l'intervento del medico di fabbrica è lecito solo ai fini di pronto soccorso e per la certificazione e la denuncia dell'infortunio da inviare all'INAIL, poiché non sembra coerente con la norma dello Statuto ammettere un controllo più esteso .

3.9.3 Fase preassuntiva

Un'altra problematica legata all'art. 5 SL è la possibile estensione del divieto di accertamenti sanitari anche nella fase preassuntiva, prima dell'instaurazione del rapporto di lavoro. In passato la giurisprudenza riteneva che essendo l'art. 5 SL una norma penale, il termine lavoratore, non potesse essere interpretato in senso lato poiché l'analogia non è utilizzabile nel diritto penale, dove vige il principio di tassatività; quindi l'ambito di applicazione dell'art. 5 SL era delimitato soltanto ai soggetti già lavoratori. Ad avvalorare questa conclusione, vi era l'analisi sistematica dello Statuto dei lavoratori, infatti quando il legislatore ha voluto estendere una disciplina alla fase preassuntiva ha parlato appunto di lavoratori e lavoratori in via di assunzione (art. 8 SL)²²⁶. "Attribuire all'espressione lavoratore un significato comprensivo di chi non è ancora dipendente, finisce allora col forzare il dato letterale al di là del suo significato, per ricomprendervi, sulla base di una supposta ratio comune,

²²⁴ Cass. S.U. 5 Febbraio 1988 n. 1209.

²²⁵ S. MALANDRINI, *Il controllo dello stato di malattia del lavoratore: correlazioni tra prassi amministrativa e giurisprudenza di merito e di legittimità*, in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 2006, fasc. 3 pt.1 pp. 624 ss.

²²⁶ Cass. 24 Marzo 1975, n. 706.

anche soggetti che, altrimenti, per l'espressione letterale usata, dovrebbero rimanere estranei all'ambito applicativo della norma"²²⁷. La ratio dell'art. 5 SL è quella di bilanciare interesse tra lavoratore e datore realizzando un accertamento imparziale dello stato di salute del lavoratore; mentre in ambito precontrattuale manca l'interesse del datore di lavoro ad assumere un soggetto sano ed idoneo a svolgere una determinata mansione, manca dall'altra parte la possibilità di intravedere una situazione giuridica rilevante opponibile al soggetto che ricerca un lavoro²²⁸. Successivamente l'orientamento della giurisprudenza²²⁹ e della dottrina²³⁰ è mutato ed oggi, generalmente, si ritiene che la tutela sia presente anche in fase preassuntiva diversamente rispetto al passato²³¹: "se lo scopo della disposizione è assicurare l'imparzialità dei controlli sanitari sui lavoratori, questa esigenza sussiste tanto in ordine ai lavoratori già assunti quanto con riferimento a quelli in via di assunzione, e quindi non vi sarebbe alcuna valida ragione tale da giustificare un'interpretazione così restrittiva come quella criticata"²³².

Accertamenti preassuntivi sono leciti purché legati ad accertare soltanto l'idoneità di un soggetto a svolgere determinate mansioni, se effettuate con altri fini non sono lecite e si traducono in un'intromissione della sfera privata del soggetto in via di assunzione. Ad esempio l'accertamento dello stato di gravidanza in una donna è legittimo se funzionale alla verifica dell'idoneità fisica allo svolgimento di una certa mansione²³³; mentre al di fuori di questa fattispecie il controllo sullo stato della potenziale lavoratrice è assolutamente

²²⁷ E. VENAFRO, *Visite preassuntive e art. 5 dello Statuto dei lavoratori*, in CP, 1998.

²²⁸ E. VENAFRO, op. cit.

²²⁹ Cass. 4 Maggio 1984 n.; Tribunale di Monza 18 Giugno 1981.

C. LAZZARI, *Ancora in tema di accertamenti sanitari preassuntivi*, nota a Cass. sez. III pen. 10 Novembre 1998, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, fasc. 2

²³⁰ E. STENICO, *Sulla legittimità dei test preassuntivi*, nota a Cass. penale, 28/10/1997 n.2835, sez. III, in *Giust. civ.* 1998, 7-8, p. 1965.

²³¹ A. BELLAVISTA, *Gli accertamenti sanitari preassuntivi*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, fasc. 1.

²³² A. BELLAVISTA, *Il controllo dei lavoratori*, op. cit.

²³³ C. FILADORO, *Parità uomo-donna: rassegna di giurisprudenza sull'art. 1 legge 9 Dicembre 1997, n. 903, Lavoro 80, 1981, p. 337.*

vietato in quanto lesivo del diritto alla riservatezza della donna e potrebbe anche essere un controllo al fine di compiere una discriminazione²³⁴.

3.10 Visite personali di controllo

Un'altra forma di controllo da parte del datore di lavoro sul lavoratore è quella prevista dall'art. 6 SL riguardante le visite personali di controllo. Le visite personali di controllo sono delle forme di controllo eseguite direttamente all'uscita del luogo di lavoro per evitare che i lavoratori si appropriino di beni del patrimonio aziendale; quindi questo tipo di controlli sono rientranti a pieno diritto all'interno della categoria dei controlli difensivi a tutela del patrimonio aziendale.

La norma ha uno schema molto simile a quella dell'articolo 4 sul monitoraggio a distanza. Infatti si ripete la struttura divieto al primo comma, e casi particolari nei quali il controllo può lecitamente avvenire nei commi successivi e modalità di ricorso avverso i provvedimenti dell'Ispettorato del lavoro nell'ultimo comma. Le visite personali andranno svolte rispettando la dignità e la riservatezza dei lavoratori attraverso sistemi di selezione automatica riferiti alla collettività o gruppi di lavoratori. Le ipotesi nelle quali potranno svolgersi tali visite devono essere concordate con le rappresentanze sindacali aziendali, in loro mancanza con le commissioni interne e solo in ultima istanza dall'Ispettorato del lavoro. "Ai soggetti collettivi spetta il compito, infatti, di indicare non solo le ipotesi nelle quali possono essere disposte le visite personali, ma anche di indicare le relative modalità di effettuazione delle stesse, in aggiunta a quelle previste dal secondo comma. In sostanza la stessa valutazione dell'indispensabilità della visita viene rimessa alla determinazione contrattuale"²³⁵. La possibilità di svolgere questo controllo lecitamente è condizionata da tre requisiti: accordo con rappresentanti sindacali sull'indispensabilità dell'ispezione, pericolo per il patrimonio aziendale ed insussistenza di eventuali danni alla dignità o riservatezza, individuazione di

²³⁴ Corte di Giustizia Ce 8 Novembre 1990 C-177/88 sentenza Dekker.

²³⁵ B. VENZIANI, Sub art. 4, op. cit.

modalità di attuazione dell'esercizio del potere datoriale. Le visite personali di controllo ad ogni modo dovrebbero essere l'*extrema ratio* per il datore di lavoro, dopo aver valutato tutti gli alternativi mezzi di controllo legalmente e tecnicamente attuabili, ed anche la possibilità di prevenire eventuali ammanchi mediante adeguate registrazioni dei movimenti delle merci nonché mediante l'adozione di misure atte a disincentivare gli ammanchi stessi ed a favorire, invece la condotta diligente e fedele dei dipendenti²³⁶. Il singolo lavoratore, dopo la pattuizione collettiva, non potrà sottrarsi al controllo, anche se si tratta di un lavoratore non sindacalizzato, in quanto l'accordo agisce direttamente sul potere del datore di lavoro, coinvolgendo così indirettamente tutti i lavoratori alle sue dipendenze; in caso di rifiuto da parte del lavoratore, il datore di lavoro potrà irrogargli una sanzione disciplinare. L'accordo di per sé comunque potrebbe non essere condizione sufficiente per escludere l'illegittimità del controllo, infatti, il lavoratore potrebbe rivolgersi al giudice adducendo l'assenza delle condizioni sostanziali imposte dalla norma²³⁷; in questo caso, anche se fossero rispettate le garanzie procedurali, il lavoratore potrebbe legittimamente sottrarsi al controllo²³⁸.

Qualora il controllo sia svolto in assenza del suddetto accordo o provvedimento amministrativo, quindi illecitamente, oltre alle conseguenze sul piano penale, ex art. 38 SL (potenzialmente sono configurabili anche i reati di violenza privata e sequestro di persona a seconda di come vengono svolte le visite di controllo illecitamente), vi sarà sul piano civilistico l'inutilizzabilità delle prove acquisite attraverso la visita personale, sebbene ad esempio in ipotesi di furto, il datore di lavoro possa avvalersi di altri mezzi probatori come la prova testimoniale. Lo svolgimento reiterato di controlli illeciti inoltre

²³⁶ Cass. 19 novembre 1984 n. 5902.

²³⁷ Cass. 19 Novembre 1984 n. 5902; Trib. Trieste 26 Marzo 1973, in *Foro it.*, 1973, I, 2267.

²³⁸ Pretura di Milano, 20 Marzo 1979, in *Orient. giur. lav.*, 1979, 500: la mancanza di uno soltanto dei requisiti previsti dall'art. 6 St. lav. giustifica il rifiuto del lavoratore di sottoporsi al controllo; e comminare anche una lieve sanzione disciplinare non potrebbe essere mai possibile, se non nei casi manifesti o di flagranza.

può configurare anche la fattispecie di condotta sindacale, creando un clima insostenibile e teso in azienda, con le conseguenze previste dall'art. 28 SL.

In passato è stata sollevata questione di legittimità costituzionale sulla norma, per contrasto con gli art. 2,3,13,41 secondo comma, della Costituzione; il giudice a quo²³⁹ rilevava che la norma, consentendo al datore di lavoro ispezioni coattive e perquisizioni, collidesse con l'art. 13 Cost. il quale consente restrizione della libertà personale esclusivamente ad opera di specifici organi dello Stato. Le disposizioni dell'art. 6 costituirebbero una norma attributiva di un potere privato dissonante con il principio costituzionale dell'inviolabilità della libertà personale. Discenderebbe inoltre una presunzione di sospetto nei confronti dei lavoratori occupati nell'azienda e pertanto una prevalenza dei diritti dei proprietari di fronte a quelli dei loro dipendenti, il che violerebbe il principio dell'uguaglianza ed i limiti costituzionali dell'esercizio della proprietà. La questione però è stata ritenuta infondata dalla Consulta²⁴⁰. Il Giudici Costituzionali ritengono che l'art. 6 si inquadra tra le norme regolano i rapporti tra lavoratori e datori di lavoro; le modalità indicate per l'esercizio del controllo sono dirette a dare un carattere impersonale delle visite, salvaguardando la tranquillità e la serenità dell'ambiente di lavoro, proteggendo sia i beni del patrimonio aziendale sia, nei luoghi di lavoro, quelli personali dei singoli lavoratori. Il sacrificio contrattuale della riservatezza del lavoratore è suscettibile di una valutazione giuridica favorevole, quando esso sia proporzionato alle legittime esigenze si sono volute soddisfare mediante la disposizione pattizia²⁴¹: tale temperamento tra il controllo e la riservatezza salva dunque le norme dalla censura di incostituzionalità²⁴². Le visite personali di controllo rientrano tra le norme dello Statuto dei lavoratori che bilanciano gli interessi datoriali con quelli dei lavoratori per individuare la corretta composizione delle esigenze di

²³⁹ Pretura di Milano 26 Maggio 1975, in *Foro Italiano* 1975, I, 2846.

²⁴⁰ Corte Costituzionale 25 Giugno 1980 n. 99, in *Foro Italiano* 1980, I, 1817.

²⁴¹ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, Milano, 2003, 237.

²⁴² E. BARRACO, A. SITZA, *La tutela della privacy nei rapporti di lavoro*, a cura di M. Miscione, Milano, 2012, pp. 199 ss.

entrambi, consentendo il buon andamento dell'azienda nel rispetto della dignità e riservatezza dei prestatori di lavoro.

3.11 Indagini sulle opinioni

Il divieto di controllo da parte del datore di lavoro sul lavoratore non si limita soltanto all'attività fattuale dello stesso, bensì comprende anche la sfera interiore del prestatore di lavoro, opinioni comprese. Il lavoratore, infatti, potrebbe essere discriminato in ragione delle sue opinioni, ma proprio per evitare tale situazione, il datore di lavoro non può pretendere di conoscerle, neanche con un'indagine mirata. L'art. 8 dello Statuto dei lavoratori prevede espressamente il divieto di indagine sulle opinioni dei lavoratori, pur non costituendo una ripetizione con il seguente art. 15 SL, che invece dichiara nulli tutti gli atti discriminatori per le ragioni sindacali, politiche, religiose, razziali, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali. L'art. 8 SL, infatti, garantisce al lavoratore la libertà di opinione, importando anche nell'azienda il diritto riconosciuto direttamente dalla Costituzione a tutte le persone, ma soprattutto crea uno spazio di tutela della riservatezza del lavoratore maggiore di quello accordato alla generalità dei cittadini. La norma contribuisce alla realizzazione della clausola art. 3 c. 2 Cost. per realizzare l'uguaglianza sostanziale dei lavoratori all'interno dell'azienda valutati soltanto per il loro operato, salvaguardando così oltre che la libertà anche la dignità degli stessi. A differenza dell'art. 15 SL, dove le ipotesi di discriminazione sono tassative (ad esempio non può considerarsi discriminatorio un trattamento retributivo diverso tra due commesse in ragione della bellezza, in quanto non rientrante nell'elenco delle ipotesi previste), con l'art. 8 SL il legislatore pone al riparo il lavoratore da qualunque indagine pretestuosa, infatti è vietata l'indagine non solo su opinioni politiche, religiose, sindacali, ma anche su tutti i fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore.

Quest'ultima precisazione fa sì che il datore di lavoro possa indagare l'opinione del lavoratore soltanto se strettamente attinente al rapporto di lavoro, senza quindi ledere la libertà del lavoratore, coinvolgendo la sua sfera privata. E' onere del datore di lavoro quello di vincere la presunzione a lui contraria posta dalla norma, dimostrando la sussistenza di un motivo giustificato di indagine, anche eventualmente diverso dalla pura e semplice «valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore». In alcuni casi l'illiceità dell'indagine può, però, essere stabilita a priori: può considerarsi, per esempio, a priori illegittima l'indagine dell'imprenditore, in fase di selezione del personale, sul fatto che la lavoratrice sia o no in stato di gravidanza²⁴³.

3.11.1 Organizzazioni di tendenza

Come analizzato nel secondo capitolo, le opinioni ritenute in altri contesti strettamente private possono diventare, oggetto di indagine nelle organizzazioni di tendenza dove considerata l'attività di tale organizzazioni, un lavoratore non in linea con la scelta ideologica del suo datore di lavoro rischia di incidere negativamente sull'organizzazione stessa. Estendere indiscriminatamente l'eccezione del divieto però può essere pericoloso, infatti, non tutte le organizzazioni di tendenze sono sullo stesso piano. Nell'ipotesi in cui l'organizzazione di tendenza si rifaccia a modelli spersonalizzati dell'organizzazione aziendale basata su gerarchie manageriali, non si può certo immaginare che l'eccezione all'art. 8 SL sia indiscriminata²⁴⁴. In questo caso, non tutti i lavoratori svolgono delle prestazioni lavorative caratterizzanti la linea dell'organizzazione. Vi saranno anche lavori neutri, come la posizione di un lavoro meramente esecutivo e di routine, che non potrà assolutamente legittimare un controllo sulle opinioni in quanto queste, anche se diverse, non

²⁴³ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, op. cit.

²⁴⁴ S. SCIARRA, *Sub art. 8, in Lo Statuto dei lavoratori*, Commentario diretto da G. Giugni, Milano, 1979, p. 92.

avrebbero alcuna incidenza pratica sull'attività dell'organizzazione²⁴⁵. La zona di privacy del lavoratore quindi va definita di volta in volta, caso per caso, valutando quali sono i fatti privati rilevanti ai fini della sua attitudine professionale, in funzione della particolare prestazione oggetto del contratto di lavoro. La nozione di informazioni attinente al rapporto di lavoro incide inevitabilmente anche nella definizione del concetto della fiducia nel rapporto di lavoro e di conseguenza di giusta causa di licenziamento quando essa viene a mancare; in passato per configurare una giusta causa di licenziamento è stato ritenuto sufficiente una generica lesione del rapporto fiduciario datore-lavoratore enfatizzando la dimensione etica e personalistica del rapporto di lavoro²⁴⁶. L'art. 8 SL invece restringendo solo ai fatti attinenti al rapporto di lavoro la possibilità di indagine da parte del datore di lavoro indirettamente statuisce che solo una lesione della fiducia su di essi possa configurare un'ipotesi di licenziamento per giusta causa.

3.11.2 Fase preassuntiva

Il lavoratore inoltre non è protetto soltanto durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, bensì anche nella fase di assunzione, nella quale in astratto il datore di lavoro avrebbe un interesse maggiore a conoscere le opinioni del lavoratore che va ad inserire nella sua struttura aziendale. Quindi sono vietati test preassuntivi e quei test attitudinali²⁴⁷, che in realtà mirano a sondare opinioni politiche, sindacali o di altro genere che non riguardano comunque in nessun modo lo svolgimento della prestazione lavorativa nella sua più ampia accezione²⁴⁸. Lo schema della tutela del prestatore di lavoro deve ritenersi applicabile in via analogica, esclusa ovviamente la sanzione penale, anche alle indagini svolte sul conto del lavoratore, prima del suo eventuale incontro

²⁴⁵ U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 8, in Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, 1972, p. 140; A. Freni- G. Giugni, *Lo Statuto dei lavoratori*, Milano, 1971, p. 41.

²⁴⁶ M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, 76 ss.

²⁴⁷ P. DUI, *Test attitudinali e violazione presunta della privacy e del divieto di indagini sulle opinioni*, *Nota a Cass. sez. lav. 16 febbraio 2011, n. 3821*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2011, fasc. 9.

²⁴⁸ Non solo la prestazione lavorativa in quanto tale, ma anche tutti gli altri rapporti obbligatori che discendono dal contratto di lavoro.

precontrattuale²⁴⁹ con il possibile datore di lavoro, da soggetti diversi²⁵⁰: si pensi al caso di un'agenzia di collocamento che predisponga uno schedario in vista delle possibili richieste di manodopera da parte di imprenditori²⁵¹.

La norma come altre dello Statuto dei lavoratori, come poc' anzi anticipato, è assistita da una sanzione penale, quindi fondamentale è l'individuazione di tutti gli elementi della fattispecie vietata per non cadere nella trappola dell'interpretazione analogica non ammessa in ambito penale. Innanzitutto ad essere vietata è l'indagine, ovvero "quell'attività compiuta all'insaputa del soggetto interessato dall'investigazione, volta ad accertare opinioni o fatti relativi al medesimo, o anche interrogazioni direttamente al lavoratore per acquisire notizie²⁵². L'attività del datore di lavoro dovrà essere mirata alla raccolta delle informazioni, non essendo sufficiente per dare origini alla condotta vietata, la semplice venuta a conoscenza del datore di lavoro di fatti riguardanti il lavoratore. Non è ravvisabile un'indagine vietata neanche nell'ipotesi di raccolta e catalogazione di notizie di pubblico dominio proprio dal momento che manca lo svolgimento dell'indagine, quindi non c'è il comportamento commissivo del datore anche se tali informazioni potrebbero provocare di fatto una limitazione della libertà di manifestazione del pensiero del lavoratore cui si riferiscono²⁵³.

Certamente invece, non sono vietate, anzi andrebbero incoraggiate, tutte quelle esperienze di indagine in azienda sull'umore e morale dei dipendenti, per avere immediata conoscenza del clima aziendale che incide notevolmente sulla produttività di tutti i lavoratori. La migliore modalità di svolgimento di una siffatta indagine è la compilazione da parte dei dipendenti di questionari

²⁴⁹ In una fase ancora precedente alla procedura di assunzione, infatti il lavoratore ancora non viene neanche contattato per la fissazione di un colloquio o per la proposta del lavoro.

²⁵⁰ T. BUCALO, *Implicazione della persona e privacy nel rapporto di lavoro: considerazione sullo Statuto dei lavoratori*, in *RGL*, 1976, I.

²⁵¹ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, op. cit.

²⁵² Pret. Roma, 5 Febbraio 1979, in *Riv. giur. lav.* 1980, IV, 108; Pret. Milano, 17 Giugno 1980, in *Riv. giur. lav.*, 1982.

²⁵³ A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, op. cit.

anonimi²⁵⁴ di valutazione poiché evitano di porre problemi dal punto di vista della privacy e soprattutto garantiscono un risultato quasi sempre veridico poiché i lavoratori non si sentono minacciati da potenziali ritorsioni qualora dovessero esprimere valutazioni negative.

²⁵⁴ Anonimato non è comunque condizione sufficiente per ritenere legittime indagini del datore di lavoro che hanno lo scopo di soddisfare la sua curiosità sui umori ed opinioni dei lavoratori, poiché anche in queste forme di indagine la condicio sine qua non che legittima l'indagine stessa è sempre il collegamento con la prestazione lavorativa; a tal proposito: L. CASTELVETRI, *Le indagini motivazionali nelle strategie aziendali e nello Statuto dei lavoratori*, in AA.VV., *Strategie di comunicazione e Statuto dei lavoratori. Il limite del dialogo tra impresa e dipendenti*, Milano, 1992, pp. 35-188.

Capitolo IV

Nuove tecnologie e controllo dei lavoratori

4.1 Premessa

L'avvento negli anni 80, ma soprattutto 90, delle nuove tecnologie, prima fra tutte il personal computer ha avuto un forte impatto sulla vita di ognuno, sia nella sfera privata, sia nel contesto lavorativo. Fino all'avvento dei computer, infatti, per il controllo aziendale ci si affidava principalmente all'attività del personale di vigilanza che svolge un controllo diretto sui lavoratori, quindi certamente non capillare e facilmente eludibile, e l'unica forma "tecnologica" di controllo era quella compiuta attraverso sistemi di videosorveglianza. Come anticipato nei capitoli precedenti la norma contenuta nell'art. 4 SL è stata concepita in riferimento al controllo tramite videosorveglianza, cominciando però a delineare norme che come verrà esposto sono ancora molto attuali anche per i nuovi mezzi di controllo dei lavoratori, in particolare il divieto assoluto per mere finalità di monitoraggio della prestazione lavorativa ed al tempo stesso l'ammissibilità del controllo preterintenzionale, cioè quando finalizzato alla tutela di interesse del datore di lavoro costituzionalmente garantiti²⁵⁵ (esigenze organizzative, produttive, di sicurezza). Le telecamere aziendali, quindi sono ancora molto utilizzate in azienda, poiché restano strumenti di sicuro affidamento per la rilevazione di illeciti e per la sicurezza sul lavoro²⁵⁶. La normativa sulla privacy ha rafforzato le disposizioni dell'art. 4 SL, coordinandosi con esso, in particolare riguardo l'obbligo per il datore di lavoro di rendere nota²⁵⁷ la possibilità di essere sottoposti a videosorveglianza

²⁵⁵ M. POLACCHINI, *Privacy in azienda*, Indicalia, 2009.

²⁵⁶ L'installazione di dispositivi di videosorveglianza è consentita, infatti, soltanto per esigenze produttive, organizzative e di sicurezza, non potendo essere mai introdotta per il controllo diretto allo svolgimento della prestazione lavorativa del lavoratore in re ipsa.

²⁵⁷ Il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 8 Aprile 2010 ritiene necessaria un informativa minima ai dipendenti (sebbene non sia necessario il loro consenso ex art. 24

in una certa area, al fine di evitare controlli occulti, di carattere eccezionale nell'ordinamento giuslavorista italiano. Il punto di riferimento resta l'art. 4 SL, richiamato dallo stesso art. 114 d.lgs. 196/03, che richiede l'intervento sindacale per l'installazione delle telecamere, anche se una recente giurisprudenza²⁵⁸ ha ritenuto sufficiente il consenso dei lavoratori singolarmente prestato. Sebbene nell'analisi delle nuove tecnologie per il controllo dei lavoratori non si possa far rientrare il monitoraggio tramite telecamere, va detto che anch'esso è stato modificato dallo sviluppo tecnologico, rendendo più efficienti le telecamere con capacità di ripresa e definizione maggiori, e soprattutto ha abbassato i costi rispetto al passato permettendo l'utilizzo di questi sistemi anche ad azienda di piccole dimensioni. Oltre alle tradizionali telecamere, la videosorveglianza oggi può in astratto essere svolta anche attraverso le webcam²⁵⁹, con le quali si può monitorare l'attività del dipendente ad un certo terminale. Il controllo dei prestatori di lavoro tramite webcam costituisce senza dubbio una forma di controllo a distanza, che come tale, salvo tassative eccezioni, è vietata nell'ordinamento giuslavorista italiano²⁶⁰. Giustificare un siffatto controllo

codice privacy), ed inoltre offre nell'allegato 1 al provvedimento stesso un esempio di cartello segnalatore per aree sottoposte a videosorveglianza.

²⁵⁸ Cass. del 11 Giugno 2012 n. 22611; nello specifico la Corte di legittimità ha ritenuto lecita l'installazione di telecamere da parte di un'imprenditrice a seguito di una preventiva liberatoria sottoscritta da tutti i dipendenti, nella quale si autorizzavano le riprese sul luogo di lavoro; nell'impresa erano inoltre presenti adeguata cartellonistica per la segnalazione delle telecamere. La Corte, infatti, ritiene lecita tale condotta in quanto rispettosa della finalità dell'art. 4 SL: "se è vero che la disposizione di cui all'art. 4 intende tutelare i lavoratori da forme subdole di controllo della loro attività da parte del datore di lavoro e che tale rischio viene escluso in presenza di un consenso di organismi di categoria rappresentativi (RSU o commissione interna), a fortiori tale consenso deve essere considerato validamente prestato quando promani proprio da tutti i dipendenti". Tale conclusione costituisce un'inversione di rotta rispetto la precedente giurisprudenza di legittimità, la quale riteneva che solo il sindacato fosse in grado senza condizionamenti di esprimere il consenso o meno all'installazione delle telecamere in quanto non si comprende come i lavoratori concretamente potrebbero superare il timor reverentialis ed opporsi alla volontà del datore di lavoro di installazione dei dispositivi.

²⁵⁹ Le webcam non sono altro che l'evoluzione tecnologica delle tradizionali telecamere, con la differenza che utilizzano dati digitali anziché analogici per il sistema di registrazione. Questa diversità tecnica quindi non giustifica nessun tipo di differenziazione in ambito giuridico facendo così rientrare anche le webcam all'interno del divieto di controllo a distanza dell'art. 4 SL

²⁶⁰ Il Garante per la protezione dei dati personali, con provvedimento del 10 Giugno 2010, ha disposto il blocco del trattamento dei dati personali acquisiti da una webcam installata in un negozio, per il controllo della sala esposizione e vendita, non essendo stato preventivamente raggiunto l'accordo con le rappresentanze sindacali come richiesto dall'art. 4 SL. Il Garante, richiamando l'art. 4 SL,

però per ragioni produttive, organizzative o di sicurezza risulta però molto difficile, infatti, per questa ragione i monitoraggi tramite webcam nonostante i notevoli i bassi costi di installazione e manutenzione sono poco diffusi.

I datori di lavoro investiti dall'ingresso dalle nuove tecnologie nelle aziende, nel tempo hanno sviluppato nuove forme di controllo idonee ai nuovi strumenti di lavoro, e molto spesso il legislatore ha atteso a lungo prima di disciplinare le nuove fattispecie, considerata la velocità di cambiamenti del settore tecnologico e la lentezza delle dinamiche legislative, richiedendo di conseguenza alla giurisprudenza un'operazione interpretativa notevole in quanto molto spesso si è dovuto attraverso l'analogia estendere l'ambito di applicazione di norme risalenti (ved. art.4 SL) a fattispecie nuove e neanche ipotizzabili al momento della loro stessa redazione. L'utilizzazione all'interno dell'azienda di dispositivi elettronici e quanto di più avanzato la tecnologia è in grado di offrire, richiede alla normativa sui controlli nei confronti dei lavoratori, uno spostamento anche sul piano dei beni immateriali. Il controllo della posta elettronica, internet e gli altri dispositivi elettronici viene infatti svolto attraverso dei software, controllando i dati (informazioni) elaborati con la possibilità in astratto di tracciare, memorizzare od impedire tutte le operazioni svolte attraverso di essi²⁶¹. I luoghi di lavoro si sono riempiti sempre più di computer ed altri dispositivi elettronici e sempre meno di documenti cartacei a loro volta sostituiti con i file e altre forme di digitalizzazione. Un ulteriore grande cambiamento è avvenuto con i primi collegamenti internet che hanno fornito strumenti di comunicazione tra tutti i dispositivi connessi alla rete rendendo possibile la comunicazione tra più postazioni online immediata e soprattutto molto economica, facendola preferire alla comunicazione epistolare classica ed in alcuni casi, anche alla comunicazione telefonica. Oggi è diventato impossibile immaginare

riconosce l'applicabilità della disciplina dei controlli a distanza anche alle webcam parificandole alle telecamere ed altri dispositivi di videosorveglianza.

²⁶¹ G. POMANTE, *Sicurezza, privacy, ed uso delle risorse tecnologiche aziendali*, in *Sicurezza JCE*, 2002, <http://www.pomante.com>.

un'attività lavorativa almeno a livello di settore terziario svolta senza l'ausilio di computer, internet ed e-mail; la vera difficoltà da affrontare da parte del giurista, è quella di conoscere al meglio i meccanismi di funzionamento delle nuove tecnologie, solo dopo aver bene chiara la fattispecie da regolare potrà predisporre una disciplina ad hoc per ogni dispositivo che si fonda su presupposti diversi rispetto agli altri. A tal fine, nei paragrafi successivi prima dell'analisi della disciplina legata al controllo riguardo alle singole nuove tecnologie, queste verranno esaminate dal punto di vista tecnico per rendere chiaro in che modo e su quali aspetti il diritto agisce.

4.2 La posta elettronica

4.2.1 Funzionamento della posta elettronica

L'utilizzazione di strumenti informatici aumenta la produttività dei propri dipendenti, ma rende molto più difficile per il datore di lavoro esercitare il proprio potere di controllo sui lavoratori, data la facile commistione a livello digitale tra dati privati e dati attinenti all'attività lavorativa, quando i dispositivi elettronici sono utilizzati in maniera promiscua. Questa problematica è particolarmente presente nella disciplina dei controlli della posta elettronica aziendale, spesso utilizzata dai lavoratori anche per scopi personali. Per valutare i problemi connessi con l'utilizzazione della posta elettronica, occorre partire, in primo luogo dall'art. 15 Cost., che tutela la libertà e segretezza della corrispondenza annoverandola tra le libertà fondamentali ed i diritti inviolabili della persona. In particolare, l'art. 616 c.p., garantisce la tutela dal punto di vista penale alla segretezza della corrispondenza²⁶², qualora il contenuto venga rivelato senza giusta causa e se dal fatto ne deriva nocumento. Una modifica introdotta dalla legge 547/93 ha messo fine ai dubbi sull'ambito di applicazione dell'art. 616 c.p., aggiungendo un apposito comma e specificando che si intende per corrispondenza "quella

²⁶² La norma sanziona "chiunque prende cognizione del contenuto di una corrispondenza chiusa, a lui non diretta, ovvero sottrae o distrae, al fine di prenderne o di farne prendere cognizione, una corrispondenza chiusa o aperta, a lui non diretta, ovvero, in tutto o in parte, la distrugge o sopprime".

epistolare, telegrafica, telefonica, informatica o telematica ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza", includendovi quindi anche le e-mail. "La posta elettronica deve essere assimilata alla corrispondenza tutelata dall'art. 15 Cost., quindi risulta evidente il conflitto tra due opposti interessi, entrambi di rango costituzionale ed entrambi meritevoli di tutela: da un lato, il diritto di proprietà sui beni aziendali e il diritto di iniziativa economica dell'imprenditore (art. 41 Cost.), che si estende fino al controllo e alla direzione dell'attività del lavoratore, e dall'altro, il diritto alla libertà e alla segretezza della corrispondenza del lavoratore (art. 15 Cost.)"²⁶³.

Rientra nel concetto di posta elettronica "quella corrispondenza destinata ad essere inoltrata e/o ricevuta per mezzo di un sistema informatico e il cui oggetto della corrispondenza, codificato in un formato comprensibile all'elaboratore, è fissato su un supporto di memoria, in attesa di essere trasmesso al destinatario oppure se già pervenuto a destinazione in attesa che quest'ultimo ne prenda conoscenza"²⁶⁴. In questa definizione rientrano sia i cosiddetti sistemi di web mail sia le e-mail che vengono recepite sul proprio dispositivo.

Le web mail sono dei sistemi che consentono la lettura del messaggio direttamente dalla rete senza bisogno di download sul proprio computer di nessun file; in sostanza si accede alla pagina web del proprio gestore di posta elettronica e da lì, si consultano le proprie e-mail come se si stesse leggendo un qualsiasi contenuto online, soltanto filtrato dall'accesso riservato attraverso password ed username. Il provider²⁶⁵ conserva nella casella di posta elettronica personale ed online i messaggi, e questi vi rimangono anche dopo la lettura da parte del destinatario che in questo modo non li importa mai nel proprio pc o altro dispositivo. A questo tipo di e-mail è più difficile apprestare

²⁶³ F. TOFFOLETTO, *Nuove tecnologie informatiche e tutela del lavoratore*, Milano, 2006, p. 17.

²⁶⁴ C. FLICK, *L'uso della posta elettronica sul luogo di lavoro: tra tutela della privacy e violazione del segreto epistolare*, nota a Cass. penale 11/12/2007, n. 47096 sez V, in *Riv. inf. e informatica* 2008, 2, 207.

²⁶⁵ Sono società che operano nelle rete, rendendo accessibili all'utenza funzioni di pubblica utilità spesso anche gratuitamente previa registrazione.

un idoneo controllo sul lavoratore, giacché esso si pone in una dimensione mediana tra il monitoraggio di internet e delle caselle di posta elettronica tradizionali. Ad ogni modo, è un fenomeno in costante aumento dato dagli inferiori costi di gestione e di installazione che non prevede server aziendale²⁶⁶ da parte del datore di lavoro né installazione di software client²⁶⁷ sui pc aziendali, ma solo un accesso alla rete internet.

La posta elettronica tradizionale ha un funzionamento diverso e più complesso. Infatti, i terminali delle comunicazioni si spostano dalla rete e dagli spazi del provider, al computer del singolo utente sia nella fase di entrata che di uscita del messaggio. Il server del provider funziona soltanto da hosting, cioè immagazzina le e-mail destinate ad un certo indirizzo di posta elettronica in attesa, che l'utente si colleghi alla rete e scarichi così i contenuti sul proprio dispositivo. Alla procedura di invio/recezione si aggiunge un passaggio; il download dei messaggi dalla rete viene effettuato da alcuni software/server (il server in rete contiene i software su di un hardware) , MDA²⁶⁸ e MTA²⁶⁹, che "portano" la posta a destinazione, ma molto spesso, quest'ultimi vengono filtrati da un server aziendale, che a sua volta ripartisce le e-mail nei diversi computer aziendali. Il controllo delle mail in questo caso, a differenza del primo, è tecnicamente più semplice, in quanto è sufficiente l'installazione di un software di filtraggio sul server aziendale di distribuzione. "Il sistema può essere progettato in modo che mediante lo scaricamento o l'invio il messaggio venga cancellato dal server, oppure che questa venga duplicato, rimanendo sia nel server che nel PC. In ogni caso il fatto che i messaggi vengano cancellati dal server centrale, non impedisce che nel server

²⁶⁶ Computer che fornisce dati ed altri servizi (mail, internet) ad altri dispositivi, condividendo e conservando informazioni. Esistono svariati tipi di server che si differenziano in base alla funzione svolta: File server (accesso ai file), Database server (banche dati), Web server (sito internet), Mail server (posta elettronica) ecc.

²⁶⁷ E' un sistema molto semplice la cui unica funzione è interfacciarsi con il server e richiedere ad esso risorse.

²⁶⁸ Mail delivery agent; server che recapita il messaggio attraverso dei protocolli standard detti POP 3 o IMAP.

²⁶⁹ Mail transfert agent; server incaricato di inviare il messaggio al MDA online dove il messaggio attende per essere recapitato. Il MTA utilizza il protocollo SMTP.

rimanga necessariamente traccia registrata dei seguenti dati (sia in entrata che in uscita): indirizzo del mittente, nome del destinatario, oggetto, data, ora e generalmente volume dei dati trasmessi e degli eventuali allegati"²⁷⁰.

I messaggi di posta tecnicamente possono essere controllati non solo dal server del datore di lavoro, bensì da tutti quei server attraverso i quali transitano i messaggi prima di arrivare a destinazione. Le e-mail tradizionali, infatti, transitano in chiaro nei vari server, quindi, attraverso dei semplici programmi di lettura sono facilmente leggibili da chiunque durante la loro "spedizione". Bisogna immaginare la mail come una cartolina che non garantisce totale riservatezza dei contenuti. Per ovviare a questo inconveniente è possibile realizzare una "e-mail chiusa", cioè un messaggio di posta che si rende illeggibile a terzi attraverso sistemi di crittografia propri della tecnologia della firma digitale²⁷¹, che attestano la certezza della provenienza e la sicurezza che il contenuto sia letto soltanto dal destinatario. La forma più diffusa in Italia di "e-mail chiusa" è la posta elettronica certificata disciplinata dal legislatore con D.P.R. 11 febbraio 2005 n. 68 e nel decreto legislativo 7 marzo 2005 n. 82 (codice dell'amministrazione digitale), che considerata la sua affidabilità, le ha riconosciuto persino pari valore della raccomandata con avviso di ricevimento, con tutti gli effetti giuridici che ne conseguono.

4.2.2 Data Protection Working Party

Dopo queste premesse è chiaro come la tematica del controllo sulla posta elettronica non possa non essere affrontata in ogni realtà aziendale. Il datore di lavoro però non potrà fare affidamento su una norma scritta per impostare il controllo, ma fondarsi sulle pronunce della giurisprudenza e le linee guida del

²⁷⁰ A. STRACUZZI, *L'uso della posta elettronica e di internet sul luogo di lavoro: conflitti tra norme e necessità di una regolamentazione ad hoc*, nota a Tribunale Milano 10/05/2002, in *Riv. Inf. e informatica* 2002, 6, 1068.

²⁷¹ La firma digitale è un sistema di crittografia, basato su una combinazione di chiavi di codificazione, una privata ed una pubblica. La chiave pubblica (liberamente accessibile a tutti) decodifica i messaggi crittografati con la chiave privata (nella disponibilità del solo titolare) e viceversa. Per inviare un messaggio di posta avvalendosi di questa tecnologia si codifica il messaggio con la chiave pubblica del destinatario, il quale una volta recepito il messaggio sarà l'unico a poterlo leggere essendo egli soltanto, in possesso della chiave privata abbinata. Inoltre il mittente, prima di inviare il messaggio già codificato, può criptarlo nuovamente con la propria chiave privata autenticando così la provenienza.

Garante della privacy. In particolare, lo stesso Garante nelle sue valutazioni e linee guida è stato orientato dal Data Protection Working Party²⁷², che si è espresso nel maggio 2002 sul tema dell'utilizzo di internet e della posta elettronica sul posto di lavoro. " Il gruppo di lavoro europeo partiva dalla considerazione che l'utilizzo degli strumenti informatici e telematici sul luogo di lavoro da parte dei lavoratori seppur per fini privati rappresentasse ormai un dato di fatto e che pertanto un divieto assoluto a tale uso da parte del datore di lavoro, oltre a sembrare irragionevole, non sarebbe stato per nulla pratico, posto che non avrebbe considerato gli effettivi vantaggi dell'uso di internet e della posta elettronica nella vita quotidiana dei lavoratori, concludendo che il trattamento di dati personali dei lavoratori residenti o transitanti sulle macchine aziendali, dovesse essere debitamente tutelato²⁷³. Furono enunciati alcuni principi ripresi anche dal Garante italiano al fine di tutelare la riservatezza della corrispondenza elettronica e la privacy dei lavoratori: trasparenza del datore di lavoro verso il lavoratore riguardo ogni strumento di controllo (trasparenza); indispensabilità del controllo (necessità); dati raccolti per uno scopo determinato (finalità); attività di controllo solo per tutela di un interesse legittimo del datore di lavoro (legittimità); dati trattati pertinenti e non eccessivi (proporzionalità); ogni dato personale correttamente trattato e conservato (sicurezza nel trattamento).

Ad ogni modo però gli indirizzi mail forniti dall'azienda con dominio interno (es. @azienda) sono generalmente considerati univocamente per finalità aziendali, ma per evitare ogni dubbio andrebbe sempre chiarito all'interno di una policy aziendale. La personalità dell'indirizzo aziendale, sebbene sia riservato ad un solo lavoratore non significa privatezza dello stesso dal momento che l'indirizzo di posta può essere sempre nella disponibilità di accesso e lettura da parte di persone diverse dall'utilizzatore abituale e comunque, interne all'azienda. Nello specifico è ritenuta legittima dalla Corte

²⁷² Organismo europeo composto dai Garanti di tutti i Paesi dell'Unione Europea.

²⁷³ G. FAGGIOLI - A. ROZZA, *Privacy per posta elettronica e internet in azienda*, Milano, 2008, p. 26.

di Cassazione²⁷⁴ la condotta di un superiore gerarchico che prenda cognizione della posta elettronica contenuta nel computer del dipendente, assente dal lavoro, dopo avere a tal fine utilizzato la password in precedenza comunicatagli in base al protocollo aziendale²⁷⁵; non si può infatti considerare perfezionatasi la fattispecie dell'art. 616 codice penale in quanto essa è configurabile soltanto per le forme di e-mail chiuse tra le quali certamente non rientrano i messaggi di posta di una casella, il cui accesso è tramite password conosciuta da più lavoratori all'interno dell'azienda²⁷⁶. Conclusione che non appare condivisibile da parte della dottrina²⁷⁷ allorquando afferma che in questo modo non è tutelata l'aspettativa di riservatezza della comunicazione da parte del mittente del messaggio di posta elettronica privata, qualora non avvisato della possibilità di un controllo del messaggio inviato sulla casella di posta elettronica da parte dell'azienda e che soprattutto, nonostante la non configurabilità dell'ipotesi prevista dall'art. 616 c.p., l'accesso alle mail potrebbe essere illecito violando le norme sulla tutela della riservatezza (d.lgs. n. 196 del 2003) e quelle dello Statuto dei lavoratori che limitano il potere di controllo del datore di lavoro a tutela di interessi diversi dalla segretezza.

4.2.3 Linee guida del Garante per la protezione dei dati personali e policy aziendale

Il Garante per la protezione dei dati personali con le linee guida del provvedimento del 1° Marzo 2007, non fa altro che ribadire in maniera più dettagliata i suddetti principi a livello di ordinamento nazionale, sottolineando in particolare l'onere del datore di lavoro di specificare le modalità di utilizzo della posta elettronica aziendale da parte dei lavoratori, indicando chiaramente le modalità attraverso le quali i controlli verranno svolti. Se i controlli

²⁷⁴ Cass. penale sez. V 19 Dicembre 2007, n. 47096.

²⁷⁵ G.L. BERTONE, *nota a sentenza 19 Dicembre 2007 n. 47096*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2008, fasc. 1, pt. 3.

²⁷⁶ D. PIZZONIA, *Controllo della posta elettronica, tutela della privacy e potere di controllo*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008 fasc. 4 pp. 909 ss.

²⁷⁷ G. ANDREAZZA, *Posta elettronica su computer del lavoratore e limiti di conoscibilità del datore di lavoro*, in *Diritto penale e processo*, fasc. 2 n. 11/2008 pp. 1425 ss.

avverranno con le forme dei controlli a distanza²⁷⁸ allora anche a queste fattispecie si estende l'ambito di applicazione dell'art. 4 SL rendendo necessario l'accordo con le rappresentanze sindacali. Infatti, non è sufficiente per rendere legittimo il controllo, la consapevolezza dei lavoratori di essere controllati o la loro stessa collaborazione²⁷⁹.

Fondamentale quindi è l'adozione di una policy aziendale sull'uso dei sistemi informatici, posta elettronica inclusa, che consentano a tutti lavoratori di comprendere in che misura possono utilizzare anche per fini privati gli strumenti a disposizione, senza poi lamentare una lesione della sfera privata²⁸⁰. "E' bene però sottolineare che l'adozione di una policy interna siffatta, per quanto particolareggiata e non generica, come prescritto dal Garante, non assolve completamente l'onere di informazione a cui è tenuto il datore di lavoro, titolare del trattamento, nei confronti dei lavoratori, i cosiddetti "interessati". Egli, in aggiunta all'adozione della policy, dovrà inserire nell'informativa di cui all'art. 13 del d.lgs. 196/03 tipicamente consegnata al lavoratore al momento dell'assunzione, ogni informazione prevista dalla normativa in relazione ai dati raccolti e trattati nello specifico settore di internet e della posta elettronica"²⁸¹. Lo stesso Garante fornisce degli esempi di policy idonea al fine di conciliare interesse datoriale con quello del lavoratore: rendere un indirizzo di posta condiviso tra più lavoratori; attribuire al lavoratore un indirizzo di posta privata diverso da quello aziendale che rimane così liberamente controllabile dal datore; predisporre funzionalità in grado di comunicare durante l'assenza di un dipendente, le coordinate di un altro lavoratore dell'azienda; nominare un fiduciario che in caso di assenza improvvisa del dipendente, possa controllare il contenuto dei messaggi di posta elettronica; inviare ai destinatari dei messaggi di posta una

²⁷⁸ Intesa sia come distanza spaziale che temporale. In particolare proprio la forma temporale è rilevante nei controlli informatici, in quanto gli elaboratori elettronici permettono di immagazzinare un grande quantità di dati, in modo tale da svolgere volendo il controllo in un momento successivo.

²⁷⁹ Cass. 6 Marzo 1986, n. 1490.

²⁸⁰ S. RODOTA', *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2000, fasc. 4, pp. 571-604.

²⁸¹ G. FAGGIOLI - A. ROZZA, *Privacy per posta elettronica e internet in azienda*, op. cit.

comunicazione avvisando della natura non personale delle mail e che quindi, le loro risposte potrebbero essere conosciute dall'azienda. Il datore di lavoro potrà inoltre adottare dei sistemi di prevenzione che limitino la possibilità di utilizzo illegittimo della propria casella elettronica, limitando la dimensione degli allegati da inviare o impedendo l'apertura degli allegati ricevuti sui pc aziendali; se si tratta di mail utilizzate soltanto per la comunicazione interna o con specifiche finalità, consentire l'invio di mail soltanto agli indirizzi con un certo dominio (@azienda; @info), (uno dei problemi connessi alla posta elettronica è che attraverso di essa siano importati su dispositivi file infetti o che comunque possano danneggiare i beni aziendali); la possibile soluzione è quella appunto di inibire la funzione di download dei file provenienti da indirizzi di posta non autorizzati e vietare all'interno della policy aziendale ai propri dipendenti di inviare file importati attraverso dispositivi rimovibili propri (pennette USB o hard disk esterni) di cui quindi non si è certi della provenienza e dell'affidabilità. Nel caso sia quindi necessario un controllo sulla casella di posta elettronica, il controllo per essere legittimo dovrà essere indiretto²⁸² e graduale, il datore di lavoro non potrà leggere e registrare sistematicamente i messaggi e-mail privati dei propri dipendenti²⁸³.

4.2.4 Controllo a distanza e divieto d'indagine delle opinioni

Il controllo delle e-mail come detto oggi si ritiene incluso tra la fattispecie del controllo a distanza con le conseguenze a livello di procedura già analizzate nel capitolo precedente e soprattutto la legittimità del controllo solo per particolari esigenze meritevoli di tutela, mentre i controlli difensivi anche in quest'ambito sono sempre ammessi per accertare condotte illecite dei lavoratori nel momento in cui vi è un dubbio fondato. Si rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 4 SL anche nel caso di controlli che non si verificano continuamente essendo sufficiente la semplice possibilità di un controllo, attuabile dalla direzione aziendale in qualsiasi momento senza la conoscenza

²⁸² Controlli indiretti nel senso di non essere mirati a leggere il messaggio per curiosità, bensì per esigenze produttive, organizzative, o di sicurezza.

²⁸³ A. CICCIA - B. MEO, *La privacy nei rapporti di lavoro*, Napoli, 2008, p. 135.

dei lavoratori²⁸⁴. Il controllo esercitato attraverso strumenti informatici è il più pericoloso per il lavoratore potendo essere particolarmente subdolo, poiché il computer è in grado di controllare il lavoratore in ogni passo della sua attività, registrando il numero delle operazioni effettuate, il tempo impiegato per compiere le diverse operazioni; ed inoltre tecnicamente è possibile per il datore di lavoro inserirsi nella linea telematica utilizzata dal lavoratore per effettuare controlli occulti²⁸⁵. In ragione di tali considerazioni non vi è quindi alcun dubbio che la tutela dei lavoratori dell'art. 4 ideata per sistemi di videosorveglianza sia da estendere alle forme di controllo che sono in grado di realizzare controlli più invasivi.

Il controllo dei messaggi di posta elettronica del lavoratore può contrastare anche con il divieto d'indagine sulle opinioni dei lavoratori "posto che il monitoraggio e la conservazione per un certo lasso di tempo dei dati acquisiti può concretare trattamenti dei dati sensibili che consentono al datore di lavoro di acquisire indicazioni sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del singolo dipendente o, più in generale, su altri interessi o fatti estranei alla sfera dell'attitudine professionale sui quali l'art. 8 SL rigorosamente limita il diritto d'indagine del datore di lavoro"²⁸⁶.

Nel tempo, da diverse società informatiche sono stati sviluppati molti software capaci di monitorare i dati delle periferiche e pc collegati ad internet per permettere al datore di lavoro di controllare l'operato dei propri dipendenti attraverso gli strumenti informatici²⁸⁷. Il software denominato Super Scout²⁸⁸ è

²⁸⁴ Cass. 18 Febbraio 1983 n. 1236.

²⁸⁵ G. CASSANO, *Abusivi collegamenti internet del lavoratore e abusivo controllo elettronico dell'azienda sull'attività del lavoratore*, nota a Tribunale di Milano 14/06/2001 sez. Lavoro, in *Giurisprudenza di merito* 2003, 1, 27.

²⁸⁶ M. DEL CONTE, *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, in *Dir. informatica* 2007, 03, 497.

²⁸⁷ F. COLLIA - F. ROTONDI, *Controlli sui lavoratori: posta elettronica ed internet*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, fasc. 5.

²⁸⁸ Super Scout è un software che consente al datore di lavoro tra le altre, le seguenti operazioni: tracciare tutti i protocolli internet TCP/IP, http, FTP, SMTP (posta elettronica); pianificare la trasmissione dei messaggi di posta non essenziali dopo il normale orario di lavoro, dando priorità ai messaggi di rilevanza aziendale durante l'orario di lavoro; ostacolare spamming e messaggi indesiderati, oltre a ridurre al minimo, ritardare o scoraggiare un eccessivo uso personale della posta

sicuramente uno dei programmi ad avere avuto maggior successo tra i software di monitoraggio, e conseguentemente per tale ragione è stato anche il software con più pronunce giudiziali a riguardo per stabilire la legittimità dei controlli realizzati con esso e se si trattasse o no di strumento di controllo a distanza. Il software Super Scout permette di trattenere dalla memoria di massa per un periodo massimo di due mesi, tutti i dati riferiti alla navigazione internet ed all'utilizzo della posta elettronica aziendale, garantisce senza alcun dubbio la possibilità di controllo a distanza, senza un' immediata percezione del controllo da parte del dipendente che ne è destinatario, momento dopo momento, in tempo reale così come a posteriori, i siti visitati così come la cadenza, durata, e frequenza di tutti i collegamenti effettuati da un dato computer²⁸⁹; realizzando così un controllo sull'attività dei lavoratori consentito, ma subordinato ai vincoli procedurali dell'art. 4 c. 2 SL²⁹⁰.

Nei casi analizzati sinora dalla Corte di Cassazione²⁹¹, un controllo realizzato attraverso il software Super Scout che ha permesso di accertare una condotta illecita del lavoratore, ma che non è stato concordato attraverso le procedure dell'art. 4 SL, è illegittimo, e qualora dal controllo sia conseguito il licenziamento del dipendente, il licenziamento è nullo in quanto i dati conseguiti in violazione di una norma non sono utilizzabili in sede giudiziale²⁹².

4.2.5 Bilanciamento riservatezza lavoratore e interesse al controllo del datore di lavoro

Pronunce della Suprema Corte erano necessarie anche per fare chiarezza in materia, in quanto, come già anticipato si era nell'incertezza normativa, dal momento che la stessa dottrina era divisa tra chi considerasse i controlli

elettronica in base ai criteri adottati in azienda; individuare da dove provengono i messaggi di posta, quale lavoratore ne invia di più e se sono correlati all'attività lavorativa.

²⁸⁹ Tribunale di Milano 14 Giugno 2001 Pres. Santuosso, Carriero e Patentverwag Italia, in Not. Giur. Lav., 2001, 470.

²⁹⁰ L. CAIRO, *Internet e posta elettronica in azienda: il potere di controllo del datore di lavoro*, in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 2004, fasc. 1 p. 133.

²⁹¹ Cass. 23 Febbraio 2010, n. 4375.

²⁹² R. IMPERIALI - R. IMPERIALI, *Controlli sul lavoratore e tecnologie*, Milano, 2012.

informatici sempre legittimi e chi invece la pensasse diversamente. Parte della dottrina che riteneva i controlli sempre leciti faceva "fondamento sulla proprietà degli strumenti aziendali (la proprietà degli strumenti aziendali e amministrativi consente al datore di disporre del relativo uso come ritiene opportuno e di pretendere che sia effettuato un utilizzo degli stessi conforme alle direttive), sulla correlata responsabilità del datore (il proprietario di un sistema di computer in rete è responsabile per tutte le relative utilizzazioni verso i terzi, siano esse di natura professionale come personale), o ancora sull'obbligo di lavoro (sicché l'uso improprio o abusivo degli strumenti di lavoro da parte dei dipendenti può costituire un inadempimento alle obbligazioni del contratto di lavoro)"²⁹³. Al contrario, coloro i quali sostenevano la tesi più favorevole ai lavoratori si affidavano al garantismo delle norme dello Statuto dei lavoratori, privilegiando quindi l'esigenza di protezione della privacy del lavoratore e di tutela della dignità. La Corte di Cassazione nelle sentenze finora emanate ha aderito alla seconda tesi, poiché quest'ultima riesce a bilanciare al meglio l'interesse datoriale al controllo e l'esigenza di privacy del lavoratore. Nello specifico, gli articoli dello Statuto difatti, sebbene siano favorevoli verso i lavoratori, non escludono il potere di controllo del datore di lavoro, bensì lo regolano ponendo dei limiti procedurali per renderne più difficile l'esercizio, in ragione del riequilibrio tra posizione del lavoratore e datore di lavoro, per definizione diversi dal punto di vista economico. Ad ogni modo, si sottolinea anche come il datore di lavoro "nel disciplinare le modalità di fruizione di internet e della posta elettronica, deve adottare misure tecnologiche volte a minimizzare l'uso dei dati identificativi ed a prevenire controlli successivi sul lavoratore"²⁹⁴.

Dal punto di vista della privacy in senso stretto, il codice della privacy in materia di controlli rinvia all'art. 4 c.2, aggiungendo che deve esserci da parte

²⁹³ F. BUFFA, *Il controllo informatico del lavoratore, nota a Cassazione civile, 23 Febbraio 2010, n. 4375 sez. Lavoro*, in *Giust. civ.* 2011, 4, 1054.

²⁹⁴ Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento 1° Marzo 2007; Pres. Pizzetti, Rel. Paissan, in *Foro Italiano* 2007 parte II-III pp. 214 ss.

del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 13 d.lgs. 196/03, un'informativa al dipendente in ordine alla obbligatorietà o facoltatività del conferimento dei dati per finalità indicate e se il mancato conferimento comporti l'impossibilità di instaurare o proseguire il rapporto²⁹⁵. Legata al conferimento dei dati è la derogabilità del principio fondamentale del consenso al trattamento dei dati, in quanto il datore di lavoro, ai sensi dell'art. 24 codice della privacy può prescindere dal consenso da parte dell'interessato al trattamento dei dati, quando necessario per l'adempimento di un contratto, di cui il lavoratore è parte (rapporto di lavoro) oppure per adempimento di obblighi derivanti dalla legge. "E' quindi sufficiente che il datore di lavoro provveda ad un corretta e completa formulazione dell'informativa affinché lo stesso possa esercitare il potere di controllo sulla corrispondenza elettronica senza violare il codice della privacy. Il rispetto del consenso informato permette, infatti, al datore di accedere alla casella di posta del lavoratore e di utilizzare, fatti salvi i divieti stabiliti dallo Statuto, le informazioni in tal modo acquisite per la gestione del rapporto di lavoro, anche dal punto di vista disciplinare"²⁹⁶.

Nel rispetto della policy aziendale e delle norme di legge sopra esposte, il datore di lavoro potrà accedere alla casella di posta elettronica aziendale del lavoratore. Il datore potrà così svolgere il controllo delle e-mail collegate alla prestazione lavorativa analizzandone anche i contenuti, senza invece accedere ai messaggi di posta elettronica privati presenti nella casella di posta ad uso misto. "E' invece consentito, oltre che inevitabile, leggere l'intestazione dei messaggi personali, il loro mittente e destinatario e la data e l'ora d'invio o ricezione, giacché sono elementi necessari al fine di valutare e provare in che modo il lavoratore impieghi l'orario di lavoro e lo strumento informatico messi a disposizione dal datore di lavoro, il quale dovrà rispettare anche l'art. 3 dello Statuto, che, come noto, impone di comunicare i nominativi e le

²⁹⁵ L. CAIRO, *Internet e posta elettronica in azienda: il potere di controllo del datore di lavoro*, op. cit.

²⁹⁶ D. PIZZONIA, *Controllo della posta elettronica, tutela della privacy e potere di controllo*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, fasc. 4, pp. 909 ss.

mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza sull'attività lavorativa."²⁹⁷ Il suggerimento del Garante della privacy è di individuare dei soggetti ai quali affidare specificatamente la responsabilità del corretto trattamento dei dati personali; per logicità e praticità tali soggetti dovrebbero essere identificati tra chi lavora sui sistemi informativi aziendali. "Tuttavia sarebbe utile che almeno un membro del team incaricato di proporre le regole di comportamento e di effettuare i controlli appartenga alla direzione del personale. Gli addetti di questo tipo, infatti, per la stessa natura del loro incarico, avendo di solito anche la responsabilità dell'esercizio del potere disciplinare in capo ai datori di lavoro, sono, infatti, maggiormente portati ad individuare la misura migliore per intervenire nei confronti del personale senza tuttavia minarne la motivazione e, di solito, hanno una maggiore sensibilità anche per aspetti di natura legale e sindacale"²⁹⁸. I controlli della casella di posta elettronica, sono rimessi alle singole realtà aziendali che la disciplinano all'interno delle linee guida tracciate dal Garante della privacy, dalla giurisprudenza e dalla dottrina. La discrezionalità rimessa all'azienda sarà consentire o meno l'uso misto della casella di posta elettronica aziendale, limitando però il monitoraggio dei contenuti strettamente privati che potranno essere oggetto di controllo specifico soltanto in caso di controllo difensivo.

4.2.6 Casella aziendale di posta elettronica in USA e in Regno Unito

La problematica del controllo della posta elettronica investe non solo l'ordinamento italiano, bensì tutti gli ordinamenti giuridici europei e non solo, questo lo dimostra anche l'intervento più volte citato da parte dell'organismo europeo Data Protection Working Party del 2002. Nella regolamentazione di questi controlli si segnalano però due Paesi di common law come gli Stati Uniti ed il Regno Unito nei quali l'introduzione dell'informatica nella sorveglianza dei lavoratori è stata notevole. All'interno del sistema statunitense ad esempio, esistono due esigenze molto forti: la prima quella liberale fondata

²⁹⁷ D. PIZZONIA, *Controllo della posta elettronica, tutela della privacy e potere di controllo*, op. cit.

²⁹⁸ G. FAGGIOLI - A. ROZZA, *Privacy per posta elettronica e internet in azienda*, op. cit.

sul principio d'intangibilità della libertà individuale²⁹⁹ e la seconda, ovvero l'aspirazione a raccogliere e memorizzare informazioni d'ogni sorta sui lavoratori (naked employee³⁰⁰), in ragione della proprietà dei beni aziendali da parte del datore di lavoro. "In generale, la giurisprudenza americana riconosce la legittimità al controllo diretto ed al licenziamento per violazione della e-mail and Internet policy che restringe l'uso dei mezzi informatici al solo scopo dell'attività di impresa. In questa prospettiva non si pone un privacy issue³⁰¹ per l'uso abusivo della posta elettronica e di internet, nonostante ogni assimilazione al principio di inviolabilità della corrispondenza. Il rapporto di lavoro è scomposto e regolato all'interno dello schietto schema contrattuale, in cui il vincolo si risolve per un fundamental breach rispetto alla causa economica che tiene insieme le parti. Sotto questo profilo, la cultura giuridica americana è orientata secondo una visione rigorosamente volontaristica del rapporto"³⁰², che consente generalmente il recesso ad nutum a meno di contraria disposizione contrattuale. L'ordinamento statunitense però sul punto si sta omologando agli altri sistemi giuridici; o meglio è in corso un omologazione tra ordinamenti con una cristallizzazione di norme in leggi e regolamenti in USA, mentre in Italia la diffusione della tecnologia impone un approccio più ai singoli casi (case law) piuttosto che una norma generale per regolare i possibili abusi effettuabili in azienda con gli strumenti informatici. Un quadro della situazione della normativa sui controlli della posta elettronica in azienda nel Regno Unito, è offerto dalla controversia Copland contro Regno Unito. La controversia ha importanza generale in tutti i Paesi Europei, poiché la ricorrente si è rivolta alla Corte Europea dei diritti dell'uomo lamentando la

²⁹⁹ Principio cardine dell'ordinamento statunitense già contenuto nella Dichiarazione d'indipendenza del 1776, ma soprattutto nella Dichiarazione dei diritti che consiste dei primi dieci emendamenti della Costituzione tutti approvati nei primi anni di storia della nuova federazione ed inoltre la maggioranza degli emendamenti successivi trae origine dal continuo sforzo di espandere le libertà individuali.

³⁰⁰ F.S. LANE, *The naked employee: how technology is compromising workplace privacy*, New York, 4th rev. ed., 2004, Aspen Publisher (Wolters Kluwer).

³⁰¹ La nozione di privacy negli Stati Uniti è parzialmente diversa da quella italiana. Negli USA è configurabile una violazione della privacy sostanzialmente nel momento in cui alla raccolta di dei dati personali segue la loro pubblica divulgazione.

³⁰² G. GOLISANO, *Posta elettronica e rete internet nel rapporto di lavoro. USA, Unione Europea e Italia*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2007, II, pp. 1310 ss.

violazione dell'art. 8 CEDU³⁰³. La Corte innanzitutto esclude interferenze arbitrarie nella sfera privata del lavoratore, sottolineando la necessità in caso di controlli dell'adeguatezza sostanziale al principio di garanzia dell'art. 8: "tali condizioni di legittimità sono subordinate alla (pre)esistenza di una legislazione protettiva contro le interferenze ingiustificate nella vita privata alla leale informazione del lavoratore circa la possibilità delle verifiche, alla pubblicità delle sanzioni in caso di violazioni della policy interna sull'uso di posta elettronica e Internet del datore di lavoro"³⁰⁴. A differenza dell'ordinamento statunitense, la concezione di privacy nel Regno Unito è molto più simile a quella italiana, in quanto l'interferenza nella vita privata non è sanata dal fatto che i dati risultanti dai riscontri non siano divulgati o utilizzati in procedimenti disciplinari. In sintesi una normativa ad hoc risolverebbe molti dei problemi applicativi in tema di controlli sulla posta elettronica, ma rebus sic stantibus la migliore soluzione per il datore di lavoro è adottare una policy aziendale sull'uso dei mezzi informatici da sottoscrivere al momento dell'assunzione e valutare l'opportunità di sostituire le caselle di posta elettronica tradizionali con sistemi di posta elettronica certificata in modo da rendere più sicuro il trasferimento del messaggio e soprattutto garantire maggior certezza in merito all'imputabilità della provenienza e destinazione del messaggio.

4.3 Accessi ad internet

Internet è uno strumento di uso quotidiano, che riesce a trovare applicazione in ogni contesto della vita sociale primo fra tutti l'ambiente lavorativo. Avere una connessione internet è oggi fondamentale, per comunicare, per reperire

³⁰³ Art. 8 <Diritto al rispetto della vita privata e familiari>: Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

³⁰⁴ G. GOLISANO, *Posta elettronica e rete internet nel rapporto di lavoro. USA, Unione Europea e Italia, op. cit.*

notizie, usufruire di servizi (anche di carattere pubblico ved. dichiarazione dei redditi online) e soprattutto per molte aziende, per farsi pubblicità, dato che essere presenti in rete oggi consente di avere una visibilità maggiore di qualunque altro canale classico³⁰⁵. Internet, inteso come rete di server connessi tra loro (rete di reti di computer), cresce quotidianamente con l'intervento degli utenti sparsi per il mondo, che aggiungono contenuti, informazioni e servizi disponibili sulla rete. Questa premessa fa capire, immediatamente, come nessuna azienda possa permettersi di non avere una connessione internet, disponibile per l'esercizio della prestazione lavorativa anche ai dipendenti.

La disponibilità di internet sul luogo di lavoro però è dimostrato come per molti lavoratori sia occasione di distrazione e sebbene la connessione sia potenzialmente un mezzo per aumentare la produttività aziendale, molto spesso raggiunga l'effetto opposto. Diviene quindi fondamentale per il datore di lavoro fare in modo che i lavoratori possano utilizzare internet soltanto per finalità aziendali, ma come già osservato per la casella di posta elettronica, la questione è molto problematica. Il datore di lavoro, infatti, non potrà porre in essere dei controlli informatici per monitorare le operazioni svolte online dal lavoratore e controllare così i siti web visitati, poiché un controllo siffatto rientrerebbe nella fattispecie vietata dall'art. 4 SL. Ciò non significa che sia vietata ogni forma di controllo o l'utilizzazione di strumenti di sorveglianza.

Concretamente, infatti, il monitoraggio della navigazione online si esegue attraverso dei file di log³⁰⁶, che registrano le operazioni svolte online dagli utenti (siti visitati, forum, chat, programmi avviati). Ma l'uso dei dati che si riferiscono alla navigazione in rete dei dipendenti per fini di monitoraggio deve essere proporzionato alle finalità perseguite. Il controllo è legittimo quindi se svolto per prevenire reati o controllare fatturazioni e verificare che lo strumento sia utilizzato per finalità lavorative; è invece illecito laddove i dati

³⁰⁵ Il padre di Internet, il ricercatore inglese Timothy John Berners Lee, ha sintetizzato con una frase quanto è divenuto importante internet nella società contemporanea: "se non sei in rete non esisti".

³⁰⁶ I files di log sono dei documenti che risiedono sui server online sui quali ad ogni accesso dell'utente, vengono riportate le informazioni relative alle operazioni eseguite (IP address, data, ora, pagina richiesta, se la pagina è stata correttamente inviata e le sue dimensioni).

raccolti siano raccolti per mera finalità di pressione psicologica o di controllo indiretto sulla produttività dei dipendenti. Il controllo dell'uso di internet da parte dei dipendenti può fornire anche indicazioni al datore sulle opinioni, preferenze ed orientamenti sessuali di un certo dipendente, che potrebbero contrastare con il divieto dell'art. 8 SL. In sostanza, un controllo dell'uso di internet dei lavoratori, fondato su corretti presupposti (sospetto comportamento illecito del dipendente) potrebbe realizzarsi poi, in maniera illecita laddove superi i criteri di proporzionalità più volte affermati dal Garante della privacy in tema di trattamento di dati personali, coinvolgendo nel controllo dati in grado di ledere la dignità e riservatezza del lavoratore. In diversi provvedimenti³⁰⁷ il Garante per la protezione dei dati personali ha sanzionato la condotta di datori di lavoro che nello svolgimento di un controllo su dipendenti ai quali non era permessa l'utilizzazione di internet per le loro mansioni, non si sono limitati a constatare l'uso delle postazioni informatiche, bensì hanno svolto un controllo nel merito verificando i contenuti visitati dagli stessi violando chiaramente il principio di proporzionalità³⁰⁸. Alla luce di quanto appena detto, è di immediata comprensione come sia difficile svolgere monitoraggi sulla navigazione web dei lavoratori, in quanto ci si muove continuamente in zone di confine tra lecito ed illecito.

³⁰⁷ Garante per la protezione dei dati personali, provv. 9 Luglio 2003; provv. 2 Febbraio 2006.

³⁰⁸ Garante per la protezione dei dati personali, Internet: proporzionalità nei controlli effettuati dal datore di lavoro, 2 Febbraio 2006. Nel caso di specie il Garante sottolinea come l'illecito del lavoratore seppur accertato, non sia sufficiente a determinare una lesione indiscriminata della sua sfera privata: "La raccolta di tali informazioni ha comportato, altresì, il trattamento di alcuni dati sensibili idonei a rivelare convinzioni religiose, opinioni sindacali, nonché gusti attinenti alla vita sessuale (ciò, stante l'elevato numero di informazioni valutate in rapporto ad un lungo arco di tempo, gli specifici contenuti risultanti da alcuni indirizzi web e il contesto unitario in cui il complesso di tali dati è stato valutato), rispetto ai quali la disciplina in materia di dati personali pone peculiari garanzie che non sono state integralmente rispettate nel caso di specie. Va infatti tenuto conto che, sebbene i dati personali siano stati raccolti nell'ambito di controlli informatici volti a verificare l'esistenza di un comportamento illecito (che hanno condotto a sporgere una querela, ad una contestazione disciplinare e al licenziamento), le informazioni di natura sensibile possono essere trattate dal datore di lavoro senza il consenso quando il trattamento necessario per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria sia "indispensabile" (art. 26, comma 4, lett. c), del Codice; autorizzazione n. 1/2004 del Garante). Tale indispensabilità, anche alla luce di quanto in precedenza osservato, non ricorre nel caso di specie".

4.3.1 Prevenzione dell'uso scorretto di internet

Quindi, l'indicazione riguardo all'uso di internet in azienda è quella di focalizzarsi più sulla prevenzione ritenendola molto più importante del rilevamento della comportamento scorretto del lavoratore, in quanto non pone nessun problema dal punto di vista di gestione dei dati personali e soprattutto non essendo configurabile come controllo sulla prestazione dei lavoratori, certamente non rientra nell'ambito applicativo dell'art. 4 SL.

Innanzitutto per evitare che lavoratori non addetti all'uso di terminali informatici usino la connessione web è sufficiente munire le postazioni di password, che impediscano automaticamente l'accesso ai lavoratori che non ne sono in possesso. Per quanto riguarda invece i contenuti della navigazione web, esistono dei software che permettono alle aziende di rendere non consultabili alcuni siti che si desidera vietare. Questo risultato si può ottenere sia attraverso l'inserimento manuale degli indirizzi web vietati nel browser aziendale, oppure tramite programmi specifici che vietano l'accesso per aree (siti pornografici, gaming, social network), non rendendo consultabili i siti web che al loro interno presentano delle parole associabili alla categoria vietata. Sicuramente il primo metodo è più efficace se si vuole inibire l'accesso a pochi siti web, al contrario, invece in caso di molti indirizzi, il datore di lavoro dovrà lentamente inserirli in una black list, senza la sicurezza che i lavoratori non consultino siti non vietati, ma con contenuti analoghi e quindi parimenti non desiderabili da parte dell'azienda. Il secondo sistema invece è strutturato per inibire l'accesso a moltissimi siti, ma è meno affidabile in caso di singoli siti web; per tali ragioni soltanto il datore di lavoro può comprendere quale metodo meglio si adatta alle sue esigenze.

Inoltre, attraverso l'utilizzo di internet possono essere importati sui dispositivi aziendali connessi, files infettati da virus, che possono danneggiare i beni aziendali³⁰⁹. Anche in questo caso la soluzione al datore di lavoro è offerta

³⁰⁹ File che potrebbero essere importanti in azienda, anche attraverso dispositivi esterni di archiviazione come penne USB o Hard disk esterni. Per evitare ciò l'unico mezzo possibile sarebbe

dalla prevenzione di tali pratiche, infatti, è possibile inibire la funzionalità di download dalla rete sui dispositivi aziendali, autorizzandola, ove richiesto, solo da determinati siti web ritenuti affidabili e pertinenti ai fini professionali. Oltre alla possibilità di danneggiare il pc aziendale attraverso file infetti scaricati dalla rete, è molto importante regolamentare a livello aziendale, il download dei file dal web, poiché in caso di reperimento in rete da parte di un dipendente di un "software pirata", ovvero un software riprodotto in maniera identica rispetto all'originale, ma senza licenza, ed installato sul dispositivo aziendale potrebbe addebitarsi una responsabilità dell'azienda nei confronti dello sviluppatore del software originale, in quanto fino a prova contraria (della condotta illecita di un dipendente), il software artefatto si trova su un bene di proprietà del datore di lavoro. Alla luce di quanto accennato, la semplice redazione della policy aziendale anche sull'uso di internet e download, garantisce più trasparenza e tutela della posizione del datore di lavoro ed anche dei lavoratori, facendo venire meno, in alcuni casi, anche le presunzioni che riconducono la responsabilità delle condotte illecite al datore di lavoro. Il datore di lavoro, ad esempio, vietando in assoluto la possibilità di download files su pc aziendali, sposterebbe la responsabilità della condotta illecita sul lavoratore che ha contravvenuto all'indicazione datoriale, qualsiasi sia la natura del file scaricato.

La redazione della policy non è individuabile all'interno dell'art. 4 SL, in quanto, almeno generalmente, le disposizioni in essa contenute non determinano fattispecie di controllo a distanza; ad ogni modo però, la redazione di questi "codici aziendali" può considerarsi anche come gestione del potere datoriale, per cui è interessante il ruolo che può rivestire il sindacato. Sebbene in questa fattispecie non vi sia l'obbligo giuridico di

il blocco di tutte le porte USB ed DVD/CD-Rom, ma ciò concretamente non è conveniente in quanto si diminuirebbe molto il rendimento potenziale dei computer aziendali, in quanto l'uso di periferiche esterne è utile anche a fini aziendali, quando ad esempio i pc non sono collegati in rete tra loro e bisogna spostare "file pesanti" da un terminale all'altro. In questi casi quindi bisogna affidarsi a software capaci di monitorare i file in entrata sul pc ed imputare gli stessi all'operatore che sta utilizzando il computer in quel momento, in modo tale che laddove si verificasse un illecito o un danneggiamento del bene aziendale sia di immediato rilevamento il responsabile.

consultazione sindacale, per il datore di lavoro può essere molto importante ed in alcuni casi determinante l'ausilio della parte sindacale nella redazione della policy aziendale, in quanto più essa sarà condivisa dai lavoratori, maggiori saranno le possibilità che non determini contrasti meglio prestandosi a regolare gli usi leciti degli strumenti tecnologici all'interno dell'azienda.

4.3.2 Social network

Negli ultimi anni il "fenomeno" internet si sta legando sempre più al mondo dei social network, trasformando il web stesso da strumento per reperire informazioni a mezzo di comunicazioni e condivisioni. Sebbene in azienda i social network siano spesse volte considerati delle distrazioni e dei fattori tali da diminuire la produttività dei lavoratori, molti datori di lavoro iniziano a considerare gli impieghi favorevole per l'attività aziendale. Le aziende utilizzano i social network ed i social media in generale (blog, forum, community) per attività di promozione o ricerca del personale, in molti casi infatti le pagine profilo degli utenti si trasformano in biglietti da visita nei confronti dei potenziali datori di lavoro, tanto che i più comuni social generalisti (Facebook, Twitter) hanno aggiunto la possibilità di inserire nella propria pagine personale dati ulteriori ed in particolare carriera scolastica, ed esperienze lavorative, passate ed in corso. La possibilità di utilizzare i social network in questi termini è anche condizionata dalla volontà dell'utente che deve inserire tali informazioni, ed inoltre rendere accessibili alla generalità degli utenti tali notizie attraverso la gestione della privacy del proprio profilo. E' necessario, infatti, leggere bene cosa prevedono le condizioni d'uso e le garanzie di privacy dei social network offerte dal contratto al momento dell'adesione, poiché in caso di controversia legale per problemi legati alla privacy, non si è spesso tutelati dalle leggi italiane ed europee, dal momento che la maggior parte dei server sono all'estero³¹⁰.

³¹⁰G. CASSANO, *Il binomio sistemi e software deve assicurare l'identificazione dei soggetti solo per necessità*, in *Guida al diritto*, 2013, n. 5, pt. 4.

La maggior parte dei datori di lavoro ammette di informarsi sui candidati per i posti di lavoro tramite le loro pagine personali, poiché le informazioni contenute in un social network sono ritenute generalmente spontanee e permettono di costruire il profilo genuino del lavoratore. Non sono mancate in tal proposito delle pronunce del Garante per la protezione dei dati personali, che ha affermato l'inconfigurabilità del controllo a distanza e la possibilità per il datore di lavoro di controllare oltre ai dati personali resi pubblici nei confronti di tutti anche quei dati reperiti sul social network grazie agli "amici degli amici"³¹¹; questa impostazione fa sì che la possibilità di consultare alcune informazioni è consentita non soltanto ai contatti scelti dal dipendente, ma ad una comunità virtuale più ampia, composta anche dai contatti dei contatti dell'interessato³¹².

Molte aziende però, cominciano a ritenere i social network degli ottimi canali di comunicazione endoaziendali, che permettono a bassissimo costo di "collegare" tra loro tutti i dipendenti della stessa azienda attraverso un gruppo chiuso/segreto su un social network aperto a tutti oppure con la creazione di un social network aziendale. La società di consulenza Deloitte in uno studio del 2013 sulle tendenze digitali nelle imprese, ritiene che il prossimo "boom" saranno gli Enterprise Social Network. Questa forma aziendale di social network permette di mettere in contatto tra loro tutti i dipendenti di un'azienda in più sedi diverse, consentendo di condividere idee, progetti su una bacheca aziendale virtuale. Un sistema del genere ha sicuramente il vantaggio di abbattere i costi delle comunicazioni, ma al tempo stesso da punto di vista dei lavoratori pone un'ulteriore possibilità di controllo del loro operato da parte del datore di lavoro. Ogni opinione espressa sul social network aziendale viene conservata nelle memorie dei server ed è sempre riconducibile all'account del

³¹¹ Nel caso specifico il Garante ha ritenuto legittimo l'utilizzo per un licenziamento da parte di un'azienda di alcune fotografie di disegni coperti da segreto industriale, pubblicate da un lavoratore sul suo profilo Facebook, affermando che nel momento della condivisione delle foto sul social network si dà il consenso per il trattamento di tali dati anche agli amici degli amici dell'utente.

³¹² L. C. NATALI, *Tutela del Garante contro i controlli a distanza, ma niente "scudo", sui dati dei social network*, in *Guida al diritto*, 2010, n. 38.

lavoratore che l'ha espressa in quanto per accedere al servizio è necessario loggarsi. Tale sistema è stato realizzato per permettere a tutti i lavoratori di essere coinvolti su certi temi o per la realizzazioni di alcuni progetti, con lo stimolo che in caso di "buoni post" in bacheca ed utili suggerimenti hanno più possibilità di fare carriera e di essere notati, ma allo stesso tempo può portare alla luce opinioni non gradite al datore di lavoro. Sinora infatti, nelle aziende che hanno cominciato ad utilizzare questo strumento lavorativo, l'analisi di Deloitte evidenzia come la paura ha avuto la meglio sulla possibilità di mettersi in luce, infatti gran parte dei lavoratori non si sono mai loggati nel social network.

Il datore di lavoro, inoltre, per comunicare con i suoi dipendenti e far comunicare questi tra di loro, molto spesso utilizza oltre ai social network anche applicazioni free (Skype, Whatsapp) che permettono attraverso la connessione internet di abbattere i costi. In questi casi però il controllo dei dipendenti è molto difficile poiché svolgendosi le comunicazioni su server non di proprietà del datore di lavoro, è impossibile controllare il contenuto della chiamata o dei messaggi. Il datore di lavoro potrà, infatti, verificare soltanto che il dispositivo del lavoratore si è connesso ad una certa applicazione su un server online, ma non controllare il merito delle comunicazioni. In conclusione l'uso della connessione ad internet non consente soltanto la navigazione online, ma l'utilizzazione di molti altri servizi ed applicazioni, che forniscono validi strumenti lavorativi alla generalità dei lavoratori.

In ogni caso però, "il rispetto del principio di trasparenza con specifico riguardo all'impiego di Internet impone al datore di lavoro di informare i lavoratori: circa le condizioni in presenza delle quali è consentito l'uso privato di internet specificando quale materiale non può essere visionato o copiato e spiegando ai dipendenti queste condizioni e questi limiti; sui divieti di accesso a certi siti oltre che sui sistemi di controllo degli abusi, dovendo specificare quale uso all'occorrenza venir fatto dei dati raccolti in rapporto alle persone che hanno visitato determinati siti; circa la partecipazione dei loro

rappresentanti all'attuazione di tale politica e all'indagine sulle presunte infrazioni"³¹³.

4.4 Biometria

4.4.1 Sistemi e dati biometrici

Storicamente il giurista ha avuto difficoltà a disciplinare materie legate al corpo umano, poiché la dottrina è da sempre stata divisa tra chi sostiene che il corpo sia un bene ai sensi dell'art. 810 c.c. e formare quindi oggetto di diritti e chi invece non lo ritiene possibile, fondandosi sul presupposto che nella persona risiede sia una sostanza materiale che immateriale (di corpo e di spirito), inscindibili tra loro sollevando il problema che l'uomo viene in tal modo ad essere al tempo stesso soggetto e oggetto di diritti³¹⁴. In tale situazione, sebbene oggi la dottrina sia molto più orientata rispetto al passato ad ammettere diritti che hanno ad oggetto il corpo umano, si inserisce la biometria a fini identificativi.

La biometria è la disciplina che si occupa "dell'uso automatizzato di caratteristiche fisiologiche e comportamentali per determinare o verificare l'identità"³¹⁵. In un certo qual modo per accedere ad un qualcosa non si richiede la password o altra conoscenza, bensì si utilizza il proprio corpo o il comportamento come chiave di accesso³¹⁶. Il controllo che si realizza tramite le tecnologie biometriche, richiede una massiccia raccolta di dati personali tra i più sensibili conservati in banche dati nella disponibilità del soggetto cui appartengono i sistemi biometrici (in un'azienda al datore di lavoro). Nelle

³¹³ F. TOFFOLETTO, *Nuove tecnologie informatiche e tutela del lavoratore*, op. cit.

³¹⁴ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, " non esiste e non è neppure concepibile, malgrado ogni sforzo dialettico, un diritto sulla propria persona o anche su se medesimo, o sul proprio corpo, stante l'unità della persona, per la quale può parlarsi soltanto di libertà, non di potere rispetto a sé medesima; e neppure esiste per il nostro ordinamento un diritto al corpo altrui".

³¹⁵ International Biometric Group (IBG), How is Biometrics defined?, in http://www.biometric-group.com/reports/biometric_definiti-on.html.

³¹⁶ Utilizzare il proprio corpo o comportamento come password ha inoltre il vantaggio di mettere a riparo gli utenti da fenomeni ormai diffusi in rete come l'attacco di password ed il phishing (tecnica utilizzata per ottenere l'accesso ad informazioni personali e riservate con la finalità del furto di identità mediante l'utilizzo di messaggi di posta elettronica alterati o creati per sembrare autentici).

banche dati non sono conservati i dati raccolti sotto forma "grezza", ma sono trasformati in stringhe numeriche dette template³¹⁷. In seguito, al momento di un controllo biometrico, le informazioni contenute nelle banche dati sono confrontate con la caratteristica biometrica che i dispositivi di rilevamento hanno acquisito dal soggetto da identificare (trasformata anch'essa in stringa numerica); si contrappongono in questo modo due stringhe numeriche che, soltanto se identiche, il riconoscimento del soggetto ha successo, altrimenti l'operazione per cui il controllo è stato effettuato viene negata. Il controllo dell'identità dei soggetti avviene grazie alla percezione degli elementi più disparati dei dati personali: impronte digitali, retina dell'occhio, riconoscimento del volto o dell'odore del corpo, geometria della mano, analisi dei pori della pelle, intensità della pressione su una tastiera, rilevamento della voce ed altro ancora.

I dati così ottenuti, come evidenziato sin da subito da Garanti Europei nel 2003³¹⁸, sono dati personali, ovvero possono sempre essere considerati come informazione concernente una persona fisica, in quanto sono dati, che per la loro stessa natura, forniscono informazioni su una determinata persona. Il dato biometrico così ottenuto, evidenziano sempre i Garanti europei, presenta tre caratteristiche che ne rendono particolarmente delicato il trattamento: l'universalità, posto che l'elemento biometrico è presente in tutte le persone; l'unicità, poiché la componente biometrica è distintiva di ogni persona; la permanenza, considerato che ciascuno individuo conserva il proprio elemento biometrico nel tempo³¹⁹.

I controlli biometrici, considerata la loro affidabilità tecnica, sono utilizzati in molteplici ambiti, in particolare in quelli dove la sicurezza pubblica o privata è centrale; lo stesso ordinamento italiano ha riconosciuto valore probatorio

³¹⁷ A. BIASOTTI, *Le tecnologie biometriche. Sicurezza contrattualistica, privacy*, Roma, 2002.

³¹⁸ Gruppo per la tutela dei dati personali, Documento di lavoro 1° Agosto 2003.

³¹⁹ R. PANETTA, *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Milano, 2006 pp. 1659 ss.

nei processi civili e penali all'impronta digitale³²⁰. Nel tempo però, molti studiosi³²¹ hanno dimostrato come si debba essere cauti nell'utilizzo di questi strumenti poiché i risultati possono essere alterati fraudolentemente in maniera relativamente semplice, in particolar modo l'identificazione tramite impronte digitali. E' stato dimostrato, infatti, come sia possibile duplicare dal vero un'impronta digitale utilizzando un "Gummy finger" con il materiale di semplici caramelle gommose; la copia così ottenuta era in grado di ingannare otto dispositivi su dieci vista l'umidità presente nel materiale affine a quella dell'epidermide³²². Anche per quest'ultima ragione, il Garante per la protezione dei dati personali ha invitato alla prudenza nell'uso di tali strumenti, proponendo di farne ricorso soltanto laddove sia strettamente necessario (in genere per esigenze di sicurezza³²³), utilizzando in alternativa altri mezzi di riconoscimento, che richiedano però utilizzo di meno dati personali e che non coinvolgano direttamente il corpo³²⁴.

"In linea di principio il Garante ritiene opportuno attribuire i caratteri dell'eccezionalità ai metodi di trattamento biometrico potendo essere adottati solo in casi in cui rilevano i motivi di sicurezza che prevalicano anche sul singolo diritto di riservatezza: si pensi a misure di sicurezza per il controllo negli aeroporti o in centrali nucleari dove il riconoscimento biometrico appare trattamento proporzionato alle finalità di sicurezza proprie dell'ambiente"³²⁵. Il Garante vuole evitare una diffusione del corpo come password (corpo elettronico), poiché questi strumenti sono potenzialmente lesivi del valore della dignità.

³²⁰ Nello specifico, nell'ordinamento italiano per ritenere certa l'identificazione e quindi assumere un'impronta digitale ai fini probatori sono necessarie almeno 17 minuzie (punti caratteristici d'impronta digitale messi a confronto). Ad ogni modo in ogni impronta generalmente si trovano sulle novanta minuzie.

³²¹ T. MATSUMOTO, H. MATSUMOTO, K. YAMADA, S. HOSHINO, *Impact of artificial gummy fingers on fingerprints systems, proc. of SPIE Vol. 4677, optical security and counterfeit deterrence techniques IV*, Yokohama National University, 2002.

³²² M.G.P. FLORA, *Biometria e clonazione delle impronte digitali*, in *Diritto dell'internet* n. 6/2006.

³²³ Doc. web n. 1306551 e n. 1306530 del 15 Giugno 2006, in www.garanteprivacy.it.

³²⁴ Garante per la protezione dei dati personali, *Uso delle impronte digitali per i sistemi di rilevamento delle prestazioni nei luoghi di lavoro*, 21 Luglio 2005.

³²⁵ M. PULICE, *Sistemi di rilevazione di dati biometrici e privacy*, in *Il lavoro nella giurisprudenza* n. 10/2009.

A tal proposito in un convegno su "Le nuove tecnologie per la gestione dell'identità: l'utilizzo dei dati biometrici", è intervenuto un componente del Garante per la protezione dei dati personali per sottolineare l'esigenza di bilanciamento tra uso delle nuove tecnologie ed esigenza di rispetto del corpo umano³²⁶. A questo fine è stato presentato un decalogo³²⁷ sull'uso del corpo e quindi anche del trattamento dei dati biometrici ricavato dai diversi casi esaminati dal Garante: 1) affidabilità del sistema di rilevazione dei dati corporei, indicando il livello della sua accuratezza; 2) informativa chiara, che lasci la libertà di aderire o meno al sistema biometrico, salvo particolari necessità; 3) rispetto dei principi di necessità, proporzionalità, finalità, correttezza, adeguatezza e qualità dei dati, previa dimostrazione dell'inefficacia di pratiche alternative che abbiano meno rischi di profilabili abusi; 4) deroga motivata con uso controllato in speciali casistiche e non uso generalizzato o incontrollato o indifferenziato; 5) delimitata memorizzazione su circoscritti supporti correlati sempre disponibili per l'interessato e non centralizzazione sotto qualsiasi forma ed in particolare divieto assoluto di archivi centralizzati, anche se con dati cifrati; 6) temporanea conservazione in ordine cronologico per il necessario periodo limitato, sono vietati, in particolare, le cosiddette copie di sicurezza che prolungano surrettiziamente i tempi di conservazione; 7) scrupolose misure di sicurezza con sistemi inequivoci e senza rischio, promuovendo, obbligatoriamente ed inderogabilmente nel caso di uso congiunto di dati biometrici e di videosorveglianza in banca, l'interposizione di un "vigilatore dei dati" indipendente, individuato nel titolare di una funzione in posizione di indipendenza o da un soggetto indipendente; 8) piena ed immediata conoscibilità dei dati biometrici da parte dell'interessato e limitazioni stringenti per datore di lavoro, suoi dipendenti e collaboratori. Per le

³²⁶ Convegno organizzato dalla CNIPA il 9 Maggio 2006 a Roma, in occasione di un Forum della pubblica amministrazione, dove è appunto intervenuto come relatore Giuseppe Fortunato (componente dell'Autorità Garante).

³²⁷ Decalogo sull'uso del corpo e privacy, l'Autorità Garante per la privacy al Forum P.A., <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1277433>.

operazioni inerenti alla conoscenza, va promossa, ove necessaria, la cooperazione di un vigilatore indipendente (obbligatorio e inderogabile nel caso di uso incrociato di dati biometrici e videosorveglianza); 9)rispetto rigoroso degli obblighi di verifica preliminare del Garante (art. 17 Codice Privacy) e di notifica al Garante (art. 37 Codice Privacy); 10)disattivazione automatica, immediata e certa di funzioni di smart card o altre analoghe nel caso di smarrimento o di furto.

In ragione della potenzialità lesività di questi strumenti l'art. 17 d.lgs. 196/03 prevede, per procedere al trattamento dei dati biometrici una verifica preventiva da parte del Garante per la protezione dei dati personali. Nel nostro ordinamento per la biometria, come per altre nuove tecnologie, manca un corpus normativo specifico di riferimento, infatti "sembra incompleto quell'approccio che ha riguardo alla questione dei dati biometrici collocandola esclusivamente nell'ambito della disciplina sul trattamento dei dati personali³²⁸, senza tener conto della specificità dell'informazione in questione, derivante dall'essere ricavata dal corpo e sul corpo"³²⁹.

4.4.2 *Biometria in azienda*

Molte aziende utilizzano i sistemi di controllo biometrico per registrare gli accessi alle sedi aziendali e controllare la presenza al lavoro dei propri dipendenti³³⁰. I datori di lavoro, però, alla luce di quanto detto dal Garante per la protezione dei dati personali devono "informare in modo compiuto i dipendenti circa i dati loro richiesti, le modalità di gestione degli stessi, la necessità di garantire ai dipendenti la possibilità di registrare la propria presenza sul lavoro attraverso metodi alternativi (es. firma su registro, timbratura con sistemi meccanici o elettronici), rifiutando, quindi, il conferimento all'azienda di dati biometrici nonché tutta una serie di problematiche sempre nuove in quanto, così come cresce la tecnologia

³²⁸ A. AGOSTINI, *Biometria e privacy: i presunti nemici a confronto*, Bologna, 2006.

³²⁹ S. GIROTTO, *Biometria e nanomedicina: le nuove frontiere della riconcettualizzazione tecnologica del corpo umano*, in *La nuova giurisprudenza civile*, 2009, pt. 2, pp. 452 ss.

³³⁰ Pronuncia del Garante per la protezione dei dati personali del 2 Ottobre 2008 pubblicata nella newsletter 2 Marzo 2009.

biometrica, altrettanto dovrebbero fare le leggi e le questioni politiche ad esse relative"³³¹. Infatti, in molti casi il Garante, sebbene avesse autorizzato in un primo momento il trattamento dei dati biometrici da parte dei datori di lavoro, ha successivamente dichiarato l'illegittimità delle modalità di rilevazione dei dati biometrici³³².

E' fondamentale tenere in considerazione che, il datore di lavoro autorizzato all'impiego dei mezzi di rilevamento dati biometrici, deve rispettare i principi degli articoli 3 ed 11 del d.lgs. 196/03. Il Garante, però, come anticipato, oltre ad effettuare un controllo preventivo sugli strumenti di rilevazione biometrica, ex art. 143 d.lgs. 196/03 può disporre il blocco o vietare, in tutto o in parte, il trattamento dei dati che risulta essere illecito o non corretto, in ragione della natura dei dati o delle modalità del trattamento o degli effetti che esso può determinare. "L'inosservanza di tali provvedimenti comporta la reclusione da tre mesi a due anni ex art. 170 e per il caso di inosservanza dei provvedimenti di prescrizione di misure necessarie o di divieto di cui, rispettivamente all'articolo 154, comma 1, lettere c e d, è altresì applicata in sede amministrativa, in ogni caso, la sanzione del pagamento di una somma da trentamila euro a centottantamila euro, ex art. 162, comma 2 ter"³³³. In sintesi, per determinare in quali casi sia possibile avvalersi della tecnologia della biometria, specie delle impronte digitali in ambito lavorativo, è necessario affidarsi alla disciplina derivata dall'intervento della dottrina, ma soprattutto del Garante per la protezione dei dati personali nell'interpretazione del d.lgs. 196/03. Nello specifico, esso sarà lecito qualora: non vi sia altro mezzo idoneo allo scopo; sia sottoposto preventivamente alla verifica del

³³¹ M. PULICE, *Sistemi di rilevazione di dati biometrici e privacy*, op. cit.

³³² Videosorveglianza e biometria per esigenze di sicurezza: impiego non conforme - 4 Giugno in www.garanteprivacy.it, doc. web 1629975, pubblicato in newsletter del Garante n. 328 del 22 Settembre 2009; in questo provvedimento il Garante ritiene sproporzionato allo scopo di controllo un sistema di verifica biometrica costituito da un server dedicato sul quale, in forma centralizzata sono registrati i templates ricavati dalla lettura dell'impronte digitali degli interessati che dialoga esclusivamente con lettori biometrici. Il Garante stesso, suggerisce al contrario, l'utilizzo di sistemi biometrici in cui il template viene conservato su una smart card posta nell'esclusiva disponibilità del detentore.

³³³ M. PULICE, *Sistemi di rilevazione di dati biometrici e privacy*, op. cit.

Garante; sia eseguita preventivamente la notificazione al Garante (art. 37-38 codice della privacy); non sia registrata l'immagine integrale del campione di riferimento, ma soltanto conservato la stringa numerica ricavata; la stringa non sia memorizzata in una memoria accessibile a molti, bensì posto nell'esclusiva disponibilità del soggetto interessato e deputato al trattamento dei dati; venga data un'adeguata informativa ai dipendenti per il controllo attraverso lo strumento biometrico.

La biometria nei luoghi di lavoro, è quindi molto difficile da gestire, richiede, infatti, molte cautele da parte delle aziende per sviluppare, dal punto di vista tecnologico, organizzativo e psicologico, adeguata competenza e professionalità, che sono alla base di un utilizzo idoneo della tecnologia, soprattutto nel rispetto delle privacy delle persone³³⁴. In conclusione, per realtà aziendali medio-piccole l'utilizzo di una password resta ancora la scelta più sicura in termini di tutela delle informazioni e privacy dei lavoratori³³⁵.

4.5 Gps

Il Gps (global positioning system) nasce, come molte tecnologie, per uso militare, ma dal 1980 ne fu permesso l'uso civile ed oggi viene comunemente usato in tutto il mondo per calcolare posizioni sia a terra che in mare e persino in cielo. Il Gps è considerato una bussola moderna in grado di dire al soggetto che lo utilizza con estrema precisione dove si trova; ciò è possibile grazie ad una rete di satelliti ancora oggi di proprietà del Dipartimento di difesa degli Stati Uniti, che trasmette in continuazione segnali radio di bassa potenza. Il dispositivo Gps dei singoli utenti, invece, funge da ricevitore, interpreta i segnali provenienti dai satelliti, ed è in grado di calcolare la distanza tra il satellite di invio del segnale ed il dispositivo stesso, e conseguentemente determinare la propria posizione³³⁶. Oggi il sistema è

³³⁴ G. BOCCI, *Controlli accessi e biometria*, in (a cura di) F. Di Resta, *Protezione delle informazioni*, Torino, 2008, pp. 259 ss.

³³⁵ M.G.P. FLORA, *Biometria e clonazione delle impronte digitali*, op. cit.

³³⁶ L. FRANZA, *La tecnologia GPS e le sue applicazioni*, in *Il sole 24 ore*, Settembre 2004.

leggermente diverso da quello originale, proprio a causa del successo generale avuto dal sistema di localizzazione satellitare. I satelliti orbitanti intorno alla Terra sono diventati più di ventiquattro ed inoltre si è aggiunto un passaggio al trasferimento del segnale radio. Quest'ultimo viene filtrato da una delle cinque stazioni terrestri dislocate nel mondo per ripetere la potenza del segnale così come un qualsiasi ripetitore radio.

Il successo di tale sistema, ha portato la giurisprudenza a chiedersi in che modo inquadrare i nuovi strumenti di localizzazione. Di fronte alla nuova tecnologia, ad esempio, non era pacifico se il tracciamento satellitare di un individuo fosse considerabile come un'attività di intercettazione, con annessa preventiva autorizzazione da parte del giudice, o fosse semplicemente un mezzo di indagine atipico³³⁷. La Cassazione³³⁸ esclude l'assimilazione della localizzazione satellitare alle intercettazioni, affermando che invece "il sistema Gps costituisce una forma di pedinamento, sia pure elettronico, e resta esclusa, pertanto, dalla disciplina delle intercettazioni di conservazioni o comunicazioni. Di conseguenza tale attività, in quanto ricompresa nell'ambito delle attività investigative c.d. "atipiche" riconducibili all'art. 189 c.p.p., è pienamente legittima pur in assenza di un decreto autorizzativo del giudice per le indagini preliminari"³³⁹.

I sistemi di localizzazione hanno da subito suscitato interesse di datori di lavoro, al fine di controllare i propri dipendenti negli spostamenti al di fuori dei locali aziendali, dove prima di tale sistema era assente uno strumento di controllo idoneo allo scopo. Il sistema di geolocalizzazione dei lavoratori tramite Gps rientra, senza alcun dubbio, nell'ambito di applicazione della norma sui controlli a distanza dello Statuto dei lavoratori (art. 4); ne consegue, quindi, che il datore di lavoro che voglia usare tale strumento a fine

³³⁷ F. FALATO, *Sulla categoria dei mezzi atipici di ricerca della prova e le c.d. intercettazioni Gps*, in G. Conso (a cura di) *Diritto Processuale Penale*, in *Giurisprudenza italiana*, Novembre 2010.

³³⁸ Cass. Sez. VI 11 Dicembre 2007 n. 15396; Cass. Sez. IV 21 Gennaio 2008; Cass. Sez. I 28 Maggio 2008 n. 21366; Cass. Sez. V 10 Marzo 2010 n. 9667.

³³⁹ D. GENTILE, *Tracking satellitare mediante gps: attività atipica di indagine o intercettazione di dati?*, nota a Cass. penale Sez. V, 10 Marzo 2010 n. 9667, in *Diritto penale e processo* 12/2010.

di controllo dovrà assolvere tutti gli adempimenti previsti dall'articolo stesso. In ambito lavorativo la tecnologia di geolocalizzazione viene usata particolarmente per il controllo dei conducenti e dei veicoli, infatti questo strumento è l'unico a permettere un controllo su vasta scala spaziale ideale per il settore dei trasporti. Attraverso il segnale Gps è possibile, infatti, non solo tracciare il percorso fatto dal lavoratore bensì controllare la velocità del mezzo e soprattutto quante soste vengono compiute.

Oltre ad adempiere gli obblighi previsti dall'art. 4 SL, il datore di lavoro dovrà applicare anche la normativa per la tutela della privacy, in quanto le informazioni ottenute tramite i rivelatori del segnale Gps, costituiscono dati personali, sia se associati direttamente ai nomi dei lavoratori, sia se questo sia possibile anche in un secondo momento da parte dell'azienda³⁴⁰. "In particolare, ai lavoratori dovrà essere fornita un'adeguata informativa privacy, unitamente a compiuti ragguagli sulla natura dei dati trattati e sulle caratteristiche del sistema; dovranno essere indicati i soggetti che possono accedere alle informazioni ed occorre predisporre apposite nomine ad incaricato; con riferimento ai dati relativi alla localizzazione, deve procedersi alla notifica del trattamento all'autorità garante, ex artt. 37 e ss. del codice privacy"³⁴¹.

Il Garante per la protezione dei dati personali, con un provvedimento del 2011³⁴², cerca di regolare ancora più in dettaglio di fare chiarezza sulla materia. A tal proposito stabilisce che l'utilizzo della localizzazione tramite Gps è lecito soltanto quando il veicolo non sia monitorato continuamente, ma solo quando ciò si renda necessario per il conseguimento delle finalità legittimamente perseguite (in particolare sicurezza). Il trattamento dei dati dovrà seguire il principio di pertinenza e non eccedenza, ed i dati stessi dovranno essere conservati per una durata commisurata alla finalità per cui

³⁴⁰ Garante Privacy, provvedimento 5 giugno 2008 e 7 ottobre 2010.

³⁴¹ R. RAPICAVOLI, *Localizzazione dei lavoratori tramite Gps: quali i presupposti e i limiti*, <http://www.consulentelegalevideosorveglianza.it/approfondimentidett.php?id=267>.

³⁴² Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento 04/10/2011.

sono stati raccolti. I responsabili del trattamento dei dati, ai sensi dell'art. 29 d.lgs.196/03, dovranno essere designati tra coloro che forniscono i servizi di localizzazione, essendo gli unici ad avere le competenze tecniche per un trattamento idoneo attraverso tale tecnologia. Il Garante nel bilanciamento tra privacy del lavoratore e controllo del datore di lavoro, in presenza di particolari esigenze, ha riconosciuto maggior tutela alla seconda, evitando ad esempio al datore di lavoro di richiedere il consenso ai lavoratori, essendo sufficiente una adeguata informativa. Ai lavoratori dovranno essere forniti gli elementi informativi previsti dall'art. 13 d.lgs., informandoli sia sulla natura dei dati da trattare sia sulle caratteristiche del sistema di geolocalizzazione.

Inoltre, sempre nel provvedimento dell'Ottobre 2011, il Garante stabilisce che, nel caso di localizzazione sui veicoli aziendali, deve risultare inequivocabilmente che i datori di lavoro si avvalgano di sistemi di geolocalizzazione, esponendo a tal fine un cartello ben visibile ai lavoratori con la dizione "veicolo sottoposto a localizzazione"³⁴³.

Sollewa una problematica dal punto di vista applicativo, il capitolo 1.10 ADR 2011³⁴⁴, poiché obbliga i datori di lavoro ad installare sui mezzi che trasportano sostanze pericolose sistemi di telemetria. La questione si risolve sottolineando come lo stesso ADR non osti alla concertazione con le rappresentanze sindacali circa l'utilizzo di sistemi di geolocalizzazione, ad ogni modo però in caso di realtà aziendali con relazioni sindacali particolarmente problematiche, sembra possibile in ogni caso l'utilizzo della localizzazione tramite Gps, poiché posto a tutela della sicurezza pubblica ed al rispetto di norme cogenti dello Stato (recepimento ADR). Ricevitori gps vengono installati su moltissimi nuovi apparecchi elettronici dai tablet ai telefoni cellulari, rendendo ancora più complessa la disciplina del controllo dei lavoratori attraverso di essi, in quanto si dovrà coordinare la normativa e

³⁴³ Lo stesso Garante per la protezione dei dati personale, con l'allegato n. 1 al provvedimento 04/10/2011 offre un modello per le aziende riguardo l'informativa ai lavoratori.

³⁴⁴ Accordo europeo relativo al trasporto internazionale di merci pericolose su strada (ADR), in riferimento al capitolo 1.10 (disposizioni concernenti la security).

gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali con quelli propri tradizionali di tali apparecchiature.

4.6 Telefono cellulare e smartphone

Il controllo posto in essere dal datore di lavoro sulle comunicazioni telefoniche dei propri dipendenti non rientra, almeno in senso stretto, tra i controlli effettuati grazie alle nuove tecnologie e quindi anche per questo, non è necessario analizzare tecnicamente il funzionamento dei telefoni, in quanto sono degli strumenti di uso quotidiano ed entrati da molto tempo nella vita della totalità delle persone. Questo tipo di controllo, però, non ha soltanto il fine di monitorare l'adempimento della prestazione lavorativa dei dipendenti, bensì è mirato ad evitare spese non pertinenti con l'attività lavorativa all'azienda, poiché è quest'ultima a sostenere i costi dell'utilizzo del bene aziendale telefono. Parimenti alla tutela già analizzata per le comunicazioni a mezzo mail, alle comunicazioni telefoniche trovano applicazione l'art. 15 Cost. e gli art. 617 e 617 bis c.p., che sanzionano il reato di cognizione fraudolenta di comunicazioni tra altre persone. Il controllo di comunicazioni telefoniche, infatti, nell'ordinamento italiano è consentito soltanto in via di eccezioni per provvedimento del giudice, che rende così lecita l'attività di intercettazione, ma solo quando strettamente necessaria e rispettando il principio di proporzionalità. Nel settore giuslavorista la questione è ben diversa, poiché la dottrina maggioritaria sostiene che l'intercettazioni siano interdette soltanto riguardo le telefonate tra terzi, e non quelle proprie. Infatti, il lavoratore che compie una telefonata per ragioni di lavoro, rappresenta il datore di lavoro cui è riferita la comunicazione³⁴⁵, per tale ragione non può parlarsi di intercettazione.

³⁴⁵ A. VALLEBONA, *Note e dibattiti di attualità, il controllo delle comunicazioni telefoniche del lavoratore*, in *DL*, 2001, I, pp. 357 ss.

Sebbene in un primo momento la giurisprudenza³⁴⁶ ritenesse, il controllo sull'utilizzo del telefono come una fattispecie vietata dallo Statuto dei lavoratori, successivamente la Corte di Cassazione³⁴⁷ affermò che "gli apparecchi di rilevazioni di telefonate ingiustificate non ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori in quanto devono ritenersi certamente fuori dall'ambito di applicazione della norma sopra citata i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore"³⁴⁸. Più recentemente, la Corte di Cassazione ha ritenuto in alcuni casi che anche per controlli diretti ad accertare illeciti, il datore di lavoro debba rispettare le garanzie dell'art. 4SL³⁴⁹.

Al di là dei problemi legati alla registrazione delle telefonate (controlli nel merito), che salvo particolari esigenze, non sembrano garantire la salvaguardia della dignità del lavoratore, che in tal modo sarebbe continuamente sottoposto al controllo, non sembrano esserci dubbi sulla liceità della registrazione da parte del lavoratore di elementi esterni quali il numero chiamante, il numero chiamato, l'ora e la data. Non è necessaria neanche l'informativa al lavoratore, nei casi in cui il controllo delle comunicazioni telefoniche rientri nelle indagini investigative sul proprio dipendente, ad esempio se assente per malattia, poiché come analizzato nel capitolo precedente, questa ipotesi rientra nel concetto di controllo difensivo. Quindi, le esigenze aziendali di controllo dei costi e degli indebiti utilizzi del telefono (legittimanti controlli difensivi) sono state considerate prevalenti rispetto la riservatezza dei lavoratori, ma in ogni caso i controlli dovranno rispettare i principi di proporzionalità, equità, trasparenza che d'altro canto come già analizzato in precedenza, sono gli stessi principi ripresi e contestualizzati da parte del Garante per la protezione dei dati personali nelle Linee guida del 2007 in materia di internet e posta elettronica in azienda.

³⁴⁶ Pretura di Milano 9 Novembre 1984, in Riv. Giur. Lav., 1984, II, 255.

³⁴⁷ Cass. civile 3 Aprile 2002 n. 4746.

³⁴⁸ G. FAGGIOLI - A. ROZZA, Privacy per posta elettronica e internet in azienda, op. cit.

³⁴⁹ Cass. sez. Lav. 1° Ottobre 2012 n. 16622.

4.6.1 Uso promiscuo del telefono aziendale

Ad ogni modo molte aziende, per evitare al lavoratore la scomodità pratica di tenere due telefoni cellulari, palmari, smartphones o similari, danno la possibilità di effettuare uso promiscuo del bene aziendale. In questi casi il lavoratore che dovrà utilizzare il telefono per fini privati, dovrà anteporre al numero da chiamare, un codice numerico in grado di far attivare sul dispositivo cellulare il sistema della "doppia fatturazione" o "dual billing", attivato al momento della consegna del telefono, cosicché il costo delle comunicazioni e dei messaggi è addebitato direttamente sul conto corrente del dipendente. In questo modo vengono prevenuti eventuali problemi legati alla privacy del lavoratore, poiché l'azienda potrà controllare tutto il traffico ad uso professionale rivolto a numeri non preceduti dal codice suddetto; mentre sarà interdetta dal monitoraggio delle chiamate e messaggi ad uso privato, come se fossero stati fatti da un dispositivo diverso. A ben vedere, infatti, il sistema di doppia fatturazione consente di "clonare" un unico dispositivo telefonico creando due canali di comunicazioni ben separati tra loro uno ad uso professionale (controllabile), ed uno ad uso privato (non controllabile). In questi casi quindi l'installazione di centraline telefoniche idonee alla registrazione dei dati di traffico a fini di contabilizzazione, è lecito se le ultime tre cifre dei numeri di telefono dei destinatari/riceventi delle comunicazioni private vengono occultati per evitare di monitorare anche gusti e comportamenti extralavorativi del lavoratore³⁵⁰, fattispecie quest'ultima peraltro sanzionata dall'art. 8 SL.

4.6.2 Controllo del telefono per la valutazione del livello qualitativo delle prestazioni dei lavoratori - Call center

Controlli sulle telefonate sono molto più diffusi in quelle aziende che utilizzano maggiormente il telefono come strumento di lavoro, prime fra tutte le aziende che forniscono ad altre servizi di call center, dove le telefonate costituiscono la prestazione lavorativa ed il telefono è pressoché l'unico

³⁵⁰ R. IMPERIALI - R. IMPERIALI, *Controlli sul lavoratore e tecnologie*, op. cit.

strumento di lavoro, salvo essere affiancato dal computer. In questi casi, per controllare il livello qualitativo delle prestazioni offerte dai propri lavoratori, le aziende registrano le telefonate tra utenti e dipendenti sollevando delle problematiche dal punto di vista della privacy. In merito ai call center ed ai centralinisti, non è stata mai dimostrata la necessità a fini organizzativi di predisporre un controllo a distanza sulla prestazione lavorativa come richiederebbe l'articolo 4 SL, quindi un controllo nel merito dell'attività dei singoli lavoratori è da ritenersi vietato. Il Ministero del lavoro nel 2010³⁵¹, ha fornito delle linee guida per dei controlli campione sull'attività lavorativa di centralinista o di operatore call center, ritenendo legittimo il sistema di registrazione, qualora le voci degli operatori ed utenti vengano criptate per non renderli riconoscibili, purché, non fornisca alcun report sul singolo operatore (quindi non identificabile) e l'accesso ai dati registrati sia riservato. Oggi effettuare i controlli sul traffico in entrata ed uscita su telefoni cellulari è alla portata di tutti: non è necessario richiedere al proprio gestore i tabulati telefonici, in quanto è possibile avvalersi di software prodotti dagli sviluppatori dei sistemi operativi installati sui moderni cellulari (Android, Apple) che consentono di registrare tutte le operazioni effettuate con il dispositivo sul quale sono installati. L'abuso di questi software pone, però dei problemi laddove oltre al traffico dei dati vi sia un controllo anche tramite sistema Gps. Come già anticipato nel paragrafo precedente, infatti, i nuovi dispositivi elettronici possiedono rilevatori Gps³⁵², che permettono il funzionamento di tutti quei software installabili, peraltro gratuitamente, di rilevare costantemente la posizione dello smartphone su cui sono installati ed inviarla ad un dispositivo abbinato che controlla così tutti i movimenti svolti³⁵³.

³⁵¹ Ministero del lavoro, interpello n. 2 1° Marzo 2010.

³⁵² I rilevatori Gps sono installati sugli smartphones, tablets, e simili per ampliare le funzioni di tali dispositivi, in particolare per permettergli di essere utilizzati come navigatori o mappe elettroniche.

³⁵³ Questi software (app) nati con il fine di ritrovare uno smartphone nel caso di smarrimento o di furto, offrono ai datori di lavoro dei sistemi di pronta utilizzazione e di facile funzionamento per controllare i lavoratori.

L'uso aziendale di questi software richiama quindi la disciplina del paragrafo sul controllo tramite geolocalizzazione poiché il telefono viene semplicemente utilizzato come rilevatore di segnale e non come strumento di comunicazione. Infine per quanto riguarda l'uso dei telefoni cellulari per finalità professionali, è da poco sorto un problema legato alla tutela della salute dei lavoratori. Infatti, la Corte di Cassazione nell' Ottobre 2012³⁵⁴, per la prima volta ha riconosciuto una malattia professionale ad un lavoratore soltanto per l'uso prolungato del cellulare. Alla luce di questa pronuncia, che presumibilmente potrebbe aprire un nuovo filone giurisprudenziale, considerando anche l'attenzione dell'opinione pubblica sul tema, il datore di lavoro dovrà eseguire dei controlli legati all'uso del telefono cellulare non più soltanto per verificarne l'uso nel merito, ma anche per assicurarsi che il lavoratore non ne faccia un uso eccessivo per adempiere la propria prestazione lavorativa, poiché altrimenti in caso d'insorgenza di una malattia professionale il datore di lavoro sarebbe responsabile ai sensi dell'art. 2087 c.c. (tutela della salute e sicurezza sul luogo di lavoro).

E' quindi interessante notare come negli Stati Uniti invece, la problematica dei controlli delle telefonate dei lavoratori sia trattata in maniera opposta all'ordinamento italiano e di quelli degli altri Paesi Europei. Negli Usa la sorveglianza è consentita ampiamente "coinvolge tutti i dipendenti che adoperano il telefono come strumento di lavoro, e si attua attraverso inserimento di membri della direzione aziendale nella comunicazione per controllare come i lavoratori si comportano con clienti dell'azienda con cui entrano in contatto telefonico³⁵⁵." Se è in genere ammesso il controllo sul contenuto delle telefonate di servizio, le corti hanno precisato che ciò non dovrebbe valere qualora la comunicazione abbia carattere personale; ma,

³⁵⁴ Cass. civile 12 Ottobre 2012 n. 17438; <uso di telefoni nel corso dell'attività lavorativa e patologia tumorale>. Nello specifico ad un lavoratore dirigente è stata riconosciuta la malattia professionale (tumore) che per motivi di lavoro si è trovato ad utilizzare il telefono fino a sei ore al giorno per dodici anni.

³⁵⁵ JENERO, A. KENNETH, LYNNE D. MAPER-RIORDAN, *Electronic monitoring of employees and the elusive "right to privacy"*, in *Employee Relations Law Journal* 18(1).

poiché è sempre permesso il controllo della natura (se è o no di servizio) della telefonata per accertare un uso illecito dello strumento aziendale, ne consegue che di fatto tale sorveglianza è sottoposta a dei limiti assai labili"³⁵⁶

4.7 RFID

Il RFID (Radio Frequency Identification) sconosciuta ancora alla generalità delle persone, è ritenuta una tecnologia nuova, ma in realtà la sua invenzione risale alla Seconda Guerra Mondiale. Infatti, veniva utilizzata come strumento di identificazione degli aerei, per capire se si trattava di amici o nemici. La sua diffusione per scopi civili ha iniziato ad avere successo negli anni '90, ma soltanto oggi sta iniziando ad essere impiegata in molti settori e con molteplici funzioni.

Il RFID in termini non tecnici non è che un microchip ("e-tag" o "smart-tag") che viene installato tanto su dispositivi specifici, quanto anche su cose di vario genere o persino animali che funge da loro "carta d'identità elettronica" e ne facilita il riconoscimento³⁵⁷. Questo tipo di tecnologia permette di identificare e memorizzare dati di persone o cose automaticamente, ma soprattutto consente di leggere questi dati a distanza attraverso la comunicazione con dei lettori a radiofrequenza. Attraverso i lettori RFID è possibile identificare e localizzare immediatamente la persona o la cosa associata ad un altro dispositivo RFID. Infatti, quando i due dispositivi entrano l'uno nel campo operativo dell'altro il rilevatore comincia a "leggere" le informazioni contenute sul chip attraverso le onde radio³⁵⁸. Solo per citare alcuni ambiti di applicazione del RFID, quest'ultimo è utilizzato in sostituzione del codice a barre per l'identificazione di determinati prodotti, ed è inserito nei nuovi passaporti (passaporto elettronico) adottati come standard³⁵⁹ anche dalla

³⁵⁶ A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, op. cit.

³⁵⁷ M. MANZON, *Privacy: il sistema di rilevamento delle presenze a radiofrequenza è consentito*, in *La circolare di Lavoro e Previdenza* p. 36, n. 21 del 28 Maggio 2012.

³⁵⁸ M. DI GIANCROCE, *Trattamento dei dati personali e riservatezza, RFID*, in *P.Q.M.*, 2009, fasc.1 pp. 31 ss.

³⁵⁹ ICAO numero 9303, parte 1, volumi 1 e 2 (sesta edizione, 2006).

Repubblica Italiana, ma è anche alla base del funzionamento del telepass autostradale.

Una tecnologia simile per le possibili applicazioni pratiche in occasioni di controllo in azienda sui lavoratori non ha tardato a venire utilizzata a tal fine dai datori di lavoro. In particolare il RFID è una valida alternativa all'uso di badge o tesserini, non necessitando neanche dell'attività di timbratura del cartellino da parte del dipendente, poiché la registrazione avviene automaticamente da parte del rilevatore, ed è meno invasiva del riconoscimento tramite sistemi biometrici garantendo se non la stessa affidabilità, comunque un buon livello di sicurezza (salvo sottrazioni fraudolente del dispositivo sul quale è impianto il chip). Sistemi di identificazione tramite radiofrequenze permettono in azienda inoltre di consentire l'utilizzo di certi macchinari soltanto ad alcuni dipendenti o altrimenti spegnere le stesse macchine quando questi si allontanano dal luogo di lavoro; permettono inoltre di consentire l'accesso a determinate aree solo ad alcuni lavoratori con le porte che si aprono automaticamente al loro passaggio. Ad oggi però l'uso maggiore di questa tecnologia in azienda è in sostituzione del normale badge, poiché offre la possibilità non soltanto di controllare gli accessi dei lavoratori, bensì di monitorare continuamente in che zona dell'azienda il lavoratore si trovi durante le ore lavorative, persino registrando quanto si trattiene in un locale piuttosto che in un altro. Un controllo così stringente sull'attività nei locali aziendali costituisce certamente uno strumento attraverso il quale si può avere maggiore efficienza produttiva e razionalizzazione del lavoro³⁶⁰, ma al tempo stesso determina un'intrusione non giustificabile nella sfera individuale, anche privata dei lavoratori, lesiva della loro dignità, con la conseguenza che i dati così raccolti possano essere inoltre utilizzati per scelte aziendali relative ai singoli dipendenti. "Tenendo conto che il datore di lavoro dispone già di numerosissimi dati, attraverso le

³⁶⁰ M. GRAUSO, *Radio Frequency identification technology e tutela della persona*, in *Diritto dell'internet* n. 6/2005.

notizie ufficiali raccolte su ciascuno, cui debbono aggiungersi i dati che possono essere raccolti attraverso l'uso dei computer utilizzati dai dipendenti, dai tabulati telefonici che indicano altri dati potenzialmente "sensibili", ci si può facilmente rendere conto che la tecnologia RFID è l'atto conclusivo per la costruzione di un profilo globale e totale del dipendente"³⁶¹. Tale controllo certamente è da ritenersi illecito in quanto contrario alla norma dell'art. 4 SL costituendo un controllo a distanza sia in caso di controllo occulto sia nel caso venga comunicato ai lavoratori.

Per utilizzare lecitamente questa tecnologia anche per la registrazione dell'accesso ai luoghi di lavoro, il datore di lavoro potrà soltanto limitarsi ad accertare le sole informazioni non eccedenti e pertinenti, ovvero il momento dell'entrata e dell'uscita dei lavoratori ed il codice del cartellino da cui si risale al lavoratore, senza quindi nulla aggiungere a quanto già possibile con i badges tradizionali³⁶². Il datore di lavoro che adotta tesserini con trasmettitori RFID per l'accertamento delle presenze, dovrà quindi comunicarlo ai lavoratori (poiché tecnicamente il controllo degli accessi avviene automaticamente senza la loro collaborazione, prestandosi quindi ad essere occulto) ed indicargli qual è il raggio massimo di funzionamento del dispositivo per registrare l'ingresso e l'uscita dall'azienda. "Tuttavia, nei casi in cui l'adozione di tecnologie RFID sia necessaria per finalità di sicurezza e quindi ad esempio per rendere meno facilmente duplicabile i badge aziendali,

³⁶¹ M. FEZZI, *Le nuove frontiere del controllo sui lavoratori (il chip RFID)*, in *Controinformazione del 14 Novembre 2004*.

³⁶² Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento 1° Marzo 2012, doc. web n. 1882100. Nello specifico il caso riguarda un ricorso presentato nei confronti di C. Spa con il quale P.C. che, dopo l'introduzione di "un nuovo sistema di rilevamento delle presenze a radiofrequenza (RFID)" da parte dell'azienda di cui è dipendente, si è opposto all'ulteriore raccolta di dati personali che lo riguardano mediante tale sistema, ritenendolo adottato in violazione delle disposizioni in materia di divieto di controllo a distanza dei lavoratori. Il Garante ha invece ritenuto il ricorso infondato avendo rilevato che l'azienda aveva debitamente informato dipendenti dell'introduzione "del nuovo sistema di rilevamento delle presenze dei lavoratori mediante sistema di prossimità a radiofrequenza (RFID)" mediante affissione in bacheca della descrizione di tale nuova modalità, e che "la timbratura con terminali a prossimità rileva le sole informazioni pertinenti e non eccedenti ossia il codice del cartellino e l'orario di ingresso e di uscita" e ciò "come nel precedente sistema a timbratura" per la verifica dell'esatto adempimento della prestazione, la "commisurazione dell'importo della retribuzione, anche per lavoro straordinario, o dei premi da corrispondere, la quantificazione di ferie e permessi".

ovvero per consentire l'identificazione dei dipendenti che lavorano in luoghi particolarmente pericolosi (cantieri, miniere) in caso di incidenti o ancora per controllare i dipendenti che si rechino in luoghi il cui accesso sia riservato o vietato per ragioni diverse, di sicurezza o di organizzazione aziendale, anche l'utilizzo della tecnologia RFID, in quanto necessaria, non può che rientrare nel secondo comma dell'art. 4 Stat. Lav"³⁶³.

In sintesi, il datore di lavoro che ritenga indispensabile l'utilizzo delle strumentazioni RFID dovrà effettuare notifica al Garante ai sensi dell'art. 37 comma 1 lett. a del d.lgs. 196/03; svolgere la procedura di informazione e consultazione delle Rsa (anche se per i controlli degli accessi in sostituzione dei badge questo passaggio non sembra necessario); dare informativa specifica ai lavoratori; richiedere il consenso per eventuali terzi coinvolti e definire misure di sicurezza alternative in caso il terzo interessato non accetti l'utilizzo dell'etichetta intelligente³⁶⁴. Ad ogni modo l'ingerenza di questo tipo di dispositivi nel mondo lavorativo e non solo, è destinata ad aumentare notevolmente, soprattutto cercando di opporre al divieto generale al suo utilizzo motivi di sicurezza, in particolare in luoghi lavorativi a rischio terroristico come centrali nucleari ; basti pensare che è già in corso una sperimentazione da parte del Pentagono per installare dei chips sottocutanei sui soldati per il controllo continuo su lungo raggio³⁶⁵ della loro posizione, e del loro stato di salute.

4.8 Badge

I lettori badge sono universalmente utilizzati per automatizzare l'ingresso ad una certa zona nei sistemi di controllo degli accessi, attraverso dei punti predefiniti che possono essere tornelli, porte, sbarre del parcheggio. Il meccanismo di funzionamento è abbastanza semplice rispetto ad altre

³⁶³ F. TOFFOLETTO, *Nuove tecnologie informatiche e tutela del lavoratore*, op. cit.

³⁶⁴ G. FAGGIOLI - A. ROZZA, *Privacy per posta elettronica e internet in azienda*, op. cit.

³⁶⁵ In questo caso si parla a differenza dei chips tradizionali installati anche sui badges, di trasmettitori di lettura scrittura che possono inviare anche segnali e non solo essere rilevati dal lettore, coprendo così anche grandi distanze, senza però comunque avere il livello di copertura globale del Gps.

tecnologie usate in ambito lavorativo: il badge è una tessera in materiale plastico che contiene un numero di riferimento per individuare il lavoratore, attraverso il lettore badge al momento nel passaggio nel punto di accesso. Il numero viene poi inviato ad un sistema centralizzato di controllo degli accessi e l'operazione viene memorizzata nel sistema per il successivo recupero dati. Esistono diverse tipologie di badge: il badge ottico sul quale stampato il classico "codice a barre" che identifica il codice della persona; badge magnetici con una banda magnetica con codificato l'identificativo della persona ed infine badge di prossimità (anche quello RFID rientra tra questi) in quanto è sufficiente avvicinarli al lettore per scatenare la lettura. Il datore di lavoro attraverso il badge quindi, determina con precisione assoluta, la presenza sul luogo di lavoro, e presumibilmente anche le ore di lavoro effettive dei propri dipendenti, potendo così assegnare eventuali premi produttivi o determinare la retribuzione effettiva se calcolata ad ore. Il datore di lavoro può altresì controllare eventuali ritardi o uscite anticipate da parte dei dipendenti ed irrogare le relative sanzioni disciplinari. Oltre la classica funzione di controllo degli accessi, il badge può essere il supporto per l'utilizzo da parte dei dipendenti di altri servizi, ad esempio alcune aziende lo usano come strumento identificativo per la somministrazione di alimenti e bevande presso esercizi pubblici che hanno sottoscritto convenzione (una sorta di servizio mensa aziendale presso terzi)³⁶⁶.

In dottrina e giurisprudenza si è dibattuto se il controllo degli accessi tramite badge rientrasse nel divieto di controllo a distanza dell'art. 4 SL o fosse liberamente utilizzabile da parte del datore di lavoro. La tesi favorevole all'estensione del divieto del controllo a distanza anche ai badge, trova fondamento nel fatto che i rilevatori badge, anche se non controllano i lavoratori a distanza spaziale, svolgono un monitoraggio a distanza temporale, poiché i dati riguardanti i lavoratori vengono salvati ed inviati in

³⁶⁶ F. DELLI FALCONI - G. MARIANETTI, *I "badge elettronici per i pasti dei dipendenti"*, in *Corriere tributario*, n. 25/2005.

elaboratori centrali (spesso situati anche al di fuori dei locali aziendali) per un'analisi in un momento successivo. Coloro i quali invece sostengono la non applicabilità dell'art. 4 SL ai badge, affermano che non può trattarsi di controllo vietato attivandosi soltanto due volte al giorno e richiedendo necessariamente un comportamento attivo del lavoratore, che deve avvicinare il badge al lettore, (presentano problemi sotto questo punto di vista i badge con RFID considerata la passività del lavoratore). Il lavoratore, quindi, deve essere parte attiva nella registrazione della presenza al lavoro; in questo modo, non si può lamentare certamente un controllo occulto e soprattutto viene scongiurato il controllo continuo, anelastico ed ossessivo e lesivo della dignità del prestatore di lavoro, che la ratio dell'art. 4 vuole evitare. Per queste ultime ragioni la giurisprudenza maggioritaria ritiene il controllo degli accessi tramite badge lecito, poiché si tratta di "meccanismi posti in open space, privo di controllo esercitato per mezzo di telecamera e non appaiono quindi tali da realizzare un'esagerata ed esasperata ingerenza da parte dell'azienda datrice di lavoro nella riservatezza ed autonomia dei dipendenti, né sembra che travalichino la dimensione umana, limiti che ove superati, rendono illegittimi secondo la prevalente giurisprudenza"³⁶⁷.

Il controllo degli accessi al luogo di lavoro, ha avuto molto risalto con la Riforma Brunetta ovvero il d.lgs. 150/09 (terza privatizzazione della pubblica amministrazione) che mirando a raggiungere una maggiore efficienza della p.a. contrastando l'assenteismo, ha intensificato il controllo della presenza dei dipendenti della pubblica amministrazione dotando le strutture pubbliche di tornelli con accesso e registrazione automatizzata. I risultati di tale cambiamento, in termini pratici, sono ancora da verificare, ma se non altro l'utilizzo anche dei badge ha trovato favore nell'opinione pubblica italiana. In ambito pubblico si è "giunti al punto di minacciare il licenziamento senza preavviso e la denuncia di truffa ai danni dello Stato ove il tesserino per

³⁶⁷ F. FUSCO, *Il pomo della discordia: il badge come strumento di controllo a distanza?*, in *Rivista italiana diritto del lavoro*, 2011, II.

rilevare le uscite e le entrate del personale dall'ufficio venga impropriamente adoperato"³⁶⁸

4.8.1 Condotte illecite

Altro fenomeno legato all'uso del badge la mancata "timbratura del cartellino" (badgiatura) in uscita ed in entrata, del lavoratore che si reca a consumare il pasto fuori i locali aziendali durante l'orario di lavoro. La Corte di Cassazione³⁶⁹ davanti ad un comportamento del genere del lavoratore ha considerato tale condotta rientrante nel reato di truffa, in quanto il lavoratore, attraverso artifici o raggiri (si sottrae coscientemente dalla timbratura), induce il datore di lavoro in errore sull'attestazione della sua presenza sul luogo di lavoro, procurando a sé ingiusto profitto con altrui danno. La semplice omissione da parte del lavoratore è sufficiente quindi per determinare la condotta fraudolenta in danno al datore di lavoro, considerato che ormai il pagamento delle retribuzioni avviene automaticamente con la lettura dei cartellini orari da parte di strumenti elettronici³⁷⁰.

Nel settore pubblico, al lavoratore riguardo alle mansioni svolte, potrebbe essere contestata anche l'interruzione di pubblico servizio ai sensi dell'art. 340 c.p.. Inoltre Dlgs n. 150/2009, ha introdotto gli artt. 55-quater (Licenziamento disciplinare) e 55-quinquies (False attestazioni o certificazioni) al Dlgs n. 165/2001, che attribuiscono rilievo, dal punto di vista disciplinare, proprio alla falsa presenza in servizio attestata anche attraverso l'omessa timbratura del cartellino presenza. In particolare, la norma che disciplina alcune nuove fattispecie di licenziamento disciplinare ha stabilito che "si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento – in caso di - falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente", mentre l'art. 55-

³⁶⁸ E. FLORES, *Il badge per la rilevazione delle presenze in servizio*, in *Rivista giuridica della scuola*, 1996, fasc. 4-5.

³⁶⁹ Cass. sez. pen. V, 9192/96; Cass. 24068/2001; Cass. sez. pen. 44689/2005; Cass. 44845/2007; Cass. 32290/2010 Cass. 17096/2011.

³⁷⁰ F. CAPONI, *Reato di truffa e rischio di reclusione per chi dimentica di timbrare, commento alla sentenza Cass. n. 17096/2011*, in *Guida al pubblico impiego n. 6/11*, Ed. Il sole 24 ore.

quinqües ha previsto che “fermo quanto previsto dal codice penale, il lavoratore dipendente di una pubblica amministrazione che attesta falsamente la propria presenza in servizio, mediante l’alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente [...] è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 400 ad euro 1.600”. Non è invece configurabile il reato di falso ideologico in atto pubblico, poiché le Sezioni unite³⁷¹ non riconoscono natura di atto pubblico al cartellino segnatempo o badge ed in generale ai fogli di presenza dei pubblici dipendenti, pertanto, negano che integri il delitto di cui all’art. 479 c.p. la mancata timbratura del cartellino da parte del pubblico dipendente, in occasione di brevi allontanamenti dal luogo di lavoro. I badge, infatti, sono destinati ad attestare soltanto una circostanza materiale che attiene al rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, ed in ciò esauriscono in via immediata i loro effetti, non involgendo affatto manifestazioni dichiarative, attestative o di volontà riferibili alla pubblica amministrazione³⁷². Un’altra pratica illegittima abbastanza frequente nelle aziende è la badgiatura da parte di un lavoratore per sé e per altri. Questo fenomeno è stato più volte preso in oggetto dalla giurisprudenza di legittimità penale, escludendo il reato di sostituzione di persona³⁷³, ma lasciato aperta la possibilità di configurare anche in questo caso il reato di truffa.

Dal punto di vista civilistico invece, è molto interessante la sentenza della Corte di Cassazione n. 24796/2010 che ritiene questo tipo di condotta essere idonea a ledere il vincolo fiduciario caratterizzante il rapporto fra le parti, evidenziando il deliberato e volontario tentativo di trarre in inganno il datore di lavoro. Nel caso specifico, dai giudici di Piazza Cavour la lesione del

³⁷¹ Cass. sez. unite penali n. 15983/2006; e Cass. sez. pen. V n. 19299/2012.

³⁷² G. PIETROSANTI, *Scatta l’attenuante quando il danno all’azienda non è considerato “economicamente apprezzabile”*, in *Guida al diritto* n. 38 25 Settembre 2010.

³⁷³ Secondo i giudici in tale condotta non sono ravvisabili gli estremi del reato di sostituzione di persona. Si parla di reato di sostituzione di persona quando un soggetto, per ottenere un vantaggio, fa cadere qualcuno in errore, sostituendosi ad altri, attribuendo a sé o ad altri un falso nome o una falsa qualità. Nel caso di specie, il lavoratore furbetto si è limitato a simulare un fatto inesistente (la presenza del dipendente assente sul posto di lavoro), attraverso l’utilizzazione della scheda magnetica del compagno.

vincolo fiduciario è stata considerata irrimediabile, legittimando il datore di lavoro al licenziamento disciplinare ai sensi dell'art. 2119 c.c. Questa pronuncia non afferma che vi sia necessariamente la possibilità di procedere a licenziamento da parte del datore di lavoro che scopre il lavoratore a passare il badge nel lettore anche per un collega. Infatti, l'entità della lesione del vincolo fiduciario dovrà essere analizzata caso per caso ed adottarla solo laddove sia davvero considerata come unica sanzione disciplinare possibile.

4.9 Computer forensics

Il datore di lavoro oltre a svolgere il controllo dei lavoratori con le nuove tecnologie precedentemente analizzate, per rintracciare dati digitali occultati sui dispositivi elettronici dei dipendenti ed ottenere prove di illeciti informatici può ricorrere alla computer forensics³⁷⁴. La computer forensics, ovvero "quella disciplina che si occupa della preservazione, dello studio, delle informazioni contenute nei computer o nei sistemi informativi, al fine di evidenziare prove utili allo svolgimento dell'attività investigativa"³⁷⁵, è una branca della scienza forense che si occupa delle Digital Evidence su dispositivi elettronici, con l'obiettivo, attraverso le Best Practices riconosciute a livello internazionale, di individuare, conservare, recuperare, analizzare e soprattutto presentare in sede giuridica i dati rinvenuti. A dire il vero, computer forensics è una terminologia errata per indicare l'indagine digitale, poiché oggi un controllo siffatto viene svolto anche su smartphone ed internet (mobile and network forensics), quindi non soltanto su computer in senso stretto, comunque, si è preferito continuare ad indicare il fenomeno con la vecchia definizione riferita soltanto al controllo dei computer, ai quali la computer forensics deve la nascita.

³⁷⁴ La computer forensics è l'estensione dei principi, di studi dottrinali della scienza giuridica forense al mondo digitale, per ottenere la cosiddetta prova digitale, che con l'evoluzione e la diffusione degli strumenti informatici sta assumendo ruolo di primaria importanza negli ordinamenti giuridici.

³⁷⁵ A. GHILARDINI - G. FAGGIOLI, *Computer Forensics*, Apogeo, Milano, 2008, p. 1.

La computer forensics ha avuto maggiore sviluppo negli Stati Uniti, dove i giuristi si sono dimostrati da subito maggiormente inclini alle nuove tecnologie informatiche, cercando di sviluppare un sistema che permettesse di utilizzare a fini probatori anche la realtà digitale; queste condizioni hanno creato i presupposti per la nascita della computer forensics, che a ben vedere non è altro che una tecnica d'indagine per l'ottenimento della prova.

L'indagine su materiali digitali però non può essere svolta da chiunque, ma richiede all'avvocato, al giudice o alla polizia giudiziaria di avvalersi di esperti del settore, ovvero degli informatici. "Il metodo investigativo della computer forensics si basa su pochi ma fondamentali principi: limitare al minimo l'impatto, ponendo la massima attenzione alle azioni che si intraprendono, evitando di andare a compromettere sistemi e supporti che potrebbero contenere tracce, utilizzando procedure poco invasive; applicare la catena di custodia³⁷⁶; documentare ogni intervento; operare le analisi su una copia dell'immagine acquisita"³⁷⁷. La prova acquisita attraverso tale procedimento potrà essere utilizzata in sede giudiziale, purché essa rispetti anche altri fattori quali l'autenticità (identificazione provenienza dati digitali), l'integrità, veracità (interpretazione dei dati univoca), completezza e legalità. Sarebbe, infatti, vana l'attività di controllo del datore di lavoro se i risultati ottenuti tramite la stessa non potessero essere utilizzati in sede processuale, per la tutela delle proprie ragioni. Ad esempio, la legittimità sanzione irrogata ad un dipendente per aver navigato in internet durante l'orario di lavoro, contravvenendo alle disposizioni aziendali, sarebbe difficilissima da dimostrare qualora non venissero considerati attendibili i file di log prodotti

³⁷⁶ Procedura finalizzata a tracciare lo stato di un reperto e soprattutto ad individuare la relativa responsabilità durante la fase di acquisizione. La responsabilità dell'operatore tecnico è fondamentale in un procedimento come quello in analisi, in quanto il dato digitale per definizione è facilmente alterabile prima della sua memorizzazione su dispositivi di archiviazione sicuri, infatti sarebbe sufficiente un'operazione sbagliata da parte dell'operatore informatico per compromettere la prova stessa.

³⁷⁷ A. FIORENZI, *Computer forensics: la prova nell'internet*, in D. Bianchi, *Internet e il danno alla persona*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 285 ss.

dal datore di lavoro per provare l'illecito³⁷⁸. Dopo l'acquisizione dei dati ottenuti, gli stessi andranno riprodotti per evitare danneggiamenti durante le analisi successive.

La computer forensics permette di recuperare da un dispositivo informatico molte informazioni che al normale utente non sono visibili, poiché crittografate o sono state apparentemente cancellate. A ben vedere tutte le operazioni che vengono svolte su un computer (nel senso più ampio di questo termine), rimangono memorizzate in una sua componente, allo stesso modo i dati che vengono eliminati lasciano una traccia dalla quale i tecnici riescono a ricostruire il contenuto del file originario. Ad esempio le e-mail cancellate dal client di posta restano nel computer e sono quindi recuperabili; i browser di navigazione contengono la cronologia dei siti web visitati e dei contenuti visualizzati.

4.9.1 Computer forensics aziendale

Ai fini del tema di quest'opera, è da tenere presente che esiste anche una cosiddetta una consolidata tradizione di forensics aziendale; "la computer forensics in ambito aziendale altro non è che una simulazione di attività che potrebbero essere finalizzate alla produzione della prova in giudizio effettuata, però, in ambito interno aziendale, seguendo, eventualmente, identiche metodologie"³⁷⁹. In una situazione lavorativa con ampia diffusione di strumenti tecnologici, è essenziale, al fine di svolgere un'indagine completa sulle potenziali condotte illecite dei propri dipendenti, valutare le tracce lasciate sui dispositivi elettronici attraverso le tecniche di computer forensics, che assumono anche nel contesto lavorativo un ruolo centrale ai fini della prova in giudizio, nonché in un procedimento disciplinare dove è "coinvolta" una prova digitale. Nel contesto lavorativo italiano non è ipotizzabile la figura dell'esperto di computer forensics alle dipendenze del datore di lavoro, in quanto come anticipato, le competenze di un operatore forense di tal specie

³⁷⁸ G. FAGGIOLI - A. ROZZA, Privacy per posta elettronica e internet in azienda, op. cit. pp. 67 ss.

³⁷⁹ G. ZICCARDI, *Scienze forensi e tecnologie informatiche: la computer and network forensics*, in *Informatica e diritto*, 2007.

sono notevoli e molto specifiche ed inoltre la necessità della loro attività in azienda è occasionale.

Il controllo dei dispositivi informatici aziendali in uso da parte dei dipendenti deve essere considerato, anche alla luce dell'art. 4 SL un'ipotesi residuale ipotizzabile soltanto laddove vi sia il sospetto di un illecito di un lavoratore capace di attivare i controlli difensivi. Gli operatori che forniscono servizi di computer forensics vengono accostati alle agenzie investigative private tradizionali, in quanto la loro attività è pressoché identica, anche se diverso è l'oggetto sul quale viene indirizzata: infatti, la computer forensics svolge indagini soltanto su dispositivi informatici al fine di individuare dati digitali. La computer forensics è un'indagine della realtà digitale in azienda; quindi il rapporto con l'attività di agenzie investigative può essere considerato anche un rapporto da genere a specie, avendo la computer forensics un ambito operativo più circoscritto. La possibilità di avvalersi degli operatori di computer forensics oggi è riconosciuta all'unanimità sia in dottrina che in giurisprudenza. Ad esempio così la Corte di Cassazione si è pronunciata a riguardo: "l'azienda può ricorrere a Guardie Giurate, agenzie investigative ma anche a Esperti di Computer Forensics per verificare e accertare illeciti o reati avvenuti ad opera dei suoi dipendenti"³⁸⁰.

Il datore di lavoro, in conclusione, al di là dell'utilizzo dei mezzi di controllo dei lavoratori offerti dalle nuove tecnologie, dovrà comunque utilizzare l'attività degli esperti per dare una "valenza probatoria" in sede giudiziale agli accertamenti così svolti, trasformando dati digitali in prove, grazie alle procedure standardizzate ed affidabili della computer forensics. Utilizzare correttamente le potenzialità della computer forensics ed effettuare i controlli con i nuovi strumenti tecnologici aziendali secondo i parametri legali ed elaborati dalla giurisprudenza, è l'unica possibilità del datore di lavoro per contestare idoneamente comportamenti illeciti e scorretti ai propri lavoratori,

³⁸⁰ Cass. n. 3590 del 14 febbraio 2011, ma in tal senso anche Cass. n. 18821 del 9 luglio 2008 e Cass. n. 9167 del 7 giugno 2003.

poiché solo con il rispetto di dette garanzie si raggiunge il contemperamento necessario tra potere di controllo del datore di lavoro e privacy del lavoratore, salvaguardando così le prerogative di entrambe le parti.

Conclusioni

L'analisi della normativa, dottrina e giurisprudenza in tema di privacy nel luogo di lavoro ha mostrato come nel bilanciamento tra potere di controllo del datore di lavoro e pretesa del lavoratore alla salvaguardia della propria riservatezza, nessun interesse viene totalmente sacrificato a vantaggio dell'altro. Entrambi gli interessi sono meritevoli di tutela e sono garantiti dall'ordinamento, la scelta del legislatore è incidere sulle modalità di svolgimento del potere di controllo. Il potere di controllo del datore di lavoro, infatti, a prescindere dallo strumento attraverso il quale è svolto, è stato svuotato degli aspetti più odiosi, insidiosi e non rispettosi dei principi di proporzionalità, necessità e correttezza, consentendo ad esempio il controllo occulto solo in casi eccezionali come *extrema ratio*. Il legislatore è ben consapevole che il potere di controllo del datore di lavoro è parte essenziale del rapporto di lavoro e limitarlo eccessivamente significherebbe rendere più ardua la libera iniziativa economica. Per le suddette ragioni il datore di lavoro è libero di esercitare il potere di controllo sui propri dipendenti, nel rispetto dei suddetti principi, ma soltanto quando ciò sia funzionale all'attività d'impresa, evitando l'intromissione nella sfera privata del lavoratore, laddove non sia giustificata da interessi maggiormente meritevoli di tutela come la sicurezza e la salute. Non vi è una regola specifica per indicare fino in che misura il controllo può definirsi lecito; il legislatore detta soltanto i principi e disposizioni generali lasciando la determinazione della misura del controllo alle singole realtà aziendali che meglio riescono ad individuare le modalità idonee per esercitare un controllo dei lavoratori nel rispetto dei principi generali. Il datore di lavoro, in alcuni casi per obbligo giuridico, in altri semplicemente per buona pratica, nell'individuare le modalità di svolgimento del controllo ha l'ausilio della rappresentanze sindacali dei lavoratori, dal momento che si ritiene che attraverso un confronto con esse si possa

determinare la modalità meno invasiva della riservatezza dei lavoratori, ma che assicuri anche l'interesse del datore di lavoro.

Le nuove tecnologie utilizzate a fini di controllo dei lavoratori, nonostante manchino di puntuali norme ad hoc, non richiedono rivoluzioni normative, finora infatti, è stato dimostrato da dottrina e giurisprudenza come i principi generali e le norme sulle forme di controllo tradizionali possano regolare nuove fattispecie e strumenti sempre più avanzati. Centrale a tal proposito è stata l'attività interpretativa del Garante per la protezione dei dati personali e del giudice ordinario che nell'analisi di casi concreti o attraverso emanazioni di linee guida hanno individuato la disciplina di riferimento anche per le nuove tecnologie del controllo. L'adattabilità dei concetti generali contenuti nell'ordinamento giuslavorista ha permesso di offrire tutela ai lavoratori davanti ai nuovi dispositivi elettronici/informatici, prima ancora che il legislatore potesse predisporre norme specifiche, ed in alcuni casi, rendendo inutile l'intervento legislativo stesso, potendo i nuovi strumenti di controllo trovare copertura normativa in norme già esistenti. In altre ipotesi però, in particolare per gli strumenti tecnologici potenzialmente più lesivi della privacy dei lavoratori può essere necessario un intervento normativo specifico, in modo tale da coordinare la nuova forma di controllo con i principi già propri dell'ordinamento giuridico.

Quando nuovi strumenti tecnologici sono a disposizione dei lavoratori per lo svolgimento della loro prestazione lavorativa, in mancanza di un'adeguata informativa sulla possibilità di controllo dei dispositivi i dipendenti potrebbero maturare un'aspettativa di riservatezza nel loro utilizzo. In questa ipotesi la migliore soluzione è la redazione di una policy aziendale che contenga puntualmente la regolamentazione dell'uso lecito degli strumenti lavorativi. Le policy aziendali sono particolarmente indicate per regolamentare l'uso di internet e la posta elettronica in azienda, poiché attraverso l'utilizzo degli strumenti informatici i confini tra dati privati e rilevanti ai fini dell'attività

lavorativa si fanno più sottili rendendo più difficile il controllo senza invadere la sfera privata del lavoratore.

In sostanza le norme poste a tutela dei lavoratori già nel lontano 1970 nello Statuto dei Lavoratori, assieme alla nuova normativa in tema di privacy, hanno dimostrato di essere ancora idonee a regolare anche i nuovi mezzi di controllo del datore di lavoro e riuscire a garantire la riservatezza dei lavoratori nel pieno rispetto delle prerogative del datore di lavoro; nonostante ciò però, non si può escludere che in futuro l'ulteriore evoluzione tecnologica sviluppi strumenti così invasivi da rendere necessaria una specifica disciplina e la rielaborazione di nuovi principi generali.

Bibliografia

- AGOSTINI A., *Biometria e privacy: i presunti nemici a confronto*, Bologna, 2006.
- AMBROSINO A. - CASTIGLIONE F., *Nuove forme di controllo a distanza dell'attività lavorativa: aspetti sostanziali e processuali della disciplina statutaria*, in *Lavoro e previdenza oggi*, fasc. 7-8.
- AMOROSO G., *Art. 7*, in G. AMOROSO - V. DI CERBO - A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, vol. II, Milano, 2009.
- ANDREAZZA G., *Posta elettronica su computer del lavoratore e limiti di conoscibilità del datore di lavoro*, in *Diritto penale e processo*, fasc. 2 n. 11/2008.
- ANTONUCCI G., *Prime riflessioni sulla legge 20 Maggio 1970 n. 300*, in *Previdenza sociale*, 1970 fasc. 6.
- BALDASSARE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.
- BALDUCCI C., *Sub art. 5*, in *Lo Statuto dei lavoratori, Commentario* diretto da G. Giugni, Milano, 1979.
- BANO F., *Alcune note sulle visite personali di controllo, nota a Cass. sez. Lav. 29 Ottobre 1999, n. 12197*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, fasc. 3.
- BARONE S., *Nota Cassazione civile del 23/02/2010 n. 4375 sez. Lav., "Il controllo datoriale a distanza: disciplina vigente e nuove frontiere tecnologiche"* in *Altalex*, 15 luglio 2010; <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=11518>>.
- BARRACCA F., *I dipendenti possono essere spiati a loro insaputa, commento a Cass. n. 23303/2010*, in *Il lavoro nella giurisprudenza* 7/2011.

- BARRACO E., SITZA A., *La tutela della privacy nei rapporti di lavoro*, a cura di M. Miscione, Milano, 2012.
- BATTINI S. - CIMINO B., *La valutazione della performance nella Riforma Brunetta*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009.
- BATTISTA L., *Telelavoro: quale subordinazione? Riflessioni minime sul potere di controllo*, in *Giust. Civ.*, 1998.
- BELLAVISTA A., *Gli accertamenti sanitari preassuntivi*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, fasc. 1.
- BELLAVISTA A., *I poteri dell'imprenditore e la privacy del lavoratore*, in *Il diritto del lavoro*, pt. I, fasc. 3, 2002.
- BELLAVISTA A., *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995.
- BELLAVISTA A., *Investigatori privati e controlli occulti sui lavoratori*, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, 1996, 3.
- BELLAVISTA A., *La riforma Brunetta: luci e ombre*, in *Vita notarile*, 2010, fasc. 2.
- BELLAVISTA A., *Privacy e protezione dei dati personali nel rapporto di lavoro subordinato: problemi e prospettive*, in *Vita Notarile* n. 3 1995.
- BELLUMAT S., *Privacy e "controlli tecnologici" del lavoratore: tra "contrast" della giurisprudenza e "certezze" dell'autorit  garante*, in *ADL*, 2009, fasc. 4-5 pt. 2.
- BERTONE G.L., *nota a sentenza 19 Dicembre 2007 n. 47096*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2008, fasc. 1, pt. 3.
- BIASOTTI A., *Le tecnologie biometriche. Sicurezza contrattualistica, privacy*, Roma, 2002.
- BOCCI G., *Controlli accessi e biometria*, in (a cura di) F. Di Resta, *Protezione delle informazioni*, Torino, 2008.
- BONSIGNORIO D., *Riservatezza e rapporto di lavoro: gli obblighi del datore di lavoro ex art. 2087 c.c. come "limite esterno" al diritto del lavoratore alla privacy*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2009 fasc. 3.

BORTONE R., Sub art. 3, in *Lo Statuto dei lavoratori, Commentario* a cura di G. Giugni, Milano, 1979.

BUCALO T., *Implicazione della persona e privacy nel rapporto di lavoro: considerazione sullo Statuto dei lavoratori*, in RGL, 1976, I.

BUFFA F., *Il controllo informatico del lavoratore, nota a Cassazione civile, 23 Febbraio 2010, n. 4375 sez. Lavoro*, in *Giust. civ.* 2011, 4.

CAIRO L., *Internet e posta elettronica in azienda: il potere di controllo del datore di lavoro*, in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 2004, fasc. 1.

CAPONI F., *Reato di truffa e rischio di reclusione per chi dimentica di timbrare, commento alla sentenza Cass. n. 17096/2011*, in *Guida al pubblico impiego n. 6/11, Ed. Il sole 24 ore*.

CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., TREU T., *Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2005.

CARINCI F., *Filosofia e tecnica di una riforma*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2010, 4.

CASALE D., *Attualità il controllo delle assenze per malattia, tra rigore del legislatore ed innovazioni tecnologiche*, in *Lav. nelle p.a.* 2010, 5.

CASSANO G., *Abusivi collegamenti internet del lavoratore e abusivo controllo elettronico dell'azienda sull'attività del lavoratore, nota a Tribunale di Milano 14/06/2001 sez. Lavoro*, in *Giurisprudenza di merito* 2003, 1.

CASSANO G., *Il binomio sistemi e software deve assicurare l'identificazione dei soggetti solo per necessità*, in *Guida al diritto*, 2013, n. 5, pt. 4.

CASTELVETRI L., *Le indagini motivazionali nelle strategie aziendali e nello Statuto dei lavoratori*, in AA.VV., *Strategie di comunicazione e Statuto dei lavoratori. Il limite del dialogo tra impresa e dipendenti*, Milano, 1992.

CHIECO P., *Il diritto alla riservatezza del lavoratore*, in DLRI, 1998.

CICCIA A. - MEO B., *La privacy nei rapporti di lavoro*, Napoli, 2008.

CINQUE G., *Sull'ammissibilità ed i limiti dei cd. controlli difensivi del patrimonio aziendale*, in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 2010 fasc. 3.

COLLIA F. - ROTONDI F., *Controlli sui lavoratori: posta elettronica ed internet*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, fasc. 5.

D'ANGELO A.M., *nota a sentenza Cassazione n. 6390, del 22 Giugno 1999, Vigilanza, direzione e gerarchia nell'impresa; la Cassazione conferma i poteri privati dell'imprenditore*, in *Il lavoro nella giurisprudenza n. 2/2000*.

DAUBLER W., *Das Arbeitsrecht 2, decima ed., Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1995; Bopp-Molkenbur, Mitbestimmung bei Leistungskontrollen der Angestellten im Auendienst*, in *Betriebs-Berater*, 1995.

DE FALCO G., *Controlli sanitari sul lavoratore tra Statuto dei Lavoratori e normativa di sicurezza*, *Cass. pen.* 2005, 11, 3485, *nota a Cassazione penale 09/12/2004 n. 1728 sez. III*.

DE FAZIO G., *Sulla responsabilità del prestatore di lavoro per abuso dei beni aziendali*, in *Resp. civ. e prev.* 2003, 2.

DE LUCA TAMAJO R., *I controlli sui lavoratori*, in *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, a cura di Zilio Grandi, Padova, 2002.

DEL CONTE M., *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, fasc. 3.

DEL VALLE VILLAR J.M., *El derecho a la intimidad del trabajador durante la relacion de trabajo en el ordenamiento laboral espanol*, in *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, 1992.

DELLI FALCONI F. - MARIANETTI G., *I "badge elettronici per i pasti dei dipendenti"*, in *Corriere tributario*, n. 25/2005.

DI GIANCROCE M., *Trattamento dei dati personali e riservatezza, RFID*, in *P.Q.M.*, 2009, fasc.1.

DI LEMBO V., *Le guardie particolari giurate, gli istituti di vigilanza privata, gli istituti di investigazione privata*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2011 fasc. 22.

DI RESTA F., *Protezione delle informazioni privacy e sicurezza*, Torino, 2008.

D'ONOFRIO F., *Il contratto aziendale*, in <http://www.4ensicmag.com>, 2010.

DUI P., *Monitoraggio della posta elettronica e accesso a internet, nota a sentenza Cass. 4375/2010*, in *Il lavoro nella giurisprudenza* 8/2010.

DUI P., *Test attitudinali e violazione presunta della privacy e del divieto di indagini sulle opinioni, Nota a Cass. sez. lav. 16 febbraio 2011, n. 3821*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2011, fasc. 9.

DULIO R., *Sì al controllo della posta elettronica aziendale del dipendente se rivolto all'accertamento ex post della condotta illecita, nota Cass. civile 23/02/2012 n. 2722 sez. Lavoro*, in *Diritto e Giustizia* 2012.

FABRIS F., *Il diritto alla privacy tra passato, presente e futuro*, in *Rivista di scienze della comunicazione*, 2009 n. 2.

FAGGIOLI G., A ROZZA, *Privacy per posta elettronica e internet in azienda*, Milano, 2008.

FALATO F., *Sulla categoria dei mezzi atipici di ricerca della prova e le c.d. intercettazioni Gps*, in G. Conso (a cura di) *Diritto Processuale Penale*, in *Giurisprudenza italiana*, Novembre 2010.

FERRANTE V., *Controllo sui lavoratori, difesa della loro dignità e potere disciplinare a quarant'anni dallo Statuto*, Ciclo di seminari su Lo Statuto dei lavoratori 40 anni dopo presso Università Cattolica di Milano 17/05/2010.

FEZZI M., *Le nuove frontiere del controllo sui lavoratori (il chip RFID)*, in *Controinformazione del 14 Novembre* 2004.

FICARI L., *Modalità di riscossione dei contributi sindacali e principio di segretezza del versamento, nota a pret. di Lucca 11 Settembre 1973*, in *Il diritto del lavoro*, 1974, fasc. 2.

FILADORO C., *Parità uomo-donna: rassegna di giurisprudenza sull'art. 1 legge 9 Dicembre 1997, n. 903, Lavoro 80*, 1981.

FIORENZI A., *Computer forensics: la prova nell'internet*, in D. Bianchi, *Internet e il danno alla persona*, Torino, 2012.

FLICK C., *L'uso della posta elettronica sul luogo di lavoro: tra tutela della privacy e violazione del segreto epistolare*, nota a Cass. penale 11/12/2007, n. 47096 sez V, in *Riv. inf. e informatica* 2008, 2.

FLORA M.G.P., *Biometria e clonazione delle impronte digitali*, in *Diritto dell'internet* n. 6/2006.

FLORES E., *Il badge per la rilevazione delle presenze in servizio*, in *Rivista giuridica della scuola*, 1996, fasc. 4-5.

FRANZA L., *La tecnologia GPS e le sue applicazioni*, in *Il sole 24 ore*, Settembre 2004.

FRENI-GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori*, Milano, 1971.

FUSCO F., *Il pomo della discordia: il badge come strumento di controllo a distanza?*, in *Rivista italiana diritto del lavoro*, 2011, II.

GALANTINO L., *Diritto del lavoro pubblico*, Torino, 2012.

GALLI G., *Brevi osservazioni in tema di contrasto di accertamenti sanitari in caso di malattia del lavoratore e sugli effetti dei licenziamenti intimati prima della scadenza del periodo di comporto*, nota a Cass. sez. lav. 11 novembre 1982, n. 5969, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1984, fasc. 3-4.

GENTILE D., *Tracking satellitare mediante gps: attività atipica di indagine o intercettazione di dati?*, nota a Cass. penale Sez. V, 10 Marzo 2010 n. 9667, in *Diritto penale e processo* 12/2010.

GHEZZI G. - LISO F., *Computer e controllo dei lavoratori*, in *Giornale di diritto del lavoro relazioni industriali*, 1986.

GHEZZI G., *Polizia privata nelle imprese e tutela dei diritti costituzionali dei lavoratori*, ristampa di un saggio del 1956, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2004, fasc. 7.

GHILARDINI A. - FAGGIOLI G., *Computer Forensics*, Milano, 2008.

GIROTTO S., *Biometria e nanomedicina: le nuove frontiere della riconcettualizzazione tecnologica del corpo umano*, in *La nuova giurisprudenza civile*, 2009, pt. 2.

GIUGNI G., *Diritto sindacale*, Bari, 1975.

GOBBATO M., *Il concetto di dati personali secondo i garanti europei*, 2008 su <http://www.altalex.com>.

GOLISANO G., *Posta elettronica e rete internet nel rapporto di lavoro. USA, Unione Europea e Italia*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2007, II.

GRAGNOLI E., *Considerazioni preliminari sui poteri del datore di lavoro e sul loro fondamento*, in *Riv. giur. del lavoro e della previdenza sociale*, 2011, fasc. 2 pt. 1.

GRAUSO M., *Radio Frequency identification technology e tutela della persona*, in *Diritto dell'internet* n. 6/2005.

H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. di R. Treves, Torino, 1967.

ICHINO P., *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979.

ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, III, Milano, 2003.

IMPERIALI R. - IMPERIALI R., *Controlli sul lavoratore e tecnologie*, Milano, 2012.

INNOCENZI L., *Assenza del lavoratore alla visita medica di controllo*, in *Il diritto del lavoro*, 1998 fasc. 2.

JENERO, A. KENNETH, LYNNE D. MAPER-RIORDAN, *Electronic monitoring of employees and the elusive "right to privacy"*, in *Employee Relations Law Journal* 18(1).

LAMBERTUCCI P., *I controlli del datore di lavoro e la tutela della privacy*, in *Diritto e processo del lavoro e previdenza sociale*, a cura di Rescigno, 2009.

LANE F.S., *The naked employee: how technology is compromising workplace privacy*, New York, 4th rev. ed., 2004, Aspen Publisher (Wolters Kluwer).

LATTANZI R., *Dallo Statuto dei lavoratori alla disciplina per la protezione dei dati personali*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, fasc. 1.

LAZZARI C., *Ancora in tema di accertamenti sanitari preassuntivi, nota a Cass. sez. III pen. 10 Novembre 1998*, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, fasc. 2.

LUGARESI N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, Milano, 2000.

MALANDRINI S., *Il controllo dello stato di malattia del lavoratore: correlazioni tra prassi amministrativa e giurisprudenza di merito e di legittimità*, in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 2006, fasc. 3 pt.1.

MANNACIO G., *Controllo dell'attività lavorativa*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1991.

MANTELERO A., *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione d'impresa*, Milano, 2007.

MANZON M., *Privacy: il sistema di rilevamento delle presenze a radiofrequenza è consentito*, in *La circolare di Lavoro e Previdenza* p. 36, n. 21 del 28 Maggio 2012.

MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Milano, 2006.

MARTINOTTI G., *La difesa della privacy*, in *Pol. dir.*, 1972.

MATSUMOTO T., MATSUMOTO H., YAMADA K., HOSHINO S., *Impact of artificial gummy fingers on fingerprints systems, proc. of SPIE Vol. 4677, optical security and counterfeit deterrence techniques IV*, Yokohama National University, 2002.

MEUCCI M., *L'inapplicabilità dell'art. 3 dello Statuto alla vigilanza sull'attività lavorativa da parte dei superiori gerarchici, nota a sentenza Cass. 17 Giugno 1981 n. 3960*, in *Giust. Civ.*, 1981, I.

MEUCCI M., *Ricondotta ad unità la disciplina del licenziamento del dirigente, Nota a Corte di Cassazione - Sezioni Unite Civili, Sentenza 30 marzo 2007, n. 7880*, in <http://www.filodiritto.com>.

MONDA P., *Il personale di vigilanza: divieto di controlli occulti e possibili controlli difensivi*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2010, 3.

MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973.

MURATORIO A., *A volte ritornano: l'annoso problema della mancata attuazione dell'art. 39 Cost.*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2005 fasc. 11.

MORMANDO V., *La tutela penale della privacy nello Statuto dei lavoratori*, in *Diritto penale e processo* n. 9/2007.

MUMFORD L., *La cultura delle città*, The Saturday Review, 1938.

NAPOLI M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980.

NATALI L. C., *Tutela del Garante contro i controlli a distanza, ma niente "scudo", sui dati dei social network*, in *Guida al diritto*, 2010, n. 38.

NIGER S., *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006.

OGRISEG C., *La valutazione e la valorizzazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *Lav. nelle p.a.*, 2012, 2.

OPPO G., *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.* 2001.

PAGALLO U., *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, Milano, 2008.

PALAZZO F., *Gli accertamenti sanitari prima dell'assunzione al lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 1998.

PANETTA R., *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Milano, 2006.

PERA G., *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972.

PESSI R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, 2008.

PIETROSANTI G., *Scatta l'attenuante quando il danno all'azienda non è considerato "economicamente apprezzabile"*, in *Guida al diritto* n. 38 25 Settembre 2010.

PIZZONIA D., *Controllo della posta elettronica, tutela della privacy e potere di controllo*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008 fasc. 4.

- POLACCHINI M., *Privacy in azienda*, Indicalia, 2009.
- POLICELLA E.O., *Il controllo dei dipendenti tra Codice della privacy e Statuto dei lavoratori*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 10/2004.
- POMANTE G., *Sicurezza, privacy, ed uso delle risorse tecnologiche aziendali*, in *Sicurezza JCE*, 2002, <http://www.pomante.com>.
- POSO V. A., *Sull'onere della prova del lavoratore ammalato che intenda contestare il referto di assenza alla visita di controllo domiciliare nelle fasce orarie di reperibilità, nota a Cass. civile 04/01/2002 n. 50 sez. Lav.*, in *Rivista italiana diritto del lavoro* 2002, 2.
- POSO V.A., *Le indagini delle guardie giurate e i limiti all'acquisizione delle prove*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, II.
- PRELATI R., *Sul potere del datore di lavoro di disporre accertamenti sanitari sulla persona del lavoratore*, in *Il diritto del lavoro*, 1974 fasc. 4.
- PULICE M., *Sistemi di rilevazione di dati biometrici e privacy*, in *Il lavoro nella giurisprudenza* n. 10/2009.
- RAPICAVOLI R., *Localizzazione dei lavoratori tramite Gps: quali i presupposti e limiti*, http://www.consulentelegalevideosorveglianza.it/approfondimenti_dett.php?id=267.
- REALFONZO U., *Nuovo codice in materia di protezione dei dati personali. La responsabilità, le sanzioni e le altre forme di tutela della "privacy"*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2004, fasc. 5.
- RIOTTA G., *I computer e la "privacy" negli Stati Uniti*, in *Problemi dell'informazione*, 1985, fasc. 1.
- RODOTA' S., *Intervista su privacy e libertà*, Bari, 2005.
- RODOTA' S., *La costruzione della sfera privata*, in *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1992.
- RODOTA' S., *La privacy tra individuo e collettività*, in *Pol. Dir.*, Bologna, 1974.
- RODOTA' S., *Prefazione*, in Lyon, *La società sorvegliata*, Milano, X.
- RODOTA' S., *Test genetici per lavorare*, in *La Repubblica* del 18 Luglio 1992.

RODOTA' S., *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa*, in *Europa e diritto privato*, 2004, fasc. 4.

RODOTA' S., *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2000, fasc. 4.

ROMAGNOLI U., *Commento all'art. 8*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, 1972.

ROSSINI G., *I "controlli difensivi" del datore di lavoro*, 2012, in, <http://www.lavoropareri.com/i-controlli-difensivi-del-datore-di-lavoro/>.

SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962.

SANTORO-PASSARELLI G., *Diritto dei lavori*, Torino, 2008.

SCIARRA S., *Sub art. 8*, in *Lo Statuto dei lavoratori*, Commentario diretto da G. Giugni, Milano, 1979.

SCORCELLI R., *Ancora in tema di controlli a distanza ai sensi dell'art. 4 SL sui limiti di liceità dei cd controlli difensivi*, in *DL Rivista di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2007 fasc. 4.

SGARBI L., *Rendimento e Merito. Concorsualità dell'accesso, delle progressioni di carriera e di quelle economiche*, in *Lav. nelle p.a.*, 2008, 6.

SINISCALSCHI L., *L'attività di controllo sul dipendente e i limiti di acquisizione delle prove* in *Dir. Lav.*, 1978, I.

SMURAGLIA C., *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1980.

STENICO E., *Il trattamento dei dati personali del lavoratore subordinato: dalla segretezza al controllo*, in *La tutela della privacy del lavoratore*, direzione: F.Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, Torino, 2000.

STENICO E., *nota a sentenza Cassazione n. 11403, del 17 Aprile 1997, Sulla legittimità del dirigente che effettua controlli occulti*, in *Giust. Civ.* 1998, 6.

STENICO E., *Sulla legittimità dei test preassuntivi, nota a Cass. penale, 28/10/1997 n.2835, sez. III*, in *Giust. civ.* 1998, 7-8.

STRACUZZI A., *L'uso della posta elettronica e di internet sul luogo di lavoro: conflitti tra norme e necessità di una regolamentazione ad hoc*, nota a Tribunale Milano 10/05/2002, in *Riv. Inf. e informatica* 2002, 6.

TACCONI C., *La disciplina della privacy e la tutela del lavoratore*, in *Codice del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2007.

TAMPIERI A., *La costituzione del rapporto di lavoro e la tutela della riservatezza del lavoratore*, in *La tutela della privacy del lavoratore*, a cura di Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, Torino, 2000.

TATARELLI M., *I poteri del datore di lavoro privato e pubblico*, Padova, 1996.

TOFFOLETTO F., *Nuove tecnologie informatiche e tutela del lavoratore*, Milano, 2006.

TREU T., *Le forme retributive incentivanti*, in *Rivista italiana diritto del lavoro*, 2010, 4.

TULLINI P., *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009.

TULLINI P., *I limiti del controllo occulto sul lavoratore. E' legittimo il ricorso ad agenzie d'investigazione privata*, in *Studium iuris*, 1999 fasc. II.

VALLEBONA A., *Note e dibattiti di attualità, il controllo delle comunicazioni telefoniche del lavoratore*, in *DL*, 2001, I.

VALLEBONA A., *Sub. art. 2*, in *Commentario breve allo Statuto dei lavoratori*, diretto da Grandi-Pera, Padova, 1985, 6.

VENAFRO E., *Visite preassuntive e art. 5 dello Statuto dei lavoratori*, in *CP*, 1998.

VENEZIANI B., *Sub art. 4*, in *Lo Statuto dei lavoratori, Commentario* diretto da G. Giugni, Milano, 1979.

VERBARO F., *I soggetti della valutazione: la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche; l'Organismo indipendente di valutazione della performance, l'organo di*

indirizzo politico amministrativo. Cosa cambia nelle amministrazioni centrali, in Pizzetti-Rughetti (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Ravenna, 2010.

WESTIN A., *Privacy and freedom*, New York: Atheneum, 1968.

ZANELLI P., *Innovazione tecnologica, controlli, riservatezza nel diritto del lavoro*, in *Dir. Inf.* 1988.

ZICCARDI G., *Scienze forensi e tecnologie informatiche: la computer and network forensics*, in *Informatica e diritto*, 2007.