

Dei poteri (*del datore di lavoro*), dei controlli (*a distanza*) e del trattamento dei dati (*del lavoratore*)*

Marco Marazza

1. Premessa.	291
1.1. Uno sguardo di insieme.	292
2. Dalle regole di impiego dello strumento di controllo a distanza ai requisiti per il trattamento dei dati legittimamente raccolti.	293
2.1. Segue: il trattamento dei dati del lavoratore per finalità non connesse al rapporto di lavoro.	294
3. La distinzione tra “ <i>strumenti di controllo</i> ” e “ <i>strumenti di lavoro</i> ”: un rapporto tra <i>genus</i> e <i>species</i> .	295
3.1. Segue: strumenti di lavoro e potere direttivo.	296
3.2. Segue: strumenti di lavoro e posizione “attiva” del lavoratore.	297
3.3. Segue: strumenti di lavoro e poteri di organizzazione del lavoro (strumenti di controllo e poteri di organizzazione dell’attività).	297
4. Gli strumenti di controllo.	298
4.1. Segue: strumenti di controllo e finalità del controllo.	299
4.2. Segue: strumenti di controllo e tutela del patrimonio aziendale.	300
5. La necessaria ridefinizione del concetto di controllo difensivo.	301
6. I controlli effettuati in adempimento di obblighi di legge.	302
7. Strumenti di lavoro e applicativi informatici.	303
7.1. Segue: <i>hardware</i> e <i>software</i> .	303
7.2. Segue: <i>software</i> e sistemi digitali complessi.	304
7.3. Gli strumenti di lavoro per uso promiscuo.	305
8. I sistemi di controllo di accessi e presenze.	305
9. Il trattamento dei dati ai fini della gestione del rapporto di lavoro.	306
10. L’art. 4 dello Statuto e il rinvio al Codice <i>Privacy</i> .	307
10.1. Segue: la questione delle finalità del trattamento.	307

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 300/2016

10.2. Segue: e del consenso al trattamento dei dati.	308
10.3. I principi del Codice <i>Privacy</i> che governano il trattamento dei dati del lavoratore.	309
11. L'informativa, tra adempimenti <i>privacy</i> e regolamenti aziendali.	310

1. Premessa.

La riscrittura dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970⁷¹² può essere a ragione considerata uno degli elementi più qualificanti del *Jobs Act* perché incide in modo significativo sui vincoli e sulle tecniche di esercizio dei poteri di controllo del datore di lavoro senza distinguere tra vecchi e nuovi assunti.

La questione riguarda la disciplina dei cosiddetti controlli a distanza e, cioè, i limiti applicabili al potere datoriale di controllo⁷¹³ quando esercitato per mezzo di impianti e strumenti tecnologici che si frappongono tra controllato e controllore e che, proprio per questo, implicano il trattamento di dati del lavoratore e quindi richiedono specifiche misure di contemperamento tra le esigenze dell'impresa (art. 41, comma 1, Cost.), che aspira tra l'altro a controllare il puntuale adempimento della prestazione con l'efficacia che l'evoluzione tecnologica consente, e il diritto alla riservatezza del lavoratore, espressione di diritti fondamentali della persona⁷¹⁴ (art. 8

⁷¹² Modificato, come noto, dall'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 151/2015. Il presente saggio sviluppa e aggiorna quanto esposto nella relazione sul nuovo art. 4 della legge n. 300 del 1970 tenuta in occasione del convegno organizzato dal Gruppo "Freccia Rossa" presso la Facoltà di Giurisprudenza di Roma "La Sapienza" il 18 ottobre 2015, sessione "Revisione della disciplina dei controlli a distanza". Sul novellato art. 4 della Statuto dei Lavoratori si segnalano i contributi di R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, n. 1; V. MAIO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, n. 6, pagg. 1186 e ss., cui si rinvia (nota 2) anche per l'accurata selezione della letteratura relativa alla disciplina previgente; M. T. CARINCI, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il Jobs Act (art. 23 d.lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 1; A. MARESCA, *Jobs Act, come conciliare potere di controllo e tutela della dignità e riservatezza del lavoratore*, in *Forum Tuttolavoro (web)*, 2016; M. T. SALIMBENI, *La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, n. 4; A. SITZIA, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo art. 4 st. lav. e il consenso del lavoratore*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 1. Nella elaborazione dello scritto alcuni spunti sul funzionamento del Codice Privacy sono stati tratti dall'interessante confronto organizzato da AFGI in collaborazione con Federazione Italiana Privacy, *Privacy e controllo sui lavoratori alla luce dei decreti attuativi del Jobs Act*, Roma 22 marzo 2016, cui ho avuto modo di partecipare, tra gli altri, con Augusta Iannini, Vice Presidente Garante Privacy; Luca Bolognini, Presidente Istituto Italiano Privacy; Nicola Berardi, Presidente Federprivacy; Diego Fulco, Direttore scientifico Istituto Italiano Privacy. Per quanto riguarda i provvedimenti del Garante Privacy rilevanti ai fini del rapporto di lavoro si devono considerare, ad oggi: a) Provvedimento generale prescrittivo in tema di biometria del 12 novembre 2014; b) Linee guida in materia di riconoscimento biometrico e firma grafometrica del 12 novembre 2014; c) Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro in ambito pubblico del 14 giugno 2007; d) Linee guida del Garante per posta elettronica e internet del 1 marzo 2007; e) Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati del 23 novembre 2006; f) Provvedimento generale sulla video sorveglianza dell'8 aprile 2010.

⁷¹³ Per una ricostruzione delle tecniche di controllo dei poteri di organizzazione dell'attività (esterni al contratto di lavoro) e del lavoro (sempre interni al contratto di lavoro, di cui sono un effetto), si rinvia a M. MARAZZA, *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, in *Contratto di lavoro e organizzazione*, Volume quarto, Tomo secondo, *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da Mattia Persiani e Franco Carinci, Padova, 2012, pagg. 1271 e ss.

⁷¹⁴ Nell'ambito del rapporto di lavoro il contemperamento tra questi diritti deve necessariamente tenere conto, e quindi deve essere di conseguenza modulato, dell'oggetto del contratto e, cioè, del concreto contenuto della prestazione di lavoro dovuta dal lavoratore e del coinvolgimento dei valori della persona che il suo adempimento necessariamente postula. In tal senso è esemplificativo, come noto, l'art. 8 della legge n. 300/1970. Sul punto si veda: V. CRISAFULLI, *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1954, I, pagg. 79 e ss.; A. CATAUDELLA, *Dignità e riservatezza (tutela della)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990; P. CHIECO, *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, Bari, 2000, 12 ss.; R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, 194 ss.; P. TULLINI (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e della riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2010; M.P. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003; F. GALGANO, *Sub Art.41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, Tomo II, Bologna, 1982, 1 ss.; B. VENEZIANI, *I controlli dell'imprenditore ed il contratto di lavoro*, Bari, 1975; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu – Messineo - Mengoni*, Tomo III, Milano, 2003, 217; A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995; A. TROISI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino, 2013, pagg. 17 e ss. e 104 e ss. Più in generale, sulle prospettive delle tecniche di bilanciamento dei diritti nello scenario attuale della crisi europea, si veda anche B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in *W. P. C. S. D. L. E. "Massimo D'Antona"*, 111 – 2014.

CEDU⁷¹⁵; Direttiva 1995/46 (c.d. Direttiva madre)⁷¹⁶; artt. 2, 41, comma 2, Cost.).

1.1. Uno sguardo di insieme.

L'impressione complessiva che se ne ricava è un arretramento della centralità dalla tradizionale procedimentalizzazione sindacale (o amministrativa) dei poteri datoriali, funzionale al controllo di legittimità dell'installazione dell'impianto e radicata all'interno delle tradizionali categorie del diritto del lavoro⁷¹⁷, in favore di un modello che bilancia una gestione più unilaterale degli strumenti di controllo a distanza da parte dell'imprenditore (art. 4, comma 2, legge n. 300/1970) con inediti livelli di penetrazione del diritto della *privacy* nell'ambito del rapporto di lavoro (art. 4, comma 3, legge n. 300/1970).

Ne deriva che il contemperamento dei diritti coinvolti tende oggi a realizzarsi su un piano più individuale che collettivo⁷¹⁸, per restare prevalentemente affidato alla disciplina del trattamento dei dati personali e, quindi, anche al potere regolamentare del Garante per la *Privacy*⁷¹⁹. Un'Au-

⁷¹⁵ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 12 gennaio 2016, 61496/08, *Barbulescu v. Romania*, cui si rinvia per la più recente applicazione giudiziale del difficile sforzo di contemperamento tra adempimento dell'obbligo di lavorare e tutela della riservatezza della persona. Il caso è relativo allo scambio di comunicazioni telematiche private effettuato mediante Account Yahoo Messenger utilizzato dal dipendente per ragioni di servizio su espressa richiesta del datore di lavoro e, per questo, secondo la Corte, suscettibile di controllo da parte dell'imprenditore e di utilizzo dei dati trattati anche ai fini disciplinari.

⁷¹⁶ La Direttiva 1995/46 è destinata ad essere sostituita dal Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016. Il 4 maggio 2016, infatti, sono stati pubblicati in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea i testi del Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali e della Direttiva che regola i trattamenti di dati personali nei settori di prevenzione, contrasto e repressione dei crimini. Si tratta del passaggio finale per l'entrata in vigore del nuovo "*Pacchetto protezione dati*", l'insieme normativo che definisce un quadro comune in materia di tutela dei dati personali per tutti gli Stati membri dell'UE. Il Regolamento sarà definitivamente applicabile in via diretta in tutti i Paesi UE a partire dal 25 maggio 2018, quando dovrà essere garantito il perfetto allineamento fra la normativa nazionale e le disposizioni del Regolamento. La Direttiva sarà vigente dal 5 maggio 2016, e da quel momento impegnerà gli Stati membri a recepire le sue disposizioni nel diritto nazionale entro due anni. Sul punto si veda F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016. Sempre a livello comunitario, in materia di *privacy* si segnalano: Direttiva 2002/58; Direttiva 2009/136; Direttiva 2009/140; Direttiva 2006/24.

⁷¹⁷ Con riferimento alla previgente disciplina R. DEL PUNTA, op. cit., a ragione, descrive il rapporto tra diritto del lavoro e diritto della *privacy* come il frutto di una sorta di patto di non belligeranza che affidava alla norma statutaria il governo sostanzialmente esclusivo della materia. Circostanza ben documentata dal fatto che, da un lato, l'art. 4 della legge n. 300/1970 non conteneva alcun rinvio alla normativa *privacy* e che, dall'altro, il d.lgs. n. 196/2003 (art. 114) richiamava espressamente quella disposizione statutaria rimarcandone la centralità ma, aggiungo, anche la specialità per ciò che riguarda i controlli a distanza. Condivisibili sul punto anche le considerazioni di M. T. CARINCI, op. cit., che mette in evidenza il fatto che nella previgente disciplina la fase del trattamento del dato, pur rientrando nel campo di applicazione del Codice *Privacy*, rimaneva nell'ombra. Circostanza confermata anche dall'assenza di provvedimenti giudiziari sulla inutilizzabilità dei dati ai fini del rapporto di lavoro per violazione dei vincoli *privacy*. Assenza che sembra destinata, con la nuova formulazione della norma, ad essere presto colmata.

⁷¹⁸ In linea, del resto, con l'impostazione generale dell'intera riforma del 2015. Così com'è altrettanto vero, per altro verso, che i limiti oggettivi dell'originaria formulazione dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970, divenuti macroscopici di fronte all'incessante evoluzione tecnologica, ben avrebbero potuto essere superati - ma sappiamo bene che così non è stato - dalla contrattazione collettiva in azienda.

⁷¹⁹ L'Autorità Garante per la protezione dei dati personali è una Autorità indipendente che presiede la tutela dei dati personali esercitando (art. 154 del d.lgs. n. 169/2003) funzioni di controllo, interdittive, promozionali, consultive e propositive, cui si aggiungono altre funzioni, non richiamate dall'art. 154, tra cui quella della tutela para giurisdizionale, le funzioni autorizzatorie in ordine al trattamento di specifiche categorie di dati ed, infine, molteplici funzioni accertative. Pone correttamente l'accento sul potere del Garante di prescrivere ai titolari del trattamento le disposizioni necessarie e opportune al fine di rendere il trattamento conforme alle previsioni del Codice *Privacy*, M. T. CARINCI, op. cit.

torità che nell'esercizio delle sue funzioni esercita rilevanti dosi di discrezionalità tecnica per delineare i dettagli applicativi di principi (molto) generali⁷²⁰ (necessità⁷²¹, finalità⁷²², trasparenza⁷²³, sicurezza⁷²⁴, proporzionalità⁷²⁵, accuratezza⁷²⁶, conservazione per il giusto tempo⁷²⁷) presidiati da uno specifico regime sanzionatorio di portata civile, amministrativa e penale⁷²⁸.

2. Dalle regole di impiego dello strumento di controllo a distanza ai requisiti per il trattamento dei dati legittimamente raccolti.

Va premesso, anzitutto, che l'attuale formulazione dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970 distingue chiaramente due profili della disciplina dei controlli a distanza che attengono, da un lato, all'impiego dello strumento di controllo e, dall'altro, alla gestione delle informazioni tramite di esso raccolte.

Ed infatti, se i primi due commi di quella disposizione fissano le regole per il legittimo utilizzo degli strumenti di controllo a distanza, il terzo ed ultimo comma pone le condizioni affinché i dati, se

⁷²⁰ Per un approfondimento in materia dei principi previsti dal d.lgs 196/2003 si veda C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ("Codice della Privacy")*, Cedam, 2007.

⁷²¹ Art. 3 del d.lgs. 196/2003. Tale principio richiede che i dati personali siano utilizzati solo se indispensabili (necessari) per raggiungere le finalità consentite nei singoli casi.

⁷²² Art. 11, comma 1, lett. b) d.lgs. 196/2003. Tale principio richiede che ogni trattamento di dati personali avvenga per specifiche, legittime e manifeste finalità. In sostanza, i dati oggetto di trattamento devono essere trattati per le sole finalità che il titolare intende legittimamente perseguire, previamente indicate nell'informativa che verrà resa agli interessati, e non possono essere utilizzati in altre operazioni di trattamento che siano con queste incompatibili.

⁷²³ Art. 13 del d.lgs. 196/2003. Tale principio prevede che debba essere fornita agli interessati completa informazione sui dati, sulle finalità del trattamento e sulle modalità di effettuazione dello stesso.

⁷²⁴ Art. 31 e ss. del d.lgs. 196/2003. Tale principio richiede che siano assunte le misure opportune, sia tecniche che organizzative, atte a garantire che qualsiasi dato detenuto sia sicuro e protetto contro i rischi di distruzione o perdita, anche accidentale, e di accesso non autorizzato o di trattamento non consentito.

⁷²⁵ Art. 11, comma 1, lett. d) d.lgs. 196/2003. Tale principio prevede che possono essere trattati i soli dati pertinenti e non eccedenti in relazione alle finalità perseguite.

⁷²⁶ Art. 11, comma 1, lett. c) d.lgs. 196/2003. Tale principio richiede un'attenta verifica dei dati non solo al momento della loro raccolta ma anche, successivamente, con periodici aggiornamenti. All'infuori di alcune tipologie di dati che non sono soggetti ad aggiornamento, come ad es. la data di nascita (c.d. "invarianti"), per tutti gli altri il titolare del trattamento dovrà dunque predisporre misure di monitoraggio periodiche al fine di garantirne l'aggiornamento.

⁷²⁷ Art. 11, comma 1, lett. e) d.lgs. 196/2003. Tale principio richiede che i dati siano conservati per il tempo necessario a realizzare le finalità per i quali sono stati raccolti. Il principio intende ridurre i cosiddetti rischi *privacy* (distruzione o perdita dei dati, accessi non autorizzati e modifica dello scopo della raccolta).

⁷²⁸ In tema di sanzioni si vedano S. GONELLA, *Uno sguardo all'evoluzione del diritto alla riservatezza: la tutela penale*, in *Diritto penale e processo*, 2007, fasc. 4; V. PLANTAMURA, *La tutela penale dei dati personali*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, fasc. 3; E. ANTONINI, *Il trattamento illecito di dati personali nel codice della privacy: i nuovi confini della tutela penale*, Nota a Cass. sez. III pen. 9 luglio 2004, n. 30134, in *Diritto penale e processo*, 2005, fasc. 3; A. CONTALDO, *Depenalizzazione e nuove tutele dei dati personali anche alla luce del codice della privacy (d.l.vo 30 giugno 2003 n. 196)* in *Rivista penale*, 2005, fasc. 4; U. REALFONZO, *Nuovo codice in materia di protezione dei dati personali. La responsabilità, le sanzioni e le altre forme di tutela della "privacy"*, Relazione al convegno sul tema: "Il nuovo codice per la tutela della privacy", Roma, 4-5 dicembre 2003 in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2004, fasc. 5; P. TRONCONE, *Profili penali del codice della privacy, Commento al d.lg. 30 giugno 2003, n. 196*, in *Rivista penale*, 2004, fasc. 12; A. MANNA, *Il quadro sanzionatorio penale ed amministrativo del Codice sul trattamento dei dati personali*, Relazione tenuta all'Incontro di studi sul tema "La protezione dei dati sei anni dopo la legge 675/1996: il nuovo codice della privacy e l'attività giudiziaria", organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 2-3 ottobre 2003, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, fasc. 4-5.

lecitamente raccolti (art. 4, commi 1 e 2), possano, poi, in concreto essere utilizzati per “*tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*”⁷²⁹.

Ne deriva che l'utilizzo abusivo di uno strumento di controllo a distanza - perché effettuato in violazione dell'art. 4, commi 1 e 2 - è penalmente sanzionato ai sensi dell'art. 38 della legge n. 300 del 1970 (art. 171 Codice *Privacy*, come sostituito dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 151 del 2015⁷³⁰) e rende, per principio, inutilizzabili i dati eventualmente raccolti. Ma anche, per converso, che il pieno rispetto dei primi due commi dell'art. 4 dello Statuto non è di per se sufficiente a consentire che le informazioni acquisite possano essere gestite, per fare un esempio, per introdurre una politica retributiva premiale o per esercitare il potere disciplinare.

Per l'utilizzo di quei dati a “*tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*” è infatti necessario che siano rispettate le prescrizioni dell'art. 4, comma 3, ed è proprio sotto questo specifico profilo che emerge la compenetrazione tra il diritto del lavoro e il diritto della *privacy* di cui si faceva cenno in premessa; resa evidente dal fatto che l'utilizzabilità del dato raccolto in osservanza dell'art. 4, commi 1 e 2, dello Statuto deve testualmente avvenire, adempiuto l'obbligo di informativa (vedi *infra* al n. 11), nel “*rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196*”⁷³¹ (pena l'applicazione dello specifico regime sanzionatorio *privacy*).

Con ciò ponendo l'interprete dinanzi al non facile compito di ricostruire l'ambito di operatività del Codice *Privacy* in un sistema il cui perno è costituito da una norma giuslavoristica (art. 4 della legge n. 300/1970), che - come si vedrà, in ragione della sua specialità - tipizza una specifica finalità di trattamento dei dati dei lavoratori (“*a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*”) e detta regole per alcuni aspetti derogatorie rispetto a quelle comuni della *privacy* (vedi *infra* n. da 10 a 11).

2.1. Segue: il trattamento dei dati del lavoratore per finalità non connesse al rapporto di lavoro.

C'è però da aggiungere che i dati acquisiti dal datore di lavoro potranno essere trattati anche per finalità (legittime) diverse da quelle connesse, in senso stretto, al rapporto di lavoro (art. 4, comma 3)⁷³². Fermo restando - non potendo in tal caso trovare applicazione l'art. 4, comma 3, dello Statuto - che il trattamento dei dati acquisiti nel rispetto dell'art. 4, commi 1 e 2, dovrà - per queste ipotesi - necessariamente avvenire con il pieno ed incondizionato assoggettamento all'intero Codice *Privacy*.

⁷²⁹ In ciò realizzando, come osservato da A. MARESCA, op. cit., il temperamento tra esigenza di controllo e tutela della dignità e riservatezza del lavoratore. In verità, anche i primi due commi dell'art. 4, se pur da una diversa prospettiva, perseguono il medesimo fine. Più che altro il comma 3 di quella disposizione è rilevante perché, come detto, aggiorna le tecniche di temperamento in una prospettiva di tipo essenzialmente individuale (anziché collettiva) che vede il diritto del lavoro integrarsi nel diritto della *privacy*.

⁷³⁰ Segnala le condivisibili incertezze che derivano dall'art. 1 del d.lgs. n. 8/2016 per ciò che concerne la depenalizzazione di una serie di reati puniti con la sola pena pecuniaria, M. T. CARINCI, op. cit.

⁷³¹ Il trattamento dei dati ai fini connessi al rapporto di lavoro risulta, dunque, proprio per questa ragione, fortemente connotato dai principi della *privacy*, se pur applicabili secondo un criterio di compatibilità con la norma speciale lavoristica (vedi *infra* ai nn. 9 e 10), destinati a diventare strumenti fondamentali anche per la risoluzione dei potenziali conflitti tra datori di lavoro e lavoratori. Mentre in passato, come noto, il Codice *Privacy* si limitava a richiamare l'art. 4 dello Statuto (art. 114 d.lgs. n. 196/2003) che assumeva - in assenza di rinvii ad ulteriori discipline - il ruolo di norma di riferimento sia per ciò che atteneva all'installazione dell'impianto che all'utilizzabilità dei dati.

⁷³² In senso contrario, V. MAIO, op. cit.

Prospettiva, a ben vedere, da non trascurare giacché non v'è dubbio che gli strumenti di controllo a distanza più tecnologicamente avanzati, se legittimamente installati, consentono di tracciare e documentare lo spessore professionale di una prestazione di lavoro anche in termini di rendimento medio. E, quindi, pur dovendo tenere conto dei limiti al trattamento dei dati derivanti dalla cosiddetta "profilazione"⁷³³, forniscono elementi di valutazione che - con il consenso della persona - potrebbero assumere rilevanza anche ai fini della sua occupabilità.

In questa prospettiva non è da escludere, anzi, che sia lo stesso lavoratore (soggetto "*interessato*", nel senso di persona fisica cui si riferiscono i dati personali, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. i, Codice *Privacy*) a voler direttamente utilizzare i dati raccolti dal datore di lavoro, ad esempio, per negoziare le condizioni economiche e normative del suo successivo impiego. È uno scenario che può oggi apparire futuristico ma, ritengo, da non trascurare. L'utilizzo dei dati di noi tutti non sembrava una questione di grande rilievo quando iniziavamo, con spensieratezza, ad utilizzare internet e connessioni mobili. Oggi riceviamo pubblicità tarate sui nostri desideri.

3. La distinzione tra "strumenti di controllo" e "strumenti di lavoro": un rapporto tra *genus* e *species*.

Il problema della utilizzabilità del dato si pone - come anticipato - solo con riferimento alle informazioni legittimamente acquisite dal datore di lavoro.

La prima questione di fondo da affrontare è dunque quella di distinguere il campo di applicazione dei commi 1 e 2 dell'art. 4 giacché, come noto, macroscopica è la differenza di disciplina applicabile, da un lato, agli "*strumenti di controllo a distanza*" (comma 1) e, dall'altro, agli strumenti che consentono un controllo a distanza del lavoratore che sono, al tempo stesso, anche "*strumenti di lavoro*" o di "*rilevazione di accessi e presenze*" (comma 2).

Solo nel primo caso, infatti, è richiesta la procedura (negoziale o amministrativa) di autorizzazione all'installazione dell'apparecchio ed i controlli possono essere effettuati esclusivamente per le finalità tipizzate dal legislatore (esigenze organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale).

L'operazione, tutt'altro che agevole, si può condurre provando a considerare lo "*strumento di lavoro*" come *species* del più ampio *genus* "*strumenti di controllo*". In entrambi i casi si tratta di strumenti potenzialmente in grado di monitorare a distanza, in diretta o differita, l'attività del lavoratore. Ma ciò che qualifica gli strumenti di lavoro è che si tratta - così si esprime letteralmente la legge - di strumenti "*utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa*".

⁷³³ Il Garante è intervenuto in più occasioni in materia di "profilazione", da ultimo con il Prov. 19 marzo 2015, "*Linee Guida in materia di trattamento di dati personali per profilazione online*" pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 103, serie generale, del 6 maggio 2015, doc. web n. 3881513. Nei molteplici interventi in materia di profilazione il Garante ha evidenziato la centralità dell'informativa e del consenso dell'interessato. Nel Prov. del 19 marzo 2015 il Garante ha sottolineato che "*affinché i trattamenti di dati effettuati per finalità di profilazione, anche realizzata con diverse modalità, soddisfino i requisiti di legge, sia necessario il consenso dell'interessato e tale consenso deve rispondere, ai fini della sua validità, ai requisiti di legge e pertanto deve essere libero, acquisito in via preventiva rispetto al trattamento medesimo, riferibile a trattamenti che perseguono finalità esplicite e determinate, informato e documentato per iscritto*". In materia di informativa, nello stesso provvedimento si legge "*l'informativa che deve essere resa agli utenti, e dunque la loro preventiva consapevolezza circa i possibili impieghi delle informazioni loro riferibili, costituisce l'ineludibile presupposto per consentire agli interessati medesimi di esprimere o meno il proprio consenso ai trattamenti dei dati che li riguardano, a seguito della necessaria e personale valutazione sull'impatto che tali trattamenti potranno avere sul proprio diritto alla protezione dei dati personali*". In ogni caso, è necessario il rispetto del principio di finalità nella conservazione dei dati personali (art. 11, comma 1, lett. e) d.lgs. 193/2003).

Definizione, quest'ultima, che aiuta a focalizzare due concetti fondamentali per la delimitazione del campo di applicazione dell'art. 4, comma 2, dello Statuto: a) l'inesistenza di una nozione che potremmo definire ontologica di strumento di lavoro; b) l'esistenza di una relazione "attiva" tra lavoratore e lo strumento di lavoro utilizzato per rendere la prestazione.

3.1. Segue: strumenti di lavoro e potere direttivo.

La prestazione di lavoro subordinato è resa sotto le direttive del datore di lavoro (art. 2094 c.c.), ond'è che il dipendente deve - tra l'altro - svolgere le mansioni contrattualmente dovute osservando le disposizioni per l'esecuzione del lavoro tempo per tempo impartite dall'imprenditore (art. 2104 c.c.). Ne deriva che nell'adempimento dell'obbligazione di lavorare egli è tenuto ad eseguire la prestazione utilizzando gli strumenti individuati e forniti dal datore e che, pertanto, non esiste - né può esistere - una nozione ontologica di strumento di lavoro.

In altri termini, appare del tutto inutile ogni tentativo di catalogare in via astratta gli strumenti riconducibili ad un certo tipo di lavoro. Piuttosto, per ciascun lavoro occorrerà verificare in concreto, e quindi nella specifica organizzazione che lo ospita, ciò che il potere direttivo dell'imprenditore consente di qualificare, caso per caso, alla stregua di uno strumento di lavoro. Con ferma preclusione per l'interprete di ogni tentativo di sovrapporre argomentazioni di tipo organizzativo, ad esempio, sulla minore o maggiore utilità di quello strumento. A ragionare diversamente, del resto, si finirebbe per autorizzare il Giudice a sostituirsi arbitrariamente alle valutazioni tecniche dell'imprenditore per ciò che riguarda l'organizzazione delle mansioni dei suoi dipendenti⁷³⁴.

In questa prospettiva il medesimo strumento, a seconda di come viene esercitato il potere direttivo e di come viene conseguentemente eseguita la prestazione, può dunque assumere la qualità di "*strumento di controllo*" (art. 4, comma 1) o di "*strumento di lavoro*" (art. 4, comma 2)⁷³⁵, in conseguenza di valutazioni organizzative insindacabili del datore di lavoro che il legislatore asseconda⁷³⁶.

⁷³⁴ Per l'insindacabilità della discrezionalità tecnica dell'imprenditore nell'organizzazione dell'impresa si veda, tra le tante, Cass. civ. Sez. lavoro, Sent. 23-10-2013, n. 24037 ove viene affermato che "*il giudice non può sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, atteso che tale scelta è espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.*". Al riguardo deve invero considerarsi che, come osservato dalla Cass. 15500/2009, "*il nucleo essenziale della libertà di iniziativa economica dell'imprenditore, garantita dall'art. 41 Cost., sta nell'autodeterminazione circa il dimensionamento e la scelta del personale da impiegare nell'azienda ed il conseguente profilo dell'organizzazione interna della stessa*" (Corte Cost., in particolare sentenze n. 78 del 1958 e n. 356 del 1993)". Il punto, a ben vedere, è che i poteri del datore di lavoro di cui stiamo parlando non hanno limiti interni e sono suscettibili di controllo esclusivamente per ciò che attiene ai limiti esterni posti dalla legge e il rispetto del principio di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto.

⁷³⁵ L'esemplificazione più immediata per illustrare il senso di questo approccio interpretativo è probabilmente quella riferita agli impianti di geo localizzazione. Impianti che sono sempre strumenti di controllo, nella misura in cui lasciano traccia dei movimenti del lavoratore, ma che possono diventare strumenti di lavoro allorché il dipendente - si pensi ad un tecnico che effettua interventi sul territorio muovendosi con l'auto aziendale - sia tenuto ad utilizzarli per ricevere l'indicazione del luogo ove effettuare l'intervento; per dare conferma dell'avvenuta presa in carico del servizio; per individuare il percorso più rapido per raggiungere il sito di destinazione e per formalizzare l'avvenuta chiusura dell'operazione. Spetta solo all'imprenditore la valutazione discrezionale sull'opportunità, o meno, di introdurre un siffatto sistema tecnologico. Conviene sulla possibilità di qualificare questi strumenti sia nel comma 1 che nel comma 2, a seconda di come vengono utilizzati, R. DEL PUNTA, op. cit., per il quale il *telepass* rientrerebbe invece sempre nel comma 2; soluzione che condivido.

⁷³⁶ Consentendo il trattamento dei dati acquisiti mediante uno strumento di lavoro ai fini della gestione del rapporto di lavoro, nel rispetto di quanto prescrive l'art. 4, comma 3, dello Statuto. Spostando cioè la tutela della riservatezza del lavoratore dalle regole di installazione e utilizzo dell'impianto a quelle che riguardano le modalità del trattamento dei dati suo tramite raccolti.

3.2. Segue: strumenti di lavoro e posizione “attiva” del lavoratore.

Il che, bene inteso, non può voler dire che la qualificazione di uno strumento di controllo come strumento di lavoro è puramente esposta alla discrezionalità, assoluta, del datore di lavoro.

Il secondo profilo da considerare è infatti di natura strettamente oggettiva, è giudizialmente verificabile e consiste in ciò che lo strumento di lavoro, dovendo essere utilizzato “*per rendere la prestazione*”, può essere qualificato come tale ai sensi dell’art. 4, comma 2, solo se il lavoratore ha un ruolo attivo nel suo utilizzo e, cioè, se quello strumento viene concretamente impiegato dal dipendente nello svolgimento delle mansioni.

Quello che conta, in altri termini, è che lo strumento sia nella disponibilità operativa del dipendente e da questi effettivamente utilizzato nell’adempimento della prestazione⁷³⁷, diversamente da quanto avviene con gli strumenti di controllo di cui all’art. 4, comma 1, rispetto ai quali il lavoratore è, invece, sempre soggetto meramente passivo⁷³⁸.

3.3. Segue: strumenti di lavoro e poteri di organizzazione del lavoro (strumenti di controllo e poteri di organizzazione dell’attività).

Lo strumento di lavoro è dunque una tipologia qualifica di strumento di controllo che esprime una funzionalità intrinseca ed ineliminabile dell’organizzazione del lavoro, intesa nel senso tecnico di effetto del(i) contratto(i) di lavoro subordinato⁷³⁹, nel suo concreto essere e divenire.

Uno strumento che partecipa all’adempimento della prestazione di lavoro, perché utilizzato dal lavoratore in adempimento dell’obbligo di osservanza (art. 2104 c.c.), al punto da giustificare la rimozione dei vincoli che - per gli impianti di cui all’art. 4, comma 1, dello Statuto - riguardano l’autorizzazione all’installazione dell’impianto e le finalità di controllo⁷⁴⁰.

L’opzione legislativa è del resto pienamente coerente con il principio giusto il quale il contemperamento degli interessi in gioco non può prescindere, come detto (vedi *supra* n. 1), dall’oggetto del contratto di lavoro. E ciò anche tenuto conto del fatto che mentre lo strumento di lavoro è

⁷³⁷ In senso analogo, anche R. DEL PUNTA, op. cit., per il quale uno strumento di controllo è uno strumento di lavoro se “*direttamente funzionale allo svolgimento della prestazione lavorativa*”; M.T. SALIMBENI, op. cit., per la quale l’art. 4, comma 1, dello Statuto non trova applicazione “*soltanto nelle ipotesi in cui il meccanismo che genera il controllo è nella gestione del lavoratore che lo attiva e disattiva per rendere la prestazione*”; A. SITZIA, op. cit., per il quale sono strumenti di lavoro quelli “*necessari e, appunto, serventi a tale scopo*”.

⁷³⁸ Se gli strumenti di controllo vedono sempre il lavoratore soggetto passivo rispetto all’impianto ed alle sue potenzialità di tracciamento dei dati (pensiamo al classico impianto di video sorveglianza, ma anche al GPS installato sulla vettura o indossato dal lavoratore), gli strumenti di lavoro, invece, sono tali perché utilizzati dal dipendente, per l’appunto, per rendere la prestazione (pensiamo al browser internet che il dipendente utilizza quotidianamente per lavoro, ma anche al GPS che (vedi nel testo al n. 3.1.) il lavoratore utilizza attivamente nello svolgimento delle mansioni).

⁷³⁹ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966; M. MARAZZA, *Saggio sull’organizzazione del lavoro*, Padova, 2002.

⁷⁴⁰ La distinzione è in qualche modo contestata da chi, come V. MAIO, op. cit., mostra perplessità sulla differenziazione tra funzione prestazione e di controllo dello strumento anche per l’assenza, si legge, di riferimenti nella lettera della legge. Riferimenti che invece, a mio avviso, sono piuttosto evidenti giacché lo strumento è di lavoro (art. 4, comma 2), dice la legge, se utilizzato per rendere la prestazione lavorativa. In questo modo non ritengo che la distinzione possa essere messa in crisi (come afferma l’Autore ora citato) dalle cosiddette “tecnologie indossabili”; che, a mio avviso, al pari di qualsiasi altro strumento, si prestano ad essere qualificate come strumenti di controllo o di lavoro in considerazione del fatto che siano solo indossate (strumento di controllo) ovvero, oltre che indossate, anche utilizzate per rendere la prestazione di lavoro (strumento di lavoro).

introdotto dal datore nell'esercizio del potere di organizzazione del lavoro, lo strumento di controllo, per altro verso, è invece installato nell'esercizio di poteri (poteri di organizzazione dell'attività) che non sono attribuiti all'imprenditore dal contratto di lavoro, per quanto procedimentalizzati dal diritto del lavoro (art. 4, comma 1)⁷⁴¹.

Non che una siffatta distinzione risolva d'incanto tutti i problemi qualificatori che si possono porre in concreto, ma certamente può essere un valido punto di partenza perché offre una concettualizzazione delle fattispecie ("strumenti di controllo" e "strumenti di lavoro") suscettibile di notevole adattamento alle multiformi manifestazioni dell'organizzazione del lavoro e dei poteri che le animano (vedi *infra* al n. 7).

4. Gli strumenti di controllo.

Per gli strumenti di controllo (art. 4, comma 1) cambiano le regole della procedura negoziale o amministrativa di autorizzazione all'installazione dell'impianto ma, pur dovendo dare atto che la novità è rilevante (ed anche che le prime prassi applicative segnalano non poche perplessità)⁷⁴², non è questa la problematica che suscita vero interesse. Le novità principali, piuttosto, riguardano le finalità per i quali tali strumenti possono essere utilizzati (e non solo installati).

Non è secondario mettere da subito in evidenza che oggi l'art. 4, comma 1, della legge n. 300/1970 prevede che gli impianti "*possono essere installati*" previa autorizzazione e "*possono essere impiegati esclusivamente*" per le esigenze tipizzate dalla legge. Ciò mentre la vecchia formulazione di questa disposizione, premesso il divieto di utilizzo degli impianti per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, richiedeva la sussistenza di esigenze aziendali qualificate più che altro per l'autorizzazione alla installazione⁷⁴³.

⁷⁴¹ Per la distinzione in senso giuridico tra poteri di organizzazione dell'attività (che l'imprenditore esercita perché titolare di diritti reali o relativi che nulla hanno a che vedere con il contratto di lavoro) e del lavoro (pienamente riconducibili al contratto di lavoro subordinato), e delle conseguenti tecniche di controllo, si rinvia a M. MARAZZA, *Limiti e tecniche di controllo dei poteri di organizzazione del datore di lavoro*, op. cit., pag. 1272.

⁷⁴² Si rinvia sul punto a R. DEL PUNTA, op. cit.; V. MAIO, op. cit. Con un primo orientamento operativo il Ministero del Lavoro ha segnalato - in materia di installazione degli strumenti di cui al comma 1 dell'art. 4 L. 300/1970 - la necessità per i datori di lavoro di interessare, in prima istanza, le Direzioni Territoriali competenti. Solo all'esito di una fase istruttoria ad hoc svolta dalle suddette sedi territoriali, i datori di lavoro potranno - sempre a detta del Ministero - coinvolgere l'amministrazione centrale. Soluzione applicativa, quest'ultima, che a chi scrive appare piuttosto barocca (se è vero, come pare, che il Ministero è chiamato a valutare i presupposti per l'autorizzazione di un impianto che le DTL hanno, semmai, il compito di ispezionare nella successiva fase della sua funzionalità operativa), e che si giustifica, probabilmente, più per ragioni politiche che di merito. Di recente il Ministero del Lavoro ha elaborato il "*modulo unificato istanza di autorizzazione all'installazione di impianti di videosorveglianza e all'installazione e utilizzo di impianti e apparecchiature di localizzazione satellitare GPS a bordo di mezzi aziendali*". In tale documento si prevedono molteplici prescrizioni in materia di installazione ed utilizzo degli strumenti di videosorveglianza e di localizzazione. È interessante osservare che in materia di dispositivi di tracciamento dei veicoli il documento prescrive che gli stessi siano utilizzati "*al solo fine di rintracciare o monitorare l'ubicazione dei veicoli sui quali sono installati. Detti dispositivi, pertanto, non saranno utilizzati come strumenti per seguire o monitorare il comportamento o gli spostamenti di autisti o di altro personale*". Diverse, invece, sono le prescrizioni in materia di trattamento dei dati ottenuti dagli strumenti, in quanto si prevede che "*Potranno costituire oggetto di trattamento, mediante sistemi opportunamente configurati (art. 3 del Codice della Privacy), solo i dati pertinenti e non eccedenti: oltre all'ubicazione del veicolo, la distanza percorsa, i tempi di percorrenza, il carburante consumato, nonché la velocità media del veicolo [...]*". Emergendo in ciò una possibile disarmonia delle due disposizioni appena richiamate dovuta probabilmente al fatto che, per quanto attiene alle finalità dello strumento, il Ministero sembra condividere una lettura troppo restrittiva della finalità di "tutela del patrimonio aziendale" che, come esposto nel testo (vedi n. 4.2.), invece, ben può ricomprendere anche l'adempimento della prestazione di lavoro.

⁷⁴³ Scrive, correttamente, della necessità di verificare ai fini dell'installazione dell'impianto la sussistenza di "esigenze aziendali qualificate", R. DEL PUNTA, op. cit.

Il cambio di impostazione della norma si spiega con la rinvigorita commistione tra diritto del lavoro e diritto della *privacy* e con la tendenza di quest'ultimo a concentrare l'attenzione, e quindi anche il controllo di legittimità, sulla finalità del trattamento. Ma il cambiamento, che di fatto sposta il controllo dell'esistenza di una ragione aziendale qualificata dall'installazione all'utilizzo dell'impianto (e quindi alle finalità del controllo), non ha una rilevanza meramente estetica.

4.1. Segue: strumenti di controllo e finalità del controllo.

Nella sua precedente formulazione l'art. 4 dello Statuto⁷⁴⁴, escluso l'utilizzo dell'impianto per finalità di controllo dei lavoratori, ne consentiva l'installazione in presenza di "esigenze organizzative e produttive" ovvero per ragioni di "sicurezza del lavoro" e tali esigenze dovevano pertanto essere valutate nell'ambito della procedura sindacale o amministrativa di autorizzazione.

Ottenuta l'autorizzazione era poi consentito il trattamento delle informazioni raccolte, che incidentalmente potevano anche riguardare lo svolgimento della prestazione del dipendente, anche ai fini della gestione del rapporto di lavoro⁷⁴⁵. Fatto salvo, ovviamente, il caso di limitazioni espressamente previste dal medesimo atto autorizzativo, che in molti casi si preoccupava di specificare l'inutilizzabilità dei dati, ad esempio, per finalità disciplinari (rendendo pertanto, come in concreto avvenuto, del tutto teorica la categoria dei controlli cosiddetti preterintenzionali sull'attività del lavoratore effettuati mediante impianti regolarmente autorizzati).

L'esigenza legislativamente tipizzata, per dirla in altri termini, era condizione per l'autorizzazione all'installazione dell'impianto ma non limitava, almeno secondo la giurisprudenza e parte della dottrina, anche le potenzialità del controllo cosiddetto "preterintenzionale" del lavoratore e, conseguentemente, il trattamento dei dati raccolti per finalità connesse al rapporto di lavoro⁷⁴⁶.

Nella nuova formulazione di quella disposizione emerge invece piuttosto chiaramente che l'autorizzazione attiene alla installazione di un impianto che, una volta legittimato, può essere impiegato "esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale". Ond'è che le modalità di utilizzo dell'impianto, e quindi anche

⁷⁴⁴ Tra gli ultimi contributi sulla vecchia formulazione dell'art. 4 dello Statuto, si veda P. LAMBERTUCCI, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a "distanza" tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona.it – 255/2015. Più in generale, A. BELLAVISTA, *Gli accordi sindacali in materia di controlli a distanza sui lavoratori*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2014, fasc. 8-9, pp. 737-744; A. MATTEI, *Controlli difensivi e tutela della riservatezza del lavoratore*, Nota a Cass. sez. lav. 1 ottobre 2012, n. 16622, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2013, fasc. 1, pt. 2, pp. 32-36; M. MISCIONE, *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2013, fasc. 8-9, pp. 761-774; A. AMBROSINO e F. CASTIGLIONE, *Nuove forme di controllo a distanza dell'attività lavorativa: aspetti sostanziali e processuali della disciplina statutaria*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2011, fasc. 7-8, pp. 754-766.

⁷⁴⁵ Sul punto, in verità piuttosto dibattuto in dottrina e giurisprudenza, si veda P. LAMBERTUCCI, op. cit.

⁷⁴⁶ In senso contrario M.T. SALIMBENI, op. cit.; R. DEL PUNTA, op. cit., per il quale la vecchia disposizione conteneva anche un divieto assoluto di utilizzabilità dei dati raccolti mediante impianti legittimamente installati ai fini del rapporto di lavoro, trovando conferma tale argomentazione nel fatto che gli stessi provvedimenti autorizzativi precludevano tale facoltà di utilizzo dei dati. In verità è proprio il contenuto di quei provvedimenti che, al contrario, a mio avviso, confermava l'utilizzabilità dei dati e giustificava, di conseguenza, la specificazione di misure restrittive dei poteri datoriali che altrimenti la norma avrebbe consentito. Per i diversi orientamenti, si rinvia ancora a P. LAMBERTUCCI, op. cit. Ma in senso favorevole all'utilizzo anche disciplinare delle informazioni raccolte mediante impianti di controllo legittimamente autorizzati e installati, si veda Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, con nota di R. GALARDI. La stessa soluzione era già stata indirettamente ammessa dalla Cass., 17 luglio 2007, n. 15892, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 714 ss. Appare dunque chiaro che, sul punto, è da registrare un contrasto tra gli orientamenti della dottrina e quelli, più elastici, della giurisprudenza.

delle informazioni tramite di esso raccolte, risultano ora rigorosamente delimitate alle finalità “*esclusive*” previste dalla legge con la sola eventualità che sia il provvedimento di autorizzazione a selezionare – tra quelle teoricamente possibili – le funzionalità di controllo esercitabili dall’impianto⁷⁴⁷.

Ciò, per andare al concreto, con la conseguenza che un impianto di videosorveglianza autorizzato senza indicazione di alcuna specifica finalità potrà essere utilizzato per tutti gli scopi previsti dalla legge (esigenze organizzative, sicurezza del lavoro e tutela del patrimonio aziendale). Mentre un impianto autorizzato, ed esempio, solo per ragioni di sicurezza sul lavoro potrà consentire l’utilizzo dell’immagine esclusivamente per finalità di tutela dell’integrità psicofisica del dipendente (e non anche per altri scopi)⁷⁴⁸.

4.2. Segue: strumenti di controllo e tutela del patrimonio aziendale.

Contestualmente gli impianti che ricadono nel campo di applicazione del primo comma dell’art. 4 dello Statuto, una volta autorizzati, possono essere impiegati, oltre che (come in passato) per esigenze organizzative e produttive e di sicurezza sul lavoro, anche per esigenze di “*tutela del patrimonio aziendale*”.

Una novità che, ad un’attenta lettura, parrebbe assumere una portata bivalente.

Il riferimento alle esigenze di tutela del patrimonio aziendale sembrerebbe, in primo luogo, dare un senso concreto alla eliminazione del divieto di utilizzare gli impianti per finalità di controllo dell’attività dei lavoratori (abrogazione dell’art. 4, comma 1, vecchio testo), perché legittimerebbe un deciso ampliamento delle finalità di controllo di tali strumenti. Anche il puntuale adempimento dell’obbligazione lavorativa concorre alla valorizzazione del patrimonio aziendale, se preso in considerazione dal punto di vista del diritto di credito dell’imprenditore ad una prestazione di lavoro che ha, indubbiamente, un contenuto patrimoniale⁷⁴⁹.

Non può essere casuale, del resto, che l’art. 2 della legge n. 300/1970, dopo aver limitato l’intervento delle guardie giurate ai fatti che attengono alla tutela del patrimonio aziendale (comma 2), avverte la necessità di precisare, al comma 3, il divieto di adibire le stesse alla “*vigilanza sull’attività lavorativa*”. Con lo scopo di chiarire che – ai fini di quella disposizione, assistita da sanzione penale, e quindi non suscettibile di applicazione analogica ad altre fattispecie – il controllo posto a tutela del patrimonio, tendenzialmente esteso al contenuto dell’intera organizzazione, non può comprendere anche l’adempimento della prestazione di lavoro (che, in mancanza di quella specifica previsione, altrimenti, vi rientrerebbe)⁷⁵⁰.

⁷⁴⁷ In questo senso anche M. T. SALIMBENI, op. cit., che però nello svolgimento dell’argomentazione non sembra valorizzare adeguatamente il fatto che tra le finalità di controllo oggi consentite vi è anche quella della tutela del patrimonio aziendale.

⁷⁴⁸ È una conseguenza del fatto che nella nuova norma le finalità legislativamente tipizzate, in coerenza con i meccanismi del Codice *Privacy*, governano l’impiego dell’impianto e ne perimetrano esplicitamente le funzionalità di controllo, piuttosto che limitarsi ad incidere sul solo procedimento di autorizzazione alla installazione.

⁷⁴⁹ Assumendo che nel patrimonio confluiscono “elementi che sono considerati necessari e sufficienti e comunque essenziali perché l’entità composita di cui si ragiona possa esistere”, V. M. TRIMARCHI, *Patrimonio (nozione)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, pag. 273.

⁷⁵⁰ Adempimento che l’imprenditore, come noto, può controllare mediante il personale di vigilanza (art. 3, legge n. 300 del 1970).

Ne deriva che in linea teorica il controllo sul lavoro può assumere una dimensione diversa rispetto alla sua classica dimensione di controllo meramente preterintenzionale e potrebbe giustificare, esso stesso, almeno in teoria, l'installazione e l'utilizzo dell'impianto⁷⁵¹. Bene inteso, sempre ricordando che le informazioni raccolte potranno essere utilizzate ai fini del rapporto di lavoro solo nel rispetto di quanto previsto dall'art. 4, comma 3, e sempre ammesso che l'atto di autorizzazione dell'impianto (negoziale o amministrativo) non contenga, al suo interno, limiti specifici per ciò che attiene questa specifica modalità di utilizzo⁷⁵².

D'altro canto va però detto che il riferimento al patrimonio aziendale tende anche a ricondurre nel primo comma dell'art. 4 dello Statuto i controlli cosiddetti difensivi che la giurisprudenza ha, sino ad ora, sempre legittimato proprio con riferimento a questa specifica finalità. Un controllo, quello difensivo, escluso in passato dal campo di applicazione dell'art. 4 dello Statuto proprio perché esercitato a tutela del patrimonio aziendale, se pur con riferimento a comportamenti del lavoratore qualificabili come illeciti extracontrattuali (e non inadempimenti contrattuali)⁷⁵³.

Ciò con la conseguenza, potenzialmente assai restrittiva, che il furto del dipendente potrebbe essere validamente tracciato dal sistema di video sorveglianza, e utilizzato ai fini disciplinari, esclusivamente se effettuato tramite un impianto di controllo a distanza preventivamente autorizzato anche per esigenze di tutela del patrimonio aziendale⁷⁵⁴.

5. La necessaria ridefinizione del concetto di controllo difensivo.

È chiaro che la conseguenza di una siffatta conclusione, che a chi scrive appare pienamente giustificata dal tenore letterale della legge, sarebbe abnorme per l'eccessiva limitazione che introdurrebbe ai poteri di controllo del datore di lavoro. E ciò mi induce pertanto a sostenere con convinzione e senza indugi lo sforzo interpretativo di chi, con efficace argomentazione, propone un immediato aggiornamento della nozione giurisprudenziale di controllo difensivo⁷⁵⁵.

⁷⁵¹ In senso contrario A. MARESCA, op. cit.; V. MAIO, op. cit., pag. 1190, che a sostegno della persistente vigenza di un divieto di controllo diretto sull'attività lavorativa non manca di citare riferimenti costituzionali (art. 41, comma 2, Cost.) e fonti sovranazionali (Direttiva 95/46/CE; artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea). Mi permetto, al riguardo, di evidenziare alcune perplessità. In primo luogo, come esposto nel testo, non v'è ragione per non ricomprendere nelle esigenze di tutela del patrimonio aziendale anche l'esigenza di accertare il corretto adempimento della prestazione di lavoro. In secondo luogo, per ciò che attiene al temperamento, resta comunque da dire che gli impianti di cui al comma 1 dell'art. 4 devono essere autorizzati in via negoziale o amministrativa e, soprattutto, che il trattamento dei dati lecitamente raccolti viene ora assorbito ai sensi dell'art. 4, comma 3, dello Statuto, nella disciplina del Codice *Privacy* il cui scopo resta pur sempre quello di garantire i diritti fondamentali della persona.

⁷⁵² Circostanza che potrebbe verificarsi nel caso in cui l'autorizzazione sia concessa per finalità diverse da quella della tutela del patrimonio azienda o sia rilasciata per la tutela del patrimonio aziendale con restrizioni di utilizzo ai fini disciplinari.

⁷⁵³ A favore di questa interpretazione restrittiva che ritiene assorbiti nell'art. 4, comma 1, dello Statuto i controlli difensivi, R. DEL PUNTA, op. cit.

⁷⁵⁴ In questo senso, anche V. MAIO, op. cit., pag. 1195.

⁷⁵⁵ V. MAIO, op. cit., pag. 1200 per il quale, richiamando la nozione di legittima difesa nei rapporti inter privati (art. 2044 c.c. e art. 52 c.p.), il controllo difensivo estraneo al campo di applicazione dell'art. 4 dello Statuto dovrebbe essere quello "occasionato dalla necessità eccezionale, non dilazionabile nel tempo e non realizzabile altrimenti, di fronteggiare comportamenti del lavoratore che sono qualificabili come illecito" e che "integrano atti di aggressione contro il patrimonio altrui". In ciò, dunque, escludendo che la nozione aggiornata di controllo difensivo assuma rilevanza in conseguenza di un'esigenza di tutela del patrimonio aziendale, perché la nozione proposta dall'Autore è tutta incentrata sul comportamento illecito del dipendente. Opzione interpretativa a mio avviso da condividere, se pur necessari di un ulteriore sforzo per meglio qualificare da un punto di vista giuridico il comportamento che giustifica questo tipo di controllo.

Un controllo che dovrebbe essere considerato legittimo, anche in mancanza di autorizzazione negoziale o amministrativa, se effettuato mediante impianti il cui utilizzo è proporzionalmente orientato a scongiurare il rischio concreto di comportamenti del lavoratore di rilevanza penale posti in essere in occasione dello svolgimento della prestazione lavorativa.

Dove il requisito della proporzionalità sta ad indicare che il controllo può essere esclusivamente finalizzato ad accertare lo stato dei fatti a fronte del concreto sospetto di un comportamento illecito⁷⁵⁶, per il tempo a ciò strettamente necessario⁷⁵⁷, e quello della rilevanza penale tende invece a fare definitiva chiarezza sul labile confine che la giurisprudenza va delineando tra l'illecito contrattuale ed l'illecito extra contrattuale. Un confine eccessivamente esposto alla discrezionalità del Giudice per la banale considerazione che un illecito extra contrattuale posto in essere in occasione dello svolgimento del lavoro è pur sempre, allo stesso tempo, anche un illecito contrattuale e, cioè, un inadempimento degli obblighi assunti dal lavoratore con la stipulazione del contratto.

Del resto è proprio la rilevanza penale della condotta posta in essere dal dipendente - si pensi, per fare qualche esempio: al furto (art. 624 c.p.), alla truffa (art. 640 c.p.), al danneggiamento (635 c.p.), alla rissa (art. 588 c.p.); alle lesioni personali dolose (art. 582 c.p.); lesioni personale colpose (art. 590 c.p.) - che può agevolare, con una certa oggettività, la codificazione giurisprudenziale di una nuova tipologia di controlli a distanza difensivi che - facendo leva sulla peculiare rilevanza (penale) antigiuridica del comportamento controllato, più che sull'esigenza di tutela del patrimoni aziendale⁷⁵⁸ - esulano dal campo di applicazione dell'art. 4 della legge n. 300/1970⁷⁵⁹.

6. I controlli effettuati in adempimento di obblighi di legge.

Al pari dei controlli difensivi sembrano esclusi dal campo di applicazione dell'art. 4, comma 1, dello Statuto anche quei particolari strumenti di controllo che sono diretta conseguenza di obblighi di legge. Ciò, quanto meno, nel caso in cui l'imprenditore non abbia un margine di discrezionalità nella scelta delle modalità di adempimento dell'obbligo in questione e sia pertanto oggettivamente necessitato ad adeguarsi al precetto normativo facendo ricorso ad uno strumento di controllo a distanza⁷⁶⁰.

Ma se l'adempimento di un obbligo legittima l'installazione dell'impianto in virtù di una prescrizione speciale che prevale sull'art. 4, comma 1, dello Statuto, rendendo superflua l'autorizzazione ivi prevista, c'è anche da dire che il trattamento dei dati acquisiti non potrà che restare rigidamente circoscritto alla finalità specifica perseguita dalla legge speciale che lo impone e, trattandosi di scopi diversi da quelli connessi al rapporto di lavoro, interamente assoggettato al Codice

⁷⁵⁶ Anche in ragione del sospetto della sua esistenza o della mera ipotesi che illeciti siano in corso di esecuzione, come affermato da Cass. n. 3590/2011; n. 13789/2011; n. 12586/2011.

⁷⁵⁷ In questo senso, con maggiori dettagli, si veda V. MAIO, op. cit.

⁷⁵⁸ V. MAIO, op. cit.

⁷⁵⁹ Per V. MAIO, op. cit., invece, questo tipo di controllo difensivo riguarderebbe gli illeciti extra contrattuali, ma anche comportamenti che possano integrare notevolissimi inadempimenti.

⁷⁶⁰ Si pensi, solo per fare un esempio, al settore dell'autotrasporto ed alle misure di sicurezza imposte dal codice della strada per tracciare l'andamento del mezzo mediante l'installazione di cronotachigrafi con le caratteristiche e modalità di impiego definite dal Regolamento CEE n. 3821/85, poi sostituito dal Regolamento n. 165 del 2014 (art. 179 del d.lgs. n. 285/1992 "*Cronotachigrafo e limitatore di velocità*"). Ma in senso contrario, R. DEL PUNTA, op. cit.

Privacy (che, non a caso, esclude la necessità del consenso del lavoratore quando il trattamento è necessario per adempiere un obbligo di legge, art. 24, comma 1, lett. a), almeno per la parte in cui non sia sostituito da una normativa speciale di riferimento (come, ad esempio, il Reg. CEE n. 165/2014 in materia di tachigrafi digitali, che precisa finalità e modalità del trattamento dei dati)⁷⁶¹.

Con la conseguenza, a ben vedere, che – salva l'ipotesi che lo strumento di controllo sia autorizzato ai sensi dell'art. 4, comma 1, o sia qualificabile come strumento di lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 2 – sarà precluso l'utilizzo dei dati per finalità connesse al rapporto di lavoro.

7. Strumenti di lavoro e applicativi informatici.

Ben diverso, e assai più semplice, è il regime destinato agli strumenti di lavoro ed ai sistemi di registrazione di accessi e presenze (art. 4, comma 2) per i quali il legislatore non richiede autorizzazione all'installazione, né delimita le finalità del controllo, sul presupposto – come detto - che si tratti di apparati necessari all'organizzazione del lavoro (vedi *supra* al n. 3.3).

Il problema, per questi strumenti, è più che altro di tipo qualificatorio ed il criterio di classificazione proposto (vedi *supra* ai nn. 3 e ss.) richiede indubbiamente uno sforzo di specificazione argomentativa se prendiamo in considerazione gli innumerevoli strumenti informatici che, ormai, accompagnano ogni tipo di processo lavorativo.

Ed infatti, pur dovendo dare atto che nel settore informatico emerge spesso un'inestricabile integrazione di una pluralità di "strumenti", un approccio analitico alla questione, e soprattutto il più possibile rispettoso della *ratio* dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970, induce a premettere che i prodotti *software* devono necessariamente essere considerati autonomamente rispetto ai loro contenitori *hardware* e, soprattutto, nella loro oggettiva individualità tecnica. Cioè tenuto conto delle funzionalità proprie ed inscindibili di ciascun singolo applicativo informatico per il quale si pone un problema di classificazione come "strumento di controllo" (art. 4, comma 1) o "strumento di lavoro" (art. 4, comma 2).

7.1. Segue: *hardware* e *software*.

Quanto al rapporto tra *hardware* e *software* sembra chiaro che un conto è lo strumento di lavoro *computer*, *tablet* o *smartphone* e, ben altra, cosa sono gli applicativi informatici su di essi installati. Anch'essi, se in grado di esprimere una funzionalità di controllo dell'attività, destinati ad essere autonomamente qualificati come "strumenti di controllo" o "strumenti di lavoro".

A ragionare diversamente, del resto, l'ambito di applicazione dell'art. 4, comma 2, dello Statuto assumerebbe una dilatazione eccessiva e difficilmente governabile⁷⁶², perché l'attribuzione al dipendente di un *computer*, che certamente è uno strumento di lavoro, finirebbe per legittimare

⁷⁶¹ Affermazione, questa, che dovrebbe anche rassicurare chi, pur dando atto dell'esistenza di un obbligo di legge, ritiene che lo strumento di controllo (nel caso di specie, il cronotachigrafo) dovrebbe comunque essere autorizzato ai sensi dell'art. 4, comma 1, come R. DEL PUNTA, op. cit. Ciò anche tenuto conto che, a seguire questa interpretazione così restrittiva, si dovrebbe ammettere che il sindacato, o il ministero del lavoro, hanno addirittura il potere di condizionare l'avvio stesso dell'attività imprenditoriale, potendo rifiutare l'autorizzazione all'installazione di un impianto che, per legge, condiziona la legittima intrapresa di essa.

⁷⁶² Che, in fin dei conti, porterebbe a svuotare di senso lo stesso comma 1 dell'art. 4 dello Statuto, come correttamente evidenziato da R. DEL PUNTA, op. cit.

un utilizzo indiscriminato di ogni sorta di *software* di controllo, sempre al di fuori delle garanzie poste dall'art. 4, comma 1, dello Statuto⁷⁶³.

7.2. Segue: *software* e sistemi digitali complessi.

Fatta questa fondamentale premessa è dunque evidente che gli applicativi informatici di ciascuna rete digitale producono informazioni che il datore registra (cosiddetti *log*⁷⁶⁴) e, quindi, si prestano ad essere qualificati sia come strumento di controllo, se il lavoratore è soggetto meramente passivo del controllo che essi consentono, che come strumento di lavoro, se invece il lavoratore li utilizza attivamente nell'esecuzione della prestazione (si rinvia ai nn. 3 e ss. che precedono).

Il problema, piuttosto, è quello di capire come condurre il ragionamento qualificatorio quando il *software* è parte di una rete digitale complessa nella quale convivono anche centinaia di applicativi - dotati, ciascuno, di proprie funzionalità - destinati anche ad interagire gli uni con gli altri.

Se il *software* A utilizzato dal dipendente per la gestione della contabilità non produce *log* (e quindi non consente il tracciamento dell'attività del dipendente) senza l'installazione del software B, che soddisfa esclusivamente una funzione di controllo senza avere alcuna interfaccia con la persona che lavora, bisognerebbe concludere che il software A è uno strumento di lavoro ma che il controllo effettuato tramite il software B richiede l'autorizzazione di cui al comma 1 dell'art. 4 dello Statuto. Ciò sebbene A e B siano installati sul medesimo apparato *hardware*⁷⁶⁵.

Si tratta di un approccio qualificatorio che postula inevitabilmente accertamenti tecnici, talvolta anche complessi, sulle funzionalità del *software* di volta in volta preso in considerazione: sulla sua natura inscindibile o meno e, in estrema sintesi, sulla sua capacità tecnica di produrre *log*. Giacché qualunque programma utilizzato dal dipendente nello svolgimento della prestazione potrà essere qualificato come uno strumento di lavoro, e consentire il tracciamento dei dati, se questa seconda funzione, che poi è quella che determina il trattamento di dati personali e quindi anche la potenzialità del controllo, sia il prodotto di una caratteristica intrinseca del *software* medesimo e non, come nell'esempio sopra esposto, l'effetto tecnico di un applicativo aggiuntivo.

È il *software* utilizzato dal lavoratore per rendere la prestazione che deve produrre i *log*, non un ulteriore applicativo a ciò deputato. Ipotesi interpretativa, quest'ultima, che da un punto di vista giuridico rafforza il senso dell'informativa prevista dall'art. 4, comma 3, dello Statuto (vedi *infra*

⁷⁶³ R. DEL PUNTA, op. cit. In senso contrario, V. MAIO, op. cit., per il quale tutto ciò sarebbe adeguatamente compensato dalla consapevolezza che il lavoratore acquisisce mediante l'informativa dell'art. 4, comma 3, dello Statuto.

⁷⁶⁴ *Log* è un termine comunemente usato nell'informatica, specie in ambito sistemistico, con diversi significati. Il *log* (o *log-file* o *file-log*) è un file nel quale vengono registrate le operazioni che l'utente compie durante la sessione di lavoro ad un *database* o ad altri programmi. In altri termini, si tratta di documenti che risiedono nei *server* e nei quali, ad ogni collegamento, vengono inseriti informazioni relative alla visita dell'utente (IP *address*, data, ora, pagina richiesta ecc.). Alla luce di tale definizione, è facile comprendere come i *file* di *log*, sebbene in sé non costituiscano dato personale, possano, tuttavia, contenere dati sottoposti a tutela di riservatezza, e ciò in quanto tali dati potrebbero, anche indirettamente, condurre all'identificazione dei singoli utenti e della loro attività.

⁷⁶⁵ In senso contrario V. MAIO, op. cit., che invece tende a dare una nozione unitaria e piuttosto ampia di strumento di lavoro che finisce per ricomprendere, senza distinzioni, tutte le funzionalità disponibili sul medesimo apparato *hardware*. L'Autore contesta dunque la distinzione, che lui stesso ricostruisce, tra "funzione prestazione" e "funzione di controllo" dello strumento. Ma a seguire il suo ragionamento si finisce, per un verso, per offrire una nozione dilatata di strumento di lavoro che assorbe gran parte del campo di applicazione dell'art. 4, comma 1, e, soprattutto, per trascurare che è strumento solo ciò che viene utilizzato dal lavoratore, come dice la legge, per rendere la prestazione di lavoro.

al n. 11), il cui scopo è proprio quello di consentire al lavoratore di conoscere le funzionalità essenziali dello strumento di lavoro che usa e, in particolare, di essere consapevole del fatto che quell'applicativo che maneggia per ragioni di servizio produce *log* che verranno trattati dal datore di lavoro⁷⁶⁶.

Un caso interessante che si può a tal riguardo considerare è, probabilmente, quello del sistema *software* utilizzato nei *call center* per consentire ai dipendenti di gestire le telefonate in ingresso o uscita (cosiddetta "barra telefonica"). Uno strumento di lavoro digitale che per i tecnici del settore si compone inscindibilmente dell'interfaccia gestita dal lavoratore (il telefono virtuale) e delle funzionalità che tracciano e registrano i dettagli dell'attività lavorativa. Se il *software* è inscindibile, e consente il tracciamento dei dati senza ulteriori applicativi, è ragionevole affermare, per le considerazioni sopra esposte, che si ricada nel campo di applicazione dell'art. 4, comma 2. Ond'è che l'utilizzo dei dati tramite di esso tracciati sarà consentito solo nel rispetto dell'art. 4, comma 3, dello statuto⁷⁶⁷.

7.3. Gli strumenti di lavoro per uso promiscuo.

Altro profilo di indagine tutt'altro che trascurabile è quello che riguarda gli strumenti di lavoro che il dipendente è autorizzato ad utilizzare anche nella propria sfera strettamente privata (ad esempio, telefono per uso promiscuo) e, cioè, per ragioni del tutto estranee alla sfera dell'adempimento della prestazione di lavoro. In tale evenienza appare infatti evidente che lo strumento legittimamente utilizzato per esigenze extra lavorative non può, in alcun modo, consentire un tracciamento dei dati né, tanto meno, la loro utilizzabilità ai fini connessi al rapporto di lavoro. Si tratterà, piuttosto, di individuare protocolli tecnologici – di cui in verità già si può constatare l'esistenza - in grado di rimarcare la distinzione della sfera personale e professionale di utilizzazione di un determinato strumento o, forse troppo semplicisticamente, di precluderne l'utilizzo privato.

8. I sistemi di controllo di accessi e presenze.

È invece meno problematico delineare quella ulteriore *species* di strumenti di controllo - anch'essi ricompresi nell'art. 4, comma 2, al pari degli strumenti di lavoro – che si identifica negli strumenti di registrazione di accessi e presenze.

Questa categoria di strumenti potrà essere utilizzata, senza preventiva autorizzazione alla installazione, non solo (come in passato) per registrare l'inizio e la fine della giornata lavorativa⁷⁶⁸ ma

⁷⁶⁶ Da un punto di vista pratico è anche possibile che tale approccio interpretativo indurrà i datori di lavoro a farsi certificare dai fornitori di prodotti informatici l'inscindibilità del programma acquistato (e dato in uso ai lavoratori) e delle funzionalità (anche di controllo) che esso può esprimere, senza necessità di integrazione con ulteriori prodotti.

⁷⁶⁷ Diversamente R. DEL PUNTA, op. cit., ma, sembra di capire, sul presupposto che le informazioni vengano registrate da apparato aggiuntivo rispetto a quello utilizzato per rendere la prestazione. Ond'è che, se così fosse, ci troveremmo in perfetto accordo perchè, a ben vedere, arriveremmo entrambi alla medesima conclusione.

⁷⁶⁸ Questione che, in passato, non aveva mancato di evidenziare rilevanti problematiche applicative dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970 giacchè parte della giurisprudenza di merito qualificava l'utilizzo del *badge* per l'accesso e l'uscita dal luogo di lavoro come strumento di controllo a distanza (Trib. Napoli 29 settembre 2010, in Riv. It. Dir. Lav., 2011, II, pag. 31 (In senso contrario, però, Trib. Milano 26 marzo 1994, in Orient. Giur. Lav., 1994, pag. 23). Incertezze, per il vero, poi alimentate anche da parte della giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. n. 15892/2007). La chiarezza del tenore letterale della nuova disposizione non rende necessario, a mio avviso, ricostruire nella presente nota i termini puntuali di quegli orientamenti, oramai superati, che oscillavano da una estrema (e per certi versi incomprensibile) rigidità (il controllo in ingresso e uscita è un controllo a distanza sull'attività di lavoro) ad un più ragionevole e convincente bilanciamento degli interessi coinvolti (il controllo in ingresso e uscita non è controllo a distanza, perché peraltro

anche gli eventuali spostamenti del lavoratore effettuati all'interno dell'orario e dell'ambiente di lavoro⁷⁶⁹.

Spetterà solo al datore di lavoro la decisione sulle modalità di utilizzo di tali sistemi, essendo impensabile che si possa sindacare nel merito la determinazione dell'impresa di individuare aree aziendali riservate cui si accede mediante preventiva registrazione o, per altro verso, di prescrivere che il *badge* (o altro strumento di registrazione) debba essere utilizzato durante l'orario di lavoro, ad esempio, per spostarsi da una palazzina all'altra o per accedere ad un piano diverso da quello in cui il dipendente normalmente opera.

Semmai resta da chiarire che non v'è ragione per circoscrivere il concetto di accesso alla sola ipotesi di accesso in un ambiente fisico, con la conseguenza che anche gli accessi digitali alle reti informatiche sembrano rientrare in questa casistica, e che le modalità tecniche di registrazione di accessi e presenze potranno assumere contenuti variabili che possono implicare – ad esempio – anche l'utilizzo, nel rispetto delle prescrizioni del Garante, di dati biometrici⁷⁷⁰.

Ciò che invece sembra difficile fare rientrare in questa tipologia di controlli sono gli impianti che non si limitano a registrare l'accesso o la presenza del lavoratore in una determinata area (fisica o digitale che sia, non importa) ma che, piuttosto, tendono a monitorare costantemente gli spostamenti del dipendente. In tal caso, infatti, la registrazione non attiene esclusivamente al dato dell'accesso o della presenza perché si estende al costante divenire, anche nell'ambito del medesimo ambiente, del comportamento del lavoratore⁷⁷¹.

9. Il trattamento dei dati ai fini della gestione del rapporto di lavoro.

Le regole sin qui prese in considerazione sono quelle che legittimano l'utilizzo dello strumento di controllo e, quindi, la registrazione delle informazioni. Su tutt'altro piano si collocano le regole che invece governano il successivo trattamento di quei dati (art. 4, comma 3, della legge n. 300 del 1970).

Superando ogni diversa previsione contenuta nel d.lgs. n. 196 del 2003 la disposizione statutaria, richiamata dal medesimo Codice *Privacy* (art. 114), consente che le informazioni raccolte siano

non riguarda l'attività lavorativa, ma lo sono i controlli intermedi che consentono di tracciare gli spostamenti del lavoratore nell'ambiente di lavoro).

⁷⁶⁹ In senso diverso, M. T. SALIMBENI, op. cit., per la quale il legislatore farebbe esclusivamente riferimento ai sistemi di controllo di ingresso e uscita dall'azienda necessari, in sostanza, per controllare il rispetto dell'orario di lavoro. Interpretazione restrittiva, quest'ultima, che sembra a chi scrive del tutto priva di riscontro normativo e che, peraltro, nulla aggiungerebbe rispetto a quanto già avveniva nella vigenza della vecchia formulazione dell'art. 4 dello Statuto.

⁷⁷⁰ Con il Provvedimento Generale in tema di biometria del 12 novembre 2014, n. 513 (doc. web. n. 3556992), il Garante della *Privacy* ha adottato le Linee guida in materia di riconoscimento biometrico e firma grafometrica che delimitano i dati biometrici utilizzabili (ad esempio, impronte digitali e voce) e fissano regole di trattamento sia per l'accesso a sistemi informatici che ad aree fisiche riservate. In tema di dati biometrici si veda S. GIOTTO, *Trattamento dei dati biometrici e dignità della persona*, in *Nuova Giurisprudenza civile*, n. 3, 2012, 248; M. PULICE, *Sistemi di rilevazione dei dati biometrici e privacy*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 10, 2009, pag. 994.

⁷⁷¹ Nello stesso senso è intervenuta la Raccomandazione del Consiglio d'Europa *CM/Rec(2015)5* in materia di elaborazione e trattamento dei dati nel contesto lavorativo. Al punto 16.1 si legge "*Equipment revealing employees' location should be introduced only if it proves necessary to achieve the legitimate purpose pursued by employers and their use should not lead to continuous monitoring of employees*". Più in generale si veda A. SITZIA, *I controlli a distanza dopo il "Jobs Act" e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2015, fasc. 7.

utilizzate a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro. Ma l'utilizzabilità del dato richiede che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e che l'intera operazione avvenga nel rispetto di quanto previsto dal d.lgs. n. 196 del 2003. Si tratta di vincoli applicabili a tutti gli strumenti di controllo, a prescindere dal fatto che siano o meno anche strumenti di lavoro.

10. L'art. 4 dello Statuto e il rinvio al Codice *Privacy*.

In primo luogo si pone il problema di sapere cosa implica il rinvio al d.lgs. n. 196 del 2003, tenuto conto che i principi fondamentali del trattamento dei dati sono quelli della necessità, finalità, trasparenza, accesso, sicurezza, proporzionalità, accuratezza, conservazione per il giusto tempo (vedi *supra* al n. 1.1).

Se il riferimento a quella disciplina sembra anzitutto richiamare anche il potere regolamentare del Garante della *Privacy*, ond'è che il trattamento dei dati dovrà necessariamente tenere conto dei provvedimenti che verranno emessi in materia⁷⁷², una precisazione da fare è che il d.lgs. 196 del 2003 è applicabile nella misura in cui non sia espressamente derogato dal medesimo art. 4 dello Statuto, destinato a prevalere anche in ragione della sua natura di norma speciale che disciplina la tutela della riservatezza di un soggetto "interessato" qualificato (qual è il lavoratore subordinato) rispetto ad uno strumento di trattamento del dato altrettanto tipizzato (qual è lo "strumento di controllo a distanza").

La questione è di grande importanza perché sta a significare che l'esplicita autorizzazione legislativa al trattamento dei dati rilevati mediante strumenti di controllo per "tutti i fini connessi al rapporto di lavoro" (art. 4, comma 3), previo il rispetto dei commi 1 e 2 e fermo l'adempimento dell'obbligo di informativa, supera ogni diversa previsione del Codice *Privacy* in materia di consenso al trattamento e/o di finalità dello stesso.

10.1. Segue: la questione delle finalità del trattamento.

Quanto alla finalità del trattamento sembra infatti chiaro che la generale previsione del Codice *Privacy* per la quale i dati oggetto di trattamento "sono raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi" (art. 11, comma 1, lett. b) è, nel caso di specie, sostituita da una norma più specifica che autorizza esplicitamente trattamento delle informazioni raccolte ad ogni utilizzo connesso al rapporto di lavoro⁷⁷³.

Con ciò autorizzando un trattamento dei dati che non richiede alcun intervento valutativo del Garante e che apre prospettive che vanno ben oltre l'esercizio del potere disciplinare e la gestione delle politiche premiali.

⁷⁷² V. MAIO, op. cit., pag. 1210. Per una compiuta disamina dei provvedimenti emessi dal Garante in materia si veda L. PERINA, *L'evoluzione della giurisprudenza e dei provvedimenti del garante in materia di protezione dei dati personali dei lavoratori subordinati*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II.

⁷⁷³ In questo senso anche A. MARESCA, op. cit.

Basti considerare, del resto, all'impatto che il novellato art. 4 della legge n. 300/1970 può assumere, applicato unitamente all'art. 2103 c.c., nella strutturazione di modelli di mappatura di competenze anche in vista delle progressioni di carriera⁷⁷⁴. Ciò alla luce della possibilità di poter trattare (tramite gli strumenti di lavoro) dati di enorme impatto nella valutazione delle prestazioni di lavoro nell'ambito di percorsi professionali che risulteranno sempre più connotati (per effetto dell'ampliamento dello *ius variandi*) da una notevole rotazione di incarichi, tra l'altro funzionale all'accrescimento di professionalità ed alla individuazione delle mansioni più confacenti alle competenze e propensioni della persona⁷⁷⁵.

10.2. Segue: e del consenso al trattamento dei dati.

Quanto al consenso, invece, pare corretto osservare che la legge condiziona il trattamento dei dati al solo adempimento dell'obbligo di informativa, che è un atto unilaterale che non richiede alcuna manifestazione di consenso da parte dell'interessato⁷⁷⁶, osservato il quale le "*informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili*" (art. 4, comma 3).

È un capovolgimento della tradizionale prospettiva del Codice *Privacy* che, all'opposto, qualifica l'informativa come atto preliminare all'eventuale consenso dell'interessato e non (come invece avviene nella disciplina speciale giuslavoristica) quale condizione di legittimità, in sé considerata, del trattamento.

Peculiarità che esclude la necessità di acquisire il consenso del lavoratore e che ben si giustifica se si considera che i dati da trattare sono raccolti tramite strumenti di lavoro (art. 4, comma 2), il cui utilizzo non può certo dipendere da una manifestazione di volontà del lavoratore, o, comunque, tramite strumenti di controllo preventivamente autorizzati dall'accordo collettivo o dal provvedimento amministrativo per finalità legislativamente tipizzate (art. 4, comma 1).

Nell'art. 4, comma 3, della legge n. 300/1970 emerge dunque una regola decisamente speciale rispetto a quella, di portata generale, che richiede il consenso dell'interessato (art. 23 d.lgs. n. 196/2003) con l'eccezione delle ipotesi individuate all'art. 24 del medesimo Codice *Privacy*. Ipotesi, queste ultime, che richiedono una specifica autorizzazione del Garante (art. 24, lettera g) o che, per altro verso, facendo riferimento all'esecuzione di obblighi derivanti dalla legge (art. 24, lettera a) o da un contratto (art. 24, lettera b), non potrebbero da sole legittimare anche l'esercizio di diritti (e non di obblighi) derivanti dal medesimo contratto (compreso il diritto del datore di lavoro di esercitare il potere disciplinare ai sensi dell'art. 2106 c.c.)⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ G. COSTA, M. GIANECCHINI, *Risorse Umane. Persone, relazioni e valore*, Milano, 2013.

⁷⁷⁵ Pur dovendo dare conto delle possibili problematiche connesse alla profilazione del lavoratore, di cui si è detto (vedi *supra* al n. 2.1), anche se in questo caso, avvenendo il trattamento per finalità connesse al rapporto di lavoro, il consenso non dovrebbe comunque essere necessario (vedi *infra* al n. 10.2).

⁷⁷⁶ In questo senso anche A. MARESCA, op. cit. In senso contrario, ritiene invece necessario il consenso del lavoratore A. SITZIA, op. cit. In senso dubitativo M.T. CARINCI, op. cit.

⁷⁷⁷ A. SITZIA, op. cit., che, pur evidenziando come la normativa comunitaria escluda la necessità del consenso anche in caso di esercizio di un diritto da parte del titolare (art. 8, par. 2, lett. b, direttiva 95/46CE), conclude nel senso della necessità del consenso proprio richiamando queste disposizioni del Codice *Privacy* senza considerare, però, la specialità della disposizione giuslavoristica nel senso chiarito nel testo. Ben diverso, come detto (vedi *supra* al n. 2.1.), è invece il caso in cui il datore di lavoro intendesse utilizzare i dati raccolti per finalità diverse da quelle connesse al rapporto di lavoro, giacché in tale evenienza è condivisibile ritenere che trovi ordinaria applicazione non solo il principio dello scopo determinato e legittimo, da verificare caso per caso, ma anche la regola del consenso (e, in generale, l'intero Codice *Privacy* senza eccezione alcuna). Occorre comunque evidenziare che il Garante con "Linee guida

10.3. I principi del Codice *Privacy* che governano il trattamento dei dati del lavoratore.

Per il resto il Codice *Privacy* sembra destinato ad una piena operatività sia dal punto di vista dei diritti riconosciuti al soggetto “interessato”, che è il lavoratore, che per quanto concerne le modalità del trattamento.

Quanto al primo profilo, giusto per fare qualche esempio, il lavoratore potrà non solo rivendicare il diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano (art. 1)⁷⁷⁸ ma anche esercitare tutte le prerogative che la legge gli attribuisce (art. 7)⁷⁷⁹ per quanto concerne l'accesso e il pronto riscontro, la trasparenza del trattamento, l'accuratezza del trattamento e la conservazione nel tempo dei dati⁷⁸⁰.

Quanto al trattamento, invece, il datore di lavoro non potrà sottrarsi al principio di necessità (art. 3)⁷⁸¹, in virtù del quale il trattamento in concreto effettuato deve essere coerente con la specifica finalità perseguita⁷⁸² e deve, in via generale, tenuto anche conto del principio di pertinenza e non eccedenza, riguardare dati anonimi e aggregati, salva la necessità di identificare l'interessato⁷⁸³.

Ond'è che nella utilizzazione delle informazioni raccolte mediante gli strumenti di controllo il datore sarà normalmente tenuto ad adottare *policies* ispirate alla regola della gradualità dei controlli⁷⁸⁴, potendo di conseguenza disaggregare i dati relativi a gruppi di lavoro - e quindi procedere con un controllo mirato - solo a fronte di elementi di necessità che possono configurarsi, ad esempio, in presenza di una presunta violazione degli obblighi che il dipendente assume con la stipulazione del contratto ovvero, più in generale, per soddisfare altra specifica finalità connessa alla gestione del rapporto di lavoro che postuli, per l'appunto secondo il principio di necessità, l'analisi di dati individuali.

in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati” del 23 novembre 2006 ha precisato come il trattamento dei dati del lavoratore “è lecito se finalizzato ad assolvere obblighi derivanti dal contratto individuale di lavoro (ad esempio, per verificare l'esatto adempimento della prestazione...)” (punto 2.2).

⁷⁷⁸ Si vedano in tal senso le indicazioni date dal Garante nelle “Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati” del 23 novembre 2006 punto 8.3, per quanto riguarda la sicurezza dei luoghi ove vengono effettuati i trattamenti, la protezione da indebita conoscenza dei dati da parte di terzi, la tutela del segreto di ufficio, la prevenzione del rischio di accidentale conoscenza da parte di soggetti diversi (anche se dipendenti) da coloro che sono autorizzati al trattamento (cosiddetti incaricati).

⁷⁷⁹ Si vedano in tal senso le indicazioni date dal Garante nelle “Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati” del 23 novembre 2006 punti 9 e ss.

⁷⁸⁰ In materia di conservazione dei dati si veda il punto 6.2 delle “Linee guida del Garante per posta elettronica e internet” del 1 marzo 2007.

⁷⁸¹ Con riguardo ai principi generali cui informare il trattamento dei dati del lavoratore si vedano i punti 2.1 e 2.2 delle “Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati” del 23 novembre 2006.

⁷⁸² Ad esempio, in materia di sistemi di localizzazione della vettura il trattamento non dovrebbe riguardare il monitoraggio costante della posizione della vettura, ma la rilevazione della stessa quando ciò sia necessario per la finalità specifica perseguita dal datore di lavoro (Provvedimento Garante sui sistemi di localizzazione dei veicoli nell'ambito del rapporto di lavoro del 4 ottobre 2011). Si pensi al caso in cui il posizionamento della vettura viene rilevato dal datore di lavoro per trasmettere al lavoratore l'incarico da eseguire, secondo un criterio di prossimità alla sua posizione di quel momento.

⁷⁸³ Ad esempio, come prescritto dal Garante nelle linee guida per la posta elettronica e internet del 1 marzo 2007 (punto 6), per ciò che riguarda il controllo preliminare su dati aggregati e, in caso di riscontro di anomalie, su base individuale.

⁷⁸⁴ Si veda in via esemplificativa, ancora, il punto 6.1 delle “Linee guida del Garante per posta elettronica e internet” del 1 marzo 2007.

È interessante notare come l'applicazione di tali principi porti, in fin dei conti, a valorizzare il fine concreto, tra quelli connessi al rapporto di lavoro, perseguito dal datore di lavoro con il trattamento dei dati del lavoratore. Non tanto per effettuare una valutazione di legittimità della finalità, che è già stata compiuta dal legislatore (art. 4, comma 3, dello Statuto). Quanto, piuttosto, per tarare il contenuto e la modalità del trattamento a ciò che rimane strettamente funzionale a quello scopo concreto.

11. L'informativa, tra adempimenti *privacy* e regolamenti aziendali.

L'informativa richiesta dall'art. 4, comma 3, della legge n. 300 del 1970 riguarda le modalità d'uso degli strumenti (non importa se ricadenti nel comma 1 o 2 di quella disposizione) e di effettuazione dei controlli.

Si tratta di adempimenti diversi da quelli richiesti per l'informativa prevista dall'art. 13 del Codice *Privacy*, quanto meno perché più mirati e specifici, pur essendo il caso di rimarcare che quest'ultima disposizione impone comunque di mettere a conoscenza l'interessato dell'esistenza dei controlli e delle "modalità del trattamento cui sono destinati i dati". Tale previsione sembra in qualche modo destinata a sovrapporsi con quanto prescrive l'art. 4 dello Statuto almeno per ciò che concerne la comunicazione delle "modalità di effettuazione dei controlli" che, in fin dei conti, è pur sempre una modalità, se pur qualificata, di trattamento dei dati⁷⁸⁵.

Quanto al contenitore dell'informativa non v'è ragione, a ben vedere, per affermare che la legge fissi dei vincoli specifici. Ne deriva che in via astratta le informazioni richieste potranno indistintamente essere contenute in documenti aziendali autonomi rispetto alla documentazione *privacy* o, per altro verso, totalmente o parzialmente incorporate nell'informativa di cui all'art. 13 del Codice *Privacy*.

In concreto, pur tuttavia, va detto che il contenuto dell'informativa prevista dall'art. 4 dello Statuto presenta delle peculiarità che ne giustificano, anche da un punto di vista formale, un'autonoma valorizzazione. Una conferma, del resto, la si può ricavare dagli stessi provvedimenti del Garante⁷⁸⁶.

La comunicazione relativa alle modalità d'uso degli strumenti, ad esempio, ha un'impronta più strettamente giuslavoristica perché riconducibile ad una manifestazione del potere direttivo del datore di lavoro. Ne deriva che questo tipo di informazioni si presta, coerentemente, ad essere contenuta in *policies* aziendali destinate a disciplinare le modalità di uso di categorie omogenee di strumenti di controllo (video sorveglianza, apparati ICT, sistemi registrazioni accessi e presenze, ecc.).

Per ciò che invece concerne le modalità di effettuazione dei controlli è credibile che l'informativa prenda corpo in documenti separati, se pur destinati ad integrarsi vicendevolmente. Ciò in quanto l'informativa *privacy* resa ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 196/2003 tenderà ad esplicitare i principi generali del trattamento dei dati (ad esempio: necessità, accuratezza, tempo di registrazione dei

⁷⁸⁵ Interessante notare che nelle Linee guida per posta elettronica e internet del 10 marzo 2007 il Garante ha prescritto ai datori di lavoro, ai sensi dell'art. 154, comma 1, let. c), di "indicare le modalità d'uso degli strumenti messi a disposizione e se, in che misura e con quali modalità vengano effettuati controlli".

⁷⁸⁶ Mi riferisco alle Linee guida su internet e posta elettronica del 2007 ove il Garante (punto 3.2.) invita i datori di lavoro ad adottare un "disciplinare interno" da rendere noto ai lavoratori con le medesime modalità previste dall'art. 7 dello Statuto.

dati, accesso), prestandosi poi ad essere integrata, nelle *policies* aziendali, dalle più specifiche indicazioni richieste dalle peculiarità di ogni categoria di strumenti di controllo.

Quanto al contenuto, invece, appare inevitabile che l'informativa per soddisfare i requisiti di legge debba riguardare tutti gli strumenti di controllo (anche se strumenti di lavoro), con indicazione individualizzata delle loro funzionalità essenziali, delle modalità d'uso e dell'esistenza di un tracciamento di dati che il datore di lavoro si riserva di utilizzare a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro.

È però plausibile che per quanto concerne le "modalità d'uso" il contenuto dell'informativa sia destinato ad essere diversificato a seconda che si considerino gli strumenti di controllo o, per altro verso, gli strumenti di lavoro. Nel primo caso, infatti, l'informativa tenderà ad illustrare l'utilizzo che dello strumento si riserva di fare il datore di lavoro (nel rispetto, ovviamente, dell'accordo collettivo o del provvedimento di autorizzazione. Si pensi agli orari e agli angoli di visualizzazione dell'impianto di video sorveglianza). Per gli strumenti di lavoro, invece, l'informativa conterrà le prescrizioni cui il lavoratore si dovrà attenere nello svolgimento della prestazione (si pensi, ad esempio, all'eventuale divieto di utilizzo della mail aziendali per attività personali).

L'informativa, a prescindere dal contenitore prescelto, dovrà essere portata a conoscenza dei lavoratori. Vi sono opinioni divergenti sulla necessità che il lavoratore dia conferma individuale dell'avvenuta ricezione dell'informativa⁷⁸⁷ o se, per altro verso, sia sufficiente anche una comunicazione generalizzata⁷⁸⁸. Riterrei sufficiente anche questa seconda modalità di comunicazione, a condizione che il lavoratore sia avvisato del rilascio dell'informativa e che la relativa documentazione (digitale o meno) sia accessibile. Ciò in quanto è specifico obbligo del lavoratore aggiornarsi sulla evoluzione dei regolamenti aziendali che, per contratto, deve osservare nello svolgimento delle sue mansioni (art. 2094 c.c.; art. 2104 c.c.).

⁷⁸⁷ A. MARESCA, op. cit.

⁷⁸⁸ R. DEL PUNTA, op. cit.