

AIDP

ASSOCIAZIONE ITALIANA PER
LA DIREZIONE DEL PERSONALE

Gruppo Regionale Lombardia

**LA GESTIONE
DEL PERSONALE
ALLA LUCE DELLE ULTIME
NOVITÀ NORMATIVE**

Capitolo 4

**LA DISCIPLINA DEL DIVIETO
DI CONTROLLO NEL NUOVO
ART. 4 DELLO STATUTO TRA
LEGITTIMAZIONE E TUTELA
DELLA PRIVACY**

Luca Failla
Founding Partner
LabLaw Studio Legale

1. LA NUOVA DISCIPLINA DEI CONTROLLI

Il potere di controllo costituisce tradizionale espressione del potere gerarchico nonché di direzione e organizzazione dell'impresa. Esso è attribuito al datore di lavoro dal codice civile ed è contenuto, nella sua portata generale, nell'art. 2086 e nell'art. 2104 c.c. Tali norme consentono al datore di lavoro di organizzare l'attività dei propri collaboratori in posizione di supremazia gerarchica e verificare, pertanto, il corretto adempimento della prestazione lavorativa.

Tale potere la cui originaria previsione risale all'ordinamento corporativo, incontra un importante limite nella previsione dell'art. 4 Stat. lav. (legge n. 300/1970) sia nel testo in vigore fino al 23 settembre 2015 sia nel testo novellato dal legislatore per effetto delle modifiche apportate dall'art. 23 del d.lgs. n. 151/2015 e dal successivo decreto correttivo approvato con d.lgs. n. 185/2016. Tale norma vietava in passato e continua a vietare oggi, l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

Tuttavia, con l'entrata in vigore nel 2015 del testo rinnovato dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, il legislatore ha voluto operare un importante adeguamento della norma, ferma nel suo impianto generale agli anni '70, al fine di renderla più aderente alle necessità e agli obiettivi di una moderna organizzazione d'impresa. La nuova formulazione della norma ha, peraltro, posto da subito all'attenzione degli interpreti e degli operatori l'interrogativo in ordine alle possibili implicazioni - in termini di privacy del lavoratore - scaturenti dall'applicazione della nuova disciplina.

Da questo punto di vista la norma ha adottato un meccanismo di bilanciamento tra la necessità (e opportunità) di far cadere alcune rigidità normative connesse con l'uso e la pervasività della tecnologia nel normale svolgimento della prestazione lavorativa e la potenziale raccolta di dati - utilizzabili eventualmente anche a fini disciplinari - che determina la necessità del rispetto di alcuni principi fondamentali di tutela non solo della privacy, ma soprattutto della riservatezza e della dignità morale del lavoratore. Principi che restano sanciti dall'art. 1 e dall'art. 8 dello Statuto dei lavoratori.

In questo ambito la norma, nel testo novellato, ha voluto operare una distinzione fondamentale tra **strumenti e apparecchi di controllo** in senso stretto (di solito le apparecchiature fisse, quale le telecamere di sorveglianza) e **gli strumenti di lavoro**.

1.1. I limiti al potere di controllo: quando è richiesta l'autorizzazione preventiva

Costituiscono **limiti di carattere generale al potere di controllo del datore di lavoro** l'art. 1 Stat. lav. che riconosce ai lavoratori il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero nei luoghi lavorativi nel rispetto dei principi della Costituzione (art. 21 cost.) e dello stesso Statuto e, significativamente, l'art. 8 Stat. lav. che vieta al datore di lavoro, sia all'atto dell'assunzione che nel corso del rapporto, anche a mezzo di terzi, di effettuare indagini sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore. La *ratio* della norma è sempre stata quella di impedire che valutazioni non aventi alcuna attinenza con la capacità professionale del lavoratore potessero determinare l'adozione di comportamenti discriminatori nei confronti dello stesso. È per tale ragione che l'interpretazione e l'applicazione della norma, sia nel vecchio testo, sia a maggior ragione nel nuovo testo, vengono valutate unitamente alla disciplina speciale relativa **alla tutela della Privacy** (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196).

In tale contesto, nulla è cambiato per le installazioni "fisse": la norma identifica sempre nelle RSA (o RSU) i soggetti con i quali stipulare gli accordi sindacali (con la particolarità relativa alle aziende con unità produttive in diverse province che possono stipulare gli accordi con le OOSS più rappresentative a livello nazionale). In mancanza di accordo, si procede con **autorizzazione amministrativa**. Qui il **decreto correttivo del 2016** – art. 5 del d.lgs. n. 185/2016 - è intervenuto prevedendo che la competenza al rilascio dell'autorizzazione – in mancanza di accordo sindacale - non sia più affidata alla Direzione Territoriale del Lavoro (che, tra l'altro è Ufficio periferico del Ministero del lavoro) ma alla sede centrale o territoriale del nuovo organismo sorto anch'esso dalla riforma

Jobs Act ossia l'Ispettorato Nazionale del lavoro (che con il Ministero del lavoro ha un rapporto di vigilanza e non gerarchico). La competenza ai fini dell'autorizzazione è affidata, rispettivamente, alle strutture territoriali o centrali dell'Ente a seconda che l'azienda interessata abbia un'unica unità produttiva ovvero più unità produttive ubicate in ambiti di competenza di diverse sedi territoriali dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, prevedendo altresì che il relativo **provvedimento amministrativo** sia **definitivo** e, quindi, inappellabile. Scelta quest'ultima che è scaturita dalla necessità di voler precisare che avverso il relativo provvedimento amministrativo non è possibile presentare ricorso gerarchico ai sensi del d.p.r. n. 1199/1971.

1.2. Gli strumenti di lavoro

Sul fronte, invece, degli **strumenti di lavoro**, la norma elimina ogni dubbio in merito alla necessità o meno di una preventiva autorizzazione, senza tuttavia far venire meno quegli obiettivi di tutela della privacy e della dignità morale del lavoratore che costituiscono ancora oggi un presupposto fondamentale di applicazione della norma²³.

È ciò in ossequio anche al più ampio divieto di indagine sulle opinioni, intatto nel suo impianto generale perché di matrice costituzionale (art. 21 cost.) così come intatto è rimasto anche l'art. 113 del Codice della Privacy. In definitiva si è determinata una maggiore apertura da parte dell'ordinamento giuridico sulle implicazioni (possibili) del controllo derivanti dall'uso degli "strumenti mobili" (notebook/tablet/Smartphone, etc.) che sono stati negli anni di fatto utilizzati dai lavoratori (e dalle aziende) anche senza accordo con le OOS ovvero autorizzazione amministrativa.

È da tale esigenza di tutela della privacy che scaturisce il nuovo comma 3 della norma. Si fa riferimento al richiamo espresso, oggi è contenuto nella norma, agli obblighi di corretta informazione al lavoratore in ordine ai rischi del controllo derivanti dall'uso degli strumenti di lavoro, che acquista particolare rilevanza sul piano organizzativo e quale pre-

23. Si fa riferimento ad esempio agli strumenti che possano determinare forme di controllo occulto, quali ad esempio i GPS sui quali si è espresso l'INL con la Circolare n. 2/2016 prevedendo che per essi resti necessario il provvedimento di autorizzazione

supposto anche per la revisione dei regolamenti interni, anche ai fini dell'esercizio del potere disciplinare. La norma afferma infatti che *“Le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196”*.

I dati lecitamente raccolti possono ormai essere utilizzati dal datore di lavoro *“a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro”*, ivi compreso quello diretto al controllo sull'esatto adempimento della prestazione lavorativa, così come all'esercizio del potere disciplinare, purché la tracciabilità delle informazioni eventualmente raccolte sia opportunamente regolamentata in quanto bisognosa, sul piano organizzativo, di una gestione attenta ed *“informata”* a tutela della persona del lavoratore, secondo gli ordinari principi enunciati nell'art. 8 legge n. 300/1970, fatti propri negli anni anche dal Garante della privacy.

Negli orientamenti giurisprudenziali²⁴ continua tuttavia ad emergere con particolare vigore che le modalità di controllo attuate con strumenti informatici che provvedano in modo occulto alla raccolta di dati, non possono quasi mai rientrare tra i controlli preterintenzionali *“difensivi”*, ammessi nel vecchio come nel nuovo regime per le finalità connesse con esigenze organizzative ovvero di tutela del patrimonio aziendale o per ragioni di sicurezza²⁵. Si afferma in buona sostanza che, se per l'esigenza di evitare attività illecite o per motivi organizzativi o produttivi, possono essere installati impianti ed apparecchiature di controllo dai quali possano essere ricavati anche dati relativi all'attività lavorativa dei lavoratori, è tuttavia possibile utilizzare tali dati solo in presenza delle garanzie derivanti dall'accordo sindacale o dalla procedura di autorizzazione amministrativa. In mancanza, si realizza in ogni caso una forma di controllo a distanza, vietato, perché lesivo della dignità del lavoratore, in violazione delle disposizioni dell'art. 8, L. n. 300/1970. Ciò coerentemente - peraltro - con gli orientamenti espressi in questi anni dal Garante della Privacy, sempre molto restrittivi, soprattutto alla luce delle potenzialità di controllo occulto derivanti dai nuovi strumenti tecnologici²⁶.

In pratica, continua a trovare affermazione il principio per cui l'art. 4

24. Si veda anche la Tabella riepilogativa sull'ultima giurisprudenza riportata in calce.

25. Cass. 9 settembre 2016, n. 18302.

26. Sul punto si veda il Provvedimento del Garante 13 luglio 2016, n. 303.

L. n. 300/1970 fa parte di quella complessa normativa diretta a contenere in vario modo le manifestazioni del potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro che, per le modalità di attuazione incidenti nella sfera della persona, si ritengono lesive della dignità e della riservatezza del lavoratore, sul presupposto che la vigilanza sul lavoro, ancorché necessaria all'organizzazione produttiva vada mantenuta in una dimensione umana e cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua ed anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro²⁷.

Dello stesso avviso anche Cass. Pen. 6 dicembre 2016, n. 51897 la quale afferma che *“con la rimodulazione dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, è solo apparentemente venuto meno il divieto esplicito di controlli a distanza, nel senso che il superamento del divieto generale di detto controllo non può essere predicato sulla base della mancanza nel nuovo art. 4, di una indicazione espressa (com'era al comma 1 del previgente art. 4) di un divieto generale di controllo a distanza sull'attività del lavoratore, avendo la nuova formulazione solamente adeguato l'impianto normativo alle sopravvenute innovazioni tecnologiche e, quindi, mantenuto fermo il divieto di controllare la sola prestazione lavorativa dei dipendenti, posto che l'uso di impianti audiovisivi e di altri strumenti di controllo può essere giustificato 'esclusivamente' a determinati fini, che sono 'numerus clausus' (cioè per esigenze organizzative e produttive; per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale) e alle condizioni normativamente indicate, sicché residua un regime protezionistico diretto a salvaguardare la dignità e la riservatezza dei lavoratori, la cui tutela rimane primaria nell'assetto ordinamentale e costituzionale seppur bilanciabile sotto il profilo degli interessi giuridicamente rilevanti con le esigenze produttive ed organizzative o della sicurezza sul lavoro”*.

1.3. Le implicazioni organizzative

Nel quadro del nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori il discrimine tra liceità e non liceità nell'uso a fini disciplinari dei dati raccolti attraverso gli strumenti di lavoro viene dettato da un lato dalla presenza di nuove e più rigorose policy interne e, dall'altro dalla valutazione in ordine alla

²⁷ Cass. 8 novembre 2016, n. 22662.

indispensabilità del *device* per rendere la prestazione lavorativa, oltre che dalla valutazione della maggiore o minore idoneità del comportamento contestato a ledere il vincolo fiduciario alla base del rapporto di lavoro, anche in assenza di un danno significativo.

Come affermato dai primi commentatori della riforma²⁸ molte sono le implicazioni di natura organizzativa che derivano dal nuovo contesto normativo e che governano oggi la revisione delle policy e delle procedure interne:

- trasparenza
- informazione;
- prevenzione;
- proporzionalità²⁹.

Vi è un altro elemento che emerge significativamente dalla riforma ed è che se l'ordinamento giuridico ammette oggi l'utilizzo dei dati raccolti anche a fini disciplinari, questo elemento – normativo - indica alle OOSS una strada di rinnovamento e di innovazione ben precisa. Ancora una volta in chiave organizzativa per una moderna ed efficace rappresentanza di tutti gli interessi in gioco.

Da questo punto di vista, nel nuovo contesto normativo e come osservato anche dalla dottrina³⁰, il rispetto della procedura co-determinativa resta ancora oggi - peraltro - una fortissima garanzia per il datore di lavoro e deve poi essere accompagnato dalle policy e dai regolamenti interni, implementati *ad hoc* ovvero opportunamente aggiornati proprio in relazione alle modalità di uso degli strumenti di lavoro. Infatti tramite l'accordo sindacale o, in alternativa, grazie al provvedimento dell'autorità amministrativa è possibile regolare tra le parti tutta una serie di controlli particolarmente invasivi per la sfera privata dei lavoratori, ma anche le possibili conseguenze disciplinari.

28. Cfr. G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di) *Commentario breve alla riforma Jobs Act*, Milano 2016

29. Cfr. INGRAO A., *Il controllo a distanza realizzato mediante Social network*, LLI, 2, n. 1, 2016.

30. Cfr. G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di) cit.

Tabella di confronto

Vecchio Art. 4 Statuto Lavoratori	Nuovo Art. 4 Statuto Lavoratori
<p>Divieto assoluto nell'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori</p>	<p>Viene meno il principio del divieto assoluto</p>
<p>Gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro sono ammessi</p>	<p>Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale</p>
<p>Previo accordo con OOSS / Autorizzazione dell'INL</p>	<p>Previo accordo con le OOSS / autorizzazione Ispettorato Nazionale del lavoro (territoriale ovvero centrale per le aziende multi-localizzate). Il provvedimento è definitivo.</p>
	<p>La procedura amministrativa non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze</p>
	<p>Le informazioni raccolte sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal d.lgs. 30.6.2003, n. 196</p>
<p>Salvo che la condotta posta in essere dal datore di lavoro non configuri un reato più grave, la violazione dell'art. 4 Stat. Lav. comporta la condanna a un'ammenda compresa tra i 154,00 e 1.549,00 euro o l'arresto da 15 giorni a un anno. Nei casi più gravi la pena pecuniaria e quella detentiva possono essere applicate congiuntamente (art. 38 Stat. lav. richiamato dall'art. 171 d.lgs. n. 196/2003)</p>	<p>Salvo che la condotta posta in essere dal datore di lavoro non configuri un reato più grave, la violazione dell'art. 4 Stat. Lav. comporta la condanna al un'ammenda compresa tra i 154,00 e 1.549,00 euro o l'arresto da 15 giorni a un anno. Nei casi più gravi la pena pecuniaria e quella detentiva possono essere applicate congiuntamente (art. 38 Stat. lav. richiamato dall'art. 171 d.lgs. n. 196/2003)</p>

Gli ultimi orientamenti giurisprudenziali

Massima/Principio	Estremi
Anche per i controlli difensivi trovano applicazione le garanzie dell'art. 4, infatti qualora sia necessaria l'installazione di apparecchi di controllo per l'esigenza di evitare attività illecite o per motivi organizzativi o produttivi, qualora questi apparecchi rilevino dati relativi anche all'attività lavorativa dei lavoratori, anche se adottati in accordo con le rappresentanze sindacali, non è consentito che attraverso questi apparecchi si ponga in essere, un controllo a distanza dei lavoratori .	Cass. 19 settembre 2016, n. 18302 Cass. 10 novembre 2017, n. 26682
La mancanza nell'art. 4 del divieto esplicito di controlli a distanza, non implica il venir meno del principio del divieto di controllo a distanza che si manifesta nel diritto dei lavoratori alla salvaguardia della dignità e della riservatezza .	Cass. pen. 6 dicembre 2016, n. 51897 Cass. pen. 31 gennaio 2017, n. 22148
L'uso di strumenti di controllo può essere giustificato "esclusivamente" per esigenze organizzative e produttive, sicurezza del lavoro e tutela del patrimonio aziendale	
I controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori nel caso in cui la sorveglianza riguardi l'espletamento dell'attività lavorativa e venga attuata mediante strumenti potenzialmente lesivi della sfera personale è subordinata al previo accordo con il sindacato o all'intervento dell'Ispettorato del lavoro,.	Cass. 8 novembre 2016, n. 22662
La mera predisposizione di apparecchiature idonee a controllare a distanza l'attività dei lavoratori, anche se non operanti, configura un reato di lesioni della riservatezza dei lavoratori.	Cass. pen. 7 aprile 2016, n. 45198
E' lecita e non soggiace alle limitazioni previste dall'art. 4 della L. 20 maggio 1970, n. 300, l'installazione di impianti e apparecchiature di controllo che sia attuata al solo fine della tutela del patrimonio aziendale e dalla quale, inoltre, non derivi la possibilità di controllo a distanza dell'attività del personale	Cass. 2 maggio 2017, n. 10637
Le disposizioni dell'art. 4 L. n. 300/1970 non sono applicabili all' attività investigativa svolta da un'agenzia privata e connessa ad una specifica indagine su pretese violazioni di un dipendente in relazione a compiti esterni fuori sede, indagine che ricade nella figura del "controllo difensivo" da parte del datore di lavoro in una sfera eccedente i luoghi di lavoro	Cass. 18 luglio 2017, n. 17723

Gli ultimi orientamenti giurisprudenziali

La rilevazione dei dati di entrata ed uscita dall'azienda mediante un'apparecchiatura di controllo utilizzabile anche in funzione di controllo dell'osservanza dei doveri di diligenza nel rispetto dell'orario di lavoro e della correttezza dell'esecuzione della prestazione lavorativa, non concordata con le rappresentanze sindacali, né autorizzata dall'ispettorato del lavoro, si risolve in un controllo sull'orario di lavoro e in un accertamento sul "quantum" della prestazione, rientrante nella fattispecie prevista dall'art. 4 della L. 20 maggio 1970, n. 300

Cass. 14 luglio 2017,
n. 17531

I controlli difensivi leciti sono quelli posti in essere dal datore e diretti ad accertare, attraverso verifiche a distanza, i comportamenti dei lavoratori, con l'obiettivo di tutelare le esigenze organizzative e produttive ovvero la sicurezza del lavoro. **Non sono leciti** invece i controlli e le verifiche attivate dal datore e dirette ad accertare comportamenti del prestatore illeciti se relativi alla tutela di beni estranei al rapporto di lavoro stesso.

Corte d'Appello di
Roma, 23 maggio
2015,

Corte d'Appello di
Genova 17 giugno
2016

Tribunale di Milano,
28 giugno 2017

Ai fini della violazione del disposto di cui all'art. 4 della legge n. 300 del 1970 (Statuto dei Lavoratori), è sufficiente la potenziale idoneità dei dispositivi al controllo a distanza dei lavoratori, senza la preventiva attivazione della procedura prevista dalla medesima norma. Non assume alcun rilievo, in senso contrario, la circostanza che al momento del controllo i dispositivi risultino inattivi.

Tribunale di Milano
10 febbraio 2017

Bibliografia

- G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di) *Commentario breve alla riforma Jobs Act*, Milano 2016
- INGRAO A., *Il controllo a distanza realizzato mediante Social network*, LLI, 2, n. 1, 2016
- SALAZAR P.; FAILLA L. *Controlli difensivi: quali i limiti nel nuovo contesto dell'art. 4 l. n. 300/1970* – Commento a Cass. n. 18302/2016, Lav. Giur. 2/2017.