



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Università degli Studi di Padova

Padua Research Archive - Institutional Repository

Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 St. lav. e il consenso (del lavoratore)

Original Citation:

Availability:

This version is available at: 11577/3182534 since: 2016-09-30T09:13:13Z

Publisher:

Published version:

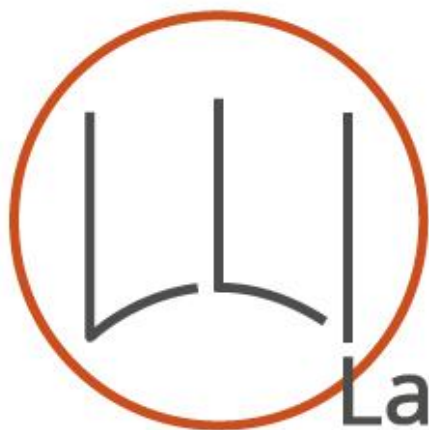
DOI:

Terms of use:

Open Access

This article is made available under terms and conditions applicable to Open Access Guidelines, as described at <http://www.unipd.it/download/file/fid/55401> (Italian only)

(Article begins on next page)



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei
lavoratori: il nuovo articolo 4 st. lav. e il consenso
(del lavoratore)**

ANDREA SITZIA

Università degli Studi di Padova

vol. 2, no. 1, 2016

ISSN: 2421-2695





Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 st. Lav. e il consenso (del lavoratore)

ANDREA SITZIA

Università degli Studi di Padova

andrea.sitzia@unipd.it

ABSTRACT

The Author examines the issue of the role of the consent in exercising “technological controls” on employees. The study moves away the construction of new Article 4 of the “Worker’s Statute” (Law no. 300/1970) on the part in which, in particular, it allows the control of working tools.

In the second part it is taken in consideration the interaction of the “Worker’s Statute” with the Italian Data Protection Code (D. Lgs. 196/2003) and the result highlights some regular anomalies specifically with regards to the consent to the treatment of sensitive personal data.

Keywords: Employer’s Monitoring Powers; Control; Employees’ Privacy; Information and Consent.

Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 St. lav. e il consenso (del lavoratore)

SOMMARIO: 1. Delimitazione del problema: il ruolo del consenso nel sistema del Codice privacy - 2. Il nuovo articolo 4 St. lav.: il secondo comma e il controllo sull'attività dei lavoratori - 3. Statuto dei lavoratori e Codice privacy: informativa e consenso - 4. Controllo e consenso

1. Delimitazione del problema: il ruolo del consenso nel sistema del Codice privacy

La tormentata riforma dell'art. 4 St. lav. pone una serie di rilevanti questioni interpretative, direttamente incidenti nella prospettiva della tutela degli ambiti di riservatezza personale nei luoghi di lavoro (1).

Tra queste una rilevanza primaria assume il delicato problema del rapporto tra Statuto dei lavoratori e "Codice privacy" (ad oggi il d.lgs. n. 196 del 2003, destinato ad essere soppiantato da un Regolamento europeo che pare ormai in dirittura d'arrivo), che viene riproposto dal terzo comma del nuovo art. 4 St. lav., come dimostra la recentissima affermazione del nostro Garante privacy a mente della quale nella materia dei "controlli datoriali" «sarà proprio il rispetto dei principi del Codice privacy il principale argine a un utilizzo pervasivo dei controlli sul lavoro» (2).

Tra i due – conviventi – modelli normativi vi è (da sempre) una netta differenza metodologica e valoriale, atteso che il primo (lo Statuto dei lavoratori) è portatore di una serie di divieti che inibiscono comportamenti dell'impresa ritenuti lesivi della dignità del lavoratore, mentre il secondo (il Codice privacy, come già la legge n. 675 del 1996) è caratterizzato da una impostazione generale onnicomprensiva, priva di una specifica considerazione per il lavoro.

È stato autorevolmente sottolineato che, rispetto al sistema civilistico posto a presidio della "privacy", la tutela tradizionale

(1) Il tema è oggetto di ampia analisi scientifica. Un dato che deve essere tenuto in considerazione attiene alla pressione sempre più crescente nella direzione di un controllo sul comportamento dei lavoratori dovuta allo spostamento dell'attenzione dei datori di lavoro verso l'affidabilità personale del lavoratore, più che sulla mera valutazione delle sue capacità professionali; si veda al riguardo S.P. Emiliani, *Potere disciplinare e protezione dei dati personali*, *ADL*, 2007, 3, I, 630 ss.

(2) Così A. Soro, *I lavoratori devono essere informati. Il datore di lavoro non può spiare le mail*, ne *L'Huffington post*, 13 gennaio 2016.

giuslavoristica attiene non tanto all'informazione riguardata come oggetto (perno, invece, della normativa sulla privacy, costruita attorno al "dato personale") ma ai «modi di esercizio della corrispondente funzione psichica» di acquisizione della conoscenza (3). Il sistema dello Statuto dei lavoratori, più in particolare, poggia sulla dimensione "dinamica" della conoscenza, riguardata in rapporto con il suo oggetto (la protezione della riservatezza rispetto a profili estranei alla valutazione dell'idoneità professionale di cui all'art. 8), mentre la legislazione sulla privacy si muove in una dimensione più "statica", concentrata sull'informazione, considerata come bene giuridico in sé.

In questa prospettiva, l'attuale sistema di regolazione della privacy risulta costruito sulla valorizzazione del consenso del soggetto passivo del "trattamento" dei dati personali di cui egli (quale "interessato") è "proprietario"; il "titolare" e il "responsabile" del trattamento lo devono innanzitutto informare, dopodiché questi, che nella nostra prospettiva è il lavoratore, può manifestare il suo assenso, che è necessario ed indispensabile per rendere giuridicamente lecito il trattamento dei dati personali (il tutto fatti salvi i casi, di cui si dirà più oltre, nei quali il trattamento può essere effettuato senza consenso (4)).

Calato nel microcosmo giuslavoristico, il meccanismo generale del Codice privacy viene a scontrarsi con la valorizzazione della inderogabilità della disciplina e l'indisponibilità (o solo parziale disponibilità) dei diritti; da qui la maggiore coerenza ed efficacia dei principi di "finalità", "necessità", "proporzionalità" e "trasparenza", che risultano maggiormente idonei a realizzare una tutela più attenta all'oggetto della condotta di acquisizione delle informazioni (5).

(3) Così E. Gragnoli, *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori*, ADL, 2007, I, 1211 ss.

(4) Sulla definizione di "consenso" si veda il Parere n. 15/2011 del Gruppo di lavoro ex articolo 29 per la protezione dei dati, n. 01197/11/IT, WP187, adottato il 13 luglio 2011 e reperibile alla pagina Internet http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_it.htm, dove si sottolinea che il consenso «non rappresenta sempre lo strumento principale o quello più auspicabile per legittimare il trattamento dei dati personali» (in questo senso si veda p. 11 del parere nella versione italiana, *sub* punto II.4 nell'ottica di una ricostruzione di un uso "appropriato" del consenso come fondamento giuridico). Nel Parere citato si chiarisce che l'ottenimento del consenso non permette di aggirare altre disposizioni (come quelle in materia di trattamento di dati sensibili e sulle quali si tornerà più avanti nel testo), rispetto alle quali il consenso non opera come forma di esonero, ma come una salvaguardia.

(5) Si veda, su queste tematiche, E. Gragnoli, *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori*, op. cit., il quale sottolinea che il meccanismo civilistico a mente del quale la legittimità dei comportamenti del soggetto attivo è condizionata alle scelte negoziali del soggetto passivo non è compatibile con il sistema delle tutele giuslavoristiche. Cfr. anche P. Tullini, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, RIDL, 2009, I, 485 ss. e in generale P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, nel Trattato Cicu-Messineo, tomo III, Giuffrè, 2003, 224.

Il nuovo testo dell'art. 4 St. lav. impone di riflettere sul rapporto tra i limiti posti da questa norma ed il principio del consenso informato, con l'obiettivo ultimo di verificare se, ed in che modo, il consenso individuale operi come fondamento (o condizione) di legittimità del controllo sugli strumenti di lavoro (comma 2) o, piuttosto, del trattamento effettuato all'esito di tale controllo e, specularmente, se la mancata manifestazione dell'assenso del lavoratore all'effettuazione di siffatto controllo/trattamento possa impedire l'esercizio delle correlate iniziative unilaterali del datore di lavoro (6).

2. Il nuovo articolo 4 St. lav.: il secondo comma e il controllo sull'attività dei lavoratori

L'esame dei profili sopra evocati richiede un preliminare tentativo di ricostruzione del nuovo art. 4 St. lav. con particolare attenzione al comma 2, da leggere in correlazione con il terzo comma, che da un lato afferma l'utilizzabilità a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro delle "informazioni" raccolte ai sensi dei commi primo e secondo, e, dall'altro lato, attribuisce, ai fini della tutela giuslavoristica, un esplicito ruolo al sistema di regole contenuto nel Codice privacy (7).

Oggi la norma prescrive che le condizioni per l'uso delle "informazioni raccolte" (8) ai sensi dei commi 1 e 2 sono: *a)* l'aver fornito adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti stessi e di effettuazione dei controlli e *b)* che venga rispettato tutto l'apparato di regole procedurali e tutele del Codice privacy.

Nella prospettiva del secondo comma occorre procedere ad una delimitazione dell'oggetto dei controlli e del soggetto passivo delle "informazioni" raccolte attraverso gli strumenti cui fa riferimento il secondo comma (con particolare attenzione agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa).

Le questioni sono sostanzialmente due: la prima riguarda la delimitazione del concetto di "strumento utilizzato per rendere la

(6) Si intende, così, sviluppare lo specifico quesito posto da 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*, *q. Riv.*, 2016, 1, III ss., qui XI.

(7) L'ultima parte del terzo comma dell'art. 4 realizza una sorta di introiezione del Codice privacy nella disciplina del lavoro, specularmente a quegli articoli 113 e 114 dello stesso Codice privacy, tutt'oggi in vigore, e che fino al 24 settembre 2015 avevano governato l'interazione reciproca tra i due apparati normativi. Sul punto si veda anche I. Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, cit., 29, il quale sottolinea come il nuovo articolo 4 abbia creato «un circuito chiuso di rimandi legislativi [...] che certo non aiutano la comprensione dei limiti normativi all'utilizzabilità dei dati registrati dallo strumento di controllo».

(8) La struttura lessicale del terzo comma è evidentemente tributaria di un forte influsso civilistico, come dimostra l'uso della locuzione "informazioni raccolte".

prestazione di lavoro” (che definiremo, di seguito, semplicemente come strumento di lavoro) e richiede di verificare se la norma consenta anche l'installazione, sugli strumenti di lavoro, di programmi specificamente funzionali al controllo dell'attività dei lavoratori (concetto comprensivo, ma più esteso, dell'attività lavorativa).

La seconda riguarda la possibile estensione dei controlli che possono essere effettuati, a norma del terzo comma, sugli strumenti di cui al secondo comma: possono questi avere ad oggetto l'attività dei lavoratori?

La prima questione pare debba essere risolta in senso negativo in ragione di una lettura combinata, per differenza, del secondo comma con il primo. L'esimente posta dal comma 2, invero, pare chiaramente collegata all'utilizzazione in sé dello strumento da parte del lavoratore per rendere la prestazione di lavoro, e non dalla mera inserzione (o presenza purchessia) di un programma/sistema informatico di controllo nello strumento di lavoro.

Gli strumenti che “servono al lavoratore” per rendere la prestazione lavorativa sono solamente quelli strettamente necessari e, appunto, serventi (secondo la procedura organizzativa predisposta dall'imprenditore) a tale scopo (9) e non quelli che servono, invece, per realizzare funzioni differenti quali, in particolare, l'esercizio di ulteriori e diversi poteri datoriali (10).

Rispondere al secondo quesito è più complesso e articolato, atteso che, come si vedrà, la nuova normativa introduce una regolamentazione differenziata nel primo e nel secondo comma.

Partendo dal primo comma si può constatare che, se è vero che in esso non è più contenuto un esplicito divieto di utilizzo di apparecchiature o strumenti con finalità esclusiva di controllo a distanza, deve anche riconoscersi che tale divieto sia implicitamente conservato dalla struttura lessicale del comma, da leggere in termini coerenti con la

(9) In questo senso anche la Circolare n. 20/2015 della Fondazione Studi dei Consulenti del Lavoro.

(10) Cfr. I. Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, cit., 24 ss.; M.T. Salimbeni, *La riforma dell'articolo 4*, cit., 610, la quale opportunamente chiarisce che nel caso oggetto dell'esimente di legge «il meccanismo che genera il controllo è nella gestione del lavoratore che lo attiva o disattiva per rendere la prestazione»; se invece l'utilizzo dello strumento innesca un ulteriore sistema di controllo, quest'ultimo risulta irrilevante ai fini dell'esecuzione della prestazione, e non può dirsi dunque necessario; resta pertanto fuori dall'esimente del comma 2 ed il controllo rimane legittimo solamente qualora si presentano le esigenze del comma 1; nello stesso senso anche E. Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, DRI, 2015, 4, 988 ss.

legge di delegazione (11).

Pare evidente, infatti, che – si ripete, limitatamente all'ambito del primo comma – non è ammesso l'impiego di impianti audiovisivi ed altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività lavorativa al di fuori delle tre specifiche finalità che, sole, rendono possibile l'impiego di strumenti potenzialmente intrusivi. Anzi, sotto questo profilo, si ritiene di dover condividere l'opinione di chi legge l'eliminazione del riferimento alla “finalità” di controllo a distanza come una restrizione delle maglie del divieto, realizzata attraverso lo spostamento del parametro di valutazione della liceità della condotta datoriale dall'intenzione al dato oggettivo; questo in quanto la nuova formulazione abbandona «il precedente riferimento all'uso per finalità di controllo, che evoca elementi di intenzionalità che non sembra rilevino a fronte di oggettive potenziali intrusioni nella sfera dei lavoratori, e si fa rientrare nel divieto di impiego per controllo a distanza l'indeterminato novero di apparecchiature che possano oggettivamente consentire tale controllo» (12).

La scomparsa dell'esplicitazione del divieto di compiere controlli sull'attività dei lavoratori (quale atto ritenuto lesivo per la dignità degli stessi), pur a fronte della sua implicita permanenza ai fini del comma 1 (13), mostra comunque un cambio di prospettiva nell'approccio sistematico alla materia atteso che, dalla posizione di un principio generale di divieto, si è passati al principio, positivo, dell'esplicitazione dei fini leciti di impiego di mezzi di controllo a distanza che siano altro rispetto agli strumenti di lavoro (14).

Con riferimento agli impianti audiovisivi ed agli strumenti di cui l'imprenditore/datore di lavoro ritenga di dotarsi per esigenze diverse rispetto all'esecuzione della prestazione lavorativa si può dunque affermare che oggi, come nel 1970, il legislatore continui a ritenerne intollerabile l'uso per controllare l'attività lavorativa.

Venendo al secondo comma, e dunque alla disciplina relativa agli

(11) In questo senso anche I. Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, *q. Riv.*, 2016, 1, 3 ss., qui 16.

(12) Così M.T. Salimbeni, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, *RIDL*, 2015, 4, I, 589 ss., qui 601 ss.

(13) Sia permesso rinviare ad A. Sitzia, *I controlli a distanza dopo il “Jobs Act” e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, *LG*, 2015, 7, 671 ss., qui 678.

(14) In dottrina si è ravvisato il rischio che una tale modifica possa «comportare il diffondersi di interpretazioni che riconoscano la legittimità di un controllo che verta sulla prestazione purché le possibilità di controllo sulla stessa siano conseguenza ulteriore dell'impiego del mezzo e purché l'uso sia coerente con una finalizzazione esclusiva del mezzo alle esigenze individuate dal comma 1»; in questo senso E. Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, cit.

strumenti di lavoro, il discorso è diverso.

La combinazione dei primi due commi della norma, la scomparsa di un esplicito divieto generalizzato di controllo sull'attività lavorativa e l'affermazione dell'utilizzabilità delle "informazioni raccolte" (ai sensi degli stessi primi due commi) a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, conduce a ritenere che sugli strumenti di lavoro possa operarsi, oggi, qualsiasi tipo di controllo (15).

Il legislatore del 2015, con il secondo comma dell'art. 4 St. lav., ha ammesso, per contro, il controllo tecnologico nel senso che, al di fuori dell'applicazione del primo comma, gli strumenti di lavoro, purché siano effettivamente tali, possono essere impiegati anche per effettuare controlli a distanza dell'attività dei lavoratori, fermi i limiti della rilevanza ai fini della valutazione dell'attitudine professionale (art. 8 St. lav.), del rispetto della dignità del lavoratore, della riservatezza sua e di terzi, e del rispetto della tutela generale civilistica in materia di privacy; in questo senso è forse possibile affermare che, nei limiti di cui si è detto, il legislatore, novellando l'art. 4, abbia fondato quel vero e proprio potere di controllo di cui la dottrina, nella vigenza della vecchia normativa, negava l'esistenza (16).

Pare, dunque, che il legislatore si sia lasciato influenzare dalla suggestione secondo la quale lo sviluppo delle tecnologie nella vita quotidiana (arrivato al punto di aver trasformato le modalità di relazione tra persone, che vivono "interconnesse") fa sì che gli strumenti di lavoro non producano più quella "sensazione" di invasione molesta e intollerabile nella propria sfera personale che accompagnava, un tempo, e ancor'oggi, la sottoposizione alle videocamere o le intrusioni nelle

(15) Non convince la lettura "soff" della novella, avanzata da autorevole dottrina, secondo cui, se si è ben inteso, la sola novità consisterebbe nell'esclusione degli strumenti direttamente utilizzati dal lavoratore dal campo di applicazione della regola della contrattazione preventiva con le r.s.a. (così P. Ichino, *Controlli a distanza: tanto rumore per nulla*, 9 giugno 2015, in <http://www.pietroichino.it>). Tale lettura omette di considerare che il comma 2 esonera gli strumenti di lavoro dall'integrale applicazione del comma 1, come sottolineato, del resto, dal Garante privacy nell'Audizione presso la Commissione Lavoro della Camera e del Senato nel luglio 2015 (il testo dell'intervento è reperibile alla pagina web <http://www.garanteprivacy.it>). In senso molto critico si veda anche F. Liso, *Jobs Act e controlli a distanza dei lavoratori: qualche considerazione*, *NelMerito*, 6 luglio 2015, <http://www.nelmerito.com>, il quale deduce dalla "perfida" eliminazione del divieto generale di utilizzo di apparecchiature mirate a controllare l'attività dei lavoratori l'apertura della strada a pervasivi controlli della prestazione lavorativa fatti attraverso gli strumenti di lavoro.

(16) Così G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Cedam, 1982, 166 s. Diversamente, cfr. 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*, cit., III.

conversazioni tramite centralino aziendale (17).

L'esito della riforma non sembra, però, del tutto rispettoso delle finalità di protezione che il legislatore dovrebbe prefiggersi di perseguire; il venir meno di cautele culturali o sociali nei confronti degli strumenti di lavoro, che si può tradurre in un approccio "disinibito" agli stessi, avrebbe verosimilmente giustificato una maggiore cautela da parte del legislatore (18).

La combinazione dei primi due commi dell'art. 4 lascia, dunque, un ampio margine per l'esplicarsi del potere di controllo tecnologico sugli strumenti di lavoro, non essendo sempre necessaria l'installazione di programmi di controllo *ad hoc* per rendere possibile un incisivo controllo sull'attività posta in essere dai lavoratori attraverso l'utilizzo dei medesimi.

Ogni strumento di lavoro informatico/tecnologico, infatti, è generalmente dotato di una intrinseca capacità di immagazzinare (in quantità e modi diversi, funzionali ai diversi programmi, attraverso i c.d. "file log") dati relativi alla sequenza anche cronologica delle operazioni effettuate dall'addetto, man mano che queste vengono eseguite dal sistema o dall'applicazione, rendendo così realizzabile un ampio e

(17) In questo senso A. Trojsi, *Il comma 7, lettera f) della legge delega n. 183/2014. Tra costruzione del Diritto del lavoro dell'era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori*, in M. Rusciano et al., *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, W.P. CSDL "Massimo D'Antona", <http://csdle.lex.unict.it/>, *collective volumes*, n. 3/2014, p. 122, la quale afferma che «Al riguardo, non si può non tener conto dell'evoluzione dell'atteggiamento degli stessi fruitori (e/o utenti) delle tecnologie (in generale, ed anche in ambito lavorativo), oggi significativamente mutato rispetto ai primi anni di utilizzo di tali strumenti, dovuta proprio alla consuetudine (ovvero, all'abitudine e all'assuefazione) a queste, che ha prodotto una naturale ed inevitabile accettazione della nuova realtà tecnologica, non percepita più, a differenza di una volta, come causa di possibili continui attentati alla propria sfera personale e di un'intrusione così intollerabile e molesta. Per non parlare, poi, dei casi, sempre più diffusi, in cui l'utilizzo del computer è incorporato nella prestazione lavorativa stessa, per cui diventa difficile, se non impossibile, attuare il controllo su questa se non attraverso lo strumento informatico, non permettendo di distinguere "strumento di lavoro" e "strumento di controllo"».

(18) Autorevole dottrina aveva segnalato da tempo, con notevole lungimiranza, il carattere particolarmente vessatorio dei controlli tecnologici «e ciò per la natura alienante ed intimidatoria che, in tali casi, riveste un controllo lontano ed impersonale, freddo ed imperscrutabile, con il quale non è possibile intrattenere relazione umana alcuna né dialettica di qualsiasi genere, ma soltanto un rapporto di timorosa subalternità» (così G. Ghezzi, in G. Ghezzi, F. Liso, *Computer e controllo dei lavoratori*, *GDLRI*, 1986, 30, 353 ss., qui 360). L'utilizzo degli strumenti di lavoro per finalità di controllo a distanza rischia, evidentemente, di rendere disumano il luogo di lavoro, in ragione del carattere "totalizzante" e «capace di afferrare ogni momento dell'attività dei lavoratori» (così A. Bellavista, *Controlli elettronici e art. 4 dello Statuto dei Lavoratori*, *RGL*, 2005, 775).

incisivo monitoraggio (19).

La questione interpretativa più grave attiene proprio a questi “file”, i quali, ove possano dirsi necessari per il funzionamento del programma al quale accedono, consentono un controllo lecito – ma in certi casi molto invasivo, soprattutto qualora sia reso possibile il monitoraggio sull’uso di Internet e della posta elettronica (20) – sulle attività svolte dal lavoratore attraverso l’utilizzo delle strumentazioni informatiche di cui egli sia stato dotato per ragioni di servizio.

La lettura qui proposta dell’art. 4 St. lav. porta inevitabilmente a condividere l’opinione espressa dal Garante privacy nel citato intervento del 13 gennaio 2015, a mente del quale il limite al controllo sui lavoratori, con riferimento agli strumenti utilizzati da questi per rendere la prestazione di lavoro, è rappresentato (ormai soltanto) dal Codice privacy, il che significa, concretamente, che «i controlli datoriali devono comunque essere improntati a gradualità nell’ampiezza e nella tipologia con assoluta residualità dei controlli più invasivi, legittimati solo a fronte di specifiche anomalie e comunque all’esito dell’esperimento di misure preventive meno limitative dei diritti dei lavoratori» (21).

Più precisamente, peraltro, si dovrebbe dire che il controllo sugli strumenti di lavoro non è soggetto ad alcun limite, mentre il trattamento dei dati raccolti attraverso l’esercizio del controllo resta assoggettato ai principi di finalità (specificato dall’art. 4 medesimo nel senso che le

(19) I *browser* per navigare su Internet memorizzano informazioni molto dettagliate ed estese nel tempo; inoltre, anche il sistema operativo, a basso livello, registra le attività richieste, accessi a Internet, memorizzazioni di dati, accessi a periferiche eccetera, rendendosi così possibile l’acquisizione di molte informazioni anche senza che sia necessario dotarsi di programmi specifici di controllo. Sul tema dell’incorporazione degli strumenti di controllo nella tecnologia si veda, da ultimo, G. Ziccardi, *Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, *q. Riv.*, 2016, 1, 48 ss. Non è un caso che il Gruppo di lavoro istituito a norma dell’art. 29 della direttiva 95/46/CE abbia recentemente sottolineato, con riferimento ai dati raccolti attraverso il monitoraggio dell’uso di internet da parte dei lavoratori, che «the amount and nature of the data collected represents a significant intrusion into the private life of the employees» (così la *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC* consultabile alla pagina web http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_en.htm).

(20) Sulla particolare “invadenza” dei controlli tecnologici si veda M. Aimo, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003, 119 ss. Il Gruppo di lavoro ex art. 29 sulla protezione dei dati personali ha più volte affermato che la quantità e la natura dei dati raccolti attraverso il monitoraggio di Internet e della posta elettronica rappresenta una significativa intrusione nella vita privata dei lavoratori. Si veda al riguardo il fondamentale parere 8/2001, approvato il 13 settembre 2001 e, da ultimo, il parere 6/2014, entrambi reperibili alla pagina web http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_en.htm.

(21) Così A. Soro, *I lavoratori devono essere informati. Il datore di lavoro non può spiare le mail*, cit.

finalità ammesse sono quelle connesse al rapporto di lavoro), liceità, legittimità e non eccedenza, previsti dall'art. 11 del Codice privacy, da integrare, o, meglio, “dimensionare”, attraverso un'interpretazione di ritorno all'art. 8 St. lav., atteso che in questa norma si rinviengono le «coordinate entro le quali tradurre e far operare l'imperativo posto» dal Codice privacy «circa la necessaria corrispondenza tra motivo della raccolta dei dati personali e scopo del trattamento» (22).

3. Statuto dei lavoratori e Codice privacy: informativa e consenso

Il terzo comma dell'articolo 4 condiziona l'utilizzabilità “giuslavoristica” delle informazioni acquisite attraverso il controllo innanzitutto a che venga fornita al lavoratore adeguata informazione sulle modalità d'uso e di effettuazione dei controlli stessi.

Questa informazione sembra essere additiva rispetto all'obbligo (onere) di informativa imposto dall'art. 13 del Codice privacy, rispetto al quale si pone come adempimento differente e speciale, anch'esso autonomamente necessario ai fini della legittimità del trattamento (23).

L'informazione di cui all'art. 4, comma 3, St. lav. ha un oggetto molto preciso ed ampio che sembra precludere, diversamente rispetto a quanto affermato dalla giurisprudenza affermata negli ultimi anni, ogni forma di controllo occulto (24).

La seconda condizione posta dall'art. 4, nel richiamare l'obbligo di rispettare il Codice privacy, svolge, invece, una funzione di specificazione e adattamento al sistema lavoristico della regola generale di cui all'art. 11, co. 2, del d.lgs. n. 196 del 2003, a norma del quale «i dati personali trattati

(22) Così P. Chieco, *Privacy e lavoro*, Cacucci Editore, 2000, 95; si veda anche S. Piccininno, *Legge, contratto e consenso nella tutela della riservatezza del lavoratore. I rimedi giurisdizionali*, MGL, 1998, 184 ss.; S. Emiliani, *Potere disciplinare e protezione dei dati personali*, ADL, 2007, 3, I, 630 ss.; A. Sitzia, *Il diritto alla “privacy” nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Cedam, 2013.

(23) In questo senso anche A. Maresca, *Jobs Act, come conciliare potere di controllo e tutela della dignità e riservatezza del lavoratore*, *Ipsos Quotidiano*, 22 febbraio 2016. L'A. precisa che l'informazione di cui al terzo comma dell'art. 4 deve riferirsi «a tutti gli strumenti utilizzati per lavorare (ricadenti nel 2° comma), non potendosi ipotizzare un'unica informativa onnicomprensiva, che diverrebbe illeggibile e non soddisferebbe l'esigenza della trasparenza dei controlli».

(24) Si vedano, sul punto, le considerazioni sviluppate da E. Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, cit. La norma pone inoltre un evidente problema di coordinamento con l'art. 7 St. lav. ai fini dell'esercizio del potere disciplinare. Non è chiaro, infatti, laddove i singoli strumenti di lavoro siano portatori di modalità d'uso particolari e correlate a particolari forme di effettuazione di controlli *ad hoc*, se le corrispondenti informazioni debbano (o no) essere portate a conoscenza dei lavoratori (tutti) attraverso l'integrazione del codice disciplinare. Su questo aspetto pare potersi ritenere sufficiente che il regolamento aziendale espliciti la valenza disciplinare della violazione delle specifiche modalità d'uso dei diversi strumenti di lavoro in ordine alle quali venga fornita adeguata informazione.

in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati».

Vengono in rilievo, in questo modo, gli obblighi di informativa e consenso.

L'art. 13 del Codice privacy disciplina l'informativa nei confronti dell'interessato, che ricomprende una serie di indicazioni in merito al trattamento ed alle tipologie di operazioni in cui lo stesso si articola, al fine di consentire all'interessato di esprimere il proprio consenso (informato) al trattamento dei dati che lo riguardano. L'informativa costituisce, coerentemente, «non soltanto il presupposto logico oltre che di validità del consenso prestato dall'interessato, ma anche e soprattutto lo strumento attraverso cui quest'ultimo, conoscendo le finalità e le modalità di trattamento cui saranno sottoposti i dati da lui conferiti, potrà ex post verificarne il rispetto ed eventualmente azionare, in caso contrario, gli strumenti di tutela che la legge gli offre» (25).

L'informativa, dunque, svolge una funzione essenziale nel quadro complessivo del sistema generale di tutele predisposto dal Codice privacy in quanto costituisce il principale strumento attraverso il quale trova declinazione concreta il principio di finalità e trasparenza (26).

Il modello del Codice privacy, peraltro, come già sopra rilevato, attribuisce un'importanza ancora più incisiva al consenso, come dimostra la stessa struttura del reato di trattamento illecito di dati personali, disciplinato dall'art. 167, che, con riguardo al caso di rapporti fra privati, incrimina solamente la violazione della regola del consenso espresso del titolare dei dati personali e non quella relativa all'informativa.

Gli artt. da 23 a 27 si occupano del trattamento effettuato da soggetti privati o da enti pubblici economici riguardante sia i dati "comuni" che i dati "sensibili" o "giudiziari".

Con riferimento al trattamento dei dati personali comuni, fatti salvi i casi di deroga espressamente previsti dal Codice stesso, e dei quali

(25) S. Kirschen, *Il Codice della Privacy, fra tradizione ed innovazione*, in R. Panetta (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, tomo I, in *Trattati*, a cura di P. Cendon, Giuffrè, 2006, 11 ss., qui 58.

(26) Una chiara dimostrazione di quanto affermato nel testo si trae dalla lettura del provvedimento del Garante Privacy del 6 novembre 2008 relativo ai "programmi di fidelizzazione: trattamento di dati personali riferiti al dipendente e loro utilizzo a fini disciplinari" (lo si veda in <http://www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 1573780). Questo provvedimento, reso con riferimento ad una fattispecie in cui un datore di lavoro ebbe ad utilizzare, con finalità disciplinari, le risultanze del monitoraggio effettuato sulla carta di fedeltà assegnata ad un lavoratore dipendente senza avere indicato tale finalità nell'informativa resa al momento dell'attribuzione della carta. Nel dichiarare un tale comportamento illegittimo il Garante ha precisato che, nello specifico, il datore di lavoro ha violato il principio di finalità, «il quale esige che il trattamento sia effettuato per scopi determinati ed espliciti e non incompatibili con quelli che hanno determinato la raccolta dei dati».

si dirà, ai sensi dell'art. 23, il trattamento è ammesso solo con il consenso dell'interessato (27), consenso che può riguardare l'intero trattamento ovvero solamente una o più operazioni dello stesso.

Il consenso deve essere espresso liberamente e specificamente con riferimento ad un trattamento individuato in maniera puntuale e deve essere documentato per iscritto, eccezion fatta per i casi in cui il trattamento riguardi dati sensibili, per il quale è necessario che venga prestato in forma scritta. Il consenso espresso dell'interessato, nel sistema dell'art. 23, primo comma, del Codice privacy, deve risultare da opzioni di tipo positivo (c.d. *opt in*) anziché dall'attribuzione della mera facoltà riconosciuta agli interessati di esprimere un dissenso o, eventualmente, di barrare una casella per la rinuncia o l'opposizione a determinati o ad ulteriori trattamenti (c.d. *opt out*).

Il consenso non è richiesto nelle ipotesi elencate dall'art. 24, tra le quali rileva, in primo luogo, quella disciplinata dalla lettera *a*), che (in conformità con quanto previsto dalla lettera *c*) dell'art. 7 della direttiva 95/46/CE) riguarda i casi in cui il trattamento «è necessario per adempiere ad un obbligo previsto dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria».

Questa prima eccezione è ampliata da quella prevista dalla lett. *b*) del medesimo art. 24, a norma del quale il trattamento dei dati comuni è ammesso, anche in assenza di consenso espresso dell'interessato, quando sia «necessario per eseguire obblighi derivanti da un contratto del quale è parte l'interessato o per adempiere, prima della conclusione del contratto, a specifiche richieste dell'interessato» (28).

Le eccezioni di cui alle lettere *a*) e *b*) coprono, secondo taluni, la maggior parte dei trattamenti di dati comuni concernenti i lavoratori da parte delle imprese nel settore privato (29).

Si pensi, al riguardo, a tutte le operazioni di trattamento rese necessarie per il rispetto della normativa previdenziale, assistenziale, fiscale e bancaria, tutti gli obblighi di documentazione del rapporto di lavoro imposti a diversi fini, tra cui rileva anche la verifica del rispetto

(27) Sul tema cfr. S.M. Meloni, *Il trattamento dei dati da parte di soggetti privati: la disciplina del consenso*, in V. Cuffaro, R. D'Onofrio, V. Ricciuto (a cura di), *Il Codice del trattamento dei dati personali*, Utet, 2007, 197 ss. Per un approfondito esame in chiave penalistica si veda C. Pecorella, R. De Ponti, *Impiego dell'elaboratore sul luogo di lavoro e tutela penale della privacy*, www.penalecontemporaneo.it, 15 maggio 2011.

(28) La norma italiana è parzialmente difforme rispetto al corrispondente articolo 7, lett. *b*), della direttiva 95/46/CE, il cui testo, molto più semplicemente, ammette il trattamento senza consenso qualora esso sia «necessario all'esecuzione del contratto».

(29) Così S. Piccininno, *Legge, contratto e consenso nella tutela della riservatezza del lavoratore. I rimedi giurisdizionali*, cit., 186, ripreso da M. Aimo, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, cit., 143; cfr. anche C. Faleri, *Autonomia individuale e diritto alla riservatezza*, RIDL, 2000, I, 303 ss.

della normativa in materia di sicurezza e igiene sul lavoro, il rispetto dell'art. 2087 c.c., che talvolta rende obbligatorio lo stesso esercizio del potere disciplinare (30), la verifica del rispetto della stessa normativa in materia di privacy per ragioni di sicurezza dei dati e dei sistemi (si pensi alla misura di sicurezza obbligatoria consistente nella predisposizione delle c.d. credenziali di autenticazione informatica), oltre a tutti i trattamenti che trovano fonte tanto nel contratto individuale di lavoro (obblighi di fonte legale o necessari per la conclusione e/o l'esecuzione di un contratto di lavoro, compresi gli obblighi di natura retributiva), quanto nelle clausole "normative" del contratto collettivo applicato al rapporto (31).

Il trattamento senza consenso è altresì autorizzato, ai sensi della lett. g) dell'art. 24, che opera quand'esso, «con esclusione della diffusione, è necessario, nei casi individuati dal Garante sulla base dei principi sanciti dalla legge, per perseguire un legittimo interesse del titolare o di un terzo destinatario dei dati, anche in riferimento all'attività dei gruppi bancari e di società controllate o collegate, qualora non prevalgano i diritti e le libertà fondamentali, la dignità o un legittimo interesse dell'interessato». La norma nazionale rimette all'Autorità Garante una rilevante funzione di bilanciamento di interessi, vincolando la deroga ad una autorizzazione di carattere generale, nella quale devono essere individuati i casi in cui il trattamento dei dati al fine di perseguire un interesse del titolare o di un terzo sia "legittimo" e necessario".

Gli spazi della deroga consentita dalla lettera g) non sono illimitati, né la norma (come l'omologa disposizione della direttiva europea) può essere considerata una sorta di "last resort" nell'ambito della quale possa farsi rientrare qualsiasi situazione che esuli dai casi normati (dalle precedenti lettere dell'art. 24) di esclusione del consenso: nell'operare il test di bilanciamento è necessario tenere presente quanto precisato dal Gruppo di lavoro art. 29, ovvero sia che «*what is necessary for the legitimate interests of the controller (or third parties) must be balanced against the interest or fundamental rights and freedom of the data subjects*» (32).

Ciò significa che la norma non consente alcun automatismo, ma

(30) L'esercizio del potere disciplinare, a rigore, non può dirsi riconducibile all'adempimento di specifici obblighi o compiti previsti dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria per la gestione del rapporto di lavoro, così come la lettera di contestazione disciplinare non è oggetto di un obbligo ma, semmai, di un onere a carico del lavoratore come rileva S.P. Emiliani, *Potere disciplinare e protezione dei dati personali*, cit., 643.

(31) Sul punto si veda M. Aimò, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, cit., 143 e P. Chieco, *Privacy e lavoro*, cit.

(32) Così l'Opinion 6/2014 del Data Protection Working Party, cit., § II.2, ove si evidenzia anche come il testo della direttiva, sul punto, non sia del tutto chiaro, donde l'esigenza dell'articolato intervento dell'Autorità.

impone una verifica attenta circa la sussistenza di un “interesse” meritevole di tutela e della sua “legittimità” o “illegittimità”. Sul punto il Gruppo di lavoro europeo ha precisato che nella valutazione di rilevanza ai fini della disciplina in discorso, un “interesse legittimo”, per essere tale, dev’essere lecito (“*lawful*”), articolato in maniera sufficientemente chiara al fine di permettere il test di bilanciamento (e quindi sufficientemente specifico), e rappresentare un interesse reale e attuale (quindi non dev’essere puramente speculativo) (33).

Quello che emerge con chiarezza dall’esame della direttiva europea di riferimento è, dunque, l’insufficienza, ai fini della deroga al consenso dell’interessato, di un puro e semplice interesse del titolare, richiedendosi, per contro, una precisa delimitazione delle ragioni che nello specifico consentano di ammettere una prevalenza dell’interesse del titolare rispetto ai diritti e libertà fondamentali dell’interessato (come tali astrattamente prevalenti).

4. Controllo e consenso

Giunti a questo punto dell’analisi occorre verificare se l’esercizio del potere di controllo richieda o no la manifestazione del consenso del lavoratore interessato.

Autorevole dottrina ha recentemente risolto in senso negativo la questione, ritenendo che la normativa sulla privacy non possa interferire sul duplice profilo: *a)* delle finalità del controllo, essendo queste espressamente previste dall’art. 4, non sarebbero suscettibili di limitazioni ulteriori da parte della disciplina sulla privacy, e *b)* dell’informazione, essendo questa «affrontata dalla legge in modo chiaro» ed essendo costruita come una comunicazione unilaterale del datore di lavoro al lavoratore (34).

Questa interpretazione si basa, se si è ben inteso, sulla specificità dell’informazione prevista dall’art. 4 St. lav., che, avendo ad oggetto le modalità d’uso degli strumenti e l’effettuazione dei controlli, ha la funzione di “abilitare” il datore di lavoro ad utilizzare i dati acquisiti a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, compresi quelli disciplinari.

L’art. 4 St. lav., però, non prevede alcuna deroga rispetto agli adempimenti previsti dal Codice privacy che anzi, come si è detto, viene interamente richiamato nell’ultima parte del comma terzo.

L’esclusione del consenso, dunque, potrebbe essere affermata esclusivamente alla luce degli articoli 24 e 26 del Codice privacy, relativi,

(33) Al § III.3.1 l’Opinion sopra citata, nel declinare le caratteristiche del “legittimo interesse” porta l’esempio del monitoraggio sui lavoratori, precisando che può essere meritevole di tutela solamente “for safety or management purposes”.

(34) Così A. Maresca, *Jobs Act, come conciliare potere di controllo e tutela della dignità e riservatezza del lavoratore*, cit.

rispettivamente, ai dati comuni e ai dati sensibili.

Per quanto concerne i dati comuni che siano fatti oggetto di monitoraggio occorre verificare se il controllo implichi *i)* un trattamento obbligatorio per legge (art. 24, comma 1, lett. *a)*) oppure *ii)* un trattamento finalizzato (e necessario) all'adempimento di obblighi discendenti dal contratto (art. 24, comma 1, lett. *b)*) oppure ancora *iii)* rientri tra i casi individuati dal Garante tra quelli in cui il trattamento sia necessario per perseguire un legittimo interesse del titolare, qualora non prevalgano i diritti e le libertà fondamentali, la dignità o un legittimo interesse dell'interessato (art. 24, comma 1, lett. *g)*).

In questa prospettiva il consenso può dirsi non necessario in virtù della lettera *a)* solamente nelle ipotesi in cui l'esercizio del potere di controllo sia effettivamente obbligatorio per legge, mentre la lettera *b)*, per come è formulata, non sembra agevolmente ricomprendere l'esercizio di un potere unilaterale che all'evidenza non rappresenta atto necessario per l'esecuzione di obblighi derivanti dal contratto. Sotto questo profilo va detto che il testo della direttiva di riferimento, all'art. 7, lett. *a)*, si esprime in termini molto più ampi, riferendosi a ciò che è necessario "all'esecuzione del contratto" ("*performance of the contract*" nel testo inglese), locuzione, questa, che più agevolmente consentirebbe di inglobare l'esercizio del potere di controllo (35).

Ancora diverso è il discorso per quanto concerne i dati di carattere sensibile che possano essere oggetto di trattamento in ragione dell'esercizio del controllo tecnologico.

La norma di riferimento, in questo caso, è l'art. 26, co. 4, lett. *d)*, del Codice privacy, che ripropone una regola simile, ma non identica, a quella prevista dall'art. 24 con riguardo ai dati comuni, stabilendo che i dati sensibili possono essere oggetto di trattamento anche senza consenso, previa autorizzazione del Garante, solamente quando il trattamento è necessario per adempiere a specifici obblighi o compiti previsti dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria per la gestione del rapporto di lavoro, anche in materia di igiene e sicurezza del lavoro e della popolazione e di previdenza e assistenza, nei limiti

(35) Si tenga comunque conto che, con riferimento alla norma della direttiva richiamata nel testo, il Gruppo di lavoro art. 29, ha avuto modo di sottolineare che ci sono casi, come quello del monitoraggio di internet, e-mail, telefono o video sorveglianza sui lavoratori, in cui il trattamento va oltre ciò che è necessario per l'esecuzione del contratto, precisandosi che in queste ipotesi bisogna tenere conto anche della natura dell'impiego. Si veda in questo senso il Parere 6/2014, sopra citato, al § III.2.2. L'interpretazione della direttiva dimostra come sia estremamente problematico affermare in termini trancianti che il consenso non sia richiesto in modo generalizzato e astratto quanto al controllo sui lavoratori, atteso che una soluzione di questo tipo rischierebbe di porre la nuova normativa in contrasto con la disciplina europea.

previsti dall'autorizzazione e ferme restando le disposizioni del codice di deontologia e buona condotta di cui all'art. 111 (36).

Anche sul punto può registrarsi una parziale differenza della norma italiana rispetto all'omologa disposizione europea (l'art. 8, paragrafo 2, lett. *b*), della direttiva 95/46/CE) in quanto quest'ultima ammette l'esclusione del consenso non solo nel caso di assolvimento di obblighi specifici del titolare, ma anche nel caso di esercizio di diritti ("rights" nel testo inglese) facenti capo al medesimo. La norma italiana ha recepito il termine "diritti" con "compiti", donde occorre chiedersi se l'esercizio del controllo possa dirsi integrare un obbligo o un compito previsto dalla legge (da un regolamento o dalla normativa comunitaria) per la gestione del rapporto di lavoro.

Quand'anche, poi, si voglia ritenere che diritto sia sinonimo di compito, resta in ogni caso problematico affermare l'esclusione del consenso al di fuori di eventuali casi di controllo "obbligato" perché funzionale ad un ipotetico esercizio doveroso del potere disciplinare. Perché il Garante possa intervenire al riguardo occorrerebbe fornire una lettura più libera dell'art. 26, e ritenere che l'esercizio del potere di controllo di cui all'art. 4 St. lav., essendo necessario per esigere (o meglio verificare) l'adempimento, integri un "compito", previsto dalla legge, per la gestione del rapporto di lavoro, il che, evidentemente, non sembra così scontato.

La norma che impone il consenso in caso di trattamento di dati sensibili, inoltre, costituisce *lex specialis* rispetto a quella inerente i dati comuni, in quanto introduce una protezione ulteriore per questa speciale categoria di dati. Questo significa che lo spazio per l'intervento del Garante nell'introduzione di ipotesi di esonero dovrà essere verificato caso per caso in ragione dell'impatto che il trattamento può avere nella sfera della riservatezza dell'interessato (37).

(36) Resta inteso che, anche con riferimento alle ipotesi di cui agli artt. 24 e 26 del Codice Privacy, il riferimento *in* contenuto alle operazioni di raccolta e trattamento di informazioni necessarie per finalità precontrattuali o per l'esecuzione di obblighi nascenti dal contratto deve leggersi in combinazione con la norma di cui all'art. 8 St. lav., ovverosia nel rispetto dei limiti segnati dalla norma statutaria in riferimento ai dati personali rilevanti per la valutazione delle attitudini professionali del lavoratore interessato.

(37) Anche in questo caso di estremo interesse risulta il parere 6/2014 del Gruppo di lavoro art. 29 sopra citato, nell'ambito del quale il § III.1.2 è dedicato al rapporto tra l'art. 7 e l'art. 8 della direttiva. Con riferimento all'art. 26 del Codice privacy il Garante italiano ha, in passato, avuto modo di affermare che il "diritto di azione e difesa" non può ritenersi "di pari rango" rispetto a quello del lavoratore, il che lascia scoperto, secondo parte della dottrina, l'interesse all'esercizio generale del potere disciplinare, capace di assurgere a diritto "di pari rango" rispetto alla riservatezza del lavoratore solamente qualora, ad esempio, siano implicati atti di

Anche per quanto concerne i dati sensibili, dunque, si riscontra un problema giuridico di non secondario rilievo quanto all'esercizio del potere di controllo (soprattutto in ordine al controllo reso possibile dal comma 2 dell'art. 4 St. lav.). In questi casi non sembra affatto agevole affermare la necessità del trattamento in ragione della sussistenza di un obbligo di legge, regolamento o normativa comunitaria, al di fuori di limitati casi eccezionali, che necessitano comunque di essere espressamente previsti dal Garante.

Nel caso in cui, dunque, il controllo tecnologico possa avere ad oggetto informazioni sensibili, in assenza di una legittima Autorizzazione generale del Garante, il datore di lavoro dovrebbe acquisire il consenso informato del lavoratore (38), in assenza del quale resterebbe inibito l'esercizio del potere di controllo (ed il conseguente potere disciplinare). Il lavoratore, per parte sua, patirà le conseguenze della mancata prestazione del consenso (tutte necessariamente comunicate nella previa informativa), compresa la mancata assunzione o la risoluzione del contratto per sopravvenuta impossibilità di svolgimento della prestazione (39).

Questo, naturalmente, sempre che il consenso sia prestato "liberamente". Sul punto, giova ricordare che si tende a ritenere tale solamente il consenso (40) che possa essere ritirato "senza pregiudizio per i propri interessi", «solo se si presenta come manifestazione del diritto all'autodeterminazione informativa, e dunque al riparo da qualsiasi pressione, se non viene condizionato all'accettazione di clausole che determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» (41).

La materia ripropone, così, il problema della fittizia libertà del

molestia sessuale posti in essere sul luogo di lavoro (cfr., in questo senso, S.P. Emiliani, *Potere disciplinare e protezione dei dati personali*, cit., 644).

(38) Ampia conferma di quanto sostenuto nel testo si rinviene in numerosi documenti sovranazionali relativi al problema del controllo tecnologico (soprattutto ove effettuato su Internet e posta elettronica). Si veda, al riguardo, in particolare, la Raccomandazione Rec (2015)5 del Consiglio d'Europa ai paragrafi 14.3, 20.2 e 21.

(39) Si veda al riguardo D. Pizzonia, *Uso della posta elettronica sul posto di lavoro, privacy e potere di controllo*, RGL, 2008, 4, 907 ss.

(40) La normativa italiana non fornisce una nozione esplicita di "consenso". Al riguardo, peraltro, oltre all'elaborazione civilistica tradizionale sul tema del consenso dell'avente diritto, sovviene, nello specifico, la direttiva n. 95/46/CE, che all'art. 2, lett. *h*), definisce il "consenso della persona interessata" come «qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica e informata con la quale la persona interessata accetta che i dati personali che la riguardano siano oggetto di un trattamento».

(41) Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento del 28 maggio 1997.

consenso in contesti caratterizzati da “dislivelli di potere” (42).

Nel caso in cui non sussistano i presupposti per la validità del consenso, la raccolta delle informazioni ed il relativo trattamento dei dati sono illeciti, con la conseguenza che «l'interessato non deve esercitare un'azione di annullamento ma agire per l'accertamento della illiceità dell'attività relativa ai suoi dati posta in essere nonostante la mancanza di un suo valido consenso» (43).

Più in particolare, secondo autorevole dottrina civilistica, l'art. 23 del Codice Privacy considera il consenso alla stregua di un elemento della fattispecie legale, che ha l'effetto di far venir meno il carattere dell'antigiuridicità che altrimenti presenterebbe l'attività relativa ai dati personali (44).

Con riferimento al trattamento dei dati personali nel rapporto di lavoro questa ricostruzione deve essere integrata attraverso l'interazione della normativa generale in materia di protezione dei dati personali con il diritto del lavoro, il che porta ad affermare che una manifestazione di assenso non può operare se non in termini tali da non contraddire i tratti portanti e caratterizzanti del complesso normativo posto a tutela della riservatezza del lavoratore.

In altri termini, in materia di lavoro, solamente i “dati” il cui trattamento è ammesso ai sensi dell'art. 8 St. lav. possono assumere rilevanza ai fini dell'operatività del consenso del lavoratore (45).

(42) M. Aimò, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, cit., 142; S. Rodotà, *Privacy e costruzione della sfera privata*, *Pol. Dir.*, 1991, 542

(43) Si veda S. Patti, *Consenso*, Commento all'art. 23, in *La protezione dei dati personali, Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, a cura di M. Bianca, F.D. Busnelli, *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, tomo I, Cedam, 2007, 551 ss.

(44) Così S. Patti, *Consenso*, cit., 553.

(45) Autorevole dottrina, nel richiamare la distinzione tra riservatezza in senso stretto (intesa quale diritto assoluto ad impedire a chiunque l'accesso alla propria sfera riservata) e riservatezza in senso proprio (intesa come diritto al silenzio di altri rispetto a determinate notizie da questi conosciute in seguito all'accesso legittimo o illegittimo alla sfera riservata), ha sottolineato che il diritto alla riservatezza è diritto disponibile, ma non illimitatamente, il che permette di affermare che all'atto di stipulare contratto di lavoro, il lavoratore rinuncia a una parte della tutela della propria riservatezza. Da questo consegue che «in linea generale deve ritenersi che soggiacciono ai limiti inderogabili precisi posti dalla legge gli atti di disposizione del diritto di riservatezza aventi per oggetto l'acquisizione e il trattamento di dati personali in epoca successiva alla pattuizione, mentre la disponibilità del diritto individuale è illimitata per ciò che riguarda l'acquisizione e il trattamento attuati nell'immediatezza del consenso prestato, ovvero la singola e ben circoscritta “apertura” della propria sfera di riservatezza (così ad esempio, il lavoratore non può validamente autorizzare il datore di lavoro a svolgere in futuro indagini sulla sua vita privata, ma può fornire un'informazione in proposito autorizzando contestualmente il trattamento immediato del dato fornito)» (così E. Gragnoli, *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori*, cit.). Oltre la sfera riconosciuta come disponibile dal legislatore (art. 8 St.

Ciò significa che il trattamento potrà ritenersi legittimo solamente in quanto si svolga entro i limiti individuati dallo Statuto dei lavoratori ed il lavoratore abbia prestato un valido consenso informato (o comunque abbia ricevuto una corretta e idonea informativa nei casi in cui il trattamento sia effettuabile anche in assenza di consenso) ai sensi del Codice Privacy.

Il trattamento resta comunque illegittimo se relativo a dati trattati in violazione dei limiti di cui allo Statuto dei lavoratori, senza che l'eventuale consenso, libero e informato, del lavoratore, valga a mutare i termini di tale illegittimità (46).

lav.), vi è una sfera di non conoscibilità per il datore di lavoro che non consente al lavoratore di autorizzare per il futuro indagini sulla propria vita privata. Un'eventuale espressione di consenso al riguardo sarebbe del tutto illecita così come parimenti nulla sarebbe da considerare un'eventuale rinuncia manifestata anche nelle forme di cui all'art. 2113 c.c.

(46) Cfr. A. Bellavista, *La disciplina della protezione dei dati personali e i rapporti di lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, tomo II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, 2a ed., Utet, 2007, 468, il quale rileva che il consenso del lavoratore può operare «come unico e valido presupposto autorizzativo del trattamento, alla stregua dell'art. 23 del codice, solo quando il medesimo trattamento rispetti il principio desumibile dall'art. 8 st. lav. e abbia una forte connessione con il rapporto di lavoro oppure si svolga nell'esclusivo interesse del lavoratore». Al riguardo altra dottrina sottolinea che fra le due normative, quella generale in materia di privacy e quella speciale del diritto del lavoro, si realizza anche una forma di “interazione virtuosa”, atteso che la normativa sulla privacy amplia l'attitudine regolativa dell'art. 8 St. lav. richiedendo il consenso informato (o comunque l'informazione nei casi in cui il trattamento è effettuabile anche in assenza di consenso). In questo senso P. Chieco, *Privacy e lavoro*, cit., 35 ss.

Bibliografia

- Aimo A., *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003;
- Alvino I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, *q. Riv.*, 2016, 1, 3 ss.;
- Bellavista A., *Controlli elettronici e art. 4 dello Statuto dei Lavoratori*, RGL, 2005, 775;
- Bellavista A., *La disciplina della protezione dei dati personali e i rapporti di lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, tomo II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, 2a ed., Utet, 2007, 468 ss.;
- Carinci M.T., *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il "Jobs Act" (art. 23 D. Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, *q. Riv.*, 2016, 1, III ss.;
- Chieco P., *Privacy e lavoro*, Cacucci, 2000;
- Dagnino E., *Tecnologie e controlli a distanza*, DRI, 2015, 4, 988 ss.;
- Emiliani S.P., *Potere disciplinare e protezione dei dati personali*, ADL, 2007, 3, I, 630 ss.;
- Faleri C., *Autonomia individuale e diritto alla riservatezza*, RIDL, 2000, I, 303 ss.;
- Ghezzi G., in G. Ghezzi, F. Liso, *Computer e controllo dei lavoratori*, GDLRI, 1986, 30, 353 ss.;
- Gragnoli E., *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori*, ADL, 2007, I, 1211 ss.;
- Ichino P., *Il contratto di lavoro*, nel Trattato Cicu-Messineo, tomo III, Giuffrè, 2003;
- Liso F., *Jobs Act e controlli a distanza dei lavoratori: qualche considerazione*, Nel Merito, 6 luglio 2015, <http://www.nelmerito.com>;
- Kirschen S., *Il Codice della Privacy, fra tradizione ed innovazione*, in R. Panetta (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, tomo I, in *Trattati*, a cura di P. Cendon, Giuffrè, 2006, 11 ss.;
- Maresca A., *Jobs Act, come conciliare potere di controllo e tutela della dignità e riservatezza del lavoratore*, Ipsos Quotidiano, 22 febbraio 2016;
- Meloni S.M., *Il trattamento dei dati da parte di soggetti privati: la disciplina del consenso*, in V. Cuffaro, R. D'Onofrio, V. Ricciuto (a cura di), *Il Codice del trattamento dei dati personali*, Utet, 2007, 197 ss.;
- Patti S., *Consenso*, Commento all'art. 23, in *La protezione dei dati personali, Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, a cura di M. Bianca, F.D. Busnelli, *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, tomo I, Cedam, 2007, 551 ss.;
- Pecorella C., De Ponti R., *Impiego dell'elaboratore sul luogo di lavoro e tutela penale della privacy*, www.penalecontemporaneo.it, 15 maggio 2011;
- Piccininno S., *Legge, contratto e consenso nella tutela della riservatezza del lavoratore. I rimedi giurisdizionali*, MGL, 1998, 184 ss.;
- Pizzonia D., *Uso della posta elettronica sul posto di lavoro, privacy e potere di controllo*, RGL, 2008, 4, 907 ss.;
- Rodotà S., *Privacy e costruzione della sfera privata*, *Pol. Dir.*, 1991, 542;
- Salimbeni M.T., *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, RIDL, 2015, 4, I, 589 ss.;
- Sitzia A., *I controlli a distanza dopo il "Jobs Act" e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, LG, 2015, 7, 671 ss.;
- Sitzia A., *Il diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Cedam, 2013;
- Soro A., *I lavoratori devono essere informati. Il datore di lavoro non può spiare le mail*, ne L'Huffington post, 13 gennaio 2016;
- Suppiej G., *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Cedam, 1982;
- Trojsi A., *Il comma 7, lettera f) della legge delega n. 183/2014. Tra costruzione del Diritto del lavoro dell'era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori*, in M. Rusciano et Aa., *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, W.P. CSDL "Massimo D'Antona", in <http://csdle.lex.unict.it/>, *collective volumes*, n. 3/2014;

Tullini P., *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, RIDL, 2009, I, 485 ss.;
Ziccardi G., *Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni
informatico-giuridiche*, q. Riv., 2016, 1, 48 ss.