

Il licenziamento del lavoratore che “naviga” su Internet

Prof. Dr. Vincenzo Ferrante

Associato nell'Università Cattolica di Milano

1. La vicenda oggetto di giudizio

La protezione dei dati personali, ora tutelata in Italia dal d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, rubricato come “codice in materia di protezione dei dati personali”, viene sovente ad intersecarsi con la disciplina del rapporto di lavoro, dando luogo a conflitti di non sempre facile soluzione, come nel caso che ha formato oggetto della pronuncia del Garante del 2 febbraio 2006.

La vicenda, simile ad altre già portate all'attenzione della magistratura ordinaria, può facilmente riassumersi nei termini che seguono: un lavoratore addetto all'accettazione presso una casa di cura “naviga” in *internet* durante l'orario di lavoro, utilizzando un *computer* collocato nei locali aziendali. A tale apparecchiatura egli poteva accedere per lo svolgimento delle proprie mansioni limitatamente all'utilizzo di programmi che non richiedevano una connessione telefonica; tuttavia non sussisteva alcuna specifica protezione (come ad es. una *password*) che gli impedisse l'accesso alla “rete”.

Ricevuta una contestazione disciplinare nella quale si indicavano analiticamente le pagine visitate, di cui alcune a contenuto pornografico, il lavoratore, ritenendo che il controllo attuato dall'impresa sulla navigazione in internet fosse avvenuto “in aperto spregio all'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori”, si è rivolto al datore per ottenere il blocco e la cancellazione dei dati personali che lo riguardavano, in forza di quanto previsto dall'art. 7 del codice anzidetto.

Ricevuto un diniego da parte dell'impresa, che aveva provveduto di poi a licenziarlo, il lavoratore si è rivolto alla Autorità garante, presentando, ai sensi dell'art. 145 cod. cit., un ricorso per illegittimità del trattamento effettuato.

2. Il contenuto della decisione.

Il Garante ha accolto le richieste avanzate dal lavoratore, vietando all'impresa di effettuare il trattamento dei dati personali del ricorrente. La decisione si fonda su un duplice argomento: il trattamento operato dalla società è stato, per un verso, ritenuto “eccedente” (ai sensi del disposto dell'art. 11.1, lett. *d*, cod. cit.), rispetto agli scopi che questa si prefiggeva, e, per un secondo, “non indispensabile”, ove si confrontino le esigenze dell'impresa con i diritti del lavoratore interessato, (a mente di quanto previsto dall'art. 26, comma 4, lett. *c*, cod. cit.).

Quanto al primo aspetto, il trattamento era stato effettuato attraverso la copia dei “*file*” temporanei e dei “*cookie*”, originati, sul computer utilizzato dal ricorrente, dalla navigazione in rete avvenuta durante le sessioni di lavoro avviate con la password del ricorrente medesimo. Secondo l'Autorità garante, invece, “la resistente avrebbe potuto ... dimostrare l'illiceità del ... comportamento [del lavoratore] in rapporto al corretto uso degli strumenti affidati sul luogo di lavoro limitandosi a provare in altro modo l'esistenza di accessi indebiti alla rete e i relativi tempi di collegamento”.

La conclusione, quindi, non può che essere nel senso dell'illiceità del comportamento, poiché la società ha in questo modo effettuato "un trattamento diffuso di numerose altre informazioni indicative anche degli specifici "contenuti" degli accessi dei singoli siti *web* visitati nel corso delle varie navigazioni, operando - in modo peraltro non trasparente - un trattamento di dati eccedente rispetto alle finalità perseguite".

In secondo luogo, il controllo è stato ritenuto illecito in quanto, "sebbene i dati personali siano stati raccolti nell'ambito di controlli informatici volti a verificare l'esistenza di un comportamento illecito", il complessivo esame delle pagine visitate consentiva alla società di poter tracciare un profilo comportamentale, contenente dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale del lavoratore. E dunque, poiché in relazione a tali dati il trattamento può essere consentito, in assenza di un specifico consenso, solo quando sia finalizzato a tutelare un diritto "di rango pari a quello dell'interessato" (art. 26.4, lett. c, cod. cit.), l'Autorità ha ritenuto che la natura patrimoniale del diritto, tutelato dalla società datrice attraverso il controllo posto in essere, deve cedere a fronte della tutela apprestata dal legislatore a vantaggio dei diritti della personalità e delle libertà fondamentali.

3. Commento: come conciliare l'approccio tradizionale a quello della protezione dei dati ?

La tutela della riservatezza della persona del lavoratore si colloca al centro della moderna legislazione italiana di diritto del lavoro, ricevendo protezione, ben prima che nell'ordinamento internazionale e comunitario, in quel titolo I dello statuto dei lavoratori, che viene intitolato alla tutela della "libertà e dignità del lavoratore", e che contiene una dettagliata serie di disposizioni intese a preservare l'area più intima del lavoratore, limitando il potere di controllo datoriale, e dunque la stessa nozione di "subordinazione".

Da quella scelta del legislatore è derivata, dunque, una direttrice dottrina e giurisprudenziale che, attraverso il richiamo alla c. d. "spersonalizzazione" del rapporto, ha tendenzialmente escluso dall'area del vincolo giuridico tutto ciò che non attenga a "fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore", secondo la rigorosa formula dell'art. 8 stat. lav.

Un simile impianto, che pure ha conosciuto una larga diffusione nella dottrina straniera, è ora costretto a fare i conti con l'impostazione proveniente dalle fonti internazionali e comunitarie, che realizzano la tutela della riservatezza attraverso la nozione dei dati personali, intesi, piuttosto che come un bene suscettibile di autonoma valutazione patrimoniale, quale proiezione della persona, secondo l'abusata metafora che consente di ricostruire dall'orma le caratteristiche del soggetto che l'ha impressa.

Le previsioni normative, introdotte dalla legge n. 675 del 1996 ed ora contenute nel "codice", si limitano a definire una serie di principi relativi al trattamento dei dati, lasciando poi alla interrelazione fra i diversi attori del sistema la loro concreta specificazione, in relazione alle singole ipotesi. Il dato viene quindi collocato al centro di una tutela tendenzialmente assoluta che prescinde dalle esigenze dei singoli settori, garantendo a tutto l'ordinamento una protezione che si vuole uniforme, indipendentemente dagli interessi di volta in volta toccati.

Ruolo rilevante assume, quindi, il consenso individuale dell'interessato, definito come il soggetto cui il dato si riferisce (v. art. 4, co. 1, lett. i, d. lgs. 196/2003). Tale consenso costituisce, in più ipotesi (v. artt. 20 e 23, d. lgs. cit.), l'elemento che consente il trattamento

dei dati, dando quindi un fondamento privatistico alla tutela dei dati personali, quale estrinsecazione di quel diritto al nome e all'immagine, già tutelato negli artt. 6 e segg. del codice civile, che si tramuta in un diritto al controllo sulla propria immagine "informatica".

Si tratta, in verità, di una notevole evoluzione rispetto al punto di partenza della vicenda, poiché il diritto al controllo sui dati era originariamente emerso nell'ambito del diritto pubblico, quale forma di difesa contro il controllo esercitato da organismi pubblici, al fine di evitare che, attraverso un incrocio di dati provenienti da più fonti, si restringessero gli spazi di libertà del singolo, in relazione, ad es., all'accertamento della responsabilità penale o si prevenissero discriminazioni individuali nell'esercizio di poteri amministrativi di vigilanza o di decisione.

Tale impostazione, se riesce ad assicurare protezione anche in una dimensione privatistica, altrimenti lasciata libera da regolazione normativa (soprattutto in relazione al rischio di discriminazioni nel campo dei rapporti assicurativi, bancari etc.), si viene, tuttavia, a scontrare con le particolarità della disciplina dei rapporti di lavoro.

In questa ultima dimensione, infatti, una pluralità di aspetti si atteggia in maniera profondamente diversa rispetto alla generale disciplina dettata per tutelare il controllo dei singoli sulla circolazione dei dati personali: il consenso individuale del lavoratore, infatti, non può costituire in alcun modo l'elemento su cui incentrare la regolamentazione della tutela, non solo perché questo potrebbe essere prestato senza la necessaria libertà (come peraltro può accadere in altri contesti in cui sussistano relazioni interprivatistiche), ma soprattutto perché esso potrebbe risultare ostativo rispetto al normale esercizio delle prerogative creditorie, in relazione al controllo sulla attività solutoria del lavoratore, che costituisce esatto adempimento dell'obbligazione lavorativa.

In questo senso già il legislatore del 1970 si era preoccupato di risolvere un simile contrasto, adottando tuttavia una soluzione, quale quella del rinvio alla volontà collettivamente manifestata dai rappresentanti aziendali dei lavoratori (cfr. ad es. gli artt. 4 e 6 stat. lav.), che non trova invece accoglimento nella disciplina della protezione dei dati personali, incentrata – come si è detto poc'anzi - sulla dimensione individuale, e dunque poco incline a riconoscere valore dirimente al consenso collettivo.

Parimenti, l'applicazione delle regole generali di protezione dei dati al rapporto di lavoro tendono ad obliterare la insopprimibile dimensione comunitaria del fenomeno imprenditoriale, che ha comportato, nell'evoluzione giurisprudenziale e normativa, il sorgere in capo al datore di obblighi di protezione, a vantaggio dei lavoratori, che certamente impongono una invasione della sfera individuale dei singoli. Per un verso, la comunità di lavoro impone uno scambio continuo di flussi di informazione, in relazione ai quali, il consenso richiesto per il trattamento deve intendersi quasi sempre prestato in forma implicita (c.d. polverizzazione); per altro verso, però, il dato rischia di diventare oggetto di tutela indipendentemente dalle modalità con cui esso viene reso noto al datore. Così, mentre la disciplina sopravvenuta diretta alla tutela dei dati personali ha consentito di dare soluzione legislativa certa alle ipotesi di schedature (che pure avevano trovato divieto in un orientamento giurisprudenziale largamente condiviso), la stessa normativa appare incapace di dare protezione nelle ipotesi in cui sia la rivelazione del dato (e non il suo trattamento) a poter recare pregiudizio al lavoratore (si pensi al rischio di discriminazioni in relazione all'orientamento sessuale).

Infine, è il punto richiede una riflessione ancora più attenta, la fattispecie collocata al centro delle previsioni normative non è più costituita da un comportamento, come nelle disposizioni di cui allo statuto dei lavoratori (artt. 2, 3, 4, 5, 6 e 8), ma dai dati, cioè dalla scia che determinate operazioni si lasciano dietro. Ciò comporta una scissione delle situazioni regolate, per cui mentre il “dato” risulta tutelato secondo la disciplina generale, ai comportamenti si applicano soluzioni differenziate, dettate dalla complessa interrelazione fra le disposizioni dello statuto e le norme generali in tema di adempimento.

Si tratta di un conflitto, in certa misura paradossale, poiché può condurre al risultato di un comportamento lecito, che tuttavia lascia una traccia, la cui raccolta deve considerarsi illecita, a fronte del mancato rispetto delle norme del “codice” del 2003, ovvero di un dato trattato in conformità alle disposizioni di quest’ultima fonte normativa, ma raccolto in forma illecita. Di tale difficoltà, peraltro, è ben consapevole l’estensore della decisione annotata posto che essa espressamente precisa che rimangono “impregiudicati i diritti delle parti in ordine alla liceità o meno dei comportamenti addebitati al ricorrente”.

Dunque, una distinzione fra “dati” e “comportamenti” che non può che apparire in certa misura illogica, poiché conduce alla scissione artificiosa una attività che invece viene percepita come unitaria *in rerum natura*, posto che il controllo sulla navigazione via web è, nella sua consistenza materiale, del tutto analogo, sia che ad esso ci si riferisca mediante le operazioni poste in essere, sia che si richiamino i dati impressi sul sistema operativo.

Una tale contraddizione, peraltro, risulta viepiù aggravata dalla diversa disciplina dettata in relazione al contenuto dei dati personali. Ed infatti, il risultato può essere, per davvero, del tutto illogico quando i dati rilevati non manifestino alcun aspetto rilevante della personalità del lavoratore. In questa ipotesi il *test* sul bilanciamento degli interessi contrapposti compiuto nella decisione del Garante può aprirsi a soluzioni diverse se, a differenza che nella vicenda che ha dato occasione alla pronuncia annotata, le pagine visitate non rivelino alcuna inclinazione sessuale particolare.

In altri termini: appare paradossale che la navigazione su siti pornografici riceva tutela speciale, perché manifestazione di dati “sensibili” (ai sensi dell’art. 4, co. 1, lett. *d*, cod. protezione dei dati), ed invece l’accesso a siti a contenuto generale (si pensi a quello di un periodico *on line*) non possa conseguire un analogo trattamento.

Da qui la necessità di una precisazione dei confini dell’oggetto destinatario della tutela, sia in relazione alla distinzione (che manca, ma che il Garante stesso riconosce come necessaria) fra comportamenti e dati, che dei primi costituiscono la proiezione inevitabile, sia in relazione alla natura dei dati (che invece sussiste, ma che rende talora paradossali le conclusioni). La necessità di un ripensamento della impostazione fino a qui seguita, del resto, appare in certa misura dimostrata dalla difficoltà che si registra nel definire uno strumento internazionale nel settore dei rapporti di lavoro, malgrado i numerosi tentativi che si sono susseguiti in tal senso, nei quali ancora non si è riusciti a passare dalla enunciazioni di principio alla più esatta individuazione di standard unanimemente accettati.

4. Sono leciti i controlli del datore che siano indirizzati a svelare l’inadempimento del lavoratore ?

Venendo così all’argomento della liceità del controllo in concreto esercitato nella vicenda in esame, bisogna innanzi tutto sottolineare come si è, in molte decisioni, affermato il concetto

che il disposto dell'art. 4 stat. lav. sia da ricondurre esclusivamente all'area del controllo sulla attività solutoria del prestatore, di modo che, ove costui si collochi al di fuori di tale spazio, riprenderebbe liberamente il potere del datore, fondato forse più che su una generica capacità di autotutela individuale, sul generale potere datoriale di direzione e controllo, che consentirebbe una sorveglianza, talora anche occulta, del comportamento del lavoratore.

Una tale soluzione è stata accolta unanimemente quando si è trattato di verificare, per lo più attraverso agenzie private di investigazione, l'adempimento da parte di soggetti che svolgevano a propria attività al di fuori dei locali aziendali, mentre non è sempre accettata quando il controllo venga esercitato, come nel caso della vicenda in parola, attraverso l'esame a posteriori delle pagine *web* visitate (attraverso il *server* centrale o mediante un accesso alla postazione in uso da parte del lavoratore), in presenza comunque di espliciti avvisi che comunicavano ai lavoratori la possibilità di verifiche di tale tipo.

Un esame della giurisprudenza, invero, segnala almeno due pronunzie della Cassazione che affermano la legittimità dei controlli effettuati sull'attività lavorativa del lavoratore dipendente, quando questa si collochi al di fuori dell'attività di esecuzione del contratto e, dunque, sia svolta in violazione dei doveri di collaborazione, che caratterizzano il rapporto di lavoro subordinato. Nello stesso senso numerosi giudici di merito hanno seguito le indicazioni della suprema Corte, escludendo dal campo di applicazione dell'art. 4 stat. lav., i controlli cc. dd. "difensivi".

In senso contrario a tale orientamento, tuttavia, altre pronunzie hanno circoscritto, pur senza smentirlo, l'ambito di vigenza del principio enunziato dalla Cassazione, ritenendo che le finalità difensive perseguite dal datore, non escludessero l'applicazione del disposto del comma secondo dell'art. 4. La categoria dei controlli difensivi, secondo questa prospettazione, si risolverebbe, semmai, in una specificazione del dettato legislativo del secondo comma della disposizione ora citata, che, ammettendo il controllo preterintenzionale per "esigenze organizzative", legittimerebbe i controlli con finalità di tutela del patrimonio aziendale.

Così si è affermato che l'attività difensiva del datore sia consentita solo quando non sussista attività lavorativa alcuna, nemmeno eventuale, e, parimenti, si è ritenuta inapplicabile la scriminante dell'intento difensivo quando sia impossibile distinguere, per le concrete modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, fra un controllo (illecito) sulla attività lavorativa e quello (astrattamente lecito, ma in concreto non ammesso) sulle infedeltà del lavoratore.

La questione, che appare centrale ai fini della decisione circa la legittimità del licenziamento intimato al lavoratore che ha promosso il ricorso che ha dato occasione alla pronunzia dell'Autorità garante, è, a tutta evidenza, priva di una regolazione espressa nell'ordinamento positivo, posto che la natura penale del precetto contenuto nell'art. 4 stat. lav. richiederebbe una interpretazione tassativa della fattispecie vietata, insuscettibile di essere estesa in via di interpretazione analogica. In assenza di un più preciso intervento normativo, si è costretti quindi a ricercare la soluzione al problema attraverso una interpretazione della norma statutaria, dilatandone o restringendone la portata.

Si è così sostenuto, a sostegno della liceità dei controlli difensivi, che l'utilizzo dei *computer* non rientri nel novero dei meccanismi di sorveglianza vietati, dal momento che in tali casi l'apparecchiatura non ha vere e proprie finalità di controllo, poiché la registrazione dei dati

discende automaticamente dalle modalità del funzionamento della macchina ed è finalizzata ad una esecuzione più veloce delle prestazioni ad essa richiesta (come tipicamente nella ipotesi di una attività d'ufficio).

A conforto di questa soluzione si è richiamato il fatto che i mezzi informatici apparivano al di fuori dell'orizzonte del legislatore del 1970 e che, a ragionare altrimenti, si finirebbe per riconoscere un potere di cogestione delle rappresentanze aziendali in materia di utilizzo di elaboratori elettronici, che apparirebbe del tutto anomalo in un sistema, quale quello italiano, che sostanzialmente non conosce alcuna altra ipotesi in cui si realizzi un così profondo coinvolgimento dei lavoratori nell'esercizio dei poteri di organizzazione dell'attività produttiva.

In senso contrario, invece, si è sottolineato come la espressione "a distanza" possa intendersi come riferita sia in senso spaziale che cronologico, senza che per questo muti la pericolosità del controllo.

In ogni caso, in disparte dalla qualificazione degli elaboratori elettronici come strumenti di controllo a distanza, apparirà ovvio come, anche a mantenersi nell'ambito di applicazione dell'art. 4 stat. lav., l'ordinamento appaia carente di una specifica regolamentazione. Il semplice rinvio alla disposizione collettiva contenuto nel comma secondo della disposizione citata, infatti, si dimostra insufficiente a garantire una rete di regole per disciplinare le forme di controllo. In questo senso non deve apparire inutile la ricerca di norme, di natura inderogabile anche per l'autonomia collettiva, che possano definire i confini del controllo lecito.

Nota bibliografica

Sul tema, v. A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, Giappichelli, 1995; P. CHIECO, *Privacy e lavoro*, Bari, Cacucci, 2000; M. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, Jovene, 2003; E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Torino, Giappichelli, 1996; L. NOGLER, *Il lavoro a domicilio*, Milano, Giuffrè, 2000. V. altresì i saggi raccolti in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1994, n. 15, *Rapporto di lavoro e diritti fondamentali*, fra cui, in particolare, i saggi introduttivi di M. MAGNANI e di S. DEL REY GUANTER.

A riguardo nella dottrina spagnola v. D. MARTINEZ FONS, *El control del uso del ordenador con finalidades extraproductivas*, in *Juslabor*, n. 1/05.

Nota bibliografica

Si riporta il testo dell'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (Statuto dei lavoratori):

E' vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. Gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l'Ispettorato del lavoro, dettando, ove occorra, le modalità per l'uso di tali impianti.

Per gli impianti e le apparecchiature esistenti, che rispondano alle caratteristiche di cui al secondo comma del presente articolo, in mancanza di accordo con le rappresentanze sindacali aziendali o con la commissione interna, l'Ispettorato del lavoro provvede entro un anno dall'entrata in vigore della presente legge, dettando all'occorrenza le prescrizioni per l'adeguamento e le modalità di uso degli impianti suddetti.

Contro i provvedimenti dell'Ispettorato del lavoro, di cui ai precedenti secondo e terzo comma, il datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza di queste, la commissione interna, oppure i sindacati dei lavoratori di cui al successivo art. 19 possono ricorrere, entro 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento, al Ministro per il lavoro e la previdenza sociale

© Vincenzo Ferrante

© IUSLabor 3/2006

ISSN: 1699-2938