
Capitolo Primo

Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.

di Arturo Maresca

SOMMARIO: 1. Il (mal)funzionamento dell'art. 4 e le *ipocrisie* della tutela statutaria. – 2. Il declino della tecnica di tutela della riservatezza del lavoratore affidata all'accordo sindacale. – 3. I controlli *diretti* sull'attività lavorativa: permanenza del divieto o assoggettamento ad un vincolo causale? – 4. Esercizio del controllo e utilizzazione dei dati. La (ri)definizione e sistematizzazione dei c.d. controlli difensivi. – 5. Condizioni di legittimità dei controlli a distanza: l'accordo sindacale e l'autorizzazione amministrativa. – 6. Le esenzioni riservate agli strumenti utilizzati: *a*) per rendere la prestazione lavorativa. – 7. ... *b*) per la registrazione degli accessi e delle presenze. – 8. Controlli legittimi e utilizzabilità dei dati acquisiti per la gestione del rapporto di lavoro. – 9. L'informazione *trasparente* al lavoratore come condizione per l'utilizzabilità dei dati raccolti dal datore di lavoro. Gli effetti *indotti*. – 10. Il richiamo al d.lgs. n. 196/2003: competenze concorrenti e distinzione degli ambiti riservati al Garante e quelli assoggettati dall'art. 4 alla diretta regolazione del legislatore. – 11. Contenuto e modalità di comunicazione dell'informazione adeguata.

1. Il (mal)funzionamento dell'art. 4 e le ipocrisie della tutela statutaria

Le ragioni della modifica dell'art. 4 St. lav. (realizzata dall'art. 23, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151 e corretta con l'art. 5, co. 2, d.lgs. 24 settembre 2016, n. 185) sono state tradizionalmente individuate nella obsolescenza della disciplina statutaria causata dalle nuove tecnologie e forse, ancor più, dall'imponente evoluzione della normativa generale in materia di tutela della riservatezza (in particolare, il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e la sua implementazione da parte del Garante). Opinione che, però, deve essere precisata aggiungendo che l'art. 4, pur risalente al 1970, venne *replicato* dal legislatore nel 2003, a dispetto della sua obsolescenza già allora conclamata, all'interno dell'art. 114, d.lgs. n. 196/2003.

Su tali ragioni non sembra utile ritornare, merita, invece, qualche cenno in più – anche perché meno indagato – il *paradosso* che ha caratterizzato il funzionamento dell'art. 4, co. 2 (vecchio testo), in particolare per quanto riguarda le modalità di

fruizione della tutela accordata al lavoratore. Spesso, infatti, tale tutela conseguiva non già all'operatività del meccanismo predisposto dal legislatore statutario (cioè il preventivo accordo sindacale o, in difetto, l'autorizzazione amministrativa), bensì alla sua mancata attuazione.

Per spiegare l'(apparente) arcano si deve prendere atto della prassi caratterizzata dai comportamenti di imprese e sindacati accomunati da una sostanziale inerzia: le prime molto spesso neppure avviavano le trattative per concludere l'accordo previsto dall'art. 4, co. 2 ed i secondi non si dolevano più di tanto di queste omissioni, forse anche con qualche sollievo per aver, così, evitato di essere coinvolti in negoziati di non facile gestione e sindacalmente poco *interessanti*.

A trarre occasionale *vantaggio* da tale situazione poteva essere, invece, il singolo lavoratore colpevole di un'infrazione disciplinare, magari anche di grave entità, ma documentabile soltanto utilizzando i controlli effettuati dal datore di lavoro in modo non conforme all'art. 4 e, per questo, non producibili in giudizio per provare la responsabilità del dipendente.

Quindi l'ipocrisia con la quale l'art. 4, co. 2 (vecchio testo) ha convissuto derivava proprio dalla manifesta inidoneità della norma a realizzare una tutela della riservatezza dei lavoratori. Infatti i controlli a distanza sull'attività dei dipendenti si diffondevano e moltiplicavano molto spesso in assenza del preventivo accordo sindacale e, quindi, delle garanzie apprestate dal legislatore, anche se ciò finiva per preconstituire una sorta di impunità del singolo lavoratore che si fosse reso responsabile di un'infrazione disciplinare dimostrabile soltanto per il tramite dei controlli illeciti, stante la mancanza dell'accordo sindacale o dell'autorizzazione amministrativa.

In conclusione si può dire che le modalità di realizzazione di questa tutela finivano per trascurare l'interesse della generalità dei dipendenti alla loro riservatezza in se stessa considerata, proiettandosi invece sulle conseguenze disciplinari delle condotte illecite di singoli lavoratori riscontrate in violazione di tale disposizione.

È pur vero che la composizione degli interessi può realizzarsi anche con equilibri diversi da quelli prefigurati, regolati e voluti dal legislatore per cui le norme possono produrre «*effetti indiretti*»¹, ma l'esito applicativo dell'art. 4 capovolgeva il disegno perseguito dal legislatore evidenziando l'inefficienza della tutela della riservatezza dovuta alla collettività dei lavoratori sottoposti a controlli a distanza e, per converso, esaltava l'utilizzo dello stesso art. 4 come *scudo individuale* per contrastare le iniziative disciplinari del datore di lavoro.

A riprova della fondatezza dei rilievi a cui si è accennato si può evocare la creazione giurisprudenziale dei c.d. controlli difensivi – sui quali si ritornerà nel prosieguo per dimostrarne l'oggettiva incompatibilità con l'art. 4 – che è servita per *fare giustizia* nel caso concreto di fronte alle preclusioni probatorie altrimenti derivanti dall'art. 4.

¹ V. A. BELLAVISTA, *Il nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, Padova, 2016, p. 717 e, sul punto, p. 727.

Di qui la difficoltà a condividere le critiche mosse alle modifiche dell'art. 4 da parte di chi intende mantenere inalterata una delle norme del diritto del lavoro più frequentemente disapplicata, valorizzando le convenienze derivanti dalla violazione dell'art. 4 che possono cogliersi in sede giudiziaria nelle controversie aventi ad oggetto le sanzioni disciplinari.

2. Il declino della tecnica di tutela della riservatezza del lavoratore affidata all'accordo sindacale

Volgendo lo sguardo al nuovo testo dell'art. 4 se ne può percepire, in grandi linee, l'evoluzione isolando almeno tre profili che evidenziano i tratti di continuità e discontinuità rispetto alla norma statutaria, quanto ad interessi tutelati e tecniche di regolamentazione.

Il primo concerne l'approccio al tema dei controlli a distanza tecnologici che conferma la volontà del legislatore di assoggettare questi controlli a limiti specifici finalizzati a tutelare la riservatezza del dipendente, escludendo la *liberalizzazione* di tali controlli.

Il secondo riguarda, nel segno della discontinuità, forme e strumenti di realizzazione della tutela del lavoratore che si caratterizzano per il declino dell'accordo sindacale come condizione generale e sufficiente di legittimità dei controlli a distanza. Infatti il bene della riservatezza del lavoratore viene garantito dal legislatore in forme più coerenti alla dimensione individuale e personale di tale diritto, con attenzione per le modalità e la misura del controllo da correlare alle funzioni che esso legittimamente può assolvere. In questa prospettiva – come si dirà più diffusamente nel prosieguo – assumono rilievo la trasparenza dei controlli di cui il singolo lavoratore deve essere edotto e la compenetrazione dei limiti lavoristici previsti per tali controlli con quelli generali attinti dal codice sulla protezione dei dati personali (art. 4, co. 3). Tutto ciò segna il ridimensionamento della legittimazione dell'accordo collettivo – espressione dell'interesse sindacale delle parti che lo stipulano – come presidio generale e salvifico della riservatezza del lavoratore esposto ai controlli a distanza.

Il terzo profilo – che si pone in linea di sviluppo con quanto appena accennato – riguarda il raccordo tra i controlli a distanza e l'utilizzabilità «delle informazioni raccolte ... a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro» (art. 4, co. 3). Un raccordo che chiarisce l'interazione funzionale dei poteri (in particolare, quelli di controllo e disciplinare) del datore di lavoro: da una parte il legittimo accertamento dell'infrazione e, dall'altra, la possibilità di sanzionarla. Un esito diverso avrebbe continuato ad alimentare reazioni e distorsioni ben note e praticate nella vigenza della norma statutaria, come quella già ricordata dei controlli difensivi o degli espedienti architettati in sede processuale nel tentativo di accreditare fonti di prova del comportamento del dipendente diverse dai controlli a distanza.

Le considerazioni accennate possono aiutare l'interprete a cogliere il significa-

to della nuova norma, anche alla luce della legge-delega, 10 dicembre 2014, n. 183.

Un compito non certo agevole, in quanto il nuovo art. 4 rompe quella sorta di armistizio silente tra imprese e sindacato che, come si accennava, ha connotato la vigenza (quasi) inoperosa della norma statutaria per fissare invece limiti legali ai controlli a distanza in una prospettiva che si ingegna di offrire una soluzione alla pervasività di tali controlli conseguenti all'incessante innovazione delle tecnologie applicate alla produzione di beni e servizi. Innovazione che certamente non può essere neutralizzata, dovendosi piuttosto – come prescrive l'art. 1, co. 7, lett. f), legge n. 183/2014 – procedere a contemperare le «esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore».

In sintesi si può, forse, osservare che la maturata valutazione negativa del controllo sindacale come presidio della riservatezza del lavoratore, ha suggerito al legislatore di realizzare tale contemperamento attraverso misure più coerenti con la dimensione individuale degli interessi da tutelare e che, come si dirà nel prosieguo, si focalizzano sulla trasparenza e proporzionalità dei controlli (art. 4, co. 3).

3. *I controlli diretti sull'attività lavorativa: permanenza del divieto o assoggettamento ad un vincolo causale?*

Pur in mancanza di una disposizione analoga a quella che si leggeva nella formulazione originaria del co. 1 dell'art. 4, il nuovo testo vieta al datore di lavoro di avvalersi di strumenti tecnologici per controllare a distanza la prestazione del dipendente, in quanto tali controlli sono ammessi «esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale» e, per converso, vietati in ogni altro e diverso caso.

La questione che si pone riguarda l'individuazione dell'oggetto dei controlli a distanza legittimati dal nuovo art. 4, co. 1.

Secondo una ricostruzione largamente condivisa – che conferma l'impianto normativo e la sistemazione preesistente – i controlli a distanza possono riguardare *esclusivamente* le «esigenze organizzative e produttive» oppure «la sicurezza del lavoro» o, infine, «la tutela del patrimonio aziendale», con la conseguenza che il controllo sull'attività del lavoratore risulterebbe meramente accidentale, ancorché consapevole e, quindi, verrebbe relegato ad effetto indiretto, derivante dal controllo legittimo che è tale soltanto se ed in quanto abbia ad oggetto la sicurezza del lavoro, il patrimonio aziendale o l'organizzazione produttiva di cui si avvale il datore di lavoro.

In questa prospettiva tali controlli, con linguaggio penalistico, venivano definiti *preterintenzionali*, da un'autorevole opinione espressa nei riguardi della versione statutaria dell'art. 4. Una definizione che, pur avendo riscosso notevole fortuna, sembra però mettere in ombra un punto rilevante, cioè che il controllo della prestazione lavorativa non sfugge affatto alle previsioni del datore di lavoro che, anzi, ne è ben consapevole, ancorché tale effetto debba discendere da un *controllo*

presupposto – funzionale ad interessi dell'attività imprenditoriale estranei all'ambito lavoristico – che costituisce la necessaria premessa e fonte di legittimazione del controllo sul dipendente.

Volendo prescindere dalle questioni definitorie, le implicazioni di maggior rilievo derivanti dall'applicazione della tesi in esame al vigente art. 4, co. 1, si possono sintetizzare nell'esclusione di tali controlli dalla sfera di esercizio del potere di controllo che caratterizza la posizione creditoria del datore di lavoro nei confronti della prestazione di cui il dipendente è debitore. Infatti si tratterebbe di controlli riferibili all'attività imprenditoriale consentiti dal legislatore nell'interesse all'organizzazione di essa, al patrimonio di cui si avvale o all'adempimento di obblighi di primaria importanza (la sicurezza del lavoro), con un'incidenza solo indiretta sulla attività del lavoratore che ne giustificherebbe, però, la regolamentazione a tutela della riservatezza di quest'ultimo.

Muovendo dall'attendibilità di questa ricostruzione, l'attenzione dell'interprete non può non essere attratta dalla differente formulazione del nuovo art. 4 rispetto alla versione statutaria. Una differenza che stimola l'indagine volta a verificarne gli eventuali riflessi.

Il riflesso più rilevante concerne la possibilità di prospettare un'ipotesi ricostruttiva del co. 1 dell'art. 4 per cui i controlli a distanza in esso contemplati potrebbero avere ad oggetto direttamente l'«attività dei lavoratori», in quanto le «esigenze organizzative e produttive», la «sicurezza del lavoro» o la «tutela del patrimonio aziendale» identificherebbero non già i limiti posti dal legislatore a ciò che può essere oggetto di controllo, quanto piuttosto le ragioni idonee a legittimare *esclusivamente* l'esercizio del potere di controllo del datore.

Seguendo questa impostazione tale potere sarebbe assoggettato ad un primo limite causale – analogamente a quanto avviene in altri casi (ad esempio per il mutamento di mansioni o il trasferimento nell'art. 2103 c.c.) – correlato al suo esercizio (art. 4, co. 1) e ad un secondo limite derivante dalla necessità del preventivo accordo sindacale o dell'autorizzazione amministrativa (fatte salve le ipotesi del co. 2). Con l'ulteriore corredo delle prescrizioni contenute nell'art. 4, co. 3, finalizzate a regolare l'utilizzo dei dati legittimamente acquisiti all'esito del controllo.

Questa ricostruzione consentirebbe anche di distinguere tra l'*impiego* e l'*installazione* degli strumenti di controllo a distanza di cui all'art. 4, co. 1. Il primo termine (l'*impiego*) riguarderebbe i limiti posti al potere di controllo, esercitabile dal datore di lavoro solo se causalmente giustificato; il secondo (l'*installazione*) connoterebbe invece le modalità operative del controllo realizzato con la predisposizione dei mezzi («gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti») che deve essere preventivamente approvata dal sindacato o dall'Ispettorato del lavoro. Di guisa che, in mancanza di motivi legittimi (e sono tali soltanto quelli tassativamente indicati dal legislatore), i controlli riconducibili al co. 1 dell'art. 4 non potrebbero essere attivati neppure se vi fosse l'accordo sindacale o l'autorizzazione amministrativa.

Infine nella prospettiva ora delineata potrebbe assumere un significato la distinzione tra il divieto dell'«uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori» sancito dall'art. 4, co. 1, vecchio testo e la previsione del nuovo co. 1 dell'art. 4.

Infatti la prima disposizione si applicava soltanto agli impianti ed alle apparecchiature il cui unico fine fosse quello del *controllo* dei dipendenti. Invece la norma vigente presenta, sotto questo profilo, un più ampio spettro applicativo riferendosi a tutti gli «impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza». In questo caso, quindi, il *controllo* non costituisce necessariamente la funzione primaria e tipica degli *strumenti* a cui il legislatore si riferisce, ma identifica le capacità di cui lo strumento è *anche* dotato. Ed è proprio tale puntualizzazione a sancire la funzione potenziale di controllo. In altre parole il vecchio art. 4 si occupava esclusivamente degli strumenti di controllo, mentre il nuovo art. 4 riguarda ogni strumento (fatti salvi quelli del co. 2) che, comunque, sia in grado di realizzare *anche* il controllo.

Nell'esame delle due ipotesi ricostruttive alle quali si è accennato occorre pure tener conto di quanto dispone la legge delega che riguarda la «revisione della disciplina dei controlli a distanza» realizzati tramite *impianti* o «strumenti di lavoro», senza porre vincoli o stabilire criteri selettivi in funzione delle specifiche finalità del loro impiego, consentendo così al legislatore delegato di disciplinare tali controlli, «tenendo conto dell'evoluzione tecnologica», anche quando l'attività lavorativa fosse stata direttamente oggetto di essi, dovendo farsi comunque carico dell'imprescindibile contemperamento delle «esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore». La necessità di provvedere a tale contemperamento sta proprio a dimostrare che il controllo tecnologico non può ritenersi di per se stesso – e cioè prescindendo dalle modalità e dalla misura in cui avviene – sempre e comunque precluso perché lesivo della dignità o della riservatezza di chi lo subisce. Del resto, se così fosse, chiunque (consumatore, utente, ecc.) – e non solo il lavoratore – potrebbe invocare l'interdizione dei controlli a distanza che lo riguardano.

Concludendo sul punto si può forse dire che l'opzione per il mantenimento anche nel nuovo art. 4, co. 1, del divieto statutario di controlli a distanza direttamente mirati sull'attività lavorativa e, quindi, l'esclusione di un ampliamento tecnologico del potere di controllo del datore di lavoro va ricondotta e motivata con l'esigenza di bilanciamento tra l'interesse del datore di lavoro di verificare l'esatta esecuzione della prestazione lavorativa, da una parte, e, dall'altra, la condizione di subordinazione del dipendente destinata altrimenti ad accentuarsi in forme più invasive e, per di più, connotate dal permanente disvalore per i controlli tecnologici realizzati *dalla macchina sull'uomo*.

Viceversa l'opzione di segno opposto potrebbe essere fondata anch'essa sul contemperamento tra dignità e riservatezza del lavoratore, da una parte, e, dall'altra, evoluzione tecnologica in funzione delle «esigenze produttive ed organizzative del-

l'impresa» che, però, sarebbe realizzato dal legislatore delegato – nell'ambito di un mutato contesto sociale soggiogato dalle tecnologie e dall'accettazione dei loro effetti – consentendo tali controlli soltanto se giustificati da esigenze produttive, di sicurezza del lavoro o di tutela del patrimonio aziendale e, comunque, sottoposti al necessario vaglio sindacale o amministrativo.

Quale che sia la scelta tra le due ricostruzioni un punto può considerarsi comune ad esse e mi limito qui a menzionarlo, rinviando al seguito i necessari approfondimenti.

Si tratta della collocazione sistematica dei controlli riconducibili all'art. 4, co. 1, rispetto a quelli del co. 2 che, derivando dagli «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa» o da quelli «di registrazione degli accessi e delle presenze», sono sottratti all'applicazione del co. 1 dell'art. 4 (anche se assoggettati alle medesime tutele del co. 3) per espressa indicazione del legislatore.

Ciò avviene non già per una differenziazione delle due fattispecie che avrebbe indotto il legislatore a diversificare la disciplina applicabile, bensì per la ragione inversa: i controlli dell'attività lavorativa riconducibili al co. 2 dell'art. 4 sono effettuati da strumenti che, essendo adoperati per lavorare o accedere ai luoghi di lavoro, non possono per la loro stessa natura e funzione essere assoggettati ad una causale o motivazione che ne giustifica l'utilizzo né si potrebbe seriamente ipotizzare per essi la necessità di una preventiva autorizzazione sindacale o amministrativa², senza stravolgere il potere organizzativo del datore di lavoro che riguarda anche la scelta dei "mezzi" di cui il dipendente si avvale per svolgere la propria attività.

Si può, quindi, osservare che il co. 2 dell'art. 4 realizza una sorta di presunzione assoluta della legittimità del controllo indotto dagli strumenti ivi previsti, attesa la funzione primaria da essi assolta di «rendere la prestazione lavorativa».

4. *Esercizio del controllo e utilizzazione dei dati. La (ri)definizione e sistematizzazione dei c.d. controlli difensivi*

Le considerazioni appena svolte consentono di mettere a fuoco alcune questioni che, specialmente nella fase applicativa della norma, hanno creato e potrebbero ancora creare incertezze e confusioni.

La prima questione, solo in apparenza banale, riguarda la distinzione tra esercizio del controllo a distanza ed utilizzo dei dati derivanti da tale controllo. Infatti

²La tesi era già sostenibile nel vigore dell'art. 4 nel testo statutario, v. da ultimo R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 77 e, precedentemente, A. MARESCA, S. LUCREZIO MONTICELLI, *Tutela della riservatezza nei rapporti di lavoro: divieto di controllo a distanza e telelavoro*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di G. Santaniello, vol. XXXVI, Cedam, Padova, 2005, p. 537 e, sul punto, p. 552.

accade spesso che questi due aspetti vengano sovrapposti e percepiti come se fossero riconducibili ad un unico atto catalogabile come esercizio del potere di controllo. Ciò si verifica perché frequentemente l'effettuazione del controllo, cioè l'acquisizione del dato, si manifesta in modo visibile soltanto quando si procede alla sua utilizzazione nei confronti del singolo lavoratore.

Per chiarire il punto occorre fare riferimento (almeno) a tre fasi cronologicamente e funzionalmente distinte: la prima riguarda l'acquisizione dei dati relativi all'attività lavorativa, come conseguenza automatica della tecnologia utilizzata dal dipendente per svolgere l'attività lavorativa; la seconda concerne la conservazione dei dati, cioè la loro memorizzazione; la terza – che è meramente eventuale – attiene all'utilizzazione dei dati per la gestione del rapporto di lavoro. La sequenza delle tre fasi connota e caratterizza la tipologia dei controlli tecnologici prevista dall'art. 4; controlli che, appunto, vengono definiti *a distanza* per segnare lo spazio di luogo o di tempo che intercorre tra il momento o il luogo in cui il dato inerente all'attività lavorativa viene a formarsi, quello della raccolta/acquisizione, quello della conservazione e, infine, dell'utilizzazione.

I limiti posti dal nuovo art. 4 scandiscono bene (e, comunque, più nitidamente di quanto avveniva con la norma statutaria) le tutele del lavoratore con riferimento alle varie fasi, tenendo conto che il controllo a distanza si configura esaustivamente nel momento in cui il dato viene acquisito (e memorizzato), anche prescindendo dalla sua utilizzazione che, come detto, è solo eventuale.

Si potrebbe ulteriormente precisare che all'interno dell'art. 4 l'acquisizione del dato relativo all'attività lavorativa integra l'esercizio del potere di controllo secondo quanto stabilito dai co. 1 e 2; mentre il co. 3 detta le regole per l'utilizzazione del dato «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro» e ciò attiene non già al potere di controllo, bensì a quelli di gestione del rapporto di lavoro, in particolare (ma non solo) al potere disciplinare. Una distinzione che, peraltro, si riflette anche sul regime sanzionatorio previsto dall'art. 171, d.lgs. n. 196/2003 che attribuisce rilievo penale alle violazioni dei soli co. 1 e 2 dell'art. 4 e non del co. 3.

Alla stregua delle considerazioni accennate non appare quindi possibile sostenere, ad esempio, che i limiti al potere di controllo posti dall'art. 4 troverebbero applicazione e si attiverebbero non già nel momento in cui lo *strumento* acquisisce il dato attinente all'attività lavorativa, ma soltanto quando tale dato, seppure già residente nella memoria di un *server* aziendale, viene esaminato per valutarne la rilevanza ai fini disciplinari, cioè nel caso della sua utilizzazione. La conseguenza di una simile impostazione sarebbe infatti paradossale: l'accordo sindacale o l'autorizzazione amministrativa dovrebbero essere richiesti soltanto se il datore di lavoro fosse interessato ad utilizzare il dato, mentre è proprio l'acquisizione di esso che pone il tema della tutela della riservatezza a presidio della quale opera l'art. 4.

Tenendo presente quanto appena esposto si può prendere posizione anche sui c.d. controlli difensivi a cui già si è fatto più volte riferimento.

Naturalmente la questione viene affrontata in questa sede soltanto per verifica-

re l'affermazione ricorrente³ per cui tale tematica sarebbe oggi superata perché ricompresa nel nuovo art. 4 e, in particolare, nella previsione contenuta nel co. 1 in ordine ai controlli finalizzati alla tutela del patrimonio aziendale, con la conseguenza che l'attivazione di controlli difensivi potrebbe oggi avvenire soltanto previo accordo sindacale o autorizzazione amministrativa⁴.

Limitandoci a questo profilo si può inizialmente osservare che i c.d. controlli difensivi sono stati utilizzati dalla giurisprudenza per sostenere l'inapplicabilità dell'art. 4 (vecchio testo) e, quindi, la legittimità del controllo anche in assenza del preventivo accordo sindacale, atteso che oggetto del controllo sarebbe stata non già l'attività lavorativa, bensì l'illecito commesso in occasione della prestazione resa dal dipendente al datore di lavoro.

Questa tesi – mutuata da quella che ammette ex art. 3 St. lav. i controlli occulti tramite agenzie investigative finalizzati ad accertare condotte penalmente rilevanti dei dipendenti durante il servizio⁵ – sembra difficilmente armonizzabile con la regolamentazione dei controlli tecnologici contenuta nell'art. 4, proprio per le modalità di funzionamento di tali controlli.

Infatti mentre l'incarico affidato ad un'agenzia investigativa può essere circoscritto alle sole indagini necessarie ad accertare la condotta illecita del singolo dipendente ed essere considerato legittimo proprio perché così delimitato, viceversa il controllo tecnologico derivante, ad esempio, dall'utilizzo di un sistema informatico registra l'insieme di tutti i dati relativi all'attività lavorativa svolta indistintamente dalla generalità dei dipendenti senza alcuna selettività né soggettiva né oggettiva.

In questo caso, quindi, non si può configurare un controllo difensivo proprio perché il controllo non è focalizzato sull'attività illecita, ma inscindibilmente sull'intera prestazione lavorativa resa da tutto il personale dipendente.

E non appare neppure possibile che tale qualificazione avvenga, per così dire a posteriori, cioè quando dall'analisi dei dati acquisiti riferita alla generalità dei lavoratori si riscontra una condotta illecita di un singolo dipendente⁶.

³ V., per tutti, P. LAMBERTUCCI, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli "a distanza" tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014*, in *W.P. CSDLE "Massimo D'Antona"*, *IT*, n. 255/2015 e M.T. SALIMBENI, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, p. 589; I. ALVINO, *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, I, p. 999.

⁴ Così E. BALLETTI, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, Relazione alle Giornate di Studio Aidlass (Napoli, 16-17 giugno 2016), p. 40 del dattiloscritto.

⁵ Cfr., tra le più recenti, Cass. 4 dicembre 2014, n. 25674, in *Foro it.*, 2015, I, c. 1671.

⁶ Per un esempio significativo di questo indirizzo giurisprudenziale v. Cass. pen., sez. V, 12 luglio 2011, n. 34842 per la quale «sono utilizzabili nel processo penale le prove di reato acquisite nei confronti di un dipendente mediante videoriprese effettuate con telecamere installate all'interno del luogo di lavoro, ad opera del datore di lavoro, per esercitare un controllo a beneficio del patrimonio aziendale messo a rischio da possibili comportamenti infedeli dei lavoratori, perché le norme dello

Infatti in questo caso il controllo a distanza è avvenuto quando sono stati acquisiti e memorizzati i dati relativi all'*ordinaria* attività lavorativa svolta dal personale dipendente ed a tale controllo trova sicura applicazione l'art. 4 la cui violazione rende illegittimo il controllo effettuato; senza alcuna possibilità che l'accertamento di comportamenti illeciti del dipendente in base ai dati già raccolti possa legittimare, con effetto retroattivo, il controllo ormai *consumato*. Riprendendo le precisazioni svolte in precedenza, si può dire che l'accertamento dell'illecito del lavoratore avviene, invero, nella fase di utilizzo dei dati a fini disciplinari, da distinguere da quella del controllo a distanza che si è realizzata precedentemente con l'acquisizione dei dati.

Ciò non esclude in assoluto la possibilità di attivare un controllo *realmente* difensivo attraverso strumenti tecnologici al di fuori dell'ambito di applicabilità dell'art. 4, ma ciò può avvenire quando il sistema informatico (o una sua funzione) viene tarato in modo tale da accertare soltanto condotte illecite del dipendente e non già l'attività lavorativa nel suo complesso: ad esempio un *software* mirato a verificare l'autore di reati informatici.

Le considerazioni appena svolte consentono di ribadire che anche il nuovo art. 4 non si applica ai controlli difensivi – nel senso, torno a precisare, dei controlli aventi ad oggetto condotte illecite – che, conseguentemente, potranno essere attivati anche senza accordo sindacale o autorizzazione amministrativa.

Seguendo questa che sembra l'impostazione preferibile del problema, si può aggiungere che la previsione (art. 4, co. 1) dei controlli sul patrimonio aziendale dovrebbe consentire di ricondurre i controlli difensivi nel loro originario e corretto alveo.

Ciò potrebbe avvenire distinguendo tra: A) controlli a difesa del patrimonio aziendale costituito dai beni materiali ed immateriali di cui l'imprenditore ha la proprietà o il godimento e che riguardano la generalità dei dipendenti (o parte di essi) nello svolgimento della loro normale attività lavorativa che li pone a contatto con tale patrimonio. Questi controlli dovranno avvenire nel rispetto delle previsioni dell'art. 4, co. 1, ma anche del co. 3; B) controlli difensivi in senso stretto, mirati ad accertare selettivamente condotte illecite – anche di aggressione al patrimonio aziendale – di cui si presume, in base ad indizi concreti, siano autori singoli (o alcuni) dipendenti, anche se ciò avviene in occasione dello svolgimento della prestazione lavorativa. In questo caso si tratta di indagini che, salvo quelle condotte direttamente dalle autorità di polizia o dalla magistratura (il che esclude ovviamente l'applicazione dell'art. 4), possono essere attivate dal datore di lavoro avvalendosi di idonei strumenti tecnologici. Questi controlli si collocano al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 4, non avendo ad oggetto l'attività del lavoratore.

statuto dei lavoratori poste a presidio della loro riservatezza, non fanno divieto dei c.d. controlli difensivi del patrimonio aziendale e non giustificano, pertanto, l'esistenza di un divieto probatorio».

5. Condizioni di legittimità dei controlli a distanza: l'accordo sindacale e l'autorizzazione amministrativa

Passando all'esame del co. 1 dell'art. 4 gli aspetti più innovati – oltre quelli concernenti il riferimento al patrimonio aziendale – riguardano l'accordo sindacale che, diversamente da quanto accadeva precedentemente, può essere stipulato anche con le «associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» quando i controlli a distanza riguardano «imprese con unità produttive ubicate in diverse province».

Il legislatore si è fatto carico del problema – ricorrente nella pratica – delle aziende plurilocalizzate che si avvalgono di sistemi di controllo a distanza identici da installare nelle varie unità produttive. In questi casi sarebbe stato irragionevole imporre la moltiplicazione degli accordi per ogni unità produttiva, per di più con la possibilità di esiti diversificati, avendo ciascuna RSA/RSU, per l'unità produttiva ove è costituita, la facoltà di negare il consenso all'accordo che, invece, avrebbe potuto essere concluso in altre unità produttive.

Il primo punto da segnalare al riguardo è che la trattativa con le associazioni sindacali *esterne*, anziché con la RSA/RSU, costituisce un'alternativa facoltativa e non già l'attribuzione di una competenza esclusiva riconosciuta a tali associazioni e sottratta alle rappresentanze sindacali costituite nell'azienda. Si tratta, quindi, di una legittimazione concorrente che implica l'eventualità di un raccordo tra le due strutture sindacali secondo prassi che caratterizzeranno le relazioni sindacali di ogni singola azienda o valutazioni effettuate di volta in volta.

Ciò sta anche a significare, per altro verso, che l'esercizio di tale facoltà avverrà a seguito della valutazione dell'impresa interessata cui compete l'iniziativa di attivare la trattativa, senza dover necessariamente acquisire il consenso del soggetto sindacale – le RSA/RSU o le associazioni *esterne* – escluso dalla trattativa.

Si viene, quindi, a configurare un modello di competenza sindacale concorrente e multilivello analogo a quello previsto dall'art. 51, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 che sembra indicare una tendenza nella tecnica dei rinvii operati dal legislatore al contratto collettivo.

Da quanto accennato si può dedurre che se il datore di lavoro sollecitasse l'apertura della trattativa per stipulare l'accordo previsto dall'art. 4, co. 1, nei confronti di uno qualsiasi dei soggetti sindacali legittimati, l'eventuale rifiuto (anche se opposto soltanto per declinare la competenza a favore di un diverso soggetto sindacale) varrebbe a configurare la condizione sufficiente per richiedere l'autorizzazione in via amministrativa, attesa la «mancanza di accordo».

Ai soggetti sindacali direttamente legittimati dall'art. 4, co. 1, è possibile aggiungere anche quelli muniti di competenze endosindacali. Potrebbe essere il caso, sempre per le aziende plurilocalizzate, del coordinamento delle RSU previsto dall'art. 7, T.U. 10 gennaio 2014 a cui venga affidata tale competenza.

Un altro profilo che emerge con riferimento alla questione in esame riguarda la tendenza del legislatore all'accorpamento degli accordi sindacali, anche se si deve

trattare pur sempre di accordi aziendali, essendo questo l'ambito applicativo degli accordi previsti dall'art. 4, co. 1, pure nel caso in cui siano conclusi con le «associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». Sembra quindi interdetta la possibilità di accordi di categoria a livello territoriale o nazionale che il legislatore ritiene incompatibili con la tematica dei controlli a distanza centrata sulla singola impresa.

Quanto detto, però, non esclude l'eventualità di accordi di gruppo conclusi dalla società capogruppo con mandato a rappresentare anche le altre società del gruppo (secondo la prassi tipica di tali accordi), naturalmente quando si tratta di controlli a distanza identici per tutte le aziende. In questo caso, infatti, l'accordo di gruppo si configura sostanzialmente come un accordo pluriaziendale e come tale compatibile con la previsione dell'art. 4, co. 1.

Il legislatore non affronta il tema, risalente al testo originario dell'art. 4, che si può porre in un'azienda nella quale siano presenti una pluralità di RSA e si tratta di capire se il perfezionamento dell'accordo richiede la firma di tutte le RSA, della maggioranza di esse o solo di una pluralità. Non viene neppure sciolto l'altro tema, ricorrente nelle norme di legge che rinviavano alla contrattazione collettiva, in ordine ai criteri d'individuazione dei sindacati comparativamente più rappresentativi e di quelli (tutti, la maggioranza, una pluralità?) che devono firmare l'accordo perché sia idoneo ad integrare il requisito previsto dal legislatore.

Un'omissione che appare *voluta* e non casuale, sulla scorta di un ragionamento del legislatore che considera questi temi ormai di competenza dell'autonomia collettiva che, infatti, in molti settori (ma non in tutti) ha regolato il dissenso sindacale prevedendo criteri per la conclusione degli accordi, anche in assenza dell'unanimità dei soggetti sindacali legittimati a negoziare.

Per quanto riguarda l'autorizzazione amministrativa – che può essere richiesta solo dopo aver negativamente sperimentata la via dell'accordo sindacale (depongono in tal senso la diversificazione dei termini utilizzati nel co. 1, art. 4: *in alternativa, in mancanza*) – le novità principali da segnalare sono almeno due, una esplicitata dal legislatore e l'altra implicita.

La prima riguarda la facoltà per le «imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più sedi territoriali» dell'Ispettorato nazionale del lavoro di chiedere *in alternativa* a quest'ultimo un'unica autorizzazione.

A prescindere dall'evidente semplificazione che la nuova norma comporta, ciò avrà nel tempo anche un ulteriore effetto particolarmente significativo, perché man mano che l'Ispettorato nazionale del lavoro sarà chiamato ad esprimere le autorizzazioni si formerà, con riferimento agli *strumenti* di controllo a distanza aventi funzioni identiche o molto simili, una *giurisprudenza* che con i suoi precedenti – la cui uniformità dovrebbe essere assicurata dall'unicità del soggetto decisore a livello nazionale – condizionerà i comportamenti delle imprese, ma anche dei sindacati e delle sedi territoriali dell'Ispettorato nazionale del lavoro. Infatti nell'applicazione dell'art. 4, co. 1, si manifesterà una tendenza a conformarsi a quanto deciso a livello nazionale. Salva la possibilità di ricorso al giudice (amministra-

tivo o a quello del lavoro) per contestare le decisioni dell'Ispektorato o la loro disapplicazione nelle controversie individuali aventi ad oggetto le sanzioni disciplinari applicate all'esito dei controlli a distanza.

Le considerazioni svolte mettono in luce l'altra implicazione indotta dal sistema a cui si è accennato per quanto riguarda i riflessi che potranno prodursi sulla posizione delle parti nella trattativa sindacale prevista dall'art. 4, co. 1.

Infatti mentre i sindacati potranno del tutto legittimamente richiedere che i dati acquisiti dal datore di lavoro a seguito dei controlli a distanza non siano utilizzabili a fini disciplinari⁷, tale posizione non potrà essere assunta dalle sedi territoriali e dall'Ispektorato nazionale del lavoro essendo per essi impegnativa la previsione del co. 3 dell'art. 4 per la quale «le informazioni raccolte ai sensi dei co. 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro». A ciò si aggiunga il grado di *prevedibilità*, come si è detto, di alcune decisioni dell'Ispektorato nazionale del lavoro sulle richieste di autorizzazione che crescerà nel tempo sulla scorta delle autorizzazioni via via rilasciate.

Tutto questo potrebbe condizionare la trattativa sindacale da parte sia dei datori di lavoro per l'interesse a conseguire l'autorizzazione dell'Ispektorato sfuggendo alle richieste sindacali sia degli stessi sindacati che potrebbero sentirsi deresponsabilizzati dall'autorizzazione amministrativa di seconda istanza e, quindi, disimpegnarsi dalla trattativa, con la conseguenza che la *giurisprudenza* dell'Ispektorato nazionale del lavoro finirà per assumere una funzione di orientamento più forte di quella che appare ad una prima lettura dell'art. 4, co. 1.

Naturalmente la prospettiva ipotizzata non riguarderà le aziende nelle quali le relazioni sindacali hanno un radicamento consolidato; in questo caso, infatti, il mancato accordo potrebbe segnare negativamente i futuri rapporti tra le parti, spostando quindi a favore della trattativa con il sindacato il requisito di previsto dall'art. 4, co. 1.

Le dinamiche a cui si è accennato potranno anche riflettersi sugli accordi sindacali stipulati nel vigore del vecchio testo dell'art. 4 e riguardare il tema della loro permanente vigenza.

Un tema che le parti stipulanti di questi accordi potranno valutare ed, all'esito, decidere di affrontare con gli strumenti ordinari (il recesso, l'accordo modificativo o estintivo) che consentono di estinguere, nel caso del recesso anche unilateralmente, qualsiasi accordo collettivo a tempo indeterminato, con la complicazione (attesa l'impraticabilità di un recesso parziale) per quegli accordi aventi per oggetto non solo i controlli dell'art. 4, ma una pluralità di materie.

⁷ In linea con il documento unitario di CGIL, CISL e UIL del 14 gennaio 2016 intitolato “*Un moderno sistema di relazioni industriali. Per un modello di sviluppo fondato sull'innovazione e la qualità del lavoro*” dove, con riferimento alla nuova disciplina dell'art. 4, si afferma l'opportunità di «definire contrattualmente, tramite accordi con la Rsu/Rsa o, in assenza, con le OO.SS., i meccanismi certi di preventiva informazione del lavoratore circa le regole interne e l'utilizzo dei dati acquisiti, alla luce delle nuove norme sui controlli a distanza ed escludendo, comunque, l'utilizzo dei dati per fini disciplinari».

Ma in questa prospettiva la questione potrebbe essere affrontata anche in modo diverso, rispondendo alla domanda se gli accordi sindacali stipulati in ottemperanza dell'art. 4 vecchio testo si debbano considerare estinti una volta che sia venuta meno tale norma. Infatti nel caso in esame – diversamente da altre ipotesi nelle quali le norme di legge non incidono in modo vincolante sulla formazione della volontà collettiva – gli accordi sindacali non costituiscono una libera scelta delle parti nella composizione dei reciproci interessi, ma un adempimento dovuto alla norma posta dal legislatore (per di più sanzionata penalmente). Con la conseguenza del venir meno dell'accordo sindacale stipulato sul presupposto della vigenza della norma oggi novellata.

Il ragionamento del resto vale anche per i provvedimenti dell'ispettorato del lavoro adottati nel vigore del vecchio testo dell'art. 4 per le parti non più compatibili con la nuova disposizione; ad esempio un'autorizzazione rilasciata ponendo limiti all'utilizzazione dei dati acquisiti tramite il controllo a distanza diversi da quelli previsti nuovo co. 3 dell'art. 4.

6. *Le esenzioni riservate agli strumenti utilizzati: a) per rendere la prestazione lavorativa*

Si può ora volgere lo sguardo al co. 2 dell'art. 4 che affranca dai limiti previsti dal co. 1 gli «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa», nonché gli «strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze».

Come già accennato, il legislatore muove da una duplice consapevolezza relativa a tali *strumenti* che, da una parte, assolvono alla funzione primaria di consentire al dipendente di rendere la prestazione e, quindi, adempiere agli impegni contrattuali che devono conformarsi all'organizzazione del lavoro come predisposta dall'imprenditore, ma, dall'altra, hanno un'indubbia e rilevante capacità di controllo a distanza dell'attività lavorativa.

In conseguenza il legislatore ha ritenuto, ragionevolmente, di non poter imporre vincoli potenzialmente interdittivi all'impiego di tali strumenti, dovendo piuttosto occuparsi di tutelare il dipendente per quanto riguarda le *informazioni raccolte* dal datore di lavoro tramite gli stessi strumenti, anche perché tali informazioni sono «utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro». A tale necessità provvede il co. 3 dell'art. 4.

Del resto, se così non fosse stato, come si sarebbe potuto rispondere alla domanda sulle conseguenze derivanti dalla mancanza di accordo sindacale o di autorizzazione dell'Ispektorato relativa agli *strumenti* di cui il lavoratore si avvale per eseguire la prestazione o per accedere ai luoghi di lavoro?

Tema questo assai diverso da quello che si pone di fronte alla possibile preclusione riguardante i controlli a distanza del co. 1 dell'art. 4 che avrebbe l'effetto di ridimensionare l'esercizio del potere di controllo datoriale nel bilanciamento dei contrapposti interessi (sul punto si ritornerà per approfondire la questione degli

strumenti di cui al co. 1 la cui utilizzazione è obbligata per il datore di lavoro, specialmente in materia di sicurezza del lavoro). Mentre l'impedimento all'uso degli strumenti di lavoro si riflette sull'esecuzione della prestazione dovuta dal dipendente secondo l'organizzazione predisposta dall'imprenditore. Con la conseguenza che, in questo caso, la mancata esecuzione della prestazione per fatto non imputabile al lavoratore esclude, sì, il suo inadempimento, ma potrebbe porre un problema relativo al diritto alla retribuzione a fronte di una prestazione non proficuamente utilizzabile.

Una questione quest'ultima che andrebbe valutata anche tenendo conto dell'inesistenza, *a monte*, di una norma analoga a quella (art. 23, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81) che, per garantire la sicurezza del lavoro, vieta rendendolo illegittimo l'«... uso di attrezzature di lavoro, dispositivi di protezione individuali ed impianti non rispondenti alle disposizioni legislative e regolamentari vigenti in materia di salute e sicurezza sul lavoro»⁸.

Muovendo da queste premesse finalizzate ad inquadrare il tema nei suoi termini generali, si deve affrontare il nodo problematico relativo all'identificazione degli «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa».

L'esame deve iniziare dalla relazione intercorrente tra gli *strumenti* del co. 1 e quelli del co. 2 dell'art. 4, per chiarire ciò che li differenzia: le loro caratteristiche morfologiche o piuttosto le finalità del loro impiego? La soluzione corretta appare quest'ultima, come suggerisce l'apertura del co. 2 quando avverte che «la disposizione di cui al co. 1 non si applica ...»; precisazione che si rivela necessaria, attesa l'insussistenza di una differenziazione ontologica tra tali «strumenti», per affermare l'inoperatività del co. 1 quando gli stessi «strumenti» siano utilizzati per le finalità del co. 2.

Quindi la distinzione tra co. 1 e 2 dell'art. 4 si coglie guardando alla funzione che gli «strumenti» assolvono nell'organizzazione predisposta dal datore di lavoro e non già alle loro caratteristiche oggettive.

Di qui alcune precisazioni.

La prima riguarda il termine «strumenti» che deve intendersi riferito alle due componenti di qualsiasi sistema informatico: l'*hardware* (dal *computer*, al *tablet*, allo *smartphone*, al *device*, ecc.) che consente l'accesso ai vari tipi di *software* e di applicativi che animano il sistema ed il suo funzionamento; senza di essi le apparecchiature resterebbero inerti, anche quanto alla generazione di controlli a distanza. Quindi la riconducibilità degli «strumenti» nel co. 1 o 2 dell'art. 4 deve avvenire in relazione non solo all'*hardware*, ma anche e prevalentemente al *software*, quindi ai programmi a cui accede il dipendente.

Da quanto ora accennato discende anche che gli «strumenti» di cui al co. 2 non

⁸ Che può leggersi in correlazione con l'art. 174, co. 3, d.lgs n. 81/2008 che per quanto riguarda qualsiasi videoterminale prescrive nell'allegato XXXIV tra i requisiti minimi del *software* che «nessun dispositivo di controllo quantitativo o qualitativo può essere utilizzato all'insaputa dei lavoratori».

si possono identificare con gli strumenti di lavoro nel significato più tradizionale del termine, cioè di attrezzi o dotazioni individuali assegnati a ciascun dipendente per lo svolgimento del proprio lavoro.

Anzi molto spesso tali strumenti si immedesimano con il/i sistema/i informatico/i di cui l'impresa si è dotata centralmente al quale si connettono i lavoratori utilizzando postazioni (periferiche) fisse o mobili per svolgere le attività di loro competenza.

L'art. 4, co. 2, non pone preclusioni per quanto riguarda gli strumenti informatici utilizzabili dai dipendenti e neppure limiti alla competenza ed alle valutazioni del datore di lavoro che, quindi, restano insindacabili anche in ragione della maggiore o minore incidenza di tali strumenti sulla riservatezza dei lavoratori⁹. Infatti il co. 2 dell'art. 4 riguarda tutti gli «strumenti» accomunati dal fatto oggettivo dell'impiego da parte del prestatore a seguito delle decisioni imprenditoriali prese, come già detto, dal datore di lavoro.

L'ambito di applicazione del co. 2 dell'art. 4 è contraddistinto anche dal fatto che gli «strumenti» devono servire al dipendente «per rendere la prestazione lavorativa». Una formulazione ampia all'interno della quale non sembra possibile differenziare gli strumenti allorché siano utilizzati per organizzare oppure per eseguire la prestazione lavorativa, limitando a questi ultimi la previsione dell'art. 4, co. 2 e riconducendo gli altri al co. 1.

Si tratta, infatti, di una distinzione priva di riscontro testuale, in quanto l'art. 4, co. 2, prende in considerazione tutti gli strumenti che a vario titolo concorrono per consentire al lavoratore di «rendere la prestazione lavorativa» e ciò avviene ogni qualvolta lo stesso lavoratore si attiva per dare impulso al loro funzionamento, ma anche quando il dipendente se ne avvale (o vi accede) per acquisire dati utili per rendere tale prestazione.

Le precisazioni fin qui accennate consentono di affrontare una delle casistiche oggi più ricorrenti, quella dei sistemi di geolocalizzazione in uso al dipendente attivabili da un *tablet* o da uno *smartphone*; geolocalizzazione che appare opportuno prendere in considerazione anche per dare atto della pluralità di soluzioni prospettabili in relazione ai diversi usi di uno stesso *strumento*.

Il sistema di geolocalizzazione rientra tra gli strumenti previsti dal co. 2 dell'art. 4, quando è utilizzato, ad esempio, da un tecnico tenuto a rendere una prestazione lavorativa che comporta spostamenti da un luogo all'altro a seconda degli interventi da eseguire; interventi che la geolocalizzazione consente di realizzare con maggiore rapidità, segnalando al tecnico il luogo da raggiungere in quel momento più vicino.

In questo caso la geolocalizzazione permette al dipendente di rendere la prestazione lavorativa in tempi più rapidi (ed anche con minor disagio personale limi-

⁹Sul punto v. V. PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, p. 344 e, sul punto, p. 348.

tando gli spostamenti) e ciò costituisce il presupposto dell'applicabilità dell'art. 4, co. 2.

Ad una diversa conclusione si deve giungere quando la prestazione del lavoratore non è caratterizzata da alcuna mobilità territoriale, in questo caso il sistema di geolocalizzazione non è funzionale a rendere tale prestazione e, quindi, potrebbe rientrare nel co. 1 dell'art. 4 (con la conseguenza che sarebbe attivabile solo dopo l'accordo sindacale o l'autorizzazione dell'Ispettorato) sempre che sussista almeno una delle ragioni ivi previste: ad esempio la geolocalizzazione dell'auto condotta dal dipendente a tutela del bene aziendale.

Fin qui si è detto dei sistemi di geolocalizzazione che realizzano anche un controllo a distanza dell'attività del dipendente, ma potrebbe accadere che i dati acquisiti non siano accessibili al datore di lavoro il che esclude l'applicazione dell'art. 4; ad esempio quando il sistema è nella disponibilità della sola compagnia di assicurazione che, a fronte di questa dotazione (c.d. *black box*), riduce il costo della polizza.

Il collegamento operato dal co. 2 dell'art. 4 tra utilizzo degli «strumenti» e «prestazione lavorativa» consente di affrontare anche la questione relativa a quei controlli a distanza attivati dal datore di lavoro in adempimento di obblighi posti dalla legge o da una *Authority* (CONSOB, AGCOM, ecc.) a tutela degli interessi di terzi (ad esempio gli utenti di un servizio). Si tratta di casi, per limitarci solo a qualche riferimento, nei quali si deve procedere alla registrazione del colloquio telefonico nel corso del quale un dipendente raccoglie un ordine di borsa o conclude un contratto di fornitura di servizi con un utente.

In queste ipotesi la registrazione documenta non solo il contratto, ma anche l'operato del dipendente venendo così a configurare un controllo a distanza sull'attività lavorativa che sembra riconducibile nel co. 2 dell'art. 4, proprio perché la prestazione del lavoratore non potrebbe essere resa con una modalità diversa da quella che realizza il controllo a distanza dello stesso dipendente.

C'è poi da aggiungere che in questo caso la protezione dell'interesse dell'utente assume, secondo la valutazione espressa dall'ordinamento, carattere cogente e necessario, come tale inconciliabile con la previsione dell'art. 4, co. 1 che sottopone il controllo a distanza alla preventiva autorizzazione sindacale o dell'Ispettorato, non residuando in capo a questi soggetti alcun margine di valutazione in ordine all'attivazione del controllo ed essendo presidiata dal co. 3 (anche con il richiamo al d.lgs. n. 196/2003) la tutela dovuta al dipendente quanto alla sua esposizione al controllo.

Sulla scorta di questi spunti si può spostare l'attenzione su un profilo problematico relativo all'applicazione dell'art. 4, co. 2, quando si tratti di sistemi di sicurezza del lavoro il cui impiego è monitorato a distanza dal datore di lavoro con inevitabili implicazioni anche sul controllo dell'attività lavorativa.

In prima battuta tali sistemi sembrerebbero rientrare nella previsione del co. 1 dell'art. 4 che espressamente riguarda gli *strumenti* «per la sicurezza del lavoro». Ma se l'evoluzione tecnologica dovesse evidenziarne la particolare efficacia nel

presidio della sicurezza del lavoratore – magari in alcuni contesti produttivi dove i rischi sono più elevati e tali da rendere necessario il potenziamento delle azioni di contrasto – si potrebbe ipotizzare che la sicurezza tecnologica così garantita al dipendente diventi una modalità della prestazione lavorativa obbligata ex art. 2087 c.c.

Si deve, inoltre, considerare che il co. 1 dell'art. 4 realizza – come in precedenza segnalato – un bilanciamento dei contrapposti interessi, del datore di lavoro al controllo e del dipendente alla riservatezza. Ma tale bilanciamento non può riguardare il caso in esame dove non si pone il tema della tutela degli interessi datoriali all'esercizio del potere di controllo sull'attività lavorativa, bensì quello dell'obbligo di favorire la sicurezza dei dipendenti nelle forme tecnologicamente più evolute.

In questa prospettiva si potrebbe, quindi, avviare una riflessione sul co. 1 dell'art. 4 per escluderne l'applicazione laddove il controllo a distanza non sia finalizzato a realizzare un interesse del datore di lavoro quale creditore della prestazione lavorativa, quanto piuttosto quello del dipendente assoggettato sì ad un controllo a distanza, ma a tutela della sua sicurezza. Questo primo passaggio consentirebbe, poi, di ricondurre al co. 2 dell'art. 4 (e sempre nel rispetto delle tutele del co. 3) il caso in esame trattandosi di controlli derivanti dall'impiego di strumenti necessari per rendere la prestazione lavorativa, in quanto ne garantirebbero la sicurezza.

Un ultimo cenno sempre relativo all'ambito di applicazione del co. 2 dell'art. 4 riguarda la distinzione tra i controlli a distanza derivanti dall'impiego di *software* «utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa» e l'implementazione di uno di questi *software* con funzioni aggiuntive, specificamente attivate per misurare il livello quali-quantitativo della produttività del lavoratore.

Nel caso in esame i controlli a distanza riconducibili all'art. 4, co. 2 sono quelli che derivano, secondo una non facile indagine tecnica più che giuridica, da un *software* dotato di varie funzioni sviluppate in modo integrato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, ma che effettuano simultaneamente anche un controllo della produttività del singolo dipendente.

Se, invece, quest'ultimo controllo (sulla qualità/efficacia della prestazione) è realizzato da uno sviluppo applicativo originato dallo stesso *software* che, però, acquisisce una sua autonoma e specifica operatività rispetto alle funzioni di cui si avvale il dipendente per rendere la prestazione lavorativa, il controllo non sarà vietato dall'art. 4 se persegue «esigenze organizzative e produttive» del datore di lavoro, ma richiede il preventivo accordo sindacale o l'autorizzazione dell'Ispettorato essendo riconducibile al co. 1.

7. ... b) per la registrazione degli accessi e delle presenze

Appare più agevole l'identificazione degli «strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze» a cui si riferisce l'art. 4, co. 2.

Con questa norma il legislatore intende, probabilmente, prendere posizione ri-

spetto ad un orientamento della giurisprudenza – non univoco, ma accolto anche dalla Cassazione¹⁰ – che affermava l'applicabilità dell'art. 4 (vecchio testo) al sistema informatizzato di rilevazione delle presenze all'inizio ed alla fine dell'orario di lavoro, in quanto idoneo a realizzare un controllo a distanza sui tempi della prestazione dovuta dal lavoratore, con la conseguenza che l'attivazione di tale sistema avrebbe dovuto essere preceduta dall'accordo sindacale o dell'autorizzazione amministrativa. Cosa che, peraltro, nella pratica avveniva molto raramente.

La norma vigente consente di ritenere superata tale questione equiparando i controlli delle presenze a quelli derivanti dagli strumenti di lavoro per i quali non occorre l'accordo sindacale o l'autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro.

Semmai il problema interpretativo si può porre con riferimento al termine *presenze*, perché il legislatore non precisa se si tratta soltanto di quelle che si registrano all'entrata ed in uscita e, quindi, lascia aperta la possibilità di un'interpretazione estensiva che consentirebbe l'utilizzo di strumenti in grado di monitorare a distanza la *presenza mobile* del dipendente anche all'interno dei luoghi di lavoro, vale a dire la mobilità e gli spostamenti effettuati dal lavoratore rispetto alla sua postazione.

Non credo che questa interpretazione – seppur letteralmente possibile – sia coerente con la *ratio* della norma che accomuna la registrazione degli accessi a quella delle presenze, evidenziando così che si tratta di due situazioni per le quali ricorre la medesima esigenza, cioè quella di acquisire un dato preciso relativo alla posizione del dipendente nel momento dell'accesso o di inizio o fine del lavoro; un dato che, attraverso il controllo, viene fissato nel tempo, tanto è vero che rispetto ad esso il legislatore ne prevede la *registrazione*.

La rilevazione degli accessi può riguardare non soltanto l'ingresso in azienda (allorché si distingue dalla rilevazione dell'inizio dell'orario di servizio), ma anche il controllo di specifiche aree che, all'interno di uno stabilimento, sono riservate soltanto ad alcuni dipendenti, ad esempio per motivi di segretezza delle lavorazioni (oppure di sicurezza) che comportano l'esigenza di monitorare l'ingresso dei lavoratori.

Ci si potrebbe anche chiedere se il riferimento al controllo degli accessi di cui al co. 2 dell'art. 4, comprenda anche la connessione ai sistemi informatici aziendali.

L'estensione della regola prevista per gli accessi fisici anche a quelli informatici appare possibile sul piano interpretativo, anche se tale questione sembra assorbita e risolta alla stregua della prima parte del co. 2 nel cui ambito è più corretto ricondurre i collegamenti e le connessioni telematiche (ed i controlli a distanza che ne conseguono) effettuati dal dipendente per realizzare la prestazione lavorativa.

¹⁰ Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, p. 358, con nota di A. Bellavista e per la giurisprudenza di merito Trib. Napoli, 29 settembre 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 31; soluzione recentemente confermata da Cass. 13 maggio 2016, n. 9904, in *Giur. it.*, 2016, I, 2451 con nota di M. Marazza.

8. Controlli legittimi e utilizzabilità dei dati acquisiti per la gestione del rapporto di lavoro

Nel co. 3 dell'art. 4 è racchiusa la tutela del dipendente destinata ad operare nella fase in cui, all'esito dei controlli a distanza legittimamente effettuati in conformità ai co. 1 e 2, il datore di lavoro si avvale dei dati acquisiti utilizzandoli «per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro».

A ben vedere, quindi, la disposizione non riguarda l'esercizio del potere di controllo e le sue modalità, ma una fase successiva che si colloca *a valle* del controllo, anzi quando esso si è esaurito, essendo le *informazioni* entrate nella disponibilità del datore di lavoro che potrà utilizzarle, a distanza di tempo o di luogo dal momento della loro acquisizione.

I limiti posti dal legislatore nel co. 3 operano, quindi, con riferimento non esclusivamente al potere di controllo, ma anche alla gestione del rapporto di lavoro ed ai poteri che caratterizzano tale gestione, tra i quali pure quello disciplinare. Ben potendo il datore di lavoro avvalersi delle *informazioni*, ad esempio, per valutazioni relative sia alla remunerazione della prestazione lavorativa in rapporto ai risultati raggiunti sia alle competenze professionali del dipendente per il miglior impiego delle energie lavorative.

In altre parole la nuova norma opera un opportuno raccordo tra il potere di controllo tecnologico e gli altri poteri gestionali del datore di lavoro, venendo così a colmare una lacuna del vecchio art. 4 che, com'è noto, alimentava non poche incertezze applicative in ordine all'utilizzabilità dei dati derivanti dal controllo, potendosi ritenere che alla legittimità di tale controllo conseguisse ineluttabilmente la facoltà del datore di lavoro di avvalersene, ma anche, all'opposto che, il limite stabilito dal legislatore del 1970 ai controlli a distanza in funzione di «esigenze organizzative e produttive» o dettate «dalla sicurezza del lavoro» operasse pure con riferimento all'utilizzo dei dati acquisiti.

La questione si può ritenere oggi risolta con il co. 3 dell'art. 4 che incide in termini generali sulla posizione del datore di lavoro ogni qual volta decida di avvalersi dei dati raccolti. Decisione subordinata al rispetto delle condizioni («... a condizione ...») indicate dal legislatore che tracciano il discrimine tra l'uso legittimo o illegittimo dei predetti dati.

Le considerazioni accennate sollecitano un duplice chiarimento per quanto concerne i soggetti destinatari della norma ed il momento in cui si configura l'utilizzabilità dei dati «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro».

Non c'è dubbio che il co. 3 dell'art. 4 riguarda il datore di lavoro, ma il suo raggio di azione appare più ampio perché in realtà coinvolge tutti i soggetti a vario titolo *competenti* in materia di controlli tecnologici a distanza secondo la previsione del co. 1, si tratta: dei sindacati (RSU, RSA, ma anche dei sindacati comparativamente più rappresentativi a livello nazionale), dell'Ispettorato del lavoro (nazionale e territoriale) e dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali.

È, però, evidente che la norma non vincola i sindacati che ben potranno avan-