

INTRODUZIONE

Sommario: **I.1.** I controlli a distanza: una disciplina in costante mutamento. – **I.2.** L’originario art. 4 St. lav. ed i suoi limiti. – **I.3.** Il nuovo art. 4 St. lav.: nuove problematiche.

I.1. I controlli a distanza: una disciplina in costante mutamento

Sono trascorsi ormai quasi cinquant’anni da quando, per la prima volta nel nostro ordinamento, venne disciplinata la materia dei c.d. controlli a distanza ad opera dell’art. 4 dello Statuto dei lavoratori. Tantissimo inchiostro è stato consumato al riguardo, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, ma nonostante ciò l’intera materia risulta ancora oggi – e forse addirittura più di ieri – permeata da numerosi dubbi e perplessità riguardanti aspetti tanto interpretativi quanto applicativi.

Sin dagli anni successivi all’approvazione dello Statuto dei lavoratori, l’articolo è stato al centro di numerose critiche volte, in particolar modo, a sottolinearne l’inadeguatezza rispetto all’evoluzione tecnologica ed al progresso che stava investendo l’intero mondo del lavoro ad una velocità impressionante.¹ La disciplina infatti, venne spesso etichettata come obsoleta poiché basata su una realtà lavorativa che, già pochi anni dopo l’entrata in vigore dello Statuto, era entrata in crisi.² Complice di un tale rapido “invecchiamento” (insieme con la forse poca lungimiranza del legislatore dello Statuto) è stato, però, anche il fatto che la norma stessa trattasse un tema che, poiché costantemente in evoluzione, risultava particolarmente difficile da fotografare correttamente o quantomeno da imbrigliare

¹ Si veda ad esempio: F. Carinci, *“Rivoluzione tecnologica e rapporto di lavoro”*, DLRI, 1985; A. Bellavista, *“Il controllo sui lavoratori”*, Giappichelli, 1995.

² 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 Aa., *“Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183”*, W.P. CSDL *“Massimo D’Antona”*, n. 3/2014, pag. 118. L’autrice sottolinea come l’art. 4 St. lav. si fondasse su un tipo di lavoro manuale o automatico-meccanico il quale, ben presto venne sopraffatto dalla rivoluzione tecnologica e digitale.

in una disciplina sufficientemente duttile da potersi modellare di pari passo con il rapidissimo progresso tecnologico.

Nonostante le critiche ed il mancato apprezzamento della disciplina, l'originario art. 4 St. lav. è sopravvissuto quarantacinque anni, molto di più di quanto in origine ci si potesse aspettare, tenendo testa – anche se a suo modo – agli innumerevoli cambiamenti nel mondo del lavoro introdotti dallo sviluppo tecnologico. E ciò anche grazie alla clausola aperta contenuta al suo interno la quale ha permesso alla dottrina, ma soprattutto alla giurisprudenza, di espandere (anche se spesso in maniera piuttosto forzata) quelle garanzie e quelle tutele che la stessa offriva ai lavoratori subordinati, fino a farvi rientrare situazioni nemmeno lontanamente ipotizzabili dal legislatore del '70.

Nonostante la spiccata resilienza della norma però, da una parte, le richieste di riforma si sono fatte ogni anno sempre più pressanti, mentre dall'altra, le possibilità di forzatura del testo da parte della giurisprudenza sono risultate sempre meno efficaci. La “vecchiaia” della disciplina infatti, rappresentava un pericolo sia per i lavoratori, i quali necessitavano di tutele più solide contro le nuove e più subdole invasioni della privacy operate dalle moderne apparecchiature tecnologiche, sia per i datori, i quali si scontravano sempre più spesso con lunghe ed estenuanti procedure concertative e burocratiche volte a legittimare l'assegnazione anche del più semplice – ma allo stesso tempo indispensabile – strumento tecnologico all'interno dei sistemi produttivi.³

Nel 2015 tali richieste vennero finalmente accolte dal legislatore il quale, con una complessa riforma del diritto del lavoro considerato nel suo complesso, si è impegnato ad aggiornare anche la disciplina dei controlli a distanza, rimasta per troppo tempo ignorata dalle riforme giuslavoriste.

³ M.T. Salimbeni, “*La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*”, R.I.D.L., 2015, I, pag. 590.

I.2. L'originario articolo 4 St. lav. ed i suoi limiti

L'originario art. 4 St. lav. è stato più volte accusato di obsolescenza e ciò principalmente a causa del fatto che molto spesso risultava pressoché impossibile per l'interprete "moderno" leggerlo e, conseguentemente, applicarlo in maniera tale che potesse risultare in linea con la *ratio* originaria alla base dello stesso. D'altronde, il rapporto di lavoro cui si riferiva lo Statuto era un rapporto molto diverso se confrontato con quello a cui oggi siamo abituati a pensare.⁴ E in quest'ottica, il controllo operato dal datore di lavoro era – quasi – sempre un controllo esercitato "di persona" il che, di conseguenza, aveva portato a marginalizzare, a considerare come "di troppo" o come non necessario l'eventuale ed ulteriore controllo esercitato a distanza per mezzo di apparecchiature o strumenti tecnologici.

La paura era che l'utilizzo di queste "macchine" avrebbe comportato la "disumanizzazione" del lavoro. Si temeva (e non senza ragionevoli motivi) che l'utilizzo delle stesse si sarebbe potuto facilmente trasformare in un abuso da parte dei datori e che il luogo di lavoro si sarebbe potuto, altrettanto facilmente, trasformare in un luogo non più a misura d'uomo, caratterizzato da controlli opprimenti ed avviliti in grado di ledere quei profili di dignità e privacy per cui i lavoratori si erano tanto battuti negli anni precedenti.⁵ Come conseguenza di un tale atteggiamento, l'art. 4 St. lav. finì con il porre un divieto espresso e generale rivolto a qualsiasi tipo di controllo a distanza effettuato attraverso strumenti o macchinari specifici, prevedendo solo una parziale deroga per quei controlli volti a perseguire finalità determinate (organizzative, produttive e di sicurezza) e sottoponendoli comunque a procedure di mediazione (sindacale o amministrativa) in grado di garantire il rispetto dei fondamentali diritti dei lavoratori.

⁴ Basti pensare che numerose forme di lavoro oggi particolarmente rilevanti, quali ad esempio il telelavoro, non erano affatto contemplate all'interno dello stesso.

⁵ C. Pisani, "Il computer e l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori", in "Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori", 1998, pagg. 43-46.

Ben presto però, le premesse su cui si fondava l'impostazione dell'art. 4 St. lav. iniziarono a farsi sempre più fragili. In primo luogo, in seguito all'ingresso delle nuove tecnologie nel mondo del lavoro, si fece sempre più sfumata la distinzione tra strumenti di lavoro e strumenti di controllo a distanza. In particolare, non era più necessario prevedere l'installazione o l'utilizzo di strumenti *ad hoc* per esercitare il potere di controllo a distanza, in quanto lo stesso poteva sempre più spesso essere esercitato attraverso lo sfruttamento da parte dei datori di lavoro delle intrinseche potenzialità risidenti negli strumenti di lavoro più tecnologicamente avanzati. Da ciò emergeva l'inadeguatezza dell'originaria formulazione dell'art. 4 St. lav. il quale sarebbe servito solo per allontanare dal luogo di lavoro quelle apparecchiature specificamente rivolte al controllo dei lavoratori, mentre nulla avrebbe potuto fare contro gli strumenti di lavoro più tecnologici in grado comunque di operare tale controllo.

Se, da una parte, l'applicazione letterale dell'art. 4 St. lav. a nulla sarebbe servita per tutelare i lavoratori, dall'altra, l'inclusione all'interno del divieto generale dei moderni strumenti di lavoro avrebbe rappresentato un ostacolo troppo grande per il corretto esercizio dell'attività di impresa. La sottoposizione agli accordi sindacali di qualsiasi strumento in grado di operare un controllo avrebbe infatti determinato numerosi ritardi nello svolgimento dell'attività imprenditoriale, provocando di conseguenza numerose ripercussioni dal punto di vista dell'efficienza e della produttività. Indirizzare l'art. 4 St. lav. verso questa interpretazione, dunque, avrebbe comportato allo stesso modo non poche problematiche, ricadenti in questo caso sulla figura dei datori di lavoro.

Un ulteriore profilo di criticità connesso all'originaria formulazione dell'art. 4 St. lav. riguardava il mutamento dei rapporti tra datori di lavoro e lavoratori. Per il legislatore del '70, infatti, il rapporto di lavoro subordinato era caratterizzato da uno stretto contatto, una stretta relazione personale che si veniva a creare tra il datore da una parte, ed il lavoratore dall'altra, la quale, a sua volta, originava un rapporto fiduciario essenziale ai fini lavorativi. Con l'evoluzione del mondo del lavoro

dovuta al progresso tecnologico, anche il rapporto tra i soggetti interessati è mutato di conseguenza: le nuove tecnologie hanno permesso di modificare il tradizionale luogo di lavoro e di dare più spazio a nuove forme di lavoro “a distanza” in cui quel contatto personale (una volta considerato essenziale) sta perdendo sempre più terreno. Lo Statuto nel suo complesso risultava del tutto inadatto ad affrontare un cambiamento di questo tipo, tant’è che si rese necessaria l’emanazione di numerosi provvedimenti atti a regolare le nuove forme di “telelavoro”.⁶

Se il problema risultava già di fatto pressante negli anni '80, nonostante lo sviluppo tecnologico e la diffusione di tali strumentazioni non riguardasse l'intero mondo del lavoro, è facile capire come negli anni più recenti l'esigenza di modifica sia diventata decisamente asfissiante considerata l'onnipresenza delle moderne tecnologie, non solo all'interno del mondo del lavoro, ma anche nella nostra vita di tutti i giorni.

Ciò che più stupisce, è il ritardo ingiustificato del legislatore nel rispondere ad una tale esigenza di riforma percepita come l'unica via percorribile per risollevare il mondo del lavoro italiano.

I.3. Il nuovo art. 4 St. lav.: nuove problematiche

La diffidenza nei confronti degli strumenti tecnologici, trasposta dal legislatore del '70 all'interno dell'art. 4 dello Statuto, è progressivamente venuta meno specialmente perché la grande maggioranza di quelle tecnologie sono diventate con il tempo di uso comune. A causa dell'inerzia (o forse della pigrizia) del legislatore, la giurisprudenza del lavoro si è vista costretta, nel corso degli anni, a modellare come poteva il dettato dell'art. 4 St. lav. determinando però un'eccessiva

⁶ Tra cui: legge n. 191 del 1998; Decreto del Presidente della Repubblica dell'8 marzo 1999, n.70; Accordo Quadro Nazionale sul telelavoro del 23 marzo del 2000.

dilatazione della sfera di discrezionalità del giudice oltre che una sorta di incertezza circa la reale portata della disposizione in esame.

In risposta ad una tale situazione di crisi diventata ormai insostenibile, il 23 settembre 2015 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il decreto legislativo n. 151, attraverso cui è stata modificata ed aggiornata la precedente normativa riguardante i controlli a distanza.

Come conseguenza di questo processo di attualizzazione della disciplina emerge senza dubbio la concessione di un più ampio ventaglio di poteri in capo al datore di lavoro ed una conseguente riduzione delle tutele e delle garanzie per i lavoratori. Il divieto generale previsto in precedenza ha ceduto il passo ad una disposizione propositiva, la quale stabilisce ora quattro esigenze specifiche sulla base delle quali è possibile per il datore giustificare la legittima installazione di strumenti in grado di operare controlli a distanza. Va segnalato però, l’inserimento dei controlli c.d. “difensivi” tra quelli per cui viene richiesta la preventiva autorizzazione sindacale o amministrativa, un’innovazione che, remando in senso opposto rispetto al generale tenore del primo comma e dell’intero articolo più in generale, rappresenta la risposta del legislatore alle critiche mosse negli anni contro questa particolare tipologia di controlli.

Procedendo con le innovazioni introdotte dal nuovo art. 4 St. lav. si può notare l’inserimento *ex novo* sia del comma 2, il quale prevede una deroga a quanto stabilito dal comma 1 per gli “*strumenti di lavoro*” e per quelli di “*di registrazione degli accessi e delle presenze*”, che del comma 3 il quale invece, ponendo la parola fine alle diatribe passate relative all’utilizzabilità delle informazioni ottenute, stabilisce ora la generale utilizzabilità delle stesse “*a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*”.

Certo è che nonostante la riforma abbia spostato in maniera piuttosto evidente il bilanciamento a favore dei datori, la tutela dei lavoratori rimane comunque piuttosto salda. Ciò che cambia rispetto al passato è solo la disciplina generale a cui la stessa

viene affidata, in quanto ora viene rappresentata da quella generale di tutela della privacy. Questo è ciò che si evince dal richiamo esplicito all'obbligo di informativa nei confronti del lavoratore ed al rispetto del decreto legislativo n. 196 del 2003 presente al comma 3.

Nonostante ciò però, la portata generale del nuovo art. 4 St. lav. risulta ora completamente sbilanciata a tutto vantaggio dei datori di lavoro, i quali hanno visto nettamente dilatati i limiti precedentemente imposti ai loro poteri di controllo. Ed inoltre, non possono nemmeno essere trascurate le numerose problematiche di tipo interpretativo e pratico connesse al testo della nuova disciplina: dalle conseguenze derivanti dall'eliminazione del divieto esplicito, all'individuazione della reale portata del concetto di "*tutela del patrimonio aziendale*" indicato al comma 1 e collegato alla problematica categoria dei controlli c.d. "difensivi". Dall'individuazione dell'ambito applicativo della deroga contenuta all'interno del comma 2, fino ad arrivare all'utilizzabilità generale delle informazioni prevista dal comma 3 ed al suo possibile contrasto con principi costituzionali e penali presenti nel nostro ordinamento. Nonostante siano trascorsi alcuni anni dalla riforma del 2015, tali tematiche risultano ancora particolarmente controverse e le soluzioni applicative tutt'altro che a portata di mano.

Il legislatore ha, quindi, risposto alle pressanti richieste passate di riforma e di aggiornamento dell'ormai obsoleta disciplina dei controlli a distanza. Quello che ci si domanda però è: ma a quale prezzo?

CAPITOLO PRIMO

IL QUADRO NORMATIVO ORIGINARIO

Sommario: Premessa. – **A.** Lo Statuto dei lavoratori, l'esigenza di tutela e l'art. 4. – **A.1.** Cenni storici. – **A.2.** Il contenuto dello Statuto dei lavoratori e l'art. 4. – **B.** L'evoluzione interpretativa della norma. – **B.1.** L'eccessiva rigidità dell'art. 4 St. lav. ed il lavoro interpretativo della giurisprudenza: controlli preterintenzionali e difensivi. – **B.2.** L'intersecazione con il Codice della privacy e le Linee guida del Garante. – **C.** Il progresso tecnologico e la necessità di aggiornamento. – **C.1.** La digitalizzazione: una nuova rivoluzione nel mondo del lavoro. – **C.2.** Due esigenze di riforma: la (presunta) inadeguatezza dell'articolo e l'esigenza di maggiore libertà per i datori di lavoro. – **C.3.** La legge delega 183/2014.

Premessa

Il fatto che per decenni la dottrina avesse richiesto a gran voce un riordino, ma soprattutto un rinnovo dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori⁷ ha posto l'accento sull'inadeguatezza della vecchia formulazione rispetto allo sviluppo tecnologico, il quale, dagli anni '70, ha compiuto passi da gigante travolgendo inevitabilmente anche il mondo del lavoro nel suo complesso. Prima di passare all'analisi del nuovo articolo 4 St. lav., così come modificato dal Jobs Act⁸ quindi, è opportuno focalizzare l'attenzione sull'originaria formulazione di questo articolo al fine di evidenziarne i punti critici e in modo da ottenere così una chiave di lettura più completa per l'analisi dell'attuale normativa riformata.

⁷ Per citarne alcuni: M.T. Salimbeni, *“Nuove tecnologie e rapporti di lavoro: il quadro generale”*, in AA.VV., *“Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori”*, Milano, 1988; A. Trojsi, *“Il comma 7, lettera f) della legge delega n. 183/2014”* (n. 2); 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 (c.d. Jobs act)”*, W.P. CSDL “Massimo D’Antona”, n. 255/2015.

⁸ Decreto Legislativo n. 22 del 4 marzo 2015, *“Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati, in attuazione della legge 183/2014”*.

A. Lo Statuto dei lavoratori, l'esigenza di tutela e l'articolo 4

A.1. Cenni storici

Quello tra datore di lavoro, da un lato, e lavoratore, dall'altro, è da sempre considerato un rapporto di "assoggettamento" del secondo nei confronti del primo, essendo dotato quest'ultimo, di un maggiore potere contrattuale e di una maggiore capacità decisionale riguardante i tempi ed i modi di esecuzione della prestazione derivante dal contratto di lavoro.⁹

Proprio a causa di questa caratteristica, per così dire, innata del rapporto di lavoro, emerse nel tempo l'esigenza di creare un sistema di contrappesi volto ad equilibrare quanto più possibile l'inevitabile dislivello altrimenti presente. Tale esigenza si fece particolarmente pressante al termine del Secondo Conflitto Mondiale, quando, durante la ristrutturazione dello stato post-fascista, ci si rese conto della necessità di dover ripensare interamente anche al mondo del lavoro ed al rapporto datore-lavoratore.¹⁰ Il fatto stesso che la nuova Costituzione poi, menzionasse il lavoro come fondamento del nuovo ordinamento repubblicano¹¹ imponeva alle nuove forze politiche al comando il compimento di un ormai necessario passo in avanti verso la "civiltà" ed il bilanciamento del rapporto tra padroni e lavoratori.¹² Passo in avanti che però, purtroppo, tardò ad essere effettuato. Nonostante la presenza all'interno del testo costituzionale di numerose norme e principi riguardanti – sia direttamente che indirettamente – il mondo del lavoro¹³, per più di

⁹ F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *"Diritto del Lavoro – Vol. 2: Il rapporto di lavoro subordinato"*, UTET GIURIDICA, 2016, Cap. Secondo.

¹⁰ F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *"Diritto del Lavoro – Vol. 2"* (n. 9), Cap. Primo.

¹¹ Costituzione della Repubblica Italiana, Principi Fondamentali, Articolo 1, comma 1: *"L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro"*.

¹² F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *"Diritto del Lavoro – Vol. 2"* (n. 9), Cap. Primo.

¹³ Oltre al già citato Art. 1, co. 1; Art. 2 sul riconoscimento dei diritti inviolabili nella dimensione lavorativa; Art. 3, co. 2 sul lavoro quale forma di partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale; Art. 35 sulla tutela del lavoro in ogni sua forma ed applicazione; Art. 36 sulla sufficienza e proporzionalità della retribuzione e sulle ferie; Art. 37 sulle discriminazioni di genere; Art. 38 sui diritti all'assistenza e alla previdenza dei cittadini inabili al lavoro; Art. 39 sulla libertà sindacale; Art. 40 sul diritto di sciopero; Art. 46 sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'azienda.

vent'anni, infatti, il legislatore ritardò l'emanazione di una normativa generale in grado di garantire la piena attuazione degli stessi, i quali dunque, rimasero inevitabilmente lettera morta.

I primi anni della Repubblica furono caratterizzati da un atteggiamento antisindacale particolarmente duro ed intransigente: numerose furono le repressioni degli scioperi e delle agitazioni operaie attuate dalla Polizia (guidata all'epoca dal Ministro dell'Interno Mario Scelba) così come numerosi furono anche i morti e i feriti tra le file dei lavoratori, vittime di una tale politica.¹⁴ Nelle fabbriche il clima non era differente: per gli operai politicizzati e sindacalizzati vi era infatti il serio e costante rischio di essere sollevati dai propri incarichi senza alcuna valida motivazione né indennizzo o possibilità di reintegro.¹⁵ Il clima di insoddisfazione sociale portò, dapprima, alle lotte studentesche del '68 alle quali seguì poi "l'autunno caldo" del '69: tra il settembre ed il dicembre dello stesso anno emerse la questione del rinnovo di ben trentadue contratti collettivi di lavoro riguardanti più di 5 milioni di persone. Tale situazione portò ad un aumento del dissenso e della tensione sociale che raggiunse il suo culmine il 12 dicembre del '69 con la strage di Piazza Fontana.

Resosi conto della gravità della situazione, il Ministro del Lavoro dell'epoca, Giacomo Brodolini, decise di raccogliere la sfida lanciata anni prima da Giuseppe Di Vittorio¹⁶ (fondatore e segretario della CGIL) presentando, il 24 giugno 1969,

¹⁴ Uno dei più drammatici eventi dell'epoca fu sicuramente la "strage di Modena" del 9 Gennaio 1950: durante una protesta pacifica attuata dai sindacati al fine di garantire la riapertura delle Fonderie Riunite, la Polizia aprì il fuoco sulla folla causando la morte di 6 operai. Al termine delle proteste, oltre ai 6 morti, erano decine i feriti tra le fila dei manifestanti, mentre, dall'altra parte, nessun poliziotto era rimasto ferito. Vedi E. Ferrari, *"A sangue freddo. Modena 9 gennaio 1950. Cronaca di un eccidio"*, Edizioni LiberEtà, Roma, 2004.

¹⁵ Emblematico fu il "caso Fiat", raccontato nel libro di Bianca Guidetti Serra, *"Le schedature Fiat. Cronaca di un processo e altre cronache"* (Rosenberg & Sellier, 1984), la quale per un ventennio (tra gli anni '50 e '60) effettuò delle schedature sui propri operai, raccogliendo, tramite attività di spionaggio, informazioni riguardanti le loro opinioni politiche, il loro coinvolgimento sindacale, la loro vita privata e persino la loro condotta sessuale.

¹⁶ Sfida lanciata durante il Congresso della CGIL a Napoli nel 1952: *"Il lavoratore è un uomo, ha una sua personalità, un suo amor proprio, una sua idea, una sua opinione politica, una sua fede"*

un disegno di legge dal titolo “*Norme per la tutela della libertà e della dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell’attività sindacale nei luoghi di lavoro*”, bozza di quello che sarebbe poi diventato di lì a pochi mesi lo “*Statuto dei diritti dei lavoratori*”. Il 20 maggio 1970, infatti, con 217 voti favorevoli la legge n. 300 venne definitivamente approvata anche dalla Camera: lo Statuto dei Lavoratori diventava legge e grazie ad esso finalmente “*la Costituzione entrava nelle fabbriche*”.¹⁷

A.2. Il contenuto dello Statuto dei lavoratori e l’articolo 4

L’approvazione dello Statuto dei lavoratori segnò un punto fondamentale nella storia giuslavorista italiana: il provvedimento (sicuramente uno dei più avanzati al mondo in tema di diritti dei lavoratori) garantì infatti la piena attuazione delle disposizioni contenute in Costituzione e fino a quel momento rimaste ampiamente inapplicate in ambito lavorativo.¹⁸

Lo Statuto, secondo quella che è ormai considerata una interpretazione classica, si compone di due differenti “anime”: una “costituzionalista” volta a promuovere e garantire i diritti fondamentali all’interno dei luoghi di lavoro (Titoli I e II) ed una “promozionale” volta invece a garantire il libero ingresso dei sindacati all’interno dei luoghi di lavoro (Titolo III).¹⁹ Nei primi due Titoli troviamo quindi – per citarne alcuni – il diritto alla libertà di opinione del lavoratore (art. 1) protetto da qualsiasi tipo di discriminazione per motivi politici, sindacali e di fede; il divieto per il datore di controllare l’attività dei lavoratori attraverso l’impiego di guardie giurate (art. 2); il divieto imposto sempre al datore di servirsi di impianti audiovisivi o di altri apparecchi per effettuare controlli a distanza (art. 4); il divieto di indagine sulle

religiosa, e vuole che, questi diritti siano rispettati da tutti e, in primo luogo dal padrone (...) perciò sottoponiamo al Congresso un progetto di “Statuto” (...).”

¹⁷ Come proclamava l’articolo di fondo dell’*“Avanti!”* del 22 maggio 1970.

¹⁸ F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, “*Diritto del Lavoro – Vol. 2*” (n. 9), Cap. Primo.

¹⁹ F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, “*Diritto del Lavoro – Vol. 1: Il diritto sindacale*”, UTET GIURIDICA, 2016, Cap. Secondo, pag. 38.

opinioni del lavoratore (art. 8); il diritto per i lavoratori di costituire associazioni sindacali e di svolgere attività sindacale nel luogo di lavoro (art. 14); il divieto di atti discriminatori (art. 15); il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro nei casi previsti dal legislatore (art. 18).

Nel Titolo III, invece, troviamo – sempre per citarne alcuni e senza pretese di esaustività – il diritto di costituzione di rappresentanze sindacali (art. 19); il diritto di assemblea (art. 20); il diritto a richiedere *referendum* inerenti all'attività sindacale (art. 21); il diritto di affissione (art. 25).

Delle due “anime” dello Statuto poc’anzi menzionate, questo scritto si focalizzerà sulla prima, quella “costituzionalista”, ed in particolar modo sull’articolo 4 riguardante i controlli a distanza operabili dal datore di lavoro. L’articolo 4 St. lav., nella sua originaria formulazione, stabiliva al primo comma il divieto imposto ai datori di lavoro di dotarsi di “*impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori*”.²⁰ Al secondo comma invece, introduceva una sorta di eccezione al divieto appena menzionato, poiché permetteva l’installazione di tali apparecchiature ma solo qualora vi fossero esigenze di tipo organizzativo, produttivo o di sicurezza del lavoro alla base e solo previa il raggiungimento di un accordo sindacale o – in alternativa – previa l’ottenimento di un’autorizzazione amministrativa.²¹

La *ratio* alla base della norma poteva essere individuata nella volontà del legislatore di bilanciare due opposti interessi (entrambi tutelati dall’ordinamento in maniera esplicita) che in ambito lavorativo si trovavano quasi sempre in collisione l’uno con l’altro: da una parte, il diritto del datore di lavoro ad esercitare un controllo sull’attività lavorativa svolta dai suoi dipendenti, al fine di accertare il corretto adempimento dell’obbligazione derivante dal contratto di lavoro; dall’altra parte invece, il diritto dei lavoratori a vedere rispettata la loro dignità e la loro privacy,

²⁰ Legge 20 maggio 1970, n. 300, art. 4, co. 1.

²¹ Legge 20 maggio 1970, n. 300, art. 4, co. 2.

potenzialmente minacciata dalle innumerevoli attività di controllo esercitabili dal datore di lavoro.

I due interessi appena menzionati, erano presenti e tutelati nel nostro ordinamento già prima dell'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori. Già il Codice civile del 1942, nell'individuare i poteri affidati all'imprenditore quale capo dell'impresa, prevedeva uno specifico potere di controllo in capo a quest'ultimo, atto a garantire l'osservanza delle direttive impartite ai dipendenti per il raggiungimento del fine produttivo da lui prestabilito.²² Lo stesso potere venne poi ribadito e rafforzato dalla lettera dell'articolo 41 Cost. il quale stabiliva al primo comma: "*L'iniziativa economica privata è libera*"²³. Sempre l'articolo 41 Cost., però, costituì la base giuridica per la promozione dell'altro interesse, quello del lavoratore, poiché proseguiva al secondo comma assicurando che l'esercizio della libertà economica fosse svolto comunque nel rispetto – oltre che della sicurezza, anche – della libertà e dignità umana.²⁴ Il divieto assoluto contenuto all'interno dell'articolo 4 dello Statuto, quindi, insieme con anche altre norme contenute nello stesso Titolo I (artt. 2, 3 e 8 St. lav.), rappresentava, in sintesi, la norma di attuazione in ambito lavorativo del principio di rispetto della dignità e della libertà della persona stabilito dall'articolo 41 della nostra Costituzione.

Il bilanciamento tra i due opposti interessi quindi, venne realizzato dal legislatore dello Statuto attraverso l'apposizione di un divieto assoluto di controlli a distanza. Tale soluzione, che a primo impatto poteva sembrare piuttosto eccessiva rispetto al risultato che doveva essere raggiunto, in realtà poteva essere spiegata sulla base del grande timore che il controllo tecnologico (e quindi strumentale) incuteva a quel tempo, in quanto si trattava di qualcosa di innovativo rispetto al normale controllo

²² Regio decreto 16 marzo 1942, n. 262, in materia di "*Approvazione del testo del Codice civile*" (Codice civile), art. 2086.

²³ Costituzione della Repubblica Italiana (n. 4), Parte I, Titolo III, art. 41, co. 1.

²⁴ Costituzione della Repubblica Italiana (n. 4), Parte I, Titolo III, art. 41, co. 2.

“dell’uomo sull’uomo”.²⁵ Ciò che maggiormente preoccupava il legislatore (e che dunque giustificò una presa di posizione così estrema nei confronti di queste forme di controllo) era il fatto che attraverso gli impianti audiovisivi o le “*altre apparecchiature*” (come le definiva l’articolo 4 St. lav.) fosse possibile operare di fatto un controllo, non solo occulto, ma anche continuativo nel tempo, di fatto, incessante.²⁶ Dalla Relazione al disegno di legge Governativo, emergeva infatti come l’intenzione generale fosse quella, sì di garantire il potere di controllo al datore di lavoro, ma di limitarlo ad una dimensione prettamente umana, non esasperata quindi dall’uso di strumenti tecnologici in grado di rendere la vigilanza eccessivamente penetrante ed “*anelastica*”.²⁷ Un tale controllo meccanico operato attraverso l’utilizzo di moderni macchinari tecnologici avrebbe quindi comportato un’inevitabile lesione della dignità e della riservatezza del lavoratore subordinato, interessi questi, che il legislatore dello Statuto ritenne di dover assolutamente privilegiare in sede di bilanciamento con la generale esigenza di controllo dell’imprenditore.²⁸

Oltre che dai lavori preparatori allo Statuto, l’inclinazione del legislatore verso la preferenza di controlli più “umani” emergeva anche dal confronto dell’articolo 4 con l’articolo 3: il fatto che il legislatore infatti, ritenesse completamente lecito il controllo effettuato dal personale di vigilanza, da una parte, e assolutamente vietato quello svolto per il tramite di apparecchiature tecnologiche, dall’altra, spiegava in maniera particolarmente esaustiva l’atteggiamento di assoluta sfiducia ed intolleranza verso questo tipo di strumentazione.²⁹ La stessa terminologia utilizzata nei due articoli poi, era indice di una decisa preferenza per i controlli dell’uomo sull’uomo.³⁰ Il fatto che nell’articolo 4 St. lav. il legislatore si riferisse, nello

²⁵ A. Levi, “*La ridefinizione dell’assetto regolativo dei controlli a distanza, quale tassello di una più complessa riforma del diritto del lavoro*”, in A. Levi (a cura di), “*Il nuovo articolo 4 sui controlli a distanza – Lo Statuto dei lavoratori dopo il Jobs Act*”, Giuffrè Editore, 2016, pag. 2.

²⁶ A. Levi, “*La ridefinizione dell’assetto regolativo dei controlli a distanza*” (n. 25), pag. 2.

²⁷ Relazione al Disegno di Legge sullo Statuto dei Lavoratori di Giacomo Brodolini.

²⁸ A. Levi, “*La ridefinizione dell’assetto regolativo dei controlli a distanza*” (n. 25), pag. 2.

²⁹ M.T. Salimbeni, “*La riforma dell’art. 4 dello Statuto dei lavoratori*” (n. 3), pag. 594.

³⁰ M.T. Salimbeni, “*La riforma dell’art. 4 dello Statuto dei lavoratori*” (n. 3), pag. 594.

specifico, all' "attività dei lavoratori", mentre nell'articolo 3 St. lav. all' "attività di lavoro" più in generale, simboleggiava un atteggiamento di assoluta certezza circa il fatto che le apparecchiature, a causa della loro insensibilità e meccanicità, non fossero in grado di scindere il controllo sull'esecuzione della prestazione lavorativa del lavoratore da quello riguardante ogni altra attività da quest'ultimo potenzialmente effettuabile all'interno del luogo di lavoro.³¹

B. L'evoluzione interpretativa della norma

B.1. L'eccessiva rigidità dell'art. 4 St. lav. ed il lavoro interpretativo della giurisprudenza: controlli preterintenzionali e difensivi

Come già evidenziato nel paragrafo precedente, il legislatore dello Statuto decise di raggiungere il bilanciamento tra le opposte esigenze di controllo della prestazione e di rispetto della dignità del lavoratore attraverso l'imposizione di un divieto assoluto di controllo a distanza. Non dovette passare molto tempo però, prima che la norma iniziasse a mostrare i primi limiti insiti all'interno della sua stessa natura: la formulazione così aperta, infatti, imponeva di includere tra le maglie del divieto qualunque controllo effettuato dalla "macchina" sull'uomo, anche quelli privi di vere e proprie connotazioni oppressive.³² La presunzione assoluta di lesività di qualsiasi controllo a distanza quindi, mostrò ben presto una sua "eccedenza rispetto allo scopo" che il legislatore voleva in realtà raggiungere per il tramite di questa norma.³³

Come sempre accade, toccò alla giurisprudenza farsi carico dell'interpretazione della norma in oggetto. Per cui, spettò a quest'ultima dare attuazione alla norma che, sin quasi dal momento della sua approvazione, destò non pochi dubbi,

³¹ M.T. Salimbeni, "La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori" (n. 3), pag. 594.

³² M. Lanotte, "La ridefinizione dei limiti al potere di controllo a distanza", in A. Levi (a cura di), "Il nuovo articolo 4 sui controlli a distanza – Lo Statuto dei lavoratori dopo il Jobs Act", Giuffrè Editore, 2016, pagg. 22-23.

³³ M. Lanotte, "La ridefinizione dei limiti al potere di controllo a distanza" (n. 32), pagg. 22-23.

specialmente in capo a coloro che auspicavano una maggiore libertà per i datori e per le loro esigenze di controllo. Una prima (anche se più leggera) curvatura verso una scorretta interpretazione della norma si ebbe con la creazione dei controlli c.d. “preterintenzionali”: il testo della norma infatti, ed in particolare quello dei primi due commi, sembrava distinguere due tipi di controllo, uno lecito ed uno illecito, a seconda della finalità dell’apparecchiatura utilizzata.³⁴ Il primo comma, come già spiegato, imponeva un divieto assoluto di controllo sull’attività dei lavoratori. Il secondo comma, invece, sembrava prevedere una sorta di controllo lecito perché giustificato da accidentalità (con conseguente possibile utilizzabilità delle informazioni ottenute, anche a fini disciplinari), effettuato attraverso l’uso di strumenti il cui utilizzo doveva essere volto però a soddisfare esigenze organizzative, produttive o di sicurezza.³⁵

La lettura combinata dei due commi tuttavia, non poteva che condurre ad un risultato opposto rispetto a quello proposto dalla giurisprudenza. Le apparecchiature di cui al secondo comma erano certo installabili, ma solo previo accordo sindacale e solo per perseguire i fini stabiliti dal legislatore, tra cui non figurava affatto quello di controllo (anche se meramente potenziale) dell’attività dei lavoratori.³⁶ Quindi, se le apparecchiature di cui al secondo comma erano installabili solo previo accordo sindacale, quelle invece specificamente indirizzate al controllo dei lavoratori “*non [erano] autorizzabili e quindi non installabili.*”³⁷ Il divieto previsto dalla norma quindi, si riferiva, non già alle apparecchiature con esclusiva funzione di controllo, ma piuttosto a quelle da cui poteva derivare un mero controllo accidentale.³⁸ Dunque gli stessi controlli preterintenzionali, ritenuti legittimi dalla giurisprudenza perché temperati dal preventivo accordo sindacale

³⁴ M.T. Salimbeni, “La riforma dell’art. 4 dello Statuto dei lavoratori” (n. 3), pag. 593.

³⁵ M.T. Salimbeni, “La riforma dell’art. 4 dello Statuto dei lavoratori” (n. 3), pag. 593.

³⁶ 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 (c.d. Jobs act)”, CSDLE, n. 255/2015, pag. 5.

³⁷ M.T. Salimbeni, “La riforma dell’art. 4 dello Statuto dei lavoratori” (n. 3), pagg. 593-94.

³⁸ M.T. Salimbeni, “La riforma dell’art. 4 dello Statuto dei lavoratori” (n. 3), pagg. 593-94.

(il quale veniva percepito come elemento di sufficiente tutela per i diritti dei lavoratori), in realtà, risultavano contrari all'originaria intenzione del legislatore dello Statuto di confinare il controllo sui lavoratori all'interno di una dimensione prettamente umana.³⁹

La deviazione interpretativa più vistosa però, si ebbe nel 2002, quando la Corte di Cassazione diede vita alla controversa figura dei controlli "difensivi".⁴⁰ Chiamata a decidere sulla legittimità o meno di un licenziamento irrogato in seguito all'accertamento (effettuato attraverso l'utilizzo di specifici apparecchi di rilevazione delle telefonate) di un uso improprio del telefono aziendale in dotazione ad un lavoratore, la Corte pronunciò la famosa massima secondo cui:

*“Ai fini dell’operatività del divieto di utilizzo di apparecchiature per il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori previsto dall’art. 4 l. n. 300 citata, è necessario che il controllo riguardi (direttamente o indirettamente) l’attività lavorativa, mentre devono ritenersi certamente fuori dell’ambito di applicazione della norma i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore (c.d. controlli difensivi), quali, ad esempio, i sistemi di controllo dell’accesso ad aree riservate, o, appunto, gli apparecchi di rilevazione di telefonate ingiustificate”.*⁴¹

Ciò che fece più scalpore fu il fatto che nel caso di specie, l'accertamento non riguardasse affatto il compimento di attività illecite in grado di mettere a repentaglio il patrimonio o l'immagine aziendale ma, piuttosto, il corretto adempimento della prestazione da parte del lavoratore.⁴² La Corte aveva di fatto creato una sorta di *escamotage* attraverso cui poter superare il divieto di controlli a distanza imposto dall'articolo 4, co. 1 St. lav., vanificando completamente la sua portata garantista. Solo diversi anni dopo, la stessa Corte decise di "correggere il tiro" e di ridimensionare la categoria dei controlli difensivi, al fine di farvi rientrare solo

³⁹ M.T. Salimbeni, "La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori" (n. 3), pagg. 593-94.

⁴⁰ Corte di Cassazione, Sezione lavoro, sentenza del 2 aprile 2002, n. 4746.

⁴¹ Cass. Sez. lavoro, 4746/2002 (n. 40).

⁴² M.T. Salimbeni, "La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori" (n. 3), pag. 595.