

La nuova disciplina del controllo a distanza sui lavoratori

1. La controriforma del lavoro (c.d. Jobs act) approntata e introdotta nell'ordinamento positivo dall'attuale compagine governativa, annovera - tra le norme di favore per la parte datoriale - la riscrittura dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, disciplinante il controllo a distanza.

Questa riscrittura è stata etichettata, dai più avveduti analisti e commentatori, "liberalizzazione" del controllo datoriale sui dipendenti, che si aggiunge alla sterilizzazione dell'art. 18 Stat. lav. nonché alla "liberalizzazione" del demansionamento introdotta, come l'attuale, da uno dei decreti attuativi del cd. Jobs act modificativo dell'art. 2103 del codice civile (argomenti entrambi già trattati in altri nostri articoli).

La nuova normativa afferente al controllo a distanza dei lavoratori è stata introdotta dall'art. 23 del d. lgs. 151/2015 (pubblicato in G.U. del 23/9/2015) che, a modifica sostitutiva dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, ha così disposto: «Art. 4 (*Impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo*).

1. Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e possono essere installati previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali. In alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione ovvero in più regioni, tale accordo può essere stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In mancanza di accordo gli impianti e gli strumenti di cui al periodo precedente possono essere installati previa autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più Direzioni territoriali del lavoro, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

2. La disposizione di cui al comma 1 non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

3. Le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196».

Il vecchio art. 4 redatto dal legislatore del 1970 era stato ispirato dall'esigenza di protezione dei lavoratori dal rischio di essere sottoposti ad un controllo continuo, asfissiante, all'insaputa e "orwelliano", e non a caso la norma venne inserita nella prima parte dello Statuto, intitolata "Della libertà e dignità del lavoratore"; va altresì ricordato che i dati sul dipendente ottenuti dal datore di lavoro in violazione dell'art. 4 (es., da apparecchiature installate senza accordo con le RSA o autorizzazione della Direzione Provinciale del lavoro) non avrebbero potuto essere utilizzati a fini disciplinari e quindi nemmeno per disporre il licenziamento.

Il vecchio art. 4, pur tra molte divergenze nelle aule di Tribunale, aveva tutto sommato dimostrato una buona adattabilità all'evolversi del mondo del lavoro e della tecnologia, tanto che la giurisprudenza ne aveva riconosciuto l'applicabilità ai controlli effettuati sull'uso di internet, della posta elettronica e dei telefoni aziendali, ed era stata ritenuta pacifica la sua applicazione anche ai rilevatori di posizione Gps utilizzati nelle flotte di automezzi aziendali.

Non può negarsi che siano sorti problemi interpretativi, tra i quali uno dei più dibattuti riguardava l'applicabilità della norma anche nel caso dei cosiddetti "controlli difensivi", ossia quelli che l'azienda effettua per scoprire la commissione di atti illeciti o lesivi del patrimonio o della sicurezza aziendale (uso di internet o della posta per fini personali, download illegale di file, esposizione del sistema informatico aziendale a virus, etc.); tipologia invero ambivalente in quanto il controllo per la salvaguardia dei beni costituenti il patrimonio aziendale, legittimato da talune sentenze della sezione penale della Cassazione (cfr. Cass. pen. 28/9/2015 n. 39206, conforme a Cass. pen. 1/6/2010, n. 20722 ¹ e a Cass. pen. 12/07/2011 n. 34842 ²), ma contrastato da altre della sezione lavoro (cfr. Cass. n. 15892/2007, Cass. n.4375/2010 ³, Cass. n. 16622/2012 ⁴) implicava e implica necessariamente anche il monitoraggio della prestazione lavorativa del dipendente. Invero la legittimazione, conferita da parte di questa giurisprudenza altalenante, al controllo cd. difensivo non riesce a spiegare come sia possibile separare il controllo sul lavoro dal controllo sul comportamento illecito di chi lavora e come sia possibile far seguire fuori del lavoro un dipendente da un'agenzia investigativa fino alle soglie delle mura domestiche.

2. Ciò detto, quali sono le innovazioni peggiorative per i lavoratori - introdotte dal nuovo art. 4?

Volendo schematizzare e tenendo fisso, come termine di raffronto, il vecchio art. 4 dello Statuto dei lavoratori, si osserva come:

a) nel nuovo testo non vi è più l'affermazione di principio che disponeva, come nel vecchio art. 4, il divieto generale di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, e come eccezione la sua possibilità solo dietro accordo sindacale o autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro; il nuovo testo, invece, si caratterizza per un deteriore capovolgimento, costituito dalla sostituzione del principio del divieto del controllo (ammesso in precedenza, come già detto, in via di eccezione) con il principio della "liberalizzazione" del controllo, delimitata esclusivamente dal modestissimo onere datoriale di informativa ai lavoratori che, pertanto, lo legittima alla stregua del proverbio "uomo avvisato, mezzo salvato", il tutto al fine di sottrarre i datori all'addebito dell'effettuazione all'insaputa;

b) anzi, in coerenza con la liberalizzazione legittimante il controllo, la nuova riscrittura procede esclusivamente a precisarne le condizioni e limitazioni eventuali. In quest'ottica va sottolineato come, mentre la vecchia normativa prendeva in considerazione solo gli impianti fissi, ad esempio le telecamere, l'attuale estende il controllo a distanza da parte del datore tramite gli strumenti di lavoro innovativi (come pc, tablet e cellulari). La nuova disciplina appare ripetitiva del vecchio art. 4, quindi rassicurante, quando prevede la possibilità di impiegare o installare impianti audiovisivi e altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, *"esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e possono essere installati previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali. In mancanza di accordo gli impianti e gli strumenti di cui al periodo precedente possono essere installati previa autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più Direzioni territoriali del lavoro, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali"*;

c) tuttavia subito introduce, al comma 2, espressamente l'esclusione della necessità di accordo sindacale o autorizzazione ministeriale **per gli strumenti utilizzati dal lavoratore**

per rendere la prestazione lavorativa (pc, tablet, telefoni cellulari...), pur se dagli stessi derivi anche la possibilità di un controllo a distanza del lavoratore;

d) viene prevista la possibilità di utilizzare, da parte datoriale, le informazioni e i dati raccolti tramite gli impianti audiovisivi (previamente autorizzati) e gli strumenti di lavoro (per cui non occorre autorizzazione) per *“tutti i fini connessi al rapporto di lavoro”* (quindi anche ai fini delle contestazioni e dei provvedimenti disciplinari fino al licenziamento) a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (cd. codice della privacy).

In sostanza al datore di lavoro viene concesso di effettuare - attraverso i dispositivi elettronici utilizzati dai lavoratori per rendere la prestazione lavorativa - **controlli e verifiche senza necessità di una preventiva autorizzazione sindacale o ministeriale.** Tuttavia, gli strumenti tecnologici non potranno essere mirati al controllo dei lavoratori e utilizzati sistematicamente per questo scopo, poiché **le applicazioni (software) installate in essi dovranno essere finalizzate al lavoro per cui i dispositivi sono stati consegnati dal datore di lavoro al dipendente.**

In sintesi la nuova disposizione ratifica legislativamente l'orientamento giurisprudenziale e quello del Garante della privacy, disponendo, *apertis verbis*, che quanto risultante dalle strumentazioni di lavoro (pc, tablets, telefonini ecc.) - consegnate dal datore per lo svolgimento delle proprie mansioni e funzionali all'assolvimento dei compiti (in quanto tali, sottratte a qualsiasi validazione ad opera di accordo sindacale o autorizzazione amministrativa) - determina la possibilità o il diritto di poter essere utilizzato dal datore anche a fini disciplinari. Oltre a consentire al datore - naturalmente per non avvedutezza del lavoratore che fa uso distorto e personale di tali nuovi apparati tecnologici - l'appropriazione di notizie e dati anche privatissimi; ad esempio permettendogli (come è stato detto) di conoscere, a fine giornata o quando quest'ultimo lo decide, dove il dipendente è stato, cosa ha fatto, chi ha chiamato, cosa legge, cosa guarda la sera, cosa prega..., se si è riposato oppure no. Quindi, se tali informazioni vengono ritenute (a torto o a ragione) rivelatrici di inefficienza o pregiudizievoli per l'immagine o reputazione dell'azienda, poter procedere a contestargliele a fini disciplinari.

3. Va ancora segnalato come il Ministero del lavoro, prima dell'entrata in vigore in data 24/9/2015 del decreto legislativo n. 151 del 23/9/2015, abbia emesso il 18 giugno 2015 una nota, con l'intento di tentare di smorzare le preoccupazioni dei lavoratori e le critiche delle parti sociali alimentate da parziali anticipazioni di stampa della normativa in fieri. Nella nota si stigmatizzava che il nuovo art. 4 non effettuava alcuna liberalizzazione del controllo a distanza, ma *“si limitava a fare chiarezza circa il concetto di “strumenti di controllo a distanza” ed i limiti di utilizzabilità dei dati raccolti attraverso questi strumenti. La modifica all'articolo 4 dello Statuto chiarisce, poi, che non possono essere considerati “strumenti di controllo a distanza” gli strumenti che vengono assegnati al lavoratore “per rendere la prestazione lavorativa” (una volta si sarebbero chiamati gli “attrezzi di lavoro”), come pc, tablet e cellulari.*

In tal modo, viene fugato ogni dubbio.

L'espressione “per rendere la prestazione lavorativa” comporta che l'accordo o l'autorizzazione non servono se, e nella misura in cui, lo strumento viene considerato quale mezzo che “serve” al lavoratore per adempiere la prestazione: ciò significa che, nel momento in cui tale strumento viene modificato (ad esempio, con l'aggiunta di appositi

software di localizzazione o filtraggio) per controllare il lavoratore, si fuoriesce dall'ambito della disposizione: in tal caso, infatti, da strumento che "serve" al lavoratore per rendere la prestazione il pc, il tablet o il cellulare divengono strumenti che servono al datore per controllarne la prestazione. Con la conseguenza che queste "modifiche" possono avvenire solo alle condizioni ricordate sopra: la ricorrenza di particolari esigenze, l'accordo sindacale o l'autorizzazione".

Con queste precisazioni il Ministero del lavoro, da un lato (e come già detto) tentava di smorzare i timori dei lavoratori nonché le critiche delle parti sociali, dall'altro indirizzava un esplicito messaggio ai datori di lavoro ad evitare che le strumentazioni di lavoro consegnate ai dipendenti (legittimanti il controllo libero e discrezionale da parte aziendale) fossero "partigiane" invece che neutre ed esenti da software registranti il controllo individuale non funzionale alla prestazione lavorativa. Intendendo accreditare pubblicamente la convinzione che il controllo indebito (in quanto discendente da software aggiuntivi non concordati con le RSA o privi di autorizzazione amministrativa) discenderebbe esclusivamente da queste c.d. "modificazioni" aggiuntive, in presenza delle quali permane l'obbligo concertativo con il sindacato o l'ottenimento dell'autorizzazione amministrativa.

A parte il fatto che le rassicurazioni ministeriali stanno in una nota che non ha forza di legge (non vincolante, ad. es., per i magistrati investiti di una controversia) e che, conseguentemente, possono rivestire autorevolezza solo per le Direzioni territoriali del lavoro (quali organi periferici del Ministero) nel caso di conciliazioni in sede amministrativa, l'effetto rassicurante risulta inoperante quando si pensi che la maggior parte dei programmi informatici consente un controllo sull'attività dell'utente **indipendentemente** dall'uso di un software a ciò dedicato, e ciò tramite i *log files*, pertanto senza sforzarsi ad aggiungere, nelle strumentazioni di lavoro, software suscettibili di richiedere l'accordo sindacale o l'autorizzazione amministrativa.

Quanto poi al tentativo ministeriale di trasformare la nuova norma in un contributo di trasparenza a favore per i lavoratori, in quanto impone ai datori di lavoro l'onere della previa informativa sulle strumentazioni di lavoro di cui vengono dotati (rendendoli edotti altresì delle sia delle modalità d'uso sia della facoltà di controllo datoriale discrezionale), va osservato che il nuovo legislatore altro non ha fatto che trasferire in norma di legge quelle che erano le raccomandazioni del Garante della privacy, reiteratamente espresse a prevenzione del contenzioso, di recente in maniera coordinata e riepilogativa nella circolare del 1 marzo 2007 (*Linee guida per la posta elettronica e internet*).

Invero l'evidenza di un'operazione di favore per i datori di lavoro non può essere oscurata da un modesto onere di informativa a carico delle aziende, assolvibile con la semplice consegna individuale ai lavoratori di un opuscolo illustrativo delle modalità d'uso dei pc, tablet, posta e internet forniti dall'azienda.

Si è invece offerto alle aziende una strada asfaltata per il controllo dell'attività dei lavoratori, togliendo di mezzo quelli che sono stati sempre considerati i tradizionali ostacoli alla gestione efficiente dell'impresa: sindacati, magistratura e organismi istituzionali presuntivamente imparziali.

A conclusione, peraltro, c'è da riflettere in ordine a quanto la restrizione degli spazi di libertà e agibilità dei prestatori di lavoro (senza pregiudizio alla dignità dei medesimi, che anzi va riaffermata e garantita tramite stretta vigilanza sul rispetto datoriale del d. lgs. n. 196/2003) sia conseguente ad una ideologia liberistica galoppante e quanto invece sia conseguente all'insofferenza datoriale avverso non più sopportabili trasgressioni e/o reiterati abusi di quella compagine di lavoratori (non esigua nel pubblico impiego) che non ha condiviso o metabolizzato il concetto secondo cui in azienda si va per lavorare

diligentemente, visto che viene loro erogato un corrispettivo retributivo. E, aggiuntivamente, che gli strumenti innovativi di cui l'azienda li dota (pc, tablet, posta elettronica con account, telefonini, ecc.) per assolvere le loro mansioni, sono e restano di proprietà dell'azienda, talché il distorto e scorretto utilizzo a fini personali o di mero luddismo è del tutto arbitrario, anche se ha beneficiato di passata tolleranza.

Mario Meucci - Giuslavorista

Roma, gennaio 2016

NOTE

¹ Secondo cui "*(...) gli artt. 4 e 38 dello Statuto dei lavoratori implicano l'accordo sindacale a fini della riservatezza dei lavoratori nello svolgimento dell'attività lavorativa, ma non implicano il divieto dei cd. controlli difensivi del patrimonio aziendale da azioni delittuose da chiunque provenienti. Pertanto, in tale caso, non si ravvisa la non utilizzabilità ai sensi dell'art. 191 del c.p.p di prove di reato acquisite mediante riprese filmate, ancorché sia perciò imputato un lavoratore subordinato*".

² Secondo cui: "*Sono utilizzabili nel processo penale, ancorché imputato sia il lavoratore subordinato, i risultati delle videoriprese effettuate con telecamere installate all'interno dei luoghi 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, in quanto le norme dello 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*".

³ Secondo cui: "*in tema di controllo del lavoratore, le garanzie procedurali imposte dall'art.4, secondo comma, della legge n.300/1970 per l'installazione di impianti ed apparecchiature di controllo richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, trovano applicazione anche ai controlli cd. difensivi ovvero sia a quei controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, quando tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela dei beni estranei al rapporto stesso*".

⁴ Secondo cui: "*(...) il divieto di controlli a distanza ex art. 4 della legge n.300/1970 implica, dunque, che i controlli difensivi posti in essere con il sistema informatico Blues 2002 per il controllo delle telefonate, ricadono nell'ambito della legge n.300 del 1970, art.4, secondo comma, e, fermo il rispetto delle garanzie procedurali previste, non possono impingere la sfera della prestazione lavorativa dei singoli lavoratori; qualora interferenze con quest'ultima vi siano, e non siano stati adottati dal datore di lavoro sistemi di filtraggio delle telefonate per non consentire, in ragione della previsione dell'art.4, comma 1, di risalire all'identità del lavoratore, i relativi dati non possono essere utilizzati per provare l'inadempimento contrattuale del lavoratore medesimo (...)*".