

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

*Fondata da Aurelio Becca e da Ugo Natoli
già diretta da Luciano Ventura e da Giorgio Ghezzi*

ANNO LIX - 2008 - N. 2

*Trimestrale
aprile-giugno 2008*

Il tema

Norma inderogabile e Diritto del lavoro

CONTRIBUTI DI:

M. NAPOLI, A. ALBANESE, A. OCCHINO

Saggi

L. IMBERTI, LA DISCIPLINA DEL SOCIO LAVORATORE

A. RICCIO, IL LAVORO A PROGETTO

M. ROSANO, LE TUTELE NELL'INSOLVENZA TRANSNAZIONALE

Giurisprudenza

B. VENEZIANI, LA CORTE DI GIUSTIZIA E IL CAVALLO DI TROIA

A. ANDREONI, CONTRATTO A TERMINE E DIRITTO DI PRECEDENZA

A. RAFFI, LA TUTELA DAL MOBBING **A. BELLAVISTA**, I CONTROLLI A DISTANZA

P. SARACINI, CONTRATTI A TERMINE NELLE P.A. **D. VITALE**, SUL DIRITTO DI CRITICA

M. MINTCHEV, BENEFICI PREVIDENZIALI DA AMIANTO

G. TURATTO, CITTADINI STRANIERI E PRESTAZIONI NON CONTRIBUTIVE

(1-2) CONTROLLI A DISTANZA E NECESSITÀ DEL RISPETTO
DELLA PROCEDURA DI CUI AL COMMA 2 DELL'ART. 4 STAT. LAV.

1. — La sentenza in commento è, senza dubbio, di grande importanza. Infatti, qui la Cassazione si pronuncia nuovamente sull'interpretazione dell'art. 4 Stat. lav. e prende posizione a favore di una lettura dell'enunciato che dipana le perplessità emerse in occasione del varo di un'altra decisione della stessa Suprema Corte, la quale ha costituito, per qualche anno, un precedente tale da giustificare tentativi di letture sterilizzanti della portata della disposizione dello Statuto o da spingere i giudici di merito, desiderosi di giungere a soluzioni diverse, ad adottare argomentazioni da fare invidia a equilibristi raffinati (Cfr. Trib. Milano 18 marzo 2006, in *Or. giur. lav.*, 2006, pp. 279 ss.).

Basti ricordare che nella sentenza 3 aprile 2002, n. 4746 (In q. *Riv.*, 2003, II, p. 71, con nota di L. D'Arcangelo) la Cassazione aveva escogitato un ragionamento non particolarmente limpido, giungendo alla paradossale conclusione di individuare una tipologia di comportamenti del lavoratore (tendenzialmente indefinita e suscettibile di espansione arbitraria), legittimamente controllabile a distanza e perciò non rientrante nella sfera di applicazione dell'art. 4 Stat. lav. La conclusione raggiunta trovava consacrazione nell'affermazione 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 Stat. lav. 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 (cosiddetti controlli difensivi), quali, ad esempio, i sistemi di controllo dell'accesso ad aree riservate, o, appunto, gli apparecchi di rilevazione di telefonate ingiustificate». In questo modo, siffatti controlli non rientravano nella sfera di operatività né del comma 1 né del comma 2 dell'art. 4 Stat. lav. Questa soluzione però era chiaramente contraddetta dalla semplice osservazione secondo cui per accertare la condotta illecita dei lavoratori, e quindi per effettuare un controllo difensivo, è quasi sempre necessario controllare la loro attività lavorativa: pertanto, anche in questo caso si rientrerebbe comunque nell'ambito di operatività della disposizione (Cfr. L. Nogler, *Abuso di telefono aziendale: la decisione su controlli e rimedi*, in *Giur. lav.*, 2002, n. 21, p. 14). La stessa giurisprudenza di merito, più coerentemente, nelle fattispecie concrete affrontate, ha infatti ammesso che anche nell'ipotesi di cosiddetti controlli difensivi va quanto meno applicato il comma 2 dell'art. 4 Stat. lav. (Cfr. Corte d'App. Milano 30 settembre 2005, in *Dir. prat. lav.*, 2006, n. 10, p. 571; Trib. Milano 31 marzo 2004, in *Or. giur. lav.*, 2004, pp.

108 ss., con nota di L. Cairo; Trib. Roma 4 giugno 2005 e Trib. Milano 11 aprile 2005, in q. *Riv.*, 2005, II, pp. 763 ss., con nota di A. Bellavista).

2. — Nel caso in esame, il datore di lavoro aveva predisposto un *garage* dove i dipendenti potessero parcheggiare le loro autovetture durante l'orario lavorativo, «inserendo, tuttavia, un congegno di sicurezza volto a consentire l'ingresso a tale *garage* solo mediante un meccanismo elettronico attivato da un tesserino – *badge* – personale assegnato a ciascun dipendente, lo stesso che attivava gli ingressi agli uffici». Sicché, «oltre a consentire l'elevazione della sbarra di ingresso al (e uscita dal) *garage*, il meccanismo rilevava, dal *badge*, e registrava l'identità di chi passava nonché l'orario del passaggio». Ciò «permetteva, mediante l'incrocio di tali dati con quelli rilevati elettronicamente all'ingresso degli uffici, di controllare il rispetto o non degli orari di entrata e uscita e presenza sul luogo di lavoro da parte dei dipendenti». Si trattava di «un'apparecchiatura di controllo, dunque, predisposta per il vantaggio dei dipendenti, ma utilizzabile anche in funzione di controllo dell'osservanza da parte di questi dei loro doveri di diligenza nel rispetto dell'orario di lavoro e della stessa correttezza nell'esecuzione della prestazione lavorativa». E «tale apparecchiatura – a differenza di quella analoga installata agli ingressi dell'ufficio – non era stata concordata con le rappresentanze sindacali, né era stata autorizzata dall'Ispettorato del lavoro», come invece prescrive il comma 2 dell'art. 4 Stat. lav.

Così, il datore di lavoro, grazie all'incrocio dei dati rilevati tramite le apparecchiature collocate presso la sbarra di passaggio del *garage* e all'ingresso degli uffici, ha potuto accertare che il lavoratore si era allontanato dalla sua postazione durante l'orario di lavoro passando per il *garage*, e non per il varco ordinario, probabilmente pensando che tale movimento non fosse oggetto di registrazione. Di conseguenza il lavoratore è stato licenziato. Il giudice di primo grado ha ritenuto illegittimo il licenziamento «in quanto l'accertamento delle mancanze è stato operato dalla società violando la disposizione di cui all'art. 4 Stat. lav.». In particolare, «il controllo operato nei confronti del ricorrente mediante l'incrocio dei dati, legittimamente acquisiti in quanto comunque concordati, rilevati agli ingressi dell'ufficio, con quelli registrati alla sbarra di passaggio del *garage* aziendale è stato effettuato illegittimamente e quindi i risultati di tale controllo sull'attività del lavoratore non possono fondare l'intimato licenziamento» (Trib. Milano 9 gennaio 2004, in *Note informative*, n. 32, 2005, p. 38).

Tuttavia il giudice di secondo grado ribaltava la prima decisione e riteneva giustificato il controllo così effettuato e il conseguente licenziamento. Il nucleo del ragionamento del giudice di appello va rintracciato nell'affermazione secondo cui il datore di lavoro «ha riscontrato le anomalie controllando un aspetto della prestazione, l'orario di lavoro in entrata e in uscita dall'azienda, con modalità non occulte né continue e perfettamente note sia al sindacato sia ai lavoratori»; e pertanto «la rilevazione dei medesimi dati da altro varco non è in sé una modalità occulta e insidiosa di controllo, né invade la dignità e la riservatezza del lavoratore nello svolgimento dell'attività; non riguarda, inoltre, aspetti della prestazione diversi da quelli per i quali già avveniva il controllo con il medesimo *badge*» (Corte d'App. Milano 17 marzo 2005, inedita).

La debolezza del ragionamento del giudice di appello è colta dalla Cassazione che, infatti, sottolinea che «tale assunto» è «fondamentalmente volto a escludere dall'ambito del divieto del controllo a distanza posto dall'art. 4 citato i meccanismi di rilevazio-

ne dei dati di entrata e uscita dall'azienda». Così, per la Suprema Corte, «posto che il riferimento all'attività lavorativa, oggetto della fattispecie astratta, non riguarda solo le modalità del suo svolgimento, ma anche il *quantum* della prestazione, il controllo sull'orario di lavoro, risolvendosi in un accertamento circa la quantità di lavoro svolto, si inquadra, per ciò stesso, in una tipologia di accertamento pienamente rientrante nella fattispecie prevista dal richiamato art. 4, comma 2, Stat. lav.». E «l'insopprimibile esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti» non «può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e della riservatezza del lavoratore». Né consente «di espungere dalla fattispecie astratta i casi dei cosiddetti controlli difensivi, ossia di quei controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori quando tali comportamenti riguardino, come nel caso, l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela di beni estranei al rapporto stesso ove la sorveglianza venga attuata mediante strumenti che presentano quei requisiti strutturali e quelle potenzialità lesive, la cui utilizzazione è subordinata al previo accordo con il sindacato o all'intervento dell'Ispettorato del lavoro».

Sicché, la Cassazione fa ricorso al tradizionale principio in base al quale le prove e i fatti storici scaturenti dal controllo illegittimo non possono essere utilizzati per giustificare qualunque sanzione a carico del lavoratore (Cfr. Cass. 17 giugno 2000, n. 8250, in *Not. giur. lav.*, 2000, p. 711). E di conseguenza la Suprema Corte cassa la sentenza d'appello e conferma la decisione di primo grado, pur mettendo in luce come la condotta del lavoratore sia stata «tutt'altro che commendevole».

3. — Un aspetto significativo della decisione in commento sta nella circostanza che la Suprema Corte sembra accogliere il ragionamento di Cass. n. 4746/2002 sull'inapplicabilità dell'art. 4 Stat. lav. ai cosiddetti controlli difensivi e sull'operatività della disposizione nei confronti della sorveglianza sulla sola attività lavorativa. Tuttavia, l'argomentazione di Cass. n. 4746/2002 è, opportunamente, utilizzata in modo tale da giungere alla conclusione che comunque, nel caso specifico, il tipo di sorveglianza cade nell'ambito di applicazione dell'art. 4 Stat. lav., in quanto riguardante l'attività lavorativa. In sostanza, il *dictum* di Cass. n. 4746/2002 viene sterilizzato, lasciando intendere che difficilmente il controllo possa essere solo «difensivo» e, cioè, esclusivamente diretto ad accertare condotte illecite del lavoratore.

Va così sottolineato che la pronuncia in esame rappresenta un significativo precedente, perché indurrà la successiva giurisprudenza, specie di merito, ad atteggiamenti prudenti ed equilibrati: con ciò evitando il rischio che i valori fondamentali della persona che lavora vengano sacrificati sull'altare delle contrapposte esigenze aziendali all'accertamento di eventuali condotte illecite della medesima.

Però, per risolvere problemi analoghi a quelli posti dall'uso delle tecnologie vecchie e nuove a fini di controllo a distanza dei lavoratori, sia consentito suggerire un percorso argomentativo che appare più conforme alla lettera e alla *ratio* dell'art. 4 Stat. lav. e che si discosta da quello seguito dalla sentenza in commento. In primo luogo, va sottolineato che l'espressione «attività dei lavoratori», contenuta nell'art. 4 Stat. lav., riguarda tutta l'attività dei lavoratori sia lavorativa sia esorbitante dall'area della subordinazione tecnico-funzionale, e quindi ricadente in uno spazio estraneo alla sfera solutoria. Infatti, la lettera della disposizione è chiara: si parla di «attività dei lavoratori», men-

tre negli artt. 2 e 3 della stessa legge ci si riferisce alla sola «attività lavorativa» (Cfr., esplicitamente, Cass., sez. pen., 8 ottobre 1985, in *Not. giur. lav.*, 1986, pp. 162 ss., e anche Cass. 11 marzo 1986, n. 1490, *ivi*, p. 159). Peraltro, va detto che, se si ammettesse l'applicazione dell'art. 4 Stat. lav. limitatamente alla sorveglianza dell'attività lavorativa, allora potrebbe essere consentito al datore controllare, con strumenti tecnici, senza alcun limite, tutte le azioni del lavoratore estranee alla fase di svolgimento del lavoro e di per sé lecite: l'andare al bagno, il modo in cui si trascorrono le pause o si consuma il pasto e così via. E questo sarebbe un risultato paradossale. Né va trascurato il fatto che, come s'è già osservato, per controllare la condotta illecita è quasi sempre necessario controllare anche l'attività lavorativa.

D'altra parte, non si vede come nell'ambito del concetto di controllo difensivo non possano rientrare sia i controlli sui comportamenti illeciti dei lavoratori, di cui il rapporto contrattuale costituisce l'occasione (come il furto o il danneggiamento di beni aziendali), sia i controlli sugli illeciti contrattuali, quali per esempio l'inadempimento della prestazione lavorativa. In entrambi i casi appare evidente che il datore possa avere ragionevoli e imprescindibili esigenze di effettuare la sorveglianza attraverso l'uso della tecnologia. Beninteso, i controlli tecnologici giustificati dall'esigenza di evitare condotte illecite dei lavoratori (e cioè tutti i controlli cosiddetti difensivi) possono non ricadere nel divieto di cui al comma 1 dell'art. 4 Stat. lav. Ma sicuramente gli stessi controlli integrano la fattispecie di cui al comma 2 dello stesso art. 4 Stat. lav. E pertanto saranno legittimi soltanto qualora siano autorizzati attraverso la procedura co-determinativa *ivi* regolata; la quale permette di verificare la presenza delle condizioni sostanziali, indicate dalla disposizione, che giustificano il controllo. Infatti, tale procedura rende possibile non solo l'emersione in modo trasparente delle ragionevoli esigenze aziendali che giustificano il controllo, ma pure di concordare modalità che riducano lo spazio della sorveglianza al minimo indispensabile e che evitino aggressioni inopportune della sfera della personalità del lavoratore (In questa direzione cfr. Corte d'App. Milano 30 settembre 2005, cit.). Si pensi soltanto al fatto che il controllo sulle telefonate effettuate dal dipendente potrebbe consentire di ottenere informazioni relative a fatti eccedenti quelli rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del medesimo lavoratore, ponendo in essere la violazione dell'art. 8 Stat. lav. Perciò, anche da questo punto di vista, solo la procedura co-determinativa del comma 2 dell'art. 4 Stat. lav. sarebbe in grado di assicurare che il controllo sia ragionevole e proporzionato alla pur legittima finalità perseguita (Cfr. E. Stenico, *L'esercizio del potere di controllo «informatico» del datore di lavoro sugli strumenti tecnologici di «ultima generazione»*, in *q. Riv.*, 2003, I, pp. 128 ss.; nonché, volendo, A. Bellavista, *Controlli elettronici e art. 4 St. lav.*, *ivi*, 2005, II, pp. 772 ss.).

4. — Infine, va sottolineato che la sorveglianza tecnologica rappresenta una forma di raccolta di dati personali e quindi un «trattamento» alla stregua del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Perciò la legittimità di tale tipo di controllo dipende anche dal rispetto delle prescrizioni della normativa sulla protezione dei dati personali, le quali stabiliscono condizioni e limiti ulteriori rispetto a quelli desumibili dall'art. 4 Stat. lav. Di tale aspetto non s'è occupata la sentenza in commento. Pertanto, qui è sufficiente rinviare a un altro momento un esame più approfondito della materia [Cfr., comunque, A. Bellavista, *La disciplina del-*

la protezione dei dati personali e i rapporti di lavoro, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro, Commentario*, II ed., vol. II, Utet, Torino, 2007, pp. 447 ss.]. Tuttavia, è necessario ricordare un fatto di indubbio rilievo. Infatti, la tesi secondo cui l'art. 4 Stat. lav. trova piena applicazione a tutte le forme di controllo rese possibili grazie alle più svariate tecnologie ha trovato totale e autorevole accoglimento anche in numerosi provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali, che è l'organo istituzionale deputato a vigilare sull'applicazione della disciplina italiana sulla protezione dei dati personali. E va segnalata al riguardo l'importanza del provvedimento del 1° marzo 2007 del Garante per la protezione dei dati personali che detta le linee guida per conformare alla disciplina vigente il trattamento di dati personali, effettuato per verificare il corretto utilizzo nel rapporto di lavoro della posta elettronica e della rete *Internet*. In tale documento, al punto n. 4, il Garante, nel ribadire la necessità del rispetto dell'art. 4 Stat. lav., osserva che «il controllo a distanza vietato dalla legge riguarda l'attività lavorativa in senso stretto e altre condotte personali poste in essere nel luogo di lavoro». Insomma, pare del tutto fallito il tentativo, esperito da alcuni operatori giuridici, di annullare l'effettività di una norma posta a presidio dei valori fondamentali della persona e che, nel diritto vivente, s'è dimostrata più vitale che mai.

Alessandro Bellavista
*Professore ordinario di Diritto del lavoro
nella Facoltà di Scienze Politiche presso l'Università degli Studi di Palermo*

uscite

*Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale



Editore	Ediesse
Luogo di pubbl.	Roma
Da anno - Ad anno	1954-
Lingua	Italiano
Periodicità	Trimestrale
Paese di pubblicazione	Italia
ISSN	0392-7229
ISSN-L	0392-7229
Codice CDU	351.83; 344.01
Codice Dewey	344.02; 344.4501
Codice rivista	P 00059880
Fonte	acnp
Supporto	Printed text
Accesso pubblico alla rivista	http://www.ediesseonline.it/riviste/rgl
Già	*Rivista giuridica del lavoro
Ha per altro supporto	*Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
Poss. cumulativo Acnp	1954-
Permalink	https://acnpsearch.unibo.it/journal/40932
Biblioteche	137


Doc. Delivery


Titoli Collegati


Altri link


Indici


Offerta doppi


Cerca doni

© Copyright 2018 - Università di Bologna & CNR, ABIS & Biblioteca Centrale "G. Marconi" - Note legali -
Informativa sulla privacy - Accessibilità - Credits



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA



Consiglio Nazionale delle Ricerche