

Scheda dettagliata  
Catalogo SBN

Ricerca: Tutti i campi = biasi zilio grandi (parole in AND)

Scheda: 3/3

Livello bibliografico: Monografia

Tipo documento: Testo a stampa

Titolo:

Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile / a cura di G. Zilio Grandi e M. Biasi

Pubblicazione:

Milano : Wolters Kluwer ; [Padova] : CEDAM, 2018

Descrizione fisica:

XXIII, 672 p. ; 24 cm

Numeri:

[ISBN] 978-88-13-36584-4 CEDAM

Nomi:

Biasi, Marco [scheda di autorità]

Zilio Grandi, Gaetano

Soggetti:

Lavoro autonomo [e] Lavoro subordinato - Legislazione [:] Italia . Legge 2017, n. 81

Classificazione Dewey:

344.45012 (23.) DIRITTO DEL LAVORO. CONDIZIONI DI LAVORO. ITALIA

Lingua di pubblicazione:

ITALIANO

Paese di pubblicazione:

ITALIA

Codice identificativo:

IT\ICCU\RMG\0303179

Permalink:

<http://id.sbn.it/bid/RMG0303179>

Dove si trova:

BO0036 - UBOIG - Biblioteca Giuridica Antonio Cicu - Alma Mater Studiorum - Università di Bologna - Bologna - BO

BO0441 - UBODG - Biblioteca del Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'Economia- Sede San Giacomo 3 - Alma Mater Studiorum - Università di Bologna - Bologna - BO

CN0265 - UTOUA - Biblioteca Universitaria Cuneese - Cuneo - CN

CT0240 - RMG03 - Biblioteca della Corte di appello di Catania - Catania - CT

[P] FI0098 - CFICF - Biblioteca nazionale centrale - Firenze - FI

[P] FI0597 - SBTKE - Biblioteca di scienze sociali dell'Università degli studi di Firenze - Firenze - FI

[P] MC0175 - UMCPR - Biblioteca di Diritto privato e del lavoro italiano e comparato del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Macerata - Macerata - MC

MI1334 - USML1 - Biblioteca del Dipartimento di diritto privato e storia del diritto dell'Università degli studi di Milano - Milano - MI

MI1992 - PCM01 - Sistema Bibliotecario di Milano - Milano - MI

MO0169 - MODUG - Biblioteca universitaria giuridica dell'Università degli studi di Modena e Reggio Emilia - Modena - MO

[P] PD0258 - PUV25 - Biblioteca del Dipartimento di diritto privato e diritto del

lavoro dell'Università degli studi di Padova - Padova - PD

[P] RM0573 - EVEBC - Biblioteca centrale Guglielmo Marconi del Consiglio nazionale delle ricerche - Roma - RM

RM0575 - RMGCS - Biblioteca del Consiglio di Stato - Roma - RM

RM0731 - RMGCG - Biblioteca Centrale Giuridica - Roma - RM

RM0978 - RMSPR - Biblioteca interdipartimentale di scienze giuridiche-Sezione di diritto privato-Sapienza Università di Roma - Roma - RM

TO1203 - UTOBB - Biblioteca Norberto Bobbio dell'Università degli Studi di Torino - Torino - TO

[P] TS0276 - TSASG - Biblioteca Europa. Scienze giuridiche. Università degli studi di Trieste - Trieste - TS

COMMENTARIO BREVE ALLO STATUTO DEL LAVORO AUTONOMO E DEL LAVORO AGILE  
a cura di G. ZILIO GRANDI e M. BIASI.



COMMENTARIO BREVE  
ALLO STATUTO DEL LAVORO  
AUTONOMO E DEL LAVORO AGILE

*a cura di*

G. ZILIO GRANDI e M. BIASI

## CAPITOLO XXXVIII

### IL POTERE DI CONTROLLO SUL LAVORATORE E LA TUTELA DELLA RISERVATEZZA

*Alessandro Bellavista*

SOMMARIO: 1. Le incertezze sulla configurazione del lavoro agile e le conseguenze quanto alla disciplina applicabile. – 2. Accordo individuale e potere di controllo. – 3. Sorveglianza nel lavoro agile *ex art.* 4 l. n. 300 del 1970. – 4. Controllo e disciplina della protezione dei dati personali.

#### **1. Le incertezze sulla configurazione del lavoro agile e le conseguenze quanto alla disciplina applicabile**

L'art. 21, comma 1, l. n. 81 del 2017 stabilisce che “l'accordo relativo alle modalità di lavoro agile disciplina l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della l. 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni”.

Questa è una di quelle disposizioni della nuova normativa che assoggettano all'accordo tra le parti la regolazione di poteri datoriali tipicamente unilaterali.

Una è già contenuta nella stessa definizione di lavoro agile di cui all'art. 18, comma 1, l. n. 81 del 2017, quando si parla del “lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti”.

Un'altra è quella dell'art. 19, comma 1, l. n. 81 del 2017 secondo la quale “l'accordo relativo alla modalità di lavoro agile... disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro”.

Un'altra ancora quella del comma 2 dell'art. 21 l. n. 81 del 2017, per la quale “l'accordo di cui al comma 1 individua le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari”.

Di fronte a tali rinvii alla fonte regolativa dell'accordo individuale, v'è in dottrina chi manifesta perplessità.

Si afferma, infatti, che la “legge utilizza una espressione sicuramente poco felice”, perché “nel lavoro subordinato il potere direttivo è un potere unilaterale, mentre ai sensi dell'art. 18 di questa legge le parti stabiliscono di comune accordo le modalità di esercizio della prestazione e cioè l'esercizio del potere direttivo”: in sostanza, “l'espressione sembra un ossimoro”.

Però, la stessa dottrina, subito dopo, afferma che “in realtà il legislatore definendo il lavoro agile come modalità di esecuzione del lavoro subordinato, prende atto della trasformazione dell'impresa e dell'organizzazione del lavoro e probabilmente allarga o comunque modifica la nozione di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c. perché finisce per limitare sensibilmente l'esercizio unilaterale del potere direttivo proprio dell'organizzazione fordista e gerarchica (art. 2086)”<sup>(1)</sup>.

In questa direzione si muove anche chi, sulla base delle disposizioni citate, avanza la tesi “che il lavoro agile rappresenti una fattispecie speciale di lavoro subordinato, che presenta una deviazione causale del tipo legale arricchendosi di aspetti irriducibili al normale sinallagma contrattuale di cui all'art. 2094 c.c., segnatamente sotto il profilo degli interessi, e in specie a) dell'interesse alla definizione delle forme di esercizio dei poteri datoriali in vista della migliore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e quindi, in sostanza, di una inedita corresponsabilizzazione del soggetto che versa in uno stato di soggezione (il lavoratore subordinato) nella definizione delle modalità con cui si attua la dimensione attiva del rapporto (l'esercizio dei poteri datoriali), b) dell'interesse alla definizione contrattuale, e quindi concordata, delle modalità con cui le prerogative imprenditoriali si attuano nel momento in cui il prestatore realizza la prestazione ‘disintermediandosi’ dall'ambiente lavorativo standard, *id est* in forma diversa rispetto al normale inserimento nell'organizzazione di impresa”<sup>(2)</sup>.

D'altra parte, la relazione al disegno di legge governativo n. 2233 (presentato al Senato l'8 febbraio 2016, da cui poi, a seguito dell'assorbimento del disegno di legge n. 2229, Sacconi e altri, è scaturita la legge in commento)

---

<sup>(1)</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT, 2017, 327, pag. 12.

<sup>(2)</sup> A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT, 2017, 341, pag. 15.

afferma che “per quanto riguarda le misure previste per favorire l’articolazione flessibile della prestazione di lavoro subordinato in relazione al tempo e al luogo di svolgimento (cosiddetto ‘lavoro agile’), il presente disegno di legge risponde alla necessità di dar vita ad una modalità flessibile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato allo scopo di incrementarne la produttività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e di accompagnare il profondo cambiamento culturale nella concezione del lavoro”. Di conseguenza, “il disegno di legge configura il lavoro agile come strumento e non come tipologia contrattuale, con lo scopo di renderlo utilizzabile da tutti i lavoratori che svolgano mansioni compatibili con questa possibilità”.

Parole simili sono contenute nella precedente proposta di legge n. 2014, Mosca e altri, presentata alla Camera dei Deputati il 29 gennaio 2014, in cui, inoltre, si spiega chiaramente che l’idea di disciplinare in via legislativa una nuova modalità flessibile di lavoro (qui definita *smart working*) nasce dall’esigenza di superare la “normativa molto rigida e restrittiva in materia” di telelavoro “che non tiene conto dell’evoluzione degli strumenti tecnologici e che espone l’impresa interessata all’utilizzo di questa modalità lavorativa a costi e a rischi troppo elevati, ad esempio in materia di sicurezza sul lavoro”.

Comunque sia, in questa sede, va accolta la ricostruzione dottrinale la quale sostiene, con dovizia di argomenti, “che nessuna differenza sussista oggi, sul piano giuridico e in termini di disciplina applicabile, tra il telelavoro e il lavoro agile se non in due circostanze del tutto particolari e, a ben vedere, anche marginali in termini di casistica reale: quando la prestazione al di fuori dei locali aziendali sia resa senza il supporto di strumentazioni informatiche o telematiche ovvero quando l’alternanza tra lavoro nei locali aziendali e lavoro da altri luoghi sia del tutto episodica e cioè occasionale o comunque non programmata”<sup>(3)</sup>. E quindi il lavoro agile rappresenta “un altro modo di chiamare il telelavoro subordinato”<sup>(4)</sup>.

Questa conclusione porta a ritenere che al lavoro agile si applica la normativa sul telelavoro “almeno là dove... la prestazione di lavoro avvenga per il tramite di una sia pur minima strumentazione informatica o telematica e si

---

<sup>(3)</sup> M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT, 2017, 335, pag. 22.

<sup>(4)</sup> O. MAZZOTTA, *Lo statuto del lavoratore autonomo ed il lavoro agile*, in *Il Quotidiano giuridico*, 1 febbraio 2016.



realizzi con carattere di regolarità ovvero di continuità nel senso di ripetitività e pianificazione e non di mera occasionalità o episodicità” (5).

Al di là di questo risultato, è quindi molto probabile che il legislatore abbia voluto introdurre la figura del lavoro agile proprio per svincolarla dalla disciplina del telelavoro, giudicata troppo rigida e appunto tale da disincentivare il ricorso a quest’ultimo istituto nonché, più in generale, come osserva la relazione al disegno di legge governativo, “per favorire l’articolazione flessibile della prestazione di lavoro subordinato in relazione al tempo e al luogo di svolgimento”.

Tuttavia, la costruzione dello strumento e/o fattispecie non è stata adeguata allo scopo, stante già la diversità di vedute sulla sua esatta configurazione e le conseguenti discipline applicabili. Molto meglio sarebbe stato ancorare l’istituto nell’ambito del lavoro autonomo, semmai dotandolo di una specifica regolazione, oppure creare apertamente un nuovo contratto di lavoro subordinato speciale fornito della normativa correlata (6).

D’altra parte, proprio facendo riferimento alla “filosofia del lavoro agile”, v’è chi parla di “relazioni di lavoro di carattere maggiormente fiduciario e collaborativo con la conseguente piena responsabilizzazione del prestatore di lavoro”.

Tale autore non si capacita del “perché il legislatore italiano abbia inteso innestare lo schema del lavoro agile nell’alveo delle sole prestazioni di lavoro dipendente che, per definizione normativa, sono appunto incentrate su dinamiche di comando e controllo” (7).

Pertanto, secondo quest’opinione, appare antitetica rispetto alla filosofia del lavoro agile la previsione qui in commento in materia di controllo.

Ciò perché “il carattere fiduciario e cooperativo che dovrebbe presidiare prestazioni di lavoro rese per il tramite di nuove tecnologie e in funzione di obiettivi condivisi, per di più ‘senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro’, se non esclude in astratto l’esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, rende certamente superflua, se non intimamente contraddittoria, la previsione di forme di controllo sulla esecuzione della prestazione piuttosto che sui risultati conseguiti dal lavoratore” (8).

Infatti, in questa direzione si muove la recente direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri, del 1° giugno 2017, recante le “linee guida contenenti

---

(5) M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile*, op. cit., pag. 27.

(6) Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato*, op. cit., pag. 12.

(7) M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile*, op. cit., pag. 31.

(8) M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile*, op. cit., pag. 33.

regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti”.

Qui si legge che “una delle principali sfide dell'introduzione dello *smart working*” (che è sinonimo di lavoro agile) “nelle pubbliche amministrazioni è il cambiamento di cultura organizzativa”. Il che comporta “una cultura manageriale e modelli organizzativi fondati sulla definizione di processi e indicatori, ovvero sulla programmazione e sul perseguimento di obiettivi e quindi sulla misurazione dei risultati, piuttosto che sul numero di ore lavorate”; e “una maggiore autonomia e capacità decisionale unite a flessibilità riconosciuta ai lavoratori, sviluppando negli stessi una responsabilità di risultato piuttosto che di mera prestazione”.

Ad ogni modo, si tratta ora di passare all'esame più dettagliato dell'art. 21, comma 1, l. n. 81 del 2017, che concerne le ipotesi di lavoro agile che utilizzino, alla stregua dell'art. 18, comma 1, l. n. 81 del 2017, “strumenti tecnologici”.

Altrimenti, non avrebbe alcun senso il richiamo all'art. 4 l. n. 300 del 1970, che, appunto, disciplina il controllo tramite tali strumenti.

## 2. Accordo individuale e potere di controllo

Anzitutto, va osservato che, in base ad una diffusa narrazione (spesso lontana dalla realtà) <sup>(9)</sup>, la normativa in materia di controlli a distanza “è sempre stata considerata un limite rispetto alla diffusione delle forme di lavoro da remoto: in particolare essa era considerata una concausa dello scarso ricorso da parte delle imprese italiane al telelavoro” <sup>(10)</sup>.

Sulla base di tale presupposta rigidità, l'art. 4 l. n. 300 del 1970 è stato novellato dall'art. 23, comma 1, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151 (che è uno dei provvedimenti rientranti nel cosiddetto *Jobs Act*) con una nuova disposizione in apparenza più elastica, ma in realtà densa di molteplici dubbi interpretativi.

Ciò è comprovato dall'abbondante dottrina che si è esibita, con ampio sfoggio di erudizione e di abbondanti pagine di testo, sul novellato palcoscenico normativo <sup>(11)</sup>.

<sup>(9)</sup> Cfr. le condivisibili osservazioni di M. FEZZI, *Diritti sindacali, controllo del remote worker e contrattazione collettiva*, in *Remote Working*, Milano, 2009, pag. 35 e segg.

<sup>(10)</sup> E. DAGNINO, M. MENEGOTTO, L. M. PELUSI, M. TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge 81/2017*, Modena, 2017, pag. 56.

<sup>(11)</sup> Per un'analisi equilibrata e raffinata, cfr. E. BALLETTI, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in AA.VV., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Milano, 2017, pag. 127 e segg. Per un ampio quadro delle differenti posizioni esegetiche,

Beninteso, il d.d.l. Mosca del 2014, partendo dal presupposto della rigidità dell'art. 4 l. n. 300 del 1970 (nella sua versione originaria) costruiva una procedura di autorizzazione al controllo a distanza alquanto snella, basata sulla necessità della sola autorizzazione dell'autorità amministrativa e rendendo meramente eventuale l'accordo con le rappresentanze sindacali aziendali.

Invece, il d.d.l. n. 2233, e ora l'enunciato in commento (che è rimasto inalterato nel corso dei lavori parlamentari) fanno direttamente riferimento all'art. 4 l. n. 300 del 1970 novellato, con ciò, ovviamente, senza potere dire nulla circa l'interpretazione di esso.

Intanto va detto che, come chiaramente precisa l'art. 21, comma 1, l. n. 81 del 2017, l'accordo di lavoro agile può riguardare esclusivamente "l'esercizio del potere di controllo del datore sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali".

Tuttavia, questo enunciato (come tutta la normativa sul lavoro agile) ha già offerto lo spunto per differenti letture.

V'è chi vede nell'abilitazione dell'accordo individuale a regolare l'esercizio del potere di controllo, da parte della legge, un elemento che rende "più problematico il coordinamento con le regole dell'art. 4 St.lav." (12).

Oppure v'è chi considera pleonastica la disposizione, a tal punto che, provocatoriamente, afferma che "mi correggo: occorre sperare che questa disposizione sia soltanto pleonastica, cioè non aggiunga e non tolga nulla di quanto già si potrebbe pacificamente desumere dall'ordinamento generale: vedo altrimenti il rischio che qualche giuslavorista particolarmente creativo si spinga a desumere dalla nuova norma una sorta di decadenza del datore di lavoro dal potere ordinario di controllo e/o dal potere disciplinare, quando l'accordo ometta di dettare una disciplina specifica". E, "così, per esempio, non mi stupirebbe se qualcuno si spingesse a sostenere che nell'accordo vada specificamente precisata la praticabilità del controllo a distanza nei limiti consentiti dall'art. 4 St.lav., sotto pena di perdita del relativo potere da parte del datore" (13).

---

cfr. P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino, 2017, e ivi, in particolare, il condivisibile saggio di M. BARBIERI, *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, pag. 183 e segg.

(12) A. DONINI, *Nuova flessibilità spazio-temporale: l'idea del lavoro agile*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro*, op. cit., pag. 87.

(13) P. ICHINO, *Nota tecnica sul contenuto del testo legislativo e le modifiche apportate dalla Commissione*, in *www.pietroichino.it*, 3 agosto 2016, pag. 7.

In realtà, gli ordinari e tradizionali canoni interpretativi escludono la possibilità dell'esegeta di svilire la parola del legislatore a tal punto da ridimensionarne o annullarne del tutto la volontà innovativa.

Desta perplessità l'ultima opinione che, guarda caso, accortasi questa volta della possibilità di un vero ruolo dell'autonomia individuale nella direzione di limitare i poteri datoriali, mira a svalutarne ogni effettiva capacità di incisione.

Invece, la novità della disposizione sta proprio in ciò: il legislatore, preso atto della forte flessibilità spazio-temporale del lavoro agile, ritiene razionale una partecipazione del lavoratore alla scelta delle concrete modalità di controllo, come anche alla definizione delle eventualmente connesse infrazioni disciplinari, in forza del comma 2 della stessa disposizione.

Tutto ciò, ovviamente, può avvenire nel rispetto delle “regole (inderogabili) di esercizio del potere datoriale”<sup>(14)</sup>, scaturenti dall'art. 4 l. n. 300 del 1970 riformato e dalla disciplina della protezione dei dati personali. Ed è così logico, pertanto, che lo spazio dell'accordo sia solo quello di limitare ulteriormente l'esercizio dei suddetti poteri del datore di lavoro<sup>(15)</sup>. E comunque, in questa direzione, la disposizione non si rivela affatto pleonastica.

### 3. Sorveglianza nel lavoro agile ex art. 4 l. n. 300 del 1970

Quest'ultima conclusione trova conferma proprio sulla base di un'analisi coordinata tra la disposizione in commento e il nuovo testo dell'art. 4 l. n. 300 del 1970.

È vero che il nuovo comma 2 dell'art. 4 l. n. 300 del 1970 sembra esentare dall'obbligo di rispettare la procedura codeterminativa di cui al comma 1 della medesima gli “strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa”.

Tuttavia, tale eccezione, proprio in considerazione della sua natura, va interpretata in modo rigoroso, com'è confermato dalle recenti prese di posizione del Garante della protezione dei dati personali, dell'Ispettorato nazionale del lavoro e dei giudici. Inoltre, la formulazione della stessa eccezione non brilla per chiarezza ed offre molteplici possibilità di lettura. Ed anzi

<sup>(14)</sup> P. TULLINI, *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro*, op. cit., pag. 124.

<sup>(15)</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato*, op. cit., pag. 13.

sono disponibili molti persuasivi argomenti che riducono al livello infinitesimale l'operatività dell'eccezione di cui al comma 1 e fanno rientrare quasi tutti gli strumenti di controllo nell'area di operatività della procedura codeterminativa di cui al comma 1.

Più precisamente, la lettura che sembra al momento prevalere presso il Garante, l'autorità amministrativa e la giurisprudenza, è quella secondo cui lo strumento di lavoro (e quindi anche qualunque *software*), per rientrare nell'eccezione di cui al comma 2, deve essere indispensabile<sup>(16)</sup> per “rendere la prestazione lavorativa”.

Ciò significa che, se fosse possibile svolgere la prestazione senza lo strumento in questione, l'eccezione non opererebbe e pertanto si ricadrebbe in pieno nell'obbligo di rispettare la procedura codeterminativa di cui al comma 1.

Un forte sostegno a tale impostazione proviene, da ultimo, in primo luogo, dal nuovo parere, dell'8 giugno 2017, del Gruppo di lavoro *ex art. 29* (deputato a fissare linee guida interpretative della direttiva comunitaria 95/46/CE), sull'elaborazione dei dati personali sul luogo di lavoro; e, in secondo luogo, da due recenti atti di organi internazionali: la Raccomandazione del Consiglio d'Europa, dell'1 aprile 2015, sul trattamento dei dati personali *in the context of employment*, e la sentenza della Grande Camera della Corte Europea sui diritti dell'uomo del 5 settembre 2017.

Il *trait d'union* costante di tutte queste fonti è che la sorveglianza elettronica (in qualunque forma avvenga) debba rappresentare sempre l'*extrema ratio* per realizzare giustificati obiettivi.

Infine, lo stesso art. 21, comma 1, in commento contribuisce a sostenere la tesi che propugna una lettura restrittiva dell'eccezione di cui al comma 2 dell'art. 4 l. n. 300 del 1970.

Infatti, se la suddetta eccezione già consentisse controlli indiscriminati, non vi sarebbe stato bisogno di alcun rinvio, da parte del legislatore del lavoro agile, all'art. 4 l. n. 300 del 1970, perché l'autonomia individuale può sempre muoversi laddove non sussistano disposizioni inderogabili.

D'altra parte, solo entro una cornice legale ben definita sarebbe possibile il dispiegarsi dell'autonomia individuale nella disciplina del potere di controllo datoriale. Altrimenti, considerata l'endemica debolezza contrattuale

---

<sup>(16)</sup> Cfr. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Relazione 2016*, Roma, 2017, pag. 96 e segg.; *Ispettorato Nazionale del Lavoro*, circolare n. 2 del 7 novembre 2016 e circolare n. 4 del 26 luglio 2017; Trib. Pescara 25 ottobre 2017, in corso di pubblicazione in *Riv. Giur. Lav.*

del lavoratore, vi sarebbe il rischio della stipulazione di accordi profondamente lesivi dei diritti fondamentali di quest'ultimo, ben oltre la soglia di disponibilità ammessa dalle ragioni oggettive connesse alla garanzia della funzionalità del rapporto.

#### 4. Controllo e disciplina della protezione dei dati personali

A quest'ultimo proposito, va ricordato il consolidato principio in base al quale, nei rapporti di lavoro, il consenso del lavoratore, per costituire un valido presupposto di legittimazione del trattamento dei dati personali, deve essere espresso liberamente, senza il timore di subire alcuna ripercussione negativa nel caso in cui non venga concesso.

Ciò significa che, stante il dislivello di potere tra le due parti del contratto, molto raramente, nel rapporto di lavoro si possono verificare ipotesi in cui il consenso del lavoratore è manifestato in modo veramente libero. La conseguenza è che, di regola, il presupposto di legittimazione del trattamento dei dati personali del lavoratore deve essere diverso dal consenso di quest'ultimo: come, ad esempio, la necessità di adempiere gli obblighi scaturenti dal contratto o dalla legge, o gli altri presupposti indicati dalla normativa sulla protezione dei dati<sup>(17)</sup>.

Sicché, sembra ragionevole affermare che, nel lavoro agile, l'accordo individuale (che è fondato sul consenso del lavoratore) in materia di esercizio del potere di controllo può muoversi solo in un'ottica migliorativa della posizione del lavoratore e non può costituire il cavallo di Troia per legittimare trattamenti di dati personali e forme di controllo che non sarebbero giustificati in forza dei presupposti di legittimazione del trattamento diversi dal consenso.

A favore di questa conclusione depongono le stesse parole del legislatore del lavoro agile.

Infatti, quasi tutte le disposizioni sono costruite in modo da imporre un preciso contenuto all'accordo relativo alla modalità di lavoro agile: e cioè, alcune garanzie per il prestatore di lavoro.

Si pensi all'enunciato in commento, per il quale l'accordo non può esimersi (perché "disciplina") di regolare il controllo sui lavoratori "nel rispetto

---

<sup>(17)</sup> Cfr. A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino, 2013, pag. 434 e segg.

dell'art. 4 St.lav.” e quindi osservando tutta la disciplina in materia di trattamento dei dati personali a cui quest'ultimo rinvia.

Oltre alle altre disposizioni citate all'inizio, si guardi l'art. 19 l. n. 81 del 2017, il quale impone all'accordo di individuare “i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro” (18).

Peraltro, va sottolineato che, anche nel caso del lavoro agile, possono operare forme di controllo che vanno valutate con estrema cautela in relazione ai rischi (per la persona del prestatore di lavoro) che esse comportano (19). E ciò nonostante il fatto che si tratti di lavoratori “mobili”, che operano da remoto, per cui il controllo a distanza potrebbe, in astratto, ritenersi quasi sempre necessario.

Si pensi, a questo riguardo, alla geolocalizzazione dei dipendenti che, in forza delle posizioni del Garante per la protezione dei dati personali e dell'Ispettorato nazionale del lavoro, solo in casi estremamente rari può essere ricondotta all'eccezione di cui al comma 2 dell'art. 4 l. n. 300 del 1970, e pertanto, di regola, è soggetta alla procedura codeterminativa di cui al comma 1 della medesima disposizione (20).

Ad ogni modo, indipendentemente dalle questioni circa l'applicabilità del comma 1 o del comma 2 dell'art. 4 l. n. 300 del 1970, l'operatività della disciplina della protezione dei dati personali fa sì che il trattamento dei dati personali del lavoratore agile sia assoggettato al rispetto di tutto un grappolo di rigorosi principi (*in primis* quelli di finalità, necessità, proporzionalità, trasparenza del trattamento) a salvaguardia dei diritti e delle libertà dell'interessato. Proprio con riferimento alle tecnologie di geolocalizzazione,

---

(18) Ad esempio, E. DAGNINO, M. MENEGOTTO, L. M. PELUSI, M. TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge 81/2017*, op. cit., pag. 58, osservano che nell'accordo “potrà essere opportuno specificare che, di massima, il controllo sulla prestazione avverrà attraverso la mera verifica dei risultati, come richiede, per sua filosofia, la modalità stessa di lavoro”.

(19) Cfr. GRUPPO DI LAVORO *ex* ARTICOLO 29, *Parere n. 2 dell'8 giugno 2017*, pag. 16 e segg., che si sofferma sul trattamento dei dati personali del lavoratore in caso di *remote working* e di uso di tecnologie “BYOD” (*bring your own device*).

(20) Cfr. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Relazione 2016*, cit., pag. 97 e segg., nonché i recenti provvedimenti dello stesso Garante del 16 marzo 2017, n. 138, e del 24 marzo 2017, n. 247; ISPETTORATO NAZIONALE DEL LAVORO, *Circolare n. 2/2016*, cit.

il Garante, nel concretare i principi e le regole generali, ha imposto a tali trattamenti molteplici cautele e barriere <sup>(21)</sup>.

Infine, la complessità della materia rende opportuno che la contrattazione collettiva continui il suo apprezzabile percorso di regolazione del lavoro agile, che è iniziato ben prima del varo della legge in commento, dedicando alle questioni del controllo più spazio di quanto fatto finora. Ciò in modo da agevolare e guidare l'autonomia individuale nell'esercizio dello spazio regolativo concesso dalla legge <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> Cfr. i provvedimenti citati nella nota precedente; e, per un esame dei più risalenti atti del Garante, cfr. A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore*, op. cit., pag. 376 e segg.

<sup>(22)</sup> Cfr. E. DAGNINO, M. MENEGOTTO, L. M. PELUSI, M. TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile*, op. cit., pag. 59 e segg.