Iacobucci S, 'La necessità del consenso del lavoratore nel trattamento dei dati personali' (2024) Special Issue EJPLT.
DOI:

EJPLT
ISSN 2704-8012



La necessità del consenso del lavoratore nel trattamento dei dati personali

The need for the worker's consent in the processing of personal data

STEFANO IACOBUCCI
Assegnista di ricerca
Università degli Studi di Ferrara

Abstract
Il consenso del lavoratore al trattamento dei suoi dati personali è spesso considerato quasi irrilevante dal momento che il medesimo trattamento, nell'ambito del rapporto di lavoro si basa sull'art. 9, par. 1, lett. b) GDPR. Questa lettura è considerata poco attenta alla struttura del rapporto di lavoro.
Il contributo si concentra sul rapporto tra il potere di controllo dell'imprenditore, previsto dall'art. 4, l. 300/1970 e la necessità del consenso del lavoratore per il trattamento dei suoi dati personali. L'Autore ritiene che, quando il controllo è funzionale all'esercizio del potere direttivo dell'imprenditore, il trattamento dei dati personali del lavoratore può avvenire anche in assenza del suo consenso, in quanto necessario all'esecuzione del contratto di lavoro. Diversamente, quando il controllo è finalizzato all'esercizio del potere disciplinare, il trattamento dei dati personali del lavoratore richiede il suo consenso, in quanto quest'ultimo potere non è strettamente necessario per l'esecuzione del contratto.

© The author(s) 2024, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at:
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Abstract:
The worker's consent to the processing of his personal data is often considered almost irrelevant, as the processing of personal data in the employment relationship is based on art. 9, par. 1, letter. b) GDPR. This reading is considered not very attentive to the structure of the employment relationship.
The contribution focuses on the relationship between the entrepreneur's power of control, provided for by art. 4, l. 300/1970, and the need for the worker's consent for the processing of his personal data. The Author believes that, when the control is functional to the exercise of the managerial power of the entrepreneur, the processing of the worker's personal data can take place even in the absence of his consent, as it is necessary for the execution of the employment contract. Otherwise, when the control is aimed at the exercise of disciplinary power, the processing of the worker's personal data requires his consent, as this latter power is not strictly necessary for the execution of the contract.

Keywords: lavoro subordinato; trattamento dei dati; consenso; controllo

Summary: 1. La riservatezza del lavoratore. – 1.1 La tutela della riservatezza prima della disciplina sul trattamento dei dati personali. – 1.2 La tutela della riservatezza del lavoratore nella disciplina della protezione dei dati personali. – 2. L'adeguata informazione del lavoratore: dalla privacy al trattamento dei dati personali. – 3. Il consenso del lavoratore: si può fermare il controllo?

1. La riservatezza del lavoratore.

1.1 La tutela della riservatezza prima della disciplina sul trattamento dei dati personali.

In Italia, la tutela della *privacy* è oggetto della discussione dottrinale e anche delle pronunce giurisprudenziali, da moltissimi anni e sotto le più varie accezioni. In generale il *diritto alla riservatezza* viene qualificato come forma di tutela della dignità della persona, nell'ambito della più ampia fattispecie dei diritti della personalità[1]. Proprio per questo suo inquadramento, il diritto alla riservatezza ha ritardato molto ad affermarsi come diritto autonomo[2], venendo spesso ricondotto ad altre fattispecie come la tutela dell'onore e della reputazione[3]. Il diritto alla riservatezza può essere inteso come diritto di nuovo conio, poiché la sua affermazione è abbastanza recente[4]; infatti, tale diritto

[1] In giurisprudenza questa qualificazione si può far risalire a Cass. 20 aprile 1963, n. 990, in *GC*, 1963, I, p. 1280, la quale stabilì che "la personalità è il presupposto di diritti ma anche [...] postula un diritto di concretizzazione, cioè un diritto di libertà di autodeterminazione nei limiti consentiti dall'ordinamento, il quale come diritto assoluto, astratto, si distingue dal potere di autonomia inerente ai singoli concreti diritti e alle concrete manifestazioni". In dottrina P. PERLINGERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in P. PERLINGERI (a cura di), *La persona e i suoi diritti – problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 13.
[2] Cfr. G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali*, Bologna, 2012, 8.
[3] G. GIOVANNI, *Diritto alla riservatezza (voce)*, in *EG*, 1989 (versione *online*).
[4] In dottrina non sono mancati tentativi di delineare un diritto alla riservatezza già negli anni '50, e resta particolarmente interessante l'approccio di F. CARNELUTTI, *Diritto alla vita privata – contributo alla teoria della libertà di stampa,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1955, 3, il quale vedeva nella vita privata un bene di cui solo l'interessato può avere cognizione; pertanto, l'A. postulò l'esistenza di un "diritto alla privatezza", quasi a voler significare che questo diritto entra nell'ambito del principio *ius excludendi alios*, tipico del diritto di

verrà riconosciuto e definito dalla Suprema Corte solo nel 1975[5] come diritto alla privatezza degli eventi strettamente personali. In questa accezione si può leggere l'approdo italiano al *right to be let alone* di matrice anglosassone[6], che costituisce il primo e primordiale modo d'intendere la riservatezza. Prima dell'entrata in vigore della l. 31.12.1996, n. 675, l'Italia non disponeva di una disciplina specifica per la tutela dei dati personali, che oggi viene regolata dal Reg. UE 679/2016 e dal d.lgs. 30.60.2003, n. 196 e ss.mm.ii. (cd. Codice Privacy). Ciò non significa che il diritto alla riservatezza non fosse disciplinato in assoluto dall'ordinamento. In materia, come notato da accorta dottrina, proprio in materia di lavoro si registrano le prime disposizioni che hanno permesso di parlare di *privacy*, il cui fondamento era individuato nell'art. 8, l. 20.05.1970, n. 300[7] e, per alcuni, nell'art. 4 della medesima legge[8]. La giurisprudenza ha più volte riconosciuto il diritto del lavoratore alla riservatezza o alla *privacy*[9]. Senza pretesa di esaustività, si ricordano alcuni casi in cui i giudicanti, a fronte di un *preciso strumento di controllo*, hanno affermato l'illegittimo impiego dello stesso, in quanto diretto a costituire una forma di controllo a distanza, cioè una forma di lesione della dignità del lavoratore. Così la giurisprudenza ha ritenuto che l'uso di strumenti - come i centralini telefonici - che consentano di accedere al contenuto delle chiamate dei dipendenti, leda la privacy degli stessi[10].

---

proprietà. Recentemente S. SITZIA, *Il diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali,* Padova, 2013, 10 ha riproposto il concetto di privatezza.

[5] Anche se una prima apertura vi è stata in Cass. 20 aprile 1963, n. 990…*cit.*, per una prima definizione cfr. Cass. 27 maggio 1975, n. 2129, in CED: «*il diritto alla riservatezza consiste nella tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari, le quali, anche se verificatesi fuori del domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non siano tuttavia giustificate da interessi pubblici preminenti. Esso non può essere negato ad alcune categorie di persone, solo in considerazione della loro notorietà, salvo che un reale interesse sociale all'informazione od altre esigenze pubbliche lo esigano. Tale diritto non solo trova implicito fondamento nel sistema, ma trova una serie di espliciti riferimenti nelle norme costituzionali e ordinarie e in molteplici deliberazioni di carattere internazionale*».

[6] Questa è la nota formulazione di D. BRANDEIS-S. WARREN, *The right to privacy*, in *IV Harw. Law Rev.*, 1890, 193.

[7] Come notato da S. RODOTÀ, *Prefazione*, in A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2013, XIII, "il primo vero riconoscimento legislativo della tutela dei dati personali, addirittura nella significativa materia dei dati sensibili, si trova nell'articolo 8 dello Statuto dei lavoratori".
Per una lettura dell'art. 8, l. 20.05.1970, n. 300 come norma di tutela della *privacy*, cfr. S. SCIARRA, *art. 8*, in G. GIUGNI (diretto da), Statuto dei lavoratori. Commentario, Milano, 1979, 101; S. SCIARRA, *Il divieto di indagini sulle opinioni,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1976, 1076; Osserva S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy. Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006, 52 che il diritto alla riservatezza nel diritto positivo italiano esprime un paradosso, poiché, nato come diritto borghese, prima ancora di tutelare il cittadino, tutela il lavoratore in una fonte di legislazione sociale.

[8] In proposito si deve ricordare una memorabile pronuncia del P. Milano, 12 maggio 1972, in *OGL* 1972, 260 in occasione della quale il giudicante si soffermò lungamente sull'evoluzione della nozione di *privacy* al fine di valutarne la sussistenza nel diritto italiano e specialmente nell'ambito dell'art. 4, l. 300/1970. Il Pretore concluse affermando che "il cd. "controllo il cuffia" concretando una violazione della "*privacy*" del lavoratore, costituisce mezzo di controllo vietato dall'art. 4 St. lav.".

[9] Le prime pronunce in materia si trovano, invero, non nelle questioni legate agli artt. 4 e 8, l. 300/1970, quanto, piuttosto, in quelle legate all'art. 6 della medesima fonte, in materia d'ispezioni personali. Tra quelle legate alla disciplina del controllo sulla persona, fin da subito si afferma una corrente giurisprudenziale attenta alla questione della riservatezza. In varie pronunce in cui i giudici si sono occupati di tutela della riservatezza dei lavoratori, talvolta affermandola, talaltra negandola. Cfr. P. Genova, 14 aprile 1981, in *Giur. merito*, 1982, 15; P. Genova, 03 ottobre 1982, in *Dir. lav.,* 1984, II, 452; T. Milano 20 settembre 1990, in *Orient. giur. lav.,* 4/1990, 10.
Oggi, anticipando brevemente quanto si dirà nel prosieguo, la giurisprudenza ha pure superato l'approccio della privatezza per adottare una lettura in termini di *privacy* delle informazioni dei lavoratori, come chiaramente afferma T. Savona 1 marzo 2018, in *Riv. Giur. Lav. Sic. Soc.,* 2018, II, 574.

[10] P. Milano 8 febbraio 1986, in *Lavoro80*, 1986, 89: «l'installazione dei centralini telefonici elettronici che consentono la registrazione automatica del numero interno chiamante, del numero esterno chiamato, del

Queste prime pronunce, però, intendono la privacy nel senso di privatezza, cioè come uno "spazio" proprio del lavoratore. Questa lettura, però, è destinata a mutare, non tanto nel senso di modificare la nozione di privatezza, quanto nel senso che nell'ambito della tutela della *privacy* si fa largo una nozione diversa di conoscenza di "fatti" propri della vita altrui. Una lettura destinata a mutare negli anni '80[11] nel senso del diritto di controllo sulle proprie informazioni (non più solo come privatezza o *ius excludendi alios*)[12]. Fu proprio la giurisprudenza del lavoro - non pienamente consapevole di ciò - a fornire un importante contributo nell'evoluzione dell'istituto[13].

Il mutamento nella tutela è facilmente comprensibile se si cambia il punto di osservazione del diritto alla privatezza; si deve passare dalla sua accezione di libertà negativa, per la quale si esercita come diritto di escludere terzi dalla propria vita privata, all'accezione di diritto di disposizione della propria vita privata, che consiste nello scegliere a quali informazioni i terzi possono accedere, in che misura, per quali finalità e per quanto tempo ciò può accadere [14] . Questo diverso angolo visuale non costituisce una diversa accezione del diritto alla riservatezza ma, piuttosto, una sua espressione, che contiene il diritto alla privatezza, laddove pone alla base dell'intera disciplina del trattamento la "*lealtà e legalità*" nell'acquisizione dei dati (già si delineava il principio di liceità).

Nel contesto della Convenzione la liceità non va intesa nella sua declinazione attuale (di cui si dirà nel Par. successivo) come *principio di liceità del* trattamento (in senso proprio) ma come "principio-valore"[15] di liceità, che può considerarsi il fondamento dell'intera disciplina sul trattamento dei dati[16]. Malgrado l'Italia sia stata lungamente inadempiente rispetto all'obbligo di dare attuazione alla Convenzione di cui sopra, la giurisprudenza lavoristica, probabilmente influenzata da quella civilistica, aveva già adottato un linguaggio che, se letto oggi, riporta alla mente la disciplina sul trattamento dei dati personali di cui si dirà a breve, introducendo nel diritto del lavoro i concetti di registrazione, elaborazione e trasmissione[17].

---

giorno, dell'ora, del minuto di ogni singola telefonata, nonché del numero di scatti addebitati, e rendono possibile l'inclusione nella conversazione da parte di altri soggetti a ciò espressamente abilitati»

[11] A ridosso della Convenzione di Strasburgo per la protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale (n. 108/1981), entrata in vigore a partire dal 1 ottobre 1985.

[12] S. RODOTÀ, *Intervista su privacy e libertà*, Bari, 2005.

[13] Cfr. P. Roma 13 gennaio 1988, in *Dir. Lav.*, 1988, II, p. 49: «*l'ipotesi del controllo a distanza, prevista dall'art. 4, l. 300/1970, presuppone che la registrazione costante e contestuale dei dati personali relativi al dipendente sia comunque a disposizione del datore di lavoro, né rileva che la possibilità di percezione dei medesimi dati sia ignota o meno al dipendente*».

[14] Sul punto si v. S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy. Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006, 52.

[15] Per la distinzione tra principi (dei criteri) e principio-valore cfr. F. PIRAINO, *Il codice della privacy e la tecnica del bilanciamento di interessi,* in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali,* 1, Milano, 2006, 715.

[16] Infatti, la Convenzione non disciplina in modo puntuale il trattamento dei dati personali e, piuttosto, individua, in modo assai generale, i parametri cui dovrebbe ispirarsi detta disciplina.

[17] Cfr. Pret. Milano 12 luglio 1988, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1988, II, 951 il quale si riferisce al *badge* definendolo: «*sistema elettronico di rilevazione delle presenze del personale in azienda, attivato dagli stessi dipendenti mediante l'inserimento di tesserini magnetici, che consenta l'elaborazione e la registrazione dei dati relativi al profilo orario di ogni dipendente e la trasmissione dei tabulati all'ufficio personale ai soli fini della gestione contabile ed amministrativa, ove risulti accertato in punto di fatto che tale sistema non consente alcun tipo di controllo a distanza dell'attività lavorativa tale da compromettere la riservatezza e la dignità dei lavoratori, in violazione dell'art. 4 St. lav.*».La descrizione dello strumento viene svolta secondo le modalità di una

L'introduzione della terminologia *data protection,* però, non impone ancora al lessico lavoristico il diritto al trattamento dei dati; piuttosto, s'impongono al lessico lavoristico le attività (oggi, i trattamenti) che possono ledere la dignità del lavoratore[18]. Non a caso, malgrado questa innovazione terminologica, la giurisprudenza del lavoro negli anni '90 mantiene ancora fermo l'approccio della tutela della personalità, dando preferenza alla tutela, per esempio, del nome, piuttosto che della privacy[19].

Con il ricorso alla tutela del nome, come espressione di un diritto proprio della persona individuato per il tramite dell'art. 6 c.c., la giurisprudenza afferma l'illegittimità dell'ordine datoriale per il quale il lavoratore debba indossare il badge a vista (esponendo i propri dati al pubblico, in virtù di una millantata trasparenza verso i clienti), poiché potrebbe essere sufficiente l'esposizione di cartellino con il solo nome e, meglio ancora, recante uno pseudonimo.

Siffatte conclusioni meritano certamente d'essere condivise; tuttavia, va rilevato che il giudicante non fa nemmeno menzione della l. 31.12.1996, n. 676 (oggi sostituita dal d.lgs. 196/2003), che all'epoca dei fatti era pienamente vigente, pur avendone (inconsapevolmente?) applicato il contenuto. Non a caso, all'inizio del nuovo millennio, il Garante si è occupato proprio della questione dei cartellini identificativi del lavoratore, stabilendo che: «*uno dei principi fondamentali della direttiva europea e della legislazione italiana appare quello secondo cui i dati personali trattati devono essere pertinenti e non eccedenti rispetto alla finalità perseguita*» e su tale assunto ha stabilito che *«non risulta di alcuna utilità che appaiano sul cartellino […] dati personali quali quelli identificativi delle generalità e quelli anagrafici, a differenza dell'immagine fotografica, della definizione del ruolo professionale svolto ed eventualmente di un nome, numero o sigla identificativi che già da soli possono permettere un agevole esercizio da parte dell'utente o del cliente dei loro diritti*»[20]. Ciò dimostra

valutazione d'impatto del trattamento: viene indicato il tipo di trattamento (registrazione dei dati di entrata e uscita ed elaborazione amministrativa); la finalità dello stesso (il dato è funzionale alla gestione contabile-amministrativa del dipendente); l'impatto sul diritto (non lede la riservatezza).

[18]Sul tema della dignità del lavoratore cfr. C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, 337 ss; G. GIUGNI, *art. 1*, in G. GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori, Commentario*, Milano, 1979, 3 ss.; V. FERRANTE, *Controllo sui lavoratori, difesa della loro dignità e potere disciplinare, a quarant'anni dallo Statuto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, I, 73 ss., 74 ss; A. AVIO, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Milano, 2001.

[19] T. Milano 6 dicembre 2000, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, 279, con nota di C. OSGRIEG, *Diritto del lavoratore al nome e di non farlo conoscere a terzi*: Il giudicante, in questo caso, si espresse a favore (forse anche esageratamente) dell'impresa, stabilendo che: «*non sono […] meritevoli di tutela quelle accezioni del diritto alla riservatezza, che si traducono in una sorta di diritto all'anonimato all'interno del luogo di lavoro e nello svolgimento delle proprie mansioni. Il lavoratore è tenuto per contratto all'adempimento della sua prestazione di lavoro in modo adeguato e corretto, e non può certo lagnarsi della riconoscibilità delle sue azioni così come dei prodotti del suo lavoro. A ragionare diversamente non solo si avallerebbe l'idea di una sorta di totale irresponsabilità del dipendente, ma si finirebbe per convalidare quell'immagine esterna di opacità delle aziende pubbliche amministrazioni, che in un paese civile si vuole giustamente superare [...] il lavoratore come persona entra nel contratto di lavoro solo per quella parte che è strettamente necessaria all'adempimento degli obblighi contrattuali assunti, mentre per il resto conserva, in linea di principio, la sua totale libertà. E in questa sfera di libertà si colloca sicuramente il nome sotto il profilo del tessuto connettivo di ogni altra espressione della personalità, in ogni momento, in ogni aspetto della vita e di relazione, fuori dall'ambiente e degli obblighi di lavoro*». La pronuncia si segnala per la particolare avversione del giudicante rispetto alla pretesa del lavoratore a non essere identificato; secondo il Tribunale, l'impresa, ha tutto il diritto di dare "un nome a un volto" ai propri dipendenti, nell'ambito di una strategia aziendale volta a garantire trasparenza

[20] Provv. 11 dicembre 2000, doc web n. 30991. Si noti che oggi il caso in esame - verosimilmente - cadrebbe sotto la scure del principio di necessità. Il principio di necessità – da cui deriva la minimizzazione del dato – è

quanto la logica lavoristica faticava a svincolare il diritto alla riservatezza dalla libertà e dignità del lavoratore; quanto difficilmente ci si potesse dalla l. 300/1970 che già tutelava la "*libertà e dignità del lavoratore*".

Ciò, a ben vedere, non dovrebbe destare troppo stupore, se si considera che il Titolo I della citata legge va considerato attuazione della tutela posta dall'art. 41, co. 2, Cost., contro la libertà d'iniziativa economica. Nell'ambito dell'art. 41, co. 2, Cost. lavoro (subordinato) e libertà d'impresa sono strettamente connessi e la tutela del primo dipende dalla specificità del secondo, nel senso che tanto maggiore sarà l'attività dell'impresa, tanto maggiori saranno i rischi derivanti dalla stessa, verso i quali devono sussistere garanzie adeguate per i lavoratori.

In questo rapporto il Titolo I della l. 300/1970 realizza l'importante funzione di specificare e garantire i diritti del lavoratore a fronte dell'espansione della libertà d'impresa e, specificamente, della facoltà di controllo. Inoltre, come si è già detto (Cap. 1, sez. II) il Titolo I è retto dall'art. 1, l. 300/1970, che funge da parametro interpretativo delle successive disposizioni, nel senso di porre al centro della tutela *la persona del lavoratore*. La centralità della persona nell'ambito dei limiti esterni alla facoltà di controllo consente dunque d'individuare nella dignità il bene tutelato dalla norma[21]. Pertanto, seguendo questa linea di pensiero, il bene della riservatezza non emerge mai come un autonomo diritto tutelato dalla fattispecie in commento e, per derivazione, si dovrebbe ammettere che la stessa sorte tocchi al trattamento dei dati personali.

Va però detto che accorta dottrina, con una sbalorditiva lungimiranza, aveva già individuato nell'impianto del Titolo I, l. 300/1970 e nello stesso art. 4 della medesima legge la fonte della tutela della riservatezza, non solo in quanto privatezza ma anche come diritto alla gestione dei dati personali del lavoratore; ciò non in via di principio, ricorrendo a norme costituzionali, ma sul piano normativo, portando la tutela fuori dal campo specifico della l. 300/1970, approcciando la protezione della *privacy* del lavoratore dal punto di vista della tutela della personalità, ricondotta, però, nell'ambito del sinallagma contrattuale [22]. Volutamente o meno, seguendo questa impostazione, la dottrina ha anticipato quel principio-valore su cui si fonda la tutela dei dati personali, che consiste propriamente nel trattamento secondo lealtà, che nell'impostazione dell'Autore consiste nella correttezza contrattuale, e legalità, che l'Autore individua nella tutela delle situazioni specifiche, quali il diritto al nome, all'immagine, e a quel catalogo di diritti che, per il tramite dell'art. 2 Cost., viene acquisito a norma interna. In breve, già verso la fine degli anni '70, la riservatezza del lavoratore non poteva più intendersi nella sola accezione di diritto alla privatezza e poteva essere calata nel contesto del diritto al trattamento dei dati personali.

---

stabilito, oggi, dall'art. 5, par. 1, lett. c). GDPR a norma del quale «*i dati personali sono: adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati*».

[21] Per l'individuazione del bene dignità nell'obiettivo di tutela dell'art. 4, l. 300/1970, cfr. B. VENEZIANI, *art. 4*, in G. Giugni (a cura di), *Lo statuto…cit.*, 19.

[22] P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979, 30 ss.

1.2. La tutela della riservatezza del lavoratore nella disciplina della protezione dei dati personali.

Con l'entrata in vigore della l. 675/1996, prima, del d.lgs 196/2003, *medio tempore*, e con il d.lgs. 101/2018 (di adeguamento al GDPR) poi, l'ordinamento italiano dà attuazione alla disciplina europea in materia di *privacy,* avviata con la Convenzione del 1981, e si dota di una disciplina generale diretta alla tutela dei dati personali. La l. 675/1996 e il d.lgs. 196/2003 vennero emanati, rispettivamente, in attuazione e implementazione della Dir. 96/46/CE, finalizzata ad "armonizzare la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche rispetto alle attività di trattamento dei dati e assicurare la libera circolazione dei dati personali tra Stati membri" (Cons. 3, GDPR) la quale costituiva la prima fonte di regolamentazione organica e vincolante nel trattamento dei dati personali nello spazio economico europeo[23]. La natura stessa della direttiva e la crescita della cd. Economica dell'informazione - con l'imponente spinta dell'informazione *online* - fanno emergere i limiti di una disciplina di *data protection* frammentata e nazionale[24]; ecco, quindi, che le istituzioni europee hanno adottato il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali[25].

Allo stato attuale la disciplina del trattamento dei dati personali si regge principalmente su due fonti: il Regolamento generale 679/2016 (GDPR) e, per l'Italia, il d.lgs. 196/2003 (Codice Privacy) come riformato dal d.lgs. 10.08.2018, n. 101 (non considerando le cd *soft law,* costituite dagli atti delle autorità Garante). Ai fini del discorso che si va articolando non sarà necessario prendere in esame minuziosamente la disciplina sul trattamento dei dati personali, ma solo quelle disposizioni di diretta afferenza al rapporto di lavoro, che sono contenute nella Parte II, Titolo VIII del d.lgs. 196/2003, rubricato "trattamenti nell'ambito dei rapporti di lavoro".

Prima di tutto, però, va chiarito che la tutela della riservatezza del lavoratore è espressamente prevista già nella disciplina europea e precisamente dall'art. 88, GDPR dal quale bisogna partire[26]. L'art. 88, GDPR stabilisce che «*gli Stati*

---

[23] Va detto che il trattamento dei dati personali compare come diritto solo con la Convenzione del 1981, per essere introdotto negli ordinamenti nazionali solo nel 1985. Fino ad allora la riservatezza seguiva la logica della privatezza, sebbene l'affermazione del concetto di trattamento sia stato progressivo.
Bisognerà attendere il 2000 per assistere alla proclamazione del diritto al trattamento dei dati personali, per mezzo dell'art. 8 della Carta di Nizza e poi il 2007, con i Trattati di Lisbona, per la sua qualificazione come diritto vincolante. Alla luce di queste considerazioni, allora, pare più che giustificata la scelta delle istituzioni europee di non regolare fin da subito con un regolamento il diritto al trattamento dei dati personali.

[24] Per un'analisi delle ragioni che hanno indotto all'adozione del GDPR cfr. F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo,* Torino, 2016, 35 ss.

[25] Cons. 9, GDPR si deriva che «*sebbene i suoi obiettivi e principi rimangano tuttora validi, la direttiva 95/46/CE non ha impedito la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica o la percezione, largamente diffusa nel pubblico, che in particolare le operazioni online comportino rischi per la protezione delle persone fisiche. La compresenza di diversi livelli di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, in particolare del diritto alla protezione dei dati personali, con riguardo al trattamento di tali dati negli Stati membri può ostacolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione. Tali differenze possono pertanto costituire un freno all'esercizio delle attività economiche su scala dell'Unione, falsare la concorrenza e impedire alle autorità nazionali di adempiere agli obblighi loro derivanti dal diritto dell'Unione. Tale divario creatosi nei livelli di protezione è dovuto alle divergenze nell'attuare e applicare la direttiva 95/46/CE*».

[26] I commenti in materia sono ancora pochi. Cfr. C. DEL FEDERICO, *Trattamento dei dati nell'ambito dei rapporti di lavoro*, in G. FINOCCHIARO, *Il nuovo regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017,

membri possono prevedere, con legge o tramite contratti collettivi, norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro, in particolare per finalità di assunzione, esecuzione del contratto di lavoro, compreso l'adempimento degli obblighi stabiliti dalla legge o da contratti collettivi, di gestione, pianificazione e organizzazione del lavoro, parità e diversità sul posto di lavoro, salute e sicurezza sul lavoro, protezione della proprietà del datore di lavoro o del cliente e ai fini dell'esercizio e del godimento, individuale o collettivo, dei diritti e dei vantaggi connessi al lavoro, nonché per finalità di cessazione del rapporto di lavoro. Tali norme includono misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati, in particolare per quanto riguarda la trasparenza del trattamento, il trasferimento di dati personali nell'ambito di un gruppo imprenditoriale o di un gruppo di imprese che svolge un'attività economica comune e i sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro». Come si nota, ancora una volta il diritto europeo ammette - nello specifico caso del rapporto di lavoro - che il trattamento dei dati avvenga nei modi stabiliti a livello locale e non generale[27]. Di questa disposizione interessano soprattutto i profili inerenti il bene tutelato, che non viene individuato in modo chiaro.

L'art. 88, par. 1, GDPR fa riferimento alla tutela "dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro", mentre l'art. 88, par. 2, GDPR fa riferimento alla "salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati". L'art. 88 prevede due distinti livelli di tutela, che vanno coordinati con il complessivo assetto del GDPR. Il par. 1 detta i limiti di legge entro il quale deve intervenire la normativa nazionale, la quale dovrà garantire che il trattamento dei dati personali del lavoratore avvenga in modo tale da proteggere diritti e libertà dello stesso, laddove il trattamento sia finalizzato alla "*assunzione, esecuzione del contratto di lavoro, […], di gestione, pianificazione e organizzazione del lavoro, parità e diversità sul posto di lavoro, salute e sicurezza sul lavoro, protezione della proprietà del datore di lavoro o del cliente e ai fini dell'esercizio e del godimento, individuale o collettivo, dei diritti e dei vantaggi connessi al lavoro, nonché per finalità di cessazione del rapporto di lavoro*". In altri termini il trattamento dei dati personali per finalità di lavoro non può avvenire in pregiudizio dei diritti e delle libertà del lavoratore. I beni protetti dall'art. 88, par. 2, GDPR, cioè la dignità umana, gli interessi legittimi e i diritti fondamentali, devono essere oggetto, non della disciplina in sé, ma di "*misure appropriate e specifiche*". Nel GDPR il "legislatore" europeo sembra ricondurre questi specifici beni nell'ambito dei più generali diritti e libertà di cui al par. 1. Ne deriva che la specificità della tutela è diretta a proteggere la dignità, gli interessi legittimi e i diritti fondamentali del lavoratore nell'ambito di una legge diretta a regolare il trattamento dei dati personali per finalità strettamente attinenti al rapporto di lavoro.

Esiste una simile fonte di regolazione del trattamento dei dati dei

617 ss.; BUSACCA, *art.* 88, in G.M. RICCIO-G. SCORZA-E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy Commentario*, Padova, 2018.

[27] Si condividono Si condividono, quindi, le osservazioni di A. SITZIA, *Il decreto legislativo di attuazione del Regolamento Privacy: profili giuslavoristici*, in *Dir. Lav. Eu*, 2/2018.

dipendenti? Ebbene, la recente riforma del Codice privacy menziona espressamente l'art. 88, GDPR, nell'art. 111, a norma del quale «*il Garante promuove, ai sensi dell'articolo 2-quater, l'adozione di regole deontologiche per i soggetti pubblici e privati interessati al trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito del rapporto di lavoro per le finalità di cui all'articolo 88 del Regolamento, prevedendo anche specifiche modalità per le informazioni da rendere all'interessato*». Il nuovo art. 111, d.lgs. 196/2003 - poco mutato dalla versione originaria - mantiene in capo al Garante il ruolo di "normatore" in materia di trattamento dei dati nel diritto del lavoro. Pertanto, malgrado il preteso adeguamento al GDPR, persiste l'«*assenza di una regolamentazione ad hoc della materia relativa al trattamento dei dati personali dei lavoratori*»[28]. Come notato da accorta dottrina, la fattispecie in esame poteva essere riformulata nel senso di spostare il ruolo di attuazione dell'art. 88, GDPR, dal Garante alla contrattazione collettiva[29], seguendo così l'indirizzo regolativo fornito con la Raccomandazione R(2015)5[30]. Con questa rapida analisi dell'art. 111, d.lgs. 196/2003 si potrebbe reputare esaurita l'analisi del raccordo tra GDPR e codice privacy, nella parte in cui viene disciplinata la tutela dei lavoratori.

Invero, però, anche l'art. 114, d.lgs. 196/2003 può essere letto come misura specifica di disciplina del trattamento dei dati personali dei lavoratori nel rapporto di lavoro, per quanto possa essere ritenuto una norma priva di contenuto dato che opera un rinvio diretto all'art. 4, l. 300/1970[31]. Questo rinvio - in un certo senso - fa dell'art. 4, l. 300/1970 una disposizione di *data protection* di cui all'art. 88 GDPR, oggi rubricata "*garanzie in materia di controllo a distanza*"[32]. Peraltro, va subito detto che il contenuto dell'art. 114, d.lgs. 196/2003 non è mutato dopo la riforma di adeguamento al GDPR del 2018[33]. Il legislatore non ha espressamente qualificato l'art. 114, d.lgs. 196/2003 come norma di adeguamento all'art. 88, GDPR[34]; tuttavia, è lo stesso art. 4, l.

---

[28] A. SITZIA, *Art. 111 - Regole deontologiche per trattamenti nell'ambito del rapporto di lavoro*, in R. SCIAUDONE-E. CARAVÀ (a cura di), *Il Codice della privacy*, Pisa, 2019, 275 ss.

[29] A. SITZIA, *art. 111…cit.*, 276 ss.

[30] Sul punto cfr. A. SITZIA, *I controlli a distanza dopo il "Jobs Act" e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in *Lav. Giur.*, 7/2015, 671.

[31] Così dispone testualmente: «*1. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300*».

[32] In origine la formula di legge risultava ancora più sbrigativa, poiché, invariato il testo, la rubrica era semplicemente formulata con le parole "controllo a distanza". Sul rapporto tra l'art. 114, d.lgs. 196/2003 e art. 4, l. 300/1970 cfr. A. BELLAVISTA, *Protezione dei dati personali nel rapporto di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, inserto n. 41, III; A. BELLAVISTA, *Il nuovo codice della privacy e la protezione dei dati personali nel rapporto di lavoro*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, vol. I, tomo I, 215 ss.; A. BELLAVISTA, *La tutela dei dati personali nel rapporto di lavoro*, in F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi,* Milano, 2004, 425 ss.; A. BELLAVISTA, *La protezione dei dati personali nel rapporto di lavoro dopo il codice della privacy*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2005, vol. I, 319; E. GRAGNOLI, *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori*, in *ADL*, 4/2007, I, 1211; A. MARESCA-S. LUCREZIO MONTICELLI, *Tutela della riservatezza nei rapporti di lavoro: divieto di controllo a distanza e telelavoro*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *La protezione dei dati personali,* Padova, 2005, 545; U. ROMAGNOLI, *Privacy e rapporti di lavoro*, in G. RASI (a cura di), *Da costo a risorsa. La tutela dei dati personali nelle attività produttive*, Roma, 2004, 160.

[33] Tra le valutazioni più interessanti e approfondite cfr. A. SITZIA, *Il diritto alla "privatezza"…cit.*, 51 ss.; con riferimento alla l. 675/1996, cfr. P. CHIECO, *Privacy…cit.*, 158 ss.

[34] Va pure detto che la riforma della disposizione in parola, operata dall'art. 9, co. 1, lett. g), d.lgs. 101/2018, rientra in un testo di legge diretto ad adeguare il codice privacy al GDPR, come chiarisce la stessa rubrica del provvedimento legislativo: «*disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione*

300/1970, dopo la modifica operata con d.lgs. 149/205, a introdurre una "specifica" [35] regolamentazione *data protection* nell'ambito dei controlli a distanza: «*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*» (art. 4, co. 3, l. 300/1970). La disposizione va scomposto in tre parti. Una prima parte è dedicata a recepire quell'indirizzo giurisprudenziale che aveva ammesso l'utilizzabilità dei dati per finalità disciplinari – per l'occasione il legislatore ha esteso la portata della norma ai fini contrattuali – e riguarda quello specifico trattamento che consiste nell'utilizzo del dato. Una seconda parte è dedicata alla disciplina dell'informazione che dev'essere fornita al lavoratore. La terza parte è quella, posta a fondamento del ragionamento appena svolto, sulla cui base si ipotizza la natura di norma attuativa dell'art. 88, GDPR, dell'art. 4, l. 300/1970. Questa terza parte crea una circolarità tra il d.lgs. 196/2003 e la l. 300/1970 che non può essere letta come un semplice rinvio, peraltro scontato o superfluo, tra le due fonti ma va letta come una forma d'integrazione tra le due, una «*contaminazione sistematica, che sta al cuore della filosofia della nuova norma, e dello scambio di garanzie da essa prospettato, tra l'art. 4 e la normativa privacy*»[36].

Ecco allora che l'art. 4, l. 300/1970 diviene una vera e propria norma di regolamentazione del trattamento dei dati personali nell'ambito dei controlli a distanza. La riforma del 2015 ha apportato «*un quid pluris in termini garantistici integrando* [ai limiti causali e procedimentali, dettati per la facoltà di controllo di controllo dell'imprenditore, ndr] *i criteri di legalità, finalità, non eccedenza, pertinenza e necessità che devono presiedere al trattamento di tutti i dati*»[37]; pertanto, è corretto dire che il lavoratore è l'*interessato dal trattamento*[38]. In quanto interessato, il lavoratore ha diritto alle garanzie del GDPR e - principalmente - a vedersi garantiti i *principi*[39] applicabili al trattamento dei dati personali. Questi principi sono corredati dai cd. *diritti dell'interessato*, disciplinati dal Capo III del GDPR. Il trattamento derivante dall'art. 4, l. 300/1970 può essere qualificato sia come acquisizione/registrazione (la registrazione tramite videosorveglianza o l'acquisizione di file) sia come uso (l'impiego ai fini contrattuali) dei dati personali. Questo trattamento ha per oggetto i dati

delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)»

[35] Come vedremo, la specificità potrebbe essere vera o apparente a seconda della lettura che si vuole dare all'art. 4, co. 3, l. 300/1970.

[36] R. Del Punta, *La nuova disciplina del controllo a distanza sul lavoro (art. 23 D.Lgs. 151/2015),* in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1/2016, 77.

[37] M. T. Salimbeni, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 4/2015, 4, 592.

[38] L'interessato, che nel vecchio codice privacy era definito "la persona fisica cui si riferiscono i dati personali" (art. 4, co. 1, lett. i) d.lgs. 196/2003), oggi è definito dall'art. 4, par. 1, n. 1), GDPR, come la "persona fisica identificata o identificabile". Per semplicità del lettore si ricorda che è trattamento: «*qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione*» (art. 4, par. 1, n. 2), GDPR).

[39] In tema cfr. E. Lucchini Guastalla, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto e impresa*, 1/2018, 106.

personali, laddove per dato, ai sensi dell'art. 4, par. 1, n. 1), GDPR deve intendersi "qualsiasi informazione riguardante" l'interessato[40] e deve svolgersi in modo tale da garantire il rispetto dei "diritti e libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati" (art. 1, par. 2, GDPR). L'art. 4, l. 300/1970 è diretto a tutelare il lavoratore dall'uso della tecnologia[41], con l'obiettivo di evitare che per il tramite di questa possa realizzarsi una forma di controllo diretto della prestazione, non personale, ma a distanza. Questa norma, originariamente pensata come strumento di tutela della dignità[42] e della libertà del lavoratore[43], è oggi (dopo il d.lgs. 149/2015) una disposizione di tutela specifica *ex* art. 88, GDPR, della *data protection* del dipendente. La dignità difficilmente può essere riconosciuta al soggetto che viene controllato nelle medesime forme con cui viene controllata una cosa. In questo senso, l'art. 4, l. 300/1970 è una norma che garantisce quel principio fondamentale di matrice internazionale secondo il quale "il lavoro non è una merce"[44], nel senso che impedisce all'imprenditore di considerare il lavoratore come un mero fattore di produzione da controllare al fine di dirigerne al meglio la prestazione.

La tutela della libertà mediante l'art. 4, l. 300/1970, oggi, può essere intesa in modo distinto da quello della dignità, laddove se ne coordini il comma 3 con l'art. 8 della Carta di Nizza. L'art. 4, co. 3, l. 300/1970 nel rinviare al codice privacy, il quale, a sua volta rinvia allo stesso art. 4, si concretizza come norma diretta tutelare il diritto al trattamento dei dati personali, il quale è contenuto nell'art. 8 della Carta di Nizza, sotto la rubrica del Capo II, titolata "libertà". Questa accezione rafforza ulteriormente il rapporto tra l'art. 1 e 4, l. 300/1970, poiché, passando per la tutela dell'autodeterminazione della propria vita privata, il lavoratore può decidere a quali informazioni (dati) l'imprenditore può accedere e quali, invece, gli sono precluse. Ecco allora che l'art. 4, l. 300/1970, diventa una norma fondamentale tanto nel sistema lavoristico quanto nel sistema *privacy*, mantenendo unitarietà, permettendo di qualificare il divieto di controllo a distanza come norma speciale sul trattamento dei dati personali del

[40] Prima della riforma del 2018, l'art. 4, co. 1, d.lgs. 196/2003, oggi abrogato, definiva diversi tipi di dato personale, in base alla struttura e all'origine degli stessi. La distinzione, oggi utile per rapportare i provvedimenti dal garante antecedenti l'entrata in vigore del GDPR e del nuovo codice privacy, era la seguente: b) "dato personale", qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale; c) "dati identificativi", i dati personali che permettono l'identificazione diretta dell'interessato; d) "dati sensibili", i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale; e) "dati giudiziari", i dati personali idonei a rivelare provvedimenti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere da a) a o) e da r) a u), del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, o la qualità di imputato o di indagato ai sensi degli articoli 60 e 61 del codice di procedura penale;

[41] Tra i vari cfr. A. PRETEROTI, *Il divieto di controllo a distanza e telelavoro (art. 114),* in C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI, *La protezione dei dati personali* - Tomo II, Padova, 2007, 1478.

[42] R. CASILLO, *La dignità nel rapporto di lavoro*, in *RDC*, 2008, I, 593 sulla dignità afferma: «*è definita come la qualità ontologica che lega il soggetto alla famiglia umana e che definisce i suoi appartenenti in un rapporto paritario. Espressa nella percezione della propria originalità costitutiva, di sé stessi come persona e non come animale o come entità materiale strumentale, la dignità dell'uomo si traduce nella libertà come autonomia nella determinazione dei propri fini».*

[43] Come si evince dalla rubrica del Titolo I, della l. 300/1970, entro il quale la norma è inserita.

[44] Secondo la nota formula della Dichiarazione di Filadelfia del 1944. Sul punto v. la recente ricostruzione di G. DE SIMONE, *La dignità del lavoro tra legge e mercato*, AIDLASS 2019, in corso di pubblicazione.

lavoratore.

La tutela opera sotto due profili; il primo, strettamente lavoristico, che disciplina quella parte di trattamento che consiste nell'installazione e nell'impiego degli strumenti di controllo a distanza, imponendo, nell'ottica tipicamente lavoristica, limiti di tipo causale e procedimentale. Il secondo profilo è invece proprio del diritto al trattamento dei dati e si esprime nel diritto del lavoratore a essere informato dell'uso dei dati personali che lo riguardano, per finalità di tipo contrattuale.

2. L'adeguata informazione del lavoratore: dalla privacy al trattamento dei dati personali.

Come si è detto nel paragrafo precedente la trasparenza costituisce il principio fondamentale attorno al quale ruota la normativa privacy. Non è un caso se nel GDPR, la trasparenza, per il tramite della cd. *informativa sul trattamento*, occupa il primo posto nell'ambito dei diritti dell'interessato, disciplinati dal Capo III.

Ora ci si deve interrogare sul rapporto esistente tra principio di trasparenza e utilizzo dei dati personali acquisiti per il tramite di strumenti di controllo a distanza, continuando nell'analisi a ritroso dell'art. 4, l. 300/1970, avviata nel paragrafo precedente. In primo luogo, è necessario ricordare che l'art. 4, co. 3, l. 300/1970, ai fini dell'utilizzabilità dei dati raccolti, pone un doppio requisito: in primo luogo, l'imprenditore che intende usare i dati personali del lavoratore deve fornire un'adeguata informazione allo stesso; in secondo luogo, egli dovrà rispettare i limiti posti dal codice privacy.

Come visto in precedenza, il principio di trasparenza è retto sul combinato disposto degli artt. 5 e 13 (14, per i dati acquisiti non presso l'interessato), GDPR, il quale ultimo disciplina proprio l'obbligo d'informativa gravante sul Titolare del trattamento (imprenditore) e il diritto d'informazione dell'interessato (lavoratore). Ebbene, se già esiste un dovere d'informare l'interessato, viene da chiedersi che senso abbia la previsione di uno specifico obbligo imposto all'imprenditore di fornire un'informazione adeguata al lavoratore. In risposta, si potrebbe obiettare che il d.lgs. 151/2015, a mezzo del quale è stato riformato l'art. 4, l. 300/1970, è precedente al GDPR e che pertanto l'adeguata informazione sia un residuo di una disciplina non coordinata con la nuova regolamentazione del trattamento dei dati personali.

Ebbene, questa risposta è da scartare subito; infatti, l'informativa è sempre stata il cuore della disciplina sul trattamento dei dati personali già con la l. 675/1996; pertanto, non si può ritenere che la specificazione dell'obbligo di adeguata informazione sia stato introdotto dal legislatore delegato del 2015 come specifica forma di tutela del tipo informativa.

Nemmeno si ritiene di poter seguire l'ipotesi avanza da parte della dottrina, secondo la quale l'art. 4, l. 300/1970, in funzione del rinvio operato dall'art. 114, d.lgs. 196/2003, avrebbe natura di norma speciale sul trattamento dei dati

personali, tale per cui la disciplina generale sul trattamento dei dati (dunque il codice privacy) non possa ritenersi applicabile nel caso dei rapporti di lavoro[45].

Questa tesi non può essere condivisa per almeno due motivi. In primo luogo, non si vede come dalla specialità della norma derivante dal rinvio di cui all'art. 114, d.lgs. 196/2003, possa derivarsi una esclusione dell'intera disciplina contenuta nella Parte I del codice privacy; infatti, a quanto consta, non è presente, in quest'ultimo, alcuna norma tale per cui la norma di parte speciale possa prescindere da quella di parte generale. In secondo luogo, questa impostazione sconta una contraddizione intrinseca, poiché l'art. 4, co. 3, l. 300/1970 menziona espressamente, tra i criteri di utilizzabilità delle informazioni raccolte mediante gli strumenti di controllo a distanza, il rispetto del d.lgs. 196/2003; pertanto, anche a voler ammettere – e sul punto si condivide questa dottrina – che l'art. 4, d.lgs. 196/2003 sia una norma speciale rispetto al codice privacy, nondimeno, il richiamo dello stesso e la prescrizione di rispettarne il contenuto non permettono affatto di escludere la vincolatività della disciplina stessa.

Infine, non pare soddisfacente la tesi maggioritaria per la quale l'adeguata informazione altro non sarebbe che l'obbligo d'informativa, poiché, se così fosse, ci si troverebbe di fronte a un inutile doppione normativo, peraltro anche mal formulato, se si considera che la disciplina dell'informativa è ben più dettagliata del semplice aggettivo *adeguata*. L'informativa viene disciplinata dall'art. 12, par. 1-2, GDPR, il quale va coordinato con gli artt. 13, 14, 15-22 e 34 della stessa fonte, essendo espressamente richiamati dalla stessa norma. L'art. 12, GDPR stabilisce che l'interessato ha il diritto di essere informato con un *linguaggio semplice e chiaro*. I contenuti dell´informativa sono elencati in modo tassativo negli articoli 13 e 14, GDPR di cui si deve richiamare i contenuti. In generale l'obiettivo dell'informativa è quello di mettere l'interessato nelle condizioni di sapere come vengono trattati i propri dati; pertanto, l'informativa dovrà specificare chi è il titolare del trattamento e a quale fine è diretto il trattamento stesso.

Di particolare importanza è poi la trasparenza dell'informazione rispetto ai diritti dell'interessato, che devono essere portati a conoscenza dello stesso già mediante l'informativa. In questo senso allora il titolare dovrà informare l'interessato dei tempi di conservazione dei dati; del diritto di accedere ai propri dati personali e di revocare il consenso al trattamento ovvero di chiedere la limitazione del trattamento; del diritto di conoscere eventuali perdite di dati che lo riguardano, nonché della sottoposizione del dato a trattamento

[45] M. MARAZZA, *Dei poteri* (*del datore di lavoro*), *dei controlli* (a *distanza*) *e del trattamento dei dati*(*del lavoratore*), in *Arg. Dir. Lav.* 3/2016, 500 secondo il quale " Se il riferimento a quella disciplina sembra anzitutto richiamare anche il potere regolamentare del Garante della Privacy, ond'è che il trattamento dei dati dovrà necessariamente tenere conto dei provvedimenti che verranno emessi in materia, una precisazione da fare è che il d.lgs. 196 del 2003 è applicabile nella misura in cui non sia espressamente derogato dal medesimo art. 4 dello Statuto, destinato a prevalere anche in ragione della sua natura di norma speciale che disciplina la tutela della riservatezza di un soggetto "interessato" qualificato (qual è il lavoratore subordinato) rispetto ad uno strumento di trattamento del dato altrettanto tipizzato (qual è lo "strumento di controllo a distanza"). La questione è di grande importanza perché sta a significare che l'esplicita autorizzazione legislativa al trattamento dei dati rilevati mediante strumenti di controllo per "tutti i fini connessi al rapporto di lavoro" (art. 4, comma 3), previo il rispetto dei commi 1 e 2 e fermo l'adempimento dell'obbligo di informativa, supera ogni diversa previsione del Codice Privacy in materia di consenso al trattamento e/o di finalità dello stesso".

automatizzato. L'informativa è l'adempimento prodromico all'esercizio del secondo più importante diritto dell'interessato, cioè il diritto di esprimere il consenso al trattamento, cioè di manifestare liberamente la propria volontà, libera, specifica, informata e inequivocabile, a che i propri dati personali siano oggetto di trattamento. Perché il consenso sia libero è necessario che l'interessato sia informato (di ciò si è detto nel par. precedente), cioè che l'interessato sia messo nelle condizioni di poter pienamente comprendere che uso viene fatto dei suoi dati. Non a caso, il primo principio enunciato nell'art. 5, GDPR è proprio quello di trasparenza.

Si è pure detto che non sempre il consenso dell'interessato è necessario per effettuare il trattamento. In proposito gli artt. 6, nel caso di dati personali, 9, nel caso di dati particolari, stabiliscono quali sono i casi specifici che escludono la necessaria acquisizione del consenso. Poiché in questi casi il trattamento opera a prescindere dalla volontà dell'interessato, è bene che quest'ultimo sappia qual è la base giuridica sulla quale si è fondato il trattamento dei dati. In quest'ottica l'informativa deve esplicitare se la comunicazione dei dati personali deriva da un obbligo di legge o di contratto ovvero risulta necessaria per la conclusione di un contratto. Inoltre, per rafforzare ulteriormente la tutela dell'interessato, tutti i Titolari del trattamento che abbiano nominato il *data protection officer* dovranno specificare i dati di contatto dello stesso.

Quanto alla forma, l'art. 12, par. 1 GDPR stabilisce che l´informativa è data per iscritto e preferibilmente in formato elettronico; tuttavia, la disposizione ammette anche "altri mezzi" d'informazione, pertanto varrà anche la forma orale, la quale, evidentemente, incontra il limite della prova. L´informativa va fornita all´interessato *prima di effettuare il trattamento* se i dati sono raccolti direttamente presso l´interessato. Nel caso del controllo a distanza non v'è dubbio che i dati siano raccolti presso l'interessato, nel senso che questi è la fonte diretta dell'informazione[46].

L'informativa dovrà dunque precisare qual è la fonte da cui derivano i dati dell'interessato se questi non sono acquisiti direttamente dal Titolare. Data la mancanza di un contatto diretto al momento acquisitivo, il Titolare dovrà fornire queste informazioni entro un termine non superiore al mese e, comunque, il prima possibile, oppure al momento della comunicazione dei dati. Visti i caratteri dell'informativa, diviene più chiara l'affermazione di cui sopra, in ragione della quale, l'adeguata informazione non può essere ritenuta un doppione dell'informativa stessa, per uno strutturale difetto di qualità e specificità dell'informazione. Si ritiene che l'adeguata informazione non sia in grado di rispondere al principio di trasparenza per vaghezza dei contenuti.

Eppure, la disciplina generale sul trattamento dei dati personali, nella sua ampiezza di contenuti, difetta di un elemento fondamentale, che è ben presente nella lettera dell'art. 4, co. 3, l. 300/1970 e che acquista pieno significato nella specificità della disciplina lavoristica, confermando ulteriormente – almeno, così si ritiene – la tesi della natura di norma attuativa dell'art. 88 GDPR, dell'art. 4 stesso.

[46] Diversamente, per il caso di un controllo tramite agenzia, si dovrebbe ritenere che l'informazione sia stata acquisita presso un terzo; in questo caso l'informativa andrà fornita entro il tempo più breve possibile e in ogni caso alla prima comunicazione utile con l'interessato.

Questo contenuto ulteriore consiste nell'informazione "delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli". L'appropriatezza e specificità della misura contenuta nell'art. 4, co. 3, l. 300/1970 si apprezza proprio nell'obbligo di mettere a parte il lavoratore della tecnica del controllo, cioè d'informarlo sul tipo di strumenti che viene impiegato nell'impresa, sul funzionamento degli stessi, sulla loro potenzialità di controllo, sull'estensione della stessa, sul *quantum* di lesione della riservatezza derivi effettivamente dall'impiego dello strumento e di quale, invece, potrebbe essere questa lesione, laddove l'imprenditore non abbia impiegato doverosi accorgimenti per limitarne l'impatto.

Come si vede, dunque, lo specifico obbligo di fornire un'adeguata informazione imposto all'imprenditore è aggiuntivo rispetto all'obbligo d'informativa di cui all'art. 12 GDPR e può essere ritenuto integrativo del medesimo, nel senso che l'informativa costituisce lo strumento ideale per fornire ai lavoratori «*le informazioni di cui agli articoli 13 e 14 e le comunicazioni di cui agli articoli da 15 a 22 e all'articolo 34 relative al trattamento in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro*» nonché le adeguate informazioni atte a garantire la «*salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali*» (art. 88, GDPR) del lavoratore.

Prima di concludere l'analisi dell'art. 4, co. 3, l. 300/1970, analizzando il consenso, vale la pena d'interrogarsi sul rapporto tra informazione (informativa) e procedimentalizzazione. In merito ci si pone il seguente interrogativo: se il lavoratore ha contezza del controllo, tanto basta per escludere che l'imprenditore debba seguire le regole di cui all'art. 4, co. 1, l. 300/1970, al fine d'installare e impiegare uno strumento da cui possa derivare il controllo? La risposta, evidentemente negativa, *dovrebbe* essere scontata: se la legge detta un limite specifico per procedere con l'installazione di strumenti da cui possa derivare il controllo preterintenzionale, allora proprio non si vede come la mera informazione circa la presenza di strumenti di controllo, fosse anche nell'accezione dell'adeguata informazione, possa sostituire il vincolo dell'accordo o dell'autorizzazione. Eppure, sotto la vigenza del vecchio art. 4, l. 300/1970 una pronuncia del Pretore di Genova andava proprio in questo senso, stabilendo che: «*l'art. 4 comma 2 dello statuto dei lavoratori intende tutelare il diritto alla riservatezza del prestatore d'opera. Perciò il suo ambito di applicabilità è limitato ai soli impianti di apparecchiature che rendano possibile il controllo a sua insaputa. Quando, invece, il lavoratore sia consapevole del controllo, per l'installazione dei relativi impianti non è necessario l'accordo con la RSA*»[47]. Ebbene, questa soluzione non può essere condivisa, oggi più che al tempo della pronuncia[48], poiché l'art. 114, d.lgs. 196/2003 stabilisce chiaramente che in materia di controllo a distanza continua a trovare applicazione l'art. 4, l. 300/1970; pertanto, anche a voler ritenere che l'informazione del lavoratore sia adeguata e sufficiente al fine di consentire il trattamento dei suoi dati personali, si dovrebbe comunque escludere che la stessa sia sostitutiva della

[47] P. Genova, 3 ottobre 1982, in *DL*, 1984, II, 452, con nota di A. Fontana.

[48] Va ricordato che la prima fonte di disciplina del trattamento dei dati personali è stata la l. 38/1989, con la quale veniva ratificata la Convenzione di Strasburgo (1098/1989), che è decisamente successiva alla sentenza in commento

procedimentalizzazione, che deve ritenersi accolta dal codice privacy come adempimento necessario per il trattamento dei dati dei dipendenti. Eppure, non va dimenticato che in altra occasione il Tribunale di Milano ha stabilito che: «*con l'art. 4 dello statuto dei lavoratori il legislatore ha inteso evitare che* [il lavoratore, sebbene informato della funzionalità dello strumento, venisse esposto a un controllo, *ndr*] *assillante, senza tregua e senza possibilità di difesa. La raccolta dei dati relativi a specifici eventi del rapporto di lavoro o il riepilogo degli stessi dati, effettuati, come nella specie, con l'ausilio di sistemi informatici, non consentono controlli di questo tipo, perché il controllo si esaurisce nel momento in cui il lavoratore consapevole si presta ad essere controllato. La tutela dell'art. 4 dello statuto, che si attua mediante l'intervento del sindacato o dell'ispettorato del lavoro, non è idonea a tutelare l'interesse del lavoratore alla riservatezza dei dati e al controllo dell'uso degli stessi; esso infatti deve essere tutelato nei confronti di chiunque […] perché è proprio ed esclusivo dell'individuo*»[49]. Ebbene, la sentenza del Tribunale mette in luce una profonda differenza che sussiste tra la normativa lavoristica e quella generale della *privacy* e non pare priva di significato. In effetti, se l'art. 114, d.lgs. 196/2003 fosse inteso come rinvio a norma speciale autosufficiente allora non vi sarebbe dubbio che la distinzione tra persona e lavoratore possa sembrare legittima.

Ancora una volta, però, si ritiene che la tesi proposta di leggere nell'art. 4, co. 3, d.lgs. 196/2003 una misura appropriata e specifica, attuativa dell'art. 88 GDPR, permette di risolvere la questione senza dover negare l'argomentazione del giudice. Perciò, anche volendo ammettere che i diritti del lavoratore e i diritti della persona abbiano dignità differente – e, in effetti, l'art. 88 GDPR depone a favore di questa interpretazione – si dovrebbe comunque ammettere che la disciplina generale torna ad applicarsi come disciplina speciale, per il tramite del richiamo effettuato dall'art. 4, co. 3, d.lgs. 196/2003, al d.lgs. 196/2003.

3. Il consenso del lavoratore: si può fermare il controllo?

Procedendo con l'analisi "a ritroso" dell'art. 4, co. 3, l. 300/1970 ci si deve concentrare su una questione di primaria importanza nel trattamento dei dati personali del lavoratore nell'ambito dei controlli a distanza, poiché dalle conclusioni di questa analisi dipenderà il grado della tutela offerta al lavoratore dall'art. 4, l. 300/1970 dopo la riforma del 2015.

Si è visto come il trattamento dei dati personali possa avvenire esclusivamente nel rispetto dei principi di cui all'art. 5, GDPR, fornendo l'informativa sul trattamento nonché l'adeguata informazione sugli strumenti; inoltre, si è pure accennato al fatto che il trattamento, per essere lecito, necessita del rispetto delle condizioni di cui all'art. 6, GDPR.

L'art. 6, GDPR, rubricato "liceità del trattamento" può essere anche inteso come norma di definizione della base giuridica; ciò si può dedurre dal fatto che il par. 3 della disposizione faccia proprio riferimento alla "*base* su cui si fonda il trattamento dei dati". La regola fondamentale seguita dal GDPR è per la

[49] T. Milano 29 settembre 1990, in *OGL*, 4/1990, 10.

necessità del consenso[50]. Il consenso, della cui importanza si può avere ben cognizione considerando che è previsto come diritto già dall'art. 8, par. 2 della Carta di Nizza, è quindi la condizione principale intorno alla quale ruota il trattamento dei dati personali[51] e consiste nella «manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, acché i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento» (art. 4, par. 1, n. 11, GDPR). Il consenso, affinché sia validamente espresso, dev'essere:

- *Informato*: il consenso dev'essere preceduto dall'informativa. Questo carattere del consenso è certamente il più importante nell'ambito del principio di liceità del trattamento, poiché si raccorda direttamente con il principio di trasparenza, di cui è espressione.
- *Libero*: il consenso dev'essere *consapevole*, dunque dev'essere prestato a fronte della conoscenza delle conseguenze del trattamento.

Inoltre, il consenso dev'essere *incondizionato,* cioè non dev'essere prestato sotto il vincolo di una *condicio sine qua non* rispetto alla conclusione, esecuzione, modificazione o estinzione di un contratto (art. 7, par. 4, GDPR). Può, altresì, ritenersi condizionato il consenso prestato in *condizioni* tali per cui la volontà dell'interessato può non ritenersi libera[52]. La revoca del consenso fa venire meno la legittimità del trattamento *ex nunc*, poiché "non pregiudica la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca" (art. 7, par. 3, per. 2). Questa regola è perfettamente coerente con il sistema del trattamento dei dati personali, nella logica vista nel par. 1, in forza della quale la riservatezza si esprime anche nel diritto di scegliere chi, come, quando, quanto e per quanto possa avere accesso alle informazioni di qualcun altro.

Va però precisato che questa libertà espone facilmente l'interessato al rischio di poter conferire i propri dati senza aver pienamente compreso la

---

[50] Si ricordi che «*perché sia lecito, il trattamento di dati personali dovrebbe fondarsi sul consenso dell'interessato o su altra base legittima prevista per legge dal presente regolamento o dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, come indicato nel presente regolamento, tenuto conto della necessità di ottemperare all'obbligo legale al quale il titolare del trattamento è soggetto o della necessità di esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o di esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso*» (cons. 40).

[51] Va notato che il consenso non è un criterio originario del trattamento dei dati personali; infatti, la disciplina di questo istituto compare per la prima volta solo nella direttiva privacy.

[52] L'importanza del consenso quale primaria base giuridica del trattamento è tale da giustificare una specifica disciplina dello stesso, che si rinviene nell'art. 7, GDPR. In primo luogo, il trattamento dev'essere *comprovabile* da parte dell'imprenditore che lo ha acquisito. Ciò non significa che dev'essere acquisito per iscritto, essendo di per sé equivalente una forma di prova che possa essere fatta valere a dimostrare che il consenso è stato espresso. In secondo luogo, "se il consenso dell'interessato è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma *comprensibile e facilmente accessibile*, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro" (art. 7, par. 2). In terzo luogo, il consenso, avendo natura di negozio, com'è proprio di questo genere di atti, come viene prestato, così *può essere revocato*; con ciò non s'intende solo che il consenso è revocabile (art. 7, par. 3, per. 1) ma che "il consenso è revocato con la stessa facilità con cui è accordato" (art. 7, par. 3, per. 4). Ancora, deve ritenersi condizionato il consenso prestato in presenza di una situazione di *evidente disparità* tra interessato e titolare del trattamento.

- *Specifico*: il consenso dev'essere prestato per ogni specifica finalità del trattamento; solo nel caso in cui il trattamento muti nelle modalità ma non nelle finalità, il consenso può essere considerato valido anche per i trattamenti successivi.
- *Inequivocabile, espresso ed esplicito*: il consenso deve risultare certamente prestato, cioè dal contesto non deve risultare equivoca la volontà dell'interessato.

natura del trattamento che sugli stessi verrà operato. È per questo che l'interessato deve poter revocare il proprio consenso. La revoca presuppone, però, la conoscenza del diritto di revoca; detta conoscenza, in forza del principio per cui il diritto non ammette ignoranza, dovrebbe considerarsi presunta nell'interessato, ma la norma precisa che l'interessato dev'essere informato del diritto di revoca.

Analizzata la regola, ci si deve ora concentrare sull'eccezione, prevista dall'art. 6, par. 1, lett. b), a mente del quale: «il trattamento *è necessario all'esecuzione di un contratto* di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso». Questa regola non rappresenta una novità nella disciplina del trattamento dei dati personali e già il codice privacy, a livello nazionale, prevedeva una fattispecie analoga ma sostanzialmente differente[53]. In entrambi i casi, ma con maggiore specificità nella seconda fattispecie, si nota come il campo della norma sia giustificato dalla natura vincolante del trattamento dei dati, in difetto del quale l'esecuzione delle obbligazioni non può verificarsi.

Concentrandosi solo sulla previsione del GDPR, va posta particolare attenzione al caso specifico che esenta il Titolare del trattamento – nell'oggetto del presente studio, l'imprenditore – dall'acquisire il consenso al trattamento. La disposizione stabilisce che il trattamento è *necessario* al fine di dare *esecuzione* al contratto. Sul punto è necessario comprendere cosa debba intendersi per esecuzione del contratto. In proposito dovrebbe essere chiarificatore il considerando 44, a mente del quale "il trattamento dovrebbe essere considerato lecito se è necessario nell'ambito di un contratto o ai fini della conclusione di un contratto". Interpretando l'art. 7, par. 1, lett. b) alla luce del considerando 44, dovrebbe concludersi affermando che il consenso non è necessario se il trattamento avviene *nell'ambito dell'esecuzione di un contratto*. Va sottolineato, però, che l'art. 7, par. 1, lett. b) non si limita a stabilire che il trattamento dev'essere finalizzato all'esecuzione del contratto, aggiungendo anche che tale trattamento dev'essere *necessario* a tal fine[54].

---

[53] Ci si riferisce all'art. 24, lett. d), d.lgs. 196/2003 nella parte in cui stabiliva che non era richiesto il consenso «*quando* [era, ndr] *necessario per adempiere a specifici obblighi o compiti previsti dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria per la gestione del rapporto di lavoro, anche in materia di igiene e sicurezza del lavoro e della popolazione e di previdenza e assistenza, nei limiti previsti dall'autorizzazione e ferme restando le disposizioni del codice di deontologia e di buona condotta di cui all'articolo 111*».

[54] A livello nazionale, la disciplina sul trattamento dei dati senza il consenso del lavoratore è regolata dall'art. 2-*sexies*, il quale specifica l'art. 9, par. 2, lett. g) GDPR (espressamente richiamato al comma 1 dell'articolo), ed è rubricato "trattamento di categorie particolari di dati personali necessario per motivi d'interesse pubblico rilevante". In particolare, il comma 2, lett. dd) stabilisce che: «*si considera rilevante l'interesse pubblico relativo a trattamenti effettuati da soggetti che svolgono compiti di interesse pubblico o connessi all'esercizio di pubblici poteri nelle seguenti materie: instaurazione, gestione ed estinzione, di rapporti di lavoro di qualunque tipo, anche non retribuito o onorario, e di altre forme di impiego, materia sindacale, occupazione e collocamento obbligatorio, previdenza e assistenza, tutela delle minoranze e pari opportunità nell'ambito dei rapporti di lavoro, adempimento degli obblighi retributivi, fiscali e contabili, igiene e sicurezza del lavoro o di sicurezza o salute della popolazione, accertamento della responsabilità civile, disciplinare e contabile, attività ispettiva*». Di tutta evidenza, la scelta di ricomprendere alcuni elementi tipici dell'esecuzione del contratto nell'ambito del trattamento per ragioni d'interesse pubblico non pare felice; così è per la previsione della *gestione* dei rapporti di lavoro, nell'ambito della lett. dd), di cui proprio non si comprende la *ratio*, se non per le finalità strettamente connesse, eventualmente, a tutte quelle comunicazioni che, in costanza di rapporto di lavoro, risultano necessarie, come, per es., la denuncia d'infortunio. Oltre questa specifica previsione, la normativa nazionale non si occupa ulteriormente di trattamento dei dati nell'ambito del rapporto di lavoro.

Nel rapporto di lavoro vi sono molte situazioni in cui il trattamento, finanche di dati particolari, può essere giustificato sulla base dell'esecuzione del contratto. Si pensi, per esempio, al caso della malattia; se l'imprenditore dovesse trattare i dati relativi allo stato di salute del lavoratore (il certificato con prognosi e cura è già un dato personale) solo previa acquisizione del consenso dello stesso, qualora questo fosse negato, l'imprenditore non potrebbe effettuare le dovute comunicazioni di legge per sospendere la prestazione di lavoro.

In questa sede si vuole porre l'attenzione sul rapporto che intercorre tra facoltà di controllo, cioè della situazione giuridica per la quale l'imprenditore può verificare che il lavoratore adempia esattamente la prestazione dovuta, e il principio di necessità del trattamento dei dati del lavoratore. Nello specifico questo rapporto dev'essere analizzato con l'obiettivo di rispondere alla seguente domanda: l'esercizio della facoltà di controllo può essere intesa quale fatto giuridicamente necessario per l'esecuzione del rapporto contrattuale? Rispetto al *potere direttivo*, la facoltà di controllo va intesa come strumento funzionale all'esatto adempimento e quindi come mezzo di *verifica in itinere* dell'idoneità della prestazione a soddisfare l'interesse creditorio. Il potere direttivo origina e si realizza nell'organizzazione dell'impresa e costituisce il mezzo mediante il quale *l'imprenditore organizza quello specifico fattore produttivo che è il lavoro*, acquisito al momento dell'assunzione, mediante il contratto di assunzione, nel quale l'imprenditore assume le vesti di controparte contrattuale come datore di lavoro.

Tutto ciò considerato, rispetto al potere direttivo, la facoltà di controllo deve ritenersi necessaria all'esecuzione del rapporto di lavoro: sia da un punto di vista organizzativo, dato che l'imprenditore deve poter verificare che l'esecuzione delle sue disposizioni avvenga correttamente al fine di verificare la corretta realizzazione dell'attività d'impresa; sia dal punto di vista della struttura del rapporto di lavoro subordinato, poiché questo non può esservi senza eterodirezione. Posta la natura funzionale della facoltà di controllo, se il potere direttivo è necessario all'esecuzione del rapporto, allora anche la *facoltà di controllo con finalità direttive* risulterà necessaria. A diversa soluzione si ritiene di arrivare nell'analisi del rapporto tra facoltà di controllo e *potere disciplinare*. Il potere disciplinare è funzionale al riequilibrio del sinallagma contrattuale, nel senso di non interrompere e dare continuità al rapporto sottostante al contratto, sanzionando il comportamento del lavoratore che, in quanto non conforme all'interesse da soddisfare, diviene estraneo dall'attività d'impresa, causando una disfunzione nell'organizzazione. Ciò s'intende guardando alla funzione del potere disciplinare, ponendo l'attenzione sulla struttura stessa dell'art. 2106 c.c.; infatti, *il dispositivo è chiarissimo nello stabilire che in relazione all'inadempimento può essere sanzionata la condotta del lavoratore*. Peraltro, non sembra casuale che l'art. 2106 c.c. non faccia riferimento all'imprenditore, prevedendo un impersonale "si può dar luogo". Da quanto detto, pare evidente che se la facoltà di controllo viene legata funzionalmente al potere disciplinare, allora, al pari di questo, nemmeno detta facoltà è necessaria ma solo possibile. Detto altrimenti, il datore di lavoro, ai fini sanzionatori, può esercitare un controllo funzionale alla sanzione ma non vi è obbligato.

Basandosi su quanto detto finora si può asserire che la funzione *necessaria* della facoltà di controllo è quella e solo quella di verificare l'idoneità della prestazione a soddisfare l'interesse dell'imprenditore, acquisendo informazioni idonee a tutelare questo interesse, sia migliorando il coordinamento della prestazione con altri fattori produttivi. Pertanto, rispetto alla verifica funzionale alla correzione della prestazione, il trattamento dei dati del lavoratore non dovrà essere subordinato al consenso dello stesso, poiché il trattamento dei dati è necessario rispetto alla funzione stessa del contratto di lavoro, cioè la collaborazione del lavoratore nell'impresa, entro i confini dello scambio prestazione-retribuzione. Diversamente si deve ritenere per il caso del trattamento dei dati finalizzato alla sanzione del lavoratore. La facoltà di controllo per finalità disciplinari costituisce un'*eventualità*, poiché l'imprenditore non è obbligato a sanzionare il dipendente al fine di ottenerne la prestazione.

Tanto chiarito rispetto alla natura funzionale della facoltà di controllo, dobbiamo ora analizzare il rapporto che sussiste tra trattamento dei dati e art. 4, l. 300/1970, che, come detto in precedenza, viene richiamata dal d.lgs. 196/2003 come normativa ai fini del trattamento dei dati personali in materia di controllo a distanza del lavoratore. La fattispecie in parola può essere distinta in due fasi o momenti di disciplina. Una prima fase è strettamente procedimentale e preparatoria, dato che consiste nel momento dell'installazione e dell'impiego degli strumenti mediante i quali è possibile trattare (nello specifico acquisire) i dati personali. La seconda fase è invece funzionale al trattamento del dato acquisito e quindi all'uso dello stesso (dunque è dedicata a ogni altra forma di trattamento del dato). La prima fase può ritenersi di matrice lavoristica, più strettamente procedurale che di matrice privacy, poiché tende a porre dei limiti all'imprenditore in quanto datore di lavoro e non già come titolare del trattamento dei dati. L'art. 4, l. 300/1970, commi 1 e 2, vincola il trattamento obbligando l'imprenditore ad addivenire a un accordo sindacale per l'installazione degli impianti di controllo ovvero a ottenere l'autorizzazione dall'Ispettorato del lavoro, nel caso di mancanza di accordo. In questa fase l'installazione deve avvenire entro i termini di legge e dev'essere comunque rispettosa dei principi di cui all'art. 5, GDPR, poiché, come detto, l'art. 4, l. 300/1970 costituisce una fattispecie di attuazione dell'art. 88, GDPR. Rispetto agli strumenti cd. di lavoro, questo vincolo di accordo/autorizzazione viene meno, per cui, per tali strumenti, il limite va calato direttamente nell'ambito del trattamento dei dati e non più nella disciplina di matrice strettamente lavoristica. La seconda fase riguarda il trattamento-uso dei dati raccolti e segue una dinamica più prossima a quella della disciplina *privacy* che a quella lavoristica. In questa fase i dati acquisiti per il tramite degli strumenti di controllo preterintenzionale e di lavoro possono essere impiegati *per ogni finalità contrattuale*.

Ebbene, come detto in precedenza, il controllo può assumere una funzione diversa a seconda del potere per cui è esercitato. Pertanto, nel caso di esercizio della facoltà di controllo finalizzata:

- alla direzione, venendo in causa una disciplina sul trattamento dei dati ontologicamente connessa alla subordinazione, non v'è dubbio che il trattamento possa essere effettuato anche in difetto del consenso;

- alla sanzione, l'esenzione dal consenso viene meno, poiché, in questo caso il trattamento esprime una *facoltà* attribuita all'imprenditore[55] e non un obbligo contrattuale. Ne consegue l'onere, per l'imprenditore controllante, di *ottenere il consenso dal lavoratore rispetto all'uso degli strumenti di lavoro*.

In proposito è doveroso ricordare che il Garante della Privacy ha assunto un orientamento non eccessivamente rigido per le imprese, chiarendo che ai fini dell'acquisizione del consenso può essere fornita "un'unica informativa per il complesso dei trattamenti, anziché per singoli aspetti del rapporto con gli interessati"[56]; tuttavia, pare che il lavoratore debba autorizzare il trattamento del dato ogni volta in cui venga impiegato un nuovo strumento. Infine, limitando l'operatività degli atti equipollenti al consenso, il Garante ha stabilito che il consenso è necessario "quando, anche a seconda della natura dei dati, non sia corretto avvalersi di uno degli altri presupposti equipollenti al consenso"[57].

Dalla disamina precedente pare emergere una situazione alquanto paradossale: i dati personali dei lavoratori acquisiti nell'ambiente di lavoro possono essere trattati – quindi visionati, analizzati e persino conservati – se funzionali all'esercizio del potere direttivo anche senza il consenso del lavoratore; tuttavia, quei medesimi dati, in mancanza del consenso del lavoratore, non possono essere trattati per finalità disciplinari. Così, l'unico strumento installato, se viene impiegato per finalità di tipo direttivo, non necessiterà del consenso del lavoratore, come invece sarà necessario nel caso del trattamento finalizzato all'esercizio del potere disciplinare.

Non tutti condividono questa impostazione, ritenendo, piuttosto, che la specificità della disciplina lavoristica (art. 4, l. 300/1970) debba intendersi quale specialità, derivando da ciò l'esclusione del consenso quale requisito per l'utilizzo dei dati personali[58].

Va invece condivisa l'impostazione di chi ha notato che il riferimento normativo per risolvere la questione non è il solo art. 24 ma anche l'art. 26, co. 4, lett. d), d.lgs. 196/2003, che nel disciplinare il trattamento dei dati sensibili, ammette l'esclusione del consenso salva la condizione dell'autorizzazione del Garante. In proposito "perché il Garante possa intervenire al riguardo occorrerebbe fornire una lettura più libera dell'art. 26, e ritenere che l'esercizio del potere di controllo di cui all'art. 4 St. lav., essendo necessario per esigere (o meglio verificare) l'adempimento, integri un "compito", previsto dalla legge, per la gestione del rapporto di lavoro, il che, evidentemente, non sembra così scontato"[59].

Cogliendo lo spunto dell'autore - e condividendone le conclusioni[60] - il consenso del lavoratore pare necessario alla luce del sistema normativo

---

[55] Cfr. G. SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro*, in *Enc. Giur. Lav.*, 1982, 166-167.
[56]cfr. doc. web n. 1526724 del 19.06.2008.
[57]cfr. doc. web n. 1364939 del 23.11.2006.
[58]Così M. MARAZZA, *Dei poteri…*, 509.
[59]A. SITZIA, *Il controllo...cit.,* 97.
[60]"Nel caso in cui, dunque, il controllo tecnologico possa avere ad oggetto informazioni sensibili, in assenza di una legittima Autorizzazione generale del Garante, il datore di lavoro dovrebbe acquisire il consenso informato del lavoratore, in assenza del quale resterebbe inibito l'esercizio del potere di controllo (ed il conseguente potere disciplinare)" A. SITZIA, *Il controllo...cit.,* 99.

suesposto. Ancora una volta si deve ribadire che il controllo non è un obbligo ma una situazione giuridica soggettiva rientrante nella specie delle facoltà: "Il controllo può svolgersi nell'esercizio delle facoltà di comportamento che spettano, come a qualsiasi soggetto, così anche all'imprenditore. Senza che occorra l'attribuzione di uno speciale potere, il creditore di una certa prestazione *può* sempre verificare se la prestazione viene esattamente eseguita con ogni comportamento che non leda le facoltà altrui"[61].

Questa semplice considerazione - che trascende dalla qualificazione della natura del cd. potere di controllo - permette di escludere, con convinzione, il controllo dalle situazioni necessarie per l'esecuzione del contratto. Pertanto, ai fini dell'esercizio del potere disciplinare, l'imprenditore dovrà previamente acquisire il consenso del lavoratore, rispetto all'utilizzo dei dati raccolti in conformità all'art. 4, l. 300/1970.

[61] Cfr. G. SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Padova, 1982, 166.