



Camilla Della Giustina*

Le più avanzate modalità di controllo sul lavoratore: dai controlli sui *social network* alla vigilanza reale**

SOMMARIO: 1. L'eterno presente: un'introduzione alla problematica. – 2. Il potere di controllo del datore di lavoro. – 3. La difficile linea di demarcazione tra ambito lavorativo e vita privata: l'esempio dei *social network*. – 4. Le nuove frontiere della videosorveglianza: non solo *social network* ma anche vita reale.

1. *L'eterno presente: un'introduzione alla problematica*

L'avvento e lo sviluppo della tecnologia e, soprattutto, dei «*social media*»¹ hanno imposto una ridefinizione dei concetti spazio-temporali che scandivano la vita degli uomini. Prima dell'avvento degli «*smartphone*», la consultazione della casella di posta elettronica avveniva accedendo tramite il proprio «*personal computer*». A seguito dell'immissione in commercio di «*smartphone*» sempre più sofisticati, una delle prime funzioni atteneva proprio alla possibilità di accedere alla casella «*email*» dal proprio telefonino di ultima generazione.

Attualmente, «*social media*» e «*app*» di messagistica permettono alle persone di essere in una situazione di eterna connessione attraverso la condivisione, in tempo reale, di aggiornamenti circa

* Ph.D. Candidate, Università degli Studi Luigi Vanvitelli

** Contributo sottoposto *peer review*.

*** Il presente contributo costituisce un approfondimento della relazione dell'Autrice concernente la medesima tematica ed esposta al Convegno «I controlli a distanza nel rapporto di lavoro», tenutosi il 13 maggio 2022 a Belluno.

¹ Per completezza si rammenta che il controllo sugli «*account*» privati dei cibernauti era già stato oggetto di attenzione in passato in relazione alla necessità di rinvenire un corretto bilanciamento tra tutela della riservatezza del singolo ed esigenze di sicurezza connesse alla necessità di apprestare adeguate tutele per la sicurezza interna nonché internazionale. Si rimanda, quindi, a M. RUBECCHI, *Sicurezza, tutela dei diritti fondamentali e privacy: nuove esigenze, vecchie questioni (a un anno dagli attacchi di Parigi)*, in *Federalismi.it*, n. 23/2016, il quale osserva che «il diritto alla privacy, nonostante le sfide del terrorismo e anzi, probabilmente anche grazie alle compressioni che ha subito in ragione delle risposte repressive al terrorismo stesso, non ha cessato di estendere la sua portata contenutistica. Anche quando il pendolo oscilla dalla parte della sicurezza, infatti, il sistema di tutela multilivello dei diritti nel continente europeo ha mostrato – al momento in cui si scrive – di avere gli anticorpi per tutelare il nucleo essenziale, incompressibile, dei diritti fondamentali, “con entrambe le Corti sovranazionali [...] che paiono concorrere alla costruzione dei tasselli di un vero e proprio sistema di garanzie dei diritti” E ciò risulta a maggior ragione importante perché la minaccia al terrorismo, seppur con modalità differenziate, perdura ormai da molti anni, ed è dunque necessario trovare un equilibrio stabile, ancorché flessibile, tra politiche di sicurezza e prevenzione e tutela delle libertà fondamentali in generale e della privacy in particolare».

la propria vita privata, le proprie opinioni in relazione a un determinato argomento, i propri gusti e preferenze².

L'aspetto peculiare dei «*social network*», ad esempio «*Facebook*», è quello di rendere intrinsecamente presente qualsivoglia informazione oggetto di pubblicazione ponendo in essere quello che può essere definito come un eterno presente³. L'elemento che accentua tale dimensione è il «*web*», infatti, archivia tutti i dati in un eterno presente al fine ultimo di aumentare la memoria nonché la conoscenza collettiva⁴. Nel contesto appena descritto, dunque, non si assiste mai a una definitiva eliminazione dei dati che il soggetto, attraverso il proprio «*account*», immette nell'ambito dei «*social media*» poiché, anche qualora l'informazione, più precisamente il dato, dovesse essere disperso, esso permanerebbe nella Rete⁵.

Il rapporto che intercorre tra soggetti e piattaforme di «*social media*» è stato descritto come «la relazione fra il soggetto e i contenuti pubblicati» che «può essere interpretata come una dialettica fra controllo (dei tempi e degli spazi di consultazione, di gestione) e ricerca costante della novità e della presenza sulle piattaforme, con modalità e pratiche profondamente diverse in funzione dell'età, del genere, del contesto sociale e dei bisogni individuali»⁶.

Alla luce di questo, sembra che una delle conseguenze dello sfruttamento delle piattaforme digitali sia la materializzazione e, forse la necessità, di un'attività di controllo fra cibernauti.

A partire da queste riflessioni, si affronterà la tematica del controllo che il datore di lavoro⁷ può effettuare nonché svolgere circa i contenuti che il proprio dipendente pubblica sul proprio «*account social*» chiedendosi se sia possibile, e che in misura sia legittimo, utilizzare le informazioni in questo modo ricavate⁸. Al fine di perseguire l'obiettivo poc'anzi dichiarato, si procederà ad analizzare la perimetrazione del potere, e anche dovere di controllo, da parte del datore di lavoro per poi approdare all'esercizio di questa prerogativa attraverso l'uso di «*social media*». L'aspetto che

² L'esigenza appena riportata non è un aspetto peculiare della società tecnologica, semplicemente rappresenta una necessità tipicamente umana che, una volta, veniva soddisfatta attraverso la scrittura su foglio di carta, ora su di un sostrato digitale. Il riferimento è a quanto sostenuto da Martin Lutero nel 1569 con riferimento alla stampa a caratteri mobili, cioè, «la moltitudine di libri è un grande male. Non c'è misura né limite a questa febbre della scrittura: tutti vogliono essere autori, alcuni per vanità, per acquisire fama e farsi un nome, altri per amore del mero guadagno». S. QUINTARELLI, *Content moderation: i rimedi tecnici*, in G. PITRUZZELLA - O. POLLICINO - S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, Egea, 2017, 99; C. SHIRKY, *Cognitive Surplus: How Technology Makes Consumers into Collaborators*, New York, Penguin, 2010.

³ J.C. HULBERT - M.C. ANDERSON, *The role of inhibition in learning*, in S. AARON - J. BENJAMIN - S. BELLE, *Human Learning*, New York, Elsevier, 2008, 7-20; M. ZANICHELLI, *Il diritto all'oblio tra privacy e identità digitale*, in *Informatica e Diritto*, vol. XXV, 2016, 25.

⁴ C. DELLA GIUSTINA - P. DE GIOIA CARABELLESE, *L'effettiva del diritto alla protezione dei dati personali (diritto all'oblio) nel mondo digitale*, in *Diritto di Internet*, n. 4/2021, 601 ss.

⁵ B.J. KOOPS, *Technology and the Crime Society: Rethinking Legal Protection Law*, in *Innovation & Technology*, 2009, 93 ss.; L.J. BANNON, *Forgetting as a Feature, not a Bug: The Duality of Memory and Implications for Ubiquitous Computing*, in *CoDesign*, 2006, 10 ss.

⁶ G. BOCCIA ALTIERI - D. BORELLI, *Il senso dei tempi. Per una sociologia del presente*, Milano, Associazione Italiana di Sociologia, 2014, 164-165.

⁷ Un ulteriore esempio di nuova forma di controllo da parte del datore di lavoro attiene al caso dei "braccialetti elettronici" utilizzati da Amazon per controllare i propri dipendenti. Attraverso l'utilizzo di questi, i dipendenti sarebbero stati guidati nel ricercare specifici prodotti all'interno del magazzino perseguendo, dunque, l'obiettivo di rendere più efficiente e meno gravosa l'attività lavorativa per il dipendente. Tuttavia, si trattava di una misura idonea a realizzare una forma di controllo da parte del datore di lavoro nei confronti dei dipendenti circa i ritmi e le tempistiche lavorative. Sul punto M. BARBIERI, *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino, Giappichelli, 2017, 183 ss.; R. DI MEO, *Tecnologie e poteri datoriali: commento a margine del c.d. braccialetto Amazon*, in *LLI*, n. 1/2018, R.3 ss.

⁸ M. MARAZZA, *Social Media e Relazioni industriali. Repertorio di questioni*, in *LLI*, vol. 5, n. 2/2019, I ss.

si vuole evidenziare è che se, tradizionalmente, il limite atteneva alla «*privacy*»⁹ dei lavoratori¹⁰, esso potrebbe non risultare attuale poiché, attraverso la pubblica condivisione di informazioni attinenti la propria vita privata viene meno il requisito intimo del diritto alla riservatezza, ossia, l'essere qualificato come «*ius excludendi alios*».

2. Il potere di controllo del datore di lavoro

La disposizione cardine nella riflessione giuslavoristica è l'art. 4 Statuto dei Lavoratori diretto a disciplinare, attraverso la procedimentalizzazione, il potere di installazione di apparecchiature di controllo nell'ipotesi in cui esse, astrattamente, fossero state in grado di consentire un controllo indiretto sull'attività lavorativa. Proprio con la finalità ultima di apprestare tutela alla dignità del lavoratore, la disposizione vietava in modo assoluto che l'adempimento della prestazione lavorativa, nonché il rendimento del lavoratore, potessero essere oggetto di un controllo svoltosi esclusivamente a distanza¹¹.

Nell'ipotesi in cui il datore di lavoro avesse voluto proteggere la propria organizzazione produttiva, avrebbe potuto installare apparecchiature di controllo a distanza¹² nonostante da esse potesse derivare un'attività di controllo sull'attività svolta dal lavoratore¹³. Tale possibilità era condizionata all'ottenimento di una autorizzazione sindacale, o in assenza, di un'autorizzazione

⁹ Il riferimento è, ovviamente, per quanto attiene alla *privacy*, come «*the right to be let alone*» a S.D. WARREN - L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 193. Sul concetto di «*privacy*» cfr. R.A. POSNER, *Economic theory of privacy*, in *AEI Journal on Government and Society*, may-june/1978, 19 ss.; S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013; A. DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in AA.VV., *Trattamento dei dati e tutela della persona*, (a cura) di V. RICCIUTO - Z. ZENCOVICH, Milano, Giuffrè, 1998, 225 ss.; L.C. UBERTAZZI, *Riservatezza informatica ed industria culturale*, in *AIDA*, 1997, 530; C. DELLA GIUSTINA, *Data protection e contact tracing durante l'emergenza COVID-19: tra teoria delle fonti e protezione dei dati personali*, in *Koreuropa*, fasc. 17/2020; C. BARETT, *Are the EU GDPR and the California CCPA becoming the de facto global standards for data privacy and protection?*, *Scitech Lawyer*, vol. 15, fasc. 3/2019, 24 ss., cfr. E. TEROLLI, *Privacy e protezione dei dati personali Ue vs. USA. Evoluzioni di diritto comparato e il trasferimento dei dati nella sentenza "Schermis II"*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc. 1/2021, 49 ss.

¹⁰ Non si deve dimenticare che si tratta di uno dei diritti definiti come fondamentali dalla stessa Carta costituzionale italiana: Part. 4 Cost., infatti, si trova in una posizione che potrebbe essere definita come centrale all'interno della "geografia" della Costituzione italiana. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro*, Torino, Einaudi, 2013, *passim*; M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 2/2010, 632 ss.; G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2016, pp. 100 ss.; C. TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza come "risarcimento per mancato procurato lavoro". Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2015, 5 ss.; E. ALES, *Diritto del lavoro, diritto alla previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, 983.

¹¹ A. INGRAO, *Il controllo a distanza realizzato mediante Social network*, in *LJI*, vol. 2, n. 1/2016, 105 ss.

¹² Si tratta di un'espressione che è suscettibile di essere interpretata sia in senso spaziale che temporale: il controllo tecnologico si svolge sia a distanza spaziale che temporale poiché gli strumenti tecnologici consentono di acquisire una copiosa quantità di dati e di informazioni attraverso attività di memorizzazione, conservazione e rendendole consultabili in qualunque momento, anche per prolungati periodi di tempo. Quanto appena esposto sembra essere paradossale se si riflette sul fatto che i popoli primitivi ritenevano la «*damnatio memoriae*» come la peggiore delle condanne che potesse essere inflitta a un cittadino. Ovviamente, "l'eterno presente" del mondo virtuale deve essere rapportato con il diritto a essere dimenticati soprattutto la mancata attuazione di codesto diritto possa fondare un'azione da parte del datore di lavoro.

¹³ L'espressione «attività dei lavoratori» era idonea a ricondurre nel cono d'ombra del divieto non solamente i controlli sui comportamenti strettamente strumentali all'adempimento dell'attività lavorativa ma anche alla sorveglianza circa tutte quelle attività che esorbitano dal momento tecnico e funzionale della subordinazione. Il riferimento, precisamente, va all'espressione presente in dottrina di «licenze comportamentali». F. LISO, *Computer e controllo dei lavoratori*, *DLRI*, 1986, 366 ss.; A. GARILLI, *Tutela della persona e tutela della sfera privata nel rapporto di lavoro*, *RCDP*, 1992, II, 321.; P. LAMBERTUCCI, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a "distanza" tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (c.d. Jobs act)*, *CSDLE, It.*, n. 255/2015.

amministrativa diretta ad accertare l'effettiva presenza della necessità¹⁴ circa l'installazione dell'apparecchiatura di cui si tratta.

L'originaria disposizione dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori non conteneva alcun riferimento circa le informazioni raccolte in violazione dei limiti posti dal legislatore al potere di controllo a distanza: tuttavia, la lacuna poc'anzi menzionata venne colmata dalla giurisprudenza la quale la convertì, sul piano processuale, come una ipotesi di inutilizzabilità della prova¹⁵.

L'aspetto interessante e affascinante della legittimità dei controlli a distanza è che possono essere effettuati dal datore di lavoro è che, se da una parte vi è l'esigenza di apprestare tutela alla dignità, alla riservatezza, alla «privacy» del lavoratore, dall'altra parte vi è la posizione del datore di lavoro meritevole di protezione. Precisamente, quest'ultimo può avvertire la necessità di svolgere un'attività di controllo al fine di prevenire la commissione di eventuali illeciti proprio sul luogo di lavoro.

La frizione sussistente tra queste due esigenze contrapposte è stata risolta dalla giurisprudenza¹⁶ attraverso l'elaborazione del concetto dei «controlli difensivi»: l'obiettivo di questo istituto, di origine giurisprudenziale, è quello di consentire la disapplicazione totale della procedura contenuta nell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori. In questo modo, dunque, veniva restituita la possibilità al datore di lavoro di prevenire la potenziale commissione di illeciti a opera dei lavoratori.

In punto di bilanciamento¹⁷ tra il diritto alla tutela della riservatezza dei lavoratori e il diritto del datore di lavoro di svolgere una sorveglianza occulta, nell'ipotesi in cui ricorrano indizi

¹⁴ La presenza di codesta necessità svolgeva la funzione di vincolo circa l'utilizzabilità degli esiti che sarebbero potuti derivare a seguito dell'installazione degli strumenti installati; la possibilità di utilizzo delle informazioni in tal modo raccolte non poteva essere utilizzata ad altri fini. A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, Giappichelli, 1995; U. ROMAGNOLI, *Sub art. 8*, in G. GHEZZI - F. MANCINI - L. MONTUSCHI - U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, Zanichelli, 1979.

¹⁵ Questo, dunque, si esplica in una dichiarazione giudiziale di inammissibilità: la disposizione cardine, ossia l'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, infatti, è stato qualificato come una norma processuale preordinata a disciplinare il regime probatorio dell'ammissibilità della rilevazione estrapolata dal datore di lavoro attraverso i mezzi di controllo a distanza. A. INGRAO, *Il controllo a distanza realizzato mediante Social network*, op. cit. Cfr. A. SITZIA, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 st. lan. e il consenso (del lavoratore)*, in LLI, n. 1/2016, 83 ss.; C. GAMBA, *Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, in LLI, n. 1/2016, 122 ss.; C. OGRISEG, *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente*, in LLI, n. 2/2016, R.29 ss.; L. TEBANO, *Employees' Privacy and employers' control between the Italian legal system and European sources*, in LLI, n. 2/2017, C. 3 ss.

¹⁶ Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, RGL, 2002, 642 e MGL, 2002, 644, nt. Bertocchi; Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, in RGL, 2008, 358 e in RIDL, 2008, 714, nt. Vallauri; Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, in RIDL, 2010, II, 564; Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, FI, 2012, I, 1421; Cass. 1 ottobre 2012, n. 16622, FI, 2012, I, 3328. Cass. 27 maggio 2015, n. 10955 FI, 2015, I, 2316.

¹⁷ Si precisa che, preliminare all'operazione di bilanciamento è la distinzione tra principi e regole che, a sua volta, si traduce nella discrezionalità che viene riconosciuta al legislatore di tutelare con intensità più o meno maggiore gli interessi che, a loro volta, sono contenuti nei precetti normativi. C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Diritto pubblico*, 1/2015, 35 ss. Per quanto attiene alla distinzione tra principi e regole cfr. A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della costituzione*, in A. PALAZZO, (a cura di) *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, ESI, 2001, 215 ss.; L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Diritto del lavoro*, 1992, pp. 3 ss.; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1990, 851 ss.; F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana (1991)*, Bologna, Il Mulino, 2000; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, 1986, 522 ss.; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, 179 ss.; B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?* in S. POZZOLO (a cura di) *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002, 89 ss.; B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?* in S. POZZOLO (a cura di) *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002, 89 ss.; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento* in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, 1991, 4 ss. Il concetto di bilanciamento richiama l'immagine di una attività decisionale che appare essere guidata, anche seppur parzialmente, da un elemento intuitivo preordinato a individuare l'approccio da adottare al fine di rispondere al meglio alle peculiarità proprie del caso concreto. In altri termini, l'immagine che offre «la metafora del bilanciamento suggerisce un'immagine quasi sapienziale della decisione giudiziale». B. CELANO, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. BASCIU,

concreti di illeciti posti in essere da parte dei lavoratori, è stato effettuato dalla Grande Camera della Corte Edu¹⁸. Precisamente, la Grande Camera riprende il concetto di vita privata da essa stessa elaborata il quale, a sua volta, ricomprende molteplici aspetti dell'identità, sia fisica che sociale della persona, ossia, il diritto al nome, all'immagine, le attività lavorative. In relazione al controllo dei lavoratori sul luogo di lavoro, la Corte evidenzia che sia compito delle autorità nazionali predisporre i mezzi più idonei alla tutela dei diritti in questione garantendo, dunque, l'introduzione da parte del datore di lavoro di misure di controllo suscettibili di incidere sul diritto al rispetto della vita privata dei suoi dipendenti siano proporzionate¹⁹, nonché accompagnate da garanzie sufficienti e adeguate contro eventuali abusi che si possono concretamente verificarsi.

Al fine di qualificare l'attività di controllo del datore di lavoro come rispondente al canone della proporzionalità, è necessario appurare che: 1) il dipendente sia stato informato della possibilità per il datore di lavoro di adottare misure di videosorveglianza e dell'attuazione effettiva di tali misure; 2) la determinazione dell'estensione del controllo del datore di lavoro e la relativa

(a cura di) *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, in *Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2002, 101-142 ss.

Da questo emerge che, l'attività del bilanciamento possiede dei connotati estremamente discrezionali in quanto, *in primis*, viene attribuita preferenza a un diritto o a un principio rispetto a un altro nonostante entrambi possiedano la medesima posizione gerarchica. *In secundis*, non è possibile assicurare che, in un momento successivo e futuro, si perverrà al medesimo risultato in precedenza raggiunto. Alla luce di questa considerazione, parte della dottrina ha evidenziato che a seguito dell'operazione di bilanciamento si viene a creare una «gerarchia assiologica mobile» tra i principi che sono in conflitto. La gradazione gerarchica che viene istituita avviene a seguito di un giudizio di valore da parte dell'interprete; è mobile in quanto relativa al caso concreto e, dunque, difficilmente applicabile a casi futuri. Di conseguenza «bilanciare non vuol dire ponderare o trovare un punto di equilibrio ma piuttosto sacrificare, accantonare un principio a favore di un altro seppur soltanto in relazione ad uno specifico caso concreto». R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Diritto pubblico*, 1998, 651 ss.; P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi di interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999, 287.

Quanto appena esposto allude al «*ad hoc balancing test*» non al «*definitional balancing*»: la differenza che intercorre tra i due differenti bilanciamenti concerne il fatto che, nel secondo, il conflitto tra diritti o principi viene risolto attraverso l'individuazione di una regola generale e astratta potenzialmente applicabile anche ai casi futuri. Nel primo, invece, il giudice non dichiara di applicare una regola predeterminata e preesistente al giudizio. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 65 ss.

¹⁸ Corte Edu, Grande Camera, 17 ottobre 2019, *López Ribalda and Others v. Spain*, ricorsi 1874/13 e 8567/13. La pronuncia attiene all'attività di un datore di lavoro, gestore di un supermercato di una catena spagnola, circa l'installazione di alcuni impianti di videosorveglianza stante la registrazione di una serie di discrepanze tra i livelli delle scorte di magazzino e gli incassi di fine giornata. Alcuni di questi sistemi risultavano essere visibili ed erano posizionati presso i varchi di entrata e uscita al fine di filmare eventuali furti posti in essere dai clienti; altri erano nascosti anche al personale in una posizione utile per svolgere un controllo del personale addetto. Dalle riprese emergeva che cinque dipendenti non solamente perpetravano dei furti ma collaboravano tra di loro e con alcuni clienti al fine di sottrarre differenti prodotti. Una volta identificati i soggetti, questi venivano licenziati per motivi disciplinari. Avverso questa decisione le lavoratrici proponevano impugnazione lamentando la violazione della propria «*privacy*»: i giudici di prima e seconda istanza ritenevano legittimo il licenziamento ritenendo che il controllo effettuato potesse essere ritenuto conforme all'art. 20 dell'*Estatuto de los Trabajadores* posto che era rispettoso della dignità umana dei lavoratori. Il giudice di appello (l'Alta Corte di Giustizia della Catalogna) se da una parte riconosceva la possibilità di irrogare una sanzione amministrativa nei confronti del datore di lavoro per omessa informazione dei lavoratori circa l'installazione delle telecamere, dall'altra riteneva che la videosorveglianza occulta fosse legittima poiché non solamente necessaria ma anche proporzionata. I successivi ricorsi in Cassazione venivano dichiarati irricevibili e quelli presentati in Corte costituzionale venivano dichiarati inammissibili. Esauriti, quindi, i rimedi previsti dal diritto interno, i dipendenti proponevano ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. La Camera semplice della Corte evidenziava che «il concetto di vita privata si estende agli aspetti relativi all'identità personale, come il nome o l'immagine di una persona [...] può includere attività di natura professionale o imprenditoriale [...] anche effettuate al di fuori della casa di una persona o di locali privati». Da tale assunto derivava, per la Corte, che «da videosorveglianza nascosta di un dipendente nel suo luogo di lavoro deve essere considerata, in quanto tale, una considerevole intrusione nella sua vita privata. Essa comporta una documentazione riproducibile della condotta di una persona sul suo posto di lavoro, che lui o lei, essendo obbligato a [...] svolgere il lavoro in quel luogo, non può eludere».

¹⁹ Per quanto attiene al binomio proporzionalità-legittimità la Corte richiama la propria decisione, ossia *Bărbulescu c. Romania*: i principi ivi enunciati possono essere applicabili, *mutatis mutandis*, anche nell'ipotesi in cui il controllo del datore di lavoro si materializzi non con l'accesso alla corrispondenza del lavoratore ma con la predisposizione di sistemi di videosorveglianza.

invasione della «*privacy*» del dipendente; 3) la sussistenza di motivazioni idonee in capo al datore di lavoro per giustificare il monitoraggio; 4) la verifica circa la possibilità di predisporre un sistema di controllo alternativo fondato su metodi e standard meno invasivi; 5) quali sono le conseguenze del monitoraggio per il dipendente e quale uso viene fatto dal datore di lavoro dei controlli; 6) la necessità di garantire al lavoratore garanzie idonee²⁰.

In conclusione, per i Giudici di Strasburgo nel caso *López Ribalda*, il controllo effettuato da parte del datore di lavoro può essere legittimo per due motivi, essenzialmente. *In primis*, il controllo non si è esteso all'intero negozio ma solamente alle aree prossime alla cassa, cioè il luogo nel quale era probabile che fossero stati commessi i furti. A ciò si aggiunga che le condotte delle lavoratrici erano state poste in essere in un luogo aperto al pubblico e a contatto con i clienti²¹. *In secundis*, viene osservato che le riprese si sono svolte solamente per dieci giorni: esse sono cessate in modo immediato una volta che sono stati identificati i responsabili. In questo modo, *ergo*, l'estensione temporale non ha ecceduto l'esigenza del datore di lavoro di riscontrare la fondatezza dei sospetti di furto e, di conseguenza, individuare i responsabili di tali fatti²².

Alla luce di questo viene osservato che²³, nel caso sottoposto all'attenzione dei Giudici, nessuna misura alternativa poteva essere posta essere in modo efficace in quanto «la fornitura di informazioni a qualsiasi membro del personale avrebbe potuto vanificare lo scopo della videosorveglianza, che era [...] scoprire i responsabili dei furti, ma anche ottenere prove da utilizzare per i procedimenti disciplinari contro di loro». La Corte prosegue evidenziando che, «mentre, in generale, il minimo sospetto di appropriazione indebita o qualsiasi altro illecito da parte dei dipendenti non può giustificare l'installazione di dispositivi di videosorveglianza occulta da parte del datore di lavoro, l'esistenza del ragionevole sospetto che sia stato commesso un grave reato e l'entità dei danni accertati nel caso di specie pare rappresentare un'adeguata giustificazione. Ciò è tanto più vero in una situazione in cui il buon funzionamento di un'azienda è messo in pericolo non solo dal sospetto comportamento scorretto di un singolo dipendente, ma piuttosto

²⁰ A. CIRIELLO, *Videosorveglianza "occulta" sul luogo di lavoro: il caso López Ribalda e altri c. Spagna e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 3/2009, 2 ss.

²¹ Sul punto, in merito alla aspettativa di «*privacy*», viene osservato dalla Corte che essa «è molto elevata in luoghi di natura privata, come servizi igienici o guardaroba, in cui una protezione accresciuta o persino un divieto assoluto di videosorveglianza sono giustificati. Rimane alta nelle aree di lavoro chiuse, come gli uffici. È manifestamente inferiore in luoghi che sono visibili o accessibili ai colleghi o, come nel caso di specie, al pubblico in generale».

²² A. CIAMPI - A. PILATI, *La videosorveglianza nei luoghi di lavoro fra Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, diritto dell'Ue e diritto italiano*, in *Osservatoriosullefonti*, fasc. 3/2019, 1 ss.

²³ Il caso *de quo* risulta essere un elemento isolato nella giurisprudenza della Corte Edu. In materia di videosorveglianza si deve fare riferimento a *Köpke c. Germania* il 5 ottobre 2010 e *Antonić e Mirković c. Montenegro* del 28 novembre 2017. Il primo caso atteneva alla installazione di un impianto di videosorveglianza posto in essere dal datore di lavoro all'interno di un supermercato al fine di controllare la condotta di solamente due lavoratori: risultava dunque essere estremamente invasivo il controllo posto in essere e non sufficientemente bilanciato dalla necessità di tutelare gli interessi organizzativi e patrimoniali dell'azienda. Il secondo riguardava due professori universitari che lamentavano la violazione della «*privacy*» a seguito dell'installazione, da parte dell'Università del Montenegro, di telecamere di sorveglianza al fine di proteggere l'incolumità pubblica e il patrimonio della stessa Università. Sul punto, la Corte Edu riscontrava la violazione della «*privacy*» del lavoratore poiché: 1) l'aspettativa di «*privacy*» del lavoratore esiste anche quando il luogo di lavoro sia pubblico o aperto al pubblico; 2) il datore di lavoro avrebbe potuto raggiungere i medesimi obiettivi utilizzando strumenti meno invasivi. Infine, un ultimo caso da rammentare è *Bărbulescu c. Romania* 5 settembre 2017 concernente l'attività posta in essere da ingegnere addetto alle vendite che aveva utilizzato un account «*Yahoo Messenger*», creato per rispondere alle esigenze dei clienti, per scopi personali e, precisamente, per conversazioni intime che intratteneva con la fidanzata e il fratello. Sul punto la Corte ha dovuto necessario tutelare in modo prioritario la riservatezza del lavoratore anche in presenza di una «*policy*» aziendale specifica che vietava l'uso di «*email*» aziendali per fini personali. A. CIRIELLO, *Videosorveglianza "occulta" sul luogo di lavoro: il caso López Ribalda e altri c. Spagna e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, *op. cit.*

dal sospetto di un'azione concertata da parte di più dipendenti, poiché ciò crea un'atmosfera generale di sfiducia nel luogo di lavoro. In tali circostanze, viste le significative garanzie fornite dal quadro giuridico spagnolo, compresi i rimedi che le ricorrenti non hanno utilizzato, e l'importanza delle ragioni che giustificano la videosorveglianza, come rilevato dai tribunali nazionali, la Corte conclude che le autorità nazionali non sono venute meno ai loro obblighi positivi ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione. Di conseguenza, non vi è stata violazione di tale disposizione».

Recentemente, nel panorama nazionale italiano, si è assistito a un fermento sul punto da parte della Suprema Corte.

La prima sentenza cui fare riferimento è la n. 3255/2020²⁴: essa è stata resa avverso alla sanzione ex art. 38 Statuto dei Lavoratori. Nel caso in esame, era stato contestato al datore di lavoro l'installazione di un impianto di videosorveglianza in azienda diretto a controllare a distanza i dipendenti senza aver siglato, in un momento preventivo, l'accordo con le rappresentanze sindacali e senza aver chiesto l'autorizzazione all'Ispettorato del lavoro. Il titolare presenta ricorso per Cassazione evidenziando che gli impianti fossero stati predisposti con l'unico fine di tutelare il patrimonio aziendale a seguito di alcuni episodi che avevano registrato la mancanza di merce in magazzino e non con la finalità di controllare i dipendenti.

La Suprema Corte ritenne fondato il ricorso evidenziando che la soluzione prospettata dal ricorrente fosse conforme a diversi precedenti giurisprudenziali che hanno sancito l'utilizzabilità, anche in sede civile, degli esiti di attività di sorveglianza nonché la legittimità dei controlli difensivi diretti ad accertare le condotte illecite tenute dai lavoratori. Il tutto risulta essere conforme anche rispetto all'art. 8 CEDU. L'attività di sorveglianza risulta essere legittima, anche se non previamente autorizzata, poiché strettamente funzionale alla tutela del patrimonio aziendale non traducendosi in «un significativo controllo sull'ordinario svolgimento dell'attività lavorativa», oltre a rimanere necessariamente «riservata» per consentire l'accertamento di gravi condotte illecite degli stessi».

In questo scenario si inseriscono due recenti pronunce della Suprema Corte con i quali si perviene a risultati interpretativi differenti dovuti alla differenza sostanziale delle fattispecie che vengono esaminate²⁵.

La prima pronuncia²⁶ attiene all'accesso effettuato dal datore di lavoro sul «computer» di una lavoratrice con il quale è stato verificato che il soggetto in questione aveva scaricato un «file» che aveva causato, a sua volta, la propagazione di un «virus» dal «computer» della lavoratrice a tutti quelli della rete dell'impresa. A causa di questa operazione, tutti i «file» contenuti all'interno dei differenti dischi di rete erano stati danneggiati, precisamente, erano divenuti illeggibili e, di conseguenza, non utilizzabili. A seguito di una digressione sulla genesi e sull'evoluzione dei controlli a distanza, la Corte di Cassazione arriva a sostenere come la sentenza della Corte d'Appello non abbia provveduto a verificare se i dati informatici raccolti durante l'indagine, e

²⁴ Cass. pen., sez. III, 14 dicembre 2020, n. 3255. Sul punto è stato osservato dalla dottrina che sia compito del legislatore disciplinare in modo diretto le attività di compliance e di controlli interni al fine di garantire i diritti delle due parti contrapposte. E. BIRRITERI, *Controllo a distanza del lavoratore e rischio penale*, in *Sistemapenale*, 16 febbraio 2021.

²⁵ Proprio per l'apparente similitudine e il differente risultato decisorio, è possibile riferirsi a queste due sentenze come le «Gemelle Diverse».

²⁶ Cass. civ., sez. lavoro, 22 settembre 2021, n. 25732, per un commento C. COLAPIETRO - A. GIUBILEI, *Controlli difensivi e tutela dei dati del lavoratore: il nuovo punto della Cassazione*, in *LLI*, n. 2/2021, R. 189 ss.

utilizzati in sede disciplinare, fossero stati raccolti in un momento anteriore o posteriore all'insorgere dell'evento fondativo del sospetto. A ciò gli Ermellini aggiungo la carenza di qualsiasi bilanciamento da effettuare tra le esigenze di protezione di interessi e i beni aziendali, connessi alla libertà di iniziativa economica rapportati alle esigenze di tutela di dignità e della riservatezza del lavoratore.

La seconda pronuncia²⁷ attiene allo scambio di messaggi, durante l'orario di lavoro e attraverso la «*chat*» aziendale, tra due colleghe di lavoro e aventi contenuto offensivo nei confronti di una superiore gerarchica e di qualche altra collega. L'aspetto che distingue questo caso dal primo attiene alla contestazione mossa alla lavoratrice che viene rapportata al contenuto della «*chat*» non sussistendo alcun riferimento a inadempienze lavorative nonché uso anomalo o inappropriato dello strumento aziendale.

Alla luce di ciò la Corte di Cassazione arriva a confermare quanto statuito dalla Corte d'Appello di Milano, cioè, l'esclusione della possibilità di utilizzare i dati raccolti derivando, di conseguenza, il venir meno dell'intera base fattuale della contestazione disciplinare mossa dal datore di lavoro. A seguito di questo emerge, chiaramente, la motivazione per la quale la Suprema Corte è pervenuta a due risultati completamente opposti: la presenza e l'assenza, rispettivamente, dell'esigenza da parte del datore di lavoro di tutelare la sicurezza dell'azienda²⁸. Si tratta del parametro cardine che fa sì che una medesima problematica, apparentemente identica, porti il Supremo Collegio a due risultati totalmente opposti.

3. La difficile linea di demarcazione tra ambito lavorativo e vita privata: l'esempio dei social network

I «*social network*»²⁹ rappresentano un argomento assai delicato da trattare poiché essi possono, contemporaneamente, essere ascrivibili alla vita privata del soggetto e divenire strumenti di lavoro. È possibile, difatti, che la piattaforma venga utilizzata dal lavoratore nell'esecuzione della propria prestazione lavorativa: a titolo esemplificativo si richiamano attività inerenti allo sviluppo di strategie di «*marketing*» aziendali che, a loro volta, comportino la realizzazione di campagne pubblicitarie e promozionali oppure la gestione di reclami o richieste degli utenti.

Ulteriore declinazione che si può realizzare tra piattaforma e controllo da parte del datore di lavoro concerne l'ipotesi in cui il dipendente dedichi parte del tempo lavorativo all'aggiornamento personale del proprio spazio virtuale. In questo modo egli risulterebbe inadempiente ai doveri derivanti dall'applicazione dell'art. 2104 c.c. Ancora maggiormente problematica è l'ipotesi in cui la piattaforma venga utilizzata, in modo consapevole o inconsapevole, per porre in essere delle

²⁷ Cass. civ., sez. lavoro, 22 settembre 2021, n. 25731.

²⁸ Sebbene la diversità evidenziata, ci si chiede se, la seconda sentenza della Suprema Corte possa essere ritenuta conforme allo spirito che anima la Risoluzione del Parlamento Europeo per quanto attiene alle politiche occupazionali e sociali nella zona euro nel 2021. Il riferimento è a Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2021 sulle politiche occupazionali e sociali della zona euro nel 2021 (2021/2062(INI)) (2022/C 184/02). Si tratta di un aspetto che non è possibile approfondire in questo contesto, tuttavia, si è ritenuto ugualmente corretto evidenziare l'esistenza di questa possibile frizione.

²⁹ Sul punto è stato precisato che «il *social network*, data la sua eclettica polivalenza, rappresenta un paradigma perfetto di come la funzione di lavoro e la funzione di controllo possano condensarsi e aggrovigliarsi in un medesimo programma informatico». A. IGRAO, *Il controllo a distanza realizzato mediante Social network*, op. cit., 115.

attività vietate e illecite determinando una violazione delle norme stabilite in tema di segretezza aziendale.

Ai sensi dell'art. 4 l. 300/1970, il datore di lavoro può monitorare l'utilizzo dei *social media* da parte del proprio dipendente al fine di verificare se il profilo, da interpretare quale strumento di lavoro dematerializzato, venga effettivamente utilizzato per eseguire la prestazione lavorativa richiesta nel rispetto delle direttive aziendali. L'attività di controllo deve essere rispettosa di vincoli sostanziali e procedurali connessi alla natura di dati sensibili riferibili alle informazioni personali che vengono memorizzate dallo strumento tecnologico³⁰. È evidente, dunque, che le informazioni raccolte all'esito dell'attività di controllo potranno essere utilizzate in modo legittimo da parte del datore di lavoro a condizione che il trattamento avvenga nel rispetto della normativa dettata in materia di riservatezza, *ergo*, nel rispetto dei principi di trasparenza, proporzionalità e prevenzione³¹.

Di conseguenza, è necessario che il lavoratore venga reso edotto, attraverso una apposita informativa, delle circostanze che, proprio nel momento di utilizzazione del profilo virtuale, egli potrà essere sorvegliato a distanza da parte del datore di lavoro. Sarà necessario che egli venga esaustivamente informato in relazione alle attività che può compiere attraverso l'«*account*» e quali attività sono a lui precluse; saranno, ad ogni modo, vietati controlli che siano prolungati nel tempo e che siano indiscriminati poiché verranno considerati come illeciti³².

Dall'ipotesi del «*social network*» quale strumento di lavoro, si deve distinguere quello in cui il «*social media*» appartiene alla sfera privata del lavoratore³³. Come accennato in precedenza, la similitudine potrebbe essere effettuata con l'«*account*» di posta elettronica privata del dipendente³⁴. Sul punto, il tribunale di Roma, sezione lavoro, con riferimento all'«*email*» personale, ha evidenziato come sia necessario distinguere tra «*email*» personale e aziendale. Rispetto alla prima,

³⁰ «Le possibili ripercussioni del progresso tecnologico e, più in particolare, dell'intelligenza artificiale sui rapporti di lavoro non soltanto riguardino molteplici questioni, ma siano anche (e soprattutto) percepite più come rischi che come opportunità. Ciò è dovuto, probabilmente, al timore che l'invasività delle nuove tecnologie possa peggiorare le condizioni nelle quali lavoratrici e lavoratori svolgono la propria prestazione, intensificando lo stato di soggezione gerarchica che già di per sé caratterizza le relazioni contrattuali riconducibili alla subordinazione». M. BORZAGA, *Le ripercussioni del progresso tecnologico e dell'Intelligenza Artificiale sui rapporti di lavoro in Italia*, in *DPCE-Online*, n. 1/2022, 402.

³¹ E. FAMELI, *La rilevanza giuslavoristica dei social network, tra diritti dei lavoratori e prerogative datoriali di controllo*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, fasc. 1/2019, 5 ss.

Si precisa, infatti, che a seguito della riforma del 2015, il potere di controllo del datore di lavoro è esercitato legittimamente a condizione che esso rispetti le disposizioni contenute nel Codice della *Privacy* e dunque i provvedimenti del Garante.

³² La tematica può essere simile a quella attinente al controllo da parte del datore di lavoro dell'«*account email*» del dipendente. A livello nazionale, la giurisprudenza ha ammesso la legittimità di questa attività di controllo a condizione che essa possa rientrare nel cono d'ombra dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori in combinato disposto con le prescrizioni sancite in materia di «*privacy*».

³³ Sul punto la dottrina ha evidenziato che, con i «*social network*» si è assistito all'emersione negli utenti di una aspirazione a essere conosciuti dall'interno mondo virtuale conducendo alla propagazione di una specie di «narcisismo digitale». Esso è caratterizzato da un culto eccessivo dell'apparenza che viene tradotto, a sua volta, nella realizzazione di contenuti personali costituiti, a loro volta, da foto, messaggi, video, frasi pubblicate con l'obiettivo ultimo di essere riconosciuti dalla comunità virtuale. T. CANTELMINI, *Tecnoliquidità. La psicologia ai tempi di internet: la mente techno liquida*, Milano, San Paolo Edizione, 2013; E. ROCCHINI, *Social Network e controlli a distanza. Alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, fasc. 1/2019, 143 ss.

³⁴ Per quanto attiene alla posta elettronica, la dottrina ha precisato che essa «crei un potenziale contrasto tra il diritto all'intimità del lavoratore e la facoltà del datore di organizzare e dirigere l'impresa (...) il datore di lavoro non è abilitato – in linea di principio – a monitorare il contenuto della posta elettronica, posto che il diritto all'intimità è un diritto irrinunciabile. In caso contrario, si infrangerebbe il diritto all'intimità del lavoratore – che esiste anche in ambito lavorativo – contravvenendo all'articolo 28 della Costituzione nazionale». Traduzione di terzi in italiano, P. SPIWAK LEW, *El correo electrónico en el ámbito laboral*, in *Revista Derecho Laboral, Montevideo*, ottobre-dicembre 2005, tomo 48, n. 220.

qualsiasi controllo posto in essere dal datore di lavoro rappresenterebbe la commissione di reato nonché la violazione delle disposizioni costituzionali in materia di segreto sulla corrispondenza. A conclusione diversa si deve pervenire circa l'«*email*» aziendale poiché rispetto a essa, a determinate condizioni, il controllo del datore di lavoro può essere qualificato come legittimo³⁵.

Il parallelismo tra «*email*» e «*account*» creato sui «*social network*» non risulta essere pienamente corretto posto che, rispetto ai «*social network*», vi è la possibilità, per lo stesso utente, di predisporre differenti gradazioni circa la riservatezza e/o la pubblicità del proprio profilo. Nell'ipotesi in cui il profilo sia accessibile solamente a persone selezionate e, a contrario, non sia accessibile a chiunque, qualsivoglia contenuto che viene pubblicato sulla pagina personale deve essere considerato come riservato³⁶. L'accesso impostato deve essere interpretato quale filtro che il soggetto pone tra le informazioni proprie e il mondo esterno: in altri termini, il soggetto, attraverso la personalizzazione delle impostazioni «*privacy*» esercita il proprio diritto all'autodeterminazione con il fine ultimo di esercitare consapevolmente il «*ius excludendi alios*».

A contrario, qualora il profilo sia “pubblico” o altrimenti reso visibile “agli amici degli amici” l'accesso viene consentito a qualsivoglia soggetto: il datore di lavoro, potenzialmente, può accedere alle informazioni pubblicate in questa modalità pubblica.

È possibile, tuttavia, che la condivisione sul «*web*» e sui «*social media*» di informazioni e di opinioni, da interpretare quale momento estraneo nonché esterno alla prestazione lavorativa, può assumere importanza sia quale elemento unicamente considerato, sia quale fonte di prova di un comportamento distinto e posto in essere nella vita reale³⁷. Le pubblicazioni effettuate su «*Facebook*» vengono spesso utilizzate quale prova documentale della violazione di obblighi imposti al dipendente che si trovi in malattia o qualora egli si intrattenga in conversazioni che risultino incompatibili con lo stato di salute certificato o dichiarato³⁸. Si tratta di ipotesi in cui è stata ammessa la prova estrapolata dal profilo «*social media*» e il recesso del datore di lavoro è stato ritenuto legittimo attraverso il combinato disposto tra gli artt. 1175, 1375, 2104 e 2105 c.c.³⁹

³⁵ Tribunale Roma sez. lav., 26 marzo 2019.

³⁶ Sul punto Trib. Bergamo, ord. 24 dicembre 2015, in *il giuslavorista*, 11 gennaio 2016, con nota redazionale *Immagini sconvenienti su facebook: la vita virtuale influisce sul rapporto di lavoro*: «postare immagini su Facebook equivale, infatti, nella buona sostanza ad inviarle alle persone del proprio circolo di amicizie. La facilità di accesso alle caselle dei colleghi e degli amici, quando anche non sia stata chiesta o concessa una preventiva amicizia, è oramai un fatto notorio».

³⁷ M. BOMBELLI - R. GIORDANO - R. LANZO, *Diritto di Facebook. Viaggio nella giurisprudenza italiana per scoprire come i nostri giudici affrontano le problematiche legate al popolarissimo social network*, Milano, Key Editore, 2018.

³⁸ Il riferimento va al caso del dipendente in congedo per «*stress*» e licenziato a seguito della pubblicazione sul proprio «*social network*» di una immagine che lo ritraeva a un concerto, oppure il caso di un dipendente che aveva prodotto un certificato riportante un problema di sciatalgia e che si era esibito in piedi a un concerto di fisarmonica dopo aver affrontato un viaggio di chilometri al fine di raggiungere il luogo dello spettacolo. Cass. civ. sez. lavoro, 13 marzo 2018, n. 6047.

³⁹ Una sentenza della Corte di Cassazione ha sottolineato il rapporto che intercorre tra le disposizioni appena menzionate. A tal proposito, «le norme poste dagli art. 2 e 31. 20 maggio 1970 n. 300 a tutela della libertà e dignità del lavoratore, delimitando la sfera di intervento di persone preposte dal datore di lavoro a difesa dei suoi interessi, con specifiche attribuzioni nell'ambito dell'azienda (rispettivamente con poteri di polizia giudiziaria a tutela del patrimonio aziendale e di controllo della prestazione lavorativa) non escludono il potere dell'imprenditore, ai sensi degli art. 2086 e 2014 c.c. di controllare direttamente o mediante la propria organizzazione gerarchica l'adempimento delle prestazioni lavorative e quindi di accertare mancanze specifiche dei dipendenti, già commesse o in corso di esecuzione, e ciò indipendentemente dalle modalità del controllo, che può legittimamente avvenire anche occultamente, senza che vi ostino né il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione dei rapporti, né il divieto di cui all'art. 4 della stessa l. n. 300 del 1970, riferito esclusivamente all'uso di apparecchiature per il controllo a distanza». Cassazione civile sez. lav., 18 novembre 2010, n. 23303.

Dall'analisi delle disposizioni appena richiamate, infatti, si ha contezza che le condotte poste in essere si possono tradurre in una «violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede⁴⁰ e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, ove tale attività esterna, prestata o meno a titolo oneroso, sia per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando, quindi, una sua fraudolenta simulazione, ovvero quando, valutata in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, l'attività stessa possa pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio del lavoratore»⁴¹.

Distinto da quanto appena prospettato è l'utilizzo dei «*social network*» quale condotta extralavorativa ma suscettibile di incidere sul rapporto di lavoro⁴². Un primo esempio di ipotesi concerne la pubblicazione di notizie riservate all'impresa: si tratta di una fattispecie riconducibile nell'alveo dell'art. 2105 c.c. quale violazione dell'obbligo di fedeltà. È stata ricondotta a questa fattispecie la pubblicazione di contenuti con connotati dispregiativi nei confronti dell'azienda o dei colleghi⁴³.

⁴⁰ La Suprema Corte ha puntualizzato che la buona fede nell'esecuzione della prestazione lavorativa «trova fondamento anche nel dovere di esecuzione secondo buona fede, poiché il lavoratore non adempie i doveri nascenti dal contratto di lavoro mettendo formalmente a disposizione dell'imprenditore le sue energie lavorative, ma è necessario e indispensabile che il suo comportamento sia tale da rendere possibile al datore di lavoro l'uso effettivo e proficuo di queste, il che si realizza anche mediante l'integrazione tra gli apporti dei singoli operatori nel contesto unitario della funzione e/o del servizio cui la prestazione lavorativa inerisce». Cassazione civile sez. lav., 26 settembre 2013, n.22076.

⁴¹ Cass. civ. n. 17625 del 2014; Cass., n. 24812 del 2016; Cass., n. 21667 del 2017.

⁴² L'argomento che verrà introdotto si inserisce nella problematica ancora più ampia del diritto, costituzionalmente garantito dall'art. 21 Cost. Posta la complessità della tematica poc'anzi menzionata ci si limiterà, in tale contesto, ad accennare ad alcuni aspetti di cruciale importanza rinviando alla lettura, sia nazionale che internazionale, formatasi in materia. Il diritto di manifestazione del pensiero, infatti, possiede sia un profilo privato sia pubblico poiché realizza una interazione tra il singolo soggetto e il resto della comunità. In altri termini, la manifestazione del proprio pensiero «funge da snodo fra le libertà che proteggono la sfera intima dell'individuo (libertà della persona, del domicilio, della corrispondenza) e le libertà collettive che tutelano direttamente il suo agire nella sfera sociale (libertà di riunione, di associazione)». M. MANETTI, *la libertà di manifestazione del pensiero*, in R. NANIA - P. RIDOLA (a cura di), *I Diritti costituzionali*, Vol. II, Torino, Giappichelli, 2006, 768. La garanzia costituzionale *de qua*, in altri termini, può essere definita come trasversale posta la sua ramificazione con altre disposizioni costituzionali nonché l'essere un valore sociale e collettivo sul quale si fonda la stessa forma di Stato. Quanto appena esposto richiede di essere interpretato alla luce dell'evoluzione tecnologica e, precisamente, dal massiccio utilizzo di «*social network*». La riflessione che questi ultimi impongono di svolgere è se, realmente, si possa trattare di libertà nel mondo virtuale della Rete. Il tutto risulta essere ampliato dalla tematica delle cd. «*fake news*» e dell'«*hate speech*». In conclusione, dunque, l'interrogativo è se sia possibile regolare il fenomeno senza, al tempo stesso, limitare o, addirittura, violare il diritto ex art. 21 Cost. Sul punto, cfr. L. CALIFANO, *La libertà di manifestazione del pensiero... in rete; nuove frontiere di esercizio di un diritto antico. Fake news, hate speech e profili di responsabilità dei social media*, in *Federalismi.it*, fasc. 26/2021; P. COSTANZO, *Internet (diritto pubblico)* in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed. Aggiornamento, Torino, Giappichelli, 2000, 347 ss.; M. CUNIBERTI, (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione: profili costituzionali e pubblicistici*, Milano, Giuffrè, 2008; A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, Giappichelli, 2009; ID (a cura di), *Comunicazioni e nuove tecnologie. New media e tutela dei diritti*, Roma, Aracne, 2011; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Torino, Giappichelli, 2014; V. ZENOVENCOVICH, *Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero*, in *Percorsi costituzionali*, 2010, 69 ss.; R. PERRONE, *Fake news e libertà di manifestazione del pensiero: brevi coordinate in tema di tutela costituzionale del falso*, in *Nomos, Le attualità nel diritto*, n. 2/2018; A. CANDIDO, *Libertà di informazione e democrazia ai tempi delle Fake news*, in *federalismi.it*, n. 20/2020. La disposizione costituzionale appena citata è anch'essa coinvolta in un processo di evoluzione tecnologica, come autorevolmente sostenuto, infatti, emerge sempre di più l'esigenza di «raggiungere una declinazione tecnologicamente democratica della libertà di informazione». E. CATELANI, *Fake news e democrazia: verso una democrazia tecnologica*, in *ConsultaOnline*, 21 maggio 2020, 15; cfr. G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la Rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?* in *RivistaAIC*, fasc. 4/2018, 200 ss.; P. ZICCHITTU, *I movimenti "antisistema" nell'agorà digitale: alcune tendenze recenti*, in *ConsultaOnline*, 5 marzo 2020. Più recentemente è stato osservato che «il rischio è che il mondo della comunicazione e dell'informazione si automatizzi, alternativamente si standardizzi o si frammenti in una serie di bolle non interoperabili, privandosi di quel dinamismo e di quella forza trasformativa necessari a che la libertà di espressione e informazione continui a rappresentare un motore di crescita individuale e collettiva». C.M. REALE - M. TOMASI, *Libertà d'espressione, nuovi media e intelligenza artificiale: la ricerca di un nuovo equilibrio nell'ecosistema costituzionale*, in *DPCE-Online*, 1/2022, 336.

⁴³ Cass. pen., sez. I, 2 gennaio 2017, n. 50; Cass. pen., sez. I, 28 aprile 2015, n. 24431.

Ci si riferisce a quanto postato da un lavoratore sulla propria pagina personale «*Facebook*»: oggetto della pubblicazione erano delle foto in cui egli appariva con dei colleghi all'interno dei locali aziendali, in circostanza idonee a dimostrare l'inadempimento

Particolarmente delicate sono le ipotesi di contenuti anti-aziendali non creati dal dipendente ma condivisi sul profilo social o rispetto ai quali viene dimostrato un apprezzamento attraverso un “like”. L’attività di ri-pubblicazione è stata ritenuta equivalente alla elaborazione di un contenuto o elaborato innovativo. In relazione al “like”, è stata ritenuta legittima la sanzione disciplinare comminata per aver espresso un apprezzamento, attraverso “like” appunto, a una indignazione e condanna per l’operato della pubblica amministrazione di cui faceva parte l’utente «Facebook»⁴⁴.

In materia è da segnalare quanto sostenuto dalla Suprema Corte⁴⁵ in tema di creazione di un «account» falso da parte del datore di lavoro al fine di effettuare un controllo a distanza sull’attività svolta dai lavoratori⁴⁶. La condotta posta in essere è stata riconosciuta come legittima da parte della Corte sia in relazione alla normativa *ad hoc* in materia di controlli da parte del datore di lavoro sia con riferimento alla conformità ai principi di buona fede e correttezza nella esecuzione del rapporto di lavoro⁴⁷.

4. Le nuove frontiere della videosorveglianza: non solo social network ma anche vita reale

della prestazione lavorativa, con relativa didascalia offensiva nei confronti del datore di lavoro. Sebbene quest’ultimo non era stato nominato, egli venne ritenuto ugualmente identificabile quale destinatario delle espressioni oltraggiose da parte dei soggetti che avevano accesso al profilo medesimo. Trib. Milano, sez. lav., ord. 1 agosto 2014, P. SALAZAR, *Facebook e rapporto di lavoro: quale confine per l’obbligo di fedeltà*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 2/2016, 201 ss.

⁴⁴ TAR Milano, sez. III, 3 marzo 2016, n. 246, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 3/2017, pp. 381 ss. Emerge, dunque, che «tale riguardo, l’obbligo di fedeltà, letto in combinato disposto con la buona fede oggettiva, rappresenta la porta di accesso alla rilevanza giuridica dell’utilizzo extralavorativo dei *social network*, come del resto di tutti i comportamenti tenuti dal lavoratore fuori dall’orario e dalla sede di lavoro, che non abbiano una connotazione esclusivamente privata. Il contemperamento tra il vincolo fiduciario fondativo del rapporto ed i diritti della persona garantiti al massimo livello gerarchico delle fonti ordinamentali poggia su limiti formali e sostanziali, nonché su un generale criterio di proporzionalità, il cui dosaggio finisce con l’essere rimesso (prima all’impresa, e poi in sede di controllo) al giudice nel caso concreto. Tanto considerato, se pubblicare contenuti sui social ben può avere ricadute (anche drammatiche) sul rapporto di lavoro, in caso di accertata lesione del predetto obbligo di fedeltà, è chiaro che al lavoratore sia richiesta una maggiore consapevolezza nell’utilizzo dei nuovi strumenti di comunicazione. Questa rafforzata responsabilità è senza dubbio il riflesso della dilatazione delle potenzialità lesive dell’immagine e degli interessi aziendali da parte singolo, che si trova ora a disporre di una audience mediatica impensabilmente espansa ed astrattamente illimitata. Ma essa consegue anche (e soprattutto) a quello che i più hanno salutato come il nuovo “patto” posto alla base del moderno rapporto di lavoro, in cui l’impresa è chiamata ad assumere un maggiore impegno nel garantire benessere al lavoratore, con l’effetto che a questo può correlativamente richiedersi un maggiore sforzo sul piano della fedeltà, della lealtà e del senso di appartenenza». F. FAMELI, *La rilevanza giuridica dell’utilizzo extralavorativo dei social network da parte del lavoratore*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, fasc. 1/2019, 29.

⁴⁵ Cass. civ., sez. lavoro, 27 maggio 2015, n. 10955.

⁴⁶ Nel caso di specie, dinnanzi a ripetuti episodi riferibili alla prassi di un lavoratore di allontanarsi dalla propria prestazione lavorativa per effettuare una chiamata privata che aveva impedito di intervenire prontamente su un macchinario in stato di blocco, l’azienda aveva autorizzato il responsabile delle risorse umane alla creazione e al successivo utilizzo di un account falso sul «*social network*» al fine di intrattenere conversazioni con il dipendente. Il tutto, quindi, era finalizzato a verificare l’effettivo utilizzo del dispositivo mobile durante l’orario di lavoro.

⁴⁷ Attenta dottrina ha precisato che, nel caso di specie, si fondono differenti problematiche: l’applicazione delle tutele strettamente connesse alla posizione di lavoratore subordinato, una generale di rispetto del principio di buona fede nell’esecuzione del contratto, una attinente al profilo «*privacy*» e, infine, una attinente al diritto penale. Più precisamente, «la questione che si pone – su cui nel caso di specie i giudici non intervengono per inammissibilità della doglianza in questa fase del giudizio – è quella relativa alla violazione dell’art. 494 c.p. che statuisce il reato di sostituzione di persona (un indizio in questo senso può essere letto nel testo della sentenza, che dichiara inammissibili i documenti prodotti dal lavoratore relativi al procedimento penale nei confronti del responsabile e, tra questi, fa menzione di un decreto penale di condanna)». E. DAGNINO, *Controlli social dei lavoratori: un’interessante pronuncia della Cassazione*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc. 3/2015, 839.

L'utilizzo dei «*social network*» non solo quali strumenti personali ma anche necessari per svolgere la prestazione lavorativa pongono delle problematiche attinenti alla pervasività del controllo che il datore di lavoro può svolgere circa i contenuti che circolano sul «*web*».

Apparentemente, dunque, sembrerebbe che la problematica della videosorveglianza possa essere limitata solamente alle attività che vengono esercitate e svolte attraverso l'interazione con le piattaforme «*online*». Tuttavia, l'evoluzione tecnologica impone di riflettere nuovamente su nuove forme di controllo che il datore di lavoro può effettuare ricorrendo a meccanismi che, proprio come i «*social network*», possono costituire sia mezzi necessari per svolgere la prestazione lavorativa sia “veicoli” che possono essere utilizzati durante il tempo libero.

Il riferimento è ai meccanismi Sap⁴⁸, meglio conosciuti come “droni⁴⁹”: essi ripropongono il rapporto tra tutela della «*privacy*» e soggezione ai controlli rapportato nel mondo della vita reale e non limitato al mondo delle piattaforme e dei «*social network*». Ulteriore tematica che viene trasportata dal mondo virtuale a quello reale concerne l'aspettativa di «*privacy*» e di riservatezza che i soggetti, gli individui possono vantare, ossia, la pretesa a non essere destinatari di una massiccia attività di videosorveglianza da parte degli altri consociati, in generale⁵⁰, e, in particolare, da parte del datore di lavoro⁵¹.

Di conseguenza, nell'ipotesi in cui il datore di lavoro dovesse ricorrere all'uso della tecnologia Sap quale strumento ritenuto necessario o indispensabile non solo per l'esecuzione della prestazione lavorativa ma, altresì, quale elemento per arginare il verificarsi di infortuni sul lavoro⁵², dovrà redigere appositi protocolli⁵³ al fine di tutelare la riservatezza dei propri dipendenti.

In conclusione, nella riflessione giuridica il concetto di videosorveglianza digitale rimanda, in modo quasi automatico, ai «*social media*» o al lavoro svolto attraverso piattaforma⁵⁴. Spesso si

⁴⁸ Per un approfondimento sul punto cfr. M. LAMON, *Il ruolo dei mezzi aerei a pilotaggio remoto durante l'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Giureta, Rivista del diritto dell'economia dei trasporti e dell'ambiente*, 2020, 179; F. GASPARI, *La regolazione multilivello degli aeromobili a pilotaggio remoto e la disciplina «speciale» dell'ENAC nel contesto della pandemia COVID-19*, in *Rivista del Diritto della Navigazione*, n. 1/2020; F. PETTINARI, *Le nuove minacce*, in E. SABATINO, F. PETTINARI, (a cura di) *La minaccia dei droni duali e le sfide per l'Italia*, Istituto Affari Internazionali, Roma, 2020, 9 ss.; A.R. UNGARO - P. SARTORI, *I velivoli a pilotaggio remoto e la sicurezza europea. Sfide tecnologiche ed operative*, in *Quaderni LAI*, Roma, 2016, 40 ss.; G. VERUGGIO - F. OPERTO, *Roboetica: focus sulle problematiche civili e militari dei droni*, in *Mondo digitale*, 2015, 3 ss.; R. BELLOTTI - L. TAFARO, *Mezzi aerei a pilotaggio remoto: questioni teoriche e profili applicativi*, Napoli, Esi, 2021; F. MORELLO, *Droni e assicurazioni aeronautiche. Spunti di diritto interno ed europeo*, in G.F. AIELLO - M. A. BIASSOTTI - E. PALMERINI, (a cura di) *Diritto dei Droni. Regole, questioni e prassi*, Milano, Giuffrè, 2019, 223 ss.; E.G. ROSAFIO, *Considerazioni sui mezzi aerei a pilotaggio remoto e sul regolamento ENAC*, in *Rivista di diritto nella Navigazione*, n. 2/2014, 787 ss.

⁴⁹ D.A. DULO, *Aeronautical Foundations of the Unmanned Aircraft*, in ID, *Unmanned Aircraft in the National Airspace. Critical, Issues, Technology and the Law*, Chicago, Illinois, American Bar Association, Section of Science & Technology Law, 2015, 21 ss.

⁵⁰ C. DELLA GIUSTINA, *L'utilizzo privato dei droni: una nuova sfida per i diritti umani?* In *Rivista del Gruppo di Pisa*, fasc. spec. 3/2021, 123 ss.

⁵¹ B. DIETRICH - S. IFF - J. PROFELT - T. ALBERS - K. BLASCHKE, *Development of a Local Air Surveillance System for Security Purposes: Design and Core Characteristics*, in *European Journal for Security Research*, n. 2/2017, 71 ss.

⁵² C. DELLA GIUSTINA, *Meccanismi SAPR e diritto del lavoro: quali rischi, quali opportunità per il diritto?* in *Diritto e Lavoro nelle Marche*, n. 2/2021, 180 ss.

⁵³ Sulle problematiche che possono determinare anche una responsabilità penale dell'ente, vedasi C. DELLA GIUSTINA, *A spider in the sky saw me. Prime riflessioni sulla potenziale applicazione del modello 231 agli aeromobili a pilotaggio remoto*, in *Rivista231*, n. 4/2021, 311 ss.

⁵⁴ Parte della dottrina, con riferimento alla circolazione delle «fake news» nonché con riferimento alla problematica dell'«hate speech» aveva prospettato, quale soluzione, la sussistenza di un obbligo di vigilanza sui titolari dei siti. Codesto obbligo, precisamente, «in astratto potrebbe assumere due forme: quella del controllo preventivo, cioè essere esercitato nel momento in cui i contenuti illeciti vengono caricati dall'utente sul sito web, portando all'impossibilità di concludere la procedura di caricamento (*upload*), oppure quella del controllo successivo, cioè essere attivato quando ormai la notizia è entrata nella Rete, a partire da una segnalazione di un utente, e che comporti per il titolare del sito la rimozione del contenuto indicato». L.

dimentica che esso può avvenire anche attraverso quella che rappresenta l'ultima frontiera dell'evoluzione tecnologica⁵⁵, cioè, i veicoli autonomi e, precisamente, i veicoli autonomi aerei⁵⁶. Proprio grazie all'utilizzo di questi veicoli, il controllo non è limitato all'ambito virtuale ma si estende a quello reale determinando, potenzialmente e se non correttamente limitato, un controllo pregnante ed estendibile a qualunque momento della vita dell'individuo.

ABSTRACT: La progressiva e incessante evoluzione tecnologica ha portato nuove sfide alla riflessione giuridica. Il settore giuridico che sembra essere maggiormente influenzato è quello giuslavoristico: la *gig-economy*, cui spesso viene associata la problematica dei *riders*, è stata oggetto di numerose pronunce a livello internazionale. Con il presente contributo si è deciso di porre l'attenzione al potere del datore di lavoro di controllo sull'esecuzione della prestazione lavorativa dinanzi alla sfida rappresentata dal mondo dei *social network*. Le conclusioni dimostreranno come l'attività di videosorveglianza non possa essere esercitata solamente grazie e attraverso i *social network* ma, altresì, può realizzarsi in quella che può essere definita come la "vita reale".

ABSTRACT: The increasing and never-ending IT development has sparked off new challenges within the law debate. Among the legal areas most influenced by this new trend, labour law stands out. In this respect, the gig-economy, which is often associated with the multifarious issues entailed to riders, has been the subject matter of "a plethora" of Court decisions, across the world. Thus, this contribution turns its focus on the employer's power of control over the job performance, particularly if the latter is juxtaposed against the "universe" of social networks. The outcome of this analysis corroborates the view that not only can video surveillance be exercised thanks to, and through, social networks, but also it is liable for being carried out in what can be defined the "real life", particularly via "drones".

PAROLE CHIAVE: potere di controllo del datore di lavoro – social network – tutela dei lavoratori – videosorveglianza.

KEYWORDS: power of control of employer – social network – worker protection – video-surveillance.

Califano, *La libertà di manifestazione del pensiero... in rete; nuove frontiere di esercizio di un diritto antico. Fake news, hate speech e profili di responsabilità dei social media*, op. cit., 17.

⁵⁵ Parte della dottrina ha ritenuto necessario che l'ordinamento costituzionale provveda a un «aggiornamento» di sé stesso al fine di garantire la tutela dei diritti dinanzi all'evoluzione del cambiamento non solo socio-economico ma anche, e soprattutto, tecnologico. G. CAVAGGION, *Il diritto al lavoro nella prospettiva dell'automazione e dell'informatizzazione*, in *Federalismi.it*, n. 5/2019, 235 ss.

⁵⁶ «I droni sono l'esempio classico di evoluzione preoccupante del concetto di telecamera. Già le telecamere tradizionali e le web-cam si sono rivelate, da tempo, potenti strumenti di controllo: il drone può, silenziosamente, seguire l'obiettivo e anche colpirlo, vero e proprio occhio incorporato in un sistema tecnologico. Il GPS, dal canto suo, è già presente sui telefoni, sui tablet e sui computer, permette di localizzare la posizione ed è diventato strumento di grande diffusione. I metadati che si riferiscono ai contenuti di documenti, fotografie e video, consentono di ottenere informazioni aggiuntive controllando, per certi versi, l'utente dall'interno del dato digitale. Sono essenzialmente due le tipologie di controllo che possono essere inserite all'interno delle tecnologie, intendendo quali *tecnologie* sia i dispositivi sia le applicazioni che li fanno funzionare. Le prime sono *volontarie*, ossia il produttore scientemente inserisce caratteristiche votate al controllo all'interno di una tecnologia pensata per un utilizzo fondamentalmente generico. Le seconde sono involontarie, ossia sono funzioni che permettono un controllo, attivabili o meno dall'utente e dipendenti dal suo modo di utilizzarle e dalla sua consapevolezza». G. ZICCARDI, *Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *LLI*, n. 1/2016, 50.

