

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE - ANDREA SITZIA



---

Isbn 9788828838029

*Estratto al volume:*

Carlo Pisani - Giampiero Proia - Adriana Topo  
(a cura di)

**PRIVACY E LAVORO  
LA CIRCOLAZIONE DEI DATI PERSONALI  
E I CONTROLLI NEL RAPPORTO DI LAVORO**

2022

## LAVORO E MONITORAGGIO: IL “TEST DI PROPORZIONALITÀ” NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CEDU

di *Paulo Pinto de Albuquerque* e *Andrea Sitzia*

**SOMMARIO:** 1. Monitoraggio e dignità nei luoghi di lavoro. — 2. Il bilanciamento di interessi e il ruolo della Corte europea dei diritti dell’uomo. — 3. Un “different weight in the future” per la protezione dei lavoratori. — 4. Il “Reasonable expectation test” nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo. — 5. I controlli “difensivi” occulti.

### 1. Monitoraggio e dignità nei luoghi di lavoro.

La vigilanza <sup>(1)</sup> sull’attività di lavoro è un dato ineliminabile nell’organizzazione del lavoro stesso: è strumento indispensabile per coordinarlo, per valutarlo e per consentire l’eventuale esercizio del potere disciplinare.

L’impossibilità di scindere il lavoro dalla persona che lo presta provoca un inevitabile conflitto tra l’autorità del datore di lavoro e la personalità del lavoratore, che ne può risultare profondamente incisa. La struttura del rapporto di lavoro subordinato presuppone una contrapposizione tra autorità e libertà, cosicché gli ordinamenti giuridici di “civil law” hanno affinato rigide cornici legali di disciplina delle prerogative datoriali con l’obiettivo di garantire un equilibrato bilanciamento tra la tutela della personalità e la libertà di iniziativa economica <sup>(2)</sup>. I principi generali e le disposizioni costituzionali che affrontano questo tema riflettono il grado di compressione della personalità che i singoli ordinamenti considerano accettabile nel contesto della subordinazione giuridica.

Nel rapporto di lavoro subordinato, infatti, gli ordinamenti legittimano l’esercizio dell’autorità privata per il perseguimento di un interesse privato,

---

<sup>(1)</sup> Per una distinzione tra i concetti di vigilanza, monitoraggio e controllo si rinvia a SITZIA, LOPEZ, in questo Volume, cap. 13.

<sup>(2)</sup> Per un esame comparatistico cfr. P. PERRAKI, *La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen: étude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen*, Thèse. Université de Strasbourg, 2013; JILPT (Japan Institute for Labour Policy and Trading, *Protection of Employees’ Personal Information and Privacy*, Tokyo, 2014; V. MATHIEU, *Privacy e dignità dell’uomo. Una teoria della persona*, Torino, 2005.

e, così, accettano di attribuire rilevanza giuridica ad una forma di dominio di un soggetto su di un altro. Il principio personalistico giustifica l'imposizione di vincoli alla libertà di iniziativa economica privata finalizzati al rispetto della dignità umana, considerata anche nella sua componente professionale.

In questa prospettiva di carattere generale si deve tenere conto delle più recenti tendenze alla frammentazione della figura del datore di lavoro, alla diffusione del modello di impresa “a rete”, ed al perfezionamento di reti e piattaforme informatiche. Questi processi hanno messo in crisi il criterio tradizionale di identificazione del legame di subordinazione giuridica<sup>(3)</sup>. Per il giurista del lavoro il tema relativo al campo di applicazione della disciplina del lavoro subordinato evoca classicamente il tentativo di sottrazione del polo datoriale dall'operare della legislazione sociale. L'impresa tende a ricorrere ad ingegnose costruzioni per escludere artificialmente parte dei collaboratori che, alla fine dei conti, lavorano a loro profitto. Le forme più avanzate di funzionamento delle piattaforme tecnologiche non si limitano alla semplice messa in relazione di clienti e prestatori di servizi, ma definiscono i termini dello scambio ed organizzano il servizio<sup>(4)</sup>. Queste piattaforme pongono un serio problema per il diritto del lavoro<sup>(5)</sup>. Il problema della tutela della dignità e riservatezza dei “lavoratori” va evidentemente oltre lo specifico ambito della “dipendenza” tecnicamente limitata alla subordinazione (art. 2094 c.c.) in quanto qualsiasi trattamento di dati personali nell'ambito del settore del “lavoro”, svolto in forma subordinata, autonoma, “parasubordinata”, “etero-organizzata” (art. 2, d.lgs. n. 81/2015), o “tramite piattaforme digitali” (nuovo capo V-bis del d.lgs. n. 81/2015, introdotto dal d.l. n. 101/2019, conv. con modif. dalla legge n. 128/2019)<sup>(6)</sup> presenta un'esigenza di bilanciamento di interessi contrapposti, il cui livello

<sup>(3)</sup> In argomento, per una proposta di soluzione del problema, cfr. B. LANGILLE, *The Capability Approach to Labour Law*, Oxford, Oxford U.P., 2019.

<sup>(4)</sup> CJEU, 20 dicembre 2017, C-434/15, *Elite Taxi c/ Uber System Spain*.

<sup>(5)</sup> A. FABRE, M.C. ESCANDE-VARNIOL, *Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation?*, in *Revue du droit du travail*, 2017, 3, 166-174.

<sup>(6)</sup> Si ricorda che l'art. 47-sexies del d.lgs. n. 81/2015 prevede espressamente l'applicabilità della disciplina in materia di protezione dei dati personali ai trattamenti di dati dei lavoratori che svolgono la loro attività mediante piattaforme digitali. I livelli minimi di tutela, comprensivi delle garanzie in materia di trattamento di dati personali, devono essere riconosciuti ai rider indipendentemente dalla natura del rapporto di lavoro sottostante (etero-organizzato o autonomo), trattandosi di diritti fondamentali e indisponibili (cfr. Trib. Bologna, sez. lav., ord. 31 dicembre 2020, reperibile in *Bollettino ADAPT*, 18 gennaio 2021, n. 2, con commento di F. CAPPONI, <http://www.bollettinoadapt.it/algorithmi-e-lavoro-tramite-piattaforma-digitale-alcune-riflessioni-sulla-recente-ordinanza-del-tribunale-di-bologna/>). Sul tema, in dottrina, si veda A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Torino, 2021, spec. 210; F. HENDRICKX, *From Digits to Robots: The*

di criticità, naturalmente, è più alto nel caso dei rapporti di subordinazione e di etero-organizzazione (7).

Si deve sottolineare che, come evidenziato dal Garante privacy con ordinanza ingiunzione del 10 giugno 2021 (doc. web 9675440), per effetto di quanto stabilito dall'art. 47-*quinquies* del d.lgs. n. 81/2015, l'applicazione della disciplina in materia di "libertà e dignità del lavoratore" prevista per i lavoratori subordinati (comprensiva, dunque, della disciplina di cui all'art. 4 St. lav.), rientra tra i livelli minimi di tutela garantiti dall'ordinamento indipendentemente dalla concreta natura del rapporto di lavoro in essere con coloro che rendono la prestazione di consegna di beni attraverso piattaforme "anche digitali".

Sotto altra angolazione, inoltre, la diffusione del personal computer, l'individualizzazione degli statuti giuridici e la progressiva diversificazione e dilatazione del lavoro dipendente, i cui confini con il lavoro autonomo sono sempre più difficili da identificare, fanno registrare un offuscamento dei confini tra vita privata e vita professionale (8). Le nuove forme di organizzazione del lavoro, a prescindere dalle tipologie contrattuali utilizzate, tendono ad una sempre più forte integrazione del "collaboratore" all'impresa. Si assiste, così, oltre alla svalutazione degli elementi tipici del legame di

---

*privacy-Autonomy Nexus In New Labor Law Machinery*, in *Comp. Lab. & Pol'Y Journal*, 2019, 40, 365 ss.

(7) Si veda l'ordinanza di ingiunzione emessa dal Garante Privacy nei confronti di Foodinho S.r.l. il 10 giugno 2021 (doc. web n. 9675440), relativamente ai trattamenti dei dati dei rider, effettuato tramite l'utilizzo di una piattaforma digitale dotata di algoritmi di prenotazione e assegnazione degli ordini di cibo e prodotti. L'Autorità ha rilevato una serie di gravi illeciti, in particolare riguardo agli algoritmi utilizzati per la gestione dei lavoratori (omessa informativa sul funzionamento del sistema e difetto di garanzie sull'esattezza e la correttezza dei risultati dei sistemi algoritmici utilizzati per la valutazione dei rider; in particolare non venivano garantite procedure per tutelare il diritto di ottenere l'intervento umano, esprimere la propria opinione e contestare le decisioni adottate mediante l'utilizzo degli algoritmi in questione, compresa l'esclusione di una parte dei rider dalle occasioni di lavoro). Di particolare interesse con riferimento al tema relativo all'applicazione della disciplina di tutela dei dati personali ai lavoratori "etero-organizzati" (o comunque delle prestazioni di lavoro effettuate mediante l'operatività di piattaforme digitali) è l'ampia parte della motivazione dell'ordinanza ingiunzione che si legge alle pagg. 32-35 (seconda parte del punto 3.3.9), ove si mette in chiara evidenza la portata espansiva delle tutele ad opera dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015. A giustificazione dell'applicazione dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 il Garante precisa che, dall'esame delle risultanze istruttorie, "la società ... attraverso l'utilizzo di una piattaforma digitale consente ai clienti di effettuare ordini di cibo o altri beni presso un esercizio commerciale ed organizza l'attività di trasporto e consegna dei beni, in assenza di alcun coordinamento stabilito di comune accordo con i rider" (cfr. pag. 33 dell'ord. ing.).

(8) B. ANCEL, *Big Brother au bureau. Impératif sécuritaire ou crépuscule du droit à la vie privée?*, in *Revue du droit du travail*, 2017, 3, 219-224.

subordinazione giuridica, ad una contestuale tendenza allo sviluppo di un legame di controllo che risulta sempre più stretto e pervasivo. L'esercizio del potere di controllo caratterizza, dunque, la relazione di autorità, e viene considerato, da alcune recenti dottrine <sup>(9)</sup>, come l'elemento qualificante la relazione giuridica di lavoro salariato.

Parallelamente, si è profondamente modificato lo stesso modo di rapportarsi allo strumento di lavoro, al punto che attenta dottrina evidenzia come gli strumenti inscrivano e amplifichino sempre di più all'interno di oggetti materiali le facoltà dell'uomo biologico <sup>(10)</sup>. La questione è oggetto di attenzione soprattutto con riferimento alle forme di c.d. *smart working* <sup>(11)</sup> ed in relazione al problema della "disconnessione".

Nell'ambito di questo complessivo scenario, per quanto qui interessa, i maggiori rischi di mortificazione della dignità umana <sup>(12)</sup> si manifestano quando l'uomo viene ridotto a strumento, ad oggetto, con detrimento della propria umanità. Il costante collegamento dell'uomo con la macchina e la relazione di controllo tecnologico, pervasivo ed occulto, rischiano di rendere il lavoratore un inconsapevole oggetto di osservazione altrui.

Come rilevato nell'opinione separata del giudice Pinto de Albuquerque nel caso *Barbulescu contro Romania*, "Given that in modern societies Internet communication is a privileged form of expression, including of private information, strict limits apply to an employer's surveillance of Internet usage by employees during their worktime and, even more strictly,

<sup>(9)</sup> P. LOKIEC, *De la subordination au contrôle*, in *Semaine Sociale Lamy*, 1841, 17 décembre 2018; F. ROSA, *Nouvelles formes d'externalisation de la main d'œuvre: quelle réactions du droit du travail?*, in S. Laval (dir.), *Contournement, optimization, evasion: les norms en danger?*, Paris, Varenne éd., 2019.

<sup>(10)</sup> A. SUPIOT, *Homo juridicus*, Paris, Éditions du Seuil, 2005; J.F. LECLERQ, D. DE ROY, J.F. NEVEN, G. DÈMEZ, E. PLASSCHAERT, S. WASSENHOVE, E. CARLIER, G. ALBERT, C. WANTIEZ, *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, Editions du jeune Barreau de Bruxelles, 2005; Στ. Μίχος, *Η επιτήρηση των επικοινωνιών μέσω internet στο χώρο εργασίας*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, Σάκκουλα, 2007; O. HAZEL, *E-mail and Internet Monitoring in the Workplace: Information Privacy and Contracting-out*, in *Industrial Law Journal*, 2002, 12, pp. 321-352; G. ZICCARDI, *Internet, controllo e libertà. Trasparenza, sorveglianza e segreto nell'era tecnologica*, Milano, 2015.

<sup>(11)</sup> Cfr. E. ALES et AL., *Working in Digital and Smart Organizations*, Basingstoke, Palgrave McMillan, 2018.

<sup>(12)</sup> In ordine alle conseguenze giuridiche di questo scenario si rinvia a P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *The Rights of Workers, Migrant Workers and Trade Unions in the light of the European Convention on Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2020, 1, disponibile nella traduzione in italiano in *Diritti Lavori Mercati*, 2020, 2, 409-436.

outside their working hours, be that communication conducted through their own computer facilities or those provided by the employer” (13).

È per questa ragione, al fine di preservare la dignità umana, che qualsiasi interferenza datoriale nella sfera personale del lavoratore deve essere giustificata. La giustificazione del controllo si connette all’individuazione dell’interesse che, nella prospettiva del regolamento 2016/679/UE, è capace di consentire l’effettuazione di un trattamento di dati personali, previa dimostrazione della sua “legittimità”, oltre che dell’effettuazione di una valutazione di bilanciamento tra interessi contrapposti che può imporre, in determinate circostanze, anche l’elaborazione di una “valutazione d’impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali” (art. 35 del regolamento).

In una fase di transizione come l’attuale, di fronte all’invadenza delle tecnologie nel controllo sull’attività espressiva dell’umano, e nella consapevolezza della crisi del diritto del lavoro tradizionale inteso come apparato protettivo, il ruolo del giudice è essenziale (14), soprattutto ove si consideri la prospettiva eurounitaria, nella quale “Employees must be made aware of the existence of an Internet usage policy in force in their workplace, as well as outside the workplace and during out-of-work hours, involving communication facilities owned by the employer, the employee or third partie. (...) In event of alleged breaches of Internet usage policy by employees, opportunity should be given to them to respond to such claims in a fair procedure, with judicial oversight” (15).

## 2. Il bilanciamento di interessi e il ruolo della Corte europea dei diritti dell’uomo.

La Corte europea dei diritti dell’uomo non ha ancora affrontato compiutamente queste complesse problematiche (16), che attendono, con ur-

(13) P. Pinto de Albuquerque, separate opinion, Case of Bărbulescu v. Romania, Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. IV, 12 gennaio 2016, appl. n. 61496/08. In argomento si veda P. PINTO DE ALBUQUERQUE, CARLOS DOMENECH, *Hablemos de derechos humanos, La doctrina del TEDH y su aplicación en España desde los votos particulares del Juez Pinto de Albuquerque*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 627-690, con particolare attenzione al confronto con il caso Lopez Ribalda v. Spain.

(14) J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation*, Paris, Seuil, 2005; A. BERRAMDANE, J. ROSSETTO, *Droit de l’Union européenne; Institutions et ordre juridique*, Paris, Montchrestien, 2010.

(15) P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Separate opinion*, cit.

(16) Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo si rinvia a D. MANGAN, in questo Volume.

genza, una ricostruzione autorevole, capace di ristabilire un rapporto coerente tra le forme di esplicazione dell'autorità imprenditoriale e il principio personalistico.

Come evidenziato nella dissenting opinion del giudice Pinto de Albuquerque allegata alla sentenza della quarta Sezione nel caso *Bărbulescu* <sup>(17)</sup>, “the Court does not provide any guidance on the interests that the employer may invoke under Article 8 § 2 to justify interferences with the employee’s privacy”.

La persistente assenza di un criterio di orientamento stabile lascia un vuoto significativo soprattutto ove si tenga conto della difficoltà di ricostruire la relazione tra riservatezza e libertà d'impresa nella prospettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (di seguito la Carta) <sup>(18)</sup>.

La libertà d'impresa è, come noto, l'essenza stessa del Trattato di Roma e del mercato unico. Il concetto di libertà d'impresa, nel sistema del diritto dell'UE, è molto ampio e ricomprende l'esercizio di ogni attività economica sia su base individuale che su base collettiva. L'art. 16 della Carta precisa, tuttavia, che l'esercizio della libertà d'impresa deve avvenire in conformità al diritto dell'Unione e delle legislazioni e prassi nazionali ed è, dunque, nel diritto dell'Unione che devono, innanzitutto, essere ricercate le garanzie e i limiti all'esercizio dell'attività di impresa. È noto, altresì, che, ai sensi dell'art. 52, par. 3, della Carta, nel caso di corrispondenza dei diritti da questa previsti con quelli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dei relativi Protocolli, significato e portata sono definiti da quest'ultima <sup>(19)</sup>.

Quest'ultimo passaggio è centrale perché consente di porre al centro dell'analisi giuridica del rapporto tra libertà d'impresa e dignità del lavoratore (nella prospettiva della sua riservatezza), il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

<sup>(17)</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, 12 gennaio 2016, appl. n. 61496/08, *Case of Bărbulescu v. Romania*, riformata da Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 5 settembre 2017. Per un commento si veda J.C. PEREIRO, E. RODRIGUEZ, *Is the Employer Entitled to Survey Employee's Internet Communications in the Workplace? Case of "Barbulescu v. Romania"*, in Freire et al. (eds.), *Media and Metamedia Management, Advances in Intelligent Systems and Computing*, Springer, 2017, 87-93.

<sup>(18)</sup> G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Éditions du Seuil, 2001.

<sup>(19)</sup> G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *Carte e Corti europee. Diritti fondamentali e giustizia italiana*. Giappichelli, Torino, 2014; H. SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Cambridge, Intersentia, 2011; F. DORSEMONT, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN (eds.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford, Hart, 2013; I. MILANO (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Paris, Arthemis, 2016.

Nel modello di cui agli artt. 8, par. 2 e 10 par. 2 della Convenzione è implicito un rapporto di prevalenza della “*reasonable expectation of privacy*” rispetto all’esplicazione del potere datoriale di controllo <sup>(20)</sup>. Qualsiasi interferenza del datore di lavoro con il diritto al rispetto della vita privata e della libertà d’espressione del dipendente, compresa la semplice memorizzazione di dati personali relativi alla vita privata del dipendente, deve essere giustificata in una società democratica dalla protezione di alcuni interessi specifici coperti dalla Convenzione. Si veda, anche in relazione a questi profili, la dissenting opinion del giudice Pinto de Albuquerque sopra richiamata nel testo, che si conclude criticando la soluzione offerta dalla quarta sezione nel caso *Bărbulescu* proprio perché “the Court neglects the normative value of the “reasonability” criterion, leaving the impression that the employee’s privacy at work is always deferential to pure management prerogative, as if the employer had the ultimate word on what kind of activity is not regarded as private in the workplace and the employee could not benefit from any expectation of privacy” <sup>(21)</sup>.

L’art. 1 del primo protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo non può che essere letto, con riferimento al rispetto della riservatezza del lavoratore, che in combinazione con l’art. 8 della Convenzione medesima.

In questo senso si può ritenere che, in relazione alla riservatezza del lavoratore, un esito interpretativo quale quello raggiunto dalla Corte di giustizia con le sentenze *Alemo-Herron* (cf. Prassl, 2015) e *AGET Iraklis* <sup>(22)</sup> non dovrebbe essere possibile. Il ruolo centrale attribuito dalla Corte di giustizia alla libertà di impresa, intesa come libera da intrusioni e coercizioni regolative, non può che essere ribilanciato, con riferimento, per lo meno, al rapporto con la riservatezza del lavoratore, alla luce del parametro di cui all’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo che pone la persona al centro del sistema. Nel modello dell’art. 8 la libertà d’impresa, e dunque l’autorità, si trova in posizione subordinata rispetto alla dignità umana.

Per tutte queste ragioni si deve sottolineare che la Corte di Strasburgo ha un ruolo fondamentale nell’elaborazione di un criterio interpretativo generale del bilanciamento di interessi in materia, assunto, ormai, a parametro di

---

<sup>(20)</sup> Sulla necessaria riformulazione di questa “aspettativa” come criterio normativo, si veda l’opinione separata del giudice Pinto de Albuquerque, citata sopra.

<sup>(21)</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE, dissenting opinion, cit..

<sup>(22)</sup> Corte giust. CE, 18 luglio 2013, C-426/11, *Alemo-Herron and others c. Parkwood Leisure Ltd.*; Corte giust. CE, 21 dicembre 2016, C-201/15, *AGET Iraklis c. Ypourgos Ergasias*. Cfr. Al riguardo, per tutti, S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Milano, 2018.



riferimento per il diritto europeo quanto a trattamento dei dati personali nel Regolamento europeo n. 2016/679.

A questo proposito, si deve considerare che l'art. 1 del regolamento, nel disciplinare oggetto e finalità della normativa di settore, delinea espressamente una griglia di bilanciamento tra i diritti e le libertà fondamentali implicate dalla materia del trattamento dei dati personali.

Il sistema configurato dall'art. 1 del regolamento si pone, evidentemente, in diretta relazione con la clausola limitativa di cui all'art. 52, par. 1, della Carta, come dimostra il quarto considerando del regolamento europeo del 2016 (direttamente connesso all'art. 1), ove si legge che “il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità”.

Un modello interpretativo stabile del criterio di bilanciamento consentirebbe di armonizzare anche gli interventi normativi di dettaglio dei singoli stati membri in materia di trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro.

L'art. 88 del regolamento 2016/679 presuppone un criterio di bilanciamento mobile che deve rispettare i criteri di proporzionalità, necessità e finalità come ricostruiti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tutto ciò, del resto, è stato ribadito dal punto 10(c) del “European Social Pillar” approvato al Vertice sociale di Göteborg il 16 novembre 2017 <sup>(23)</sup>, a mente del quale “Workers have the right to have their personal data protected in the employment context”.

Si noti che la centralità della persona e della tutela della sua riservatezza va ben oltre il ristretto ambito del lavoro subordinato in quanto, nella prospettiva della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, del regolamento 2016/679 e della Carta, non rileva la qualificazione giuridica del rapporto che lega datore di lavoro e lavoratore, ma la, più semplice, relazione tra “titolare” e “interessato”.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, dunque, il relevantissimo compito di orientare le giurisprudenze nazionali, a cui è riconosciuto un ruolo centrale nella formazione del diritto vivente europeo. La relazione tra la Corte di Strasburgo e i tribunali nazionali, in particolare le Corti supreme

---

<sup>(23)</sup> Cfr. European Commission, Recommendation on the European Pillar of Social Rights, C(2017) 2600 final, and Communication of 26 April 2017 establishing a European Pillar of Social Rights, COM(2017) 250 final. Sul tema si veda, in generale, S. GARBEN, *The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement?*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, 14, 210-230.

e costituzionali, deve essere compresa nel quadro di un costituzionalismo multilivello, secondo il quale una teoria costituzionale dei diritti fondamentali orientata alla Convenzione deve essere adottata dalle Corti supreme e costituzionali e la “autorità interpretativa” *erga omnes* delle sentenze della Corte di Strasburgo è riconosciuta da queste ultime (24).

I giudici nazionali sono parte del sistema di protezione dei diritti di matrice eurounitaria come dimostra anche la tendenza della Corte di giustizia ad investire il giudice nazionale del compito di compiere quelle operazioni di bilanciamento e proporzionalità che solo in relazione all’esame del caso concreto possono essere effettuate nel modo più congruo.

In questo senso basti considerare la sentenza della Corte di giustizia UE del 15 marzo 2017, C-157/15, *Samira Achbita* (25), dove la Corte, dopo avere tratteggiato i principi in tema di libertà religiosa, ha riconosciuto che la stessa può subire delle limitazioni, come riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Ha poi evidenziato che la volontà di mostrare, nei rapporti con i clienti sia pubblici che privati, una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa, deve essere considerata legittima, aggiungendo che il divieto a carico dei lavoratori di indossare in modo visibile segni di convinzioni politiche, filosofiche o religiose è idoneo ad assicurare la corretta applicazione di una politica di neutralità, a condizione che tale politica sia realmente perseguita in modo coerente e sistematico.

Dopo avere tratteggiato i caratteri della discriminazione diretta e indiretta, la Corte ha demandato al giudice nazionale il compito di verificare se il divieto di indossare in modo visibile qualsiasi segno o indumento che possa essere associato ad un credo religioso oppure ad una convinzione politica o filosofica, corrispondente ad una politica dell’azienda messa in atto in modo indifferenziato con riferimento a qualunque credo religioso, aveva interessato unicamente i dipendenti della ditta che avevano rapporti con i clienti e se la stessa impresa era in condizione, di fronte al rifiuto di non indossare il velo della lavoratrice, di impiegare senza oneri aggiuntivi la stessa in un’attività che non comportasse contatto col pubblico. Così facendo il giudice di Lussemburgo demanda le attività di verifica necessarie al controllo concreto sull’esistenza o meno della discriminazione indiretta al giudice nazionale,

---

(24) In argomento si veda l’opinione separata del giudice Pinto de Albuquerque in *G.I.E.M. s.r.l. and others v. Repubblica Italiana*, app. nn. 1828/06 e 2 ss., sentenza del 28 giugno 2018, in A. SACCUCCI (a cura di), *Paulo Pinto de Albuquerque. I diritti umani in una prospettiva europea*, Napoli, ESI, 2021, 573-636, con commento di A. RUGGIERI, *Un’opportuna messa a punto dei rapporti tra CEDU e Costituzione, nella opinione di Pinto de Albuquerque in G.I.E.M. e altri c. Italia*, ivi, 728-735.

(25) Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, 27 maggio 2013, app. nn. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10, *Case Eweida and Others v. the United Kingdom*.

indicandogli la strada da seguire per siffatto accertamento al fine di verificare la proporzionalità delle limitazioni alla libertà fondamentale che trova analogia protezione nella Carta e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Spetta, dunque, al giudice nazionale il difficilissimo compito, aggravato dalla persistente diversità dei sistemi sociali dei diversi stati membri, di ricomporre ad unità il conflitto tra libertà e diritti fondamentali, utilizzando la tecnica del bilanciamento e sottoponendo gli esiti del conflitto alla verifica di proporzionalità.

### 3. Un “different weight in the future” per la protezione dei lavoratori.

L'avvento della cosiddetta “società dell'informazione” ha posto immediatamente il problema dei pericoli per la libertà e l'identità della persona derivanti dal trattamento elettronico delle informazioni.

Da sempre, inoltre, gli ordinamenti giuridici europei hanno compreso che la verifica della correttezza dell'adempimento da parte del datore di lavoro sui lavoratori non è, in sé, lesiva della dignità del lavoratore. Quando il lavoratore entra nella manifestazione pubblica di ciò che accade in azienda, ciò che egli compie smette di appartenere alla sfera privata e cessa di rientrare nell'area della riservatezza <sup>(26)</sup>. Il problema attiene al controllo che avviene all'insaputa del lavoratore.

È qui che entra in gioco l'apprezzamento giuridico della violazione della dignità.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, negli ultimi anni, ha cominciato ad elaborare un criterio di bilanciamento tra riservatezza e proprietà dall'angolo visuale della sorveglianza del lavoratore attraverso, in particolare, le sentenze *Köpke*, *Bărbulescu*, *López* e *Libert*. La Corte di Strasburgo sta progressivamente elaborando un “test” di bilanciamento del diritto alla tutela della “vita privata” nei luoghi di lavoro (art. 8 della Convenzione) rispetto al contrapposto interesse del datore di lavoro alla protezione della proprietà (art. 1 del primo Protocollo addizionale).

In questa fase storica di grandi cambiamenti tecnologici è naturale che la conflittualità (e l'incertezza) in materia nei singoli Stati membri sia elevata e che, conseguentemente, anche il livello di attenzione della Corte, da tempo significativo, sia destinato a crescere progressivamente: “The competing

---

<sup>(26)</sup> A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Bari, 2018, 117, sottolinea l'esistenza di una ragionevole aspettativa dell'interessato, nel contesto della “dipendenza lavorativa” a che “i suoi dati verranno appresi”. Si veda anche V. NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Napoli, 2018.

interests concerned might well be given a different weight in the future, having regard to the extent to which intrusions into private life are made possible by new, more and more sophisticated technologies” (27).

Questa sorta di monito, contenuto nella motivazione della sentenza *Köpke*, è particolarmente rilevante ai nostri fini in quanto pone in evidenza come la Corte abbia ben presente l’alto livello di intrusività che gli strumenti tecnologici possono realizzare. Il passaggio sopra richiamato deve essere tenuto bene a mente nell’esaminare le sentenze della Corte, in quanto consente di cogliere il carattere non definitivo dei singoli arresti giurisprudenziali, che si collocano all’interno di un percorso che è tuttora in fase di elaborazione.

Pur essendo una presa d’atto particolarmente rilevante anche in considerazione della condizione di non finito che caratterizza l’attuale riflessione giuridica, può muoversi comunque una critica rispetto all’approccio della Corte, soprattutto in ragione dell’emersione di forme algoritmiche di controllo a distanza sempre più complesse, di fronte alle quali occorre una rapida presa di posizione giurisprudenziale.

#### **4. Il “Reasonable expectation test” nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo.**

La sentenza *López* rappresenta il punto più avanzato dell’elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo in materia di controllo tecnologico a distanza. Il caso è semplice: si tratta di una fattispecie piuttosto tipica di videosorveglianza occulta funzionale all’esigenza di individuare i responsabili di una serie di ammanchi verificatisi all’interno di un supermercato. Gli aspetti più rilevanti attengono a due dettagli della vicenda. Innanzitutto: il datore di lavoro aveva notato alcune irregolarità e discrepanze tra risultanze di magazzino e vendite giornaliere, rilevando perdite crescenti nei mesi successivi; in seguito aveva provveduto ad installare un sistema di videosorveglianza composto in parte da videocamere “visibili” ed in parte da videocamere occulte. Le videocamere visibili, posizionate in entrata e in uscita dal supermercato, intendevano realizzare un controllo rispetto a possibili furti commessi dalla clientela, mentre le altre videocamere, occulte, posizionate in modo da registrare l’area retrostante le postazioni di cassa, avevano la funzione di controllare eventuali comportamenti appropriativi dei dipendenti. Solamente le videocamere “visibili” venivano accompagnate da apposita informativa, mentre nessuna informazione veniva fornita ai dipendenti circa l’installazione e l’uso di quelle occulte.

---

(27) Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. V, 5 ottobre 2010, *Köpke v. Germany*, app. no. 420/07.

Siamo di fronte, potremmo dire, ad un'ipotesi di "controllo difensivo quasi occulto", dove l'avverbio intende sottolineare la circostanza relativa al fatto che un qualche tipo di avviso in ordine alla presenza di un sistema di videosorveglianza attivo nel negozio, in fin dei conti, pur sempre esisteva.

Il secondo dettaglio attiene alle ragioni del comportamento datoriale: il sospetto che gli ammanchi fossero da addebitare al personale era generale e non si appuntava su alcuno dei dipendenti in particolare.

Questo è ciò che distingue il caso *López* dal caso *Köpke*, in cui il sistema di videosorveglianza occulta installato (sempre in un supermercato e sempre nei confronti degli addetti alle casse) era la conseguenza di una serie di sospetti che riguardavano due specifici lavoratori.

Nel caso *Köpke* il datore di lavoro aveva installato il sistema di videosorveglianza solamente in seguito alla scoperta (effettuata durante la realizzazione dell'inventario) di perdite e irregolarità nei rendiconti del reparto bevande nel quale lavorava una certa dipendente, ed al raggiungimento di arguable/substantiated suspicion circa la commissione di condotte appropriative da parte della stessa e di un altro lavoratore. Solamente costoro vennero sottoposti a videosorveglianza. Le misure di sorveglianza erano state limitate nel tempo (due settimane); erano state limitate in ordine all'area di ripresa in modo da non estendersi all'intero ambiente di lavoro ma esclusivamente all'area delle casse; l'accesso alle informazioni registrate era stato limitato ad un ristretto numero di operatori dell'agenzia investigativa ed al personale incaricato dell'impresa.

Prima di entrare nel merito del ragionamento in diritto seguito dalla Corte è opportuno, per completare il quadro delle più recenti pronunce in materia di videosorveglianza, richiamare anche la sentenza resa nel caso *Antović e Mirković* contro la Repubblica del Montenegro<sup>(28)</sup>, in cui si discute della legittimità dell'installazione di un sistema di videosorveglianza negli auditori dell'Università montenegrina; il Preside della Facoltà di matematica aveva informato il Consiglio di Facoltà dell'avvenuta installazione di un sistema di videosorveglianza. Qualche giorno dopo il Preside aveva deciso di estendere la videosorveglianza a sette anfiteatri e nell'area antistante l'ufficio di presidenza, il tutto al fine di proteggere la sicurezza della proprietà e delle persone, inclusi gli studenti. L'accesso alle informazioni registrate era protetto da un codice in possesso del solo Preside e i dati sarebbero stati conservati per un anno. Il contenzioso domestico, in questo caso, non era lavoristico, ma riguardava una pretesa risarcitoria avanzata da alcuni professori per asserita violazione del diritto alla *privacy*; la Giustizia montenegrina,

---

<sup>(28)</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 28 novembre 2017, case of *Antović and Mirković v. Montenegro*, app. no. 70838/13.

pur avendo rilevato che l'aspettativa alla protezione della *privacy* non viene meno per il solo fatto che il luogo di lavoro è pubblico o aperto al pubblico, aveva comunque concluso nel senso che i ricorrenti non avessero dimostrato che il loro diritto fosse stato violato.

Diversamente, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che, pur essendo da ritenersi legittimi gli scopi perseguiti dall'Università, non risultava, nel caso di specie, che fosse stato garantito un equo bilanciamento tra contrapposti interessi, in ragione del fatto che non risultava dimostrata l'impossibilità di fare ricorso a strumenti meno invasivi ma comunque idonei a perseguire le finalità prefissate, e tutto ciò nonostante il fatto che in questo caso l'informativa fosse stata fornita in modo perfettamente compiuto.

In *López* la Corte sviluppa un ragionamento che prende le mosse dalla sentenza *Köpke*. In *Köpke* si afferma, sostanzialmente, che: *a*) l'art. 8 della Convenzione implica non solamente obblighi di carattere negativo per gli Stati contraenti, ma anche l'obbligo positivo di adottare misure idonee a garantire il rispetto effettivo della vita familiare e della vita privata; *b*) l'effettivo rispetto dell'art. 8 della Convenzione impone allo Stato di adempiere ai propri obblighi positivi di protezione in favore di soggetti vulnerabili, ma la scelta delle misure specifiche da adottarsi rientra nel c.d. "margin of appreciation" <sup>(29)</sup> riservato agli Stati contraenti; *c*) in determinate circostanze l'obbligo positivo imposto dall'art. 8 può essere ottemperato attraverso l'introduzione di un sistema normativo idoneo a conciliare, nello specifico contesto di riferimento, i diversi interessi in conflitto; *d*) in relazione all'impianto complessivo della normativa di riferimento (nel caso *Köpke* l'ordinamento tedesco), si può ritenere che un sistema di videosorveglianza occulta sul luogo di lavoro che segua fondati e dimostrabili sospetti di furto, in presenza di un appropriato sistema di tutele, possa dirsi rispettoso della protezione della vita privata.

Le circostanze concrete che indussero la Corte, nel caso *Köpke*, a ritenere che il bilanciamento degli interessi in conflitto fosse stato operato equamente, sono rappresentate dal fatto che: *i*) l'area di ripresa era ristretta, *ii*) la sorveglianza era stata limitata nel tempo; *iii*) l'accesso ai dati registrati era limitato; *iv*) vi era un considerevole interesse alla protezione del diritto di proprietà; *v*) gli organi della Giustizia domestica avevano verificato che non erano disponibili, in concreto, altri strumenti, meno invasivi, per proteggere la proprietà del datore di lavoro.

---

(29) Cfr. D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Right*, Oxford, Oxford U.P., 2014; F.G. JACOBS, R. WHITE, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford UP, 2010; N. ALIPRANTIS, *Για μία διεύρυνση των κοινωνικών δικαιωμάτων. Ένα πρότυπο Ο Ευρωπαϊκός κοινωνικός χάρτης του συμβουλίου της Ευρώπης*, Αθήνα, Παπαζήση, 2005.

La rilevanza del principio di diritto è evidente, in quanto il filone *Köpke/López* chiarisce quando sia possibile derogare alla regola della trasparenza (*sub specie* informativa preventiva), così completando il quadro rispetto al “test” di compatibilità dei controlli operati dal datore di lavoro rispetto all’interesse alla privacy del lavoratore elaborato, da ultimo, dalla Grande Camera con la sentenza *Bărbulescu* <sup>(30)</sup>.

I profili che la Grande Camera ritiene debbano essere considerati sono i seguenti: *i*) il lavoratore deve essere stato informato della possibilità del monitoraggio e dell’adozione di misure di controllo; *ii*) l’informazione deve essere chiara in ordine alla natura del monitoraggio e deve essere fornita preventivamente; *iii*) deve essere verificata l’estensione del monitoraggio ed il grado di intrusione nella *privacy* del lavoratore: in questa prospettiva v’è distinzione tra il monitoraggio del solo flusso di comunicazioni e quello del loro contenuto; deve essere precisato al lavoratore se sono oggetto di monitoraggio tutte o solo una parte delle comunicazioni scambiate, ed il numero di persone che vi possono avere accesso; *iv*) il datore di lavoro deve disporre di ragioni legittime, capaci di giustificare il monitoraggio; *v*) si deve verificare se esista la possibilità di ricorrere a misure di monitoraggio meno intrusive; *vi*) devono essere verificate quali sono le conseguenze del monitoraggio e qual è l’uso che il datore di lavoro intende fare delle informazioni; *vii*) si deve verificare che esistano garanzie adeguate che garantiscano in particolare che il datore di lavoro non possa accedere al contenuto delle comunicazioni senza che il lavoratore sia preventivamente informato di una tale eventualità.

La sentenza *López* ribadisce i principi affermati da *Köpke*.

Il ragionamento è parallelo: *a*) la videosorveglianza occulta di un lavoratore sul luogo di lavoro deve essere considerata come una intrusione significativa nella sua vita privata; *b*) lo Stato deve ottemperare all’obbligo positivo imposto dall’art. 8 di garantire un effettivo rispetto della vita privata anche sul luogo di lavoro; *c*) in questa prospettiva occorre verificare se lo Stato abbia realizzato un equo bilanciamento tra gli interessi contrapposti (*privacy* e proprietà).

Nel caso di specie, tuttavia, le informazioni registrate erano state processate ed esaminate da molteplici soggetti prima che i lavoratori venissero informati dell’esistenza delle videoriprese; la normativa domestica sulla protezione dei dati personali (sezione 5 della legge spagnola n. 15 del 1999) imponeva (nel rispetto del diritto comunitario) che venisse fornita una preventiva, esplicita, precisa e inequivocabile informativa circa l’esistenza di

---

<sup>(30)</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, 5 settembre 2017, case of *Bărbulescu v. Romania*.

archivi di dati personali e dei diritti spettanti all'interessato; l'Autorità spagnola per la protezione dei dati personali aveva imposto il posizionamento di un avviso indicante le aree sottoposte a videosorveglianza, ma, ciononostante, le Corti domestiche avevano ritenuto la misura della videosorveglianza occulta come giustificata, appropriata in relazione al legittimo interesse perseguito, necessaria e proporzionata.

A fronte di tutte queste considerazioni la Camera della Corte di Strasburgo conclude, diversamente da *Köpke*, nel senso che nello specifico l'art. 8 della Convenzione sia stato violato, essenzialmente perché l'installazione dell'impianto di videosorveglianza occulta non era stata la conseguenza di un preventivo e comprovabile sospetto nei confronti di uno o più specifici lavoratori <sup>(31)</sup>. La Grande Camera non ha confermato questa sentenza ritenendo, con motivazione poco felice, che l'articolo 8 non fosse stato violato <sup>(32)</sup>.

Il contributo che la giurisprudenza europea apporta al dibattito sulla ricostruzione dei criteri di bilanciamento tra interessi contrapposti è duplice: 1) deve ritenersi ammissibile la categoria logica dei controlli difensivi, che possono dirsi legittimi a condizione che siano una misura necessitata, proporzionata, e, soprattutto, conseguente all'emersione di un sospetto comprovabile nei confronti di uno o più determinati lavoratori; 2) deve enfatizzarsi l'importanza del rispetto della normativa domestica in materia di protezione dei diritti del singolo individuo, ed in particolare della legislazione sul trattamento dei dati personali.

Il primo aspetto (peraltro fortemente connesso al secondo) è sicuramente fondamentale, ed in qualche modo conferma l'elaborazione concettuale che è stata sviluppata in diversi paesi europei, ed in particolare in Italia anche in seguito alla modifica apportata, nel 2015, all'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori.

Si deve sottolineare che la dottrina di *common law* si interroga da tempo in ordine alla possibile elaborazione di un "test di proporzionalità" valido nella prospettiva del bilanciamento tra interessi contrapposti nella materia della sorveglianza tecnologica.

---

<sup>(31)</sup> La motivazione, al riguardo, è condensata in poche righe al punto 68 della sentenza. Nella sua "dissenting opinion", il giudice Dedov critica la conclusione della Corte perché, nel caso specifico, la decisione di adottare misure di sorveglianza era stata basata su un sospetto generale nei riguardi di tutti i membri del personale; per questo motivo il giudice Dedov ritiene che la conclusione della maggioranza contraddica il principio generale del diritto: "the applicant should not be legally allowed to profit from their own wrongdoing".

<sup>(32)</sup> Per una critica della decisione si veda P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *The Rights of Workers, Migrant Workers and Trade Unions in the light of the European Convention on Human Rights*, cit.



Le prospettive più avanzate, al riguardo, sono da riconnettere ad uno studio del 2009 in cui viene proposta una lista di “indicatori obiettivi” per verificare l’intrusività delle tecnologie di sorveglianza<sup>(33)</sup>: la natura dell’osservatore (pubblica, privata, impresa o altro); il livello di identificazione personale; il luogo dove la sorveglianza è realizzata; il carattere più o meno “sensibile” delle informazioni estratte; il livello di accuratezza (specificato nella prospettiva della c.d. “granularità” della sorveglianza, dipendente maggiore o minore precisione del dato registrato); lo scopo della sorveglianza e la consapevolezza del soggetto osservato.

Altra dottrina<sup>(34)</sup> aggiunge, come indicatore di impatto, la valutazione dello scopo originario per il quale la tecnologia in uso nello specifico sia stata disegnata.

Questo fattore è sicuramente di estrema rilevanza con riferimento a forme di sorveglianza più complesse sotto il profilo della tecnologia utilizzata, in quanto, evidentemente, vi sono forti differenze in termini di rischi per la dignità e la riservatezza delle persone a seconda del fatto che il *software* o il sistema matematico di riferimento possa dar luogo a risultati differenti in relazione ad un utilizzo che costituisca una implementazione delle funzioni per le quali il programma sia stato originariamente progettato.

La questione attiene alla verifica dell’assetto “architettonico” del sistema informatico e sottolinea, in particolare, che debba tenersi attenta considerazione del contesto tecnologico nel quale l’algoritmo che costituisce la base di funzionamento del programma è stato disegnato.

Queste prospettive sono state recepite dalla normativa europea con il regolamento 2016/679 che poggia sui principi della “privacy by design” e “by default” (per alcune considerazioni al riguardo si rinvia ad A. Sitzia, B. Lopez, in questo Volume), ma la questione dell’assetto infrastrutturale non è mai stata affrontata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, evidentemente perché la tecnologia specifica utilizzata nei casi sottoposti alla Corte non presenta aspetti particolari.

In ogni caso, i più recenti arresti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo insistono su due profili del test di proporzionalità: lo scopo della sorveglianza e la consapevolezza del soggetto sorvegliato, ammettendo che possa ritenersi misura “necessary in a democratic society in the interests of

---

(33) J. THOMMESEN, H.B. ANDERSEN, *Privacy Implications of Surveillance Systems*, in [http://orbit.dtu.dk/fedora/objects/orbit:56150/datastreams/file\\_4010841/content](http://orbit.dtu.dk/fedora/objects/orbit:56150/datastreams/file_4010841/content), Technical University of Denmark, 2009.

(34) J. MILAJ, *Privacy, surveillance, and the proportionality principle: The need for a method of assessing privacy implications of technologies used for surveillance*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2016, 30:3, 115-130.

national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others” (art. 8, par. 2, della Convenzione), un’intrusione nella vita privata del lavoratore costituita da un sistema di videosorveglianza occulta giustificato da “prior substantiated suspicion” nei confronti dell’interessato. Come affermato dal giudice Pinto de Albuquerque, “The enforcement of an Internet usage policy in the workplace should be guided by the principles of necessity and proportionality, in order to avoid a situation where personal data collected in connection with legitimate organisational or information-technology policies is used to control employees’ behaviour” (35).

Giova notare, al riguardo, che l’art. 8 della Convenzione ha “struttura bipartita”, nel senso che la norma è costituita da una prima parte che enuncia il contenuto del diritto tutelato, ed una seconda parte che individua i presupposti in presenza dei quali lo Stato contraente può sottoporre il diritto a restrizione.

Le limitazioni dei diritti a struttura bipartita sono ammesse in presenza dei seguenti tre fattori: *a)* sussistenza di un fondamento legale della limitazione; *b)* esistenza di un “legitimate aim”, ovverosia una finalità legittima, il perseguimento della quale giustifica la restrizione del diritto; *c)* che la restrizione sia necessaria in una società democratica.

Anche la protezione del diritto di proprietà, assicurata dall’art. 1 del primo Protocollo addizionale ammette la potestà dei singoli Stati di introdurre disposizioni normative “deems necessary to control the use of property in accordance with the general interests”, ma la formulazione di questa norma lascia un margine di discrezionalità più ampio rispetto all’art. 8 della Convenzione.

## 5. I controlli “difensivi” occulti.

Uno dei passaggi fondamentali della sentenza *López* riguarda il riconoscimento di una rilevanza primaria alla normativa domestica in materia di protezione della privacy, evidentemente *sub specie* regolazione del trattamento dei dati personali.

Sottolinea, al riguardo, più volte la Corte come la Giustizia interna non avesse dato sufficiente risalto alla violazione, posta in essere dal datore di lavoro, dell’obbligo di informativa previa e dettagliata, imposto dalla normativa vigente all’epoca dei fatti di causa nel Regno di Spagna.

(35) PINTO DE ALBUQUERQUE, *Separate opinion*, cit.

Questo aspetto è centrale anche in relazione alla trasposizione della sentenza quanto alle prospettive interpretative valide per tutti i sistemi giuridici dei paesi membri dell'UE.

La sentenza della Corte di Strasburgo contribuisce a consolidare la rilevanza dell'innesto regolativo tra disciplina lavoristica e normativa generale in materia di dati personali, con un ragionamento che resta valido anche con l'applicazione del regolamento 2016/679/UE.

In questa prospettiva si devono sottolineare due fattori: 1) l'art. 88 del regolamento europeo non impone l'armonizzazione dei sistemi giuridici dei Paesi membri dell'UE quanto a trattamento di dati nell'ambito dei rapporti di lavoro, atteso che gli Stati membri sono abilitati a (possono) prevedere 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. Questo significa che l'impatto del regolamento avrà attinenza esclusivamente per la porzione di disciplina che intreccia il rapporto di lavoro in termini di esportazione ad esso della normativa generale, ma non per tutto quanto attiene la disciplina che regola il rapporto e il mercato del lavoro; 2) nella prospettiva della tutela degli ambiti di riservatezza personale nei luoghi di lavoro il problema del rapporto tra diritto del lavoro e normativa sulla privacy è regolato da un rapporto di definitiva, e circolare, integrazione tra i due piani di regolazione.

La questione da porsi, tenendo conto di tutto quanto sopra, riguarda l'ammissibilità di controlli occulti di carattere difensivo. Il problema sorge in quanto la disciplina europea sembra imporre sempre, quale condizione di legittimità del trattamento dei dati, la necessaria trasparenza da garantire attraverso l'informativa.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, pur tendendo a privilegiare in modo più rigoroso le istanze di libertà e dignità dei lavoratori, mostra un certo sforzo interpretativo finalizzato al raggiungimento di un punto di equilibrio armonico tra le opposte esigenze di tutela della riservatezza rispetto alla proprietà, sub specie libertà di iniziativa economica: i controlli, per essere genuinamente "difensivi", devono, in primo luogo, essere diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore a tutela di beni estranei al rapporto di lavoro.

I controlli, per essere considerati veramente difensivi, non devono concretarsi in un sistema preordinato a vigilare a distanza l'esecuzione dell'attività lavorativa, ma in una verifica effettuata a posteriori.

Il divieto "preterintenzionale" di controllo a distanza è destinato, dunque, a valere per quegli strumenti di controllo aventi proprio la finalità di monitorare l'attività del lavoratore conferendo *ex ante* al datore di lavoro l'intrinseca possibilità di vigilare in tempo reale l'adempimento della prestazione lavorativa, in modo appunto continuo e anelastico.

Ben diverso è invece il caso del datore di lavoro che, ad esempio, esegua la pulizia del sistema informatico a seguito della contrazione di un *virus* e accerti in questa verifica, condotta *ex post* e senza alcuna finalizzazione che non sia il ripristino del sistema, l'illecita condotta del lavoratore (al quale evidentemente è possibile risalire grazie al sistema di autenticazione informatica): in questo caso viene condotto un controllo tecnico molto puntuale, non di certo continuo e anelastico, scongiurando il rischio di eccessiva compressione della libertà e dignità del lavoratore, comunque destinate ad affievolirsi rispetto alla necessità di salvaguardare, nella specifica ipotesi, il patrimonio aziendale.

Tali circostanze sono state prese in seria considerazione, ad esempio, dalla Corte di Cassazione italiana, con una fondamentale sentenza del 2012 <sup>(36)</sup>, che costituisce, ad oggi, un momento di sintesi piuttosto equilibrato.

Nella specie, una Banca, aveva licenziato per giusta causa un proprio dipendente accusato di aver divulgato a mezzo di messaggi di posta elettronica, diretti ad estranei, notizie riservate concernenti un cliente dell'Istituto e di aver posto in essere, grazie alle notizie in questione, operazioni finanziarie da cui aveva tratto vantaggio personale. La Banca aveva acquisito il testo dei messaggi di posta elettronica scambiati dal dipendente con soggetti estranei, *ex post*, ovvero dopo l'attuazione del comportamento addebitato al dipendente, quando erano emersi elementi di fatto tali da raccomandare l'avvio di un'indagine "retrospettiva".

La Corte di Cassazione ha precisato che in questo caso entrava in gioco il diritto del datore di lavoro di tutelare il proprio patrimonio, che era costituito non solo dal complesso dei beni aziendali, ma anche dalla propria immagine esterna, così come accreditata presso il pubblico.

I risultati del controllo difensivo così attuato, in ogni caso, possono essere utilizzati soltanto in modo proporzionato e pertinente rispetto alla natura stessa del controllo effettuato.

Il datore di lavoro, conseguentemente, dovrebbe potere, ad esempio, sanzionare disciplinarmente, o esperire una richiesta risarcitoria nei confronti del dipendente che ha danneggiato il sistema informatico aziendale a causa dell'utilizzo di Internet per motivi personali, ma non contestare al lavoratore l'assenza della prestazione lavorativa per il tempo corrispondente ai vari collegamenti, trattandosi quest'ultimo di un utilizzo sproporzionato rispetto alla *ratio* del controllo difensivo.

---

<sup>(36)</sup> Cass., 23 febbraio 2012, n. 2722, in *Guida lav.*, 2012, 11, 30. Similmente, nel senso dell'illegittimità dell'installazione di un sistema di geo-localizzazione "predisposto ex ante ed in via generale ben prima che si potessero avere sospetti su una eventuale violazione da parte del lavoratore" cfr. Cass. 5 ottobre 2016, n. 19922, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 1, II, 26.

Resta il problema del rapporto tra il controllo tecnologico occulto, la somministrazione di adeguata informazione e il rispetto delle regole di trasparenza imposte dalla disciplina europea in materia di privacy.

Negare in termini trancianti la legittimità di ogni forma di controllo difensivo non pare ammissibile.

In argomento, invero, parte della dottrina ha proposto una interessante rilettura del tema dei controlli difensivi come manifestazione della legittima difesa in ambito civile; questa ricostruzione si basa anch'essa sulla ricerca di un bilanciamento tra interessi contrapposti, individuando come ipotesi giustificante il controllo occulto la sussistenza di una "concreta, e non soltanto immaginaria, situazione di pericolo, comunque attuale e non futuribile o, peggio, cessata" (37).

La prospettiva teorica da ultimo richiamata si interseca con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, dalla quale si deve trarre ulteriore argomento per confermare la persistente legittimità dei controlli difensivi, ove superino il "test" di bilanciamento.

Non si può omettere di considerare, infatti, che un'interpretazione del sistema giuridico che neghi un qualsiasi spazio per una effettiva tutela del diritto di proprietà (oltre che del diritto all'esercizio libero dell'iniziativa economica privata tutelata dall'art. 16 della Carta in combinazione con l'art. 1 del primo protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo), si porrebbe in chiaro contrasto con una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata del sistema.

Ne risulterebbe un modello ingiustificatamente sbilanciato verso una tutela sproporzionata della privacy a fronte di una compressione degli interessi contrapposti che non trova alcun fondamento nel sistema delle fonti nazionali e sovranazionali. Avremmo, inoltre, un effetto di sbilanciamento anche in relazione al temperamento del diritto alla riservatezza del lavoratore rispetto al diritto alla difesa del datore di lavoro.

Una sentenza italiana di qualche anno fa, a questo riguardo, aveva sottolineato che la disciplina della privacy è diretta a predisporre una tutela in relazione al trattamento dei dati personali e non a modificare il regime probatorio (38). Questa stessa sentenza va ricordata anche per aver affermato che deve essere esclusa, in virtù del divieto di *venire contra factum proprium*, la tutela del diritto alla privacy quando lo stesso venga fatto valere in

---

(37) V. MAIO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, I, 1186-1215. In giurisprudenza, per una ricostruzione della disciplina dei controlli difensivi attraverso il richiamo ai principi di buona fede e correttezza si veda Cass. 27 maggio 2015, n. 10955.

(38) Trib. Torino, 8 gennaio 2008, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 4-5, 1272 e ss.

correlazione ad un comportamento antidoveroso in precedenza tenuto da chi ne richiede l'applicazione.

Non si deve dimenticare, in ogni caso, che la giurisprudenza ha da tempo sottolineato che “in caso di trattamento di dati personali, costituisce un limite alla protezione del diritto alla riservatezza l'esigenza di protezione di altre posizioni soggettive giuridicamente rilevanti” <sup>(39)</sup>.

Tale principio, implicitamente, conferma che il sistema normativo di riferimento deve essere interpretato alla luce dell'interazione tra diritto del lavoro, normativa generale in materia di privacy e ordinamento civile; ed il modello generale ammette da tempo, in piena coerenza con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che l'interesse alla riservatezza recede quando quest'ultimo sia esercitato per la difesa di un interesse giuridicamente rilevante e nei soli limiti in cui esso sia necessario alla tutela.

L'esigenza di individuare un criterio di equo bilanciamento tra interessi contrapposti, infine, emerge con chiara evidenza dal sistema del regolamento 2016/679/UE.

Senza voler ora entrare nel dettaglio, basti qui richiamare l'attenzione sulla centralità che nel regolamento europeo assume, tra le condizioni di liceità del trattamento, la necessità dello stesso “per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali [...]” (art. 6, par. 1, lett. f), da leggere in particolare correlazione con i considerando 47, 48 e 49).

La civilistica più recente attribuisce rilievo centrale alla norma da ultimo richiamata, sottolineando come la stessa ricopra un ruolo di depotenzia-mento del consenso come parametro di liceità per alimentare una gamma composita di basi giuridiche, tra le quali sicuro rilievo assume il criterio del bilanciamento, che pervade l'intero impianto del regolamento europeo <sup>(40)</sup>.

L'operazione di bilanciamento andrà effettuata dai singoli legislatori e dalla giurisprudenza domestici al lume di una regola di prevalenza e soc-combenza tra gli interessi in conflitto caratterizzata, in via primaria, dal riferimento alla buona fede/correttezza richiamata dall'art. 5 del regolamento stesso, e rafforzata dall'art. 40, ove si incoraggia l'elaborazione di codici di condotta funzionali anch'essi alla precisazione del modello di bilanciamento alla stregua dei criteri di equità, correttezza e trasparenza.

---

<sup>(39)</sup> In questo senso Cass. 30 giugno 2009, n. 15327, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 1, 71, perfettamente coerente con la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 3 aprile 2007, app. n. 62617/00, case of Copland v. the United Kingdom.

<sup>(40)</sup> F. PIRAINO, *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2017, 2, 369-409.

La Corte di Cassazione, del resto, richiamando espressamente la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (ed in particolare le sentenze *López e Barbulescu*), è intervenuta, da ultimo, con una sentenza <sup>(41)</sup> che prende esplicita posizione in ordine al tema dei “controlli difensivi in senso stretto”, intesi come quelli “diretti ad accertare specificamente condotte illecite ascrivibili — in base a concreti indizi — a singoli dipendenti, anche se questo si verifica durante la prestazione di lavoro”. Il principio di diritto enucleato dalla Corte, coerente con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è il seguente: “sono consentiti i controlli anche tecnologici posti in essere dal datore di lavoro finalizzati alla tutela di beni estranei al rapporto di lavoro o ad evitare comportamenti illeciti, in presenza di un fondato sospetto circa la commissione di un illecito, purché sia assicurato un corretto bilanciamento tra le esigenze di protezione di interessi e beni aziendali, correlate alla libertà di iniziativa economica, rispetto alle imprescindibili tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore, sempre che il controllo riguardi dati acquisiti successivamente all'insorgere del sospetto”.

Tutto ciò considerato, si può valorizzare, in conclusione, come il test di bilanciamento elaborato dalla giurisprudenza di Strasburgo possa assolvere, alla luce del criterio di buona fede, la funzione di impedire comportamenti abusivi che vedano il diritto alla privacy strumentalizzato alla tutela giuridica di pregressi comportamenti antidoverosi <sup>(42)</sup>. In questa prospettiva occorre tenere conto anche della regola finale posta dall'art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che pone l'esplicito divieto dell'abuso del diritto così vietando l'esercizio dei diritti riconosciuti dalla Convenzione al solo scopo di impedire quello di altri da essa egualmente tutelati <sup>(43)</sup>.

La categoria dei “controlli difensivi” attiene a quei controlli diretti ad accertare la sussistenza di comportamenti caratterizzati da profili di illiceità ulteriore rispetto al mero inadempimento del contratto di lavoro.

L'attività di controllo sul lavoratore da parte del datore di lavoro deve essere in ogni caso compatibile con i principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di tutela della privacy; la restrizione del diritto alla riservatezza del lavoratore deve essere necessaria in una società democratica, da considerarsi alla stregua di una valutazione di proporzionalità. Il giudizio di bilanciamento, che deve tenere conto delle policies aziendali, da valutare alla luce dei criteri indicati dalla sentenza *Bărbulescu*, non può non considerare la finalità del controllo.

---

<sup>(41)</sup> Si veda Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, est. Raimondi.

<sup>(42)</sup> F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni « strumentali » del lavoratore*, Milano, Giuffrè, 1988.

<sup>(43)</sup> Si consideri che l'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE ha il medesimo contenuto dell'art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'applicazione concreta del test di bilanciamento è rimessa al giudice nazionale, al quale spetta, come evidenziato dalla sentenza *Köpke*, il compito di colmare l'eventuale deficit di accessibilità e/o prevedibilità del dato legislativo formale.

Il test di proporzionalità, in questo modo, gioca un ruolo fondamentale come strumento concreto di armonizzazione europea attraverso l'intervento del giudice nazionale.

Per concludere con le parole del giudice Pinto de Albuquerque, "Workers do not abandon their right to privacy and data protection every morning at the doors of the workplace. New technologies make prying into the employee's private life both easier for the employer and harder for the employee to detect, the risk being aggravated by the connatural inequality of the employment relationship. A human-rights centred approach to Internet usage in the workplace warrants a transparent internal regulatory framework, a consistent implementation policy and a proportionate enforcement strategy by employers" <sup>(44)</sup>.

---

<sup>(44)</sup> P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Separate opinion*, cit.