

CONTROLLO A DISTANZA E TUTELA PROCESSUALE
DEL LAVORATORE: IL DATO INUTILIZZABILE COSTITUISCE
MEZZO DI PROVA ILLECITO?

*REMOTE CONTROL AND WORKER'S JUDICIAL PROTECTION:
DOES UNUSABLE DATA CONSTITUTE UNLAWFUL EVIDENCE?*

di Lucia D'Arcangelo *

ABSTRACT

L'Autrice affronta il tema della tutela giurisdizionale del lavoratore in caso di controllo a distanza svolto in violazione della disciplina stabilita dal Codice *privacy* e dal Regolamento UE 2016/679, con riferimento all'(in)utilizzabilità nel processo civile della prova illecitamente acquisita dal datore di lavoro.

Parole chiave: Controllo a distanza – (in)utilizzabilità – dati personali – processo civile – prova illecita.

The author addresses the issue of the worker's judicial protection in the case of remote control carried out in violation of the rules established by the Privacy Code and the EU Regulation 2016/679, with regard to the (in)usability in the civil process of evidence acquired unlawfully by the employer.

Keywords: Remote control – (in)usability – personal data – civil process – unlawful evidence.

SOMMARIO: 1. Nota introduttiva. – 2. La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori. – 3. Il controllo a distanza (illecito) nel Codice *privacy* e la regola della inutilizzabilità dei dati. – 4. I possibili riflessi della (in)utilizzabilità nel processo civile. – 4.1. L'equivalenza tra dato inutilizzabile e prova illecita.

* Ricercatrice di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Napoli "Federico II".

1. Nota introduttiva

L'ammissibilità in giudizio della prova costituita dalle informazioni riguardanti la persona del lavoratore raccolte durante lo svolgimento dell'attività lavorativa è terreno di confronto, nell'ambito del tema della protezione dei dati personali nel rapporto di lavoro, tra la disciplina sostanziale sul trattamento dei dati personali e il diritto processuale civile.

Un trattamento non corretto (*rectius*: illecito) di dati, da un lato, legittima il lavoratore a chiedere il risarcimento del danno eventualmente prodotto¹, da un altro lato, non esime il datore di lavoro dal produrre le informazioni in suo possesso a fondamento delle proprie prerogative di tutela, pur allorquando la raccolta sia avvenuta in modo illegittimo.

Il problema della liceità del trattamento di raccolta dei dati personali in pendenza del rapporto di lavoro, e più specificatamente, durante l'esecuzione della prestazione, a seguito dell'intervento della legge delega n. 183/2014 (c.d. *Jobs Act*)², ha assunto contorni delicati che riguardano non solo le forme di controllo proceduralizzato del potere datoriale ma soprattutto quella sorveglianza silente che viene filtrata capillarmente attraverso l'utilizzo degli strumenti di lavoro.

Vediamo, in sintesi, quali modifiche ha subito la fattispecie del controllo a distanza di cui all'art. 4 Stat. lav., e quali possono essere le conseguenze sul versante del processo civile.

2. La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori

L'art. 4 Stat. lav., è sopravvissuto integralmente sia alla prima legge emanata in materia di *privacy* (n. 675/1996, attuativa della direttiva 95/46/CE), sia al d.lgs. n. 196/2003 (d'ora in poi: Codice *privacy*). Tuttavia, l'art. 114, Codice *privacy*, vi fa espresso rinvio, con l'intenzione di non invadere la "zona rossa" del controllo a di-

¹ L'attuale previsione dell'art. 82 del GDPR stabilisce il diritto al risarcimento in caso di danno, materiale o immateriale, e la presunzione di responsabilità in capo al titolare/responsabile del trattamento, così ribadendo il criterio dell'inversione a carico dell'autore della lesione, sempre tenuto a provare la non imputabilità dell'evento: Cass. 4 giugno 2018, n. 14242. Si segnala che tutte le pronunce di legittimità riportate in nota bibliografica, per le quali non è citato il luogo di pubblicazione, sono state reperite nella banca dati *Italgireweb*.

² Tra i primi commenti alla legge delega n. 183/2014 sul tema dei controlli a distanza, si veda 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*), in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 255/2015; ID., (voce) *Potere di controllo del datore di lavoro*, in *Digesto on line*, (Agg. 2015).

stanza, da sempre tema delicato della materia giuslavoristica³.

Per effetto dell'art. 23, d.lgs. n. 151/2015, emanato in attuazione della legge delega n. 183/2014, la norma statutaria ha subito, invece, quasi una "inversione di rotta" rispetto al principio del controllo anelastico invocato nella Relazione ministeriale di accompagnamento alla legge n. 300/1970⁴.

È stato abrogato il primo comma che stabiliva il divieto generale del controllo a distanza ed è stato sostituito con la previsione della sua ammissibilità per ragioni di "tutela del patrimonio aziendale, organizzative e produttive, di sicurezza sul lavoro", previa mediazione sindacale e/o autorizzazione amministrativa da parte della Direzione territoriale del lavoro⁵.

La novità più significativa concerne l'introduzione di un nuovo secondo comma che esonera dai suddetti vincoli procedurali gli "strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa" e gli "strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze" (badge e modalità analoghe di timbrature delle entrate e delle uscite dal luogo di lavoro), nonché di un terzo comma, che definisce "le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 (...) utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196"⁶.

³ È abbastanza recente, infatti, l'osservazione di R. LATTANZI, *Dallo Statuto dei lavoratori alla disciplina di protezione dei dati personali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 1, pp. 153-154 "al modello proposto dallo Statuto, (...) si aggiunge – non si tratta, infatti, di un "cambio della guardia" – quello proprio delle discipline di protezione dei dati personali".

⁴ Nella Relazione si legge, infatti, che "La vigilanza sul lavoro va mantenuta in una dimensione umana, cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua e anelastica eliminando ogni zona di riservatezza e autonomia nello svolgimento del lavoro".

⁵ Sulla categoria dei controlli difensivi, cioè del controllo posto in essere per accertare la commissione di fatti illeciti e dunque finalizzato alla tutela del patrimonio aziendale, in considerazione della letteratura finora prodotta, che è vastissima, ci si limita a rinviare a A. MARESCA, *Jobs Act, come conciliare potere di controllo e tutela della dignità del lavoratore e riservatezza del lavoratore*, in *Ipsos Quotidiano*, 22 febbraio 2016, www.ipsoa.it; M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza), e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 300/2016, p. 16 ss.; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, p. 84; V. MAIO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, n. 6, p. 1200. È utile segnalare, per la giurisprudenza, una interessante vicenda sottoposta proprio di recente al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo, relativamente ad una fattispecie di bilanciamento tra il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali e il diritto del datore di lavoro di tutelare il patrimonio aziendale. La CEDU ha ritenuto la liceità del controllo in ragione delle perdite economiche subite dal datore di lavoro (Grand Chambre 17 ottobre 2019, caso López Ribalda ed altri c. Spagna, in www.lavorodirittieuropa.it).

⁶ Sul problema della identificazione degli "strumenti di lavoro" (che risultano esonerati dai limiti procedurali prescritti dal precedente primo comma) v. nota precedente, nonché, A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 Stat. lav.*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli a di-*

Dunque, la diposizione di cui al secondo comma dell'art. 4 Stat. lav., legittima l'attività di controllo che eventualmente derivi dagli strumenti di lavoro e di registrazione di accessi e presenze sul luogo di lavoro, mentre il terzo comma "autorizza" il datore di lavoro ad utilizzare le informazioni in questo caso raccolte per qualunque finalità inerente al rapporto di lavoro, purché – si tratta dell'unica condizione che la norma detta – osservi la disciplina in materia di trattamento di dati personali, attualmente costituita dal Codice *privacy* (come modificato dal d.lgs. n. 101/2018) e dal Regolamento UE 2016/n. 679 (d'ora in poi: RGDP), in particolare rilasciando a tutti i lavoratori idonea informativa sul trattamento delle informazioni che possono riguardarli in quanto attinenti allo svolgimento della prestazione di lavoro⁷.

Con riferimento all'espressione "a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro", bisogna fare riferimento al principio di "limitazione delle finalità" (art. 5, comma 1, lett. b), RGDP), secondo il quale i dati devono essere "raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità". Ciò significa che il datore di lavoro può utilizzare le informazioni scaturite dal controllo, se svolto lecitamente, cioè nel rispetto delle suddette condizioni, per finalità altrettanto legittime.

Va da sé che tra queste non dovrebbero figurare le ragioni disciplinari⁸. Ciononostante, è noto che la funzione del controllo viene esercitata, il più delle volte, proprio per tali motivi. Essa costituisce il presupposto di fatto del potere disciplinare e, d'altra parte, sul piano normativo, la *ratio* del potere datoriale va ravvisata nell'applicazione di sanzioni disciplinari nei casi di inosservanza dei doveri di diligenza, di obbedienza e dell'obbligo di fedeltà, ai quali è tenuto il lavoratore nell'esecuzione della prestazione (artt. 2104 e 2105 c.c.).

Sembra di poter concludere che nulla osta all'utilizzo da parte del datore di lavoro, anche per fini disciplinari, dei dati raccolti durante il controllo della prestazione di lavoro, se costui ha svolto il trattamento di controllo nel rispetto dei principi stabiliti dalla relativa disciplina (Codice *privacy* e RGDP) e previa regolare

stanza e tutela dei dati personali del lavoratore, Torino, 2017, p. 15; I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della Privacy*, in *Labour and Law Issues*, 2016, II, n. 1, p. 4 ss.; E. GRAGNOLI, *Gli strumenti di controllo e i mezzi di produzione*, in *Var. temi dir. lav.*, 2016, n. 4, par. 5; M.T. CARINCI, *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza*, cit., p. 52 ss.; M.T. SALIMBENI, *La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, p. 609.

⁷ C. ZOLI, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, legge n. 300/1970*, in *Var. temi dir. lav.*, 2016, n. 4, p. 647 ss.; V. PINTO, *I controlli "difensivi" del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza*, cit., p. 151 ss.

⁸ O. DESSI, *Il controllo a distanza*, Napoli, 2017, pp. 139-140.

informativa ai lavoratori (artt. 13-14 RGDP). Il problema, che si pone, attiene, piuttosto, all'ipotesi in cui il datore non rispetti le condizioni poste dall'art. 4, comma 3, Stat. lav.⁹

3. Il controllo a distanza (illecito) nel Codice *privacy* e la regola della inutilizzabilità dei dati

A questo riguardo, mentre l'art. 171 del Codice *privacy* prevede che nei casi in cui il datore di lavoro violi le disposizioni di cui agli artt. 4, comma 1, e 8 della legge 20 maggio 1970, n. 300, si applicano le sanzioni pecuniarie di cui all'art. 38 Stat. lav., nulla stabilisce per l'ipotesi – in oggetto – di un controllo effettuato nell'inottemperanza di quanto prescritto dall'art. 4, comma 3.

Molto probabilmente, il *silenzio legis* trova spiegazione nel rinvio dell'art. 4, comma 3, alla normativa sul trattamento di dati personali, da cui è ragionevole desumere che il datore di lavoro che svolge il controllo sui lavoratori senza aver adempiuto agli obblighi sanciti dalla disciplina sulla protezione dei dati – ivi compresa l'informativa – incorrerà nelle conseguenze previste dal Codice *privacy* in caso di trattamento illecito di dati.

Il rispetto, in generale, della normativa sul trattamento di dati personali, condiziona *ex ante*, sotto il profilo della legittimità, la raccolta e l'eventuale utilizzo dei dati sull'attività dei lavoratori, con la conseguenza che “i dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati, salvo quanto previsto dall'articolo 160-bis” (art. 2 *decies*, d.lgs. n. 101/2018).

È bene precisare che la regola della inutilizzabilità si configura come conseguenza giuridicamente rilevante di qualsiasi trattamento svolto in violazione della legge sulla protezione dei dati¹⁰. Ciò può desumersi sia dalla collocazione sistematica del menzionato art. 2 *decies* nell'articolato del Capo II del Codice *privacy* dedicato ai “Principi” che regolamentano la materia, sia dal rinvio dello stesso art. 2 *decies* al successivo art. 160 *bis* del Codice *privacy* medesimo, che ribadisce con estrema chiarezza la competenza della legislazione processuale in materia civile e penale per ogni valutazione, ai fini probatori, che concerne la validità, l'effica-

⁹ Il presupposto di partenza è che la mera finalità del controllo a distanza dell'attività lavorativa non può essere considerata uno scopo generalmente lecito per il datore di lavoro, v. M. BARBIERI, *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela*, cit., p. 183 ss.

¹⁰ Sul punto sia consentito rinviare al mio, *L'obbligo di protezione dei dati del lavoratore: adempimento e sanzioni*, in *Dir. lav. merc.*, 2020, n. 1, p. 29 ss.

cia e l'utilizzabilità di documenti riguardanti trattamenti di dati personali svolti in difformità alla disciplina sulla *privacy*¹¹.

Esemplificando, nelle ipotesi di raccolta illecita di dati e di successivo utilizzo per fini disciplinari (il più delle volte a scopo di licenziamento), il lavoratore può, sia proporre reclamo all'Autorità Garante (artt. 77-78, GDPR), sia impugnare l'atto di licenziamento.

I due rimedi non si configurano come alternativi, l'uno rispetto all'altro, bensì sono perseguibili in modo parallelo e, in ogni caso, l'indagine del giudice ordinario dovrà estendersi a verificare l'entità del fatto addotto a fondamento della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo. Di qui, la valutazione sul criterio della utilizzabilità/inutilizzabilità dei dati alla luce della disciplina del Codice *privacy* costituirà presupposto ineludibile della pronuncia giurisdizionale sulla legittimità/illegittimità dell'atto di licenziamento¹².

4. I possibili riflessi della (in)utilizzabilità nel processo civile

La domanda che ci si pone riguarda il valore dimostrativo – nell'eventuale giudizio di licenziamento – di documenti contenenti informazioni raccolte in violazione delle prescrizioni indicate dal comma 3 dell'art. 4, ovvero inutilizzabili secondo il più volte menzionato art. 2 *decies*, Codice *privacy*.

Quid juris sul piano processuale per i dati inutilizzabili? Equivalgono a prove illecite, per le quali, come noto, nel processo civile non esiste un divieto di utilizzazione in sede probatoria¹³?

¹¹ L'art. 160 *bis* del Codice stabilisce difatti che “la validità, l'efficacia e l'utilizzabilità di atti, documenti [...] nel procedimento giudiziario basati sul trattamento di dati personali non conformi a disposizioni di legge o di regolamento restano disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali nella materia civile e penale”.

¹² Difatti i provvedimenti adottati sulla base di informazioni sui comportamenti dei dipendenti ottenute in modo illegittimo sono invalidi e, nel caso del licenziamento per ragioni soggettive, espongono il datore di lavoro all'obbligo della reintegra per «insussistenza del fatto contestato» anche relativamente «ai lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti»: C. ZOLI, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori*, cit.

¹³ Sul punto si segnala una pronuncia del Tribunale Federale del Lavoro (BAG), 23 agosto 2018 che ha riformato la decisione del Tribunale Regionale del lavoro di Hamm (LAG), 20 dicembre 2017, in un caso di utilizzo illecito di dati personali a fini probatori in un giudizio civile di licenziamento. Nel caso di specie, il Tribunale Federale ha accolto l'impugnazione del datore di lavoro in riferimento all'utilizzo delle sequenze videoregistrate come prova alla base del licenziamento senza preavviso inflitto ad una lavoratrice dipendente e ha rinviato al Tribunale di Hamm per un nuovo giudizio di merito. L'(in)utilizzabilità delle prove poste a fondamento del licenziamento senza preavviso, trova giustificazione nella disciplina vigente nell'ordinamento tedesco, secondo la quale, le videosequenze registrate, pur se raccolte con impianti autorizzati, avrebbero dovuto essere cancellate nell'immediato mentre la loro utilizzabilità in sede processuale è stata possibile grazie alla conservazione delle immagini. Il Tribunale Fe-

Il già menzionato art. 160 *bis* Codice *privacy* rimanda il problema delle prove illecite a “disposizioni processuali” che nel processo civile non esistono, diversamente dal diritto processuale penale dove l’art. 191 c.p.p. stabilisce il divieto di utilizzo delle prove illecite. Il rinvio alle regole del rito mette in evidenza, ad ogni modo, il rapporto di autonomia e indipendenza tra la disciplina sostanziale della tutela della riservatezza e le regole che disciplinano lo svolgimento del processo civile.

Il vuoto normativo è stato in parte colmato dall’interpretazione della dottrina più sensibile al tema della protezione dei dati. Secondo un primo orientamento, è efficace, sul piano probatorio, ogni documento o provvedimento relativo ad un trattamento di dati personali, ancorché illegittimo, che rispetti le norme di rito che governano il processo¹⁴.

Nel senso indicato si esprime anche un orientamento giurisprudenziale formatosi nella vigenza del codice di rito del 1940-42¹⁵ secondo cui, non esistendo nel processo civile un divieto esplicito di utilizzo delle prove illecite (come, appunto, l’art. 191 c.p.p.) ed essendo il documento affetto da un vizio (solo) preprocessuale, questo ultimo è comunque utilizzabile come prova (salve le conseguenze extraprocessuali, civili e penali, del comportamento illecito). Secondo questa impostazione, per rifiutare l’ingresso nel processo di un documento ottenuto illecitamente, sarebbe necessaria una specifica regola processuale di esclusione probatoria (come l’art. 222 c.p.c., che dispone l’inutilizzabilità di un documento, se, proposta la querela di falso, la parte dichiara di non volersene avvalere, e l’art. 216 c.p.c., che impedisce di utilizzare la scrittura privata disconosciuta, ma non seguita da richiesta di verifica). In assenza di una norma processuale, che attribuisca rilevanza nel processo alla violazione di norme sostanziali, il giudice non potrebbe sanzionare l’illecito extraprocessuale con una sanzione processuale.

Tuttavia, a ciò può replicarsi che, così argomentando, si corre il rischio di una semplificazione forse eccessiva, che conduce al paradosso di restringere l’area delle prove illecite a quelle affette da un vizio processuale, cioè dall’inosservanza della

derale tedesco si è invece pronunciato, in senso favorevole al datore di lavoro, per l’ammissibilità della valutazione *ex post* delle sequenze videoregistrate precisando che la memorizzazione dei filmati non perde validità e non è sproporzionata rispetto al fine da raggiungere per il solo trascorrere del tempo. In presenza, infatti, di una videosorveglianza lecita, le disposizioni in materia di protezione di dati personali non escludono l’archiviazione delle stesse per taluni periodi, anche lunghi, e tantomeno non ne escludono l’utilizzo a fini giudiziari probatori (*Giur. it.*, 2019, pp. 1557-1560, con commento di A. CORDERO, *Utilizzabilità in giudizio di prove in contrasto con la privacy del lavoratore*). In dottrina, per una ricognizione sul tema, v. C. GAMBA, *Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l’utilizzabilità delle prove*, in *Labour and Law Issues*, II, n. 01, 2016.

¹⁴C. FILIPPI, *Il Trattamento dei dati personali per finalità di giustizia*, in A. LOIODICE-G. SANTANIELLO, *La tutela della riservatezza*, Padova, 2000, p. 311 ss.; R. PANETTA, *Il processo civile*, in A. CLEMENTE, *Privacy*, Padova, 1999, p. 481 ss.

¹⁵A partire da Trib. Torino 6 dicembre 1967, in *Processi civili*, 1968, p. 409, fino a Cass. 28 aprile 2015, n. 8605, in *Giur. it.*, 2015, p. 1610.

legge del rito. Con una sorta di eterogenesi dei fini, infatti, le prove ottenute con sistemi antiggiuridici non sarebbero mai “giustiziabili” nel processo civile, per l’assenza in questo ultimo di una norma volta a sanzionare l’illecito extraprocessuale. E ciò in contrasto con l’opinione, pressoché unanime, che qualifica come illecita proprio la prova acquisita in violazione di una norma sostanziale¹⁶. A meno di non volersi accontentare di una categoria qualificatoria, anzi meramente qualificatoria perché priva di “sanzione”¹⁷.

Sviluppando il nostro ragionamento, si osserva che, con riguardo alle prove “precostituite”¹⁸, manca – diversamente dalle prove costituite – qualsiasi attività di ammissione da parte del giudice¹⁹: il documento, infatti, viene direttamente prodotto dalla parte e il giudice non influisce sul suo deposito. L’acquisizione di tali prove passa, dunque, attraverso una semplice allegazione materiale non soggetta a preventivo controllo di legalità da parte del giudice, sicché l’illiceità non concerne “di regola” il momento della loro acquisizione quanto piuttosto il modo con cui il documento è entrato nella disponibilità di colui che lo utilizza. Con la conseguenza che, ad eccezione delle ipotesi in cui (ad esempio) è depositato dopo la scadenza di un termine perentorio ovvero senza il rispetto delle prescrizioni di legge, il documento formato o reperito in violazione delle norme sulla *privacy* sarebbe sempre utilizzabile proprio perché generalmente acquisito nel rispetto delle norme di rito che governano il processo.

Seguendo questa impostazione, si avrebbe un duplice effetto di svilimento: dell’art. 2 *decies*, Codice *privacy*, che stabilisce l’inutilizzabilità delle informazioni oggetto di trattamenti illeciti, e che, ciononostante, il datore di lavoro (utilmente) produrrebbe in giudizio; e dell’art. 4 Stat. lav., che vedrebbe vanificata la propria ratio di tutela del lavoratore dall’utilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti in essa contenuti²⁰.

¹⁶ Cfr., ad esempio, G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Bari, 2016, p. 190; B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2015, p. 295.

¹⁷ Senza potersi in questa sede approfondire le questioni di teoria generale, deve almeno rilevarsi che l’area corrispondente al concetto di sanzione è quella che ricopre le misure di conservazione del sistema che sono caratterizzate da una qualche forma di reazione o di risposta alla violazione “per rafforzare l’osservanza delle proprie norme ed eventualmente per porre rimedio agli effetti dell’inosservanza” (N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XX, Torino, 1960, p. 530) e che volendo distinguere secondo uno schema classico il comando dalla sanzione (E. ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 15), ed intendendo quest’ultima in senso lato, la inammissibilità e la inutilizzabilità nel diritto processuale civile fanno ancora parte del comando.

¹⁸ La prova formata in violazione delle norme sulla *privacy* entra nel processo, nella pressoché generalità dei casi, attraverso una produzione documentale.

¹⁹ Cfr., per tutti, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2003, p. 172; V. DENTI, *Prova documentale in diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. XVI, Torino, 1997, p. 35 ss. D’altra parte, è la stessa disciplina dettata dagli artt. 74 e 87 disp. att. c.p.c. ad escludere il preventivo vaglio di ammissibilità delle produzioni di parte.

²⁰ Come si vedrà anche in seguito, ricorre, quindi, una identità di ratio tra il principio che ispira l’art. 4

Non va posto in dubbio, infatti, che quella acquisita in violazione delle norme sulla *privacy* è una prova precostituita formata in modo illecito, cioè con violazione di una norma di diritto sostanziale – l’art. 4, comma 3, cit. – che pone la regola per la raccolta dei dati personali. Una prova, cioè, ascrivibile alla categoria di quelle illecite, pur prendendo come punto di riferimento la sua nozione più ristretta che tende ad escludere dal suo ambito operativo quelle ammesse ed assunte in contrasto con disposizioni del codice di rito o comunque di diritto processuale²¹.

D’altra parte, che quella in esame sia una prova assunta in violazione di un obbligo giuridico deriva sia dalla costruzione deontica dell’illecito di cui all’art. 4 Stat. lav.²², sia dalla previsione, ad esso collegata, dell’art. 2 *decies*, Codice *privacy*, che pone la regola dell’inutilizzabilità²³, cioè di quella che dottrina²⁴ e giurisprudenza²⁵ assumono come conseguenza del divieto di prova illecita nel processo civile e che ne preclude l’inclusione tra le prove che il giudice deve porre a fondamento della decisione *ex art.* 115 c.p.c.

4.1. L’equivalenza tra dato inutilizzabile e prova illecita

Facendo un passo in avanti, può dirsi che, nel caso di specie, siamo al cospetto non solo di una norma meramente sostanziale che si assume violata (quella di cui all’art. 4 cit.)²⁶, ma anche di una prova venuta in possesso di una parte (il datore di

(ossia la tutela del lavoratore contro un uso incontrollato del potere datoriale) e il principio in base al quale la si interpreta (ossia ancora una volta la tutela del lavoratore).

²¹ Tra i primi a restringere il campo delle prove illecite proprio e solo a quelle acquisite con mezzi illeciti v. E. ONDEI, *Utilizzazione di prove acquisite con mezzi illeciti*, in *Foro padano*, 1972, I, p. 421; R. BITONTE, *Sulla validità delle prove illecitamente acquisite*, in *Processi civili*, 1968, p. 473.

²² La regola di condotta chiaramente espressa nell’art. 4, comma 3, cit., ne consente la riconduzione alla categoria delle norme prescrittive, essendo quest’ultime caratterizzate dalla qualificazione deontica di un certo comportamento come obbligatorio o vietato: G. PINO, *Teoria analitica del diritto*, vol. I, Pisa (Collana *Jure*, Ets), 2011, p. 66 ss.

²³ La conseguenza dell’inutilizzabilità (tipica categoria processualpenalistica) non è sconosciuta al codice di rito (v. art. 222 c.p.c.), né alla legislazione speciale (v. art. 10, comma 1, d.lgs. n. 28/2010).

²⁴ Tra gli altri, cfr. A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 693 ss.

²⁵ V., ad esempio, Cass. 29 maggio 2013, n. 13319, in *Riv. dir. trib.*, 2014, p. 3; Trib. Torino 8 marzo 2013, in *Giur. it.*, 2014, p. 2480. Va notato che di inutilizzabilità discorre pure quella giurisprudenza che, salva solo l’ipotesi in cui venga in discussione la tutela di diritti fondamentali di rango costituzionale, tende ad escludere rilievo sul piano processuale alla modalità con cui, chi produce il documento, è venuto in suo possesso (cfr. Cass. 28 aprile 2015, n. 8605, in *Giur. it.*, 2015, p. 1610, ove si legge “... non qualsiasi irrivalenza nell’acquisizione di elementi rilevanti ai fini dell’accertamento fiscale comporta, di per sé, la inutilizzabilità degli stessi, in mancanza di una specifica previsione in tal senso”; v. più recentemente anche Cass. 12 dicembre 2019, n. 32597).

²⁶ La prova è venuta in possesso del datore di lavoro per mezzo di un fatto illecito civile. Un caso

lavoro) in violazione di una posizione giuridica soggettiva protetta (*i.e.*, il diritto alla protezione dei dati personali come diritto fondamentale dell'individuo ai sensi dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), con modalità del tutto incompatibili con la protezione costituzionale dei diritti inviolabili dell'uomo²⁷.

Non è difficile, perciò, affermare che la prova formata nell'inosservanza delle norme sulla *privacy* è una prova affetta da vizi extraformali rispetto ai quali non può valere il regime di tassatività e dunque la disciplina posta dall'art. 156 c.p.c. per i (soli) vizi formali²⁸.

Questa constatazione consente di ritenere applicabile alla prova illecita civile in senso sostanziale il regime di inutilizzabilità stabilito nel processo penale (art. 191 c.p.p.), in virtù del c.d. fenomeno della circolazione tra processi²⁹ che finisce per far convergere (assicurando, peraltro, la c.d. armonia assiologica³⁰) le strade della prova illecita, nel processo civile e nel processo penale, in un'unica direzione orientata a dare rilievo alla efficacia non solo verticale (nei rapporti tra autorità e cittadino) ma anche orizzontale (nelle relazioni interprivate) delle prescrizioni costituzionali³¹. I vizi extraformali, consentendo l'emersione in ambito processuale di vizi

simile è tratto da Appello Parigi 9 novembre 1966, riportato da F. ANGELONI, *Le prove illecite*, Padova, 1992, pp. 9-10. In quel caso, un datore di lavoro pretendeva di provare in giudizio la colpa grave del lavoratore, quale giusta causa di licenziamento, per mezzo di una registrazione su nastri magnetici di conversazioni telefoniche del dipendente.

²⁷ Le prove incostituzionali si riconducono ad una violazione di garanzie e di diritti inviolabili dell'individuo, aventi riscontro – anche per implicito e, quindi, senza la necessaria intermediazione di alcuna norma processuale ordinaria, che provveda ad enunciare corrispondenti divieti probatori – in constitutional sanctions, direttamente ricavabili dall'applicazione di norme di tipo super-primario: v. L.P. COMOGLIO, *Commento all'art. 116 c.p.c.*, in L.P. COMOGLIO-C. CONSOLO-B. SASSANI-R. VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, vol. II, Torino, 2012, p. 425, nt. 113.

²⁸ Il rilievo di questa contrapposizione è compiuto dalla dottrina unanime (per tutti v. F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, p. 156), limitandosi a stabilire l'art. 156, comma 1, che “non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge”.

²⁹ Il fenomeno della circolazione tra processi civili e penali, ancorché non regolata dalla legge, è generalmente ammessa dalla dottrina (v. A. GIUSSANI, voce *Prova (circolazione della) (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, tomo I, Milano, 2008, p. 949).

³⁰ Sul diritto come sistema, cioè come totalità assiologicamente coesa, v. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 292.

³¹ V. VIGORITI, *Prove illecite e Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 64 ss. È questo il tema generale dell'efficacia, ovvero, secondo l'espressione mutuata dagli studi tedeschi sul tema, della *Drittwirkung* dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato. Per alcuni esempi di norme costituzionali che sono state considerate idonee a regolare immediatamente, senza necessità di interventi legislativi, anche i rapporti tra privati, cfr. Corte cost. 22 gennaio 1987, n. 17 (*Drittwirkung* dell'art. 37 Cost.), Corte cost. 14 luglio 1986, n. 114 (*Drittwirkung* dell'art. 32 Cost.), Corte cost. 3 luglio 1956, n. 11 (*Drittwirkung* dell'art. 13 Cost.).

che possono non derivare dalla violazione della legge processuale, finiscono dunque per obbedire anche a criteri peculiari di altri rami dell'ordinamento per darne un assetto tendenzialmente unitario³².

La duplice premessa di questo ragionamento è costituita dal fatto che: a] i divieti probatori sottesi alle garanzie costituzionali dei diritti di libertà individuale (ex artt. 14-15 Cost.) sono in grado di operare direttamente con effetti preclusivi anche nei confronti di altre situazioni di peculiare "intrusione" nella sfera di riservatezza privata³³; b] la diretta ricavabilità di divieti probatori dalle norme costituzionali a tutela dei "diritti inviolabili dell'uomo" (soprattutto, nell'ottica dell'art. 2 Cost., dagli artt. 13-14-15 Cost.)³⁴ fa sì che essi siano operanti (come espressione di una regola generale di inammissibilità della prova illecita) anche in quei processi (come quello civile) nei quali manchi una previsione generale assimilabile all'art. 191 c.p.p.³⁵, non potendo «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino...essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»³⁶.

Pertanto, pur in assenza di "specifiche norme processuali", la protezione dei dati personali è tale da imporsi, di per sé, mediante corrispondenti (ed impliciti) divieti probatori, in qualsiasi tipo di processo, per effetto di previsioni direttamente precettive e vincolanti³⁷ che risolvono – a monte – il conflitto tra l'interesse all'accertamento

³²F. AULETTA, *op. cit.*, p. 163. Qualunque ordinamento giuridico, per essere tale e non una mera somma di regole, decisioni e provvedimenti sparsi e occasionali, deve esprimere un'intrinseca coerenza (la *coherence* secondo il diritto anglo-americano), deve cioè essere riconducibile a principi e valori sostanziali unitari: G. ZAGREBELSKY, *Diritto mite*, Torino, 1992, p. 34.

³³L.P. COMOGLIO, *L'inutilizzabilità assoluta delle prove incostituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 40 ss.

³⁴N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, pp. 563-565.

³⁵Si riconosce, infatti, che «...non qualsiasi irrivalenza nell'acquisizione di elementi rilevanti ai fini dell'accertamento fiscale comporta, di per sé, la inutilizzabilità degli stessi, in mancanza di una specifica previsione in tal senso ed esclusi, ovviamente, i casi in cui viene in discussione la tutela dei diritti fondamentali di rango costituzionale (quali l'invulnerabilità della libertà personale, del domicilio, ecc.):» Cass. 25 novembre 2011, n. 24923. Per altri riferimenti giurisprudenziali v. nt. 47.

³⁶Corte cost. 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, p. 316.

³⁷Cfr., al riguardo, a proposito dei tabulati telefonici, i cui limiti di utilizzabilità non sono "coperti" dalla previsione dell'art. 266 c.p.p., Corte cost. 11 marzo 1993, n. 81, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2132. Nella motivazione, fra l'altro, si legge che il livello minimo di garanzie, assicurato dall'art. 15 Cost., si impone come parametro generale di validità anche per "la tutela relativa alla riservatezza dei dati di identificazione dei soggetti, del tempo e del luogo della comunicazione", pur se esso non si sia finora tradotto in "specifiche norme processuali", dato che – come ha riconosciuto la stessa Corte nella pronuncia n. 34 del 1973 – non possono "validamente ammettersi in giudizio mezzi di prova che siano stati acquisiti attraverso attività compiute in violazione delle garanzie costituzionali poste a tutela dei fondamentali diritti dell'uomo o del cittadino" (*ibid.*, comma 2135).

della verità nel processo e le istanze di tutela dei diritti fondamentali a favore delle seconde³⁸.

Ad un risultato diverso non si perverrebbe neppure considerando la “gerarchia assiologica” dei valori in gioco³⁹ o, secondo altra analoga espressione, il c.d. criterio di gerarchia mobile⁴⁰.

Da questa angolazione, infatti, tra il diritto di difesa del datore di lavoro e il diritto del lavoratore all’acquisizione dei propri dati personali nel rispetto della normativa vigente, che è posta a tutela della sfera della dignità e della libertà dell’individuo, il piatto della bilancia non può che pendere da questo secondo lato, considerate anche le ricadute pregiudizievoli su altri diritti, come quello alla conservazione del posto di lavoro e, in senso più ampio, il diritto stesso di difesa del lavoratore, che sarebbe irrimediabilmente “compromesso” dalla possibilità per il giudice di conoscere elementi di prova dal documento assunto in violazione dei predetti parametri, trattandosi, d’altra parte, di materiale probatorio da valutare esclusivamente *pro* datore di lavoro⁴¹.

A conferma ulteriore della correttezza di una tale forma di bilanciamento e del risultato che può derivarne, del tutto ragionevolmente, a favore della parte lavoratrice, possono invocarsi, laddove si ritenesse ancora necessario, le decisioni di merito e di legittimità rese nella vigenza del c.p.c. del 1865⁴², le quali hanno escluso l’utilizzo di prove illecitamente acquisite in base a principi generali (come quello del *nemo auditur propriam allegans turpitudinem* e della buona fede processuale)⁴³, facendo affiorare, così, la natura assiologica – prima che normativa – del problema.

Dunque, il principio di legalità e il necessario rispetto dei diritti fondamentali del lavoratore sono diretti ad impedire al datore di lavoro di giovare di una prova formata in violazione di prerogative di tutela del lavoratore.

Peraltro, le norme che stabiliscono i diritti fondamentali non si limitano solamente a vietare che il pubblico potere o il privato commettano violazioni dirette, ma sono volte anche a negare la possibilità che da esse i soggetti pubblici e/o privati possano trarne qualche forma di profitto.

³⁸ A. PACE, *Commento all’art. 15*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, pp. 109-113.

³⁹ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 169.

⁴⁰ Cass. 5 agosto 2010, n. 18279.

⁴¹ V., a contrario, Cass. 28 aprile 2015, n. 8605, in *Giur. it.*, 2019, p. 1610 (con nota adesiva di C. BESSO).

⁴² V. Cass. Torino 8 maggio 1884, in *Foro it.*, 1884, I, c. 1072, che utilizza l’*exceptio doli generalis* per escludere la prova illecita dalla trama probatoria, e App. Milano 5 aprile 1934, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, p. 63, che invece invoca i principi generali del diritto.

⁴³ L’*exceptio doli generalis* quale fondamento della regola della inammissibilità della prova illecita è più recentemente riproposta da quella dottrina che, stante la contrarietà ai doveri di buona fede, configura un abuso del processo in caso di produzione di una prova illecita.

È in questo senso, del resto, che va letto l'art. 4 Stat. lav. Esso fa parte di quella complessa normativa volta a contenere in vario modo le manifestazioni del potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro⁴⁴ nei confronti del lavoratore, che vi è assoggettato, sul piano tecnico funzionale oltre che socio-economico.

La previsione dei limiti procedurali al potere datoriale costituisce, difatti, il fondamento della regola della inutilizzabilità dei mezzi di prova illeciti – ovvero acquisiti in violazione dei limiti suddetti – nell'ambito dei giudizi aventi ad oggetto diritti e obblighi nascenti dal rapporto di lavoro.

Ancora, deve dirsi che il principio di inutilizzabilità della prova illecita nel processo civile trova conforto nella concezione, sia di chi configura la regola del giusto processo *ex art. 111 Cost.* (codificato anche nell'art. 6 CEDU) come “cerniera” per importare nel sistema positivo la regola di esclusione della prova illecita che ha come fondamento ultimo un principio di diritto naturale o di natura etica⁴⁵, sia di chi opta per la diretta ricavabilità dai precetti costituzionali di una regola di esclusione della prova illecita⁴⁶, sia di chi, ancora, propende per il ricorso ai precetti costituzionali in funzione di norme sovraordinate per procedere ad un'interpretazione adeguatrice delle norme ordinarie⁴⁷, almeno nei casi in cui quello leso dall'acquisizione illecita sia un diritto costituzionalmente garantito o comunque un diritto fondamentale⁴⁸, mediante l'enucleazione di una norma generale di inammissibilità della prova illecita nel processo civile⁴⁹.

Per concludere, se ancora una volta si volesse ragionare in senso contrario, a nulla varrebbe invocare gli ostacoli che potrebbero frapporsi nell'accertamento della verità materiale per il richiamo di una parte processuale al rispetto del diritto alla *privacy*. E ciò almeno per un duplice ordine di motivi. Da un lato, l'utilizzabilità

⁴⁴ V., ad esempio, Cass. 17 giugno 2000, n. 8250, in *Notiz. giur. lav.*, 2000, p. 711.

⁴⁵ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, 2004, pp. 1-8, che insiste sulla necessità di una moralizzazione del processo nel quadro della quale tutti i protagonisti del dramma processuale sono tenuti al rispetto dei principi di correttezza e lealtà, senza i quali non può discorrersi fondatamente di un processo giusto.

⁴⁶ C. MAINARDIS, *L'inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali*, in *Quad. cost.*, 2000, p. 371. Ciò in base ad alcune pronunce della Corte Costituzionale (v. nt. 34 e 35) in forza delle quali si ritiene di poter generalizzare il precetto costituzionale di cui all'art. 13, comma 3, sì da farne una prescrizione di carattere universale operante anche nei rapporti tra privati.

⁴⁷ V. ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 291.

⁴⁸ Si è già ricordato che il diritto alla protezione dei dati personali, laddove non lo si voglia ritenere anche a copertura costituzionale, è sicuramente inquadrabile tra i diritti fondamentali dell'individui (art. 8 Carta dei diritti fondamentali UE). Si è, inoltre, rammentato (v. nt. 34) che è costante in giurisprudenza l'affermazione della inutilizzabilità nei casi in cui viene in discussione la tutela di diritti fondamentali di rango costituzionale, come l'inviolabilità della libertà personale o del domicilio (da ultima Cass. 25 febbraio 2020, n. 5105; Cass. 19 dicembre 2019, n. 34093).

⁴⁹ A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit., pp. 699-705.

della prova illecita nel processo civile pare essa stessa in contrasto con il principio generale dell'onere della prova *ex art. 2697*, comma 1, c.c.⁵⁰ e con la disciplina dell'ordine di esibizione *ex art. 210 c.p.c.* dalla quale si ricava che il legislatore ha accordato alla parte il potere di produrre solo i documenti dei quali ha una legittima disponibilità⁵¹. Dall'altro, è tutto da dimostrare che il processo abbia una funzione epistemica, come insieme strutturato di attività finalizzate a conseguire conoscenze veritiere dei fatti rilevanti per la decisione della controversia⁵².

D'altra parte, anche il principio di proporzionalità, che trova riscontro a livello europeo nella direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, nell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'art. 8 della Convenzione europea sui diritti umani, risulta assicurato, perché l'interferenza della parte datoriale nella sfera privata del lavoratore è eccessiva rispetto al fine perseguito (accertamento della verità materiale) mediante l'impiego delle prove (illecite) nel procedimento.

⁵⁰ F. ANGELONI, *Le prove illecite*, cit., p. 82 ss. Nello stesso senso, L. ARIOLA, *Le prove atipiche nel processo civile*, Torino, 2008, pp. 133-134.

⁵¹ F. ANGELONI, *Le prove illecite*, cit., p. 99-101. Più in generale, è noto che ogni teoria dell'esibizione poggia, in definitiva, sul tentativo di sistemare in un modo o nell'altro i problemi che derivano dall'inevitabile interferenza fra aspetto sostanziale e aspetto processuale (cfr. S. LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960, p. 90).

⁵² Al riguardo è sufficiente rinviare al dibattito tra B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1 e M. TARUFFO, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 995.