



Numero 3 / 2023

Vincenzo FERRANTE

**Potere di controllo dell'imprenditore e  
lavoro non subordinato**

# Potere di controllo dell'imprenditore e lavoro non subordinato\*

Vincenzo FERRANTE

*Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

**SOMMARIO: 1. Premessa: una legislazione di soli principi. – 2. Il potere datoriale di controllo, quale correlato dell'obbligo di diligenza. – 3. Interesse dell'impresa alla fedeltà del lavoratore e potere di controllo. – 4. Gli attuali confini della para-subordinazione. – 5. L'applicazione delle norme in tema di controllo anche al lavoro non subordinato. a) Liceità di una clausola pattuita fra le parti che introduce forme di controllo analoghe a quelle del lavoro subordinato. – b) Controllo realizzato in via unilaterale, in assenza di pattuizioni espresse. – c) Oneri "procedurali". – d) Ipotesi nelle quali il controllo è sempre vietato per i lavoratori subordinati. – e) Valore del consenso individuale f) Lavoro non subordinato e controlli difensivi.**

## 1. Premessa: una legislazione di soli principi.

Quando si è chiamati a valutare le questioni in ordine ai limiti che, in conseguenza della tutela della persona del lavoratore, si pongono al potere imprenditoriale di controllo<sup>(1)</sup>, ci si imbatte in un quadro normativo formato da un ristretto numero di fonti normative espresse<sup>(2)</sup>, dovendosi fare così riferimento ad una giurisprudenza non sempre univoca – e spesso, anzi, oscillante<sup>(3)</sup>, e agli orientamenti dell'Autorità Garante della Privacy, espressi o attraverso

---

\* Lo scritto riprende, con varie integrazioni, l'intervento tenuto presso l'Università "Roma 3" il 22 novembre 2022 nell'ambito di un convegno dal titolo "Privacy e rapporti di lavoro" i cui atti sono in corso di pubblicazione nella Collana di FA.RI. ("Fare ricerche")

<sup>1</sup> V. gli artt. 2-6 e 8 stat. lav. rimasti complessivamente inalterati dal 1970, ove si eccettui l'art. 4 s.l., novellato dall'art. 23 d. lgs. 151 del 2015; sul nuovo testo di tale norma, v. P. TULLINI (cur.) *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino, 2017 nonché le recenti monografie di O. DESSÌ, *Il controllo a distanza sui lavoratori. Il nuovo art. 4 St. lav.*, Napoli, 2017; V. NUZZO, *La protezione dei lavoratori dai controlli impersonali*, Napoli, 2018; A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina della privacy: una lettura integrata*, Bari, 2018; A. SARTORI, *Il controllo tecnologico sui lavoratori*, Torino, 2020; N. ROSSI, *Contratto di lavoro e vita privata. Profili problematici del controllo sui lavoratori subordinati*, Giappichelli, Torino, 2023; ed i volumi di C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO (curr.) *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Milano, 2022; M. RICCI, A. OLIVIERI (curr.), *La tutela dei dati del lavoratore. Visibile e invisibile in una prospettiva comparata*, Bari, 2022.

<sup>2</sup> Abrogata la più antica legge 675 del 1996, la materia è regolata attraverso il codice della "protezione dei dati personali" di cui al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, oramai per larga parte però soppiantato dal cit. Reg. 679/ 2016 (GDPR) ed ora, per la parte residua, integrato dal d. lgs. 10 agosto 2018 n. 101.

<sup>3</sup> Il riferimento va soprattutto alla questione dei controlli "difensivi", in relazione ai quali, per una attenta rassegna delle oscillazioni registratesi in giurisprudenza, v. P. TULLINI, *I controlli aziendali per finalità difensive nella giurisprudenza*, in *RIDL*, 2022, I, 221 ss. (f. 2); V. NUZZO, *Sulla sopravvivenza dei controlli c.d. difensivi dopo la riscrittura dell'art. 4 st. lav.*, *ivi*, 2022, II, 120 ss. (fasc. 1); ed ancora E. GRAMANO, *Controlli difensivi, condotte illecite e inadempimento del prestatore di lavoro: un cerchio che non si chiude*, in *DRI*, 2022, 272 (f. 1), entrambe a commento di Cass., sez. lav., 22 settembre 2021, n. 25732); adde P. TOSI-E. PUCETTI, *Sulla legittimità dei c.d. controlli difensivi*, in *ADL*, 2021, 1297 e ss. Sul tema, poi, v. i contributi apparsi nel volume curato nel 2017 da P. TULLINI, cit. a nt. 1, con interventi di A. Maresca; M. Marazza, M.T. Carinci, V. Maio, C. Zoli ed E. Villa; V. Pinto, L. Califano, M. Barbieri, F. Curi e della stessa curatrice; da ultimo V. MAIO, *I controlli difensivi e la tutela del patrimonio aziendale*, in PISANI, PROIA, TOPO, *Privacy e lavoro*, cit., 412 ss. ed ancora N. DE MARINIS, *Privacy e lavoro:*

le indicazioni amministrative da questa in più occasioni fornite in via generale <sup>(4)</sup>, o mediante i provvedimenti adottati nell'ambito di quell'attività di amministrazione "giustiziale", che consegue ai ricorsi dei singoli interessati.

Ed invero, a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento generale dell'UE 2016/679, attraverso le previsioni del "codice" si disciplinano compiutamente solo le procedure per regolare l'attività di vigilanza amministrativa, affidata all'Autorità nel rispetto del principio del contraddittorio <sup>(5)</sup>, ma, per il resto, appare per lo più assente un contenuto normativo di dettaglio, lasciandosi quindi alle parti private, pur in presenza delle sanzioni penali di cui all'art. 38 St. lav. <sup>(6)</sup>, la concreta individuazione delle condotte lecite e di quelle vietate <sup>(7)</sup>.

Infatti, mentre le norme dello Statuto, anche per rispetto del principio di tassatività che accompagna tutte le previsioni di un reato, limitano in maniera puntuale sul piano delle modalità il potere datoriale (v. *infra*), la tutela dei dati personali si realizza attraverso la previsione di principi <sup>(8)</sup>, che lasciano poi ampi margini di adattamento in relazione alle circostanze del caso e al contesto nel cui ambito il "trattamento" può essere svolto.

Si ha così l'impressione di una legislazione che resta ancora in attesa di giungere a risultati consolidati e condivisi, a fronte dell'evidente sovrapposizione fra le due categorie di norme (posto che, come è noto, ogni controllo sulla attività del prestatore dà luogo ad un dato che esige di essere "trattato" a mente delle disposizioni di cui all'art. 4, n. 2 GDPR).

Ed invero, l'ibridazione del diritto del lavoro con la protezione costituzionale dell'individuo fa fatica a calarsi entro gli ambiti tracciati dalla natura contrattuale del rapporto di lavoro, cosicché, ove ci si mantenga solamente sul versante delle posizioni individuali, emerge il rischio di un certo strabismo, ovvero, in altre parole, di una non sempre prevedibile dilatazione delle protezioni personali. Questo differente approccio alla limitazione del potere datoriale (per norme di condotta espresse e per principi) dà esiti spesso incerti, di modo che negli sviluppi più recenti, la norma concretamente applicabile discende spesso da un giudizio di proporzionalità, che mira a definire un bilanciamento fra opposti interessi.

La proporzionalità è criterio, utile in ordine alla commisurazione di una sanzione in relazione a casi specifici (v. art. 2106 c.c.), ma che però non dà certezze nella individuazione della regola di condotta, così rischiando di imporre soluzioni focalizzate sulla singola vicenda, mentre sarebbe più corretto che il precetto nascesse da un confronto fra gli interessi di cui

---

*lo stato della giurisprudenza, ivi*, 461 ss.; A. BELLAVISTA, *I controlli difensivi*, in RICCI, OLIVIERI, *La tutela dei dati*, cit., 97 ss. A riguardo, v. altresì gli AA. *infra* cit. a nota n. 54.

<sup>4</sup> V., da ultimo, l'Autor. n. 1/2016 al trattamento dei dati sensibili nei rapporti di lavoro del 15 dicembre 2016, la cui efficacia è stata rinnovata, in quanto il suo contenuto è stato ritenuto compatibile con il Reg. UE n. 679 del 27 aprile 2016 (GDPR) e con il d.lgs. n. 101/2018 di adeguamento del Codice, con provv. Gar. 13 dicembre 2018 [cod. 9068972]; nello stesso senso v. pure provv. 19 luglio 2018 [cod. 9026901] e 5 giugno 2019 [cod. 9124510].

<sup>5</sup> V. art. 141 ss. l. n. 196/2003, ed ora art. 77 GDPR.

<sup>6</sup> L'art. 113 cod. priv. ha fatto salvo il disposto degli artt. 4 e 8 St. lav., confermando altresì, attraverso una complicata serie di rinvii, all'art. 179, la sanzione penale di cui all'art. 38 s.l.

<sup>7</sup> Si intende alludere non solo alle autorizzazioni generali dell'Autorità garante (v. *supra* nt n. 3), ma anche ai pareri sovranazionali resi da quello che un tempo era identificato come "Gruppo di lavoro ex art. 29" sulla scorta della direttiva ora abrogata.

<sup>8</sup> Quali il principio di liceità, correttezza e trasparenza; di congruità allo scopo (o di limitazione della funzione), di pertinenza, adeguatezza e non eccedenza (o minimizzazione); di esattezza e di aggiornamento, a mente degli artt. 5 e 6 GDPR. Sul punto, in particolare, da ultimo, v. INGRAO, *Il controllo a distanza*, cit., 156 ss.

sono tipicamente portatrici le parti del rapporto, secondo il modello della norma generale ed astratta.

Ed invero non si deve dimenticare che, a differenza dei casi in cui si tratta di tutelare il diritto individuale “ad essere lasciato solo” o di evitare profilazioni indebite da parte di chi si trova a gestire i cc.dd. *big data*, quando si debba assoggettare la prestazione resa dal lavoratore al controllo datoriale, la cornice entro la quale si colloca l'attività dell'imprenditore rimane quella segnata dall'obbligazione contrattuale, dove il potere del datore resta pur sempre frutto di una volizione individuale, conseguente all'assunzione alle dipendenze dell'impresa, secondo la fattispecie tipizzata dal legislatore all'art. 2094 c.c.

Una volta che si siano accettate queste premesse, mettendo a fuoco la centralità dell'adempimento, dovrebbe apparire più semplice l'inquadramento concettuale di alcuni problemi che agitano la giurisprudenza, evitando che il diritto all'autodeterminazione della propria sfera privata non assurga a diritto isolato e in certo modo contrapposto agli altri, nella consapevolezza che esso, in conformità alla felice intuizione del Costituente (art. 41/II), non può che agire innanzi tutto quale limite interno di un potere, per individuare le modalità attraverso le quali l'attività di controllo resta lecita.

Ed invero, il carattere della subordinazione non si concreta solo nel diritto “di dare ordini” al lavoratore, ma nel complesso delle posizioni che discendono dalla fattispecie tipizzata dall'art. 2094 c.c. <sup>(9)</sup> e, quindi, anche nel potere di governare la fase esecutiva del rapporto, mediante il controllo sulla prestazione che viene resa dal lavoratore che, seppure in forma implicita, è riconosciuto dal codice civile come medio logico fra il potere di etero-direzione e quello di sanzionare le inadempienze del lavoratore (artt. 2094, 2104 e 2106 c.c.).

Il potere del datore di lavoro di controllo ha dunque una radice negoziale e si colloca in un quadro nel quale le posizioni delle parti del rapporto di lavoro possono senz'altro essere ricondotte al contratto, salvi tuttavia i numerosi profili in relazione ai quali il legislatore, integrandone il disposto (art. 1374 c.c.), ha previsto norme che accedono automaticamente al suo contenuto, spesso in deroga alle ordinarie regole civilistiche: si pensi per es. al potere del lavoratore di disposizione dei propri diritti, di cui all'art. 2113 c.c. o ai limiti in tema di *jus variandi*, di cui all'art. 2103 c.c. <sup>(10)</sup>. E tanto a ragione sia del profondo coinvolgimento della persona umana nell'attività di esecuzione della prestazione <sup>(11)</sup>, sia del ruolo che la retribuzione assolve quale fonte principale di sostentamento della maggior parte degli esseri umani.

La conclusione dell'origine contrattuale dei poteri dell'imprenditore nel contratto di lavoro subordinato, tuttavia, impone una precisazione, poiché, a mente dei limiti che l'ordinamento conosce oramai da più di un secolo in ordine alle manifestazioni di volontà negoziale, non può certo accogliersi l'antica massima secondo la quale «*qui dit contractuel, dit juste*». E se già le norme generali in tema di tutela dei dati personali insegnano a diffidare da soluzioni puramente

---

<sup>9</sup> M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di L. Mengoni*, t. II, Giuffrè, Milano, 1995 (ora in *Questioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, 3-66).

<sup>10</sup> Sul punto v. *amplius* il mio *Direzione e gerarchia nell'impresa*, in *Comm. Schl.*, 2014.

<sup>11</sup> Non stupisce vedere che il noto insegnamento di L. Mengoni, richiamato nel testo, costituisce oramai un caposaldo anche oltrefrontiera: a riguardo, v. H. VILLASMI PARIETI, *Informe mundial sobre trabajadores informales*, relazione al XXII Congresso mondiale della ISLSSL, Torino 2018.

negoziali, tanto più corretta appare la cautela verso il mero consenso individuale, ove si passi ad esaminare la disciplina che può trovare applicazione a rapporti che si concretino in una prestazione prevalentemente personale, ma che si collochino genuinamente al di fuori della fattispecie del lavoro subordinato (secondo la ben nota formula di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c.).

Si tratta, come è ben noto, di rapporti che devono ricondursi nell'ampio genere del contratto d'opera, in relazione ai quali pochissime sono le norme inderogabili<sup>(12)</sup>, essendo in generale la materia lasciata alla auto-regolamentazione delle parti.

A riguardo, la riflessione dottrina è ancora ristretta a pochi contributi<sup>(13)</sup>, forse perché l'aspirazione a contrastare un ricorso fittizio a forme di "collaborazione" conduce spesso a sottovalutare il problema della disciplina da applicare al vasto mondo del lavoro non subordinato, mentre non giova certo alla soluzione del problema la posizione maggioritaria che, in via puramente trattativa, nega radice negoziale dei poteri datoriali, muovendo acriticamente da tesi, maturate in anni lontani nei quali né la professionalità, né lo stesso diritto alla stabilità del rapporto trovavano tutela in ambito legislativo<sup>(14)</sup>.

Per trattare il tema indicato nel titolo del presente scritto, volendo resistere alla tentazione<sup>(15)</sup> di una facile omologazione di forme contrattuali diverse (ed anzi contrapposte), quali il contratto d'opera (in tutte le sue forme) e il lavoro subordinato (ovvero all'opposta conclusione che tutto è permesso al committente), non è illogico soffermarsi qui di seguito a ricostruire l'intero disegno normativo che vale ad inquadrare la questione, per poi dedicarsi nel paragrafo finale all'analisi delle forme e degli ambiti che i poteri di controllo possono assumere al di fuori della subordinazione.

## 2. Il potere datoriale di controllo, quale correlato dell'obbligo di diligenza.

Mentre l'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. trova un preciso antecedente nell'art. 8 del r.d.l. n. 1825 del 1924, che per primo ha regolato il contratto di impiego privato, le norme in tema di diligenza ed obbedienza, che il codificatore del 1942 introduce all'art. 2104 c.c., vengono a far emergere una connotazione altrimenti implicita della subordinazione, posto, per

---

<sup>12</sup> V. l. n. 81 del 22 maggio 2017 ("Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale ...") e già l. 18 giugno 1998, n. 192, "Disciplina della subfornitura nelle attività produttive"; ed ancora la l. 11 aprile 2000, n. 83, contenente "modifiche ed integrazioni" alla l. n. 146/1990 in tema di sciopero nei s.p.e.; norme speciali poi sono previste a tutela dei compensi; senza pretesa di completezza, a riguardo, v. L. NOGLER, *Proteste collettive dei lavoratori autonomi nei servizi essenziali: una disciplina con due anime?*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 25, 2001, 87 ss.; B. CARUSO, G. NICOSIA, *Il conflitto collettivo post moderno: lo "sciopero" dei lavoratori autonomi*, WP C.S.D.L.E. "M. D'Antona", n. 43/2006; C. LAZZARI, *Il potere direttivo oltre la subordinazione? Prime osservazioni dal punto di vista dell'obbligo datoriale di sicurezza*, in *I working papers di Olympus*, 16/2012; O. RAZZOLINI, *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Giappichelli, Torino, 2015; M. MARINELLI, *La subfornitura*, in *Trattato Carinci-Persiani*, vol. VI, Padova, Cedam, 2012, 1645 ss.; O. LA TEGOLA, *Le fonti di determinazione del compenso nel lavoro non subordinato*, Cacucci, Bari, 2022;

<sup>13</sup> G. SIGILLÒ MASSARA, *Privacy e controllo nel lavoro autonomo*, in PISANI, PROIA, TOPO, *Privacy e lavoro*, cit., 816- 850; A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2021, 209-211; A. PERULLI, T. TREU, *In tutte le sue forme ed applicazioni*, Giappichelli, Torino, 2023.

<sup>14</sup> Sul rilievo sistemico che svolgono le norme in tema di stabilità, ancora attualissimo è il pensiero di M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Angeli, 1980.

<sup>15</sup> Sul rischio insito in ogni ragionamento analogico, v. L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattati recenti*, in *RIDL*, 1986, I, 5 ss.

un verso, che la richiesta di idonea professionalità è provata dalla legittimità dell'esperienza di cui all'art. 2096 c.c., a verifica dell'abilità professionale del prestatore, e che, per un altro, l'eterodirezione si sostanzia esattamente nella promessa, formulata all'atto dell'assunzione, di obbedire ai comandi datoriali, collaborando nell'impresa a mente dell'art. 2094 c.c.

In questo senso, la previsione di cui all'art. 2104 c.c. viene per un duplice verso a ricondurre il lavoratore subordinato alle logiche contrattuali del codice: sia perché la misura della diligenza attesa lo parifica ad ogni altro debitore che sia parte di un rapporto in cui si assumano obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale (art. 1176, co. II c.c.); sia perché la norma codicistica riconduce la subordinazione, non già ad una condizione estranea (e pre-esistente) al rapporto, secondo la figura del lavoratore socialmente dipendente (e come tale meritevole di tutela *a priori*), ma alla condizione di chi accetta di vincolarsi agli ordini che gli verranno ad essere impartiti.

Il richiamo alla diligenza professionale, implicito nel rinvio alla "natura" della prestazione dovuta di cui al I comma dell'art. 2104 c.c., rende palese che l'eterodirezione che qualifica il lavoro subordinato non consiste nell'obbligarsi a una generica disponibilità ad eseguire gli ordini impartiti dal datore, ma è caratterizzata dalla professionalità della prestazione attesa <sup>(16)</sup>.

In questo senso l'obbligo di diligenza (per usare le parole del codice) non si può scorporare dall'obbligazione di prestazione: poiché è solo la prestazione diligente che libera il debitore.

Viene ad essere smentita così la premessa da cui muove la gran parte della dottrina italiana, che sostiene l'obsolescenza della nozione codicistica di subordinazione a fronte del professionalizzarsi della prestazione lavorativa. Ed infatti, già a mente delle previsioni del codice del 1942, la nozione di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c. presuppone un lavoratore che conosca perfettamente l'ambito professionale in cui è chiamato a collaborare con l'imprenditore <sup>(17)</sup>, e che sia in grado di operare in via del tutto autonoma, come del resto è per i dirigenti di cui all'art. 2095 c.c., che pure appartengono alla famiglia dei lavoratori dipendenti (v. ancora *infra*).

Ne discende a tutt'evidenza che (almeno per le professionalità più elevate) l'eterodirezione ben può essere rappresentata dall'inserimento del lavoratore nell'organigramma produttivo <sup>(18)</sup>, ma solo quando ad essa si accompagni un potere di controllo e di eventuale intervento del datore di lavoro, il quale sempre è legittimato a impartire ordini o indicazioni, che richiedono obbedienza.

Alla luce di queste precisazioni, quindi, deve apparire chiaro come i due commi dell'art. 2014 c.c. si presentano come intimamente connessi, nel senso che una prestazione diligente, ma non conforme all'interesse del creditore specificamente esplicitato, non vale a configurare un esatto adempimento, poiché a tali fini deve essere caratterizzata da obbedienza, in conseguenza del fatto che la volontà negoziale implica l'aver accettato di lavorare

---

<sup>16</sup> V. ancora NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, cit., e sulla scia C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>17</sup> V. ancora NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, cit., 28 segg.

<sup>18</sup> Si allude alla c.d. *Ei-Verflechtung*: una formula che grande successo ebbe in passato e che è stata implicitamente rinverdata dal lavoro etero-organizzato di cui al d. lgs. 81/2015.

subordinatamente, e cioè alle dipendenze e sotto la direzione altrui, secondo la formula dell'art. 2094 c.c., di cui l'obbligo di obbedire altro non è che il necessario riflesso.

I poteri di controllo, in questa prospettiva, trovano ragione nell'esigenza di vedere assicurata una prestazione diligente, quale essa è stata dedotta in contratto. E non può che apparire, conseguentemente, diversa la posizione del lavoratore autonomo, il quale si sia obbligato solo a fornire un'opera o un servizio (e abbia quindi mantenuto al di fuori del contratto l'attività necessaria al raggiungimento di quel risultato).

Pare di poter dire, allora, che il progresso tecnologico abbia condotto ad una duplice evoluzione della nozione di subordinazione, perché, con il crescere della professionalizzazione del lavoro e dell'autonomia organizzativa del prestatore (che giunge a limiti estremi, come nel caso dello *smart working*), il potere direttivo si viene a manifestare sempre meno attraverso ordini impartiti in maniera puntuale, mentre si registra in pari tempo l'irrobustirsi del potere di controllo, che si può avvalere ora di forme così penetranti da assicurare una verifica assai ampia sull'attività di esecuzione della prestazione lavorativa.

Si tratta, come si cercherà di dimostrare nel prosieguo, di una modifica che, malgrado i numerosi interventi di legge, ha lasciato, per così dire, immutato il saldo e la corrispondenza biunivoca che si realizza fra i due profili, di modo che tutto il lavoro assoggettato a controllo e direzione altrui non può, per forza di cose, che qualificarsi come subordinato, mentre nulla sembra autorizzare una incondizionata estensione delle forme di tutela previste per il lavoro eterodiretto a ipotesi nelle quali manchi questa caratteristica così decisiva ai fini qualificatori<sup>19</sup>.

### **3. Interesse dell'impresa alla fedeltà del lavoratore e potere di controllo.**

Accanto ai poteri, propriamente "gestionali" dell'imprenditore, il controllo dell'esecuzione della prestazione promessa, quale manifestazione di una prerogativa creditoria, accompagna dunque lo svolgimento del rapporto di lavoro subordinato, venendo a costituire un elemento che caratterizza le qualità della prestazione attesa. Esso finisce per protendersi anche sulla stessa vita privata del lavoratore, nella misura in cui anche condotte extra-lavorative possono acquisire rilevanza in ordine, principalmente, alla sussistenza di una giusta causa o del rispetto dell'obbligo "di fedeltà" (artt. 2119 e 2105 c.c.).

Diversa è però, rispetto a quanto si è venuto sino a qui a dire, la vicenda che si pone in relazione ai vincoli di cui all'art. 2105 c.c., là dove questa disposizione fa divieto al prestatore di «trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore», o di «divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio».

In questi casi, infatti, ci si imbatte in due esigenze (di riservatezza e di non-concorrenza), che appaiono proprie di ogni vincolo contrattuale, il quale aspira, a tutt'evidenza, ad esaurire

---

<sup>19</sup> Si deve rilevare come lunga parte del volume monografico di V. NUZZO, *La protezione dei lavoratori*, cit., 96 ss. sia dedicata al rilievo che assume l'adempimento del contratto di lavoro ai fini della questione qui trattata, ma come le conclusioni cui giunge questa A. circa la sopravvivenza del disposto dell'abrogato co. 1 dell'art. 4 non possano condividersi per evidenti ragioni testuali.

la disciplina dei rapporti in essere fra le parti, riconducendo all'ambito consensualmente regolato ogni possibile condotta di antagonismo di interessi. L'ampia formula dell'art. 2015 c.c., dunque, non appare in alcun modo limitata ad una manifestazione propria della subordinazione, tanto che il codice prevede la legittimità di un patto diretto al prolungamento degli effetti del vincolo di fedeltà anche per il tempo il cui il rapporto di lavoro avrà cessato di produrre effetti (art. 2125 c.c.) e, dunque, anche in relazione a situazioni ormai estranee ad un rapporto di lavoro subordinato, che – per l'appunto – si è ormai estinto.

Non c'è da stupirsi, dunque, se pattuizioni di analogo contenuto possano accedere anche ad altri rapporti di lavoro, come tipicamente al contratto di agenzia, nella forma del diritto di esclusiva (art. 1743 c.c.), mentre resta sempre ammesso un patto diretto a limitare la concorrenza, seppure in conformità ai limiti di cui all'art. 2596 c.c. <sup>(20)</sup>.

Anche in questo caso, tuttavia, ci si deve intendere sull'esatta portata di un'eventuale accordo diretto ad estendere i vincoli di cui all'art. 2015 c.c. anche a forme di lavoro para-subordinato o comunque autonomo, poiché, seppure sia un carattere evidente del lavoro autonomo quello di poter far ricorso a una pluralità di clienti (o committenti), tuttavia, pur a fronte di qualche precedente giurisprudenziale di segno contrario, risulta difficile negare la validità di pattuizioni che impongano o di non divulgare notizie apprese nell'esercizio della professione, o di non operare in concorrenza diretta, prestando la propria opera professionale a beneficio di altri committenti o clienti concordemente individuati dalle parti.

Si tratta di norme che, non venendo a costituire proiezione necessaria del vincolo di subordinazione, possono farsi discendere <sup>(21)</sup> o dai vincoli attivati dal contratto, nei termini di un reciproco affidamento ai fini del conseguimento del risultato pattuito, o dalla stessa normativa di tutela della riservatezza qui in esame (se non direttamente dalle disposizioni, anche penali, in tema di concorrenza e segreto aziendale, ove il rapporto in essere sia finalizzato all'esercizio di una impresa).

A fronte di tanto, quindi, deve ritenersi legittimo l'esercizio di un eventuale potere di controllo che venga a svolgersi nei medesimi termini per autonomi e per subordinati (si pensi al ricorso a investigatori privati o ad agenti provocatori). A queste ipotesi, dunque, non si farà riferimento nel prosieguo, posto che l'assimilazione di cui si è ora detto sembrerebbe rendere senz'altro legittima l'adozione delle misure tante volte ammesse in giurisprudenza nei confronti dei lavoratori dipendenti (tanto più ove si tenga conto dell'assenza di specifiche

---

<sup>20</sup> Si deve segnalare come l'art. 8, co. 2, lett. c) del d. lgs. 27 giugno 2022, n. 104 ammetta anche un accordo fra datore e prestatore di lavoro a tempo determinato rivolto ad impedire al secondo di svolgere attività che, pur non vietata dall'art. 2015 c.c., in ogni caso «sia in conflitto d'interessi con la principale». Ora questa norma appare (i) se non palesemente contraddittoria, certamente di difficile identificazione nella sua portata precettiva (posto che il conflitto di interessi sembra situazione già normata dal vincolo di fedeltà); (ii) contraria alle precise indicazioni che si ritraggono dalla giurisprudenza costituzionale in ordine alla necessaria prevedibilità del part time, così da assicurare al lavoratore di poter attingere al livello salariale di cui all'art. 36 Cost. (v. C. cost. sent. 210/92) e (iii) incoerente con le previsioni della direttiva 1152 del 2019, che miravano semmai a restringere la possibilità di dilatare i vincoli in capo ai lavoratori in quegli ordinamenti dove già, per espressa previsione, era possibile la stipula di un patto di non concorrenza anche al di fuori del lavoro subordinato.

<sup>21</sup> Da ultimo, a riguardo, v. F. V. PONTE, *L'obbligo di fedeltà*, in V. FERRANTE (cur.), *Il lavoro subordinato*, Maggioli, S. A. di Romagna, 2023, 63 ss.

norme nello Statuto dirette a disciplinare questo profilo, essendo stati i controlli di questo tipo sostanzialmente ammessi *praeter legem*) (22).

A parte sembra invece restare l'ipotesi di un controllo sull'effettivo stato di salute anche in caso di lavoro non subordinato, poiché non si deve dimenticare che la legge 22 maggio 2017 n. 81 ha previsto una specifica tutela contrattuale, stabilendo (art. 14, co. I l. cit.) che «la gravidanza, la malattia e l'infortunio dei lavoratori autonomi che prestano la loro attività in via continuativa per il committente non comportano l'estinzione del rapporto di lavoro, la cui esecuzione, su richiesta del lavoratore, rimane sospesa, senza diritto al corrispettivo, per un periodo non superiore a centocinquanta giorni per anno solare, fatto salvo il venir meno dell'interesse del committente».

Per quanto si possa ipotizzare che il committente che dubiti dell'effettivo stato di salute del professionista possa far leva sul venir meno del suo interesse all'adempimento al fine di recedere dal contratto, in conformità alla regola generale di cui agli artt. 1256, co. II e 1464 c.c. (23), non si può negare che possa sussistere anche un interesse all'accertamento dello stato di malattia dichiarato, di modo che si pone la questione di un'eventuale estensione del disposto dello statuto (art. 5) a riguardo, quando ad es. si voglia far valere il danno da ritardo o da inadempimento (si pensi, ad es., al caso in cui l'art. 14 l. n. 81/2017 sia invocato da un progettista chiamato a realizzare la consegna di immobili la cui costruzione richiede particolare urgenza).

Ma di questo si dirà più avanti, poiché resta ora da chiarire quali siano gli attuali confini del lavoro para-subordinato ai fini dell'oggetto della presente ricerca.

#### **4. Gli attuali confini della para-subordinazione.**

Come è noto, l'art. 409 c.p.c. è norma, pensata esclusivamente con la finalità di delimitare la cognizione funzionale del giudice del lavoro (24), ma poi debordata nel campo del diritto sostanziale, legittimando i contratti diretti a porre in essere, nel vasto perimetro del lavoro autonomo, «rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato».

Nella prassi, tali previsioni, pensate dal legislatore con lo scopo di estendere la cognizione del giudice del lavoro a quei pochi rapporti che già non rientrassero nel contratto di agenzia o nella rappresentanza commerciale, hanno spesso costituito ragione per sottrarre, mediante una

---

<sup>22</sup> Per un recente riepilogo della disciplina, v. N. ROSSI, *Investigatori privati e controlli sui lavoratori subordinati: un'analisi della "giurisprudenza"*, in *JUS-ONLINE* 5/2022.

<sup>23</sup> Sul rapporto fra le due norme nel lavoro subordinato, v. V. FERRANTE, *Impossibilità della prestazione e interesse alla prosecuzione del rapporto*, in *Giur. It.*, 6/2021, 1409-1413; ovvio che si dovrà valutare anche se il termine di legge (150 gg.) valga ad impedire il recesso, o se termini essenziali possano essere comunque pattuiti validamente fra le parti.

<sup>24</sup> La formula discende da quella adottata all'art. 2 della legge n. 741 del 1959 che estendeva mediante decreto governativo l'efficacia dei contratti collettivi a «tutte le categorie per le quali risultino stipulati accordi economici e contratti collettivi riguardanti una o più categorie per la disciplina dei rapporti di lavoro, dei rapporti di associazione agraria, di affitto a coltivatore diretto e dei rapporti di collaborazione che si concretino in prestazione d'opera continuativa e coordinata». Non si danno citt. dottrinali, attesa la notorietà della questione.

qualificazione fittizia del rapporto, numerosi rapporti all'applicazione inderogabile delle norme in tema di subordinazione.

In questo modo, si è conseguito l'obiettivo di consentire una elusione massiva della disciplina imperativa di legge e di contratto collettivo (in relazione, ad es., al licenziamento o alla disciplina dell'orario), con un rilevatissimo risparmio economico in ordine ai costi indiretti, come quelli conseguenti al versamento della contribuzione previdenziale, al pagamento delle mensilità aggiuntive (ferie, tredicesima e TFR) e allo stesso rispetto dei minimi contrattuali.

Peraltro, la generale irrilevanza della qualificazione attribuita dalle parti al rapporto contrattuale posto in essere (c.d. *nomen juris*), ha potuto opporre un limite a tale illegittima prassi solo nella misura in cui questa restava limitata a pochi casi, mentre nessun serio argine ha potuto frapporre al dilagare delle "collaborazioni" quando, a seguito anche dell'introduzione di una forma ridotta di tutela pensionistica (quale quella della c.d. "gestione separata" di cui all'art. 2, co. 26, della l. 8 agosto 1995, n. 335), si è venuto alla fine a riconoscere piena legittimazione ad una fattispecie che, fino a quel momento, si era sviluppata ai margini della disciplina di legge <sup>(25)</sup>.

A contrastare la crescita del numero dei lavoratori para-subordinati, si poneva così l'iniziativa legislativa (art. 61 d. lgs. 276/2003: "lavoro a progetto") diretta ad introdurre una specifica e nuova fattispecie, chiamata ad accogliere le prestazioni lavorative che effettivamente fossero state finalizzate alla realizzazione di un progetto definito (o un "programma di lavoro"), con l'obiettivo di scriminare il falso dal vero e di spingere verso una corretta qualificazione tutti i rapporti in essere.

La debolezza tecnica di questa soluzione è però apparsa sempre più evidente, poiché nell'elemento del risultato (progetto o programma) è stato facile ricomprendere ogni apporto utile all'impresa, anche nei termini ad es. di una semplice attività di vendita, di modo che la normativa è rimasta in vigore solo per poco più di dieci anni ed è stata alla fine abrogata <sup>(26)</sup>, anche dopo le innovazioni introdotte nel 2012, dalla l. n. 92 nei termini di presunzioni legali, collegate a certi elementi di fatto (in relazione per es. al numero di committenti) finalizzate a far presupporre la sussistenza di un rapporto subordinato.

Alla luce di quanto sopra si è detto, si deve aggiungere che la possibilità di individuare un *opus* ben determinato come oggetto diretto della prestazione lavorativa non esclude la subordinazione, quando sussista comunque un potere di direzione e controllo, capace di indirizzare il prestatore nel momento dell'esecuzione del contratto, organizzandone "dall'esterno" l'attività, come dimostra l'ampia diffusione ricevuta dal c.d. lavoro agile di cui alla legge n. 81 del 22 maggio 2017, anche nella forma c.d. "emergenziale" prevista dal

---

<sup>25</sup> I dati sono arrivati a far registrare, all'inizio di questo secolo, circa 800 mila rapporti di collaborazione in essere (in certi casi, tuttavia, da ricondurre ad ipotesi di un "doppio lavoro"). Pure si aggiunge che, dal punto di vista previdenziale, la parificazione non è stata ancora raggiunta perché, pur se le aliquote di prelievo contributivo non sono troppo difforni, resta ad es. ancora vietato il cumulo dei periodi ai fini della maturazione del diritto a pensione anticipata.

<sup>26</sup> V. art. 52, co. 1, d. lgs. n. 15 giugno 2015, n. 81, le disposizioni di cui all'art. 61 d. lgs. n. 276/2003 sono abrogate e continuano ad applicarsi esclusivamente per la regolazione dei contratti già in atto alla data di entrata in vigore dello stesso decreto n. 81.

legislatore quale misura diretta a contrastare il diffondersi della pandemia da Covid-19 in anni recenti.

L'esperienza della pandemia ha invero provato che si può avere lavoro subordinato anche in assenza di un coordinamento spazio-temporale delle prestazioni, poiché il potere datoriale di direzione può esercitarsi anche attraverso la sola organizzazione dell'attività d'impresa, mentre, per altro verso, nulla impedisce che il potere di controllo si esplichi direttamente in relazione, seppur non al risultato finale, agli obiettivi tempo per tempo assegnati e ai risultati raggiunti in termini di contributo all'attività di impresa.

Né miglior fortuna ha trovato il tentativo portato avanti dal legislatore del *Jobs Act* (v. art. 2 d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81) di estendere *tout court* la disciplina del lavoro subordinato «ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente».

Ed invero la norma, che pure ha trovato applicazione nella sua originaria formulazione ad un caso che ha avuto particolare rilevanza anche mediatica <sup>(27)</sup>, è stata fatta oggetto di plurime modifiche, ed in particolare ha visto notevolmente ridotto il suo campo di applicazione dall'art. 15, co. 1, lett. a), della cit. l. n. 81/2017, che ha aggiunto nel corpo dell'art. 409 c.p.c. la precisazione che «la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa».

In questo senso, si può ritenere financo esaurita (semmai fosse stata davvero venuta ad esistenza) la vicenda normativa di questa particolare ipotesi (lavoro c.d. “etero-organizzato”), in quanto riassorbita, nella originaria contrapposizione fra lavoro autonomo e subordinato, quale consegua dalle sopra richiamate previsioni del codice civile <sup>(28)</sup>.

Al termine di questa evoluzione, sembra quindi doversi riconoscere all'etero-direzione un perdurante valore centrale <sup>(29)</sup>, di modo che scarsa, o nulla, rilevanza ai fini qualificatori si dovrebbe riconoscere ad altri elementi (come, *in primis*, l'assenza di rischio economico, la forma della retribuzione e l'osservanza di un orario), ove manchi quel “vincolo di natura personale che assoggetta il prestatore d'opera, limitandone la libertà, alle direttive (inerenti all'intrinseco svolgimento delle prestazioni) del datore di lavoro” <sup>(30)</sup>.

---

<sup>27</sup> V. Trib. Torino, 7 maggio 2018, in *RIDL*, 2018, 2, pp. 294-303 con nota di Ichino, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy* e in *DRI*, 2018, 4, pp. 1196-1202, con nota di Ferrante, *Subordinazione e autonomia. Il gioco dell'oca*; nello stesso senso, ma con diversa motivazione, Trib. Milano, 10 settembre 2018. La sentenza è stata riformata in appello, ferma restando però il rigetto della qualificazione della prestazione in termini di subordinazione: V. App. Torino, 4 febbraio 2019, in *RIDL*, 2019, II, 340 ss. (f. 2) nonché in *DRI*, 2019, 936 ss. (f. 3) con nota di M.T. Carinci (a conferma della sent. di appello, v. Cass. 24 gennaio 2020 n. 1663, in *RIDL*, 2020, 1, II, 76 e in *DRI*, 2020, 1, 145).

<sup>28</sup> Nota è la tesi di P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, del d. lgs. n. 85, Una norma apparente?*, in *ADL*, 2015, 1, 1117 ss., che con argomenta nel senso che il disposto dell'art. 2 “malgrado la sua formulazione in termini precettivi, è privo di efficacia propriamente normativa. Al più, esso si risolve in un intervento di sostegno, a latere dell'art. 2094 Cod. Civ., dell'approccio pragmatico della giurisprudenza improntato alla prudente valutazione della ricorrenza nel caso concreto degli indici della soggezione del lavoratore ad un pieno potere organizzativo del datore di lavoro” (così a p. 1130).

<sup>29</sup> Anche nella prospettiva del diritto dell'Unione europea, dove la nozione di subordinazione sembra sovrapporsi a quella propria del codice civile italiano del 1942, v. V. FERRANTE, *La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori “delle piattaforme”*, in WP C.S.D.L.E. “M. D'Antona”, INT – 158/2022

<sup>30</sup> Così, fra le tante, Cass. sez. lav. 24 aprile 1981, n. 2495; Cass. sez. lav. 11 novembre 1983, n. 6701; Cass. sez. lav. 17 febbraio 1987, n. 1714; ed ancora: Cass. sez. lav. 11 febbraio 2004, n. 2622 e 8 febbraio 2010, n. 2728.

Ed è ovvio che il criterio dell'eterodirezione vale altresì a differenziare dal lavoro genuinamente subordinato tutte le altre forme di collaborazione coordinata e continuativa, che restano equiparate limitatamente al solo ambito processuale (e quanto alle correlate disposizioni fiscali e, in certa misura, previdenziali), venendo queste ultime a collocarsi nell'ampia area del lavoro autonomo<sup>31</sup>.

In altri termini (e conclusivamente), a fronte del fatto che anche il dirigente d'azienda (anche con mansioni di direttore generale) resta comunque un lavoratore subordinato (come risulta inequivocabilmente dall'art. 2095 c.c.), si deve ritenere che si ha subordinazione non solo quando si ricevono ordini puntuali e quotidiani, ma anche quando questi sono trasmessi attraverso obiettivi e traguardi intermedi da raggiungere, o anche mediante la creazione di un sistema informatico con cui interfacciarsi, di modo che la sola manifestazione, per così dire, tangibile del potere direttivo si riduce all'obbligo di obbedienza e al correlato potere di controllo, che viene così, anche per questo specifico aspetto, ad acquistare un ruolo centrale, quale elemento che connota la subordinazione (32).

Può dirsi, allora, che l'ipotesi visualizzata dall'art. 2 d. lgs. 81 del 2015 non modifica il quadro definito dall'art. 2094 c.c., di modo che, sia che si faccia valere la piena equiparazione imposta dalla stessa norma, sia che si ritenga che la norma non dia vita ad una fattispecie distinta ed autonoma rispetto a quella già prevista dal codice del 1942 (33), si dovrà concludere che a questi rapporti trovi sicuramente applicazione la disciplina propria dei lavoratori subordinati o dipendenti, quando sussistano gli elementi descritti dalla fattispecie codificata nel 1942 (34).

Emergono al contrario una pluralità di rapporti aventi ad oggetto una prestazione lavorativa che, talora, viene anche ad essere espressamente qualificata in termini di autonomia, come per es. (35) per il lavoro sportivo non professionista, o per le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali, o per l'attività dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società (v. già l'art. 61 d. lgs. 276 del 2003 e ora art. 2 d. lgs. 81 del 2015).

---

<sup>31</sup> Si tenga conto, quanto all'equiparazione con il lavoro subordinato, come ancora incerta sia la soluzione circa l'applicazione del principio dell'automatismo della contribuzione in relazione alle collaborazioni di cui all'art. 409 c.p.c., malgrado i tanti profili comuni in tema di riscossione. A riguardo, in dottrina, seppur non aggiornato agli esiti giurisprudenziali più recenti, v. D. CASALE, *L'automaticità delle prestazioni previdenziali*, BUP, Bologna, 2017.

<sup>32</sup> Su questi aspetti, rinvio a FERRANTE, *Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., 13 ss.

<sup>33</sup> V. *supra* nota 33.

<sup>34</sup> È la conclusione cui giunge SIGILLÒ MASSARA, *Privacy e controllo nel lavoro autonomo*, cit. 850.

<sup>35</sup> Al co. 2 stabilisce che le disposizioni in tema di lavoro etero-organizzato non trovano applicazione con riferimento alle ipotesi qui di seguito riportate, per quali ancora sembra legittimata l'applicazione della disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative: a) collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati dal s.m.r. prevedono discipline specifiche (per es. nel settore dei *call center*, agli operatori che effettuano chiamate con finalità di vendita); b) collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali; c) attività prestate nell'esercizio della loro funzione dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dai partecipanti a collegi e commissioni; d) collaborazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali (ed altre ipotesi affini); d-bis) collaborazioni prestate nell'ambito della produzione e della realizzazione di spettacoli da parte delle fondazioni (cc.dd. "lirico-sinfoniche"); nonché d-ter) collaborazioni degli operatori che prestano le attività svolte dal Corpo nazionale soccorso alpino e speleologico. In passato la giurisprudenza aveva ricondotto alla para-subordinazione, ad es., il rapporto dei medici convenzionati con il s.s.n.(cc.dd. medici "di famiglia").

## 5. L'applicazione delle norme in tema di controllo anche al lavoro non subordinato.

A mente di quanto si è fino a qui venuto ad esporre, nulla impedisce che, oltre a prestazioni rese in conformità alla fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., sussistano genuine ipotesi di lavoro non subordinato (autonomo, o para-subordinato) e che si possa porre per tali prestatori d'opera il problema di una applicazione, in via concordata (per pattuizione espressa) o anche solo unilaterale e "di fatto", delle medesime forme di controllo che il legislatore prende in esame nello Statuto.

Perché la questione si ponga in termini non troppo lontani da quelli che hanno costituito oggetto di espressa regolamentazione normativa nel 1970, sarà necessario che le prestazioni rese abbiano natura prevalentemente personale, posto che altrimenti sembrerebbero venir meno quelle condizioni di bilanciamento fra diritti che derivano dalla fondamentale tutela della persona umana. E, del resto, per quanto il contratto d'opera non faccia riferimento ad un siffatto elemento, la sola differenziazione rispetto al contratto di appalto (art. 1655 c.c.) sembra risiedere proprio nell'assenza di una organizzazione d'impresa <sup>(36)</sup> e, dunque, *a contrariis*, nella natura prevalentemente personale della prestazione.

Così finalmente descritto il quadro complessivo al cui interno si colloca la presente ricerca, si può finalmente passare ad una analisi delle previsioni del titolo I dello Statuto. Bisognerà distinguere a riguardo, nell'ambito delle disposizioni interessate (artt. 2, 3, 4, 5, 6 e 8), quella parte della norma che prevede una tutela per il lavoratore, da quella che, direttamente o indirettamente, riconosce un potere datoriale.

Senza volere in questa sede procedere ad un esame delle singole disposizioni <sup>(37)</sup>, in questo senso, per es., si può ricordare che nell'art. 6 stat. lav., sussiste il riconoscimento di un potere di perquisizione, ma al contempo vi è anche la garanzia che le visite personali di controllo siano effettuate in maniera "casuale", all'uscita dai luoghi di lavoro e in maniera da salvaguardare dignità e riservatezza del lavoratore. E lo stesso può dirsi con riferimento all'art. 8 stat. lav., che ammette <sup>(38)</sup> domande dirette a valutare le attitudini professionali del prestatore di lavoro in sede di colloquio pre-assuntivo, ma esclude quelle che indaghino la vita personale del candidato (o del prestatore).

Si deve però aggiungere che l'analisi, per così dire "strutturale", delle norme dello Statuto, fa emergere anche la presenza di condizioni che valgono a legittimare l'esercizio del potere: come, tipicamente, nel caso del rilascio dell'autorizzazione amministrativa, utile, quando non

---

<sup>36</sup> RAZZOLINI, *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, cit., cap. I.

<sup>37</sup> Si tratta di un approccio diffuso: a riguardo, per una rassegna di questo tipo, fra i tanti, v. di recente, E. Gragnoli, *Il potere di controllo del datore di lavoro e lo Statuto dei diritti dei lavoratori*, in RICCI, OLIVIERI, *La tutela dei dati del lavoratore*, cit., 121 ss. ed ancora ROSSI, *Contratto di lavoro e vita privata*, cit., 32; sul punto rinvio anche al mio *Controllo sui lavoratori, difesa della loro dignità e potere disciplinare, a quarant'anni dallo statuto*, in RIDL, 2011, I (fasc.1), 73-74.

<sup>38</sup> E pure si tenga conto che a mente della recente direttiva 10 maggio 2023, n. 970, in tema di *gender pay gap*, le domande relative alle retribuzioni guadagnate in passato non sembrerebbero più ammesse.

si sia raggiunto uno specifico accordo sindacale sul punto, oltre che per le ipotesi di controlli tecnologici a distanza di cui all'art. 4 stat. lav., anche per le perquisizioni di cui al cit. art. 6.

Mentre le disposizioni del d. lgs. 196/03 (codice "privacy") e del Regolamento europeo hanno portata generale<sup>(39)</sup>, le previsioni del Titolo I dello Statuto non possono che intendersi limitate ai soli rapporti di lavoro subordinato, anche per rispetto al già richiamato principio di tassatività che discende dalla previsione di sanzioni penali contenuta nell'art. 38 s.l., in caso di violazione dei precetti in tema di controllo personale<sup>(40)</sup>.

La questione di un'applicazione, in via di analogia o per interpretazione estensiva, dei precetti del legislatore del 1970 a prestazioni personali rese al di fuori del lavoro subordinato va quindi valutata prendendo le mosse dalla circostanza che, per effetto delle previsioni, di cui all'art. 38 s.l., alla violazione dei divieti di cui 2, 4, 5, 6 e 8 stat. lav. si applica la sanzione penale dell'arresto (da 15 giorni ad un anno) o dell'ammenda, da un minimo di € 155,00 ad un massimo di € 1549,00 (con possibilità per il giudice di aumentarla sino a cinque volte nel massimo edittale, quando per le «condizioni economiche del reo ... può presumersi» l'inefficacia del potere deterrente della sanzione pecuniaria).

Fatte queste premesse si può ora passare ad esaminare le singole questioni che vengono in rilievo.

#### ***a) Liceità di una clausola pattuita fra le parti che introduce forme di controllo analoghe a quelle del lavoro subordinato.***

Il primo problema che si pone è quello della liceità di una clausola pattuita fra le parti, che estenda anche ai rapporti di collaborazione (o di lavoro autonomo) i poteri datoriali di cui al Titolo I dello Statuto.

A mente di quanto si è detto più sopra in ordine alla centralità del potere di controllo ai fini della configurazione della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., una pattuizione siffatta dovrebbe considerarsi senz'altro lecita, ma non ci si deve nascondere che essa finirebbe per recare con sé il risultato di una differente qualificazione del rapporto così posto in essere, ove tali controlli avessero ad oggetto la prestazione resa e apparissero tali da parificare il controllo del committente a quello altrimenti esercitato dal datore.

---

<sup>39</sup> Le norme fanno riferimento, senza altra determinazione qualificatoria, al lavoro o al lavoratore: v. artt. 2 *octies* (dove, tuttavia, si richiamano i contratti collettivi), 2 *undecies* (con richiamo al *whistleblowing*), 13 e 111 *bis* (in relazione ai CV che giungano senza previa richiesta) e v., più in generale, gli artt. 111-116 d. lgs. n. 196/2003 nonché l'art. 88 GDPR; il termine "datore" compare solo nell'art. 115 cod. priv. con riferimento al telelavoro e al lavoro domestico. Né si deve dimenticare l'art. 47 *sexies* d. lgs. n. 81/2015 (inserito dal d.l. n. 101/19), secondo cui «i dati personali dei lavoratori che svolgono la loro attività attraverso le piattaforme digitali sono trattati in conformità alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 ... e al codice di cui al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196».

<sup>40</sup> Si ricordi che dal testo dell'art. 38 s.l. è ora scomparso il riferimento agli artt. 4 e 8 anche se la sanzione penale è confermata dall'art. 171 cod. priv., secondo cui: «La violazione delle disposizioni di cui agli artt. 4, comma 1, e 8 della legge n. 300/1970, è punita con le sanzioni di cui all'art. 38 della medesima legge». Si tenga conto che il testo cit. è quello conseguente alla modifica disposta dall'art. 23, co. 2, del cit. d. lgs. n.151/2015 e successivamente dall'art. 15, co. 1, lettera f), del d. lgs. n. 10 agosto 2018, n. 101 (e v. pure l'abrogazione disposta dall'art. 179 e l'art. 114 che incorpora l'art. 4 nel codice *privacy*).

Ed invero sarebbe difficile non ascrivere all'area dell'art. 2094 c.c., un rapporto di collaborazione ove si preveda ad es. uno stabile e continuativo controllo a distanza, secondo la formula dell'art. 4 stat. lav., essendo per l'appunto quel potere elemento caratterizzante la subordinazione (che invece, a tutt'evidenza, è assente nell'ipotesi richiamata dall'art. 409 c.p.c.).

Ovviamente la valutazione andrà condotta con estrema attenzione in relazione alle concrete modalità attraverso le quali si realizza il controllo, al fine di poter concludere nel senso che la prestazione viene ad essere resa con le medesime modalità proprie del lavoro dipendente.

In questo senso, ad es., appare del tutto compatibile con lo schema del lavoro autonomo il controllo operato da guardie giurate su quanti abbiano accesso ai locali aziendali (si ipotizzi la presenza di agenti di commercio incaricati della promozione delle vendite negli spazi aziendali adibiti a mostra permanente di gioielli): infatti, ove non si debordi dalla fattispecie considerata lecita dall'art. 2 stat. lav., non sembra sussistere alcuna contraddizione con la natura autonoma del rapporto (mentre, a tutt'evidenza, sarebbe difficile giustificare un controllo così vicino alla disciplina del lavoro dipendente che finisse per estendersi sull'intera attività di lavoro).

E tanto vale anche ove il controllo si esercitasse indirettamente grazie agli strumenti necessari «per rendere la prestazione», essendo evidente come tale più recente formula (introdotta dal *Jobs Act* nel modificare il disposto della norma dello Statuto) sia sempre da riferirsi ad ipotesi di lavoro subordinato, di modo che viene solo a costituire una forma di controllo autorizzato che riguarda i (soli) lavoratori subordinati (41).

Nello stesso senso, il tracciamento di un fattorino che avvenga attraverso sistemi di rilevazione satellitare è stato senz'altro considerato, come sopra si è detto, incompatibile con la natura non subordinata del rapporto (almeno nella misura in cui, è da ritenere, sussista un potere se non di intervento “in tempo reale” in capo al committente/datore, quantomeno di controllo *ex post*, utile però a consentire che nei giorni successivi non siano più affidati allo stesso corriere commesse analoghe alle precedenti, così di fatto estromettendolo dalle future consegne) (42).

### ***b) Controllo realizzato in via unilaterale, in assenza di pattuizioni espresse.***

Il paragrafo che precede si è concluso nel senso che il controllo lecito nel lavoro subordinato, apparirà tale anche con riferimento ad ipotesi diverse, almeno nei casi in cui non si pongano profili di riqualificazione del rapporto: si pensi al ricorso ad investigatori privati per spiare l'attività di agenti di commercio, ovvero a controlli operati, al momento dell'entrata e dell'uscita dai locali aziendali, nell'ambito di un genuino appalto di servizi.

---

<sup>41</sup> Senza che sia necessario un ulteriore giudizio di compatibilità a mente delle disposizioni di cui alla tutela dei dati personali: così G. PROIA, *Controllo a distanza e trattamento dei dati personali: due discipline da integrare (ma senza fare confusione)*, in PISANI, PROIA, TOPO, *Privacy e lavoro*, cit., 329 ss.

<sup>42</sup> Non costituisce oggetto di presente studio il c.d. controllo algoritmico, pure normato dalla direttiva 1152 del 2019, in quanto si tratta di situazione che sembra prescindere dalla condizione di subordinazione, a mente delle previsioni di cui al capo V bis d. lgs 81/2015 (come introdotto dal d.-l. n. 101 del 2019).

Né viene a mutare la conclusione sopra esposta se l'assoggettamento al controllo sia comunque imposto in via unilaterale dall'imprenditore, in assenza di un preventivo consenso "dell'interessato", poiché, come sopra si è detto (e si deve qui ribadire), è il controllo in sé che caratterizza l'eterodirezione, ove si rivolga alla verifica della fase di esecuzione della prestazione, di modo che appare del tutto ovvio che, ove questo si realizzi, l'applicazione delle norme statutarie diviene il naturale portato della fattispecie in concreto realizzata (e lo stesso vale per eventuali sanzioni anche di natura penale che dovessero applicarsi, in quanto legittimate dalla riqualificazione del rapporto giuridico in essere).

### **c) Oneri "procedurali".**

Non avrei riserve poi quanto all'estensione delle medesime disposizioni in relazione agli oneri (per così dire "procedurali"), previsti dallo Statuto (come negli artt. 4 e 6 sopra richiamati, in relazione agli accordi collettivi eventualmente intercorsi) quando si tratti di ampliare la portata autorizzatoria delle disposizioni di cui al titolo I, in relazione ad ipotesi nelle quali subordinati ed autonomi lavorino fianco a fianco, come tipicamente nei cantieri edili o nei centri della logistica.

Nella prospettiva sopra esplicitata, dunque, sarebbe lecito, in adempimento a clausola espressamente pattuita, assoggettare a perquisizione personale il collaboratore che si rechi nei locali aziendali, purché tale attività sia esercitata dal datore nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 6 s.l. e tale conclusione non mi pare venga a modificarsi quando si tratti di dare rilievo alle pattuizioni collettive di cui al comma terzo del medesimo articolo (e parimenti di cui all'art. 4 s.l.), posto che in tali casi <sup>(43)</sup> le OO.SS. agiscono sulla scorta di una precisa previsione di legge, che delega ad esse una verifica di congruità dell'esercizio del potere datoriale, che non può che indirizzarsi a tutti i soggetti potenzialmente coinvolti (e quindi anche ad artigiani o fornitori, che, opportunamente avvertiti, si rechino negli spazi aziendali).

Ad un tale risultato mi pare conduca anche la disciplina in materia di salute e sicurezza sul lavoro, sia quanto alle definizioni di ordine generale (art. 2, co. 1, lett. a) d. lgs. 81/2008), sia in particolare nelle disposizioni dedicate ai rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, che ammettono la presenza di RLS "di sito produttivo" (art. 49 d. lgs. 81/2008), equiparando così indifferentemente lavoratori autonomi e subordinati in quanto accomunati dall'esposizione a rischi comuni, ed imponendo anzi un controllo sul rischio "da interferenza" (art. 26, co. 3 d. lgs. 81/2008), che viene espressamente normato <sup>(44)</sup> proprio in relazione al sovrapporsi di attività di diversa natura (si pensi agli artigiani che intervengano per le rifiniture all'interno della struttura cementizia, edificata dall'impresa, cui pure spetti la responsabilità di dirigere l'intero cantiere).

---

<sup>43</sup> A questa conclusione può giungersi *de plano* sulla scorta dell'insegnamento della notissima C. Cost. 268/94; nella dottrina antecedente, a titolo esemplificativo, v. P. LAMBERTUCCI, *I controlli del datore di lavoro e la tutela della privacy*, in G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto del lavoro*, II ediz., Milano, IPSOA, 1998, 378 ss.

<sup>44</sup> L'art. 26 d. lgs. 81/2008 prevede una serie di obblighi per «[I]l datore di lavoro, in caso di affidamento di lavori, servizi e forniture all'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima, sempre che abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo».

**d) Ipotesi nelle quali il controllo è sempre vietato per i lavoratori subordinati**

Restano i casi nei quali il controllo appare radicalmente vietato, perché espressamente valutato dal legislatore dello “Statuto” in termini di antigiusuridicità. Qui evidente è il conflitto fra tipicità (o tassatività) della norma penale e la spinta verso interpretazioni analogiche o estensive.

Sarà il caso, ad es. e con rinvio agli artt. 4, 8 e 5 stat. lav., del monitoraggio sull'attività lavorativa del parasubordinato effettuata attraverso telecamere o mediante altri mezzi di controllo a distanza, di interviste svolte preliminarmente all'avvio di un tirocinio o alla stipula di un contratto di prestazioni autonome, che non si limitino alla sola indagine sui profili che rilevano ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore. E lo stesso potrebbe dirsi per i controlli sullo stato di salute, anche quando conseguenti alla dichiarata sussistenza di una malattia.

La risposta non può che prendere a riferimento ancora una volta quanto sopra si è detto in premessa: ove la condotta concretamente posta in essere valga a configurare un rapporto di lavoro in verità subordinato non sembra difficile ipotizzare la riqualificazione del rapporto con le correlate conseguenze sul piano lavoristico <sup>(45)</sup>.

Diverso è però il caso di un'attività che non sia idonea a configurare un controllo sulla fase esecutiva, posta in essere dal committente nel rispetto delle altre disposizioni del codice *privacy* e del Regolamento europeo, o sulla scorta di un espresso accordo fra le parti che determini le condizioni del controllo, o anche in via unilaterale (ove questo sia concretamente possibile non dovendosi considerarsi richiesto il consenso previo: e cioè, per quanto sopra si è detto al par. 3, prevalentemente, se non esclusivamente, in caso di accordi diretti a verificare il rispetto di vincoli di non concorrenza o fedeltà).

Qui, ove il controllo avvenga al di fuori dell'attività di lavoro strettamente intesa (o, parimenti, quando abbia natura puramente saltuaria e, dunque, sia tendenzialmente inidoneo a determinare una riqualificazione del rapporto), si realizza l'ipotesi più delicata, che richiede una risposta ben ponderata.

A riguardo, verrebbe quasi da pensare che la condotta formalmente facultizzata dall'accordo fra le parti realizzi un risultato che l'ordinamento sembra escludere come lecito nel caso del lavoratore subordinato, di modo che potrebbe ipotizzarsi una sorta di principio generale di tutela dell'individuo, capace di determinare l'applicazione, non già della sanzione penale, ma quantomeno del divieto contenuto nelle norme di condotta del Titolo I, di modo che l'accordo

---

<sup>45</sup> Ove ai giovani “praticanti” avvocati siano imposte attività di natura segretariale, a carattere palesemente subordinato, si dovrà tener conto di una previsione generale (art. 2, co. 1, l. 31 dicembre 2012, n. 267) che impedisce che l'attività forense possa essere svolta da lavoratori subordinati. A riguardo, a parere di chi scrive, sembra potersi separare una attività propriamente riconducibile a mansioni impiegatizie (in relazione alla quale nulla osta a una qualificazione a mente dell'art. 2094 c.c. nella prospettiva dell'art. 2126 c.c.) e un parallelo esercizio professionale nelle aule dei tribunali. In questa prospettiva, dunque, un controllo sull'attività d'ufficio sarebbe senz'altro da considerarsi vietato, a mente di una diretta applicazione dell'art. 4 stat. lav.

intercorso fra le singole parti sarebbe da considerarsi improduttivo di effetti per l'invalidità del suo oggetto.

Ed anzi, sulla base di una assimilazione delle condizioni di assoggettamento al potere datoriale non stupirebbe l'opinione di chi volesse procedere all'estensione della norma incriminatrice. In altre parole, si potrebbe forse giungere sino ad ammettere la presenza di una violazione penalmente rilevante, anche se, ad es., la domanda personale contraria al divieto di cui all'art. 8 stat. lav. preceda l'avvio di uno *stage* o se la perquisizione personale avviene nei confronti di un lavoratore autonomo con modalità lesive della dignità individuale, a mente delle previsioni dell'art. 2 s.l.

E tanto ritenendo che la condizione del soggetto controllato sia assimilabile senza riserve a quella di un subordinato, sulla scorta di un orientamento giurisprudenziale, sicuramente diffuso, che depura le previsioni di responsabilità penale dal riferimento al significato tecnico che i termini adoperati dal legislatore per descrivere la fattispecie incriminatrice assumono nell'ordinamento, dando degli elementi che individuano la fattispecie criminale una lettura in termini più descrittivi che normativi <sup>(46)</sup>.

Una conclusione siffatta, però, appare troppo poco attenta ai valori fatti oggetto di tutela nel sistema penale, orientato a selezionare condotte specifiche e riconoscibili *ex ante*, al fine di evitare che l'incriminazione possa poi essere frutto di una valutazione soggettiva del giudice, con grave violazione del fondamentale criterio *nulla poena sine lege*, che impone che non vi sia sanzione senza una preventiva previsione legislativa. In questo senso, pare difficile, quindi, giungere ad una estensione analogica del divieto di controlli a distanza di cui all'art. 4 stat. lav. a quei casi nei quali non sia possibile riqualificare il rapporto posto in essere in termini diversi da quelli individuati dalle parti, ad es. per l'episodicità del controllo (o per la sua complessiva modesta portata rispetto alla prestazione necessaria al conseguimento del risultato atteso).

Discorso in parte diverso deve farsi per il precetto di cui all'art. 8 stat. lav., che – si ricordi – vieta «al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore».

Qui, a fronte di una domanda chiaramente rivolta ad accertare condizioni personali idonee a determinare una discriminazione <sup>(47)</sup> e in disparte dalla possibilità di configurare un differente reato, sembrerebbe sussistere spazio per un'estensione del precetto al di là dello stretto ambito del lavoro subordinato <sup>(48)</sup>, a fronte dell'uso di una terminologia sicuramente atecnica, posto

---

<sup>46</sup> Contro una indiscriminata tendenza ad abbandonare le garanzie proprie della tipicità, v. L. EUSEBI, *Nemmeno la corte di giustizia dell'unione europea può erigere il giudice a legislatore (Note in merito alla sentenza Taricco)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015, 2, 40 ss.; ed ancora A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro, Il valore del contesto nella definizione del reato*, Il Mulino, 2020, che si sofferma ad analizzare proprio il reato, c.d. di caporalato, di cui all'art. 603 *bis* c.p.

<sup>47</sup> Come correttamente ricorda PROIA, *Controllo a distanza*, cit., 329 ss.

<sup>48</sup> Si tenga conto, in ogni caso, che per il lavoro somministrato sussiste apposita specifica previsione, con il richiamo alle pene di cui all'art. 38 stat. lav.: v. art. 10 e, per l'apparato sanzionatorio, l'art. 18, co. 5 d. lgs. n. 276/2003. Oltre l'ipotesi di un colloquio orientato alla instaurazione di uno *stage* o un'esperienza di alternanza scuola-lavoro (di cui già al testo), si ipotizzi un colloquio genericamente diretto, pur a fronte delle disposizioni ora introdotte dal d. lgs. n. 104/2022, ad instaurare una collaborazione non meglio definita: qui pare difficile ammettere la legittimità di una indagine sul presupposto

che “datore” non si ha propriamente ove l'assunzione non si realizzi (e tanto, magari, proprio a ragione delle informazioni ottenute in maniera illegittima!).

In questo senso, si potrà allora ipotizzare che la condizione presa a riferimento dal legislatore penale sia quella del candidato all'instaurazione di un rapporto (“assunzione”, in senso ampio) ovvero del lavoratore in sé (indifferentemente dalla qualifica del rapporto che andrà a stipularsi o che è in essere), il quale si venga così a trovare in una situazione di debolezza, che richiede che la condotta abusiva del datore sia punita al massimo livello.

Nulla, come è evidente, che attenga (nei termini che si sono più sopra ampiamente descritti) alla specifica differenza fra lavoro autonomo e subordinato!

Con il risultato, tuttavia, che in assenza di queste condizioni di debolezza, che devono identificarsi all'esito di un'opera interpretativa per nulla agevole e non esente da incertezze, l'indagine sulla vita privata del candidato debba considerarsi come del tutto lecita.

In conclusione, per fare degli esempi, sembrerebbe lecito chiedere che certe attività (si pensi allo svolgimento di un consiglio di amministrazione) siano riprese da telecamere o che possa darsi tracciamento elettronico della presenza o della posizione, lungo un percorso che rimane affidato al vettore; e lo stesso potrebbe dirsi per i controlli cui una società sportiva voglia assoggettare un proprio tesserato “non professionista”<sup>49</sup>, essendo evidente come, in assenza di norma espressa, non sembra sussistere analogia quanto alle esigenze di tutela.

Non ci si deve nascondere, tuttavia, come anche in questo caso la normativa generale in tema di tutela dei dati personali sembra richiedere una qualche specifica ragione al fine di poter considerare come legittimo il trattamento dei dati eventualmente raccolti all'esito di controlli altrimenti vietati per il lavoro dipendente, di modo che non deve stupire se gli esempi che vengono in mente, con riguardo al lavoro autonomo, finiscono per riguardare situazioni nelle quali, soprattutto alla luce della più recente legislazione, anche il controllo in capo ai subordinati resta comunque autorizzato (come, per fare qualche ulteriore esempio, quando si tratti di verificare l'insussistenza di un conflitto di interesse, scrutinando le condizioni patrimoniali del prestatore o l'assenza di introiti, corrisposti da imprese concorrenti, o da soggetti che espongono a rischio corruttivo, o ancora per quelle politiche dirette a far emergere i legami personali e/o sentimentali in ambiti connotati da valutazioni tecniche di particolare complessità).

Alla luce dei principi generali di non eccedenza e proporzionalità, propri della disciplina in tema di tutela dei dati personali, la differenza fra lavoratori subordinati, e non, pare così

---

che alla fine nessuna relazione venga poi ad instaurarsi, quando sarebbe stata comunque possibile l'assunzione a mente dell'art. 2094 c.c.

<sup>49</sup> Si deve ricordare che a mente dell'art. 4, della l. n. 91 del 1981 al lavoro sportivo «non si applicano» le norme contenute negli articoli 4, 5 stat. lav., di modo che devono ammettersi visite condotte direttamente da personale medico stipendiato dalla società sportiva (nonché la ripresa televisiva delle partite: v. DESSI, *Il controllo a distanza sui lavoratori*, cit., 47/48): si ipotizzi, allora, una clausola che consenta di monitorare l'utilizzo dello *smart phone* o di altri apparecchi elettronici nelle giornate che precedono le gare: una clausola siffatta, a mente delle considerazioni di cui sopra, sarebbe del tutto lecita ove liberamente accettata in conformità alla disciplina sulla tutela dei dati (e celebre resta il caso di un centravanti, cui fu riservato un simile trattamento a ragione dell'esuberanza del suo carattere).

destinata ad assottigliarsi, anche se non si può dimenticare il venir meno della onerosa responsabilità penale di cui all'art. 38 stat. lav. in caso di violazione.

Peraltro la conclusione cui si è giunti merita di essere validata anche a fronte di un'ulteriore analisi che verrà svolta nel paragrafo che segue e che riguarda il valore del consenso che il lavoratore autonomo abbia a prestare nell'ambito della disciplina generale in tema di tutela dei dati personali, posto che – come più volte si è sottolineato – la via più comoda per l'impresa al fine di assicurarsi la legittimità del trattamento è quella di raccogliere l'autorizzazione del soggetto cui i dati si riferiscono.

### **e) Valore del consenso individuale**

Nell'ambito dell'applicazione delle disposizioni del Regolamento europeo (GDPR), particolare rilievo assumono le manifestazioni individuali di volontà, per quanto tutte le fonti abbiano messo in guardia dall'attribuire ad essa un valore in ogni caso scriminante, poiché sempre presente è il dubbio che il consenso sia stato prestato senza un'effettiva rappresentazione degli effetti che esso produce o comunque in maniera non del tutto libera, essendo altrimenti il soggetto interessato costretto a rinunciare all'operazione economica che aveva in animo di effettuare <sup>(50)</sup>.

Ed anzi, in ordine alle norme che richiedono (per i lavoratori subordinati) un consenso collettivo (come nel caso degli artt. 4 e 6 stat. lav.), si dovrà evitare di parificare, all'espressa sottoscrizione di un accordo collettivo, l'esposizione nei locali aziendali di appositi cartelli che rechino l'avvertenza delle forme di possibile tutela del patrimonio aziendale a cui vengono ad essere sottoposti tutti coloro che varcano i cancelli aziendali, essendo evidente come, in tali casi, il consenso possa considerarsi come manifestato per fatti concludenti, solo a patto di una forzatura dei valori e degli interessi tutelati dalle norme dello Statuto, che espressamente richiedono <sup>(51)</sup> la manifestazione di una volontà collettiva (e non la somma di consensi individuali).

Ma anche al di fuori della sfera di applicazione delle norme a tutela del lavoro subordinato, il consenso individuale sembra trovare limiti di ordine generale, tanto che sembra a riguardo necessario distinguere fra “co.co.co” e lavoratori autonomi *tout court* quando si esamini più approfonditamente la questione.

Ed infatti, resta che il disposto dell'art. 2113 c.c. trova applicazione a tutte le ipotesi normate dall'art. 409 c.p.c., di modo che non può attribuirsi valore abdicatorio ad un mero consenso individuale (anche se espresso) quando sia prestato in via di rinuncia o transazione da un “collaboratore”. A fronte di questo specifico elemento di ordine testuale <sup>(52)</sup>, anche ove ci si

---

<sup>50</sup> A riguardo, v. A. TOPO, D. TARDIVO, *Hard law e soft law nel diritto dell'Unione Europea ...*, in PISANI, PROIA, TOPO, *Privacy e lavoro*, cit., 102 e nt. 114 ove pure si richiama il parere 2/2017 del WG europeo, che estende tendenzialmente i rilievi del Gruppo, critici verso il rilievo del consenso individuale, anche ad altre (indeterminate) situazioni di dipendenza.

<sup>51</sup> A riguardo, per quanto noto, si ricordi che, a mente dell'art. 8 d.l. n. 138/2011 in caso di conflitto fra le organizzazioni presenti in azienda in ordine alla conclusione di un accordo collettivo, prevale la volontà della maggioranza.

<sup>52</sup> Si tratta di un dato normativo («diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 c.p.c.») che, a quanto mi consta, non sembra mai valorizzato dalla dottrina che ha commentato la norma.

ponga nella prospettiva di una manifestazione di volontà dispositiva, finalizzata a regolare le condizioni del futuro scambio, pare difficile non assimilare al lavoratore subordinato chi sia parte di un rapporto di collaborazione ex art. 409 c.p.c., quanto alla limitata portata dispositiva del suo consenso.

In questi casi, dunque, anche se il lavoratore interessato fosse uno solo, non sarebbe possibile acquisire un consenso espresso vincolante, poiché esso si riferirebbe a diritti che, in relazione al lavoro subordinato, appaiono come indisponibili (in quanto implicherebbero la liceità di controlli altrimenti vietati) e che tali non possono che apparire, anche ove la medesima fattispecie si riferisca ai collaboratori, a mente dell'equiparazione operata espressamente dal legislatore all'art. 2113 c.c. (53).

Nessun limite, invece, sembrerebbe porsi (in presenza delle condizioni di cui sopra si è detto) in relazione ad una clausola che nell'ambito del lavoro autonomo (e con modalità tali da non mettere in discussione l'autonomia del prestatore nella fase di esecuzione del contratto) valesse ad accettare la sottoposizione a controlli altrimenti vietati in forma espressa nel caso di lavoratori subordinati.

### **f) Lavoro non subordinato e controlli difensivi.**

L'ultima ipotesi da prendere in esame riguarda controlli disposti in via unilaterale, quando questi siano finalizzati, non già a verificare l'esattezza dell'adempimento, ma siano conseguenti ad esigenze di tutela dei beni dell'imprenditore, che si rintracciano in ogni forma di lavoro.

È il caso, in buona sostanza, dei "controlli difensivi" (54), dove l'esercizio del potere datoriale non sembra potersi direttamente ricondurre ai poteri di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c., ma appare espressione semmai, per l'assenza di un conflitto in atto, più che di un generale potere di autotutela individuale (55), delle prerogative che si riconoscono al proprietario, a tutela del suo rapporto esclusivo con la cosa (si pensi alla facoltà di recintare il fondo di cui all'art. 841 c.c.).

---

<sup>53</sup> Più complesso resta invece il tema del consenso espresso dal collaboratore nelle "sedi protette"; qui la questione è la medesima che si poneva per il dipendente, prima della riforma dell'art. 2103 c.c., in ordine agli accordi con i quali si accettava un demansionamento, poiché, si è sostenuto, il consenso non sarebbe qui vincolante, perché riferito a diritti non ancora entrati nel patrimonio del singolo e sarebbe, dunque, privo di qualunque validità *pro futuro* in forza delle generali regole privatistiche. In verità, più che di una rinuncia a beni futuri, si dovrebbe richiamare l'ipotesi di un accordo novativo (ma il tema fuoriesce, a tutt'evidenza, dai limiti del presente scritto).

<sup>54</sup> V. a riguardo gli AA. cit. a nota 3; in senso favorevole alla loro legittimità, v. ad es. A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, spec. 10 ss. e M. MARAZZA, *I controlli a distanza del lavoratore di natura difensiva*, 28 ss., entrambi in TULLINI, *Controlli a distanza e tutela dei dati personali dal lavoratore*, cit., nonché P. TOSI, *Controlli sul lavoro e tutela del patrimonio aziendale*, in *LDE n. 1/2023*; sul tema, prima della modifica del disposto dell'art. 4 s.l., v. altresì V. FERRANTE, *Competenze dell'Autorità Garante e controlli difensivi*, in *ADL*, 2006, fasc. 4-5, pt. 2, 1146-1165; P. TULLINI, *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, in *RIDL*, 2011,1, 86 ss.; F. SANTONI, *Controlli difensivi e tutela della "privacy" dei lavoratori*, in *Giur. it.*, 2016, 1, p. 145; A. SITZIA, *Il diritto alla "privacy" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Padova, 2013; A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino, 2013; A. LEVI, *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Torino, 2013.

<sup>55</sup> Il ruolo che l'elemento del sospetto ha assunto nella giurisprudenza di legittimità ha fatto richiamare il principio di legittima difesa: a riguardo, v. V. MAIO, *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore di lavoro ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in TULLINI, *Controlli a distanza*, cit., 61 ss. per una ricostruzione della nozione di autodifesa privata, v. V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, Giappichelli, 2004, cap. III.

A riguardo, la giurisprudenza e la dottrina che hanno ammesso questa ipotesi finiscono per far leva sulla estraneità di essa alla disposizione di cui all'art. 4 stat. lav. o rilevando la mancata distinzione, nel corpo del precetto dell'art. 4 s.l., fra «attività dei lavoratori» (subordinati) e attività “di lavoro” o, con riguardo alla formula ora vigente, richiamando la legittimità di controlli disposti «per la tutela del patrimonio aziendale».

Qui, ove si convenga sulla liceità di questa condotta in sé, quando conforme alle disposizioni della disciplina in tema di *privacy*, pare difficile negare la legittimità dell'iniziativa che venga eventualmente adottata da parte del preponente o dell'imprenditore (si pensi ad una telecamera che riprende un piazzale sul quale operano quanti provvedano alla movimentazione della merce e siano quindi legati al datore da un contratto di appalto o di trasporto). Ed invero, il solo elemento normativo di segno contrario che si rinviene nell'ordinamento sembra riferirsi ai limiti che l'art. 4 stat. lav. pone al potere di controllo del datore di lavoro; limiti, che non sembrano poter produrre effetto nei casi in cui non vi sia genuinamente attività solutoria di natura subordinata.

Anche in questo caso, tuttavia, quale che sia la fonte su cui il potere imprenditoriale venga a fondarsi (un generale principio di libertà, o l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., o un principio di legittima difesa), sarà necessario che l'attività sia congruamente esercitata in relazione al fine perseguito, e dunque in maniera conforme al Regolamento europeo e ai principi di legge, quali la sussistenza di un fine lecito, minimizzazione, correttezza e trasparenza.

È necessario, cioè: che i soggetti ripresi abbiano consapevolezza di esserlo e non manifestino un contrario consenso a tale attività protettiva; che il controllo operato sia congruo allo scopo e non miri a finalità ulteriori ed illecite; che i mezzi adottati (anche in ordine alla conservazione dei dati) siano pertinenti, adeguati e non eccedenti lo scopo protettivo.

Una disciplina, insomma, che ancora una volta non sembra troppo diversa da quella prevista per i lavoratori subordinati.

## **Riassunto**

Il saggio esamina una questione non espressamente regolata dalla legge, per verificare se, e in che termini, sia ammesso applicare anche a rapporti di lavoro autonomi la disciplina che regola i controlli sull'attività dei lavoratori subordinati. Per poter formulare alcune proposte di interpretazione, l'Autore ripercorre sia la disciplina degli obblighi di diligenza e fedeltà del lavoratore subordinato, sia le differenze che sussistono fra lavoro autonomo e subordinato, alla luce delle norme attualmente in vigore.

## **Abstract**

The essay examines a question not expressly regulated by the law, as to whether it is lawful to control the activity of self-employed, in the same way of the subordinate workers. In order to formulate some proposals, the Author traces both the regulation of the obligations of diligence and loyalty of the subordinate workers, and the differences that exist between self-employment and dependent work, in the light of the regulations currently in force in Italy.