

# La sorveglianza sul posto di lavoro: occorrono nuove basi legali

*Giordano Costa\**

1. Premessa
2. Il concetto di comportamento sul posto di lavoro
3. Le condizioni della sorveglianza lecita del comportamento
4. Le basi legali della sorveglianza sul posto di lavoro nel diritto federale
  - 4.1. In generale
  - 4.2. In particolare
5. Proposta per nuove basi legali nel diritto federale
6. Le basi legali della sorveglianza nel diritto cantonale
  - 6.1. In generale
  - 6.2. Nel Cantone Ticino
7. Proposta di basi legali nel diritto cantonale ticinese

## **1. Premessa**

L'avvento delle nuove tecnologie, in particolare della rete telematica Internet, ha proiettato il mondo del lavoro in uno spazio multifunzionale e multidimensionale, dinamizzandone i processi e migliorando sensibilmente la quantità e la qualità del prodotto. In questo panorama mutevole e, per certi versi, incognito, il datore di lavoro può sentirsi minacciato nei propri interessi<sup>1</sup> e, nell'intento di proteggerli, tende istintivamente a sorvegliare l'impiegato nell'uso delle nuove tecnologie. Con l'introduzione di queste ultime sul posto di lavoro si è così manifestato, di riflesso, un nuovo pericolo anche per la personalità dell'impiegato: la sorveglianza.

---

\* Giurista presso l'Incaricato cantonale della protezione dei dati del Cantone Ticino. L'autore si esprime a titolo personale.

<sup>1</sup> Ad esempio la capacità di memoria, la larghezza di banda del collegamento alla rete, la sicurezza dei dati o gli interessi finanziari.

Tra le misure di sorveglianza sicuramente più eclatanti e lesive della personalità sul posto di lavoro si trova anche la videosorveglianza. Con le più recenti tecnologie – le quali, grazie alle avanzate caratteristiche tecniche e alla loro progressiva robotizzazione, permettono di impostare la sorveglianza in funzione di criteri predefiniti (quali, ad esempio, determinati orari, forme o movimenti) – è possibile allestire dei profili della personalità mirati e dettagliati.

La tendenza alla sorveglianza è ben riconoscibile anche nella geolocalizzazione di veicoli professionali. Sebbene la geolocalizzazione non sia strettamente legata all'impiegato e possa, in determinati ambiti e a specifiche condizioni, influenzare positivamente sia la produttività che la qualità di una prestazione, essa può implicare dei rischi per la personalità di quest'ultimo, se è finalizzata anche all'allestimento di profili di movimento della persona.

Altre forme di sorveglianza, meno frequenti, ma altrettanto invasive (si pensi, ad esempio, all'allestimento di profili della personalità sulla base dell'analisi delle operazioni bancarie degli impiegati di banca sui loro conti personali finalizzate, originariamente, in particolare al controllo del rispetto della proibizione dell'insider trading o del riciclaggio di denaro sporco) mostrano altrettanto chiaramente l'incisività della sorveglianza sulla personalità dell'impiegato.

Giuridicamente (e non solo), la sorveglianza quale approccio alle nuove sfide tecnologiche e quale soluzione contro i rischi per gli interessi del datore di lavoro è problematica. Spesso, il datore di lavoro considera i propri diritti di proprietà sull'infrastruttura elettronica, nonché la prerogativa di disciplinarne e controllarne l'uso, di principio più importanti dei diritti della personalità dell'impiegato<sup>2</sup>. Come conseguenza di un simile bilanciamento degli interessi, il datore di lavoro si reputa legittimato, più o meno incondizionatamente, a monitorare il rispetto delle sue direttive da parte dell'impiegato. Secondo la percezione di questa tipologia di datore di lavoro, la protezione della personalità gioca, semmai, un

<sup>2</sup> Così, ad esempio, l'ordinanza di servizio del Canton SG del 25 agosto 2009 sull'implementazione e sull'uso di mezzi informatici.

ruolo unicamente secondario sia nel disciplinamento che nell'esecuzione della sorveglianza<sup>3</sup>. Se, in simili circostanze, sono dati personali degni di particolare protezione o profili della personalità ad essere elaborati, la gravità della violazione della personalità che ne risulta può essere molto significativa.

In una recente sentenza di principio concernente l'uso di programmi spia sul posto di lavoro, il Tribunale federale ha tuttavia considerato che

«... è nella natura stessa del rapporto di lavoro che il datore di lavoro possa esercitare un certo controllo sul comportamento e sull'attività del suo personale<sup>4</sup>»,

prendendo così una posizione apparentemente divergente dalla lettera del diritto federale sul lavoro (ripreso qui di seguito) che sancisce, in modo generale e conciso, la proibizione della sorveglianza del comportamento nell'ambito lavorativo:

**Art. 26** Ordinanza 3 del 18 agosto 1993 concernente la legge sul lavoro<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Non è ammessa l'applicazione di sistemi di sorveglianza e di controllo del comportamento dei lavoratori sul posto di lavoro.

<sup>2</sup> I sistemi di sorveglianza o di controllo, se sono necessari per altre ragioni, devono essere concepiti e disposti in modo da non pregiudicare la salute e la libertà di movimento dei lavoratori.

In verità, il Tribunale federale ha precisato e limitato un concetto – quello di sorveglianza del comportamento – non sempre chiaro, e nato in un periodo dell'evoluzione tecnologica e terminologica diverso da quello attuale. Con la sentenza in questione, che ha peraltro confermato una precedente giurisprudenza in materia di geolocalizzazione<sup>6</sup>, il Tribunale federale ribadisce il principio della proibizione della sorveglianza del comportamento sancito dall'art. 26 dell'OLL 3, e più generalmente dal diritto della personalità, respingendone tuttavia il carattere assoluto e precisando alcuni criteri concreti di distinzione tra sorveglianza lecita e

<sup>3</sup> Sentenza del Tribunale federale 8C\_448/2012 del 17 gennaio 2013, consid. 6.2.

<sup>4</sup> Sentenza del Tribunale federale 8C\_448/2012 del 17 gennaio 2013, consid. 5.2.

<sup>5</sup> OLL 3; RS 822.113.

<sup>6</sup> DTF 130 II 425.

sorveglianza illecita del comportamento sul posto di lavoro<sup>7</sup>. Seguendo dottrina e prassi, il Tribunale federale ha confermato, in modo generale, che il datore di lavoro deve poter controllare – seppur unicamente con strumenti proporzionati<sup>8</sup> – il rispetto delle proprie direttive sulle prestazioni e sul comportamento degli impiegati e se del caso identificarli e porli di fronte alle proprie responsabilità, se vi è stata violazione<sup>9</sup>. Questo approccio è confermato dalla dottrina<sup>10</sup>. La massima autorità giudiziaria ha precisato, inoltre, che un sistema di sorveglianza del comportamento è proibito secondo l'art. 26 OLL 3 se ha come oggetto esclusivamente o principalmente il comportamento dell'impiegato<sup>11</sup>. Già nella prima versione della sua Guida relativa alla sorveglianza di Internet e della posta elettronica sul posto di lavoro (in seguito: Guida<sup>12</sup>), l'Incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza (IFPDT) ha, dal canto suo, fornito una decina di anni fa un'interpretazione teleologica dell'art. 26 OLL 3 che tiene conto non soltanto dei diritti dell'impiegato, ma anche di quelli del datore di lavoro<sup>13</sup>. Secondo la Guida, infatti, è giuridicamente ammissibile, per il datore di lavoro, controllare il rispetto del regolamento di utilizzazione di Internet e della posta elettronica, e dunque il comportamento dell'impiegato, nella misura in cui, seguendo precise

<sup>7</sup> Vedi anche sentenza del Tribunale federale 8C\_448/2012 del 17 gennaio 2013, consid. 5.2.

<sup>8</sup> Vedi DTF 130 II 425, consid. 4.2.

<sup>9</sup> Vedi anche sentenza del Tribunale federale 8C\_448/2012 del 17 gennaio 2013, consid. 5.2.

<sup>10</sup> Cf. ad esempio DAVID ROSENTHAL in DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zurigo 2008, Art. 328b OR, n. 96 segg., BERTIL COTTIER, in DUNAND, SUBILIA, PASCE, COTTIER, STOLL, Internet au lieu de travail, CEDIDAC, Losanna 2004, pag. 96-97, e CHRISTOF HOHLENSTEIN, Die Benutzung von elektronischen Kommunikationsmitteln (Internet und Intranet) am Arbeitsplatz, Berna 2002, § 16, pag. 117.

<sup>11</sup> DTF 130 II 425, consid. 4.4. Vedi anche PHILIPPE MEIER, Protection des données, Berna 2011, pag. 687, n. 2140 e 2143 e LUKAS MORSCHER, Aktuelle Entwicklungen im Technologie- und Kommunikationsrecht, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, ZBJV, volume 147, 2011, pag. 190, nonché gli altri autori precitati.

<sup>12</sup> <http://www.lincaicato.ch>.

<sup>13</sup> In particolare il diritto del datore di lavoro di emanare delle direttive, art. 321d CO.

regole procedurali, la personalità di quest'ultimo non venga lesa in modo illecito<sup>14</sup>.

L'art. 26 OLL 3 quale (unica) norma di diritto pubblico sul lavoro applicabile a ogni forma di sorveglianza, sia nei rapporti di lavoro di diritto pubblico che di diritto privato, andrebbe perciò precisato, adottando i criteri e i termini posti dalla giurisprudenza, dalla dottrina e dalla prassi sviluppatesi in seguito alla promulgazione della norma. La norma andrebbe poi elevata a livello legislativo formale, come peraltro caldeggiato dallo stesso Tribunale federale<sup>15</sup>. Quest'ultimo sottolinea, infatti, come la legge federale del 13 marzo 1964 sul lavoro nell'industria, nell'artigianato e nel commercio<sup>16</sup> non contenga né disposizioni che disciplinano la sorveglianza dell'impiegato sul posto di lavoro, né disposizioni che autorizzano il Consiglio federale a disciplinare la materia. In particolare, esso rileva come

[sia] sorprendente che il delicato e complesso tema della sorveglianza dell'impiegato sul posto di lavoro sia regolato unicamente a livello di ordinanza del Consiglio federale. Ciò a maggior ragione del fatto che la legge su cui poggia l'ordinanza non contempla il concetto di sorveglianza.

Sarebbe dunque auspicabile che la sorveglianza sul posto di lavoro sia disciplinata, perlomeno nei suoi lineamenti principali, a livello legislativo formale.

Il Legislatore federale ha, nel frattempo, sopperito parzialmente allo stringato quadro giuridico federale previsto dall'art. 26 OLL 3 per la sorveglianza disciplinando, nella legge sull'organizzazione del governo e dell'amministrazione<sup>17</sup>, la sorveglianza del personale dell'Amministrazione federale.

<sup>14</sup> Vedi anche HOHLENSTEIN, op. cit., § 16, pag. 118.

<sup>15</sup> Sentenza del Tribunale federale 6B\_536/2009, consid. 3.3.2.

<sup>16</sup> Legge sul lavoro, LL, RS 822.11.

<sup>17</sup> LOGA; RS 172.010; art. 57k segg.

La normativa federale presenta il contenuto seguente:

**Trattamento di dati personali derivanti dall'utilizzazione dell'infrastruttura elettronica**

**Art. 57i** Rapporto con altre leggi federali

Le disposizioni della presente sezione non si applicano nel caso in cui il trattamento dei dati personali derivanti dall'utilizzazione dell'infrastruttura elettronica sia disciplinato in un'altra legge federale.

**Art. 57j** Principi

<sup>1</sup> Gli organi federali secondo la legge federale del 19 giugno 1992 sulla protezione dei dati non possono registrare e analizzare dati personali derivanti dall'utilizzazione della loro infrastruttura elettronica o dell'infrastruttura elettronica gestita su loro incarico, a meno che le finalità citate negli articoli 57l–57o lo richiedano.

<sup>2</sup> Il trattamento dei dati secondo la presente sezione può comprendere anche dati degni di particolare protezione e profili della personalità.

**Art. 57k** Infrastruttura elettronica

L'infrastruttura elettronica comprende tutti gli impianti e gli apparecchi fissi o mobili utilizzati per registrare dati personali; essa comprende in particolare:

- a. impianti di elaborazione di dati, componenti di rete e programmi;
- b. supporti di memoria;
- c. apparecchi telefonici;
- d. stampanti, scanner, apparecchi fax e fotocopiatrici;
- e. sistemi di registrazione del tempo di lavoro;
- f. sistemi di controllo degli accessi e dei locali;
- g. sistemi di geolocalizzazione.

**Art. 57l** Registrazione di dati personali

Gli organi federali possono registrare dati personali derivanti dall'utilizzazione dell'infrastruttura elettronica per le seguenti finalità:

- a. tutti i dati, compresi i contenuti della posta elettronica: per garantirne la salvaguardia (copie di riserva);
- b. i dati riguardanti l'utilizzazione dell'infrastruttura elettronica:
  1. per mantenere la sicurezza delle informazioni e dei servizi,
  2. per assicurare la manutenzione tecnica dell'infrastruttura elettronica,
  3. per controllare il rispetto dei regolamenti di utilizzazione,
  4. per risalire agli accessi a collezioni di dati,
  5. per registrare i costi derivanti dall'utilizzazione dell'infrastruttura elettronica;

- c. i dati concernenti i tempi di lavoro del personale: per la gestione del tempo di lavoro;
- d. i dati concernenti l'ingresso o l'uscita dagli edifici e locali degli organi federali e la permanenza al loro interno: per garantire la sicurezza.

**Art. 57m** Analisi non riferita a persone

L'analisi dei dati registrati non riferita a persone è ammessa per le finalità di cui all'articolo 57l.

**Art. 57n** Analisi non nominale in riferimento a persone

L'analisi non nominale dei dati registrati in riferimento a persone è ammessa per campioni al fine di:

- a. controllare l'utilizzazione dell'infrastruttura elettronica;
- b. controllare i tempi di lavoro del personale.

**Art. 57o** Analisi nominale in riferimento a persone

<sup>1</sup> L'analisi nominale dei dati registrati in riferimento a persone è ammessa al fine di:

- a. accertare un sospetto concreto di abuso dell'infrastruttura elettronica e perseguire un abuso dimostrato;
- b. analizzare e riparare guasti dell'infrastruttura elettronica nonché far fronte alle minacce concrete per tale infrastruttura;
- c. mettere a disposizione i servizi necessari;
- d. registrare e fatturare le prestazioni fornite;
- e. controllare i tempi di lavoro individuali.

<sup>2</sup> Le analisi di cui al capoverso 1 lettera a possono essere effettuate soltanto:

- a. da un organo federale;
- b. previa informazione scritta alla persona interessata.

**Art. 57p** Prevenzione di abusi

L'organo federale adotta le misure tecniche e organizzative necessarie per prevenire gli abusi.

**Art. 57q** Disposizioni d'esecuzione

<sup>1</sup> Il Consiglio federale disciplina in particolare:

- a. la registrazione, la conservazione e la distruzione dei dati;
- b. la procedura per il trattamento dei dati;
- c. l'accesso ai dati;
- d. le misure tecniche e organizzative per garantire la sicurezza dei dati.

<sup>2</sup> I dati possono essere conservati soltanto per la durata necessaria.

<sup>3</sup> Sempreché un'ordinanza dell'Assemblea federale non disponga altrimenti, le presenti disposizioni d'esecuzione si applicano ai dati concernenti membri dell'Assemblea federale o il personale dei Servizi del Parlamento.

## 2. Il concetto di comportamento sul posto di lavoro

Il comportamento è un concetto ampio che, nella sua accezione più larga, può essere definito come l'insieme dei modi di agire e reagire che caratterizzano una persona, o come set attitudinale e di orientamenti della persona. Giuridicamente, il termine di comportamento ai sensi dell'art. 26 OLL 3 andrebbe oggi precisato e limitato alla luce della volontà del legislatore all'epoca della promulgazione della norma, tenendo conto della terminologia sviluppatasi successivamente attorno alla legislazione sui diritti della personalità e in particolare della protezione dei dati.

Con la mozione parlamentare Fritz Reimann del 12 dicembre 1984<sup>18</sup> all'origine della norma – conseguenza dei primi casi di videosorveglianza sul lavoro – si intendeva, molto genericamente, «*proibire le installazioni di sorveglianza che controllano in permanenza le attività degli impiegati*», e si invitava il Consiglio federale a stabilire i criteri che permettono di regolamentare senza equivoci l'uso di dispositivi di sorveglianza per altri scopi. Con l'adozione dell'art. 26 OLL 3, il Consiglio federale si è mostrato favorevole alla proibizione di dispositivi di sorveglianza che servono unicamente o essenzialmente a sorvegliare gli impiegati stessi, come ad esempio le camere di videosorveglianza orientate in permanenza sugli impiegati, considerando invece leciti i dispositivi necessari per altre ragioni, se sono concepiti e disposti in modo da non pregiudicare la salute e la libertà di movimento dei lavoratori.

In buona sostanza, il Consiglio federale ha sancito la proibizione della sorveglianza mirata del comportamento, ammettendo la sorveglianza per altri scopi, a determinate condizioni. La prassi (in particolare della Seco<sup>19</sup>) e la giurisprudenza sviluppatasi in seguito hanno poi precisato questi altri scopi – leciti – di sorveglianza, individuandoli perlopiù nella sorveglianza della prestazione professionale e della sicurezza.

Con le susseguenti e viepiù frequenti applicazioni della norma, dovute all'avvento di nuove tecnologie di sorveglianza sempre più performanti e

alla crescita esponenziale del loro uso, ci si è ben presto confrontati con i limiti terminologici e normativi dell'art. 26 OLL 3. Giurisprudenza, dottrina e prassi hanno fornito numerose precisazioni del concetto di sorveglianza del comportamento, contribuendo al suo chiarimento, nonché allineamento terminologico ad una disciplina – la protezione dei dati – che andava prendendo forma e sviluppandosi parallelamente, soprattutto in seguito al rapido avvento e sviluppo delle nuove tecnologie in tutti i campi. In pratica, si è così giunti oggi a assimilare il concetto di comportamento secondo l'art. 26 OLL 3 a quello di personalità, e più precisamente di sfera privata e personale.

La distinzione tra sorveglianza – lecita – della prestazione professionale e sorveglianza – illecita – del comportamento risulta perciò difficoltosa. L'impiegato è una parte integrante dell'azienda per la quale lavora. Inevitabilmente, una parte della sua personalità, e dunque anche del suo comportamento, si fonde, e confonde, con la personalità dell'azienda. La prestazione professionale – elemento costitutivo del prodotto di un'azienda privata o di un'amministrazione pubblica – può, ad esempio, riguardare anche aspetti del comportamento dell'impiegato, e viceversa. Pertanto, in pratica è sovente difficile o addirittura impossibile distinguere tra personalità soggetta a sorveglianza conformemente all'art. 26 cpv. 2 OLL 3 e personalità protetta dal primo capoverso della norma. La stessa Seco ha rilevato la problematica già da tempo<sup>20</sup>. Un ausilio concreto per una migliore distinzione tra questi elementi della personalità lo fornisce l'art. 328b Codice delle obbligazioni<sup>21</sup> relativo ai rapporti di lavoro di diritto privato. Questa norma legittima il datore di lavoro all'elaborazione di quelle categorie di dati personali che si riferiscono all'idoneità lavorativa o che sono necessarie all'esecuzione del contratto di lavoro. I rispettivi aspetti della personalità dell'impiegato possono perciò, di principio, essere anche oggetto di sorveglianza secondo l'art. 26 OLL 3. Per contro, ciò che non è necessario al datore di lavoro ai sensi dell'art. 328b CO, come determinate informazioni rilevanti esclusivamente dalla sfera pri-

<sup>18</sup> Mozione n. 84.598 in Bollettino Ufficiale del Consiglio Nazionale 1985, pag. 724.

<sup>19</sup> Indicazioni relative all'ordinanza 3 concernente la legge sul lavoro, <http://www.seco.admin.ch>.

<sup>20</sup> Indicazioni relative all'ordinanza 3 concernente la legge sul lavoro, <http://www.seco.admin.ch>, in particolare n. 1.

<sup>21</sup> CO; RS 220.

vata o da quella personale-professionale dell'impiegato (ad esempio, la corrispondenza con il servizio del personale o altri servizi di supporto personale all'impiegato), non possono essere, di principio, soggette a sorveglianza ai sensi dell'art. 26 OLL 3. Le necessità del datore di lavoro in termini di dati personali – e dunque, gli aspetti della personalità dell'impiegato potenzialmente soggetti a sorveglianza – dipendono dalla natura e dalle circostanze concrete di ogni singolo rapporto di lavoro.

### 3. Le condizioni della sorveglianza lecita del comportamento

Alla fine degli anni '90, la comunità nazionale e internazionale dei garanti della protezione dei dati ha iniziato a studiare la problematica della sorveglianza sul posto di lavoro, in particolare dell'uso di Internet e della posta elettronica. L'IFPDT vi ha attivamente contribuito, giungendo a pubblicare, una decina di anni fa, la Guida sulla sorveglianza di Internet e della posta elettronica sul posto di lavoro<sup>22</sup>.

La quintessenza della Guida, la quale costituisce a tutt'oggi uno dei principali contributi della prassi svizzera in materia, consiste nella tesi secondo cui l'analisi nominativa delle tracce elettroniche generate dall'uso di Internet e della posta elettronica, dette giornalizzazioni o Logfiles (in seguito: Logfiles), non deve servire alla ricerca nominativa prolungata e in tempo reale di abusi di Internet o della posta elettronica, rispettivamente alla formazione di un relativo sospetto concreto, ma soltanto al successivo e puntuale consolidamento delle prove, o del sospetto concreto d'abuso, e all'identificazione dell'impiegato responsabile. L'abuso stesso va, invece, constatato tramite una sorveglianza non nominativa o grazie ad indizi fortuiti<sup>23</sup>.

La dottrina, confermando questo approccio, utilizza in parte altre terminologie e parla, ad esempio, di controllo globale da un lato e di sorveglianza mirata, o personale, dall'altro<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> <http://www.linricaricato.ch>.

<sup>23</sup> Vedi anche ROSENTHAL, op. cit., art. 328b OR, n. 103.

<sup>24</sup> Vedi COTTIER, op. cit., pag. 98.

In una vertenza concernente l'uso di un programma spia sul posto di lavoro<sup>25</sup>, il Tribunale cantonale amministrativo del Canton Ticino (TRAM) ha recentemente considerato, a conferma di quanto riportato sopra, che l'uso di un simile programma, installato all'insaputa dell'impiegato e volto alla sua sorveglianza nominativa continua, sistematica e analitica, è manifestamente illecito, nonché sproporzionato – considerato che un avvertimento all'impiegato sarebbe stato sufficiente a ripristinare il buon funzionamento dell'infrastruttura elettronica del datore di lavoro – e lesivo del principio della buona fede, così che le prove raccolte non possono essere ammesse in giudizio. Secondo il TRAM sarebbe, semmai, stato sufficiente procedere ad un'analisi sommaria dei Logfiles già esistenti, senza mettere sotto sorveglianza (intesa in tempo reale e in modo prolungato) l'impiegato. Esso ha inoltre sottolineato come l'entità della lesione della sfera personale commessa dal datore di lavoro sia tutt'altro che trascurabile, avendo quest'ultimo potuto controllare il dipendente in modo continuo e prendere conoscenza del contenuto della sua posta elettronica. Con questa sentenza, la massima autorità giudiziaria cantonale in materia amministrativa è giunta alla conclusione che sorvegliare un impiegato in prospettiva, vale a dire in modo continuo e in tempo reale dal momento della scoperta di un abuso o della nascita di un sospetto concreto di abuso in poi, è illecito.

Il Tribunale federale<sup>26</sup> ha confermato la giurisprudenza del TRAM, sottolineando in particolare come un sistema di sorveglianza, per essere lecito, debba in particolare essere proporzionato e i lavoratori debbano essere informati preventivamente del suo impiego. Inoltre, ha ribadito che la sorveglianza può considerarsi proporzionata solo se avviene a posteriori e in maniera indiretta e non permanente. Ha, infine, condiviso la valutazione dei giudici del TRAM secondo cui, per verificare il fondamento di un sospetto di abuso dell'infrastruttura da parte di un dipendente, sarebbe bastato procedere ad un'analisi dei Logfiles di Internet e della posta elettronica (contenenti, di regola, unicamente dati marginali),

<sup>25</sup> Sentenza del TRAM del 23 aprile 2012, n. 52.2010.411.

<sup>26</sup> Sentenza del Tribunale federale 8C\_448/2012 del 17 gennaio 2013, consid. 5.2, 5.5.4 e 5.5.6.

ma non anche dei contenuti del traffico informatico, come invece è stato il caso con l'uso di un programma spia, considerato, in buona sostanza, sproporzionato e dunque illecito.

L'analisi nominativa dei dati personali raccolti tramite (qualsiasi tipo di) misure di sorveglianza, non può quindi essere finalizzata alla ricerca prolungata di un abuso, o di una sua reiterazione, rispettivamente alla formazione di un relativo sospetto concreto, ma esclusivamente per il successivo, puntuale consolidamento delle prove di un abuso, o di un sospetto concreto, e per l'identificazione dell'impiegato responsabile. L'abuso stesso deve essere stato constatato precedentemente nella fase non nominativa della sorveglianza, o grazie a indizi d'abuso fortuiti.

La dottrina sviluppata in seguito alla pubblicazione della Guida condive questo approccio<sup>27</sup>, anche se in taluni, rari casi essa contiene ancora sfumature di una concezione errata della sorveglianza del comportamento<sup>28</sup>. Ovviamente, l'analisi nominativa, cioè in definitiva l'elemento della sorveglianza del comportamento più rilevante dal profilo della protezione della personalità, pur dovendo avvenire in modo puntuale, può mettere a nudo il comportamento dell'impiegato relativo ad un arco di tempo prolungato del passato<sup>29</sup>.

Impedire l'aspetto duraturo di una sorveglianza nominativa è un obiettivo anche in altri tipi di sorveglianza, come ad esempio nella videosorveglianza<sup>30</sup> o nella sorveglianza dei conti personali di impiegati bancari<sup>31</sup>,

<sup>27</sup> Vedi ad esempio BERTIL COTTIER, op. cit., pag. 98, DAVID ROSENTHAL, op. cit., Art. 328b OR, n. 100, SIMON WOLFER, in Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Die elektronische Überwachung des Arbeitnehmers im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Zurigo, Basilea, Ginevra 2008, n. 61 segg., in particolare 65, e 186, MARISA TESTER, Video- und GPS-Überwachung von Arbeitnehmenden, in Jusletter del 24 settembre 2012, cap. 3.4 e GIORDANO COSTA, Internet- und E-Mail-überwachung am Arbeitsplatz, in Jusletter del 9 gennaio 2012.

<sup>28</sup> HOHLENSTEIN, op. cit., § 16, pag. 118 segg.

<sup>29</sup> MORSCHER, op. cit., 2011, pag. 190.

<sup>30</sup> Vedi informazioni dell'IFPDT sulla videosorveglianza sul posto di lavoro, in particolare § 3 (Privacy Filters), [www.linarcicato.ch](http://www.linarcicato.ch).

<sup>31</sup> Cfr. GIORDANO COSTA e MARC-FRÉDÉRIC SCHÄFER, in EREZ/GIORGETTI NASCIUTI, Compliance Management, una guida per il settore finanziario, Helbing Lichtenhahn Basilea 2010, capitolo XII, § 9.

oppure nella geolocalizzazione<sup>32</sup>. Come visto precedentemente, si vuole con ciò ridurre l'impatto della sorveglianza sulla personalità a livelli accettabili dal punto di vista temporale. Anche in precedenti sentenze il Tribunale federale ha considerato l'elemento temporale della sorveglianza come determinante per la liceità della misura<sup>33</sup>. Ne consegue che sorvegliare, rispettivamente spiare l'impiegato in modo nominativo e durevole, ad esempio tramite un programma spia o un'analisi nominativa durevole dei Logfiles, non è ammissibile<sup>34</sup>. Classico esempio di sorveglianza abusiva è l'analisi nominativa durevole dei Logfiles dopo corretta constatazione di un abuso secondo le regole della sorveglianza preventiva<sup>35</sup>. La sorveglianza preventiva e prolungata del rispetto di direttive sul comportamento sul posto di lavoro, per essere lecita, può di conseguenza avvenire unicamente in modo non nominativo.

#### 4. Le basi legali della sorveglianza sul posto di lavoro nel diritto federale

##### 4.1. In generale

«En définitive, comme les autres types de vidéosurveillance, la surveillance en temps réel cause une atteinte au respect de la vie privée, de sorte qu'elle doit reposer sur une base légale».

Ciò è quanto ha considerato il Tribunale federale in una sentenza del 2009 relativa alla videosorveglianza in tempo reale su suolo pubblico (Canton Berna) 36, aggiungendo che il grado di violazione della personalità può variare a seconda del metodo applicato (così, la lesione sarà più importante in caso di sorveglianza in tempo reale e/o di sorveglianza

<sup>32</sup> DTF 130 II 425.

<sup>33</sup> STF 6B\_536/2009, consid. 3.4.1 e 3.6.2.

<sup>34</sup> Sentenza del Tribunale federale 8C\_448/2012 del 17 gennaio 2013, consid. 6.3.

<sup>35</sup> Come previsto ad esempio nell'ordinanza del Canton Zurigo del 17 settembre 2003 sull'uso di Internet e della posta elettronica. Sulla problematica della sorveglianza nominativa durevole in tempo reale vedi anche MEIER, op. cit., pag. 690, n. 2145.

<sup>36</sup> Sentenza del Tribunale federale 1C\_315/2009 del 13 ottobre 2010. Sulla necessità di basi legali in caso di violazioni di diritti fondamentali, vedi anche DTF 126 I 50 (violazioni del segreto delle telecomunicazioni).

con registrazione delle immagini), ma che in ogni caso essa è data, poiché la sorveglianza permette la raccolta di informazioni, relative ad esempio alla presenza di una persona identificata o identificabile in un determinato posto, al suo comportamento e/o alle sue abitudini e relazioni sociali.

Poiché la lesione della personalità rappresenta un denominatore comune a tutti i tipi di sorveglianza, e in qualsiasi settore, le conclusioni del Tribunale federale relative alle basi legali hanno valenza anche per la sorveglianza sul posto di lavoro.

#### 4.2. *In particolare*

##### *Art. 328 segg. CO*

Le seguenti considerazioni, riferite agli art. 328 segg. CO, concernono esclusivamente i rapporti di lavoro di diritto privato. Per i rapporti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche valgono le disposizioni di protezione della personalità delle rispettive legislazioni sul personale pubblico e/o sulla protezione dei dati personali (per il rapporto di lavoro presso la Confederazione, vedi art. 4 cpv. 2 lett. g Legge del 24 marzo 2000 sul personale federale<sup>37</sup>, art. 57i segg. LOGA, e Ordinanza del 22 febbraio 2012 sul trattamento di dati personali derivanti dall'utilizzazione dell'infrastruttura elettronica della Confederazione<sup>38</sup>).

Nel diritto privato svizzero, la protezione della personalità dell'impiegato viene disciplinata principalmente negli art. 328 e 328b CO. Queste disposizioni, che vanno considerate come *lex specialis* nei confronti delle norme generali della legge federale sulla protezione dei dati<sup>39</sup>, prevedono, in modo generico ma chiaro, da un lato l'obbligo del datore di lavoro di rispettare e proteggere la personalità dell'impiegato (art. 328 CO). D'altro canto, questo obbligo viene completato e precisato dall'art. 328b CO, il quale legittima l'elaborazione di quelle categorie di dati personali

<sup>37</sup> LPers; RS 172.220.1.

<sup>38</sup> RS 172.072.

<sup>39</sup> LPD; RS 235.1.

che si riferiscono all'idoneità lavorativa o che sono necessarie all'esecuzione del contratto di lavoro.

Nella sentenza DTF 130 II 425, il Tribunale federale ha precisato, a questo proposito, che non tutti i metodi o strumenti per la raccolta di queste categorie di dati, in sé leciti, sono ammissibili. Anche il metodo di raccolta di dati deve rispettare la personalità dell'impiegato secondo l'art. 328 CO e i principi generali del diritto, in particolare i principi della trasparenza e della proporzionalità. Tra più metodi, il datore di lavoro deve pertanto scegliere quelli con il minor impatto sulla personalità dell'impiegato.

Il Tribunale federale ha così recepito tra l'altro anche i contenuti e le conclusioni della Guida dell'IFPDT, ribadendo che la sorveglianza di Internet e della posta elettronica sul posto di lavoro deve avvenire in un modo rispettoso della personalità.

L'opinione della dottrina<sup>40</sup> – proponendo, in una prima fase, controlli globali non nominativi – non diverge dalla posizione del Tribunale federale e della prassi.

Queste conclusioni del Tribunale federale valgono, per analogia, anche per i rapporti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche federali e cantonali.

##### *Art. 26 OLL 3*

Oltre a quanto già ribadito in proposito dell'art. 26 OLL 3, va rammentato brevemente ancora che la norma è inserita nel diritto sulla protezione della salute dell'impiegato sul posto di lavoro<sup>41</sup>. Con la sua adozione, si è voluto proibire la sorveglianza del comportamento, se ciò può comportare un impatto sulla salute dell'impiegato. Il Tribunale federale ha, a questo proposito, riconosciuto che l'oggetto dell'art. 26 OLL 3, cioè la salute dell'impiegato quale elemento della sua integrità personale, corrisponde a quello degli art. 328 segg. CO, ovvero la sua personalità.

<sup>40</sup> Cfr. ad esempio MEIER, op. cit., pag. 689, n. 2144, DAVID ROSENTHAL, Art. 328b OR, n. 92 segg. BERTIL COTTIER, pag. 96 segg.

<sup>41</sup> Vedi a questo proposito in particolare WOLFER, op. cit., N. 50 segg.



*Art. 57i segg. LOGA*

Con l'entrata in vigore, il 1° aprile 2012, dei nuovi art. 57i segg. LOGA e della relativa Ordinanza d'esecuzione<sup>42</sup>, i principi fondamentali e le norme legali e costituzionali vigenti in materia di protezione della personalità sono stati concretati a livello di legge formale. Con ciò il legislatore ha inteso disciplinare in modo concreto e articolato la sorveglianza degli impiegati dell'Amministrazione federale. Concretamente, l'Amministrazione federale quale datore di lavoro non può registrare i dati personali generati dall'uso della sua infrastruttura elettronica, a meno che ciò sia necessario per l'adempimento di precisi scopi previsti esplicitamente nella LOGA.

## 5. Proposta per nuove basi legali nel diritto federale

A medio termine sarebbe opportuno sottoporre l'art. 26 OLL 3 a revisione, recependo i criteri e i termini creati dalla giurisprudenza, dalla dottrina e dalla prassi visti precedentemente, nonché il principio della preminenza di misure di prevenzione degli abusi rispetto alla misura – più repressiva – della sorveglianza, e assorbendo il nuovo disciplinamento in una legge federale formale.

Qui di seguito una possibile rivisitazione della norma (limitata, comunque, all'essenziale):

*Art. i Sorveglianza della sfera privata o personale*

<sup>1</sup> Non è ammessa l'applicazione di sistemi di sorveglianza nominativa, durevole e in tempo reale della sfera privata o personale dei lavoratori sul posto di lavoro.

<sup>2</sup> È riservata l'analisi nominativa puntuale dei dati personali raccolti tramite sistemi di sorveglianza, in caso di violazione degli interessi del datore di lavoro o di relativi sospetti concreti.

<sup>3</sup> La violazione, o il relativo sospetto, va constatato tramite una sorveglianza non nominativa dei dati raccolti, o grazie ad indizi fortuiti.

<sup>42</sup> RS 172.072.

<sup>4</sup> In ogni caso, i lavoratori vanno adeguatamente informati della sorveglianza e delle sue modalità in uno specifico regolamento.

<sup>5</sup> L'organo responsabile adotta le misure tecniche e organizzative necessarie per prevenire gli abusi.

*Art. ii Sorveglianza per altre ragioni*

I sistemi di sorveglianza o di controllo, se sono necessari per altre ragioni, devono essere concepiti e disposti in modo da non pregiudicare la salute e la libertà di movimento dei lavoratori.

Ne conseguirebbe, come già giustamente ribadito, che la sorveglianza preventiva e duratura del rispetto di direttive interne sul comportamento sul posto di lavoro, per essere lecita, deve avvenire unicamente in modo non nominativo.

## 6. Le basi legali della sorveglianza nel diritto cantonale

### 6.1. In generale

Non essendo una materia limitata esclusivamente al personale di aziende private o dell'amministrazione federale e non esistendo una normativa federale unitaria e attualizzata, anche il legislatore cantonale è tenuto a disciplinare la sorveglianza degli impiegati dell'amministrazione pubblica cantonale. La maggioranza di essi vi ha già proceduto, con proprie leggi o direttive<sup>43</sup>. In alcuni Cantoni la regolamentazione della sorveglianza non è tuttavia conforme con il diritto vigente<sup>44</sup> (vedi in seguito). Altri Cantoni non dispongono invece ancora di una propria regolamentazione in materia di sorveglianza degli impiegati statali<sup>45</sup>. Tutti i Cantoni dovrebbero comunque elevare le norme principali della sorveglianza a livello legislativo (base legale in senso formale, come raccomandato dal Tribunale federale).

<sup>43</sup> Ad esempio FR, GE, JU, NE, ZH, TI, VS, SG, BS, ZG, SO, AG, Città di Zurigo.

<sup>44</sup> Cantoni TI e SG.

<sup>45</sup> Ad esempio GR e AR.

## 6.2. *Nel Cantone Ticino*

Nel Cantone Ticino, il Consiglio di Stato (CdS) ha emanato la direttiva n. 5133 del 24 ottobre 2006 per la sicurezza e l'uso di risorse informatiche nell'Amministrazione cantonale. La direttiva definisce le regole interne per l'utilizzo dei mezzi di comunicazione e la relativa sorveglianza (n. 1). Essa garantisce, in termini generali, la protezione della personalità e dei dati dei dipendenti dell'amministrazione cantonale, segnatamente quando sono attivati dei mezzi di controllo destinati a garantire il rispetto della politica di sicurezza e delle sue direttive (n. 4.1.5) e riprende, in linea di massima, le fasi della sorveglianza come previste nella Guida dell'IFPDT (n. 6.3).

Tuttavia, secondo la direttiva (vedi in particolare capitolo 6.3.2, secondo capoverso, ultima frase), la constatazione di un abuso o la formazione di un sospetto concreto d'abuso non costituisce soltanto il motivo giustificativo per l'identificazione puntuale dell'impiegato responsabile, ma anche per una sua susseguente sorveglianza nominativa prolungata. Come ribadito precedentemente, la sorveglianza nominativa prolungata dell'impiegato è però proibita dall'art. 26 OLL 3. Il Cantone Ticino fa dunque parte di quei Cantoni che non dispongono di normative conformi al diritto vigente.

Non sono per contro note direttive cantonali che disciplinano altre forme di sorveglianza dell'impiegato pubblico.

## 7. **Proposta di basi legali nel diritto cantonale ticinese**

Quanto detto nel capitolo precedente comporta, innanzitutto, un ripensamento dell'attuale impostazione della sorveglianza presso le amministrazioni pubbliche, in particolare cantonale, seguito dalla creazione di norme conformi al diritto e di rango legale adeguato, in abrogazione dell'attuale Direttiva del CdS. Ciò significa ancorare gli elementi fondamentali della sorveglianza in una legge formale (ad esempio, nella legge sull'ordinamento del personale, o in un'eventuale, futura legge cantonale sull'informatica), definendone i dettagli in norme materiali d'esecuzione (Regolamento del CdS).

È ovviamente prematuro, in questa sede, voler formulare una proposta completa e definitiva di normativa cantonale di rango formale e materiale. Alla stessa stregua di quanto proposto in questo contributo per l'art. 26 OLL 3 e alla luce della LOGA, è tuttavia possibile tracciarne i lineamenti principali. Si tratta, in particolare, dei principi fondamentali della proibizione della sorveglianza nominativa, durevole e in tempo reale della sfera privata e personale del lavoratore, nonché del principio della preminenza delle misure tecniche e organizzative di prevenzione degli abusi.

Gli altri elementi della sorveglianza come previsti dalla LOGA (segnatamente, l'infrastruttura elettronica, la registrazione dei dati personali e le regole sulle analisi) devono essere oggetto di un esame in altra sede e in collaborazione con i servizi amministrativi cantonali interessati, prima di essere ancorati nel diritto cantonale. Riservato quindi il disciplinamento di questi ulteriori elementi, la normativa cantonale sulla sorveglianza potrebbe presentare il contenuto minimo seguente:

### *Art. i: Sorveglianza sul posto di lavoro*

<sup>1</sup> *Non è ammessa l'applicazione di sistemi di sorveglianza nominativa, durevole e in tempo reale della sfera privata o personale dei lavoratori sul posto di lavoro.*

<sup>2</sup> *è riservata l'analisi nominativa puntuale dei dati personali raccolti tramite sistemi di sorveglianza, in caso di violazione degli interessi del datore di lavoro o di relativi sospetti concreti.*

<sup>3</sup> *La violazione, o il relativo sospetto, va constatato tramite una sorveglianza non nominativa dei dati raccolti, o grazie ad indizi fortuiti.*

<sup>4</sup> *In ogni caso, i lavoratori vanno adeguatamente informati della sorveglianza e delle sue modalità in uno specifico regolamento.*

<sup>5</sup> *L'organo responsabile adotta le misure tecniche e organizzative necessarie per prevenire gli abusi.*

<sup>6</sup> *I sistemi di sorveglianza o di controllo, se sono necessari per altre ragioni, devono essere concepiti e disposti in modo da non pregiudicare la salute e la libertà di movimento dei lavoratori.*

<sup>7</sup> *Il Consiglio di Stato disciplina i particolari, segnatamente:*  
*a. la durata di conservazione e la distruzione dei dati;*

- b. la procedura e l'organizzazione della sorveglianza;*
- c. i diritti di accesso ai dati;*
- d. le misure tecniche e organizzative per garantire la sicurezza dei dati.*