

GRUPPO DI INIZIATIVA FORENSE

Verona 7 maggio 2004

DOCUMENTO INFORMATICO Problematiche di formazione e probatorie

Email, documento informatico e privacy

Per affrontare la tematica, pur nei ristretti limiti di tempo, è necessario innanzitutto qualificare la natura del diritto alla riservatezza.

Il sistema costituzionale non conosce una norma espressa che appresti tutela al diritto alla riservatezza (al pari della legislazione ordinaria prima dell'introduzione della normativa sulla privacy).

Si pensi che a metà degli anni '50 la Cassazione riteneva non sussistere nel nostro ordinamento un simile diritto (sentenza n. 4487/1956) e che solo a metà degli anni sessanta cominciò ad affacciarsi la tutela di tale diritto (Cass. n. 990/1963).

Bisogna attendere il 27.05.1975 per vedere affermata dalla Suprema Corte l'esistenza di un diritto alla riservatezza nel nostro ordinamento.

Le norme costituzionali citate a sostegno del riconoscimento del diritto in esame sono gli artt. 2 e 3 Cost. In particolare la natura di "norma aperta" dell'art. 2 consentirebbe di riconoscere - come osserva Prospero - rango costituzionale alla garanzia di sottrarre

all'intrusione di terzi determinate informazioni che se liberamente conosciute non assicurerebbero il pieno godimento dei diritti e delle libertà fondamentali sancite dalla Costituzione.

L'art. 3 viene indicato a sostegno dell'esistenza di questo diritto richiamando la necessità della tutela di una sfera privata inviolabile a garanzia della dignità e dello sviluppo dei diritti della persona.

Alcuni autori hanno poi trovato fondamento costituzionale al diritto alla riservatezza nell'art. 21, che riconosce il diritto di manifestare il proprio pensiero e che pertanto implicherebbe anche la possibilità di non manifestarlo in tutto o in parte, con la conseguenza che tutte le attività finalizzate ad apprendere e diffondere il pensiero che non si vuole manifestare all'esterno lederebbero la libertà garantita dall'art. 21 (il c.d. diritto al silenzio).

Viceversa, gli artt. 13,14,15, e 27, 2° comma, della Costituzione sono stati ritenuti riferimenti parziali e non decisivi per poter affermare l'esistenza a livello costituzionale di un diritto alla riservatezza.

Il variegato richiamo a queste norme ha fatto concludere a Pizzorusso che "il riconoscimento anche a livello costituzionale del diritto alla riservatezza abbia a fondarsi, più che su una od un'altra norma, su un complesso di argomenti interpretativi che consentono di dimostrarne l'esistenza come principio non scritto della Costituzione".

Tale diritto ha avuto riconoscimento tra le norme Comunitarie tramite le Direttive 95/46 CE (relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera

circolazione di tali dati), Direttiva 97/66 CE (sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni), nonché da ultimo dalla Direttiva 2002/58 CE (relativa al trattamento dei dati personali e la tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche).

Di sicuro, la Legge 31.12.1996 n. 675 ha posto all'attenzione dei giuristi l'esistenza non solo di un diritto alla riservatezza, ma altresì di un diritto alla corretta circolazione dei dati personali, da attuarsi anche attraverso il controllo che può essere esercitato sugli stessi da parte dell'interessato.

Il Gruppo Europeo, con specifica Opinion in materia, ha chiarito che il diritto alla privacy non è un diritto assoluto, sebbene sia tra quelli fondamentali e che va bilanciato con altri diritti o interessi legittimi o libertà.

Questo diritto è peraltro destinato per sua natura a contrapporsi ad altri concorrenti diritti esistenti nell'ordinamento.

Limitero' pertanto la mia esposizione alla disamina di alcune situazioni conflittuali che maggiormente si rinvencono nella pratica.

Uno dei conflitti possibili è quello tra privacy e diritto alla difesa.

Con una recente Ordinanza il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, nel decidere un ricorso d'urgenza promosso avverso la produzione in un giudizio di separazione (cui la ricorrente era estranea) di fotografie, che ritraevano la ricorrente e ritenute dalla stessa pregiudizievoli della riservatezza e dell'immagine, ha osservato che le esenzioni di cui agli attuali artt. 13,5° comma e 24 lett. f), nonché

la circostanza che nessuno può accedere alla visione del fascicolo processuale eccetto gli aventi diritto, farebbero venire meno le lamentele della ricorrente sulla violazione del diritto alla riservatezza. Osservava lo stesso Tribunale che nel corso della prova testimoniale (relativa al giudizio di separazione) qualcuno dei testimoni avrebbe comunque potuto citare il nome della parte ricorrente, facendo così venire meno il diritto alla riservatezza. Il Tribunale statuiva quindi il rigetto del ricorso sul presupposto che le finalità della Giustizia sono esigenze di rango superiore che (come riconosciuto dalla stessa normativa sulla privacy) consentono di sacrificare l'altrui diritto alla riservatezza. L'Ordinanza parrebbe peraltro non pienamente condivisibile, quantomeno laddove fa riferimento all'eventualità che un testimone potesse riferire nell'ambito della prova il nome della parte (che ha poi proposto ricorso ex art. 700). Infatti, la circostanza non comporta che quel nominativo dovesse necessariamente entrare nel verbale della causa, ben potendo, proprio per la salvaguardia delle esigenze di riservatezza altrui, ritenersi legittima l'omessa menzione da parte del Giudice del nominativo della persona implicata nella relazione extraconiugale. In altri termini, il fatto che andava provato era l'esistenza della relazione extraconiugale e non la rivelazione di chi (come estraneo al giudizio di separazione) era coinvolto nella stessa.

Inoltre, se è pur vero che l'istruzione probatoria di una causa civile può essere il momento in cui si giustifica la compressione del diritto all'altrui riservatezza, non è altrettanto vero che tale compressione

possa essere estesa a tutti i casi ed a tutti i documenti (scritture private, fotografie o altre prove documentali), senza un attento esame dell'eccedenza di tali produzioni rispetto alle finalità di difesa collegate al diritto fatto valere.

La norma di riferimento per risolvere il conflitto è l'art. 24 Cost., di cui sono corollario le norme del T.U. che prevedono espressamente la non necessarietà del consenso allorché il trattamento del dato personale sia necessario per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria. Questa esenzione, per quanto riguarda i dati sensibili, deve essere peraltro interpretata e collegata caso per caso con il disposto dell'art. 26 D.Lgs. n. 196/03 sulla privacy.

In particolare, per il trattamento dei dati sensibili, idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, va verificato se gli stessi sono o meno funzionali al riconoscimento in giudizio di un diritto di rango pari a quello alla riservatezza del soggetto cui i predetti dati si riferiscono, oppure se si tratta di far valere un diritto della personalità o un altro diritto fondamentale ed inviolabile. Inoltre, in questa analisi, non si può tralasciare il dettato dell'art. 11 D.Lgs. n. 196/03 in tema di modalità e liceità del trattamento.

Alla luce di quanto sopra detto, va forse rivista la giurisprudenza che riconosce a priori l'esimente della giusta causa di cui al secondo comma dell'art. 616 c.p. (rivelazione del contenuto di corrispondenza) con riferimento, ad esempio, alla produzione in un giudizio di separazione personale di corrispondenza indirizzata al coniuge, produzione nel caso esaminato finalizzata a contrastare una

richiesta di assegno di mantenimento.

In conclusione, si può ritenere che le finalità della Giustizia sono in linea di principio esigenze di rango superiore rispetto al diritto alla riservatezza, non peraltro in senso assoluto, ma con valutazioni da effettuarsi caso per caso.

Sul tema possono trarre in inganno le pronunce, anche recenti, che considerano prevalente il diritto di difesa del lavoratore dipendente (che produca in giudizio documenti aziendali riservati al fine di ottenere il riconoscimento di un proprio diritto) sul diritto di segretezza e riservatezza dell'azienda garantito dal cod. civ.; trattasi infatti di diritto diverso da quello della riservatezza, come configurato dal nuovo T. U. sulla privacy. Riterrei pertanto dette pronunce non significative in relazione al tema trattato.

Un altro possibile conflitto con il diritto alla riservatezza può verificarsi in relazione al diritto di controllo del datore di lavoro sull'uso da parte del dipendente degli strumenti informatici aziendali sia sotto il profilo dell'accesso ad internet per finalità extralavorative che sotto quello dell'abuso della casella postale informatica.

Nessun dubbio sul fatto che il datore di lavoro disponga dei mezzi tecnici per poter effettuare detto controllo, venendo a conoscenza in tal modo dei siti web visitati dal dipendente nonché della corrispondenza e-mail ricevuta ed inviata dallo stesso. Il problema è quello di comprendere se detto controllo sia o meno lecito ed in quali limiti possa eventualmente essere effettuato.

Sotto il profilo della tutela della riservatezza del dipendente (nonché

del rispetto della sua libertà e personalità) viene in rilievo l'art. 15 Cost. (a garanzia della libertà e segretezza della corrispondenza), l'art. 616 c.p. (che sanziona la violazione di corrispondenza), l'art. 4 St. Lav. (in tema di divieti di controlli a distanza sull'attività dei lavoratori) nonché la normativa in materia di privacy di cui al D. Lgs. n. 196/03.

E' importante innanzitutto chiarire quali sono le finalità del potere di controllo del datore di lavoro.

Una prima finalità è stata ravvisata nella tutela del patrimonio aziendale, vale a dire nell'interesse dell'imprenditore di evitare una perdita di tempo lavorato da parte dei dipendenti impegnati in attività extralavorative (collegamento ad internet per uso personale) ed una conseguente diminuzione dell'efficienza dell'azienda. Vengono in rilievo sotto il profilo della tutela del patrimonio aziendale anche esigenze di sicurezza informatica connesse alla necessità di proteggere informazione e dati interni dell'azienda da attacchi esterni di vario genere (ad es. virus o attacchi mirati a carpire segreti aziendali). In assenza di indicazioni, il dipendente stesso potrebbe involontariamente causare danneggiamenti ai sistemi informatici (ad esempio installando programmi nocivi, scaricando allegati sospetti, disattivando le protezioni, comunicando le password). Inoltre, possono essere arrecati danni alla reputazione ed all'immagine dell'azienda attraverso messaggi di contenuto extralavorativo o di dubbio decoro inoltrati dai dipendenti a terzi tramite gli indirizzi e-mail dell'azienda.

Un controllo sul traffico telematico è imposto anche dall'obbligo per l'imprenditore di adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del dipendente (art. 2087 c.c.). Si pensi al possibile contenuto lesivo della dignità del lavoratore di e-mail indirizzate alla casella di posta elettronica allo stesso assegnata, provenienti per ipotesi anche da altri dipendenti a scopo denigratorio o minatorio.

L'esigenza di effettuare i predetti controlli si giustifica anche in relazione all'interesse dell'imprenditore di prevenire la commissione di illeciti da parte del dipendente tramite l'abuso degli strumenti informatici, illeciti che possono coinvolgere l'azienda in responsabilità civili, penali ed amministrative.

Il datore di lavoro può infatti trovarsi a rispondere civilmente ex art. 2049 c.c. anche se il dipendente ha agito oltre il limite delle proprie mansioni o perfino in violazione di ordini ricevuti.

Tramite lo strumento informatico possono essere del pari commessi dal dipendente vari illeciti:

- violazioni della normativa in materia di diritto d'autore (ad es. scaricando illecitamente file o programmi o duplicando programmi);
- reati comuni (quali ad es. ingiuria, diffamazione ovvero rivelazione di segreti aziendali);
- reati legati alla pedopornografia (L.n. 269/98), per i quali è punito anche chi semplicemente disponga del materiale in questione;
- frode informatica a danno dello Stato o di altro ente pubblico (con

- possibile applicazione di sanzioni pecuniarie a carico dell'azienda);
- trattamento di dati in violazione della stessa Legge sulla privacy (di cui risponde il datore di lavoro in quanto titolare del trattamento).

Il controllo degli strumenti informatici è inoltre ricompreso tra le misure di sicurezza che il datore di lavoro è tenuto ad adottare in relazione al cd. Codice della privacy.

Consideriamo ora quali sono i limiti imposti dall'ordinamento ai controlli da parte del datore di lavoro.

Viene in rilievo innanzi tutto l'art. 4 St. Lav. (richiamato dall'art. 114 D.Lgs. n. 196/03) che vieta in modo assoluto l'impiego di strumenti audiovisivi o di altre apparecchiature per finalità di controllo sull'attività lavorativa posta in essere dai dipendenti. Il medesimo articolo, al secondo comma, consente l'utilizzo di impianti o apparecchiature di controllo richiesti da esigenze organizzative, produttive o di sicurezza del lavoro, che comportino indirettamente controlli sull'attività lavorativa del dipendente, solo previo accordo con le R.S.U. o con la Commissione interna. Tra gli strumenti di controllo indicati dalla norma si può ritenere che rientri anche l'utilizzo dello strumento informatico, che attua un controllo "occulto" (che può cioè essere effettuato all'insaputa del lavoratore).

Da segnalare una recente pronuncia della Suprema Corte che ha ritenuto consentiti i controlli posti in essere per rilevare eventuali comportamenti illeciti attuati dai dipendenti, ad esempio sistemi di controllo dell'accesso ad aree riservate ovvero apparecchi di

rilevazione di telefonate ingiustificate (Cass. n. 4746/02).

E' stato peraltro precisato che le prove di comportamenti illeciti di dipendenti, ricavate tramite sistemi ed apparecchiature non autorizzate secondo quanto previsto dall'art. 4 St. Lav., non avrebbero validità probatoria in sede processuale e non potrebbero pertanto essere poste a base di provvedimenti disciplinari nei confronti dei lavoratori (Cass. n. 8250/00).

I controlli effettuati tramite gli strumenti informatici vanno pertanto quanto meno previamente autorizzati dagli organismi competenti. Atteso che tramite detti controlli si potrebbero conoscere dati sensibili del dipendente (ad es. rilevando la tipologia dei siti internet visitati), vi è il rischio di violare la disposizione di cui all'art. 8 St. Lav. (che vieta indagini anche indirette su opinioni politiche, sindacali, religiose o altri fatti che esulano dalla vita professionale) nonché le disposizioni in tema di privacy, che tutelano la vita privata anche nell'ambito del rapporto di lavoro.

Va precisato che il monitoraggio delle e-mail dei lavoratori e degli accessi ad internet costituisce un trattamento di dati personali (newsletter del Garante 17.09.01).

E' pertanto necessario che di tali controlli (che comportano trattamento di dati) sia previamente data idonea informativa ai dipendenti (spiegandone le finalità e le modalità di attuazione). Non sarebbe invece necessario il consenso dei lavoratori in relazione alle esenzioni previste dagli art. 24 lett. a) e 26, 4° comma lett. d), purchè il controllo sia limitato alle operazioni necessarie e pertinenti

alle finalità per le quali è posto in essere.

Un problema connesso è quello della possibile violazione da parte del datore dell'art. 616 c.p. sulla violazione di corrispondenza, nella quale è ricompresa quella informatica. Si segnala che l'Autorità Garante qualifica la e-mail come corrispondenza chiusa. E' stato peraltro osservato che la casella postale aziendale è di proprietà e pertinenza dell'azienda che ne concede l'utilizzo al dipendente per lo svolgimento dell'attività lavorativa. Si è ritenuto pertanto che non violi l'art. 616 c.p. il datore di lavoro che, all'insaputa del lavoratore, controlla la sua posta elettronica sulla casella aziendale, atteso che il lavoratore non è titolare di un diritto all'utilizzo esclusivo della posta elettronica aziendale (Trib. Milano 10.05.02).

Il Garante, inoltre, considera lecito un controllo delle e-mail solo in casi eccezionali, come per la rilevazione di virus o per prevenire attività criminose del dipendente ovvero in assenza o impedimento del lavoratore.

Sarebbe consigliabile pertanto regolamentare a priori l'accesso e l'utilizzo del sistema di posta elettronica dell'azienda limitando l'uso della stessa da parte del dipendente per le sole finalità lavorative ovvero tramite l'indicazione di regole che il dipendente deve osservare per un utilizzo per motivi extralavorativi.

Il Gruppo europeo per la protezione dei dati (organismo della Comunità istituito in base all'art. 29 della direttiva 95/46/EC) ha dato alcune indicazioni e suggerimenti per il tema che ci interessa tra i quali quello di consentire l'accesso ad internet ai soli lavoratori che

necessitano di tale connessione, dotare di una casella e-mail aziendale (del tipo nomecognome@nomeazienda.it) solo i lavoratori che devono tenere contatti con l'esterno o con altri dipendenti dell'azienda, dotarsi di strumenti (proxyfirewall) che impediscono l'accesso alla rete in orario extralavorativo, bloccare il collegamento a categorie predeterminate di siti web ovvero consentire la connessione solo ad una lista di siti autorizzati, configurare il server in modo da impedire l'accesso ad e-mail con allegati sospetti.

E' infatti preferibile, sotto il profilo della legittimità del comportamento tenuto dal datore, che lo stesso si cauti inibendo a monte l'accesso a determinati siti (ed agendo pertanto in via preventiva) piuttosto che essere costretto ad intervenire con controlli successivi che facilmente comportano il trattamento di dati personali e che, per di più, possono essere inidonei a rimuovere eventuali effetti dannosi già prodotti.

Ricordiamo infine che è contemplata dalla Legge sulla privacy la possibile adozione di un codice deontologico che regolamenti il trattamento dei dati personali nell'ambito del rapporto di lavoro (art. 111), ed è auspicabile che detto codice disciplini compiutamente le problematiche di controllo sovraesposte.

Una ulteriore ipotesi di conflitto può verificarsi tra diritto alla riservatezza e diritto di accesso che un terzo intenda esercitare su documenti amministrativi contenenti dati personali.

Nello specifico, l'art.59 del cd. Codice sulla privacy prevede sia per i dati personali in genere che per quelli sensibili e giudiziari che il

diritto di accesso trovi la sua disciplina nella L. n. 241/90 e successive modifiche e nelle altre leggi in materia e relativi regolamenti di attuazione. Sostanzialmente per i dati personali sensibili e non, il legislatore nulla ha innovato rispetto all'indirizzo giurisprudenziale portato dalla fondamentale, ed ancora attuale, pronuncia del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria nr.5/97, che riconosceva la cosiddetta tutela modale e cioè che il diritto di accesso (avente ad oggetto informazioni relative alla vita privata di un soggetto diverso dal richiedente) in linea di principio soccombe di fronte a quello alla riservatezza ma che, nel caso in cui il diritto di accesso venga esercitato per la cura o difesa di interessi giuridici, detto diritto può essere esercitato peraltro nella sola forma della presa visione.

L'unica eccezione alla scelta della cd tutela modale a favore della valutazione comparativa in concreto tra esigenze contrapposte è prevista nell'art.60, che presenta una particolare tutela per i cd dati super sensibili: i dati relativi alla vita sessuale ed alla salute non sono visionabili se non quando il richiedente con la istanza di accesso vuole tutelare un interesse almeno di pari rango ed egualmente meritevole di tutela.

Riassumendo, la tutela dei dati personali resta assoluta nei confronti di chi chiede un accesso meramente conoscitivo. Se invece il diritto di accesso viene esercitato per difendere o curare propri interessi giuridici, il diritto alla riservatezza soccombe, ma l'accesso è consentito solo nei termini di cui alla Sentenza nr. 5/97. Se, infine,

l'accesso riguarda dati personali sensibili sulla salute o sulla vita sessuale, viene riconosciuta una tutela assoluta al dato, salvo che il richiedente non sia portatore di un interesse di rango pari ed egualmente meritevole di tutela.

Concluderei osservando che il diritto alla riservatezza non è pertanto un diritto assoluto, pur essendo un diritto fondamentale dell'individuo, che peraltro vive ed opera nella collettività. Le relazioni e gli ambiti nei quali si esplica l'esistenza di ogni persona implicano che detto diritto venga a confrontarsi o a scontrarsi con altri diritti ed esigenze. La prevalenza del diritto alla riservatezza o invece di altri diritti va peraltro esaminata e valutata con riferimento alle concrete fattispecie, essendo difficile trovare soluzioni a priori.

Per i dati sensibili relativi allo stato di salute o alla vita sessuale – come visto – è la stessa legge sulla privacy che ne subordina il trattamento all'esigenza di far valere diritti di rango almeno pari ovvero consistenti in un diritto della personalità o altro diritto o libertà fondamentali e inviolabili.

Vi sono pertanto situazioni nelle quali il diritto alla riservatezza può subire limitazioni se inteso come diritto di esclusione degli altri dalla propria sfera personale ma restando comunque sempre tutelato come diritto al corretto trattamento dei dati personali, e quindi nella concreta disamina, da farsi caso per caso, non può prescindersi dall'ulteriore analisi della esattezza, dell'aggiornamento del dato, della completezza e soprattutto della necessità, pertinenza e non eccedenza rispetto alle finalità in relazione alle quali viene a poter

essere trattato (Art. 11 D.Lgs. nr. 196/2003)

Grazie dell'attenzione

Avv. Giulia Ferrarese

Bibliografia:

Massimo Prospero "Il diritto alla riservatezza nell'ordinamento professionale"; Alfonso di Nuzzo "Privacy e diritto alla difesa"; dott. Marco Secco "Il controllo del traffico telematico in azienda"; avv. Andrea Stanchi "Privacy, rapporto di lavoro, monitoraggio degli accessi a Internet, monitoraggio delle e-mail e normative di tutela contro il controllo a distanza."; dott.ssa Azzurra Fodra "Bilanciamento tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza: evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia".