

## GIURISPRUDENZA

Tribunale | Genova | Civile | Sentenza | 14 dicembre 2021

Data udienza 14 dicembre 2021

Integrale

Lavoro

---

TRIBUNALE DI GENOVA

Il Tribunale, nella persona del Giudice del lavoro dott. (...) nel procedimento e art. 1 comma 47 legge 92/2012 instaurato da

(...)

Contro

(...)

scioglimento della riserva formulata in udienza,

osserva quanto segue.

MOTIVAZIONI

La dott. (...), dipendente dall'(...) di (...), in data (...) è stata licenziata per giusta causa, per asserita condotta lesiva del dovere di lealtà e fedeltà, degli obblighi di riservatezza e degli altri doveri di legge e CCNL.

Ritenendo il provvedimento datoriale illegittimo, la ricorrente con ricorso ex art. 1 comma 47 L. 92/2012 ha impugnato il licenziamento intimato.

Riportava in ricorso che, con telegramma del (...), le venivano contestate una serie di gravi condotte afferenti all'inoltro a terzi - e alla ricezione da questi ultimi - di alcune email contenenti notizie riservate della società, che mai avrebbero dovuto essere divulgate all'esterno.

La lavoratrice, da un lato, contestava la commissione dei fatti ascritti e, dall'altro, evidenziava l'illegittimità dei controlli effettuati sulla sua email aziendale, con conseguente inutilizzabilità dei dati acquisiti.

E ciò per violazione dell'art. 4 legge 300/70, mancando un'adeguata informativa sui controlli, ma anche per violazione dei principi di correttezza e trasparenza previsti dal Regolamento 2016/679 e dal Dlgs 196/2003 (applicabile *ratione temporis* sino al maggio 2018) e poi ancora dal dlgs. 101/2018, normativa di adeguamento nel nostro ordinamento del Regolamento UE 2016/679, norme tutte disciplinanti specifici limiti al potere datoriale.

Rappresentava infatti che la società, conservando sine die tutti i dati della lavoratrice (e per finalità indefinite), avrebbe violato le linee guida del Garante della Privacy in tema di trattamento dati personali con specifico riferimento a quanto ivi previsto circa l'utilizzo degli strumenti di lavoro (art. 32.2 Linee Guida del Garante del 1 marzo 2007). Conseguentemente doveva ritenersi che il controllo esercitato da (...) sulla email della lavoratrice era stato illegittimo ed arbitrario, così che i dati acquisiti dovevano considerarsi inutilizzabili, con importanti ricadute sulla legittimità del licenziamento.

Ne conseguiva il diritto della lavoratrice alla reintegra nel posto di lavoro ed al risarcimento del danno.

In via subordinata, la dott.ssa (...) sosteneva che la condotta contestata non avrebbe cagionato grave danno alla società, sicché ai sensi dell'art. 36 co. 6 CCNL non poteva applicarsi la sanzione del licenziamento.

Del resto, rappresentava la lavoratrice, che ben più probabile era l'intento di (...) di liberarsi di una dipendente, avendo essa pubblicamente dichiarato alla stampa l'esistenza di numerosi esuberi, pur nella vigenza del divieto imposto dalla normativa emergenziale.

Chiedeva quindi l'applicazione in via subordinata dell'art. 18 Stat. Lav. del V comma della medesima disposizione.

Si costituiva (...), chiedendo il rigetto del ricorso, in quanto infondato.

La società si offriva di provare in giudizio che la ricorrente fra il (...) ed il (...) aveva inoltrato alcune email, contenenti dati riservati della società, il cui destinatario era, (...), dipendente di (...), società cliente e talvolta concorrente di (...) spa.

Al tempo stesso la lavoratrice aveva ricevuto email, dal suddetto (...) contenenti trattative in corso fra altri dipendenti di (...) ed il fornitore (...). Evidenziava inoltre (...) che:

a) il (...) era persona molto vicina a (...) (titolare di (...) e legale rappresentante di (...)), proprietaria del modella quote (...);

b) (...) e (...) erano fornitori di (...) quale società addetta ai trasporti camionistico per conto di (...) quale proprietaria del deposito di (...), specializzato in gestione e riparazioni di contenitori vuoti, del quale (...), si avvaleva per i trasporti per conto del cliente (...);

c) (...) era a società che aveva assunto la ricorrente dopo il licenziamento.

La società evidenziava quindi l'esistenza di un canale informativo privilegiato tra la dott.ssa (...) ed il signor (...), finalizzato alla divulgazione delle quotazione (...) ai vari fornitori, oltre che di dati riservati e di rilievo strategico (risultati raggiunti ed obiettivi previsti) e procedeva al licenziamento per giusta causa della lavoratrice.

Sentite le parti ed espletato inutilmente il tentativo di conciliazione, la causa è stata discussa, quindi può giungere a decisione allo stato degli atti.

Eccezione di improcedibilità

Sostiene la convenuta che non avendo rispettato parte ricorrente il termine di dieci giorni per la notifica ex art. 415 comma IV c.p.c., il ricorso sarebbe improcedibile.

L'eccezione è infondata, in quanto il termine per la notificazione dell'originario ricorso é pacificamente considerato ordinario. Trattandosi poi di un termine che si innesta in un procedimento Fornero, in cui non sono previste preclusioni e decadenze, la natura ordinaria del termine risulta accentuata.

Inquadramento normativo e disciplina applicabile

E' pacifico - e comunque risulta in via documentale - che il rapporto di lavoro per cui é causa è stato instaurato l(...) e che (...) è azienda di grandi dimensioni, sicché trova applicazione l'art. 18 Stat. Lav., per come riformulato dalla legge 92/2012.

I fatti disciplinari contestati alla lavoratrice si riferiscono al periodo (...), mentre la contestazione disciplinare è del (...). A tal fine la convenuta ha affidato ad uno studio di professionisti del settore, nell(...), uno specifico incarico volto a verificare le email aziendali dei dipendenti (...) (doc 6 convenuta).

Si pone allora il problema dell'applicabilità, nel caso di specie, dell'art. 4 stat. Lav. per come riformulato dal dlgs 151/2015 e dal dlgs 185/2016, lamentando la ricorrente la violazione di siffatta normativa secondo il testo modificato.

Occorre in primo luogo capire che tipo di controlli sono stati esercitati da (...) e, a tale domanda, può agevolmente risponderci che trattasi di cd. controlli difensivi ovvero di controlli non sulla prestazione lavorativa nei confronti di tutti i lavoratori, ma di verifiche mirate nei confronti di

taluni per l'accertamento della commissione di illeciti.

Tale ultimo tipo di controlli non sono ritenuti dalla giurisprudenza di legittimità attratti alla disciplina dell'art. 4 Stat. Lav., sia prima che dopo le modifiche ad opera del d.lgs. 151/2015 che del dlgs 185/2016 (Corte Cassaz. n. 13266/2018, Corte Cassaz. n. 25732/2021 e n. 25731/2021, Cassazione 2722/2012, Cassazione 13266/2018, Cassaz. 26682/2017, Cassazione 33809/2021).

Ciò non di meno si impone la necessità di verificare se il potere datoriale sia illimitato o soggiaccia a limiti, anche esterni all'art. 4 Stat. Lav. - e segnatamente derivanti dalla normativa sulla privacy e dalle fonti sovra nazionali, disciplinanti i controlli sui dati raccolti in ambito lavorativo, del resto richiamati anche nel terzo comma dell'art. 4 citato.

L'art. 4 Stat. Lavoratori, come modificato dal dlgs 151/2015 e dal dlgs 185/2016, oggi così recita:

"1. Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e possono essere installati previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali. In alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione ovvero in più regioni, tale accordo può essere stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In mancanza di accordo, gli impianti e gli strumenti di cui al primo periodo possono essere installati previa autorizzazione delle sede territoriale dell'Ispettorato nazionale del lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più sedi territoriali, della sede centrale dell'Ispettorato nazionale del lavoro. I provvedimenti di cui al terzo periodo sono definitivi.

2. La disposizione di cui al comma 1 non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

3. le informazioni raccolte ai sensi del comma 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196".

Da un primo esame della disposizione si può desumere che i controlli fine a se stessi restano vietati.

Sono invece ammessi dispositivi di controllo sulla corretta esecuzione della prestazione lavorativa a fronte di specifiche esigenze (organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale), solo previo accordo sindacale e autorizzazione dell'Ispettorato del Lavoro.

Il controllo sugli strumenti di lavoro e sugli ingressi e presenza del lavoratore é invece ammesso anche in assenza del rispetto delle forme di cui al primo comma.

In ogni caso, si possono utilizzare i dati, desumibili dai controlli del primo o del secondo tipo, solo ove sia stata data al lavoratore adeguata informazione e vi sia il rispetto del codice della Privacy sul trattamento dei dati personali, prima previsto dal Codice privacy di cui al D.lvo 196/2003, oggi disciplinato dal dlgs 101/2018.

Nel caso di specie, (...) - come detto - esercitato cd controlli difensivi: il datore di lavoro ha avuto il sospetto di "un'anomalia", ha affidato ad una società specializzata i controlli sugli strumenti di lavoro, parrebbe di tutti i dipendenti, attraverso delle parole chiave.

Non siamo quindi nel primo comma dell'art. 4 Sta Lav, né nel secondo comma della medesima disposizione, poiché il controllo non è stato sulla corretta esecuzione della prestazione lavorativa nel corso del suo esercizio, ma é stato finalizzato alla ricerca dei responsabili di anomalie successivamente accertate.

Vi è quindi da chiedersi se, in ogni caso, si applichino i limiti del comma tre dell'art. 4 Sta Lav. secondo il quale è necessario che il lavoratore sia stato informato preventivamente sulla possibilità di raccolta dati e sulla possibilità di controllo di tali dati nel rispetto della riservatezza del lavoratore.

La nuova formulazione dell'art. 4, con tale comma terzo Stat. Lav. ha introdotto un raccordo, prima mancante, fra il potere di controllo datoriale ed il rispetto del diritto alla riservatezza dei dati personali. Questa è una novità di notevole rilievo, di cui non può non tenersi conto, anche per l'esistenza di normativa sovranazionale che impone l'obbligo di bilanciamento fra esercizio del diritto dell'impresa e diritto alla riservatezza nella vita privata nel cui ambito rientra anche la vita professionale (Corte Europea dei diritti dell'uomo sentenza della Grande Camera del 5 settembre 2017, la nel caso (...) c. Romania).

Non pare quindi corretto applicare, in un caso come quello di specie, quella giurisprudenza della Corte di Cassazione che pone i controlli difensivi - ovvero i controlli finalizzati all'accertamento di illeciti commessi dal lavoratore - al di fuori dell'art. 4 Stat. Lav., senza limitazione alcuna, giungendo a stabilire che, anche laddove i controlli siano stati illegittimamente esercitati, i dati acquisiti possono essere fatti valere a qualsiasi fine, ivi compreso quello disciplinare (Corte di Cassazione 34092/20219).

Tali pronunce non tengono conto dell'ultimo comma del nuovo art. 4 Stat Lav. e dell'imprescindibile richiamo a due nuovi elementi, quali l'esistenza di un'informativa adeguata ed il rispetto del trattamento dei dati riservati.

Risulta illuminante in proposito una recentissima sentenza della Corte di Cassazione, secondo la quale:

"In tema di cd. sistemi difensivi, sono consentiti, anche dopo la modifica dell'art. 4 st.lav. ad opera dell'art. 23 del D.Lgs. n. 151 del 2015, i controlli anche tecnologici posti in essere dal datore di lavoro finalizzati alla tutela di beni estranei al rapporto di lavoro o ad evitare comportamenti illeciti, in presenza di un fondato sospetto circa la commissione di un illecito, purché sia assicurato un corretto bilanciamento tra le esigenze di protezione di interessi e beni aziendali, correlate alla libertà di iniziativa economica, rispetto alle imprescindibili tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore, sempre che il controllo riguardi dati acquisiti successivamente all'insorgere del sospetto. (Nella specie, la S.C., in accoglimento del motivo di ricorso incentrato sulla violazione dell'art. 4 st. lav., ha cassato la pronuncia del giudice del gravame, sul rilievo che quest'ultimo, nel ritenere utilizzabili determinate informazioni poste a base della contestazione disciplinare ed acquisite tramite "file di log" in conseguenza di un "alert" proveniente dal sistema informatico, aveva omesso di indagare sull'esistenza di un fondato sospetto generato dall'"alert" in questione, di verificare se i dati informatici fossero stati raccolti prima o dopo l'insorgere del fondato sospetto, nonché di esprimere la necessaria valutazione circa il corretto bilanciamento tra le esigenze di protezione di interessi e beni aziendali rispetto alle imprescindibili tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore) "Cassazione civile sez. lav., 12/11/2021 n. 34092).

Si legge nella parte motiva della sentenza citata: "...

"21.1. La questione posta con il motivo in esame investe il tema della sopravvivenza dei controlli c.d. difensivi anche dopo la modifica dell'art. 4 St. lav. ad opera del D.Lgs. n. 151 del 2015, art. 23, applicabile *ratione temporis*.

21.2. Nella formulazione previgente la norma contemplava due livelli di protezione della sfera privata del lavoratore: uno pieno, mediante la previsione del divieto assoluto di uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori non sorretto da ragioni inerenti all'impresa (ossia, il cd. controllo fine a sé stesso); l'altro affievolito, ove le ragioni del controllo fossero state riconducibili ad esigenze oggettive dell'impresa, ferma restando l'attuazione del controllo stesso con l'osservanza di determinate "procedure di garanzia".

21.3. La giurisprudenza di questa Corte nel ricostruire la ratio ispiratrice della disciplina dettata dall'art. 4 St. Lav. ha evidenziato che la disposizione statutaria si iscrive in quella complessa normativa diretta da un lato a contenere in vario modo le manifestazioni del potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro che, per le modalità di attuazione incidenti nella sfera della persona, si ritengono lesive della dignità e della riservatezza del lavoratore, sul presupposto - espressamente precisato nella Relazione ministeriale - che la vigilanza sul lavoro, ancorché necessaria nell'organizzazione produttiva, vada mantenuta in una dimensione umana, e cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua e anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro. Si è altresì precisato, d'altro canto, che la garanzia procedurale prevista per impianti ed apparecchiature ricollegabili ad esigenze produttive contempera l'esigenza di tutela del

diritto dei lavoratori a non essere controllati a distanza e quello del datore di lavoro, o, se si vuole, della stessa collettività, relativamente alla organizzazione, produzione e sicurezza del lavoro, individuando una precisa procedura esecutiva e gli stessi soggetti ad essa partecipi (Cfr., per tutte, Cass. n. 15892 del 2007, in motivazione, sulla scorta di Cass. n. 8240 del 2000, del pari in motivazione, richiamata, sul punto, in quasi tutte le sentenze successive vertenti sul tema).

21.4. Questione centrale, dal punto di vista del tema che oggi occupa la Corte, era verificare se l'esigenza di tutela del patrimonio aziendale potesse esonerare il datore intenzionato ad installare apparecchiature di controllo a distanza indipendentemente dall'autorizzazione sindacale od amministrativa.

21.5. La soluzione che ha tale questione è stata offerta dal più evoluto indirizzo giurisprudenziale di legittimità, frutto dell'elaborazione della categoria dei controlli c.d. difensivi, è stata nel senso che "esulano dall'ambito di applicazione dell'art. 4, comma 2, St. lav. (nel testo anteriore alle modifiche di cui al D.Lgs. n. 151 del 2015, art. 23, comma 1) e non richiedono l'osservanza delle garanzie ivi previste, i controlli difensivi da parte del datore se diretti ad accertare comportamenti illeciti e lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale, tanto più se disposto ex post, ossia dopo l'attuazione del comportamento in addebito, così da prescindere dalla mera sorveglianza sull'esecuzione della prestazione lavorativa". (Cass. n. 13266 del 2018).

In altri termini, in sintesi (rinviando per una più completa ricognizione delle problematiche sottese alla verifica dei presupposti di legittimità dei controlli a distanza a Cass. 25732 del 2021 e a Cass. n. 25731 del 2021), nella disciplina previgente, al fine della legittimità del controllo difensivo, si richiedeva: a) che l'iniziativa datoriale avesse la finalità specifica di accertare determinati comportamenti illeciti del lavoratore; b) che gli illeciti da accertare fossero lesivi del patrimonio o dell'immagine aziendale (v., tra le altre, Cass. n. 2722 del 2012); c) che i controlli fossero stati disposti ex post, vale a dire dopo l'attuazione del comportamento in addebito tenuto dal lavoratore, così da prescindere dalla mera sorveglianza sull'esecuzione della prestazione lavorativa; nella elaborazione giurisprudenziale tale ultimo presupposto, a differenza dei primi due ritenuti indispensabili, era solo eventuale nel senso che ad esso si riconosceva valenza meramente confermativa della effettività del controllo difensivo (Cass. n. 19922 del 2016, Cass. n. 3590 del 2011). Restava, in ogni caso ferma, la esigenza che i "controlli difensivi", pur sottratti all'area di operatività dell'originaria versione dell'art. 4, comma 2, St. lav., fossero comunque esercitati dal datore di lavoro nel rispetto delle regole di civiltà e di criteri ragionevoli volti a garantire, con l'impiego di determinati accorgimenti e cautele, un adeguato bilanciamento tra le esigenze di salvaguardia della dignità e riservatezza del dipendente e quelle di protezione, da parte del datore di lavoro, dei beni (in senso lato) aziendali. (cfr. Cass. n. 10955 del 2015, in motivazione; Cass. n. 17723 del 2017, in motivazione).

21.6. Occorre ora esaminare se ed in che termini tale impianto concettuale ed in particolare la ammissibilità di "controlli difensivi", nel senso ora precisato, sia sopravvissuto nel regime normativo fissato dalla nuova formulazione dell'art. 4 St. lav., ad opera del D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 151, art. 23, il quale, per quanto qui interessa, prevede: "1. La L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 4, è sostituito dal seguente:

Art. 4 (Impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo). - 1. Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e possono essere installati previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali. In alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione ovvero in più regioni, tale accordo può essere stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In mancanza di accordo gli impianti e gli strumenti di cui al periodo precedente possono essere installati previa autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più Direzioni territoriali del lavoro, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

2. La disposizione di cui al comma 1 non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

3. Le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196". Il D.Lgs. 24 settembre 2016, n. 185, art. 5, comma 2, dispone: "Alla L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 4, comma 1, il terzo periodo è sostituito dai seguenti: In mancanza di accordo, gli impianti e gli strumenti di cui al primo periodo possono essere installati previa autorizzazione delle (recte: della) sede territoriale dell'Ispettorato nazionale del lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più sedi territoriali, della sede centrale dell'Ispettorato nazionale del lavoro. I provvedimenti di cui al terzo periodo sono definitivi".

21.7. A riguardo il Collegio condivide la soluzione e le argomentazioni che sulla questione hanno dato le richiamate sentenze nn. 25731 e 25732 del 2021 alle quali, per quanto qui non esplicitato, rinvia anche ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c.

In tali pronunzie è stato precisato che la nuova formulazione dell'art. 4 St. lav., ribadisce implicitamente la regola che il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori non è legittimo ove non sia sorretto dalle esigenze indicate dalla norma stessa. Sicché il controllo "fine a sé stesso", eventualmente finalizzato ad accertare inadempimenti del lavoratore che attengano alla effettuazione della prestazione, continua ad essere vietato.



Ciò non esclude, però, come si era ritenuto con riguardo alla superata disposizione dell'art. 4 St.lav., che ove il controllo sia invece legittimo, le informazioni raccolte in esito ad esso possano essere utilizzate dal datore di lavoro per contestare al lavoratore ogni sorta di inadempimento contrattuale.

E' stato evidenziato inoltre che i controlli aventi ad oggetto il patrimonio aziendale sono, ai sensi della nuova versione dell'art. 4 St.lav., assoggettati ai presupposti di legittimità ivi previsti, per cui si pone la questione se essi non debbano oramai ritenersi completamente attratti nell'area di operatività dell'art. 4 St. lav., avendo il legislatore indicato, tra le esigenze da soddisfare mediante l'impiego dei dispositivi potenzialmente fonte di controllo, accanto a quelle organizzative e produttive e a quelle relative alla sicurezza del lavoro, per l'appunto quelle di "tutela del patrimonio aziendale", ovvero se anche sotto l'impero della nuova versione dell'art. 4 St. lav. debba continuare a riconoscersi ai controlli difensivi diritto di cittadinanza.

In tale ottica, tenuto conto della elaborazione giurisprudenziale maturata nel vigore della disciplina previgente, si è avvertita la necessità di distinguere tra i controlli difensivi in senso lato, vale a dire quelli a difesa del patrimonio aziendale che riguardano tutti i dipendenti (o gruppi di dipendenti) nello svolgimento della loro prestazione di lavoro che li pone a contatto con tale patrimonio, controlli che dovranno necessariamente essere realizzati nel rispetto delle previsioni dell'art. 4 novellato in tutti i suoi aspetti e controlli difensivi in senso stretto, diretti ad accertare specificamente condotte illecite ascrivibili - in base a concreti indizi - a singoli dipendenti, anche se questo si verifica durante la prestazione di lavoro; si è ritenuto che tali ultimi controlli, anche se effettuati con strumenti tecnologici, non avendo ad oggetto la normale attività del lavoratore, si situino, anche oggi, all'esterno del perimetro applicativo dell'art. 4.

Ciò in quanto la istituzionalizzazione della procedura richiesta dall'art. 4, per l'installazione dell'impianto di controllo appare coerente con la necessità di consentire un controllo sindacale, e, nel caso avrebbe l'applicazione della stessa procedura anche nel caso di eventi straordinari ed eccezionali costituiti dalla necessità di accertare e sanzionare gravi illeciti di un singolo lavoratore.

21.8. La tesi della sopravvivenza dei controlli cd. difensivi è stata in linea di principio ritenuta compatibile con la tutela della riservatezza di cui all'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, trovando la stessa conforto nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (in particolare nella sentenza di Grande Camera del 17 ottobre 2019, nel caso (...) e altri c. Spagna).

21.9. Una volta collocato il tema dei controlli difensivi cd. in senso stretto al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 4 St. lav., comma 1, si è posta tuttavia l'esigenza di individuare dei limiti all'esercizio del relativo potere datoriale di controllo ed in questa prospettiva è stato osservato:" Innanzitutto, va riaffermato il principio, già richiamato, espresso dalla giurisprudenza di questa Corte formatasi nel vigore della precedente formulazione dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori,

secondo cui in nessun caso può essere giustificato un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore (Cass. n. 15892 del 2007, cit.; Cass. n. 4375 del 2010, cit.; Cass. n. 16622 del 2012, cit.; Cass. n. 9904 del 2016; Cass. n. 18302 del 2016, cit.).

Occorrerà dunque, nel rispetto della normativa Europea, e segnatamente dell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo come interpretato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, assicurare un corretto bilanciamento tra le esigenze di protezione di interessi e beni aziendali, correlate alla libertà di iniziativa economica, rispetto alle imprescindibili tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore, con un contemperamento che non può prescindere dalle circostanze del caso concreto (Cass. 26682/2017, cit.). Non va infatti dimenticato che, nel caso (...) c. Romania, sentenza della Grande Camera del 5 settembre 2017, la Corte Europea dei diritti dell'uomo, chiamata a pronunciarsi - in relazione al detto art. 8 - con riguardo ad un caso in cui un datore di lavoro aveva sottoposto a controllo il software aziendale (...) in uso al lavoratore, onde verificarne un indebito utilizzo, ha fornito una à interpretazione estensiva del concetto di "vita privata", tanto da includervi la "vita professionale", così ritenendo che lo Stato rumeno avesse tenuto un comportamento non conforme alle garanzie accordate dalla norma della Convenzione, per avere le Corti nazionali ommesso di accertare se il lavoratore avesse ricevuto una preventiva informazione dal suo datore di lavoro della possibilità che le sue comunicazioni su Yahoo Messenger potessero essere controllate; inoltre, per non avere valutato se il lavoratore medesimo fosse stato posto a conoscenza della natura e della estensione del controllo o del grado di intrusione nella vita e nella corrispondenza privata; infine, per non avere accertato le specifiche ragioni che giustificavano l'adozione di dette misure di controllo e se il datore di lavoro avrebbe potuto utilizzare misure meno intrusive, né se l'accesso al contenuto delle comunicazioni fosse stato compiuto senza che il lavoratore ne avesse consapevolezza. Inoltre, e il punto è particolarmente rilevante nel caso in esame, per essere in ipotesi legittimo, il controllo "difensivo in senso stretto" dovrebbe quindi essere mirato, nonché attuato ex post, ossia a seguito del comportamento illecito di uno o più lavoratori del cui avvenuto compimento il datore abbia avuto il fondato sospetto, sicché non avrebbe ad oggetto attività" - in senso tecnico - del lavoratore medesimo. Il che è sostanzialmente in linea con gli ultimi approdi della giurisprudenza di questa Corte, più sopra richiamati, in materia di controlli difensivi nella vigenza della superata disciplina.

Occorre però chiarire cosa si intenda per tale controllo. Esso infatti non dovrebbe riferirsi all'esame ed all'analisi di informazioni acquisite in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 4 St.lav., poiché, in tal modo opinando, l'area del controllo difensivo si estenderebbe a dismisura, con conseguente annientamento della valenza delle predette prescrizioni. Il datore di lavoro, infatti, potrebbe, in difetto di autorizzazione e/o di adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli, nonché senza il rispetto della normativa sulla privacy, acquisire per lungo tempo ed ininterrottamente ogni tipologia di dato, provvedendo alla relativa conservazione, e, poi, invocare la natura mirata (ex post) del controllo incentrato sull'esame ed analisi di quei dati. In tal caso, il controllo non sembra potersi ritenere effettuato ex post, poiché esso ha inizio con la raccolta delle informazioni; quella che viene effettuata ex

post è solo una attività successiva di lettura ed analisi che non ha, a tal fine, una sua autonoma rilevanza. Può, quindi, in buona sostanza, parlarsi di controllo ex post solo ove, a seguito del fondato sospetto del datore circa la commissione di illeciti ad opera del lavoratore, il datore stesso provveda, da quel momento, alla raccolta delle informazioni. Facendo il classico esempio dei dati di traffico contenuti nel browser del pc in uso al dipendente, potrà parlarsi di controllo ex post solo in relazione a quelli raccolti dopo l'insorgenza del sospetto di avvenuta commissione di illeciti ad opera del dipendente, non in relazione a quelli già registrati" (Cass. Sentenze nn. 25731 e 25732 del 2021).

21.10. Così ricostruito il quadro entro il quale i "controlli difensivi" tecnologici possono considerarsi ancora legittimi dopo la modifica dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, si deve rilevare che la sentenza impugnata non è con esso coerente in quanto nel ritenere utilizzabili le informazioni alla base della contestazione disciplinare ha fatto riferimento alla circostanza che esse erano state acquisite tramite file di log che non rientravano tra gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e che il controllo richiesto da TIP al service provider era conseguenza dell'alert verificatosi". Tali elementi non sono tuttavia decisivi al fine della verifica di ammissibilità dei controlli in quanto occorre indagare sia sulla esistenza di un fondato sospetto generato dall'alert proveniente dal sistema informatico in ordine alla commissione di attività illecita da parte dei dipendenti sia se i dati informatici rilevanti, utilizzati poi in sede disciplinare, fossero stati raccolti prima o dopo l'insorgere del fondato sospetto, in violazione dei principi esposti. E' pure mancata ogni valutazione circa il corretto bilanciamento tra le esigenze di protezione di interessi e beni aziendali, correlate alla libertà di iniziativa economica, rispetto alle imprescindibili tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore. Come si è osservato, il controllo ex post non può riferirsi all'esame ed all'analisi di informazioni acquisite in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 4 St.lav. prima dell'insorgere del "fondato sospetto", poiché, in tal modo opinando, l'area del controllo difensivo si estenderebbe a dismisura, con conseguente annientamento della valenza delle predette prescrizioni. Il datore di lavoro, infatti, potrebbe, in difetto di autorizzazione e/o di adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli, nonché senza il rispetto della normativa sulla privacy, acquisire per lungo tempo ininterrottamente ogni tipologia di dato, provvedendo alla relativa conservazione, e, poi invocare la natura mirata (ex post) del controllo incentrato sull'esame ed analisi di quei dati. "(Cassazione civile sez. lav., 12/11/2021 n. 34092)

I principi sopra enucleati vanno trasposti nel caso di specie in cui, come detto in premessa, trova applicazione il nuovo testo dell'art. 4 Stat. Lav.

Quindi, può dirsi che, affinché un controllo difensivo sia legittimo, occorre: 1) che vi sia stata preventiva informativa al lavoratore; 2) che il controllo muova da un fondato sospetto; 3) che esso attenga a dati raccolti dopo l'insorgenza di tale sospetto; 4) che tale controllo avvenga previo bilanciamento fra dignità e riservatezza del lavoratore ed interessi e beni aziendali dall'altra.

Occorre quindi che i controlli vengano esercitati nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità (Corte di Cassazione 13266/2018) e che risultino pertinenti ovvero siano in rapporto di diretta e necessaria strumentalità all'esercizio del diritto di difesa (Corte di Cassazione 31204/2021).

Applicati a tali principi al caso di specie si osserva quanto segue.

#### Obbligo informativo

Sostiene la convenuta di aver pienamente assolto all'obbligo di informazione circa il trattamento dei dati del lavoratore, circa la conservazione e la finalità di tali operazioni, attraverso i documenti prodotti in allegato alla memoria.

In realtà, esaminando analiticamente il contenuto degli stessi - per quanto alcuni in inglese, lingua non propria del procedimento civile italiano - non può condividersi tale conclusione.

All'atto dell'assunzione (doc. 2) la ricorrente ha firmato una dichiarazione di trattamento dati personali ex art. 13 dlgs 196/2003, finalizzata alla raccolta e alla gestione dei dati necessari alla gestione del rapporto di lavoro, ai rapporti con gli enti previdenziali, ai rapporti con l'Amministrazione Finanziaria, ai pagamenti delle retribuzioni e ai rapporti con lo studio del Consulente del Lavoro.

In data (...) la (...) ha firmato altra "Informativa trattamento dati personali Regolamento UE 2016/679" (doc 22) inerente ai dati relativi alla gestione del rapporto di lavoro (pagamento stipendi, comunicazione enti previdenziali e consulente del lavoro), "... all'esistenza di un circuito di video sorveglianza per la sicurezza degli ambienti, macchinari merci e dei lavoratori", con indicazione delle modalità e del tempo massimo di conservazione dei dati così acquisiti e specifica indicazione di quali soggetti (Enti o Autorità), cui tali dati possono eventualmente essere comunicati (art. 1 e ss informativa doc 22).

In data (...) la ricorrente ha sottoscritto una lettera di assegnazione del telefono cellulare Black Berry (doc 16), dispositivo il cui uso viene limitato a relazioni di lavoro e - si specifica - solo in via eccezionale all'utilizzo per fini privati.

Ivi viene indicata la possibilità per la società di controllare i dati del traffico telefonico, al solo fine di verificarne i costi, secondo il piano tariffario previsto dal gestore e nel rispetto del tetto massimo di spesa consentito alla lavoratrice pari a (...) - mensili.

Seguono poi i documenti 23 e 24 in allegato alla memoria relativi al Codice di condotta e all'Information Security Acceptable Use Booklet.

Trattasi di documenti in lingua inglese, asseritamente presenti sul portale (...) della società, a disposizione di tutti i dipendenti della convenuta, che riguardano, il primo, i principi ispiratori e tendenziali dell'operato MH e dei suoi dipendenti, il secondo, le norme regolamentari sull'uso

dei device e strumenti informatici da parte del lavoratore (tra cui email, internet, programmi, chat ed altro)

In entrambi casi sono norme che riguardano il comportamento degli operatori (...) e quindi del dipendente, ma mai si parla dei poteri di conservazione dei dati, di controllo del datore di lavoro, delle finalità di tale controllo e del trattamento, in genere, dati personali raccolti.

Lo stesso dicasi per gli altri documenti sopra richiamati.

Il solo controllo sul Black Berry è finalizzato al contenimento dei costi.

Non può quindi ritenersi che vi sia stata alcuna informativa che abbia avvisato la lavoratrice del potere di controllo da parte del datore di lavoro di tutta le email da lei trasmesse e ricevute nel corso degli anni, né che vi sia mai stata alcuna regolamentazione in tal senso, con indicazione della finalità e dei limiti di tale controllo.

Ne deriva che (...) ha esercitato sull'operato della (...) un controllo illimitato, ha effettuato un controllo a "tappeto" ed a ritroso dell'attività della lavoratrice sino a oltre 2 anni precedenti il sospetto (ovvero (...)), attraverso l'esame delle sue email, senza ben definiti filtri e limiti.

Del resto neppure in memoria vengono indicati quali siano stati i filtri e le parole chiave e di ricerca, né se il controllo ha riguardato una certa ristretta di lavoratori o tutti i dipendenti indistintamente.

(...) non offre neppure di provare l'esistenza di un fondato sospetto nei confronti della ricorrente, non spiega perché le fatture da cui si è partiti erano anomale e quindi perché si era reso necessario avviare un controllo non sulle tariffe, non sui viaggi commissionati a (...), ma sui lavoratori.

La società nella propria memoria scrive: "nel luglio (...) riceveva dal fornitore (...) n. 2 fatture di importo e dicitura anomala dell'importo rispettivamente di (...) e di (...) Euro emesse per conguaglio per mancato raggiungimento di 45 viaggi giorno.

Rilevando delle anomalie nella gestione del fornitore (...) decide di indagare il contenuto di esse e di identificare i soggetti coinvolti" (pag. 9 memoria).

Non spiega per quale ragione tali importi devono considerarsi delle anomalie, non si offre di provare che tali importi risultano non dovuti e per quale ragione.

Pare piuttosto che la società sia andata alla ricerca negli anni di un comportamento anomalo fra i dipendenti.

Ed infatti la pertinenza delle email inviate dalla ricorrente al (...) rispetto alla situazione contabile (...) è molto labile, fondata su un'ipotesi di collegamento di quest'ultimo con il signor (...), titolare della (...) e socio, (...).

La convenuta tenta di provare che vi era un canale informativo privilegiato fra esso (...) ed il fornitore (...) (pag. 13 memoria) per arrivare ad affermare che "... non si può escludere che tra le email illecitamente inoltrate dalla ricorrente, alcune relative anche alle quotazioni fatte dai vari fornitori e le relative condizioni, siano poi state anche diffuse anche a (...)".

Trattasi di una mera ipotesi, non pertinente rispetto al sospetto che - ricordiamo--ricordiamo - era di fatturazione di anomali importi, email - tra l'altro - diverse da quelle oggetto di contestazione disciplinare.

Ne consegue che il controllo effettuato non è sorretto da un'adeguata informativa preliminare, non rispetta i principi di pertinenza rispetto ad un fondato sospetto, ed è andato a ritroso rispetto (sino al (...)) rispetto al sospetto del (...).

Trova quindi applicazione il terzo comma dell'art. 4 Stat Lav secondo il quale successivo: "le informazioni raccolte ai sensi del comma 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196"

La legge pone una speciale limitazione all'utilizzazione dei dati acquisiti, categoria non prevista - in effetti - dal codice di procedura civile, ma introdotta ai fini civilistici dalla norma sostanziale sopra invocata, con un effetto preclusivo sull'efficacia probatoria dei dati raccolti nell'ambito del rapporto di lavoro e quindi del processo civile che questo abbia per oggetto, come quello instaurato dalla ricorrente.

Non può quindi darsi ingresso in giudizio alle email costituenti oggetto di contestazione, né sentire i testimoni sulle circostanze oggetto di tali email, trattandosi di elementi in fatto derivanti da controlli illegittimamente esercitati poiché in violazione dell'art. 4 Stat Lav.

Da ciò consegue altresì l'impossibilità di valutare le domande subordinate delle parti ovvero di qualificare il fatto come licenziamento per giustificato motivo soggettivo o valutare il fatto come rilevante disciplinarmente, ma sanzionabile con sanzione conservativa.

Nell'impossibilità di dare prova in giudizio del fatto materiale costituente giusta causa di recesso, il licenziamento deve ritenersi illegittimo per insussistenza del fatto contestato con applicazione della tutela reintegratoria di cui all'art. 18 co. 4 Stat Lav.

La società va altresì condannata al pagamento di un'indennità risarcitoria pari alla retribuzione globale di fatto corrispondente a Euro (...) così calcolati Euro (...) (...) + Euro (...) (valore convenzionale auto) + il premio di produttività, corrisposto in via continuativa dal (...) al (...) e pari a Euro (...).

Occorre infatti tener conto di ogni compenso percepito in via di fatto dal lavoratore, esclusi i compensi occasionali ed eccezionali, poiché - diversamente - si addosserebbe al lavoratore gli effetti negativi della illegittima condotta datoriale.

Sul punto la convenuta non ha mosso contestazioni e l'importo deve essere fatto proprio dal Giudice.

Sussiste peraltro aliunde perceptum che andrà detratto dall'indennità risarcitoria, derivante dal reperimento di nuova occupazione dal (...) avanti, allo stato quantificabile, nella misura di Euro (...) lordi mensili (cfr dichiarazioni in libero interrogatorio della ricorrente). La decorrenza viene individuata a ritroso, tenendo conto dei riferiti 6 mesi di prova scadenti il (...), alla luce delle dichiarazioni

della ricorrente.

Le spese di lite seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Giudice, a scioglimento della riserva formulata in udienza,

1) annulla il licenziamento intimato alla ricorrente in data (...) e per l'effetto condanna (...), in persona del suo legale rappresentante pro tempore, alla reintegrazione della lavoratrice nel suo posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto pari a Euro (...) lordi mensili, dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, in ogni caso in misura non superiore alle dodici mensilità della retribuzione globale di fatto, dedotto quanto la lavoratrice ha percepito nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, quantificato in Euro (...) lordi mensili;

2) condanna (...), in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al versamento in favore della lavoratrice dei contributi previdenziali ed assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi;

3) condanna (...), ut supra, a rifondere la ricorrente delle spese di lite, che si liquidano in Euro (...), oltre spese generali, oltre IVA e CPA.

Così deciso in Genova il 14 dicembre 2021.

Depositata in Cancelleria il 14 dicembre 2021.

---

