

A cura di Paola Mauro

Licenziamento disciplinare in base a controlli "difensi"

Categoria: Previdenza e lavoro

Sottocategoria: Impugnazione del licenziamento

La legittimità dei controlli cd. difensivi in senso stretto presuppone il "fondato sospetto" del Datore di lavoro circa comportamenti illeciti di uno o più lavoratori; ne consegue che spetta al Datore l'onere di allegare, prima, e di provare, poi, le specifiche circostanze che l'hanno indotto ad attivare il controllo tecnologico "ex post", sia perché solo il predetto sospetto consente l'azione datoriale fuori del perimetro di applicazione diretta dell'art. 4 St. lav., sia perché, in via generale, incombe sul Datore, ex art. 5 l. n. 604/1966, la dimostrazione del complesso degli elementi che giustificano il licenziamento.

Di cosa si tratta?

Provvedimento

Cass., Sez. L, Sent. n. 18168 del 26/06/2023

Caso

Lavoro subordinato - Diritti ed obblighi del Datore e del prestatore di lavoro - Libertà e dignità del lavoratore - Controlli difensivi cd. in senso stretto - Presupposto - Fondato sospetto - Oneri di allegazione e prova a carico del Datore.

Riferimenti normativi

- Artt. 4 e 7, Legge 20/05/1970 n. 300;
- Art. 23, Decreto Legislativo 14/09/2015 n. 151;
- Art. 5, Legge 15/07/1966 n. 604.

Premessa

La Sezione Lavoro della Corte di cassazione, con la **sentenza n. 18168/2023**, è tornata a pronunciarsi sui cd. "controlli difensivi" del Datore di lavoro, sotto l'aspetto degli oneri di allegazione e prova che gravano sul Datore in merito al presupposto del "fondato sospetto".

Principio di diritto

«La legittimità dei controlli cd. difensivi in senso stretto presuppone il "fondato sospetto" del datore di lavoro circa comportamenti illeciti di uno o più lavoratori; ne consegue che spetta al datore l'onere di allegare, prima, e di provare, poi, le specifiche circostanze che l'hanno indotto ad attivare il controllo tecnologico "ex post", sia perché solo il predetto sospetto consente l'azione datoriale fuori del perimetro di applicazione diretta dell'art. 4 st. lav., sia perché, in via generale, incombe sul datore, ex art. 5 l. n. 604 del 1966, la dimostrazione del complesso degli elementi che giustificano il licenziamento».

La vicenda: digital forensics e pedinamento.

La Corte d'Appello di Milano ha confermato la pronuncia di primo grado che, avendo ritenuto l'illegittimità del licenziamento intimato da Banca W. al dirigente M. G., ha condannato la società al pagamento di somme a titolo di indennità sostitutiva del preavviso, di indennità supplementare, di spettanze per incidenza sul T.F.R., oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Il licenziamento in questione ha fatto seguito a **tre contestazioni disciplinari**, con le quali è stata **addebitata** al lavoratore «una condotta di insubordinazione e di violazione dei doveri di diligenza e fedeltà nonché dei generali principi di correttezza e buona fede per avere intrattenuto rapporti e contatti **con** soggetti riferibili a realtà imprenditoriali in concorrenza (prima e seconda contestazione) e per essersi sottratto ad un accertamento tecnico preventivo, facendo così dubitare della genuinità della malattia posta a fondamento delle assenze (terza contestazione)».

OSSERVA - Gli elementi di prova relativi ai fatti oggetto delle prime due contestazioni disciplinari sono stati raccolti attraverso attività investigativa di controllo della posta elettronica aziendale, cd. "**digital forensics**", e di **pedinamento**.

Ciò posto, la Corte meneghina – analogamente al primo Giudice - ha riscontrato la **totale carenza** di allegazioni in ordine al motivo che ha determinato la **vasta attività di indagine** compiuta dalla Banca W ni confronti del dirigente, in seguito licenziato.

In particolare, con specifico riferimento all'attività di **digital forensics**, è stata riscontrata la **mancata acquisizione preventiva del consenso** del lavoratore al controllo della posta



elettronica aziendale come prescritto dal regolamento aziendale, che tra l'altro non è risultato nemmeno portato a conoscenza del lavoratore, né tantomeno dal medesimo sottoscritto per accettazione.

In definitiva, tanto per la Corte di Appello di Milano, quanto per il Tribunale, nel caso in esame **non sono state garantite** - in violazione dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte di cassazione e della C.E.D.U. in materia di controlli c.d. "difensivi" - «**la proporzionalità e le garanzie procedurali contro l'arbitrarietà del datore di lavoro**».



Per la **Corte meneghina**, in particolare, è mancata, innanzitutto, la «*giustificazione del monitoraggio*», in quanto la società non aveva dedotto, né tantomeno provato alcunché in ordine ai motivi che hanno portato ad **un'indagine così invasiva**; omissione che non poteva essere colmata «*attraverso i motivi che hanno giustificato l'incarico investigativo riportati nella relazione*», tanto più che nel *dossier* investigativo, a giustificazione dell'incarico, si faceva riferimento a «*circostanziate segnalazioni*», di cui però agli atti non risultava traccia, né potevano bastare «*meri sospetti*».

Inoltre, il monitoraggio aveva riguardato **indistintamente tutte le comunicazioni** presenti nel PC aziendale in uso a G.M. e **senza limiti di tempo**, dando vita così a una indagine invasiva massiccia ed indiscriminata non giustificata, con una violazione del diritto del lavoratore al **rispetto della sua corrispondenza** ancora più evidente considerando che la società non ha provato di aver preliminarmente informato il lavoratore della possibilità che le comunicazioni che effettuava sul PC aziendale avrebbero potuto essere monitorate, né del carattere e della portata del monitoraggio o del livello di invasività nella sua corrispondenza.

La **Corte milanese** ha, infine, ravvisato «*la medesima assenza di una specifica motivazione a giustificazione dell'attività investigativa, con conseguente illegittimità dell'attività stessa, [...] anche con riferimento all'attività di pedinamento, rispetto alla quale la società non ha depositato nemmeno il conferimento dell'incarico*», rilevando, tra l'altro, «*come gli incontri descritti nella relazione trovino nella prospettiva della società, come esposta nelle contestazioni disciplinari, una loro spiegazione solo alla luce della corrispondenza che, come sopra evidenziato, è stata acquisita illegittimamente, con la conseguente inutilizzabilità anche del dossier investigativo relativo al pedinamento*».

Ebbene, instaurato il giudizio di legittimità contro questa decisione del Giudice di secondo grado, la Banca W ha – per quanto qui interessa - **diffusamente criticato** l'affermata **illegittimità dell'acquisizione** delle circostanze emerse dai due *dossier* investigativi commissionati e oggetto delle contestazioni disciplinari mosse a G.M.



Secondo la ricorrente, il Datore di lavoro può, anche a fronte del solo sospetto e dell'esigenza, quindi, di evitare il compimento di condotte illecite, effettuare delle verifiche, anche per il tramite di Agenzie investigative, dirette ad accertare comportamenti del prestatore illeciti e lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale, in quanto tali modalità di controllo – **riconducibili all'area dei c.d. "controlli difensivi in senso stretto"** – restano estranee all'ambito di applicazione delle garanzie di cui all'art. 4 dello Statuto del Lavoratori.

La ricorrente sostiene, altresì, che, anche in ragione del **"solo sospetto"** o della **"mera ipotesi"**

che degli illeciti possono essere in corso di esecuzione (considerato anche il settore di attività), il Datore di lavoro è legittimato a controllare la posta elettronica aziendale del dipendente a fini difensivi.

→ La Suprema Corte **non ha condiviso** i suddetti rilievi dalla Banca, il cui gravame è stato pertanto **respinto**.

Totale della libertà e dignità del lavoratore



Nelle lunghissime motivazione di Cass., Sez. L, n. 18168/2023, in particolare, si legge che «Sono consentiti 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» (Cass. n. 25732/2021, 34092/2021').

Non può dubitarsi – osservano gli **Ermellini** - che incomba sul Datore di lavoro l'onere di allegare prima e provare poi le specifiche circostanze che lo hanno indotto ad attivare il controllo tecnologico "ex post", considerato che solo tale "fondato sospetto" consente al predetto di porre la sua azione al di fuori del perimetro di applicazione diretta dell'art. 4 St. lav. e tenuto altresì conto del più generale criterio legale ex art. 5 L. n. 604 del 1966 che grava la parte datoriale dell'onere di provare il complesso degli elementi che giustificano il licenziamento.

<p>Principio di vicinanza della prova</p>	<p>Né può trascurarsi il c.d. "principio di vicinanza della prova", definito, come noto, da Cass. SS.UU. n. 13533 del 2001, come quel criterio per cui l'onere della prova deve essere «ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione», con la precisazione che la vicinanza riguarda la possibilità di conoscere in via diretta o indiretta il fatto, e non già la possibilità concreta di acquisire la relativa prova (da ultimo v. Cass. n. 12910/2022).</p>
	<p>Sicché sarebbe lesivo del diritto di azione e difesa del lavoratore addossargli un gravoso onere rispetto a fatti estranei alla sua sfera di conoscenza, mentre il Datore di lavoro è agevolmente posto nella condizione di identificarli, in quanto nella sua disponibilità e allo stesso più prossimi e, quindi, più facilmente suffragabili.</p>
	<p>Allegazione e prova che devono riguardare anche circostanze temporalmente collocate, atteso che le stesse segnano il momento a partire dal quale i dati acquisiti possono essere utilizzati nel procedimento disciplinare e, successivamente, in giudizio, non essendo possibile l'esame e l'analisi di informazioni precedentemente assunte in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 4 St. lav., estendendo "a dismisura" l'area del controllo difensivo lecito (cfr. Cass. n. 25732/2021 cit.), considerato che non può essere reso retroattivamente lecito un comportamento che tale non era al momento in cui fu tenuto.</p>

Una volta consegnati al contraddittorio gli elementi che la parte datoriale adduce a fondamento dell’iniziativa di controllo tecnologico, spetterà al Giudice valutare, mediante l’apprezzamento delle circostanze del caso, se gli stessi fossero indizi, materiali e riconoscibili, non espressione di un puro convincimento soggettivo, idonei a concretare il fondato sospetto della commissione di comportamenti illeciti. Perché solo la sussistenza di essi costituisce riscontro oggettivo dell’autenticità dell’intento difensivo del controllo, non diretto, quindi, a un generale monitoraggio dell’attività lavorativa di dipendenti, quanto piuttosto “mirato” ad accertare prefigurate condotte *contra ius*, non attinenti al mero inadempimento degli obblighi derivanti dalla prestazione lavorativa.

Tra gli elementi utili a orientare il Giudice nel **necessario bilanciamento** tra le esigenze di protezione di interessi e beni aziendali, correlate alla libertà di iniziativa economica, e le imprescindibili tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore nei casi di controlli difensivi “in senso stretto”, **Cass., Sez. L, n. 18168/2023** ha elencato i seguenti:

1.	→	L’informazione del lavoratore circa la possibilità che il Datore di lavoro adotti misure di monitoraggio, con la precisazione che la stessa dovrebbe, in linea di principio, essere chiara sulla natura della sorveglianza ed essere precedente alla sua attuazione;
2.	→	Il grado di invasività nella sfera privata dei dipendenti, tenendo conto, in particolare, della natura più o meno privata del luogo in cui si svolge il monitoraggio, dei limiti spaziali e temporali di quest’ultimo, nonché del numero di persone che hanno accesso ai suoi risultati;
3.	→	L’esistenza di una giustificazione all’uso della sorveglianza e alla sua estensione con motivi legittimi, con la precisazione che quanto più invadente è la sorveglianza, tanto più gravi sono le giustificazioni richieste;
4.	→	La valutazione, in base alle circostanze specifiche di ciascun caso, se lo scopo legittimo perseguito dal Datore di lavoro avrebbe potuto essere raggiunto causando una minore invasione della vita privata del dipendente;
5.	→	La verifica di come il Datore di lavoro abbia utilizzato i risultati della misura di monitoraggio e se siano serviti per raggiungere lo scopo dichiarato della misura;
6.	→	L’offerta di adeguate garanzie al dipendente sul grado di invasività delle misure di sorveglianza, mediante informazioni ai lavoratori interessati o ai rappresentanti del personale circa l’attuazione e l’entità del

monitoraggio, dichiarando l'adozione di tale misura a un organismo indipendente o mediante la possibilità di presentare reclamo.



Alla luce di quanto appena detto, gli Ermellini hanno ritenuto la sentenza impugnata **giuridicamente corretta** avendo questa in concreto operato un apprezzamento «con riferimento alla natura ed estensione della sorveglianza sul lavoratore e del conseguente grado di intrusione nella sua vita privata»; ha così constatato la mancanza di «giustificazione del monitoraggio», l'esistenza di un controllo che «ha riguardato indistintamente tutte le comunicazioni presenti nel pc aziendale in uso a G. M. e senza limiti di tempo, dando vita così ad una indagine invasiva massiccia ed indiscriminata non giustificata», l'assenza di prova «di aver preliminarmente informato il lavoratore della possibilità che le comunicazioni che effettuava sul pc aziendale avrebbero potuto essere monitorate» ovvero «del carattere e della portata del monitoraggio o del livello di invasività nella sua corrispondenza», il mancato rispetto da parte della Banca del regolamento interno dalla medesima predisposto sull'utilizzo della posta elettronica.

Respinto il ricorso datoriale

In definitiva, la Corte di legittimità ha rigettato il ricorso della Banca, condannandola al pagamento delle spese relative all'ultimo grado di giudizio.

ⁱ 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 ommesso 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