

“Controlli difensivi” e lavoro a distanza: per una maggiore attenzione in caso di prestazione in *smart working*.

A cura del prof. Carmine Russo

1. Tra i problemi più delicati che si pongono nell'organizzazione del lavoro fuori dalle sedi datoriali, e in particolare in luoghi privati del lavoratore, c'è quello del controllo a distanza dell'attività lavorativa.

Tema, questo, che sta ritornando alla ribalta a seguito della formalizzazione anche contrattuale dello *smart working* e sul quale va resa consapevole la responsabilità del lavoratore anche nei casi in cui utilizzi strumenti informatici personali.

Sotto il profilo dell'elaborazione giurisprudenziale la questione è definita come legittimità dei cosiddetti “controlli difensivi” e consiste nell'individuare i casi in cui il datore di lavoro possa predisporre controlli a distanza in maniera libera, sganciati cioè dai vincoli procedurali e autorizzativi previsti dall'art. 4 della legge n. 300/1970 come modificato dal *Jobs Act* 151/2015.

Su questo tema si sono registrate di recente tre sentenze della ‘sezione Lavoro’ della Corte di Cassazione (25731/2021, 25732/2021 e 34092/2021) che, anche rifacendosi alla giurisprudenza precedente alla modifica normativa ribadiscono la legittimità di controlli liberi nel caso in cui si tratti di verificare un illecito compiuto da un singolo lavoratore.

Senza soffermarci eccessivamente sulle modifiche normative successive al *Jobs Act* -che avendo inserito tra i controlli da sottoporre alle procedure di autorizzazione dell'art. 4 St. Lav. anche quelli riferiti alla tutela del patrimonio aziendale avevano fatto pensare che non vi fosse più spazio per un libero esercizio del potere di controllo a distanza – è più utile in questa nota chiarire quali siano i requisiti di legittimità di questo potere, anche considerando che i suoi esiti possono essere utilizzati “a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro”, alla sola condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto previsto a tutela dei dati personali.

2. Nell'individuare le condizioni necessarie per considerare legittimo il ricorso ai “controlli difensivi”, la giurisprudenza ha in primo luogo affermato che il controllo dovesse avere la finalità specifica di accertare determinati comportamenti illeciti del lavoratore; che cioè fosse orientato nei confronti di un singolo lavoratore e non dell'intera comunità dei dipendenti, con lo scopo di accertare l'esistenza o meno di un illecito o di un inadempimento sul quale sorgesse un dubbio di responsabilità.

La seconda condizione deve essere quella per cui il controllo difensivo miri a tutelare il patrimonio aziendale o la sua immagine.

Infine, il controllo deve essere predisposto solo a seguito dell'attuazione del comportamento lesivo proprio per rendere chiaro che non si tratti di un controllo sull'attività lavorativa indiscriminatamente rivolto a tutti i lavoratori.

A queste tre condizioni necessarie, la giurisprudenza ha aggiunto una regola di comportamento desumendola dai principi di correttezza e buona fede e che ha definito come "rischio di invasività eccessiva o non proporzionata" delle modalità di controllo e ha individuato tali rischi ad esempio nella eccessiva durata del controllo oppure nel controllo effettuato su aspetti privati e personali estranei all'oggetto e al fine dell'indagine.

Questa "regola di civiltà" (così definita dalla stessa Cassazione) è peraltro ricavabile dal rispetto della normativa europea e specificamente dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con lo scopo di assicurare un "corretto 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" (CEDU, Grande Camera, caso Lopes Ribalda c. Spagna, 17 ottobre 2019).

3. L'orientamento fin qui descritto può essere sintetizzato nel seguente principio di diritto elaborato dalla sentenza 25732/2021: "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. Non ricorrendo le condizioni suddette la verifica della utilizzabilità a fini disciplinari dei dati raccolti dal datore di lavoro andrà condotta alla stregua della L. n. 300 del 1970, art. 4, in particolare dei suoi commi 2 e 3".