



I limiti al potere di controllo del datore di lavoro: controlli difensivi nel rispetto dei diritti del lavoratore e della tutela della Privacy

di *Consiglia Venere Alfano*¹

1. I poteri del datore di lavoro¹

L'ordinamento giuridico riconosce al datore di lavoro tre poteri differenti: direttivo, di controllo o sorveglianza e disciplinare. Essi si deducono indirettamente dall'art. 41 della Costituzione, che tutela l'iniziativa economica privata, essendo espressione del potere di organizzare l'attività di impresa con l'adozione di tutte le misure necessarie ad assicurarne il buon funzionamento.

Il potere direttivo, in particolare, rappresenta un potere giuridico che consente al creditore della prestazione di lavoro di specificare le modalità ed i contenuti dell'adempimento, nell'ambito delle finalità organizzative dell'impresa volte a realizzare il suo programma produttivo. La sottoposizione del lavoratore a tale potere datoriale qualifica il rapporto di lavoro subordinato, distinguendolo da quello autonomo, come si deduce dall'art. 2094 cc,



¹ Già tirocinante ex art.73 d.l. 98 del 2013 presso la Corte di Appello di Napoli, sezione penale Abilitata all'esercizio della professione forense.

secondo il quale ***“è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell’impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell’imprenditore”***, nonché dall’art. 2104 comma 2 cc, che prescrive l’obbligo del lavoratore subordinato di ***“osservare le disposizioni per l’esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall’imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende”***. Tale potere, dunque, deve esplicitarsi in ordini specifici, reiterati ed intrinsecamente inerenti alla prestazione lavorativa, stabilmente inserita nell’organizzazione aziendale² nonché nella predisposizione di una precisa organizzazione del lavoro e dell’attività produttiva.

Riflesso del potere direttivo è quello di controllo, che si sostanzia nel potere del datore di lavoro di verificare l’esatto adempimento degli obblighi gravanti sul lavoratore e il rispetto della disciplina aziendale impartita. Il prestatore di lavoro, infatti, oltre ad osservare le disposizioni datoriali (art. 2104 comma 2 cc), è tenuto ad adempiere in maniera esatta e integrale la prestazione, nonché ***“deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall’interesse dell’impresa e da quello superiore della produzione nazionale”*** (art. 2104 comma 1 cc). Peraltro, il dipendente è tenuto a rispettare l’obbligo di fedeltà previsto dall’art. 2106 cc, secondo cui ***“il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l’imprenditore, né divulgare notizie attinenti all’organizzazione e ai metodi di produzione dell’impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio”***.

Tale potestà, dunque, è volta alla tutela del corretto funzionamento e dell’efficienza dell’assetto aziendale, stigmatizzando l’eventuale inadempimento del prestatore di lavoro.

Invero, se il datore di lavoro, nell’esercizio del potere di controllo, accerta l’inosservanza da parte del lavoratore delle obbligazioni che gli derivano dal contratto, ai sensi degli artt. 2104 e 2105 cc, può esercitare il potere disciplinare. Sul punto, infatti, l’art. 2106 cc prevede che ***“l’inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo all’applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell’infrazione”***.

Si tratta, nello specifico, del potere del datore di lavoro di prevedere regole disciplinari e di irrogare sanzioni per il mancato rispetto delle stesse, che devono essere proporzionate all’infrazione commessa. Esso, tuttavia, incontra una serie di limitazioni sostanziali e procedurali nell’ottica di un bilanciamento tra la tutela dell’esigenze dell’impresa e il rispetto della dignità dei lavoratori (sul punto, si rinvia a quanto previsto dall’art. 7 dello Statuto dei Lavoratori).

2. I limiti al potere di controllo

Il potere di controllo, come quello disciplinare, non è assoluto, essendo delineati precisi limiti allo stesso, al fine di garantire il rispetto della libertà, dignità e riservatezza dei lavoratori.

Invero, sebbene il datore di lavoro possa esercitare l’attività di vigilanza non solo direttamente, ma anche tramite guardie giurate o personale incaricato, i controlli devono essere svolti nel quadro dei criteri previsti dalla legge (artt. 2 e 3 l. n. 300 del 1970, Statuto dei Lavoratori).

² Cfr. Cass., Sez. Lavoro, sentenza n. 29646 del 16 novembre 2018.

Si esclude, infatti, che le guardie giurate possano accedere ai locali dove si svolge l'attività lavorativa, durante lo svolgimento della stessa, se non eccezionalmente per specifiche e motivate esigenze attinenti ai compiti relativi alla tutela del patrimonio aziendale, né possono contestare ai lavoratori azioni o fatti diversi da quelli che attengono alla tutela del patrimonio.

Infatti, *“il datore di lavoro può impiegare le guardie particolari giurate, di cui agli articoli 133 e seguenti del testo unico approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, soltanto per scopi di tutela del patrimonio aziendale”* (art. 2 l. n. 300 del 1970).

Inoltre, qualora il titolare del rapporto di lavoro intenda avvalersi – nell'ambito dell'attività in esame – di personale di vigilanza è tenuto a comunicare ai dipendenti interessati i nominativi e le mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa (art. 3 l. n. 300 del 1970).

Ulteriori limiti, poi, attengono alle modalità in cui si estrinseca il potere di controllo (cosiddetti “limiti oggettivi”), che può essere diretto ovvero a distanza.

2.1 I controlli diretti

I controlli diretti sono quelli che il datore di lavoro esercita direttamente sulla persona del lavoratore e sono disciplinati dagli artt. 5 e 6 della l.n. 300 del 1970.

Nello specifico, l'art. 5 l. citata sancisce il divieto di accertamenti sanitari sull'idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente da parte del datore di lavoro o per il tramite di un medico privato, dovendo il datore di lavoro far controllare la idoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico.

Invero, in caso di assenze del lavoratore per infermità, il controllo sulle reali condizioni di salute può essere effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, su richiesta del datore di lavoro.

Peraltro, sono consentite le visite personali di controllo sul lavoratore solo se sono indispensabili ai fini della tutela del patrimonio aziendale e a condizione che siano eseguite all'uscita dei luoghi di lavoro, che siano salvaguardate la dignità e la riservatezza del lavoratore e che avvengano con l'applicazione di sistemi di selezione automatica riferiti alla collettività o a gruppi di lavoratori (ex art. 6 l. n. 300 del 1970).

2.2 I controlli a distanza

I controlli a distanza rappresentano una particolare modalità di esercizio del potere di vigilanza del datore di lavoro, per mezzo di strumenti elettronici idonei a registrare e memorizzare i comportamenti posti in essere dai lavoratori controllati.

L'impiego di tali sistemi di controllo, tuttavia, deve avvenire nel rispetto delle stringenti disposizioni normative, stante la necessità di contemperare l'esigenza di controllo e prevenzione di comportamenti scorretti dei prestatori di lavoro con la tutela del diritto di questi ultimi al rispetto della privacy e a non subire forme vessatorie di sorveglianza nell'esercizio dell'attività lavorativa.

Per tali ragioni, l'originaria formulazione dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori prevedeva un divieto assoluto di impiego di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, ammettendo solo quelli richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro.

In particolare, *“la norma contemplava, in sostanza, 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’”* (cfr. Corte di Cassazione Civile n. 25732 del 22.09.2021).

Con il d.lgs. n. 151 del 2015, il legislatore ha modificato la disciplina, eliminando il divieto assoluto di uso di tali strumenti di monitoraggio e prevedendo che essi possano essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale.

Peraltro, la loro installazione è consentita soltanto previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali e – in mancanza dello stesso – previa autorizzazione della sede territoriale dell’Ispettorato nazionale del lavoro o, in alternativa, della sede centrale dell’Ispettorato nazionale del lavoro (nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più sedi territoriali).

La novella del 2015 ha, però, escluso l’accordo o l’autorizzazione qualora si tratti di strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e di strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

Nonostante la riforma, la Corte di Cassazione ha precisato che *“la norma 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 diretto ad accertare inadempimenti del lavoratore che attengano alla effettuazione della prestazione, continua ad essere vietato”* (cfr. Corte di Cassazione Civile n. 25732 del 22.09.2021).

Infine, la legge limita l’utilizzo delle informazioni raccolte – attraverso l’esercizio del potere di controllo – ai soli fini connessi al rapporto di lavoro, a condizione che sia stata effettuata una adeguata informazione ai lavoratori delle modalità d’uso degli strumenti e sulle modalità di effettuazione dei controlli, per mezzo di un’informativa dettagliata e specifica, nel rispetto del Codice della Privacy.

Ulteriore limite, poi, all’esercizio dei controlli a distanza è individuato nell’articolo 8 della legge 20 maggio 1970, n. 300, che vieta al datore di lavoro di effettuare indagini (anche a mezzo di terzi) sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell’attitudine professionale del lavoratore. E ciò è proibito sia ai fini dell’assunzione, che nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro. La disposizione in esame, quindi, assume una portata più ampia rispetto alla tutela civilistica della riservatezza, comprendendo non solo il riserbo individuale, ma anche la sfera politica e sociale del lavoratore (cfr. Santoni, *Lezioni di diritto del lavoro*).

Tali limiti al potere gestorio, dunque, sono volti ad impedire al titolare del rapporto di abusare delle proprie facoltà, discriminando i prestatori di lavoro, ovvero di utilizzare le informazioni relative ad aspetti delicati ed intimi della vita del lavoratore, per finalità ritorsive o vessatorie.

La disciplina fin qui descritta, peraltro, è richiamata anche dal d.lgs. 196/03, che nel disciplinare il controllo a distanza in materia di trattamento dati personali rinvia agli artt. 113 e 114 gli artt. 4 e 8 dello Statuto dei Lavoratori.

2.3 L'ammissibilità dei controlli difensivi: la posizione della giurisprudenza

I controlli difensivi costituiscono modalità di monitoraggio dei dipendenti elaborate dalla giurisprudenza al fine di accertare condotte illecite degli stessi.

La definizione di tali strumenti trae origine dalla necessità del datore di lavoro di contrastare, in modo tempestivo ed efficace, i comportamenti illeciti del lavoratore.

In assenza di una legge che espressamente li preveda, si è sempre discusso della loro ammissibilità.

La tesi negativa, infatti, escludeva l'utilizzabilità degli stessi, in quanto si intravedeva il rischio di autorizzare forme occulte di sorveglianza illecita del lavoratore e dell'esatto adempimento della prestazione lavorativa, in assenza delle garanzie di cui all'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, con conseguente pericolo di lesione della dignità e della riservatezza del lavoratore.

La giurisprudenza, tuttavia, ammetteva tali controlli già nella vigenza dell'originaria formulazione dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, precisando 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 disposti ex post, ossia dopo l'attuazione del comportamento in addebito, così da prescindere dalla mera sorveglianza sull'esecuzione della prestazione lavorativa"* (cfr. Cass., 28 maggio 2018, n. 13266).

Dunque, si riteneva che i controlli in esame non fossero assoggettati ai presupposti di legittimità stabiliti dal previgente art. 4, comma 2 l. citata, individuando, tuttavia, precisi limiti di operatività dell'attività di sorveglianza.

In particolare, si richiedeva che l'installazione di tali strumenti di controllo dovesse essere esclusivamente volta ad accertare comportamenti illeciti del lavoratore, potenzialmente lesivi del patrimonio o dell'immagine aziendale, e che dovesse avvenire dopo l'attuazione del comportamento contestato, per impedire che gli stessi si trasformassero in mezzi di verifica dell'esecuzione della prestazione lavorativa. Però, quest'ultimo presupposto indicato era *"da considerare come eventuale, poiché ritenuto, per lo più, dalla giurisprudenza un fattore avente funzione meramente confermativa della effettività del controllo difensivo; pertanto esso poteva mancare, essendo sufficiente il mero sospetto circa l'esecuzione di illeciti, quale ulteriore requisito di legittimità del controllo difensivo, senza che la natura difensiva del controllo venisse in astratto meno"* (cfr. Corte di Cassazione Civile n. 25732 del 22.09.2021).

Poi, a seguito della riforma dell'art. 4 l. citata, considerato che è stata indicata – tra le esigenze da soddisfare per mezzo degli strumenti di sorveglianza – quella di *"tutela del patrimonio aziendale"*, si iniziò a discutere sul *"se i 'controlli difensivi' non debbano oramai ritenersi completamente attratti nell'area di operatività dell'art. 4 St. lav., ovvero se anche sotto l'impero della nuova versione dell'art. 4 St. lav. debba continuare a riconoscersi ai 'controlli difensivi' diritto di cittadinanza"* (cfr. Corte di Cassazione Civile n. 25732 del 22.09.2021).

La Corte di Cassazione, al fine di sciogliere i dubbi in merito alla sopravvivenza di tali controlli alla riforma legislativa, ha distinto i controlli difensivi in controlli “in senso lato” e controlli “in senso stretto”.

I primi sono posti a tutela del patrimonio aziendale e riguardano tutti i dipendenti, *“nello svolgimento della loro prestazione di lavoro che li pone a contatto con tale patrimonio”* (cfr. Corte di Cassazione, Sentenza n. 21681/2023 del 20.07.2023). Essi sono soggetti alle garanzie ex art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, che – come detto – ammette l’installazione degli impianti audiovisivi e degli altri strumenti per la tutela del patrimonio aziendale.

I controlli difensivi “in senso stretto” sono, invece, diretti ad accertare specifiche condotte illecite ascrivibili a singoli dipendenti, *“anche se questo si verifica durante la prestazione di lavoro”, sebbene non abbiano “ad oggetto la normale attività del lavoratore”* (cfr. Corte di Cassazione, Sentenza n. 21681/2023 del 20.07.2023). Essi, anche se effettuati con strumenti tecnologici, non avendo ad oggetto la “normale attività del lavoratore”, si pongono al di fuori del campo di applicazione dell’art. 4 dello Statuto dei Lavoratori.

Esempi di tali sistemi di monitoraggio sono stati individuati nel controllo della casella e-mail aziendale, nonché nella verifica delle connessioni ad internet, ovvero nell’utilizzo di registrazioni video.

Peraltro, anche una recente sentenza ne ha riconosciuto l’impiego, ribadendo che gli stessi sono sottratti all’ambito di operatività della disciplina di cui all’art. 4 l. citata. Si precisa, invero, che *“questi ultimi controlli, anche se effettuati con strumenti tecnologici, non avendo ad oggetto la normale attività del lavoratore, si situano, anche oggi, all’esterno del perimetro applicativo dell’art. 4 cit. 17 In effetti, come è stato osservato, l’istituzionalizzazione della procedura richiesta dall’art. 4 per l’installazione dell’impianto di controllo sarebbe coerente con la necessità di consentire un controllo sindacale, e, nel caso, amministrativo, su scelte che riguardano l’organizzazione dell’impresa; meno senso 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”* (cfr. Corte di Cassazione, Sentenza n. 21681/2023 del 20.07.2023).

Ad adiuvandum, la giurisprudenza della Corte EDU considera legittimi gli strumenti di monitoraggio in esame, ritenendo legittima – in un caso esaminato – *“l’iniziativa datoriale di controllo occulto di lavoratori mediante dispositivi di videoripresa, alimentata da un ‘ragionevole sospetto’ circa la commissione di gravi illeciti, ‘in quanto proporzionata rispetto al fine (in sé legittimo) di tutelare l’interesse organizzativo professionale del datore di lavoro’”* (cfr. Corte di Cassazione, Sentenza n. 21681/2023 del 20.07.2023).

Tuttavia, in attuazione del principio *“secondo cui in nessun caso può essere giustificato un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore”* (Cass. n. 18 15892 del 2007, cit.; Cass. n. 4375 del 2010, cit.; Cass. 16622 del 2012, cit.; Cass. n. 9904 del 2016; Cass. n. 18302 del 2016, cit.), la Cassazione ha statuito che *“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 temperamento che non può prescindere dalle circostanze del caso concreto”* (cfr. Corte di Cass. 26682/2017).

A tal fine, sono state individuate precise limitazioni all'iniziativa datoriale.

In particolare, è richiesto che il controllo "difensivo in senso stretto" sia – innanzitutto – 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.

Tuttavia, può 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"* (cfr. Corte di Cassazione Civile n. 25732 del 22.09.2021).

Da ultimo la giurisprudenza ha chiarito cosa debba intendersi per fondato sospetto, precisando che deve trattarsi di un sospetto fondato su indizi materiali e riconoscibili e non espressione di un puro convincimento soggettivo. Invero, *"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"*, in quanto *"solo la sussistenza di essi costituisce riscontro oggettivo dell'autenticità dell'intento difensivo del controllo"* (cfr. Corte di Cassazione, Sentenza n. 21681/2023 del 20.07.2023).

Non è, quindi, sufficiente il minimo sospetto di condotta illecita a giustificare l'installazione di tali sistemi, in quanto il controllo non deve essere diretto ad un generale monitoraggio dell'attività lavorativa di dipendenti, ma deve essere finalizzato ad accertare condotte illecite, non connesse al mero inadempimento degli obblighi derivanti dalla prestazione lavorativa.

Quanto alle modalità di svolgimento dei controlli, si richiede che il bilanciamento tra le esigenze di protezione di interessi aziendali e di tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore debba avvenire nel rispetto dei principi di proporzionalità, di pertinenza e di non eccedenza rispetto ad uno scopo che sia legittimo, di trasparenza e correttezza. Altresì, deve essere rispettata la disciplina generale prevista dal Codice della Privacy e dal Regolamento europeo 2016/679 (GDPR).

Inoltre, la Corte di Cassazione ha evidenziato che la ricostruzione normativa e giurisprudenziale – fin qui descritta – in tema di controlli difensivi appare coerente con l'art. 8 della CEDU che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare (*"il quale non solo protegge l'individuo contro l'ingerenza arbitraria dell'autorità pubblica, ma, in positivo, richiede l'adozione di misure volte al rispetto effettivo della vita privata o familiare anche nei rapporti tra privati"*) (cfr. Corte di Cassazione, Sentenza n. 21681/2023 del 20.07.2023)), nonché con la giurisprudenza della Corte EDU.

Quest'ultima ha elencato una serie di elementi ai fini della valutazione della conformità all'art. 8 CEDU di misure di sorveglianza adottate dal datore di lavoro, richiamati dalla Corte di Cassazione per orientare i giudici italiani nel bilanciamento da effettuare in caso di controlli difensivi.

In particolare, gli stessi dovranno valutare *"i) 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; ii) 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 per-*

sone che hanno accesso ai suoi risultati; iii) 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; iv) la valutazione, in base alle circostanze specifiche di ciascun caso, se lo scopo legittimo perseguito dal datore di lavoro potesse essere raggiunto causando una minore invasione della vita privata del dipendente; v) 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; vi) 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" (cfr. Corte di Cassazione, Sentenza n. 21681/2023 del 20.07.2023).

Infine, relativamente all'onere probatorio, *"non può dubitarsi 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 datore di lavoro 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"* (cfr. Corte di Cassazione, Sentenza n. 21681/2023 del 20.07.2023).

Quindi, secondo le coordinate ermeneutiche della giurisprudenza in esame, in forza del principio di vicinanza della prova, incombe sul datore di lavoro l'onere di allegare e provare le specifiche circostanze che lo hanno indotto ad attivare il monitoraggio. Inoltre, l'allegazione e la prova *"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, considerato che non può essere reso retroattivamente lecito un comportamento che tale non era al momento in cui fu tenuto"* (cfr. Corte di Cassazione, Sentenza n. 21681/2023 del 20.07.2023).

Dunque, si riconosce il potere del datore di lavoro di irrogare sanzioni disciplinari ai dipendenti sulla scorta dei dati risultanti dai controlli difensivi, qualora lo stesso riesca a dimostrare che essi siano stati legittimamente acquisiti.

In caso contrario, la sanzione prevista dalla giurisprudenza è l'inutilizzabilità per finalità disciplinari degli esiti dell'attività di sorveglianza, nonché degli atti basati sugli stessi.