

L'ESERCIZIO DEL POTERE DISCIPLINARE
Avv. Giuseppe Bulgarini d'Elci

**LA GESTIONE DEL PERSONALE ALLA LUCE DELLE
ULTIME NOVITA' NORMATIVE – 2021**

«Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa»

(art. 7, comma 2, L. 300/1970)



contestazione
degli addebiti



termine per le
giustificazioni



irrogazione della
sanzione



CONTESTAZIONE DEGLI ADDEBITI

La redazione della lettera di contestazione degli addebiti è la fase centrale della procedura disciplinare



1. Circoscrive il contenuto degli addebiti

Principio di immutabilità della contestazione, per cui a base della sanzione non potranno essere posti fatti e circostanze nuovi, che non abbiano formato oggetto della lettera di avvio del procedimento disciplinare

«Il principio della immutabilità della contestazione dell'addebito disciplinare mosso al lavoratore ai sensi dell'art. 7 Statuto lavoratori preclude al datore di lavoro di licenziare per altri motivi, diversi da quelli contestati, ma non vieta di considerare fatti non contestati, e collocantisi a distanza anche superiore ai due anni dal recesso, quali circostanze confermatrice della significatività di altri addebiti posti a base del licenziamento».

Cass. 3.7.2015 n. 13671



A

Ferma l'immutabilità dei fatti, non è preclusa in assoluto una diversa qualificazione giuridica degli addebiti



«In tema di licenziamento disciplinare, il fatto contestato ben può essere ricondotto ad una diversa ipotesi disciplinare (dato che, in tal caso, non si verifica una modifica della contestazione, ma solo un diverso apprezzamento dello stesso fatto), ma l'immutabilità della contestazione preclude al datore di lavoro di far poi valere, a sostegno della legittimità del licenziamento stesso, circostanze nuove rispetto a quelle contestate, tali da implicare una diversa valutazione dell'infrazione, dovendosi garantire l'effettivo diritto di difesa che la normativa sul procedimento disciplinare, di cui all'art. 7 st. lav., assicura al lavoratore incolpato».

Cass. 13.6.2018 n. 15524

Esempio:

Contestato l'abbandono ingiustificato del posto di lavoro in otto occasioni, in sede sanzionatoria si è rilevato che tale condotta era, altresì, indice di insubordinazione.

(Cass.13.9.2018 n. 22382)



B

Non si ha violazione del principio di immutabilità della contestazione se lo scostamento tra fatti contestati e fatti alla base della sanzione non altera il diritto di difesa



«Il principio di necessaria corrispondenza tra addebito contestato e addebito posto a fondamento della sanzione disciplinare, il quale vieta di infliggere un licenziamento sulla base di fatti diversi da quelli contestati, non può ritenersi violato qualora, contestati atti idonei ad integrare un'astratta previsione legale, il datore di lavoro allegghi, nel corso del procedimento disciplinare, circostanze confermatrici o ulteriori prove, in relazione alle quali il lavoratore possa agevolmente controdedurre.

Tale principio può, invece, ritenersi violato qualora il datore di lavoro allegghi, nel corso del giudizio, circostanze nuove che, in violazione del diritto di difesa, implicano una diversa valutazione dei fatti addebitati».

Cass. 21.8.2019 n. 21558

Esempio:

In sede sanzionatoria, a seguito delle giustificazioni, il perimetro degli addebiti è stato allargato ricomprendendo, oltre al diverbio orale ed alla manata sul volto, uno spintone al collega.



C

La recidiva può essere utilizzata quale elemento costitutivo dell'illecito oggetto di azione disciplinare solo se espressamente indicata nella lettera di contestazione degli addebiti



«La preventiva contestazione dell'addebito al lavoratore deve riguardare, a pena di nullità della sanzione o del licenziamento disciplinare, anche la recidiva o i procedimenti disciplinari che la integrano solo nell'ipotesi in cui questa rappresenti elemento costitutivo della mancanza addebitata e non già quando essa costituisca mero criterio di determinazione della sanzione proporzionata a tale mancanza».

Cass. 31.7.2019 n. 20723



2. Consuma l'esercizio del potere disciplinare

Principio *ne bis in idem*: i fatti contestati non possono più costituire la base per una seconda azione disciplinare



«Al riguardo, questa Corte (Cass. Sez. lav. n. 7391 del 4/7/1991) ha, infatti, affermato che il datore di lavoro, una volta esercitato validamente il potere disciplinare nei confronti del prestatore di lavoro in relazione a determinati fatti costituenti infrazioni disciplinari, non può esercitare una seconda volta, per quegli stessi fatti, il detto potere ormai consumato, essendogli consentito soltanto di tener conto delle sanzioni eventualmente applicate, entro il biennio, ai fini della recidiva».

Cass. 12.9.2016 n. 17912



(segue) Il principio ne bis in idem

Il principio di consumazione (*ne bis in idem*) opera anche nel caso in cui la prima contestazione abbia ad oggetto il «*modus operandi*» del dipendente e la seconda singoli episodi inadempienti del più ampio comportamento scorretto già censurato



«Nel caso di specie, si prospetta una situazione speculare quanto agli effetti della consumazione del potere disciplinare: esercitato il potere disciplinare in relazione alla condotta complessiva («abituale e reiterata»), non possono poi sanzionarsi i segmenti costitutivi di quella condotta (quelli che cioè integrano l'abitualità e la reiterazione), sia pure quando singolarmente considerati, costituiscano essi stessi inadempimento rilevante sul piano disciplinare».

Cass. 23.10.2018 n. 26815



3. La lettera di contestazione deve essere specifica e dettagliata nei suoi elementi essenziali



«La previa contestazione dell'addebito, necessaria nei licenziamenti qualificabili come disciplinari, ha lo scopo di consentire al lavoratore l'immediata difesa e deve conseguentemente rivestire il carattere della specificità, che è integrato quando sono fornite le indicazioni necessarie ed essenziali per individuare, nella sua materialità, il fatto o i fatti nei quali il datore di lavoro abbia ravvisato infrazioni disciplinari o comunque comportamenti in violazione dei doveri di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c.».

Cass. 18.4.2018 n. 9590

Esempi:

- 1) In caso di rissa sul luogo di lavoro, la mancata indicazione dei nominativi dei soggetti coinvolti è indice di genericità?
- 2) In caso di sottrazione di denaro dalla cassa del supermarket nei giorni 8 e 24 ottobre, è essenziale indicare l'importo singolarmente sottratto nelle due occasioni?



Secondo un indirizzo giurisprudenziale la genericità della contestazione disciplinare, a cui consegue la dichiarazione di illegittimità del licenziamento, è sanzionata con il reintegro nel posto di lavoro ex art. 18 L. 300/1970.



«Né il requisito della specificità poteva trarsi indirettamente in relazione al procedimento penale sopra indicato (...) Pertanto, il licenziamento intimato era illegittimo per violazione delle fondamentale garanzia procedimentale, sicché nella pacifica ricorrenza dei requisiti dimensionali, doveva disporsi, ai sensi della L. n. 300 del 1970, art. 18, secondo il testo vigente ratione temporis, la reintegrazione nel suo posto di lavoro con la condanna della società appellata al risarcimento del danno»

Cass. 14.7.2020 n. 14967



4. L'esercizio del potere disciplinare deve essere tempestivo

Allo scopo di salvaguardare l'affidamento del dipendente in merito alla reazione datoriale e per non pregiudicare il suo diritto di difesa



«In tema di licenziamento disciplinare, il riconoscimento della violazione del principio di tempestività, avente natura sostanziale, presuppone l'avvenuto accertamento di un ritardo notevole ed ingiustificato nella formulazione della contestazione, con la conseguenza che tale ritardo, unitamente alla lesione del diritto di difesa che ne deriva, non è suscettibile di autonoma valutazione rispetto alla suddetta violazione, al preteso fine di escludere l'applicabilità della tutela indennitaria «forte» prevista dall'art. 18, comma 5, st.lav., come modificato dall'art. 1, comma 42, della l. n. 92 del 2012».

Cass. 18.5.2018 n. 12231



(segue) L'esercizio del potere disciplinare deve essere tempestivo

Il principio della tempestività va inteso in senso relativo, poiché va temperato con le complessità e le dimensioni della organizzazione aziendale



«Il principio dell'immediatezza della contestazione dell'addebito e della tempestività del recesso datoriale deve essere inteso in senso relativo, potendo in concreto essere compatibile con un intervallo di tempo più o meno lungo, quando l'accertamento e la valutazione dei fatti siano molto laboriosi e richiedano uno spazio temporale maggiore, e non potendo, nel caso in cui il licenziamento sia motivato dall'abuso di uno strumento di lavoro, ritorcersi a danno del datore di lavoro l'affidamento riposto nella correttezza del dipendente, o equipararsi alla conoscenza effettiva la mera possibilità di conoscenza dell'illecito, ovvero supporre una tolleranza dell'azienda a prescindere dalla conoscenza che essa abbia degli abusi del dipendente».



5. Rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare

Le condotte illecite emerse nell'ambito del procedimento penale possono essere utilizzate sul piano disciplinare, in determinate situazioni, a prescindere dall'esito del processo penale e senza dover, quindi, attendere la sentenza definitiva di condanna



«Il principio di non colpevolezza fino a condanna definitiva sancito dall'art. 27 Cost., concerne solo le garanzie relative alla pretesa punitiva dello stato e non può applicarsi in via analogica o estensiva all'esercizio da parte del datore di lavoro della facoltà di recesso per giusta causa se i fatti commessi siano di gravità tale da determinare l'improseguibilità del rapporto di lavoro, senza necessità di attendere la sentenza definitiva di condanna. In tal caso il giudice, ai fini della formazione del proprio convincimento in ordine alla sussistenza di una giusta causa di licenziamento, può valutare gli atti delle indagini preliminari e le intercettazioni telefoniche ivi assunte, anche ove sia mancato il vaglio critico del dibattimento in quanto il lavoratore può contestare nel giudizio civile i fatti acquisiti nel procedimento penale».

Alla base della contestazione disciplinare possono essere poste circostanze desunte dagli atti delle indagini preliminari e dai brogliacci di polizia



«Sono utilizzabili nell'ambito del procedimento disciplinare e quali prove nel connesso procedimento civile gli atti delle indagini preliminari e i brogliacci di polizia relativi a un procedimento penale incentrato sui medesimi fatti in virtù del consolidato orientamento secondo cui, nel processo civile, in mancanza di una norma di chiusura rispetto all'ambito delle prove utilizzabili, sono ammesse e rimesse al prudente apprezzamento del giudice le prove c.d. atipiche e comunque, genericamente, i documenti, la cui utilizzabilità nel processo è scontata e pacifica».

Cass. 26.6.2020 n. 12840



L'avvio dell'azione disciplinare può essere differito all'esito del procedimento penale, se elementi essenziali della vicenda possono essere acquisiti solo con la sentenza penale che definisce il processo



«La valutazione della Corte territoriale risulta adeguata e corretta, e rispetta i principi affermati da questa Corte in ordine alla tempestività della contestazione disciplinare, che deve salvaguardare i contrapposti interessi del datore di lavoro a non avviare procedimenti senza aver acquisito i dati essenziali della vicenda (...) Né è stata evidenziata alcuna violazione del diritto di difesa del lavoratore, ma è stato, al contrario, evidenziato dalla Corte territoriale come fu proprio il lavoratore a richiedere l'attesa della definizione del procedimento penale al fine di fornire più convincenti giustificazioni».

Cass. 22/10/2021 n. 29630



È ammissibile la contestazione *per relationem*
all'ordinanza cautelare resa in sede penale



«È ammissibile la contestazione disciplinare per relationem mediante il richiamo agli atti del procedimento penale instaurato a carico del lavoratore ove le accuse formulate in sede penale siano a conoscenza dell'interessato, risultando rispettati, in tali ipotesi, i principi di correttezza e garanzia del contraddittorio».

Cass. 17.7.2019 n. 19263



LA FASE DELLE GIUSTIFICAZIONI

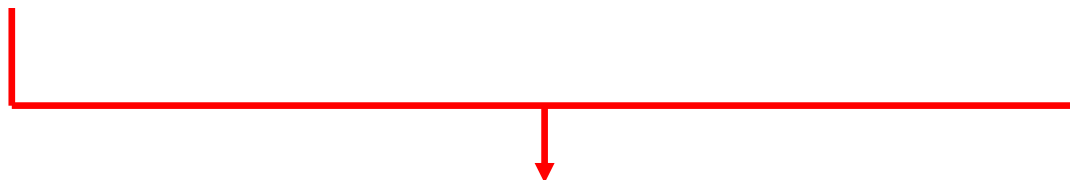
Diritto del dipendente di rendere le giustificazioni



per iscritto



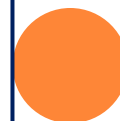
verbalmente
(da solo o con l'assistenza
di un rappresentante
sindacale)



Nel termine minimo di 5 giorni, salvo il maggior intervallo previsto dal contratto collettivo

Esempi:

CCNL Assicurazioni	→	15 giorni
CCNL Industria Chimica	→	8 giorni



La formulazione di giustificazioni scritte non consuma il diritto del dipendente di rendere (anche) giustificazioni verbali



«Il datore di lavoro che intenda adottare una sanzione disciplinare nei confronti del dipendente non può omettere l'audizione del lavoratore che ne abbia fatto espressa ed inequivocabile richiesta contestualmente alla presentazione delle giustificazioni scritte, anche se queste appaiano già di per sé ampie ed esaustive. Queste ultime, infatti, per il solo fatto che si accompagnino alla richiesta di audizione, sono ritenute dal lavoratore stesso non esaustive e destinate ad integrarsi con le giustificazioni ulteriori che lo stesso fornisca in sede di audizione».

Cass. 16.1.2018 n. 854



Se il differimento dell'audizione orale è riconducibile al dipendente, si deve ritenere che il termine finale eventualmente previsto per l'irrogazione della sanzione sia sospeso



«La decorrenza del termine contrattuale eventualmente previsto per l'irrogazione di una sanzione disciplinare deve ritenersi sospesa per tutto il periodo in cui la mancata audizione sia dipesa da un fatto riferibile al lavoratore, il quale dopo aver chiesto l'audizione abbia addotto l'impedimento della malattia, frapponendo un impedimento all'adozione del provvedimento entro il termine contrattualmente previsto, impedimento che non può ricadere sul datore di lavoro. Eccepire in tal caso che il provvedimento irrogato sarebbe tardivo, perché adottato oltre il termine contrattuale, viola certamente il principio di buona fede e correttezza, tanto da far ritenere verosimilmente dilatorie le richieste di rinvio».

Cass. 19.5.2017 n. 12714



La richiesta del dipendente di rinviare l'incontro per le giustificazioni orali deve essere sostenuta da un valido impedimento



«Ne consegue che, una volta che è stata assicurata al lavoratore la possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa nel termine prescritto dalla legge (o dal contratto collettivo di categoria), e di essere sentito con la fissazione dell'audizione a seguito di espressa richiesta in tal senso, la garanzie procedurali previste dall'art. 7, Stat. lav., devono ritenersi rispettate ed il datore di lavoro non è tenuto ad accogliere l'istanza di rinvio dell'audizione già fissata, qualora la stessa non risponda a fini di un effettivo ed inderogabile esercizio del diritto di difesa».

Cass. 27.11.2012 n. 21026



Il datore di lavoro non è tenuto ad assecondare la richiesta del dipendente di farsi assistere in sede di audizione orale da un avvocato



«Nel sistema delineato dall'art. 7, legge n. 300 del 1970, il diritto del lavoratore di farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale, cui aderisce o conferisce mandato, esaurisce la tutela di legge, non essendovi in esso alcun riferimento alla difesa c.d. «tecnica» assicurata da un avvocato, che è normalmente prevista solo per il giudizio e che può essere riconosciuta o meno, al di fuori di tale ipotesi, in base ad una valutazione discrezionale del datore di lavoro».

Cass. 21.3.2018 n. 6994



Non sussiste un obbligo generale per il datore di lavoro di esibire la documentazione su cui si fonda l'addebito disciplinare

Salvo che sia pervenuta richiesta motivata del dipendente



«Sebbene l'art. 7 della legge 25 maggio 1970, n. 300, non preveda un obbligo per il datore di lavoro di mettere spontaneamente a disposizione del lavoratore, nei cui confronti sia stata elevata una contestazione, la documentazione su cui essa si basa, egli è però tenuto, in base ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, ad offrire in consultazione i documenti aziendali all'incolpato che ne faccia richiesta, laddove l'esame degli stessi sia necessario per predisporre un'adeguata difesa».

Cass. 6.10.2017 n. 23408



LA FASE DI IRROGAZIONE DELLA SANZIONE

Il provvedimento disciplinare può essere irrogato prima del decorso del termine assegnato al dipendente?

Sì, secondo un indirizzo, se il dipendente ha reso le giustificazioni senza riservarsi ulteriori deduzioni



«Il termine di cinque giorni previsto dall'art. 7, comma 5, L. 300/70, tra la data di contestazione e l'adozione del provvedimento disciplinare, ha la funzione di garantire il diritto di difesa dell'incolpato. Conseguentemente, ove il lavoratore abbia pienamente esercitato il proprio diritto di difesa prima della scadenza del termine di cinque giorni, facendo pervenire al datore di lavoro le sue giustificazioni, senza manifestare esplicita riserva di ulteriori difese, il datore di lavoro può legittimamente irrogare la sanzione senza necessità di attendere il decorso della residua parte del termine».



L'irrogazione del provvedimento disciplinare deve avvenire nel termine eventualmente previsto dal CCNL



Esempi:

- ✓ CCNL Chimici: 8 giorni dopo la scadenza degli 8 giorni per le giustificazioni «Se il provvedimento non verrà emanato entro gli 8 giorni successivi (...) tali giustificazioni si riterranno accolte»
- ✓ CCNL Commercio: 15 giorni (prorogabili di ulteriori 30 giorni) dopo la scadenza del termine di 5 giorni per le giustificazioni «L'eventuale adozione del provvedimento disciplinare dovrà essere comunicata al lavoratore (...) entro 15 giorni»
- ✓ CCNL Metalmeccanici: 6 giorni successivi alla scadenza dei 5 giorni per le giustificazioni «Se il provvedimento non verrà comminato entro i 6 giorni successivi (...) per le giustificazioni, queste si riterranno accolte»



Il mancato rispetto del termine contrattuale collettivo determina, alla luce di un indirizzo della giurisprudenza, la illegittimità del provvedimento espulsivo per «insussistenza del fatto contestato»



«l'aver consapevolmente lasciato decorrere il termine per l'adozione del provvedimento disciplinare non può che essere significativo, sulla scorta della previsione pattizia oltre che dei principi di buona fede e correttezza che presidiano il rapporto di lavoro ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., della intervenuta accettazione da parte del datore di lavoro delle giustificazioni rese dal lavoratore. (...)

Dunque, il datore di lavoro ha certo la possibilità di dimostrare l'eventuale impossibilità di rispettare il termine contrattualmente previsto; in caso contrario, però, il ritardo nell'irrogazione della sanzione, contravvenendo un silenzio che vale come accettazione delle difese del lavoratore, si risolve in un venire contra factum proprium, contrario alla clausola di buona fede che presidia il rapporto di lavoro».

Cass. 3.9.2018, n. 21569



In senso contrario, è stato affermato, da un altro indirizzo, che il mancato rispetto del termine finale comporta solo l'indennità di cui all'art. 18, comma 6, L. 300/1970



«La violazione del termine per l'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento disciplinare, stabilito dalla contrattazione collettiva (nella specie, dall'art. 8, comma 4, del CCNL Metalmeccanici), è idonea ad integrare una violazione della procedura di cui all'art. 7 St. Lav., tale da rendere operativa la tutela prevista dall'art. 18, comma 6 dello stesso statuto, come modificato dalla L. n. 92 del 2012».

Cass. 16.8.2016 n. 17113

«(... può ulteriormente soggiungersi che (...) non è dato riscontrare nella disposizione collettiva elementi dai quali desumere la valenza sostanziale e non procedurale di eventuali ritardi nella comunicazione del recesso».

Cass. 13.10.2021 n. 27935

La sanzione deve costituire una misura «proporzionata»
rispetto all'entità della contestazione



Sul piano soggettivo



Avuto riguardo alle previsioni del
CCNL



Sul piano oggettivo

«Questa Corte ha infatti costantemente affermato che, per stabilire in concreto l'esistenza di una giusta causa di licenziamento, occorre compiere una valutazione di gravità dei fatti addebitati al lavoratore e di proporzionalità tra i fatti contestati e la sanzione inflitta (insindacabile in cassazione se adeguatamente motivata), avuto riguardo agli specifici elementi oggettivi e soggettivi che definiscono il caso concreto e, quindi, sulla base di un'ampia ricognizione della fattispecie, nella quale vengono in rilievo indici diversi, quali le circostanze di tempo e di luogo della condotta, il suo carattere doloso o colposo, il tipo di mansioni affidate al lavoratore, gli eventuali precedenti disciplinari, le probabilità di reiterazione dell'illecito».



A

Il condizionamento ambientale può giocare un ruolo nel giudizio sulla proporzionalità del provvedimento disciplinare



«(...) in tale contesto, fermo il disvalore in sé del fatto addebitato, appare difficilmente configurabile la lesione dell'elemento fiduciario e la stessa ipotizzabilità del grave inadempimento soggettivo da parte del dipendente per essersi questo attenuto a specifiche direttive e pressioni dei superiori in un sistema lavorativo talmente pervaso da tali pratiche irregolari da rendere difficilmente immaginabile per il lavoratore, anche in considerazione del ruolo rivestito, la possibilità di rifiutare di adeguarvisi».

Cass. 2.10.2018 n. 23878



B

Il particolare ruolo aziendale, o la carica rivestita, possono avere anch'essi un peso specifico nella determinazione della sanzione più proporzionata

Nel caso del dirigente apicale

«(...) occorre fare riferimento alla nozione contrattuale di giustificatezza che si discosta, sia nel piano soggettivo che su quello oggettivo, da quello di giustificato motivo L. n. 604 del 1966, ex articolo 3, e di giusta causa ex articolo 2119 c.c., trovando la sua ragion d'essere, da un lato, nel rapporto fiduciario che lega il dirigente al datore di lavoro in ragione delle mansioni affidate – suscettibile di essere leso anche da mera inadeguatezza rispetto alle aspettative riconoscibili «ex ante» o da importante deviazione dalla linea segnata dalle direttive generali del datore di lavoro, ovvero da comportamento extralavorativo incidente sull'immagine aziendale a causa della posizione rivestita».



Nel caso del dipendente che ricopra una carica sindacale



«Nella valutazione della condotta del lavoratore, in contrasto con gli obblighi che sullo stesso incombevano, è stato anche considerato il particolare «disvalore ambientale» che tale condotta aveva assunto in quanto, proprio in virtù del ruolo sindacale rivestito dal Sig. xxx, essa poteva assurgere per gli altri dipendenti a modello diseducativo e disincentivante dal rispetto di detti obblighi».

Cass. 13.9.2018 n. 22382



Non è infrequente che il contratto collettivo richieda la motivazione della sanzione



- CCNL Turismo

«L'eventuale adozione del provvedimento disciplinare dovrà essere comunicata al lavoratore (...). In tale comunicazione dovranno essere specificati i motivi del provvedimento».

- CCNL Metalmeccanici

«La comminazione del provvedimento dovrà essere motivata e comunicata per iscritto».



L'elencazione delle ipotesi di giusta causa di licenziamento nei contratti collettivi ha valore meramente esemplificativo per il giudice



È, tuttavia, precluso sanzionare con il licenziamento una fattispecie inadempiente che il contratto collettivo associa a sanzione conservativa

«Pertanto, ove alla mancanza sia ricollegata una sanzione conservativa, il giudice non può estendere il catalogo delle giuste cause o dei giustificati motivi di licenziamento oltre quanto stabilito dall'autonomia della parti, a meno che non si accerti che le parti stesse «non avevano inteso escludere, per i casi di maggiore gravità, la possibilità di una sanzione espulsiva», dovendosi attribuire prevalenza alla valutazione di gravità di quel peculiare comportamento, come illecito disciplinare di grado inferiore, compiuta dall'autonomia collettiva nella graduazione delle mancanze disciplinari».

Anche il riferimento del contratto collettivo a clausole generali o formulazioni aperte (es. lieve insubordinazione), se vi sono collegate solo sanzioni conservative, secondo un indirizzo comporta la preclusione del licenziamento



«(...) l'attività di sussunzione della condotta contestata al lavoratore nella previsione contrattuale espressa attraverso clausole generali non trasmoda nel giudizio di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato, ma si arresta alla interpretazione ed applicazione della norma contrattuale (...). Il giudice non compie una autonoma valutazione di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto, ma interpreta il contratto collettivo e lo applica alla fattispecie concreta. Il suo compito è stabilire, ad esempio, se una determinata condotta sia sussumibile nella nozione giuridica di negligenza lieve e non decidere se per la condotta di negligenza lieve sia proporzionata la sanzione conservativa o quella espulsiva. L'orientamento di questa Corte, là dove esclude l'applicabilità dell'art. 18, comma 4 cit. nelle ipotesi in cui la condotta punita con misure conservative sia descritta tramite clausole generali, non pare tener conto della distinzione appena delineata».



LA RACCOLTA DELLE PROVE

È consentito l'uso di agenzie investigative, a condizione che:

- non si tratti di un mero controllo sull'attività lavorativa

→ Il controllo tramite agenzia non può riguardare la corretta esecuzione della prestazione lavorativa

- abbia ad oggetto l'accertamento di condotte illecite

→ Incidenti sul patrimonio aziendale

Esempio: sottrazione di merce dagli scaffali del punto vendita

→ Idonee ad integrare gli estremi di un reato

Esempio: uso fraudolento dei permessi per assistenza di familiare disabile



...segue

- abbia carattere occasionale e non sistematico

→ Collegato al compimento, o al sospetto, di un'attività illecita

- Il mandato all'agenzia di investigazione sia circoscritto all'accertamento di episodi specifici

→ Esempio: Monitoraggio delle attività del dipendente assente per malattia nei giorni 15 – 18 novembre

Esempio: Verifica delle soste effettuate dal fattorino durante le attività esterne di consegna merce



La giurisprudenza, in applicazione di questi principi, ha ammesso in giudizio prove raccolte tramite agenzia investigativa

1 Per accertare la simulazione dello stato di malattia

«Le disposizioni dell'art. 5, L. n. 300/1970, in materia di divieto di accertamenti da parte del datore di lavoro sulle assenze del lavoratore derivanti da malattia o infortunio (salvo che attuati tramite gli istituti pubblici competenti) non precludono al datore medesimo di accertare (anche tramite un'agenzia investigativa) circostanze di fatto che, a prescindere da valutazioni di tipo sanitario, dimostrino l'insussistenza della malattia o la relativa inidoneità a determinare l'assenza dal servizio».

Cass. 21.9.2016 n. 18507; anche, Cass. 28.10.2021 n. 30547

- Lavoratore affetto da lombosciatalgia sorpreso a guidare la motocicletta (Cass. 07.10.2021 n. 27322)
- Lavoratore sorpreso ad una gara cinofila con il proprio pitbull (Trib. Busto Arsizio 19.12.2017 n. 4831)
- Lavoratore sorpreso a lavorare nella panetteria della moglie (Cass. 03.06.2021 n. 15465)
- Lavoratore sorpreso a lavorare nei campi (Cass. 17.7.2017 n. 17636)
- Lavoratore affetto da «lombalgia acuta» fotografato mentre esegue lavori sul tetto di casa (Cass. 21.9.2016 n. 18507)

2

Per accertare la violazione del vincolo di fedeltà

«(...) simmetricamente, ove il controllo demandato all'agenzia investigativa non abbia ad oggetto l'adempimento della prestazione lavorativa e sia espletato al di fuori dell'orario di lavoro, esso è legittimo, come nel caso di verifica sull'attività extralavorativa svolta dal lavoratore in violazione del divieto di concorrenza, fonte di danni per il datore di lavoro».

Cass. 11.6.2018 n. 15094

3

Per accertare la sottrazione di somme di denaro

«Devono ritenersi legittimi i controlli posti in essere dal datore di lavoro per il tramite degli addetti di un'agenzia investigativa i quali, in maniera non invasiva e rispettosa delle garanzie di libertà e di dignità dei dipendenti, operando come normali clienti del datore, verifichino l'eventuale appropriazione delle somme incassate in eccedenza dal lavoratore (confermato il licenziamento per giusta causa intimato dalla società datrice ad un lavoratore addetto al casello dopo che la stessa aveva constatato diversi episodi di sottrazione del denaro corrisposto dagli automobilisti, mediante parziali restituzioni delle somme ad essi spettanti, con impossessamento delle differenze tra quanto pagato e quanto effettivamente dovuto a titolo di pedaggio. Tali circostanze erano state riscontrate da una società privata di investigazioni, i cui incaricati erano stati alla guida di autovetture transitate presso il casello».

Cass. 31.10.2013 n. 24580

4

Per accertare l'uso fraudolento del congedo per assistere il coniuge con handicap grave

«(...) il controllo di agenzie investigative, come si è detto del tutto lecito, non può che avvenire attraverso forme di controllo sui comportamenti e spostamenti del lavoratore, rientrando nel potere del datore di lavoro di verificare la correttezza, sotto il profilo della effettività, della richiesta di un congedo per l'assistenza a parente convivente in situazione di grave handicap».

Cass. 12.9.2018 n. 22196



È disputato l'uso ai fini disciplinari dei contenuti denigratori e ingiuriosi veicolati dai lavoratori tramite i social network (Facebook, Twitter, ecc.)

- Un primo indirizzo valorizza il fatto che le «chat» sui social sono riservate ad un gruppo chiuso di utenti

↳ e conclude che si tratta di espressione del diritto alla libertà e segretezza della corrispondenza



«(...) l'esigenza di tutela della segretezza nelle comunicazioni si impone anche riguardo ai messaggi di posta elettronica scambiati tramite mailing list riservata agli aderenti ad un determinato gruppo di persone, alle newsgroup o alle chat private, con accesso condizionato al possesso di una password fornita a soggetti determinati; (...) i messaggi che circolano attraverso le nuove «forme di comunicazione», ove inoltrati non ad una moltitudine indistinta di persone ma unicamente agli iscritti ad un determinato gruppo, come appunto nelle chat private o chiuse, devono essere considerati alla stregua della corrispondenza privata, chiusa e inviolabile».

- Un secondo indirizzo valorizza la capacità del messaggio denigratorio veicolato tramite i social di avere una propagazione molto ampia



«(...) la condotta di postare un commento su facebook realizza la pubblicizzazione e la diffusione di esso, per la idoneità del mezzo utilizzato a determinare la circolazione del commento tra un gruppo di persone, comunque, apprezzabile per composizione numerica, con la conseguenza che, se, come nella specie, lo stesso è offensivo nei riguardi di persone facilmente individuabili, la relativa condotta integra gli estremi della diffamazione».

Cass. 27.4.2018, n. 10280

«E' legittimo il licenziamento del dipendente che pubblichi sul proprio profilo social, accessibile a tutti, post denigratori dell'azienda e dei superiori. Il mezzo utilizzato, infatti, determina la circolazione del messaggio tra un gruppo indeterminato di persone con la conseguenza che la condotta tenuta integra gli estremi della diffamazione e costituisce giusta causa di recesso siccome idonea a ledere il vincolo fiduciario».

Cass. 13.10.2021 n. 27939



È stato ammesso l'uso del social network da parte del datore di lavoro per «smascherare» la condotta illecita del dipendente



«La creazione da parte dal datore di lavoro di un falso profilo «facebook» attraverso il quale «chattare» con il lavoratore al fine di verificare l'uso da parte dello stesso del telefono cellulare durante l'orario di lavoro, esula dall'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, trattandosi di un'attività di controllo che non ha ad oggetto l'attività lavorativa ed il suo esatto adempimento ma l'eventuale perpetrazione di comportamenti illeciti da parte del dipendente, idonei a ledere il patrimonio aziendale sotto il profilo del regolare funzionamento e della sicurezza degli impianti».

Cass. 27.5.2015 n. 10955



È stato ammesso il controllo retrospettivo dell'uso del computer in dotazione al dipendente

perché effettuato per tutelare beni estranei al rapporto di lavoro (patrimonio e immagine aziendale)



«(...) appare allora evidente come esorbiti dal campo di applicazione della norma il caso in cui il datore abbia posto in essere verifiche dirette ad accertare comportamenti del prestatore illeciti e lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale: e tanto più se si tratti di controlli posti in essere ex post, ovvero dopo l'attuazione del comportamento addebitato al dipendente, quando siano emersi elementi di fatto tali da raccomandare l'avvio di un'indagine retrospettiva (...)

deve essere pertanto esclusa la violazione delle garanzie previste dall'art. 4 l. 300/1970, avendo la Corte territoriale (...) accertato in fatto l'utilizzazione del controllo all'esclusivo fine di accertamento di mancanze specifiche del lavoratore nell'impiego del computer per finalità extralavorative (gioco a Free-Cell), nelle quali era stato sorpreso dal direttore tecnico e con avvio mirato della verifica informatica ex post».

Cass. 28.5.2018 n. 13266

È controversa l'ammissibilità delle prove raccolte tramite monitoraggio dell'account di posta elettronica aziendale

- Un primo indirizzo, espresso prima delle modifiche dell'art. 4 S.L. operate dal Jobs Act, non ne ammette la rilevanza se non è stata previamente esperita la procedura statutaria



«I programmi informatici che consentono il monitoraggio della posta elettronica e degli accessi ad internet sono necessariamente apparecchiature di controllo nel momento in cui, in ragione delle loro caratteristiche, consentono al datore di lavoro di controllare a distanza ed in via continuativa l'attività lavorativa. I dati acquisiti mediante l'ausilio di detti programmi sono pertanto inutilizzabili dal datore di lavoro ove non siano rispettate le regole dettate dall'art. 4, comma 2, Statuto dei lavoratori».

Cass. 23.2.2010 n. 4375



- Un secondo indirizzo ne ammette l'utilizzabilità sul presupposto che si tratta di misure funzionali ad accertare condotte illecite

prevalgono l'esigenza di tutela del patrimonio aziendale e dell'immagine dell'impresa

«(...) il datore di lavoro può effettuare controlli mirati (direttamente o tramite la propria struttura) al fine di verificare il corretto utilizzo degli strumenti di lavoro (cfr. artt. 2086, 2087 e 2104 cod. civ.), tra cui i p.c. aziendali, purché rispetti la libertà e la dignità dei lavoratori, nonché, con specifico riferimento alla disciplina in materia di protezione dei dati personali dettata dal d.lgs. n. 196 del 2003, i principi di correttezza, di pertinenza e non eccedenza di cui all'art. 11, comma 1, del Codice».

Cass. 10.11.2017, n. 26682

In ogni caso, sono necessarie le cautele derivanti dalla normativa sul trattamento dei dati personali e le ulteriori prescrizioni sull'informativa ai dipendenti circa l'uso dei «tools» aziendali

È utilizzabile in giudizio una registrazione fatta di nascosto di conversazioni tra colleghi?

La risposta è positiva, se la registrazione all'insaputa dei colleghi è funzionale alla tutela di un diritto ed è utile per preconstituire una prova da usare in giudizio



«L'utilizzo a fini difensivi di registrazioni di colloqui tra il dipendente e i colleghi sul luogo di lavoro non necessita del consenso dei presenti, in ragione dell'imprescindibile necessità di bilanciare le contrapposte istanze della riservatezza da una parte e della tutela giurisdizionale del diritto dall'altra e, pertanto, di contemperare la norma sul consenso al trattamento dei dati con le formalità previste dal codice di procedura civile per la tutela dei diritti in giudizio. Ne consegue che è legittima, e inidonea ad integrare un illecito disciplinare, la condotta del lavoratore che abbia effettuato tali registrazioni per tutelare la propria posizione all'interno dell'azienda e per preconstituirsì un mezzo di prova, rispondendo la stessa, se pertinente alla tesi difensiva e non eccedente le sue finalità, alle necessità conseguenti al legittimo esercizio di un diritto».

Cass. 10.5.2019 n. 12534



Grazie per l'attenzione

Avv. Giuseppe Bulgarini d'Elci
gbulgarini@wfw.com

