

AXERTA®
INDAGA. DOCUMENTA. ACCERTA.

IL PUNTO

Rassegna Giurisprudenziale
Controlli e indagini nel rapporto di lavoro

Settembre-Ottobre 2019

Axerta S.p.A.

Nord-ovest Piazza Duomo 17 - 20121 Milano
Centro-sud Viale Giulio Cesare 71 - 00192 Roma
Nord-est Vicolo Vincenzo Bellini 4 - 35131 Padova

 **800 800 007**

P.IVA 10239431009 | www.axerta.it



L'editoriale del Presidente



Le indagini pre-assunzionali nel mondo 4.0

Gen. Michele Franzé - Presidente di Axerta S.p.a.

Nel recente saggio della Prof.ssa Giuditta Alessandrini (docente ordinario di Pedagogia generale, sociale e del lavoro all'Università degli Studi Roma Tre), dal titolo *Lavorare nelle risorse umane: competenze e formazione 4.0* (Armando Editore, 2019), si evince come e quanto la quarta Rivoluzione industriale abbia già fortemente cambiato la professione degli HR, degli *head hunter* e degli *scouter*, specificatamente, cogliendo quanto si sia prossimi a un portentoso sconvolgimento tanto per i *recruiter* quanto per i professionisti selezionati.

Gamification, algoritmi, informatizzazione, digitalizzazione, intelligenza artificiale e identità digitale sono già *item* per la ricerca di profili professionali, quanto più se qualificati: particolarmente di quelli avviati, ossia figure in carriera dotate di pregne *hard skill* in cui perennemente e sempre più è utile rinvenire *soft skill* da (di)mostrarsi non più solo in *screening* di CV, colloqui di selezione e *assessment* bensì in ricerche complementari e preventive sui profili prediletti, anche nel mondo social.

Si scansi il campo da equivoci: non si tratta né di "dossieraggi" né di indagini ex art. 8 dello Statuto dei Lavoratori, ma di quelle inerenze che hanno o potrebbero avere un

diretto e deleterio impatto nell'ambito lavorativo (es. ex l. 231/2001). Ciò essendo il frutto della complessità post-contemporanea in cui mondo fisico e digitale si intrecciano senza soluzione di continuità.

Da una parte il lavoro di selezione è stato semplificato da *e-screening* deputati a intelligenze artificiali (es.: *pre-screening* al 63% e analisi computazionale dei CV al 45%; AIDP, *Robot, intelligenza artificiale e lavoro in Italia*, 2018); ma al contempo le alchimie da valutare per i professionisti del cosiddetto capitale umano creano un *cocktail* che parte dalla professionalità del reclutatore per intrecciare sofisticati strumenti informatici ma anche un anello di congiunzione esterno di (contro-)verifica cui si debbono servire, quali sono le società per le investigazioni. Ciò al fine di comporre una scrupolosa e proattiva *talent intelligence*. In particolare ma non solo per accertare sistematicamente, strutturalmente la veridicità delle asserzioni del candidato; ma anche pure il *background* pubblico ed eventuali elementi comunque pregiudizievoli all'instaurazione di quei rapporti di lavoro e di collaborazioni per posizioni apicali o comunque nell'espletamento di delicate responsabilità lavorative che, nell'altrimenti tradizionale percorso di

recruiting, non salvaguarderebbero opportunamente da problematiche minanti la credibilità e l'immagine della società.

Si pensi, infatti, all'assetto reputazionale goduto dal *brand* nel mondo dell'Internet in cui a essere scelti, si è in reciprocità, instancabile, continua e totalizzante: soprattutto tra cliente e azienda.

L'esperienza di acquisizione dei talenti non andrà affatto scomparendo ma profondamente cambiando: in un mondo in cui il valore umano è cardine, anzi, la sua complessità verrà avvalorata da un modus operandi a tutto tondo in cui, al contempo, il professionista HR si avvarrà del proprio operato con implementazioni di algoritmi e lo avvalorerà, salvaguardandolo, tramite il know-how di altri esperti dell'acquisizione e selezione di informazioni. Così costruendo un sano ambiente lavorativo.

Gen. Michele Franzé
Presidente di Axerta S.p.a.



Legislazione & Giurisprudenza di Cassazione

Tra diritto vivente e legislazione

Jobs act: paletti ai licenziamenti, possibili solo in presenza di fatto avvenuto ma con almeno rilievo disciplinare

Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 10/04/2019) 08-05-2019, n. 12174

La chiarezza sibillina dell'art. 3 del d.lgs. 23/2015 (c.d. *Jobs act*) dispone di come esclusivamente «l'insussistenza del fatto materiale» possa determinare la reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa. Soltanto per ciò il giudice deve annullare il licenziamento e reintegrare il lavoratore nella sua mansione originaria. Eppure la sentenza della Corte suprema di cassazione, Sezione lavoro, con la decisione 12174/2019, amplia le capacità applicative di questo articolo aumentando la discrezionalità dei giudici in favore del lavoratore: nel segno della pregressa, recente, giurisprudenza di legittimità (sentt. nn.: 20540/2015 10019 e 14021/2016; 13178 e 30323/2017 e 19732/2018) e della Corte costituzionale (sentt. nn. 46 e 541/2000; 41/2003 e 194/2018), infatti, a dire degli "ermellini", è sempre necessario contestare al lavoratore un fatto non soltanto effettivamente avvenuto e a lui imputabile ma, e qui sta la novità, che lo stesso abbia almeno rilievo sul piano disciplinare.

In soldoni: un fatto realmente avvenuto (e ammesso dallo stesso lavoratore come nel caso di specie) ma non anti-giuridico, non può essere sanzionato.

Un *warning* per i datori di lavoro: per salvaguardare la bontà delle loro ragioni è infatti meglio che si affidino nelle mani di professionisti certificati accertativi delle condizioni fattuali, formali e sostanziali che da posizioni indipendenti, riescano a contestualizzare la situazione nella sua interezza incardinando una strategia di indagine in grado di poter salvaguardare le prerogative di tutte le parti interessate, giungendo a un esito disinteressato dagli interessi diretti in gioco: con correttezza e potenzialità di successo pre ed extragiudiziale e con possibilità di poter esibire poi il materiale anche nella residua ipotesi di eventuali ricorsi, potendosi infatti avvalere processualmente del materiale fin lì raccolto.

L'accertamento, gli indizi e le prove sulla sospetta violazione del lavoratore sarebbe opportuno fossero affidate

ai professionisti del settore, perché anche la lettera di una legge così chiara, infatti, mostra interpretazioni ben più estese e complesse per avvallare giuridicamente le proprie ragioni. Persino il Jobs act quale nuova disciplina lavoristica prefissasi di restringere la discrezionalità non ha potuto estinguerla, lasciando spazio a interpretazioni anche "sorprendenti".

Cassazione: la "legge 104" è per fini esclusivamente assistenziali, non ristorativi del lavoratore in permesso

Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 09/05/2019) 09-07-2019, n. 18411

Il licenziamento per giusta causa è legittimo anche soltanto laddove il lavoratore si serva della legge numero 104 del 1992 per ristorarsi da una connessa, precedente attività di assistenza al familiare bisognoso (nel caso di specie: l'assistente e l'assistito abitavano in luoghi distinti e in 2 dei 4 giorni di permesso il dipendente si era concretamente prodigato nell'aiuto, rimanendo poi continuativamente all'interno della propria residenza per "riposarsi" da quell'attività). Ciò è quanto stabilito con la sentenza della Corte suprema di cassazione civile, sezione lavoro, n. 18411 del 2019: che ha posto il sigillo di definitività alle precedenti due decisioni, di stesso tenore, di primo e secondo grado.

Per i giudici di legittimità, pertanto, «il disvalore sociale ed etico della condotta» di chi si avvale di una così altrimenti giusta legge, è tale da comportare l'irrimediabile compromissione del vincolo fiduciario con il datore di lavoro tale da avvallare la più drastica sanzione disciplinare: il legittimo licenziamento per giusta causa del dipendente. Affinché sia chiaro: i permessi di una così ragionevole e propositiva disposizione valgono esclusivamente, totalmente e direttamente ai fini assistenziali.

Nella fattispecie la società licenziante si era avvalsa della professionale prestazione di *corporate investigation* in cui gli agenti sul campo avevano dimostrato l'assenza dell'individuo nella casa del soggetto bisognoso di essere coadiuvato e al contempo la presenza del lavoratore in permesso esclusivamente all'interno del suo

proprio abitato (senza che, pertanto, necessariamente si prestasse ad altre attività incompatibili con l'assistenza, quali quelle ricreative di propri interessi extra moenia casalinghe). Il tutto accertato dapprima tramite relazione investigativa all'esito dell'attività di osservazione dinamica e poi, infine, con la conferma in sede di prova processuale quale testimonianza, il cui esito è stata la condanna del dipendente confermato fin su la Corte suprema.

La giurisprudenza interpreta nuovamente il sacrosanto principio di solidarietà sancito dall'ex articolo 2 della Costituzione e applicato con la legge numero 104 del 1992 quale norma effettiva e applicativa di aiuto (familiare), irrimediabilmente sanzionando ogni diretta o indiretta interpretazione abusiva tale da distorcerne il fine. Il ristoro del lavoratore in permesso assistenziale di familiare non è mai configurabile come corretta e sana applicazione della "legge 104".

Cassazione: Il congedo straordinario non può mai intendersi nell'andare in ferie del lavoratore, neanche in base all'attività continuamente e permanentemente prestata all'assistito

Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 14/05/2019) 19-07-2019, n. 19580

Ai sensi dell'articolo 42 del decreto legislativo numero 151 del 2001 è diritto del lavoratore l'allontanamento retribuito dalla sua mansione per un lasso di tempo, complessivo, di 2 anni, al fine dell'assistenza al coniuge o familiare disabile. Ciò in applicazione del dettato solidaristico della Costituzione, prevedendo, tra l'altro, lo strumento del congedo straordinario qui in commento.

Esso è ritenuto dal legislatore tanto importante che il costo è da sostenersi finanche dalle casse previdenziali. La Corte costituzionale (sentt. nn. 203 del 2013 e 232 del 2018) è più volte intervenuta, anche con statuizioni additive, al fine di ampliare le maglie dei beneficiari, ossia nell'espandere benefiche fruizioni di siffatta disposizione a categorie prima sguarnite. Di pari passo e in applicazione di ciò, in un percorso di coerenza giuridico-sociale, la giurisprudenza di merito e di legittimità, ha rigorosamente sanzionato abusivi usi che di suddetto strumento si possano fare, precisando, come da ultimo la sentenza della Corte suprema di cassazione civile, sezione lavoro, del 19 luglio 2019, n. 19580: che vi è l'avvallo del licenziamento per giusta causa (senza preavviso) di quel lavoratore che non abbia instaurato, non solo, una convivenza con l'assistito ma anche che non garantisca un'assistenza permanente e continuativa nella quotidiana condivisione dei bisogni in una perdurante relazione di affetto e cura con il bisognoso.

In consonanza con l'uso "della 104", in altri termini, non è mai possibile usufruire del congedo straordinario per attività proprie ricreative o ristorative rispetto l'assistenza prestata, tanto più perché questo diritto di congedo, può

essere frazionato nell'arco del tempo.

Nel caso di specie il *manager* optò per il congedo straordinario ininterrottamente per due annualità e si difese eccependo la necessità di ferie nel medesimo periodo, ma in nessun caso, direttamente o indirettamente, dicono gli "ermellini", è possibile includere questa ragione nell'ambito applicativo della legge di assistenza (ex art. 42 del d.lgs n. 151 del 2001). Anzi ciò derivando una «condotta contraria alla buona fede» conseguente un «abuso del diritto» configurante uno «sviamento dell'intervento assistenziale», quindi inficiante l'affidamento riposto dal datore di lavoro al sottoposto e dell'organizzazione aziendale, con ulteriore «indebita percezione dell'indennità» del lavoratore e un danno all'ente di previdenza. Insomma l'«intervento assistenziale deve avere carattere permanente, continuativo e globale nella sfera individuale e di relazione del disabile», altrimenti legittimando il licenziamento senza preavviso per giusta causa.

Significativo, infine, il richiamo al punto 3.3, III paragrafo nei *Motivi della decisione* che pure echeggiando altra giurisprudenza di cassazione conforme (sentt. nn. 16207 del 2008 e 509 del 2018), recita: «è stata ammessa la verifica delle modalità dell'esercizio del diritto potestativo nel suo momento funzionale, per mezzo di accertamenti probatori consentiti dall'ordinamento, ai fini della qualificazione del comportamento del lavoratore nell'ambito sia del rapporto negoziale che del rapporto assistenziale»; ossia ribadendo ulteriormente anche il ricorso accertativo per via delle società per le investigazioni aziendali.

L'espansione dei diritti e l'applicazione dei propri limiti sono due facce della stessa medaglia che riflettono la giustizia dell'ordinamento giuridico: assistenza del bisognevole e ferie dell'assistente sono concezioni antinomiche, contraddizione in termini così lapalissiane da non poter mai trovare giustificazione e legittimanti l'irrogazione della sanzione più gravosa per il lavoratore, il licenziamento per giusta causa.

PA, riforma non copernicana... «Eppur si muove!»

Legge 19 giugno 2019, n. 56

Sono entrate in vigore, tra l'altro, le nuove misure di contrasto all'assenteismo nel settore pubblico, ai sensi della c.d. legge concretezza (n. 56 del 2019), fortemente voluta dalla (uscente) ministra per la pubblica amministrazione, Giulia Bongiorno.

L'articolo 1 dei 6 cui la legge è composta, istituisce il Nucleo della Concretezza con il compito di rendere armonioso, organico e concreto l'assetto burocratico della PA a livello nazionale secondo i principi che la ispirano: buon andamento (organizzativo e di gestione), trasparenza, efficienza e digitalizzazione. Esso potrà effettuare sopralluoghi con capacità di ricognizione e indicazioni correttive da implementare, il cui mancato adempimento comporterà responsabilità dirigenziale e disciplinare dei

funzionari inadempienti. Il Nucleo della Concretezza avrà quindi discreti margini per operare e sollecitare cambiamenti in un apparato tradizionalmente elefantico.

Al contempo per i dipendenti pubblici (compresi i dirigenti) si prevedono obbligatori «sistemi di verifica biometrica dell'identità e di videosorveglianza degli accessi, in sostituzione dei diversi sistemi di rilevazione automatica, attualmente in uso» (ex art. 2). Nel breve termine quindi sarà operativo il controllo agli accessi via videosorveglianza in sostituzione del timbro, potendo teoricamente dire addio al triste fenomeno dei "furbetti del cartellino". Si precisa però che per l'altrettanta rigorosa identificazione biometrica ci vorrà tempo, perché per il controllo di impronte digitali e/o iride sarà richiesto un ulteriore decreto le cui implementazioni ed effetti, pertanto, potranno essere testate direttamente nel prossimo decennio.

Quel che preme sottolineare, ovviamente al netto degli effetti il cui verdetto sarà futuro, è cogliere il mutato approccio e sentimento cui è stata architettata questa ennesima riforma della PA: non già con spirito di avversione verso i lavoratori pubblici («fannulloni») bensì di fiduciosa, fattiva, propositiva e proattiva predisposizione, sentimento, razionalità e ragione verso quei lavoratori che scrupolosamente svolgono il proprio diritto-dovere. Con atteggiamento di supporto degli e dagli stessi servitori dello Stato che vadano quindi a colpire ed estinguere quelle sacche patologiche e di irregolarità che hanno, quelle sì, ricadute sociali deleterie (sul: welfare; deficit; servizi inefficaci e inefficienti, etc.) ma in primis e ancor più, di terribile impatto nell'ambiente lavorativo, ove in assenza di meritocrazia e in un contesto illecitamente lascivo, a risentirne ne è lo stesso ufficio e i fedeli funzionari.

Dall'altro e al contempo si evidenzia un positivo, ancorché ancora molto lungo, accorciamento delle distanze tra mercato del lavoro privato e pubblico. Quest'ultimo ancora irragionevolmente ovattato da logiche e dinamiche arcaiche e non sostenibili in cui si annidano sprechi, posizioni di rendita e ingiustizie: «Eppur si muove!»

La sensibilità sta mutando, le disposizioni ci sono: la nuova riforma della PA è un'opportunità da cogliere per elevare il lavoro a vero e giusto diritto-dovere per beneficiarne degli effetti: dal pubblico al privato.





Privacy & Cybersecurity

La realtà del mondo virtuale

La vita e il lavoro: mondo virtuale e() reale

35 milioni di italiani attivi mensilmente sui *social network* (il 59% della popolazione), di cui 31 milioni via *smartphone*: non è un universo parallelo ma le realtà attuali, digitale e reale, tra loro unite.

Il confronto delle menti, delle visioni e dei saperi nei diversi campi sempre interconnessi come il mondo virtuale e quello reale, pure nell'ambito lavorativo, sono stati il tema del workshop dal titolo «*Il peso dell'identità digitale: Social network e rapporti di lavoro*» cui Axerta è intervenuta esplicitando la sua expertise nel mondo investigativo *corporate* in cui si è riflettuto tra teoria e pratica delle possibilità, delle potenzialità ma anche dei rischi della rivoluzione informatica. Tanto per il datore di lavoro quanto per i lavoratori. Come prevenire; come curare; come accertare, anche in giudizio.

Insomma, virtuale e() reale: il confine non è più solo tra professionale e personale o tra pubblico e privato ma implica il digitale nel "vita vera", tra potenzialità e rischi. L'intervento di Axerta si è focalizzato su tre *best case* delle investigazioni aziendali e specificatamente nell'utilizzo dei *social* in interrelazione digitale-reale con alcune *case history* risolte direttamente dall'azienda, tra cui:

- 1) *social network* come luogo indiziante e fonte di prova nel processo: il caso di una multinazionale e la creazione di mercati paralleli di un *manager* infedele;
- 2) diffamazione contro il datore di lavoro su *blog* e gruppi: l'importanza della qualificata cristallizzazione delle prove informatiche;
- 3) identità digitale e identità reale... Il caso di furto, ricettazione in azienda e rivendita online: l'imprescindibile necessità di unire *virtual* e *real life* e l'efficacia delle indagini difensive preventive.

L'opera è stata impreziosita anche dalla spiegazione di tecniche di cybersecurity messe in atto da Axerta nell'*investigation 4.0* tramite i suoi *team* agenti con conoscenze multidisciplinari.

Tutto quello che è digitale è anche reale; non tutto quello che reale è anche digitale: la viralità; l'universalità e l'ubiquità garantita dalla Rete può al contempo trasformare questi anelli in nodi connettivi o maglie

soffocanti. L'accessibilità alle informazioni deve essere lecita, vera, verificabile e probante in giudizio: non si può improvvisare bensì affidarsi a esperti professionisti. Virtuale e() reale: e sono cose serie.

GDPR: le prime sanzioni a livello europeo; non tarderanno ad arrivare anche in Italia

Cyber security, trattamento dei dati personali, *privacy*, proattività e propositività: tutti elementi distinti ma connessi che, dopo l'entrata in vigore a livello europeo del GDPR, stanno trovando i primi riscontri anche a livello autoritativo. Così è successo in Danimarca e Francia in cui due società sono state sanzionate con importi da svariate centinaia di migliaia di euro, a vario titolo: per aver conservato dati personali per un periodo eccedente l'ordinario; utilizzato dati per trattamenti eccessivi e distinti da quelli preventivamente concordati e per incongrua protezione degli stessi. Le cause di apertura delle indagini da parte degli organi di controllo hanno tratto fondamento da altrettante due occasioni differenti: originaria attività di verifica in materia di *privacy* da parte dell'autorità e segnalazione personale di un utente direttamente interessato.

Si evince chiaro come e quanto la normativa sul GDPR sia corposa ed effettiva, con conseguenze certamente significative (come anche testimoniato dal caso *Unicredit* e la relativa sanzione dell'autorità rumena, o quella inglese per *British Airways*). Senza considerare l'obbligatorietà del perseguimento di illeciti e sanzioni da parte delle *authority* a ciò deputate, senza possibilità di alcun altro salvacondotto. Si è assistito inoltre, inedito, a un diretto intervento della regolamentazione europea anziché quella nazionale. Cosa che non tarderà presto ad arrivare anche in Italia per il tramite del suo guardiano, il Garante per la protezione dei dati personali.

Da approfondite previsioni del Politecnico di Milano il mercato dell'*information technology* vale più di 1 miliardo di euro, con crescita prossime alla doppia cifra (9%) anno su anno già solo nel 2018 rispetto al 2017. Senza considerare l'imminente *tsunami* tecnologico del 5G e dell'annesso *internet of things* in cui, pure lo spionaggio

pervaderà anche con un'incursione abusiva e massiccia nelle abitazioni domestiche; nelle reti infrastrutturali strategiche (telecomunicative; idriche ed elettriche) nonché per il settore dell'*automotive* veicolato dalla rivoluzione dell'autoguida via intelligenza artificiale.

Nella ideazione del GDPR, ossia di una normativa sul trattamento dei dati personali e suoi annessi, fondata su architravi saldi ma mobili del *by design* e del *by default* la coscienziosa, scientifica e scrupolosa prevenzione, informazione e costruzione di strategie e tecnologie da parte delle aziende sarà la più grande salvaguardia di assicurazione per la prosecuzione del *business*. Prevenire è meglio che curare.

Il GDPR non solo è in vigore a livello europeo ma ha già mietuto le prime "vittime". La celere effettività del sistema sanzionatorio è solo l'ennesimo tassello per capire quanto sia importante investire in formazione e acquisizione di "antifurti digitali": come nessuno di noi lascerebbe i propri cancelli aperti in piena notte, altrettanti non dovrebbe consegnare l'accesso universale del proprio business a una pleora potenziale di 5 miliardi di utenti globalmente connessi, in un contesto che vedrebbe tutti perdenti, proprietari e clienti.

In proposito di GDPR, il Garante della Privacy italiano ha deliberato il primo Codice di condotta per il trattamento dei dati personali in materia di informazioni commerciali a livello continentale: è entrato in vigore il 19 settembre.

