

AXERTA®
INDAGA. DOCUMENTA. ACCERTA.

IL PUNTO

Rassegna Giurisprudenziale
Controlli e indagini nel rapporto di lavoro

Novembre-Dicembre 2022

Axerta S.p.A.

Nord-ovest Piazza Duomo 17 - 20121 Milano
Centro-sud Viale Giulio Cesare 71 - 00192 Roma
Nord-est Piazza Insurrezione 10 - 35137 Padova

 **800 800 007**

P.IVA 10239431009 | www.axerta.it



L'EDITORIALE

Indagare, documentare, accertare.



Marilena Guglielmetti - Investigatore Criminologo

Tre verbi che rappresentano l'essenza di una professione, la nostra, che con impegno e serietà si pone un'ambiziosa finalità: combattere le ingiustizie. Oggi più di un tempo, soprattutto anche a valle di una pandemia non ancora debellata, l'individualismo tende ad essere sempre più stringente e le disparità emergono quasi come un'ingiustizia personale a cui ribellarsi. Ecco che commettere un illecito o "semplicemente" essere infedeli, nel senso più ampio della parola, non rappresenta poi per molti un disvalore così grave. Ci si auto assolve nel prendere per sé stessi ciò che si ritiene il sistema non dia. Noi di Axerta ci confrontiamo ogni giorno con queste derive comportamentali, che lato azienda rappresentano un danno economico e reputazionale dal forte impatto, anche sociale, la cui risoluzione legale spesso è data proprio dalla prova di quell'agito contra legem, che se cristallizzato e documentato in modo professionale e producibile, può certamente rappresentare la grande differenza nelle aule dei Tribunali. Non abbiamo la soluzione per ogni quesito, capita anche di

rifiutare incarichi, perché non in linea con il nostro primo comandamento, ma siamo professionisti della legalità, appunto, che proviamo con tenacia a costruire soluzioni efficaci.

Facciamo un passo indietro quando il nostro valore aggiunto viene meno e consideriamo illegale la richiesta. Attualmente il Cybercrime rappresenta un vulnus socio-economico importante, una criticità in crescita, che le aziende ancora sottovalutano proprio per l'intangibilità del rischio che si porta appresso, ma i cui effetti possono davvero essere devastanti. Ecco perché ci fregiamo anche di portare cultura, attraverso questi nostri scritti, preziosi grazie ai nostri esperti legali e partner, nelle diverse professionalità che rappresentano, perché se la nostra Mission è indagare, documentare ed accertare, noi di Axerta siamo altresì certi che il vero successo lo si possa raggiungere solo operando in un team multidisciplinare di saperi autentici, affascinanti, e specialistici, che possano davvero fare la differenza nella difesa dei diritti dei nostri Clienti nella risoluzione delle Loro ingiustizie. Ad maiora!

La Cassazione vieta il pedinamento dei dipendenti. O no?



AVV. CARLO FOSSATI

Senior Partner, Studio Ichino
Brugnatelli e Associati

Gli operatori del diritto sanno bene che per comprendere una sentenza nella sua effettiva portata non ci si può fermare alla lettura della cd. "massima" la quale, talvolta, in ragione proprio della sua formulazione necessariamente sintetica, può essere fonte di pericolosi equivoci.

Questo è proprio il caso della recentissima ordinanza della Corte di Cassazione, sezione lavoro, n. 25287 pubblicata in data 24 agosto 2022, che ha avuto una certa risonanza mediatica, non solo tra gli addetti ai lavori.

Leggendo la massima, infatti, si ricava l'impressione che la Suprema Corte abbia voluto ridurre di molto i confini del potere del datore di lavoro di ricorrere alle agenzie investigative per un controllo legittimo sul personale dipendente, fin quasi a vietarlo del tutto.

La realtà, però, è ben diversa. A ben vedere, si può tranquillamente affermare che l'ordinanza della Suprema Corte n. 25287 del 24 agosto 2022 lasci pressoché inalterati i poteri e le prerogative di controllo del datore di lavoro, anche attraverso il ricorso alle agenzie investigative.

Vediamo più nel dettaglio cosa è successo.

La fattispecie riguarda la posizione di un dipendente che, durante l'orario di lavoro, si sottraeva illegittimamente al proprio obbligo di svolgere la prestazione lavorativa per dedicarsi ad altro. Il datore di lavoro lo ha scoperto e licenziato grazie al supporto di un'agenzia investigativa esterna e la Corte ha, in estrema sintesi, ritenuto illegittimo il licenziamento proprio perché illegittimo sarebbe stato il ricorso all'investigatore per effettuare questo tipo di controllo.

La massima, estrapolata dal contesto dell'intera pronuncia, stabilisce espressamente che gli artt. 2 e 3

della L. 300/70 non precludono il potere dell'imprenditore di ricorrere alla collaborazione di soggetti esterni, quali le agenzie investigative, per tutelare il patrimonio aziendale, ma che tale controllo non può riguardare in nessun caso né l'adempimento dell'obbligazione contrattuale del lavoratore (e fin qui nulla di nuovo), né il suo inadempimento (e questo può, invece, sembrare a una prima lettura l'aspetto dirompente); in altre parole, la Corte afferma che il ricorso a un'agenzia investigativa è legittimo solo nel caso di "atti illeciti del lavoratore non riconducibili al mero inadempimento dell'obbligazione lavorativa". Dunque, se il datore di lavoro fa ricorso a un investigatore privato per dimostrare che il dipendente si sottrae illegittimamente al proprio obbligo di rendere la prestazione (perché, ad esempio, approfitta di una trasferta per dedicarsi ad attività ludiche totalmente estranee al suo lavoro) abusa dei propri poteri e le risultanze di questa indagine non potranno essere legittimamente poste a fondamento di un provvedimento disciplinare.

Ma questo principio è davvero innovativo? Davvero pone limiti nuovi alla possibilità, per il datore di lavoro, di fare ricorso a un'agenzia investigativa esterna? Chi scrive ritiene che non sia così.

La massima, in realtà, non fa che ribadire il dettato normativo dell'art. 2 e 3 dello Statuto dei Lavoratori; quadro normativo immutato dal 1970, nell'ambito del quale gli investigatori privati hanno spazio per operare legittimamente e utilmente da oltre cinquant'anni.

Nello specifico, l'art. 2 dello Statuto dei Lavoratori prevede che il datore di lavoro – nell'esercizio del suo potere di controllo - possa impiegare

IL CONTRIBUTO DELL'ESPERTO

le guardie giurate particolari solo per garantire la tutela del patrimonio aziendale, ma che le stesse guardie non possano in alcun modo contestare ai lavoratori azioni o fatti afferenti a un non corretto adempimento della prestazione. Il principio è applicabile in modo identico anche agli investigatori privati, e questa non costituisce certamente una novità.

Quanto, invece, all'art. 3 dello Statuto dei Lavoratori, esso stabilisce che i nominativi e le mansioni specifiche del personale dipendente del datore di lavoro, addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa debbano essere comunicati ai lavoratori interessati. La vigilanza sull'attività lavorativa vera e propria è riservata, in altre parole, direttamente al datore di lavoro e ai suoi più stretti collaboratori e i loro nominativi devono essere portati a conoscenza dei dipendenti. Una norma che nasce in un'epoca in cui il ricordo degli abusi perpetrati da alcuni imprenditori in epoca fascista era ancora ben vivo e presente nella mente del legislatore.

L'effettiva portata innovativa dell'ordinanza in esame deve, quindi, essere di molto ridimensionata.

Il ricorso a un'agenzia investigativa esterna continua a essere pienamente lecito per quelle attività di controllo

che non attengono in modo diretto al corretto adempimento dell'obbligazione lavorativa (o, al contrario, al suo inadempimento). Il datore di lavoro potrà, quindi, ancora rivolgersi al supporto qualificato di agenzie investigative esterne per tutelare il patrimonio aziendale contro la perpetrazione di illeciti, così come potrà – ricorrendone i presupposti – farvi ricorso anche per verificare che un dipendente in malattia sia effettivamente malato o stia solamente simulando di essere affetto da una patologia per sottrarsi illegittimamente al proprio dovere di lavorare: questo perché, durante la malattia (vero o simulata che sia), il rapporto di lavoro è sospeso e sospesa è, in particolare, l'obbligazione lavorativa del dipendente. Dunque, il ricorso a un'agenzia investigativa (laddove vi siano elementi oggettivi tali da far ragionevolmente ritenere che la malattia non è reale ma solo simulata) non viola alcuna delle norme richiamate dalla Corte di Cassazione nel provvedimento qui in esame. Lo stesso dicasi per un utilizzo non corretto dei permessi 104 e per tutte le altre fattispecie in cui il controllo viene esercitato su un dipendente quando l'obbligazione di lavorare è temporaneamente sospesa.





Diritto del lavoro

La Cassazione: il dipendente ha diritto di criticare l'azienda incitando i colleghi a non farsi mettere i piedi in testa. Illegittimo il licenziamento.

Sezione Lavoro - Ordinanza 30-09-2022

La libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero con ogni mezzo, garantita a tutti dalla nostra Carta fondamentale all'art. 21, costituisce uno dei principi cardine di ogni democrazia che si rispetti, al punto da poter essere considerata unità di misura della democraticità di un ordinamento nazionale. Come ogni diritto, tuttavia, essa soggiace ai limiti di tutela e rispetto degli altri diritti e libertà di pari rango costituzionale e, pertanto, cessa là dove l'esercizio della libera manifestazione del pensiero leda qualcuno di tali diritti e libertà costituzionalmente apprezzabili, prime fra tutte il decoro e la dignità della persona umana. Quando, poi, la libera espressione del proprio pensiero si esplica nell'ambito del rapporto e dei luoghi di lavoro (art. 1, Stat. Lav.), e diventa critica mossa nei confronti delle scelte del datore di lavoro, la sua tutela sopporta non solo il limite del rispetto dei diritti della personalità, e dunque del decoro e della reputazione dell'impresa, a sua volta specificazioni della libertà di iniziativa economica, – che possono essere sacrificati solo se la critica persegue un interesse superiore collettivo – ma anche quelli che dottrina e giurisprudenza hanno definito i c.d. limiti interni al diritto di critica del lavoratore. Tuttavia non può essere licenziato chi critica aspramente l'azienda, incitando i colleghi a non farsi mettere i piedi in testa. Lo ha sancito la Corte di cassazione che, con una ordinanza, ha respinto il ricorso di una grande società che aveva contestato alla lavoratrice di aver detto durante un corso, “non sottostate ai comportamenti inquisitori del datore”. Per gli Ermellini la donna ha esercitato il suo legittimo diritto di critica. La sezione lavoro ha respinto tutti e sei i motivi con i quali la difesa ha tentato di smontare la decisione con la quale la Corte d'Appello ha ritenuto illegittima l'interruzione del rapporto. Per i giudici di legittimità, il motivo è fondato e, al riguardo, hanno ricordato che “; la giusta causa di licenziamento è una nozione che la legge, allo scopo di un adeguamento delle norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo, configura con una disposizione (ascrivibile alla tipologia delle c.d. clausole generali) di limitato contenuto,

delineante un modello generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama. Tali specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica e la loro disapplicazione è quindi deducibile in sede di legittimità come violazione di legge, mentre l'accertamento della concreta ricorrenza, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni, e della loro concreta attitudine a costituire giusta causa di licenziamento, si pone sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al giudice di merito e incensurabile in cassazione se privo di errori logici o giuridici”.

Un potere che può essere ed è esercitato avendo per oggetto il corretto adempimento della prestazione lavorativa e fino a che punto ci si possa spingere nel far valere il proprio diritto di critica, quale il confine tra commenti leciti e la calunnia? Occorre prudenza e buon senso tenendo anche in considerazione come il web oggi amplifichi e di molto la diffusione dei commenti tra le parti, corretti o meno che siano. Le chat di gruppo e i profili social rappresentano una vetrina molto ambita per commentare, dove può prendere la parola chiunque con conseguenze a volte fuori controllo.

Se il datore di lavoro abbia notizia di condotte del dipendente che possano integrare non solo violazione dei doveri nascenti dal contratto, ma anche illeciti penali, è legittimato ad incaricare un investigatore privato che li documenti, che potranno essere utilizzate come prova nelle opportune sedi.

Si può registrare di nascosto una conversazione tra colleghi? È legittimo portare in Tribunale per difendersi da un licenziamento l'audio di una chiacchierata fatta all'insaputa dei presenti?

Cass. Sent. n. 28398/2022 del 29.09.2022

La Suprema Corte si è più volte pronunciata su quanto sia legale o meno registrare una conversazione di nascosto. Mettendo dei paletti ma senza vietarlo del tutto.

Si può registrare di nascosto una conversazione tra colleghi senza violare la loro privacy?

Di sicuro, se quelle quattro parole scambiate davanti alla macchinetta saltano fuori in tribunale durante una causa di lavoro, non faranno fare bella figura ai colleghi che, magari, si sono lasciati andare in commenti poco edificanti, ignari del fatto di essere registrati. Possono, in qualche modo, protestare?

La conversazione in un luogo di lavoro non è lecita se si tratta di uno spazio equiparabile a una privata dimora. Microfoni spenti, dunque, in uno studio professionale o nel retrobottega di un negozio. La segretaria dell'avvocato o del commercialista non può accendere l'applicazione del registratore. La commessa che parla con la collega in un angolo non accessibile al cliente deve fare lo stesso: microfono spento. L'assistente alla poltrona non può registrare la conversazione avuta nello studio del dentista.

Ciò non significa che non si possa mai registrare una conversazione al lavoro. Lo si può fare, ad esempio, in un luogo aperto al pubblico, come dietro il bancone del negozio o del supermercato, alla macchinetta del caffè con i colleghi ma anche nell'ufficio del datore di lavoro nel caso in cui la registrazione serva a dimostrare le proprie ragioni davanti al giudice in una causa di licenziamento.

I

Una recente sentenza della Cassazione ha dunque confermato che registrare una conversazione tra colleghi sul posto di lavoro non viola la privacy dei partecipanti alla chiacchierata. A patto che la registrazione venga utilizzata per far valere un diritto, non per fare del gossip su Facebook.

Tutela di un diritto versus diritto di privacy? Interessante questa pronuncia che focalizza l'attenzione su quale bene sia prevalente in un tempo in cui l'uso e l'abuso degli smartphone può raggiungere momenti anche di intollerabili sconfinamenti. L'informazione è potere, una massima mai superata, che impone in un tempo di incertezza il dovere di difendersi provando, ecco dunque come la tecnologia possa soccorrere e dare supporto anche in situazioni che in passato restavano ben di più complessa risoluzione.

Nulla il licenziamento per malattia prima del comperto. Il lavoratore assente per malattia non può essere licenziato se i giorni di assenza non superano il periodo di comperto fissato nella contrattazione collettiva

Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, con la sentenza 28 luglio 2022, n. 23674

La vicenda da cui trae origine la sentenza in commento, riguardava una lavoratrice, licenziata l'ultimo giorno del periodo di comperto. La Corte territoriale aveva accolto l'azione proposta dall'Agenzia delle entrate nei confronti della donna, rigettandone la domanda introduttiva del giudizio. Ad avviso del giudice di merito, in base alla ricostruzione fattuale, andava esclusa l'esistenza di una volontà dell'interessata di richiedere le ferie prima della consumazione del periodo di comperto. Avverso tale sentenza, la lavoratrice ha proposto ricorso per cassazione, sulla scorta di due motivi. Con il primo motivo del ricorso, la ricorrente aveva censurato la sentenza di appello laddove non era stato considerato che il recesso era stato intimato l'ultimo giorno del comperto, come già rilevato nell'appello incidentale. La Cassazione ha ritenuto che, al caso in esame, dovesse essere applicato il principio, già espresso dalla Corte a Sezioni Unite, con la sentenza n. 12568 del 2018, secondo cui è nullo il licenziamento intimato solo per il protrarsi delle assenze dal lavoro, ma prima ancora che il periodo di comperto risulti scaduto.

Il bene salute non può essere adeguatamente tutelato e garantito se non all'interno di tempi sicuri entro cui il lavoratore, ammalatosi o infortunatosi, possa avvalersi delle opportune terapie senza il timore di perdere, nelle more, il posto di lavoro.

Per tali ragioni, il licenziamento intimato per le assenze per malattia od infortunio del lavoratore, ma prima del superamento del periodo massimo di comperto come fissato dalla contrattazione collettiva o, in difetto, dagli usi o secondo equità, è nullo per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110 c.c., comma 2.

Pertanto, la Corte ha accolto il ricorso, cassato la sentenza impugnata

Attenzione a richiamare il diritto alla salute quale scorcio per altri fini. Anche il datore di lavoro deve attenersi a questo dettato, che vale in un'epoca in cui spesso le scelte pretestuose diventano un'arma a doppio taglio. Lo strumento investigativo per accertare le eventuali infedeltà rappresenta una garanzia processuale e tutela della legalità. Oltre a consentire un investimento proficuo che possa fare la differenza nelle opportune sedi.



Cyber Security & Investigation

Strumenti tecnologici e adempimenti privacy dopo il Decreto Trasparenza

Circolare 20 settembre 2022, n. 19 del Ministero del Lavoro

Il Ministero del Lavoro ha illustrato gli ulteriori obblighi informativi necessari in caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati

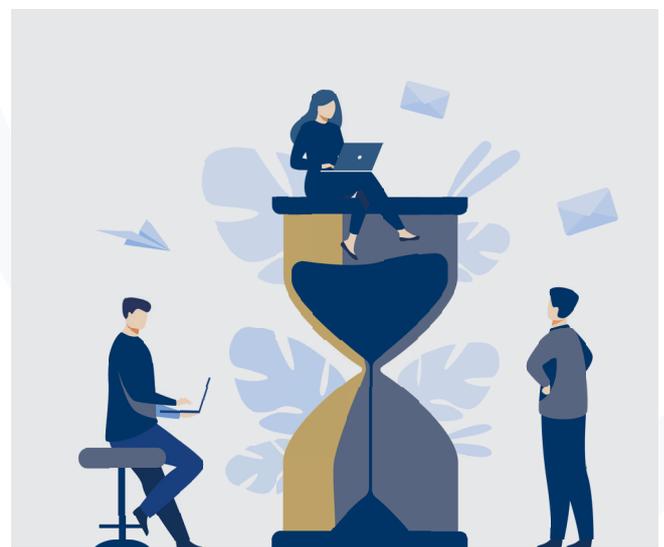
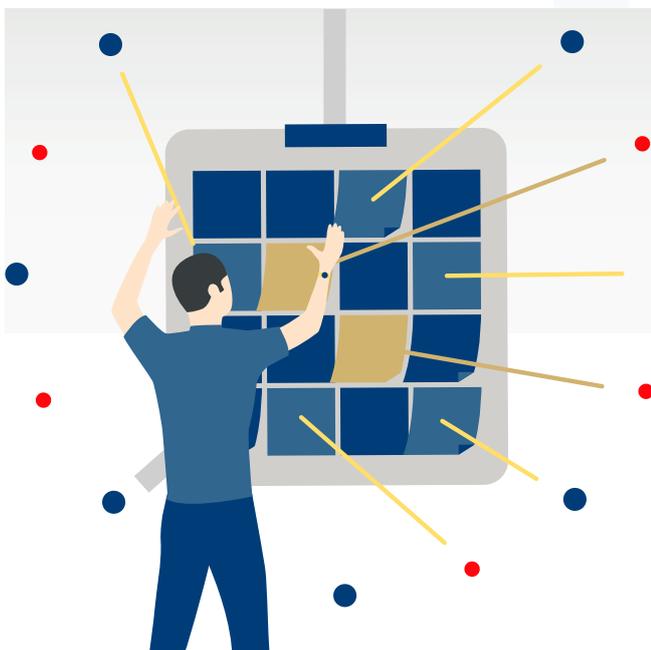
Secondo la Circolare 20 settembre 2022, n. 19 (testo integrale in calce) del Ministero del Lavoro, possono individuarsi due distinte ipotesi che il decreto ha voluto regolare per gli aspetti informativi, qualora il datore di lavoro utilizzi sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati che siano: a) finalizzati a realizzare un procedimento decisionale in grado di incidere sul rapporto di lavoro; b) incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori.

Rispettivamente, non sarà necessario procedere all'informativa nel caso, ad esempio, di sistemi automatizzati deputati alla rilevazione delle presenze in ingresso e in uscita, cui non consegua un'attività interamente automatizzata

finalizzata ad una decisione datoriale. In altre parole, l'utilizzo di sistemi di timbratura elettronici non rientrerà nell'obbligo di informativa se utilizzata per la rilevazione delle presenze, lasciando al datore di lavoro ogni decisione conseguente.

Anche in questa ipotesi il datore di lavoro ha l'obbligo di informare il lavoratore dell'utilizzo di tali sistemi automatizzati, quali – a puro titolo di esempio: tablet, dispositivi digitali e wearables, gps e geolocalizzatori, sistemi per il riconoscimento facciale, sistemi di rating e ranking, etc.

Dal Gdpr in avanti si è complicata e non poco la documentazione da avere in regola per non incorrere in sanzioni. Interessante avere compreso il ridimensionato ambito di applicazione della norma, avendone chiarito meglio i confini di applicabilità. Escluso, quindi, il dovere di informativa nel caso di sistemi informatizzati per la rilevazione delle presenze (se ogni successiva decisione viene lasciata all'intervento dell'uomo) si devono per gli stessi motivi escludere anche i sistemi di videosorveglianza dei luoghi in cui opera il lavoratore, sistemi di monitoraggio dell'attività lavorativa in smartworking e di gestione della posta elettronica o delle videoconferenze, sempre che non siano in grado di generare decisioni automatizzate.



AXERTA®

INDAGA. DOCUMENTA. ACCERTA.

Axerta S.p.A.

Nord-Ovest: Milano - Piazza Duomo 17
Milano - Piazza Duca D'Aosta 14

Nord-Est: Padova - Piazza Insurrezione 10

Centro-Sud: Roma - Via Giulio Cesare 71

www.axerta.it