

Maurizio Falsone

**L'INFELICE GIURISPRUDENZA IN
MATERIA DI CONTROLLI
OCCULTI E LE PROSPETTIVE DEL
SUO SUPERAMENTO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

CASSAZIONE 27 maggio 2015, n. 10955 - VIDIRI *Pres.* - DORONZO *Est.* - CELENTANO *P.M.* - D.D. (avv. Manzon, Giannattasio) c. P.A. s.r.l. (avv. Sabatini).
Conferma A. L'Aquila 12 dicembre 2013.

Controlli - Occulti - Finalità difensiva - Condizioni di legittimità - Accertamento di comportamento illecito diverso dal mero inadempimento - Rispetto della dignità del lavoratore e dei canoni di buona fede e correttezza.

Controlli - A distanza - Finalità difensiva - Sollecitazione datoriale all'uso illecito di social network - Sussunzione nelle fattispecie disciplinate dall'art. 4 St. lav. - Non sussiste - Utilizzabilità delle risultanze del controllo difensivo in sede disciplinare.

Sono ammissibili i controlli difensivi occulti in quanto diretti all'accertamento di comportamenti illeciti diversi dal mero inadempimento della prestazione lavorativa, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, ferma comunque restando la necessaria esplicazione delle attività di accertamento mediante modalità non eccessivamente invasive, rispettose delle garanzie di libertà e dignità dei dipendenti e, in ogni caso, secondo i canoni generali della correttezza e buona fede contrattuale. (1)

La condotta dell'azienda che, per accertare la commissione di un presunto comportamento illecito, crea un falso profilo su un social network, contatta il dipendente sospettato e lo induce ad una conversazione virtuale in orario e in luogo di lavoro, non è sussumibile fra quelle disciplinate dall'art. 4 St. lav. (vecchia formulazione) e rispetta i diritti di libertà e dignità dei lavoratori nonché i principi di buona fede e correttezza. (2)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — 1. D.D., dipendente della Pelliconi Abruzzo s.r.l. con la qualifica di operaio addetto alle presse stampatrici, è stato licenziato in data 24 settembre 2012 sulla base delle seguenti contestazioni: 1) in data 21/8/2012 si era allontanato dal posto di lavoro per una telefonata privata di circa 15 minuti che gli aveva impedito di intervenire prontamente su di una pressa, bloccata da una lamiera che era rimasta incastrata nei meccanismi; 2) nello stesso giorno era stato trovato, nel suo armadietto aziendale, un dispositivo elettronico (Ipad) acceso e in collegamento con la rete elettrica; 3) nei giorni successivi, in orari esattamente indicati, si era intrattenuto con il suo cellulare a conversare su face book.

Il licenziamento è stato intimato per giusta causa, ai sensi dell'art. 1, comma 10, Sez., 4° - Tit. 7° del ccnl di categoria.

1.1. Il D.L. ha presentato ricorso *L. n. 300 del 1970, ex art. 18*, come

(1-2) La nota di M. FALSONE segue il testo della sentenza.

modificato dalla *L. 28 giugno 2012, n. 92, art. 1, comma 42*, al Tribunale di Lanciano il quale, con sentenza resa in sede di opposizione contro l'ordinanza con la quale era stata rigettata l'impugnativa di licenziamento, l'ha accolta e ha dichiarato risolto rapporto di lavoro tra le parti con effetto dalla data del licenziamento; ha quindi condannato la società datrice di lavoro a corrispondere al lavoratore un risarcimento del danno pari a ventidue mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Il Tribunale ha infatti ritenuto che i fatti contestati al lavoratore, — non essendo riconducibili a condotte punite dal ccnl con sanzioni conservative, in ragione della pluralità delle stesse e della loro commissione in un ristretto contesto spaziotemporale —, nondimeno, non integrassero gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, con la conseguenza che in base all'art. 18 cit., comma 5, nel testo modificato, doveva riconoscersi al lavoratore la sola tutela "attenuata" del risarcimento del danno.

1.2. La sentenza è stata reclamata dinanzi alla Corte d'appello dell'Aquila, con impugnazione principale, dal D.L. e, con impugnazione incidentale, dalla Pelliconi s.r.l. e la Corte aquilana, con sentenza depositata in data 12 dicembre 2013 ha rigettato il reclamo principale e accolto quello incidentale, rigettando così l'impugnativa di licenziamento proposta dal ricorrente, che ha poi condannato alla restituzione della somma ricevuta in esecuzione della sentenza reclamata.

1.3. La Corte territoriale ha ritenuto che i fatti addebitati al lavoratore siano stati provati attraverso la deposizione del teste P., responsabile del personale; che l'accertamento compiuto dalla società datrice di lavoro delle conversazioni via internet intrattenute dal ricorrente con il suo cellulare nei giorni e per il tempo indicato — accertamento reso possibile attraverso la creazione da parte del responsabile del personale di un «falso profilo di donna su face book» — non costituisca violazione della *L. n. 300/1070, art. 4*, in difetto dei caratteri della continuità, anelasticità, invasività e compressione dell'autonomia del lavoratore, nello svolgimento della sua attività lavorativa, del sistema adottato dalla società per pervenire all'accertamento dei fatti. Ha quindi proceduto al giudizio di proporzionalità tra i fatti accertati e la sanzione arrogata, ritenendo che si fosse in presenza di inadempimenti che esulano dallo schema previsto dall'art. 10 del ccnl, in considerazione del fatto che il lavoratore era stato già sanzionato per fatti analoghi nel 2003 e nel 2009 e che tali precedenti erano stati espressamente richiamati nella lettera di contestazione.

1.4. Contro la sentenza il D.L. propone ricorso per cassazione sostenuto da tre motivi, cui resiste con controricorso la società.

Le parti depositano memorie *ex art. 378 c.p.c.*

MOTIVI DELLA DECISIONE. — *Omissis*. 1. Con il primo motivo il ricorrente lamenta "la violazione e falsa applicazione della *L. n. 300 del 1970, art. 4*, della *L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 4*, e dell'art. 1175 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, per non essersi dichiarato inutilizzabile il controllo a

distanza operato sul lavoratore senza la preventiva e indispensabile autorizzazione". Assume che lo "stratagemma" (così definito dalla corte del merito) adoperato dall'azienda per accertare le sue conversazioni telefoniche via internet durante l'orario di lavoro costituisce una forma di controllo a distanza, vietato dall'art. 4 dello statuto dei lavoratori, trattandosi peraltro di un comportamento di rilievo penale, oltre che posto in violazione dei principi di correttezza e buona fede previsti dall'art. 1175 c.c..

1.2. Il motivo è infondato.

1.3. È rimasto accertato nella precedente fase di merito che, previa autorizzazione dei vertici aziendali, il responsabile delle risorse umane della Pelliconi Abruzzo s.r.l. ha creato un falso profilo di donna su face book con richiesta di "amicizia" al D. L., con il quale aveva poi "chattato in più occasioni", in orari che la stessa azienda aveva riscontrato concomitanti con quelli di lavoro del dipendente, e da posizione, accertata sempre attraverso face-book, coincidente con la zona industriale in cui ha sede lo stabilimento della società.

1.4. L'art. 4 dello statuto dei lavoratori vieta le apparecchiature di controllo a distanza e subordina ad accordo con le r.s.a. o a specifiche disposizioni dell'Ispettorato del Lavoro l'installazione di quelle apparecchiature, rese necessarie da esigenze organizzative e produttive, da cui può derivare la possibilità di controllo. È stato affermato da questa Corte che l'art. 4 "fa parte di quella complessa normativa diretta a contenere in vario modo le manifestazioni del potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro che, per le modalità di attuazione incidenti nella sfera della persona, si ritengono lesive della dignità e della riservatezza del lavoratore" (Cass., 17 giugno 2000, n. 8250), sul presupposto — "espressamente precisato nella Relazione ministeriale — che la vigilanza sul lavoro, ancorché necessaria nell'organizzazione produttiva, vada mantenuta in una dimensione umana, e cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua e anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro" (Cass., n. 8250/2000, cit., principi poi ribaditi da Cass., 17 luglio 2007, n. 15892, e da Cass., 23 febbraio 2012, n. 2722).

1.5. Il potere di controllo del datore di lavoro deve dunque trovare un contemperamento nel diritto alla riservatezza del dipendente, ed anche l'esigenza, pur meritevole di tutela, del datore di lavoro di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti non può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore.

1.6. Benché non siano mancati precedenti di segno contrario (Cass., 3 aprile 2002, n. 4746), tale esigenza di tutela della riservatezza del lavoratore sussiste anche con riferimento ai cosiddetti "controlli difensivi" ossia a quei controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, quando tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela di beni estranei al rapporto stesso, ove la

sorveglianza venga attuata mediante strumenti che presentino quei requisiti strutturali e quelle potenzialità lesive, la cui utilizzazione è subordinata al previo accordo con il sindacato o all'intervento dell'Ispettorato del lavoro" (Cass., n. 15892/2007, cit.; v. pure Cass., 1 ottobre 2012, n. 16622). In tale ipotesi, è stato precisato, si tratta di "un controllo c.d. preterintenzionale che rientra nella previsione del divieto flessibile di cui all'art. 4, comma 2" (Cass. 23 febbraio 2010 n. 4375).

1.7. Diversamente, ove il controllo sia diretto non già a verificare l'esatto adempimento delle obbligazioni direttamente scaturenti dal rapporto di lavoro, ma a tutelare beni del patrimonio aziendale ovvero ad impedire la perpetrazione di comportamenti illeciti, si è fuori dallo schema normativo della L. n. 300 del 1970, art. 4.

1.8. Si è così ritenuto che l'attività di controllo sulle strutture informatiche aziendali per conoscere il testo di messaggi di posta elettronica, inviati da un dipendente bancario a soggetti cui forniva informazioni acquisite in ragione del servizio, prescinde dalla pura e semplice sorveglianza sull'esecuzione della prestazione lavorativa ed è, invece, diretta ad accertare la perpetrazione di eventuali comportamenti illeciti (poi effettivamente riscontrati) (Cass., n. 2722/2012). Così come è stata ritenuta legittima l'utilizzazione, da parte del datore di lavoro, di registrazioni video operate fuori dall'azienda da un soggetto terzo, estraneo all'impresa e ai lavoratori dipendenti della stessa, per esclusive finalità "difensive" del proprio ufficio e della documentazione in esso custodita (Cass., 28 gennaio 2011, n. 2117).

1.9. Infine, è stato precisato che le norme poste dalla L. 20 maggio 1970, n. 300, artt. 2 e 3, a tutela della libertà e dignità del lavoratore, delimitano la sfera di intervento di persone preposte dal datore di lavoro a difesa dei suoi interessi con specifiche attribuzioni nell'ambito dell'azienda (rispettivamente con poteri di polizia giudiziaria e di controllo della prestazione lavorativa), ma non escludono il potere dell'imprenditore, ai sensi degli artt. 2086 e 2104 c.c., di controllare direttamente o mediante la propria organizzazione gerarchica o anche attraverso personale esterno — costituito in ipotesi da dipendenti di una agenzia investigativa — l'adempimento delle prestazioni lavorative e quindi di accertare mancanze specifiche dei dipendenti già commesse o in corso di esecuzione, e ciò indipendentemente dalle modalità del controllo, che può avvenire anche occultamente, senza che vi ostino né il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione dei rapporti né il divieto di cui alla stessa L. n. 300 del 1970, art. 4, riferito esclusivamente all'uso di apparecchiature per il controllo a distanza (Cass. 10 luglio 2009, n. 16196).

1.10. Nell'ambito dei controlli cosiddetti "occulti", la giurisprudenza di questa Corte ha avuto modo di affermarne la legittimità, ove gli illeciti del lavoratore non riguardino il mero inadempimento della prestazione lavorativa, ma incidano sul patrimonio aziendale (nella specie, mancata registrazione della

vendita da parte dell'addetto alla cassa di un esercizio commerciale ed appropriazione delle somme incassate), e non presuppongono necessariamente illeciti già commessi (Cass., 9 luglio 2008, n. 18821; Cass., 12 giugno 2002, n. 8388; v. Cass., 14 febbraio 2011, n. 3590, che ha precisato che le disposizioni dell'art. 2 dello statuto dei lavoratori non precludono al datore di lavoro di ricorrere ad agenzie investigative — purché queste non sconfinino nella vigilanza dell'attività lavorativa vera e propria, riservata dall'art. 3 dello statuto direttamente al datore di lavoro e ai suoi collaboratori —, restando giustificato l'intervento in questione non solo per l'avvenuta perpetrazione di illeciti e l'esigenza di verificarne il contenuto, ma anche in ragione del solo sospetto o della mera ipotesi che illeciti siano in corso di esecuzione; e Cass., 2 marzo 2002, n. 3039 che ha ritenuto legittimo il controllo tramite pedinamento di un informatore farmaceutico da parte del capo area; v. pure Cass., 14 luglio 2001, n. 9576, in cui si è ribadita, citando ampia giurisprudenza, la legittimità dei controlli effettuati per il tramite di normali clienti, appositamente contattati, per verificare l'eventuale appropriazione di denaro — (ammanchi di cassa) — da parte del personale addetto).

In questo stesso orientamento, si pone da ultimo, Cass., 4 marzo 2014, n. 4984, che ha ritenuto legittimo il controllo svolto attraverso un'agenzia investigativa, finalizzato all'accertamento dell'utilizzo improprio dei permessi *ex* L. n. 104 del 1992, *ex* art. 33, (susceptibile di rilevanza anche penale), non riguardando l'adempimento della prestazione lavorativa, in quanto effettuato al di fuori dell'orario di lavoro ed in fase di sospensione dell'obbligazione principale di rendere la prestazione lavorativa.

1.11. Da questo panorama giurisprudenziale, può trarsi il principio della tendenziale ammissibilità dei controlli difensivi "occulti", anche ad opera di personale estraneo all'organizzazione aziendale, in quanto diretti all'accertamento di comportamenti illeciti diversi dal mero inadempimento della prestazione lavorativa, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, ferma comunque restando la necessaria esplicitazione delle attività di accertamento mediante modalità non eccessivamente invasive e rispettose delle garanzie di libertà e dignità dei dipendenti, con le quali l'interesse del datore di lavoro al controllo ed alla difesa della organizzazione produttiva aziendale deve temperarsi, e, in ogni caso, sempre secondo i canoni generali della correttezza e buona fede contrattuale.

1.12. Ad avviso del Collegio, la fattispecie in esame rispetta questi limiti e si pone al di fuori del campo di applicazione dell'art. 4 dello statuto dei lavoratori. Infatti, il datore di lavoro ha posto in essere una attività di controllo che non ha avuto ad oggetto l'attività lavorativa più propriamente detta ed il suo esatto adempimento, ma l'eventuale perpetrazione di comportamenti illeciti da parte del dipendente, poi effettivamente riscontrati, e già manifestatisi nei giorni precedenti, allorché il lavoratore era stato sorpreso al telefono lontano dalla pressa cui

era addetto (che era così rimasta incustodita per oltre dieci minuti e si era bloccata), ed era stata scoperta la sua detenzione in azienda di un dispositivo elettronico utile per conversazioni via internet.

Il controllo difensivo era dunque destinato ad riscontare e sanzionare un comportamento idoneo a ledere il patrimonio aziendale, sotto il profilo del regolare funzionamento e della sicurezza degli impianti. Si è trattato di un controllo *ex post*, sollecitato dagli episodi occorsi nei giorni precedenti, e cioè dal riscontro della violazione da parte del dipendente della disposizione aziendale che vieta l'uso del telefono cellulare e lo svolgimento di attività extralavorativa durante l'orario di servizio.

1.13. Né può dirsi che la creazione del falso profilo face book costituisca, di per sé, violazione dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto di lavoro, attenendo ad una mera modalità di accertamento dell'illecito commesso dal lavoratore, non invasiva né induttiva all'infrazione, avendo funzionato come mera occasione o sollecitazione cui il lavoratore ha prontamente e consapevolmente aderito.

1.14. Altrettanto deve dirsi con riguardo alla localizzazione del dipendente, la quale, peraltro, è avvenuta in conseguenza dell'accesso a face book da cellulare e, quindi, nella presumibile consapevolezza del lavoratore di poter essere localizzato, attraverso il sistema di rilevazione satellitare del suo cellulare.

In ogni caso, è principio affermato dalla giurisprudenza penale che l'attività di indagine volta a seguire i movimenti di un soggetto e a localizzarlo, controllando a distanza la sua presenza in un dato luogo ed in un determinato momento attraverso il sistema di rilevamento satellitare (GPS), costituisce una forma di pedinamento eseguita con strumenti tecnologici, non assimilabile ad attività di intercettazione prevista dall'art. 266 c.p.c. e ss., (Cass. pen., 13 febbraio 2013, n. 21644), ma piuttosto ad un'attività di investigazione atipica (Cass., pen., 27 novembre 2012, n. 48279), i cui risultati sono senz'altro utilizzabili in sede di formazione del convincimento del giudice (cfr. sul libero apprezzamento delle prove atipiche, Cass., 5 marzo 2010, n. 5440).

1.15. Sono invece inammissibili per difetto di autosufficienza le ulteriori doglianze del ricorrente, incentrate sull'inquadrabilità della condotta posta in essere da P.G., responsabile delle risorse umane della P., e costituita dalla creazione del falso profilo face book, nel reato di cui all'art. 494 c.p.. Di tale questione non vi è, infatti, cenno nella sentenza impugnata e la parte, pur asserendo di averla sottoposta alla cognizione dei giudici di merito, non indica in quale momento, in quale atto e in quali termini ciò sarebbe avvenuto, con la precisa indicazione dei dati necessari per il reperimento dell'atto o del verbale di causa in cui la questione sarebbe stata introdotta. Né l'accertamento della rilevanza penale del fatto può essere condotto d'ufficio da questa Corte, poiché la valutazione circa l'esistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi del reato

richiede un'indagine tipicamente fattuale, che esula dai limiti del sindacato devoluto a questa Corte.

Conseguentemente, sono da dichiararsi inammissibili ai sensi dell'art. 372 c.p.c., i documenti prodotti dal ricorrente unitamente alla memoria difensiva, relativi ad atti del procedimento penale avviato nei confronti del P. (decreto penale di condanna e verbali di interrogatorio), poiché essi non riguardano la nullità della sentenza impugnata né l'ammissibilità del ricorso o del controricorso. — *Omissis*.

4. In definitiva, il ricorso deve essere rigettato, con la condanna del ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio di legittimità, nella misura liquidata in dispositivo — *Omissis*.

L'INFELICE GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI CONTROLLI OCCULTI E LE PROSPETTIVE DEL SUO SUPERAMENTO

SOMMARIO: 1. Il caso, il contesto normativo e le tesi avanzate. — 2. Le fonti del potere di controllo e la giurisprudenza sui controlli difensivi occulti. — 2.1. I controlli difensivi occulti fra prestazione lavorativa, inadempimento e illecito. — 2.2. Il discutibile accertamento *ex post* della legittimità del controllo difensivo occulto. — 3. Controlli a distanza, controlli occulti e istigazione datoriale all'inadempimento. — 4. I controlli difensivi occulti fra vecchi e nuovi referenti normativi.

1. I fatti di causa riguardano il licenziamento di un lavoratore che — già allontanatosi dalla pressa per svolgere una conversazione telefonica privata di circa 15 minuti e, subito dopo, scoperto a caricare nel proprio armadietto aziendale un *tablet* in funzione — ha accettato, tramite un famoso *social network*, l'amicizia virtuale richiestagli da una donna e ha intrattenuto con essa, in più occasioni, una conversazione, in orario e sul luogo di lavoro, senza sapere che sotto le mentite spoglie del profilo virtuale femminile si nascondeva il capo del personale del datore di lavoro, a ciò espressamente autorizzato dai vertici aziendali.

Come era prevedibile, la sentenza è assurta agli onori della cronaca (1) ed è degna di nota anche sotto il profilo giuridico, perché affronta un caso di esercizio del potere di controllo datoriale attraverso l'uso di *chat-line* nell'ambito delle quali, sempre più ampiamente, si svolge la vita relazionale della gran parte dei cittadini e dei lavoratori dei paesi sviluppati.

(1) Fra gli altri, la Repubblica del 27 maggio 2015.

In particolare, la novità non consiste nel fatto che la contestazione disciplinare si fondi su condotte realizzate attraverso *internet* e *social network* (2), quanto sulla circostanza per cui la *chat-line* è stata adoperata dallo stesso titolare del potere di controllo come un'esca per sollecitare e verificare l'inadempimento di un lavoratore già sospettato ed oggettivamente incline all'uso vietato di dispositivi elettronici durante lo svolgimento della prestazione lavorativa.

Peraltro, la questione che si affronta in sentenza risulta di grande attualità perché permette di "apprezzare" concretamente gli effetti della recente riscrittura della disciplina sul controllo a distanza dell'attività lavorativa (3).

Secondo la tesi del lavoratore ricorrente, infatti, lo stratagemma adoperato dall'azienda costituisce una forma di controllo a distanza vietato dall'art. 4 St. lav. — nella versione del 1970 — e assume anche rilevanza penale *ex art.* 494 c.p., sostanziandosi in una sostituzione di persona, accertata in sede penale con decreto di condanna del capo del personale.

La Cassazione, *a contrario*, ritiene che la fattispecie si ponga al di fuori del campo di applicazione dell'art. 4 St. lav. e non ecceda i limiti posti dalle garanzie statutarie di libertà e dignità dei lavoratori, nonché dalle clausole generali di buona fede e correttezza. Quanto all'aspetto penalistico della vicenda, la doglianza del lavoratore è stata respinta in quanto non autosufficiente, quindi la produzione del decreto di condanna contro il responsabile delle risorse umane è stata considerata inammissibile.

Gli argomenti posti a sostegno della decisione consistono nel fatto che il controllo datoriale: *a)* non aveva ad oggetto l'attività lavorativa propriamente detta, *b)* era finalizzato a tutelare il patrimonio aziendale sotto il profilo del regolare funzionamento e della sicurezza degli impianti, *c)* veniva esercitato *ex post* rispetto a precedenti condotte rilevanti sotto il medesimo profilo disciplinare (svolgimento di attività extralavorativa durante l'orario di servizio), *d)* non violava i principi di buona fede e correttezza, trattandosi di una modalità non invasiva di accertamento dell'illecito commesso dal lavoratore.

Tali argomenti vengono spesi dalla Corte in ragione della dichiarata adesione ai filoni giurisprudenziali maggioritari in tema di poteri di

(2) Su cui già T. Ascoli Piceno 19 novembre 2013 e T. Milano 1 agosto 2014, entrambe *q. Riv.*, 2015, II, 75 ss., nt. IAQUINTA e INGRAO, e, in dottrina, P. TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, *q. Riv.*, 2009, I, spec. 345 ss. e A. LEVI, *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Giappichelli, 2013.

(3) A. BELLAVISTA, *Il nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *Commentario breve alla riforma "jobs-act"*, a cura di G. ZILIO GRANDI - M. BIASI, Cedam, 2015.

controllo datoriale e alla conseguente conferma del principio della «tendenziale» ammissibilità dei controlli difensivi occulti — anche a distanza — se diretti all'accertamento di comportamenti illeciti diversi dal mero inadempimento della prestazione lavorativa e se rispettosi della libertà e dignità dei dipendenti. Tali precedenti giurisprudenziali vengono citati in sentenza attraverso una esaustiva «panoramica giurisprudenziale», e si rinvia, pertanto, ad essi, oltre che ai precedenti segnalati *infra*.

2. Prima di valutare la correttezza della decisione riassunta nella seconda massima redatta e relativa al caso specifico dell'uso di *facebook* a fini disciplinari, è opportuno esaminare la tenuta logico-giuridica del principio che i Giudici del Palazzaccio hanno ricavato dagli orientamenti giurisprudenziali suddetti e che abbiamo sintetizzato nella prima massima in epigrafe.

Come è noto, il potere di controllo del datore di lavoro discende dal fatto stesso della stipula di un contratto di lavoro subordinato — *ex artt. 2086, 2094 e 2104 c.c.* — come confermano anche i più recenti orientamenti della giurisprudenza in materia di qualificazione della natura subordinata del rapporto di lavoro, secondo cui «il fondamentale requisito della subordinazione si configura come vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, il quale deve estrinsecarsi nell'emanazione di ordini specifici, oltre che nell'esercizio di un'assidua attività di vigilanza e controllo nell'esecuzione delle prestazioni lavorative» (4).

Il titolo I dello statuto dei lavoratori non ha operato, ovviamente, una soppressione di tale potere, ma ha imposto una disciplina di regolazione, nemmeno troppo restrittiva (5). In tal senso è stato autorevolmente affermato che «la legge non detta in alcun luogo, espressamente, che il controllo deve svolgersi in forme non lesive della dignità umana del lavoratore... ma siffatta limitazione si ricava da altri ovvi principi che circolano e animano l'intero contesto della legge» (6).

Siccome gli aspetti distintivi e problematici del controllo datoriale scrutinato nel caso di specie riguardano, per un verso, la sua natura «clandestina» e, per l'altro, il suo esercizio a distanza, il parametro di

(4) Così Cass. 12 febbraio 2015, n. 2799, inedita a quanto consta, Cass. 29 ottobre 2014, n. 23021, *FI*, 2014, I, 3429, Cass. 7 febbraio 2013, n. 2931, *D&G online*, 2013, 8 febbraio, nt. SCOFFERI, Cass. 2 agosto 2010, n. 17992, *GI*, 2011, 2329, nt. LAMBERTI e, per il merito, più recentemente T. Monza 7 aprile 2015, *DJ*.

(5) B. VENEZIANI, sub *art. 4* in *Lo statuto dei lavoratori*, Commentario diretto da G. GIUGNI, Giuffrè, 1979, 18, più criticamente, U. ROMAGNOLI, sub *Art. 4, Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, 1979.

(6) G. PERA, sub *artt. 2, 3 e 4* in C. ASSANTI - G. PERA, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, 1972, 16, 17, 20, 23 e 28.

giudizio per la soluzione del caso concreto non è solo l'art. 4 St. lav., ma anche l'art. 3 St. lav., invero mai espressamente citato nella sentenza in commento.

L'art 3 St. lav. stabilisce che «i nominativi e le mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa debbono essere comunicati ai lavoratori interessati». A ridosso dell'entrata in vigore dello statuto dei lavoratori, autorevoli interpreti avevano affermato che l'obbligo posto dall'art. 3 «costituisce indirettamente un divieto radicale di qualsiasi forma di spionaggio ai danni del lavoratore, e quindi una protezione di quella sfera di riservatezza personale di cui questi deve poter godere anche all'interno del luogo di lavoro» (7), come risulta confermato anche dalla trama dell'art. 4 St. lav. (anche nella nuova versione vigente), nella parte in cui impone una procedura di negoziazione o autorizzatoria per l'installazione e/o l'uso di apparecchi richiesti da specifiche esigenze aziendali, ma dai quali derivi anche la possibilità di un controllo a distanza.

Una esegesi così rigorosa non avrebbe probabilmente provocato rilevanti problemi pratici e giuridici, tuttavia sia l'art. 3 che l'art. 4 St. lav., sono oggi pacificamente interpretati nel senso che l'onere di pubblicità del personale di vigilanza non è richiesto per i capi diretti del lavoratore e per il personale direttivo, i quali si devono presumere conosciuti e, soprattutto, nel senso che i controlli occulti possono comunque essere svolti se finalizzati ad accertare comportamenti illeciti estranei all'esecuzione dell'attività lavorativa, cioè se giustificati dal principio della libertà di difesa privata (8).

Se il primo orientamento giurisprudenziale appare ragionevole e, tutto sommato, di facile applicazione — non c'è dubbio, infatti, che, nel caso di specie, il potere di controllo del capo del personale non abbisognasse di alcuna pubblicità —, il secondo pone almeno due problemi applicativi non indifferenti.

2.1. In primo luogo, infatti, esso impone di circoscrivere l'area di legittimità del controllo occulto (a distanza o non) attraverso una valutazione più giuridica che fattuale, cioè distinguendo esattamente ciò che rientra nell'area del contratto e ciò che è estraneo ad essa. Questo discrimine, invero, non è affatto semplice da individuare, poiché il rapporto di lavoro presenta una struttura complessa in cui «accanto alle due

(7) P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro: la disciplina giuridica della circolazione delle informazioni nell'impresa*, Giuffrè, 1979, 64-65.

(8) *Ex plurimis* Cass. 4 dicembre 2014, n. 25674, *FI*, 2015, I, 1671, Cass. 8 giugno 2011, n. 12489, *MGL*, 2012, 563, nt. SAMBATI.

obbligazioni fondamentali o primarie (retribuire e lavorare) ruotano una ulteriore lunga serie di posizioni attive e passive» che si pongono in un rapporto di «complementarietà ed accessorietà» (9). Non a caso anche chi ha approfondito *funditus* il tema della riservatezza nel rapporto di lavoro subordinato, ha ritenuto di dover distinguere i «controlli contrattuali sulla prestazione di lavoro», i «controlli paracontrattuali sul prestatore di lavoro» e i «controlli extracontrattuali» (10).

Che la strada imboccata dalla giurisprudenza non fosse ben lastricata è risultato subito chiaro. L'area extracontrattuale entro la quale collocare il controllo occulto legittimo è stata infatti disegnata in vario modo: ci si è riferiti, ad esempio, alle condotte esulanti da tutte le obbligazioni contrattuali (11) o a quelle esulanti dall'obbligazione principale del contratto (come si afferma nella sentenza in commento) o ancora agli inadempimenti già commessi o in corso di esecuzione (12) o alle condotte incidenti sul patrimonio aziendale — più o meno estensivamente inteso e, quando necessario, comprendente addirittura l'immagine dell'azienda presso i terzi (13) — o alle condotte incidenti su beni estranei al rapporto di lavoro (14) o, infine, ai controlli di tipo puntuale e non continuativo (15).

A dare prova del *cul-de-sac* in cui si è trovata, così ragionando, la giurisprudenza, sta la Cass. 7 giugno 2003, n. 9167 in *FI*, 2003, I, 2637 (16) la quale, pur senza uscire dai binari segnati dai precedenti assolutamente dominanti, afferma che il controllo può riguardare azioni illecite gravi ma non l'adempimento o l'inadempimento «dell'obbligazione contrattuale del lavoratore di prestare la propria opera — essendo l'inadempimento stesso riconducibile, come l'adempimento, alla “attività lavorativa”, che è sottratta alla “vigilanza”». In tal modo, però, il problema applicativo segnalato non si elide, ma anzi si ripresenta laddove si debba concretamente distinguere fra mero inadempimento e illecito grave.

2.2. Il secondo problema applicativo è stato chiaramente esposto da chi osserva che, applicando il principio giurisprudenziale, la legittimità dell'esercizio del potere di controllo viene ancorata ad un fatto — l'illecito

(9) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2013, 330 e 521.

(10) P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, cit., *passim*.

(11) Cass. 18 febbraio 1997, n. 1455, *OGI*, 1997, I, 297, nt. BOLOGNESI.

(12) Cass. 2 marzo 2002, n. 3039, *g. Riv.*, 2002, II 873, nt. PASSERINI.

(13) Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, *MGL*, 2012, 553, nt. IARUSSI.

(14) T. Latina 17 luglio 2014, *DJ*.

(15) Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, *RGL*, 2010, II, 462, nt. BELLAVISTA.

(16) Dimenticata e, poi, recentemente richiamata da T. Milano 26 luglio 2012, *D&L*, 2012, 738, nt. BONSIGNORIO.

e/o l'inadempimento — che è accertabile solo *ex post* e cioè una volta operato concretamente l'atto datoriale di controllo (17). In tal modo, quindi, non viene fornita una regola da osservare nel momento in cui si decide di esercitare tale potere. Ciò, in definitiva, significa lasciare libero il datore di lavoro di svolgere controlli occulti in ogni caso: se, infatti, dopo l'esercizio del potere, non risulteranno commessi (gravi) inadempimenti/illeciti, i controlli rimarranno presumibilmente ignoti e non puniti; se, invece, emergeranno delle mancanze o illeciti, le prove di essi potranno essere adoperate contro il lavoratore, perché saranno proprio queste ultime a giustificare, a posteriori appunto, il controllo occulto.

Non è eccessivo, allora, sostenere, come è stato fatto anche in sede manualistica, che la soluzione giurisprudenziale «ha un chiaro sapore di ipocrisia», criticabile sotto il profilo tecnico, ma comprensibile dal punto di vista pratico (18).

3. Ciò detto, veniamo ora all'applicazione del principio nel caso concreto.

La Corte di Cassazione afferma che la fattispecie si pone al di fuori del campo di applicazione dell'art. 4 St. lav. e che il datore di lavoro ha rispettato i limiti posti dalla giurisprudenza a proposito dei controlli occulti.

Sotto il primo versante, possiamo osservare, innanzitutto, che il controllo svolto nel caso di specie non avrebbe potuto avere ad oggetto la prestazione regolare del lavoratore, nemmeno potenzialmente, poiché attraverso la richiesta/concessione dell'amicizia virtuale e la conversazione tramite *chat-line* durante lo svolgimento del servizio, il datore di lavoro poteva soltanto accertare l'inadempimento illegittimo.

Da questo punto di vista lo strumento di controllo pare essere, in effetti, meno invasivo di quelli che registrano indifferentemente la prestazione o l'illecito — come le telecamere adoperate a fini difensivi. Tuttavia la stretta connessione di fatto fra l'adempimento e l'inadempimento contestato nel caso di specie avrebbero potuto giustificare una conclusione diversa o quanto meno una più cauta presa di posizione della Corte, anche alla luce della giurisprudenza più rigorosa succitata (19).

Inoltre, sempre sotto il primo versante, possiamo affermare che lo stratagemma del capo del personale non è senza dubbio riconducibile alla fattispecie dell'art. 4 comma II St. lav. (divenuto I comma nella versione

(17) L. NOGLER, *Sulle contraddizioni logiche della Cassazione in tema di diritto alla riservatezza del lavoratore subordinato*, RCP, 1998, 113.

(18) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., 545.

(19) Cass. 7 giugno 2003, n. 9167, cit. e T. Milano 26 luglio 2012, cit.

oggi vigente), perché l'uso di *facebook* e di un falso profilo per *chattare* con un lavoratore è incompatibile con il concetto di "installazione" richiamato dalla disposizione statutaria.

Quanto al rispetto dei limiti individuati dalla giurisprudenza a proposito dei controlli occulti (a distanza o non), la decisione è invece criticabile, soprattutto perché viene legittimata una pratica fondata sulla provocazione datoriale (questo, infatti, è l'aspetto che ha fatto più scalpore). L'aspetto *istigatorio* del controllo realizzato, infatti, non sembra essere sfuggito all'estensore della sentenza, il quale afferma che la modalità dell'accertamento dell'illecito non sarebbe «invasiva né *induttiva* all'infrazione, avendo funzionato come mera occasione o *sollecitazione* cui il lavoratore ha prontamente e *consapevolmente* aderito». Ora, quale sia la differenza sostanziale fra induzione (illegittima) all'infrazione e sollecitazione (legittima), non è dato sapere e, in ogni caso, l'*adesione* del dipendente alla sollecitazione sarà stata anche *pronta*, ma per ricostruzione pacifica dei fatti, non era affatto completamente *consapevole*.

La decisione, clamorosa sotto questo aspetto, è, in definitiva, meno eclatante solo perché è stato accertato che il lavoratore licenziato tendeva oggettivamente a violare la medesima regola comportamentale, realizzando peraltro una condotta che poteva avere conseguenze anche sulla sicurezza e il funzionamento degli impianti. Ma questa considerazione vale sul piano dell'opportunità e della "giustizia del caso concreto", non su quello tecnico-giuridico.

4. Per concludere pare interessante domandarsi in che modo la novella legislativa del *jobs act* incide sulla questione affrontata.

La nuova norma, come nella versione originaria, non disciplina espressamente il caso del controllo difensivo occulto (a distanza o non), ma offre comunque qualche punto di riflessione interessante.

Innanzitutto, accogliendo le indicazioni giurisprudenziali, viene ammesso l'impiego di strumenti di controllo potenziale e da remoto dell'attività lavorativa, anche al fine della tutela del patrimonio aziendale (oltre che, come in passato, per esigenze organizzative, produttive e di sicurezza) e fatti sempre salvi l'accordo sindacale o l'autorizzazione amministrativa preventivi.

Ma soprattutto, il nuovo III comma dell'art. 4 St. lav. stabilisce che le informazioni raccolte attraverso gli strumenti impiegati per le succitate e tassative finalità possono essere utilizzate anche ad ogni altro fine connesso con il rapporto di lavoro — quindi anche a fini disciplinari — a condizione che il lavoratore sia stato adeguatamente informato circa le modalità di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal d. lgs. 196 del 2003 (codice della *privacy*). In pratica, specifici controlli

occulti a distanza sono legittimi se il lavoratore, in generale, è conscio di questa evenienza e se le modalità sono rispettose della disciplina generale sulla riservatezza.

A tal proposito, il legislatore sembra aver accolto, almeno nel ristretto perimetro dei controlli a distanza, quella dottrina secondo cui il codice della *privacy* rappresenta una fonte integrativa della disciplina lavoristica, anche rispetto all'esercizio del potere di controllo e, di conseguenza, del potere disciplinare (20).

Per quanto la recente riforma segni, nel complesso, un arretramento delle garanzie di riservatezza dei lavoratori, questo aspetto della disciplina non deve essere sottovalutato, perché impone di giudicare il controllo a distanza esercitato dal datore di lavoro non solo alla luce della necessaria informazione preventiva, ma anche alla stregua dei più rigorosi criteri di liceità, correttezza, necessità, pertinenza e non eccedenza, di cui all'art. 11 del codice della *privacy*. Non è per nulla detto, quindi, che l'esercizio del controllo datoriale che configuri, come nel caso di specie, anche il reato di sostituzione di persona presenti oggi i suddetti requisiti di legittimità.

Peraltro, queste particolari condizioni di utilizzo delle informazioni a fini disciplinari sembrano applicabili in via analogica a tutti i tipi di controllo occulto (anche non a distanza), perché la violazione di questo comma della nuova disposizione (art. 4 comma III St. lav.) non ha rilevanza penale secondo la nuova versione dell'art. 171 del codice della *privacy* e dunque la sua interpretazione può non essere tassativa.

In definitiva, se tutto ciò è vero, potrebbe addirittura tornare in auge il criterio della *extrema ratio*, la cui applicazione al caso del controllo occulto era già stata proposta in dottrina (21) ma, molto più raramente, accolta in giurisprudenza (22).

L'auspicio allora è che la recente novella legislativa sia occasione per correggere un orientamento giurisprudenziale che appare non solo claudicante sotto il profilo logico, tecnico e applicativo, ma anche insoddisfacente sotto il profilo dell'equità.

MAURIZIO FALSONE

*Assegnista di ricerca in diritto del lavoro
nell'Università di Venezia Ca' Foscari*

(20) Così P. TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, q. Riv., 2009, I, 332 ma contra I. ALVINO, *L'articolo 4 dello statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, DRI, 4, 2014, 999.

(21) A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, 1995, 43-55 e S. PASSERINI, *Ancora sul controllo in incognito della prestazione lavorativa*, q. Riv., 2002, II, 880.

(22) Cfr. T. Milano 26 luglio 2012, cit., nonché T. Milano 28 aprile 2009, FP, 2009, 2, 487 e DRI, 2010, 1, 187 nt. MONDA, secondo cui la sorveglianza occulta è ammissibile purché «sia indispensabile e non abbia alternative in altri più miti mezzi di accertamento».