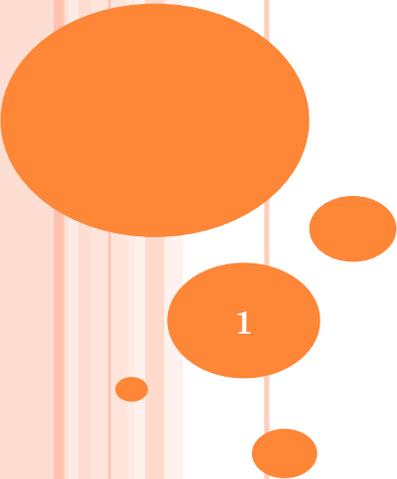


## **IL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE AL TEMPO DELLA PANDEMIA: FORSE NON TUTTI SANNO CHE ...**

**28 ottobre 2021**



1

**La raccolta delle informazioni: le agenzie investigative  
Avv. Marcello Floris**

## FONTI

### – **Art. 2 Statuto dei Lavoratori, guardie giurate**

- *Il datore di lavoro può impiegare le guardie giurate, di cui agli articoli 133 e seguenti del testo unico approvato con regio decreto 18 giugno 1931, numero 773 , soltanto per scopi di tutela del patrimonio aziendale.*
- *Le guardie giurate non possono contestare ai lavoratori azioni o fatti diversi da quelli che attengono alla tutela del patrimonio aziendale.*
- *È fatto divieto al datore di lavoro di adibire alla vigilanza sull'attività lavorativa le guardie di cui al primo comma, le quali non possono accedere nei locali dove si svolge tale attività, durante lo svolgimento della stessa, se non eccezionalmente per specifiche e motivate esigenze attinenti ai compiti di cui al primo comma.*
- *In caso di inosservanza da parte di una guardia particolare giurata delle disposizioni di cui al presente articolo, l'Ispettorato del lavoro ne promuove presso il questore la sospensione dal servizio, salvo il provvedimento di revoca della licenza da parte del prefetto nei casi più gravi.*

### – **Art. 3: Controllo con addetti alla vigilanza**

- *I nominativi e le mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa debbono essere comunicati ai lavoratori interessati*

## PRESUPPOSTI

Le disposizioni (art. 2 e 3 della legge n. 300 del 1970) che delimitano - a tutela della libertà e dignità del lavoratore, in coerenza con disposizioni e principi costituzionali - la sfera di intervento di persone preposte dal datore di lavoro a difesa dei propri interessi - e cioè per scopi di tutela del patrimonio aziendale (art. 2) e di vigilanza dell'attività lavorativa (art. 3) - non precludono il potere dell'imprenditore di ricorrere alla collaborazione di soggetti (quale, nella specie, un'agenzia investigativa) diversi dalla guardie particolari giurate per la tutela del patrimonio aziendale, né di controllare l'adempimento delle prestazioni lavorative e quindi di accertare mancanze specifiche dei dipendenti, ai sensi degli art. 2086 e 2104 c.c., direttamente o mediante la propria organizzazione gerarchica. Tuttavia, il controllo delle guardie particolari giurate, o di un'agenzia investigativa, **non può riguardare, in nessun caso, né l'adempimento, né l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale del lavoratore di prestare la propria opera**, essendo l'inadempimento stesso riconducibile, come l'adempimento, all'attività lavorativa, che è sottratta alla suddetta vigilanza, ma deve limitarsi agli atti illeciti del lavoratore non riconducibili al mero inadempimento dell'obbligazione (nella specie, l'appropriazione indebita di danaro riscosso per il datore di lavoro e sottratto alla contabilizzazione). (Cass. civ., sez. lav., 07/06/2003, n. 9167; Cass. civ., sez. lav., 11/10/2016, n. 20433; Cass. civ., sez. lav., 04/09/2018, n. 21621)

Il potere del datore di lavoro di ricorrere all'investigatore privato può quindi essere esercitato in due casi:

- in presenza di **evidenti prove di illeciti commessi dal dipendente**;
- di fronte ad un **semplice sospetto che l'illecito del dipendente sia stato o stia per essere commesso** (Cass. 21621/2018).

Dirigente licenziato sulla base di un report investigativo dal quale era emerso che egli non aveva provveduto a visitare la clientela. Il ricorso agli investigatori è stato ritenuto legittimo sulla base di **incongruenze** emerse dal raffronto tra i dati risultanti dalle registrazioni dei passaggi autostradali e i dati comunicati dal dipendente all'azienda (Cass. 15867/2017).

## **PRESUPPOSTI: CASS. 14454 DEL 2017 E N. 15094 DEL 11 GIUGNO 2018**

I controlli del datore di lavoro tramite investigatori (che non riguardino il mero adempimento della prestazione lavorativa), volti a verificare illeciti del dipendente aventi un impatto sul patrimonio aziendale, sono legittimi e non presuppongono che il lavoratore abbia già commesso illeciti dello stesso tipo.

Qualora i dipendenti dell'agenzia investigativa si siano finti normali clienti dell'esercizio, limitandosi a presentare alla cassa la merce acquistata pagandone il relativo prezzo, senza porre in essere manovre volte a indurre in errore il lavoratore, i controlli risultano ancora una volta legittimi purché siano stati ripetuti per un lasso di tempo congruo e non quindi limitati a un solo episodio che potrebbe non essere significativo.

Il tema dei controlli occulti, e della liceità degli stessi rispetto alle previsioni, tra l'altro, dell'articolo 4 dello statuto dei lavoratori, è oggetto di attento vaglio da parte della giurisprudenza che ha nel tempo elaborato alcuni indici di legittimità degli stessi. Il controllo non deve essere teso all'accertamento del mero inadempimento della prestazione lavorativa e deve comunque sempre essere svolto mediante modalità non eccessivamente invasive, rispettose della libertà e dignità dei dipendenti e, comunque, improntate al rispetto dei principi di correttezza e buona fede.

Il divieto di controllo occulto sull'attività lavorativa, peraltro, vige anche nel caso di prestazioni lavorative svolte al di fuori dei locali aziendali, ferma restando l'eccezione rappresentata dai casi in cui il ricorso a investigatori privati sia finalizzato a verificare comportamenti che possano configurare ipotesi penalmente rilevanti.

Ne consegue, ha concluso la Cassazione, che “risulta errata in diritto l'affermazione della Corte territoriale secondo cui nessun divieto può configurarsi per il datore di lavoro di avvalersi di agenzia investigativa per il controllo della diligente esecuzione della prestazione di lavoro”.

Di qui l'accoglimento del ricorso e il rinvio della causa al giudice d'appello per un nuovo giudizio.

## LE IPOTESI PIÙ COMUNI DI RICORSO ALLE INVESTIGAZIONI

- lo svolgimento di attività extra-lavorativa personalmente o per conto di terzi in violazione del divieto di concorrenza;
- lo svolgimento di altra attività lavorativa durante l'assenza per malattia o infortunio;
- l'uso improprio dei permessi ex L. 104/1992;
- la falsa attestazione della presenza in servizio;
- il furto di beni aziendali.

## CONCORRENZA CON IL DATORE DI LAVORO

Nel caso in cui il dipendente svolga, fuori dall'orario di lavoro, altra attività lavorativa in concorrenza con il datore, viene una condotta disciplinarmente rilevante in quanto idonea a ledere il patrimonio aziendale e, quindi, il vincolo fiduciario.

Il ricorso all'agenzia investigativa è legittimo in quanto il controllo sullo svolgimento di attività in concorrenza non è un controllo sull'attività lavorativa dovuta, ma su un comportamento illegittimo extra-lavorativo e rilevante ai fini disciplinari.

La Cassazione ha quindi dichiarato legittimo il licenziamento per giusta causa di un operaio esperto sommozzatore che in orario extra-lavorativo svolgeva attività di soccorso con immersioni in favore di imbarcazioni non clienti della società datrice, circostanze emerse da un report investigativo (Cass. 12810/2017).

## **ACCERTAMENTO DELLA MALATTIA: CASS. ORD. 17 GIUGNO 2020 N. 11697**

Il datore può far seguire da un investigatore privato il dipendente che si mette in malattia (con apposito attestato) per accertare se la malattia è vera.

Legittimo servirsi delle agenzie investigative per verificare l'esatto adempimento delle obbligazioni facenti capo al dipendente con riguardo a comportamenti tenuti fuori dall'ambito lavorativo disciplinarmente rilevanti.

Non si verte in ipotesi di controllo datoriale circa l'esecuzione della prestazione ma, invece, di verifica e controllo di un comportamento extralavorativo illecito, fondata sul sospetto del mancato svolgimento illegittimo dell'attività lavorativa per l'insussistenza della incapacità lavorativa nel caso di specie invece presente.

Anche il solo sospetto o la mera ipotesi che un illecito sia in corso di esecuzione giustifica l'espletamento del controllo, né rileva la circostanza che si trattasse di infortunio sul lavoro e non di assenza per malattia e, quindi, non fosse richiesta reperibilità ed esperibile visita fiscale.

Le disposizioni dell'art. 5 della legge 20 maggio 1970, n. 300, in materia di divieto di accertamenti da parte del datore di lavoro sulle infermità per malattia o infortunio del lavoratore e sulla facoltà dello stesso datore di lavoro di controllare le assenze per infermità solo attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, non precludono al datore medesimo di accertare l'insussistenza della malattia o la non idoneità di quest'ultima a determinare uno stato d'incapacità lavorativa e, quindi, a giustificare l'assenza.

## ATTIVITÀ INCOMPATIBILE CON MALATTIA O INFORTUNIO

Lavoratore che durante l'assenza per malattia o infortunio svolga attività incompatibili con il suo stato di salute e tali da pregiudicare o ritardare la guarigione e il ritorno in servizio.

In questi casi è legittimo il licenziamento per giusta causa per grave lesione del vincolo fiduciario nonché l'accertamento dell'illecito mediante il ricorso all'agenzia investigativa. Ciò in quanto l'oggetto del controllo non è lo svolgimento della prestazione lavorativa, ma la violazione degli obblighi generali di diligenza e fedeltà gravanti sul lavoratore.

Si pensi al caso del dipendente, con mansioni di autista di pullman, che durante l'assenza dal lavoro per infortunio (che gli imponeva l'uso del collare cervicale), veniva sorpreso dall'agenzia investigativa ingaggiata dal datore a lavorare per altri occupandosi regolarmente e per un lasso di tempo significativo (oltre 100 giorni) delle operazioni di parcheggio dei clienti di uno stabilimento balneare (Cass. 17514/2018).

Deve essere confermata la legittimità del licenziamento disciplinare intimato al dipendente allorché l'impresa datrice, ricorrendo ad un'agenzia investigativa, abbia accertato a carico del lavoratore lo svolgimento di attività incompatibile con lo stato di malattia addotto a giustificazione dell'assenza dal lavoro (nella specie, il lavoratore aveva presentato un certificato medico che prevedeva un rigido riposo, ma era stato colto a lavorare nei campi guidando un trattore e caricando e scaricando manualmente della legna)

Cassazione civile sez. lav., 15/06/2020, n.11535

## FALSA ATTESTAZIONE DELLA PRESENZA IN SERVIZIO

I controlli del datore di lavoro, anche a mezzo di agenzia investigativa, sono legittimi ove siano finalizzati a verificare comportamenti del lavoratore che possano configurare ipotesi penalmente rilevanti od integrare attività fraudolente, fonti di danno per il datore medesimo, non potendo, invece, avere ad oggetto l'adempimento/inadempimento della prestazione lavorativa, in ragione del divieto di cui agli artt. 2 e 3 Stat. Lav. (ex aliis, Cass., Sezione Lavoro, 4 aprile 2018, n. 8373; Cass. 10 novembre 2017, n.26682; Cass. 2 maggio 2017, n. 10636)

La Corte ha altresì osservato che il controllo non era diretto a verificare le modalità di adempimento della prestazione lavorativa, bensì la condotta fraudolenta di assenza del dipendente dal luogo di lavoro nonostante la timbratura del badge. Sotto altro profilo la Corte riteneva che nemmeno poteva considerarsi sussistente nella specie la lamentata violazione della privacy del dipendente, seguito nei suoi spostamenti, in quanto il controllo era stato effettuato in luoghi pubblici ed era finalizzato ad accertare le cause dell'allontanamento.

## ABUSO DEI PERMESSI EX LEGE 104/92

Ricorso alle agenzie investigative per smascherare i dipendenti che abusino dei permessi ex L. 104/92. In tali casi, si tratta di comportamenti illeciti tali da giustificare il licenziamento in tronco nonché penalmente rilevanti (in quanto integranti il reato di truffa ai danni dello Stato).

A tal proposito, si segnala il caso della lavoratrice colta dagli investigatori nello svolgimento di lavori in alcuni terreni di sua proprietà proprio nelle ore in cui aveva fruito di permessi per l'assistenza della suocera disabile (Cass. 9749/2016).

Anche per tali ipotesi la giurisprudenza ha chiarito che il controllo della corretta fruizione dei permessi ex L. 104/92 è estraneo all'attività lavorativa ed è finalizzato a verificare comportamenti illeciti sia se essi siano già in atto sia se di essi il datore abbia semplicemente il sospetto: siffatto accertamento può, dunque, essere lecitamente svolto attraverso un'agenzia investigativa.

## **FURTO BENI AZIENDALI**

Dipendente di un supermercato licenziato per giusta causa dopo esser stato sorpreso – attraverso un sistema di telecamere occulte installate da un’agenzia investigativa – a prelevare prodotti del reparto dolci del magazzino.

La Cassazione ha confermato la legittimità del licenziamento in quanto le telecamere erano state installate allo scopo di sorvegliare un solo e unico scaffale sul quale erano stati collocati determinati prodotti e accertare comportamenti differenti dal mero inadempimento della prestazione lavorativa, ovvero salvaguardare il patrimonio aziendale (Cass. 10636/2017).

Analogamente, si segnala il caso della cassiera di un supermercato licenziata per mancata registrazione della vendita di alcuni prodotti e appropriazione delle relative somme in due occasioni nell’arco di 48 ore. Anche in questo caso è stata confermata la legittimità del ricorso alle investigazioni (nonché del licenziamento) in quanto i controlli effettuati erano diretti a verificare eventuali sottrazioni di cassa e, quindi, a salvaguardare il patrimonio aziendale (Cass. 25674/2014).

## DIFFORMI

È illegittimo il controllo datoriale esercitato mediante agenzie investigative che si riduca a mero ed esasperante pedinamento del lavoratore. Affinché un controllo “difensivo” realizzato ricorrendo ad investigatori privati possa dirsi compatibile con gli artt. 4 e 8 st. lav. nonché con le specifiche disposizioni in materia di privacy, invero, è necessario che lo stesso sia rispettoso di alcuni requisiti. Il controllo non dovrà essere invasivo, dovrà essere inevitabile e giustificato da un iniziale fondato sospetto sulla realizzazione di condotte illecite da parte del lavoratore controllato (condizioni tutte inesistenti nel caso di specie). **Trib. Milano, sez. lav. 23 aprile 2015, n. 1221**

Non può essere giustificato come c.d. controllo difensivo e viola l'art. 8 St. lav. il pedinamento del lavoratore tramite agenzia investigativa disposto dal datore di lavoro in assenza di qualunque elemento fattuale che lasci ritenere il mancato svolgimento da parte del dipendente dell'attività lavorativa allorché si reca al di fuori dell'azienda.

**Tribunale Milano, 11/08/2006**

È illegittimo, per violazione dell'art. 8 st. lav., il controllo effettuato sul lavoratore attraverso pedinamento tramite un'agenzia investigativa, mirante non già alla verifica del corretto esercizio della prestazione lavorativa quanto invece alla verifica dello svolgimento di attività sindacale in attuazione di un permesso fruito in forza dell'art. 23 st. lav.

**Tribunale Milano, 24/12/2003**

## CONCLUSIONI

E' riconosciuta dalla giurisprudenza prevalente la legittimità del ricorso agli investigatori privati da parte del datore di lavoro per avere conferma di sospetti sulla commissione di illeciti da parte dei dipendenti ai danni del patrimonio.

Si tratta di controlli che non sono riconducibili né all'ambito di applicazione dell'art. 4 St. lav. né all'ambito di applicazione dell'art. 2 e 3 St. Lav., non avendo ad oggetto il corretto adempimento della prestazione lavorativa dedotta nel contratto, ma comportamenti illeciti, tali da minare la fiducia del datore.

## GRAZIE PER L'ATTENZIONE!

- Marcello Floris
  - Partner Co – Head Employment and Pensions (Italy) Eversheds Sutherland
  - Milano, via privata Maria Teresa 8,
  - Roma via del Plebiscito 112
  - [marcellofloris@eversheds-sutherland.it](mailto:marcellofloris@eversheds-sutherland.it)
  - T: + 39 02 8928 7863
  - M: +39 3353 048 96
- [www.eversheds-sutherland.com//Floris\\_Marcello](http://www.eversheds-sutherland.com//Floris_Marcello)

[www.eversheds-sutherland.com](http://www.eversheds-sutherland.com)