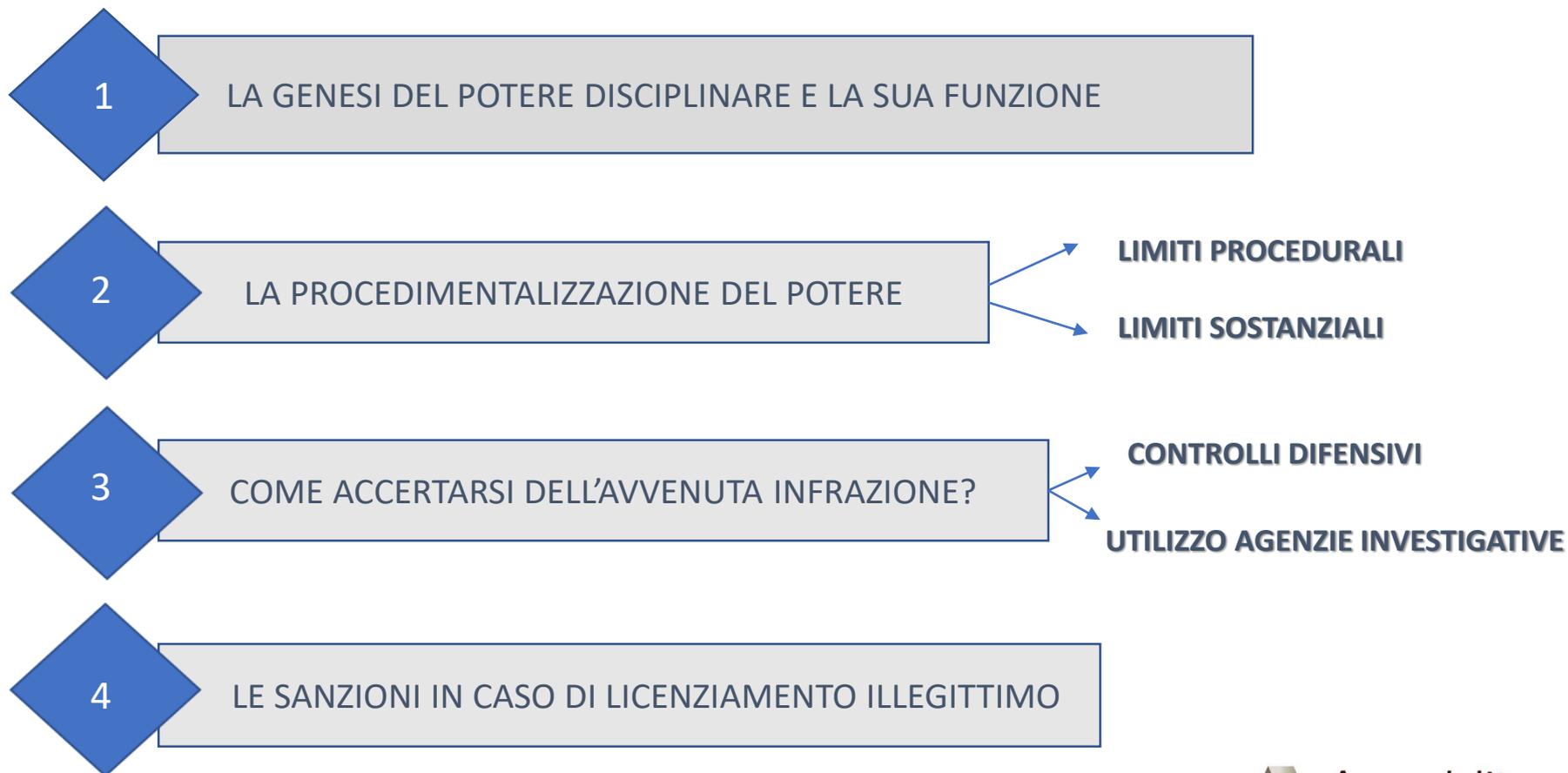


IL POTERE DISCIPLINARE NELL'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

Prof. Avv. Francesco Amendolito (*)

(*) Founding Manager Amendolito& Associati
Professore Straordinario di Diritto del Lavoro e Relazioni Sindacali
Dipartimento di Management Finanza Tecnologia – Università LUM

CONTENUTI



IMPRESA

Art.2082 c.c.:

“è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi”

→ L'impresa è un'attività professionale organizzata, diretta alla produzione o allo scambio di beni o servizi.

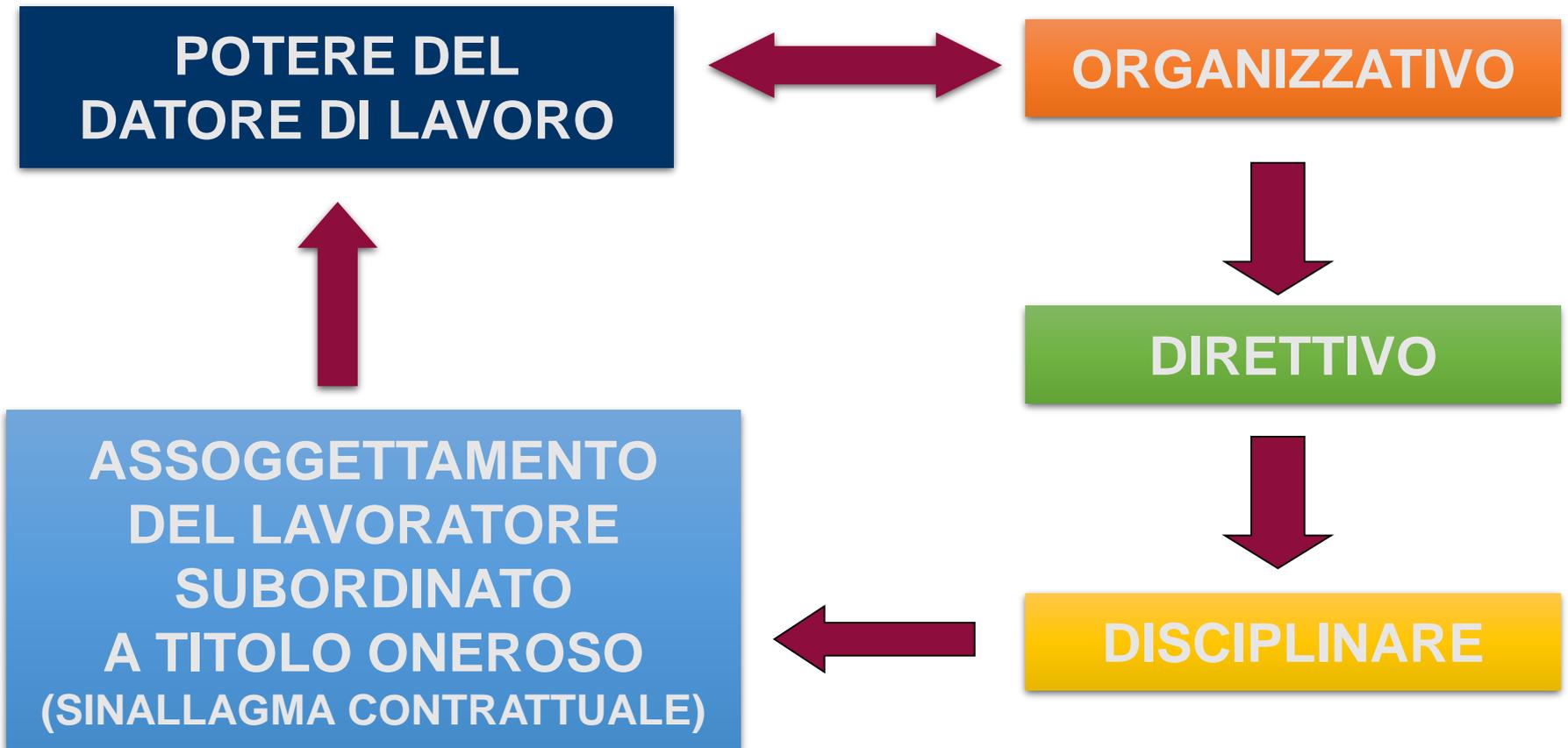


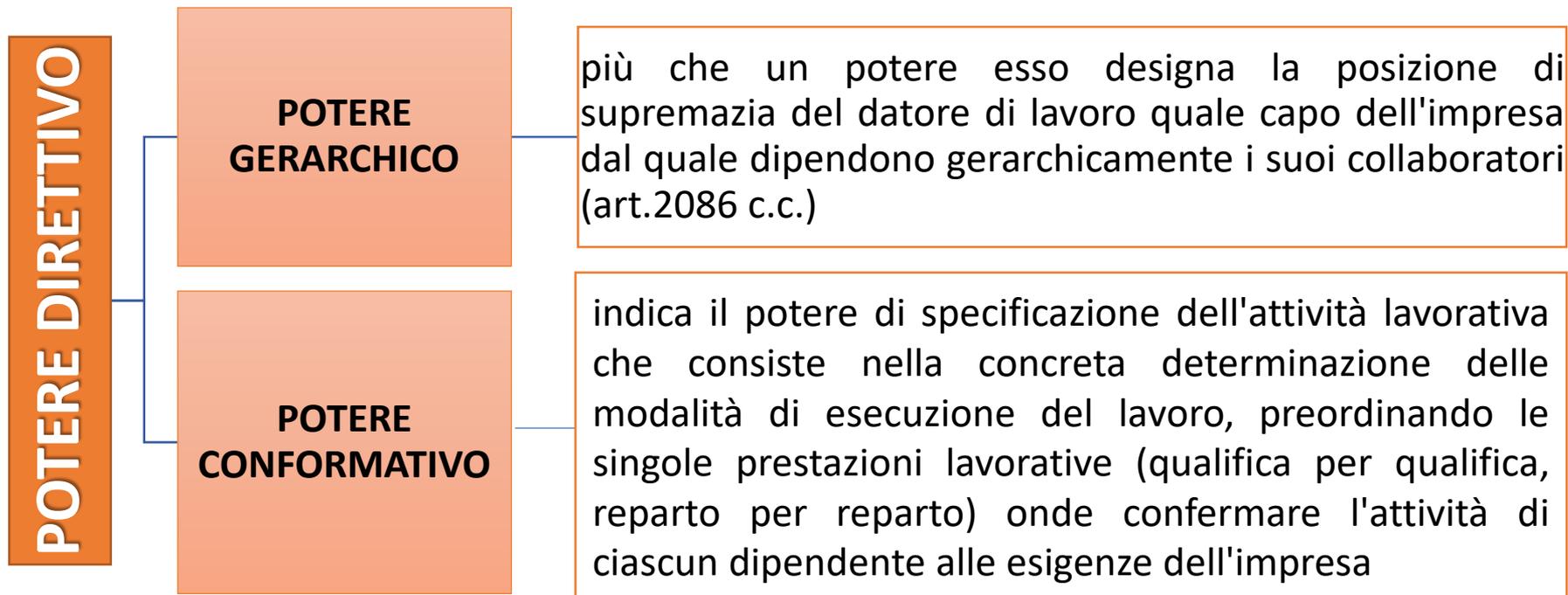
LAVORATORE SUBORDINATO

Art.2094 c.c.:

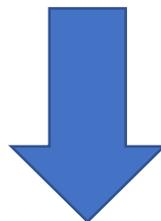
“E' prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”

**INDIVIDUO-AZIENDA
= Contratto giuridico**





Il suddetto **potere direttivo** e conseguentemente il **potere disciplinare** legittima il datore di lavoro a dettare le regole di comportamento che devono essere osservate in azienda e a far uso degli strumenti a sua disposizione al fine di garantire uno svolgimento ordinato ed efficiente dell'attività lavorativa.



Si può oggi affermare che il **potere direttivo** deve essere esercitato unicamente avendo di mira la realizzazione dello scopo dell'impresa restando quindi interdetta all'imprenditore la possibilità di ledere la dignità del lavoratore e comunque di invadere la sua sfera personale.

- **POTERE DIRETTIVO in senso stretto:** consiste nell'emanazione delle disposizioni concernenti l'organizzazione del lavoro (es. orari, turni, ecc...); esso è individuato nella stessa previsione dell'art. 2104 c.c. che consente al datore di lavoro (ed ai suoi collaboratori) di impartire istruzioni per l'esecuzione la disciplina del lavoro.



- **IL POTERE DI VIGILANZA e/o DI CONTROLLO** è strettamente correlato al potere direttivo ed è diretto a verificare che l'esecuzione dell'attività lavorativa venga effettuata ***secondo le modalità stabilite dal datore di lavoro***

LA FUNZIONE DEL POTERE DISCIPLINARE

La titolarità del potere disciplinare il capo al datore di lavoro completa e descrive la posizione giuridica attiva del datore di lavoro.

Il potere disciplinare si sostanzia nella possibilità di adottare provvedimenti sanzionatori nei confronti del lavoratore in caso di inosservanza alle disposizioni normative e contrattuali assicurando così l'effettività dell'esercizio del potere direttivo ovvero l'insieme delle facoltà datoriali volte a garantire l'esecuzione e la disciplina del lavoro attraverso l'organizzazione e la direzione dell'attività dei lavoratori.

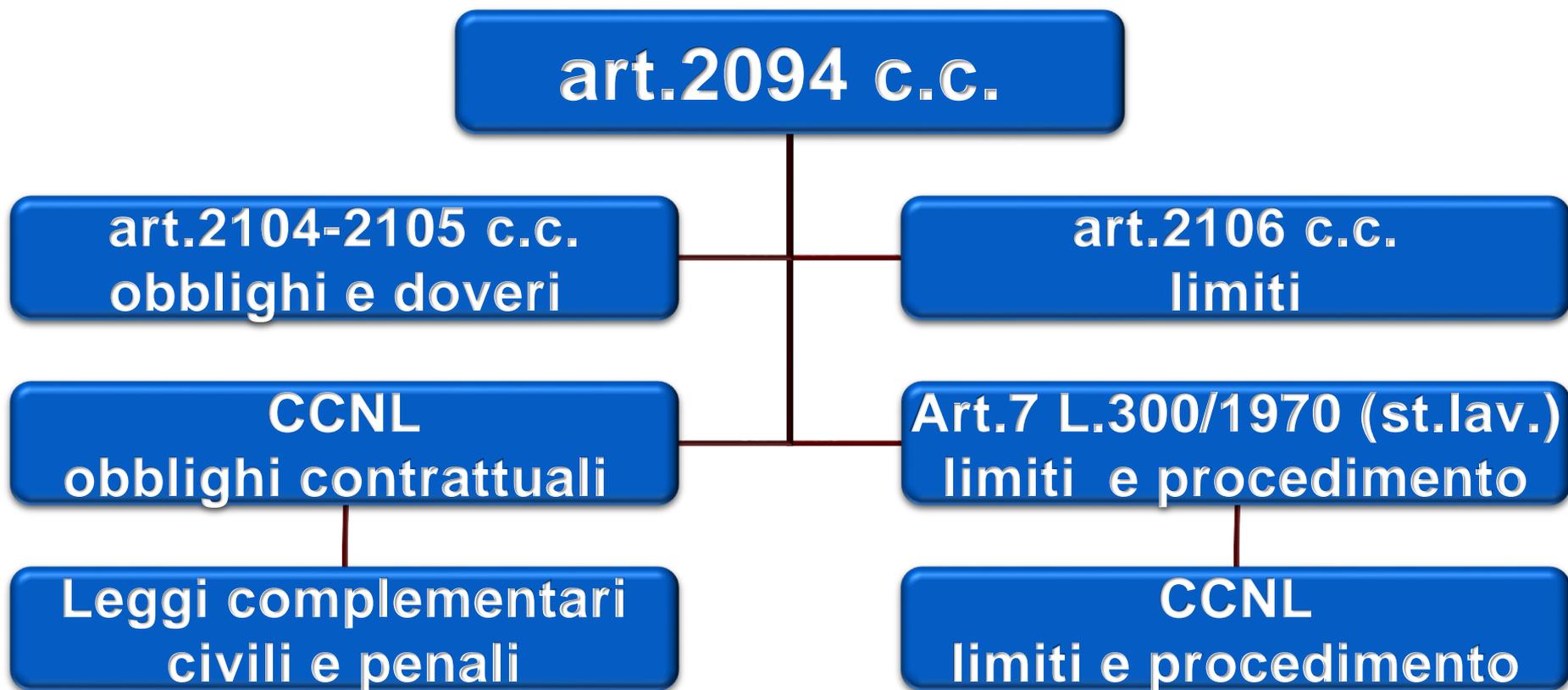
LA PROCEDIMENTALIZZAZIONE DEL POTERE DISCIPLINARE



Il concetto di procedimentalizzazione è comune all'esercizio di tutti i poteri datoriali, rispondendo al fine di contemperare l'esercizio degli stessi con la necessaria tutela del contraente debole del sinallagma contrattuale, ovvero il prestatore di lavoro.



LE FONTI NORMATIVE E CONTRATTUALI CHE GIUSTIFICANO E LIMITANO IL POTERE DISCIPLINARE



**ASSOGGETTAMENTO
DEL LAVORATORE
SUBORDINATO
A TITOLO ONEROSO
(SINALLAGMA CONTRATTUALE)**



SUBORDINAZIONE
Scambio retribuzione-attività lavorativa e vincolo di dipendenza del lavoratore subordinato al potere direttivo e disciplinare del datore.



**OBEDIENZA
(art.2104, c.2, c.c.)**

**DILIGENZA
(art.2104, c.1, c.c.)**

**FEDELTA'
(art.2105 c.c.)**

COLLABORAZIONE
Inserimento tecnico-funzionale del lavoratore nell'organizzazione aziendale secondo il principio di buona fede

OBBLIGHI E DOVERI DEL LAVORATORE

Articolo 2104 c.c.

Diligenza del prestatore di lavoro

Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale.

Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende.

Articolo 2105 c.c.

Obbligo di fedeltà

Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio.

LIMITI E PROCEDIMENTALIZZAZIONE

Articolo 2106 c.c. Sanzioni disciplinari

L'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti (artt. 2104 c.c. e 2105 c.c.) può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione [e in conformità delle norme corporative].

L'applicazione di sanzioni disciplinari deve avvenire nel rispetto del principio della proporzionalità tra violazione e sanzione.

IL PRINCIPIO DI GRADUALITA' DELLA SANZIONE E DELLA NECESSARIA PROCEDIMENTALIZZAZIONE DEL POTERE DISCIPLINARE

L'art. 2106 c.c. prescrive, come canone generale, che le sanzioni disciplinari devono essere applicate “secondo la gravità dell'infrazione”. Questo principio generale risponde ad un'esigenza costituzionale di tutela della dignità del lavoratore e si coniuga con il principio della necessaria procedimentalizzazione del potere disciplinare.

Il potere disciplinare quindi conosce due limiti interni fondamentali:

- **L'addebito mosso al lavoratore deve essere in ogni caso filtrato da un procedimento disciplinare in modo da consentirgli di giustificarsi prima che la sanzione sia irrogata (limite procedurale);**
- **La sanzione non può che conseguire ad un apprezzamento della gravità dell'addebito per essere a questo proporzionale (limite sostanziale).**

L. 20 maggio 1970, n. 300

Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento

Art. 7 (Sanzioni disciplinari)

Le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti. Esse devono applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano.

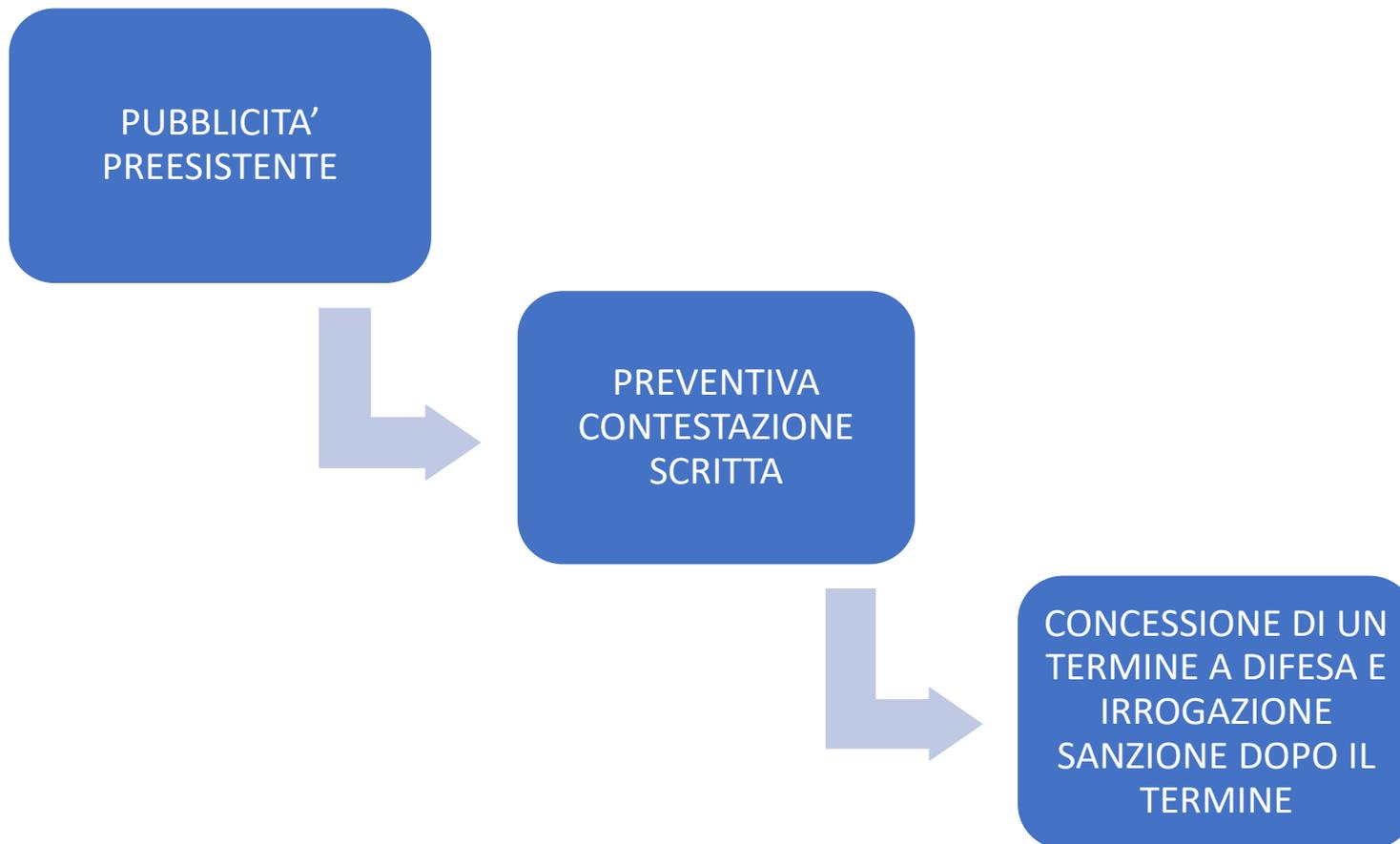
Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa.

Il lavoratore potrà farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato.

Fermo restando quanto disposto dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, non possono essere disposte sanzioni disciplinari che comportano mutamenti definitivi del rapporto di lavoro; inoltre la multa non può essere disposta per un importo superiore a quattro ore della retribuzione base e la sospensione dal servizio e dalla retribuzione per più di dieci giorni.

In ogni caso, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa.

LIMITI PROCEDURALI RINVENENTI DALL'ART. 7



PUBBLICITA'
PREESISTENTE

- La giurisprudenza maggioritaria ritiene necessaria l'affissione della normativa disciplinare in modo tale che renda palesi ed immediatamente identificabili gli illeciti sanzionabili. È importante che l'affissione sia in essere al momento della commissione dell'infrazione

PREVENTIVA
CONTESTAZIONE
SCRITTA

CONCESSIONE DI UN
TERMINE A DIFESA E
IRROGAZIONE
SANZIONE DOPO IL
TERMINE



- ❑ La contestazione deve fornire le indicazioni necessarie ed essenziali per individuare, nella sua materialità, il fatto o i fatti nei quali il datore di lavoro ha ravvisato infrazioni disciplinari (Cass. 10761/1997) al fine di consentire una puntuale difesa al lavoratore.
- ❑ La ratio del principio dell'immediatezza risiede nell'osservanza della regola della buona fede e della correttezza nell'attuazione del rapporto di lavoro, non consente all'imprenditore di procrastinare la contestazione medesima, in modo da rendere impossibile o eccessivamente difficile la difesa del lavoratore (Cass. 12193/2020). L'addebito deve essere tempestivamente contestato. L'immediatezza della contestazione deve essere valutata con riferimento al momento della commissione o della conoscenza del fatto contestato (Cass.7178/1995).
- ❑ Il principio di immutabilità rende necessario che i fatti su cui si fonda il provvedimento sanzionatorio coincidano con quelli oggetto dell'avvenuta contestazione ed è finalizzato a tutelare il diritto di difesa del lavoratore costituzionalmente garantito
- ❑ La coincidenza deve riguardare i fatti materiali e non la loro qualificazione giuridica come, ad esempio, la sottrazione di beni aziendali indipendentemente dal fatto che sia stata qualificata prima come appropriazione indebita ed in seguito come furto (Cass.7105/1994).

Sul principio di immutabilità della contestazione

“In tema di errore nella dichiarazione nell’atto negoziale unilaterale ricettizio (quale il licenziamento), sebbene la legge non preveda la possibilità di rettifica – con effetti *ex tunc* – quale rimedio di cui possa avvalersi il dichiarante, essa è ammissibile, in base al principio generale della buona fede, qualora l’errore sia stato riconosciuto (ovvero era facilmente riconoscibile) dal destinatario. Con la conseguenza che, prevalendo sul significato oggettivo della dichiarazione quello effettivamente voluto dal dichiarante e noto (o da reputarsi tale) al destinatario, la dichiarazione va valutata, con efficacia *ex tunc*, dando prevalenza al contenuto effettivo, piuttosto che a quello erroneamente espresso. (Tribunale di Melfi 609/2010 conforme a Cass., 22 aprile 1981, n. 2347)

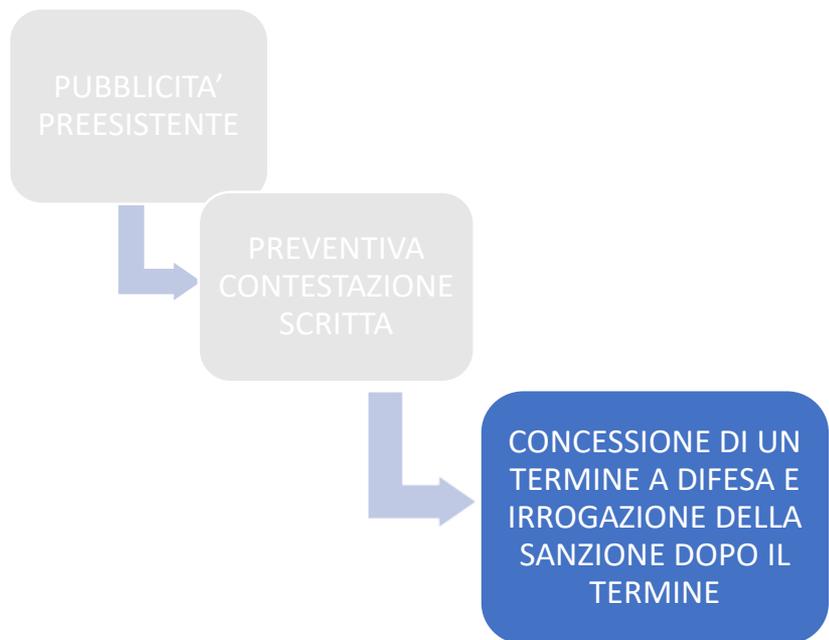
SUL NECESSARIO CARATTERE DELL'IMMEDIATEZZA

La contestazione dell'addebito deve essere "ragionevolmente" immediata, ossia deve avvenire in stretta connessione temporale con la condotta del lavoratore (ex plurimis Cass., 4 aprile 2007, n. 8461; Cass. 23 agosto 2006, n. 18377; Cass., 8 maggio 2006, n. 10455), ma il requisito dell'immediatezza deve parametrarsi con riferimento alla particolarità delle infrazioni commesse ed alla necessità di un certo margine temporale per il loro preciso accertamento da parte del datore (Cass., 23 aprile 2004, n. 7724). Cospicue pronunce giurisprudenziali hanno ritenuto che, in caso di intervenuta sospensione cautelare di un lavoratore sottoposto a procedimento penale, la definitiva contestazione disciplinare ben può essere differita in relazione alla pendenza del procedimento penale stesso (v. Cass., 21 febbraio 2008, n.4502; Cass., 10 settembre 2003, n. 13294).

SULLA RECIDIVA

Ove il contratto collettivo preveda il licenziamento disciplinare del lavoratore abbia riportato un determinato numero di sanzioni non espulsive, il datore di lavoro resta comunque tenuto all'obbligo della previa contestazione globale, essendo insufficienti le singole pregresse contestazioni di ogni indistinta infrazione disciplinare (Cass., 17 gennaio 1986, n. 302).

La previsione da parte della contrattazione collettiva della reiterazione della medesima mancanza disciplinare come ipotesi di giustificato motivo di licenziamento non esclude il potere del giudice di valutare in concreto la gravità dei singoli fatti addebitati, ancorché connotati dalla recidiva, ai fini dell'accertamento della proporzionalità della sanzione espulsiva (Cass., 2 luglio 1992, n. 8098); non può quindi esserci automatica risoluzione del rapporto di lavoro.



- ❑ Il lavoratore può produrre, entro cinque giorni dalla contestazione, le proprie difese e controdeduzioni in forma orale o scritta.
- ❑ La sanzione irrogata senza il rispetto del suddetto termine è nulla come pure senza l'audizione orale eventualmente richiesta dal lavoratore.
- ❑ La sanzione può essere, al contrario, validamente irrogata prima dello scadere dei cinque giorni qualora il lavoratore abbia esaurito le proprie difese (S.U. Cass.3965/1994) e non abbia espressamente richiesto di produrre ulteriori difese orali o scritte (S.U.Cass.6900/2003).

GIUSTIFICAZIONI DEL LAVORATORE E *SPATIUM DELIBERANDI*

A seguito della contestazione dell'addebito il lavoratore può comunicare al datore di lavoro le sue giustificazioni; ma l'eventuale omissione dell'esercizio di tale facoltà, come anche l'insufficiente allegazione difensiva, non determina alcuna preclusione, né pregiudica il lavoratore che in sede di successiva impugnazione della sanzione può dedurre ogni ulteriore circostanza utile alla sua difesa (Cass., 27 luglio 1996, n. 6787).

- ❖ Diversamente l'eventuale omissione dell'esercizio di tale facoltà da parte del lavoratore, come anche l'insufficiente allegazione difensiva, non determina alcuna preclusione, né pregiudica il lavoratore che in sede di successiva impugnazione della sanzione può dedurre ogni ulteriore circostanza utile alla sua difesa (Cass., 27 luglio 1996, n. 6787)
- ❖ D'altra parte il datore di lavoro non ha l'obbligo di valutare le difese del lavoratore, infatti la Suprema Corte ha precisato che non assume alcuna rilevanza l'eventuale omessa valutazione delle difese del lavoratore da parte del datore di lavoro, restando affidato al sindacato giurisdizionale, mediante l'impugnazione del provvedimento, il pieno controllo della legittimità della sanzione adottata. (Cass. 11361/2008)

PROPORZIONE TRA
GRAVITA' DELLA
SANZIONE E
INFRAZIONE

In tale valutazione il datore di lavoro ed eventualmente i giudici chiamati a decidere in caso di impugnativa sono tenuti a prendere in considerazione le tipizzazioni previste dal CCNL di categoria, ai sensi dell'art. 30, l. 183/2010.

Art.30
L.183/2010
Comma 3
1^a parte

“Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, **il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo (licenziamenti disciplinari) presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro (certificati) ove stipulati con l’assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazioni di cui al Titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni”**

Il Giudice
procedeva alla
valutazione del
fatto dando rilievo
(cfr. Cass., 22
giugno 2009, n.
14586; Cass., 14
febbraio 2005, n.
2906; Cass., 19
agosto 2004, n.
16260)

Ipotesi di giusta causa/giustificato
motivo tipizzate nel contratto collettivo

Intensità dell'elemento intenzionale

Grado di affidamento richiesto
dalle mansioni svolte dal
dipendente

Modalità di attuazione del rapporto

Probabilmente la norma contenuta nel comma 3 dell'art. 30 avrebbe dovuto esplicitare i confini del giudizio/intervento di legittimità da parte del giudice ed affermare a chiare lettere che l'indagine del magistrato non possa bypassare le disposizioni contrattuali e le esemplificazioni in esse contenute. Il che, contrariamente a quanto da altri sostenuto, non significa interdire al giudice di accertare il presupposto di legittimità delle tipizzazioni concordate dalle parti, che pur potrebbero risultare *contra legem*, e di verificare la corrispondenza della fattispecie concreta all'evento espressamente qualificato come giusta causa o giustificato motivo di licenziamento nell'accordo raggiunto tra le parti sociali

In assenza di tale specificazione e considerata l'attenuazione nel lavoro parlamentare della formulazione dell'art. 30, c. 3 (“[...] il giudice *tiene conto*”) è improbabile, benché auspicabile, che si assisterà ad un mutamento dell' ‘atteggiamento’ dei giudici e ad un'inversione di un orientamento giurisprudenziale ormai quarantennale che ha visto il magistrato fare un ricorso (abuso?) costante al canone di proporzionalità previsto dall'art. 2106 c.c., applicato a fattispecie concrete nelle quali ha tenuto conto di circostanze attenuanti o esimenti, disattendendo alle tipizzazioni contenute nei contratti collettivi. Del resto non può non sottacersi una valutazione squisitamente semantica della locuzione utilizzata dal legislatore: *tener conto* nel senso di *valutare nella giusta misura, considerare, calcolare*.

RECENTE INTERVENTO GIURISPRUDENZIALE IN MERITO

Sul punto la **Cassazione 9931/2022** sottolinea oggi espressamente che “In materia di licenziamenti disciplinari, nell'ipotesi in cui un comportamento del lavoratore, invocato dal datore di lavoro come giusta causa di licenziamento, sia configurato dal contratto collettivo come infrazione disciplinare cui consegua una sanzione conservativa, il giudice non può discostarsi da tale previsione, a meno che non accerti che le parti non avevano inteso escludere, per i casi di maggiore gravità, la possibilità della sanzione espulsiva”

Contratto collettivo nazionale di lavoro per i lavoratori dipendenti dalle aziende metalmeccaniche private e di installazione di impianti

Art.6 (Sez.Quarta – Titolo VII)

Norme speciali

Oltre che al presente Contratto di lavoro i lavoratori devono uniformarsi, nell'ambito del rapporto di lavoro, a tutte le altre norme che potranno essere stabilite dalla Direzione purché tali norme non contengano modificazioni o limitazioni dei diritti derivanti al lavoratore dal presente Contratto e dagli altri accordi vigenti.

Le norme in ogni caso dovranno essere portate a conoscenza del lavoratore.

Contratto collettivo nazionale di lavoro per i lavoratori dipendenti
dalle aziende **metalmecchaniche** private e di installazione di impianti

Sezione Quarta - Disciplina del rapporto individuale di lavoro - Titolo VII - Rapporti in Azienda

Articolo 8

Provvedimenti disciplinari

L'inosservanza, da parte del lavoratore, delle disposizioni contenute nel presente contratto può dar luogo, secondo la gravità della infrazione, all'applicazione dei seguenti provvedimenti:

- a) **richiamo verbale;**
- b) **ammonizione scritta;**
- c) **multa non superiore a tre ore di retribuzione oraria calcolata sul minimo tabellare;**
- d) **sospensione dal lavoro e dalla retribuzione fino ad un massimo di tre giorni;**
- e) **licenziamento per mancanze ai sensi dell'art. 10.**

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

Salvo che per il richiamo verbale, la contestazione dovrà essere effettuata per iscritto ed i provvedimenti disciplinari non potranno essere comminati prima che siano trascorsi 5 giorni, nel corso dei quali il lavoratore potrà presentare le sue giustificazioni.

Se il provvedimento non verrà comminato entro i 6 giorni successivi alla scadenza del termine per le giustificazioni, queste si riterranno accolte.

Il lavoratore potrà presentare le proprie giustificazioni anche verbalmente, con l'eventuale assistenza di un rappresentante dell'Associazione sindacale cui aderisce, ovvero di un componente la Rappresentanza sindacale unitaria.

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

I provvedimenti disciplinari di cui sopra alle lett. b), c) e d) potranno essere impugnati dal lavoratore in sede sindacale, secondo le norme contrattuali relative alle vertenze.

Il licenziamento per mancanze di cui ai punti A) e B) dell'art. 10 potrà essere impugnato secondo le procedure previste dall'art. 7 della Legge n. 604 del 15 luglio 1966 confermate dall'art. 18 della L. n. 300 del 20.5.1970.

Non si terrà conto a nessun effetto dei provvedimenti disciplinari decorsi due anni dalla loro comminazione.

Dichiarazione comune

Le Parti convengono di istituire una Commissione paritetica con il compito di verificare la normativa contrattuale in materia anche alla luce delle novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 al fine di proporre eventuali modifiche alle Parti stipulanti.

Contratto collettivo nazionale di lavoro per i lavoratori dipendenti
dalle aziende metalmeccaniche private e di installazione di impianti
Sezione Quarta - Disciplina del rapporto individuale di lavoro - Titolo VII - Rapporti in

Azienda
Articolo 9

SANZIONI CONSERVATIVE

Ammonizioni scritte, multe e sospensioni

Incorre nei provvedimenti di ammonizione scritta, multa o **sospensione** il lavoratore che:

- a) non si presenti al lavoro o abbandoni il proprio posto di lavoro senza giustificato motivo oppure non giustifichi l'assenza entro il giorno successivo a quello dell'inizio dell'assenza stessa salvo il caso di impedimento giustificato;
- b) senza giustificato motivo ritardi l'inizio del lavoro o lo sospenda o ne anticipi la cessazione;
- c) compia lieve insubordinazione nei confronti dei superiori;
- d) esegua negligenemente o con voluta lentezza il lavoro affidatogli;
- e) per disattenzione o negligenza guasti il materiale dello stabilimento o il materiale in lavorazione;

- f) venga trovato in stato di manifesta ubriachezza, durante l'orario di lavoro;
- g) fuori dell'azienda compia, per conto terzi, lavoro di pertinenza dell'azienda stessa;
- h) contravvenga al divieto di fumare, laddove questo esista e sia indicato con apposito cartello;
- i) esegua entro l'officina dell'azienda lavori di lieve entità per conto proprio o di terzi, fuori dell'orario di lavoro e senza sottrazione di materiale dell'azienda, con uso di attrezzature dell'azienda stessa;
- l) in altro modo trasgredisca l'osservanza del presente contratto o commetta qualsiasi mancanza che porti pregiudizio alla disciplina, alla morale, all'igiene ed alla sicurezza dello stabilimento.

L'ammonizione verrà applicata per le mancanze di minor rilievo; la multa e la sospensione per quelle di maggior rilievo.

L'importo delle multe che non costituiscono risarcimento di danni è devoluto alle esistenti istituzioni assistenziali e previdenziali di carattere aziendale o, in mancanza di queste, alla Cassa mutua malattia.

Contratto collettivo nazionale di lavoro per i lavoratori dipendenti
dalle aziende metalmeccaniche private e di installazione di impianti
Sezione Quarta Disciplina del rapporto individuale di lavoro - Titolo VII - Rapporti in
Azienda

SANZIONI ESPULSIVE

Articolo 10

Licenziamenti per mancanze

A) Licenziamento con preavviso (GIUSTIFICATO MOTIVO SOGGETTIVO)

In tale provvedimento incorre il lavoratore che commetta infrazioni alla disciplina ed alla diligenza del lavoro che, pur essendo di maggior rilievo di quelle contemplate nell'art. 9, non siano così gravi da rendere applicabile la sanzione di cui alla lett. B).

A titolo indicativo rientrano nelle infrazioni di cui sopra:

- a) insubordinazione ai superiori;
- b) sensibile danneggiamento colposo al materiale dello stabilimento o al materiale di lavorazione;
- c) esecuzione senza permesso di lavori nell'azienda per conto proprio o di terzi, di lieve entità senza impiego di materiale dell'azienda;
- d) rissa nello stabilimento fuori dei reparti di lavorazione;

- e) abbandono del posto di lavoro da parte del personale a cui siano specificatamente affidate mansioni di sorveglianza, custodia, controllo, fuori dei casi previsti al punto e) della seguente lett. B);
- f) assenze ingiustificate prolungate oltre 4 giorni consecutivi o assenze ripetute per tre volte in un anno nel giorno seguente alle festività o alle ferie;
- g) condanna ad una pena detentiva comminata al lavoratore, con sentenza passata in giudicato, per azione commessa non in connessione con lo svolgimento del rapporto di lavoro, che leda la figura morale del lavoratore;
- h) recidiva in qualunque delle mancanze contemplate nell'art. 9, quando siano stati comminati due provvedimenti di sospensione di cui all'art. 9, salvo quanto disposto dall'ultimo comma dell'art. 8.

B) Licenziamento senza preavviso (GIUSTA CAUSA)

In tale provvedimento incorre il lavoratore che provochi all'azienda grave nocumento morale o materiale o che compia, in connessione con lo svolgimento del rapporto di lavoro, azioni che costituiscono delitto a termine di legge.

A titolo indicativo rientrano nelle infrazioni di cui sopra:

- a) grave insubordinazione ai superiori;
- b) furto nell'azienda;
- c) trafugamento di schizzi o di disegni di macchine e di utensili o di altri oggetti, o documenti dell'azienda;
- d) danneggiamento volontario al materiale dell'azienda o al materiale di lavorazione;
- e) abbandono del posto di lavoro da cui possa derivare pregiudizio alla incolumità delle persone od alla sicurezza degli impianti o comunque compimento di azioni che implicino gli stessi pregiudizi;
- f) fumare dove ciò può provocare pregiudizio alla incolumità delle persone od alla sicurezza degli impianti;
- g) esecuzione senza permesso di lavori nell'azienda per conto proprio o di terzi, di non lieve entità e/o con l'impiego di materiale dell'azienda;
- h) rissa nell'interno dei reparti di lavorazione.

Articolo 9

Ammonizioni scritte, multe e
sospensioni

...(omissis) c)compia lieve
insubordinazione nei confronti
dei superiori; ...(omissis)

e)per disattenzione o
negligenza guasti il materiale
dello stabilimento o il materiale
in lavorazione; ...(omissis)

i) esegua entro l'officina
dell'azienda lavori di lieve entità
per conto proprio o di terzi,
fuori dell'orario di lavoro e
senza sottrazione di materiale
dell'azienda, con uso di
attrezzature dell'azienda stessa;

Articolo 10

Licenziamenti per mancanze

A) Licenziamento con preavviso

...(omissis)

a)insubordinazione ai
superiori;

b) sensibile danneggiamento
colposo al materiale dello
stabilimento o al materiale di
lavorazione;

c) esecuzione senza permesso
di lavori nell'azienda per conto
proprio o di terzi, di lieve entità
senza impiego di materiale
dell'azienda;

d) rissa nello stabilimento fuori
dei reparti di lavorazione;

Articolo 10

B) Licenziamento senza
preavviso

a) grave insubordinazione
ai superiori;

d) danneggiamento
volontario al materiale
dell'azienda o al
materiale di lavorazione;

g) esecuzione senza
permesso di lavori
nell'azienda per conto
proprio o di terzi, di non
lieve entità e/o con
l'impiego di materiale
dell'azienda;

h) rissa nell'interno dei
reparti di lavorazione.

MODALITÀ DI ESERCIZIO DEL POTERE DI CONTROLLO

CONTROLLO DIRETTO DEL DATORE DI LAVORO

- Ai sensi dell'art. 4 applicabile all'interno dei locali aziendali dal datore di lavoro o suoi subalterni (limiti sostanziali e procedurali)

CONTROLLI DIFENSIVI

- Controlli effettuabili ex post dal datore di lavoro (quindi dopo aver avuto notizia dell'illecito). Non rientra in questi l'adempimento o inadempimento della prestazione lavorativa in quanto è una categoria sui generis di «illecito disciplinare»

UTILIZZO DI AGENZIE INVESTIGATIVE

- Le agenzie investigative possono essere utilizzate per l'accertamento di illeciti al di fuori dei locali aziendali. Secondo la Cass 2022 non possono essere utilizzate nemmeno all'esterno per verificare l'inadempimento della prestazione lavorativa. In quanto il controllo di tale illecito sui generis è di appannaggio solo del datore di lavoro

SUL POTERE DI CONTROLLO

CORTE DI CASSAZIONE
N. 20613 DEL 22.11.2012
N. 9576 DEL 14.7.2001



«Le norme di cui alla l. 20 maggio 1970, n. 300, artt. 2 e 3, che garantiscono la libertà e la dignità del lavoratore, non escludono il potere dell'imprenditore di controllare, direttamente o mediante la propria organizzazione – adibendo quindi a mansioni di vigilanza determinate categorie di prestatori d'opera, anche se privi di licenza prefettizia di guardia giurata, ai fini della tutela del proprio patrimonio mobiliare ed immobiliare, all'interno dell'azienda – mancanze specifiche dei dipendenti già commesse o in corso di esecuzione.»

«Ciò senza che tale potere subisca deroghe in relazione alla normativa in materia di pubblica sicurezza ed indipendentemente dalla modalità del controllo, che può legittimamente avvenire anche occultamente, non ostandovi né il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione dei rapporti, né il divieto di cui alla citata l. 300 del 1970, art. 4, che riguarda esclusivamente l'uso di apparecchiature per il controllo a distanza e non e' applicabile analogicamente, poiché penalmente sanzionato.»

(In base ai suddetti principi la corte ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto legittimi i controlli effettuati da una banca tramite alcuni clienti appositamente contattati, diretti a verificare la regolarità del comportamento di una cassiera).

«Ancora prima, in un caso analogo al presente, si era affermato (cass. Sez. Lav. N. 10761 del 3.11.1997) che lo “statuto dei lavoratori, e specificamente i suoi artt. 2, 3 e 4, lungi dall’eliminare il potere di controllo attribuito al datore di lavoro dal codice civile, ne ha disciplinato le modalità di esercizio, privando la funzione di vigilanza dell’impresa degli aspetti più “polizieschi”.

In particolare, non può contestarsi la legittimità dei controlli posti in essere da dipendenti di un’agenzia investigativa i quali, operando come normali clienti di un esercizio commerciale e limitandosi a presentare alla cassa la merce acquistata ed a pagare il relativo prezzo, verificano la mancata registrazione della vendita e l’appropriazione della somma incassata da parte dell’addetto alla cassa.»

CONTROLLI PER

**Sospettato
assenteismo**

**Accertamento di
secondo lavoro**

**Realizzazione di illeciti da
parte dei lavoratori che
esulano dall'attività
lavorativa anche se
commessi nel corso della
stessa**

**Realizzazione di illeciti da
parte dei lavoratori che
esulano dall'attività
lavorativa anche se
commessi nel corso della
stessa**

COME PUO' UN DATORE DI LAVORO ACCERTARE LA COMMISSIONE DELL'INFRAZIONE

prescindendo in questa sede da un'analisi dell'esercizio del potere di controllo, ci soffermiamo sulla tipologia di controlli di matrice giurisprudenziale e che ancora oggi sono argomento di un dibattito che talvolta pregiudica anche l'esercizio del potere disciplinare.

DEFINIZIONI
GIURISPRUDENZIALI

CONTROLLI
DIFENSIVI

- controlli finalizzati all'accertamento di comportamenti illeciti diversi dal mero inadempimento della prestazione lavorativa (Cass. 4746/2002, Cass. 2722/2012)
- controlli ammessi nel caso di già accertato verificarsi dell'illecito, ma anche in ragione del solo sospetto o della mera ipotesi che tali illeciti siano in corso di esecuzione (Cass. 4984/2014);
- per giurisprudenza maggioritaria, preferibilmente ammissibili i controlli ex post a fronte della sussistenza di elementi indiziari circa la commissione di illecito (da ultimo Cass. 13266/2018);
- controlli da realizzarsi con modalità non eccessivamente invasive e rispettose delle garanzie di libertà e dignità dei dipendenti (Cass. 10955/2015).

CASSAZIONE
22 SETTEMBRE 2021
N. 25732

PRIMO INTERVENTO DELLA CORTE SUI C.D. CONTROLLI DIFENSIVI, NELLA PROSPETTIVA DELLA NUOVA DISCIPLINA DEI CONTROLLI A DISTANZA DEI LAVORATORI

FATTO: Una lavoratrice aveva impugnato il proprio licenziamento in tronco motivato dal fatto che, in un accesso al suo computer aziendale, era stata rilevata la presenza di numerosi siti scaricati per ragioni private, tra i quali, inoltre, uno conteneva un virus che aveva infettato tutta la rete del sistema informatico aziendale. Il giudizio poneva per la prima volta, alla luce del nuovo testo dell'art. 4 S.L., il tema della legittimità dei c.d. controlli difensivi, che tradizionalmente la giurisprudenza aveva individuato in quelli diretti ad accertare, normalmente ex post, comportamenti dei lavoratori illeciti e lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale

«sono consentiti i controlli anche tecnologici posti in essere dal datore di lavoro finalizzati alla tutela di beni estranei al rapporto di lavoro o ad evitare comportamenti illeciti, in presenza di un fondato sospetto circa la commissione di un illecito, purché sia assicurato un corretto bilanciamento tra le esigenze di protezione di interessi e beni aziendali, correlate alla libertà di iniziativa economica, rispetto alle imprescindibili tutele della libertà e della riservatezza del lavoratore, sempre che il controllo riguardi dati acquisiti successivamente all'insorgere del sospetto. Non ricorrendo le condizioni suddette la verifica della utilizzabilità a fini disciplinari dei dati raccolti dal datore di lavoro andrà condotta alla stregua della L. n. 300 del 1970, art. 4, in particolare dei suoi commi 2 e 3».

**MA PER EFFETTUARE I CONTROLLI
IL DATORE DI LAVORO PUO' SERVIRSI DELLE AGENZIE INVESTIGATIVE?**

Non vi sono dubbi circa la sussistenza del diritto dei datori di lavoro di conferire incarichi investigativi per la raccolta di elementi probatori da utilizzare in procedimenti civili non solo innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria ma anche innanzi a collegi arbitrali o in sede conciliativa nonché per i procedimenti penali seppure in tal caso conserveranno una mera valenza interna difensiva e non potranno essere prodotti in giudizio (legge 397/2000).

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE N.25287/2022

FATTO

Il dipendente impugna giudizialmente il licenziamento irrogatogli per essersi allontanato dalla sede di adibizione, in orario lavorativo, per compiti estranei al suo inquadramento professionale, nello specifico il lavoratore stava svolgendo attività fisica presso una palestra. Di fatto, l'attività investigativa concerneva una violazione commessa da una collega del ricorrente. Solo incidentalmente, nell'ambito, quindi, di un diverso –ed indiscusso – esercizio del potere di controllo il datore di lavoro veniva a conoscenza dell'inadempimento del ricorrente.

La Corte d'Appello rigetta la predetta domanda, ritenendo legittimi i controlli effettuati dalla banca datrice mediante agenzia investigativa, sul presupposto che il rapporto di lavoro intercorrente tra le parti richiedeva un più rigoroso rispetto dell'obbligo di fedeltà e dei correlati canoni di diligenza e correttezza.

PRINCIPIO

La Corte afferma che il datore di lavoro può “ricorrere alla collaborazione di soggetti esterni, ancorchè il controllo non possa 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, all'attività lavorativa, che è sottratta a tale vigilanza” in quanto di appannaggio diretto del datore di lavoro e dei suoi collaboratori. In altre parole, la Corte ritiene che poiché il fatto si verificava durante l'orario di lavoro del ricorrente, la vigilanza sullo stesso doveva essere condotta esclusivamente dal datore di lavoro e non dalla vigilanza, in quanto riconducibile ad un controllo dell'espletamento dell'attività lavorativa.

Il lavoratore si vedeva rigettare, tanto in primo grado quanto in secondo grado, l'impugnazione del licenziamento disciplinare intimatogli. Allo stesso, in particolare, veniva contestato l'aver svolto in orario di lavoro **attività non attinenti alla sua attività professionale** (come recarsi in supermercati, palestre, distanti anche decine di chilometri dal luogo di lavoro). L'indagine, volta ad accertare tali attività, era stata svolta da investigatori privati su incarico del datore di lavoro, finalizzata a verificare il **sospetto di abuso di permessi ex Legge 104**.



Contro la decisione della Corte d'Appello il lavoratore ricorreva in Cassazione, sostenendo che il controllo mediante agenzia investigativa esterna sia da considerarsi lecito solo laddove non travalichi i limiti di cui all'art. 3 Stat. Lav., che rimette i controlli relativi all'adempimento della prestazione lavorativa al datore di lavoro e ai suoi collaboratori. In particolare, nel caso di specie, il controllo degli investigatori esterni si era esplicito in merito alla **verifica analitica delle modalità di svolgimento delle modalità di svolgimento della prestazione**

La Cassazione si è dunque limitata a ritenere illegittimo, nel caso di specie, l'utilizzo delle agenzie investigative, poiché il fatto si verificava durante l'orario di lavoro del ricorrente e pertanto il controllo sarebbe dovuto essere stato espletato direttamente dal datore di lavoro piuttosto che dalla vigilanza (come di fatto è accaduto).

La Corte, dunque, ritiene che il datore di lavoro possa affidare le attività di controllo ai soggetti esterni (agenzie investigative), ma solo laddove le stesse non riguardino l'adempimento delle obbligazioni contrattuali del lavoratore.

Dunque, è ammesso l'intervento di agenzie investigative **al solo fine di accertare l'avvenuta perpetrazione di illeciti non riconducibili al mero inadempimento dell'obbligazione lavorativa.**

La Suprema Corte, relativamente agli artt. 2 e 3 dello Statuto del Lavoratore, ha affermato comunque che:

«essi non precludono il potere dell'imprenditore di ricorrere alla collaborazione di soggetti esterni, ancorché il controllo non possa 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 a tale vigilanza»

La Corte ritiene inoltre che:

«Ne resta giustificato l'intervento, pertanto, solo per l'avvenuta perpetrazione di illeciti e l'esigenza di verificarne il contenuto, anche laddove vi sia un sospetto o la mera ipotesi che illeciti siano in corso di esecuzione (v. Cass. n. 3590 del 2011; Cass. n. 15867 del 2017)».

SULLA FORMA SCRITTA DELLA SANZIONE DISCIPLINARE

La Corte di **Cassazione**, con l'**Ordinanza n. 26532 dell'8 settembre 2022**, ha dichiarato la **nullità del licenziamento** del lavoratore dipendente **comunicato durante una riunione**, la cui **forma scritta** viene **provata per testimoni**.

I giudici hanno evidenziato che il **potere del giudice di ammettere d'ufficio ogni mezzo di prova non può essere riferito ai requisiti legali *ad substantiam*** dell'atto o contratto.

IL CASO

La Corte d'Appello di Firenze confermava la sentenza di primo grado dichiarativa dell'inefficacia del licenziamento intimato in forma orale ad una lavoratrice, la cui la società datrice non aveva provato di avere adempiuto con la forma scritta richiesta ad substantiam, e non essendo ammissibile la prova testimoniale sul punto.

La Corte osservava, in particolare che, in fatto, non era controverso che la lavoratrice, inquadrata come dirigente, fosse stata licenziata in occasione di una riunione tenutasi nei locali aziendali, alla presenza dell'amministratore delegato e di due dipendenti, essendo invece controverse la forma scritta del recesso datoriale e la modalità della sua comunicazione; applicando i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 11479/2015), i giudici del gravame rilevavano che, qualora a monte sia contestato che al momento dell'estromissione il lavoratore abbia ricevuto la consegna di una lettera di licenziamento, tale modalità di comunicazione non può essere oggetto di prova orale perché, altrimenti, la testimonianza conterrebbe inevitabilmente al suo interno la prova orale dell'esistenza scritta di un atto per il quale la forma è richiesta ad substantiam, e che il divieto di prova orale stabilito dall'art. 2725 c.c. su atti di cui la legge prevede la forma scritta a pena di nullità non è superabile con l'esercizio dei poteri istruttori del giudice del lavoro.

Avverso la sentenza la società ha proposto ricorso per cassazione.

LA DECISIONE DELLA CORTE

La Corte di Cassazione ha ritenuto inammissibile il ricorso, giudicando la sentenza impugnata conforme ai principi giurisprudenziali consolidati in materia, secondo cui ex art. 2725 cpv. c.c. non è consentita la prova testimoniale di un contratto (o di un atto unilaterale, ex art. 1324 c.c.) di cui la legge preveda la forma scritta a pena di nullità se non nel caso indicato dall' art. 2724 n. 3 c.c., vale a dire quando il documento sia andato perduto senza colpa; tale divieto di testimonianza ne importa inammissibilità rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado né lo stesso è superabile ex art. 421 co. 2°, prima parte, c.c., atteso che esso, nell'attribuire al giudice del lavoro il potere di ammettere d'ufficio ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, si riferisce non ai requisiti di forma previsti (ad substantiam o ad probationem) per alcuni tipi di contratti, ma ai limiti fissati alla prova testimoniale, in via generale, dagli artt. 2721, 2722 e 2723

C.C.;

a tal fine, come posto in evidenza dal Collegio, non può supplire il documento prodotto dalla società e consistente in una lettera di licenziamento, quando di tale documento non risulta la data certa di redazione in epoca anteriore o coeva all'estromissione del lavoratore, né la data potrebbe essere quella riferita dai testi, perché in tal modo si aggirerebbe surrettiziamente il richiamato divieto di prova testimoniale di cui all'art. 2725 cpv. c.c.. Per le suesposte ragioni i Giudici di legittimità hanno concluso che, nel caso di specie, non potendosi provare in via testimoniale la controversa comunicazione per iscritto del licenziamento, lo stesso deve ritenersi nullo per difetto della forma prevista ex lege.

ULTIMO ED EVENTUALE STEP DELL'ESERCIZIO DEL POTERE DISCIPLINARE: INTERVENTI GIURISPRUDENZIALI IN MERITO AL REGIME SANZIONATORIO

Sanzioni per il datore di lavoro in caso di licenziamento disciplinare illegittimo

	Art. 18 Statuto dei Lavoratori (modificato l. Fornero)	Jobs Act d.lgs. 23/2015
Insussistenza del fatto materiale	reintegrazione nel posto di lavoro + indennità risarcitoria pari a un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto	reintegra nel posto di lavoro + condanna al risarcimento danni quantificato in un'indennità rapportata a 2 mensilità per ogni anno di servizio e comunque inferiore a 12 mensilità
Non ricorrono gli estremi per il licenziamento (valutazione di proporzionalità)	Riassunzione entro 3 giorni o indennità risarcitoria compresa tra le 12 e 24 mensilità	risarcimento danni quantificato in un'indennità rapportata a 2 mensilità per ogni anno di servizio e comunque non inferiore a 6 mensilità e non superiore a 36

ART. 18 ST. LAVORATORI. INSUSSISTENZA DELL'ILLICEITÀ DEL FATTO O DEL FATTO MATERIALE?

Corte di Cassazione
6 novembre 2014 n. 23669

La Suprema Corte si è pronunciata a favore della tesi del fatto in senso materiale, escludendo altresì dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato.

Tale pronuncia, pur dando luogo a valutazioni critiche, ha evidentemente influenzato i tecnici che stavano elaborando il d. lgs. n. 23/2015, attuativo della legge delega 183/2014, con cui si è introdotto nel nostro ordinamento il **c.d. contratto a tutele crescenti**.

Corte di Cassazione
13 ottobre 2015
nn. 20540 e 20545

Il 13 ottobre 2015, la Corte di cassazione è tornata nuovamente a pronunciarsi sul tema con ben due sentenze: la n. 20540/2015 e la n. 20545/2015

Sentenza 20540/2015

Il caso affrontato dalla prima decisione riguarda il comportamento, definito persecutorio e vendicativo, di una dipendente nei confronti dell'amministratore delegato: la Corte ha osservato che: *«non è plausibile che il Legislatore, parlando di "insussistenza del fatto contestato", abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione»* ed ha chiaramente concluso che «la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla reintegrazione».

Sentenza 20545/2015

Il caso affrontato dalla seconda decisione si riferisce ad un lavoratore licenziato per aver inserito nel sito internet e nel profilo Facebook di un'impresa di ristorazione dei numeri telefonici e di fax assegnatigli dalla datrice di lavoro, indicando la stessa come cliente dell'impresa. Premesso che la società aveva contestato al dipendente di aver posto in essere comportamenti che le avrebbero arrecato un *«grave nocumento materiale e morale»*, la Corte ha statuito che, poiché *«tale nocumento grave è parte integrante della fattispecie di illecito disciplinare in questione»*, allora l'accertamento della sua mancanza determina l'insussistenza del fatto.

SUL CRITERIO DELL'ANZIANITA' DI SERVIZIO INTRODOTTO DAL JOBS ACT

Corte Costituzionale
Sentenza n. 194/2018

In conseguenza della declaratoria di parziale incostituzionalità dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, il giudice - nel rispetto del limite minimo (quattro, elevate a sei, mensilità) e del limite massimo (ventiquattro, elevate a trentasei, mensilità) entro i quali va determinata l'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato - terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio (quale criterio prescritto dall'art. 1, comma 7, lett. c, della legge delega n. 184 del 2013 e al quale è ispirato il disegno riformatore del d.lgs. n. 23 del 2015) nonché degli altri criteri desumibili in chiave sistematica dall'evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti).