

Facebook e rapporto di lavoro: nuove frontiere per i comportamenti extra-lavorativi

di Paola Salazar e Luca Failla

Traendo spunto dalla Sentenza della Cass. 1° febbraio 2019, n. 3133 il presente contributo ripercorre l'evoluzione avuta dalla giurisprudenza negli ultimi anni in tema di conseguenze derivanti dall'uso dei *social network* quando tale comportamento influisce sul rapporto di lavoro. Da un lato la necessaria evoluzione dell'obbligo di diligenza nell'esecuzione della prestazione lavorativa - e le conseguenze sul piano della continuità o meno del rapporto di lavoro - e, dall'altro l'evoluzione del diritto e delle regole di condotta nel contesto dell'organizzazione dell'impresa anche alla luce del nuovo art. 4, L. n. 300/1970 e dell'entrata in vigore del Reg. UE n. 679/2016 (GDPR).

Supreme Court 1 February 2019, n. 3133 principals allow us to resume the jurisprudence evolution with regard to the diligence and obedience in the performance of the employment relationship, also in terms of consequences deriving from the use of social networks at work. The monitoring of employees in Italy has always been a delicate subject, especially when one takes into consideration Privacy Law. This article takes into account the evolution of the matter and new codes of conduct at work also in the light of the new art 4, Law n. 300/1970 and EU Reg. No. 679/2016 (GDPR).

Premessa

Una recente decisione della Corte di cassazione **Cass., Sez. lav., 1° febbraio 2019, n. 3133**, fornisce alcuni utili spunti di riflessione sull'evoluzione che negli ultimi anni ha avuto la materia del diritto del lavoro in relazione all'uso delle nuove tecnologie tra cui soprattutto i *Social Network* come *Facebook* e *Whatsapp*. Queste due diverse piattaforme stanno avendo una diversa e contrapposta caratterizzazione sul piano della gestione del rapporto di lavoro qualificandosi giuridicamente, il **primo** come strumento rilevante per interpretare le possibili conseguenze sul rapporto di lavoro di un comportamento - individuale e privato - solitamente estraneo al rapporto di lavoro, ma suscettibile di determinare in alcuni casi conseguenze sullo stesso (Cfr. in questa stessa Rivista, *Facebook e rapporto di lavoro: quale confine per l'obbligo di fedeltà*, 2015, 3; *Facebook e licenziamento per giusta causa: quando si travalicano i limiti del privato influendo sul rapporto di lavoro*, 2015, 8-9), il **secondo** come strumento ipoteticamente idoneo a formalizzare un atto di recesso (cfr. Tribunale di Catania 27 giugno 2017, in *Quotidiano Giuridico*, 20 luglio 2017) oppure ad attenuare e depotenziare l'esercizio del potere disciplinare (cfr. Tribunale di Parma 7 gennaio 2019, n. 237).

Entrambe le piattaforme coinvolgono aspetti nuovi di gestione del rapporto di lavoro che hanno un importante impatto sull'applicazione di alcune norme di diritto del lavoro e, nello specifico, di quelle norme che trovano una primaria applicazione quando siano coinvolti gli strumenti di lavoro in dotazione al lavoratore dipendente. Ci si riferisce in primo luogo all'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, riformato dal Jobs Act, ma anche alla disciplina in materia di Privacy che ha ricevuto nuovo impulso e caratterizzazione specifica anche nell'ambito del rapporto di lavoro dopo l'entrata in vigore del Reg. UE n. 679/2016 (GDPR). Disciplina che, per quanto ci occupa in questa sede, rafforza i limiti che nella gestione del rapporto di lavoro sono dettati proprio dallo Statuto dei lavoratori (artt. 1, 4 e 8).

Il nuovo testo dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori ha adottato, nella sua nuova struttura normativa, un meccanismo di bilanciamento tra la necessità di far cadere alcune rigidità proprie della vecchia formulazione della norma, soprattutto se viste in collegamento con la diffusione e l'uso della tecnologia nel normale svolgimento della prestazione lavorativa e la potenziale raccolta di dati derivante dall'uso della stessa tecnologia, utilizzabili eventualmente anche a fini disciplinari. In questo ambito la norma, nel testo novellato, ha voluto operare una distinzione fondamentale tra **strumenti e apparecchi di controllo** in senso stretto (di solito le apparecchiature fisse, quali le telecamere di sorveglianza, ma secondo il Garante privacy anche i dispositivi di localizzazione GPS su cui v. il Provv. n. 232/2018 e il Provv. n. 396/2018) per i quali continua ad essere richiesto l'accordo sindacale o l'autorizzazione amministrativa

per la loro installazione e gli **strumenti di lavoro in dotazione per i quali vengono in considerazione due diversi profili di analisi giuridica.**

Da un lato l'obbligo di correttezza nell'uso degli strumenti di lavoro ordinariamente scaturente dal rapporto contrattuale di lavoro - regolato attraverso le policy e i regolamenti interni - e dall'altro un sempre più marcato orientamento rivolto a rendere possibile al datore di lavoro - purché nel rispetto della privacy - l'uso delle informazioni tratte dagli strumenti di lavoro, proprio perché si tratta non di strumenti personali ma di strumenti necessari a rendere la prestazione lavorativa (v. **Nota Ministero Lavoro 18 giugno 2015**).

In questo ambito appare non sempre facile identificare quali siano gli spazi di manovra per una azienda per garantire da un lato il fondamentale rispetto delle regole alla base del rapporto di lavoro e, dall'altro, il rispetto dei principi in materia di tutela della privacy se - come è già avvenuto e come la legge e la stessa autorità Garante della Privacy ricordano da tempo - il datore di lavoro deve adoperare grande attenzione nell'uso delle informazioni che possono essere tratte dagli strumenti di lavoro.

E qui si entra in un campo a lungo dibattuto da parte della giurisprudenza del lavoro in questi anni.

Ossia la rilevanza che alcuni comportamenti extra-lavorativi possono avere sulla corretta e diligente esecuzione della prestazione lavorativa. Ambito che, anche grazie alla tecnologia e all'ormai diffuso uso dei *Social Network* ha portato nuove fattispecie nelle aule di Tribunale, dove sono state analizzati comportamenti posti in essere dal lavoratore nella propria sfera privata, coinvolgenti direttamente o indirettamente anche la sua posizione lavorativa. Come nel caso portato innanzi **la Corte di Cassazione con la sentenza 27 aprile 2018, n. 10280 e Cass. Pen., Sez. V 3 maggio 2018, n. 40083, Cass. Pen., Sez. V 14 novembre 2016, n. 4873** nelle quali si afferma che *Facebook* ha delle potenzialità diffamatorie e, per tale ragione, la pubblicazione di post coinvolgenti il datore di lavoro può portare al legittimo esercizio del potere disciplinare, oppure **Cass., Sez. lav., ord. 10 settembre 2018, n. 21965** nella quale si afferma invece che le *chat* di un gruppo *Facebook* composto da una pluralità di soggetti (nel caso *de quo*, gli iscritti al sindacato) recanti parole offensive e/o denigratorie nei confronti dell'amministratore delegato della società datrice di lavoro non integrano una fattispecie di diffamazione, quindi non potrebbero portare al licenziamento o più di recente **Cass., Sez. lav., 1° febbraio 2019, n. 3133** nella quale si è arrivati a statuire che un numero eccessivo di accessi alla propria pagina *Facebook* (circa 6.000 nell'arco di 18 mesi) da parte di un lavoratore durante l'orario di lavoro, può portare al licenziamento.

In quest'ultimo caso, il vero elemento dirimente in termini di legittimità del provvedimento espulsivo, non è tanto l'uso dello strumento di lavoro e, quindi, la legittimità o meno dei dati raccolti attraverso di esso (che coinvolgerebbe l'art. 4 Stat. lav. e la materia della Privacy), quanto proprio la **rilevanza dei comportamenti privati per la violazione diretta dell'obbligo di diligenza che scaturisce dal rapporto contrattuale di lavoro**. In altre circostanze, invece, è l'indiretta influenza del comportamento sul rapporto di lavoro a venire in considerazione (contra cfr. Tribunale di Parma 7 gennaio 2019, n. 237). È in quest'ultima direzione che si è mossa la giurisprudenza negli ultimi anni, in alcuni casi anche legittimando la creazione di un profilo *Facebook* da parte dell'azienda finalizzato a creare occasione per verificare concretamente il corretto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro (cfr. **Cass., Sez. lav., 27 maggio 2015, n. 10955**). La decisione è stata in questi anni ampiamente commentata (in questa *Rivista*, 2015, 8-9, 848; *Dir. prat. lav.*, 2016, 10, 675) soprattutto con riferimento alla circostanza relativa alla creazione di un "falso" profilo *Facebook* finalizzato proprio a consentire di vedere la pagina del lavoratore. Tuttavia, quello che è emerso da essa in modo significativo - e ciò è comune ad altre decisioni - è il fatto che all'interno di un contesto organizzato - quale è l'impresa - i comportamenti privati, confinati in passato nella sola sfera extra-lavorativa e generalmente irrilevanti - salvo eccezioni (**Trib. Ivrea 28 gennaio 2015, n. 1008, ord.**, in questa *Rivista*, 2015, 8-9) - possono oggi avere rilevanza e assurgere a fattori di valutazione degli obblighi nascenti dal rapporto di lavoro determinando, per modalità di esecuzione o per contenuti, precise conseguenze.

In molte aziende stanno iniziando a diffondersi codici di comportamento e di buone pratiche finalizzati ad un uso corretto non solo degli strumenti di lavoro ma attraverso essi dei *Social Network* (come già fatto in passato dal Ministero della Giustizia per il personale dell'Amministrazione penitenziaria con la Circ. 20 febbraio 2011) contenenti non solo regole di base relative alla creazione e gestione del profilo ma anche regole di comportamento legate proprio alla visibilità del profilo e alle potenzialità legate alla diffusione attraverso esso di valutazioni, dichiarazioni, commenti che riguardino il posto di lavoro o, peggio, dati o informazioni relative al lavoro e/o acquisite durante il lavoro. E ciò considerando che alcune informazioni o commenti diffusi attraverso i *Social* possono influire sulla costruzione (o distruzione) nel tempo della reputazione, individuale e aziendale.

La casistica sul tema comincia ad ampliarsi (recentemente la Cassazione è intervenuta stabilendo che non è licenziabile il lavoratore che posta su *Twitter* contenuti denigratori

I limiti dei controlli difensivi e le nuove implicazioni in termini di privacy

pubblicati da altre testate - **Cass., Sez. lav., 30 gennaio 2019, n. 2679**) e testimonia l'evoluzione cui stiamo assistendo considerando come ad oggi, l'apertura delle realtà aziendali ad un trasversale ed ormai necessitato utilizzo della tecnologia e anche dei *Social Network* anche per finalità legate alla comunicazione istituzionale, determini inevitabilmente il sorgere di una serie di problematiche legate alla gestione del rapporto di lavoro nella ricerca di quel fondamentale punto di equilibrio tra la tutela della sfera individuale del lavoratore e l'interesse aziendale al rispetto del dovere di diligenza.

Sembra in ogni caso fermo l'approdo giurisprudenziale per cui, ai fini dell'indagine circa eventuali comportamenti illeciti realizzati dai dipendenti e capaci di ledere l'integrità del patrimonio aziendale, il soggetto datoriale possa ritenersi in certo qual modo liberato dal rispetto dei vincoli di cui all'art. 4 dello Statuto, purché nel rispetto dei fondamentali principi di continenza e buona fede contrattuale.

Dopo la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori avvenuta ad opera dell'art. 23 del D.Lgs. n. 151/2015 e sue successive integrazioni e modifiche, negli orientamenti giurisprudenziali continua ad emergere con particolare vigore che le modalità di controllo attuate con strumenti informatici che provvedano in modo occulto alla raccolta di dati, non possono quasi mai rientrare tra i controlli preterintenzionali "difensivi", ammessi nel vecchio come nel nuovo regime per le finalità connesse con esigenze organizzative ovvero di tutela del patrimonio aziendale o per ragioni di sicurezza (**Cass., Sez. lav., 9 settembre 2016, n. 18302; Cass., Sez. lav., 2 maggio 2017, n. 10637**). Si afferma in buona sostanza che, se per l'esigenza di evitare attività illecite o per motivi organizzativi o produttivi, possono essere installati impianti ed apparecchiature di controllo dai quali possano essere ricavati anche dati relativi all'attività lavorativa dei lavoratori, è tuttavia possibile utilizzare tali dati solo in presenza delle garanzie derivanti dall'accordo sindacale o dalla procedura di autorizzazione amministrativa previsti dalla legge. In mancanza, si realizza in ogni caso una forma di controllo a distanza, vietato, perché lesivo della dignità del lavoratore, in violazione delle disposizioni dell'art. 8, L. n. 300/1970. Ciò coerentemente - peraltro - con gli orientamenti espressi in questi anni dal Garante della Privacy, sempre molto restrittivi, soprattutto alla luce delle potenzialità di controllo occulto derivanti dai nuovi strumenti tecnologici (**Provvedimento 13 luglio 2016, n. 303 su cui v. infra**). In pratica, continua a trovare affermazione il principio per cui l'art. 4 L. n. 300/1970 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, sul presupposto che la vigilanza sul lavoro, ancorché necessaria all'organizzazione produttiva e alla tutela del patrimonio aziendale vada mantenuta in una dimensione umana e cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua ed anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro (**Cass., Sez. lav., 8 novembre 2016, n. 22662**). Dello stesso avviso anche **Cass. Pen. 6 dicembre 2016, n. 51897** la quale afferma che "con la rimodulazione dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, è solo apparentemente venuto meno il divieto esplicito di controlli a distanza, nel senso che il superamento del divieto generale di detto controllo non può essere predicato sulla base della mancanza nel nuovo art. 4, di una indicazione espressa (com'era al comma 1 del previgente art. 4) di un divieto generale di controllo a distanza sull'attività del lavoratore, avendo la nuova formulazione solamente adeguato l'impianto normativo alle sopravvenute innovazioni tecnologiche e, quindi, mantenuto fermo il divieto di controllare la sola prestazione lavorativa dei dipendenti, posto che l'uso di impianti audiovisivi e di altri strumenti di controllo può essere giustificato 'esclusivamente' a determinati fini, che sono '*numerus clausus*' (cioè per esigenze organizzative e produttive; per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale) e alle condizioni normativamente indicate, sicché residua un regime protezionistico diretto a salvaguardare la dignità e la riservatezza dei lavoratori, la cui tutela rimane primaria nell'assetto ordinamentale e costituzionale seppur bilanciabile sotto il profilo degli interessi giuridicamente rilevanti con le esigenze produttive ed organizzative o della sicurezza sul lavoro".

Ma la rilevanza diretta e indiretta del riformato art. 4 per quanto ci occupa in questa sede si ferma qui.

Assume da questo punto di vista particolare rilevanza l'entrata in vigore del Reg. UE n. 679/2016 (GDPR). Per quanto riguarda il **rapporto di lavoro** l'aspetto di maggiore rilevanza pratica - in un'ottica di bilanciamento di interessi (quello preso in considerazione anche dallo Statuto dei Lavoratori) - è costituito dal richiamo espresso ai principi di **liceità** (art. 6 del GDPR) e **trasparenza** che scaturiscono direttamente dal rapporto contrattuale di lavoro e che sostengono da un lato la raccolta dei dati (anche sensibili o particolari, come previsti dall'art. 9 del GDPR) e il relativo **consenso** e, dall'altro, la necessità del loro **trattamento** e della loro **conservazione** (purché l'interessato ne sia stato opportunamente informato).

Ed è proprio il principio di **trasparenza** ad essere il criterio portante di tutta la nuova disciplina. In attuazione di tale principio è infatti necessario che le informazioni relative al trattamento dei dati siano facilmente accessibili, di facile lettura e di facile interpretazione al fine di far comprendere all'interessato la finalità del trattamento (necessaria nell'ambito del rapporto di lavoro), le garanzie relative alla tutela del dato (e al suo possibile uso nell'ambito della gestione del rapporto di lavoro, sempre con riferimento a quel necessario bilanciamento di interessi che costituisce la base giuridica del trattamento in molti aspetti del rapporto di lavoro) nonché il periodo di conservazione del dato (necessario per le finalità di gestione del rapporto di lavoro e per adempiere agli obblighi di tenuta e conservazione dei libri e dei documenti contabili relativi al rapporto di lavoro che incombono nei confronti degli enti previdenziali e delle autorità amministrative e fiscali). A tal fine, **il consenso dell'interessato - tracciabile** - come disciplinato dall'art. 7 del GDPR, costituisce condizione fondamentale per il lecito **trattamento dei dati personali**. Consenso che accede necessariamente all'altro fondamentale adempimento che tradizionalmente accompagna la costituzione del rapporto di lavoro, ossia l'informativa, ora prevista dall'art. 13 del GDPR.

A tale fine, la **chiarezza delle informazioni** - soprattutto con riguardo ai diritti esercitabili dall'interessato ma soprattutto la concreta possibilità di accesso ai dati attuata attraverso la regolamentazione interna (si pensi proprio alle Policy privacy e riservatezza, a quelle IT e uso degli strumenti aziendali, al Codice Etico aziendale) costituiscono elementi fondamentali per la libera prestazione del consenso da parte dell'interessato sia con riguardo alla fase di assunzione, sia per la successiva fase di gestione del rapporto di lavoro, rilevante per la valutazione dei comportamenti - anche extra-lavorativi - posti in essere dal lavoratore proprio attraverso l'uso degli strumenti di lavoro in dotazione (si pensi ai PC portatili e alla telefonia mobile).

Interessante da questo punto di vista risulta **Cass., Sez. lav., 15 giugno 2017, n. 14862**. La Suprema Corte di Cassazione ha sancito la legittimità del licenziamento intimato ad un dipendente per abuso della connessione internet dal PC assegnatogli in dotazione dall'azienda.

Il lavoratore era stato sorpreso a navigare su internet dal computer aziendale per fini strettamente personali, non in modo sporadico od eccezionale ma, al contrario, in modo sistematico (27 connessioni, della durata complessiva di 45 ore nell'arco di circa due mesi). A fronte di tale condotta era stato licenziato e la decisione - riformata in Corte d'Appello e poi confermata in Cassazione - aveva ritenuto di valorizzare il profilo della intenzionalità e della reiterazione nell'utilizzo della strumentazione aziendale per fini strettamente personali.

Nell'impostazione dei giudici di legittimità, il dipendente avrebbe, infatti, *"realizzato un ampio ed indebito utilizzo dello strumento aziendale, contrario alle regole elementari del vivere comune"*.

La Corte ha inoltre osservato come l'obbligo di diligenza previsto dall'art. 2104 c.c. si sostanzi non solo nell'esecuzione della prestazione lavorativa secondo la particolare natura di essa (diligenza in senso tecnico), ma anche *"nell'esecuzione di quei comportamenti accessori che si rendano necessari in relazione all'interesse del datore di lavoro ad un'utile prestazione"*.

La pronuncia presenta due ulteriori e significativi profili di interesse.

La Suprema Corte, infatti, **in primo luogo**, ha chiarito come alcuna violazione della normativa sulla *Privacy* potesse ravvisarsi nel caso di specie, posto che la società si era limitata a verificare l'esistenza di accessi indebiti alla rete ed i relativi tempi di collegamento, senza compiere alcuna analisi dei siti visitati dal dipendente durante la navigazione o della tipologia dei dati scaricati.

I dettagli del traffico, peraltro, nella lettura della Corte non costituirebbero *"dati personali"*, non contenendo alcun riferimento alla persona dell'utente, alle sue scelte o attitudini politiche, religiose, culturali, sessuali, *"rimanendo confinati in una sfera estrinseca e quantitativa che è di per sé sovrapponibile, senza alcuna capacità di individuazione, ad un numero indistinto di utenti della rete"*.

In **secondo luogo**, i giudici di legittimità hanno affermato come nel caso di specie non si sarebbero configurati in alcun modo i presupposti del controllo a distanza della prestazione lavorativa di cui allo Statuto dei Lavoratori perché si trattava comunque di fattispecie estranea al campo di operatività dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori.

Anche il Garante della Privacy è intervenuto in questi anni a più riprese in questo ambito, affinando via via il proprio orientamento ma tenendo fermo l'obiettivo dato dal divieto di usare dispositivi che comunque possano influire sulla sfera privata.

Con il **Provvedimento n. 303 del 13 giugno 2016** il Garante ha vietato l'uso dei sistemi di tracciamento della navigazione internet di un Ateneo sulla base della possibilità che attraverso il MAC Address (Media Access Control Address), della *"interfaccia"* di rete di una postazione si potesse di fatto risalire comunque ad uno specifico dispositivo di rete e da questo all'identità del produttore, alla tipologia di dispositivo e, in taluni casi, anche risalire all'acquirente o utilizzatore dell'apparato. Afferma il Garante che il MAC Address è sostanzialmente

immodificabile e, date le caratteristiche (in particolare, la sua univocità su scala globale), consente di risalire, anche indirettamente, alla postazione corrispondente e di conseguenza all'utente che su di essa sta operando. Il Garante ha quindi ritenuto che il suo trattamento impone il rispetto della normativa sulla protezione dei dati personali e ne ha vietato l'utilizzo. L'elemento che condiziona la inutilizzabilità di tali dati, a parere del Garante Privacy, quando ad essere coinvolta è ad esempio la casella di posta elettronica (il primo strumento di lavoro ad aver influenzato l'evoluzione nei provvedimenti del Garante in questa materia) è la legittima aspettativa di confidenzialità della stessa accompagnata, però, dall'assenza di una corretta informazione sulle modalità di uso e di un possibile, conseguente controllo (cfr. sul punto le Linee Guida del Garante già risalenti al 2007 e i Provvedimenti 139/2011; 308/2011). Mentre, per la giurisprudenza è la raccolta da parte del datore di lavoro dei dati di navigazione mediante accesso al terminale in uso al dipendente, anziché mediante accesso a file di backup (analogamente a quanto avviene con riguardo all'uso non corretto del telefono aziendale) che renderebbe illegittimo il comportamento datoriale, ma in assenza di adeguate policy e regolamenti interni e, ricordiamolo, in base alla giurisprudenza anteriore alle modifiche dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori (cfr. sul punto Cass., Sez. lav., 23 febbraio 2010, n. 4375, sent., in *Not. giur. lav.*, 2010, 176).

Qualcosa in questo ambito sta iniziando a cambiare grazie anche all'influenza che su questa materia ha esercitato negli ultimi anni la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Il diritto riconosciuto al prestatore di lavoro di vedere rispettata la propria sfera privata (anche sul posto di lavoro) cede quando si faccia un uso improprio degli strumenti di lavoro (nel caso specifico la messaggistica Yahoo interna usata per finalità extra-lavorative e quindi correttamente sanzionata dal datore di lavoro (**Cedu 12 gennaio 2016**)).

In altra fattispecie La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo si è espressa sul caso riguardante il licenziamento per motivi disciplinari di un dipendente, accusato, da un'azienda rumena per la quale lavorava, di aver utilizzato sul posto di lavoro internet, telefono e fotocopiatrice per fini personali. La Corte afferma che è stato violato l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ovvero il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza. Infatti, le Autorità nazionali "non hanno protetto il diritto del dipendente", in particolare non hanno verificato **se fosse stato avvertito in anticipo** della possibilità che le proprie comunicazioni potessero essere sorvegliate e neanche hanno tenuto conto che non era stato informato della natura e della durata di questa sorveglianza e del grado di potenziale intrusione nella sua vita privata (**Cedu 5 settembre 2017**).

In pratica, se da un lato vi è stata violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo - diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza - dall'altro si è rilevato che pur essendo stati coinvolti la vita privata e la corrispondenza, il controllo svolto dal datore di lavoro nel caso specifico era da ritenere ragionevole nell'ambito e nel contesto del procedimento disciplinare avviato nei confronti del dipendente, seppure manchevole di adeguata preventiva informazione.

In altra circostanza, sempre la Corte di Strasburgo ha stabilito che i files contenuti nel PC in dotazione al dipendente identificati come "personali" possono essere esaminati in presenza del dipendente. È infatti legittimo il diritto del titolare dell'azienda di controllare che le dotazioni informatiche assegnate siano usate nel rispetto della legge e dei regolamenti interni (**Cedu 22 febbraio 2018**).

Dall'analisi dell'evoluzione normativa, giurisprudenziale e regolamentare di questi ultimi anni emerge un dato di fondamentale importanza, già sopra richiamato e che trae spunto proprio dalla decisione della **Cass., Sez. lav., 1° febbraio 2019, n. 3133**, ossia che, nelle ipotesi di uso non corretto degli strumenti di lavoro oppure di eccesso nell'uso dei *Social Network* durante l'orario di lavoro e per finalità non connesse con la prestazione lavorativa, non verrebbero in considerazione né questioni di privacy, né tantomeno questioni connesse con l'applicazione dell'art. 4 Stat. lav. ma, unicamente, la violazione degli obblighi che scaturiscono dal rapporto contrattuale di lavoro. Il lavoratore per contratto ha l'obbligo di prestare una prestazione lavorativa per la quale riceve una retribuzione. Ogni comportamento estraneo a tale obbligazione può essere legittimamente sanzionato dal datore di lavoro senza dover chiamare in causa l'operatività della disciplina dei controlli prevista dallo Statuto dei lavoratori. Il datore di lavoro ha infatti la facoltà di verificare la correttezza dei comportamenti del proprio dipendente e con le dovute cautele e per ragioni di sicurezza dei sistemi, anche di verificare il corretto uso degli strumenti di lavoro, quindi ad esempio, l'uso del cellulare in dotazione, del pc e attraverso questi degli accessi internet. Strumenti di lavoro concessi al lavoratore non per svago bensì unicamente per lo svolgimento della prestazione di lavoro.

Risulta quindi essenziale poter leggere questi comportamenti alla luce dell'evoluzione - ormai necessitata - dei doveri di diligenza e fedeltà alla base del rapporto di lavoro come sanciti dall'art. 2104 e 2105 c.c. Da questo punto di vista rilevante è l'**Ordinanza** emessa dal **Trib.**

La rilevanza
dei comportamenti per
la violazione dell'obbligo
di fedeltà

Milano 1° agosto 2014 (Cfr. il più ampio commento all'Ord. Trib. Milano riportato in questa *Rivista*, 2015, 3, 287 e **Cass. 18 settembre 2014, n. 19684**, in *CED*; **Cass. 26 agosto 2003, n. 12489**, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, 6, 12; **Cass. 14 giugno 2004, n. 11220** in questa *Rivista*, 2004, 1292; **Cass. 4 aprile 2005, n. 6957**, in *Mass. Giur. lav.*, 2005, 7, 550; **Cass. 10 agosto 2006, n. 18150**, in *Mass. Giur. it.*, 2006; **Cass. 27 aprile 2018, n. 10280**, in *Giur. it.*, 2018, 8-9, nota di Tosi, Puccetti).

Nel caso specifico esaminato dal Tribunale di Milano, due fatti venivano contestati al dipendente, da un lato l'aver postato sulla propria pagina Fb, con una didascalia offensiva, alcune foto - scattate durante l'orario di lavoro e in circostanze di luogo e di tempo che provavano l'avvenuta interruzione della prestazioni lavorativa - che lo ritraevano, all'interno dell'unità produttiva tra due colleghi e, dall'altro, di avere fatto uso dell'accesso a internet - da una postazione di lavoro non sua - per finalità estranee all'attività lavorativa (visita di siti pornografici).

Ha quindi affermato il Tribunale di Milano con riguardo alla prima delle condotte contestate: "senz'altro vero che le foto non sono state pubblicate sul sito dell'azienda e che le didascalie non recano il nome della società, ma, inserite nella pagina pubblica del ricorrente, esse risultavano accessibili a chiunque e, senz'altro, a tutta la cerchia delle conoscenze più o meno strette del lavoratore: dunque, a tutti quei soggetti che, per essere familiari, colleghi o comunque conoscenti del dipendente, erano perfettamente in grado di sapere che l'espressione di discredito era riferita al suo datore di lavoro".

Mentre, "quanto alla navigazione su siti pornografici, non pare davvero potersi dubitare che un simile comportamento sia del tutto idoneo, anche di per sé solo considerato, a determinare un'irrimediabile lesione del vincolo fiduciario. Fatta salva ogni considerazione sul contenuto dei siti visitati, deve evidenziarsi come la condotta sia stata realizzata durante l'orario di lavoro, con conseguente interruzione della prestazione e abbandono del posto e con l'utilizzo di strumenti aziendali estranei, peraltro, alle mansioni di competenza.

Ritiene, dunque, il giudicante che entrambi i fatti oggetto di contestazione si configurino quale palese violazione di ciò che "la coscienza sociale considera il minimo etico" con la conseguenza che ogni questione afferente all'affissione del codice disciplinare diviene irrilevante".

In senso conforme, **Cass., Sez. lav., 18 settembre 2014, n. 19684** afferma: "In tema di licenziamento per giusta causa, la modesta entità del fatto addebitato non va riferita alla tenuità del danno patrimoniale subito dal datore di lavoro, dovendosi valutare la condotta del prestatore di lavoro sotto il profilo del valore sintomatico che può assumere rispetto ai suoi futuri comportamenti, nonché all'idoneità a porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento e ad incidere sull'elemento essenziale della fiducia, sotteso al rapporto di lavoro. (Nella specie, la S.C., confermando la sentenza di merito, ha ritenuto legittimo il licenziamento per giusta causa intimato ad una prestatrice di lavoro che, quale addetta al reparto abbigliamento e ai camerini di prova di un grande magazzino, aveva intenzionalmente cambiato i talloncini segnaprezzo di due capi di abbigliamento, al fine di acquistare il capo più caro al minor prezzo" mentre di senso contrario **Cass., Sez. lav., 16 febbraio 2011, n. 3822** "in tema di licenziamento per violazione dell'obbligo di fedeltà, il principio secondo cui il carattere extra-lavorativo di un comportamento non ne preclude la sanzionabilità in sede disciplinare, quando la natura della prestazione dovuta dal lavoratore richieda un ampio margine di fiducia esteso ai comportamenti privati non trova applicazione ove il comportamento del prestatore si estrinsechi in comportamenti che siano espressione della libertà di pensiero, in quanto la tutela di valori tutelati costituzionalmente (art. 21 Cost.) non può essere recessiva rispetto ai diritti-doveri connaturali al rapporto di lavoro".

Da questo ultimo punto di vista appaiono utili anche le motivazioni contenute in **Cass., Sez. lav., 27 aprile 2018, n. 10280** nella quale si afferma che "la giusta causa di licenziamento deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro e, in particolare, dell'elemento fiduciario (...). La condotta contestata e posta a base del licenziamento consisteva in affermazioni pubblicate dall'O. sulla propria bacheca virtuale di *Facebook* in cui si esprimeva disprezzo per l'azienda ("mi sono rotta i coglioni di questo posto di merda e per la proprietà") con irrilevanza della specificazione del nominativo del rappresentante della stessa, essendo facilmente identificabile il destinatario. La diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso l'uso di una bacheca "*Facebook*" integra un'ipotesi di diffamazione, per la potenziale capacità di raggiungere un numero indeterminato di persone, posto che il rapporto interpersonale, proprio per il mezzo utilizzato, assume un profilo allargato ad un gruppo indeterminato di aderenti al fine di una costante socializzazione. Ciò comporta che la condotta di postare un commento su *Facebook* realizza la pubblicizzazione e la diffusione di esso, per la idoneità del mezzo utilizzato a determinare la circolazione del commento tra un gruppo di persone, comunque, apprezzabile per composizione numerica, con la conseguenza che, se, come nella specie, lo stesso è offensivo nei riguardi di persone facilmente individuabili, la relativa condotta integra gli estremi della diffamazione e come tale correttamente il

contegno è stato valutato in termini di giusta causa del recesso, in quanto idoneo a recidere il vincolo fiduciario nel rapporto lavorativo.”.

Sul punto è comunque utile rammentare che l'ampiezza della nozione di fedeltà contenuta nell'art. 2105 c.c. ha sempre indotto i Giudici a considerare rilevanti, sul piano della violazione degli obblighi in capo al prestatore di lavoro, non solo i comportamenti direttamente vietati dalla norma, consistenti, essenzialmente nel non trattare affari in concorrenza con il datore di lavoro e nell'astenersi dal divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, ma anche **qualsiasi altra condotta suscettibile, per natura e per modalità di esecuzione, di ledere i generali principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto** ex artt. 1175 e 1375 c.c. (cfr. sul punto **Cass. 1° giugno 1988, n. 3719**, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, 978; **Cass. 17 febbraio 1987, n. 1711**, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1437; **Cass. 29 luglio 1986, n. 4868**, in *Mass. Giur. lav.*, 1986, 505).

Ciò ha portato via via la giurisprudenza a ritenere illegittimo qualunque comportamento contrastante con gli obblighi scaturenti dall'inserimento nell'organizzazione dell'impresa o in conflitto (anche solo in via potenziale) con le finalità e gli interessi della medesima (cfr. **Cass. 30 ottobre 2017, n. 25759** in *CED*; **Cass. 18 settembre 2014, n. 19684**, in *CED*; **Cass. 4 aprile 2005, n. 6957** in *Foro it.*, 1990, I, 989; **Cass. 21 luglio 2004, n. 13526** in *Guida dir.*, 2004, 36, 47; **Cass. 14 giugno 2004, n. 11220**, in *Guida dir.*, 2004, 29, 69; **Cass. 16 maggio 1998, n. 4952** in *Mass. Giur. lav.*, 1998; **Cass. 18 gennaio 1997, n. 512**, in *Mass. Giur. it.*, 1997).

In particolare: "l'obbligo di fedeltà a carico del lavoratore subordinato ha un contenuto più ampio di quello risultante dall'art. 2105 c.c., dovendo integrarsi con gli artt. 1175 e 1375 c.c., che impongono correttezza e buona fede anche nei comportamenti extra-lavorativi, necessariamente tali da non danneggiare il datore di lavoro (**Cass. 12 novembre 2018, n. 28923** in *CED*; **Cass. 18 giugno 2009, n. 14176** in questa *Rivista*, 2009, 11, 1166).

E ancora, "la valutazione dell'osservanza dell'obbligo di fedeltà, ex art. 2105 c.c., deve avere riguardo non solo all'attività concreta ed alla sua lesività attuale, ma anche alla sua natura sintomatica di un atteggiamento mentale del dipendente contrastante con quella leale collaborazione che costituisce l'essenza del rapporto di lavoro subordinato. Consegua a quanto innanzi che anche la sola previsione della possibilità del verificarsi di effetti dannosi per gli interessi del datore di lavoro, ossia la consapevolezza della potenzialità lesiva della condotta posta in essere, integra gli estremi della intenzionalità dell'infrazione." (**Cass. 9 agosto 2013, n. 19096**, in *CED*).

Principio che tra l'altro riveste una fondamentale importanza pratica sul piano organizzativo (**Cass. 6 giugno 2014, n. 12806**, in *Foro it.*, 2014, 9, 1, 2493; **Cass. 21 febbraio 2008, n. 4504**; **Cass. 4 dicembre 2002, n. 17208**, in questa *Rivista*, 2003, 344 con nota di Mannacio, mentre con riferimento alla rilevanza che possono avere determinate circostanze di tempo e di luogo, **Trib. Roma 14 marzo 2013, n. 32377**, inedita).

Infatti, utilizzando i criteri ordinariamente posti dalla Cassazione in presenza di fatti di modesta entità - tali da poter determinare, se complessivamente considerati, una loro generale irrilevanza (**Cass., Sez. lav., 18 settembre 2014, n. 19684**, in *CED*) - è stato possibile affermare che, in determinate circostanze di fatto, gli stessi comportamenti, seppure di scarsa o nulla rilevanza sul piano patrimoniale, sono divenuti indice di una aperta violazione dell'obbligo di fedeltà e ciò sotto il profilo del valore sintomatico rispetto ai futuri comportamenti del lavoratore e quindi alla fiducia che nello stesso può nutrire l'azienda. Ciò in quanto è solitamente necessario al riguardo che i fatti addebitati rivestano il carattere di grave negazione degli elementi del rapporto di lavoro e, specialmente, dell'elemento essenziale della fiducia, cosicché la condotta del dipendente sia idonea a porre in dubbio la futura correttezza del suo adempimento (**Cass. Sez. lav., 25 novembre 1997, n. 11806**; **Cass., Sez. lav., 17 aprile 2001, n. 5633**).

Alla luce di tali considerazioni e tenendo conto della diffusione delle informazioni immesse in rete, evolve e si rafforza, necessariamente, il paradigma dell'obbligo di fedeltà posto dall'art. 2105 c.c. per le implicazioni derivanti dalle potenzialità lesive di un determinato comportamento e, quindi, sul piano del carattere sintomatico dello stesso per l'influenza che tale comportamento può avere nel più ristretto ambiente di lavoro. Ambiente regolato dal rispetto di precisi obblighi contrattuali.

In merito al processo di analisi e di valutazione dei comportamenti che possano giustificare il recesso dal rapporto di lavoro ad iniziativa del datore di lavoro, possono a tal fine essere presi in considerazione, secondo la ricostruzione che ne ha fatto nel tempo la giurisprudenza, non solo comportamenti riconducibili a gravi forme di inadempimento nello svolgimento del lavoro e nell'esecuzione della prestazione lavorativa - direttamente lesivi degli obblighi scaturenti dagli artt. 2104 e 2105 c.c. ma - come ricordato in premessa - anche comportamenti riconducibili a fatti estranei allo svolgimento del rapporto di lavoro, di fatto ostativi alla prosecuzione del rapporto perché suscettibili di porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento e

*Social Network
e comportamenti
extralavorativi*

sintomatici, pertanto, di un particolare disvalore in relazione proprio al legame fiduciario tra lavoratore e datore di lavoro (**Cass. 11 luglio 2014, n. 16009**, in *CED*; **Cass., Sez. lav., 26 maggio, 2001, n. 7185**, in *Not. Giur. lav.*, 2001).

Disvalore inteso anche sul piano organizzativo, nell'ipotesi in cui il comportamento possa assurgere a modello diseducativo e disincentivante per gli altri dipendenti, quando non addirittura ad ipotesi di reato.

Assurge a modello diseducativo, in questo ambito, il comportamento posto in essere da un dipendente - poi licenziato per giusta causa - esaminato dal **Trib. Ivrea 28 gennaio 2015, n. 1008, ord.** (in questa *Rivista*, 2015, 8-9, 837).

Nel caso specifico il dipendente il quale, dopo essere stato riassunto a seguito di un precedente contenzioso nel quale era stata denunciata l'illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro, aveva postato sulla propria pagina Fb espressioni offensive riferite sia alla società datrice di lavoro, sia - e qui con maggiore rilevanza sul piano della gravità della condotta - alle colleghe definite, peraltro, nel caso specifico MILF (acronimo che deriva dalla locuzione "*mother I'd like to fuck*"). A parere del Giudice, nel caso specifico, il comportamento posto in essere dal lavoratore denotava chiaramente la volontà di diffamare sia la società, sia parte dei dipendenti "con le modalità potenzialmente più offensive dell'altrui reputazione". Afferma, infatti, il Giudice che "la volgarità dei commenti lasciati in visione per 15 giorni all'intero pubblico di facebook appare *ictu oculi* e non sembra meritare molte argomentazioni, se non quella relativa all'acronimo MILF (...): la locuzione, lungi dal descrivere "avvenimenti signore dai 40 anni in su" - come affermato in sede di ricorso - "è ormai divenuta sinonimo di pornstar al termine della carriera, con evidente caratterizzazione negativa, sia in relazione all'attività del soggetto, sia all'età avanzata, in relazione alla professione medesima. Peraltro l'acronimo è stato accompagnato da pesanti battute proprio sulla scarsa attività sessuale delle donne (...). Insomma, davvero è difficile comprendere come la convenuta potrebbe pensare di mantenere in vita un rapporto di lavoro con un soggetto che, *a mente fredda e senza alcun tipo di provocazione da parte delle colleghe*" (le quali invece avevano manifestato apprezzamento per la riammissione in azienda del ricorrente) "ma solo in ragione di una accoglienza troppo amicale, le abbia sostanzialmente definite, *coram populo*, vecchie prostitute senza clienti".

Anche la condotta successiva è stata considerata rilevante sul piano della legittimità del provvedimento di espulsione disposto dal datore di lavoro, denotando, peraltro, "una mancata percezione della gravità del proprio comportamento e, dall'altro, la volontà di ledere nel modo più ampio possibile l'altrui reputazione: se davvero la pubblicazione dei post fosse stata un gesto istintivo - come prospettato dal ricorrente - egli avrebbe provveduto immediatamente alla loro eliminazione e non dopo oltre due settimane, come in realtà accaduto".

Quindi, nessuna legittima reazione ad una provocazione del datore di lavoro ovvero dei colleghi poteva giustificare il comportamento del dipendente, che è stato pertanto legittimamente licenziato.

Di contenuto difforme i principi contenuti in **Cass., Sez. lav., 11 febbraio 2015, n. 2692**, in *Foro it.*, 2015, 3, 1, 808: "Qualora il contratto collettivo parifichi all'insubordinazione grave, giustificativa del licenziamento, gravi reati accertati in sede penale, è da ritenere corretta la valutazione d'illegittimità, per violazione del canone di proporzionalità, del licenziamento irrogato per l'uso, contro il diretto superiore, di parole offensive e volgari da parte di un lavoratore che si ritenga vittima di una maliziosa delazione, senza contestare i poteri dello stesso superiore e senza rifiutare la prestazione lavorativa, ricondotto all'insubordinazione lieve".

Così come **Cass., Sez. lav., 23 giugno 2014, n. 14177**, in *CED* e **Cass., Sez. lav., 2 ottobre 2012, n. 16752**, in *Foro it.*, 2013, 1, 1, 208.

Ma non dimentichiamo che il tema tocca ormai un ambito ben più ampio rispetto alla semplice violazione degli obblighi nascenti dal rapporto di lavoro e ciò **perché il mezzo scelto - la rete - ha una potenzialità lesiva molto ampia** caratterizzata dall'ampia visibilità dei profili Fb come ricordato in questi anni dalla Corte di cassazione (**Cass., Sez. lav., 27 aprile 2018, n. 10280**; **Cass. Pen. n. 4873/2016**; **Cass., SS.UU., 29 gennaio 2015, n. 31022**).

Ci troviamo su di un piano relativamente nuovo - che va anche oltre gli obblighi scaturenti dal rapporto contrattuale di lavoro - ossia sul piano della rilevanza - a volte anche penale - di un comportamento che proprio grazie - o a causa - della sua ampia visibilità, è particolarmente negativo proprio perché non tiene nella dovuta considerazione le possibili conseguenze sul piano del decoro e del rispetto altrui (cfr. **Cass. 17 febbraio 2015, n. 3136**, in *CED*).

E ciò senza che possa dirsi con ciò compromesso il **diritto alla libertà di opinione sancito dall'art. 21 Cost.** come ricorda proprio la Cassazione in merito all'applicazione dell'art. 2105 c.c. (cfr. **Cass., Sez. lav., 18 gennaio 2019, n. 1379**, in *Giur. it.*, 2019, 3, 612 nota di Fiata; **Cass., Sez. lav., 6 giugno 2018, n. 14527**, in questa *Rivista*, 2019, 3, 278 nota di Dallacasa). Tanto è vero che in rete sono ormai presenti da alcuni anni dei veri e propri decaloghi ovvero Guide sull'uso corretto di Fb e dei *Social network* e come già detto anche le Policy e i Regolamenti aziendali stanno iniziando a diffondere precisi codici di comportamento in

materia, resi ancora più rilevanti dagli obiettivi di rispetto delle prescrizioni contenute nel Regolamento UE n. 679/2016 (GDPR).

Il tema implica riflessioni anche di natura sociologica, soprattutto considerando anche fatti assurti all'onore della cronaca, in linea peraltro con l'ultimo orientamento della Cassazione ricordato in premessa (Cass. n. 3133/2019) come il provvedimento dell'assessore alla Funzione Pubblica della Regione Friuli Venezia Giulia del 7 marzo 2019 con cui è stato vietato l'accesso ai *Social* durante il lavoro per tutto il personale della Regione. Provvedimento prontamente revocato dopo le proteste di tutti i 3600 dipendenti.

Il fatto è stato analizzato anche dai sociologi sul presupposto che sia ormai cambiata la percezione che tutti hanno di questo strumento di comunicazione, quasi una sorta di estensione del diritto di cittadinanza perché coinvolgente una fetta importante della vita privata.

Il tema sta diventando complesso e anche dal punto di vista giuridico non può essere più affrontato avendo riguardo solo alla dimensione del diritto.

Si sta affacciando da tempo in ambito sociologico uno studio (portato avanti da Zygmunt Bauman con la teoria della civiltà liquida) per cui sembra stia emergendo un individualismo sfrenato. Questo "soggettivismo", caratterizzato anche dalla necessità di "apparire" e "condividere" continuamente, pare aver compromesso le basi della modernità ma allo stesso tempo produce rilevanza sul piano dei comportamenti da cui scaturisce l'interpretazione delle regole del vivere civile così come delle regole che governano i rapporti contrattuali. Nella "civiltà liquida" mancando punti di riferimento, tutto si dissolverebbe in una sorta di liquidità che la tecnologia tra l'altro agevola. Si rischia così di perdere la certezza nei valori dello Stato e, quindi, nel diritto e l'individualismo portato al suo estremo rischia di produrre quegli eccessi nell'uso degli strumenti *social* che oggi popolano le aule dei Tribunali con importanti conseguenze sul piano della reputazione individuale e aziendale ed effetti sia positivi sia negativi scaturenti da post e contenuti della più varia natura i quali potenzialmente resteranno in circolazione nella rete per sempre.