

Lipatantu

CASSAZIONE 10 maggio 2018, n. 11322 - NAPOLETANO Pres. - MAROTTA Rel. - CELESTE P.M. - A.C. (avv. Sonnini) e. Alliance Healthcare Italia Distribuzione s.p.a. (avv. Vescei, Buratti, Pugliese, Russo).

Cassa, con rinvio, A. L'Aquila 26 novembre 2015.

Privacy - Trattamento dei dati personali - Consenso espresso dell'interessato - Deroghe - Diritto di difesa - Registrazione fonografica di un colloquio tra presenti - Licittà della condotta.

Licenziamento - Disciplinare - Fatto contestato sussistente ma lecito - Tutela reintegratoria.

*Il trattamento dei dati personali, ammesso di norma in presenza del consenso dell'interessato, può essere eseguito anche in assenza di tale consenso, se volto a far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria o per svolgere le investigazioni difensive; ciò a condizione che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento. Le registrazioni di colloqui ad opera di una delle persone presenti e partecipi ad essi, effettuate all'insaputa dei soggetti coinvolti, posto che vengano adottate tutte le dovute cautele al fine di non diffondere le registrazioni, trattandosi di una condotta posta in essere dal dipendente per tutelare la propria posizione all'interno dell'azienda ritenuta pregiudicata dalla condotta altrui, sono legittime e come tali non integrano in alcun modo non solo l'illecito penale ma neanche quello disciplinare. (1)*

*L'insussistenza del fatto contestato, di cui all'articolo 18 St. lav., così come modificato dalla L. n. 92 del 2012, articolo 1, comma 42, comprende l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, sicché in tale ipotesi si applica la tutela reintegratoria senza che rilevi la diversa questione della proporzionalità tra sanzione espulsiva e fatto di modesta illiceità. (2)*

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO.** — 1.1. Con sentenza n. 1298/2015, pubblicata il 26/11/2015, la Corte di Appello di L'Aquila, decidendo sul reclamo proposto da — *Omissis.* — avverso la decisione del Tribunale di Vasto n. 102 del 25/5/2015 (che, nella fase di opposizione l. 92 del 2012, ex articolo 1, commi 51 e ss., aveva confermato il rigetto del ricorso l. 92 del 2012, ex articolo 1, commi 48 e ss., proposto dal — *Omissis.* — nei confronti della — *Omissis.* — S.p.A., inteso ad ottenere la declaratoria di illegittimità del licenziamento allo stesso intimato in data 29/3/2013 e la reintegra nel posto di lavoro), in riforma della pronuncia del Tribunale, riteneva l'illegittimità del provvedimento espulsivo per sproporzione rispetto ai fatti contestati e per l'effetto condannava la società a corrispondere al

(1-2) La nota di G. FAVA e di R. PARRUCINI segue il testo della sentenza.

lavoratore, a titolo di risarcimento, un'indennità pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

1.2. Ad avviso della Corte territoriale, gli elementi forniti dall'appellante a dimostrazione dell'inesistenza del motivo addotto a giustificazione del licenziamento non erano sufficienti per considerare il carattere ritorsivo ovvero discriminatorio del provvedimento espulsivo.

1.3. Per il resto, quanto ai fatti oggetto della contestazione disciplinare che avevano condotto al licenziamento del — *Omissis*. — (consistiti nell'aver il dipendente, in sede di giustificazioni orali in merito ad altra precedente contestazione della società, consegnato una chiavetta USB contenente registrazioni di conversazioni effettuate in orario di lavoro e sul posto di lavoro coinvolgenti altri dipendenti, ad insaputa degli stessi e nell'aver il medesimo provveduto ad ulteriori registrazioni anche video come riportato in sede di segnalazione da parte di colleghi di lavoro che avevano riferito di aver visto il — *Omissis*. — continuamente scattare foto, girare video, registrare conversazioni sul posto di lavoro senza alcuna autorizzazione da parte loro, il tutto in violazione della legge sulla privacy e con la recidiva rispetto ad altre precedenti contestazioni), la Corte di merito, dopo aver ricostruito il contesto in cui andava inquadrata la condotta che aveva portato alle contestazioni, così argomentava: — *Omissis*. — aveva adottato tutte le cautele al fine di evitare la diffusione dei dati raccolti e, contrariamente a quanto riportato nella lettera di contestazione circa le segnalazioni di suoi colleghi di lavoro, le persone registrate non avevano saputo nulla di tali registrazioni prima di esserne informati dal direttore delle risorse umane cui erano stati trasmessi i files delle registrazioni consegnati dal dipendente su pennetta usb ad un delegato dell'azienda in occasione di un incontro relativo a precedente contestazione disciplinare; — *Omissis*. — non aveva in alcun modo utilizzato o reso pubblico il contenuto di quelle registrazioni per scopi diversi dalla tutela di un proprio diritto; — era da escludersi la configurabilità nella vicenda di ogni rilevanza penale e sussisteva l'ipotesi derogatoria, rispetto alla necessità di acquisire il consenso dei soggetti privati interessati dalle registrazioni, in ragione delle finalità del lavoratore di documentare le problematiche esistenti sul posto di lavoro e di salvaguardare la propria posizione di fronte a contestazioni dell'azienda non proprio cristalline.

1.4. La condotta del dipendente, pertanto, pur potendo essere motivo di sanzione disciplinare — in relazione al clima di tensione e di sospetti venutosi a creare tra gli ignari colleghi dopo la rivelazione delle registrazioni — tuttavia non era tale da integrare un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali ovvero addirittura da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro. La ritenuta sproporzione del licenziamento intimato aveva quale conseguenza l'applicazione della l. 300 del 1970, articolo 18, comma 5, come novellato dalla l. 92 del 2012.

2. Per la Cassazione della sentenza ricorre — *Omissis*. — con due motivi.

3. Resiste con controricorso — *Omissis*. — S.p.A. e propone altresì ricorso incidentale affidato a due motivi cui il — *Omissis*. — resiste con controricorso.
4. Entrambe le parti hanno depositato memorie.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1.1. Con il primo motivo il ricorrente principale denuncia la violazione e / o erronea applicazione della l. 300 del 1970, articolo 18, comma 5, come novellato dalla l. 92 del 2012 (articolo 360 c.p.e., n. 3) in relazione al fatto materiale del licenziamento. Lamenta che, pur avendo la Corte territoriale escluso che i comportamenti del — *Omissis*. — integrassero una violazione della legge sulla *privacy* e pur avendo smentito la circostanza di cui alla contestazione disciplinare secondo la quale vi erano state segnalazioni di colleghi di lavoro del predetto che avrebbero riferito di averlo visto continuamente scattare foto, girare video, registrare conversazioni sul posto di lavoro senza alcuna autorizzazione da parte loro, tuttavia, senza trarre le dovute conseguenze con riguardo all'insussistenza del fatto materiale a base del licenziamento, ha applicato la mera tutela risarcitoria ipotizzando una sproporzione del provvedimento espulsivo rispetto ad una mera ipotesi di rilevanza comunque disciplinare del fatto addebitato.

1.2. Con il secondo motivo il ricorrente principale denuncia la violazione e/o erronea applicazione degli articoli 91 e 92 c.p.e. (articolo 360 c.p.e., n. 3). Si duole della disposta compensazione delle spese a fronte dell'accoglimento della domanda del lavoratore intesa ad ottenere la declaratoria di illegittimità del licenziamento ed in assenza di soccombenza reciproca.

2.1. Con il primo motivo di ricorso incidentale la società denuncia violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 2119 c.c. e dell'articolo 115 c.p.e. per omesso esame dell'astratta idoneità del comportamento del lavoratore a ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario. Lamenta che la Corte territoriale abbia escluso che nella vicenda potesse configurarsi la giusta causa di licenziamento sulla base della ritenuta insussistenza della gravissima violazione della legge sulla *privacy* indicata dall'azienda nella contestazione di addebito e comunque per non aver considerato, quale circostanza di per sé sufficiente ad integrare tale lesione, che il — *Omissis*. — si fosse permesso di effettuare registrazioni e videoriprese all'interno dello stabilimento di — *Omissis*. —, interessanti addetti allo stabilimento medesimo ed all'insaputa degli stessi. Rileva che la Corte territoriale non avrebbe indicato sulla base di quali elementi fosse pervenuta alla conclusione che all'interno dello stabilimento vi era una situazione di conflitto coinvolgente il — *Omissis*. — e suoi colleghi di grado più elevato.

2.2. Con il secondo motivo di ricorso incidentale la società denuncia la violazione e / o falsa applicazione del Decreto Legislativo n. 196 del 2003, articoli 4, 13, 23 e 24 (articolo 360 c.p.e., n. 3) per non avere la Corte territoriale ritenuto le registrazioni legittime solo con il consenso degli interessati. Sostiene che nella

specie non fosse applicabile l'esimente considerata dai giudici di appello in quanto non vi era da far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria.

3.1. Ragioni di ordine logico impongono l'esame prioritario del ricorso incidentale.

I motivi di tale ricorso, da trattarsi congiuntamente in ragione della intrinseca connessione, sono infondati.

3.2. Va innanzitutto chiarito che, sulla base della normativa a tutela della *privacy* (Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196, oggetto di successivi aggiornamenti), per trattamento dei dati personali si deve intendere qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati — articolo 4, lettera *a*) — e che per dato personale si deve intendere qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale — articolo 4 lettera *b*) — e così, dunque, qualunque informazione che possa fornire dettagli sulle caratteristiche, abitudini, stile di vita, relazioni personali, orientamento sessuale, situazione economica, stato civile, stato di salute etc. della persona fisica ma anche e soprattutto le immagini e la voce della persona fisica.

Ai sensi del Decreto Legislativo n. 196 del 2003, articolo 23, il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato.

L'articolo 167, comma 1, sotto la rubrica trattamento illecito di dati, apre il capo II (dedicato agli illeciti penali) del titolo III (rubricato sanzioni) del Decreto Legislativo n. 196 del 2003. La norma prevede due distinte condotte tipiche, diversamente sanzionate: l'una relativa al trattamento illecito di dati personali da cui derivi nocimento al titolare dei dati stessi e l'altra consistente nella comunicazione o diffusione dei dati illecitamente trattati, indipendentemente dal potenziale nocimento che ne derivi a terzi. Entrambe le condotte presuppongono un preventivo trattamento dei dati personali altrui, realizzato in violazione delle prescrizioni dettate, tra gli altri, dall'articolo 23 del medesimo d. lgs.

Ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera *m*, la condotta di diffusione consiste, poi, nel dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione.

Il trattamento dei dati personali, ammesso di norma in presenza del consenso dell'interessato, può essere eseguito anche in assenza di tale consenso, se, come statuisce l'articolo 24, comma 1, lettera *f*, è volto a far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria o per svolgere le investigazioni difensive previste dalla

l. 397 del 2000, e ciò a condizione che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento.

Si tratta, come è di tutta evidenza, della previsione di una deroga che rende l'attività, se svolta nel rispetto delle condizioni ivi previste, di per sé già a monte lecita.

In tale ipotesi, e dunque laddove il trattamento dei dati personali operato in assenza del consenso del titolare dei dati medesimi sia strettamente strumentale alla tutela giurisdizionale di un diritto da parte di chi tale trattamento effettua e pertanto sia finalizzato all'esercizio delle prerogative di difesa, è evidentemente anche insussistente il presupposto delle condotte incriminatrici previste dal Decreto Legislativo n. 196 del 2003, articolo 167, comma 1.

La giurisprudenza di questa Corte ha costantemente sottolineato, in termini generali, come la rigida previsione del consenso del titolare dei dati personali subisca «deroghe ed eccezioni quando si tratti di far valere in giudizio il diritto di difesa, le cui modalità di attuazione risultano disciplinate dal codice di rito» (Cass., S.U., 8 febbraio 2011, n. 3034). Ciò sulla scorta dell'imprescindibile necessità di bilanciare le contrapposte istanze della riservatezza da una parte e della tutela giurisdizionale del diritto dall'altra e pertanto di contemperare la norma sul consenso al trattamento dei dati con le formalità previste dal codice di procedura civile per la tutela dei diritti in giudizio.

In linea con tale impostazione ed in ambito più strettamente lavoristico è stato ulteriormente precisato che la registrazione fonografica di un colloquio tra presenti, rientrando nel *genus* delle riproduzioni meccaniche di cui all'articolo 2712 c.c., ha natura di prova ammissibile nel processo civile del lavoro così come in quello penale. Si è, quindi, ritenuto (Cass. 29 dicembre 2014, n. 27424 ed i richiami in essa contenuti a Cass. 22 aprile 2010, n. 9526 ed a Cass. 14 novembre 2008, n. 27157), alla luce della giurisprudenza delle Sezioni penali di questa S.C., che la registrazione fonografica di un colloquio, svoltosi tra presenti o mediante strumenti di trasmissione, ad opera di un soggetto che ne sia partecipe, è prova documentale utilizzabile quantunque effettuata dietro suggerimento o su incarico della polizia giudiziaria, trattandosi, in ogni caso, di registrazione operata da persona protagonista della conversazione, estranea agli apparati investigativi e legittimata a rendere testimonianza nel processo (espressamente in tal senso v. Cass. pen. n. 31342/11; Cass. pen. n. 16986/09; Cass. pen. n. 14829/09; Cass. pen. n. 12189/05; Cass. pen., S.U., n. 36747/03).

È stato, altresì, chiarito che l'ipotesi derogatoria di cui al Decreto Legislativo n. 196 del 2003, articolo 24 che permette di prescindere dal consenso dell'interessato sussiste anche quando il trattamento dei dati, pur non riguardanti una parte del giudizio in cui la produzione viene eseguita, sia necessario, per far valere o difendere un diritto (Cass. 20 settembre 2013, n. 21612).

Unica condizione richiesta è che i dati medesimi siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento.

mento (cfr. la sopra richiamata Cass., S.U., n. 8033/2011 nonché Cass. 11 luglio 2013, n. 17204 e Cass. 1 agosto 2013, n. 18443).

Quanto poi al concreto atteggiarsi del diritto di difesa, è stato ritenuto che la pertinenza dell'utilizzo rispetto alla tesi difensiva va verificata nei suoi termini astratti e con riguardo alla sua oggettiva inerenza alla finalità di addurre elementi atti a sostenerla e non alla sua concreta idoneità a provare la tesi stessa o avendo riguardo alla ammissibilità e rilevanza dello specifico mezzo istruttorio (v. la già citata Cass. n. 21612/2013).

Inoltre, il diritto di difesa non va considerato limitato alla pura e semplice sede processuale, estendendosi a tutte quelle attività dirette ad acquisire prove in essa utilizzabili, ancor prima che la controversia sia stata formalmente instaurata mediante citazione o ricorso (cfr. la già citata Cass. n. 27424/2014). Non a caso nel codice di procedura penale il diritto di difesa costituzionalmente garantito dall'articolo 24 Cost. sussiste anche in capo a chi non abbia ancora assunto la qualità di parte in un procedimento: basti pensare al diritto alle investigazioni difensive *ex* articolo 391 *bis* c.p.p. e ss., alcune delle quali possono esercitarsi addirittura prima dell'eventuale instaurazione di un procedimento penale (cfr. articolo 391 *nonies* c.p.p.), oppure ai poteri processuali della persona offesa, che — ancor prima di costituirsi, se del caso, parte civile — ha il diritto, nei termini di cui all'articolo 408 c.p.p. e ss. — di essere informata dell'eventuale richiesta di archiviazione, di proporvi opposizione e, in tal caso, di ricorrere per cassazione contro il provvedimento di archiviazione che sia stato emesso *de plano*, senza previa fissazione dell'udienza camerale.

Nella fattispecie qui in esame, la Corte territoriale, con accertamento non censurabile in questa sede, dopo aver premesso che quelle di cui si discuteva erano registrazioni di colloqui ad opera del — *Omissis*. —, vale a dire di una delle persone presenti e partecipi ad essi, ha ritenuto che il suddetto dipendente avesse adottato tutte le dovute cautele al fine di non diffondere le registrazioni dal medesimo effettuate all'insaputa dei soggetti coinvolti ed ha considerato operante la deroga relativa all'ipotesi per cui il consenso non fosse richiesto, trattandosi di far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria. Così ha evidenziato che la condotta era stata posta in essere dal dipendente per tutelare la propria posizione all'interno dell'azienda, messa a rischio da contestazioni disciplinari non proprio cristalline e per preconstituersi un mezzo di prova visto che diversamente avrebbe potuto trovarsi nella difficile situazione di non avere strumenti per tutelare la propria posizione ritenuta pregiudicata dalla condotta altrui. Il tutto in un contesto caratterizzato da un conflitto tra il — *Omissis*. — ed i colleghi di rango più elevato e da inascoltate recriminazioni relative a disorganizzazioni lavorative asseritamente alla base delle indicate contestazioni disciplinari (cfr. pag. 9 della sentenza, ultimo capoverso fino al primo di pag. 10) in cui il reperimento delle varie fonti di prova poteva risultare particolarmente difficile a causa di eventuali

possibili sacche di omertà come era dato apprezzare da quanto emerso in sede di istruttoria (cfr. pag. 10 della sentenza, penultimo capoverso).

Ed allora, si trattava di una condotta legittima, pertinente alla tesi difensiva del lavoratore e non eccedente le sue finalità, che come tale non poteva in alcun modo integrare non solo l'illecito penale ma anche quello disciplinare, rispondendo la stessa alle necessità conseguenti al legittimo esercizio di un diritto, ciò sia alla stregua dell'indicata previsione derogatoria del codice della *privacy* sia, in ipotetica sua incompatibilità con gli obblighi di un rapporto di lavoro e di quelli connessi all'ambiente in cui esso si svolge, sulla base dell'esistenza della scriminante generale dell'articolo 51 c.p., di portata generale nell'ordinamento e non già limitata al mero ambito penalistico (e su ciò dottrina e giurisprudenza sono, com'è noto, da sempre concordi — cfr. la già richiamata Cass. n. 27424/2014).

Altro sarebbe stato — sia ben chiaro — se si fosse trattato di registrazioni di conversazioni tra presenti effettuate a fini illeciti (ad esempio estorsivi o di violenza privata): ma non è questo il senso della contestazione disciplinare per cui è causa che, per quanto si rileva dal contenuto della stessa testualmente riportato nella sentenza impugnata, aveva avuto ad oggetto la gravissima ed intollerabile violazione della legge sulla *privacy* comportante l'ipotesi del trattamento illecito dei dati punibile con la reclusione da 6 a 24 mesi.

Nè, invero, risulta provato che il — *Omissis*. —, come si legge sempre nella contestazione disciplinare, a metà dicembre 2012, avesse scattato foto nella zona dell'ingresso merci al solo scopo di prendere in giro un suo collega di lavoro.

Nella specie, dunque, la condotta legittima del — *Omissis*. — non poteva in alcun modo ledere il vincolo fiduciario sotteso al rapporto di lavoro, fondato, come di regola, sulle capacità del dipendente di adempiere in modo puntuale l'obbligazione lavorativa, dovendo escludersi che i fatti al medesimo addebitati nella lettera di contestazione potessero configurare inadempimenti contrattuali di sorta (perché *qui iure suo utitur neminem laedit*) o — peggio — azioni delittuose.

4.1. Le considerazioni che precedono consentono, poi, di ritenere fondato il primo motivo del ricorso principale (con assorbimento del secondo).

4.2. La condotta del — *Omissis*. —, in sé lecita, non poteva rilevare in sede disciplinare.

Del tutto evidente è che il clima di tensione e sospetti venutosi a creare tra gli ignari colleghi dopo la rivelazione delle registrazioni e cioè una situazione facente capo al prestatore di lavoro ma non costituente inadempimento, al più poteva assumere rilevanza, in una prospettiva del tutto diversa, in termini di obiettiva incompatibilità del dipendente con l'ambiente di lavoro, se tale da rendere insostenibile la situazione incidendo negativamente sulla stessa organizzazione del lavoro e sul regolare funzionamento dell'attività, e dunque, ove ricorrenti i relativi presupposti, quale giustificato motivo oggettivo di licenziamento (cfr. Cass. 25 luglio 2003, n. 11556; Cass. 11 agosto 1998, n. 7904), non certo sotto il profilo disciplinare.

Ed allora va considerato che nella locuzione insussistenza del fatto contestato di cui della l. 300 del 1970, articolo 18, comma 5, come novellato dalla l. 92 del 2012 il fatto deve intendersi in senso giuridico e non meramente materiale.

In primo luogo, va tenuto presente che il mero fatto — come giustamente osservato da certa dottrina — non ha mai un proprio autonomo rilievo nel mondo giuridico al di fuori della qualificazione che, in maniera espressa od implicita, ne fornisce una data norma. Non lo si può apprezzare e non può produrre effetti giuridici senza riferimenti normativi. Diversamente, per definizione ricade nell'irrilevante giuridico.

Ad analogo risultato conduce l'approccio ermeneutico sotto una visuale strettamente processualistica.

Per consolidata giurisprudenza (cfr., per tutte, Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141) giusta causa o giustificato motivo di licenziamento sono fatti impeditivi o estintivi del diritto del dipendente di proseguire nel rapporto di lavoro, vale a dire eccezioni (non a caso, l. 604 del 1960, ex articolo 5 la giusta causa o il giustificato motivo di licenziamento devono essere provati dal datore di lavoro).

E tutte le eccezioni, proprio perché tali, sono composte da un fatto (inteso in senso storico-fenomenico) e dalla sua significatività giuridica (in termini di impedimento, estinzione o modificazione della pretesa azionata dall'attore).

In altre parole, per sua stessa natura l'eccezione non ha mai ad oggetto un mero fatto, ma sempre un fatto giuridico.

Lo stesso punto d'arrivo è suggerito in un'ottica sostanzialistica e di coerenza interna del vigente articolo 18 St. lav., nonché di compatibilità costituzionale.

Infatti, se per insussistenza del fatto contestato si intendesse quella a livello meramente materiale si otterrebbe l'illogico effetto di riconoscere maggior tutela (quella reintegratoria c.d. attenuata di cui all'articolo 18, comma 4) a chi abbia comunque commesso un illecito disciplinare (seppur suscettibile di mera sanzione conservativa alla stregua dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili) rispetto a chi, invece, non ne abbia commesso alcuno, avendo tenuto una condotta lecita.

L'esito sarebbe quello di una irragionevole disparità di trattamento, in violazione dell'articolo 3 Cost., oltre che di una intrinseca e inspiegabile aporia all'interno della medesima disposizione di legge.

Va allora ribadito il principio già affermato da questa Corte secondo cui: «L'insussistenza del fatto contestato, di cui all'articolo 18 St. lav., come modificato dalla l. 92 del 2012, articolo 1, comma 42, comprende l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, sicché in tale ipotesi si applica la tutela reintegratoria, senza che rilevi la diversa questione della proporzionalità tra sanzione espulsiva e fatto di modesta illiceità» (cfr. Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540; Cass. 20 settembre 2016, n. 18418 e le più recenti Cass. 26 maggio 2017, n. 13383 e Cass. 31 maggio 2017, n. 13799).

5. Conclusivamente, va accolto il primo motivo di ricorso principale, assor-



bito il secondo e va rigettato il ricorso incidentale; la sentenza impugnata va cassata in relazione al motivo accolto con rinvio alla Corte d'Appello di Roma che farà applicazione del principio sopra indicato e provvederà anche in ordine alle spese del presente giudizio di legittimità.

6. Va dato atto, quanto alla posizione della ricorrente incidentale, dell'applicabilità del Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, articolo 13, comma 1 *quater*, nel testo introdotto dalla l. 24 dicembre 2012, n. 228, articolo 1, comma 17.

#### P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso principale, assorbito il secondo e rigetta il ricorso incidentale; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'Appello di Roma.

Ai sensi del Decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002, articolo 13, comma 1 *quater*, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 *bis*, dello stesso articolo 13.

### LA CASSAZIONE SI PRONUNCIA SULLA LEGITTIMITÀ DELLE REGISTRAZIONI EFFETTUATE DA PARTE DEI DIPENDENTI SUL LUOGO DI LAVORO (\*)

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. La tutela della *privacy* e la tutela del dipendente: il bilanciamento degli interessi. — 3. Sulla sanzione disciplinare applicabile: nozione di insussistenza del fatto contestato. — 4. Conclusioni.

1. Nell'ambito di un procedimento disciplinare, un lavoratore, a supporto delle proprie difese rese in sede di giustificazioni orali, consegnava al delegato dell'azienda una "chiavetta usb" contenente registrazioni effettuate sul luogo di lavoro aventi ad oggetto conversazioni con altri dipendenti, i quali erano ignari di essere registrati.

Successivamente, e sempre al solo fine di preconstituirsì prove per tutelarsi da eventuali contestazioni disciplinari, il dipendente procedeva con ulteriori registrazioni, anche video, sul luogo di lavoro che coinvolgevano, sempre a loro insaputa, i suoi colleghi e, pertanto, senza l'autorizzazione degli stessi. I dipendenti venivano a sapere di essere stati registrati, creandosi così un clima di tensioni e sospetti. La condotta del

(\*) Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo a doppio cieco.

lavoratore veniva quindi posta a base di un licenziamento disciplinare che, secondo la società, era in violazione della legge sulla *privacy* e che il Tribunale di Vasto riteneva legittimo.

Tuttavia, la pronuncia del Giudice di prime cure veniva ribaltata dalla Corte di Appello di L'Aquila, la quale riteneva illegittimo il licenziamento irrogato. Secondo la Corte, il lavoratore, malgrado avesse effettuato le registrazioni senza il consenso dei partecipanti, aveva adottato tutte le cautele al fine di evitare la diffusione dei dati. Contrariamente a quanto riportato nella lettera di contestazione, invero, le persone registrate erano venute a conoscenza delle registrazioni, non già per una condotta riconducibile ad un fatto addebitabile al lavoratore, ma in quanto erano stati informati dal direttore delle risorse umane. Il lavoratore aveva utilizzato le registrazioni con l'unico scopo di tutelare la propria posizione in azienda, ritenuta pregiudicata dalle contestazioni che l'azienda muoveva nei suoi confronti. La Corte territoriale, dunque, riteneva che la condotta del lavoratore potesse essere motivo di sanzione disciplinare in relazione al clima teso venutosi a creare tra i dipendenti dell'azienda ma, al contempo, reputava il provvedimento espulsivo sproporzionato rispetto al comportamento tenuto. Considerato il licenziamento ingiustificato, al lavoratore veniva riconosciuta la tutela indennitaria *ex art. 18, co. 5, St. lav.*, come modificato dalla legge n. 92/2012.

La Corte di Cassazione, vagliata la fattispecie, cassava la pronuncia della Corte di Appello, ritenendo il provvedimento espulsivo illegittimo *tout court*, non ravvisando gli estremi di una infrazione disciplinare e condannando la società alla più severa sanzione della reintegrazione *ex art. 18, co. 4, St. lav.* L'esame del Supremo Collegio abbraccia due temi: da un lato, l'utilizzo dei dati personali, ponendo in evidenza le ipotesi derogatorie alla disciplina generale secondo cui sia necessario il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali; dall'altro, la nozione di insussistenza del fatto contestato di cui all'*art. 18, co. 4, St. lav.*

2. Nella quotidianità delle aziende, sempre meno infrequente risulta la condotta del dipendente che, per documentare situazioni conflittuali sul luogo di lavoro, si avvale di registratori audio per preconstituersi prove sui colloqui tenuti con i colleghi di lavoro e superiori gerarchici, inconsapevoli di essere registrati.

Con la pronuncia in analisi, la Corte di Cassazione esamina le conseguenze che derivano dalle suddette registrazioni sotto il profilo della normativa in materia di protezioni dei dati personali, svolgendo un *excursus* argomentativo che parte dalle definizioni di dato personale e di trattamento, illustra poi l'istituto del consenso al trattamento, per giun-

gere infine all'analisi delle ipotesi derogatorie che giustificano l'assenza del consenso da parte del titolare dei dati medesimi.

In applicazione della definizione contenuta nell'art. 4, lett. *b*, d.lgs. n. 196/2003 (1), le conversazioni oggetto di registrazioni sono riconducibili alla nozione di dato personale, in quanto permettono di individuare una determinata persona fisica (2). Inoltre, la fonoregistrazione effettuata dal lavoratore rientra nella nozione di trattamento del dato personale di cui all'art. 4, lett. *a*, d.lgs. n. 196/2003 (3). In ossequio alle disposizioni in materia di protezione dei dati personali, anche in tale ipotesi, ai fini di un utilizzo lecito dei dati raccolti, è necessario il consenso espresso del titolare del dato personale, così come previsto dall'art. 23, d.lgs. n. 196/2003 (4). Infatti, l'assenza del predetto consenso è punibile ai sensi dell'art. 167, d.lgs. n. 196/2003. Tuttavia, in deroga a tale precetto, il dettato normativo prevede la possibilità di utilizzare i dati personali anche in assenza del consenso dell'interessato e sempre che ricorrano determinate condizioni quali le ipotesi di cui all'art. 24, d.lgs. n. 196/2003. Tra le stesse, è ricompreso al comma 1, lettera *f*, del citato articolo anche l'ipotesi in cui il trattamento dei dati sia volto a far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria o per svolgere le investigazioni difensive previste dalla l. n. 397/2000, a condizione che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento (5). Il trattamento dei dati personali senza il consenso dell'interessato, ancorché costituisca una fattispecie illecita, è ammessa a

(1) Secondo l'art. 4, lett. *b*, d.lgs. n. 196/2003 per dato personale va inteso «qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale».

(2) Cfr., in tal senso, R. PANETTA, *Libera circolazione e Protezione dei dati personali*, in *Trattati*, a cura di P. CENDON, Giuffrè, 2006, 609, secondo cui dalla definizione di dato personale si evince che rientra in tale nozione, qualsiasi informazione, ivi inclusi suoni e immagini, che sia tale da consentire di identificare la persona fisica, sia in modo diretto che indiretto, ottenuto cioè per connessione con altra informazione o con un semplice numero di identificazione personale, quale potrebbe derivare da un indirizzo, da un elenco telefonico, da un certificato, da una carta di credito o da altro mezzo di pagamento e così via.

(3) Secondo l'art. 4, lett. *a*, d.lgs. n. 196/2003 per trattamento va inteso «qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati».

(4) «Il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato» (art. 23, d.lgs. n. 196/2003).

(5) Così, viene adottata la regola dell'inutilizzabilità delle prove a carattere flessibile, demandata ad un bilanciamento in concreto di tutti gli interessi generali o particolari in conflitto. (G. RESTA, *Privacy e processo civile: il problema della litigation «anonima»*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 681).

patto che sia circoscritta alle suddette esigenze che derogano al generale principio di inviolabilità della *privacy*.

Ed invero, nel bilanciamento di interessi contrapposti, ambedue parimenti meritevoli di tutela che vede, da una parte il diritto alla *privacy* dei lavoratori che sono stati segretamente registrati e, dall'altro, il diritto di difesa del lavoratore autore delle registrazioni, la Suprema Corte pende a favore di quest'ultimo, richiamando una pronuncia delle Sezioni Unite, secondo cui la rigida previsione del consenso del titolare dei dati personali subisce «deroghe ed eccezioni quando si tratti di far valere in giudizio il diritto di difesa, le cui modalità di attuazione risultano disciplinate dal codice di rito» (6).

In quell'occasione, le Sezioni Unite davano continuità all'orientamento già espresso in precedenti pronunce che deponavano a favore della tesi secondo cui sono derogabili le disposizioni previste in materia di protezione dei dati personali qualora ricorra l'esigenza di tutelare un interesse giuridicamente rilevante e nei soli limiti in cui sia necessaria la suddetta tutela (7). L'attività del lavoratore operata in assenza del consenso del titolare dei dati personali risulta quindi lecita laddove sia strumentale alla tutela di un proprio diritto, esercitando, infatti, una prerogativa di difesa che esclude la sussistenza della fattispecie criminosa.

Attesa la liceità di tali registrazioni, la Corte di Cassazione ha ulteriormente precisato come tali registrazioni fonografiche tra presenti, ancorché occulte, siano spendibili quali prove ammissibili in sede processuale, rientrando nell'alveo delle riproduzioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c. e difettando il requisito dell'assoluta estraneità al colloquio del soggetto captante (8). Una volta che si esaurisce il colloquio, il suo contenuto entra a fare parte nel patrimonio di conoscenza dei presenti, i quali possono memorizzare fonicamente le notizie apprese attraverso l'utilizzo delle registrazioni fonografiche. La documentazione fonografica del colloquio, quindi, integra quella prova che diversamente potrebbe non

(6) Secondo le Sezioni Unite, tale conclusione è resa possibile dal riconosciuto carattere di specialità che rivestono le disposizioni che regolano il processo rispetto a quelle contenute nel codice *privacy*, nei confronti delle quali, quindi, nel caso di divergenza, le prime devono prevalere, ferma restando la necessità di trovare nel procedimento civile il luogo di composizione delle diverse esigenze (di tutela della riservatezza e di corretta esecuzione del processo), ove non coincidenti (Cass., S.U., 8 febbraio 2011, n. 3031, *GC*, 2011, 3, 610).

(7) Cass. 30 giugno 2009, n. 15327; Cass. 11 febbraio 2009, n. 3358; Cass. 15 maggio 2008, n. 12285.

(8) La pronuncia esaminata richiama il filone giurisprudenziale avallato dalle Sezioni penali della Suprema Corte che ritiene ammissibile la registrazione fonografica di una comunicazione tra presenti (o anche tra persone che si servono di uno strumento di trasmissione) ad opera di uno degli interlocutori o di persona ammessa ad assistervi (Cass. pen., S.U., 28 maggio 2003, n. 36747).

essere raggiunta e può rappresentare una forma di autotutela e garanzia per la propria difesa da cui discende il ragionevole effetto di riconoscere nella suddetta pratica una legittimazione costituzionale.

In questo quadro, la Corte di Cassazione ritiene che le registrazioni fonografiche delle conversazioni con i colleghi nelle quali è partecipe anche il dipendente autore delle registrazioni, trattandosi di registrazione operata da persona protagonista della conversazione, sono prova documentale utilizzabile in giudizio e non integrano un illecito penale né tantomeno disciplinare. Pertanto, pur essendo materialmente sussistente la condotta aserita al lavoratore, il carattere di illiceità viene esclusa dalla necessità di esercitare il proprio diritto di difesa; necessità che viene tutelata sempre che i dati raccolti siano utilizzati esclusivamente per tali finalità e per il periodo necessario. Muovendo da tale presupposto, la Cassazione osserva, infatti, che a diversa conclusione sarebbe giunta se le registrazioni fossero state effettuate per fini estorsivi o di violenza privata. Ipotesi, tuttavia, che viene negata dal tenore letterale della contestazione disciplinare stessa, secondo cui la condotta del lavoratore (ovverosia, la "mera" registrazione delle conversazioni con i colleghi di lavoro, senza la loro autorizzazione) avrebbe posto in essere una "gravissima" e "intollerabile" violazione della legge sulla *privacy*, punibile con la reclusione da 6 a 24 mesi. Secondo la Corte di legittimità, la condotta del lavoratore era lecita e non poteva ledere in alcun modo il vincolo fiduciario sotteso al rapporto di lavoro, dovendo escludersi che i fatti al medesimo addebitati potessero configurare inadempimenti contrattuali o azioni delittuose, come era stato, peraltro, sostenuto dal datore di lavoro.

3. Di qui prosegue la disamina della Corte Suprema sulla tutela riconosciuta al lavoratore illegittimamente licenziato, esaminando la nozione di insussistenza del fatto contestato, di cui al comma 4 dell'articolo 18 della legge n. 300/1970, come modificato dalla legge n. 92/2012 (9).

(9) La legge Fornero (l. n. 92/2012), come è noto, ha riformato l'art. 18 St. lav., prevedendo, nel caso del licenziamento disciplinare illegittimo, l'applicazione della tutela reintegratoria con indennità ridotta ex art. 18, co. 4 alle sole ipotesi di «insussistenza del fatto contestato» ed a quella in cui «il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili», mentre nelle «altre ipotesi» di mancanza del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa il giudice dichiara «risolto» il rapporto, condannando il datore alla corresponsione di una indennità compresa tra 12 e 24 mensilità. La suddetta modifica ha generato un dibattito dottrinale (e giurisprudenziale) proprio sull'interpretazione della locuzione «insussistenza del fatto contestato», determinante al fine di accertare quando il lavoratore, destinatario di un licenziamento disciplinare, possa rivendicare con successo di essere reintegrato.

Una tesi ha inteso il fatto materiale in senso materiale, individuandolo nelle sue componenti di azione/omissione, nesso causale ed evento. I sostenitori di questa tesi,

La Corte di Cassazione sposa un consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui nella locuzione «insussistenza del fatto contestato» deve intendersi il fatto nella sua qualificazione giuridica, in quanto il mero fatto inteso in senso materiale non avrebbe un autonomo rilievo giuridico (10). Secondo tale orientamento, non sarebbe plausibile ritenere che il Legislatore, con riguardo all'insussistenza del fatto contestato, abbia voluto negare la tutela reintegratoria nel caso in cui il fatto risulti sussistente ma sia privo del carattere di illiceità. La completa irrilevanza giuridica del fatto sarebbe, quindi, equiparabile ad una insussistenza materiale, dando luogo alla reintegrazione ai sensi del comma 4 dell'articolo 18 cit. In tal senso, l'orientamento richiamato dalla pronuncia in esame ritiene che, con fatto oggetto di contestazione indicato dal comma 4 dell'articolo 18 cit., si debba fare riferimento ad un fatto per il quale intervenga una valutazione che ne accerti la rilevanza disciplinare, laddove i fatti definiti materiali (essendo quindi insignificanti disciplinarmente) sarebbero da parificarsi a fatti inesistenti (11).

A siffatto risultato conduce, altresì, la disamina strettamente processualistica svolta dalla Suprema Corte, secondo cui la giusta causa o il giustificato motivo del licenziamento sono fatti impeditivi o estintivi del diritto del dipendente di proseguire il rapporto di lavoro. Fatti, che per la loro stessa natura, hanno significatività giuridica e non meramente materiale. A conferma dell'applicabilità della tutela reintegratoria, inoltre, la Cassazione svolge un ulteriore *iter* argomentativo sotto il profilo prettamente sostanzialistico evidenziando che, se per insussistenza del fatto contestato si intendesse quella a livello meramente materiale, si otterrebbe l'irragionevole effetto di riconoscere la tutela ed. reintegratoria attenuata a chi abbia commesso un'infrazione disciplinare punibile con una sanzione conservativa rispetto a chi invece non abbia commesso alcun illecito, avendo tenuto una condotta lecita.

ritenevano, dunque, sussistente il fatto contestato, per la sola presenza di elementi materiali o oggettivi, intesi quale mero accadimento della realtà fenomenica, e cetero di ogni valutazione sotto il profilo giuridico (A. MANESCA, *Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, *q. Riv.*, 2012, I, 415 ss.; A. VALLEBONA, *L'ingiustificata ingiustificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, *DRI*, 2012, 622).

Di contro, l'orientamento opposto e prevalente ha sostenuto la tesi del «fatto giuridico», che comprende non solo la mera condotta materiale del lavoratore, ma altresì di un ulteriore componente quale l'antigiuridicità. Il fatto, dunque, non sussiste non solo quando non si è verificato sul piano fenomenico, ma anche quando, seppur avvenuto nella sua materialità, risulta produttivo di effetti giuridici (A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 st. lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, *ADL*, 2012, I, 785 ss.).

(10) Cfr., tra le tante, Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540; Cass. 20 settembre 2016, n. 18418; Cass. 26 maggio 2017, n. 13383; Cass. 31 maggio 2017, n. 13799.

(11) Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540, *q. Riv.*, 2016, 102, nt. MAZZOTTA.

4. La pronuncia esaminata conferma nuovamente che le registrazioni effettuate da parte dei dipendenti, aventi ad oggetto colloqui o conversazioni con i colleghi di lavoro o superiori gerarchici, costituiscono una condotta lecita, purché tale condotta sia intesa ad esercitare un legittimo diritto di difesa e a condizione che la stessa sia limitata al tempo strettamente necessario per la suddetta tutela.

La sentenza in commento — per evidenti ragioni cronologiche — pur non facendo esplicito riferimento al Regolamento 2016/679/UE, cd. GDPR, risulta in linea con il contenuto dello stesso in quanto pone l'accento sul bilanciamento degli opposti interessi. Il considerando n. 4 recita testualmente: «Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità». Nel novero dei suddetti diritti fondamentali rientrano: «le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta, sanciti dai trattati, in particolare il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, la protezione dei dati personali, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d'informazione, la libertà d'impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica».

Ciò considerato, anche a seguito dell'entrata in vigore del suddetto reg., si ritiene che, la protezione dei dati personali costituisca un diritto fondamentale della persona che deve, in ogni caso, temperarsi con altri diritti altrettanto rilevanti, quale il diritto costituzionalmente garantito di cui all'art. 24 Cost. Tale disposizione costituzionale sancisce il principio dell'inviolabilità del diritto alla difesa, posto a presidio del diritto alla tutela giurisdizionale ed in virtù del quale tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

Pertanto, considerato l'inevitabile conflitto tra diritti come quello alla *privacy* e quello alla difesa, per accertare se siano violate illegittimamente le norme in materia di protezione dei dati, dovrà necessariamente procedersi ad un oculato bilanciamento tra gli interessi tutelati dalle relative norme, all'esito del quale il diritto alla protezione dei dati personali non potrà che comprimersi a favore della posizione giuridica soggettiva dotata di garanzia costituzionale e, per questo, maggiormente meritevole di tutela.

GABRIELE FAVA  
Avvocato in Milano

ROBERTO PARRUCCINI  
Avvocato in Milano