

Utilizzo di registrazioni

Registrazione su supporto fonografico e divulgazione non autorizzata di conversazione nell'ambiente di lavoro

di Luca D'Andrea, Avvocato in Ancona

La questione, dibattuta ma non ancora definitivamente risolta in dottrina e in giurisprudenza, afferisce alla qualificazione giuridica e alle eventuali conseguenze prodotte dal comportamento del lavoratore, che all'interno dei locali aziendali e alla presenza di colleghi e dei superiori gerarchici, registri con supporto fonografico la conversazione e la divulghi ad altri suoi colleghi.

Inquadramento generale

La fattispecie esaminata si ritiene che possa essere ricondotta, in prima battuta, nella violazione dell'obbligo di fedeltà previsto dall'art. 2105 (1) c.c.: "Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter arrecare ad essa pregiudizio".

Tale norma, nonostante prospetti la tipizzazione di due soli tipi di condotte vietate per il lavoratore (2), si ritiene espressione di un più generale e più ampio obbligo di fedeltà del lavoratore, quale configurazione di una prestazione accessoria (3), ovvero quale modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, connessa all'obbligo di fornire la "collaborazione" all'interno dell'impresa, previsto dall'art. 2094 c.c., informato ai generalissimi principi di correttezza e buona fede contrattuale di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. (4).

(1) Cfr. Cass. 7 luglio 2004, n. 12528.

(2) Secondo la dottrina maggioritaria, ancorata al dato testuale delle norme codicistiche, l'obbligo di fedeltà sussiste solo con riferimento alle obbligazioni negative specificatamente previste dalla norma medesima (così, G. Suppiej - M. De Cristofaro - C. Cester, *Diritto del Lavoro. Il rapporto individuale*, III ed., Padova, 2005, 104; G. Trioni, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milano, 1982, 239; P. Ichino, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1986, 208; G. F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 126 ss.; M. Nicolosi, *L'obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro subordinato tra dottrina e giurisprudenza*, in questa *Rivista*, 4/2007, 334-342) e la natura dell'interesse protetto non è quello soggettivo dell'imprenditore, ma quello oggettivo dell'impresa - alla posizione di mercato - dal quale dipende il soddisfacimento degli interessi individuali finali dal datore di lavoro - al profitto - e dei lavoratori - alla tutela occupazionale e alla retribuzione (così, L. Galantino, *Diritto del Lavoro*, XVIII ed., Torino, 2012, 435). L'obbligo di fedeltà è posto a tutela esclusiva dell'interesse oggettivo dell'impresa alla capacità di concorrenza nel mercato, interesse alla difesa dell'avviamento dell'azienda nei confronti della concorrenza, ed in particolare nei confronti di quella più pericolosa concorrenza

differenziale che il lavoratore è in grado di esercitare a favore a causa della sua intima conoscenza dei meccanismi dell'impresa (così, P. Ichino, *op. cit.*, 209; nello stesso senso, F. Carinci et al., *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro subordinato*, VIII ed., Torino, *infra*; G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, 279). Per una panoramica complessiva delle posizioni in dottrina a riguardo si veda G. Alpa - V. Mariconda (a cura di), *Codice civile commentato*, III, 5, coordinato da Flavio Lapertosa ... [et al.]; Artt. 2325-2548 privigenti coordinati da Giuseppe Sbisà, 2005, Assago, 173-177.

(3) R. Pessi, *Lezioni di diritto del lavoro*, VI ed., Torino, 2014, *infra*; in termini di accessorietà si esprime anche L. Galantino, *op. cit.*, 420.

(4) In dottrina, R. Scognamiglio, *Manuale di diritto del lavoro*, II ed., Napoli, 2005, 379; C. M. Bianca, *Diritto Civile, 3, Il contratto*, Milano, 1987, 477; Grandi, Voce "Rapporto di lavoro", in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1987, 350; Santoro-Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1987, XXXV ed., *infra*; E. Ghera, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Bari, 2013, XVII ed., 163 ss.; G. Amoroso - V. Di Cerbo - A. Maresca, *Diritto del lavoro. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, I, 2013, IV ed., Milano, 872-878; in giurisprudenza, "ex plurimis", Cass. n. 4952/1998.

Esso quindi si risolve, in buona sostanza, in un complessivo obbligo del lavoratore, di connotare ed ispirare la propria attività lavorativa (5), ai caratteri della lealtà, della fiducia, della trasparenza, della correttezza e della buona fede, assumendo e compartecipando allo stesso interesse della impresa, nella cui struttura e nella cui organizzazione è inserito stabilmente, e ciò, proprio per effetto di tale inserimento (6).

È perciò vietato e contrario a tale obbligo, ogni comportamento del lavoratore che sia in contrasto con detti doveri connessi all'inserimento dello stesso nella struttura e nell'organizzazione imprenditoriale o crei situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi della stessa, compresa la mera preordinazione di attività contraria agli interessi del datore di lavoro anche solo potenzialmente produttiva di danno (7).

È quindi richiesto al lavoratore, nello svolgimento dei propri obblighi lavorativi, un comportamento leale e corretto (8). Gli stessi obblighi, afferenti fedeltà, correttezza e trasparenza nello svolgimento della prestazione, sono di solito imposti al lavoratore, contrattualmente, altresì da vari Contratti Collettivi e dai Codici Etici predisposti dai datori di lavoro in ossequio al dettato del D.Lgs. n. 231/2001, le cui disposizioni integrano, per espresse disposizioni regolamentari, il c.d. Codice Disciplinare di cui all'art. 7, L. n. 300/1970.

Dall'art. 2105 c.c. esaminato si ricava, oltre al generale obbligo di fedeltà/lealtà in capo al lavoratore, di converso, anche uno specifico diritto del datore di lavoro alla riservatezza delle informazioni e delle notizie che il lavoratore ha l'occasione di assumere in ragione dell'appartenenza alla compagine lavorativa, e che è inibito dal divulgare; e ciò anche a prescindere dal carattere intrinsecamente riservato di tali informazioni (es. segreti produttivi o commerciali ecc...), ovvero dal fatto che le stesse siano acquisite in virtù dello svolgimento di una specifica e particolare mansione, la cui divulgazione darebbe luogo addirittura alla fattispecie penale

dell'art. 622 c.p., cioè la violazione del segreto professionale.

Tra le informazioni riservate, ad esempio si possono annoverare le notizie afferenti l'organizzazione dell'impresa e il trattamento del personale (9). Infatti, si è ritenuto costituire oggetto di una mera facoltà del datore di lavoro, attribuire o meno ad un dato o ad un documento il carattere della riservatezza; esso quindi costituisce un elemento oggettivamente apprezzabile sul quale penda l'onere probatorio a carico del datore di lavoro (10).

In aggiunta a tale obbligo previsto dalla legge, a livello pattizio, molti contratti collettivi nazionali e i citati codici etici (es. nei settori delle *public utilities*, bancario, igiene ambientale, ecc.), impongono al lavoratore l'obbligo di mantenere riservate le informazioni assunte nello svolgimento della prestazione lavorativa, la violazione delle cui prescrizione è valutabile come addebito disciplinare, con possibile applicazione, nei casi qualificati come "grave inadempimento", anche del licenziamento disciplinare.

Le diverse soluzioni adottate dalla giurisprudenza

a) *Illiceità per violazione della riservatezza dei lavoratori coinvolti nella conversazione "trafugata"*

La giurisprudenza che ha avuto modo di pronunciarsi sulla fattispecie in esame, non ha purtroppo raggiunto risultati omogenei e univoci, pur nel breve volgere di poco più di un anno.

Un primo orientamento (11), infatti, ha ritenuto sussistente l'illecito sanzionabile con il provvedimento espulsivo, in ragione del particolare sviluppo del caso deciso. Affrontando una fattispecie in cui, oltre al ricorrente, anche altri colleghi avevano partecipato attivamente alla riunione "registrata" e indebitamente divulgata, la S.C. ha ritenuto degna della massima tutela (prevalente rispetto al diritto di difesa dell'interessato) la specifica viola-

(5) In dottrina, R. Pessi, *op. cit.*, 261; in giurisprudenza, Cass. 18 luglio 1987, n. 6342.

(6) Cfr. Cass. 4 aprile 2005, n. 6957; nello stesso senso, Cass. nn. 114/2015, 2550/2015, 25161/2014, 14176/2009, 2474/2008, 13526/2004, 11220/2004, 11437/1995, 2822/1990, 11657/1990, 6342/1987 e 3719/1988 con nota di P. Tullini, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, 978; Trib. Milano 25 agosto 2001, in *Giur. Milanese*, 2002, 195; Pret. Palermo 6 settembre 1991, in *Temi Siciliana*, 1991, 434.

(7) Cfr. Cass. n. 2474/2008; nello stesso senso, Cass. nn. 19096/2013, 10450/2006, 6654/2004, 12489/2003, 7990/2000, 512/1997, 313/1996, 1711/1987.

(8) Cfr. Cass. nn. 12489/2003, 4952/1998 con nota di P. Tulli-

lini, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 346 e con nota di L. Fantini, in *Giur. it.*, 1999, 491.

(9) In dottrina, L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Padova, 1982, XIV ed., *infra*; G. Nicolini, *Diritto del lavoro*, Milano, 1992, 389.

(10) Cass. 15 giugno 2005, n. 12837, in *Mass. Giur. lav.*, 2005, 12, 948.

(11) In una pronuncia di merito ancora anteriore all'indirizzo di Cassazione qui di seguito esaminato - Pret. Milano 11 marzo 1994, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 359 ss., con nota di L. Marra - la registrazione abusiva di conversazione era stata qualificata come attentato alla personalità morale del lavoratore che l'aveva subita in violazione dell'art. 2104 c.c.

Dottrina

Rapporto di lavoro

zione del diritto alla riservatezza e al divieto di trattamento non autorizzato di dati personali (12), attribuito ai lavoratori (quali distinti titolari del diritto alla riservatezza (13)), e ciò in ossequio alle previsioni della D.Lgs. n. 196/2003 in particolare art. 4, comma 1, lett. b) e art. 23.

Tale aspetto è stato in particolare valorizzato da Cass. 21 novembre 2013, n. 26143, che ha affrontato la peculiare ipotesi qui trattata, così statuendo: “La registrazione o diffusione di conversazioni dei colleghi, acquisita a loro insaputa, al fine di utilizzarla in giudizio, viola il diritto di riservatezza dei lavoratori interessati e, dando luogo ad un clima turbato e non più sereno nell’ambiente lavorativo, costituisce lesione irrimediabile del vincolo di fiducia con il datore di lavoro, tale da giustificare il licenziamento per giusta causa.”.

Nella controversia posta all’esame di Cass. 21 novembre 2013, n. 26143 (14), l’illegittimità dell’utilizzo della registrazione era stata appunto affermata in relazione alla violazione del diritto alla riservatezza (riferibile all’art. 2 Cost. secondo concorde opinione) dei colleghi di lavoro coinvolti nel colloquio indebitamente registrato, in quanto la registrazione era stata divulgata all’interno dell’ambiente di lavoro, provocando l’instaurazione di un clima lavorativo non sereno e proficuo.

In questo caso, appare evidente che la conflittuale compresenza di valori di pari rango costituzionale è stata dalla Cassazione risolta in applicazione, pur se implicita, del principio della c.d. “gerarchia mobile” delle fonti, attribuendo valenza recessiva, stavolta, al diritto alla difesa, in quanto l’utilizzo dell’informazione non autorizzata, si era posta contemporaneamente in violazione, oltre che dell’art. 2105 c.c. e degli interessi ad esso sottesi, anche di altri e distinti interessi o valori di portata costituzionale, di cui il datore di lavoro ovvero terzi siano portatori.

Sotto il profilo della violazione degli ulteriori interessi protetti, la sentenza citata ha infatti ritenuto che la captazione e la successiva divulgazione della conversazione trafugata, fosse suscettibile di creare pregiudizio al clima di corretta collaborazione e di colleganza all’interno dell’azienda, improntato alla

reciproca fiducia e trasparenza tra colleghi: quale effetto ulteriore, tale condotta è stata valutata come suscettibile, di riflesso, di produrre danno alla sicurezza e alla personalità morale dei lavoratori coinvolti - in quanto essi ad esempio si sarebbero trovati esposti ad eventuali critiche o giudizi negativi da parte di altri colleghi - che il datore di lavoro ha l’obbligo di scongiurare anche ai sensi dell’art. 2087 c.c., in quanto, come noto, l’interesse all’integrità fisica e alla personalità morale dei lavoratori, è espressione del diritto alla salute di cui all’art. 32 Cost. e alla personalità dell’uomo di cui all’art. 2 Cost. (15).

Nel caso qui esaminato, peraltro, oltre alla violazione di altri interessi costituzionalmente protetti, si verteva, in realtà, anche in un’ipotesi di uso (del dato protetto) non esclusivamente e direttamente funzionale all’esercizio del diritto di difesa, in quanto il lavoratore aveva divulgato le registrazioni anche in ambienti extralavorativi e privati, sottoponendo le stesse ad altri colleghi, per avvalorare e corroborare la propria pretesa di mobbing nei confronti del datore di lavoro. È quindi evidente nel caso di specie, che la Cassazione, pur senza un approfondito sviluppo argomentativo (16), abbia interpretato ed applicato la scriminante dell’esercizio del diritto nel modo circoscritto e limitato, più sopra riportato nel testo, ritenendo la sottoposizione della registrazione ad altri colleghi non strettamente funzionale al diritto di difesa.

Meno convincente è peraltro, il passaggio della sentenza in cui l’inerenza e la strumentalità del mezzo istruttorio sono state valutate in concreto ed *ex post*, e quindi escluse in quanto la denuncia per mobbing era poi risultata infondata, per effetto della sua archiviazione in sede penale.

È preferibile, infatti, come più avanti sarà chiarito, una valutazione *ex ante* e in astratto, dell’afferenza del dato riservato rispetto al diritto fatto valere, risultante da una congruità ed adeguatezza logica e giuridica della linea difensiva prospettata, nella quale il contenuto della registrazione sia la premessa in fatto, coerente, razionale e astrattamente sussumibile nella norma giuridica invocata a fondamento della domanda azionata giudizialmente.

(12) Cfr. Cass. nn. 17204/2013, 21612/2013.

(13) Per un inquadramento sul tema, A. Cautadella, *Dignità e riservatezza del lavoratore (tutela della)*, in *Enc. giur.*, XI, 1989, 2 ss.; P. Ichino, *op. cit.*, 208 ss.

(14) In *Arg. dir. lav.*, 2014, 3, 781 con nota di C. Cristofolini.

(15) L. Montuschi, *L’incerto cammino della sicurezza del la-*

voro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo, in *Riv. giur. lav.*, 2001, n. 4; C. Smuraglia, *Salute (voce) Enc. giur.*, 2.

(16) Come opportunamente notato da C. Cristofolini, *cit.*, *ibidem*.

b) Liceità della condotta realizzata nell'esercizio del diritto di difesa. Bilanciamento. Principio di "gerarchia mobile"

Una diversa soluzione è stata adottata da un più recente indirizzo giurisprudenziale (17), rappresentato da due arresti coevi e sostanzialmente identici, provenienti dallo stesso estensore, che riconducono la legittimità dell'ostensione della registrazione all'effettivo esercizio del diritto in sede giudiziale, da considerarsi quale scriminante, ai sensi del generalissimo disposto di cui all'art. 51 c.p. (applicabile anche al di fuori dell'ambito penale), e in particolare alla riconducibilità della riproduzione fonografica all'interno dello strumento istruttorio delle riproduzioni meccaniche previste dall'art. 2712 c.c.. Tali arresti richiamano il consolidato orientamento delle Corti penali, le quali ammettono la registrazione di conversazioni tra privati effettuate all'insaputa dell'interlocutore (senza intervento della Polizia Giudiziaria), qualora siano utilizzate nel procedimento penale quali prove precostituite previste dall'art. 234 c.p.p. (18); e richiamano anche l'orientamento della S.C. civile, consolidato a partire da Cass. 4 maggio 2002, n. 6420, che ammette la liceità della produzione in giudizio di un documento aziendale da parte del lavoratore, per i motivi suddetti (19).

Ciò che lascia lievemente perplessi, in verità, è l'ulteriore argomento speso per avvalorare la soluzione proposta, forse ultroneo allo scopo rispetto alla già sufficiente "scriminante difensiva", e cioè quello riguardante l'estraneità, alla nozione di "divulgazione", della produzione in giudizio del documento o del supporto fonografico, solo perché prevista dall'art. 2712 c.c. e perché la struttura e l'articolazione del processo civile, consentirebbe solo a soggetti determinati, limitati e tenuti ad un obbligo di segretezza, la conoscenza dell'informazione introdotta nel giudizio.

Nella realtà, a parte la non pubblicità delle udienze istruttorie (art. 84 disp. att. c.p.c.) che effettiva-

mente circoscrive la platea dei partecipanti al giudizio civile, la possibilità che terzi estranei alle parti processuali accedano all'informazione indotta nel processo è conseguente alla sua stessa ricompreensione e riconduzione nel *thema probandum e decidendum*, cosicché essa è destinata ad essere oggetto di valutazione di eventuali testimoni, consulenti tecnici di ufficio e di parte, terzi chiamati in causa (che potrebbero addirittura essere imprese concorrenti del datore di lavoro convenuto in giudizio, frustrando quindi la funzione anticoncorrenziale dell'art. 2105 c.c.), e da ultimo, alla sua riproduzione, in parte o per intero, nei capi della motivazione della sentenza che decide il giudizio, di fatto pubblicabile e conoscibile da tutti.

Quindi l'argomento, secondo cui l'induzione dell'informazione all'interno del rituale schema processuale civile non costituirebbe divulgazione, è solo teorico e contraddetto dalle prassi giudiziarie, come appena osservato.

Viceversa l'affermata legittimità dell'utilizzo giudiziale della registrazione fondata esclusivamente sull'effettivo esercizio del diritto di difesa, da valutarsi quale scriminate ai sensi dell'art. 51 c.p., appare meritevole di condivisione, purché accompagnata dalle seguenti specificazioni in fatto, rivenienti anche da altri settori dell'ordinamento giuridico.

Presupposti specifici per la concreta prevalenza del diritto alla difesa nell'ambito del principio della c.d. gerarchia mobile

Preliminarmente, va osservato che la giurisprudenza univoca e recente, nell'ipotesi di potenziale conflitto tra il diritto alla riservatezza violato dal lavoratore e la finalità di esercitare un diritto mediante le informazioni carpite e divulgate (specialmente nell'ipotesi simile di sottrazione e produzione di documenti aziendali (20)), ha perlopiù dato prevalenza alla finalità difensiva (21) prevista e tutelata dall'art. 24 Cost., affermando il principio della c.d.

(17) Cass. 4 dicembre 2014, n. 25682; Cass. 29 dicembre 2014, n. 27424.

(18) Cass. Pen., Sez. II, 13 marzo 2013, n. 14665, in *Danno e resp.*, 2013, 8-9, 912; Cons. Stato, Sez. VI, 28 giugno 2007, n. 3797 che richiama il consolidato orientamento della Cassazione Penale.

(19) Cass. 4 maggio 2002, n. 6420; Cass. 7 luglio 2004, n. 12528; Cass. 8 febbraio 2011, n. 3038; Cass. 14 marzo 2012, n. 6501; contra, Cass. 25 ottobre 2001, n. 13188; Cass. 2 marzo 1993, n. 2560.

(20) Cfr. Cass. nn. 13188/2001, 2560/1993, 3156/1985.

(21) Cfr. Cass. nn. 20163/2012, 3038/2011, 22923/2004, 12528/2004, 6420/2002; *Contra*: "La registrazione fonografica

di un colloquio tra presenti, rientrando nel *genus* delle riproduzioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c., ha natura di prova ammissibile nel processo civile, sicché la sua effettuazione, operata dal lavoratore ed avente ad oggetto un colloquio con il proprio datore di lavoro, non integra illecito disciplinare. Né tale condotta, comunque scriminata ex art. 51 c.p., in quanto esercizio del diritto di difesa, la cui esplicazione non è limitata alla sede processuale, può ritenersi lesiva del rapporto fiduciario tra lavoratore e datore di lavoro, che concerne esclusivamente l'affidamento di quest'ultimo sulle capacità del dipendente di adempimento dell'obbligazione lavorativa". (Cass. n. 27424/2014).

Dottrina

Rapporto di lavoro

gerarchia mobile (22) dei diritti, consistente nell'attribuire al giudice il potere di valutare e di stabilire quale dei due interessi confliggenti, sia, caso per caso, meritevole di preferenziale protezione alla luce delle circostanze concrete esposte in giudizio (23).

Pertanto, nei casi in cui il lavoratore, mediante la registrazione della conversazione lavorativa, abbia inteso preconstituirsì una prova da produrre in giudizio per comprovare e far valere un proprio diritto, il bilanciamento degli interessi in gioco, e cioè del diritto alla difesa processuale e del diritto alla altrui riservatezza, è valutato, dalla concorde giurisprudenza, in modo da far prevalere il primo in ragione delle stesse previsioni del Codice Privacy (L. n. 193/2006) sullo specifico punto, e del rango Costituzionale del diritto alla difesa.

D'altro canto, tale prevalenza, è ormai sostanzialmente assodata, condivisa e addirittura normata anche in altri settori dell'ordinamento, così da elevarsi a principio generale dell'ordinamento stesso.

Esempi significativi si trovano infatti nel diritto amministrativo e in particolare nell'ambito del diritto all'accesso dei documenti amministrativi.

Il combinato disposto degli artt. 59 e 60 del Codice Privacy da un lato e dell'art. 24 della L. n. 241/1990 dall'altro, in particolare il comma 7, sanciscono il primato del diritto alla difesa (salvo il trattamento dei dati afferenti la salute e la sfera sessuale), anche nelle ipotesi estreme in cui, specifici regolamenti amministrativi escludano espressamente, entro limiti e casi ben circoscritti, il diritto all'accesso. Anche in questi casi infatti:

“Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici” (Art. 24, comma 7, L. n. 241/1990; in tal senso anche la giurisprudenza (24)).

Un aspetto, all'interno di questo tema, merita attenzione, in quanto - giustamente - la prevalenza del diritto alla difesa rispetto alla riservatezza, è stata sottoposta alla condizione che la finalità di tutela degli interessi giuridici sia espressamente dedotta e concretamente provata dall'interessato, sul quale “incombe ... dimostrare la specifica connessione con gli atti di cui ipotizza la rilevanza a fini difensivi e ciò anche ricorrendo all'allegazione di

elementi induttivi, ma testualmente espressi, univocamente connessi alla “conoscenza” necessaria alla linea difensiva e logicamente intellegibili in termini di consequenzialità rispetto alle deduzioni difensive potenzialmente esplicabili” (25).

Pertanto, viene sì affermata la prevalenza del diritto alla difesa, ma con il limite della specifica e concreta pertinenza del documento utilizzato ai fini della strategia difensiva che si intenderebbe percorrere.

D'altro canto, lo stesso art. 24, lett. f), L. n. 193/2006 (c.d. Codice Privacy), che viene sovente invocato dalla giurisprudenza e dalla dottrina per giustificare la legittimità della registrazione non autorizzata di una conversazione, quando è funzionale all'esercizio di difesa del lavoratore, precisa che il consenso dell'interessato (la persona fisica cui si riferiscono i dati personali, art. 4, comma 1, lett. i), Codice Privacy) non è richiesto quando il trattamento: “... con esclusione della diffusione, è necessario ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000 n. 397, o, comunque per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento, nel rispetto della vigente materia di segreto aziendale e industriale ...” (26).

Alle stesse finalità appare orientata la recente previsione dell'art. 155 *quinquies* disp. att. c.p.c. introdotta dal D.L. n. 132/2014 convertito in L. n. 162/2014, che, ponendo un'espressa eccezione alla necessità dell'adozione di un Decreto Ministeriale di attuazione per l'esercizio del diritto all'accesso diretto dell'Ufficiale Giudiziario alle banche dati pubbliche, per l'individuazione dei beni da sottoporre a pignoramento, attribuisce al creditore munito di titolo esecutivo, la facoltà di ottenere informazioni dai gestori delle medesime banche date ai medesimi fini, previa autorizzazione del Presidente del Tribunale: segno evidente che la finalità della tutela esecutiva è stata ritenuta prevalente rispetto alla riservatezza dei dati personali dell'esecutato.

Né l'impostazione risulta modificata, nel senso della prevalenza del diritto alla difesa rispetto a quello alla riservatezza, dalla modifica di detta norma posta dall'art. 14 del D.L. n. 83/2015 convertito in L. 132/2015, nella parte in cui consente l'accesso di-

(22) Cfr. Cass. 5 agosto 2010, n. 18279 con nota di G. Riccio, *Antagonismo fra diritto alla privacy e diritto alla difesa e criteri di bilanciamento*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 172 ss.; Cass. 30 giugno 2009, n. 15327.

(23) Cfr. Cass. nn. 13188/2001, 22923/2004.

(24) Cons. Stato, Sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2472.

(25) Cons. Stato n. 2472/2014, cit.; Cons. Stato, Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1568.

(26) Cass. 4 maggio 2002, n. 6420; Cass. 7 luglio 2004, n. 12528; Cass. 11 luglio 2013, n. 17204.

retto, perlomeno fino alla futura pubblicazione, da parte del Ministero della Giustizia, dell'elenco delle singole banche dati accessibili.

Detto quindi che, in generale, in caso di conflitto, l'ordinamento giuridico considera complessivamente prevalente l'interesse alla difesa giudiziale rispetto all'interesse alla riservatezza, sembra che questo criterio di bilanciamento debba essere precisato e arricchito di elementi fattuali, affinché soddisfi e sia definitivamente risolutivo per la soluzione della questione qui esaminata.

Intanto, in primo luogo, è addirittura dubbio che si possa operare una comparazione paritaria tra l'interesse alla riservatezza aziendale tutelato dal Codice Privacy e il diritto di difesa, perlomeno per i datori di lavoro che esercitano la loro impresa in forma collettiva. Infatti, come già aveva opinato e in qualche modo preconizzato una avveduta dottrina (27) già prima delle modifiche normative, il citato art. 4, comma 1, lett. b) e i), Codice della Privacy, per effetto dell'intervento dell'art. 40, comma 2, lett. a), D.L. n. 201/2011 convertito nella L. n. 2014/2011, è stato abrogato nelle parti in cui, ai fini della nozione di "dato personale" e di "interessato" al trattamento dei dati, facevano riferimento anche alla "persona giuridica, l'ente o l'associazione", soggetti che, pertanto, sono fuori dal campo di applicazione dell'art. 24, lett. f) dello stesso codice. Quindi l'unico ambito di riservatezza aziendale tutelato è quello più generale, avente più una funzione organizzativa e anticoncorrenziale, del dovere di fedeltà sancito dall'art. 2105 c.c.

In verità, l'enunciazione del generale principio di prevalenza del diritto di difesa rispetto al diritto alla riservatezza, sopra esaminato, è decisivo, per la nostra indagine, in quanto esso traccia in modo esplicito e circostanziato i confini applicativi del diritto di difesa, che sono in grado di orientare il Giudice nello svolgimento della sua attività di "bilanciamento" connessa all'applicazione del sopra invocato principio di "gerarchia mobile", con conseguente contributo ad una accresciuta certezza giuridica e ad una ridotta discrezionalità interpretativa ed applicativa, che non di rado ha dato luogo ad orientamenti divergenti, come gli esempi sopra descritti stanno a dimostrare.

Innanzitutto il diritto alla difesa, quale scriminante della violazione dell'obbligo di fedeltà, dovrebbe

intendersi esclusivamente quello esercitato nello specifico perimetro della sede giudiziaria.

Inoltre occorre che i dati siano trattati esclusivamente per tale finalità e per il tempo strettamente necessario al suo perseguimento.

Corollario di dette espressioni, esplicitato anche da una certa giurisprudenza (28), è che il rapporto di strumentalità tra trattamento dei dati ed esercizio del diritto difensivo, sia improntato ai "principi generali di correttezza, pertinenza e non eccedenza ...".

Orbene, la conseguenza logica di queste affermazioni di principio, è che il trattamento non consentito di dati altrui, escluderebbe l'illecito disciplinare solo se ricorrono le seguenti condizioni.

- Il dato deve essere concretamente utilizzato in un procedimento giudiziale, che deve essere effettivamente azionato e non solo divisato come teorica possibilità ipotizzata dal lavoratore;
- trattandosi di difesa in sede giudiziaria, la pertinenza allo scopo deve essere asseverata e confermata dalla valutazione di un legale, cui è attribuito il potere di difesa tecnica giudiziale ai sensi degli artt. 82 ss. c.p.c., mediante la trasposizione o l'allegazione all'interno dell'atto giudiziario proposto;
- il giudizio di pertinenza, deve inoltre superare il vaglio del principio di inerenza della prova rispetto alla domanda proposta, pur inteso nel più esteso significato di "inerenza astratta" rispetto all'impostazione difensiva adottata dalla parte, e non già nel ristretto senso di "conferenza" e "rilevanza" probatoria concreta, assegnato al giudicante, nello stesso senso, quindi, inteso dai Giudici Amministrativi sopra citati, allorché individuano il limite al divieto di accesso agli atti (29), nonché dalla recente giurisprudenza di Cassazione pure citata (30);
- il riferimento al tempo strettamente necessario per il perseguimento della finalità, da un lato impone al lavoratore di utilizzare il dato in tempi ragionevoli e comunque entro i termini eventualmente previsti a pena di decadenza per l'esercizio dell'azione; dall'altro lato, consente al datore di lavoro di vedersi "dilatare" il termine per il tempestivo esercizio del potere di contestazione ed irrogazione disciplinare, fino al momento dell'esercizio dell'azione da parte del lavoratore, onde poter valutare l'effettiva utilizzazione o meno del dato, e la sua effettiva inerenza e funzionalità rispetto al diritto fatto valere;

(27) P. Ichino, *Il Contratto di Lavoro*, in *Trattato A. Cicu - F. Messineo*, Milano, 2003, III, 277.

(28) Cass. 11 febbraio 2009, n. 3358.

(29) Cons. Stato n. 2472/2014, cit.; Cons. Stato, Sez. VI, n. 1568/2013, cit.

(30) Cass. 4 dicembre 2014, n. 25682, cit.

Dottrina

Rapporto di lavoro

- ovviamente, nel caso delle riproduzioni fonografiche di conversazioni coinvolgenti terze persone, è necessario che il contenuto della riproduzione, sia conforme allo svolgimento dei fatti di cui il lavoratore intenda avvalersi giudizialmente, e ciò soprattutto quando intervenga il circostanziato, esplicito e tempestivo disconoscimento giudiziale da parte del datore di lavoro ai sensi e nei termini di cui all'art. 2712 c.c. (31).

- inoltre, e ciò attiene ad un aspetto non esaminato né in giurisprudenza né in dottrina, occorre che l'esercizio del diritto operi nei confronti del datore di lavoro al quale è stata sottratta la registrazione divulgata: infatti, essendo l'obbligo di cui all'art. 2105 c.c. qualificabile come *naturalia contracti* previsto dalla legge, si giustifica la sua violazione - riconducibile allo schema dell'art. 1460 c.c., in quanto si verte pur sempre in ambito di obblighi contrattuali e di relative inadempienze del rapporto di lavoro - solo per resistere ad un reciproco inadempimento del datore di lavoro dei propri obblighi inerenti al rapporto. Non si giustificerebbe quindi la divulgazione di informazioni afferenti l'organizzazione o la produzione aziendale, per far valere, in ipotesi, un diritto del lavoratore nei confronti di terzi estranei al rapporto di lavoro.

A nostro avviso, quindi, questi sono i limiti entro cui è corretto assegnare al diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost., il ruolo di scriminante dell'illecito disciplinare connesso alla violazione dell'art. 2105 c.c.

Al di fuori delle maglie qui rappresentate, quindi, non appare giustificato invocare il diritto di difesa per escludere l'illegittimità della violazione dell'obbligo di fedeltà, che - allorché menziona un concetto quale l'"organizzazione" - necessariamente deve essere ricondotto all'interno del potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro.

Tale aspetto, attinge allo stesso elemento della subordinazione del lavoratore (art. 2094 c.c.), in relazione alla strutturazione dell'attività e del ruolo dell'imprenditore (artt. 2082, 2086 c.c.) (32), e, in ultima analisi, del diritto di libertà dell'iniziativa economica privata, che ha, a sua volta, rilevanza costituzionale (art. 41 Cost.) (33).

Utile per verificare l'avvenuto superamento dei limiti di esercizio del diritto di difesa, e utile anche ai fini della valutazione circa la proporzionalità della sanzione disciplinare da adottare al cospetto di tale violazione, è l'apprezzamento delle modalità concrete della sua attuazione.

Infatti una manovra fraudolenta, callida e subdola con la quale fosse acquisita l'informazione non autorizzata, approfittando della tecnologia e della inconsapevolezza degli astanti circa il suo strumentale utilizzo, sarebbe al di fuori del perimetro di un corretto esercizio del diritto.

In questo contesto, rilievo significativo ai fini dell'illiceità della condotta, potrebbero avere elementi di fatto quali la modalità furtiva e preordinata con cui il lavoratore si sia approcciato ad una normale conversazione con i suoi superiori, allo scopo di carpirne i contenuti che risultassero eventualmente a suo vantaggio, o a svantaggio dell'azienda, magari indirizzando e orientando il colloquio ovvero il tono dello stesso, così da indurre i convenuti ad una o più espressioni estranee al contesto e non propriamente felici. Tali elementi di fatto, inducono quindi a ritenere che non ogni modalità di esercizio del diritto di difesa è idonea ad escludere l'illecito disciplinare.

D'altra parte, anche nel settore penale, l'art. 51 c.p., richiamato in termini di principio generale dell'ordinamento da Cass. n. 27424/2014, non opera indiscriminatamente, in quanto è comunque richiesto che "... l'attività posta in essere, costituisca corretta estrinsecazione delle facoltà inerenti al diritto e non trasmodi in aggressioni della sfera giuridica altrui, che sia estranea al campo applicativo del diritto azionato ..." (34).

Le modalità attuative dell'acquisizione della registrazione sopra riportate, sono, al contrario, chiaro indice di un'intenzione e di un atteggiamento psicologico non improntato a buona fede, trasparenza, correttezza: di conseguenza, tale atteggiamento è uno degli elementi sul quale, secondo l'univoca giurisprudenza, si fonda la prognosi negativa circa il futuro puntuale adempimento degli obblighi incombenti sul lavoratore, e quindi circa la compromissione del vincolo fiduciario (35).

(31) Cass. n. 9526/2010 richiamata da Cass. n. 27424/2014, cit.; Cass. n. 3122/2015; Cass. n. 12715/1998; Cass. n. 1862/1996; Trib. Milano, Sez. IV, 8 febbraio 2013, in *Pluris.it*.

(32) Cass. 17 febbraio 1987, n. 1711.

(33) M. Marazza, *I poteri del datore di lavoro*, in A. Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, Padova, 2009, I, 687.

(34) Cass. Pen., Sez. V, 29 ottobre 2014, n. 52075, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 2, 158; nello stesso senso, Cass. 21 novembre 2013, n. 26143, cit.

(35) Fra le molte rinvenute, Cass. n. 8077/2014; Cass. n. 19096/2013; Cass. n. 15654/2012; Cass. n. 22923/2004.