

avverso la sentenza n. 518/2021 della CORTE D'APPELLO DI MILANO, depositata il 05/08/2021 R.G.N. 1209/2019; udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 08/06/2023 dal Consigliere Dott. FABRIZIO AMENDOLA;

Numero registro generale 25834/2021

Numero sezionale 2993/2023

Numero di raccolta generale 18168/2023

Data pubblicazione 26/06/2023

il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Dott. RITA SANLORENZO visto l'art. 23, comma 8 bis del D.L. 28 ottobre 2020 n. 137, convertito con modificazioni nella legge 18 dicembre 2020 n. 176, ha depositato conclusioni scritte.

FATTI DI CAUSA

1. La Corte di Appello di Milano, con la sentenza impugnata, ha confermato la pronuncia di primo grado, con cui era stata accertata l'illegittimità del licenziamento, intimato da [redacted] al dirigente [redacted] in data 8 maggio 2018, con condanna della società al pagamento di somme a titolo di indennità sostitutiva del preavviso, di indennità supplementare, di spettanze per incidenza sul TFR, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

2. La Corte territoriale ha rammentato che il licenziamento faceva seguito a tre contestazioni disciplinari dell'1.2.2018, del 7.2.2018 e del 3.5.2018, con le quali era stata addebitata al lavoratore "una condotta di insubordinazione e di violazione dei doveri di diligenza e fedeltà nonché dei generali principi di correttezza e buona fede per avere intrattenuto rapporti e contatti con soggetti riferibili a realtà imprenditoriali in concorrenza (prima e seconda contestazione) e per essersi sottratto ad un accertamento tecnico preventivo, facendo così dubitare della genuinità della malattia posta a fondamento delle assenze (terza contestazione)".

Ha evidenziato la Corte milanese che il primo giudice, premesso che gli elementi di prova relativi ai fatti



appena il lavoratore avesse comunicato la propria disponibilità". Non poteva perciò operare nel caso in esame l'orientamento giurisprudenziale invocato dalla società, orientamento secondo il quale grava sul lavoratore l'onere di dimostrare che le proprie condizioni di salute siano effettivamente incompatibili con l'espletamento dell'audizione orale.

6. Infine, in ordine alla doglianza con cui la società lamentava, in riferimento alla illegittimità della terza contestazione del 3.5.2018, che il primo giudice "non aveva considerato una serie di elementi dedotti dalla società idonei a dimostrare la non genuinità della malattia del lavoratore", la Corte ha richiamato il principio giurisprudenziale secondo cui l'accertamento tecnico preventivo ex art. 445 bis c.p.c. non può comunque essere utilizzato per consentire al datore di lavoro di controllare lo stato di salute dei propri dipendenti.

7. Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso la soccombente società con quattro motivi; ha resistito con controricorso l'intimato.

La Procura Generale ha depositato memoria scritta, concludendo per il rigetto del ricorso.

La parte ricorrente ha comunicato memoria ex art. 378 c.p.c.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo di ricorso denuncia: "Violazione e/o falsa applicazione degli art. 2, 3 e 4 della Legge 20 maggio 1970, n. 300, nonché degli artt. 113, 114 e 160 del Codice della Privacy, anche in relazione all'art. 2697 cod. civ. e agli art. 115, 116, 421 e 427 cod. proc. civ. (art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.)".

Si critica diffusamente la Corte d'Appello di Milano per avere ritenuto illegittima l'acquisizione da parte di delle circostanze emerse dai due dossier investigativi commissionati e oggetto delle contestazioni



I tre profili sono compendiati nel finale principio di diritto che così statuisce: "Sono consentiti i controlli anche tecnologici posti in essere dal datore di lavoro finalizzati alla tutela di beni estranei al rapporto di lavoro o ad evitare comportamenti illeciti, in presenza di un fondato sospetto circa la commissione di un illecito, purché sia assicurato un corretto bilanciamento tra le esigenze di protezione di interessi e beni aziendali, correlate alla libertà di iniziativa economica, rispetto alle imprescindibili tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore, sempre che il controllo riguardi dati acquisiti successivamente all'insorgere del sospetto" (Cass. n. 25732/2021 cit., punto 51).

2.2. Avuto riguardo alla controversia all'attenzione del Collegio, in cui la società ricorrente invoca proprio la sussistenza di un "controllo difensivo in senso stretto" sul computer aziendale del dipendente, viene in particolare rilievo la ripartizione degli oneri processuali di allegazione e prova in ordine agli elementi di fatto dai quali scaturisce il "fondato sospetto" che legittima tale tipologia di controlli.

Non può dubitarsi che incomba sul datore di lavoro l'onere di allegare prima e provare poi le specifiche circostanze che lo hanno indotto ad attivare il controllo tecnologico ex post, considerato che solo tale "fondato sospetto" consente al datore di lavoro di porre la sua azione al di fuori del perimetro di applicazione diretta dell'art. 4 St. lav. e tenuto altresì conto del più generale criterio legale ex art. 5 l. n. 604 del 1966 che grava la parte datoriale dell'onere di provare il complesso degli elementi che giustificano il licenziamento.

Né può trascurarsi il c.d. "principio di vicinanza della prova", definito, come noto, da Cass. SS.UU. n. 13533 del 2001, come quel criterio per cui l'onere della prova deve essere "ripartito tenuto conto, in concreto, della



dati personali del lavoratore, non occorra rispettare la disciplina generale prevista per la protezione di qualsiasi cittadino dal Codice della privacy, vigente all'epoca dei fatti della presente causa, e, a partire dal 25 maggio 2018, dal Regolamento UE 2016/679 e dallo stesso Codice, come modificato dal d. lgs. n. 101/2018 entrato in vigore il 19 settembre 2018.

Se anche nel caso di controlli a distanza attuati nell'osservanza dei commi 1 e 2 dell'art. 4 St. lav., il comma 3 dello stesso articolo pretende il "rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 20 giugno 2003, n. 196", costituirebbe una ingiustificata aporia del sistema - peraltro priva di base legale - il sottrarre alla disciplina generale della protezione dei dati personali il rapporto del lavoratore con il suo datore. Pertanto, il complesso dei principi espressi nel Codice della privacy e nel Regolamento europeo 2016/679 (GDPR) deve orientare il giudice nella delicata opera di bilanciamento e di delimitazione del confine tra l'interesse del lavoratore e l'interesse del datore di lavoro, con un temperamento che non può prescindere dall'apprezzamento di tutte le circostanze del caso concreto.

Ancor prima lo stesso datore di lavoro, in sede di iniziativa finalizzata ad attuare un controllo per fini difensivi, è tenuto a compiere una valutazione relativa all'impatto concreto nei confronti della sfera personale dei lavoratori, alla stregua dei principi che regolano, per chiunque, le modalità di trattamento dei dati personali.

A partire dagli incombenti informativi previsti dall'art. 13 del Codice della privacy (vigente all'epoca dei fatti) e (successivamente) dall'art. 13 del Regolamento europeo, espressione altresì del principio generale di correttezza dei trattamenti, contenuto nell'art. 11, comma 1, lett.



misure di sorveglianza, mediante informazioni ai lavoratori interessati o ai rappresentanti del personale circa l'attuazione e l'entità del monitoraggio, dichiarando l'adozione di tale misura a un organismo indipendente o mediante la possibilità di presentare reclamo.

Sottolinea la Corte EDU che una volta che le autorità nazionali abbiano ponderato gli interessi in gioco secondo i criteri fissati dalla giurisprudenza richiamata, "occorrono seri motivi perché essa sostituisca il proprio giudizio a quello dei giudici interni" (v. *Gramaxo* cit., § 110).

2.9. Anche per questo verso, dunque, la sentenza impugnata non merita le censure che ad essa sono mosse, avendo in concreto operato un apprezzamento, proprio sulla scorta della giurisprudenza convenzionale, "con riferimento alla natura ed estensione della sorveglianza sul lavoratore e del conseguente grado di intrusione nella sua vita privata"; ha così constatato la mancanza di "giustificazione del monitoraggio", l'esistenza di un controllo che "ha riguardato indistintamente tutte le comunicazioni presenti nel pc aziendale in uso a e senza limiti di tempo, dando vita così ad una indagine invasiva massiccia ed indiscriminata non giustificata", l'assenza di prova "di aver preliminarmente informato il lavoratore della possibilità che le comunicazioni che effettuava sul pc aziendale avrebbero potuto essere monitorate" ovvero "del carattere e della portata del monitoraggio o del livello di invasività nella sua corrispondenza", il mancato rispetto da parte della Banca del regolamento interno dalla medesima predisposto sull'utilizzo della posta elettronica.

Trattasi di argomentato apprezzamento, involgente questioni di merito, come tale sottratto al sindacato di legittimità di questa Corte Suprema.



SS.UU. n. 34476 del 2019; conf. Cass. SS.UU. n. 33373 del 2019; Cass. SS.UU. n. 25950 del 2020).

Numero registro generale 25834/2021

Numero sezionale 2993/2023

Numero di raccolta generale 18168/2023

Data pubblicazione 26/06/2023

4. Il terzo motivo denuncia: "Omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti: la mancata valutazione del comportamento tenuto dalle parti in relazione alla sostenuta violazione dell'art. 7 Stat. Lav. per la mancata audizione del sig. (art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ.)". Ci si duole della "totale trascuratezza del materiale probatorio" sul punto.

Il motivo è inammissibile per concorrenti ragioni.

Innanzitutto, perché deduce il vizio di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. in una ipotesi preclusa dalla ricorrenza di una cd. "doppia conforme" (cfr. art. 348 ter, ultimo comma, c.p.c., in seguito art. 360, comma 4, c.p.c., per le modifiche introdotte dall'art. 3, commi 26 e 27, d. lgs. n. 149 del 2022), senza indicare le ragioni di fatto poste a base, rispettivamente, della decisione di primo grado e della sentenza di rigetto dell'appello, dimostrando che esse sono tra loro diverse (v. Cass. n. 26774 del 2016; conf. Cass. n. 20944 del 2019).

In ogni caso si denuncia detto vizio al di fuori dei canoni imposti dalle Sezioni unite di questa Corte con le decisioni nn. 8053 e 8054 del 2014.

Infine, perché una volta accertata l'insussistenza degli addebiti, il licenziamento è comunque illegittimo anche a prescindere da ogni ulteriore violazione del procedimento disciplinare.

5. Con il quarto e ultimo motivo di ricorso si lamenta: "Motivazione Apparente. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 7 Stat. Lav., anche in relazione all'art. 2697 cod. civ. e agli art. 115, 116, 421 e 427 cod. proc. civ., nonché agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. (art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.)".

Si contesta che i Giudici d'Appello abbiano rigettato il quarto motivo di censura avanzato dalla Società con



riguardo alla sentenza di primo grado, laddove veniva accertata una supposta illegittimità della contestazione disciplinare del 3 maggio 2018, richiamando, senza, tuttavia, nulla motivare in proposito, un precedente di Cassazione circa l'impossibilità del datore di lavoro di controllare, attraverso lo strumento dell'accertamento tecnico preventivo, lo stato di infermità dei propri dipendenti. Si afferma che dal contenuto della contestazione disciplinare richiamata emergerebbe come fosse stato posto alla base della stessa non il semplice rifiuto dello [] a sottoporsi all'ATP, ma, piuttosto, "il complessivo comportamento tenuto dall'allora dirigente, di cui il suddetto rifiuto era solo l'ultimo atto, in spregio ai più elementari canoni di correttezza e buona fede ex art. 1175 e 1375 cod. civ."

Anche tale censura è inammissibile.

La motivazione impugnata non è di certo qualificabile come apparente.

Come noto, secondo le sentenze delle Sezioni unite di questa Corte prima richiamate l'anomalia motivazionale, implicante una violazione di legge costituzionalmente rilevante, integra un *error in procedendo* che comporta la nullità della sentenza solo nel caso di "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", di "motivazione apparente", di "contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili", di "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile" (Cass. SS.UU. nn. 8053 e 8054 del 2014).

Si è ulteriormente precisato che di "motivazione apparente" o di "motivazione perplessa e incomprensibile" può parlarsi laddove essa non renda "percepibili le ragioni della decisione, perché consiste di argomentazioni obiettivamente inidonee a far conoscere l'iter logico seguito per la formazione del convincimento, di talché essa non consenta alcun



Ai sensi dell'art. 13, co. 1 quater, d.P.R. n. 115 del [Numero registro generale 25834/2021](#)
2002 dà atto della sussistenza dei presupposti [Numero sezionale 2993/2023](#)
processuali per il versamento, da parte della ricorrente, [Numero di raccolta generale 18168/2023](#)
dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato [Data pubblicazione 26/06/2023](#)
pari a quello per il ricorso a norma del comma 1 bis dello
stesso art. 13, se dovuto.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio dell'8
giugno 2023.

Il Presidente
Dott. Guido Raimondi

Il Cons. est.
Dott. Fabrizio Amendola

