

1. Tribunale Milano 24 dicembre 2003 (decr.), est. Mascarello, Fiom-Cgil (avv. Francioso e De Andreis) c. Fassina Spa (avv. Fabbri, Chiello e Pozzoli).

Art. 28 SL - Permessi ex art. 23 SL - Controlli sulla inerenza dell'attività svolta alla natura sindacale del permesso - Esclusione - Conseguente licenziamento per giusta causa del delegato sindacale - Condotta antisindacale - Sussistenza.

Art. 8 SL - Controlli sul lavoratore - Pedinamento tramite agenzia investigativa - Verifica circa l'effettivo esercizio di attività sindacale durante un permesso concesso ex art. 23 SL - Illegittimità.

Costituisce condotta antisindacale il licenziamento per giusta causa di un membro della Rsu per asserito utilizzo da parte del medesimo di un permesso sindacale di cui all'art. 23 SL per motivi diversi dallo svolgimento di attività sindacale, in quanto l'inerenza dell'attività svolta dal lavoratore durante il permesso all'attività sindacale è questione esclusivamente interna ai rapporti tra il membro della Rsu e l'O.S. di appartenenza.¹

È illegittimo, per violazione dell'art. 8 SL, il controllo effettuato sul lavoratore attraverso pedinamento tramite un'agenzia investigativa, mirante non già alla verifica del corretto esercizio della prestazione lavorativa quanto invece alla verifica dello svolgimento di attività sindacale in attuazione di un permesso fruito in forza dell'art. 23 SL.²

¹⁻² **LIMITI ALL'INGERENZA DEL DATORE DI LAVORO NELL'AMBITO DELLA FRUIZIONE DEI PERMESSI SINDACALI**

La fattispecie e i principi di diritto

Nel procedimento per condotta antisindacale deciso dal decreto che si annota si verteva in un caso in cui il datore di lavoro, al quale era stata comunicata dal membro della Rsu la fruizione di un permesso sindacale ex art. 23 SL, faceva pedinare il lavoratore da un'agenzia investigativa autorizzata e rilevava, a suo dire, che nel tempo di fruizione del permesso, il rappresentante sindacale svolgeva attività «in tutta evidenza» estranea all'ambito sindacale. Quindi procedeva al suo licenziamento per giusta causa.

Il sindacato impugnava ex art. 28 SL il licenziamento per fare dichiarare la natura antisindacale del medesimo e ottenere la reintegra nel posto di lavoro.

Il giudice, analizzate le circostanze complessive della vicenda, reintegrava il lavoratore affermando sostanzialmente che, ai fini della fruizione dei permessi sindacali previsti dall'art. 23 SL, l'ordinamento giuridico non prevede alcun tipo di sindacato o di controllo in capo al datore di lavoro, ma, come si avrà modo di precisare, le considerazioni contenute in motivazione sono più sottili e articolate.

Ulteriore profilo esaminato dal giudice attiene al pedinamento effettuato dal datore di lavoro tramite

(...) A scioglimento della riserva formulata all'udienza del 17/12/03, il Giudice osserva:

l'addebito di antisindacalità mosso dalla Fiom-Cgil di Milano alla Fassina Spa si riferisce al licenziamento per giusta causa disciplinare intimato dalla società ad A.M., membro della Rsu aziendale, sul presupposto di un'impropria utilizzazione, per fini e interessi personali («... ci risulta che Lei abbia utilizzato l'intero pomeriggio... per riunirsi insieme a una signora che francamente non aveva né l'aspetto né il fare della sindacalista»), di un permesso retribuito richiesto, ex art. 23 SL, «su carta intestata Fiom-Cgil», per una riunione sindacale fissata per il 1/10/03, dalle ore 13.30 alle ore 17 (all.to 1, ricorso).

agenzia investigativa. L'argomento è affrontato sotto il profilo della violazione dell'art. 8 SL che vieta l'indagine sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del medesimo, indagine che sarebbe insita nel pedinamento effettuato in costanza di dichiarato svolgimento di un'attività sindacale.

Il giudice si fa carico di precisare che tale violazione attiene direttamente alla sfera giuridica del dipendente e che potrà pertanto formare oggetto di autonoma azione da parte dello stesso; tuttavia nella motivazione del provvedimento è precisato come la circostanza del pedinamento conservi notevole rilevanza anche ai fini della valutazione dell'antisindacalità della sopra descritta condotta del datore di lavoro, in quanto ne rafforza l'antigiuridicità sotto il profilo della gravità soggettiva.

I permessi sindacali

I profili affrontati dal giudice sono sostanzialmente due, quello afferente ai limiti all'ingerenza del datore di lavoro nell'ambito della fruizione dei permessi sindacali e quello dei controlli occulti effettuabili sul lavoratore e nel caso specifico sul delegato sindacale, tramite pedinamento.

Con riguardo al primo aspetto va rilevato che i permessi sindacali previsti dall'ordinamento giuridico hanno varia natura e finalità. Essenzialmente lo Statuto dei lavoratori prevede tre tipologie di permessi. L'art. 23 SL prevede permessi retribuiti a favore dei dirigenti delle Rsa finalizzati all'«espletamento del loro mandato»; l'art. 24 SL attribuisce ai dirigenti delle Rsa permessi non retribuiti per la «partecipazione a trattative sindacali o a congressi e convegni di natura sindacale»; l'art. 30 SL prevede a favore dei componenti degli organi direttivi, provinciali e nazionali, delle associazioni sindacali nell'ambito delle quali sono costituite le Rsa, permessi retribuiti per la «partecipazione alle riunioni di tali organi».

Con riferimento ai permessi di cui all'art. 23 SL la giurisprudenza ha anzitutto avuto modo di precisare che il diritto ai permessi sindacali è pieno e incondizionato, non essendo configurabile alcun potere discrezionale di concessione o autorizzazione da parte del datore di lavoro. Sul punto si vedano Cass. 14/1/03 n. 454, in *Mass. Giur. lav.* 2003, 102; Cass. 15/12/99 n. 14128, *ivi* 2000, 194; Cass. 22/4/92 n. 4389, in *Foro it.* 1993, I, 899 nonché Cass. 30/10/90 n. 10476, in *Mass. Giur. lav.* 1990, 543.

Più in particolare la giurisprudenza tende a ribadire che la latitudine della formula adottata dall'art. 23 SL che correla il diritto ai permessi al generico espletamento del mandato dei dirigenti delle Rsa, nonché l'esigenza di garantire concretamente il principio della libertà sindacale, che verrebbe a essere chiaramente pregiudicato da un eventuale difforme apprezzamento espresso in proposito da parte del datore di lavoro, legittimano l'esclusione di un simile controllo intrinseco e della contestazione della finalità del permesso mediante un'autonoma qualificazione dell'attività indicata nella richiesta o comunque espletata durante l'assenza. Tale affermazione si armonizza pienamente con il principio secondo il quale è la parte sindacale a qualificare l'oggetto dell'attività sindacale e il fine della stessa. Ciò risulta particolarmente evidente nell'ambito dell'attività di contrattazione collettiva dove i settori e l'ambito di applicazione degli accordi, nonché i contenuti delle rivendicazioni, sono indicati dalle parti sindacali e ciò in attuazione del principio di libertà sindacale.

Interessante è Cass. 14/1/03 n. 454, cit., con la quale, come si dirà, si è ampiamente confrontata il giudicante nel caso di specie. Secondo questa pronuncia, non è consentito l'utilizzo di permessi sindacali per fini personali o diversi dalla tutela sindacale, ma ciò solamente ove tale utilizzo integri una «diretta violazione» degli obblighi facenti capo al delegato sindacale come «dipendente» e quindi qualora integri «in sé» una condotta disciplinarmente rilevante, come nel caso di uso dei permessi al fine di porre in essere un volontario ostruzionismo all'attività del datore di lavoro. L'utilizzo distorto non rileverebbe dunque «di per sé», atteso il divieto di ingerenza del datore di lavoro sulla fruizione dei permessi.

Nel corso dell'incontro tenutosi in azienda in data 14/10/03, in presenza anche di un funzionario territoriale della O.S. ricorrente, A.M. ha fornito dettagliate indicazioni sui propri movimenti nel pomeriggio del 1/10/03 (all.to 3, ricorso), ma la società ha deciso di procedere, senza altre indagini, al suo licenziamento (all.to 4, ricorso), ritenendo la sua versione – da un lato – non veritiera («i frequenti permessi sindacali retribuiti, richiesti soltanto da Lei in misura assidua e in ore pomeridiane, ci hanno indotto in ragionevole e giustificato dubbio; pertanto abbiamo chiesto a un'agenzia di investigazione privata – regolarmente autorizzata dalle Autorità competenti – di effettuare una verifica accurata, beninteso nel rispetto delle disposizioni vigenti, da realizzarsi all'esterno dell'azienda e in luoghi aperti al pubblico. Dalla dettagliata relazione scritta fornita

Più restrittiva appare invece Trib. Milano 22/12/92, in *Orientamenti* 1993, 8, secondo la quale, in relazione ai permessi previsti dall'art. 23 SL, se l'attività svolta durante il permesso, anche usando ogni accezione più aperta, non è in alcun modo rientrante nel concetto di «attività sindacale», si ha una situazione di c.d. «sviamento», cioè si ricade nel ricorso alla prerogativa sindacale per un interesse meramente privato e il datore di lavoro ben potrebbe sindacare tale aspetto in quanto atterrebbe al «presupposto» del diritto rispetto al quale il datore di lavoro è nella situazione passiva di «soggezione». In tale ottica, un eventuale provvedimento disciplinare irrogato in caso di utilizzo distorto del permesso sindacale integrerebbe, secondo tale pronuncia, non un sindacato in merito all'uso del potere, ma una reazione a un'assenza falsamente imputata a un'attività sindacale.

Enfatizzano invece la circostanza che il potere di controllo sull'attività svolta durante il permesso è esercitabile esclusivamente dalla Rsa, Cass. 30/10/90 n. 10476, cit. e Pret. Milano 19/3/88, in *Orientamenti* 1998, 843.

Ulteriore profilo affrontato dalla giurisprudenza e corollario del precedente è che non vi è una modalità temporale di fruizione dei permessi che possa essere imposta al delegato sindacale, il quale ben potrebbe far uso dei permessi per un periodo prolungato e ininterrotto, senza neppure essere tenuto a far sì che la propria, benché limitata, prestazione lavorativa, conservi una sua utilità nell'ambito del rapporto contrattuale. Si veda sul punto Cass. 14/1/03 n. 454, cit., nonché Cass. 15/12/99 n. 14128, cit.

Ma vi è di più. Secondo Cass. 1/8/03 n. 11759, in *Mass. Giur. lav.* 2003, 808, non sarebbe consentito neppure alla contrattazione collettiva la possibilità di rendere facoltativa la concessione dei suddetti permessi ovvero condizionare il riconoscimento del diritto all'assenza di impedimenti di ordine tecnico-aziendale, devoluti alla discrezionale valutazione del datore di lavoro, giacché in tal modo ne risulterebbe pregiudicato l'interesse, costituzionalmente garantito, sotteso all'istituto dei permessi. In termini è Trib. Milano 25/1/02, in questa *Rivista* 2002, 335.

A maggior ragione è ritenuto costituire comportamento antisindacale la pretesa del datore di lavoro di determinare tempi e modalità di fruizione dei permessi sindacali di cui agli artt. 23 e 30 SL. Sul punto si vedano Trib. Milano 13/4/01, in questa *Rivista* 2001, 633 e Pret. Milano 6/12/94, *ivi* 1995, 313.

Con specifico riferimento invece ai permessi sindacali previsti dall'art. 30 SL finalizzati, come si è detto, alla partecipazione a riunioni degli organi direttivi nazionali o provinciali, secondo la giurisprudenza sussiste in capo al datore di lavoro il diritto di accertare l'effettiva partecipazione dei sindacalisti a tali riunioni sindacali, senza tuttavia che tale controllo possa implicare formalismi o adempimenti che, per le loro modalità, potrebbero limitare in qualche modo l'attività sindacale. Sul punto si vedano Cass. 1/8/03 n. 11759, cit. e Cass. 7/4/01 n. 5223, in *Orientamenti* 2001, 240; Cass. 24/3/01 n. 4302, in *Not. giur. lav.* 2001, 549.

Nel caso che ci occupa, il giudicante, in relazione ai permessi sindacali retribuiti previsti dall'art. 23 SL, ha ricordato che l'ordinamento giuridico non prevede alcun tipo di sindacato o di controllo in capo al datore di lavoro e ha precisato che la norma ricollega i permessi all'«espletamento del mandato», espressione che dimostrerebbe con chiarezza l'intenzione del legislatore di collegare il permesso alla «carica rivestita» del soggetto che ne fruisce, atteso che le attività sono suscettibili di essere qualificate di natura sindacale anche sotto il profilo esclusivamente «teleologico». Ciò a differenza che per i permessi di cui all'art. 30 SL per i quali, data la specifica finalità per cui gli stessi sono previsti e cioè la partecipazione a riunioni sindacali, è prevista una limitata sindacabilità da parte del datore di lavoro, peraltro circoscritta all'obbligo retributivo e non a fini disciplinari, circa l'effettiva corrispondenza tra il concreto uso del permesso e l'attività tipica prevista dalla legge come causa della fruizione.

In relazione all'orientamento formatosi sui permessi di cui all'art. 23 SL in base al quale non sarebbe

taci dall'Agenzia è emerso che Ella non ha utilizzato il pomeriggio del 1/10/03, ore 13.30-17.00, per «riunioni sindacali», bensì per fini personali») e – dall'altro lato – comunque confermativa della «non partecipazione», in coincidenza con il permesso richiesto per tale causale, a riunioni sindacali.

L'O.S. ricorrente ravvisa nella condotta tenuta dalla società – al di là e in aggiunta alla sua illegittimità sul piano individuale – un'«inammissibile intrusione nel libero esercizio dell'attività sindacale», dal momento che «secondo la prevalente giurisprudenza il datore di lavoro non ha alcun potere di controllo circa i modi e le ragioni di effettiva utilizzazione dei permessi ex art. 23 SL» e che «l'ampiezza della formula adottata dalla norma statutaria (che correla il diritto a tali permessi al generico espletamento

consentito al membro della Rsa l'utilizzo dei permessi sindacali per fini personali o diversi da quelli per i quali essi vengono attribuiti, né tanto meno sarebbe consentita la strumentalizzazione del potere di fruire dei permessi per una finalità diversa dalla tutela sindacale (Cass. 14/1/03 n. 454, cit.), il giudice, confrontandosi con la giurisprudenza richiamata dalla convenuta, ha messo a fuoco una sottile distinzione e ha rilevato che, secondo il menzionato orientamento, l'utilizzo dei permessi per finalità diverse dalla tutela sindacale rilevarebbe non «di per sé», atteso il divieto di ingerenza del datore di lavoro sulla fruizione dei permessi, ma solamente ove integri una diretta violazione degli obblighi facenti capo al delegato sindacale come «dipendente» e quindi qualora integri «in sé» una condotta disciplinarmente rilevante, come nell'ipotesi, non verificatasi nel caso di specie, in cui il lavoratore si avvallesse di permessi sindacali con la mera volontà di sottrarsi all'attività lavorativa, praticando un dissimulato ostruzionismo alle direttive del datore di lavoro.

La questione dei controlli occulti sul lavoratore e quella della tutela della privacy

Con riguardo al profilo del controllo sui lavoratori e nella specie del controllo effettuato sul delegato sindacale tramite agenzia investigativa, il giudicante ha assorbito ogni valutazione in merito al pedinamento affrontando la questione sotto il profilo della violazione dell'art. 8 SL che vieta, tra l'altro, l'indagine sulle opinioni sindacali del lavoratore, circostanza che sarebbe insita nel controllo effettuato in costanza di dichiarato svolgimento di un'attività sindacale. Come già osservato, tale profilo è stato affrontato dal giudice al mero fine della valutazione dell'antisindacalità della sopra descritta condotta posta in essere dal datore di lavoro, in quanto ne rafforzerebbe l'antigiuridicità sotto il profilo della gravità soggettiva.

Il richiamo dell'orientamento giurisprudenziale formatosi in materia di controllo sul lavoratore, effettuato mediante pedinamento, può essere comunque di qualche interesse.

Infatti, la giurisprudenza ha recentemente avuto modo di precisare che le norme poste dagli artt. 2 e 3 SL a tutela della libertà e dignità del lavoratore delimitano la sfera di intervento di persone preposte dal datore di lavoro a difesa dei suoi interessi, con specifiche attribuzioni nell'ambito dell'azienda, rispettivamente con poteri di polizia a tutela del patrimonio aziendale e di controllo della prestazione lavorativa. Tuttavia, si è aggiunto che quelle norme non escludono il potere dell'imprenditore, ai sensi degli artt. 2086 e 2104 c.c., di controllare, direttamente o mediante la propria organizzazione gerarchica, l'adempimento delle prestazioni lavorative e quindi di accertare «mancanze» specifiche dei dipendenti, già commesse o in corso di esecuzione. Ciò può avvenire indipendentemente dalle modalità del controllo, che può legittimamente essere anche occulto, senza che vi ostino né il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione dei rapporti, né il divieto di cui all'art. 4 SL riferito esclusivamente all'uso di apparecchiature per il controllo a distanza, non applicabile analogicamente, siccome penalmente sanzionato. Alla luce di tali considerazioni, sarebbero pertanto legittimi, in quanto estranei alle previsioni delle suddette norme, gli accertamenti operati dall'imprenditore attraverso agenti investigatori incaricati di controllare, durante l'orario di lavoro, se il dipendente aveva o meno di registrare gli acquisti fatti dai clienti di un supermercato e di rilasciare lo scontrino fiscale. Sul punto si vedano altresì Cass. 12/6/02 n. 8388, in *Mass. Giur. it.* 2002; Cass. 3/7/01 n. 8998, in *Not. giur. lav.* 2002, 34 e Cass. 5/5/00 n. 5629, in *Not. giur. lav.* 2000, che precisa come l'art. 2 SL, secondo cui al datore di lavoro è vietato adibire le guardie particolari giurate alla vigilanza dell'attività lavorativa e a quest'ultime di accedere ai locali ove la stessa si svolge, non vieti alcun controllo per la verifica dell'attività svolta, al di fuori dei locali aziendali, da parte di lavoratori non inseriti nel normale ciclo produttivo ed è legittimo tanto più quando non è finalizzato a verificare la «diligenza» dell'adempimento della prestazione ma comportamenti che possono integrare gli «estremi di reato».

Emblematica è Cass. 2/3/02 n. 3039, in *Riv. it. dir. lav.* 2002, II, 873, con nota di S. Passerini. In tale pronun-

del mandato), nonché la necessità di garantire in concreto il libero esercizio di tale mandato, comportano l'inammissibilità di un siffatto controllo, sia anteriore che successivo».

Rileva, poi, che – quand'anche tale controllo fosse ammissibile – la sola «assenza di mezza giornata dal lavoro del signor M. ... non potrebbe mai e poi mai supportare il suo licenziamento in tronco», che non è altrimenti spiegabile «se non nella logica di un preordinato piano finalizzato a liberarsi della presenza sgradita del delegato sindacale». In linea – d'altra parte – con la «politica di aperta ostilità nei confronti del Sindacato e in primo luogo delle Rsu» che, da tempo posta in essere dalla direzione del personale della Fassina e già sfociata in due recenti e ravvicinate sanzioni discipli-

cia è stato ritenuto legittimo il controllo effettuato tramite pedinamento di un informatore scientifico effettuato dal capo area.

In linea con gli orientamenti sopra menzionati è la recente sentenza Corte d'Appello Milano 21/2/03, in *Guida al lavoro* 2003, 18, 35, la quale ha ritenuto legittimo il controllo effettuato a mezzo di agenzia investigativa, nel caso di specie al di fuori dell'azienda ma pur sempre con riguardo all'attività lavorativa e ha inoltre precisato che il datore di lavoro deve contestare gli addebiti ma non è tenuto a indicare nella contestazione quali prove o riscontri abbia per sostenere l'esistenza degli stessi in un eventuale giudizio.

Va notato che i giudici, nell'attenuare i limiti alla facoltà di controllo del lavoratore da parte del datore di lavoro, hanno sovente fatto riferimento al concetto dei c.d. «controlli difensivi», finalizzati non tanto al controllo dell'attività lavorativa posta in essere dal lavoratore e quindi dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali ovvero della diligenza del dipendente, quanto di comportamenti inadempienti e dunque asseritamente estranei alla prestazione lavorativa. È senz'altro un terreno molto delicato perché, di fatto, l'inadempimento contrattuale e le eventuali implicazioni civili e penali dal medesimo derivanti rappresentano comunque un risvolto, seppur in chiave negativa, della prestazione lavorativa, circostanza che è confermata dal fatto che, così ragionando, la legittimità del controllo potrebbe essere dichiarata solamente *a posteriori* e mai prima dell'inizio del controllo medesimo. È evidente tuttavia che lo sforzo posto in essere dalla giurisprudenza, anche se ha portato a risultati non sempre condivisibili, è espressione di un disagio derivante dal concreto rilievo che i principi di civiltà contenuti nello Statuto dei lavoratori, peraltro sempre attuali, necessitano di essere adattati alla mutata morfologia delle modalità lavorative e produttive del nostro tempo.

Sotto un diverso aspetto, la vicenda oggetto della presente nota potrebbe rilevare anche sotto il profilo della violazione della normativa in materia di *privacy*. Infatti, l'attività di raccolta di dati effettuata dal datore di lavoro al fine di sottoporre a «controllo» il lavoratore, integra, altresì, una violazione della normativa in materia.

Il recente D. Lgs. 196/03, così come già la precedente L. 675/96, richiede, per il trattamento di dati personali da parte di privati, l'espresso consenso dell'interessato (art. 23). L'art. 26, inoltre, prevede che i dati sensibili, tra i quali vi sono anche quei dati idonei a rivelare la vita sessuale dell'interessato (nel caso oggetto del decreto che si annota si faceva riferimento a un presunto incontro galante del delegato sindacale) possano essere oggetto di trattamento solo con il consenso scritto del medesimo e previa autorizzazione del Garante (che può essere rilasciata anche in via generale, in relazione a determinate categorie di titolari o di trattamenti), salva la possibilità di prescindere dal consenso, ma non dall'autorizzazione, «quando il trattamento è necessario ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla L. 397/2000, o, comunque, per far valere o difendere in sede giudiziaria un diritto, sempre che, se si tratti [...] di dati idonei a rivelare la vita sessuale, il diritto sia di rango pari a quello dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale».

A prima vista, potrebbe sembrare che l'attività di raccolta di dati posta in essere nel caso di specie dal datore di lavoro rientri in tale ultima previsione: il datore di lavoro ha, infatti, dichiarato di aver raccolto informazioni sul proprio dipendente al fine di accertare le effettive modalità di utilizzo dei permessi sindacali richiesti dal lavoratore, con l'intenzione di utilizzarne i risultati per muovere delle contestazioni disciplinari allo stesso e quindi, sembrerebbe, nella prospettiva di far valere in giudizio un proprio diritto.

In realtà, non pare ricorrano le condizioni richieste dall'art. 26, 4° comma, lett. c), D. Lgs. 196/03, idonee a consentire di prescindere dal consenso dell'interessato. Come visto sopra, e come riconosciuto anche dal giudice, il datore di lavoro non può sindacare i permessi ex art. 23 SL né tanto meno l'effettivo utilizzo fat-

nari adottate nei confronti dello stesso A.M., rappresentava per l'appunto l'ordine del giorno delle «frequenti» riunioni sindacali pomeridiane che avrebbero insospettito la società, inducendola a far pedinare A.M. e a intimargli, poi, un «assurdo» licenziamento sulla base di addebiti anche in fatto infondati, posto che nel pomeriggio del 1/10/03 il delegato, come già riferito ai rappresentanti dell'azienda nell'incontro del 14/10, si era recato presso uno studio legale, al quale era stato indirizzato dalla stessa Fiom-Cgil, per concordare le iniziative da intraprendere contro l'esercizio strumentale da parte della datrice di lavoro del potere disciplinare, poi tradottesi nella lettera predisposta in pari data dall'avvocato Mangia e in pari data spedita dallo stesso A.M. alla società (all.to 8, ricorso).

Nella memoria depositata in data 15/12/03, la società non si limita a difendere il proprio operato, ma si fa addirittura paladina degli interessi sindacali in tesi violati da A.M. a causa della «callida» strumentalizzazione del permesso sindacale ottenuto come Rsu e impiegato «in attività e scopi esclusivamente privati e assolutamente estranei a qualsiasi attività a scopo sindacale (così falsamente imputando quel tempo ad attività sindacale e così frodando non solo il datore di lavoro, ma la stessa associazione sindacale, e i compagni di lavoro)».

Attacca, come incomprensibile e contraddittoria, la denuncia di antisindacalità che le è stata elevata dall'Associazione sindacale ricorrente, per quanto «anch'essa ingannata e defraudata», presentando le proprie decisioni come una legittima reazione «all'inganno perpetrato» da A.M. anche a danno della stessa «e dei compagni di lavoro, oltre che del datore di lavoro» e richiamando brani di sentenze della SC nelle quali viene censurato l'uso strumentale da parte del dipendente dei permessi sindacali «per una finalità diversa dalla tutela sindacale (consistente, nel caso di specie, nella semplice volontà di sottrarsi all'attività lavorativa, praticando un dissimulato ostruzionismo alle direttive del datore di lavoro)» (Cass. 454/03) e dove – pur escludendo l'ammissibilità di un preventivo (ai fini cioè della concessione del permesso) accertamento del datore di

tone dal lavoratore. Pertanto, i dati raccolti e diretti a provare l'«illecito» utilizzo del permesso sindacale da parte del lavoratore non potevano essere considerati funzionali all'esercizio di un diritto in sede giudiziaria e il loro trattamento, senza il preventivo consenso dell'interessato, non può considerarsi lecito.

In ogni caso occorrerebbe valutare se il diritto del datore di lavoro a effettuare un licenziamento per mancanze rivesta rango equivalente a quello del lavoratore alla riservatezza sui dati idonei a rivelarne la vita sessuale. Ne consegue, pertanto, che il trattamento dei dati personali, nel caso in esame, non potendo essere considerato come finalizzato a far valere in giudizio un diritto, poiché di tale diritto (al licenziamento) non esistono i presupposti, dovrà necessariamente ritenersi illegittimo in quanto posto in essere senza il consenso dell'interessato.

In ciò, il D. Lgs. 196/03 non differisce dalla precedente disciplina ex L. 675/96. Il nuovo «Codice della privacy» si differenzia invece dalla precedente normativa sotto il profilo delle sanzioni penali stabilite per l'illecito trattamento dei dati, in quanto l'art. 167, 2° comma, ha introdotto come ulteriore elemento costitutivo del reato, rispetto alla previsione dell'art. 35 L. 675/96, il documento che sia derivato dall'illecito trattamento dei dati. Pertanto, non è più punito il trattamento illecito di dati in sé, se pur effettuato con il fine specifico di trarne profitto per sé o per altri o di recare ad altri un danno, ma è richiesto che da tale trattamento sia effettivamente derivato documento.

Vista la riserva per il caso in cui il fatto costituisca più grave reato, c'è da chiedersi in quali casi, concretamente, sarà punito il solo trattamento illecito dei dati, posto che, a seguito della previsione dell'ulteriore elemento costitutivo, l'illecito trattamento di dati rimarrà generalmente assorbito nei reati di violenza privata o di estorsione.

FILIPPO CAPURRO - SILVIA TOGNOLINA