

## RICERCHE

# OSSERVAZIONI IN TEMA DI CONTROLLO DELL'ATTIVITÀ DEI LAVORATORI ATTUATO MEDIANTE SISTEMI INFORMATICI

## SOMMARIO

1. Premessa. — 2. Le interpretazioni dell'art. 4 in dottrina e in giurisprudenza. — 3. I problemi suscitati dall'ingresso dei sistemi informatici nel mondo del lavoro. — 4. Perplexità in ordine all'omogeneità dei sistemi informatici rispetto ai tradizionali strumenti di controllo a distanza. — 5. L'individuazione della portata incriminatrice dell'art. 4. — 6. Conclusione.

## 1. PREMESSA.

L'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, c.d. « Statuto dei lavoratori »,

non fu, per un notevole periodo di tempo, oggetto di attenzione da parte della dottrina<sup>1</sup>, così come anche da parte della

<sup>1</sup> Cfr., in argomento, D. DURANTI, *Impiego dei mezzi audiovisivi e « Statuto dei lavoratori »*, in *Mass. giur. lav.*, 1972, p. 146 ss.; G. GIRARDI, *Impianti audiovisivi e soggetti autorizzati al controllo*, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 594 ss.; G. LEO, *Le disposizioni penali dello Statuto dei lavoratori. La fattispecie a tutela della libertà e dignità del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, IV, p. 679 ss.

Si vedano, per altro, anche le trattazioni presenti sui commentari, sui manuali, su altre opere o scritti di carattere più generale (cfr., fra i tanti, G. CONTI, *Organizzazione del lavoro e Statuto dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 1973, p. 362 ss.; L. STORTONI, *Apunti per uno studio sulla tutela e sulla rilevanza penale dello Statuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 1419 ss.; F. D'HARMANT, *I diritti fondamentali nello statuto dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1973, I, 369 ss.; T. BUCALO, *Implicazione della persona e « privacy » nel rapporto di lavoro: considerazioni sullo statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*,

1976, I, p. 501 ss.; P. ICHINO, *La tutela della riservatezza del prestatore di lavoro nello statuto dei lavoratori* (artt. 2, 3, 4, 5, 6 e 8), in *Riv. giur. lav.*, 1978, I, 819 ss. [articolo successivamente trasfuso, con modifiche, nel terzo capitolo del libro dello stesso Autore, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979, p. 57 ss.]; G. PERA, *Libertà e dignità dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1980, I, 182 ss., ed in *App. Noviss. Dig. it.*, IV, 1983, p. 896 ss.; P. MAGNO, *Lavoro e persona*, in *Riv. giur. lav.*, p. 115 ss.; A. ROSSI, *La libertà e la professionalità dei lavoratori di fronte alle nuove tecnologie informatiche*, in *Questione giustizia*, 1983, n. 2, p. 211 ss.; C. SMURAGLIA, *Diritto penale del lavoro*, Padova, 1980; N. DIONÀ, *Le disposizioni penali dello Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, IV, p. 311 ss.; G. LA CUTE, *Manuale di diritto penale del lavoro*, Napoli, 1983; T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1983).

giurisprudenza<sup>2</sup>. Tuttavia, in seguito a una recente decisione della Pretura di Milano, che ha avuto larga eco<sup>3</sup>, il

dibattito si è notevolmente animato, con particolare riguardo al problema dell'utilizzazione dei sistemi

<sup>2</sup> Si veda Pret. Sassuolo 23 ottobre 1970, in *Orient. giur. lav.*, 1971, p. 386; Pret. Milano 12 maggio 1972, in *Foro it.*, 1972, I, col. 2710; Pret. Venezia 26 giugno 1973, in *Mass. giur. lav.*, 1973, p. 362; Pret. Roma 27 settembre 1973, in *Foro it.*, 1973, II, col. 346; Trib. Trieste 26 marzo 1973, in *Mass. giur. lav.*, 1973, p. 74; App. Firenze 14 febbraio 1973, in *Foro it.*, 1973, I, col. 1562; Pret. Napoli 16 novembre 1974, in *Riv. giur. Enel*, 1975, p. 670; Trib. Roma 10 luglio 1974, in *Foro it.*, 1975, II, col. 26; Trib. Milano, 16 dicembre 1975, in *Riv. giur. Enel*, 1976, p. 386; Pret. Grosseto 8 gennaio 1976, in *Giur. merito*, 1978, p. 592; Trib. Milano 7 luglio 1977, in *Orient. giur. lav.*, 1977, p. 716; Pret. Milano 26 gennaio 1978, in *Riv. giur. lav.*, 1978, IV, p. 95; Pret. Milano 2 luglio 1981, in *Orient. giur. lav.*, 1984, p. 679, con nota di ZALLONE; Pret. Genova 3 ottobre 1982, e Trib. Genova 1° ottobre 1983, in *Dir. lav.*, 1984, II, p. 452, con nota di FONTANA; Cass. civ. 18 febbraio 1983, n. 1236, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1755; in *Mass. giur. lav.*, 1983, p. 143; in *Notiz. giur. lav.*, 1983, p. 149; Pret. Milano 9 novembre 1984, in *Riv. giur. lav.*, 1985, IV, p. 255; Pret. Milano 17 novembre 1984, in *Orient. giur. lav.*, 1986, p. 20. Tra le più recenti sentenze, cfr. Pret. Milano 8 febbraio 1986, in *Lavoro 80*, 1986, p. 89; Cass. civ. 6 marzo 1986, n. 1490, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, p. 1102; in *Notiz. giur. lav.*, 1986, p. 155; in *Arch. civ.*, 1986, p. 616; in *Lavoro 80*, 1986, p. 758; in *Mass. giur. lav.*, 1986, p. 498; in *Orient. giur. lav.*, 1986, p. 919; Pret. Roma 18 settembre 1986, in *Lavoro 80*, 1987, p. 184; Pret. Roma 13 gennaio 1988, in *Dir. lav.*, 1988, II, p. 49; in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, p. 682; Pret. Milano 12 luglio 1988, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, p. 951; Pret. Milano 4 ottobre 1988, in *Lavoro 80*, 1989, p. 298; in *Notiz. giur. lav.*, 1989, p. 436. Per quanto riguarda l'intervento dell'autorità

amministrativa, cfr. Isp. lav. Milano 26 ottobre 1971, in *Foro it.*, 1972, III, col. 26; Min. Lav. Prev. Soc. 15 dicembre 1971, in *Orient. giur. lav.*, 1972, p. 28; Isp. lav. Alessandria 16 aprile 1977, in *Orient. giur. lav.*, 1977, p. 412; Min. Lav. Prev. Soc. 26 gennaio 1979, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 593, con nota di GIRARDI; Isp. Lav. Milano 16 febbraio 1988, in *Lavoro 80*, 1988, p. 404; Min. Lav. Prev. Soc. 19 giugno 1989, in *Notiz. giur. lav.*, 1989, p. 436.

La dottrina mette in rilievo l'infrequente ricorso agli organi giudiziari (cfr., per tutti, B. BRATTOLI, L. PELAGGI, *L'interpretazione degli artt. 4 e 8 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e le esigenze produttive delle imprese italiane*, in *Mass. giur. lav.*, 1988, p. 597), anche se da ciò vengono tratte opposte conclusioni: infatti, alcuni (ad es., PERA, in *Noviss. Dig. it.*, cit., p. 897; R. ROMEI, *Controllo sull'attività dei lavoratori e nuove tecnologie*, in *Nuova giur. civ.*, 1987, II, p. 411, se pur in termini dubitativi) sostengono che la realtà si è adeguata alla normativa, rendendo rare le violazioni; altri (per esempio C. CASTELLI, *Raccolta ed elaborazione elettronica dei dati e lavoro subordinato*, in *Lavoro 80*, 1987, p. 316 ss.; FEZZI, che, negli scritti citati *infra*, alla nota 4, lamenta la scarsa attenzione rivolta dai sindacati a questi problemi) denunciano la scarsa effettività dell'art. 4 St.

<sup>3</sup> Pret. Milano 5 dicembre 1984, imp. R. Verso ed altri, in questa *Rivista*, 1985, p. 263 ss., con nota di ZANELLI; in *Foro it.*, 1985, II, col. 285 ss., con nota di Rossi e con nota di PULITANÒ; in *Lavoro 80*, 1985, p. 49 ss.; in *Riv. giur. lav.*, 1985, IV, p. 209 ss.; in *Dir. lav.*, 1985, II, p. 187 ss., con nota di FONTANA; in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, p. 209 ss., con nota di PADOVANI; in *Giur. it.*, 1985, I, 2, p. 654 ss., con nota di ZANELLI e di DEGLI ESPOSTI; in *Orient. giur. lav.*, 1985, p. 688 ss.; in *Riv. pen.*, 1985, p. 1101 ss.

informatici nelle imprese<sup>4</sup>.

In questo fiorire di studi e di interesse, che ha catalizzato l'attenzione degli studiosi di diritto del lavoro, sono, forse, rimasti in ombra sia alcuni aspetti tecni-

ci inerenti alla problematica relativa alla struttura e al funzionamento dei sistemi informatici, sia gli aspetti più propriamente penalistici<sup>5</sup>. Non pare inutile, perciò, cercare di contribuire allo studio

<sup>4</sup> Si veda M. FEZZI, *Calcolatori elettronici e controllo a distanza dell'attività lavorativa*, in *Lavoro* 80, 1983, p. 567 ss. (che aveva fatto alcune osservazioni sul processo che si svolgeva nel frattempo a Milano); A. ROSSI, « Software » e controllo a distanza sul lavoro, in *Foro it.*, 1985, II, col. 285 ss.; D. PULITANÒ, *Problemi di imputazione soggettiva e art. 4 dello statuto dei lavoratori*, in *Foro it.*, 1985, II, col. 293 ss.; A. FONTANA, *In tema di « controllo a distanza »*, in *Dir. lav.*, 1985, II, p. 187 ss.; T. PADOVANI, *Il controllo a distanza dell'attività lavorativa svolta mediante elaboratori elettronici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, p. 252 ss.; P. ZANELLI, *Innovazione tecnologica e controllo sui lavoratori*, in questa *Rivista*, 1985, p. 294 ss.; P. ZANELLI, C. DEGLI ESPOSTI, *Calcolatori e controllo sui lavoratori*, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, p. 655 ss.; (M. FEZZI), *Controllo a distanza per mezzo dei calcolatori*, in *Lavoro* 80, p. 1985, p. 50 ss.; tutte note di commento alla citata sentenza. R. ZALLONE, *Art. 4 statuto dei lavoratori e nuove tecnologie: profili interpretativi*, in *Orient. giur. lav.*, 1984, p. 679 ss.; M.R. VALENTINO, *Controllo a distanza, innovazioni tecnologiche e privacy del lavoratore*, in *Lavoro* 80, 1984, p. 947 ss.; A. FONTANA, *Impianti audiovisivi: quando è necessario l'accordo con le rsa?*, in *Dir. lav.*, 1984, II, p. 456 ss.; P. ZANELLI, *Nuove tecnologie, riservatezza, diritti d'informazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, p. 89 ss.; G. GIRARDI, *L'art. 4 statuto lavoratori e le nuove tecnologie*, in *Mass. Giur. lav.*, 1985, p. 107 ss.; A. FONTANA, *Statuto e vigilanza sull'attività lavorativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 179 ss.; M. FEZZI, *Modificare l'art. 4 statuto lavoratori?*, in *Lavoro* 80, 1985, p. 380 ss.; D. PETRINI, *L'art. 4 dello statuto dei lavoratori e il controllo dell'attività lavorativa attuato con mezzi informatici*, in *Riv. giur. lav.*, 1985, IV, p. 375 ss.; W. SARESELLA, *L'art. 4 s.l. e l'impiego di elaboratori elettronici*, in *Lavoro* 80, 1986, p. 340 ss.; G. GHEZZI, F. LISO, *Computer e controllo dei lavoratori*, in *Dir. lav. relaz. ind.*, 1986, p. 353 ss.; F. FOCARETTA, *Il controllo informatico della prestazione di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 548 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Osservazioni in tema di artt. 3 e 4 stat. lav.*, in *Dir. lav.*, 1986, I, p. 490 ss.; M. DELL'OLIO, *Art. 4 Stat. lav. ed elaboratori elettronici*, in *Dir. lav.*, 1986, I, p. 487 ss.; ROMEI, *op. cit.*; C. PISANI, *I controlli a distanza sui lavoratori*, in *Dir. lav. relaz. ind.*, 1987, p. 121 ss.; CA-

STELLI, *op. cit.*; M. NEBIOLO VETTI, *Controlli a distanza e tutela della privacy del lavoratore*, in *Giur. piemontese*, 1987, p. 269 ss.; R. FOGLIA, *Nuove tecnologie e privacy dei lavoratori. Quadro normativo complessivo e forme di tutela giuridica*, in *Informaz. prev.*, 1987, p. 741 ss.; M. FEZZI, *Controlli elettronici e contrattazione*, in *Lavoro* 80, 1987, p. 625 ss.; E. CHERICONI, *L'art. 4 statuto dei lavoratori: impianti audiovisivi*, in *Lav. e prev. oggi*, 1987, p. 119 ss.; G. ROSSELLI, *Art. 4 dello Statuto dei lavoratori e sistemi informatici. Nuove problematiche in tema di controllo dell'organizzazione del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1987, I, p. 452 ss.; NATOLI, RODOTÀ ed altri, *I controlli elettronici tra limiti legali e contrattazione collettiva*, in *Riv. giur. lav.*, 1987, I, p. 473 ss.; P. ZANELLI, *Per una nuova disciplina dei controlli sui lavoratori nella società tecnologica*, in *Giur. it.*, 1988, IV, p. 370 ss.; P. ZANELLI, *Innovazione tecnologica, controlli riservatezza nel diritto del lavoro*, in questa *Rivista*, 1988, p. 749 ss.; M. MEUCCI, *Sui controlli a distanza dell'attività lavorativa*, in *Lav. e prev. oggi*, 1988, p. 2247 ss.; BRATTOLI, PELAGGI, *op. cit.*; P. BERTOZZI, G. SAMBUCINI, *Il controllo a distanza dell'attività lavorativa*, in *Dir. pratica lav.*, 1988, p. 2299 ss.; DE LUCA TAMAJO, PISANI, ROMEI, IMPERIALI D'AFFLITTO, *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, Milano, 1989; G. PERA, *Innovazioni tecnologiche e statuto dei lavoratori*, in *Quad. Riv. it. dir. lav.*, 1989, p. 1 ss.; A. BELLAVISTA, *Elaboratori elettronici, controlli a distanza e tecniche di tutela*, in *Dir. lav.*, 1989, I, p. 54 ss.

Più in generale, cfr. anche AA.VV., *Il rapporto di lavoro nella società informatica*, in *Quad. Lavoro* 80, 1985; W. DAÜBLER, *Nuove tecnologie: un nuovo diritto del lavoro?*, in *Dir. lav. relaz. ind.*, 1985, p. 65 ss.; O. FANELLI, *Informatica e diritto del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1985, I, p. 27 ss.; P. ZANELLI, *Impresa, lavoro e innovazione tecnologica*, Milano, 1985; AA.VV., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Milano, 1986; U. ROMAGNOLI, « Noi e loro »: *diritto del lavoro e nuove tecnologie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 377 ss.

<sup>5</sup> Nello stesso senso anche PERA, *op. ult. cit.*, p. 6 ss., che pone giustamente in rilievo l'importanza del recente lavoro di De Luca Tamajo, Pisani, Romei, Imperiali D'Afflitto, ove è sviluppato egregiamente l'aspetto tecnico.

delle questioni che la norma solleva in relazione all'installazione ed all'uso dei sistemi informatici<sup>6</sup>, soprattutto con riguardo al tema della legalità e tassatività dell'incriminazione<sup>7</sup>.

## 2. LE INTERPRETAZIONI DELL'ART. 4 IN DOTTRINA E IN GIURISPRUDENZA.

La norma in esame, rubricata « Impianti audiovisivi », vieta, nel primo comma, « l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori », e dispone, nel secondo comma, che « gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna. In difetto di accordo, su istanza

del datore di lavoro, provvede l'Ispettorato del lavoro, dettando, ove occorra, le modalità per l'uso di tali impianti ». Nei successivi commi, l'art. 4 detta la disciplina transitoria per gli impianti esistenti al momento dell'entrata in vigore della legge, ed i rimedi adottabili contro i provvedimenti dell'Ispettorato del lavoro. L'art. 38 della stessa legge, infine, stabilisce che la violazione dell'art. 4 è punita con l'ammenda o con l'arresto (cumulabili nei casi più gravi).

Come si è accennato, sono notevoli i dubbi interpretativi, e non lievi le difficoltà di applicazione<sup>8</sup>. In questa sede si esamineranno soltanto problemi di stretta rilevanza penalistica.

Per ciò che riguarda lo scopo della norma, l'interpretazione storica, basata prevalentemente sulla lettura dei lavori preparatori e dei primi commenti, consente di ritenere che il legislatore intendesse impedire alcune forme di controllo, lesive della dignità e della libertà del lavoratore, che si realizzavano con l'uso di impianti audiovisivi a circuito chiuso, sfocianti in una sorveglianza soffocante, sia dell'attività lavorativa in senso stretto, sia del comportamento tenuto dal la-

<sup>6</sup> E quindi, in questo studio, ristretto ai controlli attuati con mezzi informatici, vengono trascurati problemi di notevole rilievo, quali l'elemento psichico della contravvenzione, il suo apparato sanzionatorio, che, per non dar luogo a nessun autonomo interesse, ricadono nella disciplina generale della norma.

<sup>7</sup> Si veda, in argomento, T. PADOVANI, voce *Reati contro l'attività lavorativa*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, p. 1205, che pone in rilievo che un'interpretazione delle norme secondo la prospettiva del diritto del lavoro rischia di appiattire il ruolo della norma penale in una dimensione meramente sanzionatoria.

Spesso, invece, la dottrina e la giurisprudenza sono portate ad essere « garantiste » nei confronti del lavoratore anche a scapito delle esigenze di tutela dell'imputato. Si veda, ad es., ZANELLI, *Innovazione tecnologica, controlli, riservatezza nel diritto del lavoro*, cit., p. 754 s.; PETRINI, *op. cit.*, p. 376 s.; FOCARETA, *op. cit.*, p. 556; ROMEI, *op. cit.*, p. 429; GHEZZI, *op. cit.*, p. 362; VALENTINO, *op. cit.*, p. 949 (che scrive: « il punto della questione è proprio questo: una giusta inter-

pretazione del secondo comma dell'art. 4 per un'applicazione veramente garantista per il lavoratore »). Si aggiunga, inoltre, che talvolta negli scritti degli Autori (non solo di quelli citati in questa nota) appaiono dichiarazioni programmatiche o altre argomentazioni che fanno chiaramente trasparire la volontà di leggere la norma in una chiave di colpevolizzazione del datore di lavoro, spesso trascurando anche basilari principi del diritto penale (cfr., ad es., DELL'OLIO, *op. cit.*, che, a pag. 489, ritiene l'art. 4, che è una contravvenzione, punibile a livello di tentativo; o FONTANA, *op. cit.*, p. 457: « grava sull'imprenditore l'onere di provare che l'impianto *de quo* è assolutamente "innocuo" », dimenticando la presunzione di innocenza a favore dell'imputato, ed il fatto che grava sull'accusa dimostrare che ricorrono tutti gli elementi della fattispecie criminosa). Si veda anche *infra*, nota 74.

<sup>8</sup> Cfr. ICHINO, *La tutela della riservatezza del prestatore di lavoro nello statuto dei lavoratori*, cit., p. 824; NEBIOLO VIETTI, *op. cit.*, p. 276; BERTOZZI, SAMBUCINI, *op. cit.*, p. 2299.

vatore in azienda, anche al di là del momento della prestazione lavorativa<sup>9</sup>. La dottrina e la giurisprudenza successive hanno approfondito la predetta interpretazione della norma, affermando che essa vuole tutelare sia la dignità e la riservatezza del lavoratore, che la sua libertà<sup>10</sup>.

Uno sforzo particolare è stato compiuto al fine di individuare una sfera lecita di controllo dell'attività lavorativa. A tale proposito è stato affermato che « nel caso del lavoro subordinato, allo stesso modo che la sottoposizione alle direttive altrui non lede la dignità della persona proprio perché si tratta di subordinazione meramente tecnica e funzionale e perciò coesistente al tipo di attività svolta, non si può dire la leda, in sé per sé, il controllo sull'attività volto a garantire l'osservanza delle direttive. Possono lederla determinate modalità di

controllo »<sup>11</sup>, che, « o pongono il dipendente in un'anomala posizione di soggezione, o tendono a sorprenderlo insidiosamente »<sup>12</sup>.

Nella stessa linea, si è anche osservato che la legge ha inteso proscrivere il controllo a distanza « per la sua forma subdola, incontrollata ed odiosa »<sup>13</sup>, potenzialmente continua<sup>14</sup>, che ha come risultato l'aggravamento della condizione psicologica del lavoratore, giacché « il dipendente sa che ogni suo gesto, anche il più innocente, è sotto il controllo di un occhio o di un orecchio nascosto: ne deriva una innaturalità di comportamento (a livello gestuale, di linguaggio, etc.) che è coattivamente imposto come pubblico anche in situazioni che spesso pubbliche non sono, con tutte le conseguenze che ne derivano (mancato relax nelle micropause del lavoro, atteggiamento di continua presenza, gesti e linguaggio

<sup>9</sup> Punto di riferimento obbligato per la comprensione dell'origine della disciplina statutaria è lo scritto di C. SMURAGLIA, *Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 1960, I, p. 303 ss. Dopo l'entrata in vigore della legge cfr., ad es., G. PERA, in ASSANTI, PERA, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, p. 25. Anche nella Relazione allo Statuto (la si veda nell'Appendice di A. FRENI, G. GIUGNI, *Lo statuto dei lavoratori*, Milano, 1971, p. 172) è scritto che si è voluto stabilire che la vigilanza « vada mantenuta in una dimensione "umana", e cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua ed anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro ».

<sup>10</sup> ICHINO, *opp. cit.*; GHEZZI, *op. cit.*, p. 355, 359; ROSSELLI, *op. cit.*, p. 462; MEUCCI, *op. cit.*, p. 2247; FEZZI, *op. cit.*, 1983, p. 569; CASTELLI, *op. cit.*, p. 318; LISO, *op. cit.*, p. 368 ss.; BRATTOLI, PELAGGI, *op. cit.*, p. 598; SARESELLA, *op. cit.*, p. 342; VALENTINO, *op. cit.*, p. 948 ss.; NEBIOLO VIETTI, *op. cit.*, p. 273; PETRINI, *op. cit.*, p. 378 s.; Cass. pen. 8 ottobre 1985, n. 8687, imp. Gambino, in *Notiz. giur. lav.*, 1986, p. 155 ss. (ed in *Mass.*

*Giur. lav.*, 1986, p. 404 ss., con nota di PAPA-LEONI; in *Orient. giur. lav.*, 1986, p. 318 ss.; in *Giur. piemontese*, 1986, p. 580 ss.; in *Cass. pen.*, 1987, p. 316 ss.); Pret. Genova 3 ottobre 1982, cit.; Pret. Milano 5 dicembre 1984.

<sup>11</sup> Così A. CATAUDELLA, voce *Dignità e riservatezza del lavoratore (tutela della)*, in *Enc. Treccani*, XI, 1989, p. 2. Nel senso che il controllo è nella logica del lavoro, ed il lavoratore non vi si può sottrarre: cfr. PERA, in *Noviss. Dig. it.*, cit., p. 899; FEZZI, *op. cit.*, 1983, p. 569; BRATTOLI, PELAGGI, *op. cit.*, p. 598 s.; LISO, *op. cit.*, p. 368; ROSSELLI, *op. cit.*, p. 459 ss.

<sup>12</sup> PADOVANI, *Reati contro l'attività lavorativa*, cit., p. 1215.

<sup>13</sup> PERA, in *Noviss. Dig. it.*, cit., p. 899; in senso analogo anche L. GRILLI, *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1985, p. 328; PETRINI, *op. cit.*, p. 378 s.; SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 491 (che parla di controlli vessatori).

<sup>14</sup> CATAUDELLA, *op. ult. cit.*, p. 3; cfr., nello stesso senso, ROSSELLI, *op. cit.*, p. 467; GRANDI, PERA, *Commentario breve allo Statuto dei lavoratori*, Padova, 1985, p. 8; Cass. 8 ottobre 1985, cit.; Pret. Roma 13 gennaio 1988, cit.

sempre corretti e conformi allo stereotipo »<sup>15</sup>.

Ciò premesso, in generale, sullo scopo della norma e sull'ammissibilità dei controlli che non ledono la dignità, la riservatezza e la libertà del lavoratore, merita rilevare che si sono delineate due tendenze interpretative; la prima, estensiva della portata della norma, tesa a ridurre la sfera di liceità dei controlli; la seconda, più restrittiva, volta a bilanciare tra loro gli interessi punitivi evidenziati dall'art. 4 e il diritto del datore di lavoro di dirigere tutta l'attività lavorativa realizzata nell'ambito della sua azienda.

Il punto cruciale, sul piano interpretativo, concerne l'individuazione della linea di demarcazione tra il controllo vietato ai sensi dell'art. 4, e il controllo lecito sull'attività lavorativa, inerente al potere di direzione del datore di lavoro.

L'opinione secondo cui la norma dello statuto toglierebbe ogni spazio di liceità

al controllo a distanza<sup>16</sup> è stata oggetto di critiche. Si è rilevato, infatti, che tale interpretazione porterebbe a risultati assurdi<sup>17</sup>, sol che si pensi che, in tal modo, dovrebbe essere vietata l'utilizzazione di un campanello, di un telefono, di un lettore di *badges* che registri l'orario di inizio e di fine lavoro, o l'accesso in determinati locali<sup>18</sup>. E, d'altronde, renderebbe senza senso lo svolgimento di particolari prestazioni lavorative, che richiedono una registrazione dell'attività: si pensi al collaudo di un impianto, o a un esperimento di laboratorio<sup>19</sup>.

Una parte di dottrina e di giurisprudenza, ha, quindi, ritenuto che l'installazione e l'utilizzazione di apparecchiature del genere appena menzionato sono consentite pure in difetto di contrattazione e autorizzazione, in quanto consentirebbero un limitato e lecito controllo<sup>20</sup>; ha posto in rilievo che il controllo del risultato della prestazione<sup>21</sup>, o del

<sup>15</sup> Così riporta FEZZI, *op. cit.*, 1983, p. 570 s.; analogamente PETRINI, *op. cit.*, p. 379; GHEZZI, *op. cit.*, p. 355; FONTANA, nota a Pret. Genova 3 ottobre 1982, cit., p. 461; LISO, *op. cit.*, p. 368 ss.

Ma tra i beni tutelati non può essere compreso anche l'evitare la « sottomissione alla macchina », come ritengono isolatamente Pret. Milano 5 dicembre 1984, cit.; SARESELLA, *op. cit.*, p. 342 s. (che ritiene che si abbia violazione della norma « quando il lavoratore si trovi in una situazione, se non altro, non paritaria con la macchina, e cioè quando quest'ultima svolga una serie di funzioni che escano dalla sfera di dominio dell'uomo »); ZANELLI, *Innovazione tecnologica, controlli, riservatezza nel diritto del lavoro*, cit., p. 754 (a p. 757 aggiunge addirittura che « la ratio primordiale del divieto » starebbe « nell'evitare che il datore di lavoro, con poca spesa (quella delle macchine) ponga in essere un controllo fastidioso anche sul momento produttivo »). Infatti la norma non vieta lo svolgimento di attività in cui il lavoratore è solo un ingranaggio infinitesimo, di scarsa importanza, e subordinato ai macchinari: non è di certo la catena di montaggio una fattispecie a cui la norma si può riferire, ma esclusivamente il controllo attuato per mezzo di macchine che consentano che il lavoratore sia « sottomesso al datore di lavoro », e non certo all'apparecchiatura. Tale insostenibile interpretazione rientra, comunque, nel novero degli sforzi dottrinali e giurisprudenziali, tesi ad ampliare la portata del divieto, di cui già si è parlato, e su cui si avrà occasione di tornare.

<sup>16</sup> Così VENEZIANI, in *Lo statuto dei la-*

*vatori*, commentario diretto da G. GIUGNI, Milano, 1979, p. 21; ZANELLI, *Innovazione tecnologica, controlli, riservatezza nel diritto del lavoro*, cit., p. 755; in tal senso parrebbe orientato Trib. Genova 1° ottobre 1983, cit., e, in parte, anche ROSSELLI, *op. cit.*, p. 466.

<sup>17</sup> Così mette in luce Pret. Genova 3 ottobre 1982, cit., in *Dir. lav.*, p. 453; in questo senso anche FRENI, GIUGNI, *op. cit.*, p. 10; LISO, *op. cit.*, p. 367; ne è conscio anche FONTANA, in nota alla sentenza citata in questa nota, p. 458 ss., che però auspica una modifica legislativa.

<sup>18</sup> Come invece ritengono FONTANA, in nota a Pret. Genova 3 ottobre 1982, cit., p. 461 ss.; Isp. lav. Milano 16 febbraio 1988, cit.; Isp. lav. Alessandria 16 aprile 1977, cit.; Cass. 6 marzo 1986, n. 1490, cit.; cfr. anche l'art. 3.1 della raccomandazione n. R(89)2 del Comitato dei Ministri, sull'uso dei dati personali nel rapporto di lavoro, in questa *Rivista*, 1990, p. 260.

<sup>19</sup> Cfr. BERTOZZI, SAMBUCINI, *op. cit.*, p. 2302.

<sup>20</sup> Pret. Milano 2 luglio 1981, cit.; Pret. Genova 3 ottobre 1982, cit.; SARESELLA, *op. cit.*, p. 342; ROSSELLI, *op. cit.*, p. 465.

<sup>21</sup> Si veda, tra i tanti, CASTELLI, *op. cit.*, p. 318; ROSSELLI, *op. cit.*, p. 465; BERTOZZI, SAMBUCINI, *op. cit.*, p. 2300; DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 487; ROSSI, « Software » e controllo a distanza sul lavoro, cit., col. 289; GIUGNI, *parere pro veritate*, di cui una sintesi in ROSSI, *op. ult. cit.*, col. 291; LISO, *op. cit.*, p. 373 ss.; PRISANI, *op. cit.*, p. 156 ss. (che ritengono lecito anche il controllo di uno standard minimo di prestazione).

compimento di particolari obblighi gravanti sul lavoratore<sup>22</sup>, è lecito anche se svolto mediante apparecchiature. Ed ha via via elaborato una nozione di controllo a distanza dell'attività che, pur salvaguardando la sfera di riservatezza, di libertà, di dignità del lavoratore, permette il controllo a distanza non lesivo di questi valori<sup>23</sup>.

Un altro problema particolare concerne la diversa caratterizzazione del comma 1 e 2 dell'art. 4.

Si ritiene generalmente che l'art. 4 preveda due distinte ipotesi di reato<sup>24</sup>; nel primo comma si avrebbe una fattispecie di pericolo concreto, nel secondo di pericolo astratto<sup>25</sup>.

Infatti l'articolo parla di uso e di installazione, e non sorgono dubbi in ordine al significato da attribuire ai due termini. Parrebbe, quindi, che la norma, al comma 1, ove è previsto un divieto assoluto per un'ipotesi di reato più grave, punisca solo l'utilizzazione concreta del sistema, mentre al comma 2, ove è prevista una fattispecie di reato meno gra-

ve, punisca anche la semplice installazione<sup>26</sup>.

Si fa tuttavia rilevare che tale differenza sarebbe incongrua, in quanto se il secondo comma vieta anche di collocare e montare apparecchiature dalle quali derivi solo la possibilità di controllo, dovrebbe essere vietata anche nel primo comma l'installazione, oltreché l'uso, di apparecchiature che hanno proprio la finalità di controllo<sup>27</sup>. Con analoghe argomentazioni, comunque, è stata sostenuta anche la tesi contraria, dell'illiceità del solo uso anche nel comma 2<sup>28</sup>. E questa sembra la prospettiva corretta, in quanto, essendo, ovviamente, inammissibile sostenere che il comma 1 vieta l'installazione, si deve ritenere che, mentre nel comma 2 il legislatore si è preoccupato di disporre la disciplina dell'accordo, il comportamento vietato, e penalmente sanzionato, è solo quello del comma 1. E ciò in base all'interpretazione sistematica, secondo la quale, *a fortiori*, nel capoverso, la semplice installazione non costituisce reato<sup>29</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 491 s.; BERTOZZI, SAMBUCINI, *op. cit.*, p. 2302, che enuncia, come esempi, le misure antincendio, di sicurezza degli impianti, di tutela dei beni aziendali.

Anche il controllo, operato mediante macchine, su certe attività lavorative, è spesso considerato lecito. Per la sorveglianza sui cottimisti, cfr., ad es., G. ARDAU, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1972, p. 1393; PERA, in *Noviss. Dig. it.*, cit., p. 899; LISO, *op. cit.*, p. 372.

<sup>23</sup> Si veda specialmente LISO, *op. cit.*, p. 371 ss.

<sup>24</sup> In tal senso si veda, tra i tanti, SMURAGLIA, *Diritto penale del lavoro*, cit., p. 126; PADOVANI, *Il controllo a distanza dell'attività lavorativa svolta mediante elaboratori elettronici*, cit., p. 252 s.; in giurisprudenza, cfr., per tutti, Trib. Milano 7 luglio 1977, cit.

<sup>25</sup> Così, ad es., PULITANO, *op. cit.*, col. 297; PADOVANI, *op. ult. cit.*, p. 253 s., il quale mette in rilievo che le apparecchiature che, pur giustificate da obiettive esigenze meritevoli di tutela, fossero destinate finalisticamente al controllo dovrebbero essere inquadrate nel divieto del comma 1, « essendo chiaro che il tassativo divieto del primo comma non riguarda soltanto gli impianti utilizzati per esclusiva finalità di controllo, ma quelli che risultino comunque diretti al perseguimento effettivo di tale risultato »: è la concreta destinazione operata dall'imprenditore

che determinerebbe l'applicazione dell'una o dell'altra fattispecie (in questo senso anche BERTOZZI, SAMBUCINI, *op. cit.*, p. 2300).

<sup>26</sup> MEUCCI, *op. cit.*, p. 2247; Pret. Grosseto 8 gennaio 1976, cit.; Cass. 6 marzo 1986, n. 1490, cit. Nello stesso senso anche PADOVANI, *Reati contro l'attività lavorativa*, cit., p. 1216; STORTONI, *op. cit.*, p. 1438; SMURAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 127, che mettono in evidenza l'incongruità della norma.

<sup>27</sup> In tal senso FOCARETA, *op. cit.*, p. 558; Pret. Milano 26 gennaio 1978; NEBIOLO VIETTI, *op. cit.*, p. 275; GHEZZI, *op. cit.*, p. 363.

<sup>28</sup> Così DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 489 (ove scrive che « l'installazione, per la quale è necessario l'accordo, è suscettibile, in mancanza di questo, di misure cautelari di tipo civilistico »); GRILLI, *op. cit.*, p. 328.

<sup>29</sup> In effetti, una volta stabilito che estendere il divieto dell'installazione anche al comma 1 significherebbe applicare analogicamente la disposizione del comma 2, per superare il mancato coordinamento della norma, e il conseguente infortunio in cui il legislatore è incorso (nulla di cui stupirsi, date le note deficienze delle leggi penali speciali), non si può che propendere per la soluzione seguita nel testo: anche per superare gli eventuali dubbi di costituzionalità che altrimenti si porrebbero (si veda sul tema, ampiamente, PULITANO, *op. cit.*, col. 297 s.).

### 3. I PROBLEMI SUSCITATI DALL'INGRESSO DEI SISTEMI INFORMATICI NEL MONDO DEL LAVORO.

In questo contesto, ha assunto una notevole importanza la fattispecie relativa alla liceità o meno dell'uso degli impianti informatici, e del controllo compiuto attraverso tali mezzi, anche in relazione alla loro frequente utilizzazione. Del problema si è di recente occupato anche il Comitato dei Ministri in una raccomandazione agli Stati membri della CEE<sup>30</sup>.

La sentenza del Pretore di Milano, citata in precedenza, ha ritenuto illecito il programma operante su elaboratore elettronico utilizzato in modo da riportare, settimanalmente, su tabulato, una serie di dati che consentivano un controllo analitico sull'attività lavorativa del personale addetto al terminale<sup>31</sup>.

Parte della dottrina ha, invece, cercato, con varie argomentazioni, di dimostrare che l'art. 4 è inapplicabile a siffat-

te ipotesi: sintetizzando al massimo, si è detto, in primo luogo, che il concetto di distanza è stato inteso dalla norma solo in senso spaziale e non anche temporale<sup>32</sup>. Da altri è stato sostenuto che la norma riguarderebbe soltanto il controllo dell'attività « extralavorativa », e non anche il controllo sul modo di svolgimento dell'attività lavorativa stessa, mentre il controllo attuato dai sistemi informatici riguarda esclusivamente l'attività lavorativa in senso stretto<sup>33</sup>. Infine, è stato rilevato che, quando il lavoratore sia consapevole del controllo, o sia lui ad attivare il controllo su sé stesso, la norma non trova applicazione, in quanto la conoscenza del controllo fa perdere allo stesso il carattere subdolo<sup>34</sup>.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno criticato queste obiezioni, ritenendo che il concetto di distanza sia comprensivo di entrambe le ipotesi — distanza spaziale e temporale —, in mancanza di elementi positivi da cui trarre l'illazione<sup>35</sup>, ed hanno replicato che il fatto che l'attività lavorativa sia registrata e successivamente esaminata

<sup>30</sup> La raccomandazione, citata *supra*, nota 18, che merita certamente uno specifico approfondimento, si occupa principalmente della raccolta, registrazione e utilizzazione dei dati trattati automaticamente; nell'art. 3, tuttavia, tratta anche dell'introduzione e modificazione « di provvedimenti tecnici destinati a controllare i movimenti o la produttività dei dipendenti » (3,1), stabilendo la necessità di informare o consultare i dipendenti o i loro rappresentanti.

<sup>31</sup> Pret. Milano 5 dicembre 1984, cit., che segue un solco per altro già abbozzato da Cass. 18 febbraio 1983, cit., la quale ritenne che rientrasse sotto la disciplina del comma 2 dell'art. 4 l'uso di dischi, installati dagli stessi dipendenti sulle macchine di lavorazione all'inizio della loro prestazione e collegati ad un registratore Kienzle, sui quali restavano impressi tracciati grafici differenti a seconda delle diverse fasi di funzionamento o di arresto automatico della macchina, in modo tale da consentire una valutazione a posteriori sull'efficienza degli operai, sulla tempestività dei loro interventi, sulle pause di lavoro; cfr.,

nello stesso senso, anche Pret. Milano, 4 ottobre 1988, cit.

<sup>32</sup> Così FONTANA, *In tema di « controllo a distanza »*, cit., p. 204 ss.; E. COSTANZO, *Statuto dei lavoratori*, Milano, 1973, p. 53.

<sup>33</sup> Si legge infatti nella sentenza del pretore di Milano che gli imputati avevano questa opinione sulla portata del divieto normativo; opinione sostenuta anche da Losano nel parere *pro veritate* (di cui una sintesi in ROSSI, « Software » e controllo a distanza sul lavoro, cit., col. 291) e da ZALLONE, *op. cit.*, p. 681.

<sup>34</sup> Pret. Venezia 26 giugno 1973, cit.; Pret. Genova 3 ottobre 1982, cit.; ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 3. Nel senso che il controllo consapevole con contatto reciproco esclude l'applicabilità della norma, cfr. DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 487 s., che ritiene che « il terminale è lecito se crea una forma di contatto, una forma di comunicazione reciproca, biunivoca ».

<sup>35</sup> Come scrive LISO, *op. cit.*, p. 370, « è « a distanza » ogni controllo non effettuato dal personale di cui all'art. 3 attraverso una osservazione diretta ».



lede egualmente, se non in maggiore misura<sup>36</sup>, il bene tutelato<sup>37</sup>. Hanno anche facilmente ribattuto che la norma, con l'ampia dizione « attività dei lavoratori », comprensiva in sé anche dell'espressione « attività lavorativa » di cui ai precedenti artt. 2 e 3 st., non ha voluto fare distinzioni<sup>38</sup>. E, d'altronde, la dignità e la riservatezza possono essere lese da una sorveglianza concentrata solo sulle operazioni lavorative del dipendente, tanto più che il controllo delle operazioni compiute sull'elaboratore è continuo e potrebbe consentire anche una lettura « in negativo » dell'attività<sup>39</sup>.

È stato, infine, osservato che la consapevolezza di essere sorvegliato determina uno stato di tensione in modo egualmente lesivo della riservatezza e della dignità del lavoratore<sup>40</sup>; senza considerare, inoltre, che proprio l'art. 4 vieta esplicitamente un controllo che si svolge « alla luce del sole », quale è quello attuato mediante telecamere.

#### 4. PERPLESSITÀ IN ORDINE ALL'OMOGENEITÀ DEI SISTEMI INFORMATICI RISPETTO AI TRADIZIONALI STRUMENTI DI CONTROLLO A DISTANZA.

Riprendendo l'esame dell'interpretazione della disciplina, è difficilmente sostenibile che l'art. 4 st. vieti ogni tipo di controllo solo perché svolto a distanza tramite un'apparecchiatura. Infatti, se la lettera della norma è, tutto sommato, ambigua, in quanto non dice che è vietato l'uso di qualsiasi apparecchiatura, ma si riferisce agli impianti audiovisivi e, genericamente, ad altre apparecchiature, tale tesi è in netto contrasto con la *ratio* della legge, giacché vieta inopinatamente anche i controlli che non ledono la riservatezza, la dignità e la libertà del lavoratore<sup>41</sup>. Come già è stato messo in parte in rilievo, il legislatore era preoc-

<sup>36</sup> Così ritiene, ad es., GHEZZI, *op. cit.*, p. 365.

<sup>37</sup> CATAUDELLA, *op. ult. cit.*, p. 3; ROSSELLI, *op. cit.*, p. 464, 466; VENEZIANI, *op. cit.*, p. 22 s.; DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 489 (che mette tuttavia in risalto che il controllo successivo nel tempo per essere vietato deve essere sull'attività); ROMEI, *op. cit.*, p. 427; FOCARETA, *op. cit.*, p. 559; MEUCCI, *op. cit.*, p. 2248; LISO, *op. cit.*, p. 370; NEBIOLO VIETTI, *op. cit.*, p. 276; BRATTOLI, PELAGGI, *op. cit.*, p. 600; ZANELLI, *Innovazione tecnologica, controlli, riservatezza nel diritto del lavoro*, cit., p. 755; Pret. Genova 3 ottobre 1982, cit.; Pret. Milano 5 dicembre 1984, cit.

<sup>38</sup> Cfr., per tutti, Cass. 8 ottobre 1985, n. 8687, cit.; MEUCCI, *op. cit.*, p. 2247; PADOVANI, *Il controllo a distanza dell'attività lavorativa svolta mediante elaboratori elettronici*, cit., p. 257; BRATTOLI, PELAGGI, *op. cit.*, p. 599; ZANELLI, *Innovazione tecnologica, controlli, riservatezza nel diritto del lavoro*, cit., p. 755.

<sup>39</sup> ROSSI, *La libertà e la professionalità dei lavoratori di fronte alle nuove tecnologie*

*informatiche*, cit., p. 219 ss.; GHEZZI, *op. cit.*, p. 357; ZANELLI, *Innovazione tecnologica, controlli, riservatezza nel diritto del lavoro*, cit., p. 755.

<sup>40</sup> Così, tra i tanti, CATAUDELLA, *op. ult. cit.*, p. 4; ROSSELLI, *op. cit.*, p. 466; BERTOZZI, SAMBUCINI, *op. cit.*, p. 2300; FONTANA, *Impianti audiovisivi: quando è necessario l'accordo con le rsa?*, cit., p. 461; BRATTOLI, PELAGGI, *op. cit.*, p. 599; LISO, *op. cit.*, p. 368 ss.; NEBIOLO VIETTI, *op. cit.*, p. 275; ZANELLI, *Innovazione tecnologica, controlli, riservatezza nel diritto del lavoro*, p. 755; PETRINI, *op. cit.*, p. 382; GHEZZI, *op. cit.*, p. 364; SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 491; Cass. 18 febbraio 1983, n. 1236, cit.; Cass. 6 marzo 1986, n. 1490, cit.

<sup>41</sup> Nell'art. 3.2 della citata raccomandazione CEE si ha ben presente questo aspetto della questione, ed infatti si stabilisce che l'accordo tra le parti è necessario solo ove vi sia la « possibilità di ledere il diritto al rispetto della vita privata e della dignità umana dei lavoratori ».

cupato dalla possibilità che, con lo svilupparsi della tecnologia, il lavoratore potesse essere sorvegliato tanto assiduamente ed intensamente da venire oppresso psicologicamente e da essere reso quasi simile ad uno schiavo, senza riservatezza e dignità. Ciò è tanto vero che, nell'art. 4, vengono esplicitamente menzionati proprio gli impianti audiovisivi, che sono gli strumenti in assoluto più invadenti, onnipresenti e tali da porre in stato di soggezione colui che viene così controllato.

D'altronde, come ritiene la dottrina unanime, il controllo, in sé stesso, nell'ambito della prestazione lavorativa, è sicuramente lecito: e non solo perché è insito nella natura stessa del lavoro subordinato, ma perché proprio la legge, nel codice civile, e, soprattutto, nell'art. 3 dello statuto, permette inequivocabilmente il controllo attuato mediante personale di sorveglianza. Allora, interpretando la norma in modo sistematico, non si capirebbe come mai, in un articolo, la legge permetta un controllo che può essere anche assiduo e angariante, e, nell'articolo successivo, vieti anche controlli innocui, o poco significativi, solo perché attuati a distanza mediante apparecchiature<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> E non varrebbe obiettare che mediante accordi sia possibile permettere tali controlli; in primo luogo perché la pratica giudiziaria mostra che si va in giudizio anche solo per contestare la liceità del normale controllo sull'orario di lavoro mediante la timbratura del cartellino o tramite lettore di *badges* (cfr. Pret. Napoli 16 novembre 1974, cit.; Trib. Milano 16 dicembre 1975, cit.), o dell'obbligo di punzonatura di un disco ogni ora per motivi di sicurezza (Pret. Venezia 26 giugno 1973, cit.); e, in secondo luogo, perché l'accordo è previsto nei casi in cui le apparecchiature di controllo siano richieste da esigenze organizzative, produttive e di sicurezza, ed è finalizzato a permettere il soddisfacimento di tali esigenze senza che il datore di lavoro possa al contempo controllare i dipendenti: da qui la conseguenza che strumenti del genere menzionato in questa nota rimarrebbero vietati, in quanto finalizzati al controllo; e che

Valgono, d'altronde, anche le argomentazioni già riportate, che dimostrano le incongruenze a cui tale tesi porta. Infatti, da un lato, si deve riconoscere che quasi tutte le apparecchiature e gli strumenti di lavoro permettono un certo qual controllo a distanza. Per cui si dovrebbe dedurre che non è lecito il controllo operato mediante un campanello, un telefono, un registratore di cassa (che, prima che se ne sancisse l'obbligatorietà per fini fiscali, veniva adoperato proprio per svolgere il successivo rendiconto), un distributore di bibite, un'autovettura (in quanto il contachilometri consente di sapere se il dipendente non ha usato il mezzo, o se, viceversa, lo ha adoperato per fini personali). Più genericamente si dovrebbe ritenere che l'uso di qualsiasi macchina che consenta di sapere se sia stata utilizzata o meno ricade nel divieto; e ricadrebbe sotto l'art. 4 anche il controllo non individuale ma collettivo, in quanto la norma non fa distinzioni. Dall'altro lato, non dovrebbe essere consentito lo svolgimento di quei lavori che, per loro natura, hanno utilità in quanto registrati: prove ergonomiche, interpretazione di attori per cinema o televisione; non potrebbe essere ripresa televisivamente neanche la prestazione sportiva<sup>43</sup>.

l'imprenditore non potrebbe parimenti muovere contestazioni al dipendente per fatti di cui sia venuto a conoscenza mediante tali apparecchiature non finalizzate al controllo.

<sup>43</sup> Ritiene FONTANA, in nota a Pret. Genova, cit., p. 462, che « la norma, così rigorosamente esplicita sul punto, sembra precludere ogni altra soluzione. Non resta allora all'interprete che rifugiarsi nelle solite, malinconiche, riflessioni sulla "legge malfatta" ». Ma, a prescindere dal fatto che la legge così esplicita non è, non si dovrebbe ritenere solo che la legge sia mal fatta, o che sia ormai desueta, ma si dovrebbe addirittura trarre la conclusione che il legislatore abbia voluto precludere anche quei controlli che negli stessi anni '60/'70 non venivano assolutamente criticati. Al contrario, visto che siffatta interpretazione conduce a risultati irragionevoli ed assurdi, è dovere dell'interprete cercare di dare un senso alla norma.

Le stesse attività svolte con il *computer* dovrebbero essere genericamente vietate e ricadere sotto la portata incriminatrice della norma, non potendosi fare differenziazioni di liceità o illiceità fra programma e programma, tra funzioni, tra attività. Infatti, considerato che il *software* è l'insieme di programmi e di istruzioni scritti con uno dei linguaggi informatici<sup>44</sup>, anche se si volesse considerare il sistema durante il funzionamento, il *software* sarebbe costituito da forze elettromagnetiche indissolubilmente legate all'*hardware* (che è la parte visibile e tangibile dell'elaboratore): l'*hardware* e il *software* sono indispensabili per il funzionamento del *computer*, e sarebbe errato volerli considerare separatamente, come anche sarebbe non corretto voler cercare di scindere una

parte di programma indispensabile per lo svolgimento delle operazioni, da una parte di programma che permette il controllo<sup>45</sup>.

Ma anche ove si volesse prescindere da queste considerazioni tecniche, pretendere che i sistemi informatici non possano disporre della possibilità di memorizzare le operazioni svolte e di individuare gli operatori (soluzione, quest'ultima, caldeggiata da dottrina e giurisprudenza)<sup>46</sup>, potrebbe equivalere, in pratica, a impedirne l'uso<sup>47</sup>. Infatti, il controllo è indispensabile per la sicurezza del sistema; e la « firma elettronica »<sup>48</sup> delle operazioni è egualmente irrinunciabile in tutti quei lavori (si pensi alle banche, o agli enti pubblici) in cui l'uso del terminale debba implicare una qualche responsabilità<sup>49</sup>. Anche sotto

<sup>44</sup> Per una precisa definizione di *software* cfr. E. D'ELIA, M. RAGONA, *Il divieto di brevettabilità del software tra diritti civili e costituzione*, in questa *Rivista*, 1989, p. 869 ss.; per ampi e aggiornati dati bibliografici, si veda M. BUONCRISTIANO, *Invenzioni c.d. libere del lavoratore e software*, *ivi*, p. 413 ss., nt. 15.

<sup>45</sup> In senso analogo, cfr. anche BERTOZZI, SAMBUCINI, *op. cit.*, p. 2303, che mette parimenti in evidenza che il controllo è inevitabile perché insito nella macchina. Anche chi non trae tali conclusioni ammette comunque che le apparecchiature informatiche possono essere parte integrante o costitutiva del macchinario di lavoro (cfr., ad es., ROSSELLI, *op. cit.*, p. 472 s.).

Inoltre si deve anche mettere in rilievo che la possibilità di effettuare il controllo potrebbe risiedere in *ROM* (*read only memory*), ossia nella memoria di base facente parte dell'*hardware* e quindi non cancellabile; senza quindi la necessità che venga immesso un apposito programma in *RAM* (*random access memory*): cfr. in argomento FEZZI, *op. cit.*, 1985, p. 381. Sul funzionamento dei *computers*, e sui concetti qui esposti, si veda, di recente, E. GIANNANTONIO, *Introduzione all'informatica giuridica*, Milano, 1984; F. FILIPAZZI, G. OCCHINI, *Le frontiere dell'informatica*, Milano, 1988, I, p. 41 ss.; V. FRANCESCHELLI, voce *Computer (disciplina giuridica del)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., III, 1988, p. 146; DE LUCA TAMAJO, PISANI, ROMEI, IMPERIALI D'AFFLITTO, *op. cit.*, p. 167 ss., e *passim*.

<sup>46</sup> L'uso dei codici di gruppo in luogo di quelli individuali viene ormai generalmente ritenuta la soluzione da seguire (cfr., ad es., GHEZZI, *op. cit.*, p. 365; FEZZI, *op. cit.*, 1983, p. 576; PETRINI, *op. cit.*, p. 384, nt. 26; *Isp. lav. Mil.* 16 febbraio 1988, cit.; FOCARETA, *op. cit.*, p. 563, che dà notizia di un accordo in tal senso per il quotidiano « il giorno ») — pur ponendo in rilievo possibili inconvenienti (si veda FEZZI, *op. cit.*, 1987, p. 628) —, non solo per i videoterminali, ma anche per i lettori di *badges*, usati per controllare gli spostamenti all'interno dell'azienda.

<sup>47</sup> Ciò che è, ovviamente, impensabile, data la enorme utilità e importanza assunta dalla tecnologia informatica nelle aziende pubbliche e private. Cfr. ad es., BERTOZZI, SAMBUCINI, *op. cit.*, p. 2303, che scrivono che voler impedire il controllo sarebbe come voler far usare in un'azienda tessile talai a mano anziché meccanici.

<sup>48</sup> Per questa terminologia si veda G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto amministrativo emanato nella forma elettronica*, in *Riv. amm.*, 1978, p. 411 ss.

<sup>49</sup> Cfr. il lungimirante scritto di DUNI, *op. cit.*, p. 407 ss. Ed infatti anche coloro che sostengono la necessità di adoperare il codice collettivo sono costretti ad ammettere che in casi del genere è indispensabile quello individuale: FEZZI, *op. cit.*, 1987, p. 627; GHEZZI, *op. cit.*, p. 366; *Isp. lav. Mil.* 16 febbraio 1988, cit.

questo ulteriore profilo, la possibilità di controllo è inscindibilmente connessa con l'utilità della prestazione lavorativa.

Infine, si deve notare che la tesi in discorso, oltre che dar luogo a dubbi di costituzionalità per violazione del principio di tipicità della fattispecie penale<sup>50</sup>, presta il fianco a critiche, perché non cerca in alcun modo di bilanciare gli interessi contrapposti, ma entrambi costituzionalmente garantiti, della libertà di iniziativa economica e del diritto alla dignità e riservatezza. Infatti, pur riconoscendo che la sorveglianza del dipendente è una componente ineliminabile del potere imprenditoriale, non lesiva in sé della personalità del lavoratore, trascura le esigenze di efficienza, di autodifesa, di produttività dell'economia, per difendere ad oltranza interessi non sempre meritevoli di tutela, vietando anche i controlli inidonei a ledere il bene tutelato dalla stessa norma statutaria.

Come ultimo argomento di contorno, infine, si può fare riferimento all'interpretazione storica, che si è già vista essere contro l'indiscriminato divieto di sorveglianza a distanza.

## 5. L'INDIVIDUAZIONE DELLA PORTATA INCRIMINATRICE DELL'ART. 4.

Le perplessità sollevate nel precedente paragrafo, sia sul piano interpretativo, sia sul piano tecnico, impongono l'individuazione della reale portata attribuibile al dettato legislativo<sup>51</sup>. Questo approfondimento, incentrato sull'esigenza del rispetto del principio di tassatività dell'incriminazione penale, statuito all'art. 25, comma 2 Cost., oltreché all'art. 1 del codice penale<sup>52</sup>, richiede una breve premessa.

Talvolta le norme penali, nella determinazione del fatto punibile, si avvalgono di indicazioni estensive o esemplificative, più o meno numerose, che si chiudono con espressioni come « simili », « altri », « altri simili », « altri analoghi » (cfr., ad es., gli artt. 600, 601, 602, 705, 708, 710, cod. pen., l'art. 121 T.U.L.P.S.). In casi del genere, si pone il problema di determinare la portata di simili espressioni, che non allargano indefinitamente la fattispecie e non auto-

<sup>50</sup> Sul quale principio si rimanda, per tutti, a M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, p. 105 ss. e *passim*. Non pare inutile ricordare che, oltre che la dottrina (sulla quale, cfr. RONCO, citato in questa nota, nonché G. VASSALLI, voce « *Nullum crimen sine lege* », in *App. Noviss. Dig. it.*, V, 1984, p. 301 s.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1987, p. 41 ss.), anche la Corte Costituzionale ha ritenuto, in via generale, che sono illegittime le norme incriminatrici formulate in modo troppo generico, o in termini meramente esemplificativi (a partire da Corte Cost. 26 gennaio 1957, n. 21, sino a Corte Cost. 8 giugno 1981, n. 96, in tema di plagio: si veda *amplius*, per un'esautiva disamina, BASSANO, MACAGNO, RONCO, *Le sentenze della Corte Costituzionale sugli artt. 25, commi 2 e 3 e 27 commi 1 e 3*, Torino, 1976). Cfr. anche Cass. 5 novembre 1982, in *Cass. pen.*, 1984, p. 2413.

<sup>51</sup> Scartata la tesi dell'onnicomprensività della disciplina statutaria, non risulta però

accettabile neanche l'opposta opinione, che, con le argomentazioni e i risultati più sopra accennati, restringe l'ambito della norma. Posto in rilievo che le posizioni in argomento variano da autore ad autore, e sono spesso formulate in modo vago, esse non riescono a dare delle soluzioni pienamente soddisfacenti, e non compiono una sistemazione teorica della norma adeguata per ogni fattispecie. Tali opinioni, infatti, pongono in rilievo la necessità di interpretare la lettera in sintonia con la *ratio* della legge, e considerano vietato il controllo a distanza solo quando leda il bene tutelato (e qui sta il loro merito). Ma rimandano ad un'analisi di fatto che va fatta caso per caso, con conseguenti dubbi ed incertezze, senza fornire un criterio sicuro che consenta di valutare e discernere, *a priori*, il controllo lecito da quello illecito; è questo, infatti, il difetto della disposizione dell'art. 3 della raccomandazione CEE, che rimanda al concetto elastico di controlli lesivi della dignità e riservatezza del lavoratore.

<sup>52</sup> Cfr. *supra*, nota 50.

rizzano il ricorso all'analogia: la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel rilevare che si devono interpretare tali locuzioni con riferimento ai casi esemplificati all'interno della norma stessa, e ritenere così ricomprese nel suo ambito fattispecie aventi la stessa natura e la stessa *ratio* di quelle nominate<sup>53</sup>.

Anche l'art. 4 prevede l'ipotesi del controllo a distanza operato mediante impianti audiovisivi, e, successivamente, si riferisce genericamente ad « altre apparecchiature ». Stabilito che tale ultima espressione non esclude indiscriminatamente ogni controllo a distanza permesso dalle macchine, si deve ritenere che la locuzione stia ad indicare « altre apparecchiature simili » al tipo espressamente preveduto dalla stessa norma. Altre apparecchiature, cioè, che realizzano la stessa modalità di lesione del controllo a distanza attuato per mezzo di impianti audiovisivi. Ed è proprio questa la chiave di volta per la comprensione della norma e per la soluzione dei numerosi problemi pratici che continuamente si pongono. L'art. 4 prevede un illecito di modalità di lesione. La modalità di lesione è quella propria realizzata dagli impianti audiovisivi: un controllo potenzialmente continuo, impersonale, assai intenso e oppressivo.

Partendo da questo dato, tutti i singoli tipi di argomentazioni concorrono a formare un quadro armonico. Infatti,

*in primis*, viene spiegata la genericità della formula della legge, che non compie limitazioni di sorta, in quanto il primo e più significativo esempio è in grado di orientare l'interprete; *in secundis*, tale interpretazione è aderente allo scopo della norma, in quanto comprende solo le fattispecie lesive del bene tutelato, ed è quindi conforme alla *ratio legis* obiettivata nel dato normativo, ed anche alla intenzione, alla *mens*, del legislatore del '70. È, infine, confermata dal sistema normativo, che riconosce la liceità e l'esigenza imprenditoriale del controllo, limitandolo o impedendolo solo quando lede altri valori ai quali l'ordinamento attribuisce eguale o maggiore importanza.

In questa prospettiva, i controlli operati mediante strumenti come campanello, registratore di cassa, etc., sono sicuramente leciti, anche se vengono utilizzati esclusivamente con finalità di controllo. E deve essere considerato lecito anche il controllo svolto tramite centraline telefoniche elettroniche, ove non vi sia la registrazione della conversazione, o la c.d. « intrusione » nella telefonata: e ciò perché la conoscenza della quantità di chiamate fatte, o i numeri dei destinatari delle telefonate stesse realizzano un controllo non continuo, né intenso, del lavoro del dipendente; anzi si tratta di sorveglianza svolta eminentemente al fine non di controllare, ma di scoraggiare gli abusi<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Si veda, in argomento, Corte Cost. 27 maggio 1961, n. 27, in *Giur. it.*, 1961, I, p. 1043 ss. (con nota parzialmente difforme di C.F. GROSSO, *L'art. 121 T.U. delle leggi di pubblica sicurezza 18 giugno 1931, n. 773 e il divieto di analogia nel diritto penale*); Cass. 13 dicembre 1984, VISOTTI, in *Mass. giur. lav.*, 1985, p. 101; RONCO, *op. cit.*, p. 379 ss.; M. GALLO, *La legge penale*, Torino, 1967, p. 28; ROMANO, *op. cit.*, p. 47 s.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, pt. gen., Bologna, 1989, p. 89 s.

<sup>54</sup> Le centraline telefoniche elettroniche consentono la memorizzazione dei numeri delle singole telefonate, nonché l'intrusione nella conservazione telefonica. Solitamente se ne afferma la illiceità (Pret. Roma 18 settembre 1986, cit.; Pret. Milano 9 novembre 1984; FEZZI, *op. cit.*, 1985, p. 380; NEBIOLO VIETTI, *op. cit.*, p. 283). Tuttavia, sembra

più ragionevole ritenere che ascoltare o introdursi nella telefonata è illecito (PERA, in *Noviss. Dig. it.*, cit., p. 899; ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, cit., p. 121 ss.; DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 488; LISO, *op. cit.*, p. 376 s.; MEUCCI, *op. cit.*, p. 2253; ROMEO, *op. cit.*, p. 426; Pret. Milano 12 maggio 1972, cit.), salvo stabilire se ai sensi dell'art. 4 st. (nel caso di mansione di centralinista), o dell'art. 617 (e 617-bis) cod. pen. (ma saremmo in ogni caso portati ad escludere il concorso delle due norme, giacché sarebbe incongruo ritenere che un caso meno grave, quale quello del controllo della conversazione telefonica del dipendente da parte del datore di lavoro nel luogo di lavoro, sia punito più gravemente della più riprovevole cognizione di conversazioni di persone al di fuori di qualsiasi rapporto di subordinazione con l'autore, e svolte

Più problematico è considerare lecito il controllo delle presenze, dell'uso e della conservazione dei cartellini segna orario posti all'ingresso del luogo di lavoro, svolto tramite telecamera, in quanto l'uso di questo strumento è espressamente vietato dalla norma. Ci pare però che, in questo caso, l'uso dell'impianto audiovisivo non realizza una lesione al bene tutelato, e sia al di fuori della incriminazione, in quanto è limitato ad un singolo aspetto della prestazione, e cioè non al lavoro in sé, ma al presentarsi al posto di lavoro e l'abbandonarlo, che verrebbe in ogni caso controllato<sup>55</sup>.

Per quanto riguarda i videotermini, e, genericamente, i *computers*, essi non permettono di vedere l'operatore, o di sentire ciò che dice; non permettono di sapere come è seduto, con quante dita scrive, che cosa fa mentre non tocca la tastiera; insomma, non consentono in genere un controllo molto penetrante, e non sono, quindi, oppressivi<sup>56</sup>.

Forse, quando la prestazione lavorativa si esaurisce nell'operare al terminale in modo ripetitivo e meccanico — come può essere il caso del dattilografo che usi, al posto della normale macchina per scrivere, un *word processor*<sup>57</sup> —, se la macchina è in grado, ricostruendo minuziosamente anche il tempo di attività, di stabilire l'impegno profuso, permettendo di analizzare le pause, la velocità di battuta, etc., si potrebbe concludere che il lavoratore, lungi dall'essere a proprio agio, sia preoccupato del tempo che impiega, di minimizzare le pause, di concentrarsi più del dovuto cercando di essere veloce e di non fare errori<sup>58</sup>. In casi del genere, se il datore di lavoro conserva il diritto di esaminare ciò che è stato scritto, e quindi anche gli errori<sup>59</sup>, si potrebbe anche sostenere che non gli sia lecito venire a conoscenza di quegli altri elementi che gli consentirebbero di ricostruire tutta l'attività<sup>60</sup>.

in private abitazioni). L'eventuale verifica degli illeciti commessi, al contrario, non può essere censurabile, oltre che per quello che si dirà *infra*, al richiamo delle note 80 e 81, perché il controllo operato sui numeri di telefono chiamati deve ritenersi lecito in quanto non lede alcun interesse del dipendente (se non la possibilità di essere disonesto). Per cui, ove la centralina consenta solo ed esclusivamente l'accertamento del comportamento illecito (come nel caso in cui al lavoratore sia interdetto fare telefonate interurbane, e l'apparecchio segnali se tali telefonate siano state fatte), è fuori di dubbio legittima (così anche DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 488; LISO, *op. cit.*, p. 374; ROMEI, *op. cit.*, p. 428; PERA, *Innovazioni tecnologiche e statuto dei lavoratori*, cit., p. 2 s.). Non condivisibile, quindi, almeno in termini generali, la relazione alla racc. CEE, ove argomenta: « Les dispositions du principe 3.1 s'appliquent également à la surveillance indirecte de la productivité ou du comportement dans le travail par exemple un système d'enregistrement téléphonique, primitivement destiné à des fins de facturation mais qui permet incidemment à un employeur de condamner le comportement d'un employé particulier dans son travail, motif pris de ce qu'il donnerait un nombre excessif de coups de téléphone personnels au cours d'une journée de travail » (p. 269).

<sup>55</sup> *Contra*: Cass. 6 marzo 1986, n. 1490, cit.

<sup>56</sup> Si veda in argomento DE LUCA TAMAJO, PISANI, ROMEI, IMPERIALI D'AFFLITTO, *op. cit.*, *passim*.

<sup>57</sup> L'esempio del dattilografo è prospettato da LISO, *op. cit.*, p. 372.

<sup>58</sup> In tal senso LISO, *op. cit.*, p. 372; ed anche (se pur generalizzando) ROSSELLI, *op. cit.*, p. 471; FEZZI, *op. cit.*, 1983, p. 575, che parla di controllo continuo, impersonale, capillare; e, d'altronde, per rendersi conto di ciò, si può pensare ai controlli di cui si sono occupati Pret. Milano 5 dicembre 1984, più volte citata (anche se potrebbero essere avanzati seri dubbi), e Cass. 18 febbraio 1983, n. 1236, cit. (dischi collegati ad un registratore Kienzle).

<sup>59</sup> FONTANA, *In tema di « controllo a distanza »*, cit., p. 206: « una cosa è controllare le lettere scritte dalla segretaria, tutt'altra è controllare la segretaria mentre scrive. Nel primo caso, si possono rilevare gli errori di battuta, le correzioni, le cancellature, e nessuno, credo, vorrà contestare che ciò rientri nelle facoltà del datore di lavoro, così come ogni creditore ha facoltà di verificare l'esattezza dell'adempimento ».

<sup>60</sup> Fermo restando ciò che si dirà sul divieto di analogia.

Ma nei casi in cui, per il tipo di lavoro svolto, perde di significato l'analisi dell'attività del lavoratore sull'impianto informatico, allora l'utilizzazione di sistemi che consentono la memorizzazione del lavoro svolto su *computer*, è lecita, in quanto non consente un controllo intenso e non lede la dignità e la riservatezza, dal momento che il controllo sulle operazioni compiute e su ciò che è stato scritto è un diritto del datore di lavoro che, rientrando nella normalità ed essenzialità del rapporto, non è di certo né mortificante, né indiscreto, né lesivo di qualche diritto della personalità del di-

pendente: si pensi, ad es., al lavoro in banca, e alle attività svolte con un *word processor*, come il giornalismo<sup>61</sup>.

Secondo l'impostazione qui seguita, si deve ritenere che, salvo casi particolari, in cui il controllo operato tramite gli elaboratori elettronici per il tipo particolare di lavoro riesca a dare un quadro completo ed analitico non solo di tutta l'attività, ma anche delle pause e dei tempi in cui il dipendente svolge il suo lavoro, generalmente gli strumenti informatici sono inidonei a costituire un mezzo di lesione della riservatezza e della dignità del lavoratore con le modalità tipizzate

<sup>61</sup> Anche PERA, *Innovazioni tecnologiche e statuto dei lavoratori*, cit., p. 8, ritiene che con queste possibili forme di controllo « l'art. 4 Statuto non c'entra per nulla ». Sull'informatizzazione della banca cfr., a titolo indicativo, FILIPPAZZI, OCCHINI, *op. cit.*, p. 107 ss. Si faccia il caso del cassiere a contatto del pubblico: egli deve compiere svariate attività, quali quelle di contare il denaro, verificare la regolarità degli assegni ed eventualmente provvedere a farli girare o completare, verificare l'identità del cliente, e così via; alcune operazioni, inframmezzate a tutte queste attività, vengono svolte su videoterminale. Appare quindi di tutta evidenza la esigua importanza che riveste, sia per la banca, sia per l'impiegato, la memorizzazione delle procedure per valutare l'impegno profuso, o per ricostruire l'attività del dipendente; è vero che se vengono fatti degli errori essi vengono individuati, come anche vi può essere un controllo finale di conto che viene svolto parzialmente anche grazie ai dati traibili dal sistema: ma ciò non lede la riservatezza del bancario, o la sua dignità, visto che il controllo di rendiconto è insito nella natura stessa del lavoro. Analogo discorso, vale, a maggior ragione, anche per impiegati e funzionari che svolgono compiti vari.

Anche la riservatezza e la dignità del giornalista, per fare un'altra ipotesi (che è ormai realtà diffusa: cfr. FOCARETA, *op. cit.*, p. 551), non vengono lese se egli scrive l'articolo su *computer* anziché su macchina da scrivere; infatti, da un lato, è ovvio che ad un giornalista non si richiede maestria nell'uso della tastiera, e, dall'altro, essendo, quello del giornalista, un mestiere creativo e di elaborazione di notizie — nonché di ricerca di notizie, a volte — non riveste la minima importanza conoscere il tempo impiegato a scrivere l'articolo, o le correzioni apportate, purché

esso sia eseguito in tempo utile: e come stupirebbe (per la sua inutilità) un eventuale controllo che facesse il direttore o l'editore su simili elementi, egualmente sarebbe irrealistico ipotizzare una qualche preoccupazione del lavoratore o una qualche apprezzabile lesione di interessi di libertà, di dignità, di riservatezza.

In questo senso parzialmente anche ROMEI, *op. cit.*, p. 428: « si pensi ad esempio a forme di controllo che consentono di rilevare le pause di lavoro: se rispetto al modello sociale-tipo di lavoratore subordinato il valore di ogni frazione temporale era omogeneo a quello delle altre, dimodoché la pausa corrispondeva univocamente ad una frazione di tempo non lavorato, non altrettanto potrebbe dirsi a proposito del lavoro svolto al *computer*. In quest'ultimo caso, infatti, fenomeni di « addensamento » della prestazione lavorativa solo in determinate pause temporali ... (*omissis*) ..., i tempi tecnici dovuti all'elaborazione dei dati immessi nel *computer*, la maggiore sofisticazione di alcune prestazioni lavorative con il conseguente moltiplicarsi delle « attese » tra un'operazione e l'altra in cui l'operatore deve decidere le informazioni da inserire nel *computer* non consentono più di stabilire una necessaria equazione tra pause e tempo di non lavoro. Dalla rilevazione delle prime allora non è detto che possa sempre ricostruirsi in negativo ed a posteriori l'« attività del lavoratore », almeno in assenza di precise informazioni sulla natura e sulle caratteristiche della prestazione lavorativa svolta al terminale in grado di porre il datore di lavoro nella condizione di valutare sotto il profilo quantitativo e qualitativo il lavoro svolto ». *Contra*: FEZZI, *op. cit.*, 1983, p. 575, che però prende indebitamente in considerazione anche l'eventuale uso della raccolta dei dati.

dalla norma. Giacché l'interpretazione della norma esclude, in linea di massima, la riferibilità dell'art. 4 alle tecnologie informatiche, risulta minore l'importanza da attribuire al dibattito sorto in tema di divieto di analogia.

Una dottrina assai acuta ha, infatti, ritenuto che l'applicazione dell'art. 4 alle nuove tecnologie informatiche comportasse un'illegittima estensione analogica della portata della legge<sup>62</sup>.

Gli autori di provenienza giuslavoristica hanno, tuttavia, in grande maggioranza, escluso che ci si trovi di fronte a un'applicazione analogica della norma. Infatti, nel 1970, anno di emanazione dello Statuto dei lavoratori, il legislatore aveva presente l'allora stato di fatto, e non avrebbe neanche potuto prevedere i rapidi progressi della tecnica nel campo dell'elaborazione elettronica<sup>63</sup>. Il legislatore conosceva principalmente il controllo attuato mediante impianti audiovisivi<sup>64</sup>. E, in effetti, nell'art. 4, rubricato « impianti audiovisivi », gli impianti audiovisivi stessi sono menzionati per

primi<sup>65</sup>. La norma, però, giustappone agli impianti audiovisivi « altre apparecchiature »: e in questa lata e generica espressione potrebbero essere ricompresi anche i sistemi informatici. Infatti, poiché nella *mens legislatoris* non potevano essere presenti apparecchiature che in quel periodo non esistevano, una corretta interpretazione evolutiva dovrebbe portare a concludere che gli elaboratori elettronici possano rientrare sotto questa generica espressione<sup>66</sup>.

Senonché, le osservazioni da ultimo svolte non colgono la sostanza dell'obiezione in ordine alla violazione del divieto di analogia in materia penale, che deve essere svolto non con riferimento alla sola dizione « altre apparecchiature », ma con riferimento alla completa espressione della norma, che parla di impianti e apparecchiature di controllo dell'attività lavorativa. Infatti la norma, menzionando l'uso e l'installazione di apparecchiature per fini di controllo a distanza dell'attività lavorativa, presuppone implicitamente ed inequivocabil-

<sup>62</sup> PADOVANI, *Il controllo a distanza dell'attività lavorativa svolta mediante elaboratori elettronici*, cit., p. 255 s.

<sup>63</sup> Così CASTELLI, *op. cit.*, p. 317; PETRINI, *op. cit.*, p. 376; GHEZZI, LISO, *op. cit.*, p. 353.

<sup>64</sup> Tutto questo è pacifico, e viene messo in rilievo da quasi tutta la dottrina che si è occupata di questo aspetto. D'altronde, per rendersene conto è sufficiente vedere i lavori preparatori o i primi commenti allo statuto (si veda, ad es., D. NAPOLETANO, *Lo statuto dei lavoratori e l'interpretazione della giurisprudenza*, Napoli, 1971, p. 31). Cfr. di recente BERTOZZI, SAMBUCINI, *op. cit.*, p. 2300; GHEZZI, LISO, *op. cit.*, p. 353; ZANELLI, *Nuove tecnologie, riservatezza, diritti d'informazione*, cit., p. 100; NEBIOLO VIETTI, *op. cit.*, p. 273.

<sup>65</sup> Cfr. ROSSELLI, *op. cit.*, p. 472; ZANELLI, *op. loc. ultt. citt.*, che definisce « obsoleta » la rubrica dell'articolo.

<sup>66</sup> In questo senso, si veda, tra gli altri FOCARETA, *op. cit.*, p. 557; BERTOZZI, SAMBUCINI, *op. cit.*, p. 2301; ROSSELLI, *op. cit.*, p. 453 ss.; PETRINI, *op. cit.*, p. 380 s.; ROSSI, *La libertà e la professionalità dei lavoratori di fronte alle nuove tecnologie informatiche*,

cit., p. 220; S. CORBUCCI, *Informatica e criminalità con particolare riferimento ai reati propriamente informatici*, in *Riv. polizia*, 1987, p. 158 s., nt. 28.

Un'altra argomentazione che talvolta si espone (cfr., ad esempio, NEBIOLO VIETTI, *op. cit.*, p. 275 s.) è costituita dal fatto che la legge 29 marzo 1983, n. 93, sul pubblico impiego, ha riportato inalterato, nell'art. 24, il divieto dell'art. 4 st. Ma, a questo proposito, si deve rilevare che questo elemento è ambiguo. Il ragionamento che si segue è infatti viziato da una contraddizione, perché dà per assunto ciò che vuol dimostrare; si dice che la legge 29 marzo 1983, n. 93, essendo stata emanata in tempi in cui i sistemi informatici erano ormai ampiamente adoperati, e non avendo sentito l'esigenza di mutare il testo dell'articolo dello statuto, abbia così dimostrato che anche quest'ultimo articolo è riferibile alle nuove tecnologie. Tuttavia, si potrebbe, al contrario, sostenere che il legislatore anche nel campo del pubblico impiego abbia voluto limitare i mezzi di controllo a quelli tradizionali, non menzionando i sistemi informatici, e servendosi della stessa dizione usata dalla precedente legge che ad essi non si riferiva.



mente una situazione nella quale sia possibile svolgere l'attività lavorativa senza le apparecchiature di controllo. Il legislatore, nella formulazione della norma, non ha preso in considerazione il caso in cui l'impianto o l'apparecchiatura di controllo sia nel contempo il mezzo con cui il lavoratore adempie la sua prestazione<sup>67</sup>. La formulazione della norma non consentirebbe di colmare la lacuna se non mediante analogia, ma ciò è vietato in materia penale<sup>68</sup>.

L'opinione di chi sostiene l'illiceità dei sistemi informatici fa leva principalmente sul rilievo che l'apparecchiatura illecita sarebbe il *software* di controllo, e non il sistema elettronico nella sua inte-

rezza<sup>69</sup>. L'argomentazione, però, è molto debole, in quanto è presumibilmente da escludere che il *software* possa essere considerato un'« apparecchiatura »: infatti, per il suo carattere esclusivamente immateriale<sup>70</sup>, non può rientrare in tale dizione<sup>71</sup>.

La tesi di Padovani è, quindi, certamente persuasiva; ci pare, comunque, che essa possa venire in rilievo solo allorché si sia risposto positivamente alla questione se il controllo a distanza, attuato dallo strumento di lavoro indispensabile per lo svolgimento della prestazione — nell'ipotesi il *computer* —, leda, con le modalità tipizzate dall'art. 4, la riservatezza e la dignità del lavoratore<sup>72,73</sup>.

<sup>67</sup> PADOVANI, *op. ult. cit.*, p. 255 s.; in senso analogo, ZALLONE, *op. cit.*, p. 682 s.; ROMEI, *op. cit.*, p. 420 s.; BERTOZZI, SAMBUCCINI, *op. cit.*, p. 2303.

<sup>68</sup> Così nel caso specifico PADOVANI, *op. ult. cit.*, p. 256; si veda, comunque, in generale, G. VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, 1987, p. 158 ss., al quale si rimanda per approfondimenti.

<sup>69</sup> Si veda ROSSELLI, *op. cit.*, p. 473; ZANELLI, *Nuove tecnologie, riservatezza, diritti d'informazione*, cit., p. 104 ss.; VALENTINO, *op. cit.*, p. 951 ss.; LISO, *op. cit.*, p. 379; PETRINI, p. 381 ss.; ROSSI, *La libertà e la professionalità*, cit., p. 220; Pret. Milano 5 dicembre 1984, cit.

<sup>70</sup> Cfr., in questo senso, G.I. Trib. Torino 12 dicembre 1983, in *Giur. it.*, 1984, II, col. 351 ss.; S. CORBUCCI, I « *computer crimes* », con particolare riferimento alla illecita riproduzione di programmi per elaboratore elettronico di dati, in *Riv. polizia*, 1986, p. 77. Si veda anche *supra*, al richiamo della nota 44, e la nota stessa.

<sup>71</sup> Così anche V. GRECO, *Osservazioni in materia di attentato ad impianti di pubblica utilità e tutela penale del software*, in *Giur. merito*, 1988, II, p. 399 s. Per apparecchiatura, infatti, si può intendere solo un insieme di congegni, di strumenti, o un dispositivo, un'attrezzatura (si veda, ad es., G. DEVOTO, G.C. OLI, *Nuovo vocabolario illustrato della lingua italiana*, 1988, I, p. 172; *Dizionario Garzanti della lingua italiana*, Milano, 1983, p. 114); e la migliore dottrina (si veda, per tutti ROMEI, *op. cit.*, p. 420) non ha dubbi che « apparecchiatura » sia sinonimo di « macchina », e critica chi ritiene che con tale termine sia possibile comprendere qualsiasi « mezzo », quasi come se fosse sinonimo di *res* in senso lato (cfr. *infra*, note 74 e 75).

<sup>72</sup> E così, ad es., nel caso, citato, di cui si è occupato Pret. Milano 5 dicembre 1984, anche se si giungesse alla conclusione che l'elaboratore consentiva un controllo assiduo, intenso ed opprimente, si dovrebbe ritenere inapplicabile l'art. 4 st. proprio per le considerazioni svolte da Padovani sul divieto di analogia, in quanto era lo stesso impianto lavorativo che permetteva il controllo sull'attività.

<sup>73</sup> Si deve, d'altronde, mettere in luce che il rilievo del divieto di analogia non sarebbe idoneo, da solo, a risolvere tutti i problemi che il controllo a distanza pone. Infatti, da un lato, è necessario tenere presente che l'illegittimità dell'integrazione analogica viene in rilievo solo allorché si tratti di applicare la sanzione penale; ma nulla impedirebbe, in sede civile o amministrativa, di considerare illecito il controllo attuato mediante il *computer*, applicando analogicamente la norma statutaria. L'Ispettorato del lavoro potrebbe, in effetti, vietare l'installazione e l'uso di sistemi rientranti in via analogica sotto l'ambito della norma, e il divieto di analogia vigerebbe, forse, e salvo approfondire la questione, solo quando si trattasse di applicare le sanzioni (ove si ritenga che la violazione del provvedimento ricada sotto l'art. 38 st.); analogamente anche il giudice civile potrebbe doversi pronunciare in materia cautelare ex art. 700 cod. proc. civ. per inibire l'installazione o l'uso dello strumento di lavoro che consenta il controllo, o potrebbe dover provvedere in merito alla liceità del rifiuto, da parte del lavoratore, di adoperare il terminale. Dall'altro, potrebbe darsi anche il caso in cui all'elaboratore venga aggiunta un'apparecchiatura autonoma con finalità di controllo (si pensi, ad es., ai sistemi informatici usati dalle banche, ove al terminale si applica un

## 6. CONCLUSIONE.

Riassumendo il discorso che siamo venuti sino a qui sviluppando, ed in critica contrapposizione a quella dottrina che cerca di dilatare oltremodo la portata della norma<sup>74</sup>, l'art. 4 st. deve ritenersi un illecito di modalità di lesione, in cui possono rientrare solo quei controlli a distanza che per potenziale continuità e intensità realizzano la stessa modalità di lesione che è propria degli impianti audiovisivi. Il controllo attuato con apparecchiature informatiche non ricade nel divieto, non essendo idoneo a ledere il bene tutelato e l'interesse del lavorato-

re, giacché non permette una sorveglianza intensa ed oppressiva.

Comunque, anche ove non si vogliano accogliere le conclusioni qui raggiunte, quando l'apparecchiatura che consente il controllo è allo stesso tempo strumento di lavoro — ciò che avviene spesso con gli strumenti informatici —, solo mediante un'inammissibile integrazione analogica sarebbe possibile applicare la norma. E, inoltre, per chi ritenga che sia possibile « la rivalutazione del reato alla luce del principio di offensività ... (omissis) ... per non punire quei fatti concreti inoffensivi o privi di offesa sufficientemente apprezzabile »<sup>76</sup>, non si

lettore di *badges*, che, appunto, « legge » la tessera magnetica nominativa; anche il menzionato caso dei dischi collegati al registratore Kienzle di cui si occupò Cass. 18 febbraio 1983, n. 1236, cit., dimostra che ben si può verificare che il controllo sia attuato da apparecchiature aggiuntive allo strumento di lavoro: in siffatta ipotesi si porrebbe quindi la possibilità di applicare in via diretta la norma dello statuto. Senza considerare, infine, che i confini tra interpretazione estensiva e analogia sono notoriamente molto labili (cfr., ad es., l'indicativa opinione di N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938), come dimostra, proprio in relazione all'art. 4 st., il ventaglio delle diverse soluzioni sostenute dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

<sup>74</sup> Da un lato, infatti, certa dottrina e certa giurisprudenza tendono a considerare illecita anche l'installazione di ciò che apparecchiatura non è: emblematico il caso deciso da Pret. Roma 27 settembre 1973, e confermato in appello da Trib. Roma 10 luglio 1974 (sentenze successivamente riformate da Cass., Sez. III, 17 aprile 1977, n. 2220, in *Boll. lav.*, n. 9, p. 624 ss., con nota di METTA), che sancì l'illegittimità dell'installazione al centro di un'officina di un capannone con pareti di vetro; anche BRATTOLI, PELAGGI, *op. cit.*, p. 601, parlano esplicitamente di « qualsiasi mezzo ». Ma non è dissimile la posizione di chi ritiene che col termine « apparecchiature » possa essere ricompreso anche il *software*. Dall'altro, commentando l'art. 4, si tratta spesso anche del problema delle « banche dati » (cfr. FEZZI, *op. cit.*, 1983, p. 568; CASTELLI, *op. cit.*, p. 316 ss.; ROSSELLI, *op. cit.*, p. 454 ss.; FOCARETA, *op. cit.*, p. 548; NEBIOLO VIETTI, *op. cit.*, p. 269 ss.; ZANELLI, *Nuove tecnologie, riservatezza,*

*diritti d'informazione*, cit., p. 89 ss.; VALENTINO, *op. cit.*, p. 950 [che teme che con le informazioni che il datore di lavoro acquisisce sia possibile da parte di costui « mettere l'uomo giusto al posto giusto »!]), che con detto articolo (ed anche con l'art. 8 st.) non hanno nulla a che vedere: ben diverse, invece, le prospettive nel caso in cui trovi attuazione la raccomandazione CEE, che si occupa direttamente della materia.

<sup>75</sup> Contro l'interpretazione estensiva e la dilatazione *contra legem* della fattispecie, causa di perplessità, dubbi e incertezze, si veda PADOVANI, *Il controllo a distanza dell'attività lavorativa svolta mediante elaboratori elettronici*, cit., p. 252; LISO, *op. cit.*, p. 366 s.; ZALLONE, *op. cit.*, p. 683; un cenno anche Pret. Milano 5 dicembre 1984, cit. (ove afferma che non è compito della magistratura risolvere i problemi che in concreto sollevano le banche dati).

Il caso dell'installazione del capannone di vetro è stato giustamente ed aspramente criticato dalla dottrina: si veda PERA, in *Noviss. Dig. it.*, cit., p. 899, che lo definisce « incredibile », e sostiene che « è in circolazione una concezione non corretta del disposto legale »; CATAUDELLA, *op. ult. cit.*, p. 3; *Comm. breve*, cit., p. 8; ROMELI, *op. cit.*, p. 420; è infatti ovvio che nel caso in questione le pareti di vetro non possono essere considerate « apparecchiature », ed inoltre il controllo non è neanche a distanza (tanto varrebbe allora ritenere che anche gli occhiali da vista della persona miope preposta al controllo ricadano nell'ambito della norma).

<sup>76</sup> Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1988, p. 222; in senso contrario ROMANO, *op. cit.*, p. 434 ss., al quale si rimanda per riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

può che mettere di nuovo in rilievo il fatto che, genericamente, i sistemi informatici sono, appunto, inoffensivi<sup>77</sup>.

Ove si seguisse l'interpretazione più estensiva, è, peraltro, opportuno ricordare che, in conformità all'opinione generalmente accolta, secondo cui il controllo deve essere « attuabile », « realizzabile concretamente »<sup>78</sup>, si deve aver riguardo alle concrete potenzialità dell'elaboratore, in relazione, cioè, ai programmi inseriti, anche se non attivati; ma non si dovrà considerare potenzial-

mente lesivo ogni sistema informatico solo perché, astrattamente, consente l'aggiunta di altre apparecchiature, o l'uso di *software* di controllo<sup>79</sup>.

E, infine, anche i controlli c.d. difensivi, se attuati mediante strumenti in grado di selezionare esclusivamente i comportamenti illeciti del lavoratore<sup>80</sup>, possono senza difficoltà essere considerati leciti, in riferimento alla scriminante dell'esercizio del diritto, o della difesa legittima (artt. 51, 52 cod. pen.)<sup>81</sup>.

ALESSANDRO USAI

<sup>77</sup> Ed inoltre, ove si ritenga che la sanzione dell'art. 28 st. possa concorrere con quella dell'art. 38 st. (GRILLI, *op. cit.*, p. 325; ciò che saremmo portati ad escludere, dal momento che il controllo attuato mediante impianti audiovisivi o altre apparecchiature normalmente limita anche l'attività di proselitismo e propaganda sindacale, per cui si può presumere che la legge abbia voluto escludere il concorso, in considerazione anche del fatto che la violazione dell'art. 4 st. lede anche la libertà del lavoratore, nel quale bene è genericamente ricompresa anche la libertà sindacale; ed in considerazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale [si veda in argomento, anche per citazioni bibliografiche e giurisprudenziali, ROMANO, *op. cit.*, p. 143 ss.]), il controllo attuabile mediante impianti informatici non può considerarsi lesivo dell'art. 28 st.

<sup>78</sup> MEUCCI, *op. cit.*, p. 2248 s.; FEZZI, *op. cit.*, 1983, p. 570; VENEZIANI, *op. cit.*, p. 21; Trib. Roma 10 luglio 1974, *cit.*; Trib. Milano 7 luglio 1977, *cit.*

<sup>79</sup> ZALLONE, *op. cit.*, p. 683 s.; BRATTOLO, *op. cit.*, p. 601; FOCARETA, *op. cit.*, p. 558; Pret. Milano 5 dicembre 1984, *cit.* Certamente, tuttavia, vi sarebbero indubbe difficoltà di accertamento (come rilevano FANELLI, *Informatica e diritto del lavoro*, *cit.*, p. 27 ss.; ROSSELLI, *op. cit.*, p. 453; ROSSI, « *Software* » e controllo a distanza sul lavoro, *cit.*, col. 292; CASTELLI, *op. cit.*, p. 319 s.).

<sup>80</sup> Caso tipico è quello delle centraline telefoniche elettroniche, di cui *supra*, nota 54.

<sup>81</sup> Cfr. Cass. 24 marzo 1983, n. 2042, in *Mass. Giur. lav.*, 1983, p. 135, e la nota a Cass. pen. 8 ottobre 1985, n. 8687, in *Giur. lav.*, p. 584; quest'ultima sentenza è apparentemente contraria: tuttavia, se si pone mente al fatto che la S.C. ritiene, sostenendo la liceità *ex art.* 2 e 3 di controlli con agenti investigativi (orientamento, questo, ormai pacifico: si veda, da ultimo, Cass., Sez. Lav., 9 giugno 1989, n. 2813, in *Dir. pratica lav.*, 1989, p. 2687 s., ove ulteriori citazioni di giurisprudenza), che l'art. 4 st. non consente tali controlli poiché la norma riguarda apparecchiature destinate ad essere installate in maniera fissa e permanente nel luogo di lavoro, e non consente distinzioni in senso all'attività, ininterrottamente controllata (cfr. anche CHERICONI, *op. cit.*, p. 125), si può ben sostenere che secondo questo stesso indirizzo, nel caso di apparecchiature che selezionano il comportamento illecito tale divieto non opera: si veda in questo senso soprattutto ROMEI, *op. cit.*, p. 426.