

Capitolo Decimo

L'obbligazione retributiva e gli altri elementi caratterizzanti la posizione del datore

1. L'OBLIGAZIONE RETRIBUTIVA

A) Nozione e requisiti

La *retribuzione* (v. Appendice) costituisce, secondo la definizione generale desumibile dagli **artt. 2094 e 2099 c.c.**, la *prestazione fondamentale* cui è obbligato il datore di lavoro nei confronti del lavoratore.

Essa indica il *corrispettivo* del lavoro prestato e cioè il complessivo trattamento economico che perviene al lavoratore in dipendenza del rapporto di lavoro: per il lavoratore la retribuzione qualifica il *diritto soggettivo ad un compenso proporzionato e sufficiente*, idoneo ad assicurare il sostentamento personale e della propria famiglia.

Secondo l'**art. 36 della Costituzione**, infatti, la retribuzione deve essere *proporzionata alla quantità e qualità del lavoro*, nonché in ogni caso *sufficiente a garantire al lavoratore ed alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa*: la norma individua nella **proporzionalità** e nella **sufficienza** i requisiti essenziali della retribuzione (inderogabili cioè non solo dall'autonomia individuale e collettiva ma anche dal potere legislativo).

La retribuzione deve essere determinata secondo un criterio obiettivo di *equivalenza alla quantità e qualità del lavoro prestato* (requisito della proporzionalità), ferma restando la *misura minima di livello retributivo* (requisito della sufficienza) che è quella ritenuta *idonea ad assicurare non solo al lavoratore, ma anche alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa* (libera nel senso di salvaguardare l'esigenza di non essere oppressi dal bisogno economico; dignitosa nel senso di godere di un tenore di vita decoroso).

Ulteriori *requisiti* della retribuzione sono individuati nella sua:

- **obbligatorietà**, in quanto diritto *irrinunciabile* del lavoratore;
- **corrispettività**, trovando la sua causa nella prestazione effettuata dal lavoratore (cd. *sinallagmaticità*);
- **continuatività**, restando esclusi dalla nozione di retribuzione quegli elementi (ad esempio, eventuali erogazioni liberali da parte datoriale) conferiti senza frequenza e periodicità.

Giurisprudenza

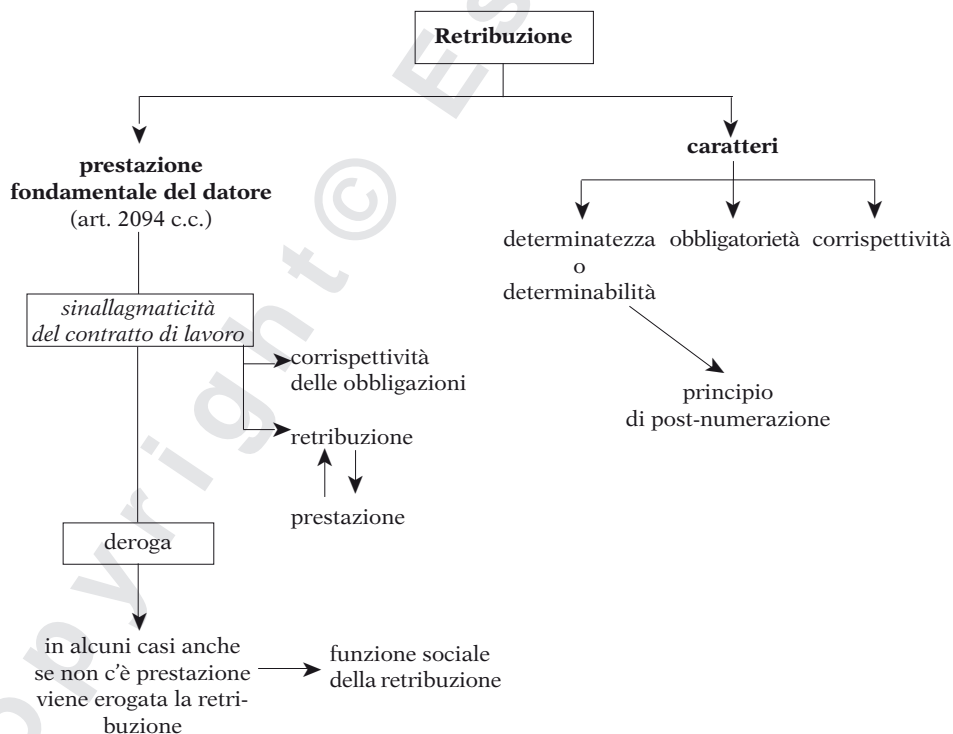
L'art. 36 Cost. sancisce il *principio di giusta retribuzione* secondo cui il lavoratore ha diritto ad una retribuzione *proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro* e in ogni caso *sufficiente*. Tale norma è *immediatamente precettiva*: ciò significa che ad essa il giudice può riferirsi quan-

do il lavoratore si rivolge a lui perché ritiene che la retribuzione ricevuta dal datore di lavoro non è proporzionale, né sufficiente. In tal caso, il giudice, nel determinare la giusta retribuzione, può riportarsi ai minimi retributivi stabiliti dal *contratto collettivo* applicabile al caso concreto, anche se le parti del rapporto di lavoro non aderiscono alle associazioni sindacali che lo hanno stipulato. Infatti, *la retribuzione costituzionalmente garantita corrisponde, in linea generale, a quella determinata dai contratti collettivi*. È dunque consentito al giudice determinare la giusta retribuzione a norma dell'art. 36 Cost. in relazione all'art. 2099 c.c., riferendosi ai contratti collettivi in via parametrica (Cass. 20-9-2007, n. 19467).

B) Natura giuridica

L'obbligo retributivo caratterizza il rapporto di lavoro come *rapporto oneroso di scambio o a prestazioni corrispettive*. Considerando, però, che il principio della corrispettività subisce significative deroghe nel rapporto di lavoro, nelle quali la disciplina legale o contrattuale impone al datore l'*obbligo retributivo in assenza di prestazione* (malattia, infortunio, richiamo alle armi, puerperio etc.) o in misura non strettamente correlata al lavoro effettivamente svolto, si conclude in dottrina che la retribuzione ha *natura mista e complessa*, e cioè *non solo corrispettiva* (nel senso di compenso per il lavoro prestato), ma anche *previdenziale ed in senso lato alimentare*.

Ciò posto va, altresì, considerato che la retribuzione, in quanto periodica e consumabile, è considerata un *reddito* e, come tale, *assoggettata all'imposta sul reddito delle persone fisiche* (IRPEF) (art. 49 D.P.R. 22-12-1986, n. 917).



2. LA STRUTTURA DELLA RETRIBUZIONE E IL DIVIETO DI TRATTAMENTI ECONOMICI DISCRIMINATORI

La retribuzione ha una **struttura complessa** in quanto comprende una serie di attribuzioni patrimoniali che presentano forme, funzioni e denominazioni differenziate.

L'art. 2099 c.c. contempla, peraltro, diverse *tipologie retributive*, stabilendo che la retribuzione può essere determinata: **a tempo, a cottimo, con partecipazione agli utili o a prodotti, con provvigione** ed, infine, **in natura**.

Un'ulteriore distinzione si effettua tra:

- **stipendio**: che compete ai dirigenti, quadri ed impiegati ed è stabilito in *misura fissa mensile*;
- **salario** (o paga): che viene corrisposto agli operai ed alle qualifiche speciali e rappresenta il compenso per le *ore effettivamente lavorate* in un determinato periodo.

Prima di procedere all'analisi delle varie forme retributive, è opportuno qui evidenziare l'operatività del principio disposto dall'**art. 16 dello Statuto dei lavoratori** che vieta espressamente la concessione di **trattamenti economici di maggior favore aventi carattere discriminatorio** (cioè determinati esclusivamente da ragioni politiche, sindacali, religiose etc.).

Eventuali trattamenti differenziati devono, pertanto, avere giustificazioni *oggettive*, quali, ad esempio, *mansioni di alta specializzazione* oppure la *qualificazione professionale* del prestatore.

In questa ipotesi, il giudice del lavoro, su domanda dei lavoratori nei cui confronti sia stata attuata la discriminazione o delle associazioni sindacali alle quali questi hanno dato mandato, accertati i fatti, condanna il datore di lavoro al pagamento, in favore del Fondo pensioni lavoratori dipendenti, di una somma pari all'importo dei trattamenti economici di maggior favore illegittimamente corrisposti nel periodo massimo di un anno.

3. SISTEMI DI RETRIBUZIONE

A) Le forme ordinarie ed in particolare il cottimo

Rappresentano *forme ordinarie* di retribuzione:

- la **retribuzione a tempo** costituisce il sistema classico di retribuzione e consiste nella corresponsione di una somma di denaro stabilita *in ragione del tempo di lavoro* (ora, giorno, mese ed anno); pertanto acquista significativo rilievo l'*orario di lavoro* effettuato, che funge per l'appunto da base per la determinazione della retribuzione;
- la **retribuzione a cottimo** rappresenta l'altro fondamentale sistema di retribuzione previsto dall'art. 2099 c.c., in base al quale per determinare la retribuzione si tiene conto non soltanto del tempo impiegato ma anche del *risultato*, della *produttività del lavoro* e, quindi, del *rendimento fornito dal lavoratore* (es. numero di scarpe prodotto).

Di regola, la *retribuzione a cottimo si combina con la retribuzione a tempo*, ed in tal caso si parla di **cottimo misto**, nel quale il cottimo si configura come

una *maggiorazione* (cd. *percentuale o utile di cottimo*) *integrativa della retribuzione fissa* (o *paga base*) calcolata a tempo.

In concreto nel cottimo misto la *retribuzione si suddivide nelle seguenti tre fasce: paga base*, pari alla retribuzione a tempo; *cottimo minimo garantito*; *cottimo effettivo*, che oscilla di volta in volta.

Costituisce perciò un'eccezione il **cottimo puro o pieno**, nel quale la retribuzione viene *interamente determinata* in base al sistema del cottimo. La sua principale applicazione avviene nel *lavoro a domicilio*, in cui il lavoro *non si svolge nell'impresa* e quindi non può essere controllato il tempo impiegato per il suo svolgimento, potendosi al contrario, valutare *unicamente il risultato*: in tal caso, peraltro la retribuzione deve obbligatoriamente avvenire con il sistema del cottimo ai sensi dell'art. 8 L. 877/1973.

In proposito, l'**art. 2100 c.c.** stabilisce in generale che il lavoratore deve essere **obbligatoriamente** retribuito con il sistema del cottimo quando è vincolato all'osservanza di un determinato *ritmo produttivo* (es. catena di montaggio) e nel caso in cui la retribuzione è *calcolata in base a minute rilevazioni* che accertano i tempi di lavoro per ogni singola operazione.

È, invece, **vietato** il cottimo *nell'apprendistato* allo scopo di evitare che il giovane apprendista sia spinto ad incentivare la quantità del proprio lavoro, con pregiudizio dell'attività formativa che è alla base del rapporto (natura tipica del rapporto).

Va segnalato anche:

- il **cottimo collettivo** (di squadra o di gruppo) che si caratterizza per essere una *forma particolare di retribuzione del lavoro subordinato* legata al rendimento, non individualmente misurato, ma riferito ad un gruppo di lavoratori organizzato dall'impresa;
- il **concottimo** che sta ad indicare il *particolare trattamento retributivo riservato ai lavoratori non cottimisti* che, in ragione delle mansioni espletate, sono *condizionati al ritmo di lavoro dei cottimisti*. Per essi è prevista una partecipazione ai benefici del cottimo.

La **disciplina del cottimo**, oltre agli artt. 2100 e 2101 c.c., è pressoché del tutto riservata alla *contrattazione collettiva* che interviene in tutti gli aspetti dell'istituto, con funzione di controllo del potere dell'imprenditore, in particolare circa la fissazione delle tariffe e del minimo garantito di cottimo, nonché la rilevazione dei tempi, la disciplina delle pause etc.

Per quanto concerne la **determinazione della tariffa di cottimo**, l'art. 2101 c.c. stabilisce taluni principi generali al fine di garantire il lavoratore da eventuali *modifiche* dei tempi di cottimo unilateralmente introdotte dal datore.

B) Le forme speciali

Vengono qualificate come *speciali* le ulteriori forme retributive contemplate dall'art. 2099 c.c. In specie:

- a) **retribuzione in natura**: si tratta di una ipotesi residuale che trova applicazione in certe forme di lavoro domestico, agricolo e nel settore della pesca e si sostanzia nella fornitura al lavoratore di determinati beni o servizi;

- b) **provvigione**: consiste in una *percentuale sugli affari* conclusi dal prestatore nei casi in cui oggetto della prestazione sia la trattazione di affari in nome e per conto del datore di lavoro (es. rappresentanti, piazzisti, venditori in genere); può soltanto *integrare* la retribuzione;
- c) **partecipazione agli utili e al capitale dell'impresa**: il compenso, se non è diversamente stabilito, è commisurato agli *utili netti* (non vi è però partecipazione alle perdite) che, nel caso di imprenditore obbligato alla pubblicazione del bilancio, sono quelli risultanti dall'ultimo bilancio approvato e pubblicato (art. 2102 c.c.).

4. LA DETERMINAZIONE DELLA RETRIBUZIONE

Ai sensi dell'art. 2099 c.c., la concreta determinazione della misura della retribuzione è stabilita:

- dalla **contrattazione collettiva** (dovendosi così intendere il rinvio che l'articolo fa alle soppresse norme corporative). Si riconosce, in tal modo, ai contratti collettivi la fondamentale **funzione tariffaria**, e cioè di determinazione della retribuzione minima, inderogabile *in pejus*, ma suscettibile di modifiche migliorative ad opera della contrattazione individuale (i c.d. *superminimi*);
- dall'**accordo delle parti**, che opera soprattutto nell'ipotesi (residuale) in cui manchino contratti collettivi che stabiliscano la misura della retribuzione;
- dal **giudice**, in caso di mancata determinazione collettiva o negoziale.

In tal modo il difetto di un elemento essenziale del contratto di lavoro (quale è per l'appunto la retribuzione) *non ne comporta la nullità*, come è regola generale per gli altri contratti (artt. 1325, 1346, 1418 c.c.), ma dà luogo ad *integrazione della lacuna esistente* ad opera dell'autorità giudiziaria ex art. 1374 c.c.

5. GLI ELEMENTI DELLA RETRIBUZIONE

La retribuzione si compone di vari elementi o voci dal cui insieme si ricava il complessivo trattamento economico corrisposto al lavoratore; in specie:

- a) **paga base** (cd. *paga o minimo tabellare*) il cui ammontare è determinato dai *contratti collettivi*, corrispondentemente alla categoria e alla qualifica attribuita al lavoratore. Si aggiungono alla paga base, e ne costituiscono parte integrante, gli **scatti di anzianità** che si sostanziano in aumenti periodici di retribuzione (di solito biennali e di regola proporzionati alla paga base), stabiliti, sia pur con discipline differenziate per le varie categorie, dai contratti collettivi;
- b) **elemento distinto della retribuzione (E.D.R.)**: è costituito da una somma mensile di € 10,33 (L. 20.000) erogata per 13 mensilità.

È stato introdotto dal Protocollo d'intesa del 31-7-1992 per tutti i lavoratori del settore privato senza distinzione di qualifica o di contratto collettivo applicato per compensare l'abolizione dell'indennità di contingenza.

Tale indennità aveva lo scopo di consentire, attraverso un meccanismo di indicizzazione automatico (c.d. *scala mobile*), l'adeguamento delle retribuzioni al costo della vita. Dopo un lungo periodo di forte dissenso tra le parti sociali circa la conservazione dell'istituto che produceva effetti inflazionistici, l'indennità di contingenza è stata definitivamente **soppressa** il 31-12-1991. Attualmente vengono pagati solo gli importi di contingenza maturati sino a tale data;

- c) **attribuzioni patrimoniali accessorie**: trattasi per lo più di *attribuzioni corrisposte in via saltuaria o anche continuativa*, previste nei contratti collettivi o individuali *in aggiunta alla retribuzione normale minima*.

Tra le attribuzioni patrimoniali accessorie si distinguono:

1. **attribuzioni retributive**: esse, anche se saltuarie ed occasionali, costituiscono un corrispettivo della prestazione di lavoro e, qualora assumano carattere continuativo, devono essere comprese, a tutti gli effetti, nella retribuzione (art. 2121 c.c.). Sono tali: la maggiorazione per lavoro straordinario; i premi di operosità, rendimento, produzione; le mensilità supplementari (ad esempio, 13^a, 14^a mensilità); i compensi per ferie non godute; le indennità (es. di maneggio contante nelle banche); i cd. superminimi; il cd. terzo elemento (corrisposto ai lavoratori a tempo determinato nell'agricoltura);
2. **attribuzioni non retributive**, le quali, a differenza delle precedenti non hanno carattere corrispettivo, anche se sono di natura continuativa. In tale categoria rientrano, ad esempio, le *indennità di rimborso spese* che hanno natura non retributiva quando rimborsano forfettariamente le spese incontrate dal lavoratore in occasione di riunioni, trasferte etc., e l'*assegno per il nucleo familiare* eventualmente percepito dal lavoratore, assegno che ha natura previdenziale e non retributiva.

Giurisprudenza

La giurisprudenza degli anni settanta indicava con l'*omnicomprensività della retribuzione una nozione unitaria di retribuzione*, costituita non solo dall'importo erogato al lavoratore come *corrispettivo del lavoro svolto*, ma dalla somma complessiva risultante da *tutti gli emolumenti* dovuti in ragione del rapporto di lavoro aventi *carattere continuativo, periodico o costante nel tempo*. Tale concetto però è stato fortemente criticato, perché sia la legge che i contratti collettivi, ai fini dell'applicazione di determinati istituti, usano concetti di retribuzione diversi, nel senso che vi sono compresi di volta in volta differenti elementi retributivi. Proprio per tale ragione, si è *negata l'esistenza* nel nostro ordinamento di un *principio generale e inderogabile di omnicomprensività della retribuzione* (da ultimo Cass. 6-10-2005, n. 19425). Infatti, le varie indicazioni normative e contrattuali sono stabilite per diverse finalità e trovano applicazione *solo nei casi in cui sono previste*, al di fuori dei quali *non esistono criteri per definire un concetto unico di retribuzione* che va determinato di volta in volta.

6. L'ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE RETRIBUTIVA: LUOGO, MODALITÀ E TEMPO

La retribuzione è, come detto, una tipica obbligazione corrispettiva da ricomprendere tra le *obbligazioni pecuniarie*, aventi come oggetto una somma di denaro e disciplinate dalle regole civilistiche generali (artt. 1176, 1182 e 1277 c.c.).

L'art. 2099 c.c. si limita a stabilire le **modalità** ed i **termini** del pagamento, cioè i tempi e le circostanze in cui esso deve avvenire e che vanno desunti da quelli *in uso* nel luogo ove il lavoro viene eseguito.

Con particolare riferimento al **luogo dell'adempimento**, esso è, di regola, la *sede di lavoro*, cioè il luogo nel quale il lavoratore presta la propria attività, quanto al **termine** per la corresponsione della retribuzione, esso è normalmente stabilito dai *contratti* collettivi o, in mancanza, dagli *usi*.

Una legge speciale (L. n. 4 del 1953) pone l'obbligo al datore di lavoro di consegnare al lavoratore, unitamente alla retribuzione, un **prospetto paga** recante in modo analitico le diverse voci che compongono la retribuzione, con l'indicazione di tutte le ritenute di legge, fiscali (IRPEF), previdenziali ed assistenziali.

Il diritto al pagamento della retribuzione sorge, comunque, a lavoro compiuto. È questo il **principio della postnumerazione**, in forza del quale il pagamento della retribuzione è *posticipato* rispetto alla erogazione della prestazione lavorativa.

7. POTERI DEL DATORE DI LAVORO

A) Il potere direttivo (art. 2104 c.c.)

Il potere direttivo si struttura come:

- **potere gerarchico**: più che un potere esso designa la posizione di supremazia del datore di lavoro quale «*capo dell'impresa dal quale dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori*» (art. 2086 c.c.);
- **potere conformativo**: indica il potere di *specificazione dell'attività lavorativa*, consistente nella concreta determinazione delle modalità per l'esecuzione del lavoro;
- **potere direttivo in senso stretto**: consiste nell'emanazione delle *disposizioni concernenti l'organizzazione del lavoro* (es.: orari, turni etc.); esso si individua nella stessa previsione dell'art. 2104, comma 2, c.c. che consente al datore di lavoro (e ai suoi collaboratori) di impartire *istruzioni* per l'esecuzione e la disciplina del lavoro.

B) Il potere di vigilanza e di controllo e relative limitazioni

Il potere di **vigilanza** e/o di **controllo** è diretto a verificare che *l'esecuzione dell'attività lavorativa venga effettuata secondo le modalità stabilite dal datore di lavoro*.

Lo **Statuto dei lavoratori** (L. 300/1970) ha disciplinato l'esercizio dei poteri di controllo mediante una serie di *divieti* diretti a salvaguardare la personalità fisica e morale del dipendente:

- l'**art. 1** riconosce il diritto dei lavoratori di *manifestare liberamente*, senza distinzione di opinioni politiche, sindacali e di fede religiosa, *il proprio pensiero* nei luoghi lavorativi;
- l'**art. 8** vieta al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione e nel corso del rapporto, di effettuare *indagini*, anche tramite terzi, *sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore*, nonché sui fatti non rilevanti ai fini della valutazione della sua attitudine professionale;

- l'**art. 2** fa assoluto *divieto* di servirsi, per il controllo dell'attività lavorativa, delle **guardie giurate**, utilizzabili solo per la tutela del patrimonio aziendale;
- l'**art. 3** rafforza le tutele previste dall'art. 2 imponendo l'obbligo di *comunicare* preventivamente ai lavoratori i *nominativi* e le specifiche mansioni del **personale di vigilanza** sul lavoro;
- l'**art. 4** pone il **divieto della sorveglianza a distanza**, cioè *mediante impianti audiovisivi* (es: televisioni a circuito chiuso) o altre *apparecchiature*, eccetto che per *esigenze organizzative e produttive* o per *motivi di sicurezza*;
- l'**art. 5** vieta gli **accertamenti** compiuti dal datore di lavoro o da un medico privato incaricato dallo stesso, *sulla idoneità fisica o sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore* (il datore di lavoro ha facoltà di far controllare l'idoneità fisica e lo stato di malattia del lavoratore solo da parte di *enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico*, es. INPS);
- l'**art. 6** pone il *divieto* delle **visite personali di controllo** (perquisizioni) sulla persona del lavoratore e sulle sue immediate pertinenze (borse etc.), salvo quelle che risultino *indispensabili per la tutela del patrimonio aziendale*.

C) Il potere di controllo e l'utilizzo di strumenti elettronici da parte dei lavoratori

Con l'introduzione di strumenti informatici e telematici nelle moderne tecnologie produttive, il potere di controllo del datore di lavoro è esercitato anche al fine di verificare il corretto utilizzo nel rapporto di lavoro di tale strumentazione e in particolare della *posta elettronica* e della *rete internet*.

A contemperare le opposte esigenze del datore di lavoro, alla verifica del corretto svolgimento della prestazione lavorativa, e del lavoratore, alla tutela della propria privacy, è intervenuto il Garante per la protezione dei dati personali, che con la **deliberazione del 1°-3-2007, n. 13** ha fornito alcune precisazioni in merito all'**utilizzo della posta elettronica e della rete Internet nel rapporto di lavoro**, indirizzate specificamente ai datori di lavoro.

Il Garante ha riconosciuto che compete ai datori di lavoro *assicurare la funzionalità e il corretto impiego di tali mezzi da parte dei lavoratori* e che il datore di lavoro può *ragionevolmente voler controllare l'effettivo adempimento della prestazione lavorativa*, ma ha chiaramente affermato la necessità di *rispettare la libertà e la dignità dei lavoratori ed i limiti posti dalla legislazione esistente*.

Il Garante ha considerato **illecito** «il trattamento effettuato mediante sistemi hardware e software preordinati al controllo a distanza, grazie ai quali sia possibile ricostruire — a volte anche minuziosamente — l'attività di lavoratori», ad es. mediante la lettura e la registrazione sistematica dei messaggi di posta elettronica.

Il controllo a distanza vietato dalla legge riguarda quindi, a parere del Garante, «l'attività lavorativa in senso stretto e *altre condotte personali poste in essere nel luogo di lavoro*» con la conseguenza che, oltre ad una responsabilità civile e penale del datore di lavoro in caso di violazione del divieto, vi sarà l'impossibilità di utilizzare i dati così acquisiti.

D) Il potere disciplinare (artt. 2106 c.c. e 7 St. lav.)

Il potere disciplinare indica la facoltà del datore di lavoro di irrogare **sanzioni** al lavoratore che venga meno ai suoi doveri contrattuali, e precisamente agli obblighi di diligenza, obbedienza e fedeltà sanciti dagli artt. 2104 e 2105 c.c.

L'esercizio di tale potere è, comunque, sottoposto a ben precisi **limiti e vincoli** volti a preservare la libertà e la dignità del lavoratore:

1. **sussistenza ed imputabilità del fatto**: si tratta di un presupposto di fatto, consistente nella *colpevole violazione dei doveri contrattuali* del lavoratore (violazione dell'obbligo di diligenza, obbedienza e fedeltà);
2. **adeguatezza della sanzione**: è un presupposto indicato dall'**art. 2106 c.c.** e si sostanzia nella *proporzionalità* tra infrazione e sanzione.

L'art. 2106 c.c. deve essere integrato con le previsioni dell'art. 7 dello St. Lav. Pertanto: la sanzione *non può consistere* in un *mutamento definitivo del rapporto di lavoro* (retrocessione di categoria e qualifica), salvo il licenziamento; la *multa* non può essere comminata per un importo superiore a 4 ore della retribuzione; la *sospensione* dal lavoro e dalla retribuzione non può essere disposta per un periodo superiore a 10 giorni;

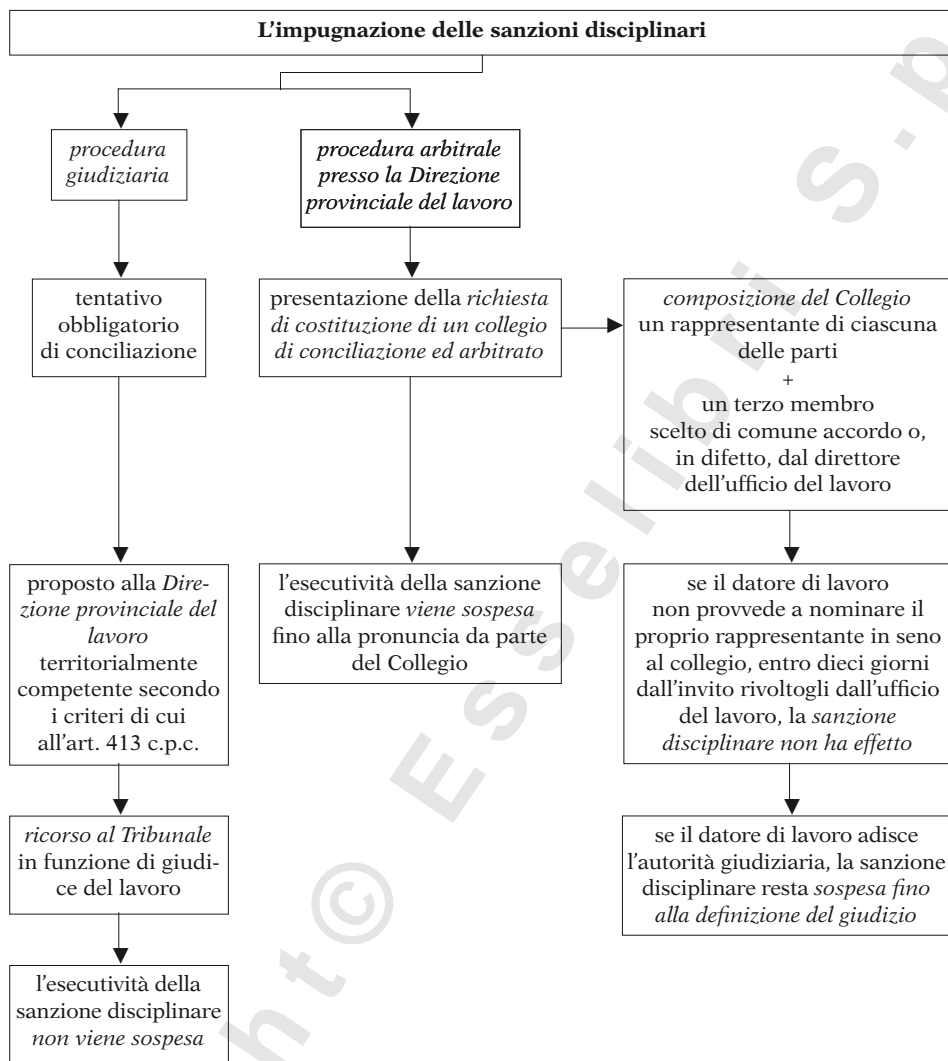
3. **limite alla rilevanza della recidiva** (la circostanza che una data infrazione sia già stata commessa e sanzionata), per cui «non può tenersi conto delle sanzioni disciplinari *decorsi due anni dalla loro applicazione*».

L'**art. 7 dello St. Lav.** disciplina inoltre le **modalità di esercizio** del potere disciplinare, prevedendo dei veri e propri *presupposti procedurali* indispensabili per la legittimità delle sanzioni da irrogare:

1. **predeterminazione del codice disciplinare**: è necessario che venga predisposto un testo (*regolamento d'azienda*) che contempli le infrazioni e le relative sanzioni, per garantire un *principio di certezza e tassatività* delle sanzioni e quindi consentire la preventiva conoscenza dei comportamenti vietati, onde evitare soprusi e prevaricazioni da parte del datore di lavoro;
2. **pubblicità del codice disciplinare**: l'art. 7, comma 1 impone che il codice disciplinare sia «portato a conoscenza dei lavoratori *mediante affissione* in luogo accessibile a tutti»;
3. **preventiva e specifica contestazione dell'addebito**: il datore deve manifestare (di regola in forma scritta) la volontà di considerare il fatto commesso dal lavoratore come *illecito disciplinare*, specificando con sufficiente precisione le questioni in ordine alle quali il lavoratore è tenuto a svolgere le sue difese;
4. **diritto di difesa del lavoratore**: fatta eccezione del rimprovero verbale, il datore di lavoro, dopo la contestazione dell'addebito, è tenuto a sentire *oralmente* il lavoratore che ne faccia richiesta e ricevere le sue eventuali *difese scritte* (con facoltà di farsi assistere da un rappresentante sindacale) concedendogli *un termine non inferiore a 5 giorni*.

Nei confronti del provvedimento disciplinare la **tutela del lavoratore** può esplicarsi in tre diversi modi:

1. **azione giudiziaria**, attraverso il ricorso al Tribunale in funzione di giudice del lavoro, preceduto dal tentativo obbligatorio di conciliazione;
2. attivazione della **procedura arbitrale presso la Direzione provinciale del lavoro** (rimedio speciale previsto dall'art. 7, comma 6, St. Lav.);
3. utilizzo di **analoghe procedure arbitrali previste nei contratti collettivi**.



8. L'OBBLIGO DI TUTELARE LA RISERVATEZZA DEL LAVORATORE

A) L'applicazione del Codice della privacy nell'ambito dei rapporti di lavoro

Il **D.Lgs. 30-6-2003, n. 196**, cd. **Codice della privacy**, detta specifiche disposizioni per garantire che il *trattamento dei dati personali* si svolga «nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla *riservatezza*, all'*identità personale* e al *diritto alla protezione dei dati personali*» (art.1).

Per *dato personale* s'intende qualunque informazione relativa a una persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente.

La normativa del D.Lgs. 196/2003 si applica anche nell'ambito del **rapporto di lavoro** in quanto, sia per la sua costituzione che per la sua gestione, il datore di lavoro entra naturalmente in possesso di una serie di informazioni che riguardano la sfera personale e privata del lavoratore.

Il Garante per la privacy (che è l'autorità di garanzia per la protezione dei dati personali) ha dettato le *linee guida* in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati, in un provvedimento (Deliberazione 23-11-2006, n. 53) che individua un insieme di *misure* ed *accorgimenti* diretti a fornire degli *utili orientamenti per i datori di lavoro e i lavoratori*, con riferimento alle operazioni di trattamento di dati personali connesse alla gestione del rapporto di lavoro.

Specifiche disposizioni, come già visto, sono state dettate anche con riguardo al trattamento dei dati personali relativi all'*utilizzo di strumenti elettronici* da parte dei lavoratori (Provvedimento del 1-3-2007).

Al fine di tutelare la riservatezza del lavoratore, il datore di lavoro (artt. 37-41 D.Lgs. 196/2003):

- deve *limitarsi* ad acquisire e trattare i *dati strettamente necessari per adempiere a specifici obblighi o compiti* previsti dal D.Lgs. 196/2003 (cd. *principio di finalità*) e, di conseguenza, i dati devono risultare corretti, pertinenti ed esatti;
- non può effettuare *operazioni sui dati che non siano necessari* e deve adottare modalità tecniche idonee a garantire il rispetto delle finalità perseguite dalla legge (cd. *principio di necessità*);
- deve *informare* il lavoratore circa le *finalità* e le *modalità* del *trattamento dei dati* (ad es. elaborazione della busta paga), la natura obbligatoria o facoltativa del loro conferimento, gli eventuali soggetti ai quali i dati personali possono essere comunicati o che possono venirne a conoscenza in qualità di responsabili o incaricati etc.

Il lavoratore, cui attengono i dati personali da raccogliere o già raccolti, deve normalmente manifestare il suo *consenso* a che essi vengano trattati (es. per la comunicazione a terzi come associazioni di categoria). Tale consenso *non* è richiesto quando il trattamento dei dati è necessario per adempiere ad obblighi di legge, di regolamento o della normativa comunitaria o derivanti dal contratto di lavoro.

B) Il trattamento dei dati sensibili

Particolari garanzie riguardano i **dati sensibili** ovvero «i dati personali idonei a rivelare l'origine *razziale* ed *etnica*, le *convinzioni religiose*, *filosofiche* o di altro genere, le *opinioni politiche*, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di *salute* e la *vita sessuale*».

Tali dati sono in grado di svelare la sfera più personale e intima di un individuo e pertanto il loro trattamento è, in linea di principio, **vietato**. È consentito *solo se è necessario alla gestione del rapporto di lavoro* e purché avvenga nel rispetto delle prescrizioni contenute nelle cd. **autorizzazioni generali per il trattamento di dati sensibili**, rilasciate dal Garante per la privacy.

Il provvedimento autorizza il trattamento dei dati sensibili allorché esso risulti *indispensabile* per una serie di **finalità**, tra cui:

- ai fini dell'*instaurazione, gestione ed estinzione del rapporto di lavoro*, nonché per l'applicazione della normativa in materia di *previdenza ed assistenza* anche integrativa, o in materia di *igiene e sicurezza* del lavoro, nonché in materia *fiscale, sindacale*, di tutela della *salute*, dell'ordine e della sicurezza pubblica;
- ai fini della tenuta della *contabilità* o della corresponsione di stipendi, assegni, premi etc.;
- per perseguire finalità di *salvaguardia della vita* o dell'*incolumità fisica* dell'interessato o di un terzo;
- per la *tutela dei diritti* in sede *giudiziaria, amministrativa* o nelle procedure di *arbitrato* e di *conciliazione*;
- per garantire le *pari opportunità*.

L'osservanza di tali finalità fa sì che il datore sia esonerato dalla necessità di acquisire il consenso scritto dell'interessato (art. 26, co. 4, lett. d, D.Lgs. 196/2003), potendo così assolvere più semplicemente ad una serie di obblighi connessi al rapporto di lavoro. In tutte le altre ipotesi di trattamento dei dati sensibili, non previste come casi di esonero (cioè non incluse nell'autorizzazione generale del Garante), il *consenso* scritto del lavoratore è invece *obbligatorio* (sempre che l'acquisizione di tali informazioni sia lecita ai sensi dell'art. 8 St. Lav.).

I dati sensibili possono essere *comunicati* e, ove necessario, diffusi, nei limiti strettamente pertinenti a obblighi o adempimenti connessi al rapporto di lavoro a soggetti pubblici o privati (es. fondi di previdenza integrativa, patronati, centri di assistenza fiscale, agenzie per il lavoro, associazioni sindacali). Fanno eccezione i dati idonei a rivelare lo *stato di salute*, che *non* possono essere *diffusi*.

C) Il fascicolo personale del lavoratore

Le informazioni raccolte relative ai dipendenti devono essere custodite in un apposito **fascicolo personale** ed «i dati sensibili devono essere conservati in una sezione separata del fascicolo personale ed essere accessibili solo al personale autorizzato» (Garante per la privacy, newsletter n. 230/2004).

Il lavoratore ha il **diritto di accedere** ai propri dati in possesso del datore di lavoro e di essere informato delle finalità e modalità del trattamento e il **diritto di opporsi**, in tutto o in parte, per motivi legittimi, al trattamento dei dati personali che lo riguardano, ancorché pertinenti allo scopo della raccolta.

Giurisprudenza

La tenuta da parte del datore di lavoro della documentazione relativa alle vicende del rapporto di lavoro, sia se imposta dalla legge (come per i libri paga e matricola), sia se prevista dall'organizzazione aziendale ai fini della registrazione delle presenze e dei relativi orari, dà luogo alla formazione di documenti che sono utilizzabili anche dal lavoratore, in coerenza con la regola dell'esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.), proprio perché redatti per registrare le vicende relative al rapporto di lavoro. In caso di loro rilevanza, pertanto, il lavoratore ha il diritto di conseguire la loro *esibizione in giudizio*, a prescindere

dall'eventuale prospettabilità di prove diverse e senza spazi per valutazioni discrezionali da parte del giudice, anche perché *l'acquisizione della prova documentale risponde anche a criteri di economia di giudizio*, omogenei alle direttive costituzionali (ex art. 111 Cost.). Queste considerazioni trovano una puntuale base normativa anche nei principi dettati dalla legislazione in materia di trattamento e protezione dei dati personali e ora in particolare nell'art. 7, co.1, del D.Lgs. 196/2003 - Codice in materia di protezione dei dati personali (e secondo cui «l'interessato ha diritto di ottenere la conferma dell'esistenza o meno di dati che lo riguardano, anche se non ancora registrati, e la loro comunicazione in forma intelligibile») (Cass. 26-4-2007, n. 9961).

Copyright © Esselibri