

In ricordo di Rossella Schiavone

Il lavoro accessorio: la disciplina generale	<i>di Rossella Schiavone e Claudio Boller</i>	3
Prepararsi alla <i>privacy</i> : cosa cambia dal 25 maggio 2018	<i>di Rossella Schiavone</i>	13
La geolocalizzazione dopo il GDPR	<i>di Rossella Schiavone</i>	26
Nuovo Codice <i>privacy</i> e gestione del rapporto di lavoro	<i>di Rossella Schiavone</i>	34
Documentazione di lavoro: la conservazione nel rispetto della <i>privacy</i>	<i>di Rossella Schiavone</i>	42
Dimissioni volontarie o risoluzione consensuale della lavoratrice madre nel periodo protetto	<i>di Rossella Schiavone</i>	51
Permesso di soggiorno scaduto: tempi di rinnovo, assunzione e continuazione di un rapporto di lavoro in atto	<i>di Rossella Schiavone</i>	59
Telecamere nascoste sul luogo di lavoro in caso di furti: via libera alla sorveglianza occulta?	<i>di Rossella Schiavone</i>	67
Il congedo di maternità post partum e le novità per il congedo di paternità	<i>di Rossella Schiavone</i>	74
Offese al datore sui social e in chat privata: quando è legittimo il licenziamento per diffamazione?	<i>di Rossella Schiavone</i>	82
Le deroghe con i contratti di prossimità	<i>di Rossella Schiavone</i>	89
Indennità poste indebitamente a conguaglio: quando non è reato?	<i>di Rossella Schiavone</i>	97

Impianto di videosorveglianza senza rispetto dello Statuto dei Lavoratori: il consenso dei lavoratori quale scriminante e i presupposti che giustificano l'installazione di telecamere nascoste

di Rossella Schiavone 104

Il controllo e la sicurezza degli *smart workers*

di Rossella Schiavone 111

Ispezione e contratti certificati

di Rossella Schiavone 118

Ispezioni coronavirus: quali sanzioni per le violazioni sulla sicurezza?

di Rossella Schiavone 126

La circolare di lavoro e previdenza n. 7/2016

Il lavoro accessorio: la disciplina generale

di Rossella Schiavone – funzionario del Ministero del lavoro¹

e Claudio Boller - consulente del lavoro

Quanto segue è il primo di una serie di articoli, con i quali si vuole proporre un'analisi del lavoro accessorio. Tipologia atipica rispetto a tutte le precedenti forme di articolazione del lavoro, viene introdotta nel nostro ordinamento nel 2003, ma è soprattutto negli ultimi anni, "a scoppio ritardato", che sta generando un particolare interesse nel mondo imprenditoriale, al punto che ora si può parlare di vero e proprio fenomeno voucher. Non è però tutto oro ciò che luccica e infatti anche gli Enti, Inps e Ispettorato del Lavoro in primis, iniziano a porsi domande sempre più stringenti sull'utilizzo che se ne sta facendo.

Premessa

Argomento particolarmente attuale, il lavoro accessorio, nato in totale sordina, ha subito nel tempo molte modifiche normative e, contestualmente, un aumento del suo utilizzo sempre più massiccio, soprattutto in specifici settori lavorativi, arrivando anche ad essere un vero e proprio ammortizzatore sociale.

Introdotta nel nostro ordinamento dalla c.d. Legge Biagi (D.Lgs. n.276/03), era inizialmente riferito a prestazioni occasionali, svolte da lavoratori per il periodo della vendemmia e successivamente per lo svolgimento di attività particolari – come piccoli lavori domestici, di giardinaggio, di pulizia e manutenzione di edifici e monumenti, insegnamento privato supplementare, realizzazione di manifestazioni culturali e sportive – e aveva la finalità di recuperare aree di lavoro nero o irregolare e di garantire ai percettori dei voucher una copertura assicurativa e, seppur limitatamente, previdenziale. Si ricorda infatti che il primo vero utilizzo, tra l'altro in forma sperimentale, risale solo al 2008² in quel di Treviso e poi a livello nazionale, in occasione della stagione della vendemmia, limitandone comunque l'uso a percettori studenti e/o pensionati.

¹ Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

² Decreto del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale 12 marzo 2008.

Nel 2014, però, si è arrivati a contare oltre un milione di percettori di voucher e tale numero sembra destinato ad aumentare nei prossimi anni se non si interverrà a porre un freno all'abuso. Per quanto riguarda i buoni lavoro, nei primi undici mesi del 2015 risultano venduti 102.421.084 voucher destinati al pagamento delle prestazioni di lavoro accessorio, del valore nominale di € 10,00, con un incremento medio nazionale, rispetto al corrispondente periodo del 2014, pari al 67,5%, con punte del 97,4% in Sicilia, dell'85,6% in Liguria e dell'83,1% e 83% rispettivamente in Abruzzo e in Puglia³.

Come si evince, sono numeri che rendono bene l'idea del fenomeno voucher.

Probabilmente non era nelle intenzioni del Legislatore una così ampia diffusione, Legislatore che però non ha nemmeno ritenuto necessario definirne in modo chiaro e completo la portata, generando conseguentemente un utilizzo sempre più spasmodico dello strumento, quasi fosse la panacea dei mali, leggasi rischi, per chi prima utilizzava contratti a prestazione occasionale, mini collaborazioni occasionali o contratti di lavoro intermittente, fino ad arrivare in taluni casi a un suo utilizzo distorto.

Il D.Lgs. n.81/15 ha riordinato, tra l'altro, le norme sul lavoro accessorio, ma non ha posto grandi limiti rispetto al passato per cui, proprio recentemente, si è sviluppata una discussione sulle problematiche di questa particolare tipologia di lavoro, che è stata anche portata all'attenzione del pubblico grazie agli organi di stampa e televisione.

A seguito di ciò il Ministro del Lavoro ha costituito un gruppo di lavoro per monitorare le modalità di impiego dei voucher, con l'obiettivo di verificare la coerenza delle forme di utilizzo con le finalità dello strumento e di combattere eventuali abusi. I risultati del gruppo di lavoro dovrebbero servire per valutare l'opportunità di un'eventuale ennesima revisione dei decreti legislativi di attuazione della riforma del lavoro, come previsto dalla stessa legge delega.

Tuttavia, data la portata del fenomeno, si ritiene utile fare il punto dell'attuale normativa relativa al lavoro accessorio, analizzando, con una serie di articoli di cui questo è il primo, la disciplina generale, le procedure, i casi particolari, i rischi di un utilizzo improprio, la sicurezza sul lavoro e quanto altro può essere valido per aiutare i committenti, i percettori e che li assiste, a districarsi nel mondo dei voucher.

Definizione di lavoro accessorio

Inquadrare il lavoro accessorio all'interno dei tradizionali schemi dei rapporti di lavoro, autonomo o subordinato, è risultato essere nel tempo cosa improba, al punto che ci sono stati autori, compreso l'Inps, che hanno teorizzato si possa definire una terza species distinta.

³ fonte Inps coordinamento generale statistico attuariale – DC entrate – DC sistemi informativi e tecnologici "osservatorio sul precariato" *report* mensile gennaio-novembre 2015.

Sicuramente la terminologia utilizzata dal Legislatore nei vari interventi sulla materia, susseguendosi in ormai quasi tredici anni da quando è stata introdotta per la prima volta nel diritto italiano, è stata particolarmente infelice, tanto da concentrarsi più sulle modalità per il suo utilizzo che non in un'opera di corretto inquadramento.

Questa trascuratezza nella stesura normativa ha però dei risvolti pratici inquietanti, non solamente sotto un profilo sanzionatorio, ma anche e soprattutto da un punto di vista pratico operativo.

Con l'instaurazione di un rapporto di lavoro accessorio si può parlare di contratto stipulato tra le parti, ancorché senza forma specifica, o è sufficiente ragionare nel senso di "rapporto di fatto"? Al prestatore sono applicabili i poteri di eterodirezione da parte del committente o le singole prestazioni sono finalizzate unicamente al risultato richiesto? L'attività lavorativa può essere interrotta in qualsiasi momento ed in che modo?

Da una mera lettura di quanto riportato sul sito dell'Inps sembrerebbe che l'Ente abbia le idee chiare:

“È una particolare modalità di prestazione lavorativa la cui finalità è quella di regolamentare quelle prestazioni lavorative, definite appunto «accessorie», che non sono riconducibili a contratti di lavoro in quanto svolte in modo saltuario, e tutelare situazioni non regolamentate”.

A cui si aggiunge quanto scritto nella circolare n.88/09, che, per quanto datata, presenta una presa di posizione abbastanza forte da parte dell'Ente:

“Si ricorda del resto che per prestazioni di lavoro occasionale accessorio debbono intendersi attività lavorative di natura meramente occasionale e "accessorie", non riconducibili a tipologie contrattuali tipiche di lavoro subordinato o di lavoro autonomo, ma mere prestazioni di lavoro definite con la sola finalità di assicurare le tutele minime previdenziali e assicurative in funzione di contrasto a forme di lavoro nero e irregolare”.

Per rimarcare il concetto, il vademecum a cura congiunta dell'Inps e del Ministero del Lavoro a sua volta riporta:

“Il committente può beneficiare di prestazioni nella completa legalità, con copertura assicurativa INAIL per eventuali incidenti sul lavoro, senza dover stipulare alcun tipo di contratto”.

Vero è che nelle successive circolari, e soprattutto in quelle più recenti che hanno analizzato la nuova stesura normativa a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n.81/15, che abroga e sostituisce in toto quanto a suo tempo previsto dagli artt.70 ss. D.Lgs. n.276/03, l'Ente non ha più espresso una definizione così compita di lavoro accessorio, ma questo può solo significare che viene ritenuto confermato quanto a suo tempo già detto.

Se si prova ad approfondire quanto riportato, si comprende immediatamente che forse l'Inps, in un eccesso di zelo, è andato molto oltre rispetto a quanto affermato nel dettato normativo:

- *in primis* ha visto nella legge una regolamentazione delle prestazioni accessorie, mentre è assodato che la norma, anche nella sua veste più attuale, ha sempre e solo definito i limiti economici, gli ambiti e le modalità di utilizzo dei buoni, senza mai entrare nel merito;
- inoltre ha dato per assodato che si tratti di un *genus* terzo rispetto alla classica dicotomia autonomo/dipendente, negando una contrattualità tra le parti.

È evidente che vi sia stata una genesi della norma, infatti nel suo testo originario, il D.Lgs. n.276/03, la collocazione del lavoro accessorio nel sistema logico-metodologico era inserita all'interno del titolo VII "tipologie contrattuali a progetto ed occasionali", capo II "Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti"; ora, con il D.Lgs. n.81/15, si è giunti a inserire il lavoro accessorio nel Capo VI, all'interno della norma che rappresenta la "*disciplina organica dei contratti di lavoro*", facendo decadere ogni riferimento all'occasionalità.

Il Legislatore, quindi, pur nella sua incomprensibile ermeneutica sull'argomento, ha inteso inquadrare le prestazioni accessorie, quanto meno terminologicamente, all'interno della disciplina delle tipologie contrattuali; decade pertanto la tesi di prestazione di fatto e si fa largo, più propriamente, l'affermazione che si tratti di un contratto, di un accordo tra due parti per costituire, regolare tra loro un rapporto giuridico patrimoniale⁴.

Diretta conseguenza è che se si sposa tale impostazione, come chi scrive, accettando che si tratti di un contratto, si deve allora ammettere che lo stesso ha forza di legge tra le parti e, pertanto, in caso di inadempimento della prestazione, si devono ammettere specifiche forme di tutela.

Un secondo punto importante è legato alla qualificazione del lavoro accessorio, se cioè:

1. inquadrabile all'interno delle prestazioni autonome;
2. inquadrabile all'interno delle prestazioni subordinate;
3. come dichiarato dall'Inps, "mera prestazione di lavoro".

Molte sono state le tesi dottrinali a favore di una o dell'altra ipotesi, nessuna però effettivamente definitiva; senza entrare nelle specifiche teorie, pur considerando affascinante l'ambito in cui esse si collocano, si deve ritenere che il lavoro accessorio a priori non possa risolversi con una mera definizione asettica di sottospecie di contratto autonomo o subordinato.

⁴ Art.1321 cod.civ..

Solo il modo in cui effettivamente, caso per caso, si concretizza lo svolgimento della prestazione potrà identificare a posteriori se rientra in una o nell'altra categoria, a prescindere dal *nomen juris* assegnato.

Si deve valutare cioè se le parti, nella determinazione fattuale dell'attività lavorativa, nel comportamento tenuto dai contraenti nell'esecuzione del contratto e prescindendo dalle previsioni formali, hanno posto in essere elementi tipici del lavoro autonomo o elementi tipici riconducibili nel lavoro subordinato.

Come giustamente affermato nel *Vademecum* del Ministero del Lavoro⁵:

“In sede di accertamento ispettivo, ed esclusivamente con riferimento al soggetto committente avente natura di impresa, nel caso di superamento del limite economico si potrà verificare se la prestazione svolta sia riconducibile ad un rapporto di tipo autonomo o subordinato, con eventuali conseguenze sul piano lavoristico e contributivo”.

Non possono invece essere accolte le tesi che definiscono la prestazione accessoria una terza via, distinta dalle prime due, in quanto nella norma non sono ravvisabili elementi che possano presupporre una reale distinzione, semplicemente perché nella legge non sono stati fatti riferimenti a come de facto debba essere svolta la prestazione, estromettendola fin dal principio, quindi, da quelli che sono gli elementi qualificatori del lavoro autonomo o del lavoro subordinato, per porne la disciplina su di un terzo binario.

In definitiva, il lavoro accessorio non risulta contenere delle specifiche caratteristiche ontologiche tali da ricondurlo nell'alveo di una nuova tipologia contrattuale, ma più propriamente va considerato come una norma speciale, di fonte legale, rientrante nella tipologia contrattuale che viene scelta di volta in volta dalle parti nel modo di esplicitazione di fatto delle singole prestazioni.

L'unica cosa certa dovrebbe essere la caratteristica di marginalità rispetto a un normale rapporto di lavoro, sia per quanto attiene al suo utilizzo rispetto alle altre forme di lavoro sia per quanto attiene all'ambito di utilizzo.

In tal senso, e con riferimento alla Legge Biagi, si può ritenere che volesse essere riferito specificatamente alla natura delle attività così come elencate nello schema contrattuale in prima battuta e, conseguentemente, il termine aveva l'attitudine di definire il tipo contrattuale. E, infatti, in tale ottica le attività espressamente elencate nella norma avevano effettivamente un carattere di

⁵ Ministero del Lavoro, nota n.7258/13.

marginalità all'interno del mercato del lavoro, spesso riconducibili a situazioni gestite precedentemente, nella realtà dei fatti, con lavoro nero.

Questa marginalità, però, nella norma attuale, può essere unicamente rilevata dal nomen iuris utilizzato: "accessorio" infatti, è *"ciò che s'accompagna a ciò che è o si considera principale, quindi secondario, marginale, complementare"*⁶. Troppo poco, quindi, per accettare la tesi di chi sostiene che ancora oggi sia errato l'utilizzo del lavoro accessorio in forma massiva nell'impresa o che sia errato l'utilizzo in attività rientranti in quella principale dell'impresa; nella sostanza si deve accettare che l'unico limite esistente nella legge è quello economico.

In questo senso risulta poi anacronistico, all'art.49, co.3, D.Lgs. n.81/15, l'utilizzo del termine occasionale: *"I committenti imprenditori o professionisti che ricorrono a prestazioni occasionali di tipo accessorio sono tenuti ..."*.

Non essendoci menzione specifica nell'art.48, rischia di essere interpretabile, quanto meno letteralmente, come una sottocategoria del lavoro accessorio.

Se infatti, come si è detto, la fattispecie deve essere inquadrata di volta in volta nella tipologia contrattuale scelta dalle parti, una lettura pedissequa del passaggio normativo potrebbe portare a intendere che si tratti di particolare casistica, cioè quella "occasionale", collocantesi all'interno delle varie casistiche possibili di lavoro accessorio, minando quindi alla fonte tutto il sistema di comunicazione preventiva su cui poggia il sistema voucher per evitarne l'uso fraudolento.

Come si evince, la questione è particolarmente complessa, molto meglio avrebbe fatto il Legislatore ad esplicitare cosa volesse intendere con lavoro accessorio, per evitare quanto meno l'alea giudiziale.

I committenti

Con riferimento ai committenti che possono utilizzare questa forma contrattuale, si evidenzia che il Legislatore ha previsto un limite ai compensi corrisposti dai committenti imprenditori e professionisti nel corso di un anno civile e, per questo, ai fini del rispetto della disciplina, è necessario definire innanzitutto tali soggetti.

Per quanto concerne gli "imprenditori", occorre evidenziare che, nonostante la disciplina precedente al D.Lgs. n.81/15 parlasse di "imprenditore commerciale", già nel 2012 il Ministero del Lavoro, con la circolare n.18, aveva chiarito che tale espressione voleva in realtà intendere qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, che operava su un determinato mercato, senza che l'aggettivo "commerciale" potesse

⁶ Rif. Treccani.it, vocabolario on-line.

in qualche modo circoscrivere l'ambito settoriale dell'attività di impresa alle attività di intermediazione nella circolazione di beni.

Tale interpretazione era stata successivamente confermata dallo stesso Ministero con la circolare n.4/13 nonché dall'INPS con circolare n.49/13.

Come chiarito dal messaggio PEI Inps n.8628 del 2 febbraio scorso, l'eliminazione, nel D.Lgs. n.81/15, dell'aggettivo "commerciale", rispetto a quanto previsto dal vecchio impianto normativo, non è significativo ai fini dell'individuazione dei soggetti imprenditori, per cui nulla è cambiato rispetto al passato e, per identificare la categoria dei committenti professionisti ex art.48, D.Lgs. n.81/15, occorre sempre fare riferimento alle citate circolari ministeriali e Inps.

In linea generale, quindi, l'espressione "imprenditori" risulta comprensiva di tutte le categorie disciplinate dall'art.2082 ss. cod.civ., dalla cui lettura congiunta l'Inps⁷ ha individuato per esclusione una serie di soggetti che, pur operando con partita Iva e/o codice fiscale numerico, non sono da considerare imprenditori e, dunque, non sono soggetti alle limitazioni suddette.

A titolo non esaustivo sono "non" imprenditori:

- committenti pubblici⁸ (nel rispetto dei vincoli previsti dalla normativa in materia di contenimento della spesa e, ove previsto, dal patto di stabilità interno);
- ambasciate;
- partiti e movimenti politici;
- gruppi parlamentari;
- associazioni sindacali;
- associazioni senza scopo di lucro;
- chiese o associazioni religiose;
- fondazioni che non svolgono attività d'impresa;
- condomini;
- associazioni e società sportive dilettantistiche;
- associazioni di volontariato e i corpi volontari (Protezione civile, Vigili del Fuoco etc.);
- comitati provinciali e locali della Croce Rossa, Gialla, Verde e Azzurra, Avis, etc..

Inoltre, chi scrive ritiene che fra i committenti non imprenditori siano da ricomprendere ancora i privati, atteso che il D.Lgs. n.151/15, a proposito della sicurezza dei lavoratori che effettuano prestazioni di

⁷ Inps messaggio PEI n.8628/16.

⁸ La nozione di committente pubblico comprende i soggetti di cui all'art.1, co.2, D.Lgs. n.165/01, nonché i soggetti indicati nel Conto economico consolidato (L. n.196/09) di cui all'elenco Istat.

lavoro accessorio, fa riferimento a piccoli lavori domestici, insegnamento privato supplementare, assistenza domiciliare a bambini, anziani, ammalati e disabili: casistiche che presuppongono l'esistenza di committenti privati.

Anche il singolo politico, per quanto attiene all'utilizzo dei c.d. portaborse, può essere considerato committente privato e, quindi, potrà utilizzare lo strumento dei voucher per pagare la prestazione lavorativa.

Per definire, invece, la categoria dei professionisti, come specificato dall'Inps con circolare n.49/13, occorre fare riferimento al Tuir, art.53, co.1 (ex art.49, co.1), il quale prevede che:

"sono redditi di lavoro autonomo quelli che derivano dall'esercizio di arti e professioni. Per esercizio di arti e professioni si intende l'esercizio per professione abituale, ancorché non esclusiva, di attività di lavoro autonomo diverse da quelle considerate al capo VI, compreso l'esercizio in forma associata di cui alla lettera c) del comma 3 dell'articolo 5".

La norma trova applicazione nei riguardi sia degli iscritti agli ordini professionali, anche assicurati presso una cassa diversa da quella del settore specifico dell'ordine, sia dei titolari di partita Iva, non iscritti alle casse e assicurati all'Inps presso la Gestione Separata di cui all'art.2, co.26, L. n.335/95.

I limiti nell'utilizzo per committenti e utilizzatori

Sempre il Legislatore ha previsto un limite economico massimo nell'utilizzo dei voucher – riferito quindi ai percettori – rispettando il quale è possibile attivare il lavoro accessorio.

Dalla data del 25 giugno 2015 tale limite è stato elevato a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n.81/15 e dell'abrogazione degli articoli da 70 a 73, D.Lgs. n.276/03, per cui, attualmente, le prestazioni sono inquadrabili nel lavoro accessorio purché non diano luogo, con riferimento alla totalità dei committenti, a compensi superiori a € 7.000,00 netti (lordo € 9.333,00) nel corso di un anno civile (dal 1° gennaio al 31 dicembre), annualmente rivalutati sulla base della variazione dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati.

In merito si evidenzia il superamento del riferimento all'anno solare, presente nella previgente disciplina, che aveva dato luogo a incertezze interpretative, anche alla luce della discutibile interpretazione dell'Inps e del Ministero del Lavoro che, probabilmente per ragioni di opportunità, avevano stabilito che l'anno solare, nel caso di specie, andasse inteso come periodo dal 1° gennaio al 31 dicembre, in barba all'interpretazione preminente in materia e alla giurisprudenza consolidata, che intendono per "anno solare" il periodo decorrente da un qualsiasi giorno di ogni anno fino al giorno corrispondente dell'anno successivo.

Per la categoria dei committenti imprenditori e professionisti la norma fissa, invece, un limite non solo per il prestatore ma anche per il committente e, infatti, l'art.48, co.1, decreto, prevede che, fermo restando il limite del compenso annuale complessivo di € 7.000,00, i lavoratori non possono svolgere in favore di committenti imprenditori e professionisti, attività lavorative che comportino compensi superiori a € 2.000,00, anche questi rivalutati annualmente sulla base della variazione dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati.

Da notare che in realtà, anche se il citato art.48 fissa il limite massimo a € 2.000,00 netti, l'Inps, con circolare n.149/15, ha ricordato che già con circolare n.77/15 è stato comunicato il valore, in riferimento all'anno 2015, *“annualmente rivalutato sulla base della variazione dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati intercorsa nell'anno precedente”*.

Conseguentemente, tale valore per il 2015 è pari a € 2.020,00 (lordo € 2.693,00).

Inoltre, occorre tenere presente che, per dottrina, il committente imprenditore o professionista è tenuto direttamente al rispetto di detto limite perché le attività di lavoro accessorio fornitegli da un singolo prestatore sono evidentemente di sua diretta piena conoscenza.

Resta inteso che, dal 2015, a seguito di interpretazione letterale della norma, i committenti non imprenditori e non professionisti non sono vincolati dal limite di € 2.000,00 e, pertanto, possono erogare, a ciascun percettore, voucher per un massimo di € 7.000,00 (limite massimo previsto).

Limiti netti di reddito in capo al percettore			
Anno	Limite massimo annuo in capo al singolo percettore	Importo massimo ottenibile dal singolo percettore da un committente imprenditore o professionista	Importo massimo ottenibile dal singolo percettore da un committente <u>non</u> imprenditore e <u>non</u> professionista
2013	€ 5.000,00	€ 2.000,00 (*)	€ 5.000,00
2014	€ 5.050,00	€ 2.020,00 (*)	€ 5.050,00
2015	€ 7.000,00	€ 2.020,00 (*)	€ 7.000,00
(*) In tal caso il lavoratore potrà percepire ulteriori voucher fino al suo limite annuo da altri committenti imprenditori e professionisti, ma sempre nel rispetto del limite massimo erogabile da ciascuno di questi o da committenti non imprenditori e non professionisti.			

Un particolare limite, pari a € 3.000,00 netti (lordo € 4.000,00) di compenso per anno civile (anche in questo caso non si parla più di anno solare), rivalutati annualmente sulla base della variazione dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati, è stabilito dal Legislatore per le prestazioni di lavoro accessorio rese in tutti i settori produttivi, compresi gli Enti locali, da percettori di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito (indennità di mobilità, NASpl, disoccupazione agricola, Cig, etc.).

Tale previsione negli anni scorsi era stata confermata annualmente fino a tutto il 2014, ma con il D.Lgs. n.81/15 è ora diventata strutturale.

Tuttavia, poiché il citato D.Lgs. è entrato in vigore il 25 giugno 2015, per colmare la lacuna del periodo 1° gennaio-24 giugno, è intervenuto l'Inps con propria circolare n.149/15, specificando che il limite complessivo di € 3.000,00 di compenso, per l'anno 2015, è da intendersi comprensivo anche delle prestazioni di lavoro accessorio già rese dal 1° gennaio 2015 fino al giorno precedente all'entrata in vigore del D.Lgs..

D'altra parte, poiché la nuova disciplina fa riferimento a redditi percepiti nel corso dell'intero anno civile, la stessa va interpretata, nell'ottica costituzionalmente orientata di tutela del lavoratore, come applicabile anche alle fattispecie sorte già nel periodo del 2015 precedente la sua entrata in vigore.

Il limite, nel caso di specie, va computato in relazione ai compensi percepiti dal singolo lavoratore nel corso dell'intero anno civile, anche tenendo conto delle prestazioni di lavoro accessorio effettuate nei confronti di diversi committenti.

Per i lavoratori percettori di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito spetta all'Istituto di previdenza sottrarre, dalla contribuzione figurativa relativa alle prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito, gli accrediti contributivi derivanti dalle prestazioni di lavoro accessorio.

In riferimento, infine, ai committenti pubblici e del settore agricolo, si rimanda ai successivi approfondimenti.

La circolare di lavoro e previdenza n. 7/2018

Prepararsi alla *privacy*: cosa cambia dal 25 maggio 2018

di Rossella Schiavone – funzionario dell'Ispettorato del lavoro, esperta di diritto del lavoro¹ e consulente *privacy*

Dal prossimo 25 maggio 2018 sarà applicabile il Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati. Per prepararsi alle novità vengono analizzati alcuni punti basilari del Regolamento e le principali novità, il tutto corredato da un breve vocabolario di ausilio.

La *privacy* dal 25 maggio 2018

Il Regolamento UE 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (c.d. Regolamento generale sulla protezione dei dati) abroga la Direttiva 95/46/CE e sarà applicabile dal 25 maggio 2018.

Alla luce di quanto sopra, si analizzano alcuni punti basilari del Regolamento e le principali novità che meritano particolare attenzione per cominciare ad approcciarsi allo stesso in maniera corretta.

Liceità del trattamento

L'[articolo 6](#), Regolamento, è dedicato alla liceità del trattamento e prevede che il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorra almeno una delle seguenti condizioni:

- a) l'interessato abbia espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità;
- b) il trattamento sia necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso;
- c) il trattamento sia necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento;
- d) il trattamento sia necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica;

¹ Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

e) il trattamento sia necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;

f) il trattamento sia necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore (questa condizione non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti).

Come specificato dal Garante *privacy*, i fondamenti di liceità del trattamento coincidono, in linea di massima, con quelli previsti attualmente dal D.Lgs. 196/2003 (c.d. Codice *privacy*).

Consenso

Particolare attenzione merita il consenso che, così come attualmente, deve essere:

- libero;
- specifico;
- informato;
- manifestato attraverso "*dichiarazione o azione positiva inequivocabile*".

Non è ammesso il consenso tacito o presunto per cui non sono lecite le caselle presunte su un modulo.

Il nuovo Regolamento UE prevede che per i dati "*sensibili*" il consenso debba essere "*esplicito*", così come deve essere esplicito il consenso a decisioni basate su trattamenti automatizzati (compresa la profilazione).

In generale il consenso non deve essere necessariamente "*documentato per iscritto*", né è richiesta la "*forma scritta*", anche se questa è una modalità idonea a configurare l'inequivocabilità del consenso e il suo essere "*esplicito*" per i dati sensibili.

Ai sensi dell'[articolo 7](#), Regolamento 2016/679, il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare che l'interessato abbia prestato il consenso a uno specifico trattamento.

Inoltre, è necessario tenere presente che il consenso dei minori è valido a partire dai 16 anni, mentre prima di tale età occorre raccogliere il consenso dei genitori o di chi ne fa le veci.

Raccomandazioni del Garante *privacy* italiano

Sul [proprio sito](#), il Garante *privacy* italiano sostiene che il consenso raccolto precedentemente al 25 maggio 2018 resta valido se ha tutte le caratteristiche suddette. In caso contrario, è

opportuno adoperarsi prima di tale data per raccogliere nuovamente il consenso degli interessati, secondo quanto prescrive il Regolamento, se si vuole continuare a fare ricorso a tale base giuridica.

In particolare, occorre verificare che la richiesta di consenso sia chiaramente distinguibile da altre richieste o dichiarazioni rivolte all'interessato, per esempio all'interno di modulistica.

Occorre, inoltre, prestare attenzione alla formula utilizzata per chiedere il consenso che deve essere comprensibile, semplice e chiara.

Interesse legittimo

Posto che il trattamento dei dati deve essere effettuato su una base giuridica, il Considerando n. 47 del Regolamento UE specifica che:

“I legittimi interessi di un titolare del trattamento, compresi quelli di un titolare del trattamento a cui i dati personali possono essere comunicati, o di terzi possono costituire una base giuridica del trattamento, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato, tenuto conto delle ragionevoli aspettative nutrite dall'interessato in base alla sua relazione con il titolare del trattamento.

Ad esempio, potrebbero sussistere tali legittimi interessi quando esista una relazione pertinente e appropriata tra l'interessato e il titolare del trattamento, ad esempio quando l'interessato è un cliente o è alle dipendenze del titolare del trattamento.

In ogni caso, l'esistenza di legittimi interessi richiede un'attenta valutazione anche in merito all'eventualità che l'interessato, al momento e nell'ambito della raccolta dei dati personali, possa ragionevolmente attendersi che abbia luogo un trattamento a tal fine.

Gli interessi e i diritti fondamentali dell'interessato potrebbero in particolare prevalere sugli interessi del titolare del trattamento qualora i dati personali siano trattati in circostanze in cui gli interessati non possano ragionevolmente attendersi un ulteriore trattamento dei dati personali.

Posto che spetta al legislatore prevedere per legge la base giuridica che autorizza le autorità pubbliche a trattare i dati personali, la base giuridica per un legittimo interesse del titolare del trattamento non dovrebbe valere per il trattamento effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti. Costituisce parimenti legittimo interesse del titolare del trattamento interessato trattare dati personali strettamente necessari a fini di prevenzione delle frodi.

Può essere considerato legittimo interesse trattare dati personali per finalità di marketing diretto”.

In definitiva, l'interesse legittimo del titolare o del terzo deve sempre prevalere sui diritti e le libertà fondamentali dell'interessato per costituire un valido fondamento di liceità, ma, adesso, il bilanciamento fra legittimo interesse del titolare o del terzo e diritti e libertà dell'interessato non spetta più al Garante, ma è compito dello stesso titolare, nel rispetto del nuovo principio di *accountability*, ferma restando la possibilità di verifica successiva da parte del Garante.

Quindi le aziende, prima di iniziare qualsiasi trattamento dei dati sulla base dei legittimi interessi, dovranno valutare se prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato, tenuto conto delle ragionevoli aspettative dello stesso in base alla relazione con il titolare del trattamento. Occorre perciò verificare se il dato va elaborato per fini del titolare o di terzi e bilanciare gli interessi del titolare con quelli dell'interessato.

In merito, il Considerando n. 69 del Regolamento UE ritiene opportuno che spetti al titolare del trattamento dimostrare che i suoi interessi legittimi cogenti prevalgono sugli interessi o sui diritti e sulle libertà fondamentali dell'interessato.

In pratica si suggerisce di tenere un registro delle valutazioni degli interessi legittimi, così da poter provare, a richiesta, il corretto bilanciamento dei diritti in gioco.

Attenzione: se anche si tratta un dato per interessi legittimi, pur non essendo necessario raccogliere il consenso dell'interessato, questo va informato che i suoi dati sono trattati in base a legittimi interessi e indicare quali sono questi legittimi interessi.

Qualora i dati personali possano essere lecitamente trattati per i legittimi interessi di un titolare del trattamento o di terzi, l'interessato dovrebbe comunque avere il diritto di opporsi al trattamento dei dati personali che riguardano la sua situazione particolare.

Raccomandazioni del Garante *privacy* italiano

Sul proprio sito il Garante *privacy* italiano conferma, nella sostanza, i requisiti indicati dall'Autorità nei propri provvedimenti in materia di bilanciamento di interessi, con riferimento a:

- alcune tipologie di trattamento di dati biometrici;
- l'utilizzo della videosorveglianza;
- l'utilizzo di sistemi di rilevazione informatica anti-frode;
- etc.;

con particolare riferimento agli esiti delle verifiche preliminari condotte dall'Autorità, con eccezione ovviamente delle disposizioni che il Regolamento ha espressamente abrogato (per esempio: obbligo di notifica dei trattamenti).

Informativa

Il Regolamento specifica i contenuti tassativi dell'informativa (articoli [13](#), paragrafo 1, e [14](#), § 1), che sono più ampi rispetto al Codice *privacy*.

In particolare, il titolare deve fornire:

- l'identità e i dati di contatto del titolare del trattamento e, ove applicabile, del suo rappresentante;
- i dati di contatto del responsabile della protezione dei dati, ove applicabile;
- le finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali nonché la base giuridica del trattamento;
- qualora il trattamento sia necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, i legittimi interessi perseguiti dal titolare del trattamento o da terzi;
- gli eventuali destinatari o le eventuali categorie di destinatari dei dati personali;
- ove applicabile, l'intenzione del titolare del trattamento di trasferire dati personali a un Paese terzo o a un'organizzazione internazionale e l'esistenza o l'assenza di una decisione di adeguatezza della Commissione o, nel caso dei trasferimenti di cui all'articolo [46](#) o [47](#), o all'articolo [49](#), comma 2, il riferimento alle garanzie appropriate o opportune e i mezzi per ottenere una copia di tali dati o il luogo dove sono stati resi disponibili.

Il Regolamento prevede anche ulteriori informazioni necessarie per garantire un trattamento corretto e trasparente.

In particolare, il titolare deve informare l'interessato su:

- il periodo di conservazione dei dati personali oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo;
- gli eventuali legittimi interessi perseguiti dal titolare del trattamento o da terzi;
- l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento l'accesso ai dati personali e la rettifica o la cancellazione degli stessi o la limitazione del trattamento dei dati personali che lo riguardano e di opporsi al loro trattamento, oltre al diritto alla portabilità dei dati;
- qualora l'interessato abbia espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità, l'esistenza del diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca;
- il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo;
- se la comunicazione di dati personali è un obbligo legale o contrattuale oppure un requisito necessario per la conclusione di un contratto, e se l'interessato ha l'obbligo di fornire i dati personali nonché le possibili conseguenze della mancata comunicazione di tali dati;

– l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato.

In caso di dati personali non raccolti direttamente presso l'interessato, l'informativa deve essere fornita entro un termine ragionevole, che non può superare 1 mese dalla raccolta oppure al momento della comunicazione dei dati a terzi o all'interessato.

È, inoltre, necessario che l'informativa sia concisa, trasparente, intelligibile per l'interessato e facilmente accessibile, approntata con un linguaggio chiaro e semplice, e, per i minori, occorre prevedere informative idonee.

L'informativa è data, in linea di principio, per iscritto e preferibilmente in formato elettronico, anche se sono ammessi "*altri mezzi*", quindi la stessa può essere fornita anche oralmente.

Il Regolamento ammette anche l'utilizzo di icone per presentare i contenuti dell'informativa in forma sintetica, ma solo "in combinazione" con l'informativa estesa (le icone dovranno essere identiche in tutta l'UE).

Il titolare del trattamento è esonerato dal fornire l'informativa quando:

- l'interessato dispone già delle informazioni;
- comunicare tali informazioni risulta impossibile o implicherebbe uno sforzo sproporzionato; in particolare, per il trattamento a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, o nella misura in cui l'obbligo rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità di tale trattamento. In tali casi, il titolare del trattamento adotta misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, anche rendendo pubbliche le informazioni;
- l'ottenimento o la comunicazione sono espressamente previsti dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento e che prevede misure appropriate per tutelare gli interessi legittimi dell'interessato;
- qualora i dati personali debbano rimanere riservati conformemente a un obbligo di segreto professionale disciplinato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, compreso un obbligo di segretezza previsto per legge.

Da notare che il Regolamento prevede che spetti al titolare, in caso di dati personali raccolti da fonti diverse dall'interessato, valutare se la prestazione dell'informativa agli interessati comporti uno sforzo sproporzionato, mentre il Codice *privacy* prevede che tale compito spetti al Garante.

Ogniqualvolta le finalità cambino il Regolamento, impone di informarne l'interessato prima di procedere al trattamento ulteriore.

Raccomandazioni del Garante *privacy* italiano

Sul proprio sito, il Garante *privacy* italiano ritiene sia opportuno che i titolari di trattamento verifichino la rispondenza delle informative attualmente utilizzate a tutti i criteri suddetti, con particolare riguardo ai contenuti obbligatori e alle modalità di redazione, in modo da apportare le modifiche o le integrazioni eventualmente necessarie prima del 25 maggio 2018.

Il Regolamento supporta chiaramente il concetto di informativa "stratificata", più volte esplicitato dal Garante nei suoi provvedimenti (si veda l'utilizzo di un'icona specifica per i sistemi di videosorveglianza con o senza operatore e le prescrizioni analoghe rispetto all'utilizzo associato di sistemi biometrici e di videosorveglianza in istituti bancari), in particolare attraverso l'impiego di icone associate (in vario modo) a contenuti più estesi, che devono essere facilmente accessibili, e promuove l'utilizzo di strumenti elettronici per garantire la massima diffusione e semplificare la prestazione delle informative.

I titolari potranno, dunque, una volta adeguata l'informativa nei termini sopra indicati, continuare o iniziare a utilizzare queste modalità per la prestazione dell'informativa, comprese le icone che l'Autorità ha in questi anni suggerito nei suoi provvedimenti (videosorveglianza, banche, etc.) – in attesa della definizione di icone standardizzate da parte della Commissione.

Dovranno essere adottate anche le misure organizzative interne idonee a garantire il rispetto della tempistica: il termine di 1 mese per l'informativa all'interessato è chiaramente un termine massimo e occorre ricordare che il Regolamento menziona in primo luogo che il termine deve essere "*ragionevole*". Poiché spetterà al titolare valutare lo sforzo sproporzionato richiesto dall'informare una pluralità di interessati, qualora i dati non siano stati raccolti presso questi ultimi, e salva l'esistenza di specifiche disposizioni normative nei termini di cui all'[articolo 23](#), § 1, Regolamento, sarà utile fare riferimento ai criteri evidenziati nei provvedimenti con cui il Garante ha riconosciuto negli anni l'esistenza di tale sproporzione (si veda, in particolare, il [provvedimento 26 novembre 1998](#) nonché quelli più recenti in tema di esonero dagli obblighi di informativa).

Valutazione d'impatto

Nel caso in cui un trattamento possa comportare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone interessate (a causa del monitoraggio sistematico dei loro comportamenti, o per il gran numero dei soggetti interessati di cui sono magari trattati dati sensibili, o anche per una combinazione di questi e

altri fattori), il Regolamento 2016/679 obbliga i titolari del trattamento a svolgere una valutazione di impatto (*Data Protection Impact Assessment – DPIA*) prima di darvi inizio.

Diventa necessaria una consultazione preventiva del Garante *privacy* qualora le misure tecniche e organizzative individuate per mitigare l'impatto del trattamento non siano ritenute sufficienti, per cui resti elevato il rischio residuale per i diritti e le libertà degli interessati.

Con la *DPIA* – che è obbligatoria nei casi indicati all'[articolo 35](#), Regolamento - i titolari del trattamento possono dimostrare in che modo garantiscono l'osservanza delle norme.

Le [Linee guida del Gruppo articolo 29](#) precisano quando una valutazione di impatto sia obbligatoria (oltre ai casi di cui al citato articolo 35), chi debba condurla (il titolare, coadiuvato dal responsabile della protezione dei dati, se designato), in cosa consista (fornendo alcuni esempi basati su schemi già collaudati in alcuni settori), e la necessità di interpretarla come un processo soggetto a revisione continua, piuttosto che come un adempimento *una tantum*.

In generale, una valutazione di impatto non è richiesta per i trattamenti in corso che siano già stati autorizzati dalle autorità competenti e non presentino modifiche significative prima del 25 maggio 2018. Come chiariscono le Linee guida, al di là dei requisiti di legge, la valutazione di impatto costituisce una buona prassi perché dalla stessa il titolare può ricavare indicazioni importanti e utili a prevenire incidenti futuri.

La valutazione di impatto permette di realizzare l'altro fondamentale principio fissato nel Regolamento 2016/679, ossia la protezione dei dati fin dalla fase di progettazione (*data protection by design*) di qualsiasi trattamento.

Privacy by design e privacy by default

L'[articolo 25](#), Regolamento, prevede la protezione dei dati fin dalla progettazione e la protezione per impostazione per cui il titolare del trattamento deve mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del Regolamento e tutelare i diritti degli interessati, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso. Quindi occorre configurare il trattamento prevedendo garanzie per soddisfare i requisiti del Regolamento e tutelare i diritti degli interessati già prima di procedere in concreto al trattamento.

Per impostazione predefinita possono essere trattati solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento e non possono essere resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica.

Registro dei trattamenti

Ai sensi dell'[articolo 30](#), Regolamento, i titolari del trattamento e, dove presente, il loro rappresentante, devono tenere un registro delle attività di trattamento svolte sotto la propria responsabilità, che deve contenere le seguenti informazioni:

- il nome e i dati di contatto del titolare del trattamento e, ove applicabile, del contitolare del trattamento, del rappresentante del titolare del trattamento e del responsabile della protezione dei dati;
- le finalità del trattamento;
- una descrizione delle categorie di interessati e delle categorie di dati personali;
- le categorie di destinatari a cui i dati personali sono stati o saranno comunicati, compresi i destinatari di Paesi terzi o organizzazioni internazionali;
- ove applicabile, i trasferimenti di dati personali verso un Paese terzo o un'organizzazione internazionale, compresa l'identificazione del Paese terzo o dell'organizzazione internazionale e, per i trasferimenti di cui all'[articolo 49](#), comma 2, la documentazione delle garanzie adeguate;
- ove possibile, i termini ultimi previsti per la cancellazione delle diverse categorie di dati;
- ove possibile, una descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche e organizzative di cui all'[articolo 32](#), § 1.

Anche il responsabile del trattamento e, ove applicabile, il suo rappresentante, devono tenere un registro di tutte le categorie di attività relative al trattamento svolte per conto di un titolare del trattamento.

I registri dei trattamenti devono essere tenuti in forma scritta, anche in formato elettronico, e devono essere esibiti, su richiesta, al Garante.

L'obbligo dei registri del trattamento non sussiste per le imprese o organizzazioni con meno di 250 dipendenti, a meno che il trattamento che esse effettuano possa presentare un rischio per i diritti e le libertà dell'interessato, il trattamento non sia occasionale o includa il trattamento di categorie particolari di dati di cui all'[articolo 9](#), §1, o i dati personali relativi a condanne penali e a reati di cui all'[articolo 10](#).

Raccomandazioni del Garante *privacy* italiano

Il Garante, sul proprio sito, ha evidenziato che la tenuta del registro dei trattamenti non costituisce un adempimento formale, bensì parte integrante di un sistema di corretta gestione dei dati personali, per cui ha invitato tutti i titolari di trattamento e i responsabili, a prescindere dalle dimensioni dell'organizzazione, a compiere i passi necessari per dotarsi di tale registro e a compiere un'accurata ricognizione dei trattamenti svolti e delle rispettive caratteristiche.

Inoltre, al di là del contenuto stabilito dall'[articolo 30](#), niente vieta a un titolare o responsabile di inserire ulteriori informazioni se lo si riterrà opportuno, proprio nell'ottica della complessiva valutazione di impatto dei trattamenti svolti.

Misure di sicurezza

Tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché del rischio di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento devono mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio, che comprendono, tra le altre, se del caso:

- la pseudonimizzazione e la cifratura dei dati personali;
- la capacità di assicurare su base permanente la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento;
- la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l'accesso dei dati personali in caso di incidente fisico o tecnico;
- una procedura per testare, verificare e valutare regolarmente l'efficacia delle misure tecniche e organizzative, al fine di garantire la sicurezza del trattamento.

In merito, il nostro Garante *privacy* ha evidenziato che la suddetta lista è aperta e non esaustiva, aggiungendo che, dopo il 25 maggio 2018, non potranno sussistere obblighi generalizzati di adozione di misure "minime" di sicurezza, poiché tale valutazione sarà rimessa, caso per caso, al titolare e al responsabile in rapporto ai rischi specificamente individuati.

L'adesione a un codice di condotta approvato o a un meccanismo di certificazione approvato può essere utilizzata come elemento per dimostrare la conformità ai requisiti suddetti.

Data breach

In caso di violazione dei dati personali, il titolare del trattamento deve notificare la violazione all'autorità di controllo competente senza ingiustificato ritardo e, ove possibile, entro 72 ore dal momento in cui ne è venuto a conoscenza, a meno che sia improbabile che la violazione dei dati personali presenti un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche.

Qualora la notifica all'autorità di controllo non sia effettuata entro 72 ore, va corredata dei motivi del ritardo.

Quindi, la notifica all'autorità dell'avvenuta violazione dei dati (c.d. *data breach*) non è obbligatoria, ma è subordinata alla valutazione del rischio per gli interessati, che spetta sempre al titolare del trattamento.

Inoltre, quando la violazione dei dati personali è suscettibile di presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento comunica la violazione all'interessato senza ingiustificato ritardo, eccetto il caso in cui:

- il titolare del trattamento abbia messo in atto le misure tecniche e organizzative adeguate di protezione e tali misure erano state applicate ai dati personali oggetto della violazione, in particolare quelle destinate a rendere i dati personali incomprensibili a chiunque non sia autorizzato ad accedervi, quali la cifratura;
- il titolare del trattamento abbia successivamente adottato misure atte a scongiurare il sopraggiungere di un rischio elevato per i diritti e le libertà degli interessati;
- detta comunicazione richiederebbe sforzi sproporzionati. In tal caso, si procede invece a una comunicazione pubblica o a una misura simile, tramite la quale gli interessati sono informati con analoga efficacia.

Il titolare del trattamento deve comunque documentare qualsiasi violazione dei dati personali, comprese le circostanze ad essa relative, le sue conseguenze e i provvedimenti adottati per porvi rimedio e tale documentazione consentirà all'autorità di controllo di verificare il rispetto del Regolamento.

Raccomandazioni del Garante *privacy* italiano

Il Garante, sul proprio sito, evidenzia che tutti i titolari di trattamento dovranno in ogni caso documentare le violazioni di dati personali subite, anche se non notificate all'autorità di controllo e non comunicate agli interessati, nonché le relative circostanze e conseguenze e i provvedimenti adottati; tale obbligo non è diverso, nella sostanza, da quello attualmente previsto dal Codice *privacy*.

Viene raccomandato, pertanto, ai titolari di trattamento di adottare le misure necessarie a documentare eventuali violazioni, essendo peraltro tenuti a fornire tale documentazione, su richiesta, al Garante in caso di accertamenti.

Sanzioni amministrative

Le sanzioni amministrative sono previste dall'[articolo 83](#), Regolamento, e possono arrivare a seconda delle norme del Regolamento violate:

- fino a 10 milioni di euro, o per le imprese, fino al 2 % del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore;
- fino a 20 milioni di euro, o per le imprese, fino al 4% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore.

Vocabolario	
Liceità del trattamento	I fondamenti di liceità del trattamento coincidono, in linea di massima, con quelli previsti attualmente dal D.Lgs. 196/2003.
Consenso	Il consenso deve essere libero, specifico, informato, manifestato attraverso " <i>dichiarazione o azione positiva inequivocabile</i> " e non è ammesso il consenso tacito o presunto.
Legittimo interesse	Il bilanciamento fra legittimo interesse del titolare o del terzo e diritti e libertà dell'interessato non spetta più al Garante, ma è compito dello stesso titolare nel rispetto del nuovo principio di <i>accountability</i> , ferma restando la possibilità di verifica successiva da parte del Garante.
Informativa	L'informativa ha contenuti tassativi più ampi rispetto al Codice <i>privacy</i> e deve essere concisa, trasparente, intelligibile per l'interessato e facilmente accessibile, approntata con un linguaggio chiaro e semplice, e per i minori occorre prevedere informative idonee.
<i>Accountability</i>	Come peraltro chiarito sul sito del nostro Garante <i>privacy</i> , il Regolamento pone con forza l'accento sulla "responsabilizzazione" (<i>accountability</i> nell'accezione inglese) di titolari e responsabili – ossia, sull'adozione di comportamenti proattivi e tali da dimostrare la concreta adozione di misure finalizzate ad assicurare l'applicazione del Regolamento. Si tratta di una grande novità per la protezione dei dati, in quanto viene affidato ai titolari il compito di decidere autonomamente le modalità, le garanzie e i limiti del trattamento dei dati personali – nel rispetto delle disposizioni normative ed alla luce di alcuni criteri specifici indicati nel Regolamento.
<i>Data Protection Impact Assessment – DPIA</i>	È una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati, che va effettuata quando un trattamento può comportare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone interessate.
<i>Privacy by design e privacy by default</i>	È la necessità di prevedere la protezione dei dati fin dalla progettazione e la protezione per impostazione solo per i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento.

Registri dei trattamenti	Sono registri che devono tenere i titolari del trattamento e i responsabili del trattamento, dove vanno indicate caratteristiche, modalità e finalità dei trattamenti.
Misure di sicurezza	Dal 25 maggio 2018 non esisteranno più misure di sicurezza minime, ma la valutazione sarà rimessa, caso per caso, al titolare e al responsabile in rapporto ai rischi specificamente individuati.
<i>Data breach</i>	In caso di violazione dei dati personali, il titolare del trattamento deve notificare la violazione all'autorità di controllo competente senza ingiustificato ritardo e, ove possibile, entro 72 ore dal momento in cui ne sia venuto a conoscenza, a meno che sia improbabile che la violazione dei dati personali presenti un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche.
Sanzioni amministrative	A seconda delle norme del Regolamento violate, le sanzioni possono arrivare: • fino a 10 milioni di euro, o per le imprese, fino al 2% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore; • fino a 20 milioni di euro, o per le imprese, fino al 4% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore.

La circolare di lavoro e previdenza n. 30-31/2018

La geolocalizzazione dopo il GDPR

di Rossella Schiavone – funzionario dell'Ispettorato del lavoro, esperta di diritto del lavoro e consulente *privacy*¹

Dal 25 maggio 2018 è diventato pienamente applicativo il Regolamento UE 2016/679. Partendo dal provvedimento del Garante n. 232/2018, relativo a un sistema di localizzazione geografica, si evidenzia cosa è cambiato rispetto all'applicazione del Codice privacy, con riferimento specifico ai principi da rispettare, l'informativa da dare agli interessati, l'esercizio dei diritti che vanno assicurati agli interessati, la nomina del responsabile esterno del trattamento (che sarà il fornitore del sistema di geolocalizzazione), le misure di sicurezza da applicare, la valutazione d'impatto eventuale e la consultazione preventiva del Garante.

La richiesta fatta al Garante per un sistema di geolocalizzazione

In data 18 aprile 2018 il Garante per la *privacy*, con provvedimento n. 232, a seguito di una richiesta di verifica preliminare ex [articolo 17](#), D.Lgs. 196/2003, si è occupato di una questione inerente a un trattamento di dati personali connesso all'installazione di un'applicazione completa di funzionalità di localizzazione geografica, sui dispositivi *smartphone* o *tablet* consegnati a guardie particolari giurate incaricate di effettuare i servizi di vigilanza forniti da una società.

Tale applicazione, al fine di garantire la sicurezza della pattuglia, la razionale assegnazione e distribuzione degli interventi alle pattuglie di zona e il corretto svolgimento dell'ordinaria attività di vigilanza/ispezione, prevedeva l'attivazione della stessa, da parte della guardia e immediatamente prima l'inizio del turno, mediante l'inserimento del proprio codice identificativo nonché di una *password* fornita dalla centrale operativa in relazione allo specifico servizio assegnato.

I dispositivi dovevano essere presi in consegna dai dipendenti all'inizio del turno e riconsegnati a fine servizio, per cui il trattamento di dati doveva avvenire esclusivamente nel corso dello svolgimento dell'attività lavorativa e i dati raccolti dovevano conservati per un periodo non superiore alle ore 24, fatte salve speciali esigenze di ulteriore conservazione.

Inoltre, il sistema doveva trattare anche altre informazioni come i c.d. "rapportini elettronici", i quali dovevano essere conservati per tempi più lunghi, poiché costituirebbero prova dell'adempimento delle

¹ Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

prestazioni contrattuali cui la società è tenuta nei confronti dei propri clienti e il loro scopo è quello di essere utilizzati quale elemento di prova in caso di controversie giudiziali.

Più nello specifico, è da evidenziare che il sistema:

- poteva rilevare la posizione della pattuglia ogni 120 secondi e prevedeva la visualizzazione in tempo reale *"al fine di garantire il più possibile la sicurezza personale"* degli addetti in servizio;
- l'accesso in tempo reale ai dati relativi alla localizzazione, da parte dei soggetti autorizzati presenti nella centrale operativa, era previsto in caso di attivazione della procedura di emergenza da parte della guardia giurata, nonché negli altri casi di *"interventi di allarme e/o ispettivi"*;
- poteva attivare la funzione "eccesso sosta", che prevedeva l'invio di un allarme alla centrale operativa in caso di *"assenza di movimento da parte della guardia per un tempo preimpostato"*, al fine di poter predisporre un rapido intervento in caso di aggressione o malore.

Inoltre, la società si era impegnata a procedere alla convocazione delle rappresentanze sindacali dei lavoratori ai fini della sottoscrizione di un accordo sindacale ovvero, in difetto, ad acquisire l'autorizzazione del competente Ispettorato del lavoro.

Misure e accorgimenti posti a tutela dei diritti degli interessati

Considerata la delicatezza dei dati relativi alla localizzazione geografica, il Garante, nel caso di specie, ha ritenuto necessario prescrivere misure e accorgimenti a tutela dei diritti e delle libertà degli interessati. In particolare:

- considerata la particolarità dei dati trattati, ha richiesto che il sistema fosse configurato in modo tale che sul dispositivo aziendale fosse posizionata un'icona che indicasse che la funzionalità di localizzazione era attiva;
- ha previsto che fosse possibile la disattivazione della funzionalità di localizzazione durante le pause consentite dell'attività lavorativa, informando correttamente i dipendenti sui casi in cui era consentito disattivare la localizzazione nonché sulle conseguenze degli eventuali abusi;
- al fine di minimizzare il rischio di accesso ai dati non necessario e/o non pertinente (a fronte di una periodizzazione assai ravvicinata della rilevazione geografica dei dispositivi), ha prescritto alla società di configurare il sistema in modo da oscurare la visibilità della posizione geografica decorso un periodo determinato di inattività dell'operatore sul *monitor* presente nella centrale operativa (relativamente a tale funzionalità);
- ha richiesto che la società individuasse profili differenziati di autorizzazione relativi alle diverse tipologie di dati e di operazioni eseguibili;

- in applicazione dei principi di necessità e proporzionalità, ha obbligato la società a individuare tempi di conservazione dei dati in concreto trattati, tenendo conto delle finalità perseguite, e a depurare i rapporti consegnati ai clienti di qualunque riferimento che consenta l'identificazione di dipendenti;
- ha previsto l'obbligo di designare quale responsabile esterno del trattamento il fornitore del sistema, fino al 25 maggio 2018 ai sensi e per gli effetti previsti dall'articolo 29, Codice *privacy*, prevedendo che il ruolo del fornitore continuasse poi a configurarsi come responsabile esterno, purché strutturato in conformità all'[articolo 28](#), Regolamento UE 2016/679.

Un provvedimento che già guarda al GDPR

Il [provvedimento n. 232/2018](#) in questione acquista particolare importanza perché emesso poco prima della piena applicazione del Regolamento UE 2016/679 (GDPR) e perché fa già alcuni richiami ai cambiamenti che, di fatto, sono intervenuti a far data dal 25 maggio 2018.

Intanto, è da segnalare che già un primo richiamo esplicito si ritrova nelle misure e negli accorgimenti che il Garante ha richiesto a tutela degli interessati, laddove lo stesso ha previsto che il ruolo del fornitore del sistema continuasse a configurarsi come responsabile esterno, purché strutturato in conformità all'articolo 28, GDPR, a far data, per l'appunto dal 25 maggio 2018.

Altri accenni ai cambiamenti li troviamo negli adempimenti previsti per legge e analiticamente elencati nel provvedimento e, più nello specifico, laddove:

- viene fatto riferimento ai diritti degli interessati, disciplinati dagli articoli [15](#) ss., Regolamento UE 2016/679 dal 25 maggio 2018;
- viene evidenziato che, qualora il trattamento avesse avuto effettivamente inizio dal 25 maggio 2018, non sarebbe stato più necessario effettuare la notifica al Garante ai sensi degli articoli [37](#) ss., Codice *privacy*;
- viene fatto presente che, a decorrere dal 25 maggio 2018, data di applicazione del citato Regolamento UE 2016/679, il titolare del trattamento, in ossequio al principio di responsabilizzazione, avrebbe dovuto valutare autonomamente la conformità del trattamento che intendeva effettuare alla disciplina vigente, verificando il rispetto di tutti i principi in materia nonché la necessità di effettuare, in particolare, una valutazione di impatto ex [articolo 35](#), GDPR, ovvero attivare la consultazione preventiva ai sensi dell'[articolo 36](#), GDPR.

Cosa cambia con il Regolamento UE 2016/679

Partendo, quindi, da quanto sopra è possibile analizzare le modifiche in materia che sono intervenute dal 25 maggio scorso.

Il rispetto dei principi

Innanzitutto, per tutte le tipologie di trattamento, compresa la localizzazione geografica, occorrerà rispettare i principi di cui all'[articolo 5](#), Regolamento, ovvero:

- liceità, corretta e trasparenza;
- limitazione della finalità;
- minimizzazione dei dati;
- esattezza dei dati;
- limitazione della conservazione;
- integrità e riservatezza dei dati.

Chiaramente, oltre a questi principi occorrerà rispettare il principio di responsabilizzazione, di cui si è già accennato. Con riferimento al principio di minimizzazione dei dati occorrerà stare attenti, con particolare riferimento alla geolocalizzazione, a che i dati trattati siano effettivamente adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati (per l'appunto, ad esempio, la localizzazione geografica per la sicurezza dei lavoratori e per la tutela del patrimonio aziendale), evitando accuratamente di trattare dati non pertinenti ed accedenti. Analogamente, per il principio di limitazione della conservazione dei dati, si dovranno conservare i dati raccolti (nel rispetto del principio di minimizzazione) in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati.

Tutte valutazioni che, per il più volte citato principio dell'*accountability*, dovranno essere fatte dal titolare del trattamento, magari assistito da consulenti specializzati in materia *privacy* a cui questi deciderà di rivolgersi.

L'informativa

L'informativa da dare agli interessati, ovvero, nel caso di localizzazione geografica, ai dipendenti coinvolti nel trattamento specifico, dovrà contenere tutti gli elementi contenuti nell'[articolo 13](#), Regolamento 2016/679 e non del D.Lgs. 196/2003 (Codice *privacy*).

Per cui il titolare del trattamento dovrà fornire le seguenti informazioni:

- a. l'identità e i dati di contatto del titolare del trattamento e, ove applicabile, del suo rappresentante;

- b. i dati di contatto del responsabile della protezione dei dati (DPO), se nominato;
- c. le finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali nonché la base giuridica del trattamento;
- d. qualora il trattamento si basi sui legittimi interessi andranno specificati i legittimi interessi perseguiti dal titolare del trattamento o da terzi;
- e. gli eventuali destinatari o le eventuali categorie di destinatari dei dati personali;
- f. ove applicabile, l'intenzione del titolare del trattamento di trasferire dati personali a un Paese terzo o a un'organizzazione internazionale e l'esistenza o l'assenza di una decisione di adeguatezza della Commissione o il riferimento alle garanzie appropriate o opportune e i mezzi per ottenere una copia di tali dati o il luogo dove sono stati resi disponibili;
- g. il periodo di conservazione dei dati personali oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo;
- h. l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento l'accesso ai dati personali e la rettifica o la cancellazione degli stessi o la limitazione del trattamento che lo riguardano o di opporsi al loro trattamento, oltre al diritto alla portabilità dei dati;
- i. qualora il trattamento sia basato sul consenso, l'esistenza del diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca;
- j. il diritto di proporre reclamo al Garante per la protezione dei dati personali;
- k. se la comunicazione di dati personali è un obbligo legale o contrattuale oppure un requisito necessario per la conclusione di un contratto, e se l'interessato ha l'obbligo di fornire i dati personali nonché le possibili conseguenze della mancata comunicazione di tali dati;
- l. l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato.

Da notare che, con specifico riferimento al caso di specie, non dovrebbe esserci il trasferimento dei dati in Paesi extraUE (letter f) né la profilazione (lettera h).

I diritti

Anche i diritti degli interessati cambiano, per cui dal 25 maggio 2018 occorrerà predisporre misure al fine di garantire agli interessati l'esercizio dei seguenti diritti disciplinati agli articoli da [15](#) a [22](#), Regolamento 2016/679:

- diritto di accesso;

- diritto di rettifica;
- diritto alla cancellazione (diritto all'oblio);
- diritto di limitazione al trattamento;
- diritto alla portabilità dei dati;
- diritto di opposizione.

Il responsabile del trattamento

Cosa importante è la necessità di stipulare un contratto scritto con i responsabili esterni del trattamento ex [articolo 28](#), GDPR, che sono i soggetti che trattano i dati per conto del titolare del trattamento.

Quindi, nel caso della geolocalizzazione, occorrerà stipulare tale contratto con i fornitori dei sistemi, i quali dovranno essere scelti fra coloro che presentino garanzie sufficienti per mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate in modo tale che il trattamento soddisfi i requisiti del Regolamento e garantiscano la tutela dei diritti dell'interessato.

Si rammenta che il contratto deve aver un contenuto minimo stabilito dal citato articolo 28 e cioè deve prevedere che il responsabile esterno del trattamento:

- tratti i dati personali soltanto su istruzione documentata del titolare del trattamento, anche in caso di trasferimento di dati personali verso un Paese terzo o un'organizzazione internazionale;
- garantisca che le persone autorizzate al trattamento dei dati personali si siano impegnate alla riservatezza o abbiano un adeguato obbligo legale di riservatezza;
- adottino tutte le misure richieste ai sensi dell'[articolo 32](#), GDPR;
- rispettino le condizioni previste dal contratto stesso per ricorrere a un altro responsabile del trattamento;
- tenendo conto della natura del trattamento, assista il titolare del trattamento con misure tecniche e organizzative adeguate, nella misura in cui ciò sia possibile, al fine di soddisfare l'obbligo del titolare del trattamento di dare seguito alle richieste per l'esercizio dei diritti dell'interessato;
- assista il titolare del trattamento nel garantire il rispetto degli obblighi imposti dal Regolamento sulla sicurezza del trattamento, sulla notifica di una violazione dei dati personali al Garante, sulla comunicazione di una violazione dei dati personali all'interessato, sulla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati personali e sulla consultazione preventiva, tenendo conto della natura del trattamento e delle informazioni a disposizione del responsabile del trattamento;

- su scelta del titolare del trattamento, cancelli o gli restituisca tutti i dati personali dopo che sia terminata la prestazione dei servizi relativi al trattamento e cancelli le copie esistenti, salvo che il diritto dell'Unione o degli Stati membri preveda la conservazione dei dati;
- metta a disposizione del titolare del trattamento tutte le informazioni necessarie per dimostrare il rispetto degli obblighi dell'[articolo 28](#), GDPR, e consenta e contribuisca alle attività di revisione, comprese le ispezioni, realizzati dal titolare del trattamento o da un altro soggetto da questi incaricato.

Notifica al Garante e verifica preliminare?

Come si evince già dal provvedimento in commento, dal 25 maggio 2018 non c'è più l'obbligo di notifica al Garante per la *privacy*.

Tutti i titolari del trattamento devono - per il principio della responsabilizzazione (*accountability*) - mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al GDPR, tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche.

Occorrerà quindi valutare tutti i rischi e le misure di sicurezza "adeguate" necessarie per annullare o almeno mitigare al massimo i rischi. Inoltre, ai sensi dell'[articolo 35](#), GDPR, quando un tipo di trattamento, allorché preveda in particolare l'uso di nuove tecnologie, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, possa presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento dovrà valutare se effettuare, prima di procedere al trattamento, una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali. Se da tale valutazione d'impatto emerga che quel trattamento, pur adottando le misure di sicurezza ritenute adeguate, potrebbe comunque presentare un rischio elevato, il titolare del trattamento dovrà, prima di procedere al trattamento, consultare il Garante *ex* [articolo 36](#), GDPR (c.d. consultazione preventiva) per avere un parere scritto.

Ma quando le misure di sicurezza possono considerarsi adeguate?

Chiaramente, non è facile valutare quando una misura di sicurezza sia da considerarsi "adeguata" ai sensi del Regolamento UE 2016/679, ma, a parere di chi scrive, potranno essere proprio i provvedimenti fino ad oggi adottati dal Garante a venire in soccorso dei titolari del trattamento.

In effetti, qualora si debbano valutare le misure di sicurezza relative a un trattamento già preso in considerazione in passato dal Garante *privacy*, applicare quelle già a suo tempo dallo stesso

indicate potrebbe essere una soluzione da ritenersi adeguata, purché si tengano anche in debito conto le novità intervenute con il nuovo Regolamento.

Evidentemente, per la validità di tale discorso è necessario che il trattamento sia uguale se non molto simile a quello oggetto di un precedente provvedimento del nostro Garante.

Quindi, tornando al caso di specie, per utilizzare un sistema come quello analizzato nel provvedimento n. 232/2018, occorrerebbe rispettare tutte le indicazioni fornite dal Garante, facendo però un'operazione di adeguamento delle stesse al nuovo GDPR.

Facile a dirsi, ma certamente molto più difficile da farsi se non si ha una conoscenza approfondita della materia.

La circolare di lavoro e previdenza n. 39/2018

Nuovo Codice *privacy* e gestione del rapporto di lavoro

di Rossella Schiavone – funzionario dell'INL, esperta di diritto del lavoro e consulente *privacy*¹

Il D.Lgs. 196/2003, come da ultimo modificato dal D.Lgs. 101/2018, recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento UE 2016/679, ha confermato diverse questioni in materia di gestione del rapporto di lavoro. Si analizzano, quindi, le principali norme che interessano i datori di lavoro.

Il decreto di adeguamento del Codice *privacy* al GDPR

Il D.Lgs. 101/2018, recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati), è entrato in vigore il 19 settembre 2018.

Si analizzano, quindi, le principali norme che interessano i datori di lavoro, evidenziando che in materia di gestione del rapporto di lavoro si registrano, invero, diverse conferme.

Trattamento di categorie particolari di dati personali necessario per motivi di interesse pubblico rilevante

I trattamenti delle categorie particolari di dati personali di cui all'[articolo 9](#), paragrafo 1, del Regolamento UE 2016/679, necessari per motivi di interesse pubblico rilevante ai sensi del paragrafo 2, lettera g), del medesimo articolo, sono ammessi qualora siano previsti dal diritto dell'Unione Europea ovvero, nell'ordinamento interno, da disposizioni di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento, che specifichino i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e il motivo di interesse pubblico rilevante, nonché le misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato.

¹ Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

Fermo quanto detto, ai sensi dell'[articolo 2-sexies](#), D.Lgs. 196/2003, da ultimo modificato, si considera rilevante l'interesse pubblico relativo a trattamenti effettuati da soggetti che svolgono compiti di interesse pubblico o connessi all'esercizio di pubblici poteri in materia di instaurazione, gestione ed estinzione di rapporti di lavoro di qualunque tipo, anche non retribuito o onorario, e di altre forme di impiego, materia sindacale, occupazione e collocamento obbligatorio, previdenza e assistenza, tutela delle minoranze e pari opportunità nell'ambito dei rapporti di lavoro, adempimento degli obblighi retributivi, fiscali e contabili, igiene e sicurezza del lavoro o di sicurezza o salute della popolazione, accertamento della responsabilità civile, disciplinare e contabile, attività ispettiva.

Conseguentemente, i datori di lavoro possono trattare i dati particolari dei propri dipendenti sia perché il trattamento è necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale, sia perché il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante, a patto che il trattamento sia proporzionato alla finalità perseguita, rispetti l'essenza del diritto alla protezione dei dati e preveda misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato.

Dati relativi a condanne penali e reati

L'[articolo 2-octies](#), nuovo Codice *privacy*, fissa i principi relativi al trattamento di dati relativi a condanne penali e reati e stabilisce che, fatto salvo quanto previsto dal D.Lgs. 51/2018, il trattamento di dati personali relativi a condanne penali e a reati, che non avviene sotto il controllo dell'autorità pubblica, è consentito solo se autorizzato da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento, che prevedano garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati.

In mancanza, i trattamenti dei dati in questione, nonché le garanzie, sono individuati con decreto del Ministro della giustizia, da adottarsi sentito il Garante.

Alla luce delle norme in vigore nel nostro Paese, quindi, i dati relativi alle condanne penali e ai reati potranno essere, al momento, trattati dai datori di lavoro solo se espressamente previsto da legge o regolamento, come, ad esempio, nel caso del certificato antipedofilia di cui al D.Lgs. 39/2014, che va richiesto dal datore di lavoro quando intenda impiegare una persona per lo svolgimento di attività professionali che comportino contatti diretti e regolari con minori.

La biometria

Ai sensi dell'[articolo 2-septies](#), D.Lgs. 196/2003, è ammesso l'utilizzo dei dati biometrici con riguardo alle procedure di accesso fisico e logico ai dati da parte dei soggetti autorizzati, nel rispetto di misure di garanzia che devono essere disposte dal Garante con provvedimento adottato con cadenza almeno biennale e che tenga conto:

- delle linee guida, delle raccomandazioni e delle migliori prassi pubblicate dal Comitato europeo per la protezione dei dati e delle migliori prassi in materia di trattamento dei dati personali;
- dell'evoluzione scientifica e tecnologica nel settore oggetto delle misure;
- dell'interesse alla libera circolazione dei dati personali nel territorio dell'Unione europea.

Le misure di garanzia devono individuare le misure di sicurezza, ivi comprese quelle tecniche di cifratura e di pseudonomizzazione, le misure di minimizzazione, le specifiche modalità per l'accesso selettivo ai dati e per rendere le informazioni agli interessati, nonché le eventuali altre misure necessarie a garantire i diritti degli interessati.

Inoltre, sempre in materia, si rappresenta che l'[articolo 22](#), D.Lgs. 101/2018, al comma 11, stabilisce che le disposizioni del Codice *privacy* relative al trattamento di dati biometrici continuano a trovare applicazione, in quanto compatibili con il Regolamento UE 2016/679, sino all'adozione delle sopracitate misure di garanzia.

Tuttavia, non è chiaro se sia ancora possibile effettuare l'autenticazione tramite impronta digitale o emissione vocale per l'accesso a banche dati e sistemi informatici e il trattamento delle caratteristiche dell'impronta digitale o della topografia della mano per consentire l'accesso ad aree e locali ritenuti "sensibili" oppure per consentire l'utilizzo di apparati e macchinari pericolosi ai soli soggetti qualificati, senza il consenso dell'interessato, come stabilito dal "Provvedimento generale prescrittivo in materia di biometria" adottato dal Garante privacy il 12 novembre 2014, cui sono allegate le "Linee Guida in materia di riconoscimento biometrico e firma grafometrica".

I *curricula*

Il nuovo Codice *privacy* ha, inoltre, confermato quanto già previsto dall'[articolo 13](#), comma 5-bis, D.Lgs. 196/2003, ora abrogato, e cioè che, in caso di ricezione dei *curricula* spontaneamente trasmessi dagli interessati al fine dell'instaurazione di un rapporto di lavoro, il datore di lavoro, titolare del trattamento, può fornire l'informativa di cui all'[articolo 13](#), Regolamento UE 2016/679, solo al momento del primo contatto utile, successivo all'invio del *curriculum* stesso.

Per di più, il consenso al trattamento dei dati personali presenti nei *curricula* non è dovuto.

Per i *curricula* sollecitati da annunci, si rammenta che, con provvedimento del 24 dicembre 1998, il Garante per la *privacy* ha chiarito che sussiste l'obbligo per chi fa l'annuncio di informare l'aspirante lavoratore sul trattamento dei dati che lo riguardano, a prescindere dalla circostanza che sia necessario raccogliere il suo consenso o che la selezione abbia un esito positivo.

Sempre con il citato provvedimento del 1998, il Garante ha specificato che, in caso di raccolta dei dati:

- per via telefonica, l'informativa può essere data oralmente e documentata in vario modo per iscritto da chi la fornisce;
- per posta elettronica, occorre inviare l'informativa con un messaggio di risposta.

Alla luce del Regolamento UE 2016/679 e del nuovo Codice *privacy* non sembrano esserci motivi per non ritenere ancora valide tali indicazioni del Garante, salvo future indicazioni diverse dell'Autorità.

Le autorizzazioni generali del Garante

Per quanto concerne le autorizzazioni generali del Garante per la protezione dei dati personali, l'[articolo 21](#), D.Lgs. 101/2018, prevede che, con provvedimento di carattere generale da porre in consultazione pubblica, il Garante individui le prescrizioni ivi contenute, relative alle situazioni di trattamento di cui agli articoli [6](#), paragrafo 1, lettere c) ed e), [9](#), paragrafo 2, lettera b) e 4, nonché al Capo IX, Regolamento, che risultano compatibili con le disposizioni del medesimo Regolamento e del D.Lgs. 101/2018 e, ove occorra, provveda al loro aggiornamento.

Quindi, anche l'autorizzazione generale al trattamento dei dati sensibili (ora particolari) nei rapporti di lavoro n. 1/2016, sarà sottoposta a verifica.

Si rammenta, a ogni buon conto, che la suddetta autorizzazione è stata prorogata con [provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali n. 424 del 19 luglio 2018](#), per cui è valida fino alla citata verifica di compatibilità.

Le norme dello Statuto dei lavoratori e della Legge Biagi

Il D.Lgs. 196/2003 conferma anche che resta fermo quanto disposto dagli articoli [4](#) e [8](#), L. 300/1970. Si tratta, più nello specifico, delle norme relative agli "Impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo" e al "Divieto di indagini sulle opinioni" dei lavoratori.

Tuttavia, a tali norme il Legislatore ha adesso aggiunto anche il riferimento all'[articolo 10](#), D.Lgs. 276/2003, che è relativo al "Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori" e fa

riferimento al trattamento dei dati da parte delle agenzie per il lavoro e degli altri soggetti pubblici e privati autorizzati o accreditati.

Quindi, in definitiva, è sempre vietato:

- alle agenzie per il lavoro e agli altri soggetti pubblici e privati autorizzati o accreditati di effettuare qualsivoglia indagine o comunque trattamento di dati ovvero di preselezione di lavoratori, anche con il loro consenso, in base alle convinzioni personali, all'affiliazione sindacale o politica, al credo religioso, al sesso, all'orientamento sessuale, allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, alla età, all'*handicap*, alla razza, all'origine etnica, al colore, all'ascendenza, all'origine nazionale, al gruppo linguistico, allo stato di salute nonché a eventuali controversie con i precedenti datori di lavoro, a meno che non si tratti di caratteristiche che incidono sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa o che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa, ed è altresì fatto divieto di trattare dati personali dei lavoratori che non siano strettamente attinenti alle loro attitudini professionali e al loro inserimento lavorativo ([articolo 10](#), D.Lgs. 196/2003);
- al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore ([articolo 8](#), L. 300/1970);
- installare impianti audiovisivi e altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, se non esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e previo accordo sindacale o autorizzazione amministrativa ([articolo 4](#), L. 300/1970).

L'[articolo 171](#), Codice *privacy*, ribadisce che la violazione delle disposizioni di cui agli articoli 4, comma 1, e 8, L. 300/1970, è punita con le sanzioni di cui all'[articolo 38](#) della medesima legge, ovvero, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, con l'ammenda da 154 a 1.549 euro o con l'arresto da 15 giorni a un anno.

Eccetto che nei casi più gravi, è applicabile l'istituto della prescrizione obbligatoria di cui all'[articolo 15](#), D.Lgs. 124/2004, per cui al datore di lavoro viene prescritta la cessazione della condotta illecita e, in caso di esito positivo, lo stesso viene ammesso al pagamento di una sanzione pari a 387,25 euro.

Nei casi più gravi le pene dell'arresto e dell'ammenda sono applicate congiuntamente e, inoltre, quando, per le condizioni economiche del reo, l'ammenda può presumersi inefficace anche se applicata nel massimo, il giudice ha facoltà di aumentarla fino al quintuplo.

In merito, specificatamente, all'[articolo 8](#), St. Lav., si rammenta che trattasi di una norma che tutela i soggetti anche nella fase che precede l'assunzione - la c.d. fase preassuntiva - vietando al datore di lavoro di svolgere indagini ai fini dell'assunzione, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione della sua attitudine professionale. Tali indagini non possono essere effettuate dal datore di lavoro né direttamente, né per il tramite di terzi, come ad esempio per il tramite di agenzie investigative.

Informazioni raccolte *ex articolo 4*, St. Lav., e sanzione disciplinare

Con riferimento specifico al comma 3 dell'[articolo 4](#), St. Lav., si rammenta che il Legislatore nel 2015, con il *Jobs Act*, ha stabilito che le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 del citato articolo sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal D.Lgs. 196/2003.

La piena applicazione del Regolamento UE 2016/679 e l'adeguamento del Codice *privacy* al GDPR non comportano nessun cambiamento in materia, per cui i datori di lavoro possono ancora utilizzare tutte le informazioni lecitamente raccolte in presenza delle esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e previo accordo sindacale o autorizzazione amministrativa, salvo le esclusioni di cui al comma 2 del citato articolo 4, anche per sanzionare disciplinarmente i dipendenti.

Tuttavia, i datori devono necessariamente prevedere apposita *policy* che specifichi le modalità d'utilizzo degli strumenti, se e in che misura e con quali modalità verranno effettuati i controlli e devono rispettare il GDPR e il Codice *privacy* modificato.

Si rammenta che la suddetta *policy* deve essere adeguatamente pubblicizzata verso i singoli lavoratori e nella rete interna, mediante affissioni sui luoghi di lavoro con modalità analoghe a quelle previste dall'[articolo 7](#), St. Lav., e deve essere sottoposta ad aggiornamento periodico.

Non a caso il D.Lgs. 101/2018, di adeguamento del Codice *privacy*, ha previsto che i rinvii alle disposizioni del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al D.Lgs. 196/2003, abrogate, contenuti in norme di legge e di regolamento, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 e a quelle introdotte o modificate dal D.Lgs. 101/2018, in quanto compatibili.

Occorre, quindi, anche fornire ai lavoratori l'informativa *ex articolo 13*, GDPR, e, poiché si ritiene che, nel caso di specie, il trattamento dei dati personali dei lavoratori è necessario per il perseguimento del

legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, non è necessario il consenso dei lavoratori, ma, chiaramente occorre specificare le finalità che, per l'appunto, potranno essere:

- tutela del patrimonio aziendale;
- sicurezza delle persone;
- sicurezza perimetrale, contro intrusioni e danneggiamento della proprietà.

Per cui, a titolo esemplificativo, l'informativa dovrà sicuramente contenere:

- l'identità e i dati di contatto del titolare del trattamento e, ove applicabile, del suo rappresentante;
- i dati di contatto del responsabile della protezione dei dati, ove applicabile;
- le finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali nonché la base giuridica del trattamento;
- i legittimi interessi perseguiti dal titolare del trattamento o da terzi;
- gli eventuali destinatari o le eventuali categorie di destinatari dei dati personali;
- il periodo di conservazione dei dati personali oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo;
- l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento l'accesso ai dati personali e la rettifica o la cancellazione degli stessi o la limitazione del trattamento che lo riguardano o di opporsi al loro trattamento, oltre al diritto alla portabilità dei dati;
- il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo.

Telelavoro, lavoro agile e lavoro domestico

Il Codice *privacy*, prima della recente modifica, si occupava di telelavoro e lavoro domestico, adesso è previsto dal nuovo [articolo 115](#), che, nell'ambito del rapporto di lavoro domestico, del telelavoro e del lavoro agile, il datore di lavoro è tenuto a garantire al lavoratore il rispetto della sua personalità e della sua libertà morale.

Inoltre, il lavoratore domestico è tenuto a mantenere la necessaria riservatezza per tutto quanto si riferisce alla vita familiare.

Sempre in materia di *privacy*, con specifico riferimento al lavoro agile, si rammenta che l'[articolo 21](#), D.Lgs. 81/2017, ha previsto che l'accordo relativo alla modalità di lavoro agile deve disciplinare anche l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali, nel rispetto di quanto disposto dall'[articolo 4](#), L. 300/1970, e successive modificazioni.

Quindi, non vi è alcun dubbio che al lavoro agile si applica anche l'[articolo 4](#) St. Lav..

Per i lavoratori domestici è il caso di rammentare che a tale tipologia di rapporto di lavoro non si applica l'articolo 4, L. 300/1970, in quanto è un rapporto che non si svolge all'interno di un'impresa organizzata e strutturata, bensì nell'ambito di un nucleo ristretto e omogeneo, di natura per lo più familiare, e risponde alle esigenze tipiche e comuni di ogni famiglia.

Tuttavia, qualora si decida di installare un sistema di videosorveglianza in un'abitazione privata dove presta la sua attività un lavoratore domestico, occorre, comunque, fornire a quest'ultimo l'informativa di legge – che adesso va data nel rispetto dell'[articolo 13](#), Regolamento UE 2016/679 - e chiedere allo stesso il consenso.

Alla luce dell'adeguamento del Codice *privacy* al GDPR, si ritiene, quindi, ancora pienamente applicabile la nota INL n. 1004/2017.

Chiaramente, il lavoratore domestico ha il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento e la revoca del consenso non pregiudica la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca.

La circolare di lavoro e previdenza n. 45/2018

Documentazione di lavoro: la conservazione nel rispetto della *privacy*

di Rossella Schiavone – funzionario INL, esperta di diritto del lavoro e consulente *privacy*¹

Alla luce del Regolamento UE 2016/679, i documenti di lavoro vanno conservati nel rispetto del principio della limitazione della conservazione in forza del quale i dati personali dei lavoratori vanno conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati o nel rispetto del maggior termine di conservazione individuato sulla base di una norma nazionale o europea. Si analizza, quindi, il termine di conservazione massimo ammesso per i principali documenti di lavoro.

I principi del GDPR da rispettare

La conservazione della documentazione di lavoro da parte dei datori di lavoro e dei professionisti che, ai sensi della L. 12/1979, si occupano di tutti gli adempimenti in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale dei lavoratori dipendenti per conto dei loro clienti, è funzionale all'attività di verifica degli organi ispettivi e giudiziari, per cui, in materia, occorre rispettare quanto stabilito dalle varie norme.

I tempi di conservazione, inoltre, devono rispettare il Regolamento UE 2016/679 in materia di *privacy* e, in particolare, i principi di:

- limitazione della finalità;
- minimizzazione dei dati;
- limitazione della conservazione;

di cui all'[articolo 5](#), GDPR.

“Articolo 5 – Principi applicabili al trattamento dei dati personali

I dati personali sono:

(...)

b) raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità; un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel

¹ Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali («limitazione della finalità»);

c) adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati («minimizzazione dei dati»);

(...)

e) conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati; i dati personali possono essere conservati per periodi più lunghi a condizione che siano trattati esclusivamente a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, fatta salva l'attuazione di misure tecniche e organizzative adeguate richieste dal presente regolamento a tutela dei diritti e delle libertà dell'interessato («limitazione della conservazione»).

Il considerando n. 39 del Regolamento chiarisce che:

- le finalità specifiche del trattamento dei dati personali dovrebbero essere esplicite e legittime e precisate al momento della raccolta di detti dati personali;
- i dati personali dovrebbero essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario per le finalità del loro trattamento.

Inoltre, per il citato considerando, da quanto sopra scaturisce l'obbligo, in particolare, di assicurare che il periodo di conservazione dei dati personali sia limitato al minimo necessario.

Inoltre, i dati personali dovrebbero essere trattati solo se la finalità del trattamento non è ragionevolmente conseguibile con altri mezzi e, onde assicurare che i dati personali non siano conservati più a lungo del necessario, il titolare del trattamento dovrebbe stabilire un termine per la cancellazione o per la verifica periodica.

Tale verifica periodica dovrebbe essere finalizzata a eliminare i dati non più utili rispetto alle finalità perseguite.

Successivamente al raggiungimento del limite del periodo di conservazione è, teoricamente, possibile continuare a conservare i dati con una modalità che non renda identificabile l'interessato. L'utilizzo dei dati successivamente al raggiungimento della finalità o successivamente al termine di conservazione individuato sulla base di una norma nazionale o europea porterebbe a un abuso.

Sempre in materia, è utile ricordare che tutta la documentazione di lavoro dei dipendenti e collaboratori contiene dati personali e, in alcuni casi, quantomeno anche dati relativi alla salute e altri dati particolari

di cui all'[articolo 9](#), GDPR, che possono essere trattati dai datori di lavoro/titolari del trattamento senza consenso, in quanto il trattamento:

- è necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale;
- è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del nostro diritto.

Posto ciò, occorre tener anche presente che il GDPR stabilisce il principio di responsabilizzazione in capo al titolare del trattamento.

Infine, si rammenta che coloro che si occupano di consulenza del lavoro possono trattare tali dati per conto del titolare del trattamento loro cliente in virtù di un contratto che li nomina responsabili esterni del trattamento e che li vincoli al titolare del trattamento.

Posto che possono essere nominati responsabili del trattamento solo i soggetti che presentino garanzie sufficienti per mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate, in modo tale che il trattamento soddisfi i requisiti del Regolamento e garantisca la tutela dei diritti dell'interessato, il contratto tra titolare e responsabile deve indicare la materia disciplinata e la durata del trattamento, la natura e la finalità del trattamento, il tipo di dati personali e le categorie di interessati, gli obblighi e i diritti del titolare del trattamento e deve prevedere quanto altro stabilito dall'[articolo 28](#), Regolamento UE 2016/679.

I vecchi libri paga e matricola

Ai sensi del decreto del Ministero del lavoro del 9 luglio 2008, fino al periodo di paga relativo al mese di dicembre 2008 i datori di lavoro hanno potuto adempiere agli obblighi di istituzione e tenuta del LUL, mediante la corretta e regolare tenuta del libro paga, nelle sue sezioni paga e presenze.

L'[articolo 6](#), comma 2, D.M. 9 luglio 2008, ha, altresì, dimezzato, gli obblighi di conservazione, fissando in 5 anni dalla data dell'ultima registrazione l'obbligo in questione riferito ai vecchi libri paga e matricola. Per la circolare n. 20/2008 del Ministero del lavoro gli organi di vigilanza, anche nelle ipotesi di verifiche che attengono alla ricostruzione dei crediti contributivi nel termine decennale, devono acquisire la documentazione d'ufficio o da parte del lavoratore denunciante senza gravare il soggetto ispezionato.

Quindi, in definitiva, i libri paga e matricola vanno conservati per legge solo per 5 anni dall'ultima registrazione.

Alla luce dell'[articolo 3](#), commi 9 e 10, L. 335/1995, e della [circolare Inps n. 31/2012](#), a decorrere dal 1° gennaio 1996 i contributi dovuti per il finanziamento del Fondo pensioni lavoratori dipendenti e di tutte le altre Gestioni pensionistiche obbligatorie si prescrivono in 5 anni; tuttavia, può essere mantenuto il termine prescrizionale decennale qualora il lavoratore o i suoi superstiti presentino all'Istituto una denuncia entro il termine di 5 anni dalla scadenza dei contributi per i quali si chiede il recupero.

Alla luce di quanto sopra, potrebbe tornare utile al datore di lavoro conservare i libri matricola e paga per un tempo più ampio dei 5 anni obbligatori per legge.

Alla luce, però, del principio di limitazione della conservazione di cui al Regolamento UE 2016/679 e del principio di *accountability*, il titolare del trattamento datore di lavoro potrebbe, a parere di chi scrive, giustificare la conservazione di tale documentazione per massimo 10 anni, proprio in virtù del termine prescrizionale decennale dei contributi in presenza di una denuncia da parte del lavoratore interessato o di un suo erede.

IL LUL

Il LUL, che, in un'ottica di semplificazione degli adempimenti relativi alla gestione del rapporto di lavoro, dal febbraio 2009 ha sostituito appieno i vecchi libri di matricola e paga, va conservato per 5 anni dalla data dell'ultima registrazione, per espressa previsione dell'[articolo 6](#), comma 1, D.M. 9 luglio 2008.

In merito, si segnala che il *vademecum* sul LUL del Ministero del lavoro ha chiarito che l'obbligo di conservazione si riferisce a documenti dismessi e, quindi, non più operativi, che si configura nel caso di cambio di sistema o di modalità della tenuta del LUL.

Per il LUL le considerazioni sono analoghe a quelle fatte per i libri di paga e matricola, evidenziando, altresì, che già il citato D.M. 9 luglio 2008 ha stabilito l'obbligo di custodire il LUL nel rispetto del D.Lgs. 196/2003, in materia di protezione dei dati personali.

Anche in questo caso, infatti, il datore di lavoro potrebbe ritenere utile conservare il LUL per un periodo maggiore dei 5 anni minimi richiesti, e, per rispettare la normativa sulla *privacy*, tale periodo potrebbe al massimo estendersi fino a 10 anni dall'ultima registrazione per i motivi già illustrati a proposito dei libri matricola e paga ovvero per il termine prescrizionale decennale dei contributi in presenza di una denuncia da parte del lavoratore interessato o di un suo erede.

Inoltre, occorre tener presente che, per il principio di minimizzazione dei dati, sul LUL vanno registrati solamente i dati adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono

trattati, per cui, a titolo esemplificativo, per i lavoratori in somministrazione, l'utilizzatore dovrà limitarsi ad annotare i dati identificativi del lavoratore (nome, cognome, codice fiscale, qualifica e livello di inquadramento contrattuale, agenzia di somministrazione), così come previsto dalla citata circolare n. 20/2008 del Ministero del lavoro.

Infine, una specifica a parte va fatta in caso di appalto e subappalto.

Nel caso di specie, il *vademecum* sul LUL del Ministero del lavoro ha previsto che, poiché il Libro Unico attesta la registrazione dei dati retributivi e delle presenze per i singoli lavoratori iscritti, il committente e l'appaltatore, previa apposita clausola nel contratto di appalto o di subappalto, potranno richiedere alla controparte (appaltatore o subappaltatore) di fornire, nel rispetto delle prescrizioni relative alla *privacy*, le scritture annotate nel LUL riferite ai lavoratori impegnati nell'appalto o nel subappalto, ai fini dei controlli inerenti alla responsabilità solidale.

In merito, per chi scrive, alla luce dei principi illustrati di cui al Regolamento UE 2016/679, il committente e l'appaltatore, in caso, rispettivamente, di appalto o subappalto, potranno conservare la copia del LUL ricevuta dall'appaltatore o subappaltatore per il tempo entro cui sussiste la responsabilità solidale ovvero entro il termine decadenziale di 2 anni dalla cessazione dell'appalto.

Tale termine decadenziale per l'esercizio dei relativi diritti opera non solo con riferimento all'esercizio dell'azione da parte del lavoratore creditore di somme di natura retributiva, ma anche nei confronti degli Istituti, creditori di somme dovute a titolo contributivo.

Per quanto concerne, invece, il subappalto, occorre tenere presente che il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha specificato che il limite dei 2 anni, in tal caso, non può che decorrere dalla cessazione dei lavori del subappaltatore e non già dall'eventuale successiva data di conclusione dell'appalto principale. Tale limite sarà anche da tener presente ai fini della durata massima di conservazione nel rispetto della normativa sulla *privacy*.

Il registro infortuni

L'obbligo di tenuta, registrazione e conservazione del registro degli infortuni, di cui all'[articolo 403](#), D.P.R. 547/1955, è stato abrogato dall'[articolo 21](#), D.Lgs. 151/2015, a far data dal 23 dicembre 2015.

Lo stesso va comunque conservato per almeno 4 anni dalla data di vidimazione, se non è mai stato utilizzato, o dalla data dell'ultima registrazione.

Lo stesso obbligo di conservazione vale per le schede individuali elaborate e stampate periodicamente nel caso in cui i datori di lavoro abbiano, a suo tempo, optato per la tenuta automatizzata del registro infortuni.

Per quanto concerne la *privacy*, non si ritiene vi siano giustificazioni che potrebbero consentire una conservazione del registro infortuni o delle schede individuali per un periodo maggiore dei suddetti 4 anni.

Il prospetto paga

Per l'[articolo 1](#), L. 4/1953, sussiste l'obbligo per i datori di lavoro di consegnare, all'atto della corresponsione della retribuzione, ai lavoratori dipendenti, con esclusione dei dirigenti, un prospetto di paga in cui devono essere indicati nome, cognome e qualifica professionale del lavoratore, il periodo cui la retribuzione si riferisce, gli assegni familiari e tutti gli altri elementi che, comunque, compongono detta retribuzione, nonché, distintamente, le singole trattenute.

Tale prospetto paga deve portare la firma, sigla o timbro del datore di lavoro o di chi ne fa le veci.

Ai sensi dell'[articolo 39](#), comma 5, D.L. 112/2008, con la consegna al lavoratore di copia delle scritturazioni effettuate nel LUL il datore di lavoro adempie agli obblighi di cui alla L. 4/1953.

Nella pratica, la gran parte dei datori di lavoro adempie all'obbligo di legge consegnando copia del LUL, ma - come il *vademecum* ministeriale chiarisce - sebbene un criterio di semplificazione porti a concepire un documento identico, non vi è alcun obbligo di corrispondenza fisica fra prospetto di paga e LUL.

Pertanto, il primo, purché nel pieno rispetto della L. 4/1953, potrà essere formato in momenti differenti rispetto al LUL e con qualsiasi modalità.

Tuttavia, si rammenta che è necessario che i dati retributivi, fiscali e previdenziali contenuti nei 2 documenti devono essere coincidenti per il medesimo periodo di riferimento.

Qualora, quindi, si opti per la consegna del prospetto paga, la sua conservazione potrebbe servire per dimostrare l'avvenuta consegna e l'avvenuto pagamento della retribuzione dovuta; infatti, anche se la sottoscrizione non costituisce una presunzione assoluta della corrispondenza tra il percepito e il dovuto, potrebbe sicuramente essere un documento idoneo su cui fondare una presunzione relativa di adempimento dell'obbligo retributivo da parte del datore di lavoro.

Il prospetto paga potrebbe, quindi, essere conservato, anche da un punto di vista *privacy*, per 5 anni, termine giustificato dalla necessità di dimostrare l'avvenuta consegna al lavoratore.

Comunicazione di assunzione e lettera di assunzione

L'[articolo 40](#), D.L. 112/2008, convertito dalla L. 133/2008, prevede che, all'atto dell'assunzione, i datori di lavoro, prima dell'inizio dell'attività di lavoro, sono tenuti a consegnare ai lavoratori una copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro di cui all'[articolo 9-bis](#), comma 2, D.L. 510/1996, convertito, con modificazioni, dalla L. 608/1996, e successive modificazioni, adempiendo in tal modo anche alla comunicazione di cui al D.Lgs. 152/1997.

La comunicazione obbligatoria va conservata nel limite prescrizione quinquennale, ma, da un punto di vista *privacy*, si potrebbe giustificare una conservazione decennale, sempre in virtù del termine di prescrizione decennale dei contributi in presenza di una denuncia da parte del lavoratore interessato o di un suo erede.

La comunicazione obbligatoria, infatti, potrebbe servire per dimostrare la data di inizio del rapporto di lavoro e, quindi, dell'insorgenza dell'obbligo contributivo.

Documentazione relativa ad assenze a vario titolo

Sempre per la supposta necessità di dover dimostrare la correttezza dei versamenti contributivi, anche la conservazione della documentazione relativa ad assenze a vario titolo - come documentazione attestante assenze per malattia, permessi ex L. 104/1992, permessi per cura degli invalidi, etc.- potrebbe essere giustificata, per la *privacy*, fino a un massimo di 10 anni.

Adempimenti in materia previdenziale e assicurativa

Infine, sempre alla luce del principio di limitazione della conservazione di cui al Regolamento UE 2016/679 e del principio di *accountability*, il titolare del trattamento datore di lavoro potrebbe giustificare la conservazione della documentazione inerente agli adempimenti in materia previdenziale e assicurativa per massimo 10 anni e sempre in forza del termine prescrizione decennale dei contributi in presenza di una denuncia da parte del lavoratore interessato o di un suo erede.

I contratti a termine

Discorso a parte merita la questione relativa alla documentazione relativa ai contratti a termine stipulati con i lavoratori, che rischia di creare non pochi problemi in ambito *privacy*.

Infatti, alla luce del D.Lgs. 81/2015, occorre tenere il conto di tutti i rapporti di lavoro intercorsi con i dipendenti, in quanto la durata dei rapporti di lavoro a tempo determinato intercorsi tra lo stesso datore

di lavoro e lo stesso lavoratore, per effetto di una successione di contratti, conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale e indipendentemente dai periodi di interruzione tra un contratto e l'altro, non può superare i 24 mesi nell'arco dell'intera vita lavorativa, pena la trasformazione dalla data del superamento.

Inoltre, poiché ai fini del computo dei 24 mesi si tiene, altresì, conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni di pari livello e categoria legale, svolti tra i medesimi soggetti, nell'ambito di somministrazioni di lavoro a tempo determinato, occorre tenere il conto anche di tutti periodi in cui i lavoratori sono stati inviati in missione presso l'azienda.

In tal caso, ci si chiede se tali giustificazioni siano sufficienti a permettere una conservazione molto lunga dei dati nel tempo - pur nel rispetto del principio di minimizzazione e fatta salva l'attuazione di misure tecniche e organizzative adeguate a tutela dei diritti e delle libertà dell'interessato - che, in genere, è esclusa dalla normativa *privacy*.

A parere di chi scrive, nel caso di specie, l'identificazione degli interessati è necessaria almeno fino alla data della pensione del lavoratore e tale arco di tempo non è certamente superiore al conseguimento delle finalità per le quali i dati sono trattati.

Quindi tale lunga conservazione, entro e non oltre la data massima entro cui il lavoratore possa andare in pensione, è legittima, anche se forse sarebbe il caso che il Garante per la protezione dei dati personali si pronunciasse in merito.

Contribuzione figurativa ai fini pensionistici

Per quanto concerne, poi, la dichiarazione richiesta al datore di lavoro, in prossimità della pensione dei lavoratori, della contribuzione figurativa ai fini pensionistici per i periodi di assenza dal lavoro per gravidanza, puerperio e malattia del figlio, si segnala che, essendo i dati necessari per l'autodichiarazione datoriale già in possesso dell'Inps, non è possibile, ai sensi del GDPR, conservarli oltre i 10 anni, per il più volte citato termine prescrizione decennale dei contributi in presenza di una denuncia da parte del lavoratore interessato o di un suo erede.

È pur vero che l'Istituto ha difficoltà a reperire tali dati, ma, di fatto, non sussiste una norma di legge che autorizza una conservazione dei dati oltre il citato termine, che, quindi, salvo un intervento auspicabile del Garante, che dovrebbe essere portato a conoscenza di tali difficoltà, non sarebbe legittima.

Malattia professionale

Particolarmente degna di nota è la questione relativa alla malattia professionale, in quanto, anche se la norma prevede un termine prescrizione triennale dell'azione per conseguire la prestazione assicurativa, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 544/1990, ha dichiarato l'illegittimità dell'[articolo 112](#), comma 1, D.P.R. 1124/1965, nella parte in cui prevede che la prescrizione dell'azione giudiziaria decorra da un momento anteriore alla morte dell'assicurato, anche quando la malattia professionale non sia accertabile se non mediante, o previo, esame autoptico.

Conseguentemente, nel caso di specie i dati necessari per la denuncia dovrebbero essere conservati fino a 3 anni dopo la morte del lavoratore, informazione che, peraltro, non sempre è possibile che il datore di lavoro conosca, perché il rapporto potrebbe essersi interrotto anche molti anni prima del decesso.

In questo caso sarebbe, quindi, teoricamente legittima una lunga conservazione, anche se è sempre auspicabile un intervento del Garante in materia.

Conclusioni

In conclusione, si comprende come nell'ambito del rapporto di lavoro molto spesso diventi necessario conservare la documentazione relativa per tempi anche lunghissimi (vedi per esempio la malattia professionale), a volte anche e solo nell'interesse del lavoratore (vedi contribuzione figurativa ai fini pensionistici).

In questo ambito sarebbe, quindi, auspicabile una soluzione indicata dal Garante, che potrebbe essere l'autorizzazione a conservare tali dati per un lungo tempo o potrebbe anche essere il mascheramento dei dati dopo il perseguimento della finalità, con la possibilità di reidentificare l'interessato in caso di necessità, grazie alla comunicazione di una chiave di decriptazione dei dati che potrebbe essere trasmessa a un soggetto terzo, quale lo stesso Inps o Inail.

La circolare di lavoro e previdenza n. 7/2019

Dimissioni volontarie o risoluzione consensuale della lavoratrice madre nel periodo protetto

di Rossella Schiavone – funzionario INL, esperta di diritto del lavoro e consulente *privacy*¹

La risoluzione consensuale del rapporto e la richiesta di dimissioni presentate dalla lavoratrice, durante il periodo di gravidanza, e dalla lavoratrice o dal lavoratore durante i primi 3 anni di vita del bambino o nei primi 3 anni di accoglienza del minore adottato o in affidamento, o, in caso di adozione internazionale, nei primi 3 anni decorrenti dalla comunicazione dell'invito a recarsi all'estero per ricevere la proposta di abbinamento, devono essere convalidate dall'Ispettorato competente per territorio. Si analizzano nel presente contributo la procedura, i diritti dei genitori e la particolarità delle dimissioni e della risoluzione consensuale del padre.

Il divieto di licenziamento

In un'ottica di tutela della maternità e della paternità, ai sensi dell'[articolo 54](#), D.Lgs. 151/2001, sussiste il divieto di licenziamento per le donne lavoratrici dall'inizio del periodo di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino.

In caso di adozione nazionale, il divieto di licenziamento si applica fino a un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare, mentre in caso di adozione internazionale il divieto opera dal momento della comunicazione della proposta di incontro con il minore adottando, ovvero della comunicazione dell'invito a recarsi all'estero per ricevere la proposta di abbinamento.

Il divieto di licenziamento non si applica in caso di:

- a) colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro;
- b) cessazione dell'attività dell'azienda cui la stessa è addetta;
- c) ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine;

¹ Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

d) esito negativo della prova, fermo restando il divieto di discriminazione.

Dimissioni e risoluzione consensuale della madre

Per espressa previsione legislativa ([articolo 55](#), comma 4, D.Lgs. 151/2001), la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro o la richiesta di dimissioni presentate dalla lavoratrice, durante il periodo di gravidanza, e dalla lavoratrice o dal lavoratore durante i primi 3 anni di vita del bambino o nei primi 3 anni di accoglienza del minore adottato o in affidamento o, in caso di adozione internazionale, nei primi tre anni decorrenti dalla comunicazione dell'invito a recarsi all'estero per ricevere la proposta di abbinamento, devono essere convalidate dall'Ispettorato competente per territorio.

L'articolo 55, comma 4, T.U. maternità e paternità, stabilisce, inoltre, che alla convalida in questione è sospensivamente condizionata l'efficacia della risoluzione del rapporto di lavoro.

Da notare che la convalida in questione va obbligatoriamente fatta presso l'Ispettorato, in quanto le ipotesi di cui all'articolo 55, comma 4, T.U. maternità e paternità, sono escluse dall'[articolo 26](#), comma 1, D.Lgs. 151/2015, dalle dimissioni e risoluzioni consensuali del rapporto di lavoro che vanno fatte, a pena di inefficacia, esclusivamente con modalità telematiche.

Dimissioni e risoluzione consensuale del padre

La questione relativa alla necessità di convalida presso l'Ispettorato delle dimissioni e della risoluzione consensuale del padre merita un'analisi particolareggiata, in quanto abbastanza dibattuta.

Il più volte citato articolo 55, comma 4, D.Lgs. 151/2001, recita:

“La risoluzione consensuale del rapporto o la richiesta di dimissioni presentate dalla lavoratrice, durante il periodo di gravidanza, e dalla lavoratrice o dal lavoratore durante i primi tre anni di vita del bambino o nei primi tre anni di accoglienza del minore adottato o in affidamento, o, in caso di adozione internazionale, nei primi tre anni decorrenti dalle comunicazioni di cui all'articolo 54, comma 9, devono essere convalidate dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali competente per territorio. A detta convalida è sospensivamente condizionata l'efficacia della risoluzione del rapporto di lavoro”.

Quindi, dal dettato letterale della norma si deduce che la convalida presso l'ITL è necessaria anche nel caso in cui un padre lavoratore si dimetta durante i primi 3 anni di vita del bambino o nei primi 3 anni di accoglienza del minore adottato o in affidamento o, in caso di adozione internazionale, nei primi 3

anni decorrenti dalla comunicazione dell'invito a recarsi all'estero per ricevere la proposta di abbinamento.

Tuttavia, sempre più spesso viene affermato, e si legge, che la necessità della convalida delle dimissioni e della risoluzione consensuale presso l'Ispettorato nei primi 3 anni di vita del bambino da parte del padre lavoratore sussista solo ed esclusivamente nel caso in cui questi abbia fruito del congedo di paternità.

Il tutto è nato a seguito della sentenza della Suprema Corte di Cassazione, n. 11676/2012, la quale ha affermato che l'[articolo 55](#), comma 4, D.Lgs. 151/2001, deve essere necessariamente letto in stretta connessione con le disposizioni dei precedenti commi del medesimo articolo 55 e, in particolare, con i commi 1 e 2, da cui si evince che ha diritto alle indennità previste da disposizioni di legge e contrattuali il padre lavoratore che si dimette volontariamente durante il periodo per cui è previsto il divieto di licenziamento, ma solo se ha fruito del congedo di paternità.

Articolo 55, D.Lgs. 151/2001

1. In caso di dimissioni volontarie presentate durante il periodo per cui è previsto, a norma dell'articolo 54, il divieto di licenziamento, la lavoratrice ha diritto alle indennità previste da disposizioni di legge e contrattuali per il caso di licenziamento. La lavoratrice e il lavoratore che si dimettono nel predetto periodo non sono tenuti al preavviso.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica al padre lavoratore che ha fruito del congedo di paternità.

Per la Cassazione, se ci si fermasse al mero tenore letterale dell'articolo 55, comma 4, D.Lgs. 151/2001, senza completarne la portata precettiva attraverso il criterio ermeneutico del significato alla stessa attribuibile in base all'intenzione del Legislatore, questa sarebbe in contrasto con il principio della certezza dei rapporti giuridici, in quanto impedirebbe al datore di lavoro di accettare le dimissioni del lavoratore padre senza avere, in via cautelare, la convalida delle stesse dinanzi all'Ispettorato, non potendo in alcun modo conoscere la sua situazione familiare, a differenza della lavoratrice madre, per la quale la conoscibilità della gravidanza è necessaria per la fruizione del congedo di maternità.

Quindi, per gli Ermellini la norma in questione va necessariamente interpretata in stretta correlazione con le norme che hanno previsto il divieto di licenziamento e disciplinato le dimissioni volontarie del lavoratore padre ([articolo 54](#), comma 7 e articolo 55, commi 1 e 2, D.Lgs. 151/2001) o, quanto meno, in modo costituzionalmente orientato, in funzione dell'esigenza probatoria, il cui onere non può che

ricadere sul lavoratore che intenda far valere l'invalidità delle dimissioni non convalidate nei modi di legge.

Chi scrive, tuttavia, non può non evidenziare che, al di là del valore non vincolante delle sentenze della Cassazione, nel caso di specie il padre lavoratore non aveva fruito del congedo di paternità e non aveva neanche comunicato la nascita del figlio al proprio datore di lavoro.

In conclusione, alla luce di quanto sopra, si ritiene che sia necessaria la convalida delle dimissioni del padre lavoratore qualora intervengano nei primi 3 anni di vita del bambino anche qualora il padre non abbia fruito di congedo di paternità di cui all'[articolo 28](#), D.Lgs. 151/2001, o di congedo parentale, in quanto al momento non risultano indicazioni in senso contrario da parte dell'INL.

La procedura

La procedura per ottenere la convalida delle dimissioni e della risoluzione consensuale nel periodo protetto prevede l'obbligo, per la lavoratrice madre e il padre lavoratore, di presentarsi personalmente presso l'Ispettorato del lavoro, dove i funzionari preposti sono tenuti ad accertare, attraverso un colloquio diretto con gli stessi, la genuinità della loro volontà e, di conseguenza, l'assenza di condizionamenti da parte del datore di lavoro.

Agli interessati viene, quindi, fatto firmare un modulo dove sono innanzitutto indicati i diritti spettanti ai genitori ai sensi del T.U. maternità e paternità, con specifico riferimento a:

- [articolo 54](#), inerente il divieto di licenziamento nel periodo protetto;
- articoli [16](#), [17](#) e [32](#), relativi a congedo di maternità e congedo parentale fruibile anche su base oraria e relative indennità;
- articolo [39](#) ss., disciplinanti i riposi ed i permessi anche in caso di malattia del figlio;
- [articolo 55](#), comma 4, che stabilisce l'obbligo di convalida in questione;
- articolo 55, comma 1, inerente al diritto all'indennità previste per il licenziamento anche in caso di convalida delle dimissioni.

A quanto sopra si aggiunge il diritto ex [articolo 8](#), comma 7, D.Lgs. 81/2015, in forza del quale i genitori hanno il diritto di chiedere, per una sola volta, in luogo del congedo parentale o entro i limiti del congedo ancora spettante, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale con una riduzione d'orario non superiore al 50%.

Successivamente:

- spetta alla madre dichiarare di essere in gravidanza o la data del parto o la data di adozione del bambino, mentre il padre deve indicare la data di nascita o di adozione del figlio;

- occorre indicare il numero dei figli e la loro relativa data di nascita;
- bisogna specificare i dati del datore di lavoro, l'anzianità di servizio, le mansioni espletate e la qualifica.

Inoltre si deve dichiarare se si è:

- giunti alla decisione di dimettersi per libera scelta o di risolvere consensualmente il rapporto di lavoro e i motivi²;
- giunti alla decisione di dimettersi per giusta causa.

Seguono le informazioni su:

- data di decorrenza della risoluzione o del recesso;
- eventuali incentivi ricevuti;
- articolazione dell'orario di lavoro svolto;
- eventuale richiesta di *part-time* o di orario più flessibile e l'accoglimento o meno da parte del datore di lavoro;
- eventuali modifiche di mansioni intervenute negli ultimi 2 anni;
- eventuale richiesta fatta al datore di istituti normativi e contrattuali disponibili a sostegno della genitorialità e l'eventuale fruizione degli stessi.

Il genitore viene, poi, informato della possibilità di rivolgersi alla Consigliera provinciale di parità e viene precisato che i dati forniti saranno utilizzati ai fini statistici dalla Consigliera stessa, in forma anonima, per promuovere la parità uomo/donna sul posto di lavoro.

Successivamente, al genitore viene fatta firmare la dichiarazione di dimissione volontaria o di risoluzione consensuale o di dimissione per giusta causa, con la specifica che, in caso di sussistenza per giusta causa, potranno seguire accertamenti ispettivi.

Si rappresenta, infine, che le dimissioni o la risoluzione consensuale potrebbero non essere convalidate dall'Ispettorato del lavoro per:

- mancata genuinità del consenso;
- revoca delle dimissioni presentate in mancanza di un'adeguata e/o incompleta conoscenza dei propri diritti, acquisita dagli interessati a seguito del colloquio con il Funzionario dell'Ufficio;
- per qualsiasi altro valido motivo che va specificato dall'ITL.

² Alcuni motivi che potrebbero aver spinto alla scelta sono elencati nella modulistica e vanno, eventualmente, confermati. Fra questi si segnala il passaggio ad altra azienda, il cambio di residenza e la conseguente distanza dal luogo di lavoro o la necessità di ricongiungersi al coniuge, la difficoltà a conciliare il lavoro e la cura del bambino per l'assenza di parenti di supporto, l'elevata incidenza dei costi di asilo nido o *baby sitter* o il mancato accoglimento al nido del bambino o, ancora, la distanza della sede di lavoro, la modifica della sede di lavoro, il cambio di mansioni, la gravosità dell'organizzazione e delle condizioni di lavoro, la possibilità datoriale di modificare gli orari di lavoro, la negazione del *part-time*, il trasferimento dell'azienda.

Il Tfr, la NASpl e il preavviso

L'[articolo 55](#), commi 1 e 2, D.Lgs. 151/2001, stabilisce che, in caso di dimissioni volontarie presentate durante il periodo in cui è previsto, a norma dell'[articolo 54](#), il divieto di licenziamento, la lavoratrice madre ha diritto alle indennità previste da disposizioni di legge e contrattuali per il caso di licenziamento e lo stesso diritto spetta anche al padre lavoratore che ha fruito del congedo di paternità. Inoltre, la lavoratrice e il lavoratore che si dimettono nel predetto periodo non sono tenuti al preavviso.

Da notare, quindi, che i diritti alle indennità previste da disposizioni di legge e contrattuali per il caso di licenziamento e il non obbligo del preavviso si riferiscono all'ipotesi di "dimissioni" presentate fino al compimento di un anno di età del bambino (periodo in cui sussiste il divieto di licenziamento), in quanto le modifiche relative all'estensione temporale da 1 a 3 anni riguardano esclusivamente la procedura di convalida delle dimissioni stesse³.

Da quanto sopra si deduce che, nel caso di specie, la donna (ma anche l'uomo che abbia fruito del congedo di paternità) conserva il diritto a percepire:

- il Tfr;
- l'indennità di disoccupazione, se ne possiede i requisiti;

e non abbia l'obbligo di rispettare il periodo di preavviso contrattualmente previsto, mantenendo comunque il diritto ad avere la relativa indennità sostitutiva.

Come evidenziato dalla dottrina, in pratica, la norma attribuisce ai lavoratori il diritto alla riparazione di un danno prodotto da un loro comportamento volontario, in apparente contrasto col principio di autoresponsabilità, ma, in realtà, è fondata sulla presunzione di non spontaneità completa delle dimissioni, dovute alla necessità di occuparsi del bambino in via esclusiva o, comunque, con una dedizione tale da poter ostacolare la migliore esecuzione della prestazione lavorativa.

³ La questione era già stata chiarita dal Ministero del lavoro con la risposta interpellato [n. 28/2014](#) prima della modifica dell'articolo 55, intervenuta a opera del D.Lgs. 80/2015. In tale occasione, infatti l'Arīs – Associazione religiosa istituti socio-sanitari – aveva chiesto se l'articolo 55, comma 5, D.Lgs. 151/2001, concernente la possibilità della lavoratrice madre o del lavoratore padre di presentare le dimissioni senza l'osservanza del preavviso sancito dall'articolo 2118 cod. civ. si riferiva alle dimissioni presentate durante il primo anno di vita del bambino, ovvero a quelle comunicate al datore di lavoro entro il compimento del terzo anno. In tale occasione, il Ministero ha specificato che l'articolo 55, comma 4, T.U. maternità e paternità, come modificato dall'articolo 4, comma 16, L. 92/2012 – ai sensi del quale la risoluzione consensuale del rapporto o la richiesta di dimissioni presentata dalla lavoratrice, durante la gravidanza e dalla lavoratrice o dal lavoratore nel corso dei primi 3 anni di vita del bambino, doveva essere convalidata dal servizio ispettivo del Ministero - ha comportato l'estensione, da un anno ai primi 3 anni di vita del bambino, del periodo in cui è necessario attivare la procedura di convalida, proprio al fine di predisporre una tutela rafforzata volta a salvaguardare la genuinità della scelta da parte della lavoratrice o del lavoratore. Tuttavia, in ordine alla questione circa l'obbligo di preavviso nel caso di dimissioni, l'articolo 55, comma 5, stabiliva che *"nel caso di dimissioni di cui al presente articolo, la lavoratrice o il lavoratore non sono tenuti al preavviso"* e per il Ministero, sebbene la disposizione facesse riferimento all'articolo 55 nel suo complesso, era evidentemente riferita all'ipotesi di "dimissioni" presentate nel periodo in cui sussiste il divieto di licenziamento e cioè fino al compimento di un anno di età del bambino.

Si tratta, a questo punto, di considerare se la presunzione di non spontaneità debba ritenersi assoluta o relativa.

In un primo momento la Cassazione aveva optato per la presunzione assoluta, sostenendo che il diritto a non rispettare il periodo di preavviso permanesse anche in caso di successiva occupazione della madre dimissionaria e che l'indennità sostitutiva fosse sempre giustificata, perché il reperimento di una nuova occupazione può essere finalizzato alla migliore cura del bambino.

Successivamente, sempre la Suprema Corte di Cassazione, con sentenza n. 10994/2000, ha però sostenuto che, in realtà, il recesso volontario potrebbe anche essere dovuto al reperimento di situazioni lavorative più vantaggiose per il genitore, per cui ha escluso il pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso nel caso in cui il datore di lavoro riesca a dimostrare che la lavoratrice madre abbia iniziato una nuova occupazione dopo le dimissioni, senza soluzione di continuità, a meno che la stessa non riesca a provare che la nuova occupazione sia per lei meno vantaggiosa della precedente, sul piano patrimoniale o non patrimoniale.

Quanto al diritto all'indennità di disoccupazione, si segnala che già la L. 1204/1971 equiparava le dimissioni presentate durante la gravidanza e nel primo anno di vita del bambino al licenziamento, quindi la lavoratrice madre o il padre dimessisi nel periodo in questione, mantengono il diritto al trattamento di disoccupazione, come peraltro chiarito dall'Inps con circolare n. 128/2000.

Più recentemente e con riferimento alla NASpl, l'Inps, con la [circolare n. 94/2015](#), ha confermato che la NASpl è riconosciuta anche in caso di dimissioni che avvengano durante il periodo tutelato di maternità ex [articolo 55](#), D.Lgs. 151/2001 (da 300 giorni prima della data presunta del parto e fino al compimento del primo anno di vita del figlio).

La risoluzione consensuale del rapporto di lavoro non è stata ritenuta dall'Istituto ostativa al riconoscimento della prestazione, qualora, però, sia intervenuta nell'ambito della procedura di conciliazione da tenersi presso l'INL secondo le modalità previste all'[articolo 7](#), L. 604/1966, come sostituito dall'[articolo 1](#), comma 40, L. 92/2012.

Chiaramente, per avere diritto alla NASpl la lavoratrice deve presentare congiuntamente anche i seguenti requisiti:

- a) essere in stato di disoccupazione;
- b) poter far valere, nei 4 anni precedenti l'inizio del periodo di disoccupazione, almeno 13 settimane di contribuzione contro la disoccupazione. Ai fini del perfezionamento del requisito richiesto, si considerano utili anche i contributi figurativi accreditati per congedo di maternità se all'inizio dell'astensione risulta già versata o dovuta contribuzione e i periodi di congedo parentale, purché

regolarmente indennizzati e intervenuti in costanza di rapporto di lavoro e i periodi di astensione dal lavoro per malattia dei figli fino agli 8 anni di età nel limite di 5 giorni lavorativi nell'anno solare;

c) poter far valere 30 giornate di lavoro effettivo, a prescindere dal minimale contributivo, nei 12 mesi che precedono l'inizio del periodo di disoccupazione. I periodi di assenza dal lavoro per congedo di maternità, se all'inizio dell'astensione risulta già versata o dovuta contribuzione e i periodi di congedo parentale, purché regolarmente indennizzati e intervenuti in costanza di rapporto di lavoro, ove si verificano o siano in corso nei 12 mesi che precedono l'inizio del periodo di disoccupazione, determinano un ampliamento - pari alla durata degli eventi medesimi - del periodo di 12 mesi all'interno del quale ricercare il requisito delle 30 giornate.

La circolare di lavoro e previdenza n. 28-29/2019

Permesso di soggiorno scaduto: tempi di rinnovo, assunzione e continuazione di un rapporto di lavoro in atto

di Rossella Schiavone – funzionario INL, esperta di diritto del lavoro e consulente *privacy*¹

Nelle more del rinnovo del permesso di soggiorno scaduto, il lavoratore extracomunitario può essere assunto e anche proseguire un rapporto di lavoro già in corso, a condizione che si attivi per richiedere il rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro nei termini di legge e possa dimostrarlo con l'apposita ricevuta o prenotazione.

Il rinnovo del permesso di soggiorno

Ai sensi dell'[articolo 5](#), comma 4, T.U. immigrazione (D.Lgs. 286/1998), il rinnovo del permesso di soggiorno va richiesto dallo straniero al Questore della Provincia in cui dimora, almeno 60 giorni prima della scadenza, ed è sottoposto alla verifica delle condizioni previste per il rilascio e delle diverse condizioni previste dal T.U. stesso.

Il Regolamento attuativo (D.P.R. 394/1999), all'[articolo 13](#), stabilisce che il permesso di soggiorno rilasciato dai Paesi aderenti all'accordo di Schengen, in conformità di un visto uniforme previsto dalla convenzione di applicazione del predetto accordo, ovvero rilasciato in esenzione di visto, per i soli motivi di turismo, non può essere rinnovato o prorogato oltre la durata di 90 giorni.

Ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno, fermo restando quanto previsto dall'[articolo 22](#), comma 11, D.Lgs. 286/1998, la documentazione attestante la disponibilità di un reddito da lavoro o da altra fonte lecita, sufficiente al sostentamento proprio e dei familiari conviventi a carico, può essere accertata d'ufficio sulla base di una dichiarazione temporaneamente sostitutiva resa dall'interessato con la richiesta di rinnovo.

Per la richiesta di rinnovo bisogna essere in possesso dei requisiti previsti per il tipo di permesso di soggiorno che si richiede (ad esempio: lavoro, motivi familiari, studio, etc.) e la domanda può essere

¹ Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

presentata tramite i *kit* postali oppure con l'assistenza degli uffici comunali predisposti oppure dei patronati.

Il D.P.R. 394/1999 prevede che la richiesta di rinnovo debba essere presentata in duplice copia e l'addetto alla ricezione, esaminati i documenti esibiti e accertata l'identità del richiedente, rilasci una copia della richiesta, munito del timbro datario dell'ufficio e della propria firma, quale ricevuta.

Il permesso di soggiorno non può essere rinnovato o prorogato quando risulta che lo straniero abbia interrotto il soggiorno in Italia per un periodo continuativo di oltre 6 mesi o, per i permessi di soggiorno di durata almeno biennale, per un periodo continuativo superiore alla metà del periodo di validità del permesso di soggiorno, salvo che detta interruzione sia dipesa dalla necessità di adempiere agli obblighi militari o da altri gravi e comprovati motivi.

Inoltre, occorre tener presente che l'[articolo 13](#), comma 2, lettera b), D.Lgs. 286/1998, stabilisce che lo straniero può essere espulso quando si è trattenuto nel territorio dello Stato senza avere richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, ovvero quando il permesso di soggiorno sia stato revocato o annullato o rifiutato ovvero sia scaduto da più di 60 giorni e non ne sia stato chiesto il rinnovo.

Il rispetto dei termini

In merito al termine dei “60 giorni prima della scadenza” previsto per il rinnovo del permesso di soggiorno dall'[articolo 5](#), T.U., si evidenzia che il Legislatore non ha qualificato tale termine come perentorio e la dottrina sostiene in merito che il mancato rispetto dei termini per il rinnovo costituisca una mera irregolarità amministrativa sanabile, che, d'altra parte, non ne comprometterebbe l'accettazione.

Tale termine va, quindi, considerato di tipo ordinatorio ovvero un termine che il Legislatore suggerisce di rispettare per la continuità tra il permesso di soggiorno in scadenza e quello che dovrebbe essere rilasciato.

Sempre in materia di rispetto dei termini, la Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con sentenza n. 7892/2003 ha stabilito che la presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno oltre il termine di 60 giorni dalla sua scadenza non consente l'espulsione “automatica” dello straniero, la quale potrà essere disposta solo se la domanda sia stata respinta per la mancanza originaria o sopravvenuta dei requisiti richiesti dalla legge per il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale, mentre la sua tardiva presentazione potrà costituirne solo indice rivelatore nel quadro di una valutazione complessiva della situazione in cui versa l'interessato.

Il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro

Il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro è subordinato alla sussistenza di un contratto di lavoro e alla garanzia da parte del datore di lavoro della disponibilità di un alloggio per il lavoratore che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica, che va autocertificata dal datore di lavoro.

Ad ogni modo, si rammenta che la perdita del posto di lavoro non costituisce motivo di revoca del permesso di soggiorno al lavoratore extracomunitario e ai suoi familiari legalmente soggiornanti e, infatti, il lavoratore straniero in possesso del permesso di soggiorno per lavoro subordinato che perda il posto di lavoro, anche per dimissioni, può essere iscritto nelle liste di collocamento per il periodo di residua validità del permesso di soggiorno e, comunque, salvo che si tratti di permesso di soggiorno per lavoro stagionale, per un periodo non inferiore a un anno ovvero per tutto il periodo di durata della prestazione di sostegno al reddito percepita dal lavoratore straniero, qualora superiore.

L'assunzione nelle more del rilascio del rinnovo

L'[articolo 22](#), comma 12, T.U. immigrazione, stabilisce che il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno che permetta di svolgere attività di lavoro subordinata, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, ovvero il cui permesso di soggiorno sia stato revocato o annullato, è punito con la reclusione da 6 mesi a 3 anni e con la multa di 5.000 euro per ogni lavoratore impiegato.

Si rammenta che le pene sono aumentate da 1/3 alla metà:

- a) se i lavoratori occupati sono in numero superiore a 3;
- b) se i lavoratori occupati sono minori in età non lavorativa;
- c) se i lavoratori occupati sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento.

Inoltre, con la sentenza di condanna il giudice applica la sanzione amministrativa accessoria del pagamento del costo medio di rimpatrio del lavoratore straniero assunto illegalmente, che per il 2019 è pari a 2.052 euro (il D.l. 151/2018 ha fissato, per l'anno 2018, il costo medio del rimpatrio per ogni lavoratore straniero assunto illegalmente in 1.398 euro e tale somma è stata aggiornata con Decreto del 22 febbraio 2019).

Inoltre, alla luce dell'[articolo 22](#), D.Lgs. 151/2015, in caso di impiego di lavoratori extracomunitari senza permesso di soggiorno o con permesso scaduto e non rinnovato, si applica non solo la maxisanzione per lavoro nero (impiego di lavoratori subordinati senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro da parte di un datore di lavoro privato con la sola esclusione per il lavoro domestico), ma è previsto anche un incremento della maxisanzione stessa pari al 20%.

Quindi, in caso di occupazione illecita di lavoratore extracomunitario la maxisanzione va:

- a) da 2.160 a 12.960 euro per ciascun lavoratore irregolare in caso di impiego del lavoratore fino a 30 giorni di lavoro effettivo;
- b) da 4.320 a 25.920 euro per ciascun lavoratore irregolare in caso di impiego del lavoratore da 31 a 60 giorni di lavoro effettivo;
- c) da 8.640 euro a 51.840 euro per ciascun lavoratore irregolare in caso di impiego del lavoratore oltre 60 giorni.

Si rammenta che nel caso di specie non è applicabile l'istituto della diffida ex [articolo 13](#), D.Lgs. 124/2004, ma solo la sanzione ridotta ex [articolo 16](#), L. 689/1981.

Posto ciò, dal dettato letterale della norma si deduce che è possibile assumere un lavoratore durante la fase del rinnovo del permesso di soggiorno, così come è possibile proseguire un rapporto di lavoro già in corso anche durante la fase del rinnovo, a condizione che il lavoratore si attivi per richiedere il rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro nei termini di legge e possa dimostrarlo con l'apposita ricevuta o prenotazione.

Conseguentemente, il datore di lavoro, prima di procedere all'assunzione, in presenza di un permesso di soggiorno scaduto, dovrà chiedere anche la ricevuta rilasciata da Poste italiane Spa, che attesti l'avvenuta presentazione della domanda di rinnovo, il titolo di soggiorno scaduto e il passaporto o altro documento equipollente.

Si evidenzia che l'assunzione non sarebbe consigliabile qualora il lavoratore straniero non sia in possesso di titolo di viaggio in corso di validità, in quanto il Ministero dell'interno, con circolare del 20 aprile 1998, rispondendo a un quesito posto dalla Questura di Milano, ha chiarito che ai cittadini extracomunitari privi di passaporto o documento equipollente non può essere concesso il rinnovo del permesso di soggiorno a qualsiasi titolo ottenuto.

Infatti, il già citato [articolo 5](#), comma 4, D.Lgs. 286/1998, prescrive che il rinnovo del permesso sia sottoposto alla verifica delle condizioni previste per il rilascio e l'[articolo 4](#), comma 1, D.Lgs. 286/1998,

prevede che l'ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del visto d'ingresso.

Posto che sulla scorta di quanto disposto dal citato [articolo 13](#), T.U., è ammissibile la presentazione dell'istanza di rinnovo entro i 60 giorni successivi alla data di scadenza del permesso di soggiorno, si rinvia alla citata sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 7892/2003, la quale ha stabilito che la presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno oltre il termine di 60 giorni dalla sua scadenza non consente l'espulsione "automatica" dello straniero.

Lavoratore in forza che non richiede il rinnovo del permesso

L'[articolo 5](#), comma 9-*bis*, T.U. immigrazione, stabilisce che, in attesa del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno, anche nel caso in cui non venga rispettato il termine di 60 giorni dalla data in cui è stata presentata la domanda, il lavoratore straniero può legittimamente soggiornare nel territorio dello Stato e svolgere temporaneamente l'attività lavorativa fino a eventuale comunicazione dell'Autorità di pubblica sicurezza, da notificare anche al datore di lavoro, con l'indicazione dell'esistenza dei motivi ostativi al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno.

Sempre per il citato comma, l'attività di lavoro può svolgersi alle seguenti condizioni:

- che la richiesta del rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro sia stata effettuata dal lavoratore straniero all'atto della stipula del contratto di soggiorno, secondo le modalità previste nel regolamento d'attuazione, ovvero, nel caso di rinnovo, la richiesta sia stata presentata prima della scadenza del permesso, ai sensi del precedente comma 4, e dell'[articolo 13](#), D.P.R. 394/1999, o entro 60 giorni dalla scadenza dello stesso;
- che sia stata rilasciata dal competente ufficio la ricevuta attestante l'avvenuta presentazione della richiesta di rilascio o di rinnovo del permesso.

Qualora, però il lavoratore non abbia presentato nei termini la richiesta di rinnovo, alla luce della sentenza n. 7892/2003 della Cassazione a Sezioni Unite, si ritiene che non si possa procedere al suo licenziamento.

Tuttavia, se il lavoratore, anche su esplicita richiesta, non consegna al proprio datore di lavoro documentazione che dimostri la presentazione dell'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno, in via prudenziale e per evitare di incorrere nella violazione di cui all'[articolo 22](#), comma 12, T.U., si ritiene opportuno disporre la sospensione totale del rapporto di lavoro, con riguardo a ogni effetto economico e giuridico, compresa l'esclusione della maturazione delle quote di mensilità differite, del Tfr, dell'anzianità e degli obblighi di contribuzione (vedi Cassazione, sentenza n. 9407/2001).

D'altra parte, la scadenza del permesso di soggiorno non determina necessariamente e automaticamente un'impossibilità definitiva di attuazione del rapporto.

Solo quando l'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno abbia ricevuto un diniego e l'atto di rigetto sia definitivo, potrà essere intimato al lavoratore extracomunitario il licenziamento per giustificato motivo per totale impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Il rifiuto di rinnovo del permesso di soggiorno

Giusto [articolo 5](#), comma 5, D.Lgs. 286/1998, il rinnovo del permesso di soggiorno va rifiutato quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato e sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili.

Nell'adottare il provvedimento di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto si tiene anche conto della natura e dell'effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale.

Nel valutare la pericolosità dello straniero per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone, ai fini dell'adozione del provvedimento di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari, si tiene conto anche di eventuali condanne per i reati previsti dagli articoli [380](#), commi 1 e 2, e [407](#), comma 2, lettera a), c.p.c., ovvero per i reati di cui all'[articolo 12](#), commi 1, 3 e 3-ter, T.U..

Tipologie di permesso che consentono lo svolgimento di attività lavorativa

I permessi di soggiorno che consentono lo svolgimento di attività lavorativa, sono quelli rilasciati per:

- lavoro subordinato non stagionale, che consente anche l'esercizio di lavoro autonomo, previa acquisizione del titolo abilitativo o autorizzatorio eventualmente prescritto e sempre che sussistano gli altri requisiti o condizioni previsti dalla normativa vigente per l'esercizio dell'attività lavorativa in forma autonoma, nonché l'esercizio di attività lavorativa in qualità di socio lavoratore di cooperative;
- lavoro subordinato stagionale;
- lavoro autonomo, che consente l'esercizio di lavoro subordinato, per il periodo di validità dello stesso;
- motivi di famiglia, che consente lo svolgimento di lavoro subordinato e autonomo;

- protezione sussidiaria, che consente l'accesso al lavoro e allo studio ed è convertibile per motivi di lavoro, sussistendone i requisiti;
- per studio o formazione, che consente di svolgere un'attività lavorativa di tipo subordinato che non può superare le 20 ore settimanali, anche cumulabili per 52 settimane, fino a un massimo di 1.040 ore annuali;
- soggiornanti di lungo periodo;
- motivi familiari;
- richiesta di asilo, purché siano trascorsi 60 giorni dalla presentazione della domanda, se il procedimento di esame della domanda non sia concluso e il ritardo non possa essere attribuito al richiedente;
- richiesta di asilo politico, protezione sussidiaria;
- motivi umanitari. Si precisa che con l'entrata in vigore del D.L. 113/2018 non saranno rilasciati nuovi permessi di soggiorno con la dicitura “motivi umanitari” e quelli in corso di validità al 5 ottobre 2018 resteranno validi fino alla scadenza. Nei procedimenti in corso per i quali la Commissione territoriale non ha accolto la domanda di protezione internazionale e ha ritenuto sussistenti gravi motivi di carattere umanitario allo straniero viene rilasciato un permesso di soggiorno recante la dicitura “casi speciali” della durata di 2 anni, convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo o subordinato;
- protezione speciale;
- protezione sociale, particolare sfruttamento lavorativo e vittime di violenza domestica;
- apolidia;
- per assistenza di un minore.

I nuovi permessi che consentono lo svolgimento di attività lavorativa

Il D.L. 113/2018, convertito dalla L. 132/2018, ha previsto alcune nuove tipologie di permesso di soggiorno che consentono lo svolgimento di attività lavorativa: il permesso di soggiorno per calamità e quello per atti di particolare valore civile.

Più nello specifico, nel caso in cui il Paese verso il quale lo straniero dovrebbe fare ritorno versi in una situazione di contingente ed eccezionale calamità, che non consente il rientro e la permanenza in condizioni di sicurezza, il Questore rilascia un permesso di soggiorno per calamità che:

- ha una durata di 6 mesi ed è rinnovabile per un periodo ulteriore di 6 mesi, se permangono le condizioni di eccezionale calamità;

- è valido solo nel territorio nazionale e consente di svolgere attività lavorativa;
- non può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

Inoltre, qualora lo straniero abbia compiuto atti di particolare valore civile, il Ministro dell'interno, su proposta del Prefetto competente, autorizza il rilascio di uno speciale permesso di soggiorno, salvo che ricorrano motivi per ritenere che lo straniero risulti pericoloso per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, per atti di particolare valore civile che:

- ha una durata di 2 anni ed è rinnovabile;
- consente l'accesso allo studio nonché di svolgere attività lavorativa;
- può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo o subordinato.

La circolare di lavoro e previdenza n. 47/2019

Telecamere nascoste sul luogo di lavoro in caso di furti: via libera alla sorveglianza occulta?

di Rossella Schiavone – funzionario INL, esperta di diritto del lavoro e consulente *privacy*¹

La Grand Chamber della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Cedu), con [sentenza del 17 ottobre 2019](#), ha ritenuto lecita l'installazione, da parte di un datore di lavoro spagnolo, di alcune telecamere nascoste senza informare i propri dipendenti, in quanto questi aveva il sospetto che i lavoratori lo stessero derubando e le perdite subite erano ingenti. Tale sentenza, tuttavia, non sdogana la sorveglianza occulta dei lavoratori.

Premessa

La *Grand Chamber* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Cedu), con sentenza del 17 ottobre 2019 sui ricorsi 1874/13 e 8567/13, ha riconosciuto la possibilità per un datore di lavoro di installare alcune telecamere nascoste senza informare i propri dipendenti nel caso in cui questi abbia il sospetto che i lavoratori lo stiano derubando e le perdite subite risultino ingenti.

La sentenza ha fatto scalpore, tanto che a gran voce si è sostenuto da più parti che la Cedu abbia “finalmente” dato il via libera alla sorveglianza occulta dei lavoratori.

Ma è proprio così?

Il fatto

La sentenza trae origine da fatti accaduti a Barcellona nel 2009, quando il direttore di un supermercato, a seguito di irregolarità riscontrate tra *stock* di magazzino e vendite e una rilevante perdita negli incassi nell'arco di 5 mesi (più di 82.000 euro), decise di far installare un sistema di videosorveglianza a circuito chiuso, composto da alcune telecamere visibili in prossimità delle uscite e altre nascoste, che puntavano sulle casse dove supposeva avvenissero i furti.

¹ Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

Le videoriprese occulte si sono protratte per una decina di giorni e hanno portato alla luce una serie di furti di merci da parte di addetti alla cassa e addetti alle vendite, cui sono seguite ben 14 lettere di licenziamento per motivi disciplinari.

Nonostante i licenziamenti siano stati considerati legittimi dai Tribunali nazionali, 5 dei 14 lavoratori licenziati hanno fatto ricorso alla Corte di Strasburgo, lamentando la violazione dell'articolo 8, Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, che tutela la vita privata e familiare degli individui, in quanto la normativa spagnola prevede l'obbligo di informare il personale sulla presenza di sistemi di videosorveglianza.

Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali

Articolo 8 - Diritto al rispetto della vita privata e familiare

- 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.*
- 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.*

La sentenza

Con la sentenza del 17 ottobre 2019, la Cedu ha sostenuto che nel caso di specie non vi era stata violazione dell'articolo 8, Convenzione, ma, poiché le telecamere grazie alle quali era stato riscontrato il reato erano state installate in violazione dell'obbligo legale previsto dal diritto interno di fornire informazioni preliminari, e i Tribunali del lavoro non avevano affrontato tale questione, l'esame della Corte ha riguardato la questione relativa all'eventuale compromissione dell'equità del procedimento per via dell'uso in prova delle immagini ottenute mediante la videosorveglianza.

Alla luce dei fatti, la Corte ha ritenuto non vi fosse alcun motivo per mettere in discussione l'autenticità o affidabilità delle immagini, ritenendole prove valide che non necessitavano di essere confermate da altro materiale.

Inoltre, è stato riscontrato che i Tribunali spagnoli avevano basato le loro conclusioni anche su altre prove, fra cui le dichiarazioni dei richiedenti, le testimonianze del responsabile del supermercato, del rappresentante legale della società e del rappresentante del personale – di fronte ai quali i lavoratori avevano ammesso la condotta scorretta – nonché la perizia che confrontava le immagini registrate

dalla videosorveglianza con le ricevute di cassa, le quali costituiscono prove oggettive che non possono essere "viziate" dalla visione delle registrazioni e che, nel caso di specie, avevano dimostrato che un numero significativo di acquisti era stato annullato senza esborso di denaro.

Per di più, occorre anche tener presente che 3 lavoratori avevano riconosciuto i fatti negli accordi di transazione che avevano firmato.

Stante quanto sopra, la Corte ha ritenuto che l'uso come prova delle immagini ottenute dalla videosorveglianza non abbia compromesso l'equità del procedimento.

A questo punto, l'analisi si è spostata sulla disamina della proporzionalità della misura di videosorveglianza: per la Cedu, nel caso di specie, occorre distinguere i vari luoghi in cui viene effettuato il monitoraggio, alla luce della tutela della *privacy* che un dipendente possa ragionevolmente aspettarsi. Tale aspettativa, in effetti, mentre è molto alta in luoghi di natura privata – come servizi igienici, guardaroba, spogliatoi e simili – dove è giustificata una maggiore protezione o addirittura un divieto assoluto di videosorveglianza, rimane comunque alta nelle aree di lavoro chiuse, come gli uffici, ma è chiaramente inferiore in luoghi che sono visibili o accessibili ai colleghi o, ancora meglio, aperti al pubblico.

Nel caso analizzato, i lavoratori svolgevano la propria attività in un luogo aperto al pubblico, con un contatto permanente con i clienti.

Atteso poi che:

- la durata della videosorveglianza occulta – e quindi del monitoraggio – non è stata eccessiva, in quanto limitata a soli 10 giorni necessari per identificare i responsabili;
- solo poche persone – e precisamente il gestore del supermercato, il rappresentante legale della società e il rappresentante sindacale – hanno avuto accesso alle registrazioni prima che i dipendenti fossero informati;

per i giudici di Strasburgo l'intrusione nella *privacy* dei ricorrenti non ha raggiunto un livello elevato di gravità, per cui si può ritenere che sia stata proporzionata.

È pur vero, specifica la Corte, che il minimo sospetto di appropriazione indebita o qualsiasi altra violazione da parte dei dipendenti non può giustificare una sorveglianza occulta da parte del datore di lavoro, ma la sussistenza di un ragionevole sospetto che sia stata commessa una grave violazione e l'entità delle perdite può rappresentare una valida giustificazione.

I giudici spagnoli hanno, quindi – afferma la Cedu – bilanciato attentamente i diritti alla *privacy* dei lavoratori sospettati di furto e quelli datoriali, valutando in modo approfondito i motivi che hanno indotto l'azienda a installare gli impianti di videosorveglianza senza informare i dipendenti.

Quindi, in definitiva, è da ritenersi corretta l'interpretazione dei giudici spagnoli, secondo cui l'informativa dovuta al personale può di fatto essere omessa in compresenza del "ragionevole sospetto" di una grave colpa dei lavoratori e dall'entità del danno che costoro avevano causato a danno dell'azienda e che avrebbero presumibilmente continuato a causare se non fossero stati identificati e fermati.

L'intervento del Garante italiano

La scorretta informazione che è stata data nel nostro Paese a seguito della sentenza della Cedu del 17 ottobre scorso, e che sosteneva ci fosse stato il tanto agognato riconoscimento di liceità della sorveglianza occulta, ha indotto il Garante italiano per la protezione dei dati personali, [in data 17 ottobre 2019, a rilasciare una dichiarazione pubblica](#), in cui, pur condividendo i principi espressi dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, ha chiarito che la sorveglianza occulta non può e non deve diventare una prassi ordinaria, ma i controlli devono sempre essere proporzionati e non eccedenti.

La *privacy* nel controllo a distanza

In definitiva, la sentenza della Cedu non avalla la liberalizzazione del monitoraggio occulto dei dipendenti, ma il principio di proporzionalità e non eccedenza rimane centrale, non solo nella videosorveglianza, ma in ogni tipologia di controllo a distanza dei lavoratori.

Il mero controllo a distanza per "spiare" i dipendenti non è mai ammesso, nonostante l'attuale [articolo 4](#), St. Lav., non reciti più

"È vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori".

Il diritto alla *privacy* dei lavoratori – e quindi di non essere spiati a loro insaputa – trova le sue fonti in norme nazionali, comunitarie e internazionali.

A livello nazionale, il diritto alla *privacy* dei lavoratori nell'ambito del rapporto di lavoro è un diritto di rango costituzionale, riconosciuto e tutelato dagli articoli [2](#), [3](#), e soprattutto [41](#), Costituzione, che riconosce la libertà dell'iniziativa economica privata, ma pone quale limite al datore di lavoro il rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana del prestatore di lavoro.

Il mero controllo a distanza dei prestatori di lavoro è, quindi, ancora assolutamente vietato, in contrasto con i principi della Costituzione nonché capace di arrecare danno alla stessa produttività del lavoratore (Cassazione, sentenza n. 1236/1983).

D'altra parte, si rammenta che l'[articolo 38](#), St. Lav., punisce la violazione dell'[articolo 4](#), salvo che il fatto non costituisca più grave reato, con l'ammenda da 154 euro a 1.549 euro o arresto da 15 giorni a un anno² e, inoltre, nei casi più gravi, le pene dell'arresto e dell'ammenda sono applicate congiuntamente.

Il Ministero del lavoro, con nota n. 4343/2006, ha chiarito che fra i casi più gravi sanzionati pesantemente dal Legislatore c'è, innanzitutto, l'assenza delle esigenze organizzative, produttive, di sicurezza del lavoro (e di tutela del patrimonio aziendale, *NdA*), che giustificano l'installazione degli strumenti di controllo a distanza, ma anche l'installazione degli impianti a totale insaputa del lavoratore, in quanto non v'è dubbio che tale installazione sia maggiormente insidiosa e la condotta del datore sia maggiormente idonea a mettere in pericolo la riservatezza del lavoratore, così come più volte affermato anche dalla Suprema Corte.

Difatti, il controllo a distanza dei lavoratori – distanza sia temporale, ovvero differita nel tempo, che geografica – è ammesso, giusto articolo 4, L. 300/1970, solo a fronte di reali ragioni (ovvero giustificati motivi) organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e, a tal fine, il Legislatore ha previsto una procedura a garanzia della tutela dei prestatori di lavoro: l'accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali o l'autorizzazione amministrativa rilasciata dall'Ispettorato del lavoro.

Lo stretto collegamento tra l'articolo 4, St. Lav., e la normativa *privacy*³ comporta il rispetto delle norme in materia di trattamento dei dati personali, che, attualmente, trovano la loro fonte nel Regolamento UE 2016/679 e nel D.Lgs. 196/2003, come modificato dal D.Lgs. 101/2018.

Il principio di trasparenza in questo campo è un principio basilare, per cui, nel caso della videosorveglianza (e non solo) per i lavoratori dovrebbero essere trasparenti le modalità con cui i dati che li riguardano sono raccolti, utilizzati, consultati o altrimenti trattati, nonché la misura in cui tali dati personali sono trattati.

Il principio della trasparenza – come chiarito dal considerando n. 39 del GDPR – impone che le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento di tali dati personali siano facilmente accessibili e comprensibili e che sia utilizzato un linguaggio semplice e chiaro.

² Si ricorda che nel caso di specie è ammessa la prescrizione ex articolo 15, D.Lgs. 124/2004, per cui il tutto si potrebbe risolvere in una sanzione pari a 387,25 euro.

³ A conferma di tale affermazione si tenga presente che la raccolta da parte del datore di lavoro di immagini e/o informazioni tramite videosorveglianza o strumenti che permettono un controllo a distanza dei lavoratori è trattamento di dati e, come tale, rientra nella normativa *privacy*. Inoltre, l'articolo 114, D.Lgs. 196/2003, conferma quanto disposto dall'articolo 4, L. 300/1970, e l'articolo 171, D.Lgs. 196/2003, punisce la violazione dell'articolo 4, St. Lav., con le sanzioni di cui all'articolo 38, L. 300/1970.

Tale principio riguarda, in particolare, l'informazione degli interessati sull'identità del titolare del trattamento e sulle finalità del trattamento e ulteriori informazioni per assicurare un trattamento corretto e trasparente con riguardo alle persone fisiche interessate e ai loro diritti di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che le riguardano.

È opportuno che le persone fisiche siano sensibilizzate ai rischi, alle norme, alle garanzie e ai diritti relativi al trattamento dei dati personali, nonché alle modalità di esercizio dei loro diritti relativi a tale trattamento.

In particolare, le finalità specifiche del trattamento dei dati personali dovrebbero essere esplicite e legittime e precisate al momento della raccolta di detti dati personali.

I dati personali dovrebbero essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario per le finalità del loro trattamento. Da qui l'obbligo, in particolare, di assicurare che il periodo di conservazione dei dati personali sia limitato al minimo necessario.

Inoltre, i dati personali dovrebbero essere trattati solo se la finalità del trattamento non sia ragionevolmente conseguibile con altri mezzi.

Ma allora la sorveglianza occulta è lecita?

Alla luce di quanto sopra evidenziato, la sorveglianza occulta non è assolutamente ammessa nel nostro ordinamento ed è pesantemente punita dallo Statuto dei lavoratori.

Oltre quanto detto, anche la circostanza che il Legislatore, con il *Jobs Act*, abbia inserito fra i giustificati motivi che consentono il controllo a distanza dei lavoratori la tutela del patrimonio aziendale, gioca a favore di tale interpretazione, per cui anche i controlli difensivi necessitano di previo accordo sindacale o autorizzazione amministrativa.

D'altra parte, il nuovo [articolo 4](#), comma 3, L. 300/1970, ammette l'utilizzabilità di tutte le informazioni lecitamente raccolte a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro – compreso a fini disciplinari anche di tipo espulsivo – a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli⁴ e nel rispetto di quanto disposto dalla normativa *privacy*. Tuttavia, occorre evidenziare che nel caso affrontato dalla *Grand Chamber* della Corte Europea dei diritti dell'uomo (Cedu), nella sentenza del 17 ottobre 2019, non siamo davanti a un controllo generalizzato ma a un controllo – quand'anche a tutela del patrimonio aziendale – che possiamo definire

⁴ Occorre, in pratica, predisporre una policy che è un disciplinare interno da redigere in modo chiaro e senza formule generiche, da pubblicizzare adeguatamente verso i singoli lavoratori, nella rete interna, mediante affissioni sui luoghi di lavoro con modalità analoghe a quelle previste dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, che va anche sottoposta ad aggiornamento periodico, sulla falsa riga della policy suggerita dal Garante nelle Linee Guida sull'utilizzo della posta elettronica e di internet del 2007.

“eccezionale”, giustificato da furti e ammanchi in azienda di notevole entità; un controllo che si è protratto per brevissimo periodo con solo 3 soggetti che potevano accedere alle riprese e ritenuto, pertanto, proporzionato dalla Cedu.

Per di più, nel caso di specie, come ben evidenziato da alcuni specialisti del settore, si sfocia nell’ambito dei trattamenti di dati personali effettuati per svolgere investigazioni difensive o per fare valere o difendere un diritto in sede giudiziaria: l’azienda, a fronte di ammanchi, potrebbe rivolgersi a un avvocato che, dal canto suo, potrebbe farsi assistere da un tecnico specializzato come consulente esterno per l’installazione delle telecamere, che vengono poi attivate per un periodo di tempo limitato fino a che non ci si procurino le prove per far valere un proprio diritto in giudizio⁵.

Questa possibilità è ammessa dal Codice delle investigazioni difensive visive emesso dal Garante *privacy* italiano nel 2007 e rinnovato a dicembre 2018 ai sensi del GDPR.

⁵ Si veda A. Salerno, *Telecamere nascoste, Panetta: “Nessun ok indiscriminato da Strasburgo”*, 18 ottobre 2019, in “corrierecomunicazioni.it”.

La circolare di lavoro e previdenza n. 3/2020

Il congedo di maternità *post partum* e le novità per il congedo di paternità

di Rossella Schiavone – funzionario ITL, esperta di diritto del lavoro e consulente *privacy*¹

A distanza di quasi un anno dall'entrata in vigore della norma che concede alle donne di astenersi dal lavoro esclusivamente dopo il parto ed entro i 5 mesi successivi allo stesso, l'Inps, con [circolare n. 148/2019](#), ha fornito le relative istruzioni. Il presente contributo si sofferma, inoltre, sulle modifiche al c.d. congedo di paternità Fornero intervenute per l'anno 2020.

Il congedo di maternità e la flessibilità

Ai sensi dell'[articolo 16](#), comma 1, D.Lgs. 151/2001, le donne debbono astenersi dal lavoro:

- a) durante i 2 mesi precedenti la data presunta del parto, salvo la possibilità di fruire della flessibilità del congedo di maternità di cui all'[articolo 20](#) del medesimo D.Lgs.;
- b) ove il parto avvenga oltre tale data, per il periodo intercorrente tra la data presunta e la data effettiva del parto;
- c) durante i 3 mesi dopo il parto, sempre salvo la flessibilità;
- d) durante i giorni non goduti prima del parto, qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta. Tali giorni si aggiungono al periodo di congedo di maternità dopo il parto, anche qualora la somma dei periodi di cui alle lettere a) e c) superi il limite complessivo di 5 mesi.

Il citato articolo 20, D.Lgs. 151/2001, concede alla donna, ferma restando la durata complessiva del congedo di maternità, la possibilità di posticipare l'inizio del congedo stesso a un mese prima della data presunta del parto, facendone automaticamente slittare la fine a 4 mesi dopo il parto, a condizione che il medico specialista del Ssn o con esso convenzionato e il medico competente, ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro, attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro.

Un D.M. – mai emanato - avrebbe dovuto definire l'elenco dei lavori per i quali doveva essere esclusa la possibilità di fruire dell'istituto della flessibilità del congedo di maternità.

¹ Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

Tuttavia, il Ministero del lavoro, con [circolare n. 43/2000](#), ha ammesso che, nelle more dell'emanazione di detto D.M., il ricorso all'opzione per la flessibilità del congedo di maternità sia esercitabile in presenza dei seguenti presupposti:

- assenza di condizioni patologiche che configurino situazioni di rischio per la salute della lavoratrice e/o del nascituro al momento della richiesta;
- assenza di un provvedimento di interdizione anticipata dal lavoro;
- venir meno delle cause che abbiano in precedenza portato a un provvedimento di interdizione anticipata nelle prime fasi di gravidanza;
- assenza di pregiudizio alla salute della lavoratrice e del nascituro derivante dalle mansioni svolte, dall'ambiente di lavoro e/o dall'articolazione dell'orario di lavoro previsto; nel caso venga rilevata una situazione pregiudizievole, alla lavoratrice non può comunque essere consentito, ai fini dell'esercizio dell'opzione, lo spostamento ad altre mansioni ovvero la modifica delle condizioni e dell'orario di lavoro;
- assenza di controindicazioni allo stato di gestazione riguardo alle modalità per il raggiungimento del posto di lavoro.

Come la stessa circolare ministeriale chiarisce, la lavoratrice interessata è tenuta a richiedere la certificazione del medico specialista (ginecologo) del Ssn, o con esso convenzionato, che attesti che l'opzione in questione non arrechi pregiudizio alla sua salute e a quella del nascituro, e solo nel caso in cui sussista l'obbligo di sorveglianza sanitaria necessiterà anche l'attestazione del medico competente.

Il congedo *post partum*

Il comma 1.1., aggiunto al citato [articolo 16](#), D.Lgs. 151/2001, dalla Legge di Bilancio 2019, riconosce alle donne la possibilità di astenersi dal lavoro esclusivamente dopo il parto entro i 5 mesi successivi allo stesso.

Anche in questo caso, come per la fruizione della flessibilità, viene richiesta, come condizione necessaria per la fruizione, che il medico specialista del Ssn, o con esso convenzionato, e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro.

L'Inps, con [circolare n. 148/2019](#), ha sottolineato che tale facoltà è alternativa alla modalità di fruizione del congedo di maternità prevista dall'articolo 16, comma 1, D.Lgs. 151/2001, e il suo esercizio comporta - a prescindere dal fatto che il parto avvenga prima, in coincidenza o dopo la

data presunta indicata sul certificato telematico di gravidanza - che la lavoratrice madre si astenga dal lavoro per i 5 mesi successivi alla data del parto.

Inoltre, con riferimento alla documentazione sanitaria da presentare, l'Istituto ha confermato che, nel caso di specie, per poter esercitare la facoltà di fruire di tutto il congedo di maternità dopo il parto è necessario che il medico specialista del Ssn, o con esso convenzionato, e, ove presente, il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro, attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro.

La succitata documentazione sanitaria va acquisita dalla lavoratrice nel corso del settimo mese di gravidanza – o dell'ottavo mese se la gestante fruisce della flessibilità – e deve attestare l'assenza di pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro.

Tuttavia, per poter effettivamente fruire con certezza del solo congedo *post partum*, è necessario che le certificazioni mediche attestino esplicitamente l'assenza di pregiudizio alla salute fino alla data presunta del parto ovvero fino all'evento del parto, qualora questo dovesse avvenire in data successiva a quella presunta. Infatti – specifica l'Istituto – le certificazioni che conterranno il solo riferimento alla data presunta del parto, attestando l'assenza di pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro solo fino a tale data, saranno ritenute idonee a consentire lo svolgimento dell'attività lavorativa fino al giorno antecedente alla data presunta del parto, con conseguente inizio del congedo di maternità dalla data presunta stessa, e per i successivi 5 mesi.

Chiaramente in caso di parto avvenuto prima della data presunta, i giorni non goduti prima del parto si aggiungeranno al periodo di congedo di maternità dopo il parto, anche qualora la somma superi il limite complessivo di 5 mesi.

Poiché la possibilità di avvalersi della facoltà di astenersi dal lavoro esclusivamente dopo l'evento del parto è una scelta della lavoratrice, la stessa potrebbe anche rinunciare prima dell'inizio del periodo di congedo di maternità *ante partum*, ossia prima dell'inizio dell'ottavo mese di gravidanza.

Tuttavia, l'Istituto ha specificato che, qualora la lavoratrice gestante manifesti, espressamente o implicitamente (ad esempio, presentando una nuova domanda di maternità), la decisione di non volersi più avvalere della predetta opzione dopo l'inizio del periodo di maternità *ante partum*, il congedo di maternità indennizzabile sarà computato secondo le consuete modalità di cui all'[articolo 16](#), comma 1, D.Lgs. 151/2001 (2 mesi *ante partum* e 3 mesi *post partum*).

La circolare sottolinea che, nel caso di specie,

“i periodi ante partum lavorati prima della rinuncia saranno comunque computati come periodo di maternità, ma non saranno indennizzati, in quanto la lavoratrice non si è astenuta dall'attività

lavorativa. Di conseguenza alla lavoratrice saranno indennizzati solo i periodi di congedo ante partum successivi alla rinuncia e i tre mesi di congedo post partum, mentre per quelli lavorati, antecedenti alla rinuncia, la stessa sarà regolarmente retribuita dal datore di lavoro e coperta sul piano degli obblighi contributivi”.

L'Istituto ammette, infatti, che i giorni lavorati durante il periodo *ante partum* si possono aggiungere al periodo di congedo di maternità dopo il parto solo nell'ipotesi di malattia, in quanto trattasi di fatto sopravvenuto e non dipendente dalla volontà della gestante.

Rinvio e sospensione del congedo di maternità

L'[articolo 16-bis](#), D.Lgs. 151/2001, come modificato dal D.Lgs. 80/2015, stabilisce che, in caso di ricovero del neonato in una struttura pubblica o privata, la madre ha diritto di chiedere - una sola volta per ogni figlio - la sospensione del congedo di maternità e di godere del congedo, in tutto o in parte, dalla data di dimissione del bambino.

Anche in questo caso la sospensione e il rinvio del congedo di maternità è subordinato alla produzione di attestazione medica che dichiari la compatibilità dello stato di salute della donna con la ripresa dell'attività lavorativa.

Qualora, però, la donna abbia optato per astenersi dal lavoro esclusivamente dopo il parto ed entro i 5 mesi successivi allo stesso, non potrà sospendere e rinviare il congedo di maternità per il ricovero del minore, ex articolo 16-*bis* citato, in quanto tale rinvio non consentirebbe di rispettare il limite temporale dei 5 mesi entro cui fruire del congedo di maternità, che il Legislatore ha espressamente stabilito all'[articolo 16](#), comma 1.1.

Interdizione anticipata e proroga del congedo

Com'era logico aspettarsi, la [circolare Inps n. 148/2019](#) sostiene che l'interdizione dal lavoro per gravi complicanze della gravidanza o persistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza, è incompatibile con la facoltà di astenersi dal lavoro esclusivamente dopo l'evento del parto, a meno che i motivi alla base dell'interdizione non cessino prima dell'inizio del congedo di maternità *ante partum*.

Anche l'interdizione dal lavoro per condizioni di lavoro o ambientali pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino, quando la lavoratrice non possa essere spostata ad altre mansioni, non risulta

compatibile con la facoltà di astenersi dal lavoro esclusivamente dopo l'evento del parto, in quanto non è possibile riprendere l'attività lavorativa fino alla conclusione dell'interdizione prorogata.

Si rammenta, però, che è possibile che durante l'interdizione anticipata c.d. per lavoro a rischio il datore di lavoro possa reperire una mansione non a rischio cui adibire la lavoratrice (perché magari si libera un posto di lavoro non a rischio occupato in un primo momento) e chiedere il rientro della gestante per lo svolgimento della nuova mansione.

Chiaramente, in tal caso la donna potrebbe usufruire della facoltà di astenersi dal lavoro esclusivamente dopo l'evento del parto.

Si evidenzia, inoltre, che, nel caso in cui la lavoratrice abbia in essere, per esempio, 2 rapporti di lavoro *part-time*, è possibile che la stessa ottenga l'interdizione anticipata c.d. per lavoro a rischio solo per un rapporto di lavoro e non per l'altro, in quanto per uno dei 2 potrebbero non sussistere rischi per la sua salute e per quella del bambino o, invece, pur sussistendo rischi, il datore di lavoro possa adibirla ad altre mansioni non a rischio. Ebbene, nel caso di specie, la donna avrebbe potuto astenersi dal lavoro esclusivamente dopo l'evento parto per uno solo dei 2 rapporti di lavoro, mentre per l'altro rapporto per il quale fosse stato emesso un provvedimento di interdizione, il congedo di maternità avrebbe dovuto decorrere da 2 mesi prima del parto.

Tuttavia così non è, atteso che la [circolare Inps n. 148/2019](#) ha previsto che, in caso di contemporaneo svolgimento di 2 o più rapporti di lavoro a tempo parziale, la facoltà di astenersi dal lavoro esclusivamente dopo l'evento del parto ed entro i 5 mesi successivi allo stesso, debba essere opzionata per tutti i rapporti di lavoro subordinato in essere.

Quindi, se su un rapporto di lavoro a tempo parziale è stata disposta l'interdizione dal lavoro di cui all'[articolo 17](#), comma 2, lettere b) e c), D.Lgs. 151/2001, non è possibile avvalersi della facoltà di astenersi dal lavoro esclusivamente dopo l'evento del parto sugli altri rapporti di lavoro in essere.

La malattia

Così come previsto per l'istituto della flessibilità, l'Istituto ha confermato che l'insorgere di un periodo di malattia prima dell'evento del parto comporta l'impossibilità di avvalersi dell'opzione di cui all'[articolo 16](#), comma 1.1, D.Lgs. 151/2001, in quanto ogni processo morboso in tale periodo comporta un "*rischio per la salute della lavoratrice e/o del nascituro*", superando di fatto il giudizio medico precedentemente espresso nell'attestazione del medico specialista del Ssn o con esso convenzionato e, ove presente, del medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro.

Quindi, nel caso di specie, dal giorno di insorgenza dell'evento morboso la lavoratrice gestante inizierà il proprio periodo di congedo di maternità e le giornate di astensione obbligatoria non godute prima si aggiungeranno al periodo di congedo di maternità dopo il parto.

Gestione separata

La facoltà di fruire del solo congedo *post partum* per 5 mesi si applica anche alle lavoratrici iscritte alla Gestione separata che vogliano astenersi dall'attività lavorativa.

Si rammenta, a tal proposito, che l'[articolo 64](#), D.Lgs. 151/2001, stabilisce che l'indennità di maternità, nel caso di specie, spetta a prescindere dall'effettiva astensione dall'attività lavorativa, pertanto la predetta facoltà è opzionabile dalle sole lavoratrici iscritte alla Gestione separata che vogliano astenersi dal lavoro. Tali lavoratrici dovranno produrre al proprio committente la documentazione medica che attesti che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro, che deve essere stata acquisita nel settimo mese di gestazione.

Ai fini dell'erogazione dell'indennità, le lavoratrici iscritte alla Gestione separata dovranno comunicare all'Istituto, prima dell'inizio dell'ottavo mese di gravidanza, la scelta di astenersi dal lavoro esclusivamente dopo l'evento del parto ed entro i 5 mesi successivi allo stesso, al fine di consentire l'individuazione del periodo di riferimento nel quale verificare la sussistenza del requisito contributivo richiesto dalla Legge per l'accesso alla prestazione, che coincide con i 12 mesi interi precedenti l'inizio del diverso periodo di congedo richiesto dall'interessata.

Anche tali soggetti, qualora prima del parto insorga un periodo di malattia, non potranno avvalersi dell'opzione di cui all'[articolo 16](#), comma 1.1, D.Lgs. 151/2001, e il periodo indennizzabile a titolo di maternità inizierà a decorrere dal primo giorno di malattia.

La data di inizio del periodo di maternità determinerà anche un diverso periodo di riferimento per l'individuazione dei 12 mesi interi nei quali verificare la presenza del requisito contributivo.

Inoltre, come per le lavoratrici dipendenti, anche quelle iscritte alla Gestione separata, che stiano usufruendo della flessibilità, potranno avvalersi, nel corso dell'ottavo mese, dell'ulteriore facoltà di fruire del congedo di maternità dopo il parto, producendo la documentazione medica soltanto al proprio committente.

Infine, l'Inps sottolinea nella sua circolare che valgono per le iscritte alla Gestione separata le indicazioni fornite per le lavoratrici dipendenti in caso di parto anticipato rispetto alla data presunta,

avvenuto prima dell'inizio dell'ottavo mese di gestazione, nonché di rinvio e sospensione del congedo di maternità e di interdizione anticipata e prorogata.

La domanda

La scelta di avvalersi della facoltà di astenersi dal lavoro esclusivamente dopo l'evento del parto ed entro i 5 mesi successivi allo stesso va effettuata dalla lavoratrice, selezionando la specifica opzione nella domanda telematica di indennità di maternità che va presentata prima dei 2 mesi che precedono la data prevista del parto e comunque mai oltre un anno dalla fine del periodo indennizzabile (pena la prescrizione del diritto all'indennità) ed esclusivamente per via telematica, direttamente sul sito *web* istituzionale (con Pin dispositivo), tramite patronato oppure tramite *Contact center*.

La documentazione medico-sanitaria che attesti che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro va presentata in originale direttamente allo sportello presso la Struttura territoriale oppure spedita a mezzo raccomandata, in plico chiuso riportante la dicitura "Contiene dati sensibili".

Il congedo di paternità c.d. Fornero per l'anno 2020

La L. 92/2012 (c.d. Legge Fornero), con l'[articolo 4](#), comma 24, lettera a), ha istituito il congedo di paternità in via sperimentale per gli anni dal 2013 al 2015.

Tale istituto è stato successivamente confermato con modifiche per gli anni dal 2016 al 2019 e per il 2020 è stato nuovamente previsto dalla recente Legge di Bilancio con ulteriori modifiche.

In pratica, per il 2020 la norma prevede un congedo di paternità obbligatorio, ovvero l'obbligo per il padre lavoratore dipendente di astenersi dal lavoro, entro i 5 mesi dalla nascita del figlio, per 7 giorni, e un congedo facoltativo, ovvero la facoltà per il padre di astenersi per un solo giorno, previo accordo con la madre e in sua sostituzione in relazione al periodo di astensione obbligatoria spettante a quest'ultima.

Da notare che sia i giorni di congedo di paternità obbligatorio che quello di congedo facoltativo non possono essere frazionati ad ore e sono retribuiti al 100%: la retribuzione va anticipata dal datore di lavoro e successivamente conguagliata con l'Inps, fatti salvi i casi in cui sia previsto il pagamento diretto da parte dell'Istituto, come previsto per l'indennità di maternità in generale.

Si rammenta che – giusta [circolare Inps n. 40/2013](#) – il congedo obbligatorio è fruibile dal padre entro il quinto mese di vita del bambino e, quindi, durante il congedo di maternità della madre lavoratrice o anche successivamente, purché entro i 5 mesi dalla nascita del figlio o entro 5 mesi dall'effettivo

ingresso in famiglia del minore, nel caso di adozione nazionale, o dall'ingresso del minore in Italia, nel caso di adozione internazionale.

Poiché il congedo in questione si configura come un diritto autonomo del padre, è da intendersi aggiuntivo a quello della madre, spetta comunque, indipendentemente dal diritto della madre al congedo c.d. obbligatorio di maternità, ed è riconosciuto anche al padre che fruisce del congedo di paternità ai sensi dell'[articolo 28](#), D.Lgs. 151/2001.

Il congedo facoltativo non è, invece, un diritto autonomo del padre, ma un diritto derivato da quello della madre lavoratrice dipendente o iscritta alla Gestione separata, che, in tal caso dovrà, ovviamente, trovarsi in astensione dall'attività lavorativa.

La fruizione del giorno di congedo facoltativo previsto per l'anno in corso è condizionata alla scelta della madre lavoratrice di non fruire di un giorno del proprio congedo di maternità, con conseguente anticipazione di un giorno del termine finale del congedo *post partum* della madre.

Il congedo facoltativo in questione è, inoltre, fruibile dal padre anche contemporaneamente all'astensione della madre e va fruito dal padre comunque entro il quinto mese dalla data di nascita del figlio, indipendentemente dal termine ultimo del periodo di astensione obbligatoria spettante alla madre, a fronte di una preventiva rinuncia della stessa di un giorno.

In caso di adozione nazionale, il giorno di congedo facoltativo va fruito entro 5 mesi dall'effettivo ingresso in famiglia del minore, mentre in caso di adozione internazionale va fruito entro 5 mesi dall'ingresso del minore in Italia.

Nulla cambia per le modalità di fruizione del c.d. congedo di paternità Fornero:

- per poter usufruire dei giorni di congedo il padre deve comunicare in forma scritta al datore di lavoro le date in cui intende fruirne, con un anticipo di almeno 15 giorni, e ove richiesti in relazione all'evento nascita, sulla base della data presunta del parto;
- spetta al datore di lavoro comunicare all'Inps le giornate di congedo fruito, attraverso il flusso UniEmens;
- in caso di domanda di congedo facoltativo, il padre lavoratore deve allegare alla richiesta una dichiarazione della madre di non fruizione del congedo di maternità a lei spettante, con conseguente riduzione del congedo di maternità. La predetta dichiarazione di non fruizione deve essere presentata anche al datore di lavoro della madre a cura di uno dei 2 genitori.

La circolare di lavoro e previdenza n. 11/2020

Offese al datore sui *social* e in *chat* privata: quando è legittimo il licenziamento per diffamazione?

di Rossella Schiavone – funzionario ITL, esperta di diritto del lavoro e consulente *privacy*¹

Si incorre nel reato di diffamazione aggravata se si offende sui social il datore di lavoro e, in tal caso, si può essere licenziati anche per giusta causa; ma se l'offesa è su una chat – sia questa su social o su app di messaggistica istantanea – il datore di lavoro può licenziare il lavoratore?

Usare social come facebook e le chat fra colleghi su social e app di messaggistica istantanea per offendere il datore di lavoro o i superiori gerarchici è situazione sempre più comune: si tende a considerare i social e le chat come luogo in cui si può dare libero sfogo anche ai propri problemi e alle proprie frustrazioni. Tuttavia, nei suddetti casi si assiste sempre più spesso a licenziamenti comminati dai datori di lavoro.

Data la ricorrenza di queste casistiche, si analizzano gli orientamenti giurisprudenziali in merito.

Il reato di diffamazione

L'[articolo 595](#), c.p., recita:

“Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a milletrentadue euro.

Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della reclusione fino a due anni, ovvero della multa fino a duemilasessantacinque euro.

Se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a cinquecentosedici euro.

Se l'offesa è recata a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza, o ad una Autorità costituita in collegio, le pene sono aumentate”.

¹ Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

Nella diffamazione la condotta incriminata è l'offesa alla reputazione, che si concretizza nella dignità sociale che appartiene a tutti gli uomini, indipendentemente da stato, professione, etc..

La diffamazione postula, inoltre, l'assenza – intesa non in senso rigorosamente fisico-spaziale, ma come impossibilità di percezione fisica dell'offesa – della persona offesa, che deve essere identificata o almeno facilmente identificabile, e richiede contestualmente la comunicazione a più persone e implica, per dottrina, la percezione e la comprensione da parte dei terzi della manifestazione lesiva.

Il dolo della diffamazione è generico, nel senso che per la sussistenza del reato *de quo* basta la coscienza e volontà, oltre alla consapevolezza del suo carattere lesivo.

L'[articolo 595](#), c.p., prevede anche 3 aggravanti:

1. se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato;
2. se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico;
3. se l'offesa è recata a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o a una sua rappresentanza, o a un'Autorità costituita in collegio.

Con specifico riferimento alla seconda aggravante, è facile intuire che la ragione dell'aggravamento consiste proprio nel pregiudizio più accentuato arrecato al soggetto passivo, causato dal ruolo che stampa, *mass media* e, soprattutto, i *social* hanno nella nostra società.

Al delitto di diffamazione si applicano le cause di giustificazione comuni e, con riferimento all'esercizio di un diritto, si segnalano, in particolare, il diritto di cronaca e quello di critica.

Il diritto di cronaca è il diritto di raccontare fatti reali di interesse della generalità dei consociati e opera in presenza di:

- verità del fatto;
- interesse sociale alla conoscenza dei fatti;
- correttezza formale dell'esposizione.

Il diritto di critica si concretizza in una presa di posizione motivata e argomentata su fatti o circostanze e opera, come per il diritto di cronaca, in presenza di:

- verità del fatto;
- interesse sociale alla conoscenza dei fatti;
- correttezza formale dell'esposizione.

Da notare che, per giurisprudenza, il diritto di critica, nel mondo del lavoro, può essere esercitato anche con toni aspri, ma la scriminante ha una battuta di arresto davanti ad attacchi personali che hanno il solo fine di screditare la personalità del soggetto passivo.

La diffamazione su *Facebook*

Con specifico riferimento alla diffamazione su *Facebook*, la Cassazione penale, con [sentenza n. 24431/2015](#), ha evidenziato che il reato tipizzato all'[articolo 595](#), comma 3, c.p., quale ipotesi aggravata del delitto di diffamazione, trova il suo fondamento nella potenzialità, nell'idoneità e nella capacità del mezzo utilizzato per la consumazione del reato a coinvolgere e raggiungere una pluralità di persone, ancorché non individuate nello specifico e apprezzabili soltanto in via potenziale, con ciò cagionando un maggiore e più diffuso danno alla persona offesa.

Lo strumento principe della fattispecie criminosa in questione è – come sottolineano gli Ermellini – quello della stampa, al quale il codificatore ha giustapposto "*qualsiasi altro mezzo di pubblicità*", giacché anche in questo caso, per definizione, si determina una diffusione dell'offesa.

In tale tipologia, quella appunto del mezzo di pubblicità, la giurisprudenza della Cassazione ha ricompreso tanto un pubblico comizio quanto l'utilizzo della posta elettronica per inviare messaggi verso una pluralità di destinatari, entrambi idonei a provocare un'ampia e indiscriminata diffusione della notizia tra un numero indeterminato di persone.

Alla luce di quanto sopra la Suprema Corte ha sostenuto che anche la diffusione di un messaggio con le modalità consentite dall'utilizzo per questo di una bacheca *Facebook* ha, potenzialmente, la capacità di raggiungere un numero indeterminato di persone, sia perché, per comune esperienza, tali bacheche racchiudono un numero apprezzabile di persone, sia perché l'utilizzo di *Facebook* integra una delle modalità attraverso le quali gruppi di soggetti socializzano le rispettive esperienze di vita, valorizzando in primo luogo il rapporto interpersonale, che, proprio per il mezzo utilizzato, assume il profilo del rapporto interpersonale allargato a un gruppo indeterminato di aderenti al fine di una costante socializzazione.

Quindi, identificata nei suddetti termini, la condotta di postare un commento sulla bacheca *Facebook* realizza la pubblicazione e la diffusione dello stesso, per l'idoneità del mezzo utilizzato a determinare la circolazione del commento tra un gruppo di persone comunque apprezzabile per composizione numerica, di guisa che, se offensivo tale commento, la relativa condotta rientra nella tipizzazione codicistica descritta dell'articolo 595, comma 3, c.p..

Sempre in materia, è da segnalare l'ordinanza della Cassazione [n. 4873/2017](#), che nel caso di diffamazione su *Facebook* ha confermato la sussistenza del reato in questione, specificando che nel caso di specie non sussiste l'aggravante della diffamazione a mezzo stampa.

In questo caso gli Ermellini hanno sostenuto che *Facebook*, le *newsletter*, i *forum* e le *mailing list* non sono assimilabili ai giornali telematici: è pur vero che il post su *Facebook* può raggiungere un numero indeterminato di persone, ma trae pur sempre origine da rapporti interpersonali, in quanto trattasi di rete sociale che offre servizi di messaggistica privata e instaura una trama di relazioni fra individui all'interno del sistema, per cui le dinamiche di diffusione fanno rientrare lo scritto diffamatorio sulla bacheca di un profilo personale di *Facebook* nella tipologia "qualsiasi altro mezzo di pubblicità", al fine della tipizzazione dell'aggravante di cui all'[articolo 595](#), comma 3, c.p..

D'altra parte, dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione *Facebook* è stata più volte identificata come una bacheca virtuale o come una piazza gigantesca con milioni di utenti che può rientrare nella nozione di luogo pubblico, per cui i commenti ivi postati possono raggiungere milioni di persone.

In questo caso la diffusione sul *social* in questione di un *post* che diffama il proprio datore di lavoro può giustamente far scattare il licenziamento per giusta causa anche quando non è chiaramente scritto il nome del datore, ma questi sia facilmente identificabile (Cassazione [n. 10280/2018](#)), perché la diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso l'uso di una bacheca *Facebook* è potenzialmente in grado di raggiungere un numero indeterminato di persone, posto che il rapporto interpersonale, proprio per il mezzo utilizzato, assume un profilo allargato a un gruppo indeterminato di aderenti al fine di una costante socializzazione.

Analogamente, è stato ritenuto sussistere il reato di diffamazione in diversi casi (anche non relativi al mondo del lavoro) quando non era stato fatto il nome dell'offeso, purché il destinatario dei *post* fosse identificabile da un certo numero di persone, per quanto limitato, fra i visitatori del profilo (*ex multis*: Cassazione [n. 16712/2014](#); [n. 25420/2017](#)).

Quindi, in definitiva, postare un commento su *Facebook* realizza la sua pubblicizzazione e diffusione e se offensivo nei riguardi di persone facilmente individuabili integra gli estremi della diffamazione aggravata ex articolo 595, comma 3, c.p., che può costare anche un licenziamento per giusta causa.

La diffamazione su *chat* privata di *Facebook* e *app* di messaggistica

La recente giurisprudenza di legittimità (Cassazione, [n. 10280/2018](#) e [n. 21965/2018](#)), tuttavia, ha preso in esame la fattispecie di messaggi di contenuto offensivo o diffamatorio diffusi dal dipendente tramite strumenti informatici, distinguendo, in sostanza, tra:

- messaggi diffusi tramite strumenti potenzialmente idonei a raggiungere un numero indeterminato di persone (nella specie, bacheca *Facebook*);
- messaggi inviati tramite strumenti (nella specie, una *chat Facebook* privata) ad accesso limitato, con esclusione della possibilità che le comunicazioni ivi inserite siano conoscibili da soggetti diversi dai partecipanti.

Nel primo caso, la Corte di Cassazione ha ritenuto la natura diffamatoria (configurante giusta causa di licenziamento ex [articolo 2119](#), cod. civ.) delle affermazioni dispregiative formulate dal lavoratore nei confronti dell'azienda datrice di lavoro, per la potenziale capacità di raggiungere un numero indeterminato di persone, posto che – come già ampiamente rappresentato – il rapporto interpersonale, proprio per il mezzo utilizzato, assume un profilo allargato a un gruppo indeterminato di aderenti al fine di una costante socializzazione.

Nel caso di *chat* privata, però, gli Ermellini hanno escluso la sussistenza di giusta causa di licenziamento, rilevando che l'invio di messaggi riservati ai soli ai partecipanti a una *chat* è logicamente incompatibile con i requisiti propri della condotta diffamatoria, ove anche intesa in senso lato, che presuppone la destinazione delle comunicazioni alla divulgazione nell'ambiente sociale.

Proprio recentemente il Tribunale di Firenze, con sentenza del 16 ottobre 2019, si è occupato di un caso di un dipendente licenziato a seguito di un procedimento disciplinare per aver scritto alcuni messaggi diffamatori, minatori, razzisti e a contenuto offensivo nei confronti di un superiore gerarchico e di alcuni colleghi, in una *chat* di *WhatsApp* chiamata “amici di lavoro”.

Il Tribunale ha messo in evidenza come, nel caso in questione, i messaggi erano indirizzati a una *chat* riservata ai soli partecipanti e, pertanto, secondo i principi dettati dalla citata sentenza della Cassazione [n. 21965/2018](#), configurano comunicazioni diffuse in un ambiente ad accesso limitato, con esclusione della possibilità che quanto detto in quella sede potesse essere veicolato all'esterno.

Quanto sopra porta ad escludere qualsiasi intento o idonea modalità di diffusione denigratoria per cui i messaggi incriminati (anche vocali), pur recanti affermazioni diffamatorie e discriminatorie, non sono sussumibili nella fattispecie di frasi ingiuriose, discriminatorie e minacciose indirizzate a superiori o colleghi, la quale, secondo la richiamata giurisprudenza di legittimità, presuppone l'astratta possibilità di divulgazione a un numero indeterminato di persone.

Inoltre, si ritiene che l'azienda datrice di lavoro, per licenziare il dipendente, non potrebbe neanche rifarsi ai principi del codice etico aziendale, perché il datore di lavoro può sì attivarsi in relazione a comportamenti discriminatori e molestie, ma tale fattispecie presuppone la pubblica diffusività della

condotta dell'agente, in difetto della quale anche affermazioni offensive o discriminatorie sono inidonee a determinare un'effettiva lesione dei pur rilevanti interessi oggetto di tutela.

Analogamente, per gli Ermellini, nel caso di specie non è ravvisabile neanche la dedotta violazione dell'obbligo di fedeltà, anch'essa da ricondursi a condotte esteriormente oggettivamente e da escludersi in affermazioni per loro natura destinate a restare riservate.

In definitiva, i messaggi, vocali e non, indirizzati a un gruppo chiuso su *social* o su *app* di messaggistica istantanea, e quindi insuscettibili di diffusione all'esterno, sono equiparabili a corrispondenza privata, e non possono configurare atti idonei a comunicare o diffondere all'esterno affermazioni offensive, discriminatorie o minatorie, con conseguente insussistenza di fatto, connotato dal carattere di illiceità.

Per gli stessi motivi, sempre la Cassazione, con [sentenza n. 2499/2017](#), ha ritenuto illegittimo, perché ritorsivo, un licenziamento intimato da un'azienda a un dipendente che aveva pubblicato in una *chat* privata tra colleghi un'immagine satirica del logo aziendale.

Ma attenzione, tutto quanto sopradetto è valido purché l'interessato (in questo caso datore di lavoro o superiore gerarchico) non sia fra i fruitori dei messaggi ovvero non faccia parte della *chat* privata.

Infatti, per la Suprema Corte Penale ([sentenza n. 7904/2019](#)),

“l'eventualità che tra i fruitori del messaggio vi sia anche la persona nei cui confronti vengono formulate le espressioni offensive non può indurre a ritenere che, in realtà, venga, in tale maniera, integrato l'illecito di ingiuria (magari a suo tempo, sub specie del delitto di ingiuria aggravata ai sensi dell'art. 594, comma 4, cod. pen.), piuttosto che il delitto di diffamazione, posto che, sebbene il mezzo di trasmissione/comunicazione adoperato (“e-mail” o “internet”) consenta, in astratto, (anche) al soggetto vilipeso di percepire direttamente l'offesa, il fatto che il messaggio sia diretto ad una cerchia di fruitori – i quali, peraltro, potrebbero venirne a conoscenza in tempi diversi – fa sì che l'addebito lesivo si collochi in una dimensione ben più ampia di quella interpersonale tra offensore ed offeso”.

Quindi non può essere considerata un'ingiuria, illecito depenalizzato, ma il più grave reato di diffamazione, l'offesa in una *chat* comune, letta oltre che dall'autore e dalla persona offesa, anche da altri.

Infine, si segnala che il messaggio inviato tramite *sms*, *chat* o *WhatsApp* da una persona a un'altra soltanto, non configura né ingiuria (mancando la presenza del soggetto leso), né diffamazione, in quanto si ritiene lecito parlare male di una terza persona se la conversazione non avviene alla presenza di altri soggetti.

Non scatta l'ingiuria neanche se l'artefice della frase diffamatoria la comunica soltanto a una persona e questa la riporta ad altre persone, rendendola nota: in tal caso, l'unico responsabile potrebbe essere chi riporta e non chi ha pronunciato la frase offensiva.

Social network e controllo sui lavoratori

Posto quindi che, in linea di massima, non è possibile controllare i lavoratori e utilizzare quanto da questi detto contro i datori di lavoro e i superiori gerarchici in una *chat* privata, è però possibile verificare quanto scritto dai propri dipendenti sui *social network*, atteso che, per giurisprudenza, trattasi di un'"agorà" virtuale?

La questione non è tanto peregrina, atteso che se ne sono occupati proprio i Garanti europei della *privacy* riuniti nel Gruppo "Articolo 29" (WP29).

In merito, è da segnalare che in data 24 luglio 2017, il Garante italiano per la protezione dei dati personali ha riportato le indicazioni del citato Gruppo "Articolo 29" per permettere ai datori di lavoro di sfruttare le potenzialità delle reti sociali e delle nuove tecnologie senza violare la *privacy* dei lavoratori. Il documento tiene conto anche del Regolamento UE 2016/679 che si applica in Italia dal maggio 2018, definisce un quadro dei principi fondamentali ed esempi concreti per il corretto trattamento dei dati in ambito professionale e, per quanto riguarda i *social*, specifica che l'eventuale consultazione o il monitoraggio dei *social network* devono essere limitati ai soli profili professionali, escludendo la vita privata di dipendenti o candidati all'assunzione.

Vale sempre, infatti, il diritto fondamentale a non essere oggetto di discriminazione come quelle basate sulle idee politiche, l'impegno sociale o altri aspetti della sfera personale o familiare.

Strumenti di lavoro n. 3/2020

Le deroghe con i contratti di prossimità

di Rossella Schiavone – funzionario ITL, esperta di diritto del lavoro e consulente *privacy*¹

La contrattazione collettiva di prossimità permette di derogare a disposizioni di Legge e alle regolamentazioni contenute nei Ccnl, a patto che sia rispettato il requisito della rappresentatività dei sottoscrittori, che si intervenga per specifiche finalità stabilite dal Legislatore e su determinate materie, fermo restando, però, il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

La contrattazione di prossimità

Con lettera riservata, in data 5 agosto 2011 la BCE scrisse al Governo italiano indicando le misure antispeculazione che il nostro Paese avrebbe dovuto adottare con urgenza per rafforzare la reputazione della sua firma sovrana e il suo impegno alla sostenibilità del bilancio e alle riforme strutturali.

In tale lettera fu chiesto all'Italia di riformare ulteriormente il sistema di contrattazione salariale collettiva, permettendo accordi al livello d'impresa in modo da ritagliare i salari e le condizioni di lavoro alle esigenze specifiche delle aziende e rendendo questi accordi più rilevanti rispetto ad altri livelli di negoziazione.

D'altra parte, è dimostrato che in momenti di crisi economica la contrattazione a livello aziendale è la tipologia di contrattazione più idonea a fornire risposte veloci a esigenze specifiche, per permettere alle aziende di adattarsi in modo più rapido al mercato che cambia.

In questo contesto è nato l'[articolo 8](#), D.L. 138/2011, convertito dalla L. 148/2011, che ha, per l'appunto, introdotto nel nostro ordinamento la contrattazione collettiva di prossimità in forza della quale i contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda, ai sensi della normativa di Legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, possono realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati, a condizione di essere

¹ Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali, finalizzate a:

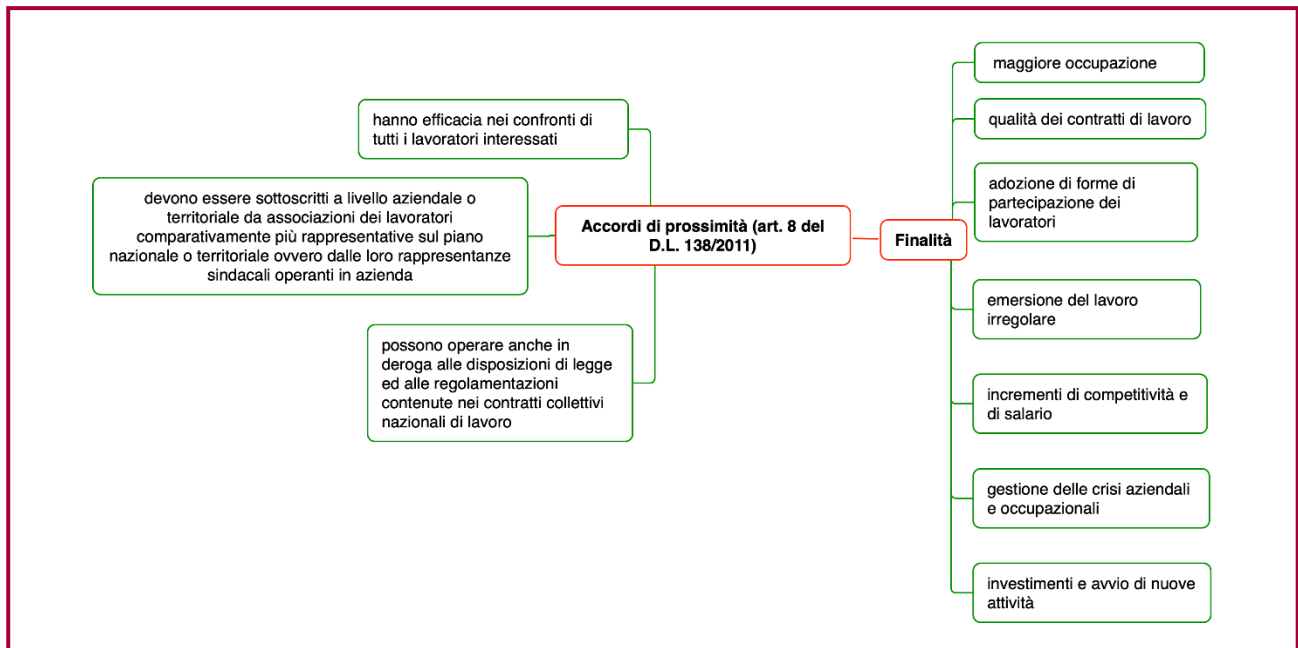
- maggiore occupazione;
- qualità dei contratti di lavoro;
- adozione di forme di partecipazione dei lavoratori;
- emersione del lavoro irregolare;
- incrementi di competitività e di salario;
- gestione delle crisi aziendali e occupazionali;
- investimenti e avvio di nuove attività.

Le intese in questione possono riguardare la regolazione delle materie inerenti all'organizzazione del lavoro e della produzione, con riferimento:

- a) agli impianti audiovisivi e all'introduzione di nuove tecnologie;
- b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale;
- c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro;
- d) alla disciplina dell'orario di lavoro;
- e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite Iva, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio e il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio.

Importante, in questo contesto, è la possibilità di tali intese di operare anche in deroga alle disposizioni di Legge che disciplinano le materie succitate, nonché alle relative regolamentazioni contenute nei Ccnl, fermo restando, però, il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

Posto quanto sopra, di seguito, si cerca di fare un'analisi di alcune casistiche pratiche in cui è possibile derogare alle norme di Legge o della contrattazione collettiva con la contrattazione di prossimità, nel rispetto dell'[articolo 8](#) in questione.



Le deroghe per i contratti a termine

Per le norme sul contratto a termine non vi sono vincoli costituzionali, ma vi sono vincoli comunitari: in pratica, c'è da rispettare la Direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato e, più nello specifico, la clausola n. 5 sulla prevenzione degli abusi:

Misure di prevenzione degli abusi (clausola 5)

1. Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:

- a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;*
- b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;*
- c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.*

Nel rispetto di tale clausola, si può derogare alla normativa sul contratto a termine di cui al D.Lgs. 81/2015 (c.d. T.U. contratti) purché si rispetti anche solo una delle misure ivi indicate.

A titolo meramente esemplificativo e non esaustivo si potrebbe:

- derogare anche all'obbligo delle ragioni giustificatrici prevista dall'[articolo 19](#), D.Lgs. 81/2015, per i contratti a termine aventi durata superiore a 12 mesi, tenendo ferma la durata massima totale (24 mesi);
- tenere fermo l'obbligo di indicare le ragioni per giustificare i rinnovi, eliminando le condizioni iniziali e innalzando, magari, anche il limite massimo da 24 a 36 mesi;

– tenere fermo l’obbligo di indicare le ragioni per giustificare i rinnovi, eliminando le condizioni iniziali e innalzando i limiti quantitativi previsti dall'[articolo 23](#), T.U. contratti, o dal Ccnl.

Le possibilità di intervento sulla norma sul contratto a tempo determinato sono, di fatto, ampie, anche se si ricorda che, stante la risposta all’interpello n. 30/2014 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, non si possono eliminare del tutto i limiti quantitativi di utilizzo del contratto a termine ma si può, invece, prevedere una diversa modulazione.

Le deroghe al contratto a chiamata

La disciplina sul contratto a chiamata o intermittente non presenta, invece, né vincoli costituzionali, né comunitari da rispettare.

La norma prevede che con il contratto di lavoro intermittente un lavoratore si ponga a disposizione di un datore di lavoro, che ne può utilizzare la prestazione lavorativa in modo discontinuo o intermittente, secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi, anche con riferimento alla possibilità di svolgere le prestazioni in periodi predeterminati nell’arco della settimana, del mese o dell’anno.

In mancanza di contratto collettivo, i casi di utilizzo del lavoro intermittente sono le attività previste dal R.D. 2657/1923.

Il contratto di lavoro intermittente può, in ogni caso, essere concluso con soggetti con meno di 24 anni di età, purché le prestazioni lavorative siano svolte entro il venticinquesimo anno, e con più di 55 anni.

Stante quanto sopra, con un contratto collettivo di prossimità ex [articolo 8](#), D.L. 138/2011, si potrebbero:

- prevedere specifiche esigenze per lo svolgimento della prestazione;
- intervenire prevedendo le ipotesi oggettive di ricorso al contratto in questione, laddove non siano intervenuti i Ccnl;
- derogare ai vincoli anagrafici;
- derogare al limite delle 400 giornate (si rammenta che, pena la trasformazione in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato – eccezione fatta per i settori del turismo, dei pubblici esercizi e dello spettacolo – il contratto di lavoro intermittente è ammesso, per ciascun lavoratore con il medesimo datore di lavoro, per un periodo complessivamente non superiore a 400 giornate di effettivo lavoro nell’arco di 3 anni solari).

Altri possibili utilizzi del contratto di prossimità

Con riferimento alla materia della “disciplina del rapporto di lavoro” si potrebbe, ad esempio:

- ridisegnare, se necessario, i sistemi di classificazione e inquadramento del personale per adeguarle al lavoro che cambia e si evolve e che, magari, non trova più nel Ccnl di riferimento la rappresentazione della realtà;
- eliminare l'indennità di mancato preavviso, come stabilito dalla Suprema Corte di Cassazione con [sentenza n. 19660/2019](#);
- fare accordi di transizione in deroga, posticipando l'entrata in vigore di una norma.

Di contro, i vincoli costituzionali stabiliti dall'[articolo 36](#), Costituzione, e quelli comunitari di cui alla Direttiva 2033/88/CE, riducono notevolmente la possibilità di deroga da parte della contrattazione di prossimità con riferimento alla normativa sull'orario di lavoro di cui al D.Lgs. 66/2003.

Non si può, infatti, derogare alla durata massima dell'orario di lavoro settimanale, al periodo minimo di riposo giornaliero e settimanale nonché ai periodi di ferie annuali, mentre per la durata massima della giornata lavorativa vi è una riserva di Legge, pur essendo ammesso dalla norma comunitaria uno spazio limitato di derogabilità tramite Legge o contrattazione collettiva.

In materia si ritiene, invece, ammissibile una riduzione generalizzata dell'orario di lavoro previsto dai contratti individuali con la contrattazione di prossimità per gestire una crisi aziendale.

Si ritiene, inoltre, che non vi sia spazio degno di nota in merito alla possibilità di intervenire con la contrattazione collettiva di prossimità su impianti audiovisivi e introduzione di nuove tecnologie, nonché sulle mansioni del lavoratore, alla luce delle modifiche già avvenute sulle succitate materie ad opera del *Jobs Act* (il D.L. 138/2011 è, infatti, antecedente al *Jobs Act*).

Le finalità

Chiaramente, tutti i succitati interventi sarebbero possibili non solo a patto che il contratto di prossimità sia stato stipulato con le parti correttamente individuate, ma anche se si siano rispettate le finalità previste dal Legislatore.

A titolo sempre meramente esemplificativo e non esaustivo:

- si rispetterebbe la finalità della maggiore occupazione se le deroghe fossero accompagnate dalla stabilizzazione di personale a termine in una determinata percentuale per evitare il *turn over* o prevedendo la stabilizzazione in relazione agli utili annuali con un minimo di stabilizzazioni annue garantite;
- si migliorerebbe la qualità dei contratti di lavoro, ad esempio trasformando i contratti di collaborazione coordinata e continuativa in contratti a termine acausali o in contratti a chiamata, ma con l'eliminazione del limite delle 400 giornate o, ancora, trasformando i contratti a termine in contratti

a tempo indeterminato, ma inquadrando i lavoratori interessati in livelli più bassi per un limitato periodo di tempo.

La vigilanza sui contratti di prossimità

Ai sensi dell'[articolo 7](#), D.Lgs. 124/2004, il personale ispettivo ha il compito di vigilare sulla corretta applicazione dei contratti e accordi collettivi di lavoro, per cui il controllo sui contratti collettivi di prossimità rientra nell'ambito delle competenze degli ispettori del lavoro.

D'altra parte, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nella risposta all'[interpello n. 21/2009](#), ha avuto modo di chiarire, in merito all'esatta portata dell'articolo 7, D.Lgs. 124/2004, che l'ambito dell'attività di controllo da parte del personale ispettivo riguarda non solo la contrattazione nazionale, ma anche quella di secondo livello, territoriale o aziendale, in cui rientra di diritto la contrattazione di prossimità.

In tale occasione, il Ministero ha, peraltro, evidenziato che la vigilanza sui contratti collettivi di lavoro trova il suo principale strumento attuativo nell'istituto della diffida accertativa per crediti patrimoniali, disciplinata dall'[articolo 12](#), D.Lgs. 124/2004.

Inoltre, l'INL, con [circolare n. 3/2018](#), in relazione all'attività di vigilanza sulla mancata applicazione dei contratti collettivi sottoscritti da organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ha sottolineato che, alla luce dell'[articolo 8](#), D.L. 138/2011, in materia di contratti di prossimità, eventuali contratti sottoscritti da soggetti non "abilitati" non possono evidentemente produrre effetti derogatori, come prevede il Legislatore, *"alle disposizioni di legge (...) ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro"*, per cui, nel caso di specie, il personale ispettivo, in sede di accertamento, considererà come del tutto inefficaci detti contratti, adottando i conseguenti provvedimenti ovvero effettuando recuperi contributivi o emettendo diffide accertative, etc..

Sempre con riferimento all'articolo 8 citato, già nel 2016 la Direzione generale dell'attività ispettiva del Ministero del lavoro, con nota n. 10599/2016, aveva evidenziato che, da un lato, la sottoscrizione di tali contratti è rimessa esclusivamente alle associazioni (o loro rappresentanze sindacali operanti in azienda) dotate del grado di maggior rappresentatività in termine comparativi e, dall'altro, che gli stessi devono trovare giustificazione nelle finalità espressamente indicate dal Legislatore, ovvero la maggiore occupazione, la qualità dei contratti di lavoro, etc.).

Per il Ministero del lavoro, in assenza di tali condizioni, eventuali contratti di "prossimità" non possono evidentemente operare, come prevede il Legislatore, *"in deroga alle disposizioni di legge (...) ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro"*.

Di conseguenza, già in tale occasione era stato chiarito che il personale ispettivo, in sede di accertamento, doveva considerare come del tutto inefficaci detti contratti, adottando i conseguenti provvedimenti (recuperi contributivi, diffide accertative, etc.).

In tale occasione è stato, inoltre, messo l'accento sul fatto che i contratti di prossimità trovano applicazione in relazione a una platea di destinatari ben determinata e non su ogni unità produttiva facente capo al medesimo datore di lavoro: le "specifiche intese", infatti, hanno *"efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali"*.

In pratica, alla luce di quanto finora evidenziato, in sede di vigilanza, gli organi preposti provvederanno a controllare:

- il rispetto del requisito della rappresentatività prevista dal Legislatore;
- l'effettività della sussistenza delle finalità;
- il rispetto dei vincoli comunitari e costituzionali;
- il rispetto dell'intesa;
- l'eventuale estensione dell'accordo a unità produttive diverse rispetto a quella cui il contratto stipulato si riferisca.

Sulle conseguenze del mancato rispetto di quanto sopra la dottrina è incerta, per cui per qualcuno queste potrebbero consistere nella nullità delle clausole in deroga, mentre per altri la conseguenza sarebbe la nullità dell'intero accordo.

In realtà, per le aziende poco importa se siano nulle le clausole in deroga o l'intero accordo, perché comunque la conseguenza, sul piano pratico, sarebbe sempre uguale e, a seconda del caso, potrebbe arrivare finanche alla trasformazione del contratto in un contratto a tempo pieno e indeterminato.

La certificazione

Un contratto di prossimità può essere certificato ai sensi del D.Lgs. 276/2003, in modo tale da dare allo stesso una stabilità che possiamo definire relativa.

Le Commissioni abilitate, elencate nell'[articolo 76](#), D.Lgs. 276/2003, in sede di certificazione sarebbero in grado, d'altra parte, di effettuare una verifica sia sul rispetto del requisito della rappresentatività

prevista dal Legislatore, sia sull'effettività della sussistenza delle finalità, sia, infine, sul rispetto dei vincoli comunitari e costituzionali.

Si rammenta, a tal proposito, che l'atto di certificazione ha piena forza di Legge nei confronti delle parti e dei terzi nella cui sfera giuridica l'atto stesso è destinato a produrre effetti fino a quando non ci sia una sentenza di primo grado che riconosca l'erronea qualificazione del contratto o la difformità tra programma negoziale certificato e quello attuato o vizi del consenso, fatti salvi eventuali provvedimenti cautelari del giudice che anticipino l'esito del giudizio sul merito.

L'accertamento giurisdizionale dell'erroneità della qualificazione ha effetto fin dal momento della conclusione dell'accordo contrattuale, mentre l'accertamento giurisdizionale della difformità tra il programma negoziale e quello effettivamente realizzato ha effetto a partire dal momento in cui la sentenza accerti che ha avuto inizio la difformità stessa.

Interessante è, altresì, la circostanza per cui la procedura di certificazione ha l'effetto di mettere il contratto "certificato" al riparo da interventi degli organi ispettivi, onerandoli del ricorso giurisdizionale. Infatti, qualora gli organi di vigilanza volessero impugnare la certificazione secondo la procedura prevista dall'[articolo 80](#), D.Lgs. 276/2003, il ricorso dovrebbe essere obbligatoriamente preceduto da un tentativo di conciliazione presso la sede della Commissione di certificazione che ha certificato il contratto.

Solo qualora il tentativo di conciliazione non dovesse avere esito positivo gli uffici potranno procedere con l'impugnazione del contratto collettivo di prossimità.

Il giurista del lavoro n. 4/2020

Indennità poste indebitamente a conguaglio: quando non è reato?

di Rossella Schiavone – funzionario ITL, esperta di diritto del lavoro e consulente *privacy*¹

In caso di indennità conguagliate con l'Inps e mai corrisposte ai dipendenti si ritiene sussista il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, di cui all'[articolo 316-ter](#), c.p., piuttosto che il reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche di cui all'[articolo 640-bis](#), c.p. Inoltre, al di sotto di una certa soglia è prevista l'applicazione di una semplice sanzione amministrativa. Recentemente la Cassazione penale, con [sentenza n. 7963/2020](#), ha, tuttavia, sostenuto che il superamento della soglia di rilevanza integra la fattispecie penale con riferimento ad ogni singola condotta e non al totale delle somme indebitamente poste a conguaglio con plurime azioni.

Indennità poste indebitamente a conguaglio

Il datore di lavoro è tenuto a denunciare mensilmente all'Inps le retribuzioni corrisposte ai dipendenti, i contributi dovuti compresa la quota a carico del lavoratore – ovvero le somme a debito – le eventuali agevolazioni spettanti nonché le somme eventualmente anticipate per conto dell'Istituto che vengono poste a conguaglio (ad esempio: malattia, maternità, Anf, etc.) - ovvero le somme a credito.

Nell'UniEmens il valore finale è dato dal raffronto delle somme a debito e di quelle a credito.

A volte i datori di lavoro, più comunemente per mancanza di liquidità, pongono, indebitamente, a conguaglio con l'Inps somme che avrebbero dovuto anticipare al dipendente per conto dell'Istituto previdenziale, anche se, di fatto, non lo hanno fatto, ma così facendo commettono un reato.

Fino a qualche tempo fa si tendeva a ricondurre la fattispecie di indennità conguagliate con l'Inps, e mai corrisposte ai dipendenti, al reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche di cui all'articolo 640-bis, c.p., piuttosto che all'[articolo 37](#), L. 689/1981, che punisce, salvo che il fatto costituisca più grave reato, il datore di lavoro che, al fine di non versare in tutto o in parte contributi e premi previsti dalle Leggi sulla previdenza e assistenza obbligatorie, ometta una o più registrazioni o denunce obbligatorie, ovvero esegua una o più denunce obbligatorie in tutto o, in parte, non conformi al vero, con la reclusione fino a 2 anni quando dal fatto deriva l'omesso versamento di contributi e

¹ Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

premi previsti dalle Leggi sulla previdenza e assistenza obbligatorie per un importo mensile non inferiore al maggiore importo fra 2.582,28 euro mensili e il 50% dei contributi complessivamente dovuti. L'orientamento più recente della Suprema Corte di Cassazione inquadra, tuttavia la fattispecie in questione nel paradigma di cui all'[articolo 316-ter](#), c.p.:

“Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640 bis, chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è della reclusione da uno a quattro anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso della sua qualità o dei suoi poteri. Quando la somma indebitamente percepita è pari o inferiore a euro 3.999,96 si applica soltanto la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da euro 5.164 a euro 25.822. Tale sanzione non può comunque superare il triplo del beneficio conseguito”.

Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato

Il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato è un reato contro l'economia pubblica e soggetto attivo del reato può essere chiunque, per cui siamo dinanzi a un reato comune e, in particolare, un reato di evento per il quale viene richiesto che il soggetto abbia effettivamente conseguito indebitamente il finanziamento. Chiaramente, il reato è doloso e l'articolo 316-ter, comma 2, c.p., degrada lo stesso fatto, punito penalmente nel primo comma, a mero illecito amministrativo quando abbia ad oggetto somme non cospicue. Importante è tenere presente che, ex D.Lgs. 231/2000, sorge una responsabilità amministrativa da reato in capo alla persona giuridica qualora l'indebita percezione di erogazione sia stata commessa nel suo interesse.

Rapporto con la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche

Di fatto, come già accennato, la condotta di indebita percezione di erogazioni prevista dall'articolo 316-ter, c.p., si sovrappone a quella della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche di cui all'[articolo 640-bis](#), c.p., per cui la dottrina ritiene che l'[articolo 316-ter](#), c.p., sia una fattispecie sussidiaria rispetto alla truffa aggravata e ha, peraltro, uno spazio applicativo molto scarso.

Sempre la dottrina ritiene che l'articolo 316-ter, c.p., non sia applicabile in caso di uso di documenti falsi o attestanti cose non vere, perché nel caso di specie il fatto sarà sempre riconducibile alla truffa aggravata.

Per quanto sopra, si può affermare che l'[articolo 316-ter](#), c.p., riguardi il mero mendacio e la mera omissione di informazioni dovute, in quanto non saranno riscontrabili artifici e raggiri se l'Amministrazione concedente non abbia controllato le affermazioni dei richiedenti. In pratica, a differenza del reato di truffa, il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato di cui all'[articolo 316-ter](#), c.p., prescinde dall'esistenza di artifici o raggiri, dall'induzione in errore e anche dall'esistenza di un danno patrimoniale.

D'altra parte la Corte Costituzionale, con l'[ordinanza n. 95/2004](#), ha affermato la natura meramente sussidiaria e residuale dell'articolo in questione, sostenendo che appare evidente – alla luce tanto del dato normativo, quanto della *ratio legis* – come l'[articolo 316-ter](#), c.p., sia volto ad assicurare agli interessi da esso considerati una tutela aggiuntiva e "*complementare*" rispetto a quella già offerta dall'[articolo 640-bis](#), c.p., "*coprendo*", in specie, gli eventuali margini di scostamento – per difetto – del paradigma punitivo della truffa. Infatti, il giudice delle leggi ha chiarito che l'[articolo 316-ter](#), c.p., non lede l'[articolo 3](#), Costituzione, posto che la previsione di una tutela penale rafforzata, anche quanto ad ampiezza, delle finanze pubbliche e comunitarie contro le frodi, rispetto alla generalità degli altri interessi patrimoniali, costituisce ragionevole esercizio di discrezionalità legislativa, tenuto conto della specialità dell'interesse offeso, nonché del carattere "minore" delle violazioni in questione (evidenziato anche dall'applicazione di una semplice sanzione amministrativa al sotto di una certa soglia), rispetto a quelle integrative del delitto di truffa.

Quindi, il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato rappresenta una tutela aggiuntiva rispetto all'[articolo 640-bis](#), c.p., per i margini da questo non coperti.

Le sanzioni

La sanzione prevista per il reato di cui all'[articolo 316-ter](#), c.p., è la reclusione da 6 mesi a 3 anni per il reato di cui al comma 1 e da 1 a 4 anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso della sua qualità o dei suoi poteri.

Come già specificato, quando la somma indebitamente percepita non superi i 3.999,96 euro si applica soltanto la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da 5.164 a 25.822 euro. Ad ogni modo, tale sanzione amministrativa non può superare il triplo del beneficio conseguito.

Al sensi dell'[articolo 32-quater](#), c.p., se il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato è commesso in danno o a vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa,

importa l'incapacità di contrattare con la P.A. per un periodo che non può avere durata inferiore a un anno né superiore a 5 anni, ex [articolo 32-ter](#), c.p..

Infine, occorre tener presente che, in caso di condanna per il reato in questione, ai sensi dell'[articolo 322-ter](#), c.p., è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto.

L'intervento del Ministero del lavoro

Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con nota n. 3674/2016, rispondendo a un quesito posto da una DTL, ha ricordato che il nostro sistema penale contempla già norme tese alla repressione di abusi nelle sovvenzioni pubbliche, quali l'[articolo 640-bis](#), c.p., e l'[articolo 316-bis](#), c.p., che puniscono, rispettivamente, la truffa aggravata in erogazioni pubbliche e la mancata destinazione di fondi pubblici alle finalità di pubblico interesse.

La condotta di cui all'[articolo 316-ter](#), c.p., rispetto in particolare al reato di truffa aggravata, assume per il Ministero un carattere residuale, così come si evince anche dall'*incipit* della formulazione, sia perché la condotta non ha natura fraudolenta, in quanto la presentazione delle dichiarazioni o documenti attestanti cose non vere costituisce fatto strutturalmente diverso dagli artifici e raggiri, sia per l'assenza della induzione in errore. Quindi, ai fini della riconducibilità della fattispecie concreta alla previsione di cui all'articolo 316-ter, commi 1 e 2, c.p., per il Ministero del lavoro deve potersi individuare un abuso non fraudolento per il conseguimento di pubbliche sovvenzioni, in particolare, attraverso:

- la presentazione di dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere;
- l'utilizzo di tali dichiarazioni o documenti;
- l'omissione di informazioni dovute.

Affinché il reato si perfezioni, ciascuna di queste condotte deve aver causato l'effettivo conseguimento dell'indebito, mentre il reato non si consuma finché l'autore della condotta illecita, o un terzo, non abbiano effettivamente percepito l'indebita erogazione.

Oggetto del *quantum* indebitamente percepito - chiarisce la nota ministeriale - debbono essere *"contributi, finanziamenti, mutui agevolati o erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici, o dalle Comunità Europee"*, ove la nozione di *"contributo"* va intesa, quale *"conferimento di un apporto per il raggiungimento di una finalità pubblicamente rilevante e tale apporto non può essere limitato alle sole elargizioni di danaro"*².

² Cass, SS.UU., n. 7537/2010.

Ricorda poi la nota che, qualora l'indebita percezione sia pari o inferiore a 3.999,96 euro, la condotta non ha rilevanza penale ed è punita con sanzione amministrativa, ai sensi dell'[articolo 316-ter](#), comma 2, c.p.. Tale illecito può essere rilevato dal personale ispettivo, per cui la relativa sanzione viene contestata e notificata ai sensi degli articoli [14](#) ss., L. 689/1981, assicurando il rispetto della disposizione che limita l'importo massimo della sanzione applicabile, stabilita da un minimo di 5.164 euro a un massimo di 25.822 euro, al "*triplo del beneficio conseguito*".

Si applica la sanzione "ridotta", ai sensi dell'[articolo 16](#), L. 689/1981, che è pari a 1/3 del massimo edittale previsto dalla norma - 8.607,33 euro - ovvero pari al triplo del beneficio indebitamente percepito, ove quest'ultimo risulti inferiore alla sanzione così definita.

Chiaramente, al caso di specie non appare possibile applicare la procedura di diffida di cui all'[articolo 13](#), D.Lgs. 124/2004, perché la configurazione dell'illecito - subordinata all'effettivo conseguimento dei "*contributi, finanziamenti, mutui agevolati*" etc. - determina un danno nei confronti dei soggetti erogatori, ma anche di coloro che avrebbero potuto legittimamente fruire delle medesime somme e della società civile in genere, di per sé mai completamente recuperabile.

In merito all'individuazione della competenza per territorio a contestare la violazione amministrativa, il Ministero evidenzia che il reato, e anche l'illecito amministrativo, di cui all'articolo 316-ter, c.p., si consumano nel momento in cui è realizzato l'evento, consistente nell'erogazione e nella conseguente percezione dell'indebito.

Più in particolare – ricorda la nota - secondo la Cassazione penale n. 12625/2013, il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato si consuma nel momento e nel luogo in cui l'ente pubblico eroga i contributi, i finanziamenti, i mutui agevolati, disponendone l'accredito sul conto corrente del soggetto che ne abbia indebitamente fatto richiesta, perché è con quell'atto che si verifica la dispersione del denaro pubblico.

In applicazione di tale assunto, e nell'osservanza della regola generale stabilita all'[articolo 8](#), comma 1, c.p.p., la Corte ha individuato la competenza per territorio nel luogo dove ha sede l'ente pubblico erogante il contributo, a seguito del quale l'imputato "*consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo*", considerando, invece, irrilevante la località dove era stata presentata la documentazione da parte del richiedente.

Tale indirizzo giurisprudenziale induce, pertanto, a ritenere competente a contestare l'illecito in parola l'ufficio del luogo in cui ha sede l'ente pubblico erogante il contributo, ferma restando l'applicazione delle regole suppletive di cui all'[articolo 9](#), c.p.p., nei casi in cui non sia possibile determinare la competenza per territorio in funzione della consumazione.

Infine, con particolare riguardo al soggetto cui presentare il rapporto ex [articolo 17](#), L. 689/1981, ai fini dell'emanazione dell'ordinanza ingiunzione/archiviazione, il Ministero ha ricordato l'orientamento del Consiglio di Stato in sede consultiva, in cui si individua nel Prefetto l'organo competente all'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 316-ter, comma 2 c.p.³.

Nel parere fornito è stato, infatti, affermato che la competenza prefettizia, qualora non sia espressamente prevista dal Legislatore, si desume dai criteri dettati dall'articolo 17, comma 1, sulla base dei quali è possibile affermare una competenza del Prefetto *"per materia sostanziale"* e una competenza del medesimo organo *"in via residuale"*.

Sostanzialmente, il bene giuridico sotteso all'[articolo 316-ter](#), c.p., è individuato nella fede pubblica, rispetto a cui lo Stato è persona offesa, con conseguente attribuzione della competenza sanzionatoria in capo al Prefetto, quale *"ufficio periferico del Ministero dell'Interno nella cui competenza rientra la materia alla quale si riferisce la violazione"*, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, primo periodo.

In via residuale, la competenza spetta al Prefetto, ai sensi del medesimo comma, ultimo periodo, qualora non si ritenesse d'individuare, nell'ambito della citata fattispecie, un soggetto quale persona offesa all'interno dell'Amministrazione dello Stato.

La sentenza

La Cassazione penale, con [sentenza n. 7963/2020](#), pubblicata il 27 febbraio scorso, si è occupata di un caso di conguaglio richiesto da un'azienda all'Inps – che peraltro si trovava in una situazione di dissesto economico, sottoposta a procedura di concordato preventivo – per indennità economica di maternità e assegni in favore del nucleo familiare mai corrisposte a una dipendente, per un ammontare complessivo di 10.108,62 euro, con pari danno per detto ente previdenziale, da settembre 2011 a maggio 2013.

Nel caso di specie, la Corte ha dato continuità all'indirizzo giurisprudenziale ormai prevalente – per il quale integra il delitto di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato la condotta del datore di lavoro che, esponendo falsamente di aver corrisposto al lavoratore somme a titolo di indennità per malattia, assegni familiari e Cig, ottenga dall'Inps il conguaglio di tali somme, in realtà non corrisposte, con quelle da lui dovute a titolo di contributi previdenziali e assistenziali, così percependo indebitamente dallo stesso istituto le corrispondenti erogazioni.

Tale interpretazione, per gli Ermellini, risulta maggiormente fedele ai principi espressi dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁴, secondo cui l'[articolo 316-ter](#), c.p., offre una tutela residuale e

³ Consiglio di Stato, sez. I, parere n. 2836/2014.

⁴ Cass., SS.UU. n. 16568/2007 e n. 7537/2010.

complementare rispetto a quella perseguita dall'[articolo 640-bis](#), c.p., richiedendo soltanto l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere (ovvero l'omissione di informazioni dovute), da cui derivi il conseguimento indebito di erogazioni da parte dello Stato o di altri enti pubblici o dell'Unione Europea.

Continua la Corte evidenziando che le erogazioni di cui all'articolo 316-ter, c.p., quindi, non devono necessariamente consistere nel conseguimento diretto di una somma di denaro, ben potendo anche consistere nell'esenzione dal pagamento di una somma altrimenti dovuta, ovvero in un risparmio, come nel caso di specie, in cui somme di danaro falsamente indicate come anticipate dal datore di lavoro in favore del lavoratore, erano state poste a conguaglio in sede di dichiarazione attraverso la predisposizione del modello c.d. DM10, modulo per mezzo del quale era stato conseguito, all'atto della presentazione, un immediato risparmio rispetto alle somme dovute quale debito previdenziale.

Posto ciò, quello che qui interessa è, però, soprattutto il fatto che la Corte abbia ritenuto che il momento dell'*"utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere"*, cui consegue l'erogazione del contributo o del finanziamento, costituisce momento nel quale viene a realizzarsi il momento consumativo del reato - momento corrispondente alla condotta del datore di lavoro che provvede a versare all'Inps l'importo ridotto dei contributi a cagione dell'operato indebito conguaglio - così percependo tale differenza quale erogazione non dovuta da parte dall'ente pubblico.

Quindi, costituendo il superamento della soglia di punibilità indicata dall'articolo 316-ter, comma 2, c.p., un elemento costitutivo del reato e non una condizione obiettiva di punibilità, detto superamento è idoneo a integrare la fattispecie penale solo se si realizza al momento del conseguimento della somma corrispondente ad ogni singola condotta, essendo invece irrilevante che il beneficiario consegua in momenti diversi i contributi che, sommati tra loro, determinerebbero il superamento di detto limite.

Nel caso di specie, per la Cassazione non vi è stata una sola condotta attiva o omissiva, ma plurime azioni con cui sono stati fraudolentemente imputati, attraverso la predisposizione del modello DM10, singoli e distinti conguagli in realtà non consentiti in ragione dell'omessa corresponsione dei contributi previdenziali spettanti alla dipendente e la somma complessiva, indebitamente percepita dal ricorrente, era sì di poco superiore a 10.000 euro, ma tale importo era frutto della sommatoria di più istanze di conguaglio di volta in volta presentate dal medesimo, nessuna delle quali superiore alla soglia di penale responsabilità di 3.999,96 euro previste dalla norma in esame.

In conclusione, la condotta in esame deve essere qualificata ai sensi dell'[articolo 316-ter](#), comma 2, c.p., quale illecito amministrativo.

Il giurista del lavoro n. 5/2020

Impianto di videosorveglianza senza rispetto dello Statuto dei Lavoratori: il consenso dei lavoratori quale scriminante e i presupposti che giustificano l'installazione di telecamere nascoste

di Rossella Schiavone – funzionario ITL, esperta di diritto del lavoro e consulente *privacy*¹

L'accordo con i dipendenti non costituisce esimente della responsabilità penale, in quanto la fattispecie incriminatrice di cui all'[articolo 4](#), St. Lav., è integrata con l'installazione di un sistema di videosorveglianza potenzialmente in grado di controllare a distanza l'attività dei lavoratori, anche quando, in mancanza di accordo con le rappresentanze sindacali aziendali e di provvedimento autorizzativo dell'Autorità amministrativa, la stessa sia stata preventivamente autorizzata per iscritto da tutti i dipendenti. Inoltre, non è possibile installare telecamere nascoste se non a fronte di specifici presupposti e quale extrema ratio, a fronte di "gravi illeciti" e con modalità spazio-temporali tali da limitare al massimo l'incidenza del controllo sul lavoratore.

L'articolo 4, L. 300/1970

Nonostante l'attuale formulazione dell'articolo 4, St. Lav., non lo preveda più espressamente, sussiste ancora il divieto di mero controllo a distanza dei prestatori di lavoro utilizzando impianti audiovisivi o altri strumenti, in virtù del necessario rispetto di alcuni diritti fondamentali dei lavoratori, come la dignità e la riservatezza².

In questo ambito è importante ricordare che la Cassazione, con sentenza n. 1490/1986, ha affermato che il divieto

¹ Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

² La Suprema Corte di Cassazione, con sentenza n. 1236 del 18 febbraio 1983, ha affermato che tale controllo è, quindi, ancora assolutamente vietato, in contrasto con i principi della Costituzione e capace di arrecare danno alla stessa produttività del lavoratore.

“per il datore di lavoro di far uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori non è escluso né dalla circostanza che tali apparecchiature siano state solo installate ma non siano ancora funzionanti, né dall'eventuale preavviso dato ai lavoratori, i quali quindi siano avvertiti del controllo suddetto, né infine dal fatto che tale controllo sia destinato ad essere discontinuo purché esercitato in locali dove i lavoratori possono trovarsi solo saltuariamente”.

Posto ciò, è possibile utilizzare impianti e strumenti che permettano un controllo a distanza dei propri dipendenti purché sussistano esigenze aziendali qualificate individuate dal Legislatore nelle “*esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale*”.

Tuttavia, la sussistenza di tali giustificati motivi non è sufficiente per la legittimità dei controlli in questione, ma, come stabilito dal [comma 1](#) del citato articolo 4, occorre una procedura autorizzatoria di tipo sindacale o amministrativa a tutela dei lavoratori.

L'accordo sindacale

L'installazione degli impianti e degli strumenti succitati deve essere preceduta da un accordo collettivo stipulato dalla Rsu o dalle Rsa, pena l'integrazione della condotta antisindacale ex [articolo 28](#), L. 300/1970³.

Ad ogni modo, in materia, si ritiene sia sufficiente la sottoscrizione dell'accordo con la sola maggioranza dei membri della Rsu/Rsa, “*in virtù del fatto che, la necessaria adesione di tutte le Rsa finirebbe per tradursi in un vero e proprio “diritto di veto” utilizzabile anche dalla rappresentanza sindacale più esigua che potrebbe, in tal modo, vanificare l'accordo raggiunto con le altre componenti aziendali*”⁴.

In alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse Province della stessa Regione ovvero in più Regioni, il Legislatore ha previsto che tale accordo possa essere stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale⁵.

Di fatto, quindi,

“l'impresa multilocalizzata può scegliere di confrontarsi, invece che con le rappresentanze sindacali di ciascuna unità produttiva, una volta sola a livello nazionale con le associazioni sindacali

³ Cass. n. 9211/1997

⁴ Ministero del lavoro e delle politiche sociali, interpello n. 2975/2005.

⁵ Trattasi di mera opzione e non di obbligo per via dell'inciso “*in alternativa*” e dell'uso del verbo “potere”.

*comparativamente più rappresentative su tale piano, concludendo con esse un accordo a valere per tutte le unità dislocate sul territorio*⁶.

L'autorizzazione amministrativa

Qualora in azienda non vi siano rsu/rsa o se, pur in presenza di rappresentanze sindacali, non si riesca a raggiungere un accordo, gli impianti e gli strumenti che permettono un controllo a distanza dei lavoratori - ma comunque sempre giustificati da esigenze organizzative e produttive e/o di sicurezza del lavoro e/o di tutela del patrimonio aziendale - possono essere installati previa autorizzazione della sede territoriale dell'INL.

Da notare che, per le imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più sedi territoriali, l'autorizzazione in questione deve essere obbligatoriamente richiesta alla sede centrale dell'INL.

Come chiarito dal Ministero del lavoro con l'[interpello n. 3/2019](#), nel caso di specie non è configurabile l'istituto del silenzio assenso, per cui il provvedimento di accoglimento o rigetto dell'istanza va emanato dall'Ispettorato (territoriale o nazionale) entro 60 giorni dalla richiesta.

Il provvedimento è, inoltre, definitivo, per cui non è più ammesso, come in passato, il ricorso gerarchico, ma è possibile il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, per soli vizi di legittimità, entro 120 giorni dalla data di ricezione, ovvero al TAR, entro 60 giorni dalla data di ricezione.

Il consenso dei lavoratori

Recentemente la Cassazione penale, con [sentenza n. 1733/2020](#), è tornata sulla questione relativa alla possibilità che il consenso dei lavoratori all'installazione di telecamere in azienda possa scriminare la condotta del datore di lavoro che abbia installato i predetti impianti in violazione delle prescrizioni dettate dalla fattispecie incriminatrice.

Più nello specifico, l'impianto di videosorveglianza in questione era stato installato in difetto delle condizioni dell'[articolo 4](#), L. 300/1970 – ovvero in difetto dell'accordo sindacale con le Rsu/Rsa e dell'autorizzazione dell'Ispettorato – ma previo accordo scritto con tutti i dipendenti.

Tuttavia, in tale occasione, hanno ricordato gli Ermellini che l'accordo con i dipendenti non costituisce esimente della responsabilità penale, in quanto la fattispecie incriminatrice di cui all'articolo 4, St. Lav.,

⁶ R. Del Punta, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, D.Lgs. n. 151/2015)*, in RIDL, n. 1/2016.

è integrata con l'installazione di un sistema di videosorveglianza potenzialmente in grado di controllare a distanza l'attività dei lavoratori, anche quando, in mancanza di accordo con le Rsa e di provvedimento autorizzativo dell'Autorità amministrativa, la stessa sia stata preventivamente autorizzata per iscritto da tutti i dipendenti⁷.

La scelta del Legislatore di affidare l'assetto della regolamentazione degli interessi in gioco alle rappresentanze sindacali o, in ultima analisi, a un organo pubblico, con esclusione della possibilità che i singoli lavoratori possano autonomamente provvedere al riguardo, trova la sua *ratio* nella considerazione dei prestatori di lavoro come soggetti deboli del rapporto di lavoro subordinato.

Per la Cassazione, la diseguaglianza di fatto, e quindi l'indiscutibile e maggiore forza economico-sociale dell'imprenditore, rispetto a quella del lavoratore, rappresenta la ragione per la quale la procedura codeterminativa sia da ritenersi inderogabile.

Questa, infatti, può essere sostituita dall'autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro solo in caso di mancato accordo tra datore di lavoro e rappresentanze sindacali, non già dal consenso dei singoli lavoratori, poiché, a conferma della sproporzione esistente tra le rispettive posizioni, basterebbe al datore di lavoro fare firmare ai lavoratori, all'atto dell'assunzione, una dichiarazione con cui accettano l'introduzione di qualsiasi tecnologia di controllo per ottenere un consenso viziato, perché ritenuto dal lavoratore stesso, a torto o a ragione, in qualche modo condizionante l'assunzione.

D'altra parte, già in altre occasioni la Suprema Corte aveva ribadito che il consenso, in qualunque forma espresso, dai singoli lavoratori, non ha alcuna valenza ai fini dell'esclusione del reato di cui all'[articolo 4](#), L. 300/1970 - sanzionato dall'[articolo 38](#) della stessa Legge, in virtù del rinvio di cui all'[articolo 171](#), D.Lgs. 196/2003 - in quanto la tutela penale è apprestata dal Legislatore per la salvaguardia di interessi collettivi di cui, nel caso di specie, le rappresentanze sindacali, per espressa disposizione di Legge, sono esclusive portatrici, in luogo dei lavoratori che, a causa della posizione di svantaggio nella quale versano rispetto al datore di lavoro, potrebbero rendere, per l'appunto, un consenso viziato.

Infatti, come ben sottolineato dalla Cassazione penale con [sentenza n. 50919/2019](#),

“la protezione di siffatti interessi collettivi, riconducibili nel caso di specie alla tutela della dignità dei lavoratori sul luogo di lavoro in costanza di adempimento della prestazione lavorativa, non viene meno in caso di mancato accordo tra rappresentanze sindacali e datore di lavoro né determina uno sbilanciamento eccessivo dei rapporti di forza in favore dell'organismo sindacale, potendo il datore di

⁷ Ex multis: Cass. Pen. n. 38882/2018 e n. 22148/2017.

lavoro comunque adoperarsi per rimuovere l'impedimento alla installazione degli impianti attraverso il rilascio di un'autorizzazione che rientra nelle competenze di un organo pubblico, cui, in regime di imparzialità ed indipendenza, spetta di controllare la meritevolezza dell'interesse datoriale alla collocazione degli impianti nei luoghi di lavoro per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale”.

In definitiva, il consenso o l'acquiescenza del lavoratore non ha alcuna funzione esimente, atteso che, in tal caso, l'interesse collettivo tutelato - quale bene di cui il lavoratore non può validamente disporre - rimane fuori della teoria del consenso dell'avente diritto, non essendo la condotta del lavoratore, nel caso di specie, riconducibile al paradigma generale dell'esercizio di un diritto, trattandosi della disposizione di una posizione soggettiva a lui non spettante in termini di esclusività⁸.

I controlli difensivi e l'utilizzo di telecamere nascoste

Parte della giurisprudenza, con specifico riferimento a casi in cui il datore di lavoro aveva utilizzato immagini acquisite tramite sistemi di videosorveglianza, non autorizzati da accordo sindacale o autorizzazione amministrativa, per sanzionare il dipendente, ha da tempo dato vita all'orientamento in forza del quale tale utilizzazione è da ritenersi lecita nel caso in cui il controllo del lavoratore sia qualificabile come di tipo “difensivo”, in quanto giustificato dall'interesse datoriale a difendersi dalla commissione di illeciti da parte del prestatore di lavoro.

Tuttavia, come evidenziato da dottrina⁹,

“il concetto ha sempre destato, peraltro, numerose perplessità, se si vuole a cominciare dal fatto che, per quanto difensivi potessero essere, i controlli restavano finalizzati a un’“offesa”, per quanto legittima, cioè ad un’azione di tipo disciplinare. Era paradossale, in secondo luogo, che un controllo potesse essere ritenuto legittimo (perché, altrimenti, le informazioni che ne erano state tratte non sarebbero state utilizzabili) a seconda di quello che consentiva di accertare, ossia di un dato ex post. Ciò, a maggior ragione, in quanto ad essere illecita anche penalmente, e questa volta ex ante, era la stessa installazione di strumenti che rendevano possibile il (oltre che di quelli finalizzati al) controllo. È vero che essi potevano essere stati autorizzati in nome di esigenze aziendali, ma tra queste non poteva figurare l'esigenza di controllo, che guarda caso era proprio quella in vista della quale erano stati impiegati, oltretutto con intenzionalità e di solito con premeditazione, nei confronti di lavoratori sanzionati sulla scorta delle informazioni così attinte”.

⁸ Ex multis: Cass. Pen., n. 50919/2019, n. 22148/2017 e n. 38882/2018.

⁹ R. Del Punta, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro* (art. 23, D.Lgs. n. 151/2015), in RIDL, n. 1/2016.

In effetti, in passato la giurisprudenza, in alcuni casi, ha esentato il datore di lavoro dal cercare l'accordo con le Rsa/Rsu e dal chiedere l'autorizzazione all'organo amministrativo competente, ammettendo sempre la piena utilizzabilità delle informazioni raccolte per sanzionare il dipendente, mentre in altri casi ha ammesso l'utilizzo delle succitate informazioni a scapito del lavoratore solo nel caso in cui lo strumento del controllo difensivo (gli impianti di videosorveglianza o altri strumenti) era stato oggetto di accordo sindacale o autorizzato amministrativamente.

Quindi, in realtà, l'indirizzo giurisprudenziale in tema di controlli difensivi ha avuto nel tempo un andamento alquanto tortuoso, senza riuscire a dare certezze.

A tal proposito, si ritiene che il D.Lgs. 151/2015, con l'[articolo 23](#), comma 1, abbia accolto le indicazioni giurisprudenziali ammettendo esplicitamente l'impiego di strumenti di controllo a distanza dell'attività lavorativa anche al fine della tutela del patrimonio aziendale, ma abbia fatto salvi il preventivo accordo sindacale e la preventiva autorizzazione amministrativa.

Quindi, si può sostenere che con la modifica intervenuta nel 2015 sull'[articolo 4](#), St. Lav., – che ha inserito la tutela aziendale tra le ragioni giustificatrici dell'impiego di impianti audiovisivi e altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori – sia da ritenersi superato l'orientamento giurisprudenziale che riteneva lecito il controllo potenziale e da remoto dell'attività lavorativa per la tutela del patrimonio aziendale in assenza di qualsivoglia procedura, finendo col ritenere i controlli difensivi occulti al di fuori del campo di applicazione del citato articolo 4.

La questione è sembrata, tuttavia, complicarsi con la pronuncia della Grand Chamber della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) del 17 ottobre 2019 sui ricorsi 1874/13 e 8567/13, che ha ritenuto lecita l'installazione di telecamere nascoste senza fornire alcuna informazione ai dipendenti a tutela del patrimonio aziendale e in presenza di presupposti specifici.

In merito, è però prontamente intervenuto il Garante per la protezione dei dati personali, che, con comunicato del 17 ottobre 2019, ha chiarito che la sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo, se da una parte giustifica, nel caso di specie, le telecamere nascoste, dall'altra conferma, però, il principio di proporzionalità come requisito essenziale di legittimazione dei controlli in ambito lavorativo.

In tale occasione, il Garante ha chiarito che l'installazione di telecamere nascoste sul luogo di lavoro è stata ritenuta ammissibile dalla Corte solo perché, nel caso che le era stato sottoposto, ricorrevano determinati presupposti:

- vi erano fondati e ragionevoli sospetti di furti commessi dai lavoratori ai danni del patrimonio aziendale;
- l'area oggetto di ripresa (peraltro aperta al pubblico) era alquanto circoscritta;
- le videocamere erano state in funzione per un periodo temporale limitato;
- non era possibile ricorrere a mezzi alternativi e le immagini captate erano state utilizzate soltanto a fini di prova dei furti commessi.

A tal proposito, il Garante ha ricordato che la videosorveglianza occulta è, dunque, ammessa solo in quanto *extrema ratio*, a fronte di "gravi illeciti" e con modalità spazio-temporali tali da limitare al massimo l'incidenza del controllo sul lavoratore e non può, dunque, diventare una prassi ordinaria.

In tale occasione il presidente Soro concluse sostenendo che

"il requisito essenziale perché i controlli sul lavoro, anche quelli difensivi, siano legittimi resta dunque, per la Corte, la loro rigorosa proporzionalità e non eccedenza: capisaldi della disciplina di protezione dati la cui "funzione sociale" si conferma, anche sotto questo profilo, sempre più centrale perché capace di coniugare dignità e iniziativa economica, libertà e tecnica, garanzie e doveri".

Strumenti di lavoro n. 5/2020

Il controllo e la sicurezza degli *smart workers*

di Rossella Schiavone – funzionario ITL, esperta di diritto del lavoro e consulente *privacy*¹

L'accordo di lavoro agile deve disciplinare l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'[articolo 4](#), St. Lav., ma come di fatto si deve comportare il datore di lavoro che assegna allo smart worker strumenti tecnologici per svolgere la prestazione lavorativa? L'informativa è l'unico obbligo datoriale nei confronti dei lavoratori agili ai fini del rispetto delle norme in materia di salute e sicurezza? Il presente contributo cerca di fornire risposte a queste domande.

Il lavoro agile e l'accordo

Il lavoro agile, o *smart working*, è una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato che va stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa, che va eseguita in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno, senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla Legge e dalla contrattazione collettiva.

In questo contesto è essenziale l'accordo, che, ai sensi dell'[articolo 19](#), L. 81/2017, va stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova, e deve disciplinare:

- l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali;
- le forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro;
- gli strumenti utilizzati dal lavoratore;

e individuare:

- i tempi di riposo del lavoratore;
- le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.

¹ Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

Il controllo dello *smart worker*

Posto quanto sopra, è da evidenziare che, in pratica, lo *smart working* viene effettuato quasi esclusivamente con l'utilizzo di strumenti tecnologici, per cui diventa importante, in questo contesto, l'[articolo 21](#), L. 81/2017, il quale stabilisce che l'accordo relativo alla modalità di lavoro agile:

- deve disciplinare l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali, nel rispetto di quanto disposto dall'[articolo 4](#), L. 300/1970, e successive modificazioni;
- deve individuare le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari.

Nel rispetto del citato articolo 4, St. Lav., è possibile utilizzare strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori esclusivamente a fronte di esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale.

Tali strumenti possono essere installati sulla strumentazione tecnologica data in uso al lavoratore agile solo previo accordo collettivo stipulato dalla Rsu o dalle Rsa.

Nel caso in cui l'accordo venga cercato ma non trovato o, ancora, qualora in azienda non vi siano rappresentanze sindacali, gli strumenti in questione possono essere installati solo previa autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro.

Si rammenta, inoltre, che ai sensi dell'articolo 4, del comma 2, L. 300/1970, l'accordo sindacale e l'autorizzazione amministrativa non sono necessari nel caso in cui sulla strumentazione in questione siano installati “*strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa*”.

Posto che la violazione dell'articolo 4, comma 1, è un c.d. reato di pericolo astratto, o pericolo presunto, in cui la condotta illecita (nel caso di specie, l'installazione degli strumenti che permettono il controllo a distanza del lavoratore senza previo accordo sindacale o autorizzazione amministrativa) viene sanzionata anche se il bene tutelato dalla Legge non è messo concretamente in pericolo, ma è sufficiente che il colpevole ponga in essere la condotta descritta dalla norma, è necessario andare a distinguere, per quanto possibile, quando gli strumenti installati dal datore di lavoro rientrano negli strumenti che vengono utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e quando no.

La distinzione non è certamente facile e sarà sicuramente compito della giurisprudenza chiarire meglio la questione, atteso che il Ministero del lavoro ha solo a suo tempo sostenuto, con [comunicato del 18 giugno 2015](#), che occorre verificare se lo strumento è un mezzo che “serve” al lavoratore per adempiere la prestazione lavorativa (ovvero è un attrezzo di lavoro) o uno strumento che serve al datore anche per controllarne la prestazione.

Da notare che tale posizione ministeriale è stata successivamente confermata in diverse occasioni dal Garante per la *privacy* in svariati provvedimenti.

In pratica, strumenti quali il *pc*, il *tablet* e lo *smartphone* che vengono assegnati al lavoratore agile "per rendere la prestazione lavorativa" sono da considerarsi strumenti che non necessitano di previo accordo sindacale o autorizzazione dell'Ispettorato, ma se a tali strumenti vengono aggiunti appositi *software* di localizzazione o filtraggio che permettono di controllare lo *smart worker*, occorre innanzitutto, a monte, la sussistenza di particolari esigenze nonché l'accordo sindacale o l'autorizzazione.

Il provvedimento n. 303/2016 del Garante *privacy*

Per provare a chiarire cosa rientri o meno negli strumenti per rendere la prestazione lavorativa, è interessante il [provvedimento n. 303/2016](#) del Garante *privacy*, relativo a un trattamento di dati effettuato da un'università mediante strumenti elettronici.

Nel caso di specie, l'ateneo effettuava operazioni che consistevano nella raccolta e conservazione, per un periodo di 5 anni, dei *file* di *log* relativi al traffico *internet* contenenti, tra gli altri, il *MAC Address* (*Media Access Control Address*), l'indirizzo IP nonché informazioni relative all'accesso ai servizi *internet*, all'utilizzo della posta elettronica e alle connessioni di rete.

Tale raccolta e conservazione prolungata di informazioni sarebbe stata effettuata per esclusive finalità di monitoraggio del servizio nonché di sicurezza e integrità dei sistemi nonché in caso di richieste investigative dell'Autorità giudiziaria.

In tale occasione, il Garante ricordò che il *MAC Address* dell'"interfaccia" di rete di una postazione è da considerarsi "dato personale", in quanto costituito da una sequenza numerica (48 cifre binarie) associata in modo univoco dal produttore a ogni scheda di rete *ethernet* o *wireless* prodotta al mondo e rappresenta l'indirizzo fisico identificativo di quel particolare dispositivo di rete, da cui è possibile desumere l'identità del produttore, la tipologia di dispositivo e consente di risalire, anche indirettamente, alla postazione corrispondente e, di conseguenza, all'utente che su di essa sta operando.

Inoltre, in tale occasione, fu chiarito che i sistemi *software* che consentono, con modalità non percepibili dall'utente (c.d. *in background*) e in modo del tutto indipendente rispetto alla normale attività dell'utilizzatore (cioè senza alcun impatto o interferenza sul lavoro del dipendente), operazioni di "monitoraggio", "filtraggio", "controllo" e "tracciatura" costanti e indiscriminati degli accessi a *internet* o al servizio di posta elettronica non possono essere considerati "*strumenti*

utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa", ai sensi e per gli effetti dell'[articolo 4](#), comma 2, L. 300/1970².

In tale nozione, infatti - e con specifico riferimento agli strumenti oggetto del [provvedimento n. 303/2016](#), vale a dire servizio di posta elettronica e navigazione *web* - per il Garante *privacy* è da ritenere che possano ricomprendersi solo servizi, *software* o applicativi strettamente funzionali alla prestazione lavorativa, anche sotto il profilo della sicurezza.

Da questo punto di vista, e a titolo esemplificativo, l'Autorità sostenne che possono essere considerati "strumenti di lavoro", alla stregua della normativa sopra citata, il servizio di posta elettronica offerto ai dipendenti (mediante attribuzione di un *account* personale) e gli altri servizi della rete aziendale, fra cui anche il collegamento a siti *internet*.

Sempre da tale provvedimento emerge che costituiscono parte integrante di questi strumenti anche i sistemi e le misure che ne consentono il fisiologico e sicuro funzionamento al fine di garantire un elevato livello di sicurezza della rete aziendale messa a disposizione del lavoratore, come ad esempio:

- sistemi di *logging* per il corretto esercizio del servizio di posta elettronica, con conservazione dei soli dati esteriori, contenuti nella c.d. "*envelope*" del messaggio, per una breve durata non superiore comunque a 7 giorni;
- sistemi di filtraggio antivirus che rilevano anomalie di sicurezza nelle postazioni di lavoro o sui *server* per l'erogazione dei servizi di rete;
- sistemi di inibizione automatica della consultazione di contenuti in rete inconferenti rispetto alle competenze istituzionali, senza registrazione dei tentativi di accesso.

Altri strumenti pure utili al conseguimento di un'elevata sicurezza della rete aziendale, invece, non possono normalmente consentire controlli sull'attività lavorativa, non comportando un trattamento di dati personali dei dipendenti, e di conseguenza non sono assoggettati alla disciplina di cui all'articolo 4, St. Lav. (ad esempio, sistemi di protezione perimetrale - *firewall* - in funzione antintrusione e sistemi di prevenzione e rilevamento di intrusioni - IPS/IDS - agenti su base statistica o con il ricorso a sorgenti informative esterne).

La *policy* aziendale

Chiarito, quindi, che il datore di lavoro è tenuto a rispettare l'articolo 4, St. Lav., per gli strumenti tecnologici dati in uso allo *smart worker*, ai sensi del comma 3 del medesimo articolo lo stesso potrà

² In tale occasione il Garante fece esplicitamente riferimento alla nota del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 18 giugno 2015, nonché alla definizione di "*attrezzatura*" e "*postazione di lavoro*" di cui all'articolo 173, D.Lgs. 81/2008.

utilizzare le informazioni lecitamente raccolte a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, compresi eventuali fini sanzionatori, purché:

- dia al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli;
- rispetti quanto disposto dalla normativa *privacy* (Regolamento UE 2016/679 e D.Lgs. 196/2003)³.

Per quanto riguarda le informazioni, queste devono essere contenute in apposita *policy*, che specifichi le modalità d'utilizzo degli strumenti, se e in che misura e con quali modalità verranno effettuati i controlli.

Da notare che, come chiarito dallo stesso Garante, la *policy* è un disciplinare interno redatto in modo chiaro e senza formule generiche, da pubblicizzare adeguatamente (verso i singoli lavoratori, nella rete interna, mediante affissioni sui luoghi di lavoro con modalità analoghe a quelle previste dall'[articolo 7](#), St. Lav., etc.) e da sottoporre ad aggiornamento periodico.

La sicurezza dello *smart worker*

Ai sensi dell'[articolo 22](#), L. 81/2017, il datore di lavoro è tenuto a garantire la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile e, a tal fine, deve consegnare al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale vanno individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro.

Sempre per lo stesso articolo, il lavoratore è tenuto a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali.

Ma l'informativa è l'unico obbligo datoriale nei confronti dei lavoratori agili ai fini del rispetto delle norme in materia di salute e sicurezza?

La risposta a questa domanda è: assolutamente NO!

L'informativa rappresenta solo un adempimento che si aggiunge agli obblighi di cui al T.U. sulla salute e sicurezza.

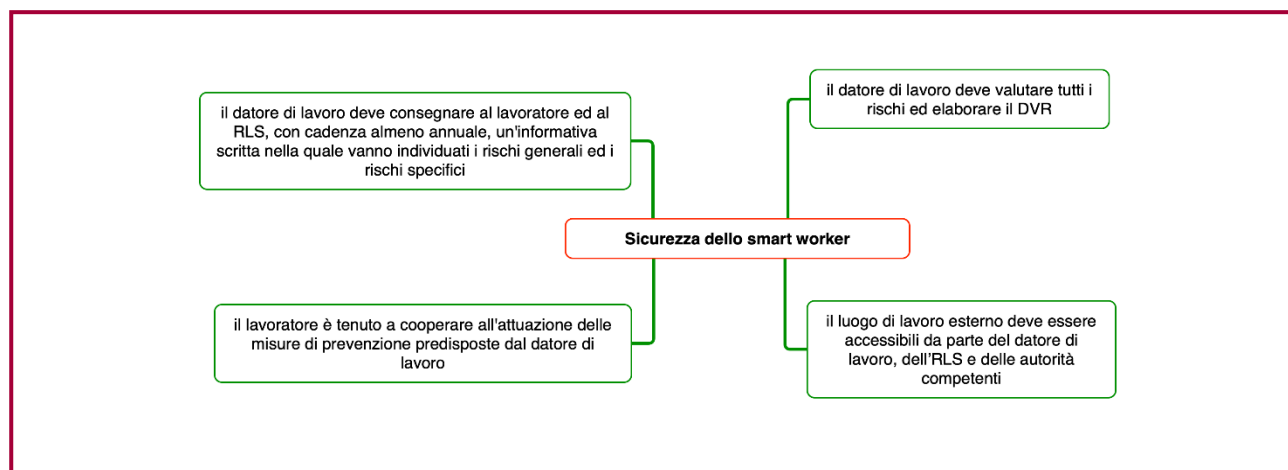
Innanzitutto, è necessario, ai sensi dell'[articolo 17](#), comma 1, lettera a), D.Lgs. 81/2008, che il datore di lavoro valuti tutti i rischi ed elabori il documento previsto dall'[articolo 28](#), ovvero il DVR, che, per

³ Il D.Lgs. 101/2018, di adeguamento del Codice *privacy*, ha previsto che i rinvii alle disposizioni del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al D.Lgs. 196/2003, abrogate, contenuti in norme di Legge e di regolamento, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 e a quelle introdotte o modificate dal D.Lgs. 101/2018, in quanto compatibili.

espressa previsione normativa, deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo *stress* lavoro-correlato e quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro

Quindi, nel DVR vanno valutati tutti i rischi, sia i rischi generali che quelli specifici, compresi i rischi connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro.

In proposito, è interessante la posizione di dottrina⁴ la quale ritiene che dall'[articolo 18](#), comma 1, L. 81/2017, e dall'[articolo 28](#), comma 1, D.Lgs. 81/2008, si desume che - poiché in caso di lavoro agile la prestazione lavorativa viene eseguita in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno, senza una postazione fissa e poiché sussiste l'obbligo di valutare i rischi connessi alla tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro - in caso di lavoro agile il datore di lavoro è tenuto a individuare i rischi generali e specifici non solo all'interno, ma anche all'esterno dei locali aziendali. Sempre su tale interpretazione si basa la constatazione che, quindi, anche i luoghi di esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali devono essere accessibili da parte del datore di lavoro (o di chi per lui), dell'RLS e delle Autorità competenti per verificare l'osservanza delle norme di sicurezza nel rispetto dei rispettivi compiti assegnati dal D.Lgs. 81/2008 e che, nel caso in cui un determinato luogo sia inibito dal lavoratore, dovrebbe scattare il divieto di esecuzione della prestazione lavorativa in quel luogo⁵.



⁴ R.Guariniello. "La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus", Wolters Kluwer, ebook 2020.

⁵ *Ibidem*.

Stress lavoro correlato e sindrome da *burnout*

Con specifico riferimento allo *stress* lavoro correlato si ritiene che, in caso di lavoro agile, il DVR debba valutare anche la sindrome da *burnout*, che, letteralmente, significa esaurimento, crollo o surriscaldamento e dà chiaramente l'idea di una condizione di *stress* inserita in un contesto lavorativo e derivante da questo, che determina un logorio psicofisico ed emotivo, demotivazione, delusione e disinteresse, se non proprio repulsione per il proprio lavoro.

Questo è uno dei rischi che desta particolare attenzione con riferimento allo *smart worker* che utilizzerebbe strumenti tecnologici in modo massiccio tutto il giorno (*mail*, messaggistica istantanea, *smartphone* e *computer*) senza sosta.

Proprio per evitare questo, il Legislatore ha previsto, all'[articolo 19](#), L. 81/2017, che l'accordo per il lavoro agile individui anche i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.

Per diritto alla disconnessione si intende il diritto per il lavoratore di non essere costantemente reperibile, ossia la libertà di non rispondere alle comunicazioni di lavoro durante il periodo di riposo, senza che questo comprometta la sua situazione lavorativa e, infatti, come già evidenziato, attraverso l'uso di *smartphone*, cellulari, *e-mail*, *chat* in tempo reale, etc., si corre il rischio che il lavoratore agile non abbia più la possibilità di fruire del proprio tempo libero.

L'utilizzo di strumenti di collegamento tra datore di lavoro e *smart worker* rappresenta un'arma a doppio taglio per il lavoratore, in quanto gli consente di lavorare in parte in un luogo diverso da quello dell'azienda – anche e soprattutto, nella pratica, a casa propria, così da permettergli di agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro – ma comporta il rischio che questo sia sempre connesso con il datore o con il suo superiore gerarchico.

Di fatto, è indubbio che la legislazione italiana sia ancora abbastanza vaga in tema di *smart working* e diritto alla disconnessione, in quanto non chiarisce un istituto importante come quello della reperibilità aziendale, per cui spetta alla contrattazione collettiva, soprattutto aziendale, stabilire le fasce orarie in cui gli *smart workers* devono essere raggiungibili e, in mancanza, non resta al lavoratore agile che pretendere di fissare dei paletti e raggiungere col datore di lavoro un accordo sulle fasce di orario di reperibilità.

La circolare di lavoro e previdenza n. 21-22/2020

Ispezione e contratti certificati

di Rossella Schiavone – funzionario ITL, esperta di diritto del lavoro e consulente *privacy*¹

Gli organi ispettivi, nell'espletamento della loro attività, trovano limitazioni davanti a contratti certificati che hanno una stabilità c.d. relativa. Il presente contributo analizza le indicazioni fornite nel tempo dall'Ispettorato del lavoro in merito alle possibili interferenze tra le attività di vigilanza e quella di certificazione.

La certificazione dei contratti

La certificazione dei contratti è disciplinata dagli articoli [75-84](#), D.Lgs. 276/2003, e può essere utilizzata per certificare non solo qualsiasi tipologia contrattuale, ma anche:

- qualsiasi contratto in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro secondo apposita procedura volontaria stabilita nel citato D.Lgs.;
- le rinunzie e le transazioni di cui all'[articolo 2113](#), cod. civ., a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse;
- i regolamenti delle società cooperative riguardante la tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori.

La procedura di certificazione è, per l'appunto, volontaria e consegue obbligatoriamente a un'istanza scritta comune delle parti del contratto.

L'atto di certificazione ha piena forza di Legge nei confronti delle parti e dei terzi nella cui sfera giuridica l'atto stesso è destinato a produrre effetti fino a quando non ci sia una sentenza di primo grado che riconosca l'erronea qualificazione del contratto o la difformità tra programma negoziale certificato e quello attuato o vizi del consenso, fatti salvi eventuali provvedimenti cautelari del giudice che anticipino l'esito del giudizio sul merito.

L'accertamento giurisdizionale dell'erroneità della qualificazione ha effetto fin dal momento della conclusione dell'accordo contrattuale, mentre l'accertamento giurisdizionale della difformità tra il programma negoziale e quello effettivamente realizzato ha effetto a partire dal momento in cui la sentenza accerti che ha avuto inizio la difformità stessa.

Da notare che gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto:

¹ Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

- nel caso di contratti in corso di esecuzione, si producono dal momento di inizio del contratto, purché la commissione abbia appurato che l'attuazione del medesimo sia stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede;
- in caso di contratti non ancora sottoscritti dalle parti, si producono soltanto ove e nel momento in cui queste ultime provvedano a sottoscriverli, con le eventuali integrazioni e modifiche suggerite dalla commissione adita.

A quanto sopra occorre aggiungere che dinanzi al TAR nella cui giurisdizione ha sede la commissione che ha certificato il contratto, può essere presentato ricorso contro l'atto certificatorio per violazione del procedimento o per eccesso di potere.

Come la dottrina ha evidenziato, alla luce di quanto sopra si può affermare che la procedura di certificazione ha l'effetto di mettere il contratto "certificato" al riparo da interventi degli organi ispettivi, onerandoli del ricorso giurisdizionale e, quindi, conferisce una stabilità relativa ai contratti certificati, atteso che fino alla sentenza di primo grado le parti e i terzi sono vincolati alle risultanze dell'atto di certificazione, ne subiscono gli effetti e non possono opporvisi.

La certificazione è, inoltre, vista con favore dagli organi di vigilanza, tanto che la [direttiva del Ministro del lavoro del 18 settembre 2008](#) ha chiarito, con riferimento ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa, che l'accertamento ispettivo si deve concentrare esclusivamente su quelli che non siano già stati sottoposti al vaglio di una delle commissioni di certificazione di cui all'[articolo 76](#), D.Lgs. 276/2003, in quanto positivamente certificati o ancora in fase di valutazione, salvo che non si evinca con evidenza immediata e non controvertibile la palese incongruenza tra il contratto certificato e le modalità concrete di esecuzione del rapporto di lavoro.

Nei riguardi dei contratti non certificati l'ispettore del lavoro è tenuto ad acquisire, confrontando i contenuti del programma negoziale con le dichiarazioni rese dal lavoratore interessato e dagli altri che eventualmente con lo stesso collaborino, tutti gli elementi utili a valutare la corretta qualificazione del rapporto di lavoro, evidenziandoli specificamente nel verbale di accertamento e notificazione col quale si disconosce la natura autonoma del rapporto investigato, contrastando l'uso fraudolento del contratto di collaborazione.

Le collaborazioni coordinate certificate, per la direttiva, devono essere oggetto di verifica ispettiva soltanto a seguito di richiesta di intervento del lavoratore interessato e sempreché sia fallito il preventivo tentativo di conciliazione monocratica (vedi paragrafo "Verifiche su contratti già certificati").

La citata direttiva del 2008 sottolinea, inoltre, che anche nell'ambito della vigilanza relativa ai contratti di lavoro flessibile (lavoro a tempo determinato, a tempo parziale, intermittente, occasionale) l'attenzione degli ispettori deve concentrarsi soltanto sui contratti non certificati.

Le verifiche devono essere mirate a contrastare l'uso distorto degli istituti contrattuali in argomento, con specifico riguardo all'utilizzo del lavoratore al di fuori del regime di flessibilità contrattato e in coerenza con le linee guida e gli indirizzi interpretativi forniti dal Ministero. Anche in questo caso i contratti certificati possono formare oggetto di verifica ispettiva solo a seguito di richiesta di intervento del lavoratore e dopo il fallimento del tentativo di conciliazione monocratica.

Nonostante tutto, gli organi ispettivi, anche se trovano limitazioni nella certificazione, non sono "bloccati" davanti a un contratto certificato: non per niente si parla di stabilità "relativa" del contratto certificato e non di stabilità assoluta.

In realtà, ci sono sempre stati molti dubbi su come l'ispezione si dovesse atteggiare dinanzi a un contratto certificato, tanto che in data 1° giugno 2018 l'INL è intervenuto, con [circolare n. 9/2018](#), per fornire indicazioni operative sulla possibile interferenza tra le attività di vigilanza e quella di certificazione ed è ritornato sulla questione più recentemente con la [nota n. 1981/2020](#).

Alla luce dei succitati chiarimenti, si riepilogano le indicazioni sulla possibile interferenza tra le attività di vigilanza e quella di certificazione.

Attività ispettiva in pendenza di certificazione

Innanzitutto, come da specifica dell'INL (circolare n. 9/2018), occorre distinguere a seconda che i controlli siano iniziati successivamente alla presentazione di un'istanza di certificazione, ma il relativo procedimento non sia ancora concluso (quindi il contratto non sia ancora certificato), o siano iniziati prima della presentazione della richiesta di certificazione.

Nel primo caso, non essendo ancora maturato alcun effetto preclusivo nei confronti delle parti e dei terzi, il personale ispettivo può svolgere la propria attività avendo, però, cura di informare prontamente la commissione di certificazione adita circa la pendenza dell'accertamento ispettivo, anche in virtù del fatto che l'[articolo 78](#), comma 2, D.Lgs. 276/2003, prevede che le Autorità pubbliche nei cui confronti l'atto di certificazione è destinato a produrre i propri effetti possano presentare osservazioni alla commissione di certificazione.

Dal canto suo la commissione, nel caso di specie, potrebbe anche sospendere il procedimento certificatorio in pendenza dell'accertamento ispettivo (molti regolamenti interni delle commissioni lo

prevedono espressamente), così da favorire un opportuno coordinamento tra funzioni di controllo e certificatorie.

Al termine degli accertamenti, il personale ispettivo comunicherà gli esiti alla commissione, così da consentirle di concludere il procedimento adottando le conseguenti determinazioni.

Nel caso in cui l'inoltro della richiesta di certificazione sia successiva all'inizio dell'attività di vigilanza, l'organo ispettivo, non appena venga reso edotto – anche da parte del soggetto ispezionato o dal professionista (ad esempio, consulente del lavoro) – del deposito di un'istanza di certificazione, deve immediatamente informare la commissione della pregressa pendenza di accertamenti ispettivi ai fini della sospensione del procedimento di certificazione in conformità a quanto previsto dal rispettivo regolamento, continuando a svolgere tutti gli accertamenti di competenza e, se del caso, adottando i relativi provvedimenti.

Anche in tal caso il personale ispettivo comunicherà l'esito dell'accertamento alla commissione.

Verifiche su contratti già certificati

Sempre con la citata [circolare n. 9/2018](#), l'INL ha chiarito che, qualora da una verifica ispettiva emergano vizi riconducibili all'erronea qualificazione del contratto ovvero alla difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione, gli ispettori sono tenuti a indicare espressamente nel verbale conclusivo, in relazione al disconoscimento dei contratti certificati (sia di lavoro che di appalto), che l'efficacia di tale disconoscimento - e, quindi, l'applicazione delle sanzioni ed eventuali altri effetti derivati - è condizionata al positivo espletamento del tentativo di conciliazione obbligatorio presso la commissione di certificazione, in base all'[articolo 410](#), c.p.c., e, solo qualora la stessa non riuscisse, all'utile proposizione delle impugnazioni previste dall'[articolo 80](#), D.Lgs. 276/2003.

Infatti, solo dopo che sia stato infruttuosamente esperito il tentativo di conciliazione succitato, è possibile per l'organo di vigilanza promuovere ricorso al giudice del lavoro ex [articolo 413](#), c.p.c., o al TAR.

A tal proposito, l'Ispettorato ha sottolineato che va adito il TAR in tutti i casi in cui venga riscontrata una violazione delle norme di Legge che disciplinano il procedimento o uno sviamento dell'esercizio del potere certificatorio e ha ricordato che laddove, invece, si ravvisi un errore attinente alla qualificazione giuridica del contratto oppure una difformità tra il programma negoziale e quello che è stato effettivamente realizzato, la giurisdizione è riservata giudice ordinario, atteso che tali vizi hanno ad oggetto il corretto inquadramento del rapporto di lavoro rispetto alla qualificazione data e, in tal caso, la decisione giurisdizionale di accoglimento del ricorso:

- avrà effetto sin dal momento della conclusione del contratto solo nel caso in cui sia stato rilevato un errore nella sua qualificazione giuridica;
- spiegherà gli effetti dal momento in cui abbia avuto inizio la difformità del programma negoziale.

Vizi concernenti la comunicazione dell'avvio del procedimento

Come già accennato, l'[articolo 78](#), comma 2, lettera a), D.Lgs. 276/2003, stabilisce che le commissioni di certificazione devono comunicare l'inizio del procedimento all'ITL, che deve, dal canto suo, provvedere a inoltrare la comunicazione alle Autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti, le quali possono presentare osservazioni alle commissioni di certificazione.

L'INL, con la [nota n. 1981/2020](#), ha, tuttavia, fatto presente che tale comunicazione molto spesso contiene esclusivamente informazioni relative all'avvio del procedimento, all'identità delle parti, alla tipologia di contratto e agli effetti richiesti con la certificazione, anche se l'obbligo legale non può essere applicato in modo acritico o formalistico.

In effetti, come rilevato dal Ministero del lavoro nel 2016 (nota n. 4340/2016), la comunicazione prevista dal Legislatore

“deve essere inteso come strumento per garantire l'effettiva partecipazione degli enti pubblici al procedimento in questione, analogamente a quanto previsto dalle norme sulla partecipazione al procedimento amministrativo di cui alla Legge n. 241/90”.

Quindi, per poter svolgere appieno i propri compiti, o, meglio, per poter esercitare la facoltà di presentare osservazioni, gli uffici territoriali dell'Ispettorato devono poter disporre di tutta la documentazione utile, e cioè tutta la documentazione allegata all'istanza di certificazione, che, quindi, sarà espressamente richiesta alle commissioni se non allegata al contratto da certificare.

A quanto sopra si deve aggiungere che, con nota n. 3861/2019, l'Ispettorato aveva già sottolineato che la certificazione può presentare vizi anche con specifico riferimento all'istanza se:

- questa non sia stata sottoscritta da entrambe le parti del contratto;
- non contenga tutti gli elementi utili a consentire una compiuta valutazione da parte della commissione di certificazione. A tal proposito in tale occasione l'INL aveva invitato gli uffici a verificare la correttezza delle dichiarazioni contenute nelle istanze di certificazione, in merito a eventuali precedenti ispettivi in capo a una o entrambe le parti del contratto, sostenendo che, qualora tali dichiarazioni risultassero non veritiere o incomplete, si può ritenere compromessa la successiva

valutazione della commissione, in particolare laddove gli illeciti abbiano a riguardare un uso distorto della tipologia di contratto per il quale si richiede la certificazione.

Per l'INL è, inoltre, indispensabile analizzare i regolamenti interni delle commissioni per poter eventualmente sollevare vizi del procedimento di certificazione.

Gli Ispettorati devono anche valutare il corretto invio della comunicazione di avvio del procedimento in ragione del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa e, in caso di errore, invitare la commissione a inoltrare la comunicazione all'Ispettorato territorialmente competente, evidenziando che l'inosservanza di tale onere integra un vizio procedurale.

In definitiva:

- l'assenza della comunicazione al competente Ispettorato nei termini previsti dal regolamento interno;
- l'assenza della documentazione utile a valutare il contratto da certificare;

costituiscono un vizio di carattere procedurale che si riflette sul provvedimento di certificazione e sulla sua idoneità a produrre effetti.

Quindi, tale vizio verrà evidenziato alla commissione di certificazione affinché sia valutata, anzitutto, l'emanazione di un provvedimento di ritiro della certificazione in autotutela.

Soggetti non abilitati, certificazione false e periodi non coperti da certificazione

Particolare attenzione sarà posta dagli ispettori alla sussistenza in capo all'organo di certificazione dei requisiti di Legge e, qualora questi manchino, nel verbale di contestazione e nell'ordinanza ingiunzione dovranno essere chiarite le ragioni che hanno portato a ritenere inefficaci i provvedimenti di certificazione.

In special modo, il richiamo che l'ITL fa nel caso di specie è alle commissioni di certificazione istituite presso gli enti bilaterali, che, in forza del combinato disposto degli articoli [2](#) e [76](#), D.Lgs. 276/2003, possono rilasciare certificazioni efficaci sul piano giuridico, purché siano istituite presso enti bilaterali costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative.

In caso contrario, il provvedimento di certificazione sarà inefficace, per cui gli ispettori potranno procedere a contestare gli illeciti riscontrati senza alcuna limitazione né previo espletamento di alcuna procedura di conciliazione.

Qualora, poi, il personale ispettivo o gli uffici legali dovessero dubitare dell'autenticità di atti di certificazione, potranno richiedere alle commissioni apposito riscontro, segnalando all'Autorità giudiziaria eventuali reati di falso riscontrati.

Inoltre, in caso di certificazione avvenuta quando il contratto era già in essere, potranno essere contestati senza alcuna limitazione né previo espletamento di alcuna procedura di conciliazione i periodi di fatto non coperti da provvedimenti di certificazione a causa della mancanza di esplicita menzione nel provvedimento di certificazione del carattere retroattivo dei suoi effetti.

Contestazione giudiziale delle certificazioni

La recente nota dell'INL si sofferma ampiamente sul caso in cui, dinanzi ad atti di certificazione efficaci, l'ufficio riscontri l'erronea qualificazione del contratto o la difformità nell'esecuzione dello stesso.

In tal caso, sarà valutata l'impugnazione della certificazione secondo la procedura prevista dall'[articolo 80](#), D.Lgs. 276/2003.

Posto che il ricorso deve essere preceduto dal tentativo obbligatorio di conciliazione presso la sede dell'organo di certificazione, gli uffici comunicheranno alle Autorità pubbliche nella cui sfera giuridica l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti (in particolare Inps e Inail) l'intenzione di attivare il procedimento di conciliazione, nonché l'eventuale iniziativa giudiziale successiva.

Qualora il tentativo di conciliazione non dovesse avere esito positivo, gli uffici procederanno alla redazione del ricorso, che, nella sua parte introduttiva, dovrà dare atto dell'espletamento del tentativo di conciliazione e del relativo esito.

Nell'instaurando giudizio di impugnazione saranno chiamate in causa le parti del contratto certificato quali litisconsorti necessari, atteso l'interesse che hanno al giudizio.

Il ricorso indicherà puntualmente il motivo di impugnazione (ovvero l'erronea qualificazione del contratto o la difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione), ripercorrerà gli elementi di fatto raccolti in sede ispettiva, richiamando il contenuto del verbale ispettivo da cui emergono le risultanze degli accertamenti condotti e la documentazione acquisita.

Specifica la nota che gli eventuali vizi della procedura di certificazione potranno essere posti in evidenza *incidenter tantum* anche innanzi al giudice ordinario nella complessiva rappresentazione di una vicenda giuridica che presenti vizi di merito inerenti alla difformità tra contratto certificato e la sua esecuzione, ma anche vizi procedurali consistenti, in particolare, nella violazione di norme poste a presidio della corretta partecipazione delle Autorità pubbliche.

Logicamente, in caso di erronea qualificazione del contratto, l'ufficio porrà particolare attenzione agli elementi istruttori raccolti, visto che la volontà delle parti, espressa con la stipula del contratto e consolidata dal provvedimento di certificazione, potrà essere confutata solo da elementi probatori di chiaro ed evidente segno contrario.

A seguito dell'eventuale accoglimento del ricorso ex [articolo 80](#), D.Lgs. 276/2003, l'ufficio potrà dare seguito al verbale già adottato trasmettendo gli atti utili all'Inps e all'Inail per le conseguenze sul piano previdenziale e assicurativo.

Sottolinea, infine, l'Ispettorato che il termine di cui all'[articolo 16](#), L. 689/1981, decorrerà dalla data del passaggio in giudicato della sentenza.

La circolare di lavoro e previdenza n. 31/2020

Ispezioni coronavirus: quali sanzioni per le violazioni sulla sicurezza?

di Rossella Schiavone – funzionario INL, esperta di diritto del lavoro e consulente *privacy*¹

L'articolo analizza le sanzioni per le violazioni sulla sicurezza e salute a seguito dell'applicazione delle misure di contenimento individuate e adottate con i c.d. protocolli anticoronavirus.

Premessa

Il mancato rispetto delle misure di contenimento individuate e adottate con i c.d. protocolli anticoronavirus – che hanno acquisito valenza obbligatoria grazie all'inserimento nel D.P.C.M. 26 aprile 2020 – è punito, salvo che il fatto costituisca reato, con la sanzione amministrativa che va da 400 euro a 1.000 euro, a cui si aggiunge la sanzione accessoria della chiusura provvisoria dell'attività o dell'esercizio per una durata non superiore a 5 giorni (il periodo di chiusura provvisoria è scomputato dalla corrispondente sanzione accessoria definitivamente irrogata, in sede di sua esecuzione).

Le sanzioni sono, comunque, di competenza del prefetto e si applica, quindi, il c.d. Codice della strada.

L'[articolo 4](#), D.L. 19/2020, rubricato "Sanzioni e controlli", recita:

"1. Salvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui all'articolo 1, comma 2, individuate e applicate con i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 2, commi 1 e 2, ovvero dell'articolo 3, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 1.000 e non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale o da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di Sanità, di cui all'articolo 3, comma 3. Se il mancato rispetto delle predette misure avviene mediante l'utilizzo di un veicolo la sanzione prevista dal primo periodo è aumentata fino a un terzo.

2. Nei casi di cui all'articolo 1, comma 2, lettere i), m), p), u), v), z) e aa), si applica altresì la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni.

3. Si applicano, per quanto non stabilito dal presente articolo, le disposizioni delle sezioni I e II del capo I della legge 24 novembre 1981, n. 689, in quanto compatibili. Per il pagamento in misura ridotta

¹ Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

si applica l'articolo 202, commi 1, 2 e 2.1, del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285. Le sanzioni per le violazioni delle misure di cui all'articolo 2, commi 1 e 2, sono irrogate dal Prefetto. Le sanzioni per le violazioni delle misure di cui all'articolo 3 sono irrogate dalle autorità che le hanno disposte. Ai relativi procedimenti si applica l'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27.

4. All'atto dell'accertamento delle violazioni di cui al comma 2, ove necessario per impedire la prosecuzione o la reiterazione della violazione, l'organo accertatore può disporre la chiusura provvisoria dell'attività o dell'esercizio per una durata non superiore a 5 giorni. Il periodo di chiusura provvisoria è scomputato dalla corrispondente sanzione accessoria definitivamente irrogata, in sede di sua esecuzione.

5. In caso di reiterata violazione della disposizione di cui al comma 1, la sanzione amministrativa è raddoppiata e quella accessoria è applicata nella misura massima”.

Le sanzioni in materia di salute e sicurezza

Ad ogni modo, come evidenziato da dottrina, l'[articolo 4](#), D.L. 19/2020, opera salvo che il fatto non costituisca reato, quindi qualora un datore di lavoro commetta un fatto che violi una misura contenuta in uno dei protocolli e, in contemporanea, realizzi un illecito di natura penale, prevale il penale.

Stante quanto sopra, si ritiene opportuno identificare nelle misure di contenimento previste nei protocolli citati i precetti che corrispondono alle norme del D.Lgs. 81/2008, posto che, nel caso di violazione di cui al T.U. salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro dovranno essere applicate le disposizioni in materia di prescrizione ed estinzione del reato di cui agli articoli [20](#) ss., D.Lgs. 758/1994 (ex [articolo 301](#), D.Lgs. 81/2008), che prevede l'obbligo di impartire al trasgressore un'apposita prescrizione, fissando per la regolarizzazione della situazione antigiuridica un termine non eccedente il periodo di tempo tecnicamente necessario².

Dispositivi di protezione individuale

Nel rispetto dell'[articolo 18](#), comma 1, lettera d), T.U. salute e sicurezza, il datore di lavoro e i dirigenti sono tenuti a fornire ai lavoratori i necessari e idonei dispositivi di protezione individuale, sentito il Rspg e il medico competente, ove presente.

² Si rammenta che tale termine è per Legge prorogabile a richiesta del contravventore, per la particolare complessità o per l'oggettiva difficoltà dell'adempimento, ma in nessun caso esso può superare i 6 mesi. Tuttavia, quando specifiche circostanze non imputabili al contravventore determinano un ritardo nella regolarizzazione, il termine di 6 mesi può essere prorogato per una sola volta, a richiesta del contravventore, per un tempo non superiore a ulteriori 6 mesi, con provvedimento motivato, che è comunicato immediatamente al pubblico ministero. Tuttavia, data l'attuale situazione contingente di lotta al coronavirus, chi scrive difficilmente ritiene possibile che al momento tale proroga sia di fatto esercitabile.

Si rammenta che, ai sensi dell'[articolo 16](#), comma 1, D.L. 18/2020, per contenere il diffondersi del virus COVID-19, fino al termine dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei Ministri in data 31 gennaio 2020, sull'intero territorio nazionale, per tutti i lavoratori e i volontari, sanitari e non, che nello svolgimento della loro attività sono oggettivamente impossibilitati a mantenere la distanza interpersonale di un metro, sono considerati dispositivi di protezione individuale (DPI), di cui all'[articolo 74](#), comma 1, D.Lgs. 81/2008, le mascherine chirurgiche reperibili in commercio, il cui uso è disciplinato dall'[articolo 5-bis](#), comma 3, D.L. 18/2020³.

La sanzione penale a carico del datore e del dirigente che non dovessero fornire le c.d. mascherine è dall'arresto da 2 a 4 mesi o ammenda da 1.842,76 a 7.371,03 euro, ex [articolo 55](#), comma 5, lettera d), D.Lgs. 81/2008 e, con la prescrizione obbligatoria ex [articolo 301](#), la sanzione in via amministrativa sarà pari a 1.842,76 euro.

Tuttavia, nel caso di specie sussiste anche una sanzione penale a carico del lavoratore che non dovesse utilizzare in modo appropriato i DPI che gli sono stati forniti dall'azienda ex [articolo 20](#), comma 2, lettera d), D.Lgs. 81/2008: arresto fino a un mese o ammenda da 245,70 a 737,10 euro, come stabilito dall'[articolo 59](#), comma 1, lettera a) del medesimo T.U..

Ad ogni modo, si ricorda che incombe in capo al lavoratore anche l'obbligo di segnalare immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o al preposto le deficienze dei mezzi e dei dispositivi citati, nonché qualsiasi eventuale condizione di pericolo di cui vengano a conoscenza, adoperandosi direttamente, in caso di urgenza, nell'ambito delle proprie competenze e possibilità (lettera f) del medesimo articolo 20, comma 2), D.Lgs. 81/2008.

Osservanza delle norme, disposizioni aziendali, etc.

Ai sensi dell'[articolo 18](#), comma 1, lettera f), T.U. salute e sicurezza, il datore di lavoro e i dirigenti devono innanzitutto richiedere l'osservanza da parte dei singoli lavoratori delle norme vigenti, nonché delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei DPI messi a loro disposizione.

La sanzione penale a carico del datore e del dirigente è all'arresto da 2 a 4 mesi o ammenda da 1.474,21 a 6.388,23 euro, ex articolo 55, comma 5, lettera c), D.Lgs. 81/2008.

Applicando la prescrizione obbligatoria ex [articolo 301](#), D.Lgs. 81/2008, la sanzione in via amministrativa sarà pari a 1.597,06 euro.

³ Per espressa previsione normativa, le previsioni di cui all'articolo 16, comma 1, D.L. 18/2020, si applicano anche ai lavoratori addetti ai servizi domestici e familiari.

Informazione

Seguendo le indicazioni di cui alle note dell'INL che si sono succedute, un punto importante da analizzare è l'obbligo datoriale di informazione nei confronti dei lavoratori, ai sensi dell'[articolo 36](#), D.Lgs. 81/2008.

In forza di tale norma il datore di lavoro deve provvedere affinché ciascun lavoratore riceva un'adeguata informazione sui rischi per la salute e sicurezza sul lavoro connessi all'attività dell'impresa in generale e, in particolar modo, sui rischi specifici cui è esposto in relazione all'attività svolta, le normative di sicurezza e le disposizioni aziendali in materia, nonché sulle misure e le attività di protezione e prevenzione adottate (articolo 36, commi 1 e 2).

La sanzione per la violazione dell'articolo 36, commi 1 e 2, a carico del datore di lavoro e del dirigente è dall'arresto da 2 a 4 mesi o ammenda da 1.474,21 a 6.388,23 euro, ex [articolo 55](#), comma 5, lettera c), D.Lgs. 81/2008.

Come già chiarito, si applica la prescrizione obbligatoria ex [articolo 301](#), D.Lgs. 81/2008, e la sanzione in via amministrativa sarà pari a 1.597,06 euro.

Sanificazione

I protocolli prevedono che sia assicurata la pulizia giornaliera e la sanificazione periodica degli spogliatoi e delle aree comuni, limitando l'accesso contemporaneo a tali luoghi, nonché la pulizia giornaliera e la sanificazione periodica delle parti a contatto con le mani degli operatori delle attrezzature e postazioni di lavoro fisse⁴.

Va assicurata, peraltro, la pulizia giornaliera e la sanificazione periodica di pulsantiere, quadri comando, volante, etc., delle postazioni di lavoro degli operatori addetti alla conduzione di macchine e attrezzature e dei mezzi di trasporto aziendali e garantita la pulizia a fine turno e la sanificazione periodica di tastiere, schermi, *mouse*, distributori di bevande, con adeguati detergenti, sia negli uffici, sia nei baraccamenti, ove presenti.

Nel caso di specie sarebbe, invece, ravvisabile la violazione dell'[articolo 63](#), comma 1, in combinato disposto con l'[articolo 64](#), comma 1, lettera d), e l'[Allegato IV](#), punto 1.1.6., D.Lgs. 81/2008, per non aver mantenuto puliti i locali di lavoro, facendo eseguire la pulizia.

⁴ Tutte le operazioni di sanificazione devono essere eseguite utilizzando prodotti aventi le caratteristiche indicate nella [circolare n. 5443/2020](#) del Ministero della salute.

Anche in questo caso la sanzione per le violazioni citate è a carico del datore di lavoro e del dirigente ed è punita con l'arresto da 2 a 4 mesi o con l'ammenda da 1.228,50 a 5.896,84 euro ([articolo 68](#), comma 1, lettera b), D.Lgs. 81/2008)⁵.

Inoltre, si applica sempre la prescrizione obbligatoria ex [articolo 301](#), D.Lgs. 81/2008, e la sanzione in via amministrativa sarà pari a 1.474,21 euro.

Valutazione dei rischi

La questione relativa all'aggiornamento del Documento di valutazione dei rischi da coronavirus è alquanto più complessa.

In merito vi sono stati 2 orientamenti diversi, che si sono contrapposti fin dal primo momento.

Il primo orientamento si basava sulla non necessità di aggiornare il DVR in caso di rischio non professionale, ovvero in caso di rischio sovrapponibile alla comune popolazione: nel caso di specie i rischi che si dovrebbero valutare nel DVR sono quelli che rientrano nell'alveo dei rischi professionali con riferimento alla specifica mansione svolta all'interno dell'organizzazione aziendale, che determinano un incremento dell'entità del rischio rispetto alla popolazione.

Tale orientamento, sostenuto da parte della dottrina e dalla maggior parte degli operatori del settore, si basava sulla convinzione che il datore di lavoro - e di conseguenza i lavoratori - dovessero attenersi alle misure specifiche imposte dagli enti sanitari e dal Ministero preposto, nonché al rispetto delle indicazioni contenute nei protocolli sottoscritti tra Governo e parti sociali.

Tale posizione, con riferimento al rischio COVID-19, si basa sull'analisi degli articoli [266](#) e [271](#), comma 4, D.Lgs. 81/2008, nonché sull'[allegato XLIV](#), D.Lgs. 81/2008, che elenca le attività lavorative che possono comportare la presenza di agenti biologici e sostiene che, qualora il Legislatore avesse voluto intendere per rischio biologico qualsiasi tipologia di esposizione a prescindere dal carattere endogeno, professionale o accidentale aggravato, non avrebbero avuto senso né l'[articolo 271](#), comma 4, D.Lgs. 81/2008, né il citato allegato XLIV.

Il secondo orientamento, sostenuto da altra parte della dottrina, ha affermato, invece, con forza e fin dal primo momento, la necessità di aggiornare il DVR sia per la sussistenza dell'[articolo 2087](#), cod. civ. che dell'[articolo 28](#), D.Lgs. 81/2008, il quale stabilisce, tra l'altro, che:

– la valutazione dei rischi deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori;

⁵ Ai sensi dell'articolo 68, comma 2, D.Lgs. 81/2008, la violazione di più precetti riconducibili alla categoria omogenea di requisiti di sicurezza relativi ai luoghi di lavoro di cui all'allegato IV, punti 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 1.7, 1.8, 1.9, 1.10, 1.11, 1.12, 1.13, 1.14, 2.1, 2.2, 3, 4, 6.1, 6.2, 6.3, 6.4, 6.5, e 6.6, è considerata un'unica violazione.

– il DVR deve contenere una relazione sulla valutazione di tutti i rischi per la sicurezza e la salute durante l'attività lavorativa.

A quanto sopra occorre aggiungere che il COVID-19 è definito “rischio biologico generico” nell'*incipit* del protocollo d'intesa tra Governo e parti sociali e nel già citato [allegato XLVI](#) del T.U. è presente, fra gli altri, anche il coronaviridae, ossia l'aggregazione (o famiglia) di virus i cui componenti sono noti come “coronavirus”.

Infine, si evidenzia che, con l'[interpello n. 11/2016](#), la Commissione per gli interpellati in materia di salute e sicurezza sul lavoro – che, ai sensi dell'[articolo 12](#), D.Lgs. 81/2008, è deputata a rispondere a quesiti di ordine generale sull'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza del lavoro – ha sostenuto, a proposito della valutazione dei rischi ambientali e sicurezza del posto di lavoro del personale navigante delle compagnie aeree, la necessità che

“il datore di lavoro debba valutare tutti i rischi compresi i potenziali e peculiari rischi ambientali legati alle caratteristiche del Paese in cui la prestazione lavorativa dovrà essere svolta, quali a titolo esemplificativo, i cosiddetti «rischi generici aggravati», legati alla situazione geopolitica del Paese (es. guerre civili, attentati, ecc.) e alle condizioni sanitarie del contesto geografico di riferimento non considerati astrattamente, ma che abbiano la ragionevole e concreta possibilità di manifestarsi in correlazione all'attività lavorativa svolta”.

Tale secondo orientamento è stato – a parere di chi scrive – abbracciato dall'Inail, che nelle sue circolari [n. 13/2020](#) e [n. 22/2020](#) ha chiarito che, secondo l'indirizzo vigente in materia di trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie, l'Istituto tutela tali affezioni morbose, inquadrandole, per l'aspetto assicurativo, nella categoria degli infortuni sul lavoro: in questi casi, infatti, la causa virulenta è equiparata a quella violenta, per cui in tale ambito delle affezioni morbose, inquadrare come infortuni sul lavoro, sono ricondotti anche i casi di infezione da nuovo coronavirus occorsi a qualsiasi soggetto assicurato dall'Inail.

Per cui – così come ribadito nella circolare n. 13/2020 – poiché la tutela assicurativa Inail, spettante nei casi di contrazione di malattie infettive e parassitarie negli ambienti di lavoro e/o nell'esercizio delle attività lavorative, opera anche nei casi di infezione da nuovo coronavirus contratta in occasione di lavoro per tutti i lavoratori assicurati all'Inail, ne consegue l'obbligo per il datore di lavoro di valutare i rischi per la salute derivanti dall'esposizione agli agenti biologici presenti nell'ambiente di lavoro, tenendo ben presente che il rischio biologico può essere sia deliberato (ovvero gli agenti biologici sono introdotti o presenti in maniera deliberata nell'ambito del ciclo produttivo) che potenziale e occasionale.

Inoltre, si rammenta che per la valutazione del rischio di cui all'[articolo 28](#), comma 2, lettera a), D.Lgs. 81/2008, la scelta dei criteri di redazione del DVR è rimessa al datore di lavoro che vi provvede con criteri di semplicità, brevità e comprensibilità, in modo da garantirne la completezza e l'idoneità, quale strumento operativo di pianificazione degli interventi aziendali e di prevenzione.

Per quanto concerne, infine, le sanzioni, si ricorda che l'omesso aggiornamento del DVR nel caso di specie determina la violazione degli articoli [271](#) e [272](#), T.U. salute e sicurezza, puniti con le sanzioni di cui all'[articolo 282](#), D.Lgs. 81/2008, a carico del datore di lavoro e dei dirigenti e dell'[articolo 283](#), a carico dei preposti.

Per i contenuti di "La circolare di lavoro e previdenza", "Il giurista del lavoro" e "Strumenti di lavoro" Gruppo Euroconference Spa comunica di aver assolto agli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi. La violazione dei diritti dei titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi comporta l'applicazione delle sanzioni previste dal capo III, titolo III, L. 633/1941 e succ. mod.. Tutti i contenuti presenti sul nostro sito *web* e nel materiale scientifico edito da Gruppo Euroconference Spa sono soggetti a *copyright*. Qualsiasi riproduzione e divulgazione e/o utilizzo anche parziale, non autorizzato espressamente da Gruppo Euroconference Spa è vietato. La violazione sarà perseguita a norma di legge. Gli autori e l'editore declinano ogni responsabilità per eventuali errori e/o inesattezze relative all'elaborazione dei contenuti presenti nelle riviste e testi editi e/o nel materiale pubblicato nelle dispense. Gli autori, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non rispondono di danni derivanti dall'uso dei dati e delle notizie ivi contenute. L'editore non risponde di eventuali danni causati da involontari refusi o errori di stampa.