

Giurisprudenza

Assenza dal lavoro per la degenza ospedaliera del proprio figlio

Sentenza della Cour d'appel des prud'hommes del Canton Ginevra del 17 ottobre 2008

Una lavoratrice di un negozio al dettaglio, addetta alla cassa, ha partorito il proprio figlio nel locale ospedale, dove tuttavia il bambino ha dovuto restare per diverso tempo ospedalizzato. Dopo due mesi di degenza, il medico ha attestato che il bambino doveva restare ancora in ospedale e che la madre doveva rimanere vicino a lui, considerate l'importanza e la necessità della costante presenza materna per il suo sviluppo. Alla ricezione del certificato medico il datore di lavoro ha comunicato alla lavoratrice che non avrebbe percepito alcun salario dopo la fine del congedo maternità (previsto nel caso concreto di sedici settimane) e che avrebbe potuto semmai segnalare la protrazione dell'ospedalizzazione del bambino alla cassa di compensazione. La lavoratrice ha quindi convenuto in giustizia il datore di lavoro chiedendo il versamento del salario afferente al periodo in cui ella, dopo il congedo di maternità, ha dovuto restare in ospedale accanto al proprio figlio.

La prima istanza civile del tribunale ginevrino ha accolto integralmente le pretese della lavoratrice, ammettendo che la malattia di un parente stretto, in particolare di un figlio, costituisce un impedimento non colpevole secondo l'art. 324a CO e secondo l'art. 35a LL: tali norme, viste le circostanze, permettevano di prolungare il congedo di maternità per tutto il periodo dell'ospedalizzazione del bambino, anche oltre il congedo di sedici settimane riconosciuto. In sostanza il tribunale ha ritenuto che l'incapacità al lavoro derivante dal parto rientra integralmente nel campo di applicazione dell'art. 324a CO, determinando il conseguente diritto alla percezione del salario.

Il tribunale d'appello, adito dal datore di lavoro, ha confermato la prima sentenza, sottolineando che la malattia di un familiare prossimo al lavoratore che provoca un'assenza dal lavoro di quest'ultimo a causa della necessità di cure, comporta il diritto al salario secondo l'art. 324a CO sino al momento in cui una soluzione alternativa può essere ragionevolmente trovata. La cura del familiare è un obbligo legale che deriva dagli art. 163, 276 e 328 CC. La stessa conclusione si deve ritenere per l'assistenza al figlio gravemente malato che si trova

A gentile richiesta Assenza per figlio malato: a quali condizioni?



«A quali condizioni devono essere ammesse le assenze del lavoratore che hanno delle responsabilità familiari, rispettivamente per accudire un figlio malato? Tali assenze devono essere sempre remunerate?»

Durante il rapporto di lavoro il dipendente ha il diritto di chiedere ed ottenere dei congedi durante i quali assentarsi dal posto di lavoro per periodi più o meno lunghi. Si tratta in generale di assenze giustificate da motivi importanti cui l'obbligo di fornire l'attività lavorativa deve forzatamente cedere il passo.

È importante sottolineare subito che il diritto ad un congedo non comporta automaticamente il diritto a ricevere il salario durante l'assenza: si tratta di elementi distinti che vanno qualificati e valutati in modo indipendente l'uno dall'altro.

Il diritto alle assenze dovute a problemi di salute di parenti stretti, rispettivamente del figlio, sono trattate sia a livello di Codice delle obbligazioni (diritto privato) sia a quello di Legge sul lavoro (diritto pubblico), con approcci indipendenti tra loro. Innanzitutto il Codice delle obbligazioni non fa un elenco completo ed esaustivo dei motivi di assenza che danno diritto ad un'assenza del dipendente: oltre le classiche vacanze, in generale, la legge di diritto privato prevede che il datore di lavoro deve concedere al lavoratore i giorni di libero usuale e, in caso di disdetta del contratto, il tempo necessario per la ricerca di un nuovo posto di lavoro.

La dottrina inserisce tra i motivi di assenze non imputabili al lavoratore il matrimonio, la nascita di un figlio, il decesso di una persona vicina al lavoratore, il congedo accordato al lavoratore per accudire il figlio malato (di regola sino a tre giorni) e la presenza ad esami professionali. I doveri familiari rientrano quindi tra i congedi

degente in ospedale, nella misura in cui è necessario che abbia un assiduo e costante contatto con i propri genitori. Ne consegue che per tutta la durata della degenza, oltre il normale congedo di maternità, può essere riconosciuto il diritto al salario del genitore assente per prodigare assistenza e vicinanza al proprio figlio.

Sul pagamento del salario: manuale 3.2.1.2

usuali che il lavoratore deve poter ottenere in caso di bisogno. Peraltro la legge sul lavoro prevede espressamente che il datore di lavoro deve prestare particolare riguardo ai lavoratori con responsabilità familiari: sono considerate responsabilità familiari l'educazione dei figli fino all'età di 15 anni e l'assistenza di congiunti o di persone prossime che necessitano di cure. Su presentazione di un certificato medico, il datore di lavoro deve concedere un permesso, fino a tre giorni (per ogni singolo caso), ai lavoratori che hanno responsabilità familiari per il tempo necessario alle cure dei figli ammalati. La dottrina maggioritaria ritiene che in ogni caso il diritto ad almeno tre giorni di assenza per la cura del figlio malato sgorga dal fondamentale obbligo del datore di lavoro di rispettare la personalità del lavoratore, previsto dall'art. 328 CO.

Tale diritto all'assenza non presuppone invece un diritto al salario. Il diritto al salario deve essere infatti determinato esclusivamente facendo riferimento all'art. 324a CO, che lo riconosce solo nelle situazioni dove l'assenza del genitore è imprescindibilmente dettata dall'urgenza e della necessità di cure durante la ricerca di una soluzione alternativa che permetta al lavoratore di riprendere la sua attività lavorativa.

Anche per le visite mediche dello stesso dipendente, il salario è riconosciuto unicamente per i casi di urgenza; per le visite ordinarie il dipendente deve cercare di non ledere il tempo di lavoro e, quand'anche fosse inevitabile, non ha diritto alla remunerazione. Sono evidentemente riservati i diversi accordi tra datore di lavoro e lavoratore.

Costantino Delogu, avvocato

Sulle assenze in tempo di lavoro: manuale 3.2.2

Sul pagamento del salario: manuale 3.2.1.2

Impressum

Newsletter lavoro è la pubblicazione mensile del sistema d'informazione Il diritto del lavoro applicato.

Direttore editoriale: Robert Boss
Redattore capo: Lorenza Hofmann
Ha collaborato: Costantino Delogu
Si ringrazia: Michele Albertini

Boss Editore SA - CH 6997 Sessa
tel. +41(0)91 600 93 03
fax +41(0)91 600 93 04
Redazione: lorenza.hofmann@boss-editore.ch
Amministrazione: info@boss-editore.ch
© www.boss-lavoro.ch

BOSS NEWSLETTER LAVORO

Editoriale

In questa edizione approfondiamo alcuni aspetti della legislazione sulla protezione dei dati nell'ambito del rapporto di impiego. Al dr. iur. Michele Albertini, Incaricato cantonale della protezione dei dati, abbiamo chiesto quali sono gli imperativi di legge applicabili nel rapporto di lavoro, quali provvedimenti tecnici e organizzativi il datore di lavoro deve adottare per proteggere i dati dei propri dipendenti e sottoposto delle situazioni-tipo riguardanti la candidatura, l'assunzione, la gestione del dossier personale e la conservazione o meno di dati riguardanti ex-dipendenti.

Ci sembra utile evidenziare che le aziende non sono sottoposte all'obbligo di dichiarare all'Incaricato federale della protezione dei dati le collezioni di dati riguardanti la gestione delle risorse umane. Questa eccezione deriva dal fatto che altre disposizioni nell'ambito del Codice delle obbligazioni, delle assicurazioni sociali e del fisco obbligano il datore di lavoro a raccogliere dati sui propri dipendenti per trasmetterli alle autorità competenti o per allestire certificati.

La materia evolve con il mondo del lavoro. L'ultimo rapporto dell'Incaricato federale della protezione dei dati, pubblicato a fine giugno, segnala, per esempio, di essere intervenuto sul controllo delle presenze basato sull'impronta digitale, su nuove forme di sorveglianza sul posto di lavoro, sulla verifica della solvibilità dei futuri dipendenti ed altro ancora. Questioni che interpellano sui principi generali del trattamento dei dati: il rilevamento lecito, la buona fede e la proporzionalità.

Lorenza Hofmann

All'interno:

- Congedo per malattia di un figlio/ A gentile richiesta
- Assenza per ospedalizzazione di un figlio /Giurisprudenza

Proteggere i dati del dipendente

La protezione dei dati: dalla candidatura all'assunzione fino al termine del rapporto di impiego. Intervista a **Michele Albertini**, dr. iur., Incaricato cantonale della protezione dei dati.



Quali sono gli imperativi basilari della protezione dei dati applicabili nel rapporto di lavoro?

«Il Legislatore federale ha voluto completare l'ordinamento sulla protezione dei dati, introdotto con la Legge federale sulla protezione dei dati del 1992 (LPD), adottando per il settore privato del lavoro il nuovo articolo 328b del Codice svizzero delle obbligazioni (CO). Questa norma limita l'elaborazione da parte del datore di lavoro ai dati che si riferiscono all'idoneità lavorativa del lavoratore o candidato o che sono necessari all'esecuzione del contratto di lavoro. La nuova normativa sulla protezione dei dati nel settore lavorativo sottolinea così il cambiamento di paradigma avvenuto nella protezione dei dati, il passaggio cioè dall'incontrollata raccolta di dati al principio della parsimonia. Con l'avvento delle nuove tecnologie

sono poi tornate in auge anche le disposizioni del diritto pubblico sul lavoro concernenti la proibizione della sorveglianza sistematica del lavoratore.»

Quali provvedimenti tecnici e organizzativi deve adottare un datore di lavoro per proteggere i dati dei suoi dipendenti conformemente alla LPD?

«Da come si può dedurre dalla risposta precedente, e come l'esperienza insegna, il rischio principale per la protezione dei dati relativi ai lavoratori non è rappresentato da terzi esterni all'ambiente lavorativo, ma dal datore di lavoro medesimo. La prima misura di protezione è dunque la presa di coscienza, da parte del datore di lavoro, dei suoi limiti legali e delle sue responsabilità nell'elaborazione di dati personali riguardanti i suoi dipendenti. Il datore di lavoro deve in particolare garantire la trasparenza nei confronti degli impiegati in merito a ogni elaborazione di dati che li concernono. Solo la trasparenza può infatti assicurare al lavoratore il suo diritto di accesso e, se del caso, di rettifica, di blocco di trasmissione o di interruzione di elaborazione di dati. Il datore di lavoro rimane beninteso tenuto ad implementare anche le misure tecniche atte ad evitare violazioni illecite della personalità del lavoratore da parte di terzi. Deve in particolare garantire l'integrità, la confidenzialità e la disponibilità dei dati

segue a pag. 2 →

CONGRESSO LAVORO 2010

LE REGOLE E LA REALTÀ

Le regole incontrano la realtà e la realtà le regole

Risorse umane fra norme e buone prassi

Lugano, 17 novembre 2010

Ore 13.30 - 17.30

L'evento annuale

per i dirigenti, i responsabili delle risorse umane e i loro collaboratori tratterà in particolare della più recente giurisprudenza relativa al rapporto di lavoro.

Prime indicazioni nell'allegato **Congresso Lavoro - Seminari Lavoro** con possibilità di pre-iscrizione (vivamente consigliata - posti limitati).

Candidature, assunzioni e partenze:

segue da pag. 1 →

predisponendo l'infrastruttura informatica al blocco di intrusioni esterne e regolando i diritti di accesso ai dati personali.»

Facciamo qualche esempio: in un processo di ricerca di personale l'azienda riceve i documenti usuali di candidatura. Come deve trattarli? E come tratterà i documenti dei candidati non assunti?

«Va prima di tutto ribadito che i dossier di candidatura rappresentano, per la quantità di informazioni personali contenute e per la loro natura spesso meritevole di particolare protezione, un profilo della personalità. A maggior ragione ne va dunque limitato il diritto di accesso alle persone responsabili della selezione del personale (principio della proporzionalità). Va poi implementata una rigida separazione strutturale e funzionale tra dati amministrativi (dossier di candidatura in senso stretto) e dati relativi alla salute raccolti nell'ambito della procedura di selezione. Questi ultimi vengono trattati esclusivamente dal medico, il quale trasmetterà al datore di lavoro unicamente una dichiarazione relativa all'idoneità

del candidato. Per quanto riguarda la documentazione dei candidati non considerati, essa deve essere restituita agli stessi. Eventuali copie vanno distrutte. Il datore di lavoro può tenersi soltanto i documenti che gli appartengono, vale a dire la lettera di candidatura, i questionari personali, le perizie grafologiche e le referenze. I dati riferiti a queste ultime categorie di documenti possono però essere conservati unicamente con l'accordo della persona interessata, altrimenti vanno distrutti. L'Incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza (IFPDT) ha pubblicato una guida relativa all'elaborazione di dati personali nel settore lavorativo (www.edoeb.admin.ch>Documentazione>Protezione dati > Opuscoli > Trattamento dei dati personali nell'ambito lavorativo). La guida offre ulteriori informazioni in merito al trattamento di dati personali durante l'assunzione e ne consigliamo caldamente la lettura.

Un altro esempio: un/a dipendente lavora presso l'azienda XY SA da lungo tempo. Il suo dossier perso-

nale come dovrebbe essere gestito? Eventuali certificati medici possono essere conservati?

«Durante il rapporto di lavoro, il dossier personale può contenere, sempre secondo il principio della proporzionalità, soltanto i dati indispensabili alla sua esecuzione. Il dossier personale deve pertanto essere sottoposto a vagliatura regolare, affinché vengano eliminati i documenti che non servono più. Ciò vale in particolare per documenti a contenuto sensibile, come i certificati medici e le valutazioni annuali. La vagliatura regolare serve anche ad evitare abusi, per esempio l'uso di documenti non più pertinenti nell'ambito di una procedura disciplinare. A proposito della durata di conservazione dei singoli documenti del dossier personale, rinviamo al § 7.2 del 9° rapporto di attività dell'IFPDT (www.edoeb.admin.ch>Documentazione>Rapporti di attività). Sono inoltre inammissibili i fascicoli cosiddetti «grigi», cioè i fascicoli personali paralleli ufficiosi con dati «confidenziali» non accessibili alla persona interessata. Valgono infine, per quanto riguarda i diritti di accesso, le

PRATICAMENTE

Contributi IPG

Dal 1° gennaio 2010 fino alla fine del 2015, per decisione del Consiglio federale, il tasso di contributo per le indennità di perdita di guadagno (IPG) aumenterà dallo 0,3% allo 0,5%. Con questo aumento, per metà a carico dei datori di lavoro e per metà a carico dei salariati, l'autorità federale intende migliorare le riserve del Fondo IPG, al quale si attinge per le indennità di chi presta servizio militare, servizio civile o di protezione civile e per le indennità di maternità (introdotte dal 1° luglio 2005).

Lavoro notturno

Il 1° agosto 2010 entrerà in vigore la modifica dell'art. 30 dell'Ordinanza 1 concernente la legge sul lavoro (OLL1) che sancisce l'attuale prassi in materia di lavoro notturno continuativo. Il lavoro notturno durante più di sei settimane e fino a 12 settimane al massimo senza alternanza con il lavoro diurno sarà ammesso, se indispensabile per ragioni aziendali o se la maggioranza dei lavoratori interessati chiederà per scritto di ri-

nunciare all'alternanza tra lavoro diurno e notturno poiché tale alternanza non è per loro accettabile, in particolare per ragioni personali o familiari.

Idem, per il lavoro notturno durante più di 12 settimane senza alternanza, ma con il consenso scritto del lavoratore o della lavoratrice. L'indispensabilità è ritenuta tale per un lavoro notturno per il quale non esiste un lavoro diurno e serale corrispondente o se nel mercato del lavoro ordinario non può essere reclutato sufficientemente personale qualificato per costituire squadre da impiegare in alternanza.

Premi SUVA

La Suva ha preannunciato la riduzione del 3% in media dei premi dell'assicurazione infortuni professionali a partire dal 1° gennaio 2011, possibile anche grazie alla diminuzione degli infortuni e delle malattie professionali (-0,4% nel 2009). La fissazione del premio dipenderà dai rischi nell'impresa o nel settore economico a cui appartiene l'azienda. Sono invece aumentati gli infortuni durante il

tempo libero, ma Suva per il momento manterrà invariato il premio dell'assicurazione infortuni non professionali.

Formazione biennale

Uno studio svolto dall'Istituto universitario federale per la formazione professionale (IUFFP) su incarico dell'Ufficio federale della formazione professionale e della tecnologia (UFFT) ha valutato costi e benefici dell'impiego di persone in formazione professionale di base biennale. I benefici superano in media i costi aziendali, con differenze fra settore e settore, e risultano leggermente inferiori a quelli constatati con le formazioni di base di 3 o 4 anni. Lo studio ha preso in considerazione 409 aziende di tutta la Svizzera. L'impegno di un'azienda formatrice per la formazione biennale, riservata a persone con difficoltà scolastiche, è stato valutato in costi lordi pari a 54'746 franchi e prestazioni produttive delle persone in formazione per 55'164 franchi nell'arco di due anni, con in media un beneficio di 418 franchi.

come trattare i dati personali

stesse restrizioni previste per i dossier di candidatura.»

Durante un rapporto di lavoro vengono effettuate delle valutazioni. Faranno parte del dossier personale? Se sì, con quali eventuali limitazioni?

«Le valutazioni annuali rappresentano, per il loro contenuto riguardante le competenze professionali, sociali e personali del lavoratore, un profilo della personalità. Esse vanno rese accessibili unicamente alla persona interessata e al suo superiore gerarchico responsabile della valutazione, così come, nella misura del necessario nel singolo caso, ad altri superiori in linea verticale e/o orizzontale. Una copia chiusa della valutazione va depositata al dossier personale. Il servizio del personale riceve unicamente le informazioni rilevanti per il salario. In virtù del diritto di rettifica, qualora non fosse possibile provare né l'esattezza né l'inesattezza di dati personali contenuti nella valutazione, il lavoratore può richiedere che la sua versione dei fatti vi sia anch'essa annotata. Alla stessa stregua degli altri documenti del dossier personale, anche le valutazioni non più rilevanti per il rapporto di lavoro vanno escluse dal dossier personale.»

Un dipendente lascia l'azienda. I suoi dati resteranno archiviati? Quali? E per quanto tempo?

«Il datore di lavoro è tenuto a conservare i documenti del dossier personale. La

durata di conservazione varia a seconda del tipo di documento e dipende di regola direttamente dal termine di prescrizione delle relative pretese giuridiche. I documenti necessari per l'allestimento del certificato di lavoro vanno così conservati per una durata di dieci anni, conformemente al termine di prescrizione del diritto di ottenere il certificato di lavoro (art. 127 CO). Trattasi in particolare dei dati contenuti nel mansionario, nelle valutazioni, nella pianificazione della carriera, nella documentazione relativa alla formazione continua. Nella misura in cui le valutazioni meno recenti non contengono informazioni rilevanti per il certificato di lavoro, esse vanno allontanate dal dossier personale prima della scadenza dei dieci anni dal loro allestimento. Documenti che appartengono al lavoratore, come ad esempio il dossier di candidatura, e che non sono più d'interesse per il datore di lavoro, vanno restituiti al lavoratore al più tardi alla fine del rapporto di lavoro. Rimangono riservate le circostanze (ad esempio in caso di processo) in cui il datore di lavoro può ancora avere un interesse protetto alla loro ulteriore conservazione. Per quanto riguarda i documenti di proprietà del datore di lavoro (ad esempio perizie grafologiche, test della personalità), essi vanno distrutti al più tardi alla fine del rapporto di lavoro. Per ulteriori dettagli rinviamo al § 7.2 del 9° rapporto di attività dell'IFPDT (www.edoeb.admin.ch > Documentazione > Rapporti di attività).»

L'obbligo di notifica delle collezioni di dati personali è valido anche per i dati riguardanti i dipendenti?

La LPD prevede un obbligo generale di notifica delle collezioni di dati personali, indipendentemente dalla dimensione e dalla forma giuridica dell'azienda. Il legislatore ha però introdotto delle eccezioni a questo obbligo. In particolare, per il settore privato, il dovere di notifica viene a cadere se i dati personali sono trattati in virtù di un obbligo legale (art. 11a LPD). A questo proposito l'IFPDT ha precisato ad esempio che le collezioni di dati riguardanti la clientela degli avvocati, così come quelle riguardanti il personale di una ditta, piccola o grande che sia, sono espressioni di un obbligo legale e non vanno notificate. Di fatto, in particolare sulla base di questa eccezione all'obbligo di notifica, le ditte vengono esonerate dall'obbligo di notifica delle loro principali collezioni di dati personali. Alla stessa stregua, nella misura in cui il detentore della collezione di dati ha designato un responsabile della protezione dei dati che controlli autonomamente se le disposizioni interne in materia di protezione dei dati siano rispettate e tiene un inventario delle collezioni, l'obbligo di notifica cade.

Intervista a cura di Lorenza Hofmann

Sulla protezione dei dati personali: manuale 3.2.6.3

Formazione continua: tutto in un libretto

A volte l'impegno per la formazione continua risulta difficile da documentare e da dimostrare a causa della dispersione dei corsi seguiti in periodi diversi e delle modalità di attestazione degli enti erogatori di formazione. Il "libretto di formazione" offre la possibilità di documentare la formazione continua in un unico documento che può essere aggiornato regolarmente valorizzando l'impegno per il perfezionamento professionale e per la crescita personale. Il libretto di formazione è edito in tre lingue dalla Federazione svizzera per la formazione continua (FSEA - www.alice.ch/lit/fsea/), rappresentata in Ticino dalla Conferenza della Svizzera italiana per la formazione continua ([\[ferenzacfc.ch\]\(http://www.conferenzacfc.ch\)\). È individuale, riconosciuto in tutta la Svizzera e può essere presentato anche all'estero per esempio per certificare soggiorni linguistici. Il titolare del libretto di formazione può farvi iscrivere i certificati, i diplomi e altri titoli acquisiti ma soprattutto i perfezionamenti e gli aggiornamenti professionali, i corsi, gli stages e le attività di volontariato. Questo strumento ha il vantaggio di poter presentare in modo ordinato, chiaro e certificato il proprio percorso di formazione al datore di lavoro attuale o futuro. Il libretto di formazione è un vantaggio anche per l'azienda che può così valutare le specificità dei percorsi formativi sia nei processi di selezione e assun-](http://www.con-</p>
</div>
<div data-bbox=)

zione di personale sia nei processi di promozione interna dei propri dipendenti, con riferimenti altrettanto chiari agli enti erogatori e al tipo di formazione seguita. Il datore di lavoro lo può quindi proporre ai suoi dipendenti motivandoli a tenersi aggiornati lungo tutto l'arco della vita.

Ad oggi, la FSEA ha venduto 680 mila libretti di formazione nei quali possono figurare anche corsi effettuati presso istituzioni che non danno un attestato ai partecipanti e corsi generici non strettamente legati all'aggiornamento professionale.

Sulla formazione continua: manuale 1.8; 8.F esem