

Ordine dei Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano

Convegno del 5 ottobre 2017

**“Proposta di D.L. in materia di segnalazioni di reati o irregolarità
nel lavoro pubblico o privato (c.d. *Whistleblowing*)”**

INTERVENTO DELL’AVV. CLAUDIO BONORA

Mio compito è quello di affrontare le problematiche di natura giuslavoristica in relazione alle problematiche connesse a coloro che si dedicano a “*soffiare nel fischietto*” e alla proposta di legge all’esame del Senato della Repubblica (D.D.L. n. 2208).

1)

La prima domanda che occorrerebbe porsi a fronte di un nuovo Disegno di Legge credo sia in generale la seguente:

“E’ necessaria una nuova e ulteriore normativa, o la fattispecie è già adeguatamente regolata dalle norme esistenti?”

La mia risposta – vorranno scusare tutti coloro che negli ultimi anni hanno dedicato tempo e attenzione alla tutela giuslavoristica del *whistleblower* – è che non ci sia bisogno di nessuna nuova legge e che il soggetto di cui ci occupiamo sia già adeguatamente tutelato nell’attuale ordinamento.

Se un ente pubblico o privato licenzia, trasferisce, demansiona un lavoratore a causa del fatto che questo ha denunciato comportamenti non conformi alla legge posti in essere da suoi superiori o colleghi, cosa fa?

Semplicemente pone in essere atti caratterizzati da causa illecita a norma dell'art. 1345 c.c., atti che sono sanzionati da nullità ai sensi dell'art. 1418, comma 2° c.c. laddove l'articolo afferma espressamente che producono la nullità del contratto – tra gli altri – gli atti posti in essere con “*illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 c.c.*”.

Si tratta di un orientamento che ha origini lontane e radicate.

Già negli anni novanta del secolo scorso il buon Avvocato Bruno Durante – che voglio ricordare con stima e rispetto quale giuslavorista di grande scienza – eccepì la nullità del licenziamento intimato dal presidente di una società alla segretaria e amante dell'amministratore delegato che si era un po' montata la testa e, apostrofata in termini non propriamente urbani dal presidente stesso, lo aveva penalmente denunciato. Il presidente la licenziò e l'Avv. Durante eccepì la causa illecita.

Al di là dei casi personali, va ricordato che sin dall'art. 4 della Legge n. 604 del 15 luglio 1966 (“*Norme sui licenziamenti individuali*”) e quindi dall'art. 15 della Legge 20 maggio 1970 n. 300 (Statuto dei Lavoratori) il licenziamento c.d. “discriminatorio” venne considerato una mera specificazione dell'art. 1345 c.c..

E ciò sia dalla dottrina (*cf.* Francesca Martinelli – “*Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito*” – Ed. Giuffrè 2017, pag. 51 nota 87), che dalla giurisprudenza (si vedano le molte sentenze di merito e di Cassazione dell'epoca in tema di c.d. “rappresaglia sindacale”).

Se comunque esaminiamo il diritto vigente – e cioè la Riforma Fornero e il Jobs Act – vediamo che il soffiatore nel fischiello è già adeguatamente protetto.

La prima ricalca infatti l'ipotesi di licenziamento per motivi illeciti tradizionalmente estrapolata nell'ordinamento, definendo espressamente il motivo illecito come quel recesso datoriale la cui causa è riconducibile all'art. 1345 c.c..

Tale definizione consente anche di superare le eccezioni poste da coloro che rilevavano che la norma codicistica di cui trattasi si riferisce ai contratti e non invece agli atti unilaterali.

Si tratta comunque di una questione a cui la giurisprudenza non ha mai dato ampio rilievo, tanto meno chiedendosi se la Fornero intendesse o meno "innovare" rispetto al precedente indirizzo di interpretazione normativa.

La Magistratura si è infatti limitata a ribadire, anche in presenza della Legge n. 92 del 28 giugno 2012, che occorre dimostrare che il motivo illecito abbia avuto efficacia determinante nella scelta datoriale (si veda da ultimo la pronuncia di Cassazione del 31 gennaio 2017, n. 2499 in www.tecnotizario.it).

Da parte sua il Jobs Act (D.Lgs. n. 23 del 4 marzo 2015 – *“Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della Legge 10 dicembre 2014, n. 183”*) sotto il profilo testuale pare avere un impatto restrittivo sulla situazione esistente.

Infatti, nel suo art. 2 accorda la reintegra solo *“al licenziamento discriminatorio a norma dell'art. 15 della Legge 20 maggio 1970 n. 300 e successive modifiche ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge”*.

Se ne deduce che dall'applicazione pedissequa del testo normativo dovrebbero essere oggi considerati illeciti certamente:

- a) l'art. 4 della Legge n. 604 del 1966, a norma del quale è discriminatorio *“il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali”*;
- b) l'art. 15 Statuto dei Lavoratori, che considera discriminatorio qualsiasi licenziamento del lavoratore causato dalla sua affiliazione o attività sindacale ovvero dalla sua partecipazione ad uno sciopero o diretto a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua, di sesso, di handicap, di età o basato sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali;
- c) l'art. 5, c. 5 della Legge n. 135 del 5 giugno 1990 (*“Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS”*), e quindi il licenziamento in ragione dell'accertata infezione da HIV;
- d) l'art. 43 del D.Lgs. n. 286 del 25 luglio 1998 (*“Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (T.U. Immigrazione – Turco Napolitano)”*), e cioè qualunque licenziamento basato sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica, nonché qualsiasi licenziamento avente l'effetto di discriminare anche indirettamente i lavoratori in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza, o conseguente all'adozione di criteri svantaggiosi in modo proporzionalmente maggiore per i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza;

- e) l'art. 2 del D.Lgs. n. 215 del 9 luglio 2003 (*“Attuazione della Direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica”*), e perciò il licenziamento per razza od origine etnica, o apparentemente neutro ma in grado di mettere le persone di una determinata razza od origine etnica in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone;
- f) l'art. 2 del D.Lgs. n. 216 del 9 luglio 2003 (*“Attuazione della Direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”*), e quindi il licenziamento per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, o apparentemente neutro, ma in grado di mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone;
- g) gli artt. 25 e 26 del D.Lgs. n. 198 dell'11 aprile 2006 (*“Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'art. 6 della Legge 28 novembre 2005, n. 246 (Codice delle pari opportunità)”*), e cioè il licenziamento che produce un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso o del loro stato di gravidanza o di maternità o paternità anche adottive o della titolarità o esercizio dei diritti conseguenti a tali stati, o della presentazione di un reclamo o dell'esercizio di un'azione volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne o del rifiuto di o di sottoposizione a molestie o molestie sessuali, nonché tutti quei licenziamenti apparentemente neutri, ma in grado di mettere i lavoratori portatori di un fattore di cui sopra in una situazione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori non portatori di tali fattori.

Tale tesi restrittiva appare però contraria ad un principio generale di buona fede nell'esecuzione dei contratti e di contrarietà all'ordine pubblico di ogni atto di natura ritorsiva nei confronti di chi esercita un suo legittimo diritto, o addirittura compie un suo legittimo dovere.

2)

Dal momento che comunque il Disegno di Legge c'è, è già stato approvato dalla Camera in prima lettura il 21 gennaio 2016 ed è in sede di avanzato esame al Senato, vediamone i contenuti – sempre dal punto di vista lavoristico – nel dettaglio.

Per farlo ci avvarremo di ampi stralci della “*Nota breve sul Disegno di Legge A.S. n. 2208*” prodotta dal Servizio Studi del Senato.

Come detto, il Disegno di Legge in esame concerne la tutela dei lavoratori, pubblici o privati, che segnalino o denunciino reati o altre condotte illecite di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito del proprio rapporto di lavoro.

La norma divide il trattamento dei lavoratori pubblici da quello dei dipendenti privati.

L'**articolo 1** modifica infatti l'attuale disciplina in materia relativa ai lavoratori pubblici (posta dall'art. 54-*bis* del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni – “*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche (Lavoro alle dipendenze della PA)*”), mentre l'**articolo 2** concerne i lavoratori del settore privato.

A)

a) Per quanto riguarda i c.d. dipendenti pubblici, rispetto all'attuale normativa la novella di cui all'**articolo 1** del Disegno di Legge conferma il principio di tutela – in base al quale l'autore della segnalazione o denuncia non può essere sottoposto a misure (determinate dalla segnalazione o denuncia) aventi effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro – e presenta le seguenti modifiche e integrazioni:

- sotto il profilo soggettivo, l'ambito di applicazione della disciplina viene esteso ai lavoratori pubblici diversi dai lavoratori dipendenti (*“collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o di incarico”*), nonché: ai lavoratori, collaboratori e consulenti degli enti pubblici economici; a quelli degli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico (secondo la nozione di società controllata di cui all'art. 2359 c.c.); ai lavoratori e ai collaboratori, a qualsiasi titolo, di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzino opere in favore dell'amministrazione pubblica (**articolo 1, comma 2**).

E qui si crea un evidente cortocircuito: la Cassazione a Sezioni Unite (sentenza 27 ottobre 2009, n. 26806), dopo anni di decisioni contraddittorie, ha appena finito di dire che le aziende anche a controllo pubblico costituite sotto forma di Società per Azioni sono aziende private e ai loro amministratori e dipendenti va applicata l'ordinaria disciplina societaria e lavoristica in vigore per le aziende private (compresa l'esclusione dalla competenza della Magistratura Contabile), che qui vengono rimischiare le carte.

Vengono rimischiare solo per le vicende di *Whistleblowing*, o la norma serve a sostenere la tesi dottrinale e giurisprudenziale sconfessata dalle Sezioni Unite con la sentenza di cui trattasi?

E cosa significa allargare una disciplina di natura pubblicistica ai dipendenti di aziende fornitrici della pubblica amministrazione?

Qual è il perimetro di coinvolgimento delle norme pubblicistiche?

Nessuna specifica contiene il Disegno di Legge.

- sotto il profilo oggettivo, si specifica (**articolo 1, commi 1 e 2**) che l'ambito di applicazione riguarda le segnalazioni o denunce effettuate nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione e in buona fede. Quest'ultima è ivi definita come la ragionevole convinzione, fondata su elementi di fatto, che la condotta illecita si sia verificata; la buona fede è, in ogni caso, esclusa qualora il segnalante abbia agito con colpa grave;
- riguardo ai possibili soggetti destinatari della segnalazione, la novella sostituisce il riferimento al "superiore gerarchico" con quello al responsabile della prevenzione della corruzione (figura presente in ogni pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 1, comma 7, della Legge 6 novembre 2012, n. 190 – "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione (Legge Anticorruzione)*"), e dell'art. 43, comma 1, del D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 – "*Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni*") (**articolo 1, comma 1**). Resta ferma l'ipotesi di segnalazione all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) o di denuncia all'autorità giudiziaria ordinaria o contabile.

Il problema dei destinatari delle "denunce tutelate" non è indifferente ed è già stato oggetto di esame da parte della giurisprudenza e in modo contraddittorio.

Una recente decisione della Suprema Corte (Cassazione 24 gennaio 2017, n. 1752) ha affermato che il diritto/dovere del dipendente pubblico di segnalare comportamenti illeciti all'autorità giudiziaria non comporta violazione dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2015 c.c.. Esso rientra piuttosto entro i limiti del legittimo "diritto di critica" o meglio del "diritto di denuncia".

La stessa Corte ha però posto chiari limiti a tale diritto, richiedendo che nella denuncia in sede penale il lavoratore si limiti a difendere la propria posizione soggettiva, senza travalicare con dolo o colpa grave non solo la verità oggettiva, ma anche "*i limiti della continenza formale che indica il carattere civile e misurato dell'esposizione e della continenza sostanziale*" (Cassazione 26 ottobre 2016, n. 21649).

Sempre la giurisprudenza ha escluso la legittimità del diritto di critica o di denuncia ove sviluppato nei confronti di soggetti non direttamente legittimati a ricevere tali segnalazioni.

Il Tribunale di Milano (Riv. Dir. Lav., fasc. 2, 2014, pag. 511) ha rigettato ad esempio la richiesta di reintegrazione di una ballerina licenziata per giusta causa – per violazione degli obblighi contrattuali di fedeltà (art. 2105 c.c.), correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) – dalla Fondazione del Teatro alla Scala di Milano per avere denunciato alla stampa l'alta incidenza di gravi disturbi alimentari tra i componenti del Corpo di Ballo e tra gli allievi della Scuola di Danza.

Ancora, ci risulta una sentenza che ha confermato il licenziamento di un dipendente bancario addetto alla *compliance* che – a fronte del mancato riscontro delle sue denunce da parte degli organi amministrativi e di controllo della banca stessa – aveva segnalato le dette violazioni direttamente a Banca d'Italia.

- b) La nuova normativa per i dipendenti pubblici prevede che l'adozione di misure ritenute ritorsive sia comunicata in ogni caso all'ANAC, da parte dell'interessato o delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative (nell'amministrazione nella quale le stesse misure siano state poste in essere) e che l'ANAC informi il Dipartimento della funzione pubblica o gli altri organismi di garanzia o di disciplina, per le attività e gli eventuali provvedimenti di competenza (**articolo 1, comma 1**).

In merito, la norma vigente prevede, invece, che l'interessato o le suddette organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative segnalino le misure (ritenute discriminatorie) al Dipartimento della funzione pubblica.

- c) Sempre con riferimento al principio di tutela, si introduce, per il caso di adozione di una misura discriminatoria, una sanzione amministrativa pecuniaria, da 5.000 a 30.000 Euro, a carico del responsabile che abbia adottato la misura, *“fermi restando gli altri profili di responsabilità”* (**articolo 1, comma 6, primo periodo**).

La sussistenza di una misura discriminatoria è accertata dall'ANAC, che è altresì competente ad irrogare la relativa sanzione.

- d) Con riferimento ai procedimenti disciplinari, si modifica la tutela della riservatezza, anche se il testo è criptico e non so se ho ben compreso il significato dell'**articolo 1 comma 3**.

L'identità dell'autore della segnalazione o denuncia può essere resa nota in deroga al principio di riservatezza solo nel caso in cui la conoscenza dell'identità sia indispensabile per la difesa dell'incolpato (e sempre che la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione o denuncia). In sostanza mi pare di comprendere che la norma vigente prevede che, in tale ipotesi, l'identità possa essere rilevata.

La novella richiede, invece, per la medesima fattispecie, il consenso dell'interessato alla rivelazione della propria identità e, in assenza di consenso, l'impossibilità di utilizzare la segnalazione o denuncia ai fini disciplinari.

In buona sostanza: senza l'accordo del denunziante non è possibile usare la denuncia ai fini disciplinari contro l'incolpato.

Come dicevo, non è che il tutto sia di immediata comprensione e soprattutto di immediata applicazione pratica.

- e) Per fortuna la nuova normativa inserisce anche la previsione che l'ANAC, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, adotti apposite linee guida per gli enti pubblici relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni in oggetto (**articolo 1, comma 5**).

Le linee guida devono contemplare l'impiego di modalità anche informatiche e promuovere il ricorso a strumenti di crittografia, per garantire la riservatezza sia dell'identità del segnalante, sia del contenuto delle segnalazioni e della relativa documentazione.

Si ricorda che l'ANAC ha già adottato linee guida sui suddetti profili con la determina n. 6 del 28 aprile 2015 (*"Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)"*).

La novella, in merito, sembra da un lato porre un esplicito fondamento legislativo alle determinazioni dell'ANAC, ma, dall'altro lato, prevedendo il parere sulla proposta di linee guida da parte del Garante per la protezione dei dati personali, richiede forse un nuovo atto di definizione delle stesse.

Anche qui sembrerebbe opportuna una più chiara formulazione in merito.

Infatti la norma (**articolo 1, comma 7**) esclude l'applicazione delle tutele, per i casi in cui sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del segnalante o denunziante per i reati di calunnia o diffamazione o comunque per reati commessi con la medesima segnalazione o denuncia ovvero la sua responsabilità civile, *"per lo stesso titolo"*, nei casi di dolo o colpa grave.

L'esclusione dalle tutele è limitata ai casi di denuncia con dolo o colpa grave e si prevede esplicitamente la medesima esclusione anche per le sentenze diverse da quelle passate in giudicato.

A quest'ultimo riguardo si ricorda che la citata determina n. 6 del 28 aprile 2015 dell'ANAC – pur rilevando l'esigenza di un chiarimento in via legislativa – ha interpretato la norma vigente (che fa riferimento, in via sintetica, a “casi di responsabilità”) nel senso che anche una sentenza di primo grado determinerebbe la cessazione della tutela.

E' da notare che tale previsione vale per i dipendenti pubblici, ma non è ripresa per quelli privati per cui la nuova norma (**articolo 2, comma 1, capoverso 2-bis, lettera d**)) non parla di sentenza di primo grado, ma prevede l'esclusione della tutela ivi disciplinata solo per i casi di accertamento di responsabilità di natura penale o civile, legate alla falsità della dichiarazione.

Ciò consente di ritenere che la dizione faccia riferimento esclusivamente alle sentenze passate in giudicato e pare individuare un ambito di fattispecie parzialmente diverso da quello suddetto di cui all'**articolo 1**, (i) non ponendo una limitazione ai casi di dolo o colpa grave; (ii) facendo riferimento alle sole responsabilità legate a ipotesi di falsità della dichiarazione e (iii) non ponendo un eventuale nesso tra responsabilità civile e reato (in quanto non si adopera la locuzione “*per lo stesso titolo*”).

Si ricorda altresì che il parere approvato dalla I Commissione permanente della Camera il 19 novembre 2015 ha invitato a valutare il riferimento alle sentenze non definitive alla luce del principio costituzionale – relativo al processo penale – della presunzione di non colpevolezza fino alla condanna definitiva (principio di cui all'art. 27, secondo comma, della Costituzione).

Ciò significa che alla fine la tutela verrà meno solo dopo sentenza di condanna passata in giudicato e – considerati i tempi della giustizia italiana – si potrà ritenere che il *whistleblower*, per quanto fantasiosa sia la denuncia fatta, potrà contare di resistere nel posto di lavoro sino alla pensione.

- f) Si specifica che, qualora al termine del procedimento penale, civile o contabile, ovvero dell'attività di accertamento dell'ANAC risultino l'infondatezza della segnalazione e la mancanza di buona fede, il segnalante o denunciante è sottoposto a procedimento disciplinare dall'ente di appartenenza, al termine del quale, sulla base di quanto stabilito dai contratti collettivi, può essere irrogata la misura sanzionatoria anche del licenziamento senza preavviso (**articolo 1, comma 8**).
- g) Resta altresì fermo (come nella disciplina vigente) che alle segnalazioni in oggetto non si applica la disciplina sul diritto di accesso, di cui agli artt. 22 e seguenti della Legge 7 agosto 1990, n. 241 (*“Nuove norme di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi (‘Trasparenza atti amministrativi’)”*), e successive modificazioni (**articolo 1, comma 4**).

B)

Passando poi ai dipendenti di aziende private:

- a) L'**articolo 2** della nuova norma prevede al **comma 1** l'inserimento all'art. 6 del D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231 (*“Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della Legge 29 settembre 2000, n. 300 (Responsabilità amministrativa persone giuridiche)”*) di una serie di tutele a favore dei dipendenti del settore privato che segnalano illeciti.
- La norma riguarda ed integra dunque espressamente la disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti privati derivante da reati.
- La prima domanda è pertanto la seguente:

essendo l'adozione di tali modelli facoltativa, cosa succede ai lavoratori che – operando alle dipendenze di un'azienda che non si è assoggettata alla disciplina del D.Lgs. 231/2001 – denunciano la commissione di reati da parte dell'azienda o di dirigenti di questa?

A mio giudizio, salvo che non si tratti di dipendenti di aziende a controllo pubblico o di fornitori di enti pubblici (*vedi articolo 1 comma 2*), la novella sul *Whistleblowing* non si applica e vige la disciplina generale sul comportamento ritorsivo del datore di lavoro nell'ambito della esecuzione del rapporto prima ricordata.

Per le aziende che invece hanno deliberato i modelli organizzativi di cui alla norma in questione (la 231/2001) l'esenzione dalle responsabilità di cui gli artt. 6 e 7 non si applica se i modelli stessi non contemplano una serie di previsioni a tutela del *whistleblower* indicate all'**articolo 2** della nuova norma, previsioni che dopo di me il Prof. Garegnani Vi illustrerà certamente nel dettaglio.

- b) Ciò che nell'ambito giuslavoristico mi preme ancora evidenziare è che:
- (i) Ai sensi dell'**articolo 2** della nuova norma il divieto di adozione di misure discriminatorie può essere denunciato sia dal segnalante che dalle organizzazioni sindacali all'Ispettorato Nazionale del Lavoro per i provvedimenti di propria competenza (non si specifica quali).
 - (ii) La previsione dell'**articolo 2 quater** che pone a carico del datore di lavoro in modo espresso l'onere di provare “*in caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari o di demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti o comunque di sottoposizione del segnalante ad altra misura organizzativa avente effetti negativi diretti o indiretti sulle condizioni di*

lavoro successivamente alla presentazione della segnalazione” “che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa”.

Si tratta di una declaratoria che non tiene conto della realtà e che richiede al datore di lavoro una *probatio diabolica*.

Praticamente, chiunque in un'azienda che abbia adottato il modello organizzativo di cui al D.Lgs. 231/2001 tema di essere licenziato, trasferito ecc., è sufficiente che invii all'Organismo di Vigilanza una denuncia di violazione dei reati presupposta da parte dell'azienda (non c'è bisogno di fare molto e di denunciare i capi per infibulazione delle dipendenti o violazione delle norme sul lavoro minorile, bastando, ad esempio, contestare la mancanza di procedure di verifica sull'uso da parte dei dipendenti di programmi software piratati o in misura superiore al numero di licenze pagate), per diventare intoccabile sino a condanna penale o civile passata in giudicato.

E vai a dimostrare che il dipendente non è stato invece licenziato per giustificato motivo oggettivo o soggettivo ...

- (iii) Attualmente la disciplina dell'onere della prova sul licenziamento ritorsivo elaborata dalla giurisprudenza, per quanto non chiaramente favorevole alle aziende, non pare drammatica e/o particolarmente rigida.

Com'è noto, l'onere di provare la natura discriminatoria o illecita del licenziamento spetta infatti, secondo le regole generali, al lavoratore, che deve portare a sostegno della sua tesi elementi specifici tali da dimostrare con sufficiente certezza l'intento del datore di lavoro (in tal senso Cassazione 18 novembre 1997, n. 11464; conf. Cassazione 15 novembre 2000, n. 14753, la quale ha precisato che l'onere probatorio può essere assolto anche attraverso presunzioni, ma che le stesse «... *per poter assurgere al rango di prova, debbono essere “gravi, precise e concordanti”*»).

In particolare il lavoratore deve dimostrare che l'intento discriminatorio o di rappresaglia sia stato l'unico a determinare la volontà del datore di lavoro anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso (Cassazione 14 luglio 2005, n. 14816).

Ancora, “per affermare il carattere ritorsivo e, quindi, la nullità del provvedimento espulsivo, in quanto fondato su un motivo illecito, occorre specificatamente dimostrare, con onere a carico del lavoratore, che l'intento discriminatorio e di rappresaglia per l'attività svolta abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso, e sarà comunque necessaria la prova della sussistenza di un rapporto di causalità tra le circostanze addotte a sostegno del licenziamento medesimo e l'asserito intento di rappresaglia” (Tribunale Milano 24 novembre 2006).

Con la normativa in esame mi pare che i termini verrebbero invertiti.

* * * *

Alla luce di quanto sopra e stante l'abitudine del nostro Parlamento a promulgare nel campo del Diritto del Lavoro leggi sempre più complesse, astruse, contraddittorie, di difficile lettura e comprensione a causa della logica di mediazione e/o delle difficoltà oggettive che chi ha cercato di modificare un quadro ereditato da una situazione storico-economica e sindacale superata ha oggettivamente incontrato per far passare qualsiasi riforma, mi auguro che la legislatura si concluda senza che il Disegno di Legge n. 2208 venga convertito.

Come ho detto, mi pare che i veri *whistleblower* siano già sufficientemente e giustamente protetti dal quadro normativo e giurisprudenziale esistente e non sia il

caso di dare ulteriori elementi di tutela a quei dipendenti che sono invece avvezzi ad usarli in modo furbesco e strumentale.

Claudio Bonora