

### Whistleblowing: profili e criticità giuslavoristiche

Il 14 dicembre 2017 è entrata in vigore la legge n. 179 sul c.d. “*Whistleblowing*”, contenente disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui gli stessi siano venuti a conoscenza nell'ambito del loro rapporto di lavoro.

La disposizione in esame oltre a modificare la normativa del *whistleblowing* nel settore pubblico, introduce – per la prima volta in modo organico – la tutela per il dipendente che segnala illeciti anche nel settore privato. Infatti, nell’ambito del pubblico impiego era già presente un’embrionale disciplina del *whistleblowing*, prevista dall’art. 54 *bis* del Testo Unico sul pubblico impiego, mentre nel settore privato vi erano solamente due isolati riferimenti normativi: l’art. 20, comma 2, lett. e) D.Lgs. 81/2008 e l’art. 6, comma 2, lett. d), D.Lgs. n. 231/2001, i quali prevedevano obblighi di segnalazione a carico dei dipendenti nei confronti degli organi aziendali competenti ai fini di vigilare sul funzionamento e sull’osservanza dei modelli organizzativi previsti dal D.Lgs. n. 231/2001.

La legge n. 179/2017 ha introdotto nel nostro ordinamento un sistema binario, prevedendo come detto una tutela sia nel settore pubblico che nel settore privato, al fine di incentivare la collaborazione dei lavoratori nel favorire l’emersione di pratiche illegali realizzate all’interno degli enti. L’articolato normativo si compone di tre norme: l’art. 1 riscrive integralmente l’art. 54 *bis* del D.Lgs. 165/2001; l’art. 2 introduce specifiche misure volte a tutelare il segnalante nel settore privato, integrando la disposizione dell’art. 6 D.Lgs. 231/2001; infine l’art. 3, applicabile sia nel settore pubblico che nel settore privato, amplia la nozione di segreto d’ufficio, aziendale, professionale, scientifico e industriale.

La nuova disciplina, seppur improntata allo sforzo organico di ricomprendere entro limiti ben definiti l’intero mondo delle segnalazioni protette di illeciti in ambito lavorativo, reca ancora con sé nodi irrisolti e qualche aspetto critico.

Uno degli snodi principali che pone la nuova normativa sul *whistleblowing* è la sua conciliabilità con l’obbligo di obbedienza, *ex art.* 2104 c.c. e il dovere di fedeltà *ex art.* 2105 c.c., che costituiscono i pilastri del rapporto di lavoro subordinato.

Tuttavia, dottrina e giurisprudenza sostengono – anche alla luce dell’art. 51 c.p. secondo cui l’adempimento di un ordine manifestamente illegittimo non scrimina l’esecutore – che l’obbligo di rispettare il vincolo fiduciario non può estendersi sino al punto di ammettere il dovere del dipendente di non denunciare comportamenti illeciti.

Dunque, la norma introduce nell’ordinamento un vero e proprio diritto all’insubordinazione, consistente nell’astensione dall’adempiere all’ordine, che si pone in consapevole contrasto con i citati pilastri della subordinazione, ossia con i doveri di obbedienza e di fedeltà (quest’ultimo declinato anche nel dovere di riferire notizie che possano danneggiare l’azienda).

Tale diritto all’insubordinazione è inevitabilmente destinato a provocare tensioni tra chi ricopre ruoli estremamente delicati – quali ad esempio il *Compliance Officer*, il *Risk Manager* oppure il Direttore finanziario – e i vertici aziendali: da un lato, vi è il rischio che possa aumentare il timore di dare il proprio consenso a operazioni c.d. *borderline*, cioè non palesemente illecite, ma fondate su interpretazioni normative ambigue; dall’altro, i vertici aziendali, in ogni caso, vorrebbero poter contare su di una maggior tensione alla realizzazione dell’interesse sociale.

Un secondo aspetto problematico della nuova disciplina sul *whistleblowing* è l'assenza di qualsiasi riferimento all'esigenza di bilanciare il diritto di difesa del segnalato con il diritto alla riservatezza del segnalante.

Infatti, la normativa oggetto di commento prevede esclusivamente che la riservatezza del segnalante debba essere illimitatamente garantita. Non sono, dunque, determinati, i limiti entro i quali tale garanzia possa operare e ciò provoca un'asimmetria di tutele a favore esclusivamente del segnalante. Basti pensare che il nominativo resta riservato per tutta la durata del procedimento disciplinare (e, nel lavoro pubblico, sino alla conclusione delle indagini preliminari), impedendo in tal modo al segnalato di conoscere il nome dell'autore della segnalazione, elemento che può invece costituire un dato importante nella predisposizione delle controdeduzioni difensive.

Oltretutto, il sistema di tutele si presta anche a strumentalizzazioni.

Si pensi, solo per fare un esempio, al dirigente che, sentendosi messo in discussione a causa della sua scarsa *performance*, effettui una segnalazione non palesemente infondata solo per mettersi al riparo da scelte organizzative che potrebbero nuocergli.

Proprio per evitare possibili abusi un ruolo fondamentale spetta al soggetto destinatario delle segnalazioni e alla sua capacità di *screening*.

Sotto quest'ultimo profilo è bene notare che lo *screening* costituisce il primo vaglio della verosimiglianza e credibilità della condotta oggetto di segnalazione.

Spesso le condotte oggetto di segnalazione possono essere costituite da atteggiamenti gravemente inopportuni posti in essere da superiori o colleghi. La prima reazione, da parte degli organi aziendali competenti a ricevere le segnalazioni, potrebbe essere quella di non dare corso alle denunce, ritenendole non rientranti tra le condotte illecite rilevanti ai fini del D.Lgs. n. 231/2001.

Tuttavia è bene non sottovalutare la rilevanza di tali contegni, che ben potrebbero invece integrare condotte rilevanti ai fini del D.Lgs. n. 231/2001. Ad esempio, uno dei c.d. reati presupposto è costituito dalle lesioni gravi commesse in violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro (artt. 582-583 c.p.). Va considerato che per integrare il reato-presupposto è sufficiente l'insorgere di una malattia di durata superiore ai 40 giorni, causalmente collegata con il contegno oggetto di segnalazione; quanto alla norma sulla salute e sicurezza violata, è opportuno ricordare la presenza nell'ordinamento giuslavoristico dell'art. 2087 c.c., che impone al datore di lavoro di adottare tutte le cautele, anche quelle c.d. innominate, per preservare l'integrità psico-fisica del lavoratore.

Così, ad esempio, è onere del datore di lavoro rimuovere la causa che rende insalubre o insicuro un ambiente lavorativo, e ciò anche se tale causa è costituita da un dipendente che con i suoi contegni espone a pericolo sé stesso e gli altri.

In conclusione, è opportuno che gli organi destinatari delle segnalazioni di *whistleblowing* non sottovalutino le comunicazioni fondate su contegni posti da lavoratori nei confronti di propri colleghi, se non dopo aver verificato che tali contegni non siano potuti accadere (ovvero, reiterarsi) per effetto di violazioni di norme sulla tutela dell'integrità psico-fisica dei propri dipendenti.