

Lavoro Newsletter

N° 59 • Maggio 2018

In questo numero
Atti del Convegno
**HOT ISSUES
NEL DIRITTO
DEL LAVORO**

Con il patrocinio di

ORGANIZZATO DA



Saluti introduttivi
Cristina Bellini
*Consigliere dell'Ordine
degli Avvocati di Milano*



Marco Vigni
*Presidente AIDP Gruppo
Regionale Lombardia*



**Hot issues nel diritto
del lavoro**
di Aldo Bottini



**Le molestie sul luogo
di lavoro**
di Tatiana Biagioni



**L'evoluzione del diritto del
lavoro: l'espansione della
tutela penale**
di Sergio Barozzi



L'assenteismo
di Giorgio Molteni



Danni punitivi
di Alberto Guariso



**Rendimento e controllo della
prestazione lavorativa. Quale
l'impatto delle nuove tecnologie
sul rapporto di lavoro**
di Luca Failla



**Il Whistleblowing
e l'onere probatorio**
di Angelo Zambelli

AIDP
ASSOCIAZIONE ITALIANA PER
LA DIREZIONE DEL PERSONALE
Lombardia

HOT ISSUES NEL DIRITTO DEL LAVORO



di **Aldo Bottini**
Socio
Toffoletto De Luca Tamajo
e Soci

La “carrellata” di temi caldi nel diritto del lavoro, offerta dal convegno tenutosi il 16 maggio scorso al Salone Valente di Milano, ci ha consegnato un’immagine molto vitale del diritto del lavoro. Una materia in ebollizione, che attraversa una fase di rapido e profondo cambiamento, i cui esiti sono ben lungi dall’essersi assestati. L’insieme delle recenti modifiche normative, etichettate nel loro complesso come Jobs Act, ha riscritto gli assi portanti del diritto del lavoro, modificando paradigmi consolidati da decenni. E non solo per quanto attiene l’aspetto più eclatante, la modifica del sistema di tutele contro i licenziamenti illegittimi, nel quale l’indennizzo è ora la regola e la reintegrazione l’eccezione. Il lavoro temporaneo (diretto o tramite agenzia) trova il suo limite non più in una causale che lo legittimi, ma solo nella sua misura percentuale rispetto alla totalità dell’organico. Il mutamento di mansioni (sempre più frequente in epoca di riorganizzazioni continue) perde il requisito dell’equivalenza, che tanto contenzioso aveva generato, e si affida alla contrattazione collettiva per disegnare il suo perimetro. Le regole sul controllo a distanza della prestazione lavorativa si aggiornano e si agganciano ai più attuali principi della trasparenza e del rispetto della normativa sulla privacy. La stessa tradizionale distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato è messa a dura prova: ci sono lavori che, pur collocati nell’area della autonomia, si avvicinano per molti versi al confine con la subordinazione (si pensi ai controversi rapporti con le piattaforme digitali), e per altro verso modalità di svolgimento del lavoro subordinato che presentano ampi e inediti margini di autonomia per quanto attiene la collocazione spazio-temporale della prestazione (il lavoro agile, ad esempio). E non sono solo le norme a cambiare. L’innovazione digitale nelle aziende, spinta anche dagli incentivi di Industria 4.0, sta modificando profondamente il modo di produrre e di lavorare e quindi anche di relazionarsi all’interno delle aziende, e pone nuove sfide e interrogativi agli HR e ai loro consulenti. Nel frattempo la cronaca porta alla ribalta temi non certo nuovi, ma che richiedono urgente attenzione e un approccio innovativo. E’ il caso delle molestie sessuali sul luogo di lavoro e dell’assenteismo, due temi non a caso affrontati specificamente nel corso del convegno milanese. Due questioni accomunate, come è emerso dalle relazioni e dalla tavola rotonda, dalla necessità di un approccio basato sulla prevenzione e sull’attenzione alle persone nei luoghi di lavoro. Tutto ciò in un contesto in cui anche gli strumenti repressivi e di contrasto si modificano e si fanno più penetranti, come è stato ben delineato nelle due relazioni sui reati in cui può incorrere la direzione del personale nella gestione quotidiana e sui danni punitivi nel rapporto di lavoro. Il 2018, poi, è l’anno della privacy: l’entrata in vigore del regolamento europeo (GDPR) è destinata a cambiare profondamente le regole, gli strumenti e le procedure anche in ambito HR, e si salda con la questione dei controlli della prestazione lavorativa (già rivo-



luzionata dalla riscrittura dell’art. 4 dello statuto dei lavoratori) e con le recentissime disposizioni sul whistleblowing. Si tratta di tematiche, affrontate nel convegno, che rimandano tra l’altro ad una dimensione europea e transnazionale del diritto del lavoro, che va accentuandosi sempre di più. Una dimensione che si rende necessario affrontare anche a seguito dei fenomeni di delocalizzazione e di mobilità del lavoro, di grande attualità, anch’essi ampiamente analizzati nel corso del convegno. ●

LE MOLESTIE SUL LUOGO DI LAVORO



di **Tatiana Biagioni**
Socio
Studio Legale Biagioni-Danesi
Presidente Agi Lombardia

Le molestie sessuali sul luogo di lavoro sono un fenomeno rilevante in Italia; secondo un'indagine Istat pubblicata il 13.2.18 sono 1 milione e 404 mila le donne che hanno subito molestie fisiche o ricatti sessuali sul luogo di lavoro, l'80,9 % di queste non confidano a nessuno questa esperienza.

Il tema diventa attuale dopo 15 anni di disinteresse a seguito degli eventi legati al noto produttore cinematografico: donne certamente più forti si ribellano ad una realtà ed il tema diventa virale.

La vicenda americana presenta elementi tipici del fenomeno delle molestie sessuali: uomo di potere che esercita controllo sulla vita lavorativa della persona molestata, seriale.

Perché le donne prima del movimento "me too" non hanno denunciato? Perché è evidente che si tende a non estromettere il molestatore che è (di regola) seriale e probabilmente ha già molestato in passato e lo farà in futuro. Quindi è di regola la molestata ad uscire dal mercato del lavoro.

Ciò è molto grave in quanto chi molesta non solo viola la dignità della persona (e questo è sufficiente per decidere da quale parte stare) ma attenta alla produttività dell'azienda. Chi molesta non lavora, non fa lavorare la propria vittima e pone in difficoltà coloro che lavorano in un clima caratterizzato dai soprusi.

L'art. 26 del d. Lgs. 198/06 definisce molestie quei comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.

Le caratteristiche fondanti la molestia sono indicate chiaramente dalla norma: è necessario analizzare il punto di vista della molestata o del molestatore, non quello del molestatore.

È inutile indagare sul motivo che spinge a molestare: sia che il molestatore abbia lo scopo di molestare, sia che non ne sia intenzionato, se il comportamento è indesiderato e l'effetto del comportamento è la violazione della dignità della persona, si tratta di molestia.

Due anni fa Cgil, Cisl, Uil e Confindustria hanno recepito un accordo siglato dalle parti sociali europee nel 2007 (dopo 9 anni!): l'accordo quadro sulle molestie e la violenza nei luoghi di lavoro.

L'aspetto più interessante dell'accordo riguarda la prevenzione, l'individuazione e la gestione dei casi di molestie e di violenza sul luogo di lavoro. Infatti si chiede alle imprese di adottare una dichiarazione che sottolinei che le molestie e la violenza non verranno tollerate; si chiede di adottare specifiche procedure da seguire qualora si verificassero casi di molestie o di violenza, ma soprattutto si afferma che qualora venga accertato che si sono verificate molestie o violenze, occorre adottare misure adeguate nei confronti di colui o di coloro che le hanno poste in essere: ciò include azioni disciplinari che possono portare al licenziamento.



A mio avviso è necessario che si introduca anche nei contratti collettivi l'indicazione delle molestie e molestie sessuali quali motivi specifici di licenziamento.

In tema di prevenzione occorre evidenziare che la legge di bilancio del dicembre 2017 ha stabilito che i datori di lavoro sono tenuti, ai sensi dell'art. 2087 Cod. Civ., ad assicurare condizioni di lavoro tali da garantire l'integrità fisica e morale e la dignità dei lavoratori, anche concordando con le organizzazioni sindacali dei lavoratori, le iniziative di natura informativa e formativa più opportune per prevenire il fenomeno delle molestie sessuali nei luoghi di lavoro.

Per concludere occorre agire all'interno delle aziende con forte attività formativa volta a creare cultura e consapevolezza in tema di molestie sessuali per prevenire questi comportamenti.

Se però si verificano casi di molestie, occorre intervenire fermamente tutelando sia il soggetto molestato che l'azienda che devono coalizzarsi nel contrasto del fenomeno, tutelando la dignità delle lavoratrici e la produttività. ●

L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DEL LAVORO: L'ESPANSIONE DELLA TUTELA PENALE



di **Sergio Barozzi**
Partner
SZA- studio legale

Fino al 2015 il sistema del diritto del lavoro, nato decenni fa, si basava su garanzie rigide, con una ampia tutela accordata al lavoratore. Ma il lavoratore in quanto "individuo" passava in secondo piano, essendoci al centro del sistema il "posto di lavoro", la sua tutela, la sua protezione, ma, soprattutto, la sua intangibilità: reintegra, divieto di modifica delle mansioni, irriducibilità della retribuzione. Un sistema che rispondeva alle esigenze e valori del tempo in cui era nato, ma non più adeguato al nuovo sentire collettivo.

La rigidità del sistema aveva, però, prodotto anche effetti collaterali non consentendo che potessero esprimersi forme diverse di tutela. Lo "Statuto" bastava e non era necessario dare spazio a forme alternative di protezione. I lavoratori da parte loro, si vedevano costretti, o erano felici di rinunciare all'affermazione di diritti diversi ed individuali. Insomma una efficace rigida tutela a fronte della rinuncia a domande e bisogni il cui accoglimento appariva più incerto. Gli stessi giudici erano restii a dare ingresso a temi quali la parità, la discriminazione, i danni morali a fronte di una protezione meccanicistica, ma adeguata del lavoratore. Il sistema di pesi e contrappesi aveva una sua logica.

D'altra parte in un ordinamento rigido trovavano spazio ed erano tollerati comportamenti ed atteggiamenti disdicevoli: piccole molestie, linguaggi non appropriati, esclusioni motivate dalla antipatia personale, trattamenti economici e normativi non giustificati dalla competenza professionale, minacce. Ma oggi che il sistema è completamente cambiato e molte tutele sono venute meno l'approccio a quei comportamenti può restare immutato? Saranno tollerate situazioni che si pongono oltre al confine del lecito? Saranno ancora valutate con benevolenza quelle situazioni, una volta considerate una risposta eccessiva, ma tutto sommato ineludibile ad un sistema bloccato, che dava spazio a furbetti e lavativi ?

Credo che la risposta sia negativa, specie se il tutto si associa ad un progressivo ampliamento dell'ambito di azione e del ruolo di supplenza che sta' assumendo la tutela penale. Sempre più spesso si assiste alla "penalizzazione"

VISUALIZZA
LE SLIDES
DELL'INTERVENTO



di comportamenti fino a poco fa considerati meri illeciti civili (si pensi al caso dell'abuso del diritto in ambito fallimentare). Qualche esempio: l'estorsione, l'interferenza illecita nella vita privata, la diffamazione, le minacce, lo stalking, la truffa. Tutte fattispecie di reato applicabili ai comportamenti che abbiamo ricordato.

Un fenomeno già in corso, la condanna per estorsione di un imprenditore che aveva costretto i lavoratori a sottoscrivere un contratto part time, pur già sapendo che l'orario di lavoro effettivo sarebbe stato a tempo pieno, imponendo di dichiarare il falso in occasione di una visita ispettiva INPS (Cass Pen 18727/16); per stalking (Trib. Taranto 7.4.14 e Catania 22.4.14) o per violenza

privata (Cass. Pen. 12517/12, 44803/11, 44803/11) in casi di denigrazione, insulti, offese o in cui il dipendente è stato costretto a lavorare in un luogo degradato (Cass. Pen 36332/12); per minacce per la prospettazione di un licenziamento ritorsivo (Cass. Pen. 12232/13). Gli esempi potrebbero continuare.

Ci dobbiamo quindi attendere una progressiva invasione del diritto penale in ambito lavorativo con gravi conseguenze, e dovranno perciò essere messe in opera tutte quelle misure comportamentali che attraverso un diverso approccio, anche culturale, alla gestione del personale riducano il rischio di sanzioni e dei conseguenti danni anche reputazionali, viste anche le recenti aperture della Cassazione ai cosiddetti danni punitivi (Cass, SU 16601/17). ●

L'ASSENTEISMO



di **Giorgio Molteni**
Partner
Trifirò & Partners Avvocati

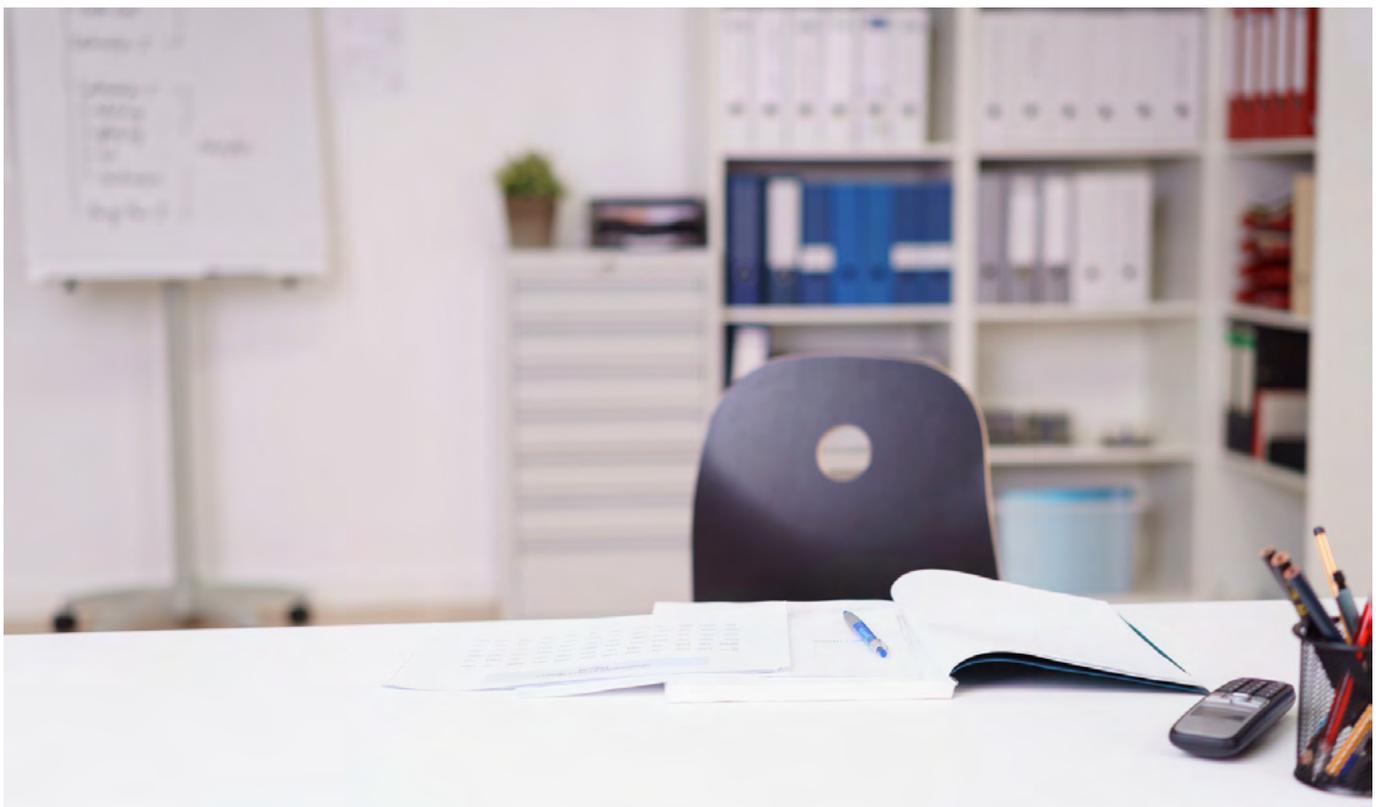
Il termine "assenteismo" viene di norma riferito all'elusione dell'obbligo lavorativo attraverso l'abuso di norme di tutela di diritti del lavoratore o di terzi (minori, familiari disabili, organizzazioni sindacali, ecc.). In questa accezione il fenomeno è non di rado oggetto di attenzione dei *media*, specie in presenza di casi particolarmente eclatanti, riferiti – in via esemplificativa – all'uso improprio di permessi di cui alla legge n. 104/92 o alla condotta tenuta dal lavoratore in malattia. Quanto ai permessi, la giurisprudenza ha chiarito che essi devono porsi in relazione diretta con l'assistenza al disabile, non essendo possibile fruirne per esigenze diverse. In difetto del nesso causale tra assenza ed assistenza devono ritenersi violati i principi di correttezza e buona fede, sia verso il datore di lavoro, che sopporta il disagio organizzativo legato all'assenza, che verso l'Inps, tenuto all'erogazione del trattamento economico. La violazione sussiste anche quando l'assistenza al disabile venga prestata per una parte soltanto del permesso (Cass. n.5574/16); inoltre, l'illecito può essere integrato anche da un singolo episodio, in quanto l'utilizzo

VISUALIZZA
LE SLIDES
DELL'INTERVENTO

dei permessi per esigenze personali configura un abuso del diritto. Per esempio, la giurisprudenza più recente ha ritenuto legittimo il licenziamento in casi in cui il lavoratore, durante il permesso:

- frequentava lezioni universitarie (Cass. n.17968/16) ;
- partecipava ad una festa danzante (Cass. n.8784/15);
- svolgeva lavori su terreni di sua proprietà (Cass.n.9749/16).

Quanto alla malattia, la condotta del lavoratore durante l'assenza può assumere rilievo disciplinare quando egli svolga un'attività (lavorativa o di svago) incompatibile con la sua condizione patologica (nel senso di escluderne la sussistenza o l'idoneità ad impedire la prestazione) oppure tale da poter pregiudicare o ritardare la guarigione, tenuto conto della natura della patologia e delle mansioni svolte. La verifica dell'illiceità della condotta deve essere effettuata dal giudice di merito, tenendo conto di tutte le circostanze che caratterizzano il caso concreto. Oltre alle visite fiscali previste dall'art. 5 Legge 300/70, il datore può procedere ad accertamenti di circostanze di fatto idonee a dimostrare l'infedele condotta del lavoratore assente per malattia o per permesso. In particolare, i controlli effettuati mediante agenzia investigativa sono legittimi se svolti per la verifica di atti illeciti del lavoratore non riconducibili al mero inadempimento della prestazione, e ciò anche in caso di mero sospetto che tali atti siano in corso di esecuzione. In una diversa accezione, l'assenteismo può essere inteso in senso oggettivo, riferito - cioè - alla mera misurazione delle assenze (tasso di assenteismo), trattandosi di un dato che incide sulla produttività ed efficienza aziendale. Sotto questo profilo, una recente sentenza (Cass. n. 18678/14) ha ritenuto legittimo il licenziamento intimato a seguito di assenze per malattia ripetute e discontinue che, pur non determinando il superamento del comportamento, rendevano la prestazione non più utile per il datore di lavoro, comportando scompensi organizzativi. Tale isolata pronuncia, però, è stata in seguito superata e la giurisprudenza è tornata ad affermare che la malattia del lavoratore può legittimare il licenziamento solo qualora venga superato il comportamento, dovendosi altrimenti ritenere che le assenze rientrino nel rischio d'impresa. ●



DANNI PUNITIVI



di **Alberto Guariso**
Socio
Studio Diritti e Lavoro

Il diritto del lavoro ha sempre subito, sin dalla L. 604/66, una sorta di “attrazione fatale” verso l’idea di poter predeterminare il risarcimento da attribuire al soggetto leso da un comportamento *contra legem* del datore di lavoro.

Eppure già nel ’66 si era fatta strada l’esigenza di parametrare l’indennizzo anche ad altre funzioni non strettamente legate alla lesione subita, considerando fattori (dimensioni aziendali ecc.) che prescindono dalla entità del danno e attingono a valutazioni di ordine sociale.

Il percorso ha una svolta con il contratto a tutele crescenti. Al bivio tra una modulazione del risarcimento sulla singola situazione che riconosce al giudice un margine di discrezionalità pagando il prezzo di una relativa incertezza e una predeterminazione che sacrifica la giustizia sostanziale sull’altare della certezza, l’ordinamento sceglie decisamente la seconda strada.

In questo quadro irrompono due novità.

La prima è l’invasione del diritto dell’Unione nell’ambito dell’ordinamento giuslavoristico e, soprattutto, dei vincoli di parità di trattamento che tale diritto impone: parità in relazione a determinate condizioni personali (direttive UE 2000/78, 2000/43, 2006/54) e parità in relazione a tipologie contrattuali (direttive CE 1999/70, 97/81, 2008/104).

Si tratta tra l’altro di un processo ancora in espansione, in particolare da parte del diritto antidiscriminatorio, che ha consentito l’applicazione dei vincoli paritari a fattispecie nuove: così si pensi alla nozione di discriminazione associata, che tutela anche soggetti non appartenenti al gruppo protetto (sentenza CGE *Coleman*, 2008); alla nozione di discriminazione “da scoraggiamento” che ha consentito la tutela a fronte del “preannuncio” di politiche di assunzione illegittime (sent. CGE *Feryn* 2008); alla nozione di “accomodamento ragionevole” che ha fortemente circoscritto l’ambito del licenziamento per superamento del periodo di comporto (sent. CGUE *Ruiz Conejero* 2017).

Ebbene in tutte le situazioni regolate dal diritto dell’Unione, la sanzione deve rispondere ai quattro noti criteri fissati dalla giurisprudenza comunitaria: effettività, proporzionalità, dissuasività, equivalenza.

Benchè il requisito della dissuasività richiami inevitabilmente una componente punitiva la CGUE ha poi precisato (sent. *Camacho* 2015) che il diritto dell’Unione non impone l’adozione di danni punitivi, a condizione però che sia previsto, laddove il ripristino non sia possibile, il risarcimento integrale di qualsiasi lesione sia sotto l’aspetto patrimoniale che sotto quello non patrimoniale.

Ovviamente il risarcimento integrale anche del danno non patrimoniale non ha nulla a che vedere con il danno-sanzione, trattandosi pur sempre di risarcimento che guarda alla lesione effettiva e non ad altro.

In questo contesto tuttavia giunge la sentenza delle SSUU 16601/17: al risarcimento è assegnata non solo la funzione di restaurazione della sfera patrimoniale del soggetto leso, ma anche una funzione di deterrenza e sanzionatoria. Ciò ovviamente non a discrezione del giudice, ma solo là dove l’ordinamento la preveda.

La sentenza va letta congiuntamente a quelle della Cassazione in tema di danno da abuso del contratto a termine nel pubblico impiego (Cass. sent. 5072/16) ove la Corte riconosce che possano esservi risarcimenti che non corrispondono a effettive perdite patrimoniali, ma il cui riconoscimento è indispensabile per dissuadere da comportamenti in contrasto con il diritto dell’Unione: è il “danno comunitario” la cui nozione potrebbe quindi trovare in futuro applicazioni più ampie, in relazione alla progressiva estensione del diritto dell’Unione.

Tra risarcimento integrale e danno sanzione si riapre dunque la strada verso una maggiore incertezza nelle conseguenze di comportamenti illegittimi: ma si tratta forse di una strada indispensabile a garantire una maggiore giustizia sostanziale. ●

RENDIMENTO E CONTROLLO DELLA PRESTAZIONE LAVORATIVA. QUALE L'IMPATTO DELLE NUOVE TECNOLOGIE SUL RAPPORTO DI LAVORO



di **Luca Failla**
Founding Partner
LABLAW Studio Legale
Failla, Rotondi & Partners

La nuova disciplina in materia di controlli a distanza (art. 4 L. n. 300/1970), in vigore da quasi tre anni, ha portato molte innovazioni nell'organizzazione del lavoro.

Basti solo riflettere alla portata di un principio fondamentale: la necessità di adottare un adeguato criterio di bilanciamento tra le necessità proprie dell'impresa e dell'organizzazione del lavoro e la tutela della riservatezza e della sfera privata del lavoratore.

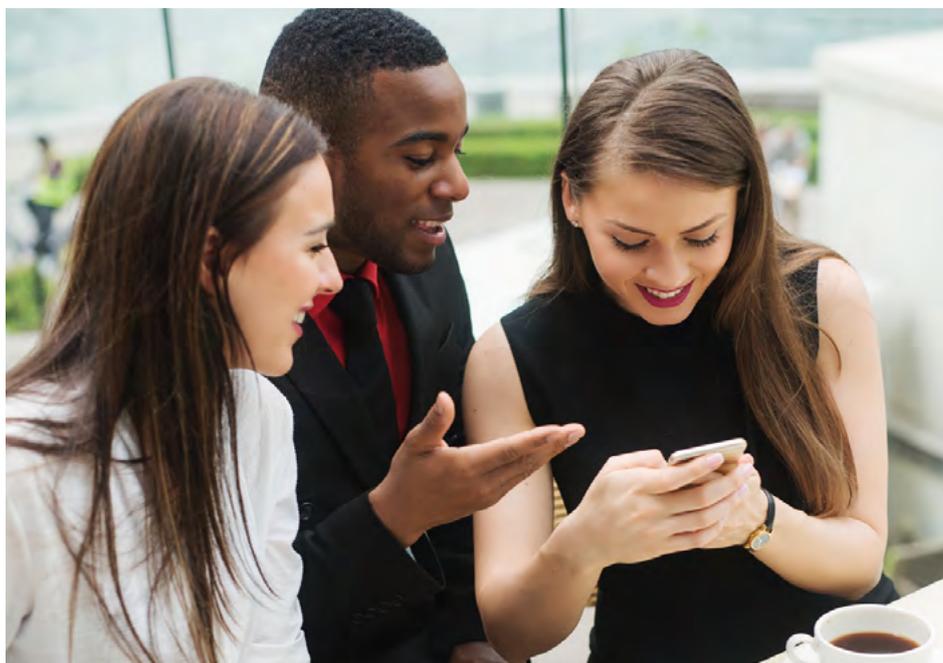
La novella, nel far cadere alcune vecchie rigidità sull'utilizzo dei cd. strumenti tecnologici/informatici di lavoro in dotazione al dipendente ha aperto la strada a riflessioni molto più ampie sulla portata dei suoi principi, legate all'uso e alla pervasività della tecnologia nel normale svolgimento del lavoro, alla potenziale raccolta di dati che deriva dall'uso degli strumenti di lavoro – utilizzabili oggi eventualmente anche a fini disciplinari o di controllo indiretto (altra innovazione dell'art. 23 D.Lgs. n. 151/2015). Fino al divieto dell'uso privato degli strumenti aziendali in dotazione, oggetto di sempre più dettagliate policy aziendali dirette ad assicurare il rispetto della privacy (anche in ottemperanza al Regolamento UE n. 679/2016) e la correttezza nell'uso delle informazioni raccolte attraverso gli strumenti di lavoro, siano esse statistiche ovvero indirizzate alla corretta esecuzione della prestazione lavorativa.

In questo ambito appare non sempre facile identificare quali siano gli spazi di manovra per una azienda al fine di garantire il fondamentale rispetto delle regole alla base del rapporto di lavoro se, come è già avvenuto e come la legge e il Garante ricordano, il datore di lavoro deve adoperare grande attenzione nell'uso delle informazioni tratte dagli strumenti di lavoro.

E qui si entra in un campo a lungo dibattuto da parte della giurisprudenza del lavoro.

Ossia la rilevanza che i comportamenti extra-lavorativi (privati) possono avere sulla corretta e diligente esecuzione della prestazione lavorativa. Ambito che, anche grazie alla tecnologia viene oggi sempre più in considerazione.

Come ricordato da **Cass. 10280/2018** (e prima ancora da Cass.10955/2015) nella quale si afferma che *Facebook* ha delle potenzialità diffamatorie e, per tale ragione, la pubblicazione di post coinvolgenti il datore di lavoro può portare al legittimo esercizio del potere disciplinare fino ad arrivare al licenziamento. Nella specie il lavoratore aveva pubblicato



sulla propria pagina (vista anche dal datore di lavoro e dai colleghi) un post consistente in una affermazione di esasperazione verso l'organizzazione aziendale, con identificazione - a detta della Corte - del rappresentante della stessa. Da qui la legittimità del licenziamento intimato.

In tale pronuncia tuttavia (ed al di là del merito) non vi è traccia delle altre implicazioni che potrebbero influire sull'esito finale: l'applicazione o meno dell'art. 8 L. n. 300/1970 che vieta indagini sulle opinioni (e fino a che punto ciò è assimilabile alla ricerca/acquisizione di informazioni sui social..) ovvero il trattamento dei dati.

Il dibattito fra diritto del lavoro e privacy è lungi dall'essere risolto e personalmente ritengo che molta strada debba essere ancora fatta.

L'uso dei *Social network*, infine, è divenuto così diffuso, così capillare e così comune da fare dimenticare, a volte, che ci si trova comunque in un contesto "allargato ad un gruppo indeterminato" di potenziali lettori. Il che implica che i comportamenti privati, confinati fino a ieri nella sfera extra-lavorativa e generalmente irrilevanti - salvo eccezioni ad es. Trib. Ivrea, Ord. 28 gennaio 2015, n. 1008 - possono oggi assurgere a fattori di valutazione degli obblighi nascenti dal rapporto di lavoro determinando, per modalità di esecuzione o per contenuti, precise conseguenze. ●

IL WHISTLEBLOWING E L'ONERE PROBATORIO



di **Angelo Zambelli**
Co-managing Partner
Grimaldi Studio Legale

Con la legge 30 novembre 2017, n. 179, il legislatore italiano - oltre a innovare la disciplina già prevista in materia di *whistleblowing* dall'art. 54-bis del TU sul pubblico impiego (D.Lgs. 165/2001) - ha esteso i meccanismi di segnalazione e le relative tutele al settore privato, ove - in precedenza - gli stessi erano disciplinati soltanto nel settore bancario e dell'intermediazione finanziaria.

Si tratta di una significativa presa d'atto dell'importanza del fenomeno da parte del nostro legislatore che - dopo anni di sostanziale disinteresse - ha posto al centro della propria attività proprio il tema delle "segnalazioni", in linea con il *trend* europeo attuale.

In base alla novella approvata alla fine dello scorso anno, anche le aziende che adottano un modello di organizzazione e gestione ai sensi del D.Lgs. 231/2001 devono prevedere specifici canali per le segnalazioni.

Inoltre, è stato stabilito uno specifico apparato di tutele *anti-retaliation* a favore degli autori delle segnalazioni con l'obiettivo di favorire l'emersione delle condotte illecite. Nello specifico, è stato previsto il divieto di atti discriminatori e ritorsivi, diretti e indiretti, nei confronti del *whistleblower* per motivi collegati alla segnalazione nonché la nullità degli atti assunti in violazione di tale divieto.

Tuttavia, le tutele non si applicheranno *tout court* al segnalante. Infatti, in caso di contenzioso con il datore di lavoro, il *whistleblower* dovrà comunque allegare e provare di aver effettuato una segnalazione circostanziata, «a tute-

VISUALIZZA LE SLIDES DELL'INTERVENTO

la dell'integrità dell'ente», relativa a «condotte illecite» rilevanti ai sensi del D.Lgs. 231/2001 e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti ovvero a violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui sia venuto a conoscenza «in ragione delle funzioni svolte».

Da parte sua il datore di lavoro, in caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari, o a demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti, o sottoposizione del segnalante ad «altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, successivi alla presentazione della segnalazione», dovrà dimostrare che tali misure sono fondate su «ragioni estranee alla segnalazione stessa».

Tale ultima disposizione desta non poche perplessità con riguardo all'onere probatorio gravante in capo al datore: in base al tenore letterale della norma, infatti, il *whistleblower* potrebbe semplicemente allegare di avere effettuato una segnalazione e di essere stato successivamente destinatario di una misura asseritamente discriminatoria o ritorsiva (es. licenziamento o trasferimento), perché scatti l'onere del datore di lavoro di provare che il provvedimento si fonda su ragioni differenti dall'avvenuta segnalazione.

Ebbene, se la previsione di un tale onere probatorio a carico del datore di lavoro può risultare ragionevole laddove tra la segnalazione e la misura "ritorsiva" via sia un breve arco temporale, lo stesso non può dirsi nel caso in cui intercorra un rilevante periodo di tempo (ad esempio, due o tre anni) tra i due fatti: in quest'ultimo caso, infatti, l'onere probatorio richiesto appare eccessivamente gravoso nonché potenzialmente foriero di cause meramente strumentali.

Sul punto, non resta che attendere gli ulteriori sviluppi giurisprudenziali, con l'auspicio che venga ripristinato - in via interpretativa - un corretto punto di equilibrio sotto il profilo processuale.

Inoltre, sebbene la legge 179/2017 faccia esclusivo riferimento alle violazioni del modello e ai reati rilevanti ai fini del D.Lgs. 231/2001 non è dato escludere che - nell'ambito dei canali predisposti a tal fine - le aziende si troveranno a dover gestire segnalazioni che fuoriescono dall'ambito di applicazione della legge (ad esempio, in materia di *mobbing*) ma che rappresentano comunque condotte illecite sul luogo di lavoro. ●



Informazioni utili

Marco Vignini
Presidente
AIDP Gruppo Regionale Lombardia

Andrea Orlandini
Past President
AIDP Gruppo Regionale Lombardia

Enrico Cazzulani
Segretario Generale AIDP

Domenico Butera
Vicepresidente AIDP Gruppo
Regionale Lombardia

Paolo Iacchi
Presidente AIDP Promotion

Autori del numero

Sergio Barozzi
SZA- studio legale

Tatiana Biagioni
Studio Legale Biagioni-Danesi
Presidente Agi Lombardia

Aldo Bottini
Toffoletto De Luca Tamajo e Soci

Luca Failla
LABLAW Studio Legale Failla, Rotondi & Partners

Alberto Guariso
Studio Diritti e Lavoro

Giorgio Molteni
Trifirò & Partners Avvocati

Angelo Zambelli
Grimaldi Studio Legale

Newsletter

Contatti
Via Cornalia, 26 - 20124 Milano
Tel. + 39 02.67178384
Fax. + 39 02.66719181
aidplombardia@aidp.it

A cura di
Paola De Gori

Coordinamento redazionale
Daniela Tronconi

Per iscrizioni
newsletter.aidplombardia@aidp.it

Grafica, foto e impaginazione
HHD - Kreita.com