

## Nuove sfide per le Parti sociali: il *whistleblowing*

di Gabriele Gamberini

*Whistleblowing*, letteralmente, soffiare il fischiello. In termini legali, propri del mondo anglosassone, l'azione di un soggetto che decide di divulgare una condotta illegale, irregolare, pericolosa, immorale o illegittima, avvenuta nell'ambito di una organizzazione, quindi anche di una azienda. Prezioso strumento per gli ordinamenti di *Common Law* – dove viene addirittura incentivato con normative a protezione dei c.d. *whistleblowers*, cioè di coloro che effettuano le denunce – praticamente sconosciuto altrove.

In Italia, sul tema sono stati di fatto assunti solo generici impegni derivanti da accordi internazionali, consistenti nel tutelare da sanzioni ingiustificate i dipendenti che denunciano fatti di corruzione (come previsto dall'art. 9 della Convenzione civile sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999, ratificata dalla l. n. 112/2012) e nell'incorporare nel sistema giuridico le misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato chi segnali reati di corruzione (come stabilito nell'art. 33 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2003, ratificata dalla l. n. 116/2009).

Un tentativo più concreto di apprestare una forma di tutela a favore dei *whistleblowers* è stato fatto con la l. n. 190/2012, che, attraverso l'art. 1, comma 51, dispone la introduzione dell'art. 54-*bis* del d.lgs. n. 165/2001 (c.d. Testo unico sul Pubblico Impegno) a protezione del dipendente pubblico che segnala illeciti della propria amministrazione. Tale forma di tutela però appare limitata soggettivamente, poiché si rivolge solo ai dipendenti pubblici, oltre che oggettivamente, in quanto volta principalmente a combattere i fenomeni di corruzione.

La sostanziale mancanza di previsioni *ad hoc* in Italia, così come in molti altri Paesi, potrebbe essere motivata osservando che i *whistleblowers* sono comunque tutelati dalle disposizioni vigenti in materia di licenziamento discriminatorio, demansionamento e ritorsioni in genere, oltre che dalla libertà di manifestazione del pensiero sancita dall'art. 21 Cost., così da non aver mai reso necessari ulteriori interventi normativi. In tal modo ragionando, però, si coglierebbe solo l'aspetto della tutela dei *whistleblowers* in una ottica "difensiva", senza valorizzare l'invece importante versante della promozione di tale strumento e dell'incentivo ad utilizzarlo. Ciò ha comportato, nei fatti, che il lavoratore che, venuto a conoscenza di una condotta illecita del proprio datore di lavoro, abbia deciso di comunicarla, non abbia potuto affidarsi ad un sistema di tutele apposito, ma si sia dovuto rimettere all'applicazione della disciplina ordinaria secondo la discrezionalità del giudice. La sentenza della Corte di Cassazione del 14 marzo 2013, n. 6501 (in *Boll. ADAPT*, 2013, n. 11) testimonia la vicenda di un lavoratore che ha atteso dieci anni e tre gradi di giudizio per ottenere la declaratoria di nullità del licenziamento disciplinare, intimatogli in seguito ad aver presentato un esposto alla Procura della Repubblica per irregolarità commesse dal proprio datore di lavoro. Analogamente, in un caso giudicato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (*Heinisch v. Germany* [2011] IRLR, 922), una lavoratrice tedesca ha atteso sei anni prima che il licenziamento senza preavviso, subito a causa della denuncia all'Autorità giudiziaria di una condotta penalmente rilevante tenuta dal proprio datore di lavoro, fosse giudicato sproporzionato.

Dall'analisi più approfondita dei due casi si comprende peraltro come, in tali circostanze, si sia verificato un conflitto tra diritti che, in assenza di apposita regolamentazione, è stato risolto in maniera differente a seconda del giudice chiamato ad esprimersi.

Il Tribunale del lavoro di Berlino aveva infatti ritenuto illegittimo il licenziamento, sostenendo che la denuncia della lavoratrice rientrasse nel diritto alla libertà di espressione e non costituisse una violazione degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro. Tuttavia la Corte d'Appello del lavoro di Berlino ha ribaltato la sentenza, ritenendo che il licenziamento fosse legittimo poiché la denuncia della lavoratrice aveva comportato la impossibilità di proseguire il rapporto di lavoro.

Successivamente il Tribunale Federale del lavoro e la Corte Costituzionale Federale non hanno concesso la possibilità di rivedere il giudizio. Il caso è stato poi sottoposto alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, giudicando il licenziamento in violazione del diritto alla libertà di espressione, ha condannato la Germania ad un risarcimento danni a favore della lavoratrice.

Il caso italiano, invece, pur risolvendosi entro i confini nazionali, ha visto prima il Tribunale di Napoli e poi la Corte d'Appello della medesima sede respingere la istanza di reintegra, previa declaratoria di nullità del licenziamento, in quanto il lavoratore non aveva provato il carattere ritorsivo del licenziamento, oltre a non aver dato prova che alla base della denuncia non vi fosse la volontà di gettare discredito sull'azienda. La Corte di Cassazione invece ha cassato la sentenza d'appello ritenendo che la condotta del lavoratore, oltre ad essere lecita, fosse anche penalmente doverosa, ai sensi degli artt. 361 e ss. c.p., e pertanto non idonea a ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario tra lavoratore e datore di lavoro, aggiungendo peraltro che l'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. permane esclusivamente rispetto ad attività lecite dell'imprenditore.

Come dimostrano i casi citati, in assenza di regolamentazione specifica, è complesso raggiungere un equilibrio tra libertà di espressione ed obbligo di fedeltà e di riservatezza, od ancora tra obbligo di segnalare i reati, o presunti tali, e diritto all'onore ed alla reputazione del datore di lavoro. Anche gli orientamenti giurisprudenziali formati non sembrano sufficienti a conferire certezza, poiché il punto di equilibrio varia al variare dell'interprete.

Posto che il legislatore di diversi Paesi continua comunque ad essere refrattario alla introduzione di specifiche normative a tutela dei *whistleblowers*, sarebbe opportuno un intervento che, prendendo ispirazione dalle fonti di *soft law* presenti in ambito europeo, coinvolga le Parti sociali nella creazione di un sistema virtuoso, che possa stimolare i lavoratori ad effettuare le proprie dichiarazioni a favore della impresa o dell'interesse pubblico in genere, liberandoli così dal timore di subire ritorsioni.

La idea di base sarebbe di indurre le Parti sociali a promuovere l'adozione, da parte delle imprese, di canali di comunicazione, attraverso cui ogni lavoratore possa avere un confronto con il datore sui fatti che accadono nell'ambito del rapporto di lavoro. La utilità di tale strumento può essere dimostrata attraverso il ricorso alla Teoria dei Giochi (per un cui approfondimento si veda, *ex multis*, P.K. DUTTA, *Strategies and Games: Theory and Practice*, The Mit Press, Cambridge (US-MA), 1999).

### Lavoratore

		Lavoratore	
		Denuncia all'interno	Denuncia pubblica / all'esterno
Datore di lavoro	Canali interni	$(-2 ; -1)$	$(-4 ; -2)$
	Nessun canale interno	$(0 ; -3)$	$(-3 ; -4)$

Assumendo che sia intenzione del lavoratore denunciare un'azione od una omissione imputabile al datore di lavoro, dovrà essere soppesato il costo a cui si espone il lavoratore (rischio di subire ritorsioni) con il costo a cui si espone il datore di lavoro (sanzioni e rischio di perdere quote di mercato).

Senza la pretesa di aver creato un modello scientificamente verificabile, si è provveduto a determinare i valori come segue:

<b>Datore di lavoro</b>	<b>Costo</b>	<b>Valore</b>
Investe per la creazione di un sistema interno ( $x$ ) e si espone ai costi derivanti da una denuncia esterna ( $y$ )	$x + 0 \leq y \leq \infty$	- 4
Non investe per la creazione di un sistema interno e si espone ai costi derivanti da una denuncia esterna ( $y$ )	$0 + 0 \leq y \leq \infty$	- 3
Investe per la creazione di un sistema interno ( $x$ ) e non si espone ai costi derivanti da una denuncia esterna	$x + 0$	- 2
Non investe per la creazione di un sistema interno e non si espone ai costi derivanti da una denuncia esterna	$0 + 0$	0

<b>Lavoratore</b>	<b>Valore</b>
Non è presente un sistema interno ( <i>ergo</i> il datore di lavoro è poco propenso ad ascoltare i lavoratori) e denuncia all'esterno	- 4
Non è presente un sistema interno ( <i>ergo</i> il datore di lavoro è poco propenso ad ascoltare i lavoratori) e denuncia all'interno	- 3
È presente un sistema interno ( <i>ergo</i> il datore di lavoro è propenso ad ascoltare i lavoratori) e denuncia all'esterno	- 2
È presente un sistema interno ( <i>ergo</i> il datore di lavoro è propenso ad ascoltare i lavoratori) e denuncia all'interno	- 1

Come si evince dal gioco, la situazione in cui il datore di lavoro non investe per la creazione di un sistema interno ed allo stesso tempo non viene denunciato all'esterno – non dovendo conseguentemente sopportarne gli eventuali costi – raggiunge l'equilibrio di Nash.

Tale circostanza, tuttavia, oltre a risultare difficilmente riscontrabile nella prassi – soprattutto riguardo alle grandi imprese –, sarebbe irrealizzabile ove le Parti sociali prevedessero la obbligatorietà di adottare canali interni di comunicazione, come avviene peraltro negli Stati Uniti, in cui tale obbligo è stabilito *ex lege*. Assumendo quindi che il datore di lavoro non eserciti la propria strategia dominante, in quanto indotto a disporre un sistema interno, il nuovo equilibrio di Nash si realizzerebbe nella situazione in cui il lavoratore effettuasse le proprie dichiarazioni nei canali predisposti *ad hoc* dal datore.

La Teoria dei Giochi aiuta quindi a dimostrare come la previsione di sistemi di comunicazione interni costituisca una strategia *win-win* che consente al datore di limitare, anche in termini probabilistici, il rischio ed i costi derivanti da una denuncia esterna ed al tempo stesso incoraggia il lavoratore a riportare azioni od omissioni di cui viene a conoscenza scongiurando il verificarsi di ritorsioni.

Lo sviluppo di sistemi interni inoltre potrebbe valorizzare le diverse potenzialità del *whistleblowing*, che non si riducono al solo aspetto anticorrottivo. I lavoratori sono infatti nella migliore posizione per venire a conoscenza dei casi di cattiva gestione che avvengono nella prassi quotidiana, pertanto potrebbe essere particolarmente lungimirante conferire loro la facoltà di riportarli al datore di lavoro. Si potrebbe ad esempio ipotizzare l'utilizzo, da parte dei lavoratori, di canali di comunicazione per fornire suggerimenti volti ad evitare sprechi o volti a migliorare lo svolgimento di talune attività. In questo senso il *whistleblowing* potrebbe essere visto come leva di produttività, incentivando i suggerimenti attraverso la erogazione di una percentuale dei risparmi o dei maggiori guadagni accertati a chi ha effettuato la segnalazione. Le esperienze riscontrabili nei Paesi in cui

storicamente vi è stata maggiore attenzione nei confronti del *whistleblowing* ne suggeriscono anche un uso volto ad aumentare la efficacia delle misure di salute e sicurezza, adattandole alle effettive esperienze dei lavoratori. Inoltre esso viene considerato quale strumento volto ad accrescere la Responsabilità Sociale di Impresa.

Evidentemente la strutturazione di modelli di protezione dei *whistleblowers* non è esente da ostacoli: tuttavia, ove Governo e/o Parti sociali decidessero di iniziare un ragionamento a riguardo, vi sarebbero diversi possibili modelli di riferimento. Tra i provvedimenti rinvenibili in ambito europeo si segnala, ad esempio, la Risoluzione 1729 (2010) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sulla protezione degli informatori (in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), Indice A-Z, voce *Whistleblowing*), in cui sono contenuti diversi principi ai quali le legislazioni degli Stati membri dovrebbero ispirarsi. Ulteriori spunti potrebbero inoltre essere tratti dai codici di buone prassi vigenti nei Paesi in cui la normativa sul *whistleblowing* è stata maggiormente sviluppata, come ad esempio il PAS 1998:2008 *Whistleblowing arrangements* pubblicato dalla *British Standards Institution* (in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), Indice A-Z, voce *Whistleblowing*). Le Parti sociali, in particolare, potrebbero quindi definire una serie di linee guida su cui le imprese potrebbero costruire i propri sistemi di comunicazione interni, definendo anche una serie di garanzie per i lavoratori che effettuano le dichiarazioni. In tal maniera, ove il lavoratore subisse una ritorsione per una denuncia effettuata e decidesse di rivolgersi al Tribunale del lavoro, il giudice potrebbe fare riferimento a quanto previsto dalle Parti sociali.

Pur ritenendo preferibile una soluzione condivisa a livello collettivo, potrebbero considerarsi positivamente anche modelli adottati autonomamente ad iniziativa delle singole imprese, soprattutto ove questi venissero validati attraverso lo strumento della certificazione ai sensi del titolo VIII, capo I, del d.lgs. n. 276/2003.

Proprio per le Parti sociali, però, quella di sfruttare il vuoto normativo potrebbe costituire una vera e propria opportunità per adottare un approccio moderno ad una tematica sempre più sentita a livello europeo e tratteggiare così una disciplina elastica, attraverso sistemi di *soft law*, che non confini le tutele all'interno di meccanismi classificatori.

**Gabriele Gamberini**

Scuola internazionale di dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro  
ADAPT-CQIA, Università degli Studi di Bergamo  
Visiting Researcher presso la Middlesex University, London