

Giurisprudenza

Licenziamento abusivo del dipendente che segnala un'irregolarità
Sentenza del Tribunale federale dell'8 luglio 2008 (4A.212008)

Il Signor B. è stato impiegato, quale responsabile del traffico pagamenti, nella succursale luganese della banca A. Nell'ambito della sua attività ha riscontrato delle apparenti irregolarità in alcune transazioni effettuate dal direttore C. della succursale per una particolare operazione finanziaria.

Di tali dubbi ha informato l'Avv. D., il quale era stato a suo tempo incaricato come consulente esterno della banca A. per quella determinata operazione finanziaria. D. ha quindi avvisato la direzione generale della banca, la quale ha a sua volta informato proprio il direttore C. della segnalazione effettuata dal Signor B. Il Signor B. è stato convocato dal direttore C. e licenziato in via ordinaria, con l'istruzione di lasciare immediatamente il luogo di lavoro poiché sollevato da subito dall'obbligo di fornire la sua prestazione lavorativa. La banca sosteneva in sostanza che con la comunicazione all'Avv. D. dei suoi sospetti, il dipendente aveva comunicato a terze persone esterne alla banca dei fatti interni, violando così il segreto professionale e il segreto bancario. Il lavoratore si è subito opposto alla disdetta, ritenendola abusiva sia per i motivi sui quali si fondava, ovvero l'aver segnalato una sospetta irregolarità, sia per il modo in cui è stata notificata, in particolare essendo stata comunicata proprio dalla persona che egli aveva segnalato e con l'immediato obbligo di lasciare i locali della banca, come se fosse reo di un grave delitto nei confronti del datore di lavoro.

Il Tribunale federale, confermando una sentenza del Tribunale d'appello ticinese, ha sottolineato che l'abusività di una disdetta può riferirsi non solo ai motivi che l'hanno mossa, ma anche alle modalità in cui essa avviene (ancorché legittima nel fondamento). Ecco che può essere considerata abusiva anche una disdetta notificata dal datore di lavoro per semplici ragioni di convenienza personale, che nella ponderazione degli interessi in gioco, non permettono di essere considerate preminenti rispetto all'interesse del lavoratore al proseguimento del contratto. In concreto il dipendente ha comunicato in buona fede ad una persona che non può essere considerata un'estranea, visto che l'Avv. D. era un consulente esterno della banca, dei sospetti di malversazioni che concernevano proprio il direttore della succursale e che, in assenza di

A gentile richiesta Salario in caso di inabilità: clausola di deroga



«Come deve essere esposta nel contratto di lavoro la clausola che deroga al sistema legale ordinario per il pagamento del salario in caso di inabilità al lavoro del dipendente malato?»

Secondo il sistema legale ordinario il datore di lavoro ha l'obbligo di pagare al dipendente il salario, compresa un'adeguata indennità per la perdita di salario in natura, se quest'ultimo è impedito senza sua colpa di lavorare per motivi inerenti la sua persona (art. 324a CO) e se il contratto dura da più di tre mesi o se è stato stipulato per una durata superiore ai tre mesi. Il salario deve essere pagato per tre settimane di inabilità al lavoro nel primo anno di servizio e in seguito per un periodo adeguatamente più lungo secondo la durata del rapporto di lavoro. La prassi dei tribunali ha approntato delle scale di conversione tra la durata del rapporto di lavoro e la durata dell'obbligo del datore di lavoro di pagare lo stipendio al lavoratore inabile al lavoro: la più utilizzata è la scala bernese, ma esistono anche la scala basilese e la scala zurighese.

La legge lascia alle parti la possibilità di derogare al sistema ordinario legale per prevedere un equivalente diverso regime di tutela del lavoratore. L'art. 324a cpv. 4 CO prevede infatti che una deroga è possibile mediante accordo scritto, contratto normale o contratto collettivo, che sancisca un ordinamento almeno equivalente per il lavoratore.

Usualmente la deroga al sistema legale si concretizza attraverso la stipula da parte del datore di lavoro di una polizza di assicurazione collettiva a favore del dipendente per il versamento di indennità giornaliera per la perdita di guadagno in caso di malattia.

procedure di segnalazione precise, non permettevano di seguire l'ordinaria via gerarchica.

Inoltre l'atteggiamento abusivo della banca nei motivi del licenziamento trova conferma anche nell'esecuzione, essendo stato il lavoratore licenziato proprio dalla persona da lui segnalata, con una modalità umiliante, dovendo essere considerata tale l'istruzione immotivata di lasciare immediatamente i locali della banca.

Sulla segnalazione di irregolarità (whistleblowing): manuale 3.1.6

Sulla disdetta abusiva: manuale 4.3.1

Il principio di equivalenza, dal punto di vista sostanziale, è rispettato se i premi d'assicurazione sono assunti almeno per il 50% dal datore di lavoro, se le indennità giornaliere corrispondono almeno all'80% del salario e se esse vengono versate per almeno 720 giorni.

La legge prevede che la deroga dal punto di vista formale è valida solo se perfezionata dalle parti in forma scritta, nel contratto di lavoro stesso o in un documento separato.

Il rispetto della forma scritta è una condizione essenziale affinché il datore di lavoro con la stipula dell'assicurazione collettiva, sia effettivamente liberato dall'obbligo di pagare il salario al dipendente inabile al lavoro secondo l'art. 324a cpv. 1 CO. Se la forma scritta non viene rispettata, il datore di lavoro è parallelamente tenuto a pagare il salario (nella misura del 100%) al dipendente inabile al lavoro per tre settimane nel primo anno di servizio e secondo la scala bernese per gli anni successivi, potendo unicamente imputare su tale suo obbligo le prestazioni d'assicurazione che il lavoratore riceve da parte dell'assicurazione collettiva per la perdita di guadagno. Il riferimento contrattuale formulato per iscritto non deve necessariamente essere dettagliato nell'accordo tra le parti, essendo sufficiente che esse esplicitino che "in deroga al sistema ordinario legale le parti concordano che il datore di lavoro provvederà a stipulare un'assicurazione collettiva la perdita di guadagno in caso di inabilità al lavoro per malattia, che preveda prestazioni che rispettano il principio di equivalenza rispetto al sistema legale", essendo poi possibile definire i dettagli (nel rispetto dell'equivalenza) dell'assicurazione nella polizza stessa, pattuita tra datore di lavoro e istituto assicuratore.

Costantino Delogu, avvocato

Sul pagamento del salario in caso di inabilità al lavoro: 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
Hanno collaborato: Domenico Basile e Costantino Delogu

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

Newsletter Lavoro ha da pochi giorni un suo archivio elettronico consultabile per annata e per indice nell'area clienti del sito web www.boss-editore.ch.

Non essendo un media effimero – leggi e getta – ma elemento del Sistema Il diritto del lavoro applicato, il mensile ha ora un "luogo" di conservazione ma soprattutto di consultazione dotato di facili modalità di ricerca per parola chiave. Il cliente che si affida all'indice analitico per la ricerca di un argomento nel manuale d'ora in poi vi troverà anche i riferimenti correlati a informazioni pubblicate su Newsletter (dal 2004), in particolare, le sentenze riferite nella rubrica *Giurisprudenza* e le consulenze *A gentile richiesta*. L'indice analitico on line sarà aggiornato in concomitanza di ogni nuova edizione di Newsletter.

Con questa scelta la casa editrice assicura un servizio supplementare al cliente e consolida il carattere integrato del sistema editoriale.

Ed è proprio questa caratteristica che ci prefiggiamo di sviluppare, edizione dopo edizione. Per esempio, in questo numero è proposto un argomento che si affaccia fra le prossime novità legislative - il whistleblowing – e parallelamente è trattato in un nuovo capitolo del manuale (3.1.6).

Altre informazioni teoriche e pratiche - tempestive, strutturate e di immediata utilità - sono disponibili nell'allegato *Aggiornamento Lavoro* di maggio. Segnaliamo, in particolare, due *Case studies* relativi a processi di gestione delle risorse umane: l'analisi di Curriculum vitae in fase di selezione delle candidature; la riorganizzazione aziendale con quel che può comportare per il capitale umano di un'azienda.

(red.)

All'interno:

- **Le assenze** / Filo da torcere
- **Whistleblowing** / Giurisprudenza
- **Salario e inabilità** / A gentile richiesta

Whistleblowing: un fenomeno e un cambiamento culturale

di Domenico Basile*



WorldCom negli Stati Uniti o quello del magnate Robert Maxwell e diversi altri incidenti (che hanno causato un gran numero di vittime) avvenuti in Gran Bretagna.

Il termine vorrebbe dire: la segnalazione di un fallo nelle discipline sportive o l'uso del "fischietto" dei poliziotti inglesi quando in passato ravvisavano la commissione di un reato. Un altro punto di vista, in senso non proprio positivo, ravvisa in questa azione di segnalazione o "fischietto" l'essere spia e delatore. Poiché di grandi dimensioni, gli scandali summenzionati, e non solo quelli, sono stati portati a conoscenza del grande pubblico, il quale, riflettendo anche sul significato della segnalazione, ha iniziato a porsi delle domande la cui risposta non è veramente facile: segnalare comportamenti scorretti coinvolge aspetti etici e psicologici, il rapporto con i colleghi e i datori di lavoro, le famiglie e, più generalmente, l'opinione pubblica e l'ambiente sociale per le ripercussioni che si possono creare.

Le irregolarità, però, costituiscono un danno o un pericolo per la comunità, non solo dal punto di vista economico ma anche dal punto di vista più direttamente personale, con rischi per la sicurezza e la salute. E qui abbiamo il vero dilemma. Comunque ognuno agisce secondo la propria coscienza, i propri valori e il proprio codice etico-deontologico. Ad ogni modo è interessante sapere che **chiunque, internamente o esternamente all'organizzazione in cui lavora, tenti di portare alla luce un errore o un comportamento scorretto rilevato durante lo svolgimento delle proprie mansioni professionali, è un whistleblower** ("soffiatore nel fischietto" appunto).

È interessante notare come all'improvviso, alle nostre latitudini, di ciò se ne parli apertamente e ci si sforzi di trovare possibili soluzioni per rendere compatibili le leggi attuali e le nuove possibili regole a protezione dei whistleblower. A onor del vero, non proprio all'improvviso, ma in questa forma. Infatti dopo lo scandalo Enron sono entrati in funzione i controlli SOX (Sarbanes-Oxley Act), che in America hanno, in un certo senso, legittimato i whistleblower aziendali. In Svizzera, in modo particolare, sono le banche che sottostanno ai controlli SOX.

Sembra che i dipendenti di enti pubblici sono i primi a ravvisare le irregolarità

segue a pag. 2 →

Ai nostri abbonati

Boss Editore, da maggio 2011, offre un servizio supplementare: l'archivio elettronico di Newsletter Lavoro con modalità di ricerca estesa a tutte le edizioni precedenti e future.

In allegato, il secondo **Aggiornamento Lavoro** dell'anno e ulteriori informazioni per fruire al meglio dell'archivio elettronico accessibile con il codice cliente su www.boss-editore.ch.

Whistleblowing: prossimamente nel CO Intanto, la giurisprudenza...

Le condizioni legali per la segnalazione di irregolarità sul posto di lavoro saranno sancite prossimamente da una revisione parziale del Codice delle obbligazioni (CO). Una prima consultazione degli ambienti interessati nel 2008 ha incontrato una maggioranza favorevole ma ha evidenziato per i *whistleblower* (lavoratori-denunciatori) il rischio di licenziamento per ritorsione. Questo aspetto ha indotto il Consiglio federale a esaminare le sanzioni previste dal diritto vigente per tutti i casi di disdetta abusiva o ingiustificata e a proporre di

portare da 6 a 12 mesi di salario l'indennità massima in caso di licenziamento abusivo; la consultazione in merito si è conclusa lo scorso mese di gennaio. La giurisprudenza svizzera recente considera il *whistleblowing* un'estensione del dovere di fedeltà cui è tenuto il lavoratore (art. 321a CO); egli, rivelando al suo datore di lavoro, rispettivamente alla direzione dell'azienda, comportamenti scorretti, immorali o illeciti oppure che lui suppone tali, con l'obiettivo di consentire alla ditta di intervenire o di rimediare, non farebbe che ottemperare

ai suoi obblighi nei confronti del datore di lavoro.

La complessità di ogni possibile situazione denunciata può implicare aspetti di tutela della personalità (del denunciante, del denunciato e, in caso di denuncia infondata, della vittima), mettere in gioco interessi aziendali o pubblici e, in casi gravi, richiedere una procedura civile o penale.

Sul whistleblowing: manuale 3.1.6 (nuovo da 05/2011); prossimi Aggiornamento Lavoro

segue da pag. 1 →

tà che avvengono sul luogo di lavoro, siano esse commesse da colleghi o da superiori. A ben riflettere, c'è anche un motivo, forse: più protezione del posto di lavoro e anche meno probabilità che vengano messe in atto eventuali sanzioni. Nell'economia privata, almeno così si presuppone, le irregolarità vengano più spesso coperte, camuffate, e in caso di "soffiate", la persona che ha denunciato una irregolarità può essere confrontata con sanzioni anche importanti. Con una chiara regolamentazione molte irregolarità verrebbero alla luce.

Vi sono differenti tipologie di *whistleblowing*:

- interno all'azienda, attraverso il riferimento al proprio **diretto superiore** o al superiore del superiore in caso di conflitto di interessi; in altri termini *escalation* della scala gerarchica;
- tramite **appositi organismi interni** all'azienda designati per lo scopo da una policy o predisposti per questo fine specifico (si può pensare facilmente al Direttore delle Risorse Umane o al Responsabile della compliance aziendale);
- tramite la denuncia a un **ente regolatore esterno** specifico per il determinato settore della società oppure ad un'azienda esterna specializzata. In questo caso è degno di nota l'azione intrapresa da *Postfinance* che ha deciso di affidarsi a un ente esterno, il quale, oltre a essere un ente neutro, ha il compito, di non poca importanza, di mantenere l'anonimato del whistleblower e di proteggerlo da possibili sanzioni o spiacevoli ripercussioni.

La differenziazione tra i tipi di *whistleblowing* attiene anche alle modalità:

- aperta**;
- attraverso appositi **canali confidenziali** (che permettono di tenere l'identità del whistleblower conosciuta solamente al ricevente la segnalazione);
- anonima** (che solitamente dovrebbe preservare il "fischietto" da possibili ritorsioni ma che, in realtà, rende spesso difficili le indagini e può condurre comunque alla scoperta del "soffiatore").

È fondamentale la considerazione dei problemi etici connessi alla scelta di segnalare o meno l'irregolarità riscontrata durante il compimento del lavoro e, in particolare, **il dilemma personale tra la propria onestà intellettuale e culturale verso il mercato e i consumatori e il senso di lealtà nei confronti del datore di lavoro**. Su questo punto le differenze culturali tra i vari paesi si accentuano fortemente, con realtà in cui la fedeltà verso il proprio capo è considerato un valore assoluto e dove vige un senso di omertà nei confronti delle attività illecite.

E' evidente come tanta strada debba essere ancora fatta in questo contesto per agevolare un cambiamento forte. Il primo **cambiamento** deve essere ovviamente **culturale**, per rendere sicuro e accettato all'interno delle aziende il reporting interno: le società devono capire che è nel loro stesso interesse agevolare una buona comunicazione interna in modo da risolvere sul nascere problemi derivanti da irregolarità.

Questo vuol dire che se il *whistleblowing* venisse ancorato nel nostro modo di essere e fare, non sarà più ritenuto un comportamento "infame", ma normale e quindi accettato da tutti e sentito come parte integrante di un comportamento professionale ed etico "normale".

In Svizzera e in Ticino esistono società di servizi che propongono un supporto concreto ad aziende che desiderano implementare un sistema di segnalazione interno all'azienda di fatti o situazioni ritenute pericolose o presunte tali. In genere queste società propongono all'azienda-cliente di sviluppare pagine web completamente personalizzabili attraverso le quali ogni dipendente di quest'azienda può segnalare anomalie e malfunzionamenti tramite un codice di segnalazione unico per tutti i dipendenti. La gestione delle pagine e delle segnalazioni è in genere in outsourcing e avviene in modo anonimo con la possibilità di dialogare con il segnalante mantenendo l'anonimato. Anche il feedback al segnalante sulla propria segnalazione avviene in modo anonimo. Questo servizio può coinvolgere anche clienti e fornitori, insomma tutti i possibili stakeholders. A complemento offrono consulenza per la formulazione del codice etico, per la formazione dei collaboratore e la gestione della singola segnalazione.

*specialista in Human Resources, formatore professionale e aziendale

Sul whistleblowing: manuale 3.1.6 (nuovo)

FILO DA TORCERE nell'amministrazione del personale Le assenze dal posto di lavoro

Le assenze dal posto di lavoro sembrano dare parecchio filo da torcere agli amministratori del personale. Assenza di diritto? Da considerare come tempo di lavoro? Oppure obbligo di recupero? E ancora: l'assenza di diritto implica anche il pagamento del salario oppure no?

In occasione dei seminari di Boss Editore (3 novembre 2010 e 20 aprile 2011) sono emerse molte fattispecie che il datore di lavoro o il responsabile del personale affrontano senza indugio in applicazione delle norme in vigore in materia di vacanze, congedi obbligatori o facoltativi, congedo maternità o impedimenti al lavoro (malattia, infortunio, adempimento di un obbligo legale o di una funzione pubblica) e nuove situazioni che pongono problemi di interpretazione della norma talvolta anche in presenza di aspetti attinenti ai cambiamenti socio-culturali del nostro tempo.

Nonostante la femminilizzazione del mercato del lavoro sia ormai una realtà da alcuni decenni, la **gestione della maternità** nelle aziende dà ancora filo da torcere in diverse situazioni: assenze per visite mediche durante la gravidanza o per inabilità prima del parto; rientro al lavoro dopo il congedo di maternità con richieste intempestive di riduzione del grado d'occupazione;

diritto al tempo necessario per l'allattamento del neonato; assenze per malattia del figlio.

Nella valutazione dei **congedi per malattia di terzi** (secondo la giurisprudenza, parenti stretti, ma quanto stretti, anche quelli del convivente?) o dei congedi usuali per eventi personali o familiari (famiglia in senso stretto? oppure anche famiglia allargata?) l'amministrazione del personale si confronta con l'evoluzione dei modelli familiari. Applicare la norma interpretando in senso stretto il termine di "parenti" oppure in chiave evolutiva?

La presenza di **dipendenti di altre culture e religioni** può generare richieste di congedi per feste tradizionali o religiose non contemplate fra i giorni festivi federali e cantonali o di pause durante la giornata per pratiche religiose. In questi casi, l'azienda si confronta con la gestione della diversità e nel contempo con l'esigenza di un trattamento equo e non discriminatorio dei propri dipendenti.

Altri innumerevoli esempi riguardano i **ritardi** sull'orario di lavoro stabilito per cause inerenti il traffico o condizionamenti meteorologici, il **rientro differito dalle vacanze** dovuto a gravi eventi naturali o a malfunzionamento

dei trasporti collettivi.

Vi sono poi assenze che derivano da attività o comportamenti assunti nel **tempo libero e di riposo** che pregiudicano la capacità lavorativa. Se il dipendente rientra al lavoro stanco (troppe attività non professionali gli impediscono di riposare? oppure la lavora per terzi?), alterato (abusa di sostanze nel tempo libero?) o non rientra del tutto per ripetuti infortuni "bagatella" (secondo Suva, un terzo degli incidenti non professionali sono dovuti a un'attività sportiva) o annuncia brevi ma frequenti assenze, motivate in modo poco credibile (sempre la stessa scusa?)... è tempo di parlarne con l'interessato.

(L.H.)

Sull'allattamento: manuale 8 prom (nuovo)

Sul congedo maternità: manuale 3.2.4.4

Sul congedo per malattia del figlio: manuale 3.2.4.4 ; prossimamente in Aggiornamento Lavoro

Sui congedi usuali: manuale 2.2.3.2; 3.2.4.4

Sulla gestione della diversità: manuale 1.1.1

Sul tempo libero e di riposo: manuale 3.2.2.3

PRATICAMENTE

ALCP e misure di accompagnamento

Nel 2010, le commissioni tripartite e paritetiche attive sul territorio nazionale hanno effettuato complessivamente 18'000 controlli presso aziende svizzere (quasi 100'000 persone) e 16'000 controlli presso aziende distaccate e lavoratori indipendenti, per un totale di 40'000 controlli su persone soggette all'obbligo di notifica.

Secondo le rilevazioni delle commissioni paritetiche, il 38% delle aziende che hanno distaccato lavoratori non ha rispettato le condizioni salariali

vincolanti stabilite nei contratti collettivi di lavoro (CCL) di obbligatorietà generale. Le commissioni tripartite cantonali segnalano che circa il 12% delle aziende distaccanti controllate hanno offerto salari inferiori a quelli usuali definiti dalle commissioni tripartite.

Nel 2010 si è così registrato in generale un aumento del tasso di infrazioni e di salari inferiori a quelli usuali.

Aggiornamenti relativi all'ALCP: manuale 2BIL.4.2.4

SEMINARI LAVORO 2011

Programma e iscrizioni su:
www.boss-editore.ch/seminari11.asp

Mobbing

Secondo un recente sondaggio del portale monster.ch il mobbing sarebbe un fenomeno conosciuto in 8 aziende su 10. Il 59% degli interpellati ha infatti dichiarato di essere già stato vittima di mobbing mentre il 23% di aver conosciuto dei casi fra i colleghi o i collaboratori.

Attenzione: il solo fatto che esista un conflitto nelle relazioni professionali o un brutto ambiente di lavoro o che un collaboratore venga ripreso rispetto ai suoi doveri derivanti dal rapporto di lavoro, secondo la dottrina e la giurisprudenza, non qualifica la sussistenza di mobbing.

Sul mobbing: manuale 3.2.6.5 (nuovo); 8.M