

# *Whistleblowing* profili e criticità giuslavoristiche

*Avv. Franco Tofacchi*

*Studio legale Ichino - Brugnattelli e Associati*

*Milano, 5 giugno 2019*

## DISCIPLINA IN MATERIA DI «TUTELA DEGLI AUTORI DI SEGNALAZIONI DI REATI O IRREGOLARITÀ DI CUI SIANO VENUTI A CONOSCENZA NELL'AMBITO DI UN RAPPORTO PUBBLICO O PRIVATO»

### *ANTE*

L. 6 novembre 2012, n. 190  
“Disposizioni per la prevenzione  
e la repressione della  
corruzione e dell'illegalità nella  
pubblica amministrazione”

### *POST*

L. 30 novembre 2017, n. 179  
“Legge *Whistleblowing*”

**DI FRONTE ALL'ILLECITO POSTO IN ESSERE  
NELL'AZIENDA IL DIPENDENTE SEGNALANTE SI  
TROVA DAVANTI A UN CONFLITTO POTENZIALE DI  
NORME?**

## Norme di riferimento

- ❑ Doveri di obbedienza *ex art. 2104 c.c.*
- ❑ Doveri di fedeltà *ex art. 2105 c.c.*
- ❑ Rispetto delle prescrizioni di ordine pubblico dell'ordinamento



Art. 51 c.p.

l'adempimento di un ordine manifestamente illegittimo (id est: contrario a norme di ordine pubblico) non scrimina l'esecutore



Giurisprudenza giuslavoristica ha applicato tale principio in ambito disciplinare, convalidando licenziamenti disciplinari di alto livello (dirigenti, quadri) – licenziati per aver concorso in illeciti aziendali – i quali si difendevano sostenendo di aver agito in esecuzione di ordini superiori.

A mano a mano che si scende nella scala gerarchica aziendale il principio trova minore applicazione, poiché la manifesta illegittimità dell'ordine si misura in relazione a livello professionale e culturale del prestatore di lavoro destinatario.

DI FRONTE ALL'ORDINE MANIFESTAMENTE  
ILLEGITTIMO



ESISTE UN DIRITTO ALL'INSUBORDINAZIONE,  
CONSISTENTE NELL'ASTENSIONE DALL'ADEMPIERE  
ALL'ORDINE

ESISTE ADDIRITTURA UN DOVERE DEL PRESTATORE  
DI LAVORO AD ATTIVARSI – CIOÈ A *FACERE* – PER  
PREVENIRE O IMPEDIRE IL COMPIMENTO O LA  
PROSECUZIONE DELL'ILLECITO AZIENDALE?

In linea di principio non vi è un obbligo di denunciare i reati (neanche nell'ordinamento penale).

I casi in cui la legge prevede l'obbligo sono eccezionali e dipendono o dalla qualità del soggetto obbligato (es. pubblico ufficiale) oppure dal tipo di reato (es. delitto contro la personalità dello Stato)



Questo principio non è messo in discussione dalla disciplina in materia di *whistleblowing*: in linea generale non vi è un obbligo di denunciare gli illeciti aziendali a carico del prestatore di lavoro subordinato

# ***WHISTLEBLOWING NEL SETTORE PRIVATO***

## QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

---

- ❑ L. 30 novembre 2017, n. 179 («Legge *Whistleblowing*»)
- ❑ L. 8 giugno 2001, n. 231 («Decreto sulla responsabilità penale degli enti»)

### IL RAPPORTO TRA LE DUE NORMATIVE

Art. 2 Legge *Whistleblowing*: «All'art. 6 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, dopo il comma 2, sono inseriti i seguenti [...]»

# LA LEGGE *WHISTLEBLOWING* È OBBLIGATORIA?

Il mancato adeguamento alla normativa:

- ❑ non è sanzionato espressamente dalla Legge *Whistleblowing*;
- ❑ può essere fonte di responsabilità dell'ente in ipotesi di commissione di reati previsti dal d.lgs. n. 231/2001

# COSA COMPORTA L'ADOZIONE DELLA NUOVA LEGGE *WHISTLEBLOWING*?

- ❑ Adozione/Aggiornamento del Modello di Organizzazione e Gestione ai sensi del d.lgs. n. 231/2001
  
- ❑ Predisposizione di procedure che devono:
  1. identificare i soggetti che possono effettuare le segnalazioni;
  2. Individuare i canali da utilizzare per le segnalazioni e l'organo deputato a riceverle;
  3. prevedere il divieto di atti di ritorsione o discriminatori nei confronti del segnalante.

# IL SEGNALANTE

## Art. 2 L. 179/2017

*«Art. 2 bis. I modelli di cui alla lettera del comma 1 prevedono:*

*a) uno o più canali che consentano ai soggetti indicati nell'art. 5, comma 1, lettera a) e b), di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte [...]».*

## Art. 5 D.LGS. 231/2001

*«a) persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;*

*b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)».*

# I CANALI PER LE SEGNALAZIONI

## CANALE/I «ORDINARIO/I»

Art. 2 Legge Whistleblowing: «Art. 2 bis. I modelli di cui alla lettera a) del comma 1 prevedono:

a) uno o più canali che [...] garantiscono la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione».

## CANALE INFORMATICO

Art. 2 Legge Whistleblowing: «Art. 2 bis. I modelli di cui alla lettera a) del comma 1 prevedono:

a) [...]

b) almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante».

# CONTENUTO DELLE SEGNALAZIONI

Segnalazioni circostanziate su:

- ❑ **condotte illecite**, rilevanti ai fini del d.lgs. n. 231/2001 fondate su elementi di fatto **precisi** (non suscettibili di interpretazioni) e **concordanti** (ci devono essere più indizi che confluiscono nella stessa direzione)
- ❑ **violazioni del modello** di organizzazione e gestione dell'ente

*di cui i soggetti siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte*

# CONTENUTO DELLE SEGNALAZIONI

## *A contrariis...* Esclusioni dal campo d'applicazione oggettivo

- ❑ **Atti illeciti commessi da dirigenti/preposti nell'interesse personale proprio e contro l'interesse dell'ente.**

Esempi:

- scorrettezza nella gestione dei rimborsi spese;
- stipula contratti a condizioni di miglior favore con fornitori «amici».

- ❑ **Segnalazioni generiche o comunque aventi ad oggetto circostanze apprese alla «macchinetta del caffè»**

Tali condotte sono rilevanti SOLO in quanto integrano una violazione del modello organizzativo;

altrimenti NON rientrano nell'ambito di applicazione della Legge sul Whistleblowing

# LE CONSEGUENZE DELL'APPLICABILITA' DELLA LEGGE DEL WHISTLEBLOWING - GLI STRUMENTI DI TUTELA DEL *WHISTLEBLOWER*

## IN TERMINI GENERALI, DUE ORDINI DI CONSEGUENZE:

- ❑ Riconducibilità della segnalazione a una fattispecie tipizzata di giusta causa di rivelazione del segreto (e quindi la non punibilità penale e l'assenza di una responsabilità civile correlata);
- ❑ La tutela del *whistleblower* verso possibili ritorsioni da parte dell'azienda.

## STRUMENTI DI RITORSIONE:

- Licenziamento;
- Mutamento di mansioni ex art. 2103 cod. civ.;
- Qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria.

## La rappresaglia verso il *whistleblower* è ritorsione o discriminazione?



Il differente regime degli oneri probatori

RITORSIONE

**PROVA  
DEL VERO E UNICO  
MOTIVO ILLECITO**  
(ex art. 1345 cod. civ.)

DISCRIMINAZIONE

**PROVA  
ANCHE PER INDIZI  
DEL MOTIVO  
DISCRIMINATORIO**  
(casi tassativi elencati nell'art. 1 della  
direttiva 2000/78/CE recepita nel nostro  
ordinamento dal d.lgs. n. 216/2003)

## Qual è l'onere probatorio del datore di lavoro?

RITORSIONE



**CONTRO-PROVA  
DEL MOTIVO  
GIUSTIFICATO**

DISCRIMINAZIONE



**CONTRO-PROVA  
DELLA VALENZA  
OGGETTIVA  
DEL MOTIVO  
ASSERITAMENTE  
DISCRIMINATORIO**

## LA SOLUZIONE PROPOSTA DAL LEGISLATORE



Art. 2 comma 2 *quater* l. 179/2017 ultima parte

«E' onere del 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, dimostrare che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa».

## ASPETTI CRITICI

## LATO AZIENDA

### COME GESTIRE LA SEGNALAZIONE

- «Screening» in entrata:
  - quali segnalazioni prendere in considerazione;
  - come trattare le segnalazioni anonime (attribuire un grado di priorità minore; valutare le segnalazioni anonime che abbiano le caratteristiche previste dalla Legge *Whistleblowing*).
  
- Gestione dell'inchiesta interna
  - rispetto dei principi previsti dall'Allegato A 6 del Codice Privacy («*Codice di deontologia e di buona condotta per i trattamenti di dati personali effettuati per svolgere investigazioni difensive*»);
  - conduzione dell'inchiesta in conformità agli obblighi ex art. 2087 c.c.
  
- Gestione «outcome» dell'inchiesta
  - avvio della procedura disciplinare in presenza di «*findings*»
  - comunicazione al segnalato della chiusura dell'inchiesta anche in assenza di «*findings*» (è obbligatoria?)

## LATO SEGNALANTE - SEGNALATO

### SVOLGIMENTO DELL'INCHIESTA

- ❑ Rispetto dei principi e delle disposizioni di cui all'allegato A 6 Codice Privacy

### GESTIONE DELLE SEGNALAZIONI INFONDATE

- ❑ Tutela del segnalato a iniziativa dell'azienda
  - applicazione di sanzioni nei confronti di «*chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate*».
- ❑ Tutela del segnalato in proprio
  - Tutela in ambito penale
  - Tutela in ambito civile: richieste risarcitorie nei confronti del segnalante per eventuali danni subiti (immagine, professionale, ecc.), eventualmente in solido con l'azienda ex art. 2049 c.c. nonché richieste risarcitorie nei confronti dell'azienda per pregiudizi subiti in conseguenza del mancato rispetto dell'art. 2087 c.c.

## POSSIBILI ABUSI DELLA DISCIPLINA

Whistleblowing → strumentalizzazione da parte del dirigente

### ABUSO

La disciplina si presta ad essere utilizzata strumentalmente da parte del dirigente «sotto-attacco» per vedersi maggiormente tutelato nei confronti dell'azienda (specie, dopo le recenti riforme di alcuni dei principali CCNL che hanno indebolito le tutele).

RUOLO FONDAMENTALE DEL  
SOGGETTO DESTINATARIO DELLE  
SEGNALAZIONI =

ORGANISMO DI VIGILANZA



E LA SUA CAPACITA' DI SCREENING

# ***WHISTLEBLOWING NEL SETTORE PUBBLICO***

## QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

- ❑ L. 30 novembre 2017, n. 179 («Legge *Whistleblowing*»)
- ❑ D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 («Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, c.d. “T.U. PUBBLICO IMPIEGO” »)

### IL RAPPORTO TRA LE DUE NORMATIVE

Art. 1 Legge *Whistleblowing*: «*l’art. 54 bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, è sostituito dal seguente [...]»*

# IL SEGNALANTE

## Art. 1, COMMA 2, L. 179/2017

«2. Ai fini del presente articolo, **per dipendente pubblico si intende** il dipendente delle amministrazioni pubbliche di cui **all'articolo 1, comma 2,** ivi compreso il dipendente di cui all'articolo 3, il dipendente di un ente pubblico economico ovvero il dipendente di un ente di diritto privato sottoposto a controllo pubblico ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile. La disciplina di cui al presente articolo si applica anche ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica».

## Art. 1, comma 2, D.LGS. 165/2001

«2. Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) [...]».

# CONTENUTO DELLE SEGNALAZIONI

Segnalazioni **circostanziate** su:

**condotte illecite**, di cui il segnalante è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro

## Filtro preliminare:

(applicabile sia nel settore privato che pubblico)



Deve trattarsi di denunce di illeciti fatte «**nell'interesse dell'integrità dell'ente**», ossia



interesse alla legalità dell'ente, trascendente rispetto a quello dell'imprenditore, che risponde a valori pubblici superiori.

# CONTENUTO DELLE SEGNALAZIONI

---

***A contrariis...* Esclusioni dal campo d'applicazione  
oggettivo**



- ❑ Denunce di illeciti, o pretesi tali, fatte non nell'interesse all'integrità dell'ente, ma nell'interesse privato del denunciante.

«L'identità del segnalante non può essere rilevata [...]»

IN SEDE DISCIPLINARE

*«l'identità del segnalante non può essere rivelata, ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità».*

IN SEDE PENALE e CORTE DEI CONTI

L'anonimato è garantito solo fino al termine della fase delle indagini preliminari.

# GLI STRUMENTI DI TUTELA DEL *WHISTLEBLOWER*

## Misure discriminatorie

- ❑ Qualora venga accertata l'adozione di MISURE DISCRIMINATORIE da parte di una delle amministrazioni pubbliche l'ANAC applica al responsabile che ha adottato tale misura una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 30.000 euro.

## Licenziamento

- ❑ Il segnalante che sia licenziato a motivo della segnalazione è reintegrato nel posto di lavoro ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23.

## ONERE DELLA PROVA



è a carico dell'amministrazione pubblica o dell'ente dimostrare che le misure discriminatorie o ritorsive, adottate nei confronti del segnalante, sono motivate da ragioni estranee alla segnalazione stessa.

Gli atti discriminatori o ritorsivi adottati dall'amministrazione o dall'ente sono nulli.



Solo per il settore pubblico è necessario attenderne una sentenza – seppure di primo grado – che accerti il dolo o la colpa grave a carico del segnalante, affinché quest'ultimo perda le garanzie del *whistleblower*

## SANZIONI AMMINISTRATIVE PECUNIARIE

- ❑ Qualora venga accertata l'adozione di misure discriminatorie da parte di una delle amministrazioni pubbliche l'ANAC applica al responsabile che ha adottato tale misura una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 30.000 euro.
- ❑ Qualora venga accertata l'assenza di procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni ovvero l'adozione di procedure non conformi a quelle di cui al comma 5, l'ANAC applica al responsabile la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro.
- ❑ Qualora venga accertato il mancato svolgimento da parte del responsabile di attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute, si applica al responsabile la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro.

# ***LA LEGGE SUL WHISTLEBLOWING E LA NORMATIVA A TUTELA DEL SEGRETO***

## QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

- ❑ L. 30 novembre 2017, n. 179 («Legge *Whistleblowing*»)
- ❑ Art. 2105 c.c. («Obbligo di fedeltà»)
- ❑ Art. 622 c.p. («Rivelazione segreto professionale»)
- ❑ Art. 623 c.p. («Rivelazione segreto industriale»)

### IL RAPPORTO TRA LA LEGGE *WHISTLEBLOWING* E LA NORMATIVA A TUTELA DEL SEGRETO

Art. 3 Legge *Whistleblowing*: «Nelle ipotesi di segnalazione o denuncia effettuate nelle forme e nei limiti di cui all'articolo 54-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e all'articolo 6 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, come modificati dalla presente legge, il perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni, costituisce **giusta causa di rivelazione** di notizie coperte dall'obbligo di segreto di cui agli articoli 326, 622 e 623 del codice penale e all'articolo 2105 del codice civile».

# TUTELA CIVILISTICA DEL «SEGRETO»

## SEGRETO AZIENDALE

### Art. 2105 c.c.

*«Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, ne' divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio».*



L'obbligo vincola **tutti** i dipendenti, su notizie conosciute **in occasione** della prestazione, ma **solo se suscettibili di sfruttamento parassitario** da parte dei concorrenti

# TUTELA PENALE DEL «SEGRETO»

## SEGRETO PROFESSIONALE

### Art. 622 c.p.

«Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della **propria professione** o arte, di un **segreto**, lo rivela, **senza giusta causa**, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, **se dal fatto può derivare nocumento**, con la reclusione fino a un anno o con la multa da 30 euro a 516 euro.

La pena è **aggravata** se il fatto è commesso da amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci o liquidatori o se è commesso da chi svolge la revisione contabile della società».

## SEGRETO INDUSTRIALE

### Art. 623 c.p.

«Chiunque, venuto a cognizione per ragione del suo stato o ufficio, o della **sua professione** o arte, di **notizie destinate a rimanere segrete**, sopra scoperte o invenzioni scientifiche, o applicazioni industriali, **le rivela** o le impiega a proprio o altrui profitto, è punito con la reclusione fino a due anni».

## IL SEGRETO PATTIZIO

Nulla vieta alla datrice di lavoro di pattuire con il/la dipendente il vincolo di segreto su determinate notizie, altrimenti incerto.



La violazione del patto di segreto può dar luogo a sanzione disciplinare e/o risarcimento del danno

## PERPETUITÀ DEL VINCOLO DI SEGRETO

Il vincolo di segreto – sia esso di fonte legislativa o pattizia – non ha termine



salvo eccezioni espresse, dispensa, o pattuizione di una scadenza

- ❑ Il vincolo è temperato dalla regola della **giusta causa**
- ❑ viene meno nel momento in cui la notizia incominci a essere di fatto diffusa, facilmente conoscibile

# LA GIUSTA CAUSA DI RIVELAZIONE

È una regola di bilanciamento di interessi contrapposti:



interesse al segreto



- ❑ contrasto alla corruzione;
- ❑ sicurezza delle persone;
- ❑ difesa proporzionata di un proprio diritto;
- ❑ altre cause di giustificazione (artt. 50 c.p. e ss.)

Prima dell'art. 3 della L. n. 179/2017



- ❑ la giusta causa è menzionata solo in riferimento al segreto professionale (art. 622 c.p.)
- ❑ manca qualsiasi disciplina delle modalità di rivelazione

# LA RIFORMA DELLA GIUSTA CAUSA DI RIVELAZIONE NELLA NUOVA LEGGE

ALLA LUCE DELL'ART. 3 DELLA L. N. 179 DEL 2017

La finalità di prevenzione o di repressione delle malversazioni costituisce giusta causa di rivelazione **di qualsiasi segreto** salvo che

- per i consulenti liberi
- professionisti dell'impresa (avvocati, commercialisti, ecc.)



**a condizione che la rivelazione sia eseguita attraverso il canale appropriato e con modalità non eccedenti la finalità-giusta causa**

## L'importanza sistematica della nuova norma



- ❑ conferma che l'interesse pubblico alla circolazione delle informazioni può prevalere sul diritto al segreto;
- ❑ la regola della giusta causa di rivelazione si applica anche al segreto aziendale e industriale (anche se non è menzionata nelle relative norme);
- ❑ è decisivo ai fini della legittimità della rivelazione il modo in cui essa avviene.

# ***GIURISPRUDENZA***

Ad oggi sono scarse le applicazioni giurisprudenziali della disciplina sul *whistleblowing* e quasi tutte concentrate nel settore pubblico



**TAR Napoli 8 giugno 2018 n. 3880**

ha negato la tutela del *whistleblower* nel caso di una assistente amministrativa di liceo la quale aveva denunciato di essere vittima di atti di *mobbing* e *bossing* da parte della propria Dirigente, in quanto la denunziante “*non ha agito a tutela dell’integrità dell’interesse della pubblica amministrazione ma a tutela dei diritti nascenti dal proprio rapporto di lavoro asseritamente lesi*”, consentendo conseguentemente alla Dirigente denunciata di accedere agli atti della denuncia in fase di indagini preliminari.

### **Cass. Pen. 21 maggio 2018 n. 35792**

ha escluso che la tutela del *whistleblower* si applichi all'attività di indagine e ricerca di prove di illeciti aziendali personalmente posta in essere dal dipendente (che nella fattispecie aveva, per dimostrare la vulnerabilità del sistema informatico aziendale, aveva carpito password e account di un altro dipendente e creato un falso documento di fine rapporto a nome di persona che non aveva mai lavorato in quell'ente).

### **Cass. Pen. 31 gennaio 2018 n. 9041**

Il canale del *whistleblowing* garantisce l'anonimato del segnalante sul piano disciplinare, ferma restando la necessità di rivelare le sue generalità laddove la segnalazione assurga a vera e propria dichiarazione accusatoria in ambito penale e l'individuazione del *whistleblower* sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato.

***GRAZIE PER L'ATTENZIONE***