

La protezione dei *whistleblowers* *

Fabrizio Gandini

1. *Alla ricerca di una definizione comune del whistleblowing*

Negli strumenti multilaterali in materia di corruzione adottati dalle organizzazioni internazionali, tanto globali (Nazioni unite¹), che settoriali (Unione europea², Consiglio d'europa³, OCSE⁴), manca una definizione comune e vincolante del *whistleblowing* (d'ora innanzi: w.).

Al fine delle nostre riflessioni, possiamo prendere in considerazione la definizione generale del w. proposta da un recente studio commissionato dal Parlamento europeo⁵: “*the insider disclosure of what is perceived to be evidence of illegal conduct or other serious risks, out of or in relation to an organisation’s activities including the work related activities of its staff*”⁶.

La fenomenologia del w. ha inoltre portato alla luce le seguenti distinzioni:

* Il saggio è in corso di pubblicazione nel Volume ASTRID, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Passigli, 2010

¹ Convenzione contro la corruzione, aperta alla firma a Merida il 9 dicembre 2003.

² Protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, stabilito con atto del Consiglio dell'Unione europea del 27 settembre 1996; Secondo Protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, stabilito con atto del Consiglio dell'Unione europea del 19 giugno 1997; Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, stabilita con atto del Consiglio dell'Unione europea del 26 maggio 1997.

³ Convenzione penale sulla corruzione (ETS 173), aperta alla firma a Strasburgo il 27 gennaio 1999; convenzione civile sulla corruzione (ETS 174), aperta alla firma a Strasburgo il 4 novembre 1999.

⁴ Convenzione sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, adottata a Parigi il 21 novembre 1997.

⁵ ROHDE-LIEBENAU, *Whistleblowing Rules: Best Practice; Assessment and Revision of Rules Existing in EU Institutions*, 12 maggio 2006, in <http://www.europarl.europa.eu/comparl/cont/site/calendrier/documents/3mai06/etude.pdf>. Lo studio è stato commissionato all'A. dall'European parliamentary committee on budgetary control.

⁶ RODHE-LIEBENAU, *cit.*, 16. V. anche FRASCHINI, PARISI, RINOLDI (a cura di), *Protezione delle “vedette civiche”: il ruolo del whistleblowing in Italia*, Milano, 2009; TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Alternative to Silence: Whistleblower Protection in 10 European Countries*, in http://www.transparency.org/publications/publications/alternative_to_silence_whistleblower.

- *internal/external w.*, a seconda che il *whistleblower* (d’ora innanzi: *wb*) riferisca quanto a sua conoscenza ad organi od istituzioni interne o esterne all’organizzazione⁷;
 - *inside/outside w.*, a seconda che il *wb.* appartenga, o meno, all’organizzazione;
 - *authorized/unauthorized w.*, a seconda che i fatti siano riferiti dal *wb.* a seguito, o meno, di una autorizzazione specificamente rilasciata dall’organizzazione. L’*unauthorized w.*, in particolare, comporta l’insorgere di un conflitto di doveri in capo all’*insider wb.*: da un lato il dovere di fedeltà/confidenzialità che lo lega alla organizzazione di appartenenza; dall’altro il dovere di riferire i fatti criminosi a sua conoscenza. In questa prospettiva la norma che disciplina la tutela del *wb.* dovrà provvedere a regolare il concorso tra i due obblighi, onde evitare che l’adempimento del dovere imposto a carico del *wb.* si risolva a suo danno. Come vedremo in seguito, si tratta del tema centrale affrontato dalle disposizioni degli strumenti internazionali in materia di *w.*;
 - *w.* anonimo/non anonimo, a seconda che il *wb.* si renda o meno identificabile;
 - *wb.* appartenente ad un organismo pubblico/privato. Nella esperienza dei paesi di *common law*, che per primi hanno introdotto e disciplinato l’istituto, il modello di riferimento è il *wb.* appartenente ad un organismo privato. In quella prospettiva, il *w.* costituisce –in senso lato- uno strumento di *corporate governance*, nella consapevolezza del fatto che gli *employees* possono svolgere un ruolo fondamentale nell’assicurare l’integrità della *corporation* per la quale lavorano⁸.
- Inoltre, vengono in considerazione anche:

- l’oggetto del *w.*, che può variare dai fatti costituenti reato ai meri *organisational wrongdoings*;
- la distinzione tra *wb.* e persona informata sui fatti/testimone, distinzione fondata sulla circostanza che il *wb.*, in senso stretto, agisce di propria iniziativa, quando ancora le autorità preposte al *law enforcement* non hanno alcuna notizia dei fatti riferiti. Ai fini di queste brevi osservazioni limiteremo l’esame degli strumenti internazionali alle sole disposizioni a tutela dei *wb.* in senso stretto, senza soffermare la nostra attenzione su quelle disposizioni poste –più in generale- a tutela della incolumità fisica dei testimoni e delle persone che collaborano con la giustizia⁹. È importante sottolineare tale distinzione: la protezione dei *wb.*, intesa in senso stretto, non è protezione della sua integrità fisica, così come avviene per i testimoni. Piuttosto, viene in considerazione la protezione del suo rapporto di lavoro, del suo profilo professionale e della sua carriera. Protezione che trova il suo fondamento nelle possibili ritorsioni da parte dell’organizzazione di appartenenza, sia in quanto fondate sulla violazione del dovere di fedeltà/confidenzialità, sia fondate su altri motivi o addirittura infondate. In questo caso il bene da tutelare non è l’assicurazione e la genuinità della prova dichiarativa, ma la continuità ed il normale svolgimento del rapporto che lega il *wb.* con l’organizzazione di appartenenza.

Possiamo dunque concludere proponendo, con riferimento alla materia della corruzione negli strumenti internazionali, la seguente definizione convenzionale di *whistleblowing*:

“la rivelazione di fatti che possono integrare la fattispecie astratta del reato di corruzione, fatta di propria iniziativa ed in forma non anonima da un soggetto appartenente ad una determinata organizzazione (*inside w.*), privata o pubblica, alle competenti autorità esterne a tale organizzazione (*external w.*), anche in mancanza di una espressa autorizzazione in tal senso da parte della prima

⁷ Su questa distinzione, v. per tutti DE GEORGE, R.T., *Ethical responsibilities of Engineers in Large Organizations. The Pinto Case*, in *Business and Professional Ethics Journal*, v.1 n.6 p.175-185, Fall 1981.

⁸ Cfr. MENDES ALDRIGHI, *From conflict to alignment of interests: structuring internal corporate governance to minimise corruption risks*, in TRANSPARENCY INTERNATIONAL, GCR 2009, *cit.*, 94.

⁹ Cfr. art.22 della convenzione penale del Consiglio d’europa sulla corruzione (*Protection of collaborators of justice and witnesses*) e l’art.32 della convenzione ONU contro la corruzione (*Protection of witnesses, experts and victims*).

(*unauthorized w.*), in quanto si tratti di fatti che presentano un momento di collegamento con l’attività dell’organizzazione”.

2. *Il whistleblowing negli strumenti di diritto internazionale*

Sulla base della definizione operativa proposta nel paragrafo precedente, possiamo esaminare gli strumenti adottati dalle organizzazioni internazionali in materia di corruzione, iniziando con le organizzazioni regionali/settoriali alle quali l’Italia appartiene.

Negli strumenti della Unione europea e dell’OCSE non sono previste disposizione espressamente dedicata al w. o alla tutela dei wb.

Una disposizione in materia di tutela dei wb. è invece espressamente prevista dagli strumenti del Consiglio d’europa in materia di corruzione, ed in particolare dall’art.9 della convenzione civile sulla corruzione¹⁰, che di seguito si riporta:

“Article 9 – Protection of employees

Each Party shall provide in its internal law for appropriate protection against any unjustified sanction for employees who have reasonable grounds to suspect corruption and who report in good faith their suspicion to responsible persons or authorities.”.

In termini generali, la disposizione prevede un obbligo incondizionato¹¹ a carico degli stati parte di prevedere, nei rispettivi ordinamenti giuridici, misure di protezione per i wb. L’unico margine di apprezzamento che viene lasciato agli stati parte è relativo alla individuazione delle misure più appropriate per conseguire lo scopo imposto dalla disposizione citata. La disposizione in esame non prevede alcuna distinzione tra tutela del wb. nel settore privato e tutela del wb. nel settore pubblico, lasciando così intendere come l’obbligazione sia inerente alla tutela del wb. in quanto tale, senza che possa venire in considerazione la natura pubblica o privata dell’organizzazione per la quale presta la propria opera.

Pur in mancanza di una definizione legale e vincolante dei wb., il modello di wb al quale si riferisce implicitamente la disposizione in esame è quello proposto nel § 1: *insider w.*¹², diretto ad una autorità esterna all’organizzazione, in forma non anonima ed avente ad oggetto fatti di reato (corruzione).

¹⁰ Firmata ma non ancora ratificata dall’Italia.

¹¹ Come si desume dall’inciso: “*shall provide*”.

¹² Cfr. il riferimento agli “*employees*”.

Dalla disposizione in esame, infine, si può agevolmente desumere che il modello di riferimento è quello dell'*unauthorized w.*, modello che comporta il potenziale insorgere di un conflitto tra i doveri che incombono in capo al wb.: il dovere di fedeltà/confidenzialità, da un lato; il dovere di riferire i fatti corruttivi, dall'altro.

In questa prospettiva, l'art.9 provvede ad un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, prevedendo una prevalenza *condizionata* del dovere di *report* sul dovere di confidenzialità. Il wb. deve essere tenuto immune da conseguenze solo quando ha ragionevoli motivi per sospettare l'esistenza di fatti corruttivi ed ha riferito tali fatti in buona fede. E' importante sottolineare che la convenzione non richiede che il wb. abbia la certezza, più o meno qualificata, della sussistenza di episodi corruttivi, essendo sufficiente il mero sospetto. Non è pertanto richiesto che il wb. compia una sorta di indagine interna, coinvolgendo terze parti, per corroborare il proprio convincimento. A nostro avviso, sembra trattarsi di una combinazione tra uno stato oggettivo (ragionevoli motivi) ed uno stato soggettivo (la buona fede), che dovrà essere accertato con un giudizio *ex ante*.

Il rapporto esplicativo della convenzione chiarisce che la tutela prevista dalla convenzione si estende solo ai casi di *report* fatti in buona fede, quando i wb. hanno: “*reasonable ground to report their suspicion*”, e non si estende ai casi di “*malicious report*”¹³, nei quali il wb. agisce in mala fede. Qualora sussistano tali requisiti (ragionevoli motivi + buona fede), qualsiasi sanzione dovesse essere applicata al wb. (ad esempio: licenziamento, degradazione, ostacolo della progressione in carriera) sulla sola base dei fatti riferiti da quest'ultimo deve ritenersi ingiustificata, in quanto in quel caso il *report* dei fatti corruttivi alle competenti autorità esterne non può essere di per sé considerato una violazione del dovere di confidenzialità¹⁴. In tutti gli altri casi, l'organizzazione di appartenenza potrà invece legittimamente sanzionare il wb., invocando la violazione del dovere di fedeltà/confidenzialità.

Rispetto alla definizione operativa proposta nel § 1 possiamo pertanto notare un importante elemento specializzante. Secondo l'art.9 della convenzione *de qua* il wb. è solo e soltanto colui che, nel concorso degli altri elementi sopra ricordati, riferisce in buona fede fatti in ordine ai quali ha ragionevoli motivi di sospettare la sussistenza di episodi corruttivi.

Per quanto concerne le Nazioni unite, il tema del w. è trattato dalla convenzione di Merida (2003) nell'art.33¹⁵, che di seguito si riporta:

“*Article 33. Protection of reporting persons.*

Each State party shall consider incorporating into its domestic legal system appropriate measures to provide protection against any unjustified treatment for any person who reports in good faith and on reasonable ground to the competent authorities any facts concerning offences established in accordance with this Convention.”

¹³ Cfr. Rapporto esplicativo, § 72, in <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/174.htm>.

¹⁴ Cfr. Rapporto esplicativo, *cit.*, § 69.

¹⁵ Ratificata dall'Italia con legge 3 agosto 2009, n.116.

La prima osservazione che deve essere fatta è che, a differenza dell'art.9 della convenzione civile sulla corruzione del Consiglio d'europa, la disposizione in esame non crea alcun obbligo a carico degli stati parte. Piuttosto, l'art.33 della convenzione di Merida si limita a prevedere la *facoltà* per gli stati parte di prevedere misure interne di tutela dei wb.. L'unico obbligo, in senso lato, desumibile dall'art.33 è quello di *considerare* l'introduzione di tali misure nei rispettivi ordinamenti giuridici¹⁶.

Tra le disposizioni che possono essere adottate a tutela dei wb. vengono in considerazione: “*measures such as career protection, provision of psychological support, institutional recognition of reporting, transfer within the same organization and relocation to a different organization.*”¹⁷.

Anche nella convenzione di Merida manca una definizione legale e vincolante del w. e del wb. Tuttavia, è agevole la ricostruzione del modello (implicito) di riferimento: *insider* ed *unauthorized w.*¹⁸, diretto ad una autorità esterna all'organizzazione, in forma non anonima ed avente ad oggetto i fatti di reato previsti dalla convenzione. Si tratta, *mutatis mutandis*, dello stesso modello di riferimento della convenzione civile sulla corruzione del Consiglio d'Europa.

Anche nella prospettiva della convenzione di Merida la questione centrale è quella del potenziale conflitto tra i doveri che ricadono sul wb. La soluzione è la stessa trovata dall'art.9 della convenzione civile sulla corruzione: prevalenza condizionata del dovere di *report* sul dovere di confidenzialità/fedeltà.

3. *La mancata protezione del whistleblowing nell'ordinamento italiano*

Prendendo ora in considerazione l'ordinamento interno, nel diritto del lavoro mancano disposizioni *ad hoc* finalizzate alla protezione dei wb, così come prescritto dagli strumenti internazionali sopra citati.

In particolare, né l'art.15 dello Statuto dei lavoratori (in materia di nullità degli atti discriminatori), né l'art.3 della legge 108/1990 (in materia di nullità del licenziamento discriminatorio) non prevedono il w. quale motivo discriminatorio tipico, con la conseguente esclusione della relativa tutela per il wb.

¹⁶ Facoltà, e non obbligo, che si desume dall'inciso: “*Shall consider incorporating*”. Cfr. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Legislative guide for the implementation of the convention against corruption*, New York, 2006, § 452, secondo il quale la disposizione in esame prevede un mero *optional requirement*, nella forma della *obligation to consider*.

¹⁷ Cfr. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *cit.*, § 453.

¹⁸ Cfr. il riferimento agli “*employees*”.

Potrebbe inoltre dubitarsi della compatibilità della condotta del wb. con l'obbligo di fedeltà su di lui gravante in forza dell'art 2105 c.c.¹⁹, e della possibilità di qualificare il w. quale giusta causa di licenziamento ex art.2119 c.c.

A tale proposito giova però rilevare che la giurisprudenza ha precisato che l'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 cod. civ. e quelli ad esso collegati di correttezza e buona fede, devono essere funzionali soltanto in relazione ad una attività *lecita* dell'imprenditore, “*non potendosi di certo richiedere al lavoratore la osservanza di detti obblighi, nell'ambito del dovere di collaborazione con l'imprenditore, anche quando quest'ultimo intenda perseguire interessi che non siano leciti*”²⁰. Ciò sembrerebbe escludere la violazione del dovere di fedeltà da parte del wb. almeno nel caso in cui costui riferisca condotte illecite, o costituenti reato, del datore di lavoro. La giurisprudenza inoltre ritiene la nullità del licenziamento non solo nei casi di discriminazione *tipica* previsti dalle leggi 604/1966 e 108/1990, ma anche nei casi nei quali il licenziamento sia stato determinato in maniera esclusiva da motivo di ritorsione o rappresaglia²¹.

In buona sostanza, il diritto vigente già sembra prevedere una rudimentale tutela del wb.

De iure condendo, potrebbe essere opportuno modificare l'art.15 dello St. lav. nonché gli artt.4 della legge 604/1966 e 3 della legge 108/1990, al fine di prevedere in modo espreso la nullità degli atti e del licenziamento discriminatorio in danno del wb.

¹⁹ Cfr. Cass. 4.4.2005, *Chimica s.p.a. c. Terzo*: “*Dal collegamento dell'obbligo di fedeltà, di cui all'art. 2105 cod. civ., con i principi generali di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 cod. civ. deriva che il lavoratore deve astenersi non solo dai comportamenti espressamente vietati dal suddetto art. 2105, ma anche da qualsiasi altra condotta che, per la natura e per le sue possibili conseguenze, risulti in contrasto con i doveri connessi all'inserimento del lavoratore nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa o crei situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi della medesima o sia comunque idonea a ledere irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto.*”

²⁰ Cfr. Cass. 16.1.2001, *Elite s.r.l. c. Dragonetti*.

²¹ Cfr. Cass. 6.5.1999, *Castaldo c. Achille Lauro Lines s.p.a.*