

Il whistleblowing: la “soffiata” in cerca di tutela

da Guida al Lavoro n. 8/2010

Il Garante per la Protezione dei Dati Personali segnala al Parlamento la necessità di norme a tutela del dipendente che denuncia gli illeciti della sua azienda

di **Guido Pietrosanti**, *Giurista d'impresa*

Denunciare un illecito commesso dalla propria azienda viene definito giuridicamente whistleblowing (letteralmente soffiata, e per estensione il whistleblower è chi usa il fischietto per denunciare abusi e disfunzioni in corso sotto i suoi occhi).

Il riferimento all'esperienza statunitense dipende dalla mancanza nel nostro ordinamento di un termine (e un istituto giuridico) che definisca e disciplini specificatamente tale situazione. Per questo motivo il Garante per la Protezione dei Dati Personali ha inviato una segnalazione al Parlamento (datata 10 dicembre 2009), con la quale chiede l'introduzione di specifiche norme sul tema e, in particolare, sui profili della materia che coinvolgono il trattamento dei dati personali. Negli Stati Uniti il whistleblowing è già specificamente disciplinato da anni, da ultimo con il Sarbanes-Oxley Act (in breve: SOX), una legge promulgata il 30 luglio 2002, in base alla quale le aziende devono istituire strutture interne di controllo, preposte anche a ricevere la denuncia confidenziale di irregolarità. Detta legge contempla tutte le società che hanno titoli quotati nei mercati finanziari statunitensi e, dunque, ha implicazioni di carattere internazionale, applicandosi anche alle società estere con titoli quotati nelle borse degli USA.

Le disposizioni in esame incoraggiano le “soffiate” imponendo l'introduzione di procedure di trattamento dei reclami e delle denunce dei dipendenti in forma confidenziale e anonima, con riferimento alle denunce di irregolarità in tema di revisione contabile e di bilancio. Con interpretazione giurisprudenziale estensiva, il SOX è stato applicato ad ogni frode societaria, irregolarità e violazione di regole etiche.

Sono protetti dalle rappresaglie i whistleblowers che chiedono alle imprese di vigilare sulle irregolarità. Queste disposizioni mirano a eliminare «la cooperazione illecita che si realizza nelle comunità lavorative, nella forma omissiva e indiretta della inerzia rispetto alle irregolarità compiute da altri dipendenti. E' il fenomeno, frequentemente osservato, in forma empirica della costruzione del “muro del silenzio” intorno ai comportamenti illeciti di pochi individui. In questo caso, infatti, anche qualora manchi un beneficio diretto, gli appartenenti alla comunità tendono ad evitare la cooperazione con gli organi vigilanti e le autorità, per non essere giudicati come delatori” (così Giampiero Golisano, “Il whistleblowing nella giurisprudenza Usa: illeciti d'impresa e posizione del lavoratore che li denuncia”, ne *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 10 del 2006, pag. 939).

La legge sugli abusi di mercato

Nel nostro Paese non esistono leggi specifiche sul whistleblowing, ma norme di settore toccano anche questa materia.

La legge n. 62 del 2005 ha recepito la direttiva europea sugli abusi di mercato, 2003/6/CE, che impone di segnalare all'autorità competente le cosiddette operazioni sospette. L'ambito di applicazione della direttiva è quello vasto dei mercati finanziari (in cui ricorrono fenomeni di insider trading e agiotaggio), ma non quello dell'attività societaria (in cui, come nel caso Parmalat, si possono architettare truffe considerevoli tramite falsificazioni contabili).

Il momento in cui sorge l'obbligo di segnalazione è quello in cui l'operatore (anche un addetto ai titoli di una banca, un promotore finanziario e così via) viene a conoscenza di fatti o informazioni fonte di ragionevoli motivi per sospettare che l'operazione costituisca un abuso.

La notifica all'autorità competente (in Italia la Consob) non espone il soggetto segnalante ad alcuna responsabilità nei confronti dei committenti delle operazioni segnalate, mentre le autorità competenti hanno l'obbligo di non rivelare a questi committenti l'identità del soggetto segnalante. I benefici di una oculata organizzazione aziendale in materia di responsabilità amministrativa, sono evidenziati dalla sentenza del Gip di Milano, del 17 novembre 2009 (esaminata dal Sole 24 ore dello scorso 20 gennaio, a pagina 39). Il giudice ha assolto una società quotata in borsa accusata di aver beneficiato del reato di aggravi informativo, commesso dal suo presidente e dal suo amministratore delegato. La sentenza è imperniata sulla circostanza che l'azienda si era dotata di un modello organizzativo (aderente alle Linee Guida in materia di Confindustria) giudicato conforme al decreto n. 231 del 2001 e idoneo a prevenire il compimento dei reati dal medesimo contemplati. In effetti l'art. 6 di detto decreto, ai commi 1 e 2, consente una possibile forma di esonero dalla responsabilità dell'ente se si dimostra, in occasione di un procedimento penale per uno dei reati considerati dalla norma di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire la realizzazione degli illeciti penali in questione. Detta disposizione condiziona inoltre l'esonero all'assegnazione ad un organismo dell'ente che sia dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza di detti modelli preventivi, nonché di curarne l'aggiornamento. Per poter accordare l'esonero dalle responsabilità all'ente, il giudice penale è chiamato a formulare, in occasione del procedimento a carico dell'autore materiale del fatto illecito, un giudizio di idoneità del sistema interno di organizzazione e controllo, per quanto concerne la capacità di prevenire rischi di reato prevedibili.

La giurisprudenza italiana su fattispecie riconducibili al whistleblowing

Anche i temi trattati da alcune sentenze sono in qualche modo riconducibili alla whistleblowing activity. La pronuncia del 14 febbraio 2008, del Tribunale di Como, ha affermato l'illegittimità della sanzione disciplinare comminata al tecnico di una asl per aver segnalato (in periodo di timore del contagio da mucca pazza) il mancato controllo di capi di bestiame da parte di veterinari incaricati di svolgere sopralluoghi nei macelli della provincia di Como. L'Asl aveva aperto un'indagine interna, ascoltando i due accusati che avevano negato la circostanza. Secondo il giudice, se i superiori del ricorrente ritenevano che il ricorrente aveva calunniato i veterinari, avrebbero dovuto procedere con una denuncia penale per calunnia prima di sanzionarne la condotta disciplinarmente, con una sanzione in ogni caso ingiustificata, perché basata esclusivamente sulla deposizione dei veterinari.

Se l'illecito denunciato riguarda non un collega, ma l'azienda, oltre alla riservatezza ed alla protezione del denunciante da ritorsioni, entrano in gioco la reputazione e la privacy dell'azienda. Questione centrale diventa il delicato bilanciamento tra l'interesse al decoro e all'immagine della struttura aziendale, da un lato, e dall'altro il diritto di critica e di denuncia del dipendente che renda pubbliche disfunzioni organizzative o produttive.

E qui tra le disposizioni di riferimento spicca l'art. 2105 del codice civile, che nel disciplinare l'obbligo di fedeltà al lavoratore gli impone (tra l'altro) di non "divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio".

Con sentenza dello scorso 6 dicembre il Tribunale di Roma ha disposto la reintegrazione in servizio di un macchinista, delegato alla sicurezza, di Trenitalia, licenziato perché avrebbe reso dichiarazioni contrarie alla verità sulle cause e sugli effetti dell'incidente di un treno che si era spezzato, mentre veniva trasportato da un'officina a una stazione. Il macchinista aveva dichiarato ad un'agenzia di stampa che detto incidente era un campanello d'allarme, che poneva all'attenzione la questione della manutenzione, della progettazione e dei controlli sui treni Etr.

Secondo la sentenza, una lettura costituzionalmente orientata delle regole in tema di libertà di manifestazione del pensiero non può "tollerare l'idea che, accettando un rapporto di lavoro, il prestatore si precluda radicalmente il diritto di criticare anche pubblicamente comportamenti

aziendali, a ragione del fatto che così facendo egli lede l'immagine dell'impresa anche sul mercato". Il dipendente deve esercitare il proprio diritto di critica con continenza verbale e pertinenza. D'altro lato – rileva la sentenza in esame - "poiché la sicurezza dell'esercizio ferroviario è questione di pubblico rilevantissimo interesse, è del tutto lecito che ogni forma di ipotesi non palesemente a prima facie arbitraria e pretestuosa sia sottoposta all'attenzione dell'opinione pubblica ... è infatti solo formulando ipotesi sulle cause di eventi che l'uomo accresce le sue conoscenze sui fatti astrattamente idonei a produrre danni, e quindi può adottare le misure per prevenirli".

La sentenza della Cassazione n. 519 del 16 gennaio 2001, ha escluso che violi l'obbligo di fedeltà del dipendente, la fotocopiatura e l'invio alla Guardia di Finanza di distinte di spedizione di merce venduta dal datore di lavoro, senza approntare la relativa documentazione fiscale. In altri termini, secondo la Cassazione, l'obbligo di riservatezza del lavoratore non estende i propri confini fino a imporgli la protezione del vantaggio competitivo illecito rispetto alla concorrenza. La sentenza della Corte di Cassazione n. 1749, del 16 febbraio 2000, ha affermato l'illegittimità del licenziamento del dipendente, che abbia denunciato in sede penale il direttore generale dandone notizia in azienda. Secondo detta pronuncia il provvedimento espulsivo può essere ritenuto illegittimo, anche in caso di archiviazione della denuncia, ove il dipendente abbia agito senza intento diffamatorio e non abbia causato danno al datore di lavoro.

La segnalazione del 10 dicembre 2009 del Garante per la Protezione dei Dati Personali

Sul piano dei dati personali, la questione riguarda il trattamento di quelli del segnalato e del segnalante ed è stata oggetto di diverse pronunce. Il Gruppo dei Garanti Europei, con parere del primo febbraio 2006 si è occupato delle segnalazioni di illeciti relativi alla tenuta della contabilità aziendale, ai controlli contabili interni, alla revisione contabile, alla lotta contro la corruzione, alla criminalità bancaria e alla corruzione. Il parere intende assicurare la conformità delle segnalazioni in materia e dei conseguenti trattamenti di dati personali, con il quadro definito dalla direttiva 95/46/Ce.

In questa ottica, secondo il Gruppo dei Garanti Europei l'esercizio del diritto di accesso del denunciato può essere limitato per assicurare la tutela dei diritti e delle libertà altrui e, in questo ambito, "in nessuna circostanza può essere permesso al denunciato di avvalersi del suo diritto di accesso per ottenere informazioni sull'identità del denunciante" salvo che quest'ultimo non sia in malafede. Ma, al riguardo, nell'ordinamento italiano secondo il Garante per la Protezione dei Dati Personali "Ulteriori criticità sono poi ravvisabili in relazione all'estensione del diritto di accesso da parte del soggetto "segnalato" (con particolare riferimento al diritto di conoscere l'origine dei dati ... L'applicazione in concreto, nell'ambito qui considerato, di tale previsione rischierebbe di infirmare l'efficacia dei menzionati sistemi di segnalazione, potendo dissuadere i segnalanti dal mettere al corrente le linee organizzative preposte circa gli illeciti eventualmente posti in essere all'interno dell'organizzazione di appartenenza."

La mancanza di norme specifiche nel nostro ordinamento porta al paradosso che la segnalazione dell'illecito non può essere configurata come l'esecuzione di un obbligo, con la conseguenza che la segnalazione, presupponendo il trattamento dei dati personali del denunciato, dovrebbe essere pregiudizialmente sottoposta al suo previo consenso. Il trattamento dei dati personali posto in essere (o indotto) con la denuncia, che pure deve poter avvenire in assenza dell'autorizzazione dell'interessato (il "denunciato"), secondo il Garante potrebbe ottenere la propria patente di legittimità solo in considerazione del bilanciamento degli opposti interessi in gioco: da una parte la riservatezza del "segnalato" e, dall'altra, l'interesse del titolare del trattamento o di un terzo (nello specifico, ad esempio, la garanzia della stabilità dei mercati finanziari). In questa ottica, in caso di controversia sulla legittimità del trattamento di dati posto in essere senza l'autorizzazione dell'interessato, con la denuncia, il Garante potrebbe risolvere la questione in favore del segnalante con un provvedimento di bilanciamento degli interessi.

Il Garante si sofferma sulla mancanza di istituti che disciplinino le segnalazioni intervenute a tutela di interessi sia esterni alle aziende (come la tutela della stabilità dei mercati finanziari e dei risparmiatori, la lotta alla criminalità organizzata e alla corruzione; e il d.lgs. n. 231/2001 viene evocato solo quale punto di riferimento insufficiente) che interni (l'obbligo di correttezza e fedeltà dei lavoratori, con particolare riferimento al segreto industriale e aziendale).

Questi ultimi sono protetti – solo indirettamente e parzialmente - dall'art. 2105 del codice civile (in tema di obbligo di fedeltà del lavoratore) e dalle clausole generali di correttezza e buona fede (secondo il Garante) “espressione di un più generale dovere di lealtà riferibile a tutti coloro che operano a vario titolo nell'organizzazione aziendale”.

L'Autorità conseguentemente ha segnalato, al Parlamento e al governo, l'opportunità di valutare l'introduzione di specifiche disposizioni legislative sui sistemi di segnalazione di presunti illeciti commessi nell'ambito delle organizzazioni aziendali, disposizioni che individuino i presupposti di liceità del trattamento effettuato mediante i sistemi di segnalazione e l'ambito di applicazione delle nuove disposizioni (che potrebbe essere limitato alle organizzazioni aziendali ammesse alle negoziazioni su mercati regolamentati). Il Garante invita inoltre a valutare e individuare:

- “nell'ambito dei soggetti operanti a vario titolo all'interno delle società coloro che possono assumere la qualità di soggetti “segnalati”;
- ... le finalità che si intendono perseguire e le fattispecie oggetto di possibile “denuncia” da parte dei segnalanti;
- ... la portata del diritto di accesso ... da parte del soggetto al quale si riferisce la segnalazione (l'interessato), con riguardo ai dati identificativi dell'autore della segnalazione (denunciante);
- ...l'eventuale ammissibilità dei trattamenti derivanti da segnalazioni anonime.”.