

13- 14 ottobre 2016

Privacy : protezione dei dati personali dentro e fuori l'Unione Europea

# Il whistleblower : tra privacy ed interesse pubblico



Avv. Gigliola Pirotta

# Introduzione

---

I lavoratori sono uno degli elementi chiave per segnalare rischi di reati ed irregolarità nell'interesse pubblico, per promuovere la reputazione aziendale e per prevenirne la perdita.

*Journal of Business Communications febbraio 2016*

Oltre 2410 casi di frode in 114 paesi, circa il 40 per cento vengono scoperti a seguito di segnalazioni

*Association of Certified Fraud Examiners (ACFE) 2016*

# Questioni

---

## a) la privacy dell'ente

Come risolvere il conflitto fra il diritto dell'ente / società a pretendere **fedeltà riservatezza e segretezza** da parte dei propri dipendenti a protezione della integrità dell'ente medesimo e la **libertà di espressione del lavoratore** che si esprime anche divulgando informazioni (fatti) interni all'ente alle cui dipendenze lavora (**libertà attiva**) e diritto della collettività a conoscere informazioni che sono di pubblico interesse (**libertà passiva**).

## b) la privacy del denunciante :

Come bilanciare il diritto del lavoratore che comunica condotte o fatti illeciti alla **riservatezza della propria identità** ed i diritti della persona oggetto della segnalazione.

## c) I mezzi di tutela del lavoratore che segnala una condotta illecita

# Definizione

---

Con il termine whistleblowing (*"fare una rivelazione nel pubblico interesse"*) si indica la condotta dei soggetti appartenenti ad una organizzazione pubblica o privata che, **di propria iniziativa** e all'interno di procedure dirette a garantirne la protezione, **segnalano alle competenti autorità fatti** di cui sono venuti a conoscenza **in occasione** della loro attività, integranti la fattispecie astratta del reato di corruzione o altri illeciti.

Il whistleblower è il soggetto che pone in essere l'attività di whistleblowing.

# Classificazione

---

Criteri di classificazione : il destinatario della segnalazione, il ruolo del segnalante, le modalità di segnalazione, l'oggetto della segnalazione:

- Interno / esterno;
- Interno o esterno all'organizzazione;
- Autorizzato o non autorizzato dall'organizzazione;
- Anonimo o non anonimo;
- Appartenente ad un organismo pubblico o privato;
- Illeciti o semplici "*wrongdoings*" (comportamenti sbagliati).

# Norme internazionali

---

- **Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione**, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e aperta alla firma a Merida dal 9 all'11 dicembre dello stesso anno, entrata in vigore a livello internazionale il 14 dicembre 2005, ratificata con legge 3 agosto 2009 n. 116

**Art. 33 - "protezione delle persone che comunicano informazioni" :**

*"Ciascuno Stato Parte considera la possibilità di incorporare nel proprio sistema giuridico le misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati stabiliti dalla presente Convenzione."*

**Convenzione civile sulla corruzione del Consiglio di Europa, Strasburgo il 4 novembre 1999, ratificata con legge 28 giugno 2012 , n. 112**

**Art. 9 "Tutela dei dipendenti" :**

*"Ciascuna Parte prevede nel suo diritto interno un'adeguata tutela contro qualsiasi sanzione ingiustificata nei confronti di dipendenti i quali, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, denunciano fatti di corruzione alle persone o autorità responsabili."*

# Norme internazionali

---

- **Convenzione OCSE** sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997 ratificata con legge n. 300 del 29 settembre 2000
- **raccomandazioni del Working group on bribery**, incaricato del monitoraggio sull'attuazione della convenzione Ocse del 1997 sulla lotta alla corruzione degli impiegati pubblici nelle operazioni economiche internazionali
- **raccomandazioni del GRECO** (il Groupe d'Etats contre la corruption) organo del Consiglio d'Europa deputato al controllo dell'adeguamento degli Stati alle misure anti-corruzione;
- **raccomandazione del Consiglio di Europa CM / Rec (2014) 7** : contiene 29 principi che gli Stati membri del Consiglio d'Europa dovrebbero attuare nella loro legislazione nazionale per fornire una protezione ai w.
- **G-20 Anti-corruption working group**, costituito in ambito Ocse, che ha predisposto i Guiding principles for whistleblower protection legislation.

## SETTORE PUBBLICO

### **2 marzo 1863 – False Claims ACT o Lincoln Law**

introdotto per perseguire le frodi nelle forniture di beni dell'esercito. Qualsiasi individuo (*relator*) può presentare un ricorso in nome e per conto proprio e del governo (*qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*).

### **1912 - Lloyd-La Fayette Act**

ha introdotto la tutela dal licenziamento a favore dei dipendenti federali che informano direttamente il Congresso circa atti di corruzione dei loro superiori.

### **27 ottobre 1986 - False Claims Amendments Act of 1986**

Sono introdotte misure di incentivazione economica (*bounty*) per colui che (anche privato cittadino) presenta denuncia di atti fraudolenti compiuti da persone fisiche o giuridiche ai danni dell'amministrazione federale attraverso false dichiarazioni e attestazioni consapevolmente rilasciate nel quadro di rapporti con uffici pubblici.

### **10 aprile 1989 - Whistleblower Protection Act**

protegge i lavoratori, specialmente i whistleblowers, rispetto alle «*prohibited personnel practices*».



---

## SETTORE PRIVATO

**22 ottobre 1986 - Internal Revenue Code** (reati fiscali)

**19 novembre 1988 - Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act**

(reati finanziari)

**30 luglio 2002 - Sarbanes Oxley Act**

incoraggia le segnalazioni di irregolarità effettuate da parte di dipendenti di istituti finanziari imponendo alle società con titoli quotati in borsa - e alle loro società sussidiarie e affiliate - di dotare la propria organizzazione interna di uffici e procedure idonei a raccogliere, assicurandone la confidenzialità. Competente per il caso di ritorsioni/discriminazioni è l'OSHA. Sono previste sanzioni penali in caso di ritorsione.

**21 luglio 2010- Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection**

I relator possono segnalare frodi direttamente alla SEC. L'illecito non è procedibile in via autonoma se il governo declina il proprio interesse.

Non è richiesta la first to file rule; vi è garanzia di anonimato se la segnalazione è svolta per il tramite di un avvocato.

# Regno Unito

---

## 1998 - Public Interest Disclosure Act (PIDA)

E' una legge generale sul whistleblowing, inserita all'interno dell'Employment Rights Act. Sono previsti tre differenti tipologie di destinatari delle segnalazioni (*three-tiered regime*). Prevede il divieto di introdurre clausole contrattuali che possano limitare il diritto alla segnalazione, l'allargamento dei soggetti protetti in caso di segnalazione anche a collaboratori, fornitori, stagisti. Inoltre anche chi decide di segnalare in modo anonimo è protetto dal PIDA. Il fulcro del sistema sono le protezioni garantite ai w. ai quali è riconosciuto il risarcimento dei danni senza limiti compresi i mancati guadagni futuri. Lo strumento processuale è l'"interim relief" con applicazione dell'inversione dell'onere probatorio.

# Europa

---

- **cinque** Stati membri dell'UE riconoscono una protezione avanzata ai whistleblower (Irlanda, Lussemburgo, Romania, Slovenia e Regno Unito). Tuttavia il Lussemburgo non protegge i w. che si rivolgono ai media o a organizzazioni non governative.

**sedici** Stati membri dell'UE forniscono una tutela giuridica parziale per i lavoratori che segnalano irregolarità.

**sette Stati** dell'UE hanno una protezione molto limitata o nessuna protezione legale per gli informatori

Con più risoluzioni fra il 2013 – 2015 il Parlamento Europeo ha invitato la Commissione a proporre una regolamentazione uniforme e minima in tema di w..

Proposta di direttiva dei Verdi 4 maggio 2016

# Italia

---

- L. 6/11/2012 n. 190 che ha introdotto l'art. 54 bis del Dlgs 30 marzo 2001 n. 165 - Determinazione 6 aprile 2015 A.N.A.C.
- art. 20 comma 2 Lettera e) TU n. 81/2008 sicurezza sul lavoro
- Dlgs 12 maggio 2015 n.72 ha dato attuazione alla Direttiva 2013/36/UE (la "CRDIV") mediante l'introduzione dell'art. 52-bis e 52-ter del TUB e dell'art. 8-bis e 8-ter del TUF; Banca d'Italia Circolare 21 luglio 2015
- Codice di autodisciplina delle Società quotate elaborato dal Comitato per la Corporate Governance di Borsa Italiana luglio 2015
- art. 6 comma 2 lettera d) Dlgs 8 giugno 2001 n. 231«obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli»
- Ddl 2208 - Ddl 2230 in trattazione alla Commissione Senato

# I Whistleblower

---

«i dipendenti, i direttori, gli amministratori della società» hanno l'**obbligo** di riferire all'OdV notizie rilevanti alla vita dell'ente, alla violazione del Modello e alla consumazione di reati».

Sono potenziali segnalatori :

I membri del collegio sindacale e gli amministratori

I dirigenti ed i dipendenti (ed ex dipendenti)

Soggetti esterni ( lavoratori autonomi o parasubordinati, professionisti, consulenti)

I membri dell'OdV

# Privacy dell'azienda e obbligo di fedeltà

---

L'obbligo di fedeltà ex art. 2105 c.c. non si esaurisce nei comportamenti omissivi ma si sostanzia anche nell'obbligo di un leale comportamento del lavoratore nei confronti del datore di lavoro e deve essere collegato con le regole di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. e non può proteggere attività illecite dell'imprenditore.

La presentazione di una segnalazione non costituisce di per sé violazione degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro.

La natura dell'interesse protetto dalla norma (2015 c.c.) non è quello soggettivo dell'imprenditore, ma quello oggettivo dell'impresa (alla posizione di mercato).

# Giurisprudenza

---

Non può nemmeno lontanamente ipotizzarsi che rientri fra i doveri del prestatore di lavoro il tacere anche fatti illeciti (da un punto di vista penale, civile od amministrativo) che egli veda accadere intorno a sé in azienda. Ne deriva che il mero presentare un esposto o una denuncia all'A.G. non viola i doveri di diligenza, di subordinazione o di fedeltà (artt. 2104 e 2105 c.c.). **(Cass., sez. lav. n. 6501 del 14 marzo 2013).**

Il mero presentare un esposto o una denuncia all'A.G. non viola i doveri di diligenza, di subordinazione o di fedeltà (artt. 2104 e 2105 c.c.); quest'ultimo, in particolare, deve intendersi come divieto di abuso di posizione mediante condotte concorrenziali e/o violazioni di segreti produttivi e non già di segreti tout court, non meglio specificati **(Cassazione 10 marzo – 8 luglio 2015, n. 14249)**

---

L'obbligo di informare il datore di lavoro di eventuali comportamenti contrari al Modello organizzativo rientra nel più ampio dovere di diligenza e obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro di cui agli articoli 2104 e 2105 del codice civile. Di conseguenza, rientrando in tali doveri, il corretto adempimento all'obbligo di informazione da parte del prestatore di lavoro non può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari (Linee guida Confindustria 2014)

Non integra violazione dell'obbligo di fedeltà l'omissione da parte del lavoratore di condotte (informazione) che, oltre a non rientrare nell'ambito delle prestazioni contrattualmente dovute, siano connesse a superiori livelli di controllo e di responsabilità, in presenza di un assetto dell'impresa caratterizzato da accentuata complessità e articolazione organizzativa (Cassaz. 2 febbraio 2016 n. 1978).



# Privacy e obbligo di segretezza

---

L'obbligo di fedeltà, include espressamente l'**obbligo di segretezza**, che è l'obbligo di non fornire dati riguardanti **l'organizzazione della società e dei suoi metodi di produzione**.

Secondo la giurisprudenza l'obbligo di segretezza si estende a tutte le informazioni aziendali ed alle esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, che siano segrete ed abbiano valore economico.

Direttiva del Consiglio dell'Unione Europea sulla protezione dei segreti commerciali non si estende ai casi miranti a rivelare un'irregolarità, un atto punibile o un'attività illecita, a condizione che il convenuto abbia agito allo scopo di tutelare l'interesse pubblico generale (art. 5).

# Libertà di espressione e limiti

---

L'esercizio da parte del lavoratore del diritto di denuncia di reati addebitabili al titolare dell'azienda, non integrando un obbligo giuridico, «deve essere circondato dalle cautele necessarie ad evitare le compromissioni, inutilmente dannose, del contrapposto interesse datoriale»

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo interpreta denuncia come una forma di libertà di espressione protetta ai sensi dell'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, analizzando una serie di fattori :

- **La posizione del dipendente**

*(Sentenza 2005 Steel e Morris contro il Regno Unito; 2009 Marchenko contro l'Ucraina)*

- **La proporzionalità della denuncia all'esterno :**

- l'interesse del pubblico a conoscere le informazioni deve superare il danno che può derivare al datore di lavoro;

- 
- la comunicazione deve essere fatta in primo luogo a un'autorità superiore o altra autorità competente dell'amministrazione; soltanto quando questo è chiaramente impossibile, le informazioni potrebbero, in ultima istanza, essere divulgate al pubblico (Sentenza 2016 - *Görmüş e altri v. Turchia* - Sentenza 2008, *Guja c. Moldavia*)
  - **autenticità delle informazioni pubblicate** ( *Sentenza 1992 Castells contro Spagna*);
  - **precisione ed affidabilità delle informazioni** (*Sentenza 1999 Bladet Tromsø e Stensaas contro Norvegia*),
  - **motivo sottostante alla denuncia del dipendente;**
  - **analisi della pena inflitta al ricorrente e le sue conseguenze** (Sentenza 2000 *Bobo Fuentes v. Spain*).

**E' protetto l'individuo che ha agito in buona fede e nella convinzione che l'informazione fosse vera, che la divulgazione fosse nel pubblico interesse e che non aveva altri mezzi più discreti per impedire l'illecito.**

---

### **2013 - Bucur e Toma c. Romania (40238/02)**

Un agente dei servizi segreti romeni nel corso di una conferenza stampa, aveva denunciato irregolarità nell'effettuazione di intercettazioni da parte dei servizi, dichiarando che queste, mentre avrebbero dovuto essere svolte per motivi di sicurezza nazionale, venivano di fatto disposte per giornalisti e uomini politici, a beneficio dei partiti di maggioranza, portando avanti di fatto un'attività di "polizia politica". Condannato a due anni di reclusione (con pena sospesa), ricorre alla Corte la quale, riscontrata **la buona fede del ricorrente, l'interesse pubblico alla conoscenza delle informazioni divulgate e la mancanza di un danno rilevante per i servizi segreti**, ha dichiarato violato l'art. 10 Cedu.

### **2010 -Heinisch c. Germania (28274/08)**

La dipendente di un "hospice" per anziani, a Berlino, aveva segnalato delle irregolarità prima per via interna e poi proposto denuncia penale. La Corte riconosce che il licenziamento che ne era conseguito era una misura sproporzionata e non necessaria in una società democratica, pur essendo "prescritta per legge". Sottolinea, inoltre, l'assenza nel sistema giuridico tedesco di specifiche normative che disciplinino il whistleblowing (ossia i sistemi interni ad aziende o enti per la segnalazione di irregolarità) e le sue conseguenze. Condanna quindi la Germania per violazione dell'articolo 10 Cedu.

# Quando denunciare il datore è inadempimento

Applicazione dei limiti del diritto di critica alla denuncia: limiti di contenuto (il principio di continenza sostanziale), di forma (il principio di continenza formale) e limiti finalistici (principio dell'interesse perseguito)

il dipendente «dissenziente» deve astenersi da accuse avventate, soppesando l'effettiva consistenza e veridicità degli elementi in suo possesso, e deve esprimere il suo giudizio con moderazione, nel senso che deve in ogni caso rispettare forme linguistiche, scritte o verbali, corrette, che non sfocino in espressioni inutilmente denigratorie o diffamatorie con riguardo allo scopo informativo da conseguire.

(Cassazione n. 1173 del 25.2.1986)

*Criteri meno rigorosi* : (Tribunale Milano, sez. lav., 06 febbraio 2014, n.419)

rispetto della verità oggettiva : è sufficiente la mera attendibilità dei fatti denunciati (verità putativa);

buona fede : verificare che i fatti esposti siano stati ritenuti veri in base ad una ragionevole e giustificata rappresentazione della realtà.

# Privacy del dipendente (segnalazioni interne)

«Gruppo per la tutela dei dati personali” - Parere WP 1/2006»

**Obiettivo** : linee guida in merito alla corretta adozione ed attuazione dei cosiddetti whistleblowing schemes (“procedure di segnalazione di comportamenti illeciti”)

**Legittimazione** : il trattamento dei dati personali dei soggetti denunciati possono essere trattati, per finalità di *whistleblowing*, soltanto per adempiere ad un obbligo di legge europea o nazionale di uno Stato membro, ovvero per interesse legittimo del titolare del trattamento (vale a dire l’impresa datrice di lavoro).

**Ambito di applicazione** : illeciti riguardanti la tenuta della contabilità, i controlli contabili interni, la revisione contabile, la lotta contro la corruzione, la criminalità bancaria e finanziaria

**Qualità dei dati e proporzionalità**: i dati personali devono essere trattati lealmente e lecitamente, rilevati per finalità determinate, esplicite e legittime.

**Riservatezza** : deve essere garantita la riservatezza del denunciante e del denunciato per l’intero procedimento (confidenzialità del nome) con sanzioni lungo tutta la filiera;

---

**Diritti del segnalato** : informativa sull'organismo preposto alla raccolta della segnalazione, i fatti per i quali è stato segnalato , i suoi diritti di accesso e rettifica e le modalità per esercitarli. Soltanto ove si corra il concreto rischio che la suddetta informativa possa pregiudicare la possibilità da parte della società di investigare efficacemente sui fatti segnalati, questa (così come gli altri diritti) potrà essere ritardata sino al perdurare di tale rischio. In nessuna circostanza può essere permesso al denunciato di avvalersi del suo diritto di accesso per ottenere informazioni sull'identità del denunciante (salvo la malafede di quest'ultimo).

**Denunce anonime** : risultano ammissibili anche le denunce anonime, purché ricorrano alcune condizioni espressamente indicate e vengano adottate opportune precauzioni (vaglio preventivo di ammissibilità; eventuale trattazione più rapida; ecc.).

### **GARANTE ITALIANO**

**- 10 dicembre 2009 - Segnalazione al Parlamento e al Governo sull'individuazione, mediante sistemi di segnalazione, degli illeciti commessi da soggetti operanti a vario titolo nell'organizzazione**

# Utilizzo delle informazioni acquisite a fini disciplinari

---

Le procedure di segnalazione adottate all'interno dei MOG (obbligatorie) possono essere utilizzate a fini disciplinari alla condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione e formazione sulle modalità d'uso degli strumenti di segnalazione nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (in analogia con l'art. 4, 3° comma St. lav.).

Il canale di informazione deve essere specifico (tempi, fasi, soggetti coinvolti), autonomo, indipendente, estraneo ai canali tradizionali (nel Disegno di legge Mussida : il Responsabile delle segnalazioni).

Vantaggi dell'anonimato digitale e lo svincolo dei fatti segnalati dall'identità del segnalante.



# Tutela del whistleblower

---

- Garanzia di irresponsabilità contrattuale e disciplinare del segnalante. L'infondatezza e/o inconsistenza dei fatti segnalati sia dal punto di vista materiale che della qualificazione giuridica non è mai imputabile al lavoratore che abbia segnalato la presunta infrazione in buona fede

- Riservatezza dei dati relativi al segnalante con previsione di responsabilità disciplinare per chi viola detto obbligo. Occorre verificare che ci siano codici sostitutivi dei dati identificativi del soggetto anzidetto e che siano predisposti modelli per ricevere le segnalazioni, anche tramite sistema informatico.

- Il nome del segnalante non dovrà essere indicato nel procedimento disciplinare che deve fondarsi su accertamenti ulteriori rispetto alla segnalazione. E' fatto salvo il consenso del segnalante. Casi in cui la riservatezza non può essere opposta

# Tutela giudiziaria

---

Quali azioni ha il lavoratore che denuncia l'illecito se sanzionato, licenziato o sottoposto a misure discriminatorie, dirette o indirette, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia - salvo nei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione -

- 1) Licenziamento ritorsivo – reintegrazione
- 2) Atti discriminatori – azione speciale art. 28 DLGS n. 150 /2011
- 3) Mobbing

---

## Discriminazione

**(Tribunale di Milano decreto 1 aprile 2016 – 31 maggio 2016)**

Il riferimento alle convinzioni personali, nella normativa sia sovranazionale sia nazionale, mira, appunto, ad attenuare il criterio della tassatività della elencazione, che è stata fatta avendo presenti le più comuni e diffuse condizioni personali sulle quali può esercitarsi la discriminazione, e a dare adeguata considerazione ad altre condizioni personali difficilmente individuabili in via preventiva e generale ma non per ciò meno suscettibili di tutela. Ciò posto, ritiene il Giudice che, in relazione a tali situazioni non esplicitamente codificate, la tutela di esse richieda e comporti necessariamente **la verifica della loro effettiva ricorrenza, nonché della notorietà e conoscenza di esse, sia pure nel limitato contesto aziendale. Occorre, cioè la compresenza di due condizioni** : La prima, che sussista una condizione personale riconducibile alle “convinzioni”, cioè dotata dei sopra richiamati connotati di sistema di valori e, in quanto tali, meritevoli di tutela; La seconda, che detta condizione sia nota.

---

**(Corte di Appello di Roma 19 ottobre 2012 ).**

**“La direttiva 2000/78/CE, tutelando le convinzioni personali avverso le discriminazioni, ha dato ingresso nell’ordinamento comunitario al formale riconoscimento (seppure nel solo ambito della regolazione dei rapporti di lavoro) della cd. libertà ideologica il cui ampio contenuto materiale può essere stabilito anche facendo riferimento all’art. 6 del TUE e, quindi, alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo.**

**L'espressa tutela accordata dal legislatore comunitario all'ambito delle convinzioni personali è collegabile, altresì, alla libertà di pensiero e di coscienza (non a caso accostate a quella di religione) di cui all'articolo 10 della Carta di Nizza”**

Grazie  
per l'attenzione

**LAWORO**

STUDIO LEGALE

Avv. Gigliola Pirotta