

# DISCIPLINA E TUTELA DEL WHISTLEBLOWER DOPO IL D. LGS. n. 24 del 2023

*Autore: Cecilia Valbonesi  
Avvocato del Foro di Firenze*

## La tutela del whistleblower

La figura del whistleblower (letteralmente “colui che suona il fischietto”) trova la sua genesi nel settore del pubblico impiego.

È noto, infatti, che la Legge n. 90/2012 aveva introdotto nel *corpus* del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 l’art. 54-*bis* recante la tutela del dipendente pubblico che decida di segnalare illeciti commessi all’interno dell’ente di appartenenza.

Le esigenze di rafforzamento delle garanzie di legalità, di trasparenza e di buon andamento che caratterizzano anche il settore privato, pur in ragione di presupposti giuridici difformi, hanno indotto il legislatore ad estendere, con la Legge 179 del 2017, una simile regolamentazione anche al settore privato.

Quest’ultima legge, oltre a rafforzare la tutela del whistleblower impiegato nel settore pubblico, ha istituito un complesso di tutele per coloro che decidono di segnalare comportamenti illeciti nel settore privato.

Perno di questa evoluzione si è rivelato il modello organizzativo previsto dal D. Lgs. n. 231 del 2001: le società che hanno l’onere di dotarsi del MOG sono gravate dal correlato obbligo di predisporre un canale informatico per la trasmissione delle segnalazioni relative ad illeciti dei quali si è avuto contezza nello svolgimento del rapporto di lavoro.

La tutela del whistleblower, dunque, essendo legata alla presenza di un modello organizzativo, estrometteva dall’ambito di tutela i lavoratori che decidevano di denunciare i comportamenti illeciti nei contesti aziendali non coperti dalla disciplina del D. Lgs. n. 231/2001 disegnando così una disparità di trattamento difficilmente giustificabile.

Ma tant’è, prima della novella oggi introdotta con il D. Lgs. n. 24 del 2023 si può sostenere che la disciplina riservata al whistleblower assumesse un duplice e complementare volto.

Nel settore pubblico, tutelato era il dipendente delle Amministrazioni Pubbliche, degli enti pubblici economici o di enti privati sottoposti a controllo pubblico il quale segnali un illecito destinato a ledere l’integrità della Pubblica Amministrazione.

Il denunciante era protetto non solo nell'identità personale nel procedimento disciplinare, in quello penale e infine dinanzi alla Corte dei conti.

Qualunque misura discriminatoria o ritorsiva eventualmente adottata nei confronti del segnalante risultava nulla con l'effetto della reintegra nel posto di lavoro in caso di licenziamento.

Salvo, naturalmente, si fosse accertata la responsabilità penale del whistleblower per i reati di calunnia, diffamazione o la sua responsabilità civile nei casi di dolo o colpa grave.

Nel settore privato, la Legge n. 179/2017 aveva legato inscindibilmente la tutela dei whistleblowers al modello di gestione ed organizzazione, implementato sino a prevedere specifici canali che consentissero di segnalare condotte rilevanti ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001.

Anche nel caso del privato era garantita la protezione dell'identità personale del whistleblower nonché lo svolgimento del suo percorso lavorativo, tutelato attraverso la nullità del licenziamento ritorsivo o discriminatorio, nonché del mutamento delle mansioni o di qualunque altra misura discriminatoria adottata.

Su questo quadro ha inciso la Direttiva del Parlamento europeo e il Consiglio n. 1937 del 23 ottobre 2019 riguardante "la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione".

La direttiva recepisce le istanze di rafforzamento della tutela del soggetto denunciante e l'armonizzazione di questi profili nei diversi paesi dell'Unione.

Il termine dei due anni per il recepimento è stato di gran lunga superato dall'Italia la quale, solo con il D. Lgs. n. 24 del 10 marzo 2023, ha provveduto a recepire le istanze europee modificando, almeno in parte, il volto delle garanzie riservate al whistleblower.

In questa sede ci soffermeremo su alcuni fra i profili di maggiore interesse incentrati sulla latitudine soggettiva della tutela e sui riflessi che la nuova disciplina appare in ogni caso destinata ad esercitare sul tema centrale della salute e della sicurezza sul lavoro.

### **La platea dei soggetti tutelati dalla nuova disciplina. La Direttiva 1937/2019**

La Direttiva 1937/2019 fonda solide basi per un duplice profilo di interesse riferito ai soggetti nei confronti dei quali è destinato il nuovo complesso di tutele.

In primo luogo, è utile notare come la Direttiva non distingue fra settore pubblico e settore privato rafforzando così la convinzione che i pur diversi ambiti nei quali matura l'esigenza della denuncia

portano con sé una tutela omogenea, non altrimenti concepibile atteso l'avvicinamento formale e sostanziale del lavoro pubblico agli schemi di quello privato.

In secondo luogo, è necessario sottolineare come la Direttiva ridisegni la platea dei soggetti tutelati adottando una nozione di “lavoratore” intesa nella sua massima portata semantica, affinché “tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti e non solo della natura della relazione, così da coprire l'insieme delle persone collegate in senso ampio all'organizzazione in cui si è verificata la violazione” (“considerando” n. 37 e n. 55).

L'apertura in senso sostanziale della nozione non prescinde dalla nozione di “lavoratore” ai sensi dell'art. 45 TFUE e di “lavoratore autonomo” ai sensi dell'art. 49 sempre del TFUE, ma le cogenti esigenze di tutela hanno spinto il legislatore comunitario a prevedere un ambito applicativo esteso a tutte le diverse figure legate all'impresa, ancorché non percipienti un emolumento come corrispettivo della prestazione (si pensi ai volontari e ai tirocinanti: “considerando” n. 40).

L'art. 4, par. 3 della Direttiva estende peraltro il profilo della tutela a tutta la fase preliminare all'assunzione, proteggendo il whistleblower da possibili lesioni alla sua riservatezza o addirittura dalle “ritorsione” *sub specie* di mancata assunzione “durante il processo di selezione o altre fasi delle trattative precontrattuali”.

Interessante notare come la Direttiva preveda anche uno *status* per così dire ultrattivo di lavoratore nella misura in cui prevede che il whistleblower può essere tutelato anche se nel frattempo sia cessato il rapporto di lavoro, dovendosi rinvenire la ragione di tale previsione nella circostanza di una possibile ritorsione nei confronti di terze persone ancora in servizio collegate con il denunciante.

### **(Segue) La platea dei soggetti tutelati dalla nuova disciplina. Il D. Lgs. n. 24/2019**

L'impianto della tutela è stato recepito dal D. Lgs. n. 24/2022 il quale, all'art. 1 comma 1, prevede che “Il presente decreto disciplina la protezione delle persone che segnalano violazioni di disposizioni normative nazionali o dell'Unione europea che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato, di cui siano venute a conoscenza in un contesto lavorativo pubblico o privato”.

La norma deve essere letta nel combinato disposto dell'art. 2 il quale, al comma 1 lett. g) definisce «persona segnalante»: come “la persona fisica che effettua la segnalazione o la divulgazione pubblica di informazioni sulle violazioni acquisite nell'ambito del proprio contesto lavorativo”.

Il segnalante può svolgere la sua prestazione in un contesto caratterizzato da una natura pubblicistica, definendo la lettera p) «soggetti del settore pubblico» “le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza o regolazione, gli enti pubblici economici, gli organismi di diritto pubblico di cui all'articolo 3, comma 1, lettera d), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i concessionari di pubblico servizio, le società a controllo pubblico e le società in house, così come definite, rispettivamente, dall'articolo 2, comma 1, lettere m) e o), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, anche se quotate” e *per differentiam* (lett q) «soggetti del settore privato» soggetti, diversi dai precedenti, ma che soddisfano uno dei tre requisiti tassativi previsti dalla norma, ovvero: “abbiano impiegato, nell'ultimo anno, la media di almeno cinquanta lavoratori subordinati con contratti di lavoro a tempo indeterminato o determinato”; rientrino “nell'ambito di applicazione degli atti dell'Unione di cui alle parti I.B e II dell'allegato, anche se nell'ultimo anno non hanno raggiunto la media di lavoratori subordinati di cui al numero 1)”; siano “diversi dai soggetti di cui al numero 2), rientrano nell'ambito di applicazione del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e adottano modelli di organizzazione e gestione ivi previsti, anche se nell'ultimo anno non hanno raggiunto la media di lavoratori subordinati di cui al numero 1)”.

Ad un primo sguardo è possibile apprezzare come alla complessità della struttura giuridica di contesto nel quale può maturare la tutela del denunciante faccia da contropinta la decisione di svincolarla dalla previsione della necessaria contestualizzazione in aziende che debbano dotarsi di un modello organizzativo.

Certamente quest'ultimo costituisce il veicolo maggiormente idoneo a garantire quel processo di autoregolamentazione della società destinato a prestare ossequio alle disposizioni garantiste dettate dalla legge ma, certo, non può rappresentare un limite ad una sempre più ampia e necessaria applicazione delle tutele.

Tutele le quali, come peraltro previsto già dalla Direttiva, all'art. 3 si estendono, pur con diversi requisiti dimensionali indicati dal comma 2 per il settore privato e con diverse puntualizzazioni previste dalla legge, ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, ai dipendenti delle autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza o regolazione; ai dipendenti degli enti pubblici economici, degli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, delle società in house, degli organismi di diritto pubblico o dei concessionari di pubblico servizio; ai lavoratori subordinati di soggetti del settore privato, ai lavoratori autonomi, ai titolari di un rapporto di collaborazione di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile, che svolgono la propria

attività lavorativa presso soggetti del settore pubblico o del settore privato; nonché ai “lavoratori o i collaboratori, che svolgono la propria attività lavorativa presso soggetti del settore pubblico o del settore privato che forniscono beni o servizi o che realizzano opere in favore di terzi”; “ai liberi professionisti e i consulenti che prestano la propria attività presso soggetti del settore pubblico o del settore privato”; “ai volontari e i tirocinanti, retribuiti e non retribuiti, che prestano la propria attività presso soggetti del settore pubblico o del settore privato”.

La disciplina, che si estende anche alla fase delle trattative precontrattuali funzionali all’assunzione o nell’espletamento delle procedure concorsuali, viene riservata anche nei confronti degli apicali quali “gli azionisti e le persone con funzioni di amministrazione, direzione, controllo, vigilanza o rappresentanza, anche qualora tali funzioni siano esercitate in via di mero fatto, presso soggetti del settore pubblico o del settore privato” a riprova della ricerca di strumenti che consentano di portare all’attenzione delle autorità quei fatti che costituiscono la rottura del patto di fiducia fra vertici ed ente che non può certo essere invocato in presenza di fatti illeciti.

### **La natura pubblicistica dell’interesse tutelato**

Ebbene, proprio quest’ultimo aspetto ci conduce verso una riflessione che ha ad oggetto la peculiarità dell’interesse tutelato attraverso la denuncia whistleblower o per meglio dire attraverso la sua tutela.

La particolarità di questa prospettiva è offerta dall’art. 1 comma 1 il quale, disegnando il campo di applicazione della disciplina, stabilisce che esso è riservato “alla protezione delle persone che segnalano violazioni di disposizioni normative nazionali o dell’Unione europea che ledono l’interesse pubblico o l’integrità dell’amministrazione pubblica o dell’ente privato, di cui siano venute a conoscenza in un contesto lavorativo pubblico o privato”, dovendosi per conto escludere, ai sensi del comma 2, le questioni che “attengono esclusivamente ai propri rapporti individuali di lavoro o di impiego pubblico, ovvero inerenti ai propri rapporti di lavoro o di impiego pubblico con le figure gerarchicamente sovraordinate”.

La previsione certo affonda la sua ragione nella volontà di riservare un trattamento protettivo nei confronti di soggetti che si espongono per la tutela del bene collettivo e previene squilibri che potrebbero determinarsi nel caso in cui la tutela del denunciante lo ponga a riparo da un necessario contraddittorio rispetto al soggetto “accusato”.

Tuttavia, a chi scrive pare molto complesso discernere, salvo casi invero eclatanti ancorché non rarissimi, un “interesse pubblico” o un interesse a tutela dell’integrità della persona giuridica di matrice pubblica o privata da un interesse che attiene alla sola sfera soggettiva del denunciante.

La realtà si presenta ben più complessa di una tale netta dicotomia, insegnandoci come non solo gli interessi pubblici assumano la veste di un interesse che tocca la vita professionale del singolo ma, soprattutto, come questi sarà maggiormente portato a denunciare quando pregiudicato in prima persona da scelte di ente o assunte da soggetti con i quali si trovi a collaborare a vario titolo.

Allora, a meno che non si usi la nozione di “interessi provati” in una semantica riduttiva, sarà necessario applicare la tutela alla luce di una interpretazione volta a privilegiare di volta in volta l’interesse che appare prevalente ancorché nella questione apparentemente privata che viene denunciata.

Dove l’interesse sotteso alla denuncia sia prevalentemente o esclusivamente pubblico, il denunciante potrà godere della protezione accordatagli, mentre dove questo aspetto assuma un volto recessivo il regime di pubblicità troverà ancora una volta una sua piena applicazione.

### **Whistleblower e salute e sicurezza sul lavoro**

Ci si conceda un’ultima considerazione con riferimento al rapporto fra whistleblower e tutela della salute e della sicurezza sul lavoro.

È ben vero che tra i settori da tutelare né la Direttiva né la legge indicano la sicurezza del lavoro.

Anzi, il “considerando” n. 21 spiega che l’esclusione è da rinvenirsi nella presenza della Direttiva (89/391/CEE) la quale già impone agli Stati membri di garantire la salvaguardia del lavoratore che segnala alle autorità competenti la violazione o la mancanza di misure antinfortunistiche.

È altresì vero che la Direttiva non chiude le porte ad una estensione alla disciplina della salute e della sicurezza sul lavoro.

L’art. 27, rubricato “relazioni, valutazione e revisione”, affida alla Commissione - nella relazione da svolgersi entro il 17 dicembre 2025 - la scelta se suggerire al Parlamento europeo e al Consiglio un’estensione dell’ambito di applicazione al “miglioramento dell’ambiente di lavoro allo scopo di tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori e le condizioni di lavoro” (par. 3).

A nostro sommo avviso alcune prospettive di salvaguardia si aprono sin da ora e non già estendendo quasi analogicamente la nozione di “sicurezza pubblica”, bensì valutando come i settori di tutela previsti dalla Direttiva prima e dal D. Lgs. n. 24/2023 poi presentino riflessi inscindibili con la salute e la sicurezza dei lavoratori.

Si tratta di talune delle materie ricomprese nella definizione di “violazioni” delineata dall’art. 2 comma 1, lett. a) il quale richiama i settori degli “appalti pubblici; servizi, [...] sicurezza e conformità dei prodotti; sicurezza dei trasporti; tutela dell’ambiente; radioprotezione e sicurezza nucleare; [...] salute pubblica”.

Non vi è chi non veda come i profili di legalità degli appalti pubblici abbiano, anche in ragione dell’espresso richiamo della normativa che li disciplina, dei risvolti di primissimo rilievo in tema di salute e sicurezza dei lavoratori.

Non minore impatto trova la sicurezza dei trasporti ed ancor più l’integrità dell’ambiente, destinato ad incidere in modo drammaticamente noto sulla salute fisica e sulla vita dei lavoratori.

Anche in questo caso la possibilità di tutelare il bene della salute e della sicurezza rispetto alle matrici esplicitate nella legge dovrà essere ponderata secondo un criterio di accessorialità che, come detto, riteniamo intrinseco alla luce delle normali dinamiche produttive postmoderne.

Copyright © 2023 RSPPITALIA