

## Quale tutela per il segnalante laddove il rapporto di lavoro sia cessato? La parola alla Corte europea dei diritti dell'uomo

di A. Ripepi - 5 Novembre 2024

La recente e significativa pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Quarta Sezione, 27 agosto 2024, ric. 15028-16, H.H. c/ Armenia) impone di affrontare il tema delle tutele previste per il segnalante premettendo un'ampia contestualizzazione (volendo, in chiave introduttiva, G. Grasso – A. Ripepi, *Il whistleblowing: un istituto in evoluzione nel disegno (dai tratti incerti) del legislatore*, *Giurisprudenza penale*, 7-8/2023).

Occorre muovere da un sommario esame della Direttiva 2019/1937/UE, che, armonizzando le normative nazionali dei diversi Stati membri, ha sancito gli *standards* di protezione del *whistleblower*, configurando un solido impianto di tutela a garanzia dell'attività di segnalazione (G. Damiri, *Il sistema di protezione del whistleblower nel panorama normativo italiano*, *Ratio iuris*, 12 gennaio 2024, 9).

Oggi, infatti, l'art. 17 d.lgs. 10 marzo 2024, n. 23, dopo aver premesso che «gli enti o le persone di cui all'articolo 3 non possono subire alcuna ritorsione» (comma 1), specifica che, a vantaggio dei «segnalatori civili», «si presume, salvo prova contraria, che il danno sia conseguenza di tale segnalazione, divulgazione pubblica o denuncia all'autorità giudiziaria o contabile» (comma 3), per poi individuare, al comma 4, le fattispecie che costituiscono ritorsione, *in primis* il licenziamento.

Tale innesto normativo deriva dalla considerazione per cui non sempre è facile fornire la prova di un comportamento discriminatorio, poiché le logiche interne di un'organizzazione potrebbero essere tentate di nascondere o coprire eventuali responsabilità, soprattutto quando queste ultime siano riconducibili a particolari figure apicali della stessa.

Dunque, sembra estendersi al *whistleblowing* il regime probatorio agevolato previsto dall'art. 40 d.lgs. n. 198/2006 (C. Colosimo, *L'effettività delle tutele nei meccanismi di attenuazione e inversione dell'onere della prova*, *LDE*, 20 luglio 2023) e dall'art. 28 d.lgs. n. 150/2011, in virtù del quale la parte ricorrente «è tenuta solo a dimostrare una ingiustificata differenza di trattamento o anche solo una posizione di particolare svantaggio dovute al fattore di rischio tipizzato dalla legge in termini tali da integrare una presunzione di discriminazione, restando, per il resto, a carico del datore di lavoro l'onere di dimostrare le circostanze inequivoche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria della condotta» (Cass. 26 febbraio 2021, n. 5476).

Per tale via, risulta superato il rischio di estensione, alla delicata fattispecie in esame, dei principi che, tradizionalmente, la giurisprudenza aveva affermato in materia di licenziamento ritorsivo, considerato nullo quando il motivo di ritorsione, come tale illecito, sia stato l'unico determinante, ai sensi del combinato disposto dell'art. 1418, secondo comma, e degli artt. 1345 e 1324 c.c. (Cass. 8 agosto 2011, n. 17087).

Tuttavia, dal momento che, secondo tale impostazione tradizionale, il licenziamento ritorsivo e quello discriminatorio non sono equiparabili, potendosi applicare l'art. 1345 c.c. solo al

primo, ne discende che l'onere della prova dell'esistenza di un motivo di ritorsione del licenziamento e del suo carattere determinante la volontà negoziale grava sul lavoratore che deduce ciò in giudizio (da ultimo, Cass. 9 gennaio 2024, n. 741. V. anche Cass. 8 agosto 2011, n. 17087 cit.; Cass. 6 luglio 2022, n. 21465).

La novella legislativa, dunque, sembra risolvere i problemi derivanti dalla rigida applicazione dell'art. 2697 c.c., sebbene in dottrina siano state sollevate condivisibili perplessità circa il possibile, indiscriminato aumento di cause di lavoro fondate su semplici presunzioni o, addirittura, aspettative del lavoratore che, in antitesi con le ultime riforme della giustizia civile, anziché contribuire a deflazionare il processo del lavoro, lo appesantirebbero ulteriormente (G. Damiri, *op. cit.*, 14).

Tanto premesso, in un'ottica di teoria generale occorre indagare se il segnalante sia gravato da un dovere/obbligo giuridico di segnalazione o se venga in rilievo una facoltà o un dovere civico, auspicabile ma non sanzionabile in caso di inerzia, per poi riportare le conclusioni raggiunte alla strumentazione utilizzata per la segnalazione.

In alcune ipotesi, la legge provvede espressamente. La segnalazione è obbligatoria in capo ai dipendenti pubblici in caso di commissione di illeciti (art. 2, c. 1, lett. a) del d.lgs. 10 marzo 2023 n. 24; artt. 8 e 13, c. 8, d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, il primo riferito ai dipendenti in generale, il secondo ai dirigenti in particolare).

In questo novero, oltre ai fatti contrassegnati da rilievo penale, amministrativo, civile, disciplinare e contabile, si possono includere anche condotte rientranti nell'ampio concetto di *maladministration* precedentemente richiamato, sia alla luce dell'interpretazione sistematica imposta dal nuovo concetto di corruzione amministrativa, sia della formulazione ampia della Direttiva UE 2019/1937, il cui considerando 1 richiama "minacce o pregiudizi al pubblico interesse" e, dunque, non solo gli "illeciti" in senso stretto.

Nel settore privato, invece, un vero e proprio dovere giuridico di segnalazione si configura solo in caso di posizioni di garanzia a fronte della commissione di reati (come imposto dall'art. 40 cpv. c.p.) e, nel caso, in cui sia integrata una fattispecie di responsabilità amministrativa da reato dell'ente, laddove l'obbligo di segnalazione sia prescritto dal modello di organizzazione e gestione di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001.

Più in generale, il *whistleblowing* in ambito privato può essere imposto dall'adempimento del contratto di lavoro, segnatamente dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c., già richiamato in sede di esame delle teorie etiche sulla materia. Infatti, lungi dal ritenere il segnalatore alla stregua di un "traditore", appare ragionevole ritenere che, nell'ipotesi di commissione di illeciti o irregolarità in ambito aziendale, il dipendente sia tenuto alla comunicazione degli stessi nell'interesse dell'organizzazione, laddove la stessa possa trarne pregiudizio (A. Boscati, *Il whistleblowing tra diritto di critica e obbligo di fedeltà del lavoratore*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, a cura di A. Della Bella – S. Zorzetto, Giuffrè, 2020, 363).

Nei diversi casi in cui, invece, sia la stessa segnalazione a rappresentare una violazione dell'obbligo di fedeltà, l'apparente antinomia può essere superata alla luce del diritto di critica, riconducibile all'art. 21 Cost., purché siano riscontrabili i presupposti della verità oggettiva dei fatti e della continenza sostanziale e formale, «intendendo per continenza sostanziale

*la corrispondenza dei fatti alla verità, sia pure non assoluta ma soggettiva e per continenza formale la misura nell'esposizione dei fatti, in modo da non recare danno al decoro dell'impresa o dell'ente» (P. Salazar, La segnalazione di illeciti integra comportamento sanzionabile? Commento a Cassazione Civile, Sez. lav., 24 gennaio 2017, n. 1752, in LG, 2017, 6, p. 584).*

Il legame con il diritto di critica appare rafforzato dal nuovo art. 15 d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, che accorda protezione al *whistleblower* il quale si sia reso autore di “divulgazioni pubbliche” alle condizioni previste dalla disposizione (assenza di riscontri da parte degli organi preposti; rischio di ritorsione; urgenza di intervento causata da pericolo per il pubblico interesse; sul punto, v. Grasso – Ripepi, *op. cit.*, p. 4).

Peraltro, proprio la fattispecie dell'obbligo di fedeltà consente di constatare come venga in rilievo una situazione giuridica “incipiente”, integrante contestualmente un obbligo e l'espressione di un diritto fondamentale (M. Frediani, *La delazione protetta quale diritto-dovere alla segnalazione d'allarme*, in LG, 2018, 3, p. 221).

Il *whistleblowing*, infatti, può atteggiarsi, in prospettiva più ampia, sia alla stregua di strumento di *governance*, consentendo di rafforzare l'*accountability* verso i governati, sia quale diritto della persona, secondo approccio *human rights oriented* (ben espresso da N. Parisi, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., 17: «In questa prospettiva – non tanto, dunque, perché leva per far emergere illegalità o irregolarità – chi segnala dev'essere protetto: perché esercita un diritto, non perché usa di una facoltà»).

Anche l'ANAC, nell'ambito delle linee guida in tema di *whistleblowing*, sembra condividere tale approccio, evidenziando che la nuova disciplina di cui al d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24 garantisce «la manifestazione della libertà di espressione e di informazione, che comprende il diritto di ricevere o di comunicare informazioni nonché la libertà e il pluralismo dei media», senza tralasciare l'indubbia valenza anticorruptiva e di *governance* dell'istituto (Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali – procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne, disponibile in <https://www.anticorruzione.it/-/schema.linee.guida.whistleblowing>, p. 7).

Nello stesso senso depone la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo: si pensi al caso *Voskuil v. The Netherlands* (22 novembre 2007), in cui si legge che la tutela predisposta per il segnalante risponde all'esigenza di tutelare il diritto del cittadino di ricevere informazioni su metodi impropri nell'esercizio del pubblico potere.

Inoltre, fuori dai casi prima menzionati, e cioè nelle organizzazioni private, laddove non sussistano posizioni di garanzia e non venga in rilievo un illecito rilevante ai fini della responsabilità amministrativa da reato dell'ente, sembrano delinearsi spazi per una posizione di dovere civico o facoltà.

È quanto ha evidenziato la dottrina: «il lavoratore non assumerebbe la veste di whistleblower qualora denunciasse un fatto che seppur corrispondente ad un illecito da parte del datore di lavoro non sia assimilabile a un illecito rilevante» ai sensi del d.lgs. n.

231/2001 (M. Vitaletti, *Il lavoratore “segnalante” nell’impresa privata. Il perimetro della tutela del “whistleblower”*, in *DRI*, 2019, 2, p. 500).

Occorre, dunque, interrogarsi sull’estensione del regime di tutela nel caso in cui non sussista pericolo di licenziamento, per la semplice ragione che il rapporto di lavoro è già cessato al momento della segnalazione.

Merita, sul punto, attenzione la pronuncia in commento (Corte EDU, H.H. c/ Armenia – ric. 15028/16) in cui il Giudice sovranazionale è stato chiamato a pronunciarsi sull’applicabilità del regime di tutela degli informatori ad una situazione in cui la segnalazione era stata effettuata dopo la fine del rapporto di lavoro.

Ebbene, la Corte precisa che l’estinzione del rapporto di lavoro non può configurare un limite alla tutela.

Ciò non implica neanche, per altro verso, che il segnalante debba godere di tutela incondizionata e indiscriminata. Tendenzialmente, infatti, se il rapporto di lavoro è cessato, è chiaro che il segnalante non corre alcun rischio di essere licenziato, come nel caso di specie, ma potrebbe subire pregiudizi di altro tipo, quali una citazione per responsabilità civile.

In tal caso, l’ex dipendente dovrà comunque godere della tutela laddove le informazioni, rivelate dopo la cessazione del rapporto, siano state raccolte in costanza dello stesso, grazie alla posizione privilegiata che consentiva di avere accesso alle medesime.

A questo punto dell’argomentazione, la Corte ricorda i parametri ai quali sempre si attiene in caso di fattispecie di whistleblowing: a) se siano disponibili o meno canali alternativi per la divulgazione; b) l’interesse pubblico alle informazioni divulgate; c) l’autenticità delle informazioni divulgate; d) il pregiudizio per il datore di lavoro; e) se l’informatore abbia agito in buona fede; f) la severità della sanzione.

Nel caso di specie, i giudici nazionali avevano trattato il caso come una controversia per diffamazione senza applicare correttamente le coordinate ermeneutiche sopra tracciate; ne deriva la violazione dell’art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, posto a tutela della libertà di espressione.

Antonino Ripepi, procuratore dello Stato in Reggio Calabria

Visualizza i documenti: [Corte edu, sez. IV<sup>a</sup>, 27 agosto 2024, n. 15028/16](#); [Corte edu, sez. IV<sup>a</sup>, 27 agosto 2024, n. 15028/16 \(testo italiano non ufficiale\)](#)