Le nuove norme sul *Whistleblowing*:

opportunità e problemi applicativi

prof. avv. Riccardo Borsari

Università degli Studi di Padova

How many roads must a man walk down

Before you can call him a man?

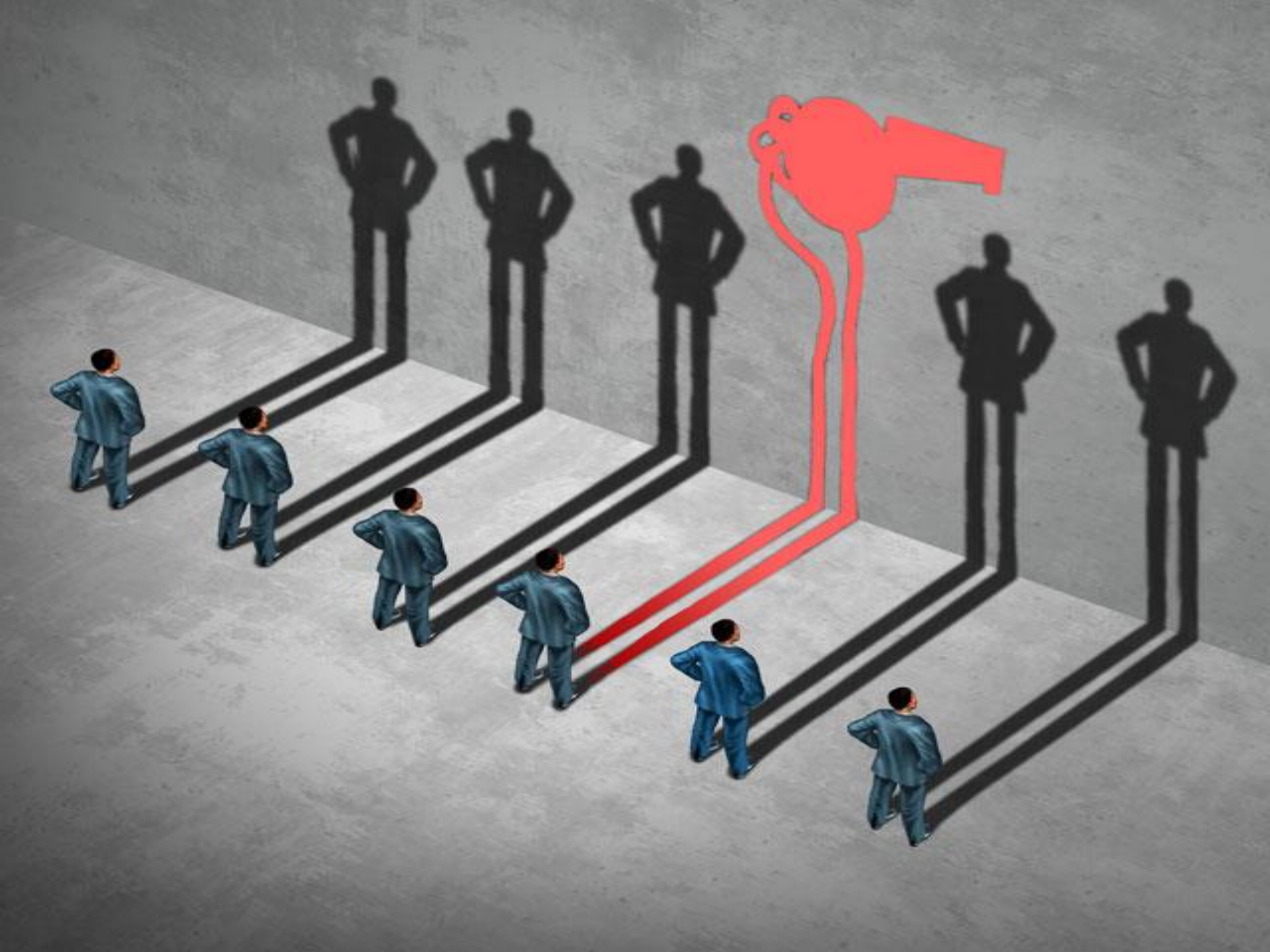
Yes, 'n' how many times can a man turn his head,

Pretending he just doesn't see?

The answer, my friend, is blowin' in the wind,

The answer is blowin' in the wind.

«Blowin' in the wind»
Bob Dylan



Cos'è il *whistleblowing*?

«***Whistleblower***» è chi conosce di un illecito o di un'irregolarità sul luogo di lavoro, durante lo svolgimento delle proprie mansioni, e decide di segnalarlo a una persona o a un'autorità che possa agire efficacemente al riguardo.

Pur rischiando atti di ritorsione a causa della segnalazione, egli svolge un ruolo di interesse pubblico, dando conoscenza di problemi o pericoli all'ente di appartenenza o alla comunità.

Il «***whistleblowing***», quindi, è l'attività di regolamentazione delle procedure volte a incentivare e proteggere tali segnalazioni.

Dalla definizione dell'istituto discende che per attivare un corretto

sistema di segnalazione

gli aspetti centrali sono

- la disciplina esaustiva del **flusso informativo**
- la **riservatezza** circa l'identità del soggetto segnalante, del soggetto segnalato e del contenuto della segnalazione
- la **tutela** del soggetto segnalante da atti ritorsivi e/o discriminatori, anche solo potenziali

Profili costitutivi del *whistleblowing*

1. **L'atto di comunicazione**

Può essere **formale** o **informale** ed è realizzato dal WB

- in assoluta autonomia oppure
- a seguito di un obbligo di *reporting* legato al proprio ruolo nell'organizzazione

2. **Il profilo del *whistleblower***

Secondo *Transparency International*

«*A whistleblower is any public or private sector employee or worker who discloses information about these types of wrongdoing and who is at risk of retribution.*

This includes individuals who are outside the traditional employee-employer relationship, such as consultants, contractors, trainees or interns, volunteers, student workers, temporary workers, and former employees»

Quindi un WB potrebbe essere un dipendente, un consulente, un fornitore o persino un cliente

Profili costitutivi del *whistleblowing*

3. **Lo strumento di segnalazione** ossia il canale informativo

4. **L'oggetto della comunicazione** è il «*wrongdoing*», che può essere

- un comportamento scorretto già in essere o
- un comportamento censurabile che secondo la percezione del WB potrebbe essere posto in essere in futuro

Origini del *whistleblowing*: gli Stati Uniti

Il *whistleblowing* affonda le proprie radici nei contesti del *common law*, precisamente negli Stati Uniti

- ***False Claims Act*** promulgato nel **1863**

  per ridurre le frodi ai danni del governo dell'Unione dai fornitori di munizioni e di materiale bellico durante la guerra di Secessione

La norma autorizzava a pagare ai WB una percentuale sul denaro recuperato o sui risarcimenti ottenuti dal governo nei casi di frode che la testimonianza del WB aveva contribuito a smascherare

Incentivo economico che sussiste tutt'oggi!

- Processo normativo culminato con
  - **2002**: *Sarbanes-Oxley Act* («**SOX**»)
  - **2011**: *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* («**Dodd-Frank Act**»)

Origini del *whistleblowing*: gli Stati Uniti

- In particolare il SOX ha introdotto l'obbligo per le società quotate di dotarsi di

  strutture interne di controllo

  linee dedicate per la denuncia di irregolarità

- A tutela del dipendente che denuncia un'irregolarità, il SOX pone una serie di

  GARANZIE

  che mettono al riparo il denunciante da eventuali ritorsioni: per esempio, la reclusione (fino a 10 anni) per il datore di lavoro che ponga in essere atti ritorsivi contro il WB

Origini del *whistleblowing*: gli Stati Uniti

Il *Dodd-Frank Act* prevede la tutela dei soggetti che denunciano violazioni della normativa in materia di strumenti finanziari fornendo alla SEC (*Security & Exchange Commission*)

In attuazione del *Dodd-Frank Act* la SEC ha emanato regolamenti che disciplinano le modalità di inoltro delle informazioni all'autorità di vigilanza, quali

- la compilazione di un **questionario** contenente la dichiarazione del WB, sotto pena di sanzione di spergiuro, che le informazioni riportate sono «vere e corrette»
- un'**informativa anonima**, ma in questo caso il questionario deve essere consegnato all'autorità da un avvocato

Origini del *whistleblowing*: gli Stati Uniti

Nel *Dodd-Frank Act* è sopravvissuto un elemento caratteristico del *False Claims Act*, ossia la previsione di un

incentivo economico

«*Section 21F*

directs the Commission to make monetary ***awards*** *to eligible individuals who voluntarily provide original information that leads to successful Commission enforcement actions resulting in monetary sanctions over $ 1 million and successful related actions*».

«*Awards must be made in an amount equal to 10 to 30% of the monetary sanctions collected*».

U.S. SEC «*Whistleblower programme*» *Annual Report to Congress* [20.11.2017]

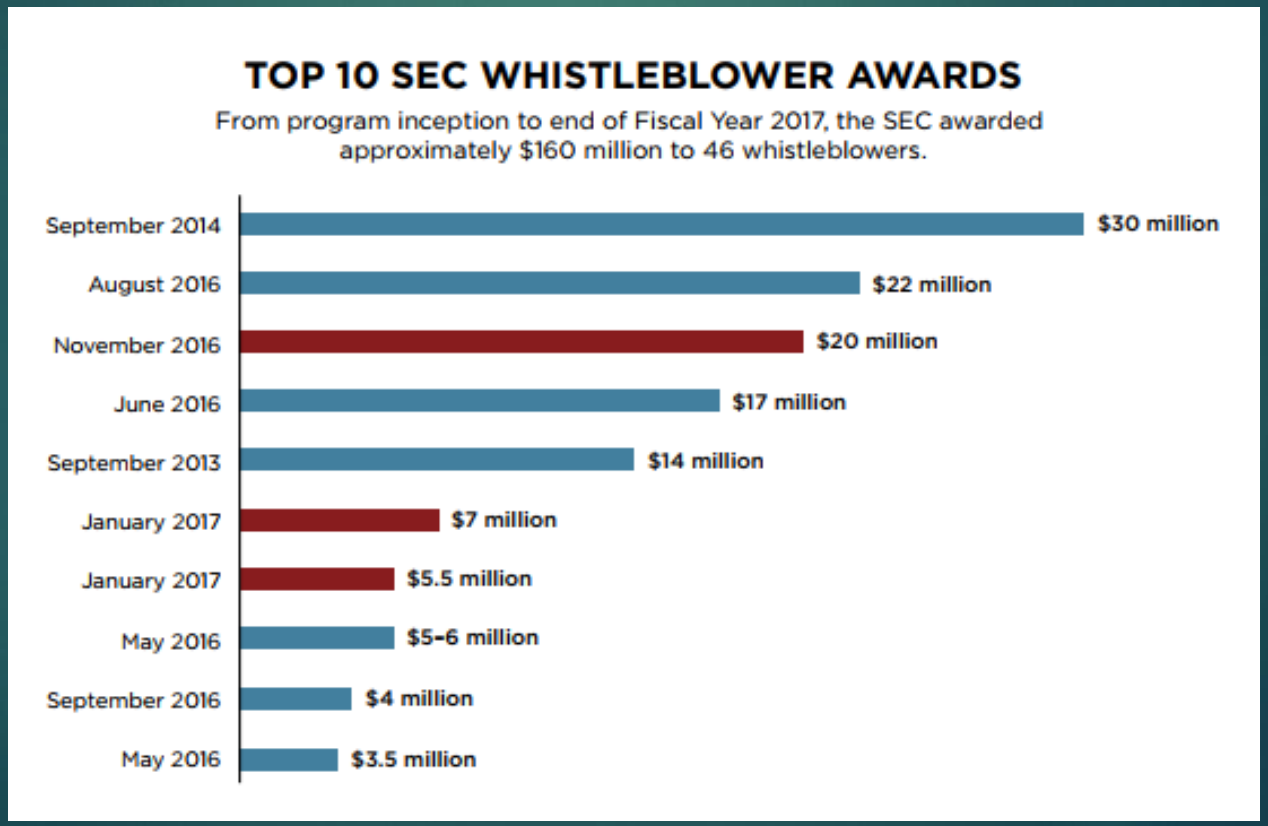
La *SEC* ha creato al suo interno un apposito ufficio, l'«*Office of the Whistleblower* (OWB)», al fine di valutare le segnalazioni effettuate dai singoli WB, l'impugnazione di eventuali atti di ritorsione e la sussistenza dei requisiti per elargire l'incentivo economico premiale al WB.

I dati più interessanti che emergono dal **Report del 20 novembre 2017** sono

- la dotazione dell'«*Investor Protection Fund*» (il fondo per il pagamento degli «*awards*») è pari a **$ 368.116.007,44**
- l'agenzia riporta che «*in FY 2017, we received over **4.400 tips**, an **increase of nearly 50% since FY 2012**, the first year for which we have full-year data*»
- risale al 2014 il primo caso di *enforcement* delle *antiretaliation provision*: la Paradigm Capital Management è stata sanzionata con una **multa da $ 2.2 milioni** per atti ritorsivi verso un proprio dipendente che aveva segnalato irregolarità all'OWB

U.S. SEC «*Whistleblower programme*» *Annual Report to Congress* [20.11.2017]

- L'*award* più alto riconosciuto dall'OWB resta quello da **$ 30 milioni** riconosciuto nel 2014
- Nel 2017 è stato riconosciuto un *award* di quasi **$ 50 milioni** a 12 soggetti per aver fornito «*new information*» delle quali l'agenzia era all'oscuro



Origini del *whistleblowing*: il Regno Unito

Nel Regno Unito il *whistleblowing* è disciplinato da

- *Employment Rights Act* (1996)
- *Public Interest Disclosure Act* (1998)
- *Financial Services and Markets Act* (2000)

Nel 2015 la **FCA** (*Financial Conduct Authority*) ha emanato l'***Accountability and Whistleblowing Instrument*** con lo scopo di far predisporre a banche, *investment firms* e assicurazioni una specifica *policy* che

- consenta ai propri dipendenti di fare segnalazioni interne
- preveda l'obbligo di informare la FCA in caso di sconfitta in una causa con un WB
- stabilisca l'obbligo di presentare almeno annualmente un *report* sul *whistleblowing*

Origini del *whistleblowing*: il Regno Unito

Negli anni l'attenzione verso il *whistleblowing* da parte dell'opinione pubblica inglese è costantemente cresciuta, grazie soprattutto a frequenti campagne di sensibilizzazione sul tema.

Un sondaggio del 2013 ha indicato che

- ✓ il 72% dei lavoratori inglesi vede il termine *whistleblowing* come «**positivo e neutrale**»
- ✓ ben l'83% degli intervistati, qualora si trovasse di fronte ad atti illeciti, lo segnalerebbe al datore di lavoro

Non a caso la disciplina inglese è ritenuta la **migliore** a livello europeo, tanto che Sudafrica e Giappone l'hanno adottata a modello.

Al di fuori di Stati Uniti e Regno Unito

Una ricerca del 2014 sui paesi membri del G20 ha evidenziato che il *whistleblowing* è **compiutamente disciplinato** solo in Australia, Sudafrica, Giappone e Corea.

A oggi l'esperienza dei paesi di *common law* è quindi prevalente, anche alla luce delle reazioni poste in essere in tali contesti rispetto ai noti casi di ***white-collar crime*** che hanno generato un'importante normativa a tutela dei mercati delle frodi (interne ed esterne).

In ambito sovranazionale

Meritano attenzione

- la **Convenzione Civile sulla Corruzione** firmata a Strasburgo nel 1999, che all'art. 9 prevede una protezione adeguata per i dipendenti i quali, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, denuncino fatti di corruzione alle persone o autorità responsabili

- la **Convenzione delle Nazioni Unite** del 2003, che all'art. 33 richiede a ciascuno Stato Parte di prevedere meccanismi di protezione per le persone che riferiscono su fatti di corruzione

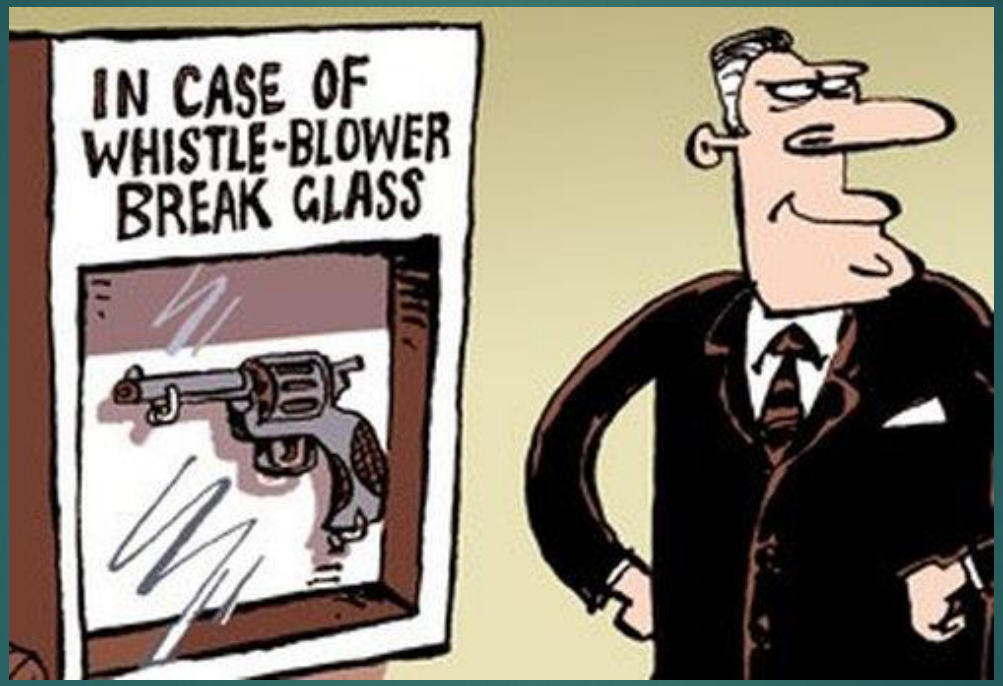
Nell'Unione Europea

Sebbene tutte le maggiori organizzazioni internazionali di cui fanno parte i paesi UE riconoscano **l'urgenza** di fornire un **sostegno** ai WB, a oggi manca una normativa complessiva a livello europeo.

Negli ultimi dieci anni (e di nuovo a **ottobre 2017**) il Parlamento europeo ha riconosciuto la necessità di agire sul tema, invitando ripetutamente la Commissione europea a metterlo in **agenda**.

Nell'Unione Europea

In **assenza di un quadro UE** le normative nazionali variano significativamente da Paese a Paese con conseguenti lacune e disparità.



Alcuni Stati membri tutelano i WB attraverso le leggi anticorruzione, altri attraverso le leggi sul pubblico servizio o impiego e altri ancora attraverso le leggi sul lavoro, il codice penale o specifiche norme di settore.

Il ruolo della Corte EDU

In tale contesto, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha un ruolo chiave nello stabilire ed espandere gli standard di tutela dei WB.

Per i giudici di Strasburgo il *whistleblowing* è strettamente connesso al diritto alla **libertà di espressione** garantito dall'art. 10 della Conv. EDU, che include la libertà «di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera»,

prevedendo **restrizioni** in alcuni casi eccezionali.

Nei casi di WB, tali restrizioni possono riguardare interessi individuali quali il diritto alla privacy e la dignità personale, ovvero interessi superindividuali come la sicurezza nazionale

Il ruolo della Corte EDU

Alcune pronunce della Corte in materia di WB

Con la sentenza **Guja *vs* Moldova** (2008), la Corte ha riconosciuto che il diritto alla libertà di espressione (art. 10 Conv. EDU) è stato violato quando un pubblico ufficiale presso la Procura generale moldava è stato licenziato dopo aver reso pubblici dei documenti interni comprovanti un tentativo di corruzione dell'autorità giudiziaria.

Anche nel caso **Bucur *vs* Romania** (2013) la Corte ha sentenziato che l'arresto di un *whistleblower* sulla base della rivelazione di informazioni riservate violava il diritto alla libertà di espressione (art. 10 Conv. EDU), nonostante il caso coinvolgesse la sicurezza nazionale e i servizi segreti.

Il *whistleblowing* in Italia

Il *whistleblowing* in Italia

Con la **l. n. 190/2012 ("Legge anticorruzione")** è stata introdotta nell'ordinamento italiano la prima forma di tutela espressa della figura del WB, seppur circoscritta al settore del **pubblico impiego**.

All'**art. 54 *bis*** d.lgs. n. 165/2001 ("TU Pubblico Impiego") si è delineata la **tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti**, prevedendo

- **Tutela del posto di lavoro**: il pubblico dipendente che denuncia o riferisce condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto a una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia
- **Tutela dell'identità del segnalante**: viene stabilito che l'identità del segnalante non può essere rivelata nell'ambito del procedimento disciplinare senza il suo consenso, con due rilevanti eccezioni
  - la contestazione dell'addebito disciplinare contro la persona oggetto della segnalazione sia fondata esclusivamente sul contenuto della segnalazione stessa
  - la conoscenza dell'identità del segnalante sia assolutamente indispensabile per ragioni di difesa del segnalato

Il *whistleblowing* in Italia

La l. n. 190/2012 ha inoltre disposto

- l'esclusione della protezione del segnalante nei casi in cui il WB commetta un reato di calunnia, di diffamazione o abbia causato un danno ingiusto (*ex* art. 2043 c.c.)

- l'operatività della tutela solamente laddove la segnalazione sia indirizzata all'Autorità giudiziaria, alla Corte dei Conti, all'ANAC o al superiore gerarchico

- l'esclusione della segnalazione dal diritto d'accesso previsto dalla legge sul procedimento amministrativo (artt. 22 ss. l. n. 241/1990)

Il *whistleblowing* in Italia

Come emerge dall'art. 54 *bis* d.lgs. n. 165/2001

i rischi penali cui va incontro il segnalante

in mala fede

sono quelli di commettere

il reato di calunnia

il reato di diffamazione

Il *whistleblowing* in Italia

In tale contesto assumono centrale rilevanza le

Linee Guida ANAC
[Determinazione n. 6 del 28.04.15]

OBIETTIVO

offrire alle amministrazioni pubbliche italiane
una disciplina applicativa
rispetto alle disposizioni della l. n. 190/2012
attraverso un modello procedurale
per il trattamento delle segnalazioni

Il *whistleblowing* in Italia

Numerose sono state le critiche all'**art. 54 *bis***, ritenuto non in grado di incentivare le denunce da parte dei dipendenti pubblici e, semmai, in grado di disincentivarle a causa della sua **ambigua formulazione**.

Tra le altre cose, la norma è stata censurata laddove

- individua solo quattro soggetti idonei a ricevere la denuncia (Autorità giudiziaria, Corte dei Conti, ANAC e superiore gerarchico), senza specificare se vi siano casi dove il WB debba preferire un determinato soggetto (come invece avviene nel Regno Unito)
- non richiede l'istituzione di unità specifiche all'interno degli enti per la gestione delle segnalazioni

Il *whistleblowing* in Italia

- non tutela i dipendenti **privati**, collaboratori, appaltatori, stagisti

- tutela solo le segnalazioni in cui il dipendente sia venuto a conoscenza delle condotte illecite **in ragione del** rapporto di lavoro

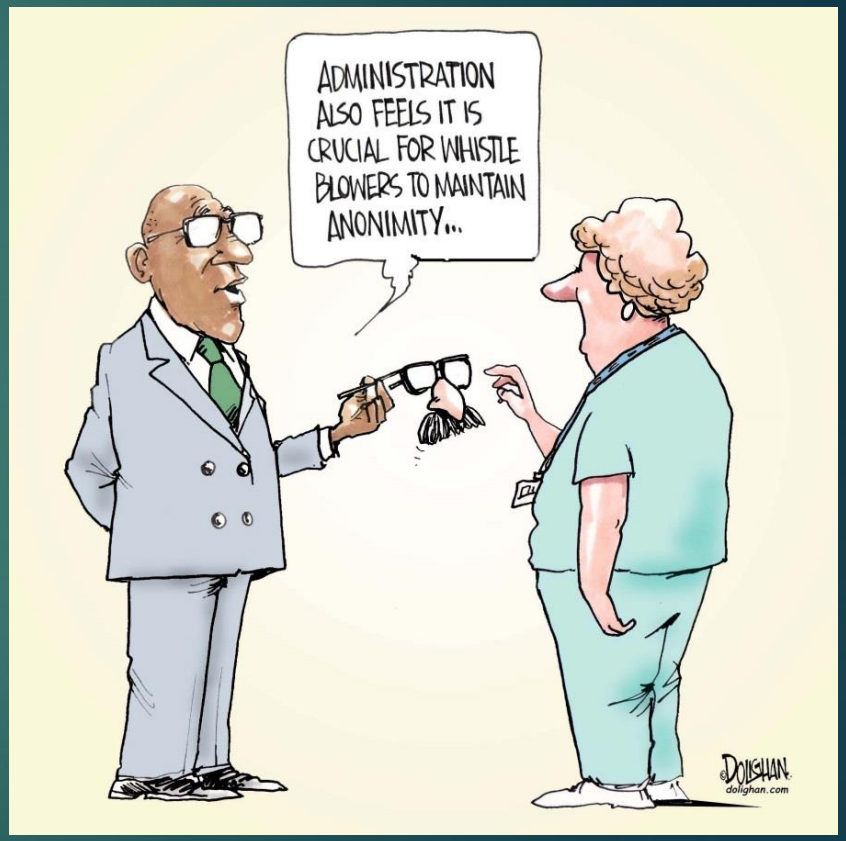
- il **diritto di accesso** (del segnalato) all'identità del segnalante sussiste in casi che non sono nella disponibilità del WB («qualora la contestazione sia fondata in tutto o in parte sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato»)

Il *whistleblowing* in Italia

- non prevede una forma specifica di responsabilità penale nei confronti del datore di lavoro che ostacoli intenzionalmente l'invio delle segnalazioni alle autorità competenti

- non incentiva le segnalazioni con **ricompense**

- non richiede attività di **sensibilizzazione** agli enti preposti, come il Ministero della Pubblica Amministrazione e la Semplificazione e il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca

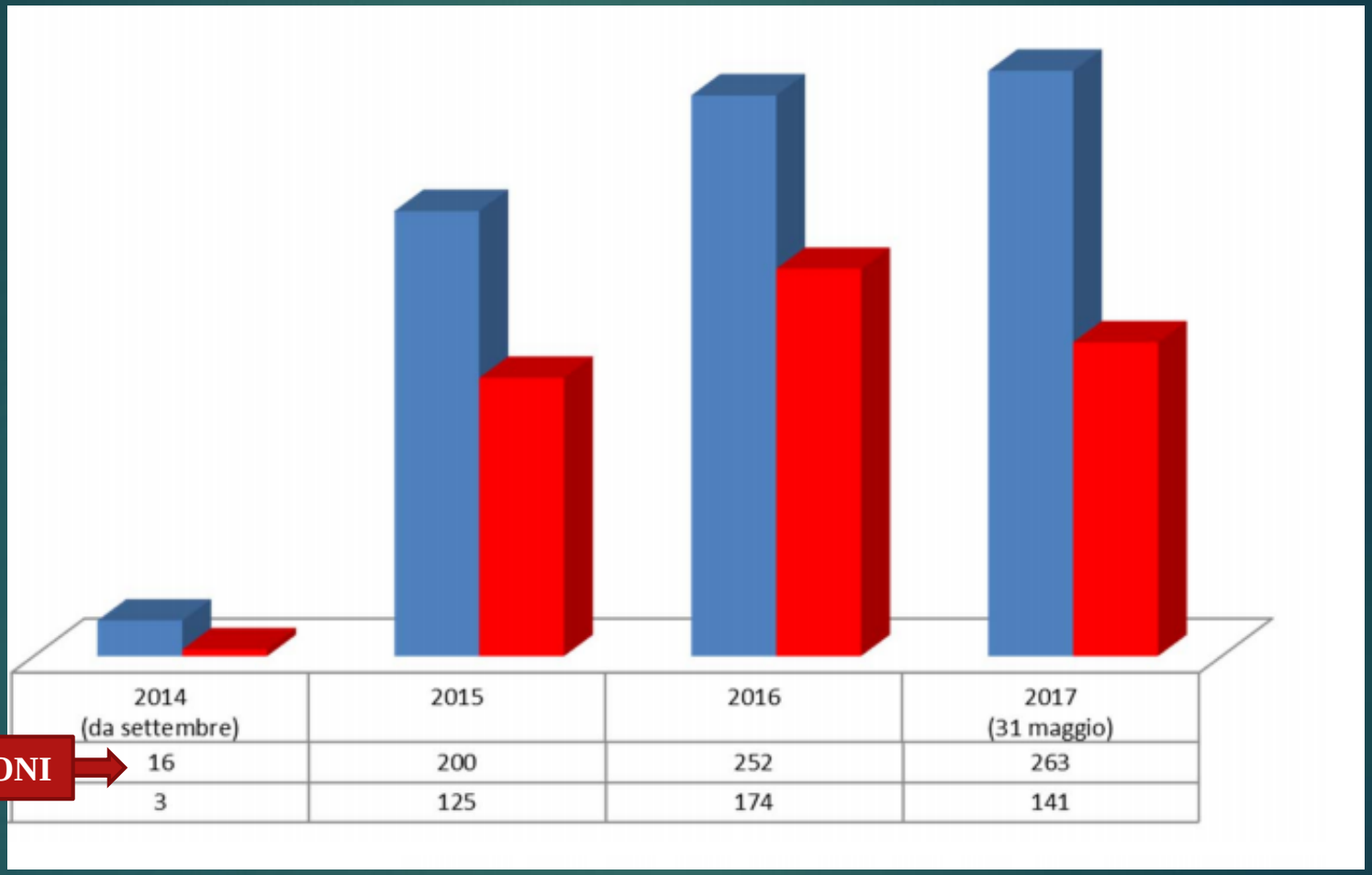


Il *whistleblowing* in Italia

A oggi il *whistleblowing*
è un istituto non ancora decollato
anche se dal 2012 le segnalazioni sono in aumento

- All'ANAC nei primi 5 mesi del 2017 ne sono arrivate 263 rispetto alle 252 dell'intero 2016
- Arrivano per il 75% dalle prime linee della P.A. (impiegati, insegnanti e personale sanitario), mentre sono molte meno quelle dagli alti livelli della P.A. (dirigenti, responsabili della prevenzione della corruzione, vertici militari)
- Le condotte illecite segnalate riguardano soprattutto gli appalti pubblici, l'attribuzione di incarichi pubblici e i concorsi pubblici

Il *whistleblowing* in Italia



	2014 (da settembre)	2015	2016	2017 (31 maggio)
SEGNALAZIONI	16	200	252	263
	3	125	174	141

Fonte: *ANAC, monitoraggio nazionale sull'applicazione del whistleblowing – 22.6.2017*

Il *whistleblowing* in Italia

Fonte: *ANAC, monitoraggio nazionale sull'applicazione del whistleblowing – 22.6.2017*

Legge 30 novembre 2017 n. 179

«Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro ***pubblico*** *o* ***privato****»*

In vigore dal **29 dicembre 2017**

Si compone di **3 articoli**
e mira, soprattutto, alla tutela dei lavoratori segnalanti

Legge 30 novembre 2017 n. 179

Art. 1: la **P.A.**
modifica l'**art. 54 *bis* del TU Pubblico impiego**

Art. 2: il **settore privato**
modifica l'**art. 6 del d.lgs. n. 231/2001**

Art. 3:
scriminante rivelazione segreto

La segnalazione nell'interesse all'integrità delle amministrazioni (**pubbliche o private**) e alla prevenzione e repressione delle malversazioni costituisce

giusta causa

- di rivelazione di notizie coperte dal segreto d'ufficio, professionale, scientifico e industriale (artt. 326, 622, 623 c.p.)
- di rivelazione di notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa (art. 2105 c.c.)

La norma NON si applica però ai rapporti di consulenza o di assistenza, o nel caso in cui il segreto sia rivelato con modalità eccedenti rispetto alle finalità dell'eliminazione dell'illecito e, in particolare, al di fuori del canale di comunicazione predisposto a tal fine

Legge 30 novembre 2017 n. 179

1. WB più garantito

Il **dipendente pubblico** che segnala ai responsabili anticorruzione, all'ANAC o ai magistrati ordinari e contabili illeciti che abbia conosciuto **in ragione del rapporto di lavoro** non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi (diretti o indiretti) sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione.

Art. 1: **la P.A.**

modifiche all'**art. 54 *bis* del TU pubblico impiego**

Dal punto di vista soggettivo, l'**ambito di applicazione è allargato** a ulteriori categorie di dipendenti pubblici e ai lavoratori, collaboratori e consulenti degli enti pubblici economici, a quelli degli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico, nonché ai lavoratori e collaboratori a qualsiasi titolo, di imprese fornitrici di beni o servizi che realizzano opere in favore della P.A.

Dal punto di vista oggettivo, la tutela riguarda le segnalazioni o denunce effettuate **nell'interesse dell'integrità della P.A.**

Legge 30 novembre 2017 n. 179

Art. 1: la P.A.

modifiche all'**art. 54 *bis* del TU pubblico impiego**

2. Segretezza identità

L'identità del WB, nell'ambito del

- **processo penale:** è coperta dal segreto nei limiti del c.p.p.
- **procedimento** davanti **Corte dei Conti:** non può essere rivelata fino alla chiusura della fase istruttoria
- **procedimento disciplinare:** non può essere rivelata se la contestazione dell'addebito è fondata su accertamenti ulteriori rispetto alla segnalazione

L'ANAC, sentito il Garante Privacy, adotta apposite **linee guida** relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni.
Le linee guida prevedono l'utilizzo di modalità informatiche e promuovono il ricorso a strumenti di crittografia per garantire la riservatezza del segnalante, del contenuto della segnalazione e della relativa documentazione

Legge 30 novembre 2017 n. 179

Art. 1: la P.A.

modifiche all'**art. 54 *bis* del TU pubblico impiego**

3. Sanzioni

L'ANAC, a cui l'interessato o i sindacati comunicano eventuali atti discriminatori, applica al responsabile una **sanzione amministrativa pecuniaria** da € 5.000 a € 30.000.
La mancata verifica della segnalazione e l'assenza o l'adozione di procedure discordanti dalle linee guida comportano una sanzione amministrativa pecuniaria da € 10.000 a € 50.000.

4. Atti discriminatori nulli

Sono previsti il **reintegro** nel posto di lavoro in caso di licenziamento e la **nullità** di ogni **atto** discriminatorio o ritorsivo. L'**onere della prova** è **invertito**: spetta all'ente dimostrare l'estraneità della misura adottata rispetto alla segnalazione.

Legge 30 novembre 2017 n. 179

Art. 1: la P.A.

modifiche all'**art. 54 *bis* del TU pubblico impiego**

5. Clausola «anti-calunnia»

Ogni tutela per il WB non è più garantita nei casi in cui sia accertata

- la **responsabilità penale** del segnalante, anche con sentenza di primo grado, per i reati di calunnia o diffamazione o, comunque, per reati commessi con la denuncia, ovvero
- la sua **responsabilità civile**, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave.

Legge 30 novembre 2017 n. 179

Legge 30 novembre 2017 n. 179

Art. 2

Settore privato

modifiche all'**art. 6**

del **d.lgs. n. 231/2001**

All'**art. 6** d.lgs. n. 231/2001
dopo il comma 2
sono **inseriti 3 nuovi commi**

2 *bis*

Prevede significative modifiche
ai modelli di organizzazione e gestione
di cui al co.1 lett. *a)*

2 *ter*

Prevede la possibilità di denunciare
l'adozione di misure discriminatorie
all'Ispettorato Nazionale del Lavoro.

2 *quater*

Sancisce la nullità
del licenziamento e di ogni altra misura
ritorsiva o discriminatoria
adottata nei confronti del WB.
Disciplina l'onere della prova.

Legge 30 novembre 2017 n. 179

Art. 2

Settore privato

modifiche all'**art. 6**

del **d.lgs. n. 231/2001**

Nuovo comma 2 *bis*

I modelli di organizzazione e gestione prevedono

a) uno o più **canali** che consentano ai soggetti di cui all'art. 5, co. 1, *lett. a)* e *b)** di presentare

a tutela dell'integrità dell'ente

segnalazioni circostanziate

- di condotte illecite rilevanti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti o
- di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte

Tali canali garantiscono la **riservatezza** dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione

(*) ossia: *«a) persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)».*

Legge 30 novembre 2017 n. 179

Nuovo comma 2 *bis*

I modelli di organizzazione e gestione prevedono

b) almeno un **canale alternativo** di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante

c) il **divieto** di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione

d) nel **sistema disciplinare** adottato ai sensi del co. 2 lett. *e)**, **sanzioni** nei confronti

- di chi viola le misure di tutela del segnalante
- di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelino infondate

Art. 2

Settore privato

modifiche all'**art. 6**

del **d.lgs. n. 231/2001**

(*) ossia *«il sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello»*.

Legge 30 novembre 2017 n. 179

Art. 2

Settore privato

modifiche all'**art. 6**

del **d.lgs. n. 231/2001**

Nuovo comma 2 *ter*

L'adozione di misure discriminatorie nei confronti dei soggetti che effettuano le segnalazioni di cui al co. 2 *bis* può essere **denunciata** all'Ispettorato Nazionale del Lavoro, per i provvedimenti di propria competenza, oltre che dal segnalante, anche dall'organizzazione sindacale indicata dal medesimo.

Legge 30 novembre 2017 n. 179

Art. 2

Settore privato

modifiche all'**art. 6**

del **d.lgs. n. 231/2001**

Nuovo comma 2 *quater*

Il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del soggetto segnalante è **nullo**.

Sono altresì nulli il mutamento di mansioni ai sensi dell'art. 2103 c.c., nonché qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del segnalante.

È **onere del datore di lavoro**, in caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari, o a demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti, o sottoposizione del segnalante ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, successivi alla presentazione della segnalazione, **dimostrare** che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa.

Legge 30 novembre 2017 n. 179

Art. 2

Settore privato

modifiche all'**art. 6**

del **d.lgs. n. 231/2001**

L'aspetto essenziale della legge è che essa è rivolta solo agli **enti che hanno adottato un Modello** di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. n. 231/01

La portata innovativa della riforma si esaurisce, infatti, nell'introdurre **nuovi requisiti di idoneità** dei modelli 231, che (come noto) sono facoltativi

Legge 30 novembre 2017 n. 179

La normativa pare aver colto (alcuni) spunti dalle

Linee Guida di Confindustria

in materia di Modelli 231 che, trattando il tema del *whistleblowing*, osservano

«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 cod. civ.
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»

Legge 30 novembre 2017 n. 179

«Nel disciplinare un sistema di *reporting* efficace, sarà opportuno garantire la riservatezza a chi segnala le violazioni. Allo stesso tempo, sarà opportuno prevedere misure deterrenti contro ogni informativa impropria, sia in termini di contenuti che di forma»

«La regolamentazione delle modalità di adempimento all'obbligo di informazione non intende incentivare il fenomeno del riporto di *rumors* interni (*whistleblowing*), ma piuttosto realizzare quel sistema di *reporting* di fatti e/o comportamenti reali che non segue la linea gerarchica e che consente al personale di riferire casi di violazione di norme all'interno dell'ente, senza timore di ritorsioni»

Legge 30 novembre 2017 n. 179

…non ha invece valorizzato un aspetto fondamentale delle

linee guida di Confindustria

ossia la possibilità di

«prevedere, accanto alle sanzioni disciplinari, **meccanismi premiali** riservati a quanti coopereranno al fine dell'efficace attuazione del modello, per esempio denunciando comportamenti individuali devianti (es. attraverso la regolazione di sistemi di *whistleblowing*). Spesso, infatti, quando si intende promuovere il rispetto delle regole, la prospettazione dei vantaggi derivanti dalla loro osservanza può risultare più efficace della minaccia di conseguenze negative per la loro violazione»

È un aspetto significativo in quanto pone il WB
nell'ambito di un rapporto collaborativo di aperta e onesta
comunicazione tra l'impresa e i suoi collaboratori
sul tema della **correttezza** nel mondo degli affari,
dell'**etica** dell'impresa e del rispetto della **legalità**.

Legge 30 novembre 2017 n. 179

ALCUNI SPUNTI PROBLEMATICI

La normativa non si riferisce a tutte le imprese, ma solo a quelle che abbiano adottato un Modello 231

la scelta è discutibile: la tutela dell'integrità aziendale è finalità rilevante solo per questi enti?

Il WB può essere uno dei soggetti *ex* art. 5 (apicale o sottoposto alla direzione o vigilanza dell'apicale), mentre il testo originario del d.d.l. contemplava anche coloro che collaborassero «a qualsiasi titolo» con l'ente

Oggetto della segnalazione possono essere solo reati (e illeciti amministrativi) presupposto *ex* d.lgs. n. 231 («rilevanti ai sensi del decreto»), oltre a violazioni del Modello 231

la limitazione è difficilmente comprensibile se il fine della norma è la tutela dell'«**integrità aziendale**»

Legge 30 novembre 2017 n. 179

ALCUNI SPUNTI PROBLEMATICI

La norma contiene condizioni per il WB che potrebbero rappresentare un **disincentivo** all'utilizzo dei canali di segnalazione a fronte del rischio che, per il mancato rispetto di esse, venga meno la tutela da ritorsioni.

La segnalazione (oltre che **rilevante** ai sensi del d.lgs. n. 231/01) deve infatti essere anche

- circostanziata
- fondata su elementi di fatto precisi e concordanti

Potranno essere segnalate condotte illecite commesse in danno dell'ente e non «a suo vantaggio», laddove le stesse non integrino anche violazione del Modello?

Legge 30 novembre 2017 n. 179

ALCUNI SPUNTI PROBLEMATICI

Il WB viene ricompreso nell'art. 6 sui flussi informativi che devono pervenire all'ODV.
Il nuovo co. 2 *bis*
non menziona però l'ODV come destinatario

Destinatario della segnalazione può essere un soggetto/comitato distinto, in tutto o in parte, dall'ODV?

La tutela prevista per i soggetti (pubblici o privati) danneggiati da denunce infondate è limitata

Nel pubblico: rispetto al testo originario del d.d.l. è stata soppressa la possibilità di licenziamento per giusta causa in caso di falsa segnalazione

Nel privato: WB responsabile solo nel caso di dolo o colpa grave

Nota illustrativa Confindustria

Con una nota del gennaio 2018 Confindustria ha cercato di offrire ai destinatari del Decreto 231 alcuni chiarimenti sulla nuova disciplina del WB

La nuova legge richiede che i canali di segnalazione garantiscano la «**riservatezza**» dell'identità del denunciante.

Il profilo della «riservatezza» è diverso da quello dell'«**anonimato**».
Come chiarito dalle Linee Guida ANAC (determinazione n.6/2015) il primo presuppone la rivelazione della propria identità da parte del denunciante che, infatti, «può godere di una tutela adeguata solo se si rende riconoscibile».

Ciò non esclude che i Modelli Organizzativi possano contemplare anche **canali per le segnalazioni anonime**.

Tuttavia, secondo Confindustria «tale ipotesi sembra rendere più complessa la verifica della fondatezza della denuncia, con il rischio di alimentare denunce infondate e mere doglianze che hanno poco a che fare con la tutela dell'integrità dell'ente».

Nota illustrativa Confindustria

Quanto alle **modalità di segnalazione**, su cui la legge n. 179/2017 non interviene, se non chiedendo almeno un canale informatico idoneo a garantire la riservatezza del WB

Confindustria ritiene che esse possano essere realizzate, ad esempio:

- attraverso l'utilizzo di **piattaforme informatiche**, anche gestite da terze parti indipendenti e specializzate;
- con l'attivazione di **caselle di posta elettronica dedicate**.

Nota illustrativa Confindustria

Circa il **destinatario delle segnalazioni**

Secondo Confindustria il Modello Organizzativo dovrebbe indicare chiaramente a quale soggetto o organo indirizzare le denunce.

«È opportuno che l'impresa individui i potenziali destinatari delle denunce alla luce della **natura**, delle **caratteristiche dimensionali**, della **struttura** di eventuali gruppi societari di riferimento e dell'eventuale esigenza di applicare ulteriori regolamentazioni riguardanti lo **specifico settore di attività**».

Nota illustrativa Confindustria

Secondo Confindustria il **destinatario delle segnalazioni** potrebbe essere, ad esempio:

- un soggetto o comitato specificamente individuato (quale l'ODV);
- un ente o soggetto dotato di comprovata professionalità, che si occupi di gestire la prima fase di ricezione delle segnalazioni in coordinamento con l'ente;
- il responsabile della funzione *compliance*;
- un comitato rappresentato da soggetti appartenenti a varie funzioni (ad esempio legale, *internal audit* o *compliance*);
- il datore di lavoro nelle PMI.

Nota illustrativa Confindustria

Secondo Confindustria

L'ODV potrebbe essere individuato come «destinatario autonomo e indipendente» delle denunce.

Tale soluzione sembra realizzare con efficacia le finalità della nuova disciplina, di salvaguardare l'integrità dell'ente e tutelare il segnalante.

Se l'ODV non è individuato come destinatario esclusivo, sembra comunque opportuno prevedere il suo coinvolgimento in via concorrente ovvero successiva, per evitare il rischio che il flusso di informazioni generato dal nuovo meccanismo di WB sfugga del tutto dal controllo dell'ODV.

Tale meccanismo, infatti, «è una parte del più ampio Modello Organizzativo di cui l'ODV è tenuto a verificare il funzionamento».

Spunti in ambito di «investigation»

Nell'intento di fornire qualche spunto sulle attività di *investigation* da condurre e sui comportamenti che l'ente dovrebbe tenere in caso di ricezione di una segnalazione è interessante richiamare una pronuncia della *Court of Appeal* del *Third District della Pennsylvania* del febbraio 2016

La pronuncia è stata resa nell'ambito di un procedimento instaurato dall'*ex* dipendente di una società quotata americana che, dopo aver segnalato alla *SEC* presunti comportamenti illeciti avvenuti all'interno dell'emittente, aveva **impugnato il proprio licenziamento** lamentando la violazione delle previsioni in materia di *anti-retaliation* dettate dal *Serbanes Oxley Act*

Spunti in ambito di «investigation»

La Corte d'Appello americana ha **rigettato** l'istanza del WB confermando la **correttezza del licenziamento** in quanto

- il WB aveva ricevuto approvazione per l'attività svolta presso la società sia prima che dopo il licenziamento
- molti altri dipendenti si erano lamentati in passato del comportamento inappropriato del segnalante
- la funzione HR aveva condotto una *investigation* dalla quale era emerso un comportamento inappropriato del segnalante verso alcuni subordinati e aveva per questo motivo (e non per il fatto della segnalazione alla SEC, di cui – peraltro – la funzione HR risultava essere all'oscuro) raccomandato il suo licenziamento
- nessun altro collega del segnalante (che avrebbe potuto contribuire alla segnalazione fatta dal dipendente) è stato destinatario di provvedimenti sanzionatori

Grazie per l’attenzione

borsari@studioborsari.it
riccardo.borsari@unipd.it