

n. 1 anno 2018

Whistleblowing: la nuova disciplina della delazione protetta. Quali riflessi per aziende e lavoratori ?

di Luca Failla



A seguito di pubblicazione in Gazzetta ufficiale in data 14 dicembre 2017 è divenuta legge anche in Italia la nuova normativa sul cd. Whistleblowing che tutela i lavoratori pubblici e privati che segnalino reati o anche solo irregolarità di cui sia venuti a conoscenza nell'ambito del proprio rapporto di lavoro.

La norma nel suo complesso ha lo scopo di garantire e tutelare il dipendente, pubblico o privato, che denunci l'illecito commesso da un suo collega ovvero da un superiore e che coinvolga la propria azienda, e ciò con garanzia di riservatezza e di tutela da atti di ritorsione o discriminazione o da altra misura ritorsiva (come il demansionamento ovvero il licenziamento ritorsivo). Sono tuttavia previste responsabilità e sanzioni (incluso il licenziamento per giusta causa) per il dipendente che effettui una segnalazione con dolo o colpa grave che si rilevi poi infondata.

L'iter della Legge. La disciplina del c.d. **whistleblowing** ha avuto un iter lungo e travagliato. La materia, ignorata per lungo tempo dal nostro ordinamento a causa della mancanza di un chiaro riferimento normativo, **ha trovato una iniziale disciplina** con l'entrata in vigore del **D.lgs. 231/2001**.

Il decreto citato, come è noto, ha introdotto la responsabilità penale delle imprese in relazione a reati specifici commessi nell'interesse delle stesse ovvero a loro vantaggio da parte di soggetti che rivestano posizioni apicali o da soggetti sottoposti alla direzione o vigilanza dei primi. La previsione dell'esonero da responsabilità per le imprese in grado di dimostrare di aver adottato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire la commissione di reati da parte dei soggetti sopra indicati ha indotto la maggior parte delle imprese ad elaborare ed introdurre apposite procedure interne per la raccolta e la gestione delle segnalazioni di possibili illeciti.

Tuttavia è solo nel 2002, con l'introduzione del **SarbanesOxley Act (SOX)**, normativa di diritto statunitense, con cui viene disciplinato per la prima volta il c.d. *whistleblowing* e la c.d. *whistleblowing protection* a tutte le aziende USA quotate alla borsa di New York, anche all'estero e quindi anche in Italia.

Più precisamente, per effetto del SOX, tutte le società quotate o da quotarsi su mercati americani hanno dovuto dotarsi di procedure per la ricezione ed il trattamento di denunce di irregolarità o

illeciti, pervenute in via confidenziale o anonima dai propri dipendenti e ciò garantendo nel contempo la massima tutela a favore degli autori delle denunce, i quali non potevano essere sospesi, licenziati e/o discriminati.

Nel 2006 il Gruppo dei Garanti Europei per la privacy riconosceva la legittimità di tali sistemi di denuncia degli illeciti. Nel 2009, il Garante per la Privacy, pur ribadendo la posizione comunitaria, segnalava l'opportunità di legiferare in materia essendo incerta la disciplina di vari aspetti di tali sistemi.

È dunque in questo solco che si inserisce la legge n. 179/2017 appena approvata dallo Stato Italiano. La normativa, **inizialmente prevista solo per i dipendenti pubblici, è stata estesa ma con approccio decisamente meno stringente e più programmatico, anche ai dipendenti del settore privato**, nonché ai lavoratori e collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica.

La tutela da atti ritorsivi e/o discriminatori. La legge prevede in via generale - codificando così un principio di non discriminazione e tutela che si ricava in ogni caso dal nostro ordinamento - la **tutela dell'identità dell'autore della segnalazione**, che dovrà restare riservata (sebbene la legge preveda la necessità di segnalazioni individuate, restando irrilevanti e prive di tutela quelle anonime) ed il divieto di atti ritorsivi o discriminatori diretti o indiretti nei confronti del segnalante in ragione della segnalazione effettuata. Ne consegue dunque che il **dipendente, pubblico o privato, che dovesse segnalare illeciti o irregolarità non potrà essere sanzionato**, licenziato, demansionato ovvero trasferito ad altra sede in conseguenza della effettuata denuncia. Sarà infatti **onere del datore di lavoro**, in caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari o altro tipo di provvedimenti a carico del denunciante, successivi alla presentazione della segnalazione, di **provare che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa**.

La disciplina nel settore pubblico. La nuova normativa interviene efficacemente sul settore pubblico dove modifica l'art 54 bis del TU pubblica amministrazione (D.lgs. 165/2001) , prevedendo norme chiare e procedure formalizzate che mirano da un lato a favorire l'emersione di comportamenti illeciti ad opera di pubblici dipendenti e dall'altro forniscono adeguate coperture e tutela del dipendente delatore da eventuali ritorsioni o discriminazioni da parte della Amministrazione Pubblica.

Per le aziende Pubbliche infatti la disciplina è immediatamente efficace ed operativa, fatta salva la futura redazione di linee guida ad opera della Autorità Anti corruzione, facoltizzando la legge sin da subito i dipendenti pubblici a presentare eventuali denunce anche alla Autorità Giudiziaria, in linea con il sentire comune rispetto all'interesse dello Stato e della comunità collettiva di repressione dei comportamenti illeciti dei pubblici funzionari grazie alla collaborazione dei pubblici impiegati.

La disciplina del settore privato. Diversamente dal settore pubblico, invece, nel settore privato la legge non detta una disciplina *ad hoc* ma si limita a prevedere interventi di revisioni dei già esistenti modelli di organizzazione previsti dalla Legge 231/2001 senza neppure prevedere come sarebbe stato opportuno almeno un termine ultimo per la revisione dei modelli.

Nel settore privato, infatti, la nuova norma appare decisamente più cauta, quasi che lo Stato sia meno interessato alla emersione di comportamenti illeciti, così come si evince da diverse ragioni: 1. innanzitutto la legge non è immediatamente operativa (come nella PA) ma solo programmatica, in quanto prevede l'obbligo per le aziende di modificare i modelli di organizzazione e gestione di cui alla legge 231/2001 al fine di prevedere "uno o più canali" che consentano la segnalazione di condotte illecite che tuttavia dovranno essere molto rigorose (diversamente dalla PA) dovendo

essere "circostanziate" e avente ad oggetto "condotte illecite, rilevanti (...) e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti (...) di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte", con un naturale effetto deflattivo di tali denunce.

In attesa di tali modifiche dei modelli ex legge 231/2001 la presentazione di segnalazione da parte di dipendenti privati di comportamenti illeciti appare al momento di difficile realizzazione, fatta salva la possibilità, nei casi più gravi, di adire la Autorità giudiziaria per la presentazione di denunce aventi ad oggetto la commissione di veri e propri reati.

Peraltro non è chiaro - la legge non lo dice - cosa succeda per le aziende che non abbiano modelli di organizzazione e gestione ex Legge 231/2001 ovvero se la legge - come pare - si applichi unicamente alle aziende soggette in qualche modo alla previsione della L. 231/2001: se così fosse tuttavia si restringerebbe e di molto il campo di applicazione della stessa normativa nel settore privato con possibili questioni di costituzionalità quanto ai diritti dei lavoratori diversamente tutelati a seconda delle aziende - soggette o meno alla Legge 231/2001 - in cui si trovino a lavorare, a meno di non voler considerare la facoltà di segnalazione nelle aziende private ex Legge 231/2001 unicamente ammessa ed esercitabile da parte dei dipendenti in relazione a fatti/reato connessi con la attività versus (anche qui) la Pubblica Amministrazione.

Un intervento chiarificatore del Ministero del Lavoro in tal senso non sarebbe a mio avviso inopportuno.

Come si è detto, nell'ambito del lavoro privato la legge 179/2017 impone dunque alle aziende i) la modifica del modello organizzativo adottato ex Legge 231/2001, il quale, opportunamente modificato, dovrà **indicare i) "uno o più canali"** nonché ii) **"un canale alternativo di segnalazione con modalità informatiche" che garantisca la segretezza (ma non l'anonimato) del denunciante**, per consentire la segnalazione degli illeciti e/o irregolarità, non necessariamente integranti fatti-reati bensì anche solo condotte illecite da parte di tutti i dipendenti.

Tali "canali" di segnalazione dovranno opportunamente garantire al contempo la riservatezza dell'identità dell'autore della segnalazione così come la previsione di sanzioni per i comportamenti abnormi commessi con dolo o colpa grave da parte del denunciante, ferma restando la responsabilità personale del denunciante nei casi suddetti. Si dovrà pertanto mettere mano ai modelli ex Legge 231, addirittura con la previsione di sanzioni disciplinari progressive incluso il licenziamento nei casi più gravi per comportamenti negligenti o colpevoli del lavoratore denunciante.

Tuttavia la legge non prevede un termine specifico per l'adozione di tali modifiche ai modelli ex Legge 231, lasciando così alle aziende private un certo margine di flessibilità diciamo così temporale per la modifica dei modelli ex legge 231/2001.

È plausibile ritenere che la genericità della previsione in merito ai "canali" per consentire la segnalazione degli illeciti così come la loro generica indicazione (al contrario risultando preferibile una loro più specifica definizione in sede di applicazione aziendale) genererà non poche difficoltà interpretative nell'applicazione della legge e sulle eventuali conseguenze nei rapporti fra dipendenti, soprattutto se di livello gerarchico differente.

A ciò si aggiunga l'assenza di un termine di introduzione delle modifiche richieste dalla legge nella previsione di tali modifiche ai modelli ex legge 231/2001 che - a mio avviso - non aiuterà di certo una immediata implementazione di siffatte modifiche.

Sempre nel settore privato, con una disciplina totalmente differente dal settore pubblico che non mi pare del tutto giustificata, la legge richiede criteri molto più stringenti per la redazione delle denunce: esse infatti debbono avere ad oggetto - parafrasando malamente mi pare l'art. 192 del codice di procedura penale sulle prove - "*condotte illecite, fondate su elementi di fatto, precisi e concordanti*", criteri che - a mio avviso - tenderanno inevitabilmente a scoraggiare la presentazione di denunce da parte dei lavoratori privati, giustamente timorosi delle possibili responsabilità verso cui potrebbe andare incontro poi qualora la denuncia non rispondesse nemmeno inizialmente ai criteri prescritti dalla legge (senza parlare delle difficoltà per lo stesso denunciante di "vagliare" con piena consapevolezza gli elementi di "colpevolezza" di un collega se non magari di un proprio superiore in suo eventuale possesso).

I codici di whistleblowing già adottati nelle aziende private. La legge da ultimo - e questo mi pare un ulteriore punto di possibile complicazione - non tiene conto della esistenza in molte aziende del settore privato soprattutto internazionali ma non solo dell'esistenza di codici di whistleblowing già adottati.

In questi anni infatti le aziende private, soprattutto se di grosse dimensioni sia nazionali che multinazionali, hanno già adottato autonomamente dei codici di whistleblowing facoltizzanti la presentazione di segnalazioni da parte dei propri dipendenti con modalità simili a quelle previste dalla legge.

Alla luce della legge, tuttavia tutti i codici whistleblowing già esistenti dovranno essere inevitabilmente coordinati ed armonizzati con le previsioni della Legge 179 (in termini di procedure, formalità e contenuti ad esempio con riferimento alla previsione di sanzioni ad hoc) con costi ed oneri a carico delle aziende.

Per le aziende che avessero già in essere policies o procedure *whistleblowing* interne (e sono tante) si renderà dunque necessaria la loro integrazione con quanto previsto oggi dalla nuova legge, al fine di renderle ottemperanti ai requisiti previsti dalla stessa.

La responsabilità del denunciante. Da ultimo - e ciò vale sia per il settore pubblico che quello privato - se è vero che il lavoratore denunciante è protetto contro comportamenti discriminatori da parte del datore di lavoro è anche vero che qualora il comportamento denunciato risultasse infondato (anche solo con sentenza di primo grado e pertanto non definitiva come prevede la stessa legge 179/2017 il che pare una anomalia) ciò farà sorgere la responsabilità del dipendente denunciante non solo che abbia agito per dolo (il che è doveroso) ma anche solo per colpa grave. Ciò comporterà certamente un naturale effetto deflattivo delle segnalazioni, da un lato dovendo il denunciante, per non incorrere in sanzioni e/o responsabilità, farsi carico molto prudentemente di una valutazione preventiva circa la fondatezza o l'esito delle denunce che andrà ad effettuare al tempo stesso, non potendo spesso il denunciante valutare fino in fondo la sussistenza degli addebiti e l'esito finale delle denunce, con grave rischio poi di essere sanzionato per non avere potuto prevedere efficacemente l'esito delle proprie denunce.

Sarà fondamentale che prima di effettuare la denuncia ogni lavoratore faccia tutte le verifiche del caso, eventualmente anche appoggiandosi ad un consulente del settore, al fine di ridurre i rischi di una successiva responsabilità personale. E' fondamentale in questi casi usare correttezza e buona fede, attenendosi a regole di prudenza e misura.

Conclusioni. E' decisamente presto per dire oggi se la nuova legge produrrà quel positivo e benefico effetto dal basso atto a purificare le aziende normalmente pubbliche (e anche qualcuna privata) da quei comportamenti scorretti verso cui ormai giustamente non siamo più disponibili a

mostrare tolleranza (si pensi agli abusi dei furbetti del cartellino o le finte malattie, per dirne solo alcune, che danneggiano sia il rendimento delle stesse aziende che i veri malati). Bisognerà certamente attendere gli sviluppi ma soprattutto come le stesse aziende ed i vertici delle stesse intenderanno favorire o meno le segnalazioni da parte di dipendenti onesti ovvero se si vorrà preferire la conservazione dello *status quo*, frustrando magari i buoni propositi e la trasparenza del personale.

Tema delicato su cui riflettere.

Luca Failla, avvocato e giuslavorista, founding partner LabLaw Failla Rotondi & Partners