



La disciplina del whistleblowing

Nota illustrativa

Gennaio 2018

Indice

1. L'iter legislativo

2. La disciplina del settore privato (articolo 2)

i. *Le disposizioni in materia lavoristica*

ii. *Il destinatario delle segnalazioni: prime considerazioni*

1. L'iter legislativo

Il 29 dicembre 2017 è entrata in vigore la legge n. 179 recante "*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*" (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 291 del 14 dicembre 2017).

La legge mira a incentivare la collaborazione dei lavoratori per favorire l'emersione dei fenomeni corruttivi all'interno di enti pubblici e privati. L'introduzione di una disciplina *ad hoc* sul fenomeno del c.d. whistleblowing recepisce l'invito, rivolto all'Italia da alcuni organismi internazionali impegnati sul fronte anticorruzione, a rafforzare l'azione di prevenzione e contrasto di questo fenomeno, anche con la previsione di sistemi che consentono ai lavoratori di segnalare in condizioni di sicurezza gli eventuali illeciti di cui vengono a conoscenza. Alcuni anni fa, ad esempio, si è espressa in tal senso anche la Commissione UE nella *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, pubblicata nel mese di febbraio 2014.

L'approvazione definitiva è intervenuta a distanza di due anni dalla presentazione della proposta di legge presso la Camera.

Al termine del lungo iter legislativo risulta confermata la struttura del provvedimento, che distingue la disciplina del settore pubblico (art. 1) da quella del settore privato (art. 2), ed è stata integrata la disposizione sull'obbligo del segreto d'ufficio, aziendale, professionale, scientifico e industriale (art. 3).

Confindustria, insieme al sistema associativo, ha monitorato il provvedimento sin dalla presentazione e ne ha condiviso le finalità, evidenziando al contempo i profili critici e i possibili correttivi.

Anche in occasione dell'Audizione presso la Camera dei Deputati¹, nel 2015, Confindustria ha evidenziato che l'implementazione di meccanismi di protezione del denunciante da eventuali ritorsioni rappresenta un forte incentivo all'emersione di pratiche illegali realizzate all'interno dell'ente, che resterebbero altrimenti sommerse. Il whistleblower va quindi individuato come il soggetto che contribuisce a ripristinare la legalità nell'ente di appartenenza.

Tuttavia, il testo originario delineava per il settore privato una disciplina caratterizzata dalla forte matrice pubblicistica, poco coerente con prassi e normative di tale settore, e da un'eccessiva articolazione dei contenuti che avrebbe lasciato uno spazio molto ridotto alle scelte organizzative delle imprese.

¹ [Audizione](#) del Direttore Generale Marcella Panucci, presso le Commissioni riunite Giustizia e Lavoro, del 28 ottobre 2015.

Durante le successive fasi parlamentari di esame del testo sono state recepite alcune proposte di Confindustria che hanno consentito sia di migliorare l'assetto della disciplina (su cui vedi *infra*), anche mediante l'inserimento di elementi idonei a ridurre il rischio di denunce pretestuose, sia di individuare in via definitiva l'ambito soggettivo di operatività della nuova normativa (art. 2) negli enti che intendono istituire un sistema di prevenzione degli illeciti ai sensi del d. lgs. n. 231/2001, c.d. decreto 231.

Pertanto, nel complesso, i correttivi apportati alla disciplina del settore privato hanno determinato il superamento di alcune importanti criticità del testo originario.

In ogni caso, permane un'impostazione tesa a proteggere il soggetto segnalante in misura prevalente rispetto a quello segnalato. Per evitare eccessivi squilibri in fase applicativa, ad esempio, l'esigenza di tutelare la riservatezza dell'identità del primo dovrebbe essere temperata con quella di salvaguardare il diritto di difesa del segnalato, nel caso in cui la segnalazione sia abusiva. Infatti, il diritto di difesa del segnalato potrà essere pienamente esercitato solo dopo aver individuato l'identità del denunciante e accertato l'eventuale natura abusiva della segnalazione; tuttavia, nelle more della definizione del giudizio, la posizione del soggetto segnalato rischia di essere compromessa, quanto meno sul piano reputazionale.

Confindustria monitorerà la fase applicativa della nuova disciplina che, in definitiva, può contribuire a sensibilizzare le imprese sull'importanza di puntare anche sulla collaborazione delle risorse per creare un sistema efficace di prevenzione degli illeciti, anche corruttivi. Peraltro, in questa stessa ottica si pone l'iniziativa su cui Confindustria sta lavorando per supportare anche le imprese con una ridotta complessità organizzativa a implementare alcune misure anticorruzione non obbligatorie per legge, che possono includere anche meccanismi più agili di gestione del whistleblowing.

Nei paragrafi che seguono si illustrano i principali contenuti della legge n. 179/17 di maggiore interesse per le imprese.

2. La disciplina del settore privato (articolo 2)

Per quanto riguarda il settore privato, l'articolo 2 della legge n. 179/17 interviene sul decreto 231 e inserisce all'articolo 6 (*"Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente"*) una nuova previsione che inquadra nell'ambito del modello organizzativo 231 (di seguito, anche MO) le misure legate alla presentazione e gestione delle segnalazioni.

Di conseguenza, la legge prevede per le imprese che adottano il MO l'obbligo di dare attuazione anche alle nuove misure; mentre non sussistono elementi per ritenere che sia stato introdotto anche il più ampio obbligo di adottare il modello organizzativo.

In particolare, ai sensi del nuovo comma 2-*bis*, il MO prevede le seguenti misure aggiuntive.

- a. Uno o più canali che consentano ai soggetti indicati nell'articolo 5, comma 1, lettere a) e b), di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto 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;**
- b. almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante.**

Prima degli ultimi correttivi, il testo introduceva l'obbligo di soggetti apicali e sottoposti di effettuare le segnalazioni. Questa previsione, tuttavia, risultava poco coerente sia con la natura volontaria delle denunce tipicamente riconducibili al fenomeno del whistleblowing, sia con l'impostazione del decreto 231 che mira a indicare le esigenze cui il modello organizzativo deve rispondere e non, invece, a predeterminare i contenuti del modello stesso. Inoltre, sarebbe stato estremamente difficile verificare il rispetto di tale obbligo e sanzionarne le eventuali violazioni.

Per riallineare la nuova disciplina del whistleblowing con il decreto 231 Confindustria ha proposto, innanzitutto, di eliminare il riferimento all'obbligo di segnalazione come contenuto del modello organizzativo e di indicare, invece, alcuni elementi del modello organizzativo idonei a consentire la corretta presentazione e gestione delle segnalazioni.

La proposta di modifica è stata recepita insieme a quelle che, da un lato, hanno delimitato l'oggetto delle segnalazioni e, dall'altro, hanno rafforzato il fondamento delle stesse, nell'ottica di limitare il rischio di un utilizzo strumentale e inefficace della nuova misura strumento.

Infatti, la legge dispone che il MO preveda appositi canali per consentire, in particolare, la denuncia delle violazioni del modello stesso e degli illeciti rilevanti ai sensi del decreto 231. L'individuazione di questo specifico ambito di riferimento risulta direttamente collegata alla previsione per cui le segnalazioni sono presentate "a tutela dell'integrità dell'ente". Tali denunce, inoltre, devono essere circostanziate e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, così da non disperdere l'efficacia della nuova misura e agevolare, invece, l'emersione di condotte che con molta probabilità risulteranno illecite.

La legge, opportunamente, non interviene sui profili più operativi e richiede che i canali con cui veicolare le segnalazioni dei lavoratori garantiscano la riservatezza dell'identità del denunciante nelle diverse fasi di gestione della denuncia e che, almeno uno di essi, provveda a tali garanzie con modalità informatiche. In via esemplificativa, si ritiene che tali modalità possano essere realizzate anche attraverso l'utilizzo di piattaforme informatiche anche gestite da terze parti indipendenti e specializzate, oltre che con l'attivazione di caselle di posta elettronica dedicate.

Sul punto si evidenzia che il profilo della riservatezza dell'identità del segnalante è diverso da quello dell'anonimato.

Anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione chiarisce che il primo presuppone la rivelazione della propria identità da parte del denunciante che, infatti, può godere di una tutela adeguata soltanto se si rende riconoscibile (v. Determinazione ANAC n. 6 del 28 aprile 2015 – "Linee Guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti").

Ciò non esclude che i modelli organizzativi possano contemplare anche canali per effettuare segnalazioni in forma anonima. 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. Per contenere questo rischio, sarebbe opportuno quanto meno rafforzare il fondamento della denuncia, ad esempio prevedendo che sia documentata adeguatamente ovvero che sia resa con dovizia di particolari e "in grado di far emergere fatti e situazioni relazionandoli a contesti determinati" (v. Determinazione ANAC sopra richiamata, par. 2).

Ai fini della tutela della riservatezza dell'identità del segnalante, possono essere consultati anche i [principi](#) di carattere generale che l'ANAC ha formulato nel 2015 con riferimento alla regolamentazione del whistleblowing nel settore pubblico, nei limiti della compatibilità con la

disciplina prevista dalla legge n. 179/2017 per il settore privato. Tali principi riguardano anche gli aspetti più operativi e attinenti alla creazione dei sistemi informatici di supporto.

Sotto il profilo dei possibili canali attivabili, si riportano alcuni esiti dell'indagine che Confindustria ha svolto a dicembre 2016 presso un campione ristretto di piccole e medie imprese associate per verificare l'effettiva diffusione dei modelli organizzativi 231 e delle misure per prevenire la corruzione. In particolare, quasi il 90% delle imprese dotate del MO ha adottato anche sistemi di regolazione del whistleblowing. La maggior parte delle imprese prevede che le segnalazioni siano presentate attraverso la posta elettronica – spesso dedicata – e che il destinatario sia l'Organismo di Vigilanza 231.

Fermo restando che almeno uno dei canali di segnalazione deve *“garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante”*, si possono individuare eventuali modalità ulteriori e prevedere che le segnalazioni vengono inviate, ad esempio, attraverso il servizio postale ordinario, il deposito fisico presso cassette *ad hoc* ovvero la trasmissione di fax.

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

In una fase intermedia dell'iter legislativo, la proposta di legge prevedeva che il modello organizzativo contemplasse il divieto di atti discriminatori, appena richiamato. In parallelo, si garantiva il diritto dell'ente di tutelarsi nel caso di illeciti penali o civili commessi dal segnalante attraverso la denuncia, ma solo in presenza di alcune condizioni (ad es. l'accertamento della responsabilità di natura penale), che rischiavano di posticipare eccessivamente l'attivazione degli strumenti di difesa, rendendoli inefficaci.

Al riguardo è stata recepita la proposta di riesperire il pieno diritto dell'ente di tutelarsi e, quindi, di eliminare le specifiche previsioni che avrebbero di fatto ulteriormente limitato l'esercizio di tale diritto, per certi versi già condizionato dall'impostazione della nuova disciplina (v. precedente par. 1).

d. *Nel sistema disciplinare adottato ai sensi del comma 2, lettera e), sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate.*

Anche la regolamentazione del sistema disciplinare ha subito alcune modifiche nel corso dell'esame della proposta di legge. Le formulazioni iniziali del testo prevedevano che il sistema disciplinare sanzionasse soltanto le violazioni degli obblighi di riservatezza e gli atti di ritorsione o discriminatori verso il segnalante.

Questa impostazione rendeva tuttavia la disciplina poco equilibrata: molto attenta a tutelare la posizione del segnalante, ma debole sul fronte della tutela dell'ente e dei soggetti deputati a gestire le denunce, anche nei casi di infondatezza.

Pertanto, Confindustria ha proposto di superare questa criticità e di prevedere le sanzioni anche nei confronti di chi effettua segnalazioni infondate, con ciò rafforzando l'efficacia deterrente del sistema disciplinare nel suo complesso.

Il testo definitivo della legge è in linea con questo approccio e contiene, infatti, tale integrazione.

i. *Le disposizioni in materia lavoristica*

La legge inserisce all'articolo 6 del decreto 231 due ulteriori disposizioni in materia lavoristica.

In particolare, si prevede che il segnalante e l'organizzazione sindacale di riferimento possono denunciare all'Ispettorato Nazionale del Lavoro le misure discriminatorie eventualmente adottate dall'ente (nuovo comma 2-ter, art. 6). Tale disposizione rischia di determinare incertezza applicativa, in quanto non sussistono specifiche sanzioni amministrative applicabili a tali condotte e, pertanto, essa non comporta effetti concreti in termini di tutela del segnalante.

Inoltre, viene prevista in via espressa la nullità delle misure ritorsive o discriminatorie, compresi il licenziamento e il mutamento di mansioni, assunte nei confronti del soggetto segnalante in un fase successiva alla denuncia (nuovo comma 2-quater, art. 6). Nel caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari o all'adozione di ulteriori misure organizzative con effetti negativi sulle condizioni di lavoro del segnalante (demansionamenti; licenziamenti; trasferimenti), il datore di lavoro ha l'onere di dimostrare che esse sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa.

La disposizione desta perplessità per l'appesantimento dell'onere probatorio in capo al datore, tanto più laddove fosse – erroneamente – interpretata nel senso che ad esso spetti addirittura di provare l'insussistenza dell'intento discriminatorio della misura.

L'ordinamento, in realtà, ammette l'inversione probatoria in presenza almeno di un principio di prova o di una presunzione, fornita dal soggetto interessato, che lasci ipotizzare un nesso tra la segnalazione e la misura adottata in danno dell'autore. Si fa riferimento, ad esempio, al mancato avanzamento di carriera che può essere motivato da intenti discriminatori ovvero da una valutazione sul merito. In tal caso, dovrebbe essere onere dell'"autore" fornire alcuni elementi minimi da cui presumere un intento discriminatorio o ritorsivo a suo danno a seguito della segnalazione. In questo senso si richiama, in via esemplificativa, l'art. 40 del c.d. Codice delle pari opportunità (D. Lgs. n. 198/2006) in merito alla prova dell'insussistenza della discriminazione in ragione del sesso.

Viceversa, ai sensi della legge n. 179/17, l'autore della denuncia viene sollevato da questo, pur minimo, onere di allegazione. Si impone, pertanto, un'interpretazione di stretto diritto della disposizione in esame, nel senso che, per considerare legittima la sanzione irrogata, deve ritenersi sufficiente la prova della sussistenza – oltre che del comportamento contestato – di un nesso causale tra la sanzione stessa e il comportamento contestato, senza ulteriori accertamenti in ordine alla motivazione del provvedimento adottato.

ii. Il destinatario delle segnalazioni: prime considerazioni

In considerazione dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa – vale a dire, gli enti dotati di modello organizzativo 231 – si ritiene che il MO stesso debba indicare chiaramente a quale soggetto o organo devono essere indirizzate le segnalazioni oggetto delle nuove disposizioni.

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. A titolo esemplificativo, i destinatari potrebbero essere i seguenti:

- un soggetto o comitato specificamente individuato, quale l'Organismo di Vigilanza;
- un ente o soggetto esterno 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.

Inoltre, ai fini dell'ideale configurazione del soggetto/ente deputato a ricevere le segnalazioni, occorre prestare attenzione al ruolo dell'Organismo di Vigilanza.

L'Organismo di Vigilanza, ad esempio, potrebbe essere individuato come destinatario autonomo e indipendente delle denunce. Tale soluzione sembra poter realizzare con efficacia le finalità della nuova disciplina, di salvaguardare l'integrità dell'ente e tutelare il segnalante; finalità che difficilmente potrebbero essere perseguite se, invece, le segnalazioni venissero recapitate a soggetti nei cui confronti il segnalante abbia una posizione di dipendenza funzionale o gerarchica ovvero al presunto responsabile della violazione ovvero ancora a soggetti che abbiano un potenziale interesse correlato alla segnalazione.

Se, invece, l'Organismo di Vigilanza 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 whistleblowing sfugga del tutto al controllo dell'Organismo di Vigilanza. D'altra parte occorre considerare che tale meccanismo è una parte del più ampio MO di cui l'Organismo di Vigilanza è tenuto a verificare il funzionamento.

Come anticipato, tra le possibili soluzioni operative l'impresa potrebbe valutare anche di indirizzare le segnalazioni a un soggetto esterno tenuto a coordinarsi con l'ente. In particolare, l'interlocuzione con un soggetto esterno che abbia competenze in materia di diritto penale ed esperienza nel settore consentirebbe all'impresa di ricevere una valutazione qualificata e documentata della denuncia ricevuta e, di conseguenza, ne agevolerebbe la gestione interna. Questa opzione, peraltro, risulta favorita da un'ulteriore nuova disposizione della legge n. 179/17 (art. 3, co. 2) che sembra assicurare soltanto al professionista esterno alcune garanzie affini a quelle riconosciute al difensore nel processo penale (art. 103 c.p.p.), che possono facilitare la gestione equilibrata delle segnalazioni, come illustrato di seguito.

In primo luogo, l'articolo 3 (comma 1) si riferisce alle denunce effettuate ai sensi della nuova disciplina e prevede che il perseguimento dell'integrità dell'ente e il contrasto delle malversazioni costituiscono giusta causa per rivelare notizie coperte dall'obbligo del segreto d'ufficio (art. 326 c.p.), professionale (art. 622 c.p.), scientifico e industriale (art. 623 c.p.) e riconducibili all'obbligo di fedeltà dei lavoratori (art. 2.105 c.c.). In questi casi, quindi, se mediante la segnalazione viene rivelato il segreto – oggetto di obbligo di legge – la sanzione penale non si applica, poiché l'interesse all'emersione degli illeciti viene considerato prevalente rispetto a quello di tutela della segretezza.

La giusta causa sopra richiamata non opera, invece, se il soggetto tenuto al segreto professionale è venuto a conoscenza della notizia nell'ambito del rapporto di consulenza o assistenza con l'impresa o la persona fisica interessata (comma 2). In tale ipotesi l'eventuale rivelazione del segreto configura il reato. Peraltro, la norma sembra applicabile con riferimento non soltanto al soggetto segnalante, ma anche al destinatario della segnalazione che, se ha un rapporto di consulenza o di assistenza con l'ente, potrà opporre il segreto professionale sulle indagini e le valutazioni che siano state effettuate sui fatti denunciati. Come anticipato, questa previsione potrebbe agevolare la gestione del sistema di whistleblowing per le imprese che individuano all'esterno il destinatario delle segnalazioni. Infatti, è importante che tale soggetto sia posto nelle condizioni di dare seguito

alle denunce ricevute oppure considerarle prive di rilevanza ovvero diffamatorie, senza temere che ciò possa essere valutato *ex post* come contributo alla commissione dell'illecito o come condotta di favoreggiamento.

DEFINIZIONI	
Destinatari della nuova normativa privatistica	Le organizzazioni private: società, gruppi di società, organizzazioni non governative - onlus, fondazioni, associazioni ecc. con modello organizzativo 231.
Segnalante	Chi è testimone di un illecito o di un'irregolarità sul luogo di lavoro e decide di segnalarlo. Per gli enti privati, il riferimento è alle "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 da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso", nonché a "persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti" precedentemente menzionati.
Segnalazione	Comunicazione del segnalante avente ad oggetto informazioni "circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del [... decreto 231] 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".
Segnalato	Il soggetto cui il segnalante attribuisce la commissione del fatto illecito/irregolarità oggetto della segnalazione.
Destinatario della segnalazione	Soggetto/i o organo dell'organizzazione privata, che ha il compito di ricevere, analizzare, verificare le segnalazioni (anche con l'eventuale supporto di altre funzioni dell'organizzazione).
Canali per le segnalazioni	Canali individuati dall'ente quali mezzi, interni o esterni all'organizzazione stessa, con cui veicolare le segnalazioni. L'ente deve dotarsi di "almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante".
Ritorsioni	"Atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente alla segnalazione."