



Rendere gli adempimenti previsti dalle norme,
l'occasione per accrescere l'efficienza della vostra struttura.



**L' applicabilità in Italia
dell'istituto del
WHISTLEBLOWING**

Definizione

Il termine “whistleblowing” indica un fenomeno proprio del mondo anglosassone che si è sviluppato nell’ultimo decennio a seguito degli scandali avvenuti nel mondo finanziario.

Il termine viene fatto derivare per lo più dalla segnalazione di un fallo nelle discipline sportive o dal “fischietto” dei poliziotti inglesi quando in passato ravvisavano la commissione di un crimine.



Definizione

“Whistleblower” è il lavoratore (ma non solo) che segnala ad organismi di vigilanza, secondo modalità predeterminate, la conoscenza di comportamenti censurabili, in quanto contrari a disposizioni normative o a regolamenti aziendali, compiuti da altri soggetti all’interno delle stesse società.



Finalità

Questo strumento legale ha il fine di garantire una informazione tempestiva in merito ad eventuali tipologie di rischio (frodi ai danni o ad opera dell'organizzazione, negligenze, illeciti, minacce).



Riferimenti normativi internazionali

L'istituto del *whistleblowing* è puntualmente regolamentato negli Stati Uniti (Sarbanes-Oxley Act, False Claims Act) e in Gran Bretagna (Public Interest Disclosure Act).

Nell'Europa continentale vi sono una serie di Convenzioni applicative che fanno riferimento a provvedimenti delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa finalizzate a dettare regole contro la corruzione pubblica e privata.

Il 13 novembre 2007 la Francia ha adottato una legge per la protezione dei *whistleblower*.

Quadro normativo italiano

Le procedure volte ad introdurre il principio della segnalazione di fatti o comportamenti aziendali ritenuti censurabili rispetto agli obblighi di trasparenza finanziaria, o volti a contrastare episodi di corruzione, in Italia non avevano una regolamentazione sino all'entrata in vigore della legge n.190/2012 «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione».



Quadro normativo italiano

Precisamente l'art. 1, comma 51, legge n. 190/2012, in relazione al D.Lgs. 30.03.2001, n. 165, "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", introduce dopo l'articolo 54 una nuova disposizione, l'articolo 54-bis, intitolato "Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti"(titolo IV- Rapporti di lavoro), con entrata in vigore dal 27.11.2012.

Il legislatore ha scelto pertanto di non creare una normativa completa e indipendente sul whistleblowing ma ha optato per l'inserimento della materia all'interno della normativa giuslavorista vigente per il settore del pubblico impiego.

Quadro normativo italiano

art. 54-bis, comma 1, del nuovo D.Lgs. n. 165/2001:

«Fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., il pubblico dipendente che denuncia all'Autorità Giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia»

Quadro normativo italiano

Art. 54 bis, comma 2, del nuovo D.lgs.196/01:

«nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. 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».

.



Quadro normativo italiano

L'art. 54-bis, comma 3: «L'adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della Funzione Pubblica, per i provvedimenti di competenza, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere»;

Art. 54-bis, comma 4: «La denuncia è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7.08.1990, n. 241, e successive modificazioni». Le segnalazioni vanno pertanto ad aggiungersi alle categorie di atti esclusi dal diritto d'accesso da parte della persona interessata, contemplate ai sensi dell'art. 24 D.Lgs. n. 241/1990.

Quadro normativo italiano

Le criticità

Si tratta, secondo i primi commentatori, di un intervento legislativo estremamente incompleto.

Tale circostanza sarebbe basata sulle seguenti critiche:

1. inesistente previsione, all'interno del contesto del nuovo art. 54-bis D.Lgs. n. 165/2001, di strumenti o istituti finalizzati alla promozione ed all'incentivo del whistleblowing,
2. limitazione dell'ambito di applicazione della disciplina del whistleblowing al solo settore pubblico,
3. assenza di una specifica disciplina in relazione alle c.d. segnalazioni anonime, fenomeno ampiamente diffuso nel contesto del whistleblowing.

Quadro normativo italiano

Le criticità

4) l'identità del segnalatore può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato. L'estrema genericità della previsione “assolutamente indispensabile” (foriera di prevedibili contenziosi quantomeno sotto l'aspetto interpretativo) e, non da ultimo, di sicuro effetto disincentivante, tenuto conto delle innegabili negative ripercussioni in capo al whistleblower qualora fosse rilevata la sua identità.

Quadro normativo italiano

Le criticità

5) Mancata indicazione dei criteri di scelta dei destinatari della segnalazione atteso che il primo comma del richiamato art. 54-bis , nell'indicare i possibili destinatari delle segnalazioni (diretto superiore, Autorità Giudiziaria, Corte dei conti) ha del tutto omesso di fornire indicazioni sul se e sul come il whistleblower debba scegliere tra gli indicati destinatari, né risulta essere stata prevista l'istituzione di specifiche unità per la gestione di tali segnalazioni all'interno degli stessi enti o quantomeno una qualche forma di razionale coordinamento tra gli stessi.



Quadro normativo italiano

Le criticità

6) le uniche segnalazioni protette sono quelle riguardanti informazioni acquisite in ragione del rapporto di lavoro e non anche quelle riscontrate in occasione del rapporto di lavoro, escludendo pertanto dalla possibile protezione le denunce relative a fatti conosciuti casualmente sul luogo di lavoro.



Quadro normativo italiano

Proposta di legge del 30 ottobre 2013

I deputati del Movimento cinque Stelle hanno presentato una proposta di legge composta di 17 articoli, con l'obiettivo di garantire maggior tutela al segnalante, in ambito sia pubblico che privato, e creare un sistema di gestione interna di tali segnalazioni.

- È prevista l'applicabilità a qualunque segnalazione effettuata secondo buona fede (anche laddove i reati e le irregolarità oggetto di segnalazione risultino inesistenti);
- La legge non si applica alle segnalazioni di reati o irregolarità che configurano il reato di calunnia o di diffamazione;

Quadro normativo italiano

Proposta di legge del 30 ottobre 2013

- È esclusa la possibilità di svelare l'identità del segnalante senza il suo consenso;
- Sono possibili segnalazioni anonime che saranno prese in considerazione ove sufficientemente documentate;
- È prevista una inversione dell'onere della prova a carico del datore di lavoro per dimostrare che ogni misura presa ai danni del segnalante, sia motivata da ragioni estranee alla segnalazione;
- Gli enti pubblici o privati possono dotarsi di organi interni autonomi che si occuperanno di valutare le segnalazioni;
- È previsto un divieto di clausole pattizie limitative del diritto di fare segnalazioni di reati o irregolarità;

Quadro normativo italiano

Proposta di legge del 30 ottobre 2013

- È istituito un Ufficio indipendente per la ricezione delle segnalazioni che ha diversi compiti tra cui quello di assegnare i premi e redigere statistiche sulle segnalazioni;
- Alle segnalazioni di reati e irregolarità non si applica il diritto di accesso;
- Il segnalante di fatti che comportano un danno erariale e all'immagine della P.A. è attribuita una somma di denaro, a titolo di premio, di importo compreso tra il 15 e il 30 per cento della somma recuperata a seguito della condanna definitiva della Corte dei conti. (con il limite di 2 milioni di euro);
- Viene abrogato l'art.54 bis del decreto legislativo 165/01.

Quadro normativo italiano

Oltre a quanto citato è possibile ritrovare nel nostro ordinamento una serie di riferimenti normativi che possono contribuire a consentire e in qualche misura a giustificare l'eventuale adozione di sistemi di segnalazione riconducibili al fenomeno del whistleblowing.



I riferimenti normativi legittimanti

I sistemi di segnalazione sono previsti per perseguire:

- finalità di tutela di ordine generale del sistema (tutela della stabilità dei mercati finanziari, lotta alla corruzione, contrasto alla criminalità economica e finanziaria, tutela dei risparmiatori, ecc.);
- finalità di tutela di interessi interni all'azienda (obbligo di correttezza e fedeltà dei dipendenti e collaboratori, con particolare riguardo alla tutela del segreto industriale e aziendale, la sicurezza sul lavoro, ecc.).



I riferimenti normativi legittimanti

Le finalità di tutela di ordine generale

L'ordinamento induce e, talvolta, impone alle società (in particolar modo quelle quotate) l'adozione di sistemi di *corporate* e di *control governance*.



I riferimenti normativi legittimanti

Finalità di tutela di interessi interni all'azienda

Art. 2104 del Codice Civile

1. Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale.
2. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende.



I riferimenti normativi legittimanti

Finalità di tutela di interessi interni all'azienda

Art. 2105 del Codice Civile

1. Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio.

I riferimenti normativi legittimanti

Finalità di tutela di interessi interni all'azienda

Articoli 1175 e 1375 del Codice Civile che fanno riferimento ai principi generali di correttezza e buona fede che devono ispirare ogni prestazione giuridicamente rilevante.



I riferimenti normativi legittimanti

Finalità di tutela di interessi interni all'azienda

Art. 2381, comma 3, del Codice Civile per il quale il CdA, sulla base delle informazioni ricevute, valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società.



I riferimenti normativi legittimanti

Finalità di tutela di interessi interni all'azienda

Art. 2408 del Codice Civile in tema di denunce al collegio sindacale di fatti ritenuti censurabili, da parte degli azionisti.



I riferimenti normativi legittimanti

Finalità di tutela di interessi interni all'azienda

Art. 20, comma 2, lett. e, D.Lgs. 81/08, che tra i vari obblighi del lavoratore prescrive l'immediata segnalazione al datore di lavoro, al dirigente o al preposto delle deficienze dei mezzi di lavoro e dei dispositivi di sicurezza, nonché di qualsiasi eventuale condizione di pericolo di cui venga a conoscenza.

I riferimenti normativi legittimanti

Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231

“Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica”



I riferimenti normativi legittimanti

Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231

L'art. 6 prevede che la società possa essere esonerata da tale responsabilità se prova, tra l'altro, che:

“...l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quelli verificatisi”;



I riferimenti normativi legittimanti

Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231

L'art. 6 prevede che la società possa essere esonerata da tale responsabilità se prova, tra l'altro, che:

“... il compito di vigilare sul funzionamento, l'efficacia e l'osservanza dei modelli nonché di curare il loro aggiornamento è stato affidato ad un organismo interno dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo”;

I riferimenti normativi legittimanti

Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231

L'art. 6 prevede che la società possa essere esonerata da tale responsabilità se prova, tra l'altro, che:

- "...l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quelli verificatisi”;
- "... il compito di vigilare sul funzionamento, l'efficacia e l'osservanza dei modelli nonché di curare il loro aggiornamento è stato affidato ad un organismo interno dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo”;
- "...non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo”;
- il modello deve “prescrivere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello organizzativo”.

I riferimenti normativi legittimanti

Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231

L'art. 6 prevede che la società possa essere esonerata da tale responsabilità se prova, tra l'altro, che:

“...non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo”;

il modello deve “prescrivere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello organizzativo”.

I riferimenti normativi legittimanti

Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231

Linee guida di Confindustria:

... la reale capacità di prevenzione di un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo può considerarsi direttamente proporzionale all'efficacia del sistema di segnalazione e delle procedure che riguardano e disciplinano i flussi informativi verso l'Organismo di Vigilanza.



I limiti all'applicabilità

Aspetti giuslavoristici

La previsione di un obbligo in capo ai dipendenti di vigilare sulla compliance aziendale e di segnalare ogni fatto rilevante per la whistleblowing policy sarebbe da ritenersi del tutto incompatibile con il nostro ordinamento.

Infatti, la sorveglianza sull'attività lavorativa può essere esercitata esclusivamente dal datore di lavoro, dai superiori gerarchici del soggetto controllato e dal c.d. personale di vigilanza entro i limiti fissati dalla legge

I limiti all'applicabilità

Aspetti giuslavoristici

L'art. 3, Legge 300/70, stabilisce che il controllo sull'attività lavorativa non può avvenire tramite personale non identificabile da parte dei lavoratori, come personale addetto al controllo, ma può essere fatto dal datore di lavoro direttamente, o tramite i superiori gerarchici. Il personale direttivo ha, infatti, potere di vigilanza nel contesto delle mansioni affidategli, potere di vigilanza che è noto ai dipendenti e non necessita di alcuna pubblicità.

I limiti all'applicabilità

Aspetti giuslavoristici

La giurisprudenza considera legittimi i cd. “controlli difensivi”.

La Suprema Corte ha specificato che *“il divieto di controlli occulti sul lavoratore previsto dagli art. 2 e 3 l. n. 300 del 1970 non opera laddove il datore di lavoro attivi detti controlli non già per verificare la diligenza del lavoratore nello svolgimento della sua attività ma la presenza o meno di una condotta fraudolenta da parte dello stesso il quale, simulando di uscire dal luogo di lavoro per recarsi, nell'ambito del proprio incarico aziendale, a trovare clienti e/o potenziali clienti, in realtà passi il tempo in tutte altre occupazioni estranee all'attività lavorativa”*.



I limiti all'applicabilità

Aspetti giuslavoristici

Un limite che può essere riconosciuto a questa interpretazione giurisprudenziale è che la legittimità del controllo è affidata ad una valutazione puramente a posteriori: chi effettua il controllo in incognito non può ex ante sapere se rileverà un comportamento illecito del dipendente o unicamente un suo legittimo comportamento solutorio, ma solo nel primo caso il controllo occulto potrà essere ritenuto legittimo.

I limiti all'applicabilità

Aspetti giuslavoristici

In ogni caso, anche se l'art. 3, L. 300/70, non disciplina espressamente le modalità di svolgimento dei controlli, bisogna tenere presente che il controllo non potrà svolgersi in maniera lesiva della dignità e riservatezza del lavoratore, essendo il potere di sorveglianza intrinsecamente limitato ex art. 1375 c.c. dalla clausola generale di buona fede.

Sono da escludere verifiche arbitrarie, non imparziali e inique tali da screditare il dipendente o da comprometterne il decoro davanti a colleghi e senza un ragionevole motivo.

I limiti all'applicabilità

La tutela dei dati personali oggetto delle comunicazioni ai sensi del D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

L'attività conseguente ad una segnalazione comporta la raccolta di informazioni rilevanti ai sensi della normativa in materia di protezione dei dati personali sia del soggetto segnalante sia di quello segnalato.

I limiti all'applicabilità

La tutela dei dati personali oggetto delle comunicazioni ai sensi del D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

La violazione di tali prescrizioni, oltre ad esporre l'azienda a sanzioni penali ed amministrative, e a poter avere risvolti di responsabilità in sede civile, renderebbe inutilizzabili le informazioni acquisite sia in sede giudiziale, sia per sanzionare disciplinarmente il segnalato, frustrando gli sforzi fatti per far emergere comportamenti scorretti.

I limiti all'applicabilità

La tutela dei dati personali oggetto delle comunicazioni ai sensi del D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

Garante per la Protezione dei dati personali *«Segnalazione al Parlamento e al Governo sull'individuazione, mediante sistemi di segnalazione, degli illeciti commessi da soggetti operanti a vario titolo nell'organizzazione aziendale»* del 10 dicembre 2009.

La Whistleblowing Policy

Una guida interpretativa per dotarsi di una procedura che recepisca l'istituto del Whistleblowing è il Parere WP117 (1/2006) del 1 febbraio 2006 del Gruppo di lavoro dei Garanti europei “relativo all'applicazione della normativa UE sulla protezione dei dati alle procedure interne per la denuncia delle irregolarità riguardanti la tenuta della contabilità, i controlli contabili interni, la revisione contabile, la lotta contro la corruzione, la criminalità bancaria e finanziaria”



La Whistleblowing Policy

Il Parere WP117 del Gruppo di lavoro dei Garanti europei fornisce preliminari indicazioni per rendere i trattamenti di dati personali effettuati tramite i menzionati sistemi di segnalazione conformi ai principi contenuti nella direttiva 95/46/Ce.



La Whistleblowing Policy

Esse sono:

- 1) la fonte legittimante;
- 2) presupposti di liceità del trattamento:
 - soggetti preposti e natura delle informazioni;
 - soggetto legittimato a ricevere le segnalazioni;
 - tempi di conservazione delle informazioni;
 - l'informativa al dipendente;
 - la notificazione al Garante per la protezione dei dati personali;
 - comunicazione dei dati all'estero.
- 3) esercizio del diritto di accesso da parte dell'interessato.



Conclusioni

L'adozione di una procedura sul whistleblowing, ove rispettosa delle condizioni indicate, può considerarsi legittimata non tanto in ragione di una specifica fonte normativa (*nel nostro ordinamento il whistleblowing non è regolamentato da alcuna legge specifica*), quanto piuttosto dall'identità di ratio sottesa, individuabile, nella tutela del sistema economico nell'ambito del quale opera lo stesso soggetto giuridico chiamato all'attuazione di detti schemi.



Grazie dell'attenzione!