

WHISTLEBLOWING - I PRIMI ORIENTAMENTI APPLICATIVI SULLA LEGGE 179/2017

A pochi mesi dall'entrata in vigore della Legge 30 novembre 2017 n. 179 sul c.d. *Whistleblowing*, i punti aperti sono ancora molti ma i datori di lavoro possono trarre le prime indicazioni dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione Penale sul settore pubblico e dalla nota di Confindustria emanata appositamente per il settore privato.

LA NUOVA NORMATIVA

La Legge 179/2017 reca "*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*".

La Legge è intervenuta modificando l'art. 54-bis del Testo Unico sul pubblico impiego (D.Lgs. 165/2001) e l'art. 6 del D.Lgs. 231/2001 per quanto riguarda il settore privato.

La nuova normativa è focalizzata sulla tutela della riservatezza dell'identità del segnalante e sul divieto di atti di ritorsione collegati alla segnalazione ma il segnalante resta sanzionabile se effettua con dolo o colpa grave una segnalazione infondata.

SETTORE PRIVATO

L'art. 2 della Legge sul *Whistleblowing* incide sulla disciplina della responsabilità da reato degli enti, inserendo i commi 2-bis, 2-ter e 2-quater all'art. 6 del D.Lgs. 231/2001.

È in tal modo imposto un adeguamento dei modelli di organizzazione e gestione adottati dagli enti, i quali devono prevedere:

- uno o più canali che consentano ai soggetti apicali o subordinati, garantendone la riservatezza dell'identità, di presentare a tutela dell'integrità dell'ente segnalazioni circostanziate di condotte illecite

Aspetti principali

- Nel settore privato la nuova normativa si applica solo agli enti che si dotino di modello di organizzazione e gestione ai sensi del D.Lgs. 231/2001;
- La nuova disciplina per il settore pubblico si applica a tutti i dipendenti pubblici, ai dipendenti di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico, nonché ai lavoratori e collaboratori di imprese fornitrici di beni o servizi che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica;
- Per le segnalazioni occorrono appositi canali di comunicazione, anche informatici, che garantiscano la riservatezza dell'identità del segnalante;
- Sono nulle le misure ritorsive adottate nei confronti del segnalante;
- È onere del datore di lavoro provare che sanzioni disciplinari, licenziamenti o altre misure organizzative avente impatto negativo sul segnalante siano fondate su ragioni estranee alla segnalazione.

C L I F F O R D

C H A N C E

rilevanti ex D.Lgs. 231/2001 e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello stesso, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte;

- almeno un canale alternativo di segnalazione, con modalità informatiche, che garantisca ugualmente la riservatezza dell'identità del segnalante.

Inoltre:

- sono vietati e risultano nulli gli atti di ritorsione o discriminatori nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione. Tali atti possono essere denunciati all'Ispettorato nazionale del lavoro dal segnalante oppure da un'organizzazione sindacale indicata dal medesimo;
- con una completa inversione dell'onere della prova, è il datore di lavoro, in caso di controversie relative a sanzioni disciplinari, demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti o altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, a dover dimostrare che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione.
- il sistema disciplinare previsto dal modello di organizzazione e gestione deve prevedere sanzioni:
 - da un lato, nei confronti di chi violi le misure di tutela del segnalante;
 - dall'altro lato, nei confronti del segnalante che effettui con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelino infondate.

Campo di applicazione

La nuova normativa non pone una disciplina generale per i rapporti di lavoro nel settore privato, bensì delle previsioni riguardanti solo gli enti che abbiano adottato un modello di organizzazione e gestione ex D.Lgs. 231/2001.

Il coordinamento della disciplina sul *Whistleblowing* (che fa riferimento alla segnalazione di condotte illecite rilevanti ai sensi del D.Lgs. 231/2001) con quella in materia di responsabilità da reato degli enti fa sorgere il dubbio se oggetto di segnalazione tutelata possano essere solo condotte illecite rientranti fra i reati presupposto che siano commesse nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Il tenore letterale della norma sembra deporre in questo senso, ma le imprese potranno decidere se includere nel proprio sistema di *Whistleblowing* anche altre tipologie di segnalazioni.

Protezione dei dati personali

Il sistema di segnalazione deve essere altresì coordinato con la disciplina in materia di protezione dei dati personali (come già segnalato nel 2009 dal Garante per la protezione dei dati personali), soprattutto alla luce del recente Regolamento UE c.d. GDPR applicabile a partire dal 25 maggio 2018.

Il presupposto per la liceità del trattamento, in alternativa al consenso espresso degli interessati, potrebbe essere individuato nella necessità di adempiere un obbligo legale (cfr. art. 6, p. 1, lett. c) GDPR) o nel perseguimento di un legittimo interesse del titolare del trattamento (cfr. art. 6, p. 1, lett. f) GDPR), tuttavia solo assumendo che il legislatore del 2017 abbia

soppesato la meritevolezza del legittimo interesse in relazione agli altri interessi in gioco, ritenendola prevalente. Alla luce del paradigma della c.d. accountability che caratterizza il GDPR, potrebbe essere onere dei singoli titolari del trattamento dimostrare di aver effettuato in concreto questa valutazione fra interessi in gioco.

Vi è inoltre un potenziale conflitto fra il diritto di accesso del segnalato e l'esigenza di proteggere l'identità del segnalante, che sembra però essere risolto mediante una legittima limitazione del diritto di accesso al fine di perseguire interessi meritevoli di tutela (cfr. art. 23 GDPR).

Nota illustrativa di Confindustria

Nel gennaio 2018, Confindustria ha redatto una nota illustrativa sulla disciplina del *Whistleblowing* che fornisce alcune indicazioni utili ai destinatari della normativa nel settore privato.

L'interesse principale di Confindustria, anche nel corso dell'iter legislativo a cui ha contribuito, è stato quello di ottenere un bilanciamento fra gli interessi del segnalante e quelli del segnalato – primariamente il diritto di difesa.

Un primo profilo su cui Confindustria si è soffermata è quello della riservatezza dell'identità del segnalante, evidenziando che:

- la riservatezza dell'identità del segnalante presuppone la rivelazione dell'identità da parte del segnalato ed è quindi diversa dall'anonimato. Il denunciante infatti può godere di una tutela adeguata da parte dell'ente solo se si rende riconoscibile;
- ciò non esclude che i modelli organizzativi possano contemplare anche canali per effettuare segnalazioni in forma anonima. Questo renderebbe però più complessa la verifica della fondatezza della denuncia e sarebbe a maggior ragione opportuno per l'ente richiedere l'inserimento di informazioni specifiche con dovizia di particolari o adeguata documentazione.

Soggiungiamo che il sistema di segnalazione potrebbe imporre al segnalante il riserbo sulla segnalazione sino a quando gliene venga comunicato l'esito: altrimenti, la riservatezza dell'identità del segnalante potrebbe essere minata dal segnalante stesso e l'ente non potrebbe garantirne la tutela.

Un secondo aspetto importante su cui le linee guida danno utili indicazioni attiene alla figura del destinatario delle segnalazioni, che deve essere indicato con chiarezza dal modello organizzativo.

- È opportuno che l'impresa individui i potenziali destinatari delle denunce alla luce della natura/caratteristiche dimensionali/struttura di eventuali gruppi di riferimento/specifico settore di attività.
- Il destinatario potrebbe essere individuato nell'Organismo di Vigilanza (OdV). L'indipendenza dell'OdV garantisce infatti maggior tutela del segnalante e dell'integrità dell'ente. Anche non a titolo esclusivo, pare comunque opportuno prevedere un coinvolgimento dell'OdV nell'ambito del suo compito di vigilanza sul funzionamento del modello organizzativo.
- Il destinatario potrebbe essere individuato in un ente o soggetto esterno dotato di comprovata professionalità. Questo soggetto inoltre, ai sensi dell'art. 3 co. 2 della Legge sul *Whistleblowing*, potrà opporre il segreto professionale su indagini o valutazioni effettuate sui fatti denunciati.

Questo garantisce a tale soggetto di svolgere la sua funzione di destinatario delle segnalazioni senza temere di incorrere in responsabilità per contributo alla commissione dell'illecito o favoreggiamento.

- Altri destinatari potrebbero essere il responsabile della funzione *compliance*, un comitato di soggetti appartenenti a varie funzioni, o nelle piccole-medie imprese, se non vi sono alternative ragionevolmente percorribili, il datore di lavoro.

Infine, Confindustria puntualizza come la nuova Legge - opportunamente - non intervenga sui profili più operativi della gestione delle segnalazioni, lasciando libere le imprese di scegliere le modalità informatiche, quali piattaforme informatiche anche gestite da terzi indipendenti e specializzati, oltre all'attivazione di caselle di posta elettronica dedicate.

SETTORE PUBBLICO

L'art. 1 della Legge sul *Whistleblowing* modifica l'art. 54-bis del D.Lgs. n. 165/2001, che già prevedeva norme a tutela del pubblico dipendente che avesse denunciato condotte illecite di cui fosse venuto a conoscenza nell'ambito del rapporto di lavoro. La norma include tra i destinatari della tutela i dipendenti di enti privati sottoposti a controllo pubblico e i lavoratori e collaboratori di imprese fornitrici di beni o servizi che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica.

La nuova normativa detta disposizioni più dettagliate, tra cui le seguenti:

- nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante può essere rivelata solo nel caso in cui la contestazione sia fondata in tutto o in parte sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, fermo il consenso del segnalante alla rivelazione dell'identità. Nell'ambito del procedimento penale si applica l'art. 329 c.p.p. (v. il paragrafo seguente);
- le tutele della nuova normativa non saranno garantite nei casi in cui sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia o diffamazione o comunque per reati commessi con la segnalazione ovvero la sua responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave.

La pronuncia della Cassazione sulla tutela della riservatezza

La Corte di Cassazione ha ritenuto che può essere rivelata, anche in sede disciplinare, l'identità del dipendente pubblico denunciante, ricavabile dall'utilizzo delle proprie credenziali per effettuare la segnalazione attraverso la casella di posta elettronica interna. La condizione è che la contestazione si basi in tutto o in parte sulla segnalazione e sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato conoscere il nome di chi lo accusa.

Ove poi la segnalazione venga utilizzata in ambito penale non vi è alcuno spazio per l'anonimato (o, meglio, per il riserbo sulle generalità del segnalante) atteso che la Legge 179/2017 precisa espressamente che "*nell'ambito del procedimento penale l'identità del segnalante è coperta dal*

segreto nei modi e nei limiti previsti dall'art. 329 del codice di procedura penale" (Cass. Pen., Sez. VI, sentenza n. 9407/2018)

INTEGRAZIONE DELLA DISCIPLINA SULL'OBBLIGO DI SEGRETO

Occorre in ogni caso tenere conto che l'art. 3 della nuova Legge integra la disciplina dell'obbligo di segreto sia per il settore pubblico sia per il settore privato, disponendo che:

- il perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e repressione delle malversazioni costituisce giusta causa di rivelazione di notizie coperte dall'obbligo di segreto d'ufficio (art. 326 c.p.), segreto professionale (art. 622 c.p.), segreto scientifico e industriale (art. 623 c.p.) e dall'obbligo di fedeltà (art. 2105 c.c.);
- l'obbligo di segreto si ritiene comunque violato nel caso di rivelazioni effettuate con modalità eccedenti rispetto alle finalità di eliminazione dell'illecito oppure al di fuori dei canali di comunicazione specificamente previsti;
- la giusta causa di rivelazione non opera nel caso in cui il soggetto gravato dell'obbligo di segreto professionale sia venuto a conoscenza della notizia in ragione di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza con l'ente/impresa/persona fisica interessata.

CONTATTI

Simonetta Candela
Partner

T +39 028063 4245
E simonetta.candela@cliffordchance.com

Jean-Paule Castagno
Counsel

T +39 028063 4317
E jean-paule.castagno@cliffordchance.com

Marina Mobiglia
Senior Associate

T +39 028063 4339
E marina.mobiglia@cliffordchance.com

Pasquale Grella
Senior Associate

T +39 028063 4289
E pasquale.grella@cliffordchance.com

Questa pubblicazione ha l'obiettivo di fornire informazioni di carattere generale rispetto all'argomento trattato e non deve essere intesa come un parere legale né come una disamina esaustiva di ogni aspetto relativo alla materia oggetto del documento.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Piazzetta M.Bossi, 3, 20121 Milano, Italia

© Clifford Chance 2018

Clifford Chance Studio Legale Associato

Abu Dhabi • Amsterdam • Bangkok •
Barcellona • Pechino • Bruxelles • Bucharest •
Casablanca • Dubai • Düsseldorf • Francoforte
• Hong Kong • Istanbul • Londra •
Lussemburgo • Madrid • Milano • Mosca •
Monaco di Baviera • New York • Parigi • Perth
• Praga • Roma • San Paolo del Brasile •
Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo •
Varsavia • Washington, D.C.

Clifford Chance ha un accordo di cooperazione con Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm a Riad

Clifford Chance ha un rapporto di collaborazione con Redcliffe Partners in Ucraina.