

Primi giudizi degli avvocati sulla recente normativa che ha esteso la «delazione» nel privato

# Whistleblowing, si ampliano gli strumenti anticorruzione

Pagine a cura di ANGELO COSTA

**N**on tutti gli avvocati d'affari sembrano entusiasti per le novità in tema di whistleblowing. L'istituto di origine anglosassone, nato per tutelare i dipendenti pubblici che segnalano illeciti in funzione anticorruzione, è stato infatti esteso dal legislatore italiano anche al settore privato: la legge n. 179/2017, entrata in vigore il 29 dicembre scorso, ha infatti ampliato l'ambito di applicazione del whistleblowing da un lato rivisitando la disciplina pubblica già prevista dalla «legge Severino» (n. 190/2012), e dall'altro introducendo questa disciplina nell'ambito dei modelli di organizzazione e gestione previsti dall'articolo 6 del d.lgs. n. 231/2001.

Anche se in maniera «pudica», in Italia vengono ammesse le segnalazioni



anonime (che rimangono invece vietate in altri paesi dell'Unione europea), facilmente consentite dalle tecnologie fornite dai service provider attivi nel settore.

Favorevole all'estensione al privato dell'istituto è **Anna Romano**, name

partner dello studio legale **Satta Romano**: «il whistleblowing è un istituto che può rivelarsi utilissimo. Molto opportunamente la riforma mira a renderlo più efficiente, estendendolo all'ambito di applicazione a soggetti, come società

pubbliche e operatori privati, e a segmenti di attività, collaborazioni e forniture, che non rientravano nella precedente disciplina. In questo modo colma una lacuna esistente nel sistema per offrire una tutela piena e agevolare l'emersione dei

fenomeni in qualsiasi punto della filiera essi si annidano o possano essere rilevati. Nel contempo, rafforza gli strumenti di intervento nella misura in cui risultino strettamente funzionali all'obiettivo del legislatore, in modo da evitare abusi e strumentalizzazioni delle segnalazioni».

«La normativa», osserva **Daniela Jouvenal Long**, partner di **Nunziante Magrone**, «ricalca in sostanza linee prevedibili e a cui noi», Nunziante Magrone ha un team multidisciplinare in materia di compliance, «già uniformavamo i programmi whistleblower disegnati per i nostri clienti, che infatti dovranno solo integrare da un punto di vista formale tali programmi nei loro modelli 231. Rimane la difficoltà principale, che è quella di garantire per le imprese multinazionali un programma uniforme nei diversi Stati (inclusi quelli Ue)».

MOLTI STUDI LEGALI SONO GIÀ AL LAVORO PER AGGIORNARE I MOG

## Le aziende devono rivedere i modelli organizzativi della 231

**I**n che rapporto si pone la recente normativa con il modello 231? «Alla luce della nuova disciplina, il modello 231 assurge a «soluzione» circa le modalità attraverso cui introdurre, nel settore privato, l'istituto del whistleblower, nonché a «risposta» all'ambizioso progetto di diffondere, nelle aziende, una cultura anticorruzione che, mediante un sistema efficace di garanzie in favore del segnalante, può concretizzarsi in iniziative reali e divenire, perciò, tangibile», evidenzia **Tiziana Manenti**, partner di **Watson Farley & Williams**. «È pur vero che la preesistente lacuna normativa ha, di fatto, accentuato quelle affinità tra il modello 231 e l'istituto del whistleblowing (il riferimento è, in particolare, alla regolamentazione, nell'ambito del modello 231, degli obblighi informativi in favore dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello), che hanno finito per rendere il primo veicolo naturale di attuazione della riforma de qua».

E **Roberta Battistin**, tax counsel di **Delfino e Associati Willkie Farr & Gallagher LLP** aggiunge che «l'inserimento del whistleblowing nei modelli organizzativi 231 fa sì che sembrano poter formare oggetto di segnalazione solo le condotte illecite commesse nell'interesse o a vantaggio della società. Laddove poi un reato venisse commesso in una società che non si è dotata di un modello organizzativo 231, il whistleblower che decidesse di effettuare la segnalazione secondo altro canale – ad esempio all'autorità giudiziaria – non potrebbe contare sulla

tutela prevista dalle disposizioni in commento. Queste limitazioni mal si conciliano con l'obiettivo ispiratore dell'istituto, ovvero il contrasto alla commissione di illeciti e la tutela dell'integrità aziendale».

«L'efficacia della normativa molto dipenderà, in concreto, dall'entità e dalla tipologia delle sanzioni che gli enti prevedranno nel proprio sistema disciplinare», secondo **Andrea Scarpellini** di **Villa & Villa e Associati**. «Secondo il nuovo art. 2-bis del decreto 231, queste sanzioni sono limitate ai casi di violazione delle misure poste a tutela del segnalante e a quelli di segnalazioni infondate per dolo o colpa grave, mentre mancano previsioni sanzionatorie per l'inerzia del responsabile della gestione della segnalazione (nelle corrispondenti previsioni per il settore pubblico, invece, per il mancato svolgimento di attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute è prevista a carico del responsabile la sanzione amministrativa da 10.000 a 50.000 euro)».

Per **Alessandro De Nicola**, senior partner di **Orrick**, «senza dubbio l'attribuzione di forza legislativa a un obbligo di tutela del soggetto segnalante illecito è un dato che aumenta la protezione del dipendente ma, non essendo l'adozione del modello 231 obbligatoria, l'obiettivo originario di stimolare i «cittadini onesti» – in questi termini si erano espressi i relatori della proposta di legge nell'ottobre 2015 – attraverso la diffusione di una cultura dell'etica e della trasparenza anche nel settore dell'imprenditoria privata non può

considerarsi pienamente raggiunto, anzi, per assurdo, non si può escludere l'esistenza di un problema di disparità di trattamento tra i dipendenti di enti privati che hanno adottato un modello 231 e, quindi, tutelati dalle misure di anti-retaliation del d.l. e quelli i cui enti non hanno un modello 231 e, pertanto, apparentemente non protetti dal divieto di atti di ritorsione o discriminatori».

«Certamente il provvedimento richiederà uno sforzo applicativo da parte delle imprese private nella modifica del proprio modello organizzativo 231 e del codice etico nonché nell'approvazione di forme di normazione interna relative alla gestione delle risorse umane e dei flussi attinenti ai canali di segnalazione», dice **Raffaele Caldarone**, socio di **Nctm**. «Occorrerà assicurare, mediante l'adozione di misure di carattere informatico - continua l'avvocato - la riservatezza dell'identità del segnalante e si dovrà prevedere la protezione dello stesso da ritorsioni, fermo restando che il whistleblower dovrà essere in buona fede e perseguire la finalità della tutela dell'integrità dell'ente».

«Ad una prima sommaria riflessione, il fatto che il dato normativo richiami i soli modelli volti a prevenire reati compiuti dai c.d. apicali e non, invece, anche i modelli di organizzazione, gestione e controllo di cui all'articolo 7 del D. Lgs. 231/2001 volti a prevenire il compimento di reati da parte di persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di un soggetto apicale», aggiunge **Maurizio Ragno**, counsel di **Bird & Bird**,

«non pare debba essere troppo enfatizzato, anche in considerazione della consolidata prassi di adottare un solo modello organizzativo, va osservato che il dato normativo non precisa, tra l'altro, quali siano all'interno della società o dell'ente i destinatari delle segnalazioni di irregolarità. Al riguardo sembrerebbe tuttavia possibile concludere che tali segnalazioni debbano essere trasmesse all'organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo incaricato di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e, quindi, ai c.d. organismi di vigilanza 231».

**Guido Callegri**, partner di **De Berti Jacchia Franchini Forlani** apprezza il fatto che il legislatore «si sia sforzato di richiedere e definire la buona fede del segnalante: il whistleblowing, infatti, può costituire un'arma micidiale per segnare le sorti professionali (e non solo) di un dipendente pubblico o privato. Ho anche notato le modificazioni alla legge 231 che impongono alle società di adeguare il modello organizzativo ai dettami della nuova legge. Con un meccanismo tecnico-giuridico non nuovo - ha continuato l'avvocato - il legislatore ha presunto la natura ritorsiva di misure e provvedimenti in genere adottati nei confronti del segnalante successivamente alla segnalazione. La norma sembrerebbe basarsi sull'ovvio. Mi preoccuperebbe, tuttavia, una totale deresponsabilizzazione, sul piano dei fatti, del segnalante».

© Riproduzione riservata

# Oltre 2.400 i casi di frode scoperti con le segnalazioni

Altro esempio diretto è fornito da **Guido Molinari**, partner di **Quorum**: «Nell'ottica di armonizzare le realtà aziendali delle società clienti alla luce della novella legislativa, lo studio sta già implementando sistemi di prevenzione conformi alla legge, con l'introduzione anche di sanzioni ad hoc nei confronti di quei soggetti che, con dolo o colpa grave, effettuino segnalazioni che si rivelino infondate».

«Nonostante le (solo apparenti) difficoltà applicative, l'importanza di dotarsi di strumenti di segnalazione è tanto più importante quanto più si pensi che, statistiche alla mano, sono oltre 2.410 i casi di frode in 114 paesi (ossia circa il 40% del totale) che vengono scoperti a seguito di segnalazioni (così, *Association of Certified Fraud Examiners - ACFE 2016*), commenta **Stefano Loconte**, name partner di **Loconte & Partners**. «E non è un caso, infatti, che le norme sul whistleblowing si stiano velocemente moltiplicando, registrando una notevole estensione della disciplina in più campi d'azione».

Un intervento normativo positivo anche secondo **Jean-Paule Castagno**, counsel di **Clifford Chance**: «allinea il contenuto dispositivo alle best practice internazionali, anche se lascia scoperti alcuni punti essenziali quali: un sistema di organizzazione tra le diverse funzioni che ricevono le segnalazioni, un coordinamento tra segnalazioni svolte all'interno dell'azienda e quelle eventualmente svolte dal medesimo segnalante verso l'esterno oppure una sanzione per chi ostacola la trasmissione di una segnalazione all'interno dell'azienda. Ebbene, su tali aspetti, sempre utilizzando una analisi comparativa con le altre legislazioni, l'azienda potrebbe valutare interventi interni che diano così maggior concretezza ed efficacia allo strumento del whistleblowing».

Secondo **Luca Capone**, responsabile del gruppo di professionisti dedicato al diritto del lavoro dello studio **Freshfields Bruckhaus Deringer LLP** la nuova normativa sul whistleblowing nel settore privato va vista con favore. «Credo che potrà costituire un utile complemento alla normativa 231 e alla sua effettività. Credo però che sarà importante bilanciare i diritti dei vari soggetti coinvolti, ivi inclusi i soggetti segnalanti. Al fine di evitare danni, per loro natura difficilmente riparabili, all'immagine, alla reputazione ed alla professionalità di tali soggetti, sarà importante che le procedure aziendali che implementeranno il whi-

steblowing garantiscano una preliminare delibazione della fondatezza delle accuse, che garantisca la massima riservatezza, professionalità e oggettività dell'indagine interna».

## Il problema dei dati personali

**Laura Liberati**, senior associate di **Macchi di Cellere Gangemi**, sposta la discussione sul fatto che «l'adozione dei sistemi di whistleblowing interni comporta, in primo luogo, un problema di tutela di dati personali: raccolta, registrazione, conservazione, comunicazione e distruzione di dati relativi alle persone denunciate e ai denunciati. Rispetto a questi aspetti, nonostante il lungo processo di discussione e approvazione, la prima impressione è che la nuova normativa lasci ancora aperti molti dubbi interpretativi e dunque notevole incertezza laddove si intenda predisporre una procedura interna di denuncia la cui modalità risultino conformi alle disposizioni vigenti in materia di protezione dei dati personali».

Secondo **Gianluigi Marini**, partner di **Osborne Clarke**, «da un punto di vista privacy, la normativa appena approvata lascia ancora delle aree grigie. Il garante per la protezione dei dati personali fin dal dicembre 2009 aveva segnalato al Parlamento l'opportunità di legiferare in materia di whistleblowing e, in particolare, di individuare i presupposti di liceità del trattamento in questione».

## Alcune criticità

Anche secondo **Francesco De Biasi**, counsel di **Cleary Gottlieb**, la novella legislativa «non è priva di zone d'ombra. Per esempio, la disciplina dettata per il settore privato si limita a imporre che i canali di gestione della segnalazione «garantiscono la riservatezza dell'identità del segnalante», senza definire la portata di tale riservatezza, neppure in relazione ai diritti che altre norme di legge possono riconoscere al segnalato, il legislatore della novella individua i legittimati attivi alla segnalazione nel settore privato solo nei soggetti di cui all'«articolo 5, comma 1, lettere a) e b)» del dlgs n. 231/2001 (vale a dire, in sostanza, tutto il personale aziendale), tacendosi di altre, pur opportune, categorie di soggetti, come i fornitori. Al riguardo, è ragionevole ritenere che la normativa introduca misure minime, essendo dunque possibile per le aziende estendere volontariamente l'accesso ai canali di segnalazione

## ALL'INTERNO DELLE AZIENDE

### Fondamentale la formazione

**Sabrina Galmarini**, partner di **La Scala Studio Legale** sottolinea che «perché il sistema funzioni non si potrà prescindere da adeguati percorsi formativi. La formazione dovrà, poi, essere differenziata a seconda che sia destinata ai potenziali whistleblower ovvero ai soggetti coinvolti nel sistema di verifica delle segnalazioni».

Molte sono le novità, sulle quali non è facile fare previsioni. Quello che è certo è che il mancato aggiornamento dei Mog aziendali entro termini ragionevoli pare essere un atto dovuto, pena il rischio che il modello possa essere ritenuto inadeguato in sede giudiziale».

E **Livio Bossotto**, employment counsel di **Allen&Overy**, osserva in-

fatte che «tra i principi più rilevanti espressi dalla legge va sicuramente menzionato l'art. 3 della legge secondo cui il whistleblower può violare il segreto d'ufficio, aziendale, professionale scientifico ed industriale quando la segnalazione è avvenuta con modalità corrette e non eccedenti l'eliminazione dell'illecito. Pertanto, le aziende dovranno porre un'attenzione particolare non solo al modello organizzativo ma anche a prevenire o a difendersi da possibili forme di delazione volte a danneggiare l'azienda piuttosto che a denunciare malversazioni, posto che la nuova legge è carente nel non prevedere per il settore privato responsabilità civili o penali e neppure un termine per integrare o modificare i modelli organizzativi».

a una platea più ampia di destinatari».

La normativa, secondo **Federica Paternò**, partner di **Toffoletto De Luca Tamajo**, «resta carente nel modello delineato dalla norma, dstando non poche perplessità, il profilo della protezione del datore di lavoro e più in generale dell'organizzazione a livello sia complessivo che di singolo individuo, dalle segnalazioni false, tendenziose o addirittura strumentali. E, infatti, contemplata la reazione disciplinare nei confronti del segnalante per la denuncia infondata solo nell'ipotesi in cui sia accertato il dolo o la colpa grave, troppo poco per fare da deterrente a mitomani, visionari e/o anche solo sempliciotti».

«Da segnalare, poi», secondo **Raffaella Quintana**, partner di **Dla Piper**, «un ulteriore profilo di incertezza relativo al regime applicabile alle società sottoposte a controllo pubblico, le quali sembrano essere destinate sia delle previsioni legislative sul whistleblowing nel settore pubblico che di quelle nel settore privato. La non perfetta identità di regolamentazione nei due settori non potrà che alimentare dubbi su quale sistema di whistleblowing, pubblico o privato, adottare in concreto».

Per **Aurelio Giovannelli**, partner di **Baker McKenzie**, «la mancata rilevanza giuridica delle denunce anonimamente pervenute all'ente, unitamente alle previsioni che espongono l'autore di segnalazioni infondate a sanzioni disciplinari non solo in caso di dolo (circostanza questa più che comprensibile) ma anche di colpa grave, rendono di fatto l'intero sistema meno apprezzabile di quanto si possa pensare da una prima lettura e da quanto espresso da alcuni commentatori, e sicuramente non al livello di adeguatezza ed efficacia di sistemi adottati

in molte giurisdizioni, comprese quelle normalmente meno virtuose della nostra nell'adozione di strumenti per la lotta alla corruzione».

«Ci sono alcuni passaggi di non immediata lettura», aggiunge **Mario Di Giulio**, partner di **Pavia e Ansaldo**, quali, per esempio, il riferimento alla colpa grave del segnalante nell'effettuare una segnalazione. Infatti il concetto di graduazione della colpa (colpa grave versus colpa lieve), che assume di solito significato nella valutazione dell'inadempimento di particolari obbligazioni contrattuali, sembra invece avere meno senso nell'ipotesi in parola. L'introduzione di tale concetto può creare problemi applicativi ed interpretativi, non essendo individuabile a priori la condotta virtuosa che il segnalante dovrebbe tenere per sottrarsi al rischio di essere ritenuto gravemente colpevole, con giudizio assunto a posteriori. Né sembra ipotizzabile che il segnalante debba attivarsi autonomamente per verificare il grado di fondatezza dell'indizio prima di effettuare la segnalazione».

«È dunque evidente», conclude **Nicoletta Pia di Cagno**, senior associate di **Tonucci & Partners**, «che anche quest'ultimo intervento legislativo appare un'opera ancora incompiuta, che necessiterà sia di linee guida chiare, che dell'implementazione di apposite idonee procedure aziendali che prevenano eventuali ripercussioni negative nei confronti di chiunque segnali una violazione del modello di gestione e organizzazione».

## Il rischio di un abuso dello strumento

Secondo **Mauro Miccio**, of counsel di **Piselli & Partners** «l'«anonimato» della segnalazione, oggi positivamente riconosciuto, attiene più alla protezione

del segnalante che al suo stesso contenuto. La possibilità di non rivelare l'identità, tuttavia, può in taluni casi favorire un abuso dello strumento da parte di coloro che vogliono diffamare un collega o un superiore. In tal senso, Transparency International Italia, e Alcerta Anticorruzione (Alac), con la piattaforma online *GlobalLeaks* per esempio, ha tentato di ovviare ai problemi dell'anonimato, cercando di renderlo un'opportunità, nonché di garantire l'effettiva tutela delle due parti coinvolte: sia del segnalante per evitare anche indebitamente effetti discriminatori, sia del segnalato al fine di consentire, fin dall'inizio della procedura interna di verifica e controllo, di poter avere diritto ad una legittima difesa a tutela della sua moralità e della sua professionalità». Probabilmente, a parere di **Emilio Battaglia**, partner dello **Studio Cms**, «si è persa un'occasione per essere più incisivi nella lotta alla corruzione e, più in generale, nella tutela dell'integrità etica degli enti. Ciò in quanto, nel testo licenziato dal senato: è stata circoscritta la platea dei cosiddetti «segnalanti» ai soli soggetti in posizione apicale e quelli a questi subordinati, eliminando qualsivoglia riferimento a «coloro che a qualsiasi titolo collaborano con l'ente»; è stato eliminato il riferimento alla natura «obbligatoria» della segnalazione, declassata a una mera facoltà; è stato ulteriormente specificato l'oggetto della segnalazione che deve fondarsi su «elementi di fatto precisi e concordanti» e non più sulla mera «ragionevole convinzione fondata su elementi di fatto»».

© Riproduzione riservata

Supplemento a cura di **ROBERTO MILIACCA**  
**rmiliacca@class.it**  
 e **GIANNI MACHEDA**  
**gmacheda@class.it**