

JUSTO 2013 MA

fd
Riviste



Anuar Arebi
FOTOGRAFICO

James Hoff

Rivista trimestrale
Anno II • N. 2-3 / giugno 2021
NUMERO CELEBRATIVO DEI 20 ANNI DEL D.LGS. 231

In copertina fotografia di Anuar Arebi
Avventura, notturno, fascinazione – La città “muta”

 Wolters Kluwer

Rivista registrata: Tribunale di Bologna 09.11.2020, n. 8549
ISSN: 2724-3753

© Copyright 2021 Filodiritto
filodiritto.com

inFOROmatica S.r.l., Via Castiglione, 81, 40124 Bologna
inforomatica.it

tel. 051 9843125 - fax 051 9843529 - commerciale@filodiritto.com

Progetto fotografico di © Anuar Arebi - *Avventura, notturno, fascinazione – La città “muta”*

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i film, i microfilm, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i paesi. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15 % di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le fotocopie utilizzate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale, o comunque per esigenze diverse da quella personale, potranno essere effettuate solo a seguito di espressa autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazione per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano. e-mail: autorizzazioni@clearedi.org, sito web: www.clearedi.org

L'impervio percorso del *whistleblowing* in Italia tra resistenze culturali e difficoltà applicative*

di [Annalisa De Vivo](#) e [Roberto De Luca](#)

* Contributo sottoposto con esito positivo a referaggio secondo le regole della rivista.

Sommario

1. Premessa
2. Cenni sulla normativa internazionale e nazionale
3. L'attuazione *sui generis* del *whistleblowing* nel settore privato
4. Le criticità nell'adeguamento dei modelli 231
5. Un'ipotesi operativa per la definizione di una procedura di *whistleblowing*

1. Premessa

Come tutte le disposizioni che contemplano sistemi di segnalazione di illeciti, l'introduzione della disciplina del *whistleblowing* nel settore pubblico e privato è stata accolta nel nostro ordinamento con preoccupazione e diffidenza. Quello della segnalazione, in qualsiasi contesto normativo si collochi, è infatti un problema innanzitutto di natura culturale: è convinzione diffusa che "segnalare" equivalga a "spiare", con tutto ciò che questo accostamento comporta, specialmente sotto il profilo psicologico. Invero, la segnalazione interna di illeciti generalmente riguarda fatti che altri intendono tenere segreti, per cui espone ad un rischio personale e professionale il segnalante, che a tale rischio si espone per perseguire finalità di trasparenza e legalità. Con ciò si intende affermare che il *whistleblowing* può attecchire in un sistema solo se in quel sistema si è già fortemente affermata la cultura dell'etica.

In Europa, il percorso del *whistleblowing* (termine del quale, peraltro, è impossibile individuare un sinonimo) è stato reso ancor più difficile dall'assenza di una normativa omogenea; solo nel 2019 il legislatore comunitario ha emanato la direttiva (UE) 2019/1937, con la quale impone agli Stati membri l'adozione di una normativa conforme in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione.

Nelle more del recepimento della citata direttiva, avviato con la recente pubblicazione della legge di delegazione europea 2020, varrà ricordare che la legislazione vigente contempla già l'obbligo di adozione di

procedure di *whistleblowing*, che la l. 179/2017 ha introdotto anche nel settore privato e modificato in quello pubblico, definendo modalità di attuazione totalmente differenti per ampiezza di ambito applicativo e delimitazione del perimetro dei destinatari. L'applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. 165/2001 e al d.lgs. 231/2001, nell'ambito dei quali è stato rispettivamente introdotto l'obbligo *de quo* per il settore pubblico e per quello privato, comporta rilevanti conseguenze di tipo organizzativo, connesse alla difficoltà di implementare adeguati sistemi di gestione delle segnalazioni e, prima ancora, all'assenza di consapevolezza sull'argomento nei soggetti destinatari delle prescrizioni in oggetto.

In ambito professionale, l'applicazione del *whistleblowing* è foriera di problematiche di sicuro interesse per i professionisti: dall'implementazione di adeguati canali di segnalazione alla tutela della riservatezza, fino ai delicati compiti degli organi di controllo individuati quali destinatari delle segnalazioni. Tali aspetti sono indagati nel documento "La disciplina del *whistleblowing*: indicazioni e spunti operativi per i professionisti", recentemente pubblicato dal Consiglio e dalla Fondazione nazionale dei Commercialisti. Lo studio, che si avvale del prezioso contributo offerto dall'Associazione Bancaria Italiana, dall'Associazione degli Organismi di Vigilanza 231 e dall'Associazione Italiana Trasparenza e Anticorruzione, affronta la spinosa questione del *whistleblowing* alla vigilia del recepimento della direttiva 2019/1937 sulla protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto

all'interno dell'Unione. Ripercorrendo l'evoluzione della normativa internazionale, nonché la sua integrazione con altre normative di settore – bancaria, finanziaria, assicurativa, antiriciclaggio – il documento esamina in particolare gli aspetti della disciplina che impattano sulle funzioni degli organi di controllo, di precipuo interesse per i professionisti che operano nel settore pubblico e in quello privato.

Il documento sottolinea inoltre, sotto il profilo aziendalistico, l'importanza dell'integrazione del *whistleblowing* nel sistema complessivo delle procedure eventualmente già esistenti al fine di non incorrere in duplicazioni o sovrapposizioni, in un'ottica di vera e propria *compliance* integrata.

2. Cenni sulla normativa internazionale e nazionale

Il primo riferimento di livello comunitario al *whistleblowing* è da rinvenire nella Convenzione Civile sulla Corruzione del Consiglio d'Europa del 4 novembre 1999¹, nell'ambito della quale veniva stabilita la necessità di prevedere una tutela contro *“qualsiasi sanzione ingiustificata nei confronti di dipendenti i quali, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, denunciano fatti di corruzione alle persone o autorità responsabili”*. Nell'ottobre 2003, con la Convenzione ONU contro la corruzione² venne introdotta la possibilità di prevedere, nell'ordinamento di ciascuno Stato, adeguate misure di tutela per coloro i quali segnalino alle autorità competenti eventi concernenti i reati contemplati all'interno della Convenzione stessa. **Tra i presupposti della segnalazione, la Convenzione individuava la buona fede e l'esistenza di “ragionevoli sospetti”, ovvero i pilastri della struttura normativa e regolamentare del *whistleblowing*.**

I menzionati riferimenti internazionali hanno fornito importanti indicazioni, ferma restando l'autonomia di ciascuno Stato nel declinare la propria disciplina nazionale, da

cui è derivato un quadro abbastanza frammentato ed eterogeneo tra i vari paesi.

Al perseguimento dei citati obiettivi di armonizzazione a livello comunitario è ispirata la direttiva 2019/1937, riguardante *“la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione”*, che rafforza e uniforma le misure di protezione, stabilendo l'obbligo di creare canali di segnalazione interni per soggetti giuridici privati con oltre 50 dipendenti, tutti i soggetti del settore pubblico (compresi soggetti di proprietà o sotto il controllo di tali soggetti) o comuni con più di 10.000 abitanti. La direttiva dovrà essere recepita entro il 17 dicembre 2021, tranne che per il settore privato e per le imprese che impiegano meno di 250 lavoratori, nel cui caso il termine in questione è esteso al 17 dicembre 2023.

Con la l. 22 aprile 2021, n. 53³ è stato avviato l'iter di recepimento della citata direttiva a livello nazionale.

In particolare, l'art. 23 della legge di delegazione europea stabilisce i seguenti principi e criteri direttivi specifici che il Governo dovrà osservare l'attuazione della direttiva (UE) 2019/1937:

- a) modificare, in conformità alla disciplina della direttiva, la normativa vigente in materia di tutela degli autori di segnalazioni delle violazioni di cui all'art. 2 della citata direttiva di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un contesto lavorativo pubblico o privato e dei soggetti indicati dall'art. 4, par. 4, della stessa direttiva;
- b) curare il coordinamento con le disposizioni vigenti, assicurando un alto grado di protezione e tutela dei soggetti di cui alla lettera a), operando le necessarie abrogazioni e adottando le opportune disposizioni transitorie;
- c) esercitare l'opzione di cui all'art. 25, par. 1, della direttiva, che consente l'introduzione o il mantenimento delle disposizioni più favorevoli ai diritti

¹ Ratificata in Italia ad opera della l. 112/2012.

² Ratificata dalla l. 116/2009.

³ Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea

– Legge di delegazione europea 2019-2020, in G.U. Serie Generale 23 aprile 2021, n. 97.

delle persone segnalanti e di quelle indicate dalla direttiva, al fine di assicurare comunque il massimo livello di protezione e tutela dei medesimi soggetti.

L'attuazione della direttiva implicherà, pertanto, una modifica dell'assetto normativo attualmente vigente.

Nel nostro ordinamento, lo sviluppo di una vera e propria normativa relativa al *whistleblowing* è avvenuto inizialmente nel settore pubblico con la l. 190/2012 (c.d. legge anti-corruzione), che ha modificato il d.lgs. 165/2001 (recante "norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche") introducendo l'art. 54-bis, rubricato "*Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*".

Ma è solo con l'avvento della l. 179/2017⁴ che il tema della tutela da assicurare ai soggetti che segnalano le violazioni di cui siano venuti a conoscenza – anche nell'ambito di un rapporto di lavoro privato – si è imposto all'attenzione degli operatori.

Con riferimento al settore pubblico, tale norma ha ampliato l'ambito soggettivo di applicazione del *whistleblowing*, che oggi comprende non solo il personale appartenente alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2 del d.lgs. 165/2001, ma anche gli enti che impiegano personale in regime di diritto pubblico di cui all'art. 3 del medesimo decreto, nonché gli enti e le società private in controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 c.c.

Altra novità di rilievo introdotta dalla l. 179/2017 riguarda l'estensione della disciplina del *whistleblowing* e della relativa tutela anche ai lavoratori e collaboratori delle imprese fornitrici di beni e servizi che realizzano opere a favore della pubblica amministrazione.

Restano fuori dall'ampliamento del perimetro applicativo operato dal nuovo art. 54-bis del d.lgs. 165/2001 solo gli enti di diritto privato a partecipazione pubblica non di controllo, peraltro esclusi anche dall'applicazione della normativa sulla trasparenza (d.lgs. 33/2013) stabilita dal d.lgs. 175/2016.

Le segnalazioni di cui all'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001 vanno indirizzate al Responsabile per la Prevenzione della Corruzione e Trasparenza (RPCT), ovvero all'ANAC nel caso in cui il fatto segnalato riguardi direttamente quest'ultimo. Di conseguenza, al contrario di quanto avveniva in base alla previgente versione dell'articolo, la nuova formulazione della norma esclude in maniera esplicita la trasmissione della segnalazione al superiore gerarchico o altri soggetti diversi dal RPCT, al fine di evitare eventuali situazioni di soggezione o timore che potrebbero pregiudicare la volontà da parte del segnalante di dare inizio alla procedura di *whistleblowing*.

3. L'attuazione sui generis del *whistleblowing* nel settore privato

L'applicazione del *whistleblowing* nel settore privato è avvenuta attraverso una modifica della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001, al fine di introdurre nei modelli di organizzazione, gestione e controllo da esso normati l'obbligo di previsione di uno o più canali che consentano di veicolare segnalazioni circostanziate di condotte illecite (rilevanti ai sensi del decreto) o di violazioni del modello dell'ente, di cui i segnalanti – soggetti in posizione apicale o subordinata – siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte. I canali implementati dall'ente devono essere tali da garantire la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione. **Deve osservarsi che, anche prima di tale intervento normativo, l'introduzione di procedure di *whistleblowing* nei modelli 231 era fortemente caldeggiata nell'ambito delle linee guida Confindustria, ove a tale riguardo si legge: "Infine, si possono anche prevedere, accanto alle sanzioni disciplinari, meccanismi premiali riservati a quanti coopereranno al fine dell'efficace attuazione del modello, per esempio denunciando comportamenti individuali devianti (es. attraverso la regolazione di sistemi di *whistleblowing*). Spesso, infatti, quando si**

⁴ Legge 30 novembre 2017, n. 179 (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).

intende promuovere il rispetto delle regole, la prospettazione dei vantaggi derivanti dalla loro osservanza può risultare più efficace della minaccia di conseguenze negative per la loro violazione”.

Nondimeno, una simile scelta legislativa finisce per limitare l'applicazione della norma in questione solo agli enti dotati di un modello 231, escludendo sostanzialmente tutti gli altri enti del settore privato, nei confronti dei quali – almeno ad oggi – la disciplina del *whistleblowing* non è stata attuata.

In dettaglio, l'art. 2 della l. 179/2017 attraverso una modifica all'art. 6 del d.lgs. 231/2001 e, in particolare, tramite l'aggiunta del comma 2-*bis*, rende obbligatoria la previsione nei modelli 231:

- a) di uno o più canali che consentano ai soggetti indicati nell'art. 5, co. 1, lett. a) e b), di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del medesimo d.lgs. 231/2001 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 devono garantire la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione;
- b) di almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante;
- c) del divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione;
- d) di sanzioni disciplinari 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.

⁵ Al contrario, nelle amministrazioni pubbliche il legislatore, con l'avallo dell'ANAC, ha stabilito che l'obbligo di segnalazione si estende anche a soggetti diversi dai dipendenti (si pensi ai fornitori, che

Di fatto, dunque, l'individuazione di una procedura di *whistleblowing* assurge a requisito di idoneità del modello: ne discende che l'assenza dei canali all'uopo previsti, ovvero la loro non conformità rispetto alle caratteristiche richieste *ex lege*, potrebbe determinare l'inidoneità del modello in sede di vaglio giudiziale del medesimo.

Con riferimento al presupposto soggettivo, l'obbligo di segnalazione incombe sui soggetti di cui all'art. 5, co. 1, lett. a) e b), del d.lgs. 231/2001, vale a dire sui cd. apicali (persone che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione o 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) e sui c.d. subordinati (persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti apicali). Si tratta evidentemente di un novero di soggetti che non coincide appieno con il personale della società, individuandosi in tale circostanza il secondo elemento di “anomalia” nell'attuazione della disciplina del *whistleblowing* nel comparto privato⁵. Sul punto, è lecito chiedersi se l'ente possa ampliare autonomamente questo ambito soggettivo, con l'obiettivo di incrementare il numero delle segnalazioni e anche di migliorare la tutela per l'ente a fini di maggiore garanzia della liceità del comportamento di tutti i soggetti appartenenti all'ente.

Quanto al requisito oggettivo, sembra evidente che le condotte illecite oggetto di segnalazione “circostanziata” siano esclusivamente quelle rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001. È altrettanto evidente che la valutazione inerente all'ammissibilità della segnalazione è rimessa all'ente, non potendosi richiedere al segnalante una competenza specifica sulla fattispecie illecita oggetto di segnalazione.

Il legislatore specifica, inoltre, che le segnalazioni devono essere fondate su elementi di fatto “precisi e concordanti”, con ciò verosimilmente volendo escludere tutte quelle

potrebbero segnalare, ad esempio, un comportamento ostruzionistico da parte della pubblica amministrazione).

segnalazioni non suffragate da una serie di elementi che consentano di effettuare il dovuto approfondimento successivo. Ferma restando la possibilità di segnalare fatti che, dal punto di vista del segnalante, siano precisi e concordanti, l'ente potrà senz'altro archiviare la segnalazione non supportata dai necessari elementi, senza che si configuri alcuna responsabilità in capo al soggetto che ha deciso di archiviare.

Sempre sotto il profilo oggettivo, la norma prevede poi la segnalazione di fatti che riguardino violazioni del modello adottato dall'ente. Questa indicazione appare in qualche modo comprensiva di quella precedente, dal momento che un fatto che integri un reato previsto dal d.lgs. 231/2001 molto probabilmente configura anche una violazione del modello organizzativo: in caso contrario, ci troveremmo in presenza di un modello non idoneo, in quanto quella determinata fattispecie di reato non è stata adeguatamente "mappata". Inoltre, la segnalazione di violazioni del modello appare più semplice da effettuare per il segnalante, al quale sarà sufficiente verificare se il modello prevede una determinata regola per capire se questa nel concreto sia stata violata, senza necessariamente dovere attingere a conoscenze di diritto penale. È evidente che, in caso di estensione del novero soggettivo, occorrerebbe consentire a tutti i soggetti coinvolti la possibilità di conoscere il modello, diffondendolo nei modi opportuni.

L'ultima parte della lett. a) del comma 2-bis dispone che i canali individuati per il *whistleblowing* debbano garantire la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione. La riservatezza del segnalante è un requisito essenziale dei canali di segnalazione e non va confusa con l'anonimato: è evidente che non può esserci tutela della riservatezza se c'è l'anonimato, in quanto la prima può essere garantita solo se il segnalante ha reso note le proprie generalità. Ciò non vuol dire

che le segnalazioni anonime siano vietate, dal momento che la norma nulla dispone in tal senso e quindi si ritiene che gli enti siano liberi di decidere se accettare tali segnalazioni, sempre che – è evidente – le stesse siano fondate su elementi precisi e concordanti.

Si è osservato che senza anonimato viene meno uno dei pilastri su cui il *whistleblowing* si fonda: anonimato e incentivazione (anche economica). Del problema dell'incentivazione economica vi è traccia nei lavori preparatori della legge⁶, da cui si apprende che era stato proposto di creare un fondo alimentato dalle sanzioni applicate ai soggetti che hanno posto in essere comportamenti ritorsivi per risarcire i danni subiti dal soggetto segnalante (spese legali, ma anche legate alla qualità della vita, ad es. spese per assistenza di tipo psicologico resa necessaria dalle difficoltà della convivenza in un ambiente di lavoro ostile). In altri ordinamenti addirittura sono previsti incentivi economici legati al beneficio, anzi più correttamente al danno che, attraverso la segnalazione, viene evitato dall'ente⁷. Pur senza entrare nel merito delle scelte legislative, è evidente che l'assenza di anonimato, alla quale il sistema vigente ricollega le tutele successive alla segnalazione (divieto di licenziamento e di atti ritorsivi), costituisce un fattore deterrente rispetto alla crescita delle segnalazioni interne.

4. Le criticità nell'adeguamento dei modelli 231

L'introduzione della disciplina del *whistleblowing* nel settore privato ha comportato, per gli enti che lo hanno adottato, la necessità di aggiornare il modello 231, implementando altresì una procedura operativa in tema di segnalazioni.

Dal punto di vista operativo, l'aggiornamento del modello muove dall'integrazione della "Parte Generale", nella quale occorre:

- 1) introdurre una sezione descrittiva della l. 179/2017;

federale il diritto di fare causa, in nome del governo stesso, ad individui o società che frodino o tentino di frodare lo Stato americano. Il *whistleblower* (denominato *relator* dal *False Claims Act*) che denuncia una frode ottiene una ricompensa.

⁶ Reperibili sul sito istituzionale della Camera dei deputati.

⁷ Si veda, ad esempio, il *False Claims Act*, legge federale statunitense che ha conferito per la prima volta a coloro che non lavorano per il governo

- 2) indicare il canale di segnalazione idoneo a garantire la riservatezza dell'identità del segnalante, nonché il canale alternativo all'uopo istituito (ad esempio, una casella mail all'uopo istituita);
- 3) introdurre il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione;
- 4) introdurre sanzioni disciplinari connesse alla violazione del divieto di cui al punto precedente nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante o di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate;
- 5) prevedere una sezione dedicata all'allineamento rispetto alle altre tipologie di segnalazioni.

Particolare importanza assume l'integrazione del sistema disciplinare che deve essere finalizzato, da un lato, a punire le violazioni relative alla nuova disciplina di tutela dei *whistleblowers*, e, dall'altro, a garantire la veridicità delle segnalazioni stesse.

Sotto il profilo sostanziale, l'aggiornamento del modello è fortemente condizionato dall'approccio dei vertici aziendali, che purtroppo nella maggior parte dei casi è "minimalista", vale a dire orientato esclusivamente ad ottemperare alla norma, ragion per cui non conduce ad una reale implementazione del *whistleblowing*. È evidente, infatti, che la mera istituzione del canale informatico, senza che se ne dia adeguata diffusione, non incentiva effettivamente le segnalazioni.

Una ulteriore differenza rispetto alla disciplina del *whistleblowing* nel settore pubblico riguarda il destinatario delle segnalazioni, che la l. 179/2017 non individua in maniera puntuale, demandando all'ente, nell'ambito della predisposizione dell'apposito sistema di controlli e di flussi informativi, l'individuazione del soggetto (o dell'organismo) incaricato di ricevere e gestire la segnalazione, che potrebbe essere l'Organismo di Vigilanza, ma anche un soggetto diverso, purché particolarmente competente e con obblighi stringenti di riservatezza. Sul punto,

Confindustria ha osservato che 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.

L'individuazione dell'OdV quale destinatario autonomo e indipendente delle segnalazioni appare, *prima facie*, la soluzione più idonea a realizzare efficacemente le finalità della disciplina, tutelando al contempo l'integrità dell'ente e il segnalante. Sotto questo profilo, negli enti in cui l'OdV è esterno, quest'ultimo pare essere il soggetto più adatto a ricevere e trattare le segnalazioni. Laddove il destinatario delle segnalazioni fosse invece un soggetto nei cui confronti il segnalante si trovi in posizione di dipendenza funzionale o gerarchica, ovvero un soggetto detentore di un potenziale interesse correlato alla segnalazione, le ridette finalità di tutela difficilmente potrebbero essere perseguite.

In ogni caso, anche quando l'OdV non sia individuato quale destinatario esclusivo della segnalazione, il suo coinvolgimento in via concorrente o successiva deve essere comunque preventivato, dal momento che la segnalazione riguarda illeciti rilevanti ex d.lgs. 231/2001 e/o possibili violazioni del modello.

Il coinvolgimento dell'OdV, in particolare, si estende:

- a) alla vigilanza sull'attività di modifica/aggiornamento del modello 231;
- b) alla verifica della procedura predisposta dall'ente per disciplinare le modalità di segnalazione;
- c) alla verifica dell'adeguatezza dei canali informativi, all'uopo istituiti, relativamente alla loro capacità di

garantire la corretta segnalazione dei reati o delle irregolarità e nell'assicurare la riservatezza dei segnalanti nell'intero processo di gestione della segnalazione;

- d) alla verifica dell'efficacia del canale informatico di cui alla lettera b), co. 2-bis, art. 6 del d.lgs. 231/2001;
- e) alla gestione – per quanto di competenza – del processo di analisi e valutazione della segnalazione;
- f) alla vigilanza sul rispetto del divieto di “atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione”;
- g) alla supervisione delle attività di formazione dei dipendenti e dei collaboratori sul tema del *whistleblowing*;
- h) alla vigilanza – per quanto di competenza – sul corretto utilizzo dei canali informativi da parte dei segnalanti.

In relazione al punto di cui alla lett. e) (gestione della segnalazione), si osserva che anche la gestione della segnalazione deve essere oggetto di una specifica procedura, all'interno della quale siano regolamentati compiti e responsabilità. Tale procedura deve essere diffusa e conosciuta dal personale attraverso apposita attività formativa e, successivamente, dovrebbe opportunamente essere testata con cadenza periodica al fine di verificarne il corretto funzionamento.

Nell'ambito del processo di gestione della segnalazione è possibile individuare alcune fasi imprescindibili:

- *ricezione*, da “memorizzare” attraverso l'istituzione di un registro delle segnalazioni che consenta di tenere traccia nel tempo e, nell'ipotesi di indagini, di associare la segnalazione al modello vigente in quel determinato momento. Il registro può essere istituito in qualsiasi forma – word, Excel, o (preferibile) specifico strumento informatico – e consente di individuare eventuali responsabilità in capo al soggetto che doveva esaminare la segnalazione, ad es. una attivazione omessa o tardiva.

Nel registro si tiene traccia anche dell'eventuale archiviazione della segnalazione, al fine di poterla motivare adeguatamente *ex post*;

- *analisi*, finalizzata a verificare la fondatezza della segnalazione e la credibilità del soggetto segnalante, anche con riguardo all'individuazione delle eventuali responsabilità in capo ai soggetti tenuti a gestire la segnalazione. Essendo necessario informare altri soggetti della circostanza della segnalazione e del nominativo del segnalante, in tale fase rileva la previsione di obblighi di riservatezza in capo a tutti i soggetti che vengono coinvolti a vario titolo nelle attività di approfondimento (si pensi, ad esempio, alla richiesta di intervento da parte di tecnici particolarmente specializzati);
- *definizione delle azioni* da porre in essere, dei soggetti, dei tempi, degli strumenti, delle verifiche;
- *irrogazione delle sanzioni*, fase con riferimento alla quale emerge la possibilità che la segnalazione debba essere inserita all'interno di un procedimento, per esempio di natura penale in quanto c'è stato un fatto di reato. In tal caso l'intero fascicolo – comprensivo del nominativo del segnalante – dovrà essere trasmesso ad un legale.

Si osserva, infine, che il sistema disciplinare dovrà espressamente contemplare l'attivazione di procedure sanzionatorie e la conseguente irrogazione di sanzioni/misure volte a punire quei destinatari del modello che, ad esempio, abbiano:

- posto in essere atti ritorsivi e/o discriminatori nei confronti di chi abbia effettuato (in buona fede) una segnalazione inerente a condotte illecite rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001 e/o a violazioni del modello;
- violato gli obblighi di tutela della riservatezza dell'identità del segnalante, nelle forme concretamente previste dall'ente;

- violato qualsiasi altra misura predisposta dall'ente e finalizzata alla tutela del soggetto segnalante;
- trasmesso segnalazioni che si siano rivelate poi infondate, qualora siano state effettuate con dolo o colpa grave.

5. Un'ipotesi operativa per la definizione di una procedura di *whistleblowing*

Nel documento dei Commercialisti è riportato un indice esemplificativo e non esaustivo della procedura operativa sulle segnalazioni, che elenca i seguenti elementi:

- a) scopo e finalità della procedura;
- b) normativa di riferimento;
- c) destinatari della procedura;
- d) oggetto e contenuto della segnalazione;
- e) destinatari della segnalazione;
- f) canali di comunicazione/invio della segnalazione;
- g) modalità di gestione e verifica della fondatezza delle segnalazioni;
- h) protezione dei dati e archiviazione/conservazione dei documenti;
- i) forme di tutela e responsabilità del *whistleblower*.

Ai fini dell'aggiornamento delle procedure interne, si riporta una traccia sintetica per lo sviluppo di tale indice.

a) *Scopo e finalità della procedura*

La presente procedura ha lo scopo di individuare i principi generali per regolamentare il processo di ricezione, analisi e trattamento delle segnalazioni, al fine di incentivarne l'utilizzo all'interno della Società.

La segnalazione (c.d. *whistleblowing*) è un atto di manifestazione di senso civico, attraverso cui il segnalante (*whistleblower*) contribuisce all'emersione e alla prevenzione di rischi e situazioni pregiudizievoli per la società di appartenenza e, di riflesso, per gli interessi di cui la stessa è portatrice. Ai fini della presente procedura rileva qualsiasi notizia riguardante condotte non conformi a quanto stabilito dal modello organizzativo 231, dal codice etico, dalle procedure interne adottate dalla Società e dalla disciplina esterna comunque applicabile.

Dalla segnalazione non deriva alcuna conseguenza negativa in capo a chi l'abbia in buona fede effettuata. È garantita la riservatezza dell'identità del segnalante.

b) *Normativa di riferimento*

La l. 179/2017, 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", introduce una nuova disciplina in materia di *whistleblowing*.

In particolare, il provvedimento aggiunge all'art. 6 del d.lgs. 231/2001 i commi 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater*, attraverso i quali estende al settore privato la tutela del dipendente o collaboratore che segnali violazioni relative al modello 231 o altre condotte illecite ai sensi del d.lgs. 231/2001, di cui sia venuto a conoscenza per ragioni del suo ufficio.

Ai sensi di tale normativa, le procedure di segnalazione devono garantire:

- la tutela della riservatezza dell'identità del segnalante e del presunto autore della violazione, ferma restando la disciplina delle indagini e dei procedimenti avviati dall'autorità giudiziaria;
- la tutela del segnalante rispetto ad azioni sleali, di ritorsione o discriminazione conseguenti alla segnalazione;
- lo sviluppo di un canale di segnalazione che garantisca la riservatezza del segnalante.

c) *Destinatari della procedura*

Destinatari della presente procedura sono:

- i componenti degli organi sociali della Società;
- i dipendenti della Società;
- i partner, i clienti, i fornitori, i consulenti, i collaboratori, i soci e, più in generale, chiunque sia in relazione d'interessi con la Società.

d) *Oggetto e contenuto della segnalazione*

La segnalazione, anche effettuata in forma anonima, riguarda la commissione di un reato rilevante ai fini del d.lgs. 231/2001

oppure una violazione del modello organizzativo e del codice etico.

Costituiscono oggetto di segnalazione anche le violazioni delle *policies* aziendali.

La segnalazione deve avere un contenuto preciso, circostanziato e sufficientemente motivato, e deve basarsi su elementi precisi e concordanti.

La segnalazione non riguarda doglianze di carattere personale del segnalante o rivendicazioni/istanze che rientrano nella disciplina del rapporto di lavoro. Nella descrizione di dettaglio del comportamento che origina la segnalazione, inoltre, non devono essere fornite informazioni non strettamente attinenti all'oggetto della medesima.

e) Destinatari della segnalazione

La segnalazione deve essere trasmessa all'Organismo di Vigilanza ex d.lgs. 231/2001 in carica.

Qualora la segnalazione riguardi uno dei componenti dell'Organismo di Vigilanza, la stessa dovrà essere trasmessa all'organo amministrativo oppure, ove presente, al Responsabile per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza.

f) Canali di comunicazione/invio della segnalazione

La segnalazione deve essere trasmessa all'Organismo di Vigilanza attraverso il canale dedicato a tal fine predisposto, compilando il *modulo di segnalazione* allegato alla presente.

La Società ha attivato i seguenti canali di comunicazione al fine di permettere l'inoltro delle segnalazioni con garanzia di riservatezza dell'identità del segnalante:

- casella di posta elettronica destinata alla ricezione delle segnalazioni;
- piattaforma informatica dedicata;
- servizio postale/posta interna. In tal caso, al fine di garantire la riservatezza, è necessario che la segnalazione sia inserita in busta chiusa recante la dicitura "riservata/personale".

g) Modalità di gestione e verifica della fondatezza delle segnalazioni

Le attività in cui si articola il processo gestionale delle segnalazioni sono:

- ricezione e istruttoria;
- analisi;
- decisione.

Ricezione e istruttoria

L'Organismo di Vigilanza riceve le segnalazioni secondo le modalità sopra riportate e, dopo averne formalizzato la ricezione, provvede a predisporre l'attività istruttoria.

All'Organismo di Vigilanza è vietato trasmettere la notizia dell'apertura della procedura di *whistleblowing* ai vertici della Società.

All'esito dell'attività istruttoria, ove ritenga palesemente infondata la segnalazione, l'Organismo di Vigilanza ne dispone l'archiviazione motivata, dandone notizia al segnalante.

Ove, al contrario, la segnalazione risulti fondata e rilevante, l'Organismo di Vigilanza ne dispone uno specifico approfondimento.

Analisi

Per lo svolgimento degli approfondimenti sui fatti oggetto di segnalazione, a seconda della loro natura, l'Organismo di Vigilanza si avvale delle strutture interne della Società, ovvero di esperti esterni.

L'Organismo di Vigilanza può ascoltare direttamente l'autore della segnalazione (se la stessa non è stata effettuata in forma anonima), il segnalato e gli altri soggetti eventualmente menzionati nella medesima, nonché chiunque altro possa riferire sui fatti oggetto di segnalazione.

Decisione

All'esito dell'approfondimento, in relazione alla natura della violazione, l'Organismo di vigilanza provvederà:

1. a presentare, ove ne ricorrano i presupposti, denuncia all'autorità giudiziaria competente;
2. a trasmettere una segnalazione ai seguenti organi di vigilanza specifici (se presenti): responsabile per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza, responsabile audit, direttore amministrativo, responsabile della

struttura di appartenenza dell'autore della violazione;

3. a comunicare l'esito della verifica all'organo amministrativo al fine di adottare gli eventuali ulteriori provvedimenti e/o azioni che nel caso concreto si rendano necessari a tutela della Società, incluso, sussistendone i presupposti, l'esercizio dell'azione disciplinare ex art. 7 della l. 300/1970.

In tutti i casi dovrà essere garantita la riservatezza del segnalante.

h) Protezione dei dati e archiviazione/Conservazione dei documenti

Al fine di garantire la gestione e la tracciabilità delle segnalazioni, l'Organismo di Vigilanza predispone e aggiorna tutte le informazioni relative alle stesse, disponendone l'archiviazione.

L'archivio per la conservazione dei documenti – informatici e/o cartacei – inerenti alla segnalazione è custodito esclusivamente dall'Organismo di Vigilanza, nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali.

i) Forme di tutela e responsabilità del whistleblower

La procedura prevede le seguenti tutele per i diversi soggetti coinvolti nella segnalazione, a partire dal segnalante.

Le tutele per il segnalante

In primo luogo, viene garantita la riservatezza del segnalante, ad eccezione dei casi in cui sia la normativa in vigore a richiedere che venga esclusa. Ciò avviene garantendo l'impossibilità di accesso alla segnalazione e all'identità stessa del segnalante da parte del segnalato e di terzi che non siano stati identificati dalla Società quali destinatari delle segnalazioni o quali soggetti deputati alla successiva verifica in merito ai fatti segnalati.

Il segnalante, in ogni caso, è opportunamente tutelato da condotte ritorsive, discriminatorie o comunque sleali (licenziamento, demansionamento, trasferimento ingiustificato, mobbing, molestie sul luogo di lavoro, ecc.) conseguenti alla segnalazione, purché

tali condotte abbiano luogo esclusivamente nell'ambito del rapporto di lavoro.

Le descritte misure di tutela valgono esclusivamente per coloro che segnalino in buona fede, ossia per quei segnalanti che abbiano riportato la problematica ritenendo altamente probabile, sulla base alle proprie conoscenze, che si sia verificato un fatto illecito o un'irregolarità.

Il dipendente che ritiene di aver subito una discriminazione a causa della segnalazione effettuata deve darne notizia all'Organismo di Vigilanza che, valutata la sussistenza degli elementi, segnala l'ipotesi di discriminazione all'autorità giudiziaria e ai sindacati, dandone notizia ai vertici aziendali.

Le tutele per il segnalato

Sono previsti i seguenti strumenti di tutela del soggetto segnalato nelle more dell'accertamento della sua eventuale responsabilità, al fine di evitare che la presente procedura venga utilizzata abusivamente da segnalanti in malafede o che riportino falsamente un fatto solamente al fine di danneggiare il segnalato, ovvero che abbiano partecipato al comportamento irregolare unitamente ad altri soggetti e attraverso la segnalazione cerchino di esonerarsi da eventuali future azioni disciplinari da parte della Società.

Per tali motivi le segnalazioni:

- non devono contenere accuse che il segnalante sa essere false;
- non devono essere utilizzate come strumento per risolvere mere questioni personali;
- non garantiscono alcuna protezione al segnalante nel caso in cui abbia concorso alla realizzazione della condotta illecita.

Non è possibile sanzionare disciplinarmente il soggetto segnalato sulla base di quanto affermato dal segnalante, in assenza di riscontri oggettivi e senza che si sia proceduto ad indagare i fatti oggetto di segnalazione.

Se la segnalazione conduce ad una denuncia presso l'autorità giudiziaria, il segnalato dovrà essere avvisato.

Le sanzioni per i dipendenti, i dirigenti e i terzi

Nei seguenti casi:

- accertamento della responsabilità del segnalato;
- comportamenti abusivi del segnalante;
- comportamenti ritorsivi o discriminatori da parte dei lavoratori – dirigenti e subordinati – nei confronti del segnalante;
- omessa verifica di quanto riportato dal segnalante da parte dell'organismo preposto a ricevere la segnalazione;
- violazione degli obblighi di riservatezza associati alla gestione delle segnalazioni;

la Società, a seconda della gravità della condotta, applica le sanzioni sulla base dello Statuto dei Lavoratori (l. 300/1970) e del CCNL, differenziando, quindi, tra soggetti dirigenti e dipendenti.

Resta fermo il diritto della Società di adire le autorità competenti – civili e penali – nel caso in cui rilevi che il fatto illecito segnalato presenti le caratteristiche di un reato ovvero di un illecito civile.

Per quanto concerne il mancato rispetto della presente procedura da parte di tutti i soggetti che operano all'interno, o per conto della (nome società), come ad esempio collaboratori, consulenti, partner e fornitori, nei contratti e nelle lettere di incarico devono essere inserite specifiche clausole con cui vengono regolati i relativi rapporti.

In particolare, dette clausole devono prevedere il rispetto della procedura e indicare le seguenti sanzioni applicabili in caso di violazione:

- la diffida al puntuale rispetto della procedura;
- l'applicazione di una penale, anche in caso di mancato rispetto della diffida, prevista in misura percentuale rispetto al compenso pattuito;
- la risoluzione immediata del contratto.

Allegati della procedura

- modulo di segnalazione;
- informativa ai sensi dell'art. 13 GDPR (Regolamento Europeo 679/2016).

Bibliografia

1. AODV231, *Il Whistleblowing*, Position Paper, luglio 2019.
2. M. Bortolotto, R. Frascinelli, M. Malerba, *La disciplina del whistleblowing*, in AA.VV., *Modello organizzativo D.lgs. 231/2001 e organismo di vigilanza*, a cura di P. Vernerio, M. Boidi, R. Frascinelli, Torino, 2019.
3. CNDCEC-FNC, *La disciplina del whistleblowing: indicazioni e spunti operativi per i professionisti*, febbraio 2021, www.commercialisti.it.
4. CNDCEC-CNF-ABI-CONFINDUSTRIA, *Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, gennaio 2019, www.commercialisti.it.
5. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, agg. 2014.
6. CONFINDUSTRIA, *La disciplina in materia di whistleblowing*, Nota illustrativa, gennaio 2018.
7. A. Jannone, *La direttiva europea sul whistleblowing: cosa cambia. Approfondimenti*, in *Rivista 231*, 1/2020, 149 e ss.
8. M. Pansarella, *Problematiche giuridiche ed organizzative del whistleblowing nei modelli 231*, in *Rivista 231*, 1/2018, 275 e ss.
9. M. Pansarella, *L'introduzione del whistleblowing nei modelli organizzativi: problematiche giuridiche e soluzioni operative*, in *Rivista 231* (sezione "video").
10. A. Parrotta, R. Razzante, *Il sistema di segnalazione interna*, Pisa, 2019.