

LEGAL

IL MENSILE DEL MERCATO LEGALE

Anno II / N°8-9 / Mensile / Gen.-Feb. 2017 / € 20



PUNTARE SU RISORSE UMANE E NUOVI MERCATI

**Investimenti sui professionisti
e possibili aperture
internazionali. Così lo studio
Loconte mira a consolidarsi
in Italia e all'estero**

ANTICORRUZIONE

Il whistleblowing non convince ancora

La norma che tutela chi denuncia fatti illeciti sul lavoro, sebbene presenti dei reali vantaggi per la legalità, sembra scontrarsi con la cultura e l'ordinamento giuridico italiano vigente. Dei pro e dei contro se ne è parlato in una tavola rotonda organizzata da *Legal*

DI FEDERICA CHIEZZI E MILENIA TRECCARICHI



Nella maggior parte dei paesi del G20 il dibattito intorno alle legge sulla tutela dei cosiddetti whistleblowers (dall'inglese «soffiatori nel fischiello») era già di attualità nei primi anni del 2000. In Italia la norma, che si impegna a difendere i lavoratori che denunciano fatti illegali o contrari alle regole di un'azienda o di un'istituzione, ha invece trovato terreno fertile solo nel gennaio 2016, quando, dopo mesi di valutazioni, la Camera ha approvato la proposta di legge. E la strada sembrava in discesa.

In realtà, passato questo primo step, il whi-

stleblowing ha subito una battuta d'arresto in Senato. Le cause, secondo i maggiori esperti della materia, sono da attribuire alle numerose lacune e incertezze che il testo di legge contiene e che fanno pensare a tutto fuorché a una reale tutela di chi decide di denunciare, nell'interesse pubblico e della collettività. Le criticità denunciate vanno però a scontrarsi con i reali vantaggi del whistleblowing, che, se correttamente applicato, è considerato da tutti come un'efficace strumento di lotta alla corruzione e all'illegalità, sia nel settore pubblico sia in quello privato.



La tavola rotonda organizzata da *Legal* dal titolo «Prospettive di applicazione del whistleblowing in Italia. Dal pubblico al privato», moderata da **Angela Maria Scullica**, direttore responsabile delle testate economiche di *Le Fonti*, ha esaminato luci e ombre della norma, il suo impatto sull'ordinamento italiano, le implicazioni e gli ambiti di applicazione. Alla tavola hanno partecipato **Andrea R. Castaldo** dello studio legale Castaldo, **Francesco D'A-mora** e **Federico Freni** di Quorum, **Andrea De Vivo** di Piacci De Vivo Petracca, **Luca Garramone** di Boursier Niutta & Partners,

GLI ASPETTI CRITICI...



POCHE TUTELE

Secondo gli avvocati intervistati da *Legal*, l'aspetto in assoluto più critico della legge sul whistleblowing è rappresentato dal rischio di ritorsioni che corre il dipendente che denuncia comportamenti illeciti all'interno dell'azienda

Daniilo Grattoni dello studio legale associato Bsva, **Nicola Pietrantonio** di Isolabella, **Roberto Pisano** dello studio legale Pisano, **Francesco Rotondi** di LabLaw, **Martina Scalia** dello studio legale Bana e **Armando Simbari** di Dinoia Federico Pelanda Simbari Uslenghi Avvocati.

Che primo bilancio si può fare sul whistleblowing applicato al settore pubblico?

FRENI Il primo bilancio è decisamente fallimentare: più della metà di chi ha denunciato episodi corruttivi ha successivamente subito ritorsioni, anche di natura fisica. Solo con il nuovo codice del processo contabile è stata introdotta, per la prima volta, una norma ad hoc che prescrive un preciso obbligo per il dipendente pubblico di denunciare tutte le ipotesi di danno erariale di cui venga a conoscenza nell'esercizio delle sue funzioni, con una corrispondente e parallela voce di danno erariale imputabile a chi non denunci la fattispecie. La norma è certamente un utile presidio in materia di lotta alla corruzione, ma allo stato sembra suscitare più di una perplessità da parte dei dipendenti pubblici: solo il tempo potrà certificarne l'effettiva utilità.

PISANO È importante sottolineare che nel settore pubblico vi è un reato nell'ipotesi di omessa denuncia da parte dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio, ai



MODELLO SOCIALE

Francesco Rotondi di LabLaw, ricorda che «il successo di qualsiasi struttura giuridica, sia essa contrattuale o sanzionatoria, dipende dal suo livello di condivisione sociale»

sensi degli articoli 361 e 362 del codice penale.

ROTONDI Prima di discutere dell'adeguatezza dell'istituto in questione, vorrei fare un passo indietro. Già è straordinario che si stia parlando in Italia di un istituto che non è nostro, che non ha un nome latino ma anglosassone, un istituto che in altri paesi è addirittura cinquecentenario.

Un problema culturale quindi?

DE VIVO Nel nostro sistema c'è un problema culturale generale e anche un problema specifico all'interno dei rapporti sindacali, in quanto all'interno delle imprese italiane le relazioni industriali sono sempre in contrapposizione. Senza arrivare alle cogestioni di derivazione tedesca non si naviga mai verso un obiettivo comune. Ci troviamo in un paese dove il sindacato non sempre interpreta esattamente il suo ruolo, quindi risulterebbe difficoltosa l'applicazione di una norma sul fenomeno del whistleblowing all'interno delle imprese. Inoltre, a mio parere, la norma così come è strutturata per il solo settore pubblico è carente, come segnalano anche i report dell'Anac. Per esempio non si prevede la possibilità dell'inversione dell'onere della prova nel caso in cui vi sia un licenziamento conseguente a una segnalazione. Significa lasciare il lavoratore, che ha segnalato, alla deriva.

D'AMORA Secondo me non abbiamo ancora la maturità per affrontare un tema come quello della trasparenza e dell'etica in maniera strutturata. Tutto parte dalla Sarbanes-Oxley Act del 2002, una normativa americana per le società quotate che impone una serie di obblighi di denuncia non solo per le società statunitensi, ma anche per tutte le società controllate del mondo. Lavoravamo con una di queste società la cui sede italiana doveva implementare un sistema di hot line aziendale. Si è rivelata un canale per il gossip aziendale, un modo per perpetrare vendette personali. C'è poi il tema della difesa del lavoratore offeso e del lavoratore che denuncia, due piani completamente opposti. La privacy è un altro argomento molto importante, in quanto possono essere denunciati dei comportamenti che potenzialmente costituiscono un dato sensibile (pensiamo all'orientamento sessuale per esempio). Inoltre, de la denuncia



QUESTIONE ETICA

Secondo Armando Simbari di Dinoia Federico Pelanda Simbari Uslenghi Avvocati, «l'etica della legalità è qualcosa che non si può imporre con una legge»



FATTORE CHIAVE

Per Roberto Pisano, dello studio legale Pisano, «l'effettiva protezione del dipendente che denuncia è uno dei fattori chiave perché la regolamentazione sia efficace»

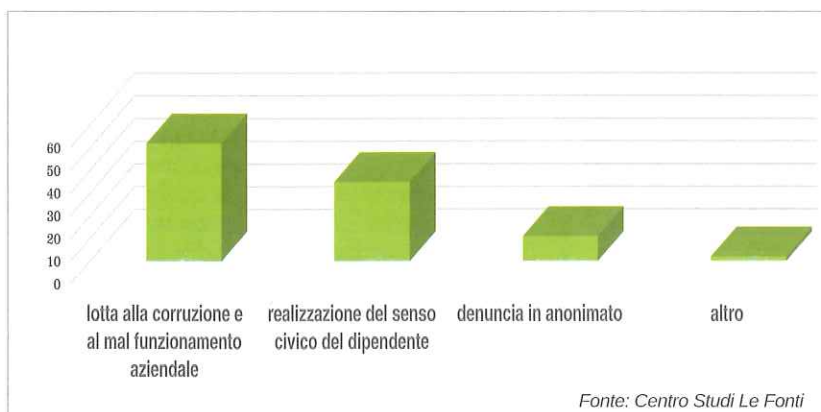
risultasse poi infondata, bisogna capire il motivo che ha mosso il soggetto a denunciare. La volontà di ledere o il perseguimento della legalità? Uno dei pochi precedenti lavoristici in materia ha stabilito che il licenziamento del dipendente che denuncia in maniera infondata è illegittimo se non si accerta l'effettiva volontà di ledere un altro soggetto denunciando un falso comportamento illecito.

Il tema dell'anonimato risulta centrale?

SCALIA È importantissimo per valutare fino a che punto questo disegno di legge sia compatibile con il nostro ordinamento penale. In particolare, occorre vagliarne la tenuta e dunque la concreta effettività una volta che la segnalazione sia sfociata in un procedimento penale. Anzitutto occorre precisare che il disegno di legge è formulato in modo tale da non tutelare la segnalazione anonima tout-court, che avrà altri canali, bensì la segnalazione da parte di un soggetto palese, cui viene però garantita la riservatezza della propria identità. Il problema che si pone è dunque la "durata" della tutela dell'anonimato al cospetto del procedimento penale. La norma prevista per il settore pubblico (ma analoghe considerazioni valgono per quello privato) dispone, infatti, che l'identità del segnalante sia coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'articolo 329 del codice di procedura penale, ossia fino a quando non si chiudono le indagini preliminari o negli altri casi in cui l'imputato ha il diritto di conoscere gli atti del procedimento. Dopo questo momento, subentrano tutti i principi generali in materia di diritto di difesa, che, correttamente, non sono stati intaccati. Orbene, l'articolo 111 della Costituzione dispone che la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni di chi si sia sottratto all'interrogatorio e il diritto di difesa, include, tra gli altri, il diritto a interrogare la persona che rende dichiarazione a carico dell'imputato. Abbiamo un sistema procedimentale che impedisce, per esempio, l'utilizzabilità dei documenti anonimi o delle informazioni riservate della polizia giudiziaria, qualora gli informatori rimangano anonimi e non siano sottoposti a interrogatorio.

SIMBARI Faccio fatica, infatti, a immaginare un

...E I POSSIBILI VANTAGGI



EDUCAZIONE CIVICA

Tra gli aspetti positivi della legge, a detta della maggioranza degli intervistati, oltre al rafforzamento della lotta alla corruzione, c'è anche lo sviluppo di un percorso culturale che porta allo sviluppo del senso civico del dipendente

dipendente pubblico o (peggio) privato che denunci un fenomeno criminoso di cui non è parte e di cui non patisce conseguenze dirette, per il puro gusto di garantire la legalità e l'eticità. Per denunciare, e dunque per assumersi il rischio delle pregiudizievole conseguenze (spesso pesantissime) che la denuncia può purtroppo comportare, c'è bisogno di una reale contropartita. Così funziona, per esempio, nell'ambito del diritto tributario, laddove il contribuente che spontaneamente denuncia al fisco i redditi sottratti a tassazione avrà dei benefici concretamente percepibili come lo sconto di sanzioni ovvero la non punibilità per i reati tributari. Ma nel caso del dipendente pubblico o privato una contropartita reale obiettivamente, a oggi, manca.

Ci sono aspetti della norma che andrebbero rivisti?

GARRAMONE La legislazione, così come è stata tratteggiata in ambito pubblico e così come ipotizzata rispetto al settore privato, è foriera di farraginosità e criticità operative, al solo considerare che la procedura di cui all'art. 7 dello statuto dei lavoratori impone la salvaguardia del diritto di difesa del lavoratore e, perciò, la specificità della contestazione disciplinare nonché, per via di una giurisprudenza di legittimità sempre più rigorosa sul



INTERESSE PERSONALE

A parere di Andrea De Vivo, di Piacci De Vivo Petracca, «solo chi ha veramente un interesse diretto e personale riesce a venir fuori e segnalare qualche irregolarità»

punto, esigenze di tempestività stringenti. Infatti, l'impianto normativo di cui si discute, in un'ottica de iure condendo, rischierebbe di impedire di arrivare velocemente alla definizione di una puntuale contestazione in grado di assicurare le anzidette garanzie al dipendente e, successivamente, alla predisposizione di un provvedimento disciplinare nei confronti del soggetto che abbia compiuto l'inadempimento frutto della segnalazione. Il rischio è quindi quello di rendere oltremodo difficile se non addirittura di vanificare l'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro. L'impressione che ho è che il legislatore abbia per lo più tentato di trovare una soluzione di carattere "morale", piuttosto che approcciare la questione in un'ottica giuridica unitaria e pratica. La norma dettaglia eccessivamente la fase organizzativa e il rispetto della privacy, non preoccupandosi del necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti nel nostro sistema giuridico e, in particolare, con quelle giuslavoristiche. Anche le linee guida emanate dall'Anac che spiegano come dovrebbe essere posto in essere il modello che mira a garantire la riservatezza del segnalante, non si curano di una serie di fattori più sostanziali. In sintesi, le impressioni che traggio sono principalmente due: la prima è quella di una norma che è stata abbozzata sulla falsariga di modelli stranieri e di convenzioni internazionali ma che difficilmente si attaglierebbe al nostro ordinamento, in assenza di un maggior coordinamento; la seconda riguarda la necessità di contemperare l'impianto proposto con una serie di problematiche applicative che non paiono nemmeno lontanamente lambite dal disegno di legge, il quale dovrebbe mirare a colmare le lacune esistenti nell'ambito del lavoro privato anziché rischiare di complicare la gestione dei rapporti di lavoro.

FRENI Quando si introducono norme di portata dirompente (o, comunque, tali da incidere su settori sensibili), è assolutamente necessario un completo coordinamento delle novità con l'assetto normativo generale. L'errore è stato quello di introdurre una norma (a valere soltanto su un micro settore) senza operare un efficace coordinamento con tutte quelle che sono le disposizioni sostanziali e processuali.

Negli Stati Uniti la norma funziona?

GRATTONI Con riferimento all'attività di investigation, rammento una recente pronuncia della Corte di Appello del Third District della Pennsylvania che ha rigettato il ricorso proposto da un lavoratore di una società quotata, teso all'impugnativa del proprio licenziamento invocando la violazione delle norme anti-retaliation dettate dal Serban Oxley Act. Il ricorrente aveva correttamente segnalato alla Sec comportamenti illeciti avvenuti all'interno dell'emittente. In questo caso la Corte d'appello americana ha rigettato l'istanza del whistleblower confermando la correttezza del licenziamento sulla base di fatti documentati e circostanziati. In pratica, sembrerebbe che la normativa sia stata aggirata e la società abbia fatto risultare che, inter alia, vi erano delle lamentele sul comportamento di questo soggetto che hanno giustificato il licenziamento. La considerazione che, dunque, sorge spontanea è che nel momento in cui il diritto di difesa espone il soggetto che segnala al pubblico, poi, vi sono, comunque, strumenti residuali con i quali il soggetto può subire una ritorsione e questo impone necessarie riflessioni sul meccanismo previsto dalla disciplina e invero anche dalla direttiva comunitaria 2015/2392 del 17 dicembre 2015 (relativa al regolamento UE 596/2014).

CASTALDO Va in primo luogo sottolineato che non esiste ancora un dato statistico certo, dal momento che il monitoraggio sulla pratica del whistleblowing fotografa esclusivamente le segnalazioni indirizzate all'Anac. Eppure, l'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001, rubricato «Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti», fa riferimento a un numero più vasto di soggetti destinatari della segnalazione, quali la Corte dei conti, l'autorità giudiziaria e il superiore gerarchico nella pubblica amministrazione. Ciò detto, le statistiche dell'Anac offrono alcuni spunti di interesse, come quello riguardante la derivazione geografica delle segnalazioni. Nel Sud Italia si riscontra, infatti, un maggiore flusso di segnalazioni (49% nel 2016) rispetto al Centro e al Nord. Quanto all'origine delle segnalazioni raccolte, il 94% deriva da amministrazioni pubbliche, 1% dagli ordini professionali e il resto da società di controllo. Si tratta, ad ogni modo, di



SISTEMA DEBOLE
Nicola Pietrantonì di Isolabella sottolinea che «nel nostro sistema la disciplina del whistleblowing non appare incentrata sulla premialità, bensì esclusivamente su un debole sistema di protezione»



DIRIGENTI PENALIZZATI
Federico Freni di Quorum, rivela che «i dirigenti che hanno contribuito a dare avvio alle indagini di mafia capitale e affittopoli, anziché avere benefici, sono stati trasferiti in tempi rapidissimi»

dati da prendere con cautela. Sarebbe infatti prematuro trarre un bilancio definitivo circa l'effettività-ineffettività dell'istituto, va però salutato con favore il trend in crescita delle segnalazioni. Sul versante strettamente tecnico-giuridico, invece, si evidenzia l'ambiguità della norma, che non fa espresso riferimento alla segnalazione di reati bensì, con formula molto più ampia, a quella di «condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro». Inoltre, a bilanciare lo «stigma» sociale per il segnalante non è previsto alcun tipo di incentivo, come invece avviene negli Usa, dove il delatore viene economicamente ricompensato.

PIETRANTONI Negli Stati Uniti, dove l'azione penale non è obbligatoria, la frequente dinamica negoziale tra prosecutor e corporation è inserita in un meccanismo premiale finalizzato proprio a favorire le segnalazioni, da parte delle società, con riferimento a illeciti penali commessi al loro interno o da loro stesse; ciò significa che gli enti che decidono di collaborare con le autorità inquirenti possono evitare anche le attività di indagini, l'accertamento degli addebiti e, quindi, l'eventuale danno reputazionale. Nel nostro sistema giuridico, invece, la disciplina del whistleblowing, anche nella prospettiva di riforma attraverso il ddl 2208, non appare incentrata sulla premialità bensì esclusivamente su un debole sistema di protezione a favore del soggetto segnalante.

ROTONDI Il successo di qualsiasi struttura giuridica, sia essa contrattuale o sanzionatoria, dipende dal livello di condivisione sociale. Se ci fosse discrepanza tra il dettato normativo e quello sociale non vi è dubbio che l'adesione comportamentale del cittadino sarà verso il modello socialmente ritenuto più adeguato; la conseguenza è il fallimento del progetto normativo. Ecco perché trovo straordinario che ci si sia dimenticati dei principi generali del diritto. Costantemente tentiamo di aggiornare o introdurre nel nostro ordinamento istituti giuridici di altri paesi, ma dimentichiamo che prima della norma ci deve essere un percorso culturale ed educativo.

Si può dunque ritenere che il whistleblowing non garantisca le tutele necessarie?

FRENI Valga un esempio: la Corte dei conti ha di recente dato avvio a due istruttorie particolarmente rilevanti, che hanno a oggetto episodi di cronaca a tutti noti: mafia capitale e affittopoli. I dirigenti che hanno contribuito a dare avvio alle indagini (contabili e penali), che in un sistema premiale (qual è quello prefigurato dal legislatore) avrebbero dovuto avere dei benefici, sono stati trasferiti in tempi rapidissimi a impieghi diversi (a tratti anche dequalificanti). È così il sistema dovrebbe tutelare il denunciante?

DE VIVO Solo chi ha un interesse diretto e personale riesce a venir fuori e segnalare qualche irregolarità all'interno del contesto aziendale dove opera, perché se non si ha nessun interesse a farlo ci sarebbero solamente ripercussioni negative. Senza arrivare a paventare un interesse prettamente economico, che pur ha avuto molto successo negli Usa, dal punto di vista giuslavoristico sarebbe utile almeno prevedere, per esempio, la nullità assoluta di tutti i provvedimenti disciplinari irrogati al segnalatore nei tre anni successivi alla segnalazione.

SIMBARI La maggiore appetibilità non può derivare dal solo riconoscimento di una sorta di immunità da eventuali provvedimenti disciplinari: davvero troppo poco. Per altro verso, non si può immaginare che chi ha il merito di denunciare un fenomeno illecito debba essere ricompensato addirittura con una promozione o un avanzamento di carriera. La verità è che l'etica della legalità è qualcosa che non si può imporre con una legge, non esisterà mai alcun intervento normativo che passi l'esame dell'efficacia rispetto a questi concetti. Il sistema anglosassone funziona perché è diverso il contesto, in quei paesi c'è una cultura della legalità che da noi purtroppo è ancora un obiettivo lontano a raggiungersi. Da ultimo, non posso non esprimere perplessità anche sulla portata e sul significato del concetto di «buona fede» nell'ambito della disciplina del whistleblowing. In base al dettato normativo, il pubblico dipendente che segnala un fatto che ritiene illecito ma che illecito non è, non incorre comunque nel rischio di calunnia o diffamazione laddove la denuncia sia stata effettuata in buona fede. Sempre la legge specifica che è in buona fede il dipendente pubblico che effettua una segnalazione circostanziata ritenendo altamente probabile che la condotta illecita o di abuso si sia verificata. Ebbene, così definita la portata della



ADDIO ANONIMATO

Martina Scalia dello studio legale Bana e Armando, ricorda che la Costituzione «dispone che la colpevolezza non può essere provata sulla base delle dichiarazioni di chi si sia sottratto all'interrogatorio»



SEGNALAZIONI IN CRESCITA

Andrea R. Castaldo dello studio Castaldo dice che è «premature trarre un bilancio definitivo circa l'effettività-ineffettività dell'istituto. Va però salutato con favore il trend in crescita delle segnalazioni»

buona fede, è evidente che essa sia destinata a non trovare mai riscontro. Nemmeno il pubblico ufficiale ha oggi il limite dell'altamente probabile per denunciare (vedi art. 331 c.p.p.). Formulata in questi termini, la norma è quindi totalmente inefficace, nessuno mai si prenderà la responsabilità di.

PISANO Il decreto legislativo n. 72 del 2015, che dà attuazione alla direttiva 2013/36/UE, già prevede la necessità per le banche e per gli operatori del settore finanziario di introdurre sistemi di segnalazione degli illeciti (dunque di whistleblowing) sia interni sia esterni. Si tratta di una normativa che è già operante. Siamo tutti d'accordo sul fatto che la regolamentazione del fenomeno andrà avanti. L'errore di impostazione, su cui, credo, noi tutti concordiamo, è quello di introdurre la regolamentazione di un istituto di tale importanza in modo frammentario, all'interno di alcuni sotto-settori dell'ordinamento, anziché mediante una disciplina organica che ne delinea in modo chiaro i principi generali, destinati a valere in ognuno degli specifici sotto-settori. Come detto, vi sono delle punte avanzate nei settori bancario e finanziario, in cui di fatto il sistema è già operativo: in ambito privato, dunque, il whistleblowing è già stato, seppure in minima parte, introdotto e regolamentato. Si tratta di una disciplina che, come avvenne ai fini delle segnalazioni anticiclaggio, sta iniziando ora a funzionare con difficoltà: ma con essa prima o poi ci si dovrà confrontare. La realtà è che in tema di whistleblowing l'ordinamento italiano sta subendo e subirà delle modifiche: anziché rifiutare in blocco ciò che è già una realtà, è forse più proficuo lavorare insieme, a livello accademico e professionale, perché la futura disciplina sia il più possibile adeguata, organica e concretamente applicabile. Come insegna l'esperienza statunitense, e in particolare il report 2016 della Sec al Congresso sul Dodd-Frank whistleblower program, l'effettiva protezione del dipendente segnalante è uno dei fattori-chiave perché la regolamentazione del whistleblowing sia efficace, e consegua gli obiettivi che si prefigge. Altrimenti è certo che il sistema di segnalazione non funzionerà. E si risolverà in un tentativo velleitario, e persino controproducente, di innestare all'interno dell'ordinamento giuridico italiano un istituto nato nell'ambito di una diversa cultura giuridica. ♦