

Senato della Repubblica
Commissione Affari Costituzionali

Disegno di Legge n. 2208

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

Audizione informale dinanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione Affari Costituzionali del Senato del
CENTRO STUDI AMBROSOLI

Ermano Cappa

Rosario Imperiali d'Afflitto

Roma, 16 maggio 2017

Onorevole Presidente, onorevoli Senatori,

grazie per l'invito a fornire il contributo del CENTRO STUDI AMBROSOLI sul disegno di legge n. 2208, volto a tutelare gli autori di segnalazioni di reati o irregolarità nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato.

La finalità del disegno di legge è certamente condivisibile e strategica, posto che l'emersione di condotte illecite, in ogni campo di attività (pubblica o privata), costituisce un percorso obbligato per disinquinare l'economia dal crimine, segnatamente, dalla corruzione. Per converso, l'ordinamento giuridico non può non farsi carico di tutelare i cittadini virtuosi che, coraggiosamente, denuncino reati o irregolarità riscontrate sul lavoro.

Tale finalità rientra in pieno nelle logiche del CENTRO STUDI AMBROSOLI, "laboratorio di diritto applicato" i cui fini si sostanziano nello studio, nella promozione e nella produzione della conoscenza giuridica, con specifico riguardo alla fase applicativa della norma e con particolare interesse per i profili etici. Il Centro è intitolato alla memoria dell'Avvocato Giorgio Ambrosoli, alla cui vita ed opera professionale si ispira.

Il giudizio complessivo del CENTRO STUDI AMBROSOLI sul testo in commento è positivo, fatta salva l'opportunità di sottolineare l'esigenza di un attento **coordinamento sistematico** con tutte le discipline analoghe, nazionali e sovranazionali, attuali e in fieri e ferme le osservazioni di carattere generale in tema di "whistleblowing" ed alcuni **spunti di riflessione a proposito della formulazione** letterale del testo.

Ciò posto, il CENTRO STUDI AMBROSOLI ritiene, in linea generale, che la regolamentazione dell'whistleblowing debba affrontare almeno tre scogli principali.

(1) CULTURALE

Quando un tema solleva delicate problematiche sociali, lo si rubrica spesso attraverso una metafora: così è successo con le "unioni civili", il "testamento biologico" o il "fine vita"; talvolta si fa anche ricorso a termini presi a prestito da lingue estere come il Jobs Act o - appunto - whistleblowing.

Questa circostanza, apparentemente fortuita, denota probabilmente una difficoltà intrinseca nel disciplinare temi complessi come l'individuazione del bandolo in una matassa: lo stesso accade per il whistleblowing o, come alcuni preferiscono chiamarlo, in modo forse un po' ambizioso, "vedetta civica".

La normazione è certamente uno strumento importante di indirizzamento dei comportamenti individuali ma rischia di rendere vani gli sforzi, se non viene accompagnata da una corrispondente propensione culturale, che trovi radici nel tessuto sociale.

Il fenomeno delle segnalazioni individuali di reati o comportamenti illeciti si muove in un angusto anfratto iscritto tra gli estremi della "omertà" e della "delazione". Affinché la norma, oltre ad essere concepita, possa davvero risultare concretamente effettiva ed efficace, occorre che il regolatore tenga in debita considerazione questo profilo.

Passando dal lato teorico a quello concreto, ad esempio, se il profilo culturale è ben presente, appare evidente la considerazione che il quesito sull'ammissibilità della segnalazione "anonima" vada affrontato proprio in relazione al prevedibile impatto culturale causato dall'istituto che si vuole regolare. Se, infatti, l'obiettivo del legislatore è quello di facilitare al massimo le segnalazioni in un ambito di volontarietà, occorre conseguentemente abbattere gli eventuali scogli di "disagio culturale" frapposti sul loro cammino, per cui l'ammissibilità dell'anonimato può rappresentare una possibile, parziale risposta in questa direzione. Non è un caso che il profilo dell'anonimato del segnalante, ad esempio, sia stato trattato favorevolmente da quelle componenti istituzionali (Gruppo di lavoro dell'art. 29, Organo Consultivo della Commissione UE sul trattamento dei dati personali e Garante privacy) che maggiormente presidiano la tutela della dignità e libertà dell'individuo.

(2) REGOLATORIO

Una seconda sfida del whistleblowing è rappresentata dalla individuazione del giusto equilibrio tra contrapposti interessi. Una non adeguata consapevolezza della presenza di due distinte sfere individuali da tutelare (quella del segnalante e quella del segnalato) può condurre ad una disciplina non equilibrata, a

danno dell'efficacia dello strumento regolatorio e, da ultimo, del raggiungimento del risultato finale che si intende conseguire.

Molti precedenti normativi, ad esempio, incentrano l'attenzione del regolatore sulle garanzie di non discriminazione o rappresaglia conseguenti alla segnalazione fatta. Aspetto, questo, certamente fondamentale ma che va associato ad un'analogia sfera di protezione nei riguardi del segnalato che, fino a prova contraria, non può essere destinatario di azioni di biasimo per fatti non ancora acclarati.

La garanzia di riservatezza deve necessariamente riguardare entrambi i soggetti coinvolti e trovare eccezione solo allorché l'esercizio del diritto di difesa imponga l'evidenza di identità manifeste.

Nella ricerca delle soluzioni di tipo procedurale (che risultano ineludibili), occorre peraltro considerare l'esigenza di evitare appesantimenti burocratici e costosi, a carico dell'impresa datore di lavoro, sia essa pubblica o privata.

(3) METODOLOGICO - SISTEMATICO

L'ultimo ostacolo che va affrontato nell'esercizio della redazione di una disciplina per il whistleblowing è quello di metodo: il disegno di legge in parola non è il primo esempio di regolazione dell'istituto; altre leggi di settore sono già intervenute al riguardo. Oltre alla legge 190/2012 sull'anticorruzione ne sono esempi il TUB ed il TUF, il decreto attuativo della direttiva sulla revisione dei conti (dlgs 135/2016), nonché il decreto di recepimento della IV direttiva antiriciclaggio (art. 38) in corso di emanazione. Non si può prescindere da una visione sistematica.

Non sempre la disciplina risulta omogenea, né del tutto conforme alle fonti comunitarie dalle quali, invece, può trarsi uno schema standard di disciplina che sarebbe opportuno tenere in considerazione.

I punti principali di questo "modello UE del whistleblowing", possono riassumersi come segue:

- Facoltatività della segnalazione
- Creazione di un canale di comunicazione indipendente ed autonomo

- Tutela di segnalante e segnalato, sia in relazione ai rispettivi dati personali sia verso atti discriminatori, ritorsivi o iniqui a seguito della segnalazione
- Riservatezza dell'identità di segnalante e segnalato, salvo esigenze giudiziarie e diritto di difesa, con esclusione del diritto di accesso privacy e di quello ai documenti amministrativi
- diritto del segnalato di essere ascoltato prima dell'adozione di qualunque decisione nei suoi confronti e del diritto alla difesa
- precisazione che la presentazione della segnalazione non costituisce di per sé violazione degli obblighi di fedeltà e correttezza derivanti dal rapporto di lavoro.

* * *

Seguono alcuni **spunti di riflessione a proposito della formulazione** letterale del testo.

Art. 1

(modifica dell'art. 54-bis del decreto legislativo n. 165/2001)

- a) L'espressione "**pubblica amministrazione**", che compare in esordio al comma 1, fa pensare, inevitabilmente, ad una parte, pur importantissima, della collettività, non all'intera collettività. La norma, viceversa, affonda le proprie ragioni, in un interesse super partes che, quindi, prescinde, in ultima analisi, dalla nozione di pubblica amministrazione in senso stretto. Si suggerisce pertanto di modificare da "*...nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione*", a "*...nell'interesse pubblico*";
- b) l'espressione "**in buona fede**", che compare sempre al comma 1, pur in presenza della mitigazione di cui al comma 2, pone in capo al segnalante un ineludibile *onere della prova* che potrebbe, all'occorrenza, penalizzarlo non poco. Il superiore "*interesse dell'integrità della pubblica amministrazione*" (ovvero, secondo il nostro suggerimento, il superiore "*interesse pubblico*") dovrebbe invece prevalere, financo a prescindere dai motivi reconditi che possano indurre il segnalante a segnalare. Si suggerisce, pertanto, di valutare l'ipotesi di abolire i riferimenti al requisito della buona fede del segnalante;
- c) l'espressione "**condotte illecite**", al comma 1 incide sull'ambito della tutela apprestata dalla futura norma e pertanto giustifica l'esigenza che tale definizione risulti precisa e inequivocabile. Le "condotte illecite"

- oggetto della segnalazione suscettibile di tutela in termini di riservatezza e di esclusione da atti ritorsivi o discriminatori verso il segnalante - sembra vadano individuate in relazione: all' "interesse dell'integrità della pubblica amministrazione" (nel senso che sarebbero "condotte illecite" oggetto della tutela, quelle contrarie allo "interesse dell'integrità della pubblica amministrazione"); alle materie di competenza del responsabile della prevenzione della corruzione, considerato che quest'ultimo viene individuato come soggetto destinatario della segnalazione all'interno dell'ente, in sostituzione del "proprio superiore gerarchico", come previsto nell'attuale testo dell'articolo 54-bis (comma 1). Si suggerisce, quindi, di meglio precisare quali siano le "condotte illecite" oggetto delle segnalazioni tutelate in ambito pubblicistico;

- d) l'espressione "**organizzativa**", al comma 1 ("*... altra misura organizzativa avente effetti negativi...*") fa pensare al tema dell'assetto organizzativo dell'ente-datore di lavoro e, in tal senso, può rivelarsi riduttiva della portata della norma in quanto, ovviamente, anche misure di diversa natura, rispetto a quelle prettamente "organizzative" (si pensi a ipotetiche misure ad personam, che non incidano sull'organizzazione dell'ente), possono danneggiare il lavoratore. Si suggerisce, quindi, di abolire l'aggettivo "**organizzativa**";
- e) l'espressione "**di lavoro**", sempre al comma 1 ("*...sulle condizioni di lavoro...*") può rivelarsi altrettanto riduttiva, in quanto le misure poste a carico del dipendente segnalante potrebbero rivelarsi negative per lui anche nell'ipotesi in cui non incidano precipuamente sulle sue condizioni *di lavoro*, bensì, più in generale, sulle sue condizioni *di vita*. Si suggerisce, quindi, di abolire l'inciso "**di lavoro**";
- f) il comma 3 contempla un divieto di rivelazione dell'**identità del segnalante**, la cui opportunità è evidentemente condivisibilissima; va osservato, peraltro, che si tratta di un precetto privo di sanzione per l'inottemperanza e ciò, probabilmente, rischia di ridurne la portata pratica. D'altra parte, risulta difficile immaginare di far confluire l'ipotesi di violazione di tale precetto nella sfera applicativa della sanzione prevista dal comma 6 (per l'ipotesi di conclamata adozione di misure discriminatorie da parte dell'ente), che riguarda esclusivamente il rapporto di lavoro in senso stretto. Si suggerisce, pertanto, di valutare l'introduzione di sanzioni ad hoc, per ciascuno dei contesti interessati;

- g) Il comma 4 sottrae la denuncia dall'esercizio del diritto di accesso agli atti amministrativi (artt. 22 e ss. L. N. 241/1990); tale deroga - per garantire adeguata tutela alle parti coinvolte nella segnalazione - dovrebbe altresì riguardare anche l'**accesso privacy**, previsto dal codice privacy (art. 7, dlgs n. 196/2003) in relazione ai dati personali del soggetto interessato. Esercitando tale diritto, infatti, il soggetto segnalato sarebbe legittimato ad ottenere dall'ente titolare del trattamento di dati personali, copia dei dati personali che lo riguardano e da cui potrebbe ricavare i dati identificativi del segnalante ed il contenuto della segnalazione;
- h) come si dirà, la deroga al cosiddetto "accesso privacy" dovrebbe estendersi anche nei riguardi delle segnalazioni in ambito privatistico, disciplinate dall'articolo 2 del ddl; per il giusto equilibrio con il diritto alla trasparenza ed all'informazione dei soggetti legittimati, inoltre, entrambe queste deroghe, comunque, dovrebbero avere effetto solo nel caso e **per il tempo strettamente necessario** a garantire la riservatezza dei soggetti coinvolti e del contenuto della segnalazione, entro i limiti disciplinati dalla norma;
- i) Il comma 5 rinvia a **linee guida adottate dall'ANAC** relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni. La norma stabilisce che tali linee guida sono adottate **sentito il Garante** per la privacy. Siccome l'ANAC ha già provveduto in proposito (determina n. 6 del 28/4/2015) e poiché il ddl prevede che il mancato rispetto di tali linee guida sia sanzionato, sarebbe opportuna una nuova formulazione che preveda un nuovo atto di definizione delle stesse ed un termine temporale per l'adozione, trascorso il quale invano, scatterebbe l'irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria (di competenza dell'ANAC);
- j) il comma 7 prevede l'**esclusione delle tutele** in ipotesi di condanne (civili o penali) del dipendente per ipotesi riconducibili a fatti di calunnia, diffamazione o comunque commessi attraverso la denuncia presentata; la tutela viene meno anche nel caso di sentenza di 1° grado. Orbene, considerata la presunzione di non colpevolezza sancita dalla Costituzione, vale la pena di considerare l'opportunità di prevedere, prima dell'eventualità di una sentenza definitiva a carico del segnalante, una mera sospensione della tutela, anziché l'abolizione (definitiva) della stessa;

- k) oltretutto, il medesimo comma 7 esclude la tutela per l'ipotesi di sentenza di primo grado che riconosca la responsabilità civile per dolo o colpa grave del segnalante, "**per lo stesso titolo**" delle fattispecie di reato di calunnia e diffamazione. Per esigenza di chiarezza interpretativa è quindi opportuno che si precisi se la locuzione "per lo stesso titolo" (la quale peraltro manca nella speculare previsione del contesto privatistico; art. 2, comma 1, capoverso 2-bis, lett. d) debba intendersi nel senso che l'ambito dell'esclusione della tutela riguardi solo l'ipotesi della responsabilità civile derivante da reato o anche quella di responsabilità autonoma, purché scaturente da dolo o colpa grave;
- l) il comma 8 risulta utile per dare un segnale di rigore, tuttavia, a ben vedere, risulta tecnicamente superfluo, posto che i principi generali del nostro ordinamento sono di per sé sufficienti a castigare eventuali segnalazioni di malafede. Inoltre, il riferimento alla **infondatezza** della segnalazione è foriero di valutazioni EX POST che rischiano di penalizzare ingiustamente il dipendente il quale EX ANTE, sulla base delle sue conoscenze all'epoca della segnalazione, si fosse ritenuto nel dovere di effettuarla. Si suggerisce quindi di abolire il comma 8, ovvero di prevedere espressamente la necessità di valutare la fondatezza o meno della segnalazione in base agli elementi EX ANTE in possesso del lavoratore segnalante.

Art. 2

(settore privato)

- a) L'articolo 2 incardina la disciplina del whistleblowing in ambito privatistico, all'interno della struttura giuridico-concettuale del decreto legislativo 231/2001 sulla responsabilità d'impresa per la commissione di determinati reati compiuti da dipendenti o collaboratori con tornaconto aziendale. Una volta operata questa scelta normativa, suscita comunque perplessità aver concepito **la segnalazione come un obbligo** (non più un atto rimesso all'autodeterminazione del segnalante) imposto a carico di "persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché (di) persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso (nonché di) persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti" menzionati in precedenza (art. 5, comma 1, lett. a) e b) dlgs 231/2001);

- b) l'obbligatorietà della segnalazione snatura l'**impostazione genetica dell'istituto** che, dalla originaria concezione di regolamentazione a tutela di colui che volontariamente segnala ipotesi di illecito dal rischio di subire conseguenze ritorsive e discriminatorie, si trasforma in un qualcosa di ben diverso e dalle conseguenze ancora non prevedibili né avvalorate da precedenti normativi internazionali;
- c) alla lettera a) dell'ipotizzato comma 2-bis del decreto legislativo n. 231/2001 si parla di “...*condotte illecite rilevanti ai sensi del presente decreto*”, vale a dire, rilevanti ai sensi dello stesso decreto n. 231/2001. Orbene, posto che il disegno di legge in commento si inserisce nell'ambito della legislazione precipuamente finalizzata a contrastare la *corruzione*, si suggerisce l'opportunità, per evidenti ragioni sistematiche, di circoscrivere la rilevanza ai reati-presupposto rientranti nella sfera dei delitti connessi alla corruzione contemplati nel ridetto decreto legislativo n. 231/2001, come aggiornato dalla legge 6 novembre 2012, n. 190;
- d) sempre alla lettera a) dell'ipotizzato comma 2-bis del decreto legislativo n. 231/2001 torna il concetto di “*buona fede*”, su cui si è già avuto modo di esprimersi a proposito dell'art. 1;
- e) il comma **2-quater** contiene previsioni che, a ben vedere, nulla aggiungono al diritto positivo vigente, può quindi considerarsi utile unicamente nella logica di dare un segnale di tutela alla parte debole;
- f) infine, il testo dell'articolo 2 non contiene alcuna menzione riguardo alla tutela da apprestare al **sogetto segnalato** che, almeno fino all'accertamento positivo dei fatti denunciati, dovrebbe ugualmente essere tenuto al riparo dal potenziale discredito che la divulgazione della segnalazione potrebbe determinare.

* * *

Roma, 16 maggio 2017 - CENTRO STUDI AMBROSOLI