

WHISTLEBLOWING:

ORIGINE, DIFFUSIONE E REGOLAMENTAZIONE NEL

MODELLO 231

DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DELLA L. 179/2017
CHE MODIFICA L'ART. 6 EX D.LGS. 231/01



Dott. Ing. G. GAETANI

- Esperto di Organizzazioni Aziendali Complesse
- Responsabile settore di lavoro di "Ingegneria Forense"
- Progettista di "Modelli 231"
- Componente/Presidente di Organismi di Vigilanza per "Modelli 231"
- Docente MASTER IPSOA "Esperto progettazione Modelli 231"

dotazione obbligatoria di strutture interne di controllo e di sistema di denuncia di comportamenti irregolari nella forma del "confidential anonymous employee reporting". A tutela del dipendente che denuncia irregolarità il SOX prevede la sanzione penale della reclusione fino a dieci anni nei confronti del datore di lavoro che proponga in essere atti ritorsivi contro il Whistleblower.

La riforma degli aspetti regolatori del sistema finanziario degli Stati Uniti nel 2010 ha visto il varo del cosiddetto "Dodd-Frank Act" (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act) che ha introdotto ulteriori tutele per i dipendenti che denunciano violazioni di "securities laws" alla S.E.C. (Security Exchange Commission).

In Italia la legge 190/2012 (c.d. Legge Severino) relativa alle "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della commissione e dell'illegalità nella PA" ha inserito l'art. 54-bis "Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti" nel D.Lgs. 165/2001 "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche".

La tutela del Whistleblower (dipendente pubblico che segnala illeciti) è rivolta alla conservazione del posto di lavoro e alla immunità da forme di discriminazione o ritorsione.

1. WHISTLEBLOWING NEGLI STATI UNITI ED IN ITALIA

Il Whistleblowing, è un istituto giuridico di natura anglosassone, volto a disciplinare la condotta di quelle persone che segnalano irregolarità o illeciti penali all'interno del proprio ambito lavorativo.

Il termine Whistleblowing viene dalla frase "blow the whistle/soffiare nel fischietto" e, come suggerisce l'origine si fa derivare dal fischietto dei poliziotti, quando ravvisano la commissione di un crimine, o dalla segnalazione di una irregolarità nelle discipline sportive.

Storicamente la prima forma di whistleblowing è rintracciabile negli USA nel 1863, anni in cui è stato promulgato il "False Claims Act" per perseguire frodi nelle pubbliche forniture militari e riconoscere una ricompensa al segnalatore calcolata sulla sanzione applicata al malfattore.

Nel tempo il "False Claims Act" è stato emendato più volte e ha interessato ulteriori contesti oltre quello militare come ad esempio quello sanitario.

Gli scandali finanziari del 2002 negli USA hanno favorito la legislazione sul Whistleblowing che è stata inserita nel "Sarbanes-Oxley Act" (SOX) per proteggere gli investitori attraverso la



L'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione), ha fornito una autorevole interpretazione dell'art. 54-bis del D.Lgs. 165/2001 nella determinazione n. 6 del 28.04.2015 "Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblowing)" ripresa nella delibera n. 1134 del 8 novembre 2017 e relativa alle "Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle Pubbliche Amministrazioni e degli enti pubblici economici".

La tutela viene cioè estesa anche ai dipendenti non pubblici.

Il D.Lgs. 72/2015 ha introdotto nel Testo Unico Bancario (D.Lgs.385/1993) l'art. 52-bis "Sistemi interni di segnalazione delle violazioni" che ha quindi avviato l'istituto del Whistleblowing anche nel settore bancario.

Nel mese di luglio 2015, in sede di aggiornamento del "Codice di Autodisciplina delle Società Quotate", predisposto dal Comitato per la Corporate Governance di Borsa Italiana, è stato introdotto il Whistleblowing come elemento di presidio aziendale che devono adottare le società quotate presso l'indice FTSE-MIB di Borsa Italia.

Ad ottobre 2016 viene pubblicata la norma tecnica della International Automotive Task Force (IATF) IATF 16949:2016 relativa ai requisiti del Sistema di Gestione per la Qualità per la produzione "Automotive". Tale norma, approvata anche dall'Italia attraverso l'ANFIA (Associazione Nazionale Filiera Industrie Automobilistiche), richiama al punto 5.1.1.1 "Corporate Responsibility" politiche di responsabilità d'impresa che includano, come minimo, una politica anticorruzione, un codice di condotta per i dipendenti e una politica Whistleblowing.

Il 22.03.2017 viene presentata dalla commissione europea una proposta di direttiva europea che "...conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli stati membri poteri di applicazione più efficaci e assicura il corretto funzionamento del mercato interno...".



In questo contesto il 15.03.2017 era stato introdotto dalla commissione europea lo strumento "Anonymous Whistleblower" in cui si indica come un cittadino della UE può segnalare la presenza di cartelli segreti o altre violazioni delle norme antitrust mantenendo l'anonimato.

Il 14.12.2017 è stata pubblicata in Italia la Legge 179/2017 in materia di Whistleblowing: "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." Il testo di legge si compone di 3 articoli e l'art. 2 prevede la modifica dell'art. 6 ex D.Lgs. 231/01 (Responsabilità amministrativa delle società) con l'introduzione dei commi 2-bis, 2-ter, 2-quater, finalizzati alla tutela del dipendente o collaboratore che segnala illeciti nel settore privato.

I commi introdotti nell'art. 6 ex D.Lgs. 231/01 così recitano:

"...2-bis. I modelli di cui alla lettera a) del comma 1 prevedono:

- uno o più canali che consentano ai soggetti indicati nell'articolo 5, comma 1, lettere a) e b), di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto [D.Lgs. 231/01] 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 garantiscono la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione;
- almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante;
- il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione;

2-ter. L'adozione di misure discriminatorie nei confronti dei soggetti che effettuano le segnalazioni di cui al comma 2-bis può essere denunciata all'Ispezzato nazionale del lavoro per i provvedimenti di propria competenza, oltre che dal segnalante, anche dall'organizzazione sindacale indicata dal medesimo.

2-quater. Il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del soggetto segnalante è nullo. Sono altresì nulli il mutamento di mansioni ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile, nonché qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del segnalante. È onere del datore di lavoro, in caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari, o a demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti, o sottoposizione del segnalante ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, successivi alla presentazione della segnalazione, dimostrare che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa...".

2. LA REGOLAMENTAZIONE DEL WHISTLEBLOWING NEL "MODELLO 231"

L'art. 6 co. 2 lett. d) del D.Lgs. 231/01 prevede *"...obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli [Organismo di Vigilanza - OdV]..."*.

Le Linee Guida di Confindustria, per la costruzione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo (marzo 2014 pagg. 68-70) descrivono le segnalazioni all'OdV non solo riguardo a *"...risultanze periodiche dell'attività di controllo posta in essere dalle funzioni stesse per dare attuazione ai modelli (report riepilogativi dell'attività svolta, attività di monitoraggio, indici consuntivi, etc...)..."* ma anche con riferimento a *"...anomalie o atipicità riscontrate nell'ambito delle informazioni disponibili (un fatto non rilevante se singolarmente considerato potrebbe assumere diversa valutazione in presenza di ripetitività o estensione dell'area di accadimento)..."*.

L'obiettivo è di **mettere l'OdV tempestivamente a conoscenza** non solo di modifiche dell'assetto interno della società, variazioni delle aree di business, nuovi rischi nell'ambito delle attività aziendali, ma anche di violazioni delle disposizioni del "MODELLO 231" ed in genere fatti e/o anomalie che possano, anche solo potenzialmente, determinare la responsabilità dell'ente ai sensi del D.Lgs. 231/01.

Le Linee Guida di Confindustria sottolineano inoltre che *"...l'obbligo di informare il datore di lavoro di eventuali comportamenti contrari al modello organizzativo rientra nel più ampio dovere di diligenza e obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro di cui agli artt. 2104 e 2105 del c.c.. Di conseguenza, rientrando in tali doveri, il corretto adempimento all'obbligo di informazione da parte del prestatore di lavoro non può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari..."*.

Alla luce della L. 179/2017 e della modifica dell'art. 6 ex D.Lgs. 231/01 emerge che la regolamentazione del Whistleblowing presenta declinazioni diverse non solo per differenti Paesi ma anche per norme e leggi diversamente applicabili al proprio ambito di competenza.

Nel nostro caso ("MODELLO 231") il tema centrale è la tutela degli autori di segnalazioni dei reati presupposto ex D.Lgs. 231/01 o irregolarità nell'attuazione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo ex D.Lgs. 231/01: segnalazioni di reati e irregolarità che, come prescritto dal legislatore devono essere fatte a tutela dell'integrità dell'ente!

Inoltre la L. 179/2017 circoscrive l'ambito soggettivo al solo personale interno all'ente (soggetti apicali e soggetti sottoposti all'altrui direzione). Un altro elemento caratterizzante la legge è che le segnalazioni devono essere corroborate da "elementi di fatto

precisi [non suscettibili di diverse interpretazioni] e concordanti [più indizi che confluiscono nella stessa direzione]".

La legge prevede che i canali di segnalazione siano anche più di uno ma contestualmente richiede la garanzia della riservatezza dell'identità del segnalante anche con modalità informatiche.

Questi aspetti richiedono un aggiornamento del "MODELLO 231" che deve recepire sia gli aspetti che **garantiscono la possibilità della segnalazione e la riservatezza dell'identità degli autori, sia un meccanismo sanzionatorio per colpire chi effettua una segnalazione pretestuosa con dolo o colpa grave**. Pertanto l'aggiornamento del "MODELLO 231" riguarderà gli aspetti relativi ai **FLUSSI INFORMATIVI** (canali di comunicazione verso l'OdV di cui uno idoneo a garantire, con modalità informatiche, le misure di tutela del segnalante), al **SISTEMA DISCIPLINARE** (introdurre sanzioni per chi viola le misure di tutela del segnalante e per chi effettua segnalazioni che si rivelano infondate), al **CODICE ETICO** (introdurre il comportamento da tenere per segnalazioni circostanziate di condotte illecite o di violazioni del modello), all'**ORGANISMO DI VIGILANZA** (definire il ruolo dell'OdV nell'ambito del processo di whistleblowing).

L'Organismo di Vigilanza, alla luce di quanto illustrato, può formalizzare una "procedura" di gestione delle segnalazioni (c.d. whistleblowing) con l'indicazione dei termini certi per l'avvio e la conclusione dell'istruttoria e con l'individuazione dei soggetti che devono gestire tale segnalazione.

Tale procedura è quindi la risposta organizzativa alle esigenze legislative della L. 179/2017 nonché alle esigenze normative ed autoregolamentari specifiche.



L'iter di gestione delle segnalazioni è suddiviso in quattro fasi: Ricevimento e analisi della segnalazione, Eventuale necessità di indagini, Esecuzione delle indagini e Reporting.

Nella fase di RICEVIMENTO E ANALISI DELLE SEGNALAZIONI si devono preliminarmente indicare i canali dedicati a garanzia dell'accesso esteso a tutti i dipendenti nonché della riservatezza del segnalante e della tracciabilità delle segnalazioni. Successivamente deve essere formalizzato il termine certo per l'avvio delle analisi delle segnalazioni per separare quelle per le quali sono necessari approfondimenti da quelle che possono essere archiviate senza ulteriori analisi poiché non rientranti nella casistica di cui all'art. 6 co. 2-bis ex D.Lgs. 231/01 e s.m.i..

Nella fase di EVENTUALE NECESSITÀ DI INDAGINI, la procedura deve riportare come l'OdV identifica la funzione competente per la tematica oggetto della segnalazione e come definisce i soggetti abilitati ad avere accesso alle informazioni. Deve altresì descrivere come valuta l'opportunità di delegare, in parte o in toto a terzi esterni specializzati, l'esecuzione di interventi investigativi.

La fase di ESECUZIONE DELLE INDAGINI sarà eseguita dall'OdV o da consulenti incaricati secondo specifici mandati in via riservata e con opportune comunicazioni formali di avvio dell'attività. Nel caso in cui vengano coinvolti consulenti esterni è necessario far sottoscrivere clausole di confidenzialità (es. "non disclosure agreement"). Obiettivo delle indagini è quello di confermare la veridicità delle segnalazioni nello spirito dell'art. 6 co. 2-bis ex D.Lgs. 231/01 e s.m.i..

La fase di REPORTING dall'OdV al Presidente del CdA è caratterizzata da un report documentato per consentire eventuali provvedimenti tra cui quelli necessari ad evitare il ripetersi degli eventi segnalati. L'OdV infatti non è responsabile, in completa autonomia, dell'intero processo di gestione delle segnalazioni ma nell'iter deve anche identificare e consigliare gli interventi di miglioramento per la riduzione del rischio di commissione dei reati presupposto nell'area sensibile indagata.

La procedura di gestione delle segnalazioni deve essere infine opportunamente pubblicizzata per garantire la corretta operatività della gestione delle segnalazioni da parte sia dei "soggetti apicali" che dei "soggetti sottoposti all'altrui direzione".

3. PROPOSTA OPERATIVA DEL GRUPPO 2G MANAGEMENT CONSULTING

Il Gruppo 2G Management Consulting è una "impresa della conoscenza e di servizi innovativi" che, con i suoi attuali 22 consulenti, opera dal 1988 (30 anni!) a supporto di imprese industriali, commerciali e di servizi. Le aree di intervento sono

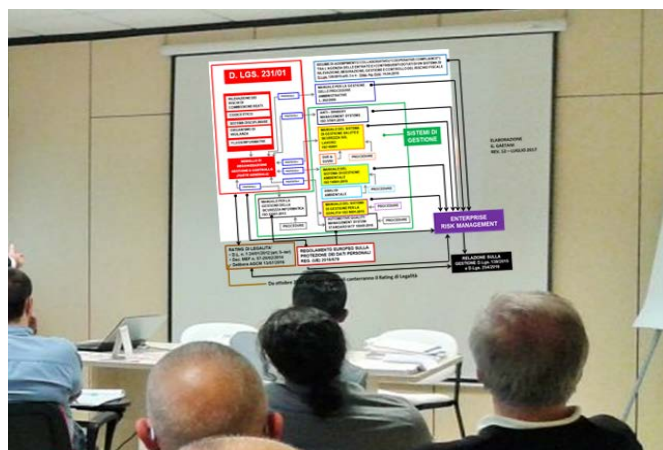
costituite da 5 macrotemi (uno di questi è costituito dai "Sistemi di Gestione dell'Impresa) caratterizzati da settori consulenziali specifici (tra cui il "MODELLO 231") che applicati ad ogni singola impresa costituiscono il progetto di intervento degli esperti del Gruppo 2G.

Il settore "MODELLO 231" è rappresentato da un team di consulenti con competenze in ambito legale, in ambito amministrativo contabile ed economico, nonché in ambito aziendale organizzativo e gestionale.

Ad oggi il Gruppo 2G Management Consulting ha progettato e aggiornato decine di modelli, ha erogato attività di formazione specifica ai "soggetti apicali" e ai "soggetti sottoposti" di decine di società. Collabora al MASTER nazionale di IPSOA per "Esperto nella progettazione di MODELLI 231" e al CORSO IPSOA "Come predisporre un MODELLO 231".

Nell'ambito delle INIZIATIVE CULTURALI promosse dal Gruppo 2G per il 2018, è stata inserita anche una ATTIVITÀ GRATUITA DI INFORMAZIONE E FORMAZIONE per i componenti del Consiglio di Amministrazione e per i Responsabili di Funzione relativamente al D.Lgs. 231/01 e al "MODELLO 231".

Prima di redigere una proposta operativa ed economica i ns. esperti, preventivamente e senza alcun impegno economico e/o operativo, conducono un check up per individuare tutte le problematiche normative, organizzative e gestionali, con una analisi complessiva della Società/impresa.



Se volete fissare un appuntamento con i nostri esperti di progettazione del "MODELLO 231" anche per una attività di FORMAZIONE GRATUITA sul D.Lgs. 231/01 potete contattare il ns. Ufficio Marketing:
Sig.ra Cristina Gagliardo
Tel. 011 505062 - Fax 011 504660
c.gagliardo@gruppo2g.com