

Considerazioni critiche sui nuovi canali di segnalazione previsti dal D. Lgs. n. 24/2023 in materia di Whistleblowing, con particolare riferimento agli enti del settore privato.

di **Stefano Logroscino**

Sommario: **1.** Premessa. - **2.** I due canali di segnalazione, interna ed esterna e la divulgazione pubblica. - **3.** L'impatto dei nuovi canali sugli Enti privati: aspetti positivi e punti critici. - **4.** Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Come noto, il Consiglio dei Ministri, riunito a Cutro il 9 marzo 2023, ha adottato il nuovo D. Lgs. n. 24/2023, con l'intento di recepire le prescrizioni previste dalla direttiva EU 2019/1937 e di armonizzare la materia che disciplina il sistema delle segnalazioni interne agli enti, pubblici e privati, prevista per la prima volta in Italia a seguito dell'approvazione, il 15 novembre 2017, della Legge n. 179/2017. Non è questa la sede per analizzare l'intero assetto del sistema c.d. Whistleblowing tratteggiato dal nuovo Decreto Legislativo. Obiettivo di tale contributo, infatti, è quello di proporre alcune riflessioni concernenti i nuovi canali di segnalazione delle violazioni, offrendo la visuale di chi, per passione e per mestiere, ricopre da anni l'incarico di componente degli organismi di vigilanza (previsti dall'art. 6 del D. Lgs. n. 231/2001) di alcuni primari enti privati Italiani.

2. I due canali di segnalazione, interna ed esterna e la divulgazione pubblica.

Sebbene già la normativa previgente prevedesse canali di segnalazione interna, con la nuova normativa vengono inserite diverse novità tese a meglio regolamentarne l'operatività. Per un'analisi migliore, di seguito si riportano le principali innovazioni apportate dalla nuova normativa. Gli artt. 4 e 5 del nuovo Decreto, disciplinano i canali di segnalazione interna. Si premette che, nei gruppi, i soggetti che hanno dipendenti, con contratto a tempo determinato o indeterminato, inferiori a 250 possono condividere i canali di segnalazione interna e la relativa gestione. Per i soggetti privati, i canali continuano a essere quelli previsti dal D. Lgs. n. 231/2001 ma ci sono alcune novità: i canali devono essere almeno 2: uno scritto e basato su un tool informatico che utilizzi sistemi di crittografia che assicurino la riservatezza del segnalante, del segnalato e delle informazioni contenute nella segnalazione;



un altro orale (attraverso linee telefoniche dedicate, sistemi di messaggistica vocale oppure, su richiesta del segnalante, mediante un incontro diretto fissato entro un termine ragionevole). Sul piano organizzativo, inoltre, deve essere presente una persona o un ufficio *ad hoc* (interno o esterno all'Ente) composto da personale specializzato e appositamente formato, incaricato della gestione della segnalazione. A tale proposito, il nuovo ufficio dovrà dare riscontro, mediante avviso di ricevimento, della ricezione della segnalazione al segnalante entro 7 giorni; dovrà, altresì, dare seguito alla segnalazione, mantenere l'interlocuzione con il segnalante durante tutto il periodo degli accertamenti nonché comunicarne l'esito al segnalante entro 3 mesi dalla data dell'avviso di ricevimento della segnalazione o comunque trascorsi 7 giorni dalla ricezione della segnalazione. Ulteriore onere di tale ufficio (o persona incaricata) sarà quello di mettere a disposizione degli utenti informazioni chiare circa i canali di segnalazione interna, le procedure e i presupposti per effettuarle, nonché fornire le stesse informazioni circa i canali di segnalazione esterna.

Con riferimento al canale di segnalazione esterna, gli artt. 6 e 7 prevedono che essi siano attivati e gestiti da ANAC, cui spetta il compito, entro tre mesi dall'entrata in vigore del decreto in parola, di adottare linee guida concernenti le procedure per la presentazione e la gestione di tali segnalazioni. I casi nei quali il segnalante può effettuare la segnalazione esterna sono i seguenti: 1) laddove non sia previsto nel contesto lavorativo del segnalante un canale di segnalazione interna; 2) ove il segnalante abbia già effettuato una segnalazione interna ma essa non abbia avuto seguito; 3) allorché il segnalante abbia fondati motivi di ritenere che, se effettuasse una segnalazione interna, alla stessa non sarebbe dato efficace seguito ovvero che la stessa segnalazione possa dar luogo a una ritorsione; 4) nel caso in cui il segnalante abbia fondato motivo di ritenere che la violazione possa costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse.

Infine, quanto alla possibilità per il segnalante di divulgazione della violazione di cui sia a conoscenza, l'art. 15, comma 1 del nuovo decreto stabilisce che l'autore della divulgazione potrà godere della protezione prevista dal nuovo decreto al ricorrere anche solo di una delle seguenti eventualità: *"a) la persona segnalante ha previamente effettuato una segnalazione interna ed esterna ovvero ha effettuato direttamente una segnalazione esterna, alle condizioni e con le modalità previste dagli articoli 4 e 7 e non è stato dato riscontro nei termini previsti dagli articoli 5 e 8 in merito alle misure previste o adottate per dare seguito alle segnalazioni; b) la persona segnalante ha fondato motivo di ritenere che la violazione possa costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse; c) la persona segnalante ha fondato motivo di ritenere che la segnalazione esterna possa comportare il rischio di ritorsioni o possa non avere efficace seguito in ragione delle specifiche circostanze del caso concreto, come quelle in cui possano essere occultate o*

*distrutte prove oppure in cui vi sia fondato timore che chi ha ricevuto la segnalazione possa essere colluso con l'autore della violazione o coinvolto nella violazione stessa*¹.

3. L'impatto dei nuovi canali sugli Enti privati: aspetti positivi e punti critici.

Certamente, la scelta del legislatore di applicare le novità contenute nel nuovo decreto solo agli enti privati che abbiano già un MOG 231 e che siano soggetti sottoposti a responsabilità entizia o, comunque, a quelli che hanno dipendenti in un numero uguale o superiore a 50, va letta positivamente. Ciò in quanto, sotto un profilo squisitamente pragmatico, gli oneri anche importanti di implementazione dei canali interni whistleblowing, richiesti per adeguarsi al nuovo decreto, non andranno a gravare sulle realtà più piccole e come tali meno strutturate, le quali verrebbero esageratamente e immotivatamente penalizzate. Ciò premesso, sotto il profilo strutturale, si apprezza la decisione di aver modificato senza stravolgere i canali di segnalazione interna già previsti dalla legge n. 179/2017. E, infatti, se già in precedenza l'ente (almeno quello che aveva adottato un Modello ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001) doveva implementare uno o più canali di segnalazione interna di cui almeno uno con modalità informatiche, con la nuova normativa si specifica che almeno un canale debba essere scritto e prevedere l'utilizzo di sistemi di crittografia che assicurino la riservatezza del segnalante, del segnalato e del contenuto della segnalazione. Ciò non può essere letto che con favore nella misura in cui si tratta di una misura volta a proteggere con ancora più efficacia la riservatezza del segnalante in buona fede. Quanto all'altro canale di segnalazione interna, dovrà obbligatoriamente essere di tipo orale e viene lasciata all'ente la scelta se attivare un sistema di messaggistica vocale o un call-center dedicato. Ridondante invece, almeno a parere di chi scrive, la scelta di prevedere anche l'opzione dell'incontro a richiesta del segnalante ma, in ogni caso, priva di effetti negativi. Ciò posto, sembra che il vero elemento di novità portato dalla nuova normativa in materia di Whistleblowing in riferimento ai canali di segnalazione interna, sia la necessità per l'Ente di dotarsi di un ufficio *ad hoc* (o comunque di incaricare una persona), interno o esterno alla struttura organizzativa e con personale altamente specializzato, cui viene demandata interamente la gestione della raccolta e del trattamento delle segnalazioni interne. Sotto quest'ultimo profilo poi, viene anche e opportunamente disciplinato, seppur per sommi capi, l'iter di gestione della segnalazione, a partire dalla ricezione della stessa sino alla comunicazione dell'esito dell'indagine interna. Prevedibilmente, queste due previsioni, seppur in un primo momento comporteranno qualche profilo d'ingessatura del processo e richiederanno all'ente di fare uno sforzo in più per adeguarvisi, non possono che essere viste che con favore in quanto

¹ Cfr. D. Lgs. n. 24/2023, art 15

sgombrano il campo su chi (e come) deve occuparsi della gestione delle segnalazioni. Sul punto, infatti, giova infatti rammentare che, vigente la precedente normativa, vi era incertezza su chi fosse l'attore incaricato di gestire tale processo e molto spesso era l'OdV a doversi fare carico di tale onere, senza peraltro avere competenze specifiche minimamente paragonabili a quelle richieste dal nuovo decreto in riferimento al personale che andrà a operare nel nuovo ufficio *ad hoc*. A tale proposito, si intende anche prendere posizione sull'opportunità o meno che l'OdV sia destinatario delle segnalazioni in materia di Whistleblowing e che le gestisca sino, eventualmente, a proporre un procedimento disciplinare all'ufficio HR, volto all'irrogazione di una sanzione disciplinare nei confronti del segnalante in malafede o, nel caso opposto, dell'autore della violazione di cui si sia riscontrata la veridicità. Ebbene, su tale argomento si evidenzia come nel far ciò, inevitabilmente l'OdV andrebbe a perdere quella irrinunciabile qualità di terzietà data dall'autonomia e indipendenza dall'Ente, in quanto prenderebbe parte (seppur in minima parte), al processo di gestione dello stesso.

Esaurita la valutazione dei nuovi canali di segnalazione interna, non rimane che esaminare i canali di segnalazione esterna e la divulgazione. Lo schema e l'operatività di tali ipotesi sono già stati presi in esame nel paragrafo che precede, pertanto si danno per assunti. Nulla da eccepire in merito alle prime opzioni che vengono date al segnalante, rispettivamente dagli artt. 6 (lettere a, b) e 15 (lettera a) per poter procedere con una segnalazione esterna all'ANAC o con una divulgazione pubblica in quanto, denominatore comune di tali ipotesi è una carenza dell'ente in riferimento alle nuove regole del gioco concernenti i canali di segnalazione interna e la gestione delle segnalazioni. Semplificando, infatti, il legislatore concede al segnalante la possibilità di procedere con una segnalazione esterna e, a seguire, con una divulgazione della supposta violazione solo dopo che costui abbia tentato invano di utilizzare un canale di segnalazione interna (o anche esterna nel caso previsto dalla lettera a dell'art. 15).

Diversamente, qualche perplessità emerge in riferimento alle ipotesi contrassegnate dalle lettere c e d dell'art. 6 e b e c dell'art. 15. Infatti, come ben spiegato nel position paper di Confindustria² in riferimento allo schema di decreto di *"Attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle*

² Cfr. Position Paper Confindustria su *"Schema di Decreto legislativo recante "Attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali"*, gennaio 2023.

disposizioni normative nazionali”, approvato dal Consiglio dei Ministri nel dicembre del 2022, dette ipotesi lasciano un ampio grado di discrezionalità al segnalante in merito alla possibilità di effettuare, rispettivamente, una segnalazione esterna o una divulgazione. La questione, con particolare riferimento alla divulgazione, è particolarmente delicata in quanto, come si sa, rendere di pubblico dominio quella che è una mera ipotesi di violazione può avere effetti potenzialmente devastanti e permanenti sulla reputazione e l’immagine di un ente. Si immagini l’ipotesi in cui, a posteriori, venga accertato che non solo la segnalazione non era fondata, ma che anche il *“fondato motivo di ritenere che la violazione possa costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse”* - o ancora, - *che il “fondato motivo di ritenere che la segnalazione esterna possa comportare il rischio di ritorsioni o possa non avere efficace seguito in ragione delle specifiche circostanze del caso concreto, come quelle in cui possano essere occultate o distrutte prove oppure in cui vi sia fondato timore che chi ha ricevuto la segnalazione possa essere colluso con l’autore della violazione o coinvolto nella violazione stessa”* non avevano ragione d’essere e fossero meramente il frutto di valutazioni errate, seppur in buona fede, del whistleblower. Il risultato finale sarebbe che a fronte della totale assenza di violazioni l’ente si troverebbe a subire ingiustamente conseguenze negative, magari anche irreparabili, in termini d’immagine.

Inoltre, sotto un profilo operativo, si può ipotizzare che l’ampia discrezionalità di cui godrà il segnalante in merito alla possibilità di divulgare violazioni interne all’ente di cui sia a conoscenza, di fatto, svuoterà di valenza pratica tutto il l’apparato di gestione interna delle segnalazioni che fa capo ai canali di segnalazione interna.

In ultimo, vi è quasi la sensazione che il legislatore non abbia voluto accordare la giusta fiducia alla capacità degli enti (e, dunque, degli apparati di controllo interni a essi) di affrontare e risolvere con determinazione e serietà il tema delle violazioni segnalate dal whistleblower. E questa mancanza di fiducia, spiace constatarlo, è una sfiducia a priori, non derivante (come, invece, opportunamente previsto dalle ipotesi descritte alle lettere a e b dell’art. 6 e a dell’art. 15 del nuovo decreto legislativo) dalla constatazione ex post di un’inefficienza interna all’ente in merito alla gestione delle segnalazioni.

4. Considerazioni conclusive.

Al netto delle considerazioni positive, anche copiose, che sono state evidenziate nel presente contributo, in attesa di poter valutare sul campo l’utilizzo che verrà fatto dai whistleblower dei nuovi canali di segnalazione (interna ed esterna) e della divulgazione, si ritiene che l’intera impalcatura delle previsioni stabilite dal nuovo decreto legislativo sul punto avrebbe avuto una maggiore coerenza, anche di tipo sistematico, ove il legislatore



avesse concesso al whistleblower di optare per la scelta- estrema per definizione- di divulgare una violazione, solo in presenza delle ipotesi di carenza oggettiva dell'ente, puntualmente descritte nella lettera a dell'art. 15 del D. Lgs. n. 24/2023.