

Articolo

Riflessi economici della tutela del whistleblower

Paolo Zagami

Introduzione

La corruzione è purtroppo diventata un fenomeno complesso, dinamico ed ormai globale con risvolti ed implicazioni sempre più spesso transnazionali e con molti riflessi economici e finanziari. In questo contesto il legislatore italiano, con il fine di scalfire il tessuto corruttivo dei settori amministrativi e produttivi più esposti all'illecito, è intervenuto per mezzo di vari provvedimenti tra cui ha recentemente assunto gli onori della ribalta - come appunto strumento di prevenzione del fenomeno corruttivo - la normativa riguardante la tutela del dipendente che segnala illeciti. Il riferimento è al c.d. "whistleblower", vale a dire all'individuo che pubblicamente denuncia o riferisce alle autorità attività illegali o fraudolente all'interno del governo, di una organizzazione pubblica o privata o di una azienda come ad esempio le violazioni di una legge o di un regolamento, la minaccia di un interesse pubblico e/o gravi e specifiche situazioni di pericolo per la salute e la sicurezza pubblica¹.

36

NOTE

¹ Sono molti gli esempi famosi di "whistleblowers" (letteralmente "suonatori di fischietto"), vale a dire di dipendenti che nello svolgimento della propria attività hanno rilevato un comportamento illecito ed hanno deciso di segnalarlo alla autorità competenti. In primis Hervé Falciani, noto alle cronache per avere divulgato notizie bancarie riservate relativamente a presunti evasori che avevano delocalizzato le proprie attività finanziarie in diversi paradisi fiscali. Poi Edward Snowden, tecnico informatico della Central Intelligence Agency responsabile della rivelazione di informazioni governative su programmi di intelligence. E per rimanere in

Italia Andrea Franzoso, il whistleblower che ha denunciato le "spese pazze" in Ferrovie Nord e ha raccontato la sua vicenda nel libro "Il Disobbediente".² Non a caso la tutela del dipendente pubblico è iniziata, si è sviluppata e poi si è consolidata proprio nei Paesi di "Common Law" dove la necessità di tutelare il dipendente è più "sentita" dal punto di vista sociale. Si veda Liguori, La disciplina del whistleblowing nel Regno Unito, in Resp. Amm. Società Enti, 3, 2014, p. 99.³ Cfr. Golisano, Il whistleblowing nella giurisprudenza USA: illeciti d'impresa e posizione del lavoratore che li denuncia, in Lavoro nella Giur., 2006, 10, p. 93. Sulla scorta dell'esperienza statunitense,

La legge sul whistleblowing negli USA

Il c.d. “whistleblowing” è uno strumento che esiste da molti anni in diversi Paesi di “Common Law” come ad esempio Stati Uniti, Inghilterra ed Australia². In particolare, negli Stati Uniti svariate leggi federali e statali proteggono gli impiegati che denunciano comportamenti scorretti o si rifiutano di obbedire a direttive illegali³. Addirittura già nel 1863 si è avuta la prima legge in questo senso, vale a dire il “False Claims Act” che proteggeva i whistleblowers da licenziamenti ingiusti, molestie e declassamento professionale; nel 1912 viene promulgato il “Lloyd-La Follette Act” che garantiva agli impiegati federali il diritto di fornire informazioni al Congresso degli Stati Uniti d'America; e nel 1989 è stato approvato il “Whistleblower Protection Act”, una legge federale che protegge gli impiegati del governo che denunciano illeciti. Oltre tra le tante altre il “Commodity Exchange Act” ed il “Foreign Corrupt Practices Act” va inoltre anche menzionata il “Sarbanes-Oxley Act”, promulgata nel 2002 con lo scopo di proteggere gli investitori migliorando anche l’accuratezza e l’affidabilità delle informazioni contabili e finanziarie offerte dalle aziende. Il “Sarbanes Oxley Act” ha carattere transnazionale nel senso che riguarda tutte le società che sono quotate sul mercato americano e prevede un divieto di ritorsione, stabilendo a favore del whistleblower dei cosiddetti “compensatory damages” che riguardano la reintegrazione del

lavoratore con la medesima anzianità, il pagamento degli arretrati ed infine il risarcimento dei danni per la discriminazione subita a causa della denuncia. Inoltre, disciplina due modi diversi di segnalare un illecito tra cui la possibilità di contattare un organo denominato “Office of the Whistleblower” inviando una semplice email o un fax con il modulo TCR (Tip, Complaint or Referral) usato per segnalare qualsiasi informazione riguardo la violazione di leggi sugli strumenti finanziari⁴.

La legge sul whistleblowing in Italia

Dopo un lungo iter parlamentare da pochissimo tempo anche il nostro Paese si è dotato di una legge sul whistleblowing, sebbene nel nostro ordinamento già erano presenti disposizioni in qualche modo riconducibili ad una tutela del dipendente. Il riferimento è in primo luogo all’art. 2105 del codice civile che, pur disciplinando l’obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro, costituisce espressione di un più generale dovere di lealtà riferibile a tutti coloro che operano a vario titolo nell’organizzazione aziendale. Più in generale previsioni e rafforzamenti della tutela del whistleblower si sono registrati con continuità nell’ultimo decennio in Italia. Infatti nel 2012 viene approvata la legge anticorruzione che poi verrà inserita solo in parte nella legge Severino. Nel 2013 vi è la stesura della prima proposta di legge che tutelerà i whistleblower e nel 2014 la nascita del servizio ANAC di “allerta anticorruzione”

NOTE

grandi aziende multinazionali hanno elaborato complessi modelli organizzativi e di “reportistica” interna tesi ad effettuare controlli decentrati e trasversali su di una serie di processi operativi ritenuti più sensibili. ⁴ E’ da precisare che a livello internazionale anche diverse Convenzioni hanno ripetutamente richiesto di adeguare i sistemi giuridici nazionali al fine di rendere legittimo lo strumento e tutelare i whistleblowers. Tra tutte la Convenzione sulla corruzione del Consiglio di

Europa che richiede una protezione adeguata per i dipendenti i quali in buona fede denuncino fatti di corruzione. Inoltre, è degna di nota l’analisi comparativa del quadro giuridico per la protezione degli informatori in tutta l’UE condotto da “Transparency International” nell’ambito di un progetto cofinanziato dall’UE.

a disposizione tutti i cittadini che desiderano segnalare una frode, una truffa o un eventuale rischio in modo anonimo e sicuro⁵. Dopo due anni si arriva al 21 Gennaio 2016 quando la Camera approva il disegno di legge sui whistleblower e poi si susseguono diverse petizioni fino a quando il 15 Novembre 2017 finalmente il Parlamento approva la prima vera legge sui whistleblowers in Italia. Tale recentissima legge italiana sul whistleblowing ha il fine di difendere i cittadini che hanno il coraggio di parlare e quindi di denunciare un atto illecito da parte dell'azienda in cui essi stessi lavorano senza doversi poi trovare in una situazione di licenziamento, trasferimento o ritorsione; si compone di tre articoli (uno dedicato alla pubblica amministrazione, uno al settore privato nel suo complesso e l'ultimo relativo alla scriminante per la rivelazione del segreto d'ufficio); ed introduce nel nostro ordinamento una serie di misure di protezione dei lavoratori dipendenti che segnalano reati o irregolarità dei quali vengono a conoscenza nello svolgimento e/o comunque nell'ambito del rapporto di lavoro. Sono molte le specificità e le novità introdotte dalla normativa italiana e tra di esse in primo luogo rileva certamente la previsione dell'obbligo di reintegro nel posto di lavoro per chi sia stato licenziato e la nullità di ogni atto discriminatorio da parte dell'azienda se il tutto corrisponde alla veridicità dei fatti. In secondo luogo, è molto importante evidenziare che sarà tenuta celata la identità di colui che denuncia

così da tutelarla. Ed in terzo luogo rilevante è la inversione dell'onere della prova nel senso che sarà l'azienda a dovere dimostrare che - qualora dovesse ricorrere ad una misura nei confronti del segnalante - tale misura non sarà conseguenza e causa della segnalazione⁶. Inoltre, per ciò che più interessa in questa sede, va precisato che - con riferimento alla tutela del dipendente privato e quindi ad esempio il lavoratore di una società con partecipazioni private - la legge che regola il fenomeno del whistleblowing in Italia ha adesso portata soggettiva non solo rispetto al settore pubblico ma anche appunto a quello privato mediante le modifiche apportate al D. Lgs. n. 231 del 2001⁷.

Conclusioni

Sulla base di quanto sopra evidenziato ci si potrebbe chiedere perché solo adesso si è arrivati al punto di varare questa nuova legge. In proposito, la risposta è che - indipendentemente dalla gravità del fenomeno corruzione - sino ad oggi i dipendenti spesso non hanno manifestato i propri dubbi per paura di licenziamento e ritorsioni fatte ai loro danni ed anche per la frustrazione che avrebbero patito nel vedere che a nulla sarebbe valsa la loro denuncia. Dunque, la nuova legge sul whistleblowing è un presupposto necessario per stimolare gli onesti a denunciare i disonesti e per sconfiggere la cultura dell'omertà e quindi portare alla costruzione di una società civile. Alla lunga, come successo negli Stati Uniti, la nuova legge dovrebbe/potrebbe favorire lo

NOTE

⁵ Solo in un secondo momento l'Autorità Nazionale Anticorruzione, con una specifica Determinazione ha esteso anche agli Enti pubblici economici l'obbligo di individuare misure adeguate di tutela al dipendente che segnala illeciti⁶. Tuttavia, la legge presenta anche alcune negatività. Infatti, manca una totale protezione poiché durante il processo giudiziario potrebbe essere rivelata l'identità senza il consenso del segnalante in caso di una falsa testimonianza. Sarebbe anche forse opportuno prevedere come in alcune leggi statunitensi un "award" che va dal 10%

al 30% di quanto riscosso in conseguenza della denuncia qualora l'azione intrapresa conduca a sanzioni superiori ad un certo importo. In proposito, negli Stati Uniti la previsione di premi da corrispondere ai singoli whistleblowers non ha alcun peso sui contribuenti perché le somme sono corrisposte da un fondo finanziato proprio dalle sanzioni pecuniarie comminate ai trasgressori della legge.⁷ Sul punto si veda Focus Whistleblowing: che cosa è e cosa cambia dopo la sua approvazione di Proietti e Sansone in Diritto24.it

sviluppo di una economia “sana” e di una attività finanziaria scevra di corruzione e pratiche illecite con evidenti benefici economici per la comunità che vivrà in un regime di libera e corretta concorrenza . Anche certamente il nostro Paese diventa adesso più “attraattivo” per gli investitori stranieri che da molto tempo non credono più nel “Sistema Italia” tanto che la classifica “Doing Business” nel 2017 ci vede al 50° posto assoluto ed al terzultimo posto tra i membri della UE come appunto capacità di attrarre investimenti (meglio solo della Grecia e di Malta). Con tale normativa, insomma, il nostro Paese non solo finalmente si allinea alle legislazioni più moderne del mondo e recepisce gli “obblighi” derivanti dalla legislazione internazionale ma anche e soprattutto si dota di uno strumento legislativo che avrà anche un notevole impatto pratico ed immediato sia nell'ambito degli enti pubblici che privati. Prova né è il primo caso di licenziamento in applicazione del whistleblowing applicato ad una dipendente del Comune di Roma che era stata segnalata anonimamente da una collega che l'accusava di assentarsi dal lavoro dopo aver timbrato il cartellino (dopo la denuncia la dipendente è stata pedinata e vista timbrare il cartellino per poi lasciare il posto di lavoro diverse volte). In senso più lato, è da ritenere che la legge che tutela i lavoratori che segnalano condotte illecite sui luoghi di lavoro indurrà le aziende ad avere un comportamento più “virtuoso” che, ad esempio, si rifletterà su una più corretta tenuta della contabilità e dei business plan e di tutte

le situazioni economiche collegate ad una efficace gestione aziendale specie nelle società di più grandi dimensioni e quindi maggiormente controllate da organi terzi. Inoltre, incentiverà la trasparenza dei processi di governance ed in ultima analisi valorizzerà sul mercato le società più corrette. Peraltro, è da valutare anche nel lungo periodo se con la legge sul whistleblowing si riusciranno a bilanciare gli interessi in gioco, vale a dire, da un lato, la tutela del segnalante che consente di porre l'attenzione dell'ente su determinate condotte e, dall'altro lato l'integrità delle Amministrazioni pubbliche e private nel reprimere condotte illecite e nel “proteggersi” da possibili abusi ed usi scorretti ed impropri di tale strumento.



Paolo Zagami
Avvocato – Studio Legale Zagamilaw