

RIFORME IN CANTIERE

Cristina Petrucci

Avvocato in Roma ed esperta in diritto del lavoro

Whistleblowing, resta il rebus sui destinatari

IL TEMA DELLA SETTIMANA

La nuova disciplina del *Whistleblowing*, che l'Aula della Camera ha approvato in via definitiva, tutela i lavoratori che nell'ambito della loro attività segnalano fatti illeciti. Lo scopo della legge è chiaro, ma restano dubbi interpretativi sui soggetti destinatari. Si parla infatti chiaramente di dipendenti pubblici, di enti pubblici economici e di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico, ma restano forse fuori le società partecipate. L'editoriale di questa settimana si concentra su questo aspetto e sulla reale efficacia della norma.

LA VERSIONE DIGITALE

In anteprima sul web il numero della settimana all'indirizzo www.guidaaldirittoadigital.ilsole24ore.com

Il Ddl n. 2208 in materia di segnalazioni di reati o irregolarità nel lavoro pubblico o privato (cosiddetto *whistleblowing*) è diventata legge. Infatti, dopo l'approvazione il 18 ottobre al Senato l'Aula della Camera ha varato definitivamente il provvedimento il 15 novembre scorso. Ora per la nuova normativa si attende solo la pubblicazione in "Gazzetta". In particolare, il testo si prefigge lo scopo di tutelare il dipendente, pubblico o privato, che segnali fatti illeciti di cui sia venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro. Come affermato dall'Autorità Anticorruzione (Anac), nelle linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti, la tutela del *whistleblower* è funzionale all'emersione dei fenomeni di corruzione e di *mala gestio* o di altri fatti illeciti nell'ambito della pubblica amministrazione.

Con riferimento al settore pubblico, il provvedimento, che interviene a modificare il vigente articolo 54-bis del Dlgs 165/2001, fornisce una definizione estesa di *dipendente pubblico*, ricomprendendovi, rispetto al testo attualmente in vigore, non solo i dipendenti delle pubbliche amministrazioni in senso stretto, di cui all'articolo 1, comma 2, del Dlgs 165/2001 (ossia enti di diritto pubblico non territoriali ed enti pubblici non economici), ma anche «i dipendenti di enti pubblici economici e di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 c.c.». Inoltre, in base al testo modificato, la nuova disciplina si applica anche ai collaboratori, consulenti con ogni tipologia di incarico o contratto, nonché ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica. Sembra, quindi, che non includa tra i destinatari i dipendenti di enti privati a partecipazione pubblica.

Con riferimento alle società a controllo pubblico ai sensi dell'articolo 2359 del Cc, richiamate espressamente nel *whistleblowing* tra i destinatari, queste vanno distinte da quelle solo partecipate, ovvero quelle in cui la partecipazione pubblica non è sufficiente a determinare una situazione di controllo, non annoverate, come detto, nella disposizione in esame. Si ricorda che, secondo la definizione fornita dall'articolo 2 lettere m) e n) del Dlgs 175/2016, cosiddetto "Tusp", le società a controllo

salonia24 - © Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

pubblico costituiscono una sottocategoria delle società a partecipazione pubblica. In particolare, le società a controllo pubblico sono definite come le società sulle quali l'amministrazione pubblica eserciti un potere di controllo ai sensi dell'articolo 2359 citato, mentre, le società a partecipazione pubblica ricomprendono anche le società a controllo pubblico come sopra definite. Il motivo dell'esclusione forse potrebbe risiedere nel fatto che le società a partecipazione pubblica sono soggette alle regole di diritto privato e sono dotate di autonoma e distinta personalità giuridica rispetto ai soci pubblici e, quindi, sono fuori dall'ambito della pubblica amministrazione.

**L'Anac aveva chiesto
che anche le "partecipate"
incoraggiassero i dipendenti
a segnalare
eventuali condotte illecite**

Si osserva, tuttavia, che l'Anac, nella determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 aveva manifestato anche con riferimento alle società partecipate l'opportunità che le amministrazioni partecipanti promuovessero l'adozione di misure volte a incoraggiare i dipendenti degli stessi enti a segnalare eventuali condotte illecite, approntando forme di tutela della loro riservatezza, proprio in considerazione della partecipazione e tenuto conto che le società predette gestiscono risorse pubbliche. Non si comprende allora perché nel testo siano stati esclusi i dipendenti delle società partecipate e siano invece considerati *dipendenti pubblici* ai fini del Ddl anche i dipendenti di un ente pubblico economico, che, secondo la dottrina unanime, svolge attività *iure privatorum* e opera secondo le regole del diritto civile. È vero anche che lo stesso ente pubblico economico viene assimilato alla pubblica amministrazione di cui all'articolo 1 del Dlgs 165/2001, nell'articolo 2, primo comma, lettera a) del Dlgs 175/2016 (Tusp), sia pure al limitato fine di assoggettarne le società partecipate alle disposizioni dello stesso.

Sul punto, si consideri che viene ormai affermata la natura *cangiante* della pubblica amministrazione, ossia un ente può essere sottoposto in alcuni contesti a una disciplina privatistica e, in altri, a una disciplina pubblicistica (sentenza Consiglio di Stato, 11 luglio 2016 n. 3043). In ragione di quanto sopra, sarebbe auspicabile in futuro l'inserimento, tra i destinatari della nuova norma, anche delle società *in house* che, come noto, hanno una connotazione ancora più marcatamente pubblicistica, trattandosi di organismi di diritto pubblico. L'esclusione delle società a partecipazione pubblica dall'ambito di applicazione dell'articolo 1 del provvedimento, induce a ritenere che le stesse dovrebbero essere destinatarie del successivo articolo 2 intitolato «tutela del dipendente o collaboratore che segnala illeciti nel settore privato» che riguarda, appunto, i lavoratori dell'ambito privato, e che modifica l'articolo 6 del Dlgs 231/2001 disciplinante la responsabilità amministrativa da reati degli

**Sarebbe auspicabile
in futuro
l'inserimento
tra i destinatari delle norme
anche delle società in house**

enti privati.

In particolare, la disposizione introduce uno specifico obbligo di segnalazione da inserire nei modelli di organizzazione, gestione e controllo adottati dalle società in base al Dlgs 231, ai fini di una maggiore efficacia degli stessi. Si ricorda, che con riferimento alle società a partecipazione pubblica, già da tempo la giurisprudenza di legittimità (Cassazione penale n. 28699/2010) aveva affermato la sottoposizione delle stesse e degli enti pubblici economici alla responsabilità amministrativa ex Dlgs n. 231 a motivo che, in base all'articolo 1, ultimo comma del decreto, sono esonerati dall'applicazione dello stesso soltanto lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e gli altri enti pubblici non economici. Secondo i giudici di legittimità, il tenore testuale della norma, dunque, è inequivocabile nel senso che la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, all'esonero dalla disciplina in discorso, dovendo altresì concorrere la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica (nello stesso senso, anche Cassazione penale n. 234/2011).

L'Anac (determinazione n. 831/2016), aveva espresso l'orientamento secondo cui le amministrazioni partecipanti dovrebbero, per le società, promuovere l'adozione del modello di organizzazione e gestione ai sensi del Dlgs 231/2001. Anche la dottrina si è espressa nel senso che nulla si oppone all'applicazione del Dlgs 231/2001 alle società partecipate, stante il carattere di norma eccezionale del sopra richiamato articolo 1, comma 3 del decreto stesso che esclude dall'applicazione delle relative prescrizioni solo i soggetti pubblici ivi indicati (C. Santoriello, in «Rivista 231», 1, 2017, pagine 15 e seguenti). Quanto sopra sarebbe confermato proprio dal recente Tusp (articolo 1, comma 3), che dispone l'applicazione alle società a partecipazione pubblica delle norme generali di diritto privato, tra cui dovrebbe essere ricompreso anche il Dlgs 231/2001.

Si rileva, tuttavia, come la reale efficacia della norma potrebbe essere ulteriormente ridimensionata dal fatto che, come noto, l'adozione del modello ex Dlgs n. 231 è, per le società private, facoltativa e non obbligatoria, anche se si rintracciano disposizioni emesse da enti territoriali che impongono alle proprie controllate e partecipate l'adozione dei modelli di cui all'articolo 6 del Dlgs 231/2001, prevedendo dei criteri di premialità nei confronti di quelle che li abbiano adottati (cfr. legge regione Abruzzo n. 15 del 27 maggio 2011). ●



Per saperne di più
www.camera.it