



La tutela del whistleblower

Marco Catalano

Webinar del 8.6.2023

- ▶ La legge 190 ha introdotto la tutela del dipendente che segnala illeciti, il cd. Whistleblower.
- ▶ Si tratta di una novità del nostro ordinamento che, lungi dal favorire fenomeni di delazione e/o spionaggio, ha previsto determinate cautele per il denunciante (che comunque non è obbligato) al fine di favorire la emersione di fenomeni corruttivi.

AMBITO SOGGETTIVO

- ▶ Tutte le pa di cui all'art. 1, comma 2, dlgs 165 del 2001; forse anche quelle del dlgs 196/2009 (l'elenco ISTAT)

AMBITO OGGETTIVO

- ▶ Tutti i fenomeni di corruzione (intesa come commissione di reati contro la pa e di comportamenti comunque illeciti)

MODALITA' DELLA SEGNALAZIONE

- ▶ Si rimanda alle linee guida ANAC, con la precisazione che nelle pa medie o medio grandi potrà essere previsto un apposito ufficio che cura la fase della tutela del segnalante

TUTELA DEL SEGNALANTE



- ▶ Divieto di divulgazione dei suoi dati, che non sottratti all'accesso da parte di terzi, ma non a quello del soggetto "attenzionato"

- ▶ ESCLUSIONE ACCESSO INDIFFERENZIATO, art. 22 legge 241 del 1990

COMUNICAZIONE DEL NOME DEL DENUNCIANTE AL DENUNCIATO

- ▶ Applicazione analogica di art. 60 codice privacy (**Dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale**)
- ▶ 1. Quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile.

LA TUTELA DEL DENUNCIATO



- ▶ L'unica "tutela" è l'accesso agli atti solo in caso di procedimento disciplinare

IL CONTENUTO DELLA SEGNALAZIONE

- ▶ Premesso che si deve trattare di segnalazione scritta, la stessa deve esporre in modo quanto meno presumibile la esistenza di un fatto da addebitare.
- ▶ Se la informazione è falsa o calunniosa, non si deve procedere alla tutela ex art. 54 bis dlgs 165 del 2001.

QUANDO CESSA LA “PROTEZIONE” AL DENUNCIANTE?

- ▶ Appena inserito l'art. 54 bis secondo l'ANAC quando vi sia una sentenza per lo meno di primo grado; direi che il suggerimento è giusto, ma va calato nel caso concreto

- ▶ Le recenti modifiche alla normativa:
- ▶ Comma 1 art. 54 bis (ora abrogato), divieto di misure ritorsive

La tutela della identità'



- ▶ L'identità del segnalante non può essere rivelata. **Nell'ambito del procedimento penale**, l'identità del segnalante è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'articolo 329 del codice di procedura penale. **Nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte dei conti**, l'identità del segnalante non può essere rivelata fino alla chiusura della fase istruttoria. Nell'ambito del procedimento disciplinare l'identità del segnalante non può essere rivelata, ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità.

Sottrazione dal diritto di accesso agli atti

- ▶ La segnalazione è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n.241, e successive modificazioni.

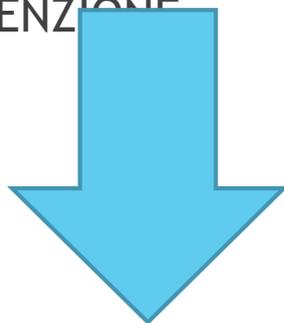
Attività sanzionatoria anac ante dlgs

- ▶ Qualora venga accertata, nell'ambito dell'istruttoria condotta dall'ANAC, l'adozione di misure discriminatorie da parte di una delle amministrazioni pubbliche o di uno degli enti di cui al comma 2, fermi restando gli altri profili di responsabilità, l'ANAC applica al responsabile che ha adottato tale misura una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 30.000 euro. Qualora venga accertata l'assenza di procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni ovvero l'adozione di procedure non conformi a quelle di cui al comma 5, l'ANAC applica al responsabile la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro. Qualora venga accertato il mancato svolgimento da parte del responsabile di attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute, si applica al responsabile la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro. L'ANAC determina l'entità della sanzione tenuto conto delle dimensioni dell'amministrazione o dell'ente cui si riferisce la segnalazione.

La linee guida anac

- ▶ Innanzitutto la segnalazione può avere ad oggetto anche fatti che non costituiscono reato

- ▶ ATTENZIONE



- ▶ Non sono invece meritevoli di tutela le segnalazioni fondate su meri sospetti o voci

Condizioni per la tutela



- ▶ La buona fede del dichiarante

Strumenti da apprestare

- ▶ gestire le segnalazioni in modo trasparente attraverso un *iter* procedurale definito e comunicato all'esterno con termini certi per l'avvio e la conclusione dell'istruttoria;
- ▶ tutelare la riservatezza dell'identità del dipendente che effettua la segnalazione;
- ▶ tutelare il soggetto che gestisce le segnalazioni da pressioni e discriminazioni, dirette e indirette;
- ▶ tutelare la riservatezza del contenuto della segnalazione nonché l'identità di eventuali soggetti segnalati;
- ▶ consentire al segnalante, attraverso appositi strumenti informatici, di verificare lo stato di avanzamento dell'istruttoria.

Compiti della amministrazione

- ▶ identificare correttamente il segnalante acquisendone, oltre all'identità, anche la qualifica e il ruolo;
- ▶ separare i dati identificativi del segnalante dal contenuto della segnalazione, prevedendo l'adozione di codici sostitutivi dei dati identificativi, in modo che la segnalazione possa essere processata in modalità anonima e rendere possibile la successiva associazione della segnalazione con l'identità del segnalante nei soli casi in cui ciò sia strettamente necessario;
- ▶ non permettere di risalire all'identità del segnalante se non nell'eventuale procedimento disciplinare a carico del segnalato: ciò a motivo del fatto, già ricordato, che l'identità del segnalante non può essere rivelata senza il suo consenso, a meno che la sua conoscenza non sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato come previsto dall'art. 54-bis, co. 2, del d.lgs. 165/2001;
- ▶ mantenere riservato, per quanto possibile, anche in riferimento alle esigenze istruttorie, il contenuto della segnalazione durante l'intera fase di gestione della stessa. A tal riguardo si rammenta che la denuncia è sottratta all'accesso di cui all'art. 22 e seguenti della legge 241/1990.

Il responsabile della corruzione deve inviare la segnalazione fondata a

- ▶ dirigente della struttura in cui si è verificato il fatto per l'acquisizione di elementi istruttori, solo laddove non vi siano ipotesi di reato;
- ▶ ufficio procedimenti disciplinari, per eventuali profili di responsabilità disciplinare;
- ▶ Autorità giudiziaria, la Corte dei conti e l'A.N.AC., per i profili di rispettiva competenza;
- ▶ Dipartimento della funzione pubblica.

Giurisprudenza pattizia

- ▶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza 12 febbraio 2018, ric. n. 14277/04, Guja c. Moldavia
- ▶ La disposizione convenzionale sulla libertà di manifestazione del pensiero [art. 10 CEDU] copre anche la diffusione di notizie da parte degli impiegati pubblici ma limitatamente alla sussistenza di determinati requisiti. La Corte, pur riconoscendo infatti il rispetto dei vincoli di lealtà, discrezionalità e riservatezza in capo a tali soggetti, apre loro la possibilità di divulgare informazioni relative all'ufficio in cui prestano servizio qualora vi sia un forte interesse pubblico a conoscere la vicenda - come nel caso di specie la lotta alla corruzione - e non esistano congrui canali alternativi per denunciare il fatto.

- ▶ Gli Stati devono assicurare una protezione ai whistleblower che rivelano fatti di interesse per la collettività. Non basta prevedere un formale rientro di chi ha divulgato informazioni su fatti interni al luogo di lavoro. Ma è necessario che a livello nazionale, anche attraverso l'autorità giurisdizionale, sia garantito al lavoratore lo svolgimento effettivo della propria attività.

- ▶ Segnalante e procedimento penale e amministrativo.
- ▶ 3. L'identità del segnalante non può essere rivelata. Nell'ambito del procedimento penale, l'identità del segnalante è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'*articolo 329 del codice di procedura penale*. Nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte dei conti, l'identità del segnalante non può essere rivelata fino alla chiusura della fase istruttoria. Nell'ambito del procedimento disciplinare l'identità del segnalante non può essere rivelata, ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità.

T.A.R. Campania Napoli Sez. VI, 08-06-2018, n. 3880

- ▶ L'istituto del whistleblowing non è utilizzabile per scopi essenzialmente di carattere personale o per contestazioni o rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro nei confronti di superiori. Questo tipo di conflitti infatti sono disciplinati da altre normative e da altre procedure. Ciò posto, è illegittimo il diniego parziale di accesso agli atti nelle fattispecie non riconducibili alla normativa dell' art. 54-bis del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

- ▶ sentenza n. 10400/2022 Tar Lazio

- ▶ Se la segnalazione ha costituito la mera occasione per lo svolgimento degli accertamenti disciplinari, la conoscenza dell'identità del segnalante non deve essere rivelata in quanto si presume non essere indispensabile per la difesa dell'incolpato

- ▶ Se invece la segnalazione ha costituito il fatto in tutto o in parte a base del procedimento disciplinare occorre distinguere la fattispecie in cui la conoscenza del segnalante non è indispensabile per la difesa dell'incolpato, nel qual caso l'identità del segnalante non può essere rivelata; dalla fattispecie in cui la conoscenza del segnalante è indispensabile per la difesa dell'incolpato, nel qual caso l'identità può essere rivelata solo con il consenso del segnalante; oppure non può essere utilizzata ai fini disciplinari

delibera Anac n. 311/2022.



- ▶ La normativa in materia di whistleblowing si applica anche al personale militare e alle forze di polizia, in quanto dipendenti di amministrazioni pubbliche; l'archiviazione della segnalazione presentata dal dipendente non integra in alcun modo un «accertamento di responsabilità del segnalante» per i reati di calunnia/diffamazione;

Cass. civ. Sez. lavoro, 24-01-2017, n. 1752

- ▶ E' legittimo il licenziamento disciplinare intimato al lavoratore pubblico che invii ad alcuni soggetti istituzionali (prefettura, procura della repubblica e Corte dei conti) una memoria contenente la denuncia di condotte illecite da parte dell'amministrazione di appartenenza palesemente priva di fondamento, configurandosi una condotta illecita, univocamente diretta a gettare discredito sull'amministrazione medesima, non potendosi peraltro configurare, nella specie, le condizioni per l'applicabilità della disciplina del c.d. «whistleblowing» ex art. 54 bis D.Lgs. n. 165 del 2001.

Il caso era il seguente

- ▶ La condotta contestata al BBBB era quella di avere inviato la memoria difensiva in data 4.12.2000, da lui presentata a giustificazione di quanto oggetto di una precedente contestazione disciplinare, alla Procura della Repubblica, alla Prefettura e alla competente Soprintendenza ai beni architettonici, circa pretese illegittimità commesse dall'amministrazione comunale. Il Comune aveva ritenuto che tale comportamento fosse contrario all'obbligo di fedeltà sancito dall'art. 2105 c.c. - da coordinarsi con i principi generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. -, stante il contenuto della memoria stessa, diretto a gettare discredito su detta amministrazione

- ▶ Pur dovendo essere evidenziato - incidentalmente - che è doverosa la cooperazione del pubblico dipendente per l'emersione di fatti illeciti o comunque illegittimi, di interesse collettivo, posti in essere dalla pubblica amministrazione nel caso in esame, il giudice di rinvio ha tratto argomenti di convincimento dal riscontro della palese infondatezza dei fatti denunciati. Tale passaggio argomentativo - sul quale la Corte territoriale ha fondato la prova indiziaria dell'intento lesivo e dell'elemento soggettivo della condotta - non è stato specificamente censurato dall'odierno ricorrente.

La direttiva 2019/1937

- ▶ La direttiva in oggetto, da recepire entro il 17.12.2021 ha previsto una implementazione della possibilità di segnalazione

- ▶ Essa parte dalla premessa che vi sono settori in cui vi è già una disciplina dettagliata del segnalante, ma che occorre potenziare la tutela del segnalante

- ▶ La direttiva specifica che si applica a tutti i soggetti del settore pubblico, sia dipendenti a tempo determinato sia dipendenti con altra tipologia di lavoro

- ▶ Il presupposto a che scattino le norme sulla tutela del segnalante sono che questi abbia *fondati motivi di ritenere che le informazioni segnalate fossero vere al momento della segnalazione e che tali informazioni rientrassero nell'ambito di applicazione della presente direttiva*

- ▶ Obbligo di istituzione di canali di segnalazione interni ed esterni

Art. 7



- ▶ *Gli Stati membri possono esentare dall'obbligo di cui al paragrafo 1 i comuni con meno di 10 000 abitanti, o meno di 50 lavoratori, o altri soggetti di cui al primo comma del presente paragrafo con meno di 50 lavoratori.*
- ▶ *Gli Stati membri possono prevedere che i canali di segnalazione interna possano essere condivisi tra comuni o possano essere gestiti da autorità comunali congiunte in conformità del diritto nazionale, purché i canali di segnalazione interna condivisi siano distinti e autonomi rispetto ai pertinenti canali di segnalazione esterna*

- ▶ Possibilità di archiviazione delle segnalazioni di lieve entità o di segnalazioni ripetute di identico contenuto

- ▶ Divieto di misure ritorsive nei confronti di chi effettui una segnalazione pubblica quando le segnalazioni interne non abbiano funzionato

Quando si può rivelare la identità del segnalante, art. 16

- ▶ Obbligo di riservatezza
- ▶ 1. Gli Stati membri provvedono affinché l'identità della persona segnalante non sia divulgata, senza il suo consenso esplicito, a nessuno che non faccia parte del personale autorizzato competente a ricevere o a dare seguito alle segnalazioni. Altrettanto vale per qualsiasi altra informazione da cui si possa dedurre direttamente o indirettamente l'identità della persona segnalante.
- ▶ 2. In deroga al paragrafo 1, la divulgazione dell'identità della persona segnalante e di qualsiasi altra informazione di cui al paragrafo 1 è ammessa solo qualora ciò rappresenti un obbligo necessario e proporzionato imposto dal diritto dell'Unione o nazionale nel contesto di indagini da parte delle autorità nazionali o di procedimenti giudiziari, anche al fine di salvaguardare i diritti della difesa della persona coinvolta.

- ▶ Chiaramente si ribadisce il divieto di misure ritorsive

- ▶ Orbene, se è pur vero che in Italia vi è già una normativa per la tutela del segnalante, la Direttiva può essere utile come parametro per interpretare l'art. 54 bis

- ▶ La nuova normativa, dlgs 24 del 2023, in vigore da 15.7.2023

ESCLUSIONI (art. 1)

- ▶ 1) contestazioni che attengono al rapporto di lavoro;
- ▶ 2) segnalazioni obbligatorie per atti dell'Unione;
- ▶ 3) sicurezza nazionale

Ambito di applicazione

- ▶ Pubbliche amministrazioni
- ▶ Enti pubblici economici;
- ▶ Lavoratori autonomi che svolgono attività a favore di ppaa
- ▶ Collaboratori del settore pubblico
- ▶ Professionisti e consulenti del settore pubblico
- ▶ Volontari e tirocinanti presso ppaa
- ▶ Alla fase di selezione dei dipendenti

- ▶ Ai normali canali di segnalazione interna si aggiunge anche la segnalazione esterna attraverso l'ANAC, che entro tre mesi deve adottare linee guida

Art. 12, obbligo di riservatezza

- ▶ Divieto di comunicare l'identità del segnalante senza il suo consenso.
- ▶ Nel procedimento disciplinare si riproduce il testo dell'art. 54 bis
- ▶ *Nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità della persona segnalante non può essere rivelata, ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità della persona segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza del consenso espresso della persona segnalante alla rivelazione della propria identità.*

- ▶ Conservazione della segnalazione per il tempo strettamente necessario e comunque non oltre 5 anni

Possibilità per il segnalante di effettuare una divulgazione pubblica (art. 15), novità del dlgs

- ▶ A) è stata fatta una segnalazione;
- ▶ B) il segnalante ha fondato motivo di ritenere la violazione o minaccia a un pubblico interesse;
- ▶ C) abbia il **fondato motivo** di temere ritorsioni

- ▶ Al segnalante DEVE essere irrogata sanzione disciplinare se, anche con sentenza di primo grado, è accertata la diffamazione da parte sua

Divieto di ritorsione (Art. 17)

- ▶ L'onere di provare che la eventuale sanzione sia stata inflitta indipendentemente dalla segnalazione è a carico di chi la irroga.
- ▶ Il comma 4 indica alcune fattispecie che costituiscono ritorsioni

- ▶ a) il licenziamento, la sospensione o misure equivalenti;
- ▶ b) la retrocessione di grado o la mancata promozione;
- ▶ c) il mutamento di funzioni, il cambiamento del luogo di lavoro, la riduzione dello stipendio, la modifica dell'orario di lavoro;
- ▶ d) la sospensione della formazione o qualsiasi restrizione dell'accesso alla stessa;
- ▶ e) le note di merito negative o le referenze negative;
- ▶ f) l'adozione di misure disciplinari o di altra sanzione, anche pecuniaria;
- ▶ g) la coercizione, l'intimidazione, le molestie o l'ostracismo;
- ▶ h) la discriminazione o comunque il trattamento sfavorevole;
- ▶ i) la mancata conversione di un contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, laddove il lavoratore avesse una legittima aspettativa a detta conversione;
- ▶ l) il mancato rinnovo o la risoluzione anticipata di un contratto di lavoro a termine;
- ▶ m) i danni, anche alla reputazione della persona, in particolare sui social media, o i pregiudizi economici o finanziari, comprese la perdita di opportunità economiche e la perdita di redditi;
- ▶ n) l'inserimento in elenchi impropri sulla base di un accordo settoriale o industriale formale o informale, che può comportare l'impossibilità per la persona di trovare un'occupazione nel settore o nell'industria in futuro;
- ▶ o) la conclusione anticipata o l'annullamento del contratto di fornitura di beni o servizi;
- ▶ p) l'annullamento di una licenza o di un permesso;
- ▶ q) la richiesta di sottoposizione ad accertamenti psichiatrici o medici.

- ▶ In caso di atti ritorsivi gli stessi sono nulli (art. 19, comma 3)

Limitazioni alla responsabilità

(art. 20)

1. Non è punibile l'ente o la persona di cui all'articolo 3 che riveli o diffonda informazioni sulle violazioni coperte dall'obbligo di segreto, diverso da quello di cui all'articolo 1, comma 3, o relative alla tutela del diritto d'autore o alla protezione dei dati personali ovvero riveli o diffonda informazioni sulle violazioni che offendono la reputazione della persona coinvolta o denunciata, quando, al momento della rivelazione o diffusione, vi fossero fondati motivi per ritenere che la rivelazione o diffusione delle stesse informazioni fosse necessaria per svelare la violazione e la segnalazione, la divulgazione pubblica o la denuncia all'autorità giudiziaria o contabile è stata effettuata ai sensi dell'articolo 16.
- ▶ 2. Quando ricorrono le ipotesi di cui al comma 1, è esclusa altresì ogni ulteriore responsabilità, anche di natura civile o amministrativa.
- ▶ 3. Salvo che il fatto costituisca reato, l'ente o la persona di cui all'articolo 3 non incorre in alcuna responsabilità, anche di natura civile o amministrativa, per l'acquisizione delle informazioni sulle violazioni o per l'accesso alle stesse.
- ▶ 4. In ogni caso, la responsabilità penale e ogni altra responsabilità, anche di natura civile o amministrativa, non è esclusa per i comportamenti, gli atti o le omissioni non collegati alla segnalazione, alla denuncia all'autorità giudiziaria o contabile o alla divulgazione pubblica o che non sono strettamente necessari a rivelare la violazione.

Sanzioni ANAC

- ▶ 1) da 10.000,00 a 50.000,00 euro se sono state commesse ritorsioni;
- ▶ 2) da 10.000,00 a 50.000,00 euro se non sono stati istituiti canali;
- ▶ 3) da 500 a 2.500 euro nel caso di cui all'art. 16, comma 3 (segnalazione calunniosa)

- ▶ Ulteriore tutela (rispetto al passato).
- ▶ Per rinunce e transazioni si applica l'art. 2113 c.c.