

LA DISCIPLINA DEL WHISTLEBLOWING

Profili generali della disciplina

Intervento di Elia Notarangelo

al Convegno del 16 novembre 2023

organizzato dall'Unione Industriale di Asti con il patrocinio del COA di Asti

Decreto legislativo - 10/03/2023, n.24

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.

In forza della legge delega 4 agosto 2022, n. 127, art. 13.

Art. 1 - Disciplina la protezione delle persone che segnalano violazioni di disposizioni normative nazionali o dell'Unione europea che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato, di cui siano venute a conoscenza in un contesto lavorativo pubblico o privato.

Ambito di applicazione

Esclusione dal regime di protezione

Le disposizioni del d.lgs. 24/2023 NON si applicano

- alle contestazioni, rivendicazioni o richieste legate ad un **interesse di carattere personale** della persona segnalante e che attengono esclusivamente ai **propri rapporti individuali di lavoro**, ovvero inerenti ai **propri rapporti di lavoro con le figure gerarchicamente sovraordinate**;
- alle segnalazioni di violazioni laddove già disciplinate in via obbligatoria dagli atti dell'Unione europea o nazionali (es. segnalazioni in materia di abusi di mercato);
- alle segnalazioni di violazioni in materia di sicurezza nazionale, nonché di appalti relativi ad aspetti di difesa o di sicurezza nazionale, a meno che tali aspetti rientrino nel diritto derivato pertinente dell'Unione europea.

Restano infine ferme le disposizioni nazionali e comunitarie in materia di informazioni classificate, segreto professionale forense e medico, segretezza delle deliberazioni degli organi giurisdizionali, norme di procedura penale, diritti dei lavoratori e difesa nazionale.

Enti del settore pubblico:

- Pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 1 co. 2 del d.lgs. 165/2001 (le cd. Amministrazioni dello Stato es. Regioni, Comuni, Comunità montane, istituti universitari e scolastici etc.);
- Autorità amministrative indipendenti (es. AGCOM, Consob, etc.);
- Enti pubblici economici;
- Organismi di diritto pubblico;
- Concessionari di pubblico servizio;
- Enti di diritto privato in controllo pubblico ex art. 2359 c.c.

Enti del settore privato:

- Soggetti che hanno impiegato nell'ultimo anno la media di almeno 50 lavoratori subordinati con contratti di lavoro a tempo indeterminato o determinato;
- Soggetti che rientrano nell'ambito di applicazione degli atti dell'Unione di cui alle parti I.B e II dell'allegato 1 al d.lgs. 24/2023, anche se nell'ultimo anno non hanno raggiunto la media di almeno 50 lavoratori subordinati (servizi, prodotti e mercati finanziari e prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, della tutela dell'ambiente e della sicurezza dei trasporti);
- Soggetti che rientrano nell'ambito di applicazione del d.lgs. 231/01, e adottano i modelli di organizzazione e gestione ivi previsti, indipendentemente dal requisito dimensionale.

Criterio per il computo del numero dei lavoratori

Linee guida ANAC 12/7/2023

Per il calcolo della media annua dei lavoratori impiegati negli enti del settore privato, occorre fare riferimento, di volta in volta, all'ultimo anno "solare" precedente a quello in corso, salvo per le imprese di nuova costituzione per le quali si considera l'anno in corso.

Rilevano lavoratori subordinati a tempo indeterminato e determinato.

Il dato di riferimento è il valore medio degli addetti (elaborazione dati INPS) al 31/12 dell'anno precedente a quello in corso, contenuto nelle visure camerali.

Criterio per il computo del numero dei lavoratori

Critica di Confindustria (guida ottobre 2023) al criterio di calcolo

richiamo alle visure camerali comporta il computo “per teste” e cioè del numero complessivo di addetti, a prescindere dalla effettiva durata dei singoli rapporti di lavoro.

Contrasto con art. 27 d.lgs. 81/2015.

Confindustria auspica calcolo media dei lavoratori in termini di “ULA” (unità lavorativa annua), ossia tenendo conto della effettiva durata di ciascun rapporto (termine temporale di riferimento non di due anni – come previsto dal citato art. 27 – bensì di un anno, come previsto dall’art. 2 comma 1, lett. q) n.1) del Decreto).

Critiche personali

Per Anac, calcolo su media riportata a fini statistici in visura camerale nell'ultimo "anno solare", riferendosi al periodo dal 1.1 al 31.12.

In realtà, confonde anno solare con anno civile (cfr. Circolare Min. Lav. n. 32/2012; Civile Sent. Sez. L Num. 14431 Anno 2015)

Il testo di legge non autorizza a derogare le norme in materia di calcolo dei dipendenti:

- calcolo pro quota di lavoratori part-time (art. 9 d.lgs. 81/2015)
- a tempo determinato (media 24 mesi, art. 27 d.lgs. 81/2015)
- intermittenti (media orario svolto in ciascun semestre, art. 18 d.lgs. 81/2015)
- somministrati non si calcolano (art. 34, comma III, d.lgs. 81/2015), ma non risultano da visura.

Enti che nell'ultimo anno hanno impiegato almeno 50 lavoratori

Sono tenuti a dare attuazione alla disciplina di cui al d.lgs. 24/2023 nei termini previsti dall'art. 24 del decreto stesso.

Enti che nell'ultimo anno hanno impiegato un numero inferiore a 50 lavoratori

Sono tenuti a istituire il canale di segnalazione interno se sono dotati di Modello di Organizzazione e Gestione ex d.lgs. 231/01.

Sono tenuti a dare attuazione alla disciplina di cui al d.lgs. 24/2023 nei termini previsti dall'art. 24 del decreto stesso se rientrano nel settore dei servizi, prodotti e mercati finanziari e prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, della tutela dell'ambiente e della sicurezza dei trasporti.

Soggetti tutelati nell'ambito del settore privato:

- Lavoratori subordinati, comprese le forme del d.lgs. 81/2015 e le prestazioni occasionali (art. 54-bis d.l. 50/2017);
- Lavoratori autonomi, co.co.co. art. 409 cpc, “co.co.co.” art. 2 d.lgs. 81/2015;
- Liberi professionisti e consulenti;
- Volontari e tirocinanti, retribuiti e non retribuiti;
- Azionisti (persone fisiche);
- Persone con funzioni di amministrazione, direzione, controllo, vigilanza o rappresentanza (anche di fatto).

Estensione temporale

La tutela si applica:

- se la segnalazione avviene in costanza del rapporto;
- durante il periodo di prova;
- prima dell'instaurazione del rapporto, se le informazioni sulle violazioni sono state acquisite durante il processo di selezione o in altre fasi precontrattuali;
- successivamente alla risoluzione del rapporto, se le informazioni sulle violazioni sono state acquisite nel corso del rapporto stesso.

Estensione soggettiva

Le misure di protezione si applicano anche:

- ai facilitatori (persona fisica che assiste una persona segnalante nel processo di segnalazione, operante all'interno del medesimo contesto lavorativo e la cui assistenza deve essere mantenuta riservata);
- alle persone del medesimo contesto lavorativo della persona segnalante, legate a quest'ultimo da uno stabile legame affettivo o di parentela entro il quarto grado;
- ai colleghi di lavoro della persona segnalante, che lavorano nel medesimo contesto lavorativo della stessa e che hanno con detta persona un rapporto abituale e corrente;
- agli enti di proprietà della persona segnalante, nonché agli enti che operano nel medesimo contesto lavorativo del segnalante.

Ambito Oggettivo

Le segnalazione sono protette quando riguardano le seguenti violazioni:

- Violazioni della normativa europea (cfr. slide successiva);
- Condotte illecite rientranti nell'elenco del d.lgs. 231/01, che non rientrano tra le violazioni della normativa europea;
- Violazioni del MOG adottato ai sensi del d.lgs. 231/01;
- illeciti amministrativi, contabili, civili o penali che non rientrano nei casi precedenti (solo per enti pubblici, non per enti privati).

Violazioni

Violazioni della normativa europea

- Illeciti commessi in violazione della normativa dell'UE indicata nell'Allegato 1 al d.lgs. 24/2023 e di tutte le disposizioni nazionali che ne danno attuazione (es. prodotti e mercati finanziari, prevenzione del finanziamento del terrorismo, tutela dell'ambiente, sicurezza dei trasporti etc.);
- Atti od omissioni che ledono gli interessi finanziari dell'Unione Europea (es. frodi, corruzione etc.);
- Atti od omissioni riguardanti il mercato interno, che compromettono la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali (es. in materia di concorrenza, aiuti di Stato etc.);
- Atti o comportamenti che vanificano l'oggetto o la finalità delle disposizioni dell'Unione Europea nei settori indicati ai punti precedenti (es. pratiche abusive come definite dalla Corte di Giustizia UE)

Adempimenti datoriali

Canali di segnalazione

Canale interno all'ente

Canale esterno (ANAC)

Divulgazione pubblica

Denuncia all'Autorità Giudiziaria

Priorità al canale interno

Il ricorso al canale esterno consentito se:

- a) manca un canale interno (non esiste obbligo di legge di istituirlo o, pur essendo obbligatorio, non è stato istituito) o non è conforme alle prescrizioni di cui all'art. 4;
- b) è stata effettuata una segnalazione interna, ma non ha avuto seguito;
- c) vi è fondato timore che la segnalazione interna non sia efficace o possa esporre il segnalante al rischio di ritorsione;
- d) vi è fondato motivo di ritenere che la violazione possa costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse.

Priorità al canale interno

Divulgazione pubblica solo se:

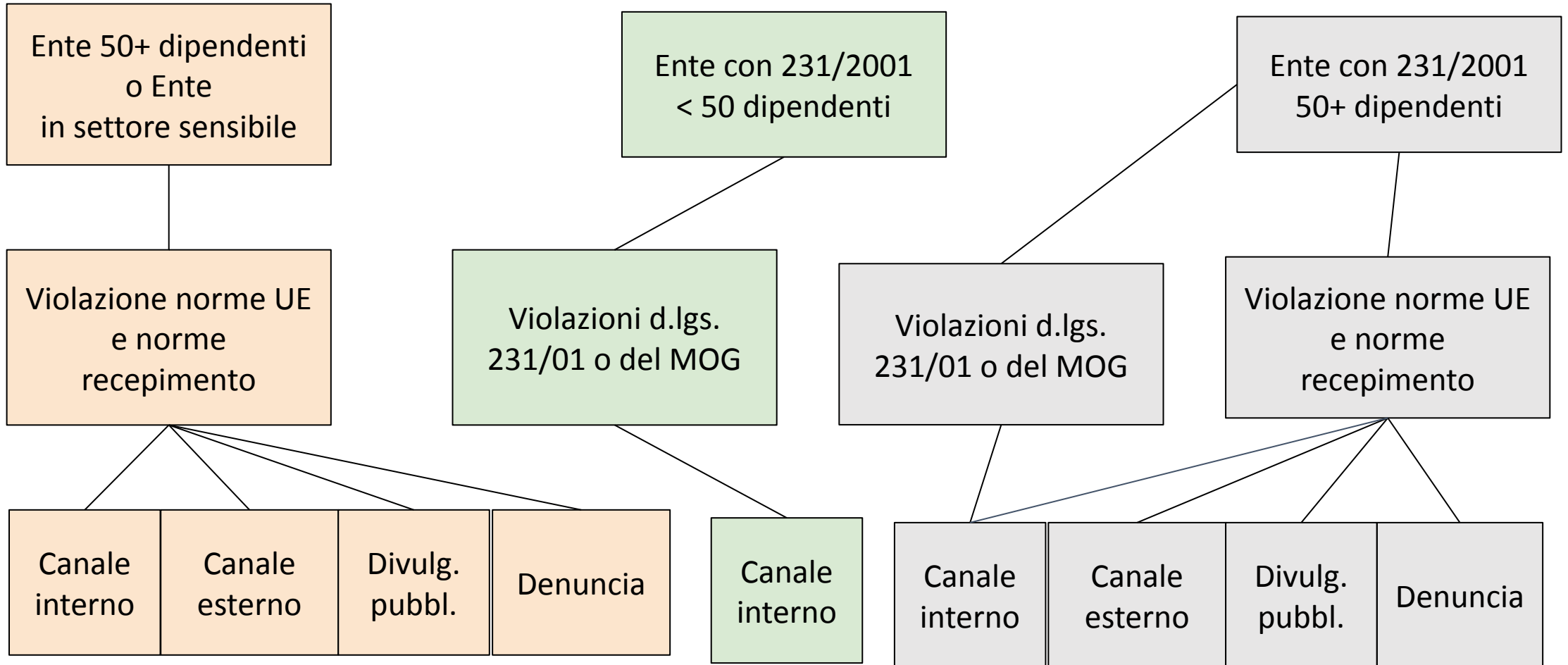
- a) manca un canale interno (non esiste obbligo di legge di istituirlo o, pur la segnalazione interna e la successiva segnalazione esterna (o la sola segnalazione esterna, in mancanza di quella interna) non hanno avuto seguito in termini ragionevoli;
- b) vi è fondato motivo di temere che la violazione possa costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse;
- c) vi è fondato timore di ritorsioni in caso di segnalazione esterna o che quest'ultima possa non aver seguito (rischio distruzione prove, rischio di collusioni del gestore con l'autore della violazione).

Priorità al canale interno

Denuncia all'autorità

I soggetti tutelati hanno, in ogni caso, la possibilità di rivolgersi alle Autorità giudiziarie per inoltrare una denuncia di condotte illecite di cui siano venuti a conoscenza nel contesto lavorativo.

Limiti all'utilizzo dei canali nell'ente privato



Obblighi dell'Ente

- Consultazione sindacale
- Redazione atto organizzativo
- Istituzione del canale interno (scritto e orale)
- Individuazione del gestore delle segnalazioni (interno o esterno)
- Previsione di sanzioni disciplinari in caso di violazioni
- Pubblicazione, informazione e formazione del personale
- Adeguamento trattamento dati personali
- Adeguamento M.O.G.
- Obbligo di conservazione documentazione relativa a segnalazioni (al massimo cinque anni dall'esito finale della procedura)

Obblighi del gestore

- rilascia alla persona segnalante un avviso di ricevimento della segnalazione entro sette giorni dalla data di ricezione;
- mantiene le interlocuzioni con la persona segnalante e richiede eventuali integrazioni;
- dà un corretto e diligente seguito alle segnalazioni ricevute in tempi ragionevoli;
- fornisce un riscontro alla persona segnalante entro 3 mesi dall'avviso di ricevimento;
- mette a disposizione informazioni chiare sul canale, sulle procedure e sui presupposti per effettuare le segnalazioni interne, sul canale, sulle procedure e sui presupposti per effettuare le segnalazioni esterne. Le suddette informazioni sono esposte e rese facilmente visibili nei luoghi di lavoro, nonché accessibili alle persone che pur non frequentando i luoghi di lavoro intrattengono un rapporto giuridico con l'Ente. Se dotati di un proprio sito internet, i soggetti del settore pubblico e del settore privato pubblicano le informazioni di cui alla presente lettera anche in una sezione dedicata del suddetto sito.

Segnalazione

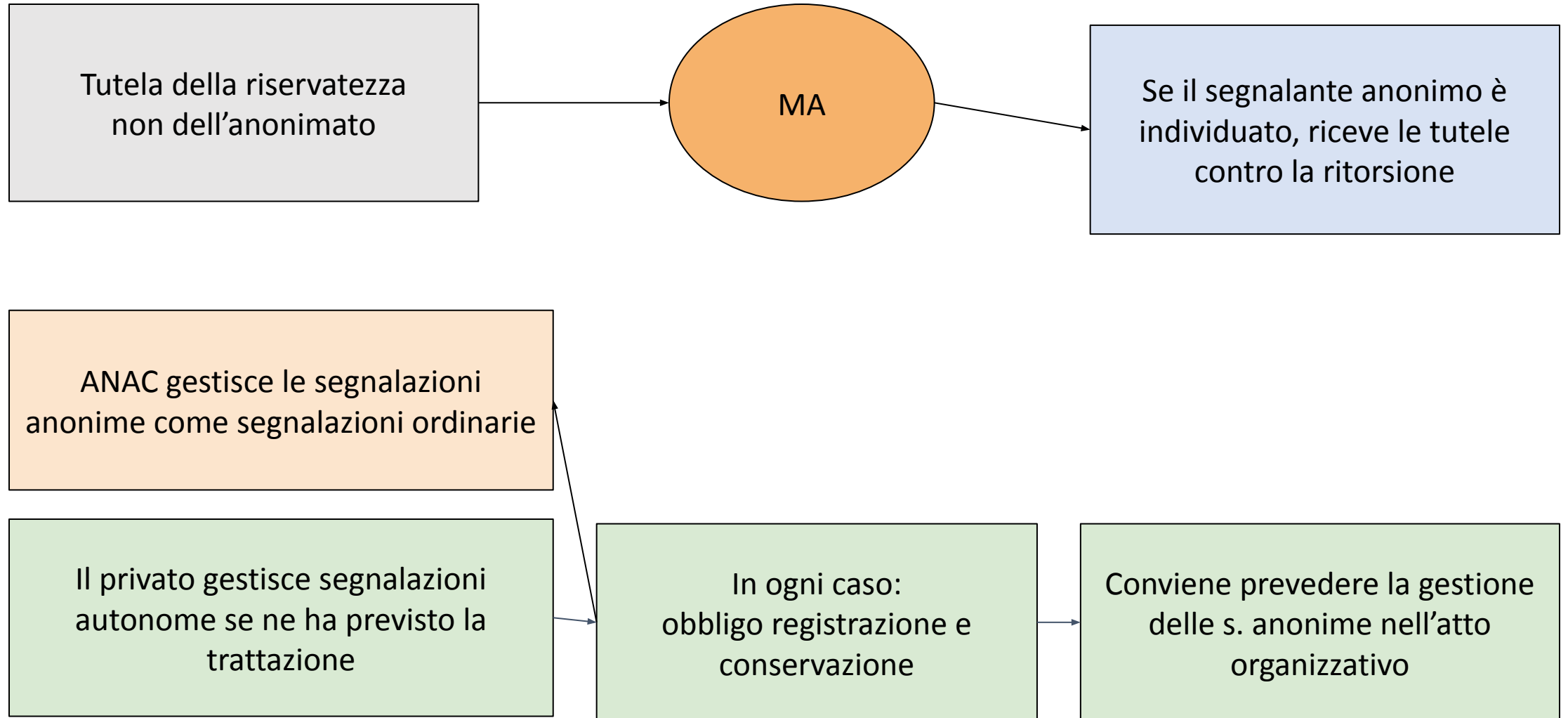
Oggetto:

informazioni, compresi i fondati sospetti, riguardanti violazioni **commesse** o che, sulla base di elementi concreti, **potrebbero essere commesse** nell'organizzazione con cui la persona segnalante intrattiene un rapporto, nonché gli elementi riguardanti condotte volte ad occultare tali violazioni.

Contenuto (raccomandato da ANAC):

- circostanze di tempo e di luogo in cui si è verificato il fatto oggetto della segnalazione;
- descrizione del fatto;
- generalità o altri elementi che consentano di identificare il soggetto cui attribuire i fatti;
- documenti utili a corredo, fonti di prova, nominativi di altri soggetti informati dei fatti

Segnalazione anonima



Tutela del lavoratore

Riservatezza

Principi generali

- Obbligo di garantire la riservatezza, del segnalante, della persona coinvolta (incolpata) e di ogni soggetto menzionato, compreso il presunto autore dell'illecito. Riservatezza estesa ai dati che ne consentirebbero l'identificazione.
- Solo il gestore può esaminare la segnalazione e conoscere l'identità del segnalante. Soggetti diversi non devono conoscere l'identità.
- La rivelazione dell'identità del segnalante, a soggetti diversi da coloro che devono ricevere o dare seguito alle segnalazioni, può essere effettuata solo in casi tassativi e con il consenso del segnalante.
- In caso di divulgazione pubblica, la protezione della riservatezza non si applica al segnalante che abbia intenzionalmente rivelato la sua identità.
- Nel caso il segnalante si rivolga al giornalista, si applica il segreto professionale.
- Le segnalazioni non possono essere utilizzate oltre quanto necessario per dare adeguato seguito alle stesse.

Riservatezza (segue)

Procedimento penale

Identità del segnalante coperta da segreto nei modi e nei limiti di cui all'art. 329 c.p.p.:

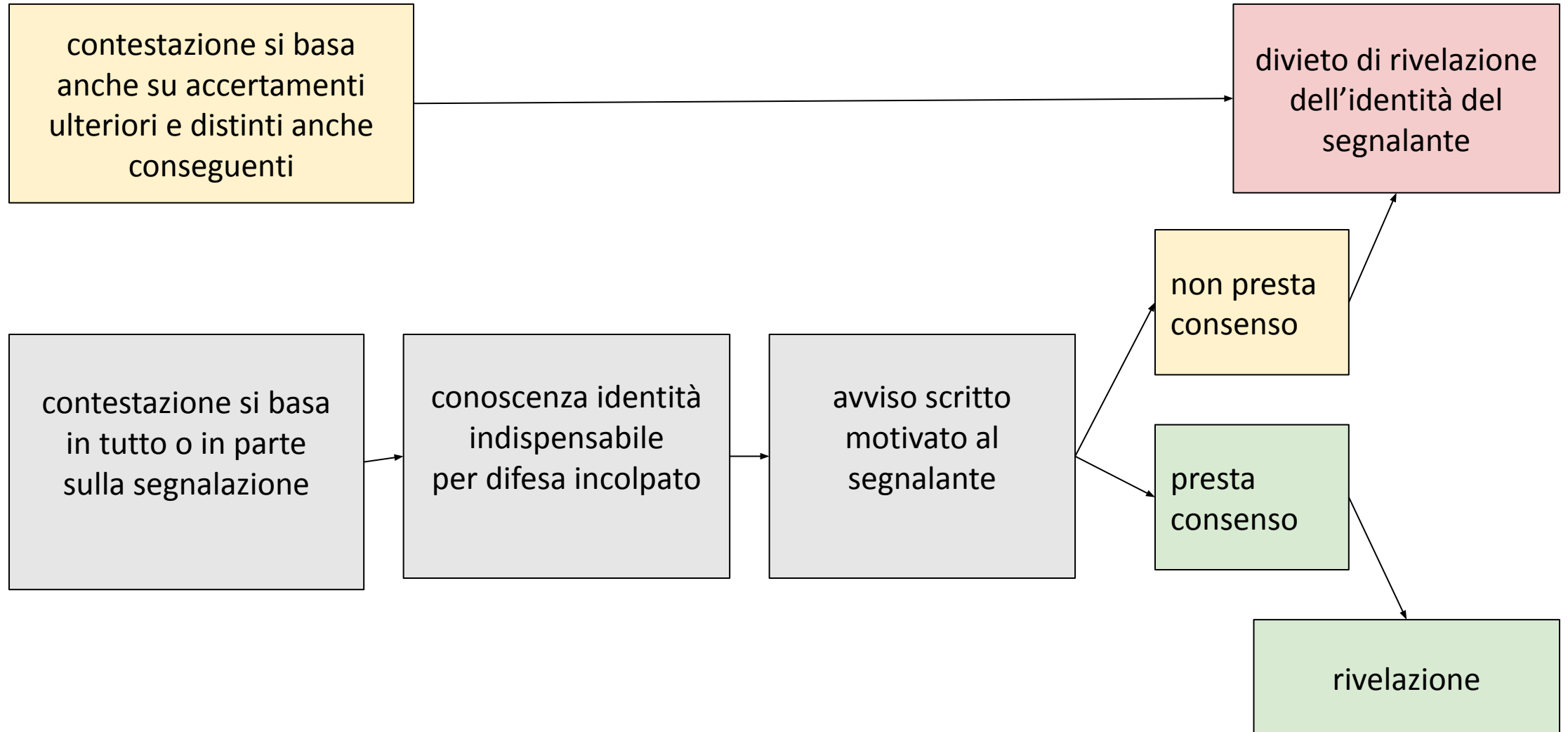
“fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari (415 bis c.p.p.)”

Procedimento dinanzi alla Corte dei Conti

(riguarda essenzialmente il settore pubblico)

Segreto sino alla chiusura della fase istruttoria. Dopo, l'identità del segnalante potrà essere disvelata dall'Autorità giudiziaria al fine di essere utilizzata nel procedimento stesso.

Riservatezza e procedimento disciplinare



Tutela del segnalante

Condizioni:

- Il soggetto ha segnalato/denunciato avendo il fondato motivo di ritenere che le informazioni sulle violazioni fossero vere e rientrassero nell'ambito oggettivo di applicazione del D.Lgs. 24/23;
- La segnalazione è stata fatta nel rispetto della disciplina e delle procedure previste dal D.lgs. 24/23 (in particolare, utilizzando i canali previsti).

Limitazioni:

- In mancanza delle condizioni indicate, nessuna tutela viene garantita anche ai soggetti diversi dal segnalante (facilitatori e soggetti coinvolti).
- Quando è accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del segnalante per i reati di diffamazione o di calunnia ovvero la sua responsabilità civile per lo stesso titolo, nei soli casi di dolo o colpa grave, le tutele di cui al presente capo non sono garantite e alla persona segnalante/denunciante è irrogata una sanzione disciplinare.

Protezione dalle ritorsioni

- Il segnalante e gli altri soggetti protetti non possono subire ritorsioni.
- Ritorsione (secondo linee guida ANAC): *“qualsiasi comportamento, attivo o omissivo, anche solo tentato o minacciato, posto in essere in ragione della segnalazione, della denuncia all’autorità giudiziaria o della divulgazione pubblica e che provoca o può provocare alla persona segnalante o alla persona che ha sporto denuncia, in via diretta o indiretta, un danno ingiusto”* (compresi: pretesa di risultati impossibili da conseguire, revoca ingiustificata di incarichi, ingiustificato mancato conferimento di incarichi, reiterato rigetto di richieste ferie, permessi, etc.).
- Elenco esemplificati in d.lgs.:
 - licenziamento, sospensione misure equivalenti;
 - retrocessione di grado/livello o mancata promozione
 - mutamento di funzioni (in pejus), cambiamento luogo di lavoro, riduzione stipendio, modifica orario di lavoro;
 - sospensione della formazione o restrizione dell’accesso ad essa;
 - note di merito e referenze negative;
 - misure disciplinari;
 - coercizioni, intimidazioni, molestie e ostracismo;
 - discriminazione o trattamento sfavorevole;
 - mancata conversione di contratto di lavoro a termine (in caso di legittima aspettativa alla conversione)
 - mancato rinnovo o risoluzione anticipata del contratto;
 - etc.

Tutela contro le ritorsioni

- Atti ritorsivi sono nulli (art. 19, comma 3)
- Il licenziamento ritorsivo è nullo e la tutela è quella reintegratoria piena (art. 18, commi 1 e ss. L.300/70; art. 2 d.lgs. 23/2015), indipendentemente dal requisito dimensionale
- Art. 4 l. 604/66: Il licenziamento “conseguente” all’esercizio di un diritto o alla segnalazione è nullo.
- Tutela proattiva del Giudice tesa non solo a sanzionare la condotta illecita, ma a rimuoverla: l’Autorità Giudiziaria adotta tutte le misure, anche provvisorie, necessarie ad assicurare la tutela giuridica azionata, compreso il risarcimento del danno, le reintegrazioni nel posto di lavoro, l’ordine di cessazione della condotta illecita e la dichiarazione di nullità degli atti adottati in violazione dell’art. 17 (Art. 19 comma 4).
- L’ANAC interviene, su denuncia di chi ha subito ritorsioni, per accertare il compimento di atti ritorsivi. In caso di accertamento:
 - Informa l’ITL per i provvedimenti di propria competenza;
 - applica la sanzione amministrativa da 10.000,00 a 50.000,00 nei confronti della persona fisica responsabile della ritorsione
 - applicabile l. 689/81? Ente obbligato in solido ex art. 6?

Inversione dell'onere della prova (art. 17, II comma)

- Nell'ambito di procedimenti giudiziari o amministrativi o controversie stragiudiziali aventi ad oggetto l'accertamento di comportamenti ritorsivi vietati si presume che gli stessi siano stati posti in essere a causa della segnalazione/divulgazione/denuncia. L'onere di provare che tali condotte sono motivati da ragioni estranee è a carico di colui che li ha posti in essere.
- In caso di domanda risarcitoria, si presume che il danno, salvo prova contraria, sia conseguenza della segnalazione, divulgazione o denuncia.
- L'inversione della prova vale solo per il segnalante, non per gli altri soggetti protetti.
- Nell'accertamento dell'ANAC rileva la mera consequenzialità tra segnalazione e la lamentata ritorsione (v. art. 4 l. 604/66).

Assenza di responsabilità

Il segnalante non è responsabile in sede penale, civile ed amministrativa quando diffonda (tramite la segnalazione) informazioni coperte da segreto, violi il diritto d'autore, violi la riservatezza di dati personali, offenda la reputazione della persona offesa o coinvolta, o acquisisca informazioni sulle violazioni o per l'accesso alle stesse.

Condizioni:

- fondati motivi per ritenere che la rivelazione fosse necessaria per svelare la violazione ed effettuare la segnalazione;
- la segnalazione è avvenuta nel rispetto delle condizioni che il legislatore ha previsto nel decreto per beneficiare delle tutele.

La limitazione non opera per gli atti non collegati alla segnalazione o che non sono strettamente necessari a rivelare la violazione.

Sanzioni

- da €10.000 a €50.000 per ritorsioni, ostacolo alla segnalazione, violazione dell'obbligo di segretezza;
- da €10.000 a €50.000 per mancata istituzione dei canali di segnalazione, per la mancata adozione delle procedure di gestione, per procedure non conformi, per mancata attività di verifica e analisi delle segnalazioni
- da €500,00 a €2.500,00 per segnalazioni false con dolo o colpa grave, se non vi è condanna penale

I soggetti privati prevedono sanzioni disciplinari per gli illeciti di cui sopra.

ENTRATA IN VIGORE

- Per aziende con 250+ dipendenti già in vigore dal 15/7/2023
- Per tutti gli altri obbligati il 17/12/2023