

# Il fenomeno del *whistleblowing* in Italia

di Av. Monica Lambrou

## SCHEDA PRATICA

### SOGGETTI ►

Soggetti che possono effettuare la segnalazione (c.d. *wistleblower*):

- Lavoratori dipendenti del settore privato e pubblico.

Destinatari:

- Superiori gerarchici o datori di lavoro del dipendente che procede alla denuncia delle irregolarità.

### PROCEDIMENTI DI CUI AL NUOVO REGOLAMENTO ANAC (PER LE P.A.) ►

1. Gestione delle segnalazioni;
2. **Sanzionatorio**, per l'accertamento dell'avvenuta adozione di misure ritorsive;
3. **Sanzionatorio**, per l'accertamento dell'inerzia del Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (RPCT);
4. **Sanzionatorio**, per l'accertamento di assenza.

### PIANO NAZIONALE ANTICORRUZIONE ►

- Si tratta di un atto di indirizzo per le Pubbliche Amministrazioni e, ai sensi dell'art. 1, comma 2-bis della L. n.190/2012, viene adottato sentiti il Comitato interministeriale e la Conferenza unificata. Elementi di maggiore impatto e fondamentali per la buona riuscita del Piano sono:
  1. La **Trasparenza**
  2. I **codici di comportamento**
  3. La **rotazione del personale**
  4. L'**obbligo di astensione in caso di conflitti di interesse**
  5. Il **pantouflage**

### TUTELE DEL DIPENDENTE WHISTLEBLOWER ►

- Il ruolo di **RPCT** ed **ANAC** (Autorità Nazionale Anti-Corruzione)
- Sono inoltre previsti dei **modelli di organizzazione e gestione dell'ente idonei a prevenire reati**
- Preclusioni del **datore di lavoro**

### FONTI ►

- T.U. sul Pubblico Impiego (art. 54-bis, D.LGS. n. 165/2001)
- Art. 6, D.LGS. 08/06/2001, n. 231
- L. n. 190/2012
- L. n. 179/2017
- Regolamento ANAC sul *Whistleblowing* (Delibera 1<sup>o</sup> luglio 2020, n. 690)
- T.A.R. Napoli, (Campania) sez. VI, 08/06/2018, n. 3880
- Corte europea diritti dell'uomo sez. II, 27/02/2018, n. 1085
- Cass. pen., sez. VI, 31/01/2018, n. 9047

## SOGGETTI ►

- **Whistleblower:** è il dipendente del settore pubblico o privato che provvede a denunciare illeciti o irregolarità di varia natura riscontrati nell'esecuzione del contratto di lavoro. Il fenomeno del *whistleblowing*, nato all'interno dei Paesi di *common law*, già previsto dal 2012 per i dipendenti pubblici, con le novità introdotte dalla L. n. 179/2017, ha registrato, negli ultimi anni, un significativo incremento nel proprio utilizzo, tanto da giustificare un ampliamento del proprio ambito di applicazione. La legge in questione, infatti, ha esteso anche ai rapporti privatistici una protezione della sfera di riservatezza, nonché dell'identità dell'autore della segnalazione e mira ad offrire allo stesso l'assistenza legale necessaria durante il periodo intercorrente tra la comunicazione dell'irregolarità e l'accertamento del fatto (cfr., sul fatto, T.A.R. Napoli, sez. VI, sent. 08/06/2018, n. 3880).
- È opportuno chiarire che, *al contrario*, non rientra nella definizione di "whistleblower" chi acquisisca informazioni da parte del dipendente in violazione della legge (Cass. pen., sez. VI, sent. del 31/01/2018, n. 9047), la quale sottolinea che la tutela scatta solo nei confronti di chi segnala notizie di un'attività illecita, acquisite nell'ambiente e in occasione del lavoro, non essendo ipotizzabile una tacita autorizzazione a improprie e illecite azioni di "indagine".
- L'attività di accertamento del fatto viene finanziata attraverso l'istituzione di un "Fondo per la tutela degli autori delle segnalazioni" presso l'ANAC ed è inoltre prevista la possibilità di effettuare una segnalazione anonima, con la possibilità di utilizzare strumenti di crittografia a difesa dell'identità del segnalante.
- **Destinatari:** oltre che superiori gerarchici o datori di lavoro anche in ambito privato, la segnalazione è efficace anche avverso Pubbliche Amministrazioni quali l'ANAC stessa, la Corte dei Conti ovvero l'autorità giudiziaria.

PROCEDIMENTI DI CUI  
AL NUOVO  
REGOLAMENTO  
ANAC ►

Con riferimento al *whistleblowing* nell'ambito delle Pubbliche Amministrazioni, il nuovo "Regolamento per la gestione delle segnalazioni e per l'esercizio del potere sanzionatorio in materia di tutela degli autori di segnalazioni di illeciti o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro di cui all'art. 54-bis D.Lgs. n. 165/2001" emanato da ANAC (Delibera 1° luglio 2020, n. 690) si articola in cinque capi:

1. **"Disposizioni generali"**, con particolare riferimento alle definizioni. Al riguardo, si noti l'ultima novità in merito relativamente all'art. 1 lett. k): viene fornita una nozione di misura ritorsiva più ampia rispetto a quella prevista dal Regolamento previgente più in linea sia con le Linee Guida sia con la nuova Direttiva europea in materia di *whistleblowing* ("«*soggetto responsabile*» il soggetto che nell'amministrazione o in uno degli enti di cui al comma 2 dell'art. 54-bis ha adottato il provvedimento ritorsivo o comunque il soggetto a cui è imputabile il comportamento e/o l'omissione").
2. **"Il procedimento di gestione delle segnalazioni di illeciti"**: le principali novità proposte riguardano l'introduzione di una analitica indicazione degli elementi essenziali della segnalazione di illeciti. A norma di questo capo, è previsto che l'Ufficio competente proceda, entro 180 gg dal ricevimento della segnalazione dell'illecito, ad un esame della stessa al fine di valutarne l'archiviazione o, diversamente, la sua trasmissione ad altro ufficio o autorità esterne se necessario. A pena di inammissibilità, le segnalazioni devono contenere la denominazione ed i recapiti del *whistleblower*, i fatti oggetto della segnalazione e l'Amministrazione in cui si sono verificati nonché quella di provenienza del soggetto che procede alla segnalazione, la sua mansione e qualifica. Sarà inoltre necessaria una descrizione delle ragioni connesse all'attività lavorativa svolta che hanno consentito la conoscenza dei fatti segnalati.
3. Al capo III è inoltre disciplinato il **"Procedimento sanzionatorio relativo alle comunicazioni"**, cioè avviato sulla base delle comunicazioni di misure ritorsive. Qui, è stata introdotta una analitica indicazione degli elementi essenziali delle comunicazioni delle misure ritorsive, nonché modifiche nella disciplina relativa alla fase istruttoria, disciplinando la

partecipazione del *whistleblower* al procedimento sanzionatorio avviato dall'Autorità e snellendo l'articolazione del procedimento stesso. Una volta acquisita la segnalazione, infatti, l'Ufficio competente ne fa un esame preliminare al fine di valutare la sussistenza dei requisiti.

**4.** Inoltre, vi è anche il capo IV che invece si occupa del **"Procedimento sanzionatorio semplificato"**; esso può essere avviato nei casi in cui nell'espletamento dell'attività di vigilanza dell'Autorità e/o sanzionatoria venga riscontrata la mancanza delle procedure di ricezione e/o gestione delle segnalazioni di cui all'art. 54-bis.

**5.** Infine, è presente un capo recante **"Disposizioni finali"** che definisce questioni relative alla pubblicazione dei provvedimenti ed al computo dei termini indicati per ciascun tipo di procedimento.

**PIANO NAZIONALE  
ANTICORRUZIONE ►**

Il Piano Nazionale Anticorruzione individua le attività, i settori e gli uffici esposti al rischio di corruzione, prevede obblighi di informazione nei confronti del responsabile della prevenzione della corruzione, definisce le modalità di monitoraggio del rispetto delle prescrizioni e definisce le modalità di aggiornamento dello stesso.

Il Piano rappresenta lo strumento attraverso il quale l'amministrazione organizza e regola un processo destinato a formulare una strategia di prevenzione del fenomeno.

Il processo di gestione del rischio di corruzione prevede, in ogni singola amministrazione tre macro-fasi, ovvero l'analisi del contesto di riferimento, la valutazione del rischio ed il conseguente trattamento del rischio.

Di esso fanno parte altri elementi fondamentali.

La **trasparenza** è intesa come accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

La trasparenza concorre a attuare i principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse. Questo integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione al servizio del cittadino.

Tale strumento assume peculiare importanza in quanto le norme in questo contenute regolano il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità, individuano quale comportamento sono tenuti ad avere i dipendenti ed indirizzano l'azione amministrativa.

La **rotazione del personale** all'interno delle Pubbliche Amministrazioni è stata introdotta come misura di prevenzione dall'articolo 1, comma IV, lettera e) della L. n. 190/2012.

In particolare, le Pubbliche Amministrazioni devono definire e trasmettere all'ANAC procedure per selezionare e formare i dipendenti chiamati ad operare in settori particolarmente esposti alla corruzione, prevedendo in tali settori la rotazione dei dirigenti e dei funzionari.

Per quanto riguarda l'**obbligo di astensione nel caso di conflitto di interessi**, il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche ed il provvedimento devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale.

Occorre, pertanto, che tali soggetti segnalino tali situazioni di potenziale conflitto.

Sussiste, inoltre, incompatibilità tra il RUP ed i membri della Commissione.

Il termine **pantouflage**, (passaggio di alti funzionari statali a ditte private) si riferisce ad un fenomeno che prevede un vincolo per tutti i dipendenti che negli ultimi tre anni di servizio hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle P.A., di non poter svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri.

Alla base di tale divieto si ravvisa il principio costituzionale di trasparenza, imparzialità, buon andamento e di quello che impone ai pubblici impiegati esclusività del servizio a favore dell'Amministrazione.

Il divieto di *pantouflage* o "*revolving doors*" intende prevenire uno scorretto esercizio dell'attività istituzionale da parte del dipendente pubblico.

Il divieto si pone l'obiettivo di evitare situazioni di conflitto d'interessi.

In particolare, l'intenzione del legislatore, come chiarito dall'Autorità Nazionale Anti Corruzione è quella di contenere il rischio di situazioni di corruzione connesse all'impiego del dipendente successivo alla cessazione del rapporto di lavoro.

Trattasi di un divieto finalizzato ad evitare che il "dipendente pubblico" possa sfruttare la conoscenza delle dinamiche organizzative che connotano gli uffici interni della pubblica amministrazione al fine di trarre vantaggi di natura patrimoniale o non patrimoniale.

La norma mira a scongiurare il prodursi degli effetti "*contra ius*" che potrebbero derivare da una situazione di "conflitto di interesse".

Il Responsabile per la prevenzione della corruzione ed il Responsabile della trasparenza del Ministero dello Sviluppo Economico hanno sottoposto richiesta di parere all'ANAC circa l'ambito di applicazione del comma 16 ter dell'art. 53 del D.Lgs. n. 165/2001.

L'ANAC, mediante delibera n. 99 del 8 febbraio 2017 richiama, in primo luogo, l'art. 21 del D.Lgs. n. 39/2013 chiarendo che "sono considerati dipendenti delle pubbliche amministrazioni anche i soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al presente decreto, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo. Tali divieti si applicano a far data dalla cessazione dell'incarico". Pertanto, anche in materia di inconfirmità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico si applica l'articolo 53, comma 16 ter, del D.Lgs. n. 165/2001. Viene, inoltre affermato che, con riferimento ai dipendenti con poteri autoritativi e negoziali, tale definizione è riferita sia a coloro che sono titolari del potere (soggetti apicali nell'organizzazione) sia ai dipendenti che pur non essendo titolari di tali poteri, collaborano al loro esercizio svolgendo istruttorie (pareri, certificazioni, perizie) che incidono in maniera determinante sul contenuto del provvedimento finale, ancorché redatto e sottoscritto dal funzionario competente.

Inoltre, il divieto deve trovare applicazione anche in relazione al personale che nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione si costituisce nuovo operatore economico e rivesta il ruolo di Presidente del consiglio di amministrazione partecipando alle gare indette dall'amministrazione presso la quale abbia svolto attività lavorativa.

La norma chiarisce che la conseguenza della violazione del divieto di *pantouflage* ricade su contratti conclusi e su incarichi conferiti con la sanzione di carattere civilistico della nullità.

#### TUTELE DEL DIPENDENTE WHISTLEBLOWER ►

- Il whistleblowing fu introdotto, limitatamente all'ambito della pubblica amministrazione nell'anno 2012, quando fu approvata la L. 6 novembre 2012, n. 190, (c.d. Legge Severino), intitolata "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" e fu aggiunto l'articolo 54-bis nel D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in base al quale "il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia". Le condotte illecite, di cui il dipendente sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, possono essere inviate: al Responsabile della prevenzione della corruzione e della traspa-

renza (RPCT) ove si è verificata la condotta illecita; all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC); all'Autorità giudiziaria ordinaria o contabile (sotto forma di denuncia).

- Più recentemente, il nuovo testo della L. n. 179/2017 specifica i **requisiti dei modelli di organizzazione e gestione dell'ente idonei a prevenire reati**. In particolare, tali modelli devono prevedere: a) uno o più canali che consentano la presentazione di segnalazioni circostanziate di condotte illecite, garantendo la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione; b) almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire la riservatezza dell'identità del segnalante; c) il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati alla segnalazione; d) nel sistema disciplinare adottato ai sensi del comma 2, lett. e, sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettui con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelino infondate.
- È **precluso al datore di lavoro** di procedere all'irrogazione di sanzioni, al licenziamento o all'adozione di misure discriminatorie come "reazione" alla segnalazione, intendendosi lo stesso obbligato, in caso contrario, alla riassunzione del dipendente e al risarcimento degli eventuali danni patiti (art. 6, D.Lgs. 8/06/2001, n. 231 come modificato dall'art. 2, L. n. 179/2017). Graverà, in questo senso, sul datore di lavoro l'onere di provare come le misure adottate nei riguardi del prestatore siano fondate su ragioni del tutto estranee alla denuncia dell'irregolarità.
- Sul punto si è anche pronunciata la Corte europea dei diritti dell'uomo (sez. II, sent. del 27/02/2018, n. 1085), la quale ha chiarito che è necessario che gli Stati debbano assicurare una protezione ai whistleblower. Naturalmente, non sarà sufficiente prevedere un formale rientro di chi ha divulgato informazioni su fatti interni al luogo di lavoro, ma servirà che a livello nazionale, anche attraverso l'autorità giurisdizionale, venga garantito al lavoratore lo svolgimento effettivo della propria attività.