

ANALISI

TRASPOSIZIONE

DIRETTIVA

WHISTLEBLOWING

ANALISI TRASPOSIZIONE

NORMATIVA WHISTLEBLOWING

Il Decreto Legislativo n.24/2023 costituisce la normativa di attuazione nel nostro Paese della *Direttiva Europea n.1937/2019* in materia di *whistleblowing*, sostituendo le disposizioni in materia previste dalla *Legge n.179/2017* per il settore pubblico e dal *Decreto Legislativo n.231/2001* per il privato.

Il recepimento della *Direttiva Europea n.1937/2019* è avvenuto con il *Decreto Legislativo n.24/2023* come 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.



ANALISI TRASPOSIZIONE

NORMATIVA WHISTLEBLOWING

Il considerando 104 afferma espressamente che la Direttiva introduce norme minime e gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli per la persona segnalante, purché non interferiscano con le misure per la protezione delle persone coinvolte. Il recepimento della presente Direttiva non dovrebbe costituire in alcun caso motivo di riduzione del livello di protezione già garantito alle persone segnalanti dal diritto nazionale nei settori a cui essa si applica.

A tale considerando si ricollega l'art. 25 della Direttiva sul *Trattamento più favorevole e clausola di non regressione*, per il quale gli Stati membri possono introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli ai diritti delle persone segnalanti di quelle previste dalla presente Direttiva - fatti salvi l'articolo 22 e l'articolo 23, paragrafo 2 - quindi l'attuazione della presente Direttiva non può in alcun caso costituire motivo di riduzione del livello di protezione già offerto dagli Stati membri nei settori cui si applica la presente Direttiva.

La normativa italiana, in conformità alle disposizioni dettate dalla Direttiva Europea n.1937/2019 in materia di whistleblowing, pone quale obiettivo primario la creazione di standard normativi minimi comuni, volti ad uniformare il regime di protezione per i *whistleblower* che segnalano illeciti di cui sono venuti a conoscenza nell'ambito della propria attività lavorativa.

La trasposizione della normativa comunitaria nell'ordinamento giuridico italiano con il Decreto Legislativo n.24/2023 ha determinato delle difformità, alcune delle quali integrano una violazione dell'art. 25 della Direttiva e violano l'applicazione della *clausola di non regressione dei diritti attribuiti*, volti a disporre un trattamento più favorevole nei confronti del segnalante.

Il recepimento della normativa determina, su alcuni aspetti, una regressione dei diritti attribuiti alle persone segnalanti rispetto al precedente sistema, traducendosi in un regime meno favorevole per i *whistleblower*.



Vediamo i punti più rilevanti individuati dall'analisi ed il dettaglio delle difformità e violazioni tra la Direttiva europea e la Normativa nazionale.

■ Ambito di applicazione personale

La Direttiva mira a proteggere un'ampia gamma di lavoratori del settore pubblico e privato, compresi i dipendenti, i volontari e le persone strettamente legate al *whistleblower*. Tuttavia, la legge italiana di recepimento non applica uniformemente queste tutele nei settori pubblico e privato, creando disparità.

■ Canali di segnalazione esterni

La Direttiva protegge i *whistleblower* che utilizzano canali di segnalazione esterni in prima istanza. La legge italiana di recepimento, tuttavia, impone condizioni su quando si può ricorrere alla segnalazione esterna, limitando la scelta del whistleblower e contraddicendo le disposizioni dell'UE.

■ Sanzioni

La Direttiva prevede sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive in caso di ritorsioni contro i segnalanti e di ostacolo alle segnalazioni. La legge italiana di recepimento prevede delle sanzioni, ma queste sono criticate per la loro inefficacia e per il fatto che non fungono da deterrente sufficiente.

■ Ambito di applicazione materiale

La Direttiva si applica alle violazioni del diritto dell'Unione e ad altre aree significative. La legge italiana, tuttavia, esclude alcuni tipi di violazioni, come le irregolarità amministrative e le questioni relative alla difesa nazionale e al sistema giudiziario, riducendo l'ambito di protezione rispetto alla precedente legislazione nazionale.

■ Condizioni per la protezione dei segnalanti

La Direttiva tutela i *whistleblower* che segnalano sulla base della ragionevole convinzione che le informazioni siano vere. La legge italiana sottopone questo aspetto a una valutazione discrezionale, che è regressiva rispetto alla preesistente normativa vigente che non valutava questo elemento soggettivo.

■ Violazione dell'articolo 25

Il recepimento italiano è considerato regressivo, in quanto riduce il livello di protezione precedentemente garantito dalla legge nazionale e viola la clausola di non regressione della Direttiva.



DIRETTIVA EUROPEA

L'art. 4 della Direttiva Europea prescrive l'ambito di applicazione soggettivo della normativa in materia di whistleblowing, la quale trova applicazione nei confronti dei lavoratori che espletano la propria attività lavorativa nell'ambito del settore pubblico e del settore privato.

Tale normativa è volta a tutelare anche i dipendenti pubblici, i lavoratori autonomi, gli azionisti e le persone che assumono funzioni di coordinamento e controllo, i volontari, i tirocinanti, nonché coloro il cui rapporto è terminato o, in alternativa, deve ancora iniziare.

Il recepimento della Direttiva Europea nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano ha determinato una difformità che integra una violazione, posto che, la legislazione interna non delinea un ambito applicativo uniforme per il settore pubblico e per il settore privato, così come definito, invece, dal legislatore sovranazionale.

NORMATIVA NAZIONALE

L'art. 3 del *Decreto Legislativo n.24/2023* disciplina l'ambito applicativo soggettivo della normativa nazionale, prevedendo un regime differente a seconda del destinatario di riferimento, in base al fatto che si tratti di un lavoratore afferente al settore pubblico o al settore privato.

- Nel settore pubblico la normativa nazionale trova applicazione per le violazioni aventi ad oggetto il diritto interno ed il diritto comunitario.

Tale disciplina trova applicazione anche per le aziende in controllo pubblico e le società *in house* delle pubbliche amministrazioni - sempre che le stesse vengano assimilate ad enti afferenti al settore pubblico, secondo l'ordinamento giuridico italiano

- Nel settore privato si registra un ulteriore e differente ambito applicativo in ordine al numero di dipendenti (inferiore o superiore a 50) ed alla sussistenza o insussistenza di un modello organizzativo e di gestione ai sensi del *Decreto Legislativo n.231/2001*.

Pertanto:

- le imprese che hanno un numero di dipendenti superiore a 50 e dispongono di un MOG 231 possono segnalare violazioni del modello e violazioni del diritto comunitario;
- le imprese che hanno un numero di dipendenti pari a 50 e non dispongono di un MOG 231 possono segnalare solo le violazioni del diritto comunitario;
- le imprese che hanno un numero di dipendenti inferiore a 50 e dispongono di un MOG 231 possono segnalare le violazioni relative ai reati del modello attraverso l'utilizzo del solo canale interno di segnalazione.



DIRETTIVA EUROPEA

Nel Capo III della Direttiva Europea in esame - Segnalazione esterna e relativo seguito - il legislatore sovranazionale chiarisce la funzione e le modalità di impiego del canale esterno di segnalazione riconosciuto a favore del segnalante.

In particolare, l'*art. 10* prescrive l'uso del canale esterno di segnalazione, il quale può essere adoperato direttamente dal *whistleblower* quale canale primario preferenziale, oppure dopo aver utilizzato il canale interno di segnalazione.

Su questo punto, il recepimento della Direttiva Europea nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano ha determinato una difformità normativa, posto che il legislatore nazionale ha previsto la facoltà di adire il canale esterno di segnalazione quando ricorrono specifici presupposti.

Appare dunque singolare la rubrica dell'*art. 6* del *Decreto Legislativo n.24/2023* intitolato volutamente Condizioni per l'effettuazione della segnalazione al fine di mettere in evidenza la sussistenza di specifici requisiti cui subordinare la scelta del canale di segnalazione da parte del segnalante.

NORMATIVA NAZIONALE

L'*art. 6* del *Decreto Legislativo n.24/2023* delinea i requisiti che consentono al segnalante di utilizzare il canale esterno di segnalazione, precisando che lo stesso è consentito quando ricorrono le seguenti condizioni:

- il canale interno di segnalazione è insussistente/inattivo;
- è mancato il seguito della segnalazione interna;
- c'è un fondato motivo di ritenere inefficace la segnalazione interna, un rischio di ritorsione, un pericolo imminente o un palese pubblico interesse.



DIRETTIVA EUROPEA

Il legislatore sovranazionale, nell'ambito delle misure di protezione del segnalante, traccia le sanzioni previste nei confronti di coloro che utilizzano impropriamente la segnalazione, attuano misure ritorsive, intraprendono procedimenti vessatori o violano l'obbligo di riservatezza circa l'identità del segnalante.

In tali casi, la normativa comunitaria impone l'adozione di misure volte a sanzionare gli autori di tali condotte, attraverso la previsione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive.

Nell'esperienza nazionale, la trasposizione della già menzionata disposizione si è mostrata di scarsa applicazione, a tal punto da ingenerare una vera e propria violazione della Direttiva Europea in esame.

NORMATIVA NAZIONALE

L'art. 21 del *Decreto Legislativo n.24/2023* delinea le sanzioni amministrative pecuniarie previste in caso di violazioni negli enti pubblici e per gli enti del settore privato che dispongono di un Modello Organizzativo 231.

Gli enti del settore privato che non dispongono di un MOG 231 non sono tenuti a disporre di un apparato sanzionatorio. Inoltre, la normativa nazionale prevede una sanzione per coloro che segnalano illeciti e divengono responsabili dei reati di calunnia o di diffamazione.

La predisposizione di tale regime sanzionatorio viola le prescrizioni impartite dal legislatore comunitario atteso che le sanzioni delineate non appaiano effettive, proporzionate e dissuasive.



Procedimento sanzionatorio avviato e condotto dall'A.N.AC.

L'art. 1, co. 6 della normativa italiana previgente sanciva che *"Qualora venga accertata, nell'ambito dell'istruttoria condotta dall'A.N.AC., l'adozione di misure discriminatorie [...] l'A.N.AC. applica al responsabile che ha adottato tale misura una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 30.000 euro"*.

La medesima sanzione amministrativa di carattere pecuniario, benché di entità diversa, ricompresa tra i 10.000 ed i 50.000 euro, trova applicazione nel caso in cui l'A.N.AC. accerti l'assenza di procedure di segnalazioni conformi agli standard normativi vigenti, nonché la mancata attuazione delle attività di accertamento circa le segnalazioni pervenute all'ufficio di riferimento.

L'erogazione di queste sanzioni rappresenta l'esito del procedimento sanzionatorio avviato e condotto dall'A.N.AC. e si compone di una pluralità di fasi. La lungaggine del procedimento sanzionatorio espone il segnalante e rischia di rivelare la sua identità, in particolare nell'ambito dell'attività di accertamento che potrebbe comportare l'interrogatorio dei lavoratori appartenenti al medesimo contesto lavorativo.

Le sanzioni impartite dall'A.N.AC. risentono di una scarsa applicazione pratica, tale da non raggiungere un'efficacia deterrente circa l'adozione e l'applicazione di condotte *contra legem*. Ciò è dovuto dal numero esiguo di sanzioni elargite da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, da una durata sine die dei procedimenti sanzionatori che culminano con l'erogazione di sanzioni prossime al minimo edittale, nonché all'assenza di qualsivoglia riferimento al soggetto sanzionatorio, volto a minarne la credibilità e a responsabilizzarne le condotte nell'ambiente lavorativo.

Tali sanzioni, oltre che essere esigue, sono prive di ogni riferimento al soggetto e all'ente sanzionato, determinando una disparità di trattamento tra la figura del segnalante e la figura del segnalato, posto che, nella prassi, viene rivelata la mera identità del primo, a differenza dell'identità del secondo.

Quanto fin qui argomentato trova conferma nelle relazioni annuali redatte dall'A.N.AC. in riferimento all'attività di accertamento effettuata, che si riassume secondo quanto segue:

- nell'anno 2022 l'ente ha decretato solamente due sanzioni pecuniarie, nella misura pari a 5.000,00 euro (valore soglia prossimo al minimo edittale);
- nell'anno 2021 l'ente ha decretato due sanzioni pecuniarie, nella misura pari a 5.000,00 euro cadauno;
- nell'anno 2020 l'ente ha decretato tre sanzioni pecuniarie, nella misura pari a 5.000,00 euro cadauno.

Appare evidente la natura esigua delle sanzioni decretate da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, considerata la forbice edittale prevista dal legislatore italiano, già nel sistema previgente delineato dalla *Legge n. 179 del 2017*.



DIRETTIVA EUROPEA

L'art. 2 della *Direttiva Europea n.2019/1937* disciplina l'ambito di applicazione oggettivo della normativa in esame, la quale trova applicazione avverso le violazioni inerenti agli atti dell'Unione Europea, agli interessi finanziari dell'Unione, al mercato interno, alla concorrenza ed agli aiuti di Stato.

Tale ambito applicativo, come precisato al paragrafo 2 dell'articolo di riferimento, non pregiudica a ciascun Stato membro di estendere detto ambito applicativo ad altri settori o materie previste dal diritto interno.

NORMATIVA NAZIONALE

Il recepimento della Direttiva Europea ha determinato all'interno dell'ordinamento giuridico italiano alcune difformità, poiché, pur estendendo l'ambito applicativo previgente, esclude dallo stesso le mere irregolarità amministrative, classificate nelle ipotesi di *maladministration*.

L'art. 1 del *Decreto Legislativo n.24/2023* delinea l'ambito applicativo oggettivo della normativa nazionale, la quale trova applicazione per le violazioni inerenti alle disposizioni normative nazionali o dell'Unione Europea che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato.

La normativa nazionale, dunque, circoscrive l'ambito applicativo oggettivo alle sole violazioni inerenti alle disposizioni nazionali o dell'Unione Europea, non menzionando le condotte aventi ad oggetto mere irregolarità amministrative.

Legge n. 179/2017

L'art. 1 della previgente *Legge n.179/2017* faceva riferimento alle segnalazioni effettuate dal lavoratore del settore pubblico che, nell'ambito del rapporto di lavoro, viene a conoscenza di condotte illecite.

La finalità di tale segnalazione si riconosce nella volontà di salvaguardare l'integrità della Pubblica Amministrazione, attraverso la segnalazione di qualsiasi condotta illecita, incluse le irregolarità amministrative.



DIRETTIVA EUROPEA

L'art. 6 della normativa sovranazionale disciplina le condizioni di protezione del segnalante quando lo stesso attua una segnalazione con fondato motivo di ritenere che l'oggetto della segnalazione fosse vera al momento della segnalazione e che rientrasse nell'ambito applicativo della direttiva in esame, avvalendosi dell'utilizzo di un canale interno o esterno di segnalazione o, in alternativa, del metodo della divulgazione pubblica.

Il medesimo articolo disciplina anche le segnalazioni anonime.

NORMATIVA NAZIONALE

Il recepimento di tale disposizione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, tuttavia, ha comportato la creazione di un regime normativo difforme rispetto a quello previsto e tracciato dal legislatore comunitario, posto che, subordina il regime di protezione del segnalante ad una valutazione soggettiva - puramente discrezionale - circa la fondatezza della veridicità di quanto segnalato, valutazione sussistente al momento della segnalazione.

L'art. 16 della normativa nazionale traccia le condizioni di protezione del segnalante che si conservano al momento della segnalazione. Nel caso in cui ci sia il fondato motivo di ritenere che le informazioni oggetto di violazioni siano vere e rientrino nell'ambito applicativo oggettivo della normativa in esame.

Tale innovazione legislativa - benché conforme alle disposizioni contenute nel *considerando 32* e nell'art. 6 delle disposizioni comunitarie - subordina la segnalazione ad una valutazione di carattere soggettivo, quale il fondato motivo di ritenere che le violazioni, oggetto di segnalazione, siano vere e rientranti nell'ambito applicativo oggettivo di tutela.

Sul punto, la disciplina previgente riconosceva la tutela del *whistleblower* in seguito alla segnalazione di condotte illecite senza valutare le motivazioni personali dietro la stessa.

Legge n. 179/2017

L'art. 1 della Legge n.179/2017 sancisce che "il dipendente pubblico che, nell'interesse dell'integrità della Pubblica Amministrazione, segnala al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza [...] ovvero all'Autorità nazionale anticorruzione (A.N.AC.), o denuncia all'autorità giudiziaria ordinaria o a quella contabile, condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione".

Appare evidente l'assenza di valutazioni di natura soggettiva circa la fondatezza della segnalazione da parte del segnalante, il quale è tenuto a segnalare gli illeciti di cui è venuto a conoscenza nell'ambito lavorativo.



DIRETTIVA EUROPEA

Gli artt. 10 e 12 della Direttiva Europea delineano l'uso del canale esterno di segnalazione adottato dal segnalante per effettuare la segnalazione, al quale viene riconosciuta la facoltà di ricorrervi quale canale preferenziale primario o dopo aver utilizzato il canale interno di segnalazione preposto.

NORMATIVA NAZIONALE

La trasposizione di tali articoli nell'ordinamento giuridico italiano limita la facoltà di scelta riconosciuta nei confronti del segnalante, predisponendo dei requisiti necessari al fine di poter ricorrere al canale esterno di segnalazione.

In particolare, il legislatore nazionale impone a carico del segnalante di ricorrere al canale esterno di segnalazione nel caso in cui il canale interno di segnalazione sia insussistente o inattivo, si assista ad un mancato seguito della segnalazione interna o si ravvisi la sussistenza di un *"fondato motivo di ritenere inefficace la segnalazione interna"*, rischio di ritorsione, pericolo imminente o palese per il pubblico interesse, facendo ricadere sul segnalante il regime dell'onere della prova.

Sul punto, si registra una regressione, posto che, la normativa previgente non riconosceva nei confronti del segnalante alcun onere probatorio.

