

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2022 - Anno XLIII

LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E LA GESTIONE DELLE SEGNALAZIONI DI WHISLEBLOWING

di Paola Serafino, Funzionario Amministrativo della Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", Avvocato – Dottore di Ricerca

Con il termine whistleblowing (letteralmente, suonare il fischiello) si intende la segnalazione di illeciti o irregolarità che un individuo, detto segnalante o *whistleblower*, riscontra in un'azienda o in un ente pubblico.

Il tema del whistleblowing è disciplinato già da anni negli Stati Uniti e in altri Paesi anglosassoni.

Nel nostro ordinamento, la tutela del whistleblower è di recente introduzione e mutuata dall'esperienza anglosassone^[1]. Tale disciplina è stata normata per la prima volta in Italia con la legge 190/2012 al fine di adempiere agli impegni internazionali assunti nel corso degli anni .

Il fatto stesso che nel dibattito pubblico si faccia ricorso comunemente a un termine straniero, ci fa comprendere quanto questo istituto sia lontano dall'esperienza culturale e giuridica italiana. Nel lessico italiano infatti, non esiste una parola semanticamente equivalente al termine angloamericano "whistleblowing", e che l'assenza di un traduttore adeguato è, in effetti, il riflesso linguistico della mancanza, all'interno del contesto socio-culturale

¹Ad esempio: la Convenzione OCSE contro la corruzione internazionale del 1997, la Convenzione dell'ONU contro la corruzione del 2003, e anche la Convenzione civile sulla corruzione emanata dal Consiglio d'Europa nel 1999. Tutti questi testi, che l'Italia ha firmato e poi ratificato, richiedono agli Stati aderenti di prevedere meccanismi di tutela per i dipendenti che segnalano fatti di corruzione. La Convenzione dell'ONU va addirittura oltre, non limitando la tutela al dipendente" ma estendendola in generale a "tutte le persone". Si veda sul punto: R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, 2020, p. 3 ss.; N. Parisi, *Il contrasto alla corruzione e la lezione derivata dal diritto internazionale: non solo repressione, ma soprattutto prevenzione*, in *Dir. com. sc. int.*, 2016, p. 191 s

italiano, di un riconoscimento stabile della “cosa” a cui la parola fa riferimento².

L’Unione europea – constatando la disomogeneità delle normative nazionali in materia- ha introdotto una apposita Direttiva in materia di Whistleblowing 2019/1937 che persegue l’obiettivo (una volta che tutti i paesi membri l’avranno integralmente recepita) di introdurre uno standard minimo di tutela per i *whistleblower* nelle aziende e negli enti che hanno più di 50 dipendenti. Sebbene il termine per la trasposizione della Direttiva fosse fissato al 17 dicembre 2021, allo stato attuale il nostro Paese (come in realtà molti altri paesi europei) non ha rispettato la scadenza³

In Italia la materia è attualmente disciplinata dalla legge 179/2017, che di fatto fornisce maggiori tutele al segnalante rispetto all’embrionale protezione offerta dalla legge 190/2012 principalmente sotto i profili dell’ambito di applicazione e l’efficacia delle tutele. La gestione delle segnalazioni di wistleblowing è affidata all’ Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

L’istituto del whistleblowing è indirizzato alla tutela di chi riveste la qualifica di dipendente pubblico. La legge 190/2012 estende la nozione stessa di dipendente pubblico, che ricomprendendo anche il dipendente di un ente pubblico economico e il dipendente di un ente di diritto privato sottoposto a controllo pubblico ai sensi dell’articolo 2359 del c.c. La tutela prevista per il whistleblower viene estesa anche ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell’amministrazione pubblica, allo scopo di aumentare sempre

² <https://accademiadellacrusca.it/it/consulenza/che-cosa-indica-e-come-si-traduce-la-parola-inglese-whistleblower/918>.

³ Va detto però che l’ANAC con il recente “Schema di Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell’art. 54-bis, del d.lgs. 165/2001 (c.d. whistleblowing¹)” ha interpretato la legge italiana in senso più estensivo e più conforme ai contenuti della Direttiva 2019/1937, ponendosi come una sorta di “ponte” fra la legge italiana attuale e quella da adottare in rispetto degli obblighi comunitari¹. Tuttavia, il Consiglio di Stato nel suo Parere 00111/2020, 4 marzo 2020 sullo Schema di Linee guida, ha scelto sotto diversi profili un’interpretazione più restrittiva e più lontana dal modello comunitario (si pensi ad esempio all’ambito di applicazione soggettivo, o all’esclusione delle attività prodromiche previste invece dalla Direttiva), forse in contrasto con l’art. 4.3. TUE che impone agli Stati un principio di leale collaborazione:

più la capacità di far emergere (e quindi prevenire e sanzionare) episodi di cattiva amministrazione.

Non vengono, tuttavia, considerate, le segnalazioni provenienti da altri soggetti, inclusi i rappresentanti di organizzazioni sindacali. E non vengono nemmeno tutelati stagisti e tirocinanti⁴, che invece rientrano nella previsione normativa della Direttiva 2019/1937. La direttiva in realtà ha un ambito decisamente più ampio rispetto a quello attualmente previsto dalla legislazione italiana, applicandosi direttamente, come afferma l'art. 4, a tutte le "persone segnalanti che lavorano nel settore privato o pubblico che hanno acquisito informazioni sulle violazioni in un contesto lavorativo", specificando ai commi successivi, che rientrano nella tutela anche i lavoratori autonomi, gli azionisti e i membri dell'organo di amministrazione, direzione o vigilanza di un'impresa, compresi i membri senza incarichi esecutivi, i volontari e i tirocinanti retribuiti e non retribuiti, qualsiasi persona che lavora sotto la supervisione e la direzione di appaltatori, subappaltatori e fornitori. E vengono anche tutelate le persone il cui rapporto di lavoro intanto è terminato o non è ancora iniziato.

La Legge 179/2017 ha modificato l'impianto della legge 190/2012 anche in merito ai destinatari della segnalazione: il dipendente non segnala più l'illecito al superiore gerarchico, bensì al RPCT, vista anche l'importanza del suo ruolo in un'effettiva strategia di contrasto alla corruzione, o in alternativa all'ANAC. Occorre però rilevare su tale punto un'incongruenza con il Codice di comportamento, che agli artt. 8 e 13(8) ancora prevede che le segnalazioni debbano essere effettuate al superiore gerarchico. Se da una parte si auspica un coordinamento tra i due testi, è anche vero che la legge 179/2017 prevale sul regolamento recante il Codice di Comportamento^[5].

⁴ il Consiglio di Stato nel suo Parere 00111/2020 del 4 marzo 2020, si era espresso in senso negativo: "è poi da dubitare che l'estensione a stagisti e tirocinanti dell'ambito di applicazione delle linee guida sia compatibile con la figura del dipendente pubblico delineata dall'art. 54-bis, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001".

⁵ Come specificato dal rapporto ANAC 2017, "Prevenzione della corruzione – segnalazione di illeciti e tutela del dipendente pubblico: presentazione del secondo monitoraggio nazionale sull'applicazione del whistleblowing".

È evidente che l'obiettivo primario della legge è quello di fare in modo che il segnalante/dipendente pubblico non subisca conseguenze e discriminazioni per essersi esposto nell'interesse pubblico.

il sistema di protezione riconosce al whistleblower tre tipi di tutela:

- tutela della riservatezza dell'identità⁶ e della segnalazione, che ha come importante conseguenza la sottrazione della segnalazione e della documentazione allegata sia al diritto di accesso agli atti amministrativi previsto dagli artt. 22 e ss. della L. n. 241/1990 che all'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5, comma 2, del D.Lgs. n. 33/2013;
- tutela da eventuali misure ritorsive o discriminatorie adottate dall'ente a causa della segnalazione effettuata, che secondo l'Autorità si configura non solo in atti e provvedimenti ma anche in comportamenti o omissioni posti in essere dall'amministrazione nei confronti del dipendente/segnalante, volti a limitare e/o comprimere l'esercizio delle funzioni proprie del lavoratore in guisa tale da disvelare un intento vessatorio o comunque da peggiorare la situazione lavorativa; le misure discriminatorie o ritorsive devono essere comunicate ad ANAC⁷, alla quale è affidato il compito di accertare se la misura sia conseguente alla segnalazione di illeciti e applicare, in assenza di prova da parte dell'amministrazione che la misura presa è estranea alla segnalazione, la sanzione

⁶ Ai sensi del comma 3 dell'art. 54-bis d.lgs. 165/2001, «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.

⁷ Un'altra modifica fondamentale della legge 179/17 rispetto alla legge 190/2012 riguarda la tutela contro le misure ritorsive: l'eventuale adozione di misure discriminatorie o ritorsive oggi, infatti, non va più denunciata al Dipartimento della funzione pubblica, bensì all'ANAC che dispone di maggiori poteri sia di intervento, sia sanzionatori.

amministrativa pecuniaria⁸. Non spetta infatti al dipendente dimostrare il nesso causale tra segnalazione e misura ritorsiva o discriminatoria, ma l'onere della prova grava sull'amministrazione che deve dimostrare che la misura non ha niente a che vedere con la segnalazione.;

- esclusione dalla responsabilità nel caso in cui il whistleblower sveli notizie coperte dall'obbligo di segreto d'ufficio, aziendale, professionale, scientifico o industriale ovvero violi l'obbligo di fedeltà, a condizione che il segnalante agisca al fine di tutelare l'interesse all'integrità delle amministrazioni nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni, non abbia appreso la notizia in ragione di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza, le notizie e i documenti oggetto di segreto non siano rivelati con modalità eccedenti rispetto alle finalità dell'eliminazione dell'illecito e la rivelazione non avvenga al di fuori del canale di comunicazione specificamente predisposto per le segnalazioni. In assenza di tali presupposti, l'aver fatto una rivelazione di fatti illeciti è fonte di responsabilità civile e/o penale.

L'ANAC⁹ ritiene che affinché al segnalante possa accordarsi le tutela prevista dall'art. 54-bis d.lgs. 165/2001 debbano ricorrere i seguenti presupposti:

- il segnalante deve rivestire la qualifica di "dipendente pubblico" o equiparato secondo quanto sopra esposto;
- la segnalazione deve avere ad oggetto "condotte illecite";
- il dipendente deve essere venuto a conoscenza di tali "condotte illecite" "in ragione del proprio rapporto di lavoro";

⁸ L'ANAC può imporre all'Amministrazione sanzioni amministrative di diversa entità a seconda della irregolarità riscontrata, qualora venga accertata l'adozione di misure discriminatorie nei confronti del lavoratore che ha segnalato un illecito o qualora dovesse essere accertata l'assenza di procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni, o il mancato svolgimento da parte del responsabile di attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute. Ad esempio con delibera 782/2019 l'ANAC ha irrogato la prima sanzione pecuniaria contro il firmatario di provvedimenti ritorsivi adottati nei confronti di un dipendente che aveva segnalato illeciti nella sua amministrazione. Si tratta di un dirigente che aveva segnalato i componenti dell'UPD per abuso d'ufficio e omissione d'atti d'ufficio, ma a seguito della segnalazione era stato sospeso dal servizio con privazione della retribuzione. L'ANAC ha ritenuto il provvedimento, irrogando quindi una sanzione pecuniaria di 5000 euro

⁹Vedi ANAC "Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-bis, del d.lgs. 165/2001 (c.d. whistleblowing)"

- la segnalazione deve essere effettuata “nell’interesse all’integrità della pubblica amministrazione”;
- la segnalazione deve essere inoltrata ad almeno uno delle quattro tipologie di destinatari indicati nell’art. 54-bis, co. 1 (RPCT, ANAC, Autorità giudiziaria ordinaria o contabile).

Per ciò che attiene l’oggetto della segnalazione bisogna tener presente che lo scopo della norma consiste nel prevenire o contrastare fenomeni tra loro diversi che comprendono sia illeciti penali che civili e amministrativi, sia irregolarità nella gestione o organizzazione dell’attività di un ente nella misura in cui tali irregolarità costituiscono un indizio sintomatico di irregolarità dell’amministrazione a causa del non corretto esercizio delle funzioni pubbliche attribuite.

I fatti illeciti oggetto delle segnalazioni whistleblowing comprendono, quindi, non solo le fattispecie riconducibili all’elemento oggettivo dell’intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione di cui al Titolo II, Capo I, del codice penale, ma anche tutte le situazioni in cui, nel corso dell’attività amministrativa, si riscontrino comportamenti impropri di un funzionario pubblico che, anche al fine di curare un interesse proprio o di terzi, assuma o concorra all’adozione di una decisione che devia dalla cura imparziale dell’interesse pubblico. In sostanza il dipendente pubblico con le proprie segnalazioni può richiamare l’attenzione delle autorità (interne all’ente di propria appartenenza, ma anche esterne) su condotte di illegalità, non necessariamente riconducibili nell’ambito della corruzione esclusivamente penalistica, ma intesa invece come comprensiva dei comportamenti di *maladministration*, allo scopo di riportare le procedure amministrative e i comportamenti dei dipendenti pubblici sui binari della legalità¹⁰.

E’ necessario inoltre, che le condotte illecite segnalate siano state apprese in ragione del rapporto lavorativo ossia a caso o in ragione di esso quindi

¹⁰ Pensiamo ad esempio ad ipotesi di nepotismo, sprechi, demansionamenti, reiterato mancato rispetto dei tempi procedurali, irregolarità contabili, false dichiarazioni e certificazioni, alla violazione di norme ambientali, sicurezza sul lavoro e dei controlli, assunzioni non trasparenti eccetera.

si deve trattare pertanto di fatti accaduti all'interno dell'ente o comunque relativi adesso. Ai sensi del co. 1 dell'art. 54-bis, le condotte illecite segnalate devono riguardare situazioni, fatti, circostanze, di cui il soggetto sia venuto a conoscenza «in ragione del rapporto di lavoro». Vi rientrano pertanto fatti appresi in virtù dell'ufficio rivestito ma anche notizie acquisite in occasione e/o a causa dello svolgimento delle mansioni lavorative, sia pure in modo casuale. Analogamente, occorre ragionare per i lavoratori e i collaboratori delle imprese che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica.

Le segnalazioni di whistleblowing non possono essere anonime, l'art. 54-bis, infatti, non include nel proprio campo di applicazione le segnalazioni anonime e cioè quelle del soggetto che non fornisce le proprie generalità.

La segnalazione deve il più possibile circostanziata e contenere tutti gli elementi utili a consentire la verifica di fondatezza dei fatti. Essa deve fornire:

- le circostanze di tempo e di luogo in cui si è verificato il fatto oggetto della segnalazione;
- la descrizione del fatto;
- le generalità o altri elementi che consentano di identificare il soggetto cui attribuire i fatti segnalati.

La segnalazione andrà inviata:

- all'autorità giudiziaria
- alla Corte dei Conti
- all'ANAC
- soprattutto al responsabile della prevenzione della corruzione della trasparenza dell'amministrazione in cui il fatto si riferisce.

Se il fatto riguarda:

1. il responsabile anticorruzione dell'ente
2. responsabile dell'ufficio procedimenti disciplinari
3. il componente di un eventuale gruppo di lavoro dedicato al whistleblowing di supporto al responsabile anticorruzione

in questi casi è consigliabile che l'assegnazione vengono inviati direttamente all' ANAC tramite il canale che l'autorità ha implementato si tratta di un canale sia informatico e sia appunto cartaceo.

A questo punto appare utile un approfondimento sulla figura del Responsabile della Prevenzione della Corruzione e Trasparenza che ha un ruolo centrale e di assoluta importanza in quanto soggetto deputato non solo alla ricezione ma anche alla gestione delle segnalazioni di whistleblowing all'interno dell'ente. Ha enormi responsabilità in quanto deve garantire che l'ente adotti e implementi un sistema idoneo a ricevere a gestire le segnalazioni nel rispetto dei diritti di riservatezza del segnalante. Nell'esercizio delle sue funzioni può avvalersi di un gruppo di lavoro dedicato i cui componenti, esperti in attività multidisciplinare dell'ente, sono soggetti ai suoi stessi vincoli di riservatezza e alle sue stesse responsabilità

La legge 179/2017 assegna al RPCT un ruolo fondamentale nella gestione delle segnalazioni. Il RPCT, oltre a ricevere e prendere in carico le segnalazioni, pone in essere gli atti necessari a una prima "attività di verifica e di analisi delle segnalazioni ricevute". Il RPCT è pertanto il soggetto legittimato, per legge, a trattare i dati personali del segnalante e, eventualmente, a conoscerne l'identità. Il RPCT può coincidere con il custode dell'identità. In ogni caso, è opportuno che la scelta del soggetto individuato quale custode dell'identità ricada su un dipendente dell'amministrazione dotato di requisiti di imparzialità e indipendenza.

Il ruolo del RPCT si sostanzia in una significativa attività istruttoria. In primo luogo, spetta al RPCT la valutazione in ordine alla sussistenza dei requisiti essenziali contenuti nel co. 1 dell'art. 54-bis per poter accordare al segnalante le tutele ivi previste. Per la valutazione dei suddetti requisiti, il RPCT può utilizzare i seguenti criteri¹¹:

a) manifesta mancanza di interesse all'integrità della pubblica amministrazione;

¹¹Vedi ANAC "Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-bis, del d.lgs. 165/2001 (c.d. whistleblowing)" Parte III

- b) manifesta incompetenza dell'Autorità sulle questioni segnalate;
- c) manifesta infondatezza per l'assenza di elementi di fatto idonei a giustificare accertamenti;
- d) manifesta insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dei poteri di vigilanza dell'Autorità;
- e) accertato contenuto generico della segnalazione di illecito tale da non consentire la comprensione dei fatti, ovvero segnalazione di illeciti corredata da documentazione non appropriata o inconferente;
- f) produzione di sola documentazione in assenza della segnalazione di condotte illecite o irregolarità;
- g) mancanza dei dati che costituiscono elementi essenziali della segnalazione di illeciti indicati al comma 2 dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio sanzionatorio (Delibera ANAC n. 690/2020).

Il RPCT, appena ricevuta la segnalazione, ove quanto denunciato non sia adeguatamente circostanziato, può chiedere al whistleblower elementi integrativi tramite il canale a ciò dedicato, o anche di persona, ove il segnalante acconsenta. Una volta valutata l'ammissibilità della segnalazione, quale segnalazione di whistleblowing, il RPCT avvia l'istruttoria interna sui fatti o sulle condotte segnalate. Per lo svolgimento dell'istruttoria, il RPCT può avviare un dialogo con il whistleblower, chiedendo allo stesso chiarimenti, documenti e informazioni ulteriori, sempre tramite il canale a ciò dedicato nelle piattaforme informatiche o anche di persona. Ove necessario, può anche acquisire atti e documenti da altri uffici dell'amministrazione, avvalersi del loro supporto, coinvolgere terze persone tramite audizioni e altre richieste, avendo sempre cura che non sia compromessa la tutela della riservatezza del segnalante e del segnalato. Qualora, a seguito dell'attività svolta, il RPCT ravvisi elementi di manifesta infondatezza della segnalazione, ne dispone l'archiviazione con adeguata motivazione. Qualora, invece, il RPCT ravvisi il fumus di fondatezza della segnalazione è opportuno si rivolga immediatamente agli organi preposti interni o enti/istituzioni esterne, ognuno secondo le proprie competenze. Non spetta al RPCT accertare le responsabilità individuali qualunque natura esse abbiano, né svolgere controlli di

legittimità o di merito su atti e provvedimenti adottati dall'amministrazione oggetto di segnalazione, a pena di sconfinare nelle competenze dei soggetti a ciò preposti all'interno di ogni ente o amministrazione ovvero della magistratura.

Alla luce di quanto su esposto, si evidenzia come la disciplina del whistleblowing presenti numerose criticità sia in ordine alla sua concreta applicazione sia in relazione ai problemi organizzativi e culturali derivanti dalla resistenza a considerare tale istituto come una manifestazione di etica e senso civico e non un incentivo alla delazione.

Andando oltre il problema culturale, si ravvisano ancora delle difficoltà operative a inquadrare correttamente l'istituto, sia per quanto riguarda le procedure, sia l'effettività della tutela. Tali difficoltà vengono accentuate dalla distanza che al momento esiste tra la legislazione italiana e la direttiva comunitaria su punti strategici.

La Direttiva prevede in generale un maggior livello di tutela (si pensi ad esempio all'ambito di applicazione soggettivo più ampio, o all'inclusione della protezione anche a chi segnala violazioni non ancora commesse ma che molto verosimilmente potrebbero esserlo ^[60]) rispetto alla normativa italiana. La Direttiva comunitaria, inoltre, prevede una serie di misure di sostegno che comportano un impegno finanziario che al momento non sono previste dalla normativa nazionale che dispone come di consueto la clausola di invarianza finanziaria¹².

Tutto ciò non fa che evidenziare l'urgente necessità del recepimento della Direttiva 2019/1937 soprattutto alla luce del particolare momento storico che ci vede alle prese con la gestione degli ingenti fondi previsti dal PNRR e al conseguente rischio di infiltrazioni criminali e di natura corruttiva. In tale contesto il corretto utilizzo dell'istituto del whistleblowing come strumento preventivo potrebbe senz'altro contribuire alla riduzione di questo rischio.

¹² ai sensi dell'art. 20 della Direttiva 2019/1937, il whistleblower, oltre ad avere accesso gratuito a informazioni e consulenze esaustive e indipendenti sulle procedure e i mezzi di ricorso disponibili, all'assistenza legale e patrocinio a spese dello Stato, ha diritto anche a un sostegno, finanziario e psicologico nell'ambito dei procedimenti giudiziari.