

# LA NUOVA DISCIPLINA DEL WHISTLEBLOWING

AVV. MARCO DALLAVALLE

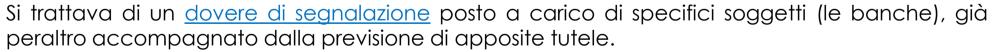
LA NUOVA NORMATIVA E PUNTI DI CONTATTO CON IL D. LGS. 231/2001

#### La Direttiva CE 91/308: il whistleblowing come «dovere

#### Direttiva CE 10 giugno 1991, n. 91/308

<u>Primo intervento in materia</u> di **«whistleblowing»**: nasce con l'intento di contrastare il riciclaggio dei proventi derivanti dal traffico di stupefacenti

Prevede che gli **istituti di credito** debbano identificare i propri clienti e segnalare operazioni sospette alle autorità competenti



> Il whistleblowing non veniva ancora configurato come un «diritto» alla segnalazione.

#### La Direttiva 2019/1937: il whistleblowing come «diritto»

Con la direttiva UE 2019/1937, il legislatore europeo introduce invece un vero e proprio «diritto» alla segnalazione valido in tutti gli Stati membri



La direttiva europea sembra infatti intendere il whistleblowing anche come uno strumento volto a tutelare il diritto del segnalante alla libera manifestazione del pensiero

#### La Direttiva 2019/1937: il whistleblowing come (kaliritto)

La direttiva citata ha imposto agli Stati membri di disciplinare l'istituto del whistleblowing nel rispetto di <u>principi e contenuti minimi comuni</u>, con l'obiettivo di **armonizzare** le diverse discipline nazionali.



La direttiva, inoltre, non prevede particolari differenze di disciplina tra settore pubblico e settore privato: una novità per il nostro Paese.

#### II D.lgs. 24/2023: l'Italia attua la Direttiva 2019/19

Il **D.lgs. 10 marzo 2023**, **n. 24**, è quindi il provvedimento con cui lo Stato italiano ha dato – tardiva – attuazione alla Direttiva UE 2019/1937



Il decreto disciplina, in modo organico e unitario, i canali di segnalazione e le tutele da riconoscere ai segnalanti, sia con riferimento al settore pubblico che con riguardo agli enti privati



Incentivo e rassicurazione all'effettuazione di segnalazioni



Maggiore e migliore tutela per i whistleblower

### L'entrata in vigore del D.lgs. 10 marzo 2023

Il D.lgs. 24/2023 è entrato in vigore il **30 marzo 2023**. Tuttavia la sua piena efficacia è stata rinviata per diversi mesi, allo scopo di concedere ai soggetti coinvolti un ragionevole (?) periodo di tempo per adeguarsi ...



**15 luglio 2023**, per tutti i soggetti che hanno impiegato, nell'ultimo anno, una media di lavoratori subordinati <u>superiore a 249 unità</u>



17 dicembre 2023, per tutti i soggetti che hanno impiegato, nell'ultimo anno, una media di lavoratori subordinati inferiore a 250 unità



### L'ambito di applicazione del D.lgs. 24/

Le previsioni del D.lgs. 24/2023 trovano applicazione:

al settore pubblico

al settore privato

In entrambi i settori, gli operatori sono innanzitutto tenuti a:

- garantire le tutele del Decreto a tutti i soggetti coinvolti – a vario titolo – nelle segnalazioni
- istituire canali interni di segnalazione idonei ad assicurare la riservatezza delle comunicazioni
- Dare adeguata pubblicità ai canali esterni di segnalazione istituiti da ANAC

# I «soggetti del settore pubblico»

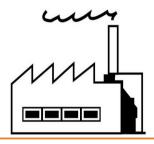
Con il termine **«settore pubblico»**, ai fini del Decreto, si intendono:

- > Le Amministrazioni pubbliche
- > Le Autorità amministrative indipendenti
- ➤ Gli Enti pubblici economici
- ➤ Le Società a controllo pubblico, anche se quotate
- ➤ Le Società c.d. «in house», anche se quotate



### I «soggetti del settore privato»

Il **«settore privato»** comprende i soggetti <u>diversi da quelli pubblici</u>, i quali:



1

hanno impiegato, nell'ultimo anno, la media di almeno cinquanta lavoratori subordinati

rientrano nell'ambito di applicazione degli **atti dell'Unione** di cui all'allegato (cd. <u>settori sensibili</u>)

2

rientrano nell'ambito di applicazione del **D.lgs. 231/2001** e adottano un modello di organizzazione e gestione

### La nozione di «whistleblower»

Il whistleblower è la persona che ...

Segnala / divulga / denuncia violazioni relative a:

- a) Disposizioni normative nazionali
- b) Disposizione normative dell'U.E.



Che ledono l'interesse pubblico o l'integrità della P.A. o dell'ente privato



Di cui si è venuti a conoscenza in un contesto lavorativo pubblico o privato

### Legittimazione a segnalare



- ✓ Dipendenti pubblici;
- ✓ Lavoratori subordinati di soggetti del settore privato;
- ✓ Lavoratori autonomi;
- ✓ Collaboratori, liberi professionisti e consulenti;
- ✓ Volontari e tirocinanti, anche non retribuiti;
- ✓ Azionisti e persone con funzioni di:
  - Amministrazione
  - Direzione

Vigilanza

☐ Controllo

■ Rappresentanza

### Legittimazione a segnalare

... le persone appartenenti a queste categorie, possono segnalare:

- ✓ Quando il rapporto giuridico è in corso;
- ✓ Quando il rapporto giuridico non è ancora iniziato, se le informazioni sono state apprese durante le fasi precontrattuali;
- ✓ Quando il rapporto giuridico <u>è terminato</u>, se le informazioni sono state apprese prima del suo scioglimento;
- ✓ Durante il periodo di prova.

# Differenze applicative

La delimitazione del possibile <u>oggetto della segnalazione</u> e dei <u>canali da impiegare</u> cambia in relazione al soggetto giuridico al quale è riferita la violazione.



Il D.lgs. 24/2023 individua infatti <u>cinque categorie di soggetti</u> ai quali si applica la nuova disciplina e <u>quattro diversi «regimi normativi»</u>



Li analizziamo iniziando <u>dal più ampio</u>, quello relativo ai soggetti del settore pubblico

### 1° Regime: soggetti del settore pubblico

Il primo «regime normativo» è quello descritto dall'art. 3, comma 1, d.lgs. 24/2023, per i soli soggetti del «settore pubblico» e prevede che i whistleblower possano impiegare – avvalendosi di tutte le tutele previse dal decreto – i seguenti canali di segnalazione:

- ☐ Canali di segnalazione interni
- ☐ Canali di segnalazione esterni
- Divulgazione pubblica
- ☐ Denuncia all'autorità giudiziaria/contabile





### 1° Regime: soggetti del settore pubblico

... è inoltre possibile per i whistleblower del settore pubblico <u>presentare segnalazioni</u> riguardanti tutte le seguenti violazioni:

- ✓ illeciti amministrativi, contabili, civili o penali;
- ✓ condotte illecite rilevanti ai sensi del D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, o violazioni dei relativi Modelli di organizzazione e gestione;
- ✓ illeciti che rientrano nell'ambito di applicazione degli atti dell'Unione europea o nazionali indicati
  nell'allegato al d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, ovvero degli atti nazionali che costituiscono attuazione
  degli atti dell'Unione europea indicati nell'allegato alla direttiva (UE) 2019/1937;
- ✓ atti od omissioni che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di cui all'art. 325 TFUE;
- ✓ atti od omissioni riguardanti il mercato interno, di cui all'art. 26, paragrafo 2, TFUE;
- ✓ atti o comportamenti che vanificano l'oggetto o le finalità delle disposizioni di cui agli atti
  dell'Unione nei settori precedentemente indicati.

#### 2° Regime: privati con più di 50 dipendenti / dinto UE

Il secondo «regime normativo» è previsto invece dall'art. 3, comma 2, lett. a), d.lgs. 24/2023, e trova applicazione a due distinte categorie di «soggetti del settore privato»:



coloro che, pur <u>non avendo adottato un Modello organizzativo</u> ai sensi del d.lgs. 231/2001, abbiano impiegato nell'ultimo anno una media di **50 o più lavoratori** dipendenti



i soggetti che – a prescindere dal numero di dipendenti impiegati – rientrino nell'ambito di <u>applicazione degli atti dell'Unione</u> <u>europea</u> indicati nell'allegato al decreto

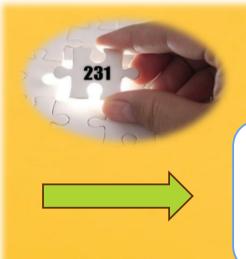
#### 2° Regime: privati con più di 50 dipendenti / dinto UE

... anche in questi casi è prevista la possibilità per i whistleblower di avvalersi di <u>tutti i</u> <u>canali di segnalazione</u>, sia interni – che dovranno quindi essere predisposti in conformità al decreto – che esterni. Sarà inoltre possibile per i segnalanti avvalersi delle tutele previste nei casi di divulgazione pubblica e denuncia all'Autorità.



Tuttavia, a differenza di quanto previsto per i whistleblower del settore pubblico, **non sarà consentito** comunicare informazioni relative a <u>qualsiasi illecito</u>, né sarà possibile segnalare illeciti <u>rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001</u>

### 3° Regime: Modello 231 e meno di 50 dipe





Nell'ambito degli enti che **adottano il Modello** organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001 e che <u>non abbiano</u> impiegato <u>50 o più dipendenti</u> nell'ultimo anno, è prevista la sola possibilità di segnalare <u>le violazioni del Modello organizzativo</u> adottato, ovvero informazioni relative agli illeciti rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001 (i c.d. reati presupposto)



Non è prevista inoltre la possibilità di avvalersi del canale esterno di segnalazione istituito da ANAC, né delle altre forme di segnalazione diverse dal canale interno



### 4° Regime: Modello 231 e più di 50 dipende

Nel caso in cui l'ente che <u>abbia adottato il Modello</u> organizzativo abbia anche impiegato, nell'ultimo anno di attività, una media di **50 o più dipendenti** si applica il quarto e ultimo «regime normativo».



In questo caso, l'art. 3, comma 2, lett. b), d.lgs. 24/2023, torna a prevedere non solo la possibilità per i whistleblower di fare ricorso anche al canale di segnalazione esterno e alla divulgazione pubblica, ma richiama in aggiunta la facoltà di segnalare comportamenti contrari, oltre che al d.lgs. 231/2001 e al Modello organizzativo, anche al diritto dell'Unione e agli atti dell'UE indicati nell'allegato al decreto.

# In sintesi ...

Il quadro complessivo dei regimi normativi appare il seguente



	Segnalazioni di ogni illecito amministrativo, contabile, civile o penale	presupposto ex d.lgs. 231/2001 e violazioni	Segnalazioni di atti od omissioni contrari al diritto dell'Unione o agli atti UE indicati nell'allegato al decreto	Accesso al canale esterno (ANAC) di segnalazione e tutele in caso di divulgazioni pubbliche
Soggetti del settore pubblico	~	✓	~	✓
Soggetti del settore privato che rientrano nel capo di applicazione del diritto/atti UE	X	X	<b>✓</b>	✓
Soggetti del settore privato con almeno 50 dipendenti e senza Modello 231	X	X	<b>√</b>	✓
Soggetti del settore privato con almeno 50 dipendenti e con il Modello 231	X	✓	<b>✓</b>	✓
Soggetti con il Modello 231 che hanno meno di 50 dipendenti	X	<b>√</b>	X	X

### L'oggetto della segnalazione



Entro il perimetro definito da ciascun «regime normativo», la segnalazione può avere ad oggetto, oltre alle condotte che <u>violano le norme rilevanti ai sensi del decreto</u>, anche le informazioni relative a:





**((fondati sospetti))** di violazioni, la cui nozione dovrà essere oggetto di chiarimenti in sede interpretativa

### Il tenore della segnalazione

Le violazioni segnalate devono ledere <u>l'interesse pubblico o l'integrità</u> della pubblica amministrazione o di un ente privato

Il decreto <u>non</u> trova applicazione in caso di **mere contestazioni**, **rivendicazioni** o **richieste** legate a <u>interessi di carattere personale</u>, ad es. attinenti esclusivamente a rapporti individuali di lavoro o pubblico impiego



Sono tuttavia **irrilevanti i motivi** che hanno indotto il *whistleblower* a effettuare la segnalazione: <u>le tutele andranno in ogni caso garantite</u>

### I canali di segnalazione

Il nuovo D.lgs. 24/2023 dedica particolare attenzione alla disciplina dei canali di segnalazione da utilizzare. In particolare, il legislatore prevede ...



- ☐ Canale interno, predisposto e gestito dai soggetti pubblici e privati
- ☐ Canale esterno, predisposto e gestito da ANAC
- Divulgazioni pubbliche
- ☐ Denuncia all'autorità giudiziaria o contabile

N.B: il D.lgs. 24/2023 attribuisce un <u>preciso ordine preferenziale</u> nella scelta dei diversi canali di segnalazione

# Gerarchia tra i canali di segnalazi

#### 1. Il canale di segnalazione interno



È Il primo canale che l'interessato deve esperire.

Può essere usato per segnalare tutte le violazioni rilevanti ai sensi del d.lgs. 24/2023.

Deve consistere in almeno due canali alternativi di segnalazione idonei a garantire la <u>riservatezza del segnalante</u>, anche con strumenti di crittografia:

- In forma scritta, ad es. posta raccomandata o piattaforma online;
- In forma orale, ad es. colloquio, linea telefonica o sistemi di messaggistica vocale.

## Gerarchia tra i canali di segnalaz

#### 2. Il canale di segnalazione esterno

Si tratta del canale istituito e gestito da ANAC.

Questo strumento può essere utilizzato solo alle seguenti condizioni:





- **non** è prevista, nell'ambito del contesto lavorativo, <u>l'attivazione del canale interno</u>, oppure, anche se obbligatorio, <u>non è stato attivato o non è conforme</u> ai requisiti richiamati dall'art. 4 del decreto;
- □ la persona segnalante ha già effettuato una segnalazione avvalendosi del canale interno, ma la stessa non ha avuto seguito;
- □ la persona segnalante ha <u>fondati motivi di ritenere</u> che la segnalazione interna **non avrebbe un seguito**, oppure che da essa deriverebbe un **rischio di ritorsioni**;
- □ la persona segnalante ha <u>fondato motivo di ritenere</u> che la violazione possa costituire un **pericolo imminente per il pubblico interesse**.

# Gerarchia tra i canali di segnalazi



#### 3. La divulgazione pubblica



È la possibilità, riconosciuta al segnalante, di **rendere di pubblico dominio** informazioni sulle violazioni tramite la stampa o altri mezzi di diffusione di massa.

La persona che effettua la divulgazione pubblica, beneficia della protezione fornita dal decreto se ...

- □ ha previamente effettuato una segnalazione interna e/o esterna alla quale **non è stato dato riscontro** entro i termini stabiliti;
- □ ha fondato motivo di ritenere che la violazione possa costituire un **pericolo imminente** o palese per il pubblico interesse;
- ☐ Ha fondato motivo di ritenere che la segnalazione esterna possa comportare il **rischio di ritorsioni** o possa **non avere efficacie seguito** in ragione delle specifiche circostanze del caso concreto.

#### La riservatezza nella gestione interna della segnalazio

Il D.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, prevede un **sistema articolato di tutele** in favore del segnalante, che <u>in parte conferma e in parte «innova» la disciplina previgente</u>

Oggetto di tutela è innanzitutto la «riservatezza» del whistleblower



L'identità del segnalante <u>non può essere rivelata</u> a persone diverse da quelle competenti a ricevere o a dar seguito alla segnalazione

In aggiunta, vige il divieto di rivelare gli <u>elementi della segnalazione</u> dai quali possa ricavarsi, anche indirettamente, l'identità del segnalante

#### La riservatezza nei proc. penale, contabile, disciplina

La tutela della riservatezza delle persone coinvolte e delle persone menzionate nella segnalazione <u>è garantita anche nell'ambito dei procedimenti penale, contabile e</u> disciplinare.



In particolare, le persone o gli uffici incaricati hanno l'obbligo di mantenere la riservatezza sugli <u>elementi della segnalazione</u> fino alla conclusione dei suddetti procedimenti.

L'eccezione è costituita dal procedimento disciplinare, nel caso in cui <u>la segnalazione</u> sia l'unico (o il principale) elemento a sostegno della contestazione: in questo caso, il whistleblower può consentire alla rivelazione della propria identità oppure, in caso di rifiuto, la segnalazione non avrà un ulteriore seguito (art. 12, comma 5, D.lgs. 24/2023)

Nel procedimento penale, l'identità del segnalante è **protetta dal segreto** nei modi e nelle forme previste dal <u>codice di procedura penale (art. 329 c.p.p.)</u>

### La protezione dalla ritorsioni

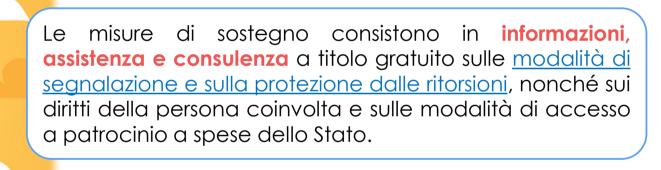


È vietata ogni forma di ritorsione anche solo tentata o minacciata

Il legislatore, al riguardo, accoglie una **«nozione ampia»** di ritorsione, da intendersi come qualsiasi <u>comportamento, atto od omissione</u>, anche solo <u>tentato o minacciato</u>, posto in essere in ragione della segnalazione, della denuncia o della divulgazione pubblica e che <u>provoca o può provocare</u> al segnalante un **danno ingiusto.** 

Eventuali ritorsioni relative sia al settore pubblico che a quello privato possono essere segnalate ad ANAC, che avvierà gli opportuni accertamenti

### Le misure di sostegno



È istituito presso l'ANAC l'elenco degli enti del Terzo settore che forniscono alle persone segnalanti le suddette misure di sostegno

### Estensione soggettiva delle tutel

Le misure di protezione <u>si applicano anche</u>:

- ✓ al facilitatore, ossia la persona fisica che assiste il segnalante, operando all'interno del medesimo contesto
- ✓ alle persone del medesimo contesto lavorativo del segnalane e che sono legate da uno stabile legame affettivo o di parentela entro il 4º grado



- ✓ ai colleghi di lavoro del segnalante che lavorano nel medesimo contesto lavorativo e che hanno con detta persona un rapporto abituale e corrente
- ✓ agli enti di proprietà della persona segnalante o per i quali la stessa lavora, nonché agli enti che
  operano nel medesimo contesto lavorativo del segnalante

#### La buona fede del segnalante e la perdita delle tutel



Il whistleblower beneficia delle tutele previste dal decreto solo se, <u>al momento della segnalazione</u> «aveva **fondato motivo di ritenere** che le informazioni sulle violazioni segnalate, divulgate pubblicamente o denunciate fossero vere».

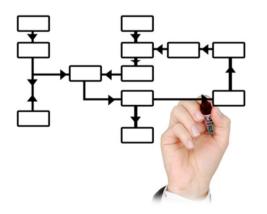
Quando è accertata, anche con sentenza di **primo grado**, la <u>responsabilità penale</u> della persona segnalante per i reati di diffamazione o di calunnia, ovvero la sua responsabilità civile per dolo o colpa grave, le tutele non sono garantite ed è possibile irrogare al whistleblower una <u>sanzione disciplinare</u>.

# Il «whistleblowing» e il Modello 20

#### L'art. 4, comma 1, del D.lgs. 24/2023, prevede che:

«I modelli di organizzazione e di gestione, di cui all'articolo 6, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 231 del 2001, prevedono i canali di segnalazione interna di cui al presente decreto»





I modelli organizzativi devono quindi «prevedere» (i.e. disciplinare) i canali di segnalazione interna ...

#### Il rapporto tra Modello 231 e «whistleblowing»



Già la Legge n. 179/2017 delineava un rapporto privilegiato tra «whistleblowing» e Modello 231

La costituzione di almeno due canali di segnalazione interni, di cui almeno uno di tipo informatico, è già da tempo infatti uno dei <u>requisiti</u> <u>fondamentali del Modello 231</u> (cfr. art. 6, co. 2-bis, D.lgs. 231/2001)

### Il whistleblowing come protocollo di prevenzione

Il D.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, ha «salvato» il comma 2-bis dell'art. 6 del D.lgs. 231/2001 e ha inoltre <u>espressamente indicato</u> il <u>Modello 231</u> come il contesto documentale di elezione per la disciplina dei canali di whistleblowing



Il legislatore valorizza quindi, ancora una volta, la <u>valenza</u> <u>preventiva del whistleblowing</u> indicandolo come uno dei protocolli fondamentali per raggiungere l'obiettivo di una efficacie prevenzione dei reati presupposto

#### La disciplina dei canali all'interno del Mod

Una delle migliori modalità per integrare la disciplina sul funzionamento dei canali di whistleblowing, da un lato, e la del struttura Modello 231. dall'altro, è quella di redigere una procedura dedicata alla gestione delle segnalazioni e richiamarla all'interno del Modello 231





Questa soluzione, avvallata anche dall'ANAC nelle sue linee guida (delibera n. 311 del 12 luglio 2023), consente di approfondire in modo adeguato le misure organizzative e i flussi operativi in materia di whistleblowing, agevolandone al contempo la divulgazione tra la popolazione aziendale

# L'integrazione tra 231 e whistleblowing

N.B.: le Società chiamate ad adottare il whistleblowing sia in adempimento del D.lgs. 24/2023, sia del D.lgs. 231/2001, dovranno rispettare i requisiti di entrambe le norme!



il D.lgs. 24/2023 «si limita» a chiedere un canale per le segnalazioni <u>in forma scritta</u> (potenzialmente quindi limitato anche alla sola posta tradizionale) e uno <u>in forma orale</u>

la disciplina di cui al D.lgs. 231/2001, invece, chiede espressamente che siano approntati due canali di segnalazione alternativi tra loro, di cui almeno uno di tipo informatico

# Il combinato disposto dei due de

Qual è quindi il risultato finale dell'integrazione tra D.lgs. 231/2001 e D.lgs. 24/2023?

- 1. La Società deve disciplinare i canali di segnalazione <u>all'interno del Modello</u> <u>231</u>, potendolo fare peraltro anche con una **procedura dedicata**
- 2. Nel rispetto del **D.lgs. 24/2023**, la Società deve predisporre una canale di segnalazione che consenta di fornire informazioni <u>in forma scritta</u> ed uno che consenta di fornirle <u>in forma orale</u>
- 3. Nel rispetto del **D.lgs. 231/2001**, almeno uno dei due canali di segnalazione predisposti in attuazione del D.lgs. 24/2023 deve essere di tipo informatico (i.e. piattaforma online)

# Il ruolo dell'Organismo di Vigilanzo

Allo scopo di realizzare la **migliore integrazione possibile** tra Modello 231, da un lato, e D.lgs. 24/2023, dall'altro, una soluzione efficacie è senz'altro quella di <u>incaricare l'Organismo di Vigilanza ex D.lgs. 231/2001 della ricezione e della gestione delle segnalazioni</u> eventualmente ricevute attraverso i canali predisposti

Tale possibilità è espressamente prevista dalle linee guida ANAC adottate con delibera n. 311 del 12 luglio 2023 e presenta notevoli vantaggi:



L'OdV dispone già – per definizione – dei requisiti di autonomia, indipendenza e preparazione richiesti dal ruolo



Già prima del D.lgs. 24/2023 gli OdV erano comunemente incaricati di gestire le segnalazioni ai fini del D.lgs. 231/2001

