

COMMISSIONE ANTICORRUZIONE E RSI

Wistleblowing: ANAC e Direttive UE

A cura di Carlo Fiorio, Presidente Commissione Anticorruzione e RSI

Lucio M. Brunozi, Coordinatore della Commissione Anticorruzione e RSI

Il 14 giugno scorso il Presidente dell'ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, Raffaele Cantone, ha presentato al Senato la Relazione annuale 2018 sull'attività svolta nel 2017.

Il corposo documento affronta i temi della prevenzione della corruzione e la trasparenza, con particolare attenzione alla materia dei contratti pubblici di appalto dopo le incertezze applicative prodotte dall'entrata in vigore del nuovo Codice (D.Lgs. 50/2016).

La Relazione fornisce l'occasione per fare anche il punto sull'applicazione della legge 30 novembre 2017, n. 179, "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato" (il c.d. *whistleblowing*, quale strumento di prevenzione della corruzione). La legge ha integrato l'art. 6 del D.Lgs. 231/2001 con riferimento ai Modelli Organizzativi, avendo l'obiettivo - grazie ad un apparato di misure antiritorsione (cioè vs. licenziamento, demansionamento, trasferimento, discriminazioni, ecc.) - di predisporre a favore dei soggetti che denunciano un illecito una tutela più efficace rispetto alla normativa precedente (art. 54-bis D.Lgs. 165/2001, L.190/2012), non limitata al rapporto di lavoro pubblico ma estesa anche al rapporto di lavoro privato.

(Sull'istituto del *whistleblowing* mutuato dall'esperienza anglosassone v. Newsletter ICC Italia [n. 6-7 giugno-luglio 2016](#), p.3-8).

La legge 179/2017 è entrata in vigore il 29 dicembre 2017 e con la Delibera n.1 del 10 gennaio 2018 l'Anac ha istituito l'Ufficio per la Vigilanza sulle segnalazioni dei *whistleblowers*. Dall'8 febbraio 2018 sul sito internet dell'ANAC è on line l'applicazione informatica *whistleblowing*, sviluppata con l'obiettivo di tutelare l'identità del segnalante e predisposta per consentire al dipendente di denunciare illeciti di interesse generale, e non di interesse individuale, di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro. Grazie all'utilizzo di un protocollo di crittografia, che garantisce il trasferimento dei dati riservati, il segnalante acquisisce un codice identificativo univoco, che gli consente di "dialogare" con ANAC in modo anonimo e spersonalizzato, per cui in caso di smarrimento il Key Code non potrà essere recuperato o duplicato in alcun modo.

La stessa Anac ha ulteriormente approfondito il tema del *whistleblowing* nel “3° Rapporto Annuale sul *whistleblowing* - Analisi della nuova disciplina e problematiche applicative”, presentato il 28 giugno scorso presso il MiBACT in collaborazione con la SNA-Scuola Nazionale dell’Amministrazione.

Dal Rapporto si evince un costante incremento delle segnalazioni dei *whistleblowers*: nel 2017 sono stati aperti dall’ANAC n. 364 fascicoli, mentre da gennaio a maggio 2018 si sono già registrate segnalazioni di attività illecite, nell’amministrazione pubblica o in aziende private, che hanno dato luogo all’apertura di n. 334 fascicoli.

Per quanto riguarda la provenienza geografica, le segnalazioni nei primi cinque mesi 2018 provengono per il 43% circa dal Sud, per il 32,3% dal Nord e per il 22% circa dal Centro (nel 2107 rispettivamente: 45%, 31%, 23%).

Fra i casi segnalati: irregolarità nella fase di esecuzione contrattuale, esistenza di conflitto di interessi, violazione del codice di comportamento dei dipendenti, irregolarità nello svolgimento di procedimenti amministrativi, mancato rispetto delle disposizioni di servizio.

Il 90% delle segnalazioni all’ANAC riguarda casi verificatisi nel settore pubblico: prevalentemente enti territoriali, seguiti da istituti scolastici ed accademici, aziende sanitarie e ospedaliere.

Il settore privato destinatario della legge risente ancora di una certa “reticenza”, sia per la presenza di un minore assetto di tutele per il denunciante dipendente privato, perché nel settore privato i processi decisionali da attivare sono di difficile individuazione, sia perché il dipendente privato ha una minore consapevolezza circa la propria legittimazione ad agire.

L’aspetto positivo - secondo il Presidente Cantone – è dato dal fatto che l’incremento delle segnalazioni non è indice di aumento della corruzione ma, al contrario, di aumento dell’anticorruzione, in quanto si registra una maggiore sensibilità per le segnalazioni. Questo anche se molte di esse presentano un contenuto in contrasto con lo spirito della norma, in quanto riflettono problematiche di carattere personale esulanti dalla legge.

Non tutte le segnalazioni pervenute all’Autorità riguardano ritorsioni conseguenti la denuncia di condotte illecite da parte del wb., nel senso che molte segnalazioni hanno ad oggetto esclusivamente fatti illeciti di cui il dipendente è venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro.

Le analisi Anac evidenziano criticità che si erano già palesate nel corso dell’iter parlamentare della legge 179 (v. Newsletter cit.); tra queste, ad es., riaffiora periodicamente il tema di un riconoscimento premiale, anche di natura economica, per il *whistleblower*.

Oltre alla scarsa qualità delle segnalazioni sembra sussistere una scarsa fiducia nello strumento della protezione per il segnalante, anche alla luce di alcune puntualizzazioni in materia da parte della Corte di Cassazione con le prime pronunce intervenute dopo l’entrata in vigore della legge 179:

- la segnalazione del dipendente pubblico al Responsabile per la prevenzione della corruzione di possibili condotte illecite di cui è venuto a conoscenza, ha natura di

dichiarazione accusatoria, non potendo essere considerata, in ragione dell'anonimato del denunciante, come mero spunto investigativo (Cass. Pen. n. 9041/2018). Quindi in caso di utilizzo della segnalazione in ambito penale non vi è spazio per l'anonimato;

- l'anonimato del denunciante opera unicamente in ambito disciplinare subordinatamente al fatto che la contestazione sia basata su accertamenti distinti ed ulteriori rispetto alla segnalazione, perché ove invece la contestazione si basi esclusivamente sulla segnalazione l'identità può essere rivelata qualora sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato conoscere il nome di chi lo accusa (Cass. Pen. n. 9047/2018).

Le segnalazioni potrebbero aumentare se ci fosse certezza sulla tutela del whistleblower. Si discute se, in casi limitati, si possa applicare anche la protezione nell'ambito del processo penale prevista dalla nuova legge sui testimoni di giustizia (L. n. 6/2018). Potrebbe anche essere approfondita l'ipotesi di introdurre la figura dell'agente sotto copertura.

Vi è comunque una generale condivisione sul fatto che la legge 179 rappresenti solo un punto di partenza, pur rilevante, ma non di arrivo per una cornice normativa organica del whistleblowing: consapevolezza che, ad es., si rinviene a livello governativo dalla lettura del c.d. "contratto per il governo del cambiamento", ove un apposito paragrafo (15. Corruzione) attiene a lotta alla corruzione, trasparenza nella Pubblica amministrazione, protezione e tutela del *whistleblower*, lotta ai conflitti di interesse, istituzione dell'agente sotto copertura per le indagini giudiziarie in materia di corruzione. D'altronde va ricordato che la legge 179 è nata su iniziativa parlamentare del Movimento 5 stelle (prima firma On. Businarolo), conseguendo l'approvazione del DDL. a larga maggioranza.

Un ulteriore passo avanti nella tutela del wb. potrebbe ora intervenire in sede sovranazionale: il 23 aprile scorso la Commissione UE ha presentato a Bruxelles una proposta di Direttiva (Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law) per rafforzare gli strumenti di protezione del wb. all'interno dell'UE, sia nel settore pubblico che in quello privato.

Secondo la valutazione della Commissione - che nel 2017 ha effettuato in argomento una consultazione pubblica con 5700 destinatari, dei quali il 99% si sono espressi in favore di una adeguata protezione legale del wb. - occorre agire avvalendosi della protezione degli informatori come elemento sistemico dell'applicazione del diritto dell'UE, non solo in ambiti in cui è già stato arrecato un grave pregiudizio all'interesse pubblico, ma anche in via preventiva.

I recenti scandali con effetti transfrontalieri portati alla luce dagli informatori (da LuxLeaks a Cambridge Analytica), hanno mostrato come un livello di protezione insufficiente in un dato Paese non solo si ripercuote negativamente sul funzionamento delle politiche dell'UE in tale Paese, ma può avere anche effetti di ricaduta in altri Paesi e nell'UE nel suo insieme.

La protezione di cui godono gli informatori nell'UE è attualmente frammentata tra i diversi Stati membri, appare disomogenea tra i vari settori strategici e presenta situazione e gradi di tutela differenti da Paese a Paese, come emerso da un confronto tra le legislazioni dei Paesi

OCSE effettuato nel 2016 dall'Anac nell'ambito del primo monitoraggio italiano del whistleblowing.

Tra i Paesi presi in esame solamente Italia, Irlanda, Francia e Belgio non garantiscono la possibilità di effettuare segnalazioni in forma anonima, mentre la legislazione degli altri Paesi della Comunità europea considerati dallo studio consente al *whistleblower* di segnalare senza dovere necessariamente rivelare la propria identità.

Secondo l'indagine speciale Eurobarometer 2017 sulla corruzione, circa un europeo su tre ritiene che la riluttanza dei cittadini nel riferire episodi di corruzione possa essere imputabile al fatto che non viene garantita adeguata protezione a chi li segnala.

In verità il timore di atti di ritorsione appare spesso più che fondato: l'indagine mondiale 2016 sull'etica nel mondo del lavoro (Global Business Ethics Survey), condotta su oltre diecimila lavoratori del settore privato, pubblico e senza fini di lucro, intervistati in 13 paesi, indica che il 33% è stato testimone di una negligenza, il 59% ne ha effettuato la segnalazione e, di questi, il 36% ha subito ritorsioni.

Altri fattori che possono ridurre la propensione alla segnalazione di illeciti si rinvengono nel timore di conseguenze legali e finanziarie, nella difficoltà di presentare elementi di prova, nella convinzione che i responsabili non vengano puniti malgrado gli elementi probatori, nel timore di farsi una cattiva reputazione.

Tra i destinatari dell'iniziativa legislativa della Commissione rientrano sia gli enti pubblici che privati. In particolare, le aziende private con oltre 50 dipendenti o un fatturato di oltre 10 milioni di euro, così come ogni ente pubblico statale o regionale e i Comuni con oltre 10 mila abitanti, che dovranno allinearsi ai meccanismi di protezione previsti nella proposta di direttiva.

La proposta europea contiene una protezione più ampia di quella italiana a favore di coloro che vogliono farsi carico della segnalazione, specie per la tutela dei lavoratori del settore privato. La protezione sarà estesa a tutti coloro che, nell'effettuare segnalazioni, corrono il rischio di ritorsioni sul lavoro.

E' prevista tra l'altro l'inversione dell'onere della prova: se qualcuno denuncia il whistleblower per diffamazione deve provarne la mala fede, non è il segnalante a dover provare la propria innocenza.

La Commissione inoltre ritiene che, se sussiste la buona fede, la persona deve essere tutelata anche nel caso in cui le sue segnalazioni risultassero infondate, ma al momento della segnalazione avesse validi motivi per ritenere che le informazioni comunicate fossero veritiere: questo rappresenterebbe un incentivo a segnalare illeciti perché non si verrebbe perseguiti (sempre se in buona fede) se poi le indagini successive non approdano a nulla.

La proposta di direttiva, infine, intende porre nel giusto equilibrio la necessità di proteggere sia gli informatori che le persone oggetto della segnalazione, al fine di evitare abusi.

La Direttiva dovrebbe entrare in vigore 21 giorni dopo la sua pubblicazione sull'Official Journal of the European Union, sempreché la sua approvazione possa intervenire entro la corrente legislatura europea, che si concluderà a maggio 2019.