

LA DISCIPLINA DEL WHISTLEBLOWING - ANALISI DEI RIFLESSI SULLA GESTIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO, DELLA TUTELA DEI DATI PERSONALI E DELLA « COMPLIANCE 231 »
Avv. Luca Antonetto – Partner SASPI Fieldfisher Torino
luca.antonetto@fieldfisher.com



Unione Industriale
della Provincia di Asti



Ordine Avvocati Asti

Asti, 16 novembre 2023

PROFILI DI DIRITTO DEL LAVORO

DIRETTIVA 23/10/2019, N. 2019/1937/UE

Articolo 1 Scopo

Lo scopo della presente direttiva è rafforzare l'applicazione del diritto e delle politiche dell'Unione in specifici settori stabilendo norme minime comuni volte a garantire un elevato livello di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione.

DECRETO LEGISLATIVO 10 MARZO 2023, N. 24

Attuazione della direttiva (UE) 2019/1937, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali.

Si tratta dello stesso scopo della previgente l. 179/2017 che, come precisato dal Presidente della Repubblica in occasione della relativa promulgazione già era quello *“tutelare l’attività di segnalazione di condotte illecite attraverso la garanzia dell’anonimato, la protezione nei confronti di misure discriminatorie o ritorsiva incidenti nell’ambito del rapporto di lavoro, nonché mediante la previsione di una giusta causa per quanto concerne la rivelazione di notizie coperte da determinati obblighi di segreto”*.

Si tratta dell’*“asse portante”* anche della nuova disciplina del d.lgs. 24/2023 secondo le *Linee Guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell’unione e ... delle disposizioni normative nazionali*, adottate dall’ANAC con delibera n. 311 del 12 luglio 2023, p. 49).

CONFINDUSTRIA, Nuova disciplina whistleblowing” - Guida Operativa per gli enti privati “ Ottobre 2023 (p. 23)

“6. Tutela del segnalante e dei soggetti a esso assimilati

Uno dei principali cardini secondo della disciplina del whistleblowing è rappresentato dalle tutele riconosciute al segnalante per le segnalazioni effettuate nel rispetto della disciplina.

In particolare, il Decreto si preoccupa di proteggere il segnalante con:

- l’obbligo di riservatezza della sua identità;
- il divieto di atti ritorsivi nei suoi confronti;
- la limitazione della sua responsabilità per la rilevazione o diffusione di alcune tipologie di informazioni protette.

DECRETO LEGISLATIVO 10/03/2023, N. 24

Art. 1. Ambito di applicazione oggettivo

1. Il presente decreto disciplina la protezione delle persone che segnalano violazioni di disposizioni normative nazionali o dell'Unione europea che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato, di cui siano venute a conoscenza in un contesto lavorativo pubblico o privato.

Art. 2. Definizioni

1. Ai fini del presente decreto, si intendono per:

.....

- i) «contesto lavorativo»: le attività lavorative o professionali, presenti o passate, svolte nell'ambito dei rapporti di cui all'articolo 3, commi 3 o 4, attraverso le quali, indipendentemente dalla natura di tali attività, una persona acquisisce informazioni sulle violazioni e nel cui ambito potrebbe rischiare di subire ritorsioni in caso di segnalazione o di divulgazione pubblica o di denuncia all'autorità giudiziaria o contabile;

“2.1.2 L’attinenza con il contesto lavorativo del segnalante o denunciante

Le informazioni sulle violazioni devono essere apprese nel contesto lavorativo del segnalante, del denunciante o di chi divulga pubblicamente L’accezione da attribuire al “contesto lavorativo” deve necessariamente essere ampia e considerarsi non solo con riguardo a chi ha un rapporto di lavoro “in senso stretto” con l’organizzazione del settore pubblico o privato anche coloro che hanno instaurato con i soggetti pubblici e privati altri tipi di rapporti giuridici.

Infine, possono essere segnalati i 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.” (Linee Guida ANAC cit. p. 32)

Art. 1. Ambito di applicazione oggettivo

2. Le disposizioni del presente decreto non si applicano:

a) alle contestazioni, rivendicazioni o richieste legate ad un interesse di carattere personale della persona segnalante o della persona che ha sporto una denuncia all'autorità giudiziaria o contabile che attengono esclusivamente ai propri rapporti individuali di lavoro o di impiego pubblico, ovvero inerenti ai propri rapporti di lavoro o di impiego pubblico con le figure gerarchicamente sovraordinate;

“(es. vertenze di lavoro, discriminazioni, conflitti interpersonali tra colleghi, segnalazioni su trattamenti di dati effettuati nel contesto del rapporto individuale di lavoro in assenza di una lesione dell’interesse pubblico o dell’integrità dell’ente privato o dell’amministrazione pubblica)” (CONFINDUSTRIA, Guida Operativa cit., p. 7)

“La limitazione ... appare fondamentale ... per evitare un uso distorto dello strumento per finalità egoistiche o abusive del segnalante.” (ASSONIME, Circolare n. 12 del 18/4/2023, La nuova disciplina del whistleblowing)

A proposito, in giurisprudenza, cfr., per tutte, Cass. Civ., Sez. Lav., 11/10/2022, n. 29526, per cui *“È legittimo il licenziamento del dipendente che presenti una denuncia querela contro la società non per rimuovere una situazione di illegalità ma con la volontà di danneggiare il datore di lavoro per vendicarsi del mancato riconoscimento delle proprie rivendicazioni.”*; conforme Cons. Stato, Sez. VI, 2/1/2020, n. 28).

Peraltro, *“I motivi che hanno indotto la persona a segnalare ... sono irrilevanti ai fini della trattazione della segnalazione e della protezione da misure ritorsive” (Linee Guida ANAC p. 32, art. 16, comma 2, infra)*. Quindi cui *“non è necessario che i motivi dell’agire del segnalante siano disinteressati”*, sicché le tutele del whistleblower *“si applicano anche quando l’interesse all’integrità [dell’ente] coincide o si accompagna con l’interesse privato del segnalante.”*(TAR Lazio Roma, Sez. I-quater, 7/1/2023, n. 235 e 236)

Inoltre *“La normativa di tutela del dipendente che segnali illeciti altrui (c.d. whistleblowing) salvaguardia il medesimo dalle sanzioni che potrebbero conseguire a suo carico secondo le norme disciplinari o da reazioni ritorsive dirette ed indirette conseguenti alla sua denuncia, ma non istituisce un esimente per gli autonomi illeciti che egli, da solo o in concorso con altri responsabili, abbia commesso, potendosi al più valutare il ravvedimento operoso o la collaborazione al fine di consentire gli opportuni accertamenti nel contesto dell'apprezzamento, sotto il profilo soggettivo, della proporzionalità della sanzione da irrogarsi nei confronti del medesimo.”* (così, da ultimo, Cass., Sez. Lav., 31/03/2023, n. 9148).

“Le contestazioni escluse in quanto legate a un interesse personale del segnalante non sono, pertanto, considerate segnalazioni whistleblowing e, quindi, potranno essere trattate come segnalazioni ordinarie, laddove previsto.” (CONFINDUSTRIA, *Guida Operativa* cit., p. 8)

Art. 1. Ambito di applicazione oggettivo

4. Resta altresì ferma l'applicazione delle disposizioni in materia di esercizio del diritto dei lavoratori di consultare i propri rappresentanti o i sindacati, di protezione contro le condotte o gli atti illeciti posti in essere in ragione di tali consultazioni, di autonomia delle parti sociali e del loro diritto di stipulare accordi collettivi, nonché di repressione delle condotte antisindacali di cui all'articolo 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

Perciò, se *“un collega che riveste anche la qualifica di sindacalista assiste il segnalante utilizzando la sigla sindacale, lo stesso non riveste il ruolo di facilitatore. In tal caso resta ferma l'applicazione delle disposizioni in tema di consultazione dei rappresentanti sindacali e di repressione delle condotte antisindacali di cui alla l. n. 300/1970.”* (Linee Guida ANAC cit., p. 21)

“1.1 Ambito soggettivo ...: i destinatari della nuova disciplina (artt. 2 e 3)

I destinatari della nuova disciplina sono sia i **soggetti pubblici che privati**.

I soggetti del settore pubblico sono le amministrazioni pubbliche, le autorità amministrative indipendenti, gli enti pubblici economici, i concessionari di pubblico servizio, le imprese a controllo pubblico e le imprese in house, anche se quotate.

I **soggetti del settore privato** sono quelli che:

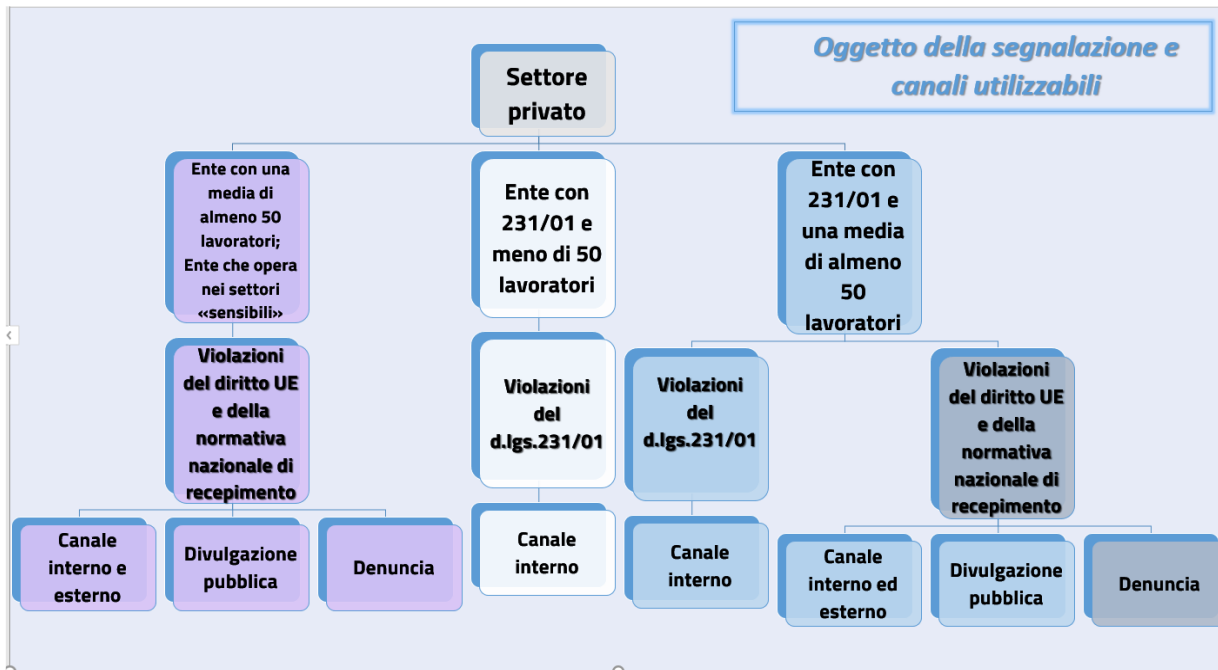
- a) hanno impiegato, nell'ultimo anno, la **media di almeno 50 lavoratori subordinati** con contratti di lavoro a tempo indeterminato o determinato;
- b) rientrano nell'ambito di applicazione degli **atti dell'Unione di cui alle parti I.B e II dell'Allegato al Decreto (che ripropone l'Allegato alla Direttiva UE), anche se nell'ultimo anno non hanno raggiunto la media di 50 lavoratori subordinati**. Si tratta dei settori dei servizi, prodotti e mercati finanziari, prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, nonché della sicurezza dei trasporti;
- c) sono diversi dai soggetti di cui al numero b), sono **dotati di un modello di organizzazione e gestione 231, anche se nell'ultimo anno non hanno raggiunto la media di 50 lavoratori subordinati.**” (Confindustria, *Guida Operativa* cit., p. 8; cfr. anche *Linee Guida ANAC*, p. 14 ss.)

“Il legislatore riconosce ai soggetti del settore pubblico la possibilità di segnalare ogni tipologia di violazione attraverso tutti i canali attivabili.

I soggetti del settore privato dispongono, invece, di poteri e di canali di segnalazione più limitati rispetto ai soggetti del settore pubblico. Il decreto, inoltre, differenzia il possibile oggetto di segnalazione in relazione alle caratteristiche dei diversi soggetti privati.

Ne risulta un quadro eterogeneo in termini di possibilità, sia sotto il profilo dell’oggetto delle segnalazioni che sotto il profilo dei canali di cui i soggetti tutelati dispongono per segnalare, divulgare e denunciare. È fondamentale, pertanto, che tali soggetti operino nel pieno rispetto dei presupposti individuati dal legislatore e che gli enti mettano a disposizione dei potenziali segnalanti chiare informazioni al riguardo.

Nell'ottica di consentire una più immediata comprensione di tali presupposti, nella tabella che segue viene indicato ciò che i soggetti ... del settore privato possono segnalare e con quali canali. (Linee Guida ANAC, p. 46 ss.)



“Difetta,, un criterio chiaro di computo dei lavoratori a tempo determinato ai fini del raggiungimento delle soglie rilevanti di cui al d.lgs. 24/2023; potrebbe essere utile fare riferimento ai criteri generali di cui all’art. 27, d.lgs. 81/2015, per quanto l’arco temporale contemplato dalle due discipline sia diverso.” (AODV231, Osservazioni interlocutorie in merito allo Schema di Linee guida ..., posto in consultazione da ANAC)

“Ai fini del calcolo della media dei lavoratori impiegati negli enti del settore privato deve farsi riferimento al valore medio degli addetti (Elaborazione dati INPS) al 31/12 dell’anno solare precedente a quello in corso, contenuto nelle visure camerali. Quando l’impresa è di nuova costituzione, considerato che il dato in questione viene aggiornato trimestralmente, va preso come riferimento il valore medio calcolato nell’ultima visura.” (Linee Guida ANAC cit., p. 17).

“Il richiamo alle visure camerali dovrebbe, stando ad alcune verifiche effettuate, comportare il computo “per teste” e cioè del numero complessivo di addetti, a prescindere dalla effettiva durata dei singoli rapporti di lavoro. Tuttavia, al riguardo, come più volte ribadito da Confindustria, ai fini del computo dei lavoratori, si dovrebbe fare, invece, riferimento al dettato dell’art. 27 del D. lgs. n. 81/2015. Pertanto, l’auspicio di Confindustria è che la prassi interpretativa si adegui prima possibile a questo sostrato normativo, consentendo di calcolare la media dei lavoratori in termini di “ULA” (unità lavorativa annua), ossia tenendo conto della effettiva durata di ciascun rapporto ...” (CONFINDUSTRIA, Guida Operativa cit., p. 5 s.)

Art. 3. Ambito di applicazione soggettivo

3., le disposizioni del presente decreto si applicano alle seguenti persone che segnalano, o divulgano

a) i dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165,

b) i dipendenti degli enti pubblici economici, degli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico, delle società in house, degli organismi di diritto pubblico o dei concessionari di pubblico servizio;

c) i lavoratori subordinati di soggetti del settore privato, ivi compresi i lavoratori il cui rapporto di lavoro è disciplinato dal decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, o dall'articolo 54-bis del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96 [«prestazioni di lavoro occasionali»];

d) i lavoratori autonomi, ivi compresi quelli indicati al capo I della legge 22 maggio 2017, n. 81 [quindi «esclusi gli imprenditori, ivi compresi i piccoli imprenditori di cui all'articolo 2083 del codice civile»], nonché i titolari di un rapporto di collaborazione di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile [«rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato»] e all'articolo 2 del decreto legislativo n. 81 del 2015 [«Collaborazioni organizzate dal committente»], che svolgono la propria attività lavorativa presso soggetti del settore pubblico o del settore privato;

e) i lavoratori o i collaboratori, che svolgono la propria attività lavorativa presso soggetti che forniscono beni o servizi o che realizzano opere in favore di terzi;

f) i liberi professionisti e i consulenti

g) i volontari e i tirocinanti, retribuiti e non retribuiti,

h) gli azionisti e le persone con funzioni di amministrazione, direzione, controllo, vigilanza o rappresentanza,

*“... le segnalazioni possono essere effettuate anche da coloro che hanno instaurato con i soggetti pubblici e privati **altri tipi di rapporti giuridici diversi da quelli di lavoro in senso stretto**. Ci si riferisce, fra l'altro, ai consulenti, collaboratori, volontari, tirocinanti, azionisti degli stessi soggetti pubblici e privati ove assumano la forma societaria e alle persone con funzioni di amministrazione, direzione, controllo, vigilanza o rappresentanza.”* (CONFINDUSTRIA, Guida Operativa cit., p. 8 s.)

4. La tutela delle persone segnalanti di cui al comma 3 si applica anche qualora la segnalazione, la denuncia all'autorità giudiziaria o contabile o la divulgazione pubblica di informazioni avvenga nei seguenti casi:

a) quando il rapporto giuridico di cui al comma 3 non è ancora iniziato, se le informazioni sulle violazioni sono state acquisite durante il processo di selezione o in altre fasi precontrattuali;

b) durante il periodo di prova;

c) successivamente allo scioglimento del rapporto giuridico se le informazioni sulle violazioni sono state acquisite nel corso del rapporto stesso.

“Pertanto, a rilevare è l'esistenza di una relazione qualificata tra il segnalante e il soggetto pubblico o privato nel quale il primo opera, relazione che riguarda attività lavorative o professionali presenti o anche passate.” (CONFINDUSTRIA, Guida Operativa cit., p. 9)

5., le misure di protezione di cui al capo III, si applicano anche:

a) ai facilitatori;

b) alle persone del medesimo contesto lavorativo della persona segnalante, e che sono legate ad essi da uno stabile legame affettivo o di parentela entro il quarto grado;

c) ai colleghi di lavoro della persona segnalante, che lavorano nel medesimo contesto lavorativo della stessa e che hanno con detta persona un rapporto abituale e corrente;

d) agli enti di proprietà della persona segnalante ... o per i quali le stesse persone lavorano, nonché agli enti che operano nel medesimo contesto lavorativo

"Si tratta di una categoria nuova, fino ad ora non contemplata dalla legislazione italiana, riferita a soggetti che non sono direttamente whistleblowers, la cui definizione in concreto può dar luogo a qualche incertezza interpretativa e ad alcune criticità. Tali soggetti sembrano godere di una tutela minore rispetto ai whistleblowers, non sul piano sostanziale, ..., ma sul piano processuale ... l'inversione dell'onere probatorio [dell'art. 17], non sembra ... poter essere estesa questa diverse categorie di soggetti meritevoli di protezione, ma non qualificabili come segnalanti " (ASSONIME, Circolare n. 12 del 18/4/2023, *La nuova disciplina del whistleblowing*)

Le "... misure di protezione, con alcune eccezioni ..., si applicano non solo al soggetto segnalante ma anche ad altri soggetti che potrebbero essere destinatari di ritorsioni, in ragione del ruolo assunto o della particolare vicinanza o rapporto con il segnalante. Per la corretta individuazione di tali soggetti,, sarebbe opportuno, nell'ambito del processo di istruttoria della segnalazione, prevedere la richiesta al segnalante di indicare esplicitamente l'esistenza di tali soggetti, dimostrando la sussistenza dei relativi presupposti." (CONFINDUSTRIA, *Guida Operativa cit.*, p. 23)

Art. 4. Canali di segnalazione interna

1. I soggetti del settore pubblico e i soggetti del settore privato, sentite le rappresentanze o le organizzazioni sindacali di cui all'articolo 51 del decreto legislativo n. 81 del 2015, attivano,, propri canali di segnalazione

“Il tenore letterale della norma porta a ritenere che il coinvolgimento del sindacato da parte dell'impresa abbia un carattere meramente informativo.

Le LG ANAC, nel breve richiamo a questa previsione, individuano la finalità della norma, nella necessità di acquisire eventuali osservazioni sviluppate dal sindacato in conseguenza dell'informativa sull'implementazione del canale interno di whistleblowing.

*Per quanto riguarda l'**individuazione del sindacato** destinatario dell'informativa da parte dell'impresa, in ragione proprio del richiamo all'art. 51 del D.lgs. n. 81/2015, si ritiene che, ove in azienda esistano rappresentanze sindacali aziendali oppure una rappresentanza sindacale unitaria, l'adempimento vada compiuto verso di queste; mentre, nel caso di imprese prive di tali rappresentanze, dovranno essere informate le corrispondenti organizzazioni territoriali delle associazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale.*

Si ritiene che tale informativa debba intervenire prima della delibera di approvazione dell'atto organizzativo,
Inoltre, si ritiene utile che l'ente indichi alle rappresentanze sindacali un congruo termine per trasmettere eventuali osservazioni, manifestando la disponibilità a un eventuale confronto diretto, In ogni caso, la disciplina del canale interno e la sua implementazione restano nella piena autonomia decisionale e organizzativa dell'ente.”

(CONFINDUSTRIA, Guida Operativa cit., p. 13)

Art. 6. Condizioni per l'effettuazione della segnalazione esterna

1. La persona segnalante può effettuare una segnalazione esterna se, al momento della sua presentazione, ricorre una delle seguenti condizioni:

.....

c) la persona segnalante ha fondati motivi di ritenere che, se effettuasse una segnalazione interna, [essa] possa determinare il rischio di ritorsione;

"La segnalazione esterna è ammessa anche quando vi siano fondati motivi per ritenere che la segnalazione potrebbe determinare il rischio di ritorsione, come ad esempio quando si siano già verificate ... eventi analoghi nell'ente. In ogni caso, i fondati motivi devono essere fondati sulla base di circostanze concrete che devono essere allegate alla segnalazione e su informazioni effettivamente acquisibili." (CONFINDUSTRIA, *Guida Operativa cit.*, p. 36 s.)

"Pur non essendo previsto espressamente un ordine di priorità tra le diverse procedure, il decreto fissa condizioni determinate per accedere alla procedura esterna e ancor più rigorosa per la divulgazione pubblica ... Nella logica del decreto il canale di segnalazione privilegiato è il canale di segnalazione interno" (ASSONIME, *Circolare n. 12/2023 cit.*)

Art. 12. Obbligo di riservatezza

.....

2. L'identità della persona segnalante e qualsiasi altra informazione da cui può evincersi, direttamente o indirettamente, tale identità non possono essere rivelate, senza il consenso espresso della stessa persona segnalante, a persone diverse da quelle competenti a ricevere o a dare seguito alle segnalazioni

.....

.....

5. Nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità della persona 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 della persona segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza del consenso espresso della persona segnalante alla rivelazione della propria identità.

.

“Qualora il soggetto segnalante neghi il proprio consenso, la segnalazione non potrà essere utilizzata nel procedimento disciplinare che, quindi, non potrà essere avviato o proseguito in assenza di elementi ulteriori sui quali fondare la contestazione. Resta ferma in ogni caso, sussistendone i presupposti, la facoltà dell’ente di procedere con la denuncia all’Autorità giudiziaria.” (CONFINDUSTRIA, Guida Operativa cit., p. 24)

“Ove [la segnalazione] fosse ugualmente utilizzata senza la rivelazione dell’identità del segnalante, si sarebbe in presenza di un vizio del provvedimento disciplinare conclusivo del procedimento.” (TAR Lazio, Sez. II, 13/7/2022, n. 10.400)

6. È dato avviso alla persona segnalante mediante comunicazione scritta delle ragioni della rivelazione dei dati riservati, nella ipotesi di cui al comma 5, secondo periodo,

“La normativa non riconosce però al segnalato il diritto di essere sempre informato della segnalazione che lo riguarda; tale diritto, infatti, è garantito nell’ambito del procedimento eventualmente avviato nei suoi confronti a seguito della conclusione dell’attività di verifica e di analisi della segnalazione e nel caso in cui tale procedimento sia fondato in tutto o in parte sulla segnalazione.” (Linee Guida ANAC, p. 56)

7. I soggetti del settore pubblico e del settore privato,, tutelano l'identità delle persone coinvolte e delle persone menzionate nella segnalazione fino alla conclusione dei procedimenti avviati in ragione della segnalazione

.....

9., nelle procedure di segnalazione interna ed esterna di cui al presente capo, la persona coinvolta può essere sentita, ovvero, su sua richiesta, è sentita, anche mediante procedimento cartolare attraverso l'acquisizione di osservazioni scritte e documenti.

"In generale, si può rilevare che il complessivo regime introdotto dedica minore attenzione alla posizione del segnalato ..." (ASSONIME, Circolare n. 12/2023, cit.)

Art. 13. Trattamento dei dati personali

.....

3. I diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del regolamento (UE) 2016/679 possono essere esercitati nei limiti di quanto previsto dall'articolo 2-*undecies* del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

Art. 2-undecies (Limitazioni ai diritti dell'interessato)

1. I diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento non possono essere esercitati con richiesta al titolare del trattamento ovvero con reclamo ai sensi dell'articolo 77 del Regolamento qualora dall'esercizio di tali diritti possa derivare un pregiudizio effettivo e concreto: e) allo svolgimento delle investigazioni difensive o all'esercizio di un diritto in sede giudiziaria; f) alla riservatezza dell'identità della persona che segnala violazioni di cui sia venuta a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro o delle funzioni svolte, ai sensi del decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 ...

[lettera f) così sostituita dal comma 4 dell'art. 24 del d.lgs. 24/2023, recante "Disposizioni transitorie e di coordinamento"]

"... l'esigenza di mantenere riservata l'identità del segnalante può comportare limitazioni alla richiesta di un terzo interessato, ad esempio, di accedere ai dati personali che lo riguardano e che sono menzionati nella segnalazione." (ASSONIME, Circolare n. 12/2023 cit.)

Art. 14. Conservazione della documentazione inerente alle segnalazioni

1. Le segnalazioni,, e la relativa documentazione sono conservate per il tempo necessario al trattamento della segnalazione e comunque non oltre cinque anni a decorrere dalla data della comunicazione dell'esito finale della procedura di segnalazione, nel rispetto degli obblighi di riservatezza di cui all'articolo 12 del presente decreto e del principio di cui agli articoli 5, paragrafo 1, lettera e), del regolamento (UE) 2016/679 [principio di «limitazione della conservazione»]

“la disposizione in commento apparentemente ... [non] considera ... l'ipotesi che la conclusione della procedura di segnalazione sia seguita da un procedimento giudiziario o disciplinare. Ipotesi, invece, già opportunamente considerata dal Parere 1/2006 del Gruppo Articolo 29, prevedendo che “Tale termine sarebbe diverso in caso di azione giudiziaria o disciplinare nei confronti del denunciato o del denunciante che avesse reso dichiarazioni false o diffamatorie. I dati personali dovrebbero allora essere conservati fino a conclusione del procedimento ed allo spirare dei termini per proporre impugnazione ...”² . Si suggerisce, quindi, di integrare la disposizione in commento prevedendo specificamente il caso sottolineato nella citazione precedente e disciplinandolo in termini analoghi a quelli del Parere 1/06.”

Occorre considerare anche che per la giurisprudenza giuslavoristica più recente “Il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, così come modulato per effetto della L. n. 92 del 2012 e del D.Lgs. n. 23 del 2015, mancando dei presupposti di predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e di una loro tutela adeguata, non è assistito da un regime di stabilità. Sicché, per tutti quei diritti che non siano prescritti al momento di entrata in vigore della L. n. 92 del 2012, il termine di prescrizione decorre, a norma del combinato disposto degli artt. 2948, n. 4 e 2935 c.c., dalla cessazione del rapporto di lavoro. Conseguentemente la prescrizione dei crediti lavorativi decorre dalla conclusione del rapporto di lavoro anche per quei rapporti in cui trova applicazione l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.” (Cass. civ., Sez. Lav., 06/09/2022, n. 26246)” (AODV231, Osservazioni allo “Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 ...”)

Art. 15. Divulgazioni pubbliche

1. La persona segnalante che effettua una divulgazione pubblica beneficia della protezione prevista dal presente decreto se, al momento della divulgazione pubblica, ricorre una delle seguenti condizioni:

.....

c) la persona segnalante ha fondato motivo di ritenere che la segnalazione esterna possa comportare il rischio di ritorsioni o possa non avere efficace seguito in ragione delle specifiche circostanze del caso concreto, come quelle in cui possano essere occultate o distrutte prove oppure in cui vi sia fondato timore che chi ha ricevuto la segnalazione possa essere colluso con l'autore della violazione o coinvolto nella violazione stessa.

"... l'ultima condizione sembrerebbe rimettere al segnalante un elevato margine di discrezionalità ... con il rischio di ... un uso abusivo. Per tali ragioni, in sede di approvazione finale del decreto si è scelto di indicare a titolo esemplificativo alcuni comportamenti ... idonei a circoscrivere l'ambito di applicazione di tale strumento ad ipotesi del tutto eccezionali ..." (ASSONIME, Circolare n. 12/2023, cit.)

Art. 16. Condizioni per la protezione della persona segnalante

1. Le misure di protezione previste nel presente capo si applicano alle persone di cui all'articolo 3 quando ricorrono le seguenti condizioni:

a) al momento della segnalazione o della denuncia o della divulgazione ..., la persona segnalante o denunciante aveva fondato motivo di ritenere che le informazioni sulle violazioni segnalate, divulgate o denunciate fossero vere e rientrassero nell'ambito oggettivo di cui all'articolo 1;

b) la segnalazione o divulgazione pubblica è stata effettuata sulla base di quanto previsto dal capo II.

2. I motivi che hanno indotto la persona a segnalare o denunciare o divulgare pubblicamente sono irrilevanti ai fini della sua protezione.

“4.2.2 Le condizioni per l’applicazione della tutela dalle ritorsioni

1) Il soggetto ha segnalato, in base ad una convinzione ragionevole che le informazioni sulle violazioni segnalate,, siano veritiere (anche riportando fatti inesatti per via di un errore genuino) e rientranti nell’ambito oggettivo di applicazione del decreto (....sulla base di circostanze concrete allegare ed informazioni effettivamente acquisibili tali da far ritenere ragionevolmente che le informazioni sulle violazioni segnalate siano pertinenti in quanto rientranti fra gli illeciti considerati dal legislatore).

2) La segnalazione ... è stata effettuata nel rispetto della disciplina prevista dal d.lgs. 24/2023. ... utilizzando i canali e secondo le modalità previste dal decreto.

3) È necessario un rapporto di consequenzialità tra segnalazione, divulgazione e denuncia effettuata e le misure ritorsive subite.

4) Non sono sufficienti invece i meri sospetti o le “voci di corridoio”.

Non rilevano la certezza dei fatti né i motivi personali che hanno indotto il soggetto a segnalare, a denunciare o effettuare la divulgazione pubblica.

In difetto di tali condizioni

- le segnalazioni, ... non rientrano nell’ambito della disciplina di whistleblowing e quindi la tutela prevista non si applica a chi segnala, ...;
- analogamente si esclude la protezione riconosciuta ai soggetti diversi, che in ragione del ruolo assunto nell’ambito del processo di segnalazione, subiscono indirettamente ritorsioni.” (Linee Guida ANAC, p. 65; cfr. anche CONFINDUSTRIA, Guida Operativa cit., p. 25)

“È legittimo il licenziamento disciplinare intimato al lavoratore che invia ad alcuni soggetti istituzionali, una memoria contenente la denuncia di condotte illecite da parte dell’amministrazione di appartenenza palesemente priva di fondamento,, non potendosi peraltro configurare nella specie le condizioni per l’applicabilità della disciplina del c.d. «whistleblowing» ...” (Cass., Sez. Lav., 24/01/2017, n. 1752; conforme, da ultimo, Cass. Sez. Lav., 13 marzo 2023, n. 7225; cfr. anche Cass., Sez. Lav., 23 marzo 2018, n 7295)

Art. 16. Condizioni per la protezione della persona segnalante

3., quando è accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale della persona segnalante per i reati di diffamazione o di calunnia o comunque per i medesimi reati commessi con la denuncia all'autorità giudiziaria o contabile ovvero la sua responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave, le tutele di cui al presente capo non sono garantite e alla persona segnalante o denunciante è irrogata una sanzione disciplinare.

*“Si evidenzia che esistono dei casi in cui il **segnalante perde la protezione**: i) qualora sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del segnalante per i reati di diffamazione o di calunnia o nel caso in cui tali reati siano commessi con la denuncia all'autorità giudiziaria o contabile; ii) in caso di responsabilità civile per lo stesso titolo per dolo o colpa grave. In entrambe le ipotesi alla persona segnalante o denunciante verrà irrogata una sanzione disciplinare.”*

Al riguardo, l'ANAC ha specificato che la tutela, ancorché tardiva, va applicata anche in caso di sentenza di primo grado non confermata nei successivi gradi di giudizio, nei casi di archiviazione, nonché nei casi di accertata colpa lieve.” (CONFINDUSTRIA, Guida Operativa cit., p. 26)

“Nei casi di accertamento delle dette responsabilità, al soggetto segnalante e denunciante è inoltre applicata una sanzione disciplinare. È necessario quindi che gli enti del settore pubblico o privato inseriscano nei codici di comportamento o nel MOG 231 questa specifica fattispecie sanzionabile.” (Linee Guida ANAC, p. 66)

Per un caso di denuncia “*nei confronti del Comandante e di altri colleghi*” risultata calunniosa con l’archiviazione del “*procedimento penale*” conseguente alla denuncia di una lavoratrice, conseguentemente licenziata, cfr., da ultimo, Cass. Sez. Lav., 13 marzo 2023, n. 7225, che ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso il carattere ritorsivo di tale licenziamento.

“È auspicabile un’interpretazione dell’art. 16, comma 3, d.lgs. 24/2023 che non subordini il potere disciplinare del datore di lavoro, nei casi di segnalazione infondata per dolo o colpa grave, all’accertamento giudiziale di tali circostanze, in linea con le previsioni della L. 179/2017 e con una lettura costituzionalmente orientata della norma (segnatamente, alla luce del fondamento del potere disciplinare di cui all’art. 2106 c.c. da rinvenirsi nell’art. 41 Cost.); invero, il differimento dell’esercizio del potere disciplinare all’esito di un procedimento penale o civile non è imposto dalla Direttiva 2019/1937 e pare eccessivo rispetto alle esigenze di tutela del segnalante già ampiamente presidiate dall’art. 17, d.lgs. 24/2023.” (AODV231, Osservazioni interlocutorie cit.)

4. La disposizione di cui al presente articolo si applica anche nei casi di segnalazione o denuncia o divulgazione anonime, se la persona segnalante è stata successivamente identificata e ha subito ritorsioni,

L'ammissibilità di segnalazioni anonime è riconosciuta nel nostro ordinamento, a determinate condizioni, dalla giurisprudenza lavoristica (Cass., Sez. Lav., 29/10/2021 n. 30.809; id., 4/12/2017, n. 28.974; id., 14/3/2013, n. 6501; ecc.), dalle *Linee Guida* di Confindustria 2021 e dal Parere 1/2006 dell'Articolo 29 - Gruppo per la tutela dei dati personali (oggi EDPB).

Peraltro, salvo il caso della successiva identificazione della successiva identificazione, la tutela "*non si applica, per definizione, alle segnalazioni anonime essendo preordinata a tutelare il segnalante da rischi di ritorsioni.*" (Assonime, Circolare n. 12 /2023, cit.; cfr. anche, nello stesso senso, TAR Lazio, Sez. II, 13/7/2022, n. 10.400)

“2.2 Le segnalazioni anonime e la loro trattazione

Le segnalazioni dalle quali non è possibile ricavare l'identità del segnalante sono considerate anonime.

I soggetti del settore pubblico e del settore privato considerano le segnalazioni anonime ricevute attraverso i canali interni alla stregua di segnalazioni ordinarie,

In ogni caso, il segnalante anonimo, successivamente identificato, che ha comunicato ad ANAC di aver subito ritorsioni può beneficiare della tutela che il decreto garantisce a fronte di misure ritorsive. Gli enti del settore pubblico o privato che ricevono le segnalazioni attraverso canali interni sono, quindi, tenuti a registrare le segnalazioni anonime ricevute e conservare la relativa documentazione secondo i criteri generali di conservazione degli atti rendendo così possibile rintracciarle, nel caso in cui il segnalante ... comunichi ad ANAC di aver subito misure ritorsive a causa di quella segnalazione ... anonima.” (Linee Guida ANAC, p. 33 s.)

Art. 17. Divieto di ritorsione

1. le persone di cui all'articolo 3 non possono subire alcuna ritorsione.

Art. 2. Definizioni

1. Ai fini del presente decreto, si intendono per:

.....

m) «ritorsione»: qualsiasi comportamento, atto od omissione, anche solo tentato o minacciato, posto in essere in ragione della segnalazione, della denuncia o della divulgazione e che provoca o può provocare alla persona segnalante o alla persona che ha sporto la denuncia, in via diretta o indiretta, un danno ingiusto;

"La definizione di «ritorsione» è molto ampia, rientrandovi ... anche il tentativo attuato o la minaccia di ritorsione. Inoltre, il danno ingiusto provocato può essere anche indiretto." (ASSONIME, Circolare n. 12 del 18/4/2023, La nuova disciplina del whistleblowing)

“Onde evitare estensioni strumentali della nozione di “ritorsione””, sarebbe opportuno sostituire l’espressione “in ragione della segnalazione” con l’espressione “in conseguenza della segnalazione”; d’altra parte proprio questa è la formulazione adottata dall’art. 5, n. 11), della direttiva 2019/1937.” (AODV231, Osservazioni allo Schema di decreto legislativo cit.)

“È necessario un rapporto di consequenzialità tra segnalazione, ... e le misure ritorsive subite. Deve esserci uno stretto collegamento tra la segnalazione, ... e il comportamento/atto/omissione sfavorevole subito, direttamente o indirettamente, dalla persona segnalante ..., affinché si configuri una ritorsione ...” (Linee Guida ANAC, p. 65 s.)

Art. 19. Protezione dalle ritorsioni

3. Gli atti assunti in violazione dell'articolo 17 sono nulli.

Art. 24. Disposizioni transitorie e di coordinamento

3. L'articolo 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604 è sostituito dal seguente: «Art. 4. - Il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza a un sindacato, dalla partecipazione ad attività sindacali o conseguente all'esercizio di un diritto ovvero alla segnalazione, alla denuncia all'autorità giudiziaria o contabile o alla divulgazione pubblica effettuate ai sensi del decreto legislativo attuativo della direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, è nullo.».

“Il divieto di licenziamento discriminatorio - sancito dall'art. 4 della legge n. 604 del 1966, dall'art. 15 della legge n. 300 del 1970 e dall'art. 3 della legge n. 108 del 1990 - è suscettibile di interpretazione estensiva sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, che costituisce cioè l'ingiusta e arbitraria reazione, ...con conseguente nullità del licenziamento, quando il motivo ritorsivo sia stato l'unico determinante ...” (Cass., 18/03/2011, n. 6282; Cass., 08/08/2011, n. 17.087; Cass., 03/12/2015, n. 24.648) - *“Il principio affermato in tema di licenziamento ... ritorsivo ... è da ritenersi valido anche in materia di trasferimenti”* (Cass., 25/05/2004, n. 10.047) e di *“mutamento di mansioni”* (Cass., 05/08/2010, n. 18.283)

Art. 17. Divieto di ritorsione

2. Nell'ambito di procedimenti giudiziari o amministrativi o comunque di controversie stragiudiziali aventi ad oggetto l'accertamento dei comportamenti, atti o omissioni vietati ai sensi del presente articolo, si presume che gli stessi siano stati posti in essere a causa della segnalazione, della divulgazione o della denuncia L'onere di provare che tali condotte o atti sono motivati da ragioni estranee alla segnalazione, alla divulgazione o alla denuncia è a carico di colui che li ha posti in essere.

3. In caso di domanda risarcitoria, se tali persone dimostrano di aver effettuato, ai sensi del presente decreto, una segnalazione, una divulgazione ... o una denuncia e di aver subito un danno, si presume, salvo prova contraria, che il danno sia conseguenza di tale segnalazione, divulgazione o denuncia

*“Il legislatore ha previsto **un’inversione dell’onere probatorio** stabilendo che laddove il whistleblower dimostri di avere effettuato una segnalazione, ... e di aver subito, a seguito della stessa, una ritorsione, l’onere della prova si sposta sulla persona che ha posto in essere la presunta ritorsione.*

La ritorsione non sussiste, ad esempio, allorquando la misura contestata dal segnalante, ... sia motivata da ragioni estranee alle stesse, ovvero laddove risulti che la presunta ritorsione sia stata adottata non solo nei confronti del whistleblower ma anche di altri soggetti che non hanno presentato segnalazioni, Inoltre, l'intento ritorsivo potrebbe non sussistere anche nella circostanza in cui il presunto responsabile abbia tenuto il medesimo comportamento anche in epoca antecedente alla segnalazione. (Linee Guida ANAC, p. 68)

“Questa presunzione opera solamente a favore del segnalante e non anche a vantaggio del facilitatore e dei soggetti ad esso assimilati” (CONFINDUSTRIA, Guida Operativa cit., p. 26)

4. Di seguito sono indicate talune fattispecie che, qualora siano riconducibili all'articolo 2, comma 1, lettera m), costituiscono ritorsioni:

- a) il licenziamento, la sospensione o misure equivalenti;
- b) la retrocessione di grado o la mancata promozione;
- c) il mutamento di funzioni, il cambiamento del luogo di lavoro, la riduzione dello stipendio, la modifica dell'orario di lavoro;
- d) la sospensione della formazione o qualsiasi restrizione dell'accesso alla stessa;
- e) le note di merito negative o le referenze negative;
- f) l'adozione di misure disciplinari o di altra sanzione, anche pecuniaria;
- g) la coercizione, l'intimidazione, le molestie o l'ostracismo;
- h) la discriminazione o comunque il trattamento sfavorevole;
- i) la mancata conversione di un contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, laddove il lavoratore avesse una legittima aspettativa a detta conversione;
- l) il mancato rinnovo o la risoluzione anticipata di un contratto di lavoro a termine;
- m) i danni, anche alla reputazione della persona, in particolare sui social media, o i pregiudizi economici o finanziari, comprese la perdita di opportunità economiche e la perdita di redditi;
- n) l'inserimento in elenchi impropri sulla base di un accordo settoriale o industriale formale o informale, che può comportare l'impossibilità per la persona di trovare un'occupazione nel settore o nell'industria in futuro;
- o) la conclusione anticipata o l'annullamento del contratto di fornitura di beni o servizi;
- p) l'annullamento di una licenza o di un permesso;
- q) la richiesta di sottoposizione ad accertamenti psichiatrici o medici.

“La norma fornisce un elenco delle possibili fattispecie ritorsive Non esaustivo e non tassativo” (CONFINDUSTRIA, Guida Operativa cit., p. 25)

Art. 19. Protezione dalle ritorsioni

3. Le persone di cui all'articolo 3 che siano state licenziate a causa della segnalazione, della divulgazione o della denuncia hanno diritto a essere reintegrate nel posto di lavoro, ai sensi dell'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 o dell'articolo 2 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, in ragione della specifica disciplina applicabile al lavoratore.

4. L'autorità giudiziaria adita adotta tutte le misure, anche provvisorie, necessarie ad assicurare la tutela alla situazione giuridica soggettiva azionata, ivi compresi il risarcimento del danno, la reintegrazione nel posto di lavoro, l'ordine di cessazione della condotta posta in essere in violazione dell'articolo 17 e la dichiarazione di nullità degli atti adottati in violazione del medesimo articolo.

Art. 19. Protezione dalle ritorsioni

1. Gli enti e le persone di cui all'articolo 3 possono comunicare all'ANAC le ritorsioni che ritengono di avere subito. In caso di ritorsioni commesse nel contesto lavorativo di un soggetto del settore privato l'ANAC informa l'Ispettorato nazionale del lavoro, per i provvedimenti di propria competenza.

2. Al fine di acquisire elementi istruttori indispensabili all'accertamento delle ritorsioni, l'ANAC può avvalersi, per quanto di rispettiva competenza, della collaborazione dell'Ispettorato nazionale del lavoro, ferma restando l'esclusiva competenza dell'ANAC in ordine alla valutazione degli elementi acquisiti e all'eventuale applicazione delle sanzioni amministrative di cui all'articolo 21.

Art. 21. Sanzioni

1. Fermi restando gli altri profili di responsabilità, l'ANAC applica al responsabile le seguenti sanzioni amministrative pecuniarie:

a) da 10.000 a 50.000 euro quando accerta che sono state commesse ritorsioni o quando accerta che la segnalazione è stata ostacolata o che si è tentato di ostacolarla ...;

Tale sanzione si applica, in particolare, a *“la persona fisica individuata come responsabile ... [della] ritorsione”* (Linee Guida ANAC, p. 88)

Art. 20. Limitazioni della responsabilità

1. Non è punibile l'ente o la persona che riveli o diffonda informazioni sulle violazioni coperte dall'obbligo di segreto,, o relative alla tutela del diritto d'autore o alla protezione dei dati personali ovvero che offendono la reputazione della persona coinvolta, quando,, vi fossero fondati motivi per ritenere che la rivelazione fosse necessaria per svelare la violazione e la segnalazione, è stata effettuata ai sensi dell'articolo 16.
2. Quando ricorrono le ipotesi di cui al comma 1, è esclusa altresì ogni ulteriore responsabilità, anche di natura civile o amministrativa.
3. Salvo che il fatto costituisca reato, l'ente o la persona di cui all'articolo 3 non incorre in alcuna responsabilità, anche di natura civile o amministrativa, per l'acquisizione delle informazioni sulle violazioni o per l'accesso alle stesse.
4. In ogni caso, la responsabilità penale e ogni altra responsabilità, anche di natura civile o amministrativa, non è esclusa per i comportamenti, gli atti o le omissioni non collegati alla segnalazione, o che non sono strettamente necessari a rivelare la violazione.

“6.3. Le limitazioni di responsabilità per il segnalante

Ulteriore tutela riconosciuta dal Decreto al segnalante è la limitazione della sua responsabilità rispetto alla rivelazione e alla diffusione di alcune categorie di informazioni, che altrimenti lo esporrebbero a responsabilità penali, civili e amministrative.

Il Decreto pone tuttavia due condizioni all’operare delle suddette limitazioni di responsabilità:

- 1) al momento della rivelazione o della diffusione vi siano fondati motivi per ritenere che le informazioni siano necessarie per svelare la violazione oggetto di segnalazione;*
- 2) la segnalazione sia effettuata nel rispetto delle condizioni previste dal Decreto per beneficiare della tutela contro le ritorsioni (fondati motivi per ritenere veritieri i fatti segnalati, la violazione sia tra quelle segnalabili e siano rispettate le modalità e le condizioni di accesso alla segnalazione).*

Va evidenziato, quindi, che la limitazione opera se le ragioni alla base della rivelazione o diffusione non sono fondate su semplici illazioni, gossip, fini vendicativi, opportunistici o scandalistici. In ogni caso, occorre considerare che non è esclusa la responsabilità per condotte che: non siano collegate alla segnalazione; non siano strettamente necessarie a rivelare la violazione; configurino un’acquisizione di informazioni o l’accesso a documenti in modo illecito.

Ove l’acquisizione si configuri come un reato, si pensi all’accesso abusivo a un sistema informatico o a un atto di pirateria informatica, resta ferma la responsabilità penale e ogni altra responsabilità civile, amministrativa e disciplinare della persona segnalante.

Sarà viceversa non punibile, ad esempio, l’estrazione (per copia, fotografia, asporto) di documenti cui si aveva lecitamente accesso.” (CONFINDUSTRIA, Guida Operativa cit., p. 27)

Art. 22. Rinunce e transazioni

1. Le rinunce e le transazioni, integrali o parziali, che hanno per oggetto i diritti e le tutele previsti dal presente decreto non sono valide, salvo che siano effettuate nelle forme e nei modi di cui all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile.

“Approfondimenti – Il divieto di rinunce e transazioni

Il divieto di rinunce e transazione è un principio innovativo, in quanto nella precedente normativa mancava una disposizione espressa che impedisse la restrizione, anche contrattuale, del diritto alla segnalazione e delle forme di tutele previste. ... Occorre tuttavia precisare che quanto sopra detto non vale invece per le rinunce e transazioni sottoscritte in sedi protette (giudiziarie, amministrative sindacali).” (Linee Guida ANAC, p. 49)

“L'art. 2113 ultimo comma c.c. consente, in sede protetta, le rinunce ai diritti già maturati in conseguenza di violazioni realizzate prima e fuori da quella sede, ma non gli atti regolativi in contrasto con norme imperative.” (Cass. civ., Sez. lavoro, 01/03/2022, n. 6664)

PROFILI DI «**COMPLIANCE 231**»

Ai sensi dell'art. 6, comma 2-bis ss. del d.lgs. 231/2001, come modificato dalla l. 179/2017

- gli enti “destinatari della disciplina [del whistleblowing erano] gli stessi ... a cui si applica la disciplina 231” (1);
- legittimati a “presentare,, segnalazioni ...”, ed in quanto tali tutelati, erano soltanto i “soggetti indicati nell’articolo 5, comma 1, lettere a) e b)” del d.lgs. 231/2001;
- le “segnalazioni” potevano avere per oggetto “condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto [231/2001], o ... violazioni del modello di organizzazione e gestione dell’ente”,
- ed erano trasmesse attraverso canali interni dell’ente medesimo.

Sicché, in estrema sintesi, il perimetro applicativo della precedente disciplina del whistleblowing coincideva, soggettivamente ed oggettivamente, con quello del d.lgs. 231/2001 e dei relativi modelli organizzativi, come noto «non obbligatori».

(1) così, per tutte, Circolare ASSONIME n. 16 del 28 giugno 2018, *La disciplina del whistleblowing*. p. 32.

(Quasi) tutto cambia con il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, che disegna un perimetro di applicabilità della disciplina del *whistleblowing* largamente esorbitante da quello proprio del d.lgs. 231/2001, il quale a sua volta rimane come un sottoinsieme rispetto al nuovo insieme dell’**“Ambito di applicazione oggettivo”** tracciato dagli articoli 1 e 2 del d.lgs. 24/2023 –

➤ oltre che

- con riferimento alle *“condotte illecite rilevanti ai sensi del decreto legislativo ... 2001, n. 231, o violazioni dei modelli di organizzazione e gestione ivi previsti”* (per così dire, illeciti 231: art. 2, comma 1, lett. a), n. 2))

➤ con ben più ampio riferimento

- sia agli *“illeciti amministrativi, contabili, civili o penali”* previsti dalla normativa nazionale (per così dire, illeciti nazionali: art. 2, comma 1, lett. a), n. 1))
- sia agli *“illeciti che rientrano nell’ambito di applicazione degli atti dell’Unione Europea ... indicati nell’allegato al presente decreto ...”,* ovvero *“che ledono interessi finanziari dell’Unione ...”,* ovvero ancora *“riguardanti il mercato interno, di cui all’articolo 26 ... del Trattato sul funzionamento ... [anche] in materia di concorrenza e di aiuti di stato, nonché ... in materia di imposta sulle società ...”* (per così dire, illeciti europei: art. 2, comma 1, lett. a), nn. 3), 4), 5) e 6))

In sintesi, con d.lgs. 24/2023, il *whistleblowing* si emancipa dal d.lgs. 231/2001, pur mantenendo un importante «cordone ombelicale» con il M.O.G. e l’OdV.

I

IMPATTI SUL M.O.G.

Art. 24. Disposizioni transitorie e di coordinamento

5. All'articolo 6, del decreto legislativo n. 231 del 2001, il comma 2-bis è sostituito dal seguente: «2-bis. I modelli di cui al comma 1, lettera a), prevedono, ai sensi del decreto legislativo attuativo della direttiva (UE) 2019/1937, i canali di segnalazione interna, il divieto di ritorsione e il sistema disciplinare, adottato ai sensi del comma 2, lettera e).».

Art. 4. Canali di segnalazione interna

“1 . [ultimo periodo] 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.

“Laddove gli enti privati adottino i modelli di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, i canali interni di segnalazione vanno previsti all'interno di tali modelli o nell'atto organizzativo cui il MOG 231 espressamente rinvia.” (Linee Guida ANAC, p. 37)

Art. 21. Sanzioni

“2 . I soggetti del settore privato di cui all'articolo 2, comma 1, lettera q), numero 3), prevedono nel sistema disciplinare adottato ai sensi dell'articolo 6, comma 2, lettera e), del decreto n. 231 del 2001, sanzioni nei confronti di coloro che accertano essere responsabili degli illeciti di cui al comma 1.”

“Art. 21, co. 2:, riteniamo che la disposizione dovrebbe essere integrata prescrivendo la previsione, “nel sistema disciplinare adottato ai sensi dell’articolo 6, comma 2, lettera e) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231”, anche di “sanzioni nei confronti di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate”, come ora opportunamente previsto dall’art. 6, co. 2-bis, lett. d), d.lgs. 231/01, inserito dell’art. 2, co. 1, l. 30 novembre 2017, n. 179.” (AODV²³¹ Osservazioni allo «Schema di decreto legislativo, cit.)

Tali osservazioni sono state recepite dal legislatore introducendo la lettera c) del primo comma dell’art. 21, che prevede che “l’ANAC applica al responsabile le seguenti sanzioni amministrative pecuniarie: c) da 500 a 2.500 euro, nel caso di cui all'articolo 16, comma 3, salvo che la persona segnalante sia stata condannata, anche in primo grado, per i reati di diffamazione o di calunnia o comunque per i medesimi reati commessi con la denuncia all'autorità giudiziaria o contabile.”

Resta, tuttavia, **l’importante nodo interpretativo** già analizzato commentando l’art. 16, co. 3, del d.lgs. 24/2023.

IMPATTI SULL'ODV

Il primo “**Schema di Decreto Legislativo**” elaborato dal Governo per l’attuazione della “*Legge di delegazione europea 2019-2020*” (l. 53/2021), prevedeva

- I. all’art. 5, co. 4, che “Nei soggetti di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, ..., le segnalazioni interne sono effettuate al soggetto che nell'ente svolge funzioni di vigilanza, ai sensi dell'articolo 6, commi, 1 ett. b), 4 o 4-bis del medesimo decreto legislativo”: cioè all’OdV;
- II. all’art. 5, co. 7, che “I soggetti di cui ai commi 3, 4 e 5 danno diligente e tempestivo seguito alla segnalazione interna anche informando le Autorità amministrative o giurisdizionali, ordinariamente competenti ...”;
- III. all’art. 8, co. 4, che “I trattamenti di dati personali relativi al ricevimento e gestione delle segnalazione sono effettuati dai soggetti di cui all'articolo 5, commi 3, 4 [cioè l’OdV] in qualità di titolari del trattamento,”

Tutto ciò era stato oggetto delle osservazioni critiche del Documento di Approfondimento AODV²³¹ “Art. 6 co. 2-bis d.lgs. 231/01, whistleblowing e OdV: de jure condito, de jure condendo”, osservazioni che sono state integralmente recepite già nel secondo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva 2019/1937 e, poi, nel testo definitivo del d.lgs. 24/2023.

Art. 4. Canali di segnalazione interna

“2 . La gestione del canale di segnalazione è affidata a una persona o a un ufficio interno autonomo dedicato e con personale specificamente formato per la gestione del canale di segnalazione, ovvero è affidata a un soggetto esterno, anch'esso autonomo e con personale specificamente formato.”

Art. 5. Gestione del canale di segnalazione interna

“1. Nell'ambito della gestione del canale di segnalazione interna, la persona o l'ufficio interno ..., ai quali è affidata la gestione del canale di segnalazione interna svolgono le seguenti attività:

a) rilasciano alla persona segnalante avviso di ricevimento della segnalazione entro sette giorni dalla data di ricezione;

b) mantengono le interlocuzioni con la persona segnalante e possono richiedere a quest'ultima, se necessario, integrazioni;

c) danno diligente seguito alle segnalazioni ricevute;

d) forniscono riscontro alla segnalazione entro tre mesi dalla data dell'avviso di ricevimento o, in mancanza di tale avviso, entro tre mesi dalla scadenza del termine di sette giorni dalla presentazione della segnalazione;

e) mettono a disposizione informazioni chiare sul canale, sulle procedure e sui presupposti per effettuare le segnalazioni interne, nonché sul canale, sulle procedure e sui presupposti per effettuare le segnalazioni esterne...”

Art. 2. Definizioni

n) «seguito»: l'azione intrapresa dal soggetto cui è affidata la gestione del canale di segnalazione per valutare la sussistenza dei fatti segnalati, l'esito delle indagini e le eventuali misure adottate;

Art. 12. Obbligo di riservatezza

“2 [le] persone competenti a ricevere o a dare seguito alle segnalazioni, [sono] espressamente autorizzate a trattare tali dati ai sensi degli articoli 29 e 32, paragrafo 4, del regolamento (UE) 2016/679 e dell'articolo 2-quaterdecies del codice in materia di protezione dei dati personali di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.”

Quindi, come osservato dall'AODV²³¹:

1. l'ufficio interno preposto alla gestione dei canali del *whistleblowing* non deve necessariamente essere l'OdV;
2. il “*seguito*” che l'ufficio interno deve dare alle segnalazioni non comprende alcun “*obbligo di denuncia*”;
3. i componenti di tale ufficio interno non sono qualificati, ai fini *privacy*, quali Titolari del trattamento, come prevedeva il primo “*Schema*”, ma bensì quali Autorizzati al trattamento, come già sancito per “*i singoli membri dell'OdV ...“... con riferimento ai [diversi] flussi di informazioni rilevanti ai sensi dell'art. 6, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 231/2001”*, dal “*Parere sulla qualificazione soggettiva ai fini privacy degli organismi di vigilanza ...*” del Garante della *privacy*, in data 12 maggio 2020, lasciando impregiudicato “*il nuovo e diverso ruolo che l'organismo potrebbe acquistare in relazione alle segnalazioni effettuate nell'ambito della normativa di whistleblowing*”.

Naturalmente il fatto che - ai sensi dell'art. 4, comma 2, d.lgs. 24/2023 (come già ai sensi dell'art. 2 della l. 179/20217) - l'ufficio interno dedicato alla gestione del *whistleblowing* non debba essere l'OdV, non esclude neanche che possa esserlo.

Il che ben può giustificarsi in particolare “negli enti di piccole dimensioni”, in coerenza all'eccezione dell'art. 6, co. 3, d.lgs. 231/2001. Più in generale la dottrina riconosce che *“rientra nell'ambito dell'autonomia negoziale e organizzativa dell'organo amministrativo la facoltà, non il dovere, di attribuire all'organismo di vigilanza poteri ... più incisivi”* di quelli previsti di *default* dalla legge (SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv.soc.*, 2007, p. 186).

In ogni caso, laddove l'impresa, nella predetta sua autonomia organizzativa, optasse per tenere distinto l'OdV dall'ufficio interno dell'art. 4, comma 2, d.lgs. 24/2023, l'OdV non potrebbe affatto rimanere estraneo alle segnalazioni ed al loro seguito: in effetti resta indefettibile la sua attività di vigilanza anche sul *whistleblowing*, in quanto parte essenziale del modello, così come la ricezione ed il vaglio, da parte sua, dei flussi informativi dell'art. 6, co. 2, lett. d), inevitabilmente riguardanti anche l'eventuale ricevimento di segnalazioni ed il relativo seguito da parte della società vigilata.

AODV²³¹, Il ruolo dell'OdV nell'ambito del Whistleblowing, 10 ottobre 2023

“Il compito di curare l’aggiornamento del Modello organizzativo

L’OdV è tenuto a curare l’aggiornamento del Modello organizzativo tutte le volte in cui ciò si riveli necessario, intendendosi tale compito – secondo principio ormai consolidato – come funzione di impulso nei confronti dell’Organo gestorio (unico competente all’approvazione del Modello organizzativo e alle sue modifiche), nonché come funzione di vigilanza sulle azioni di adeguamento e di sviluppo dell’organizzazione conseguenti alle iniziative raccomandate. In tema di Whistleblowing, il già citato art. 4 D.Lgs. 24/2023 comporta la necessità che il Modello organizzativo sia aggiornato ... [come si è visto] L’OdV, pertanto, è anzitutto chiamato alla sua funzione di impulso finalisticamente orientata all’aggiornamento del Modello organizzativo pure in materia di Whistleblowing.

Il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del Modello

Venendo all'altro ambito di competenza dell'OdV – ossia la vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del Modello organizzativo – dall'inserimento dei canali di segnalazione interna nel Modello discendono **i seguenti compiti diretti e immediati dell'Organismo:**

- **vigilare** sulla tempestiva adozione dei canali di segnalazione interna e sulla loro rispondenza (quanto a “disegno”) al D.Lgs. 24/2023, nonché sul conseguente aggiornamento del Modello organizzativo;
- **vigilare** sull'avvenuta adozione delle procedure interne sul Whistleblowing;
- **vigilare** sulla formazione, informazione e diffusione di quanto previsto nell'aggiornato Modello organizzativo e nelle procedure interne sul Whistleblowing (in particolare ex art. 5, lett. e) D.Lgs. 24/2023);
- **vigilare** sull'effettività e sull'accessibilità dei canali di segnalazione;
- **vigilare** sull'effettivo funzionamento e sull'osservanza di quanto previsto nell'aggiornato Modello organizzativo e nelle procedure interne sul Whistleblowing (a titolo esemplificativo: verificare il rispetto dell'art. 4, comma 2 D.Lgs. 24/2023 quanto al soggetto individuato come Gestore, compiere verifiche periodiche a campione sul rispetto delle tempistiche previste dal D.Lgs. 24/2023 in tema di avviso di ricevimento e di riscontro, sull'eventuale applicazione del sistema disciplinare, sulle misure adottate per garantire il rispetto degli obblighi di riservatezza e dei divieti di ritorsione).

Quanto a un eventuale ruolo attivo” dell’OdV rispetto alla gestione delle segnalazioni interne, giova premettere ch  il legislatore non ha inteso prevedere n  la necessaria coincidenza tra OdV e gestore delle segnalazioni Whistleblowing (di seguito “Gestore”), n  la necessaria diversificazione delle due figure.

Va affermata, dunque, la piena autonomia organizzativa di ciascun ente rispetto alla soluzione da adottare nella scelta del Gestore pi  appropriato nel contesto specifico.

Nelle proprie Linee Guida ANAC afferma, sul punto, che “nel settore privato, la scelta del soggetto cui affidare il ruolo di gestore delle segnalazioni   rimessa all’autonomia organizzativa di ciascun ente, in considerazione delle esigenze connesse alle **dimensioni**, alla **natura dell’attivit ** esercitata e alla **realt  organizzativa concreta**. Ci , fermo restando il rispetto dei requisiti previsti dal legislatore. Tale ruolo, **a meri fini esemplificativi, pu  essere affidato**, tra gli altri, agli organi di **internal audit**, all’**Organismo di vigilanza** previsto dalla disciplina del d.lgs. n. 231/2001, ai **comitati etici (...)**”.

Ad ogni modo, dal momento che l’OdV ha funzioni di vigilanza, l’attribuzione allo stesso del ruolo di Gestore,, **deve essere valutata attentamente**, nei pro e nei contro, avendo cura di evitare, ove la scelta ricada sull’OdV, conflitti di interesse e la partecipazione ad attività gestorie che potrebbero minare l’indipendenza di giudizio e l’autonomia dell’Organismo. In un simile contesto regolatorio, si ritiene – in linea generale e di principio – **preferibile evitare la coincidenza tra Gestore e OdV**, soprattutto nelle imprese di medie e grandi dimensioni, per le ragioni esplicitate nel già richiamato Documento di approfondimento ... del 14 dicembre 2022,

Diversamente, qualora si voglia attribuire all’OdV ... un ruolo attivo nella gestione delle segnalazioni, l’adeguato riparto di competenze tra l’Organismo e le altre funzioni interne **andrà definito nelle procedure interne** sul Whistleblowing, che dovranno tenere conto, nel descrivere le modalità operative con cui gestire la segnalazione, dei requisiti di autonomia e di indipendenza dell’OdV, derivanti dall’art. 6 D.Lgs. 231/2001.

Così, ad esempio, potrebbe essere costituito un **Ufficio Whistleblowing** (o “**Comitato Etico**”) “misto”, cioè composto da personale interno e da un soggetto esterno idoneo a contribuire professionalmente alle attività proprie dell’Ufficio; tale componente esterno ben potrebbe già ricoprire altri incarichi per l’ente compatibili con i requisiti previsti per il Gestore, tra cui quello di membro dell’OdV. Naturalmente tutti i componenti dell’Ufficio dovranno rispondere ai requisiti di cui all’art. 4, comma 2 D. Lgs. 24/2023.

Ancora, l'OdV potrebbe essere **stabilmente coinvolto nella funzione di smistamento” delle segnalazioni**, prevedendo un **ruolo consultivo** dell'Organismo o di un suo componente in tale attività.

Da ultimo, è possibile – sebbene, come detto, non preferibile – **attribuire all'OdV il compito di effettuare direttamente, nell'ambito della gestione delle segnalazioni, la ricezione e lo smistamento ...**

In ogni caso.... l'eventuale coinvolgimento dell'OdV in attività di gestione del sistema di Whistleblowing, in quanto esorbitanti rispetto alla funzione tipica di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del Modello ... e curarne l'aggiornamento, **non [è], di per sé, compreso nel mandato ordinario di vigilanza e, dunque, debba essere oggetto di un'integrazione dell'incarico.**

Le indicazioni sopra fornite paiono assolutamente confacenti alle imprese medio-grandi. Tuttavia, è noto come – nell'ampio spettro delle **piccole imprese** – esistano realtà rispetto alle quali l'individuazione di un Ufficio Whistleblowing possa rivelarsi difficoltosa, vuoi per carenza di risorse umane compatibili con il ruolo, vuoi per scarsità di risorse economiche. In tali casi, potrebbe rendersi necessaria **l'individuazione del Gestore nell'OdV**, attribuendogli il compito di svolgere direttamente tutti gli adempimenti conseguenti, con incarico e adeguato budget separati.

Quale che sia la soluzione prescelta, l'OdV deve **in ogni caso** esercitare un **importante ruolo di vigilanza [anche in materia di whistleblowing]**. Così, l'OdV deve necessariamente ricevere dal Gestore **informazione immediata di ogni segnalazione avente (diretta o anche soltanto indiretta) rilevanza 231**", al fine di compiere le proprie valutazioni in sede di vigilanza e di formulare osservazioni in caso di rilievo di anomalie, nonché – più in generale – di seguire l'andamento della gestione di tali segnalazioni.

Inoltre l'OdV deve in ogni caso ricevere **flussi informativi periodici** dal Gestore (con periodicità da definire coerentemente con i termini stabiliti dal D.Lgs. 24/2023 per il riscontro alle segnalazioni) **in merito a tutte le segnalazioni** (anche quelle non di rilevanza "231" o valutate come "non whistleblowing"), al fine di verificare il funzionamento del sistema e la qualità dello smistamento e al fine di intervenire a correttivo di eventuali errori di valutazione o, comunque, in ottica di costante miglioramento del Modello

Pare necessario, allora, che il **Modello** organizzativo stesso **preveda tali flussi**, o a mezzo di apposita reportistica periodica e/o a mezzo di **incontri** periodici con il Gestore.

In alternativa, l'OdV – senza con ciò sovrapporsi alle prerogative e alle responsabilità del Gestore, che rimarrebbero di sua esclusiva competenza – potrebbe essere **inserito di default** quale destinatario delle segnalazioni, **parallelamente** al Gestore stesso, al solo fine di apprendere immediatamente la notizia della segnalazione e vigilare sulla sua adeguata trattazione."

CNDCEC, NUOVA DISCIPLINA DEL *WHISTLEBLOWING* E IMPATTO SUL D.LGS. 231/2001, [16] OTTOBRE 2023

IDEM AODV²³¹

CONFINDUSTRIA, NUOVA DISCIPLINA “*WHISTLEBLOWING*” - GUIDA OPERATIVA PER GLI ENTI PRIVATI, [27] OTTOBRE 2023

“.... le imprese possono decidere di affidare la gestione del canale a un loro ufficio interno preesistente o a un organo collegiale/comitato appositamente costituito e composto da soggetti interni che, nel suo complesso, risponda al requisito di autonomia necessario. Tale comitato potrebbe essere composto, ad esempio, dai responsabili delle funzioni di controllo (compliance o Internal Audit) e di alcune delle altre funzioni aziendali in grado di gestire in maniera appropriata e diligente la segnalazione (si pensi, ad esempio, alle funzioni legali o alle funzioni risorse umane, al responsabile anticorruzione o a Comitati Etici, ...).”

Inoltre, nelle imprese dotate di Modello Organizzativo 231 e con OdV (monocratico o collegiale), si può valutare di affidare a quest’ultimo, come ulteriore incarico, debitamente formalizzato, il ruolo di gestore delle segnalazioni, considerato il fatto che l’OdV già possiede i requisiti richiesti dalla disciplina in esame e che, come previsto anche dal Decreto, la disciplina whistleblowing è parte integrante del Modello Organizzativo 231, sulla cui osservanza l’OdV è chiamato a vigilare.

In ogni caso, anche laddove non fosse incaricato dei compiti di gestione delle segnalazioni, è opportuno che l'OdV venga comunque coinvolto nel processo di gestione delle segnalazioni whistleblowing regolamentando i necessari flussi informativi, nel rispetto degli obblighi di riservatezza, alla luce della rilevanza, anche ai fini 231, delle violazioni segnalabili ai sensi del Decreto.

In particolare, qualora l'OdV non sia individuato come gestore dovrà ricevere:

- immediata informativa su segnalazioni rilevanti in termini 231 affinché, nell'esercizio della sua attività di vigilanza, possa condividere le proprie eventuali osservazioni e partecipare all'istruttoria o comunque seguirne l'andamento;*
- un aggiornamento periodico sull'attività complessiva di gestione delle segnalazioni, anche non 231, al fine di verificare il funzionamento del sistema whistleblowing e proporre all'ente eventuali necessità di suo miglioramento.*

A tal fine, nel Modello Organizzativo 231 dovranno essere proceduralizzati i predetti flussi informativi.”

PROFILI *PRIVACY*

Art. 4. Canali di segnalazione interna

1. I soggetti del settore pubblico e ... del settore privato, ..., attivano, ..., propri canali di segnalazione, che garantiscano, anche tramite il ricorso a strumenti di crittografia, la riservatezza dell'identità della persona segnalante, della persona coinvolta e della persona comunque menzionata nella segnalazione, nonché del contenuto della segnalazione e della relativa documentazione.

3. Le segnalazioni sono effettuate in forma scritta, anche con modalità informatiche, oppure in forma orale. Le segnalazioni interne in forma orale sono effettuate attraverso linee telefoniche o sistemi di messaggistica vocale ovvero, su richiesta della persona segnalante, mediante un incontro diretto fissato entro un termine ragionevole.

“Istituzione dei canali di segnalazione

Nell’atto organizzativo, adottato dall’organo di indirizzo, è opportuno che almeno vengano definiti:

- il ruolo e i compiti dei soggetti che gestiscono le segnalazioni;
- le modalità e i termini di conservazione dei dati, appropriati e proporzionati in relazione alla procedura di whistleblowing e alle disposizioni di legge.

.... al fine di agevolare il segnalante, ... va garantita la scelta fra diverse modalità di segnalazione:

- in forma scritta, anche con modalità informatiche (piattaforma online). *La posta elettronica ordinaria e la PEC si ritiene siano strumenti non adeguati a garantire la riservatezza. Qualora si utilizzino canali e tecniche tradizionali, da disciplinare nell’atto organizzativo, è opportuno indicare gli strumenti previsti per garantire la riservatezza richiesta dalla normativa. Ad esempio,, è necessario che la segnalazione venga inserita in due buste chiuse: la prima con i dati identificativi del segnalante unitamente alla fotocopia del documento di riconoscimento; la seconda con la segnalazione, in modo da separare i dati identificativi del segnalante dalla segnalazione. Entrambe dovranno poi essere inserite in una terza busta chiusa che rechi all’esterno la dicitura “riservata” al gestore della segnalazione La segnalazione è poi oggetto di protocollazione riservata, anche mediante autonomo registro, da parte del gestore.*
 - in forma orale, *alternativamente, attraverso linee telefoniche, con sistemi di messaggistica vocale, ovvero, su richiesta della persona segnalante, mediante un incontro diretto fissato entro un termine ragionevole.* (Linee Guida ANAC, p. 37)
- a) “... si chiarisce che la scelta della modalità attraverso la quale effettuare la segnalazione tra quella scritta od orale, riguarda il segnalante. Per l’impresa, invece, è **obbligatorio predisporre sia il canale scritto - analogico e/o informatico - che quello orale**, dovendo mettere entrambi a disposizione del segnalante.” (CONFINDUSTRIA, Guida Operativa cit., p. 11)

Art. 4. Canali di segnalazione interna

4. I soggetti del settore privato che hanno impiegato, nell'ultimo anno, una media di lavoratori subordinati, con contratti di lavoro a tempo indeterminato o determinato, non superiore a duecentoquarantanove, possono condividere il canale di segnalazione interna e la relativa gestione.

“ ... è auspicabile una interpretazione estensiva che, in linea con altri contesti regolatori (si pensi ad esempio al Servizio di Prevenzione e Protezione in ambito sicurezza sul lavoro, che può essere condiviso anche nelle imprese gravate dell'obbligo di nomina di un Responsabile interno) ed altri ordinamenti europei (ad esempio, Francia, Spagna e Danimarca), consenta la condivisione delle risorse per la gestione del canale nell'ambito dei Gruppi a prescindere dalla dimensione della singola impresa (si pensi, ad esempio, alla condivisione di una task force investigativa).

Si evidenzia peraltro che nei Gruppi multinazionali il canale di whistleblowing è generalmente unitario e che una moltiplicazione dei canali potrebbe ingenerare confusione nei segnalanti; si evidenzia inoltre la compressione della autonomia organizzativa connessa all'eventuale affermazione di un obbligo, per ciascuna singola impresa, di istituire un ufficio con personale proprio dedicato.

In alternativa alla condivisione del canale o delle relative risorse attraverso l'istituzione di un ufficio unitario, è auspicabile un chiarimento in ordine al fatto che l'outsourcing consentito dall'art. 4, comma 2, d.lgs 24/2023 possa comunque avvenire all'interno dei Gruppi con appositi contratti di appalto di servizi intercompany.” (AODV²³¹, Osservazioni interlocutorie ..., cit.)

“La possibilità per alcuni enti di gestire in modo condiviso le segnalazioni

Al fine di ottimizzare e specializzare il lavoro sulle segnalazioni in esame, e anche in una logica di semplificazione degli adempimenti e di contenimento dei costi, il decreto consente ad enti di minori dimensioni di “condividere” il canale di segnalazione interna e la relativa gestione (ad esempio potrebbero essere stipulati accordi/convenzioni per la gestione in forma associata delle segnalazioni whistleblowing). Ciò, naturalmente, senza pregiudicare l’obbligo di garantire la riservatezza, di fornire un riscontro e di gestire la violazione segnalata.

La condivisione del canale è prevista, in particolare, per: i soggetti del settore privato che hanno impiegato, nell’ultimo anno, una media di lavoratori subordinati, con contratto di lavoro a tempo determinato o indeterminato, non superiore a duecentoquarantanove.” (Linee Guida ANAC, p. 41)

“5.2 Gestione e delega delle segnalazioni interne nei gruppi con imprese sopra i 249 lavoratori dipendenti

Al di fuori della fattispecie della condivisione del canale nei soggetti fino a 249 dipendenti, il Decreto nulla dispone in ordine alla possibilità di condivisione del canale tra imprese appartenenti al medesimo gruppo ma che superino tale soglia dimensionale.

Sul punto, nessuna indicazione è contenuta nelle LG ANAC che, con riferimento al settore privato, rimette all’autonomia organizzativa di ciascun ente la scelta del soggetto cui affidare il ruolo di gestore delle segnalazioni, in considerazione alle esigenze connesse alle dimensioni, alla natura dell’attività esercitata e alla realtà organizzativa concreta,

Al contempo, si tenga conto che, come visto in precedenza, il Decreto prevede che la gestione del canale interno di segnalazione possa essere affidata a un soggetto esterno all’ente.

In questo contesto, pertanto, sono ipotizzabili diverse soluzioni operative:

- b) una prima soluzione è la gestione decentralizzata a livello di singola impresa controllata. In questi casi, sarà comunque possibile, per le società del gruppo, utilizzare un'unica piattaforma informatica,*
- c) una seconda soluzione è l'affidamento alla capogruppo, in qualità di soggetto terzo rispetto alle controllate, di attività inerenti alla segnalazione. In questi casi, oltre all'utilizzo di un'unica piattaforma informatica (eventualmente con canali dedicati e segregati per ciascuna società) predisposta dalla capogruppo, ciascuna controllata potrà affidare la gestione del canale di segnalazione al soggetto terzo, individuato nella capogruppo. Tale modello dovrebbe essere regolato da appositi contratti di servizio, sottoscritti tra la singola controllata e la capogruppo medesima. (CONFINDUSTRIA, Guida Operativa cit., p. 22 s.)*

“La condivisione del canale di segnalazione

4.13 *Diversi soggetti,, evidenziano che le Linee Guida non affrontano il tema relativo alla possibilità di istituire canali di segnalazioni condivisi all'interno dei gruppi di impresa, su cui sarebbe invece utile un chiarimento. ... Una ... soluzione interpretativa potrebbe essere quella di considerare la holding o altra società del gruppo come soggetto esterno cui affidare la gestione delle segnalazioni in outsourcing sulla base di contratti di servizio (Assonime, Presidente Associazione Generazione 231, Confindustria, AODV). Altri,, chiedono di prevedere per i gruppi la possibilità di adottare un unico canale centralizzato di segnalazione whistleblowing.*

Opzione scelta Non Accolta

Circa la possibilità di condividere il canale di segnalazione per i gruppi societari, si è espressa la Commissione europea con due lettere del 2 giugno 2021 (n. 3939215) e del 29 giugno 2021 (n. 4667786) affermando quanto segue:

- *qualsiasi ente con personalità giuridica del settore privato con almeno 50 dipendenti deve avere un proprio canale interno per gestire le segnalazioni, sia per imprese senza alcun legame tra loro sia per imprese appartenenti ad un medesimo gruppo;*
- *solo per le medie imprese (con 50-249 lavoratori) possono condividere le risorse per quanto riguarda la ricezione delle relazioni e delle indagini da effettuare. Va sottolineato che la responsabilità di mantenere la riservatezza, di dare un feedback e di gestire la segnalazione resta, tuttavia, in capo a ciascuna società di medie dimensioni interessata. Solo le medie imprese possono beneficiare di questa possibilità, ma ciò vale sia per imprese senza alcun legame tra loro sia per imprese appartenenti ad un medesimo gruppo (pur essendo entità giuridiche distinte).*

La possibilità che una subsidiary benefici della capacità investigativa della capogruppo, è ammessa solo a condizione che:

- *la subsidiary impieghi meno di 250 lavoratori;*
- *i canali di segnalazione esistano e rimangano disponibili a livello locale;*
- *la subsidiary resti responsabile di dare un riscontro al whistleblower;*
- *la subsidiary fornisca informazioni ai segnalanti sul fatto che le indagini avviate a seguito della segnalazione potrebbero essere gestite a livello corporate, consentendo agli stessi segnalanti di richiedere la trattazione a livello solo locale;*

Alla luce di quanto sopra, sembra più conforme alla direttiva e alle indicazioni della Commissione l'opzione proposta in merito al doppio canale: uno a livello di controllata e uno a livello di capogruppo, lasciando al WB la scelta. Inoltre, l'unica forma di condivisione delle risorse per le segnalazioni è ammessa per le società di piccole-medie dimensioni (fino a 249 dipendenti), con esclusione delle grandi. La proposta suggerita di prevedere, come soluzione alternativa alla condivisione delle risorse, l'outsourcing (affidamento della gestione del canale di segnalazione ad un soggetto esterno - capogruppo o altra società del gruppo - ai sensi dell'art. 4, co. 2 d.lgs. 24/2023) con appositi contratti di appalto di servizi, non sembra compatibile con la previsione da parte di ciascun ente di un proprio canale interno, né con la citata disposizione della direttiva che limita i poteri dei soggetti terzi. (ANAC, *Relazione Illustrativa* sulle osservazioni ricevute in sede di Consultazione sul testo delle *Linee Guida* adottate in via preliminare, ottobre 2023)

Art. 13. Trattamento dei dati personali

5. I soggetti del settore pubblico e i soggetti del settore privato che condividono risorse per il ricevimento e la gestione delle segnalazioni, ai sensi dell'articolo 4, comma 4, determinano in modo trasparente, mediante un accordo interno, le rispettive responsabilità in merito all'osservanza degli obblighi in materia di protezione dei dati personali, ai sensi dell'articolo 26 del regolamento (UE) 2016/679

“Articolo 26 - Contitolari del trattamento - Allorché due o più titolari del trattamento determinano congiuntamente le finalità e i mezzi del trattamento, essi sono contitolari del trattamento. Essi determinano in modo trasparente, mediante un accordo interno, le rispettive responsabilità in merito all'osservanza degli obblighi derivanti dal presente regolamento, con particolare riguardo all'esercizio dei diritti dell'interessato, e le rispettive funzioni di comunicazione delle informazioni di cui agli articoli 13 e 14, Tale accordo può designare un punto di contatto per gli interessati.

2. Il contenuto essenziale dell'accordo è messo a disposizione dell'interessato.

Art. 13. Trattamento dei dati personali

1. Ogni trattamento dei dati personali, compresa la comunicazione tra le autorità competenti, previsto dal presente decreto, deve essere effettuato a norma del regolamento (UE) 2016/679, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196

a) *“La ricezione e la gestione delle segnalazioni interne determinano in capo all’ente il trattamento dei dati personali delle persone a vario titolo coinvolte nei fatti segnalati.”* (CONFINDUSTRIA, *Guida Operativa* cit., p. 28)

4. I trattamenti di dati personali relativi al ricevimento e alla gestione delle segnalazioni sono effettuati, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 5 e 25 del regolamento (UE) 2016/679, fornendo idonee informazioni alle persone segnalanti e alle persone coinvolte ai sensi degli articoli 13 e 14 del medesimo regolamento (UE) 2016/679, nonché adottando misure appropriate a tutela dei diritti e delle libertà degli interessati.

“Articolo 5 - Principi applicabili al trattamento di dati personali - «liceità, correttezza e trasparenza»; «limitazione della finalità»; «minimizzazione dei dati»; «esattezza»; «limitazione della conservazione»; «integrità e riservatezza»; «responsabilizzazione»”

*“Articolo 25 - Protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione dei dati per impostazione predefinita” (c.d. *privacy by design and by default*)”*

“Articolo 13 - Informazioni da fornire qualora i dati personali siano raccolti presso l’interessato”

“Articolo 14 - Informazioni da fornire qualora i dati personali non siano stati ottenuti presso l’interessato”

“A titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, tale informativa può essere fornita in allegato alla procedura whistleblowing, mediante la pubblicazione di documenti informativi (es. sul sito web) o in un’apposita sezione dell’applicativo informatico utilizzato per l’acquisizione e gestione delle segnalazioni.

b) Con riferimento all’obbligo di rendere l’informativa, le LLGG precisano che nella fase di acquisizione della segnalazione e della eventuale successiva istruttoria **non devono essere fornite informative specifiche ai soggetti diversi dal segnalante**. L’obiettivo è evitare che l’attivazione di flussi informativi dai quali è possibile dedurre il coinvolgimento della persona in una segnalazione possa vanificare le tutele per la riservatezza previste dal Decreto.” (CONFINDUSTRIA, Guida Operativa cit., p. 30)

6. I soggetti di cui all'articolo 4 definiscono il proprio modello di ricevimento e gestione delle segnalazioni interne, individuando misure tecniche e organizzative idonee a garantire un livello di sicurezza adeguato agli specifici rischi derivanti dai trattamenti effettuati, sulla base di una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati, e disciplinando il rapporto con eventuali fornitori esterni che trattano dati personali per loro conto ai sensi dell'articolo 28 del regolamento (UE) 2016/679

“Articolo 35 - Valutazione d'impatto sulla protezione dei dati - 1. Quando un tipo di trattamento, ..., considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento effettua, prima di procedere al trattamento, una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali.7. La valutazione contiene almeno:

a) una descrizione sistematica dei trattamenti previsti e delle finalità del trattamento, compreso, ove applicabile, l'interesse legittimo perseguito dal titolare del trattamento; b) una valutazione della necessità e proporzionalità dei trattamenti in relazione alle finalità; c) una valutazione dei rischi per i diritti e le libertà degli interessati di cui al paragrafo 1; e d) le misure previste per affrontare i rischi, includendo le garanzie, le misure di sicurezza e i meccanismi per garantire la protezione dei dati personali e dimostrare la conformità al presente regolamento, tenuto conto dei diritti e degli interessi legittimi degli interessati e delle altre persone in questione.

“Articolo 32 - Sicurezza del trattamento -, il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento mettono in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio, che comprendono, tra le altre, se del caso:

a) la pseudonimizzazione e la cifratura dei dati personali; b) la capacità di assicurare su base permanente la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento; c) la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l'accesso dei dati personali in caso di incidente fisico o tecnico; d) una procedura per testare, verificare e valutare regolarmente l'efficacia delle misure tecniche e organizzative al fine di garantire la sicurezza del trattamento.”

“Articolo 28 – Responsabile del trattamento

1. Qualora un trattamento debba essere effettuato per conto del titolare del trattamento, quest'ultimo ricorre unicamente a responsabili del trattamento che presentino garanzie sufficienti per mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate in modo tale che il trattamento soddisfi i requisiti del presente regolamento e garantisca la tutela dei diritti dell'interessato.

2. Il responsabile del trattamento non ricorre a un altro responsabile senza previa autorizzazione scritta, specifica o generale, del titolare del trattamento.

3. I trattamenti da parte di un responsabile del trattamento sono disciplinati da un contratto o da altro atto giuridico a norma del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che vincoli il responsabile del trattamento al titolare del trattamento e che stipuli la materia disciplinata e la durata del trattamento, la natura e la finalità del trattamento, il tipo di dati personali e le categorie di interessati, gli obblighi e i diritti del titolare del trattamento

Art. 12. Obbligo di riservatezza

1. Le segnalazioni non possono essere utilizzate oltre quanto necessario per dare adeguato seguito alle stesse.

Cfr. art. 5, comma 1, lett. b) e c), REG. UE 2016/679, c.d. GDPR: “*I dati personali sono: ... b) raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità; ... («limitazione della finalità»); c) adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati («minimizzazione dei dati»)*”;

Art. 13. Trattamento dei dati personali

2. I dati personali che manifestamente non sono utili al trattamento di una specifica segnalazione non sono raccolti o, se raccolti accidentalmente, sono cancellati immediatamente.

Cfr. art. 17, comma 1, GDPR: “1. L’interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l’obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se ...: a) i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati ...”

Art. 13. Trattamento dei dati personali

2. [le] persone ... competenti a ricevere o a dare seguito alle segnalazioni [devono essere] espressamente autorizzate a trattare tali dati ai sensi degli articoli 29 e 32, paragrafo 4, del regolamento (UE) 2016/679 e dell'articolo 2-*quaterdecies* del codice in materia di protezione dei dati personali di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 ...

art. 29 GDPR: “*Trattamento sotto l'autorità del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento*” – art. 32, co. 4, GDPR: “*Il titolare del trattamento è il responsabile del trattamento fanno sì che chiunque agisca sotto alla loro autorità e abbia accesso ai dati personali non tratti tali dati se non è istruito in tal senso dal titolare del trattamento ...*” - art. 2-quaterdecies Codice Privacy: “*Il titolare o il responsabile del trattamento possono prevedere, sotto la propria responsabilità e nell'ambito del proprio assetto organizzativo, che specifici compiti e funzioni connessi al trattamento di dati personali siano attribuiti a persone fisiche, espressamente designate, che operano sotto la loro autorità.*”

Si tratta della stessa qualificazione soggettiva sancita per “*i singoli membri dell’OdV*” dal “*Parere*” del Garante della *privacy* del 12 maggio 2020, come anticipato *sub 3* alla slide 48.

Art. 13. Trattamento dei dati personali

4. I trattamenti di dati personali relativi al ricevimento e alla gestione delle segnalazioni sono effettuati dai soggetti di cui all'articolo 4, in qualità di titolari del trattamento,

“Le qualifiche dei soggetti che trattano i dati personali

Titolari del trattamento - Soggetti pubblici e privati che istituiscono il canale interno

Contitolari del trattamento - Enti pubblici e privati che condividono il canale interno (art. 4, co. 4, d.lgs. 24/2023)

Responsabili del trattamento - Soggetti esterni gestori delle segnalazioni (ove sia stata loro affidata la gestione) - Fornitori esterni

Persone autorizzate - Persone espressamente designate dal titolare o dai contitolari del trattamento che gestiscono e trattano le segnalazioni.” (Linee Guida ANAC, p. 57)

Art. 14. Conservazione della documentazione inerente alle segnalazioni

[vedi sopra slide 23]

Art. 21. Sanzioni

1. Fermi restando gli altri profili di responsabilità, l'ANAC applica al responsabile le seguenti sanzioni amministrative pecuniarie:

- a) da 10.000 a 50.000 euro quando accerta che è stato violato l'obbligo di riservatezza di cui all'articolo 12;
- b) da 10.000 a 50.000 euro quando accerta che ... che non sono state adottate procedure per l'effettuazione e la gestione delle segnalazioni ovvero che l'adozione di tali procedure non è conforme a quelle di cui agli articoli 4 e 5, ...

“In generale, la disciplina ... mette in luce la centralità della procedura interna di segnalazione, la cui funzione è quella di garantire le protezioni accordate al segnalante dalla legge, ma anche quella di informare e rendere consapevoli i potenziali segnalanti delle condizioni di operatività delle protezioni previste a loro tutela.” (CONFINDUSTRIA, Guida Operativa cit., p. 26)

“ ... le LG ANAC nell'ottica di individuarne il soggetto destinatario distinguono, per le varie fattispecie, tra persona fisica e giuridica ritenuta responsabile e quindi destinataria della sanzione. In particolare:

- i) nelle ipotesi di mancata istituzione del canale, di mancata adozione delle procedure o di adozione di procedure non conformi, il responsabile è individuato nell'organo di indirizzo;*
- ii) nelle ipotesi in cui non è stata svolta l'attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute, nonché quando sia stato violato l'obbligo di riservatezza, il responsabile è il gestore delle segnalazioni.” (CONFINDUSTRIA, Guida Operativa cit., p. 31 s.)*

Milano

Via della Moscova, 3
20121 Milano
Tel +39 02.80673.1
Fax +39 02.89010836

Bologna

Viale A. Silvani, 6
40122 Bologna
Tel +39 051.99711
Fax +39 051.9971333

Venezia

Parco Scientifico Tecnologico Vega
Via delle Industrie, 19
30175 Venezia Marghera (VE)
Tel +39 041.290571.1
Fax +39 041.2905770

Roma

Via Barberini, 47
00187 Roma
Tel +39 06.697757.1
Fax +39 06.69775720

Torino

Via Montecuccoli, 9
10121 Torino
Tel +39 011.41724.1
Fax +39 011.4172422

E-mail: info.italy@fieldfisher.com

www.fieldfisher.com