

## Federico Pascucci

### Il *whistleblowing*

**Sommario:** **1.** Il *whistleblowing*: definizione e profili generali. **2.** Prima della l. n. 179/2017: il *whistleblowing* nel lavoro pubblico... **3.** (*Segue*) ...e nel lavoro privato. **4.** La riforma del 2017. **5.** Luci e ombre nella nuova disciplina nazionale del *whistleblower*. **6.** La Direttiva n. 2019/1937. **7.** Conclusioni.

#### 1. *Il whistleblowing: definizione e profili generali*

La definizione letterale di “*whistleblowing*” è – più o meno – quella di “suonare il fischietto”, anche se si può tradurre l’espressione come “spifferare un’informazione” o, più semplicemente, con il termine “soffiata”<sup>1</sup>. Peraltro queste ultime espressioni, che hanno certamente un significato alquanto negativo nell’uso comune, potrebbero suggerire un comportamento eticamente scorretto, al limite dell’illecito. In realtà il *whistleblowing* è tecnicamente la segnalazione di azioni illegali, illecite o comunque immorali da parte di soggetti che ne siano venuti a conoscenza nell’ambito del rapporto di lavoro e rivolta a un altro soggetto in grado di intervenire sull’azione stessa<sup>2</sup>, e configura quindi un’azione tutt’altro che disdicevole, ma in grado di soddisfare, in certe condizioni, notevoli interessi pubblici.

Questo fenomeno ha acquisito una certa importanza negli ultimi tempi, vuoi a seguito dei grandi scandali finanziari che hanno travolto numerose aziende subito prima della crisi iniziata nel 2008 (tipo Enron o WorldCom) oppure a ridosso di essa (la banca speculativa Lehman Brothers su tutte), i

<sup>1</sup> AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003, p. 226 ss.

<sup>2</sup> Per tale definizione, elaborata dalla letteratura internazionale, si veda FLORIO, *Il whistleblowing nella letteratura internazionale: aspetti definitivi e fattori determinanti*, in *RDC*, 2007, pp. 929-930.

quali hanno dimostrato l'esigenza di assicurare alle imprese un efficace sistema di controllo interno e di trasparenza informativa al fine di raggiungere l'efficienza operativa, vuoi per l'entrata in vigore nel nostro paese del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 sulla responsabilità amministrativa – in realtà penale – delle imprese per i reati commessi dai propri dipendenti nel loro interesse o a loro vantaggio, responsabilità da cui l'ente può esimersi ove dimostri di essersi dotato di modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati in questione. E una parte fondamentale di tali modelli è data proprio dalle modalità di comunicazione delle informazioni a uno specifico Organo di vigilanza (da adesso in poi ODV), comunicazione che può avvenire sia dall'alto verso il basso, ma anche “controcorrente” (*upstream*), ossia partire dai livelli inferiori della piramide gerarchica e proseguire poi per raggiungere quelli superiori.

Il *whistleblowing* – istituto di chiara matrice anglosassone – si fonda sull'idea che occorre coinvolgere il lavoratore nell'attività di contrasto “a quanto compromette la corretta amministrazione, distorce la concorrenza, ostacola lo sviluppo economico e inquina le fondamenta morali della società”, e trova nei paesi di *common law*, Stati Uniti *in primis*, il suo luogo di origine<sup>3</sup>.

Più analiticamente, la problematica riguardante il *whistleblowing* si concentra vuoi sull'individuazione delle sue caratteristiche, vuoi sugli strumenti più idonei per proteggere da conseguenze pregiudizievoli il lavoratore pubblico e/o privato che segnala abusi o illeciti riscontrati durante la sua attività all'interno dell'ente di appartenenza.

Quanto al primo punto, la dottrina internazionale<sup>4</sup> è concorde nel fissare alcuni elementi che la “soffiata”, pur nella varietà delle forme in cui può avvenire, deve presentare. Le informazioni che il *wistleblower* comunica devono essere riservate o ancora meglio segrete, e la stessa comunicazione (c.d. *disclosure* o *report*) deve essere espressione di dissociazione dal comportamento riscontrato, di modo che essa, essendo finalizzata al raggiungimento del ri-

<sup>3</sup> Così CORSO, *La via italiana al whistleblowing tra obbligo di fedeltà e “diritto alla legalità”*, in *VTDL*, 2016, p. 163. Sull'evoluzione del *whistleblowing* negli Usa e in Gran Bretagna vedi ARNAUDO, *Whistleblowing: le parole e le cose*, in *MCR*, 2015, p. 345 ss. Sul decisivo impulso dato al *whistleblowing* dal *Sarbanes Oxley Act* vedi LATTANZI, *Prime riflessioni sul whistleblowing: un modello da replicare “ad occhi chiusi”?*, in *RIDL*, 2010, I, p. 337 ss.

<sup>4</sup> Per la *summa* delle caratteristiche come individuate dalla letteratura internazionale vedi FLORIO, *op. cit.*, p. 930 ss.

sultato di bloccare la condotta stigmatizzata, configura sempre un'azione voluta e non certo accidentale<sup>5</sup>.

Ancora, lo stesso *whistleblower* deve essere – o almeno essere stato – membro dell'ente al cui interno ha osservato la condotta stigmatizzata. Peraltro l'espressione “membro dell'organizzazione” viene interpretata in maniera tutt'altro che restrittiva, ragion per cui se essa sicuramente include il lavoratore dipendente, può comunque essere estesa fino a ricomprendere anche soggetti diversi, quali consulenti, fornitori, o, addirittura, clienti. Vero elemento fondamentale è che, comunque, il *whistleblower* sia un soggetto che non è mai in grado, vista la posizione che riveste nell'ambito dell'ente, di bloccare o comunque mettere in discussione il comportamento segnalabile senza rischio di subire rappresaglie (*retaliation*)<sup>6</sup>.

L'informazione non deve necessariamente riguardare un comportamento illecito (e quindi *contra legem*, indipendentemente se penale, amministrativa o civile), potendo la condotta segnalata essere anche solo “scorretta”, purché sia comunque contraria a una prescrizione dell'organizzazione (codice di condotta o regolamento interno) o a principi etici, mentre è necessario sempre un contesto organizzativo, ossia un'organizzazione alle cui regole il soggetto colpevole (c.d. *wrongdoer*) deve conformarsi<sup>7</sup>.

Da ultimo il destinatario della comunicazione può essere sia un soggetto interno all'organizzazione (ad es., superiori gerarchici), sia un soggetto esterno (autorità amministrative e/o giudiziarie, oppure i *mass media*), ma, in ogni caso, dotato di poteri di verifica e intervento in grado di rispondere efficacemente alla segnalazione.

<sup>5</sup> Cfr. ancora FLORIO, *op. cit.*, p. 930. Parla di condotte originariamente destinate a rimanere “private (o, meglio, segrete)” anche CORSO, *op. cit.*, p. 163.

<sup>6</sup> L'espressione inglese *whistleblowing* indica proprio le garanzie *anti retaliation* delle quali possono beneficiare i lavoratori che, di propria iniziativa, segnalano comportamenti identificati come illeciti. Cfr. sul punto LATTANZI, *op. cit.*, pp. 336-337.

<sup>7</sup> Alla violazione di norme di legge o di codici interni CORSO, *op. cit.*, p. 163, aggiunge anche “semplici disfunzioni organizzative e situazioni di rischio”. Per un'esemplificazione delle condotte passibili di *whistleblowing* cfr. FLORIO, *op. cit.*, p. 932, per la quale si va dalla semplice condotta disdicevole o incompetente alla violazione dei diritti umani, passando per la frode, la corruzione e la violazione delle norme di sicurezza “e così via”.

2. *Prima della l. n. 179/2017: il whistleblowing nel lavoro pubblico...*

In Italia, l'esigenza di assicurare efficaci meccanismi di contrasto all'illegalità in generale, e alla corruzione in particolare, agendo dall'interno dell'ente – ossia le stesse esigenze a cui risponde il *whistleblowing* nei paesi di *common law* – ha portato a una prima codificazione dell'istituto nell'art. 54 *bis* del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 sul lavoro pubblico (articolo introdotto con l. 6 novembre 2012 n. 190)<sup>8</sup>.

La norma – nel testo precedente la riforma del 2017 – prevedeva la facoltà per il dipendente pubblico di denunciare all'autorità giudiziaria, alla Corte dei conti, o – dopo la modifica apportata dal d.l. 24 giugno 2014 n. 90 (conv. in l. 11 agosto 2014 n. 114) – all'ANAC, oppure di segnalare al suo superiore gerarchico, condotte illecite di cui fosse venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro. A seguito della denuncia o della segnalazione il dipendente non poteva essere licenziato, né sottoposto a una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per qualunque motivo collegato, direttamente o indirettamente, con il *report*.

Quanto alla condotta, risultava abbastanza chiaro che il dipendente riceveva protezione in caso di segnalazione di illeciti penali, di illeciti amministrativi, o di condotte disciplinarmente rilevanti<sup>9</sup>. Indicativo in tal senso era il ventaglio dei destinatari della denuncia: se il riferimento all'autorità giudiziaria e all'ANAC lasciava pochi dubbi sul fatto che questa riguardasse un reato, la denuncia alla Corte di conti o la segnalazione al proprio superiore gerarchico potevano ricomprendere comportamenti rilevanti dal punto di vista amministrativo o disciplinare, ma non consistenti necessariamente in una violazione della norma penale<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Per un commento vedi RICCIO, *La tutela del whistleblower in Italia*, in *DLRI*, 2017, p. 139, ma soprattutto p. 147 ss., CARINCI M.T., *Whistleblowing in Italy: rights and protections for employees*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2014, n. 106, in particolare pp. 3-5 e BELSITO, *Il whistleblowing: tutele e rischio per il soffiatore*, Cacucci, 2013, p. 41 ss.

<sup>9</sup> Cfr. sul punto RICCIO, *op. cit.*, p. 148 per il quale la mancata delimitazione fatta dalla norma in ordine alla materia oggetto dell'illecito determinava l'applicazione della tutela ivi prevista al lavoratore che segnalasse ogni tipo di illecito, ma anche che la segnalazione di ogni tipo di illecito ricevesse la specifica tutela solo se effettuata nei modi indicati dall'art. 54 *bis*.

<sup>10</sup> Vedi CORSO, *op. cit.*, p. 181, per cui la denuncia alla Corte dei conti lasciava trasparire la convinzione che la condotta illecita avesse prodotto un danno erariale, ma che comunque non si fosse estrinsecata necessariamente in un reato, mentre la segnalazione al superiore gerarchico valorizzava "la componente amministrativa della condotta illecita portata a conoscenza in via gerarchica".

La tutela non era illimitata, ma spettava al dipendente che avesse conosciuto la condotta “in occasione del rapporto di lavoro”, e la cui segnalazione non si risolvesse nel reato di calunnia o diffamazione, oppure in un’azione comunque illecita dal punto di vista civile *ex art.* 2043 cod. civ. Detto in altri termini, la segnalazione doveva riguardare un comportamento illecito che non fosse estraneo all’ambito lavorativo e che avesse una qualche ricaduta sul corretto funzionamento dell’ufficio pubblico. Né essa poteva avere natura abusiva o abnorme, ossia perseguire fini estranei e ulteriori rispetto al “buon andamento della pubblica amministrazione”<sup>11</sup>.

Una volta che la segnalazione non fosse uscita dai limiti sopra individuati, la tutela del segnalante si concretizzava nel divieto di comportamenti ritorsivi da parte della pubblica amministrazione (d’ora in poi PA), da una parte, e, dall’altra, nella garanzia del suo anonimato.

Peraltro la garanzia di anonimato finiva per entrare in rotta di collisione con l’antitetico, ma altrettanto fondamentale, diritto di difesa dell’incolpato. Sotto questo profilo, il testo *ante* riforma 2017 prevedeva, nel caso di apertura del procedimento disciplinare da parte della PA a seguito della segnalazione, l’impossibilità per la stessa di rivelare il nome del segnalante senza il suo consenso, ove la contestazione di addebito non si fosse basata solamente sulla segnalazione stessa, ma fosse fondata su accertamenti “distinti e ulteriori”. Qualora invece la stessa contestazione si fosse basata solo o almeno parzialmente sulla segnalazione, allora il diritto di difesa dell’incolpato e la garanzia del contraddittorio finivano per prevalere sulla esigenza di segretezza dell’identità del segnalante, sempre che – secondo la lettera dell’art. 54 *bis* – la conoscenza dell’identità del *whistleblower* fosse “assolutamente indispensabile per la difesa dell’incolpato”<sup>12</sup>.

Qualora a seguito della sua segnalazione il lavoratore fosse stato sottoposto a licenziamento o a qualunque altra misura discriminatoria, l’art. 54 *bis* prevedeva, al co. 3, la segnalazione, su iniziativa dello stesso o dei sindacati

<sup>11</sup> Ancora CORSO, *op. cit.*, pp. 181-182, per cui “l’agire segnalando condotte illecite insistenti con il fine di un regolamento di conti con un collega di lavoro”, lungi dal garantire la copertura al segnalante, lo esponeva alla responsabilità penale e/o a quella civile. Parzialmente diffonde la lettura di RICCIO, *op. cit.*, p. 148, secondo il quale il vecchio testo dell’art. 54 *bis* non avallava l’interpretazione che vi dovesse essere un rapporto di necessità tra illecito ed attività tipica dell’amministrazione ai fini dell’applicazione della tutela.

<sup>12</sup> Senza contare che la garanzia di anonimato si rivelava del tutto relativa, visto che la stessa veniva seriamente messa a rischio ove il comportamento segnalato avesse avuto rilevanza penale. Cfr. sul punto CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 5.

maggiormente rappresentativi, di detta misura al Dipartimento per la funzione pubblica “per i provvedimenti di competenza”.

Peraltro è da ritenere che tale rimedio non fosse esclusivo, ma parallelo al normale canale della tutela giudiziaria, con la conseguenza che il mezzo principale che il segnalante aveva per difendersi dalla “rappresaglia” rimaneva sempre il ricorso al giudice per far dichiarare la nullità del provvedimento discriminatorio adottato. Risultato, quest’ultimo, in verità per nulla scontato, visto che la prova dell’intento ritorsivo – e quindi discriminatorio – del provvedimento emesso dalla PA gravava sul lavoratore<sup>13</sup>, e che tale onere diveniva tanto più arduo quanto più il provvedimento percepito come *retaliation* si allontanava temporalmente dalla segnalazione o poteva comunque essere giustificato dall’amministrazione come richiesto dal principio di ottimizzazione delle risorse pubbliche. Il tutto senza contare l’incognita, sempre presente, che la segnalazione fosse ritenuta ingiustificata o, peggio, calunniosa, con la conseguenza che l’interessato, oltre a perdere la copertura dell’art. 54 *bis*, si vedeva esposto a conseguenze penali, contabili o civili.

Alla luce di ciò non deve dunque stupire la scelta fatta da molti dipendenti pubblici. Questi, posti di fronte al bivio se segnalare l’illecito, con tutte le conseguenze in termini di costi e stress che ne sarebbero derivate, o lasciare inalterato lo *status quo*, preferendo non inimicarsi colleghi e superiori e rovinare l’ambiente di lavoro, hanno optato per la seconda alternativa, condannando la norma in questione alla scarsa applicazione che ha avuto nel corso del tempo, e facendo sorgere l’esigenza per il legislatore del 2017 di modificarla, cercando di renderla più efficace<sup>14</sup>.

### 3. (Segue) ...e nel lavoro privato

Sprovvisto di disciplina legale *ad hoc* era – prima della riforma del 2017 – il settore privato. Peraltro ciò non voleva dire che il dipendente che se-

<sup>13</sup> Rilevano tale criticità RICCIO, *op. cit.*, pp. 157 ss., CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 5, la quale però, nella nota 16, rileva come il rischio in questione fosse parzialmente disinnescato – “*partially defused*” – dall’onere, per il datore di lavoro, di provare la giusta causa o il giustificato motivo del licenziamento *ex art. 5, l. 15 luglio 1966 n. 604*, e BELSITO, *op. cit.*, p. 42.

<sup>14</sup> Per una *summa* delle criticità dell’art. 54 *bis* si vedano le considerazioni di ARNAUDO, *op. cit.*, p. 556, il quale riporta quanto emerso dalla relazione annuale ANAC del 2014, rilevando altresì l’assenza di un dispositivo premiale di tipo economico – il cosiddetto *bounty* – che è stato un fattore determinante nel successo dell’istituto del *whistleblowing* nel mondo anglosassone.

gnalasse comportamenti illeciti fosse completamente privo di tutele. Semplificamente queste ultime venivano individuate nei principi generali del diritto del lavoro.

Il lavoratore del settore privato che denunciava all'autorità giudiziaria comportamenti illeciti del proprio datore di lavoro non violava – secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale – l'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 cod. civ., purché la denuncia fosse effettuata nel consapevole rispetto della verità dei fatti, e non avesse carattere calunnioso, non essendo richiesto al prestatore un “dovere di omertà”<sup>15</sup>.

Parzialmente diverso era invece l'esercizio del “diritto di critica” del lavoratore, il quale, oltre alla verità di quanto affermato, doveva anche rispettare i limiti della contenenza della forma espositiva utilizzata, specie ove le rivelazioni fossero dirette agli organi di informazione, pena la natura diffamatoria – e quindi disciplinarmente rilevante – del comportamento posto in essere<sup>16</sup>.

Ove il lavoratore segnalante fosse rimasto nei limiti sopra individuati, il licenziamento o qualsiasi altro provvedimento ritorsivo poteva essere dichiarato illegittimo dal giudice, sempre che – naturalmente – il lavoratore fosse riuscito a dimostrare il collegamento tra la segnalazione e il provvedimento stesso (e quindi la sua natura di *retaliation*).

Discorso diverso invece doveva farsi in caso di *report* interno, ossia di segnalazione avvenuta all'interno della stessa impresa. Se, da una parte, in tale frangente non poteva certamente essere chiamata in causa la violazione dell'obbligo di fedeltà<sup>17</sup>, l'unica norma a cui l'istituto del *whistleblowing* si poteva agganciare – ossia l'art. 6 del d.lgs. 231 del 2001 sulla responsabilità “ammi-

<sup>15</sup> Principio espresso in Cass. 26 settembre 2017, n. 22375 in *Rep. FI*, 2017, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1213; Cass. 16 febbraio 2017 n. 4125, in *LG*, 2017, p. 456, con nota di Santoro; Cass. 23 marzo 2012 n. 4707, in *RIDL*, 2012, II, p. 831, con nota di Carinci M.T.; Cass. 16 gennaio 2001 n. 516, in *RIDL*, 2001, II, p. 453. Vedi in dottrina RICCIO, *op. cit.*, p. 151, secondo cui i doveri di cui all'art. 2105 cod. civ. sono riferiti solo alle attività lecite del datore di lavoro, “non potendosi certo richiedere al lavoratore l'osservanza di questi obblighi, nell'ambito del dovere di collaborazione con l'imprenditore, anche quando quest'ultimo intenda perseguire interessi che non siano leciti”, AIMO, *op. cit.*, p. 247, nonché ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1979, p. 239.

<sup>16</sup> Cfr. Cass. 29 novembre 2016 n. 24260, in *ADL*, 2017, p. 420, con nota di Fontana. Sul bilanciamento tra i diritti di informazione e di critica del lavoratore e i diritti al segreto e alla dignità personale del datore vedi CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 8 ss. ma soprattutto p. 10. Sia consentito di rimandare sul punto anche ad ALLAMPRESE, PASCUCCI F., *I limiti della critica e della satira nei confronti del datore di lavoro*, in *RGL*, 2019, II, p. 250 e alla bibliografia *ivi* citata.

<sup>17</sup> Cfr. sul punto sia CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 14 che LATTANZI, *op. cit.*, p. 346, nota 37.

nistrativa” degli enti – prevedeva semplicemente l’esonazione per l’ente dalla responsabilità per i reati commessi a suo vantaggio o nel suo interesse se, prima della commissione dei reati stessi, questi avesse adottato un modello di organizzazione e gestione adeguato a prevenire gli illeciti, e sempre che il compito di vigilare sull’attuazione di tali modelli fosse affidato a un organo interno dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo.

Ora, *nulla questio* sul fatto che uno degli strumenti più efficaci per rendere effettivo l’art. 6 in questione – e scriminare l’ente dalla responsabilità – fosse proprio quello di prevedere all’interno del modello organizzativo un canale specifico che permettesse a tutti i lavoratori – e non solo a loro – di segnalare all’ODV qualunque *wrongdoing*, fosse esso un reato, un illecito amministrativo, civile o semplicemente un comportamento “eticamente scorretto” (violazione del codice etico). Rimaneva però il fatto che tale segnalazione non era un obbligo del lavoratore definito a livello legislativo, ma poteva diventarlo soltanto, e solo eventualmente visto che l’adozione del modello non era obbligatoria, in via unilaterale mediante il suo inserimento nel codice disciplinare dell’azienda<sup>18</sup>.

Così come rimaneva – ed era questo l’aspetto più grave – il fatto che l’art. 6 cit. non prevedeva nessun tipo di cautela che garantisse l’anonimato del segnalante, né, soprattutto, nessuna misura *anti-retaliation*, con la conseguenza che il *whistleblower* veniva rimandato alle tutele classiche del diritto del lavoro come sopra individuate dalla giurisprudenza.

Il tutto senza contare la disciplina sul diritto di accesso ai dati dell’interessato contenuta nel d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (Codice *Privacy*) e più specificatamente nell’art. 7 (vedi ora artt. 13-15 del Regolamento UE n. 2016/679 del 27 aprile 2016), il quale prevedeva non soltanto il diritto a conoscere quali informazioni fossero trattate sul proprio conto, ma anche l’origine delle stesse, a meno che non vi fosse una limitazione del diritto medesimo quando ciò costituiva una misura necessaria alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. In tale ottica, l’operazione di bilanciamento degli

<sup>18</sup> Vedi ancora CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 14. Peraltro detto inserimento non sempre è necessario, posto che, nel caso in cui il lavoratore occupi un posto elevato nella scala gerarchica e svolga mansioni di elevata professionalità, il vincolo di cui all’art. 2105 cod. civ. diventa sempre più stringente. Ne deriva che può essere irrogato un licenziamento disciplinare per mancata segnalazione degli illeciti commessi dal proprio superiore, anche se tale obbligo non era previsto nel codice disciplinare. Si veda sul punto Cass. 8 giugno 2001 n. 7819, in *NGL*, 2001, p. 600. Sulla questione cfr. anche RICCIO, *op. cit.*, p. 153.

interessi veniva lasciata alla discrezionalità del legislatore<sup>19</sup>, e ciò, in mancanza di un'esplicita previsione di riservatezza del nome del segnalante nel d.lgs. 231/2001, significava che l'incolpato poteva conoscere, facendone richiesta, l'identità del *whistleblower*.

Posta così la questione – e benché una parte della dottrina non considerasse affatto giustificata l'esigenza di introdurre nel nostro ordinamento una disciplina che tutelasse specificatamente il *whistleblowing*, potendo la protezione del lavoratore segnalante essere affrontata con i normali strumenti del diritto del lavoro<sup>20</sup> –, si può ben comprendere come l'art. 6 del d.lgs. 231/01 abbia sofferto di un ritardo nella sua applicazione più grave rispetto a quello che ha caratterizzato l'art. 54 *bis* del d.lgs. 165/01 nel lavoro pubblico, ritardo aggravato non soltanto dalle normali remore del lavoratore di subire ritorsioni ma anche dalla mancanza di esplicite garanzie previste dalla legge.

#### 4. La riforma del 2017

Conscio dei limiti presenti nelle discipline del settore pubblico e privato, il legislatore decide di riformare la materia e – dopo un lungo *iter* – viene approvata la l. 30 novembre 2017 n. 179 (“Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato”)<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. sull'intera questione LATTANZI, *op. cit.*, pp. 354-355.

<sup>20</sup> È questa l'idea di LATTANZI, *op. cit.*, p. 347, per cui “il *ius quo utimur*, rispetto ai profili giuslavoristi, sembra in grado di offrire sufficienti risposte”. Dello stesso avviso sembrerebbe CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 18 ss. secondo la quale al lavoratore sarebbe comunque spettata la tutela reintegratoria forte e la protezione contro il *mobbing*. Più dubbioso RICCIO, *op. cit.*, p. 162, il quale se da un lato rileva come l'ordinamento offrisse al lavoratore colpito da provvedimenti ritorsivi un “grado di tutela che non può certo definirsi debole”, rimarca come la mancanza di disposizioni volte a garantirlo in fase pre-giudiziaria, la necessaria esposizione personale nell'effettuare la segnalazione ed il conseguente giudizio “lasciato a operazioni interpretative dagli incerti confini svolte caso per caso”, non rappresentavano certo “un incentivo adeguato per l'emersione degli illeciti”.

<sup>21</sup> Sulla l. n. 179/2017 vedi, fra gli altri, FREDIANI, *La delazione protetta quale diritto-dovere alla segnalazione d'allarme*, in *LG*, 2018, p. 221; MARTONE, *La repressione della corruzione e la tutela del whistleblower alla luce della L. 30 novembre 2017, n. 179*, in *ADL*, 2018, p. 68; FRIGNANI, *Illeciti nel rapporto di lavoro- Finalmente una legge generale sul whistleblowing: luci e ombre*, in *DI*, 2018, p. 51; PETRUCCI, *Whistleblowing, resta il rebus sui destinatari*, in *GD*, 2017, n. 48, p. 6; AVIO, *La nuova tutela del dipendente che segnala reati o irregolarità*, in questa rivista, 2017, p. 655.

La legge si compone di tre articoli i quali, invece di costruire una normativa *ad hoc*, interpolano norme già esistenti. L'art. 1 riforma completamente l'art. 54 *bis* del d.lgs. 165/01, mentre l'art. 2 modifica l'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001, inserendo, dopo il co. 2, i commi 2 *bis*, 2 *ter* e 2 *quater*. L'art. 3 prevede invece una deroga al segreto d'ufficio, aziendale, professionale e/o scientifico.

Il cambio di rotta e l'importanza della legge del 2017 può evincersi già dalla rubrica, dalla quale si comprende come le tutele per il segnalatore ora si estendano anche al settore del lavoro privato, rimediando a una delle lacune più gravi della precedente situazione.

Il primo comma del nuovo art. 54 *bis* specifica che il dipendente pubblico può, “nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione”, segnalare al responsabile della prevenzione della corruzione, all'ANAC, oppure alla magistratura ordinaria e/o contabile, le condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza “in ragione del proprio rapporto di lavoro”. Sparisce dunque tra i soggetti abilitati a ricevere l'informazione il superiore gerarchico, sul presupposto che detto soggetto possa essere in qualche modo coinvolto, connivente o comunque per nulla interessato a dar seguito alla segnalazione del *whistleblower*, mentre rimane sempre la necessità che le condotte stigmatizzate siano state acquisite all'interno dell'ambito lavorativo e che abbiano una ricaduta sul funzionamento del pubblico ufficio.

Il dipendente che segnala o denuncia non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o comunque sottoposto a qualunque misura organizzativa che abbia effetti negativi diretti o indiretti sulle condizioni di lavoro e che sia determinata dal suo *report*. Anche in tale caso è netta la differenza con la precedente normativa. Il legislatore passa dalla scarna previsione originaria – sanzione, licenziamento o misura discriminatoria – ad elencare specificatamente le condotte di *retaliation* vietate, che ora comprendono anche il demansionamento e/o il trasferimento.

Quanto alla discriminatorietà delle misure in questione, la stessa viene richiamata nel prosieguo del primo comma dell'art. 54 *bis*. In questo si afferma che dette misure – una volta adottate – vengono in ogni caso comunicate all'ANAC dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione coinvolta. L'ANAC, a sua volta, informa il Dipartimento della funzione pubblica oppure gli altri organismi di garanzia e disciplina per “gli eventuali provvedimenti di competenza”. Ne consegue una specie di doppio passaggio – prima l'ANAC e poi il Dipartimento della fun-

zione pubblica – che sembrerebbe appesantire la procedura, ma acquista una sua coerenza interna anche alla luce del potere dell’ANAC di irrogare le sanzioni a seguito dell’istruttoria in cui sia riconosciuto il carattere discriminante delle misure adottate dalla PA.

Il co. 2 dell’art. 54 *bis* è importante, in quanto precisa la nozione di “pubblico dipendente”, ricomprendendo in essa non soltanto il dipendente delle amministrazioni pubbliche, ma anche quello degli enti pubblici economici o degli enti privati sottoposti al controllo pubblico. Inoltre la disciplina dell’art. 54 *bis* “attrae” nella sua orbita anche i dipendenti e i collaboratori delle imprese che, pur essendo private, forniscono beni o servizi o realizzano opere in favore dell’amministrazione pubblica. È chiara la *ratio* inclusiva del comma in questione, il quale – oltre a dissipare ogni possibile dubbio derivante dal silenzio sul punto della precedente disciplina – tende a proteggere tutti i lavoratori che più facilmente possono venire a contatto con i fenomeni illeciti riguardanti la pubblica amministrazione, corruzione *in primis*.

Il co. 3 garantisce l’anonimato del dipendente, ma non tutela le segnalazioni anonime, in quanto specifica che “l’identità del segnalante non può essere rivelata”, dando così per assodato che questi deve comunque fornire la sua identità nel momento in cui effettua la segnalazione. Nel caso di denuncia penale, l’identità del *whistleblower* è coperta dal segreto *ex art.* 329 del cod. proc. pen., mentre nel caso di procedimento davanti alla magistratura contabile l’anonimato è protetto fino alla chiusura della fase istruttoria.

Rilevanti sono i cambiamenti in caso di procedimento disciplinare. L’identità del segnalante non può essere rivelata, ove la contestazione si fondi su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, e questo anche se i primi sono conseguenti alla seconda. Nel caso invece in cui la contestazione si fondi in tutto o in parte sulla segnalazione e l’identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell’imputato, la segnalazione stessa potrà essere utilizzata – e, di conseguenza, il procedimento essere portato a compimento – solo ove il *whistleblower* abbia consentito a rivelare la sua identità.

Dalla lettera della legge potrebbe non risultare chiaro il ruolo del consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità, in quanto sembrerebbe che, in caso di indipendenza dell’addebito dalla segnalazione, la rivelazione sia sempre preclusa anche in caso di consenso, mentre ove l’addebito si fondi soltanto su di essa, sia necessario il consenso per poter proseguire il procedimento disciplinare. In realtà se si mettono a confronto il testo riformato e quello precedente ci si accorge come non dovrebbero esservi dubbi inter-

pretativi, posto che nel vecchio art. 54 *bis* il consenso, una volta prestato, legittimava a rivelare l'identità del segnalante in ogni caso, mentre ove la rivelazione si fosse rivelata "assolutamente" indispensabile a garantire la difesa dell'incolpato, essa prescindeva dallo stesso consenso. Anche nel nuovo testo il consenso del segnalante sembra permettere alla PA la rivelazione della sua identità indipendentemente dalla necessità di questa a garantire il diritto di difesa dell'incolpato. Quello che casomai cambia è che nel caso in cui quest'ultimo acquisti preminenza sulla protezione del *whistleblower*, perché è solo sulla sua segnalazione che la contestazione si fonda, è ancora necessario il suo consenso perché l'ente possa disvelare la sua identità, e ove questo sia negato, viene a cadere il fondamento del procedimento disciplinare. Sul punto l'omissione dell'avverbio "assolutamente" nel nuovo testo non sembra lasciare molti dubbi in proposito e la tutela del diritto di difesa dell'incolpato è fatta salva con l'inutilizzabilità della segnalazione e, in definitiva, la chiusura dell'intero procedimento.

Rimane praticamente invariato il co. 4, che sottrae il nome del segnalante all'accesso dei documenti amministrativi previsto dalla l. 7 agosto 1990 n. 241.

Nel nuovo co. 5 si prevede l'obbligo per l'ANAC, sentito il Garante per la *privacy*, di adottare apposite linee guida che disciplinino le procedure per la presentazione e la gestione – *rectius*, profilazione – delle segnalazioni. Dette linee guida devono prevedere l'utilizzo di modalità anche informatiche e devono promuovere il ricorso a sistemi di crittografia che garantiscano la riservatezza dell'identità del segnalante, del contenuto della segnalazione e della relativa documentazione<sup>22</sup>.

La norma in questione può essere letta come un adeguamento della disciplina del *whistleblowing* a quanto previsto dal nuovo Reg. n. 2016/679 sulla protezione dei dati personali, in particolare circa l'esigenza che il titolare del trattamento utilizzi speciali sistemi di sicurezza (tra i quali l'art. 32, par. 1, lett.

<sup>22</sup> A quanto consta le Linee guida sono rimaste quelle emesse con la Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015. È comunque importante sottolineare come l'ANAC ha messo *online* dal 15 gennaio 2019 un'applicazione informatica specifica – denominata "*Whistleblower*" – per l'acquisizione e la gestione delle segnalazioni di illeciti da parte dei pubblici dipendenti, nel rispetto delle garanzie di riservatezza previste dalle norme vigenti, mentre dal 24 luglio 2019 l'Autorità ha aperta una consultazione pubblica – sempre *online* – sullo schema delle nuove linee guida in materia di *whistleblowing* che andranno a sostituire quelle del 2015. Vedi tali notizie sul sito [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

a, Reg. 2016/679, contempla proprio la pseudonimizzazione e la cifratura), e circa la facoltà del titolare medesimo di adeguarsi a un codice di condotta ai fini della dimostrazione che il trattamento posto in essere è conforme a quanto richiesto dal Regolamento (art. 32, par. 3).

Il co. 6 prevede la potestà sanzionatoria dell'ANAC nei confronti dei membri della pubblica amministrazione che abbiano posto in essere provvedimenti ritorsivi o abbiano omesso doveri del loro ufficio riguardanti le procedure di segnalazione. L'Autorità anticorruzione può irrogare una serie di sanzioni amministrative pecuniarie – con minimi da 5.000 fino a massimo di 50.000 euro – nei confronti del responsabile quando: a) a seguito dell'istruttoria sia emersa l'adozione di misure discriminatorie; b) le procedure di inoltro e gestione delle segnalazioni non sono conformi a quanto previsto al co. 5 o, peggio, sono del tutto assenti; c) viene accertato che le segnalazioni ricevute non sono state sottoposte ad analisi e verifica. L'ANAC determina l'ammontare della sanzione tenuto conto delle dimensioni dell'ente o dell'amministrazione a cui la segnalazione si riferisce.

Fondamentali ai fini della protezione del segnalante nel settore pubblico sono i co. 7 e 8. In questi si specifica che: a) l'onere della prova sul fatto che le misure che si ritengono discriminatorie e/o ritorsive non siano collegate alla segnalazione incombe sull'amministrazione; b) qualora tale onere non sia soddisfatto detti atti sono nulli; c) nel caso l'atto si concreti in un licenziamento, il lavoratore debba essere reintegrato ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23.

Il co. 9 del nuovo art. 54 *bis* conferma l'esclusione dalle tutele per il segnalante che abbia abusato dello strumento di *report* e che sia stato condannato, anche in primo grado, per i reati di calunnia e/o diffamazione o per qualunque altro reato derivante dalla segnalazione, oppure civilmente per dolo o colpa grave.

L'art. 2 della l. n. 179/2017 introduce – come già ricordato – un *corpus* di tutele del *whistleblowing* anche nel lavoro privato, interpolando l'art. 6 del d.lgs. 231/2001 sulla responsabilità penale degli enti. Più specificatamente al nuovo comma 2 *bis* dell'art. 6 si prevede che i modelli organizzativi, la cui adozione ed efficace attuazione, pur rimanendo facoltative, scriminano l'ente dalla responsabilità per i reati commessi dai suoi dipendenti, debbano prevedere la creazione di specifici canali che consentano agli stessi soggetti che possono porre in essere i reati – ossia i soggetti apicali e gli altri ad essi sottoposti – di poter presentare, per tutelare l'integrità dell'ente, segnalazioni “circostan-

ziate” di condotte illecite, rilevanti ai fini della responsabilità prevista dal d.lgs. 231 e comunque fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, oppure di violazioni del modello organizzativo di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte. I canali in questione garantiscono la riservatezza dell’attività del segnalante ed almeno uno di essi deve essere predisposto, proprio per garantire detta riservatezza, con modalità informatiche.

Ancora, all’interno dei modelli dovrà essere espressamente previsto il divieto di qualunque atto discriminatorio che sia direttamente o indirettamente collegato alla segnalazione, mentre nel codice disciplinare – che è parte integrante del modello stesso – si dovranno prevedere le sanzioni sia per chi viola le “misure di tutela del segnalante”, sia per il segnalante stesso ove, con dolo o colpa grave, abbia posto in essere segnalazioni poi rivelatesi infondate.

Il nuovo co. 2 *ter* dell’art. 6 prevede la possibilità per il segnalante, ma anche per l’organizzazione sindacale a cui abbia affidato mandato, di denunciare all’Ispettorato nazionale del lavoro per i provvedimenti di sua competenza le eventuali misure ritorsive a cui è stato sottoposto a seguito del *report*.

Da, ultimo, il co. 2 *quater* prevede la nullità del licenziamento ritorsivo o discriminatorio, dell’eventuale mutamento di mansioni nonché di qualsiasi altra misura di *retaliation* comminata al segnalante e, soprattutto, l’inversione dell’onere della prova a carico del datore di lavoro. Questo, in caso di controversie riguardanti uno o più atti di “rappresaglia”, dovrà dimostrare che gli stessi siano fondati su ragioni estranee alla segnalazione.

L’art. 3 della l. n. 179 riporta – come detto – un’importante deroga all’obbligo del segreto, statuendo che, nel caso di segnalazione o denuncia avvenuta secondo le modalità e i limiti previsti dalle normative modificate (ossia gli artt. 54 *bis* del d.lgs. n. 168/2001 e 6 del d.lgs. 231/2001), “il perseguimento dell’interesse all’integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e repressione delle malversazioni” costituisce giusta causa di rivelazione di notizie che sarebbero coperte dall’obbligo del segreto di cui agli artt. 326, 622 e 623 cod. pen. e dall’obbligo di fedeltà per il lavoratore subordinato di cui all’art. 2105 cod. civ., con la conseguenza che il segnalante beneficia di una causa di giustificazione che elimina l’illiceità dal suo comportamento “rivelatore”. Non possono contare su tale esimente, invece, coloro che sono tenuti a rispettare il segreto professionale in virtù di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza con l’ente, l’impresa o la persona fisica interessata dal *report*. Ne sono esclusi poi coloro che rivelano notizie e documenti che sono oggetto di segreto aziendale, professionale

e/o d'ufficio, effettuando il *report* con modalità che eccedono l'eliminazione dell'illecito e/o, soprattutto, disvelando la notizia riservata fuori dai canali di comunicazione specificamente predisposti a tal fine.

La *ratio* della norma consiste nell'impedire che il segreto possa essere un ostacolo al perseguimento di reati che inficiano il buon andamento della PA o mettono a repentaglio il corretto funzionamento delle imprese. Peraltro l'esigenza di combattere gli illeciti non è in ogni caso superiore al dovere di segretezza, ma passa in secondo piano ove colui che sia tenuto alla riservatezza abbia ricevuto le notizie in virtù di uno stretto rapporto fiduciario – la consulenza, appunto – che lo lega all'ente. In ogni caso vengono colpite – e giustamente – condotte che ledono gravemente l'obbligo del segreto perché abnormi rispetto al fine di combattere i reati o poste in essere con il probabile – per non dire unico – scopo di gettare discredito sull'ente (come accade solitamente quando il *report* avviene fuori dei canali previsti dalla legge e la notizia è data, magari, “in pasto” ai *mass media*).

##### 5. *Luci ed ombre nella nuova disciplina nazionale del whistleblower*

La riforma del 2017 conferma l'impianto di tutele per il *whistleblower* fondato sui due pilastri della garanzia – entro certi limiti – della riservatezza circa l'identità del segnalante e della nullità di ogni forma di *retaliation*. Impianto che dal settore pubblico è stato esteso a quello privato.

Partendo dal primo dei due settori, il nuovo art. 54 *bis* molto opportunamente fornisce una definizione di “pubblico dipendente” inclusiva<sup>23</sup>. Forse anche troppo, quando attrae nella sua orbita i dipendenti e i collaboratori di imprese che, pur essendo private, forniscono servizi alla pubblica amministrazione, rischiando così di creare una sovrapposizione con la tutela prevista per i lavoratori privati.

Ancora, eliminando la possibilità di effettuare il *report* al proprio superiore gerarchico, il legislatore del 2017 ha cercato di incentivare il dipendente a segnalare eventuali illeciti, privilegiando soggetti destinatari probabilmente non collusi e, in definitiva, più adatti a dare un seguito alla notizia.

Inoltre, questa esclusione rafforza la riservatezza del segnalante. La PA

<sup>23</sup> Sembrano però esclusi i dipendenti di enti privati a semplice partecipazione pubblica. Cfr. sul punto FRIGNANI, *op. cit.*, p. 51.

interessata infatti non potrà conoscere immediatamente il nome del *whistleblower* e quindi dare seguito altrettanto immediato a misure di ritorsione, in quanto possiederà il nominativo in questione solo quando il *report* interno arriverà al responsabile della prevenzione e corruzione oppure solo nel momento in cui sarà avvertita dal soggetto esterno che ha ricevuto la denuncia (autorità giudiziaria o Corte di conti) o la segnalazione (ANAC)<sup>24</sup>, onde poter avviare il procedimento disciplinare nei confronti del *wrongdoer*. Il rovescio della medaglia è però dato dal fatto che si è soppresso il canale più vicino al *whistleblower* e quindi anche il più facilmente attivabile, nella convinzione – forse un poco pessimistica – che l’ambiente lavorativo in cui opera il segnalante sia sempre connivente con il *wrongdoer*, o, almeno, per nulla interessato a “turbare il quieto vivere” dando seguito al *report*.

Come nel vecchio testo, anche nel nuovo art. 54 *bis* il legislatore cerca un bilanciamento tra la fondamentale tutela del segnalante alla riservatezza e il diritto – costituzionalmente sancito – dell’incolpato alla sua difesa e al contraddittorio.

Ed è proprio nel procedimento disciplinare contro il sospetto *wrongdoer* che la nuova normativa adotta un bilanciamento di interessi migliore di quello precedente, posto che ora vi è la possibilità per il segnalante di optare sempre per la segretezza della sua identità. Se nel vecchio art. 54 *bis* l’identità del *whistleblower* era protetta solo nel caso in cui l’addebito si fondasse su fatti ulteriori e distinti rispetto al *report*, mentre andava certamente rivelata ove ciò fosse stato assolutamente necessario per assicurare la difesa dell’incolpato in quanto la contestazione si fondava praticamente solo sulla segnalazione, il nuovo testo rimette più opportunamente al segnalante la scelta se permettere la rivelazione della sua identità (e quindi far proseguire il procedimento disciplinare), oppure optare per la riservatezza (e lasciar cadere l’addebito). Si tratterebbe in definitiva di una soluzione più che bilanciata – in pratica un *win/win* – per la quale, nonostante il temperamento degli interessi sia lasciato alla valutazione dello stesso *whistleblower*, si salvano comunque le esigenze di difesa dell’incolpato, visto che, in assenza di contraddittorio, il procedimento è destinato comunque a estinguersi<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Vedi sul punto AVIO, *op. cit.*, p. 660, per il quale il dipendente pubblico potrebbe comunque non ritenere opportuna la segnalazione al responsabile anticorruzione che è comunque di norma figura apicale del suo ente.

<sup>25</sup> *Contra* sembra essere FRIGNANI, *op. cit.*, p. 52, per il quale è da dubitare che la disciplina possa garantire l’anonimato del segnalante.

Qualora a seguito della rivelazione dell'identità del segnalante vi fossero misure di ritorsione, scatterebbe il secondo pilastro delle tutele del *whistleblowing*, ossia la nullità delle misure stesse, in quanto discriminatorie. In pratica, qualunque sia la reazione della PA a danno del dipendente, e indipendentemente dalla motivazione adottata, questa rimane comunque senza conseguenze a meno che non sia l'amministrazione stessa a dimostrare in giudizio che non vi è alcun nesso di consequenzialità tra la segnalazione e il provvedimento negativo adottato.

Ed è questo, con tutta probabilità, il vero valore aggiunto della riforma del 2017, in quanto l'inserimento della presunzione relativa di ritorsione e la conseguente inversione dell'onere della prova alleggeriscono la posizione processuale del *whistleblower*, specie in quei casi in cui dimostrare il nesso causa/effetto tra *report* e misura negativa risulta arduo, vuoi per la motivazione adottata, vuoi per il lasso di tempo intercorso tra la segnalazione e il provvedimento di *retaliation*.

Qualche perplessità suscita invece la scelta del legislatore di prevedere, in caso di licenziamento ritorsivo, la tutela reintegratoria di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 relativa ai dipendenti del settore privato con contratto "a tutele crescenti"<sup>26</sup>. La previsione potrebbe porre dei problemi, se si pensa che le conseguenze del licenziamento illegittimo nel pubblico impiego non sono più regolate dall'art. 18 della l. 20 maggio 1970 n. 300 Stat. lav., ma dal nuovo art. 63, co. 2, del d.lgs. 165/2001 (come modificato dal d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75, ossia uno dei decreti attuativi della cd. Riforma Madia)<sup>27</sup>. Se questo dato si trasforma in un vantaggio per il segnalante, visto che il nuovo art. 63, co. 2, prevede un tetto massimo al risarcimento di 24 mensilità e l'*aliunde perceptum*, mentre la tutela reintegratoria dell'art. 2 del d.lgs. n. 23 è davvero "piena", resta comunque il dubbio che detta disciplina non sia propriamente conforme all'art. 3 della Cost., in quanto tratta in maniera diversa situazioni uguali. Più in particolare, se il licenziamento per *whistleblowing* è un licen-

<sup>26</sup> Secondo AVIO, *op. cit.*, p. 662, i problemi interpretativi che si sono registrati sull'applicabilità o meno del d.lgs. 23/2015 ai dipendenti pubblici sarebbero, nel caso del *whistleblower*, superati da un richiamo esplicito.

<sup>27</sup> Vedi sul punto le considerazioni di SARACINI, *Licenziamento ingiustificato e reintegrazione nel lavoro pubblico*, in *RGL*, 2018, I, pp. 527-528, per cui, con la riforma Madia, l'art. 18 "può dirsi definitivamente abrogato". Nello stesso senso vedi NICOLOSI, *La tutela reale nel lavoro pubblico tra dottrina, giurisprudenza e riforma Madia*, in *DRI*, 2018, 1038, per cui l'originario art. 18 Stat. lav. deve oramai "ritenersi abrogato".

ziamento ritorsivo (ossia per motivo illecito) o discriminatorio<sup>28</sup>, non si vede perché solo ad esso deve applicarsi la tutela più vantaggiosa di cui all'art. 2 del decreto 23/2015, mentre gli altri licenziamenti nulli – e quindi anche discriminatori o per motivo illecito, ma comunque per cause diverse dalla reazione alla “soffiata” – nel pubblico impiego sono coperti dalla norma meno protettiva di cui al nuovo art. 63 del d.lgs. 165/2001.

Ancora, se il vecchio testo prevedeva di segnalare l'adozione delle misure discriminatorie direttamente al Dipartimento della funzione pubblica, ora vi è il passaggio preventivo all'ANAC. Se questo può sembrare a prima vista solo un appesantimento dell'*iter*, esso è in realtà funzionale a una delle tutele indirette forse più efficaci a favore del segnalante, visto che l'ANAC, a seguito dell'istruttoria, può irrogare al responsabile una sanzione amministrativa – come visto – tra un minimo di 5.000 e un massimo di 50.000 euro. Per la verità, le fattispecie previste dal nuovo art. 54 *bis* sono tre; se per le ultime due (la mancata o scorretta adozione delle procedure per l'inoltro e la gestione del *report*, oppure l'omissione di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute) la sanzione va da un minimo di 10.000 al massimo sopra visto, essa si riduce sia nel minimo (5.000) sia nel massimale (30.000 euro) nel primo caso, ovvero contro il responsabile della misura ritorsiva nei confronti del *whistleblower*. In pratica, nel caso forse più grave – l'adozione di un provvedimento discriminatorio –, al responsabile viene concesso uno “sconto” che non pare trovare una giustificazione. A ciò si aggiunge che le sanzioni con il massimale più alto sono previste per casi in cui bisognerà accertare anche quanta autonoma capacità, soprattutto in termini di spesa, il responsabile aveva per introdurre le procedure di segnalazione e gestione<sup>29</sup>.

Da ultimo si ribadisce l'assenza di coperture per il dipendente che effettua il *report* in mala fede o senza le dovute cautele e che viene condannato per i reati di calunnia e diffamazione, oppure incorre nella responsabilità civile per aver agito con dolo oppure colpa grave. Se, da una parte, la norma giustamente riprende il tenore del vecchio art. 54 *bis*, e punisce chiunque

<sup>28</sup> Peraltro l'assimilazione del licenziamento ritorsivo, ossia per motivo illecito, a quello discriminatorio, pur se oramai consolidata, non è priva di incertezze interpretative. Vedi sul punto BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *DLRI*, 2016, p. 231.

<sup>29</sup> Cfr. AVIO, *op. cit.*, p. 661, per il quale, anche se il minimo è comunque molto alto e “certamente la funzione deterrente appare realizzata”, la capacità di autonomia del responsabile è fattore che rischia di far suonare la disciplina “come le grida manzoniane”.

abusi del *whistleblowing*, suscita perplessità l’inserimento della “condanna in primo grado” come sufficiente a togliere copertura alla segnalazione<sup>30</sup>, mentre in precedenza, nel silenzio della norma, occorreva sicuramente il passaggio in giudicato della sentenza. Meglio sarebbe stato omettere l’inciso, il quale potrebbe costituire una fortissima remora ad effettuare le segnalazioni, visti i non infrequenti casi di condanne in primo grado poi completamente rovesciate nei gradi successivi.

Per ciò che riguarda invece il lavoro privato, il fatto che si sia anche soltanto prevista una tutela per il *whistleblower* impiegato in tale settore non può che essere valutato positivamente. Così come dev’essere accolta positivamente la scelta di estendere a favore del segnalante dipendente privato l’inversione dell’onere della prova sulla discriminatorietà del provvedimento – licenziamento, demansionamento, e trasferimento o altra misura organizzativa avente effetti negativi – irrogato.

Rimane però il dubbio di alcune scelte di fondo che rendono la tutela nel lavoro privato probabilmente meno efficace di quella che può aspettarsi il lavoratore pubblico. In prima battuta non convince la scelta di inserire la disciplina di tutela interpolando l’art. 6 del d.lgs. n. 231/2001, già di per sé di non facile lettura. Meglio sarebbe stato inserire un articolo *ad hoc* contenente una disciplina specifica.

In secondo luogo, l’aver agganciato la tutela del *whistleblowing* privato all’adozione dei modelli organizzativi appare rischiosa, in quanto l’adozione dei modelli in questione, pure se richiesta per scriminare l’ente dalla responsabilità penale, rimane pur sempre facoltativa, e quindi rimessa in definitiva alla scelta del datore di lavoro.

Ancora, il testo sembrerebbe prevedere solo le segnalazioni interne e che queste debbano riguardare soltanto condotte illecite “rilevanti” ai fini del d.lgs. n. 231 oppure infrazioni del modello organizzativo. Ma se le prime devono essere “circostanziate” e fondate su fatti precisi e concordanti, nulla è richiesto per le seconde. Se la *ratio* può spiegarsi con il fatto che le infrazioni al modello organizzativo non necessariamente si tradurranno in reati, bisogna ribadire che esse saranno comunque rilevanti ai fini di un eventuale procedimento disciplinare contro l’incolpato, il quale corre così il rischio di finire “sotto accusa” anche per segnalazioni vaghe o indeterminate.

<sup>30</sup> *Contra* sembra essere AVIO, *op. cit.*, p. 660, per il quale l’espressione “non sono garantite” non necessariamente conduce ad un’interpretazione ablativa della protezione.

Sul punto rimane da chiedersi perché le condotte illecite rilevanti che permettono di integrare un *report* tutelato siano soltanto quelle che denunciano i reati previsti dal d.lgs. n. 231<sup>31</sup> e non anche quelle riguardanti altri reati, le quali avranno come unico canale la denuncia ai soggetti esterni, con il dubbio se, in tali casi, il lavoratore privato possa chiedere l'applicazione delle tutele previste dall'art. 6 oppure debba continuare a fondare la sua difesa sui principi giurisprudenziali elaborati in tema di diritto di critica. *Nulla questio* invece per il canale interno, il cui utilizzo – come detto sopra<sup>32</sup> – risolve il problema della fiducia tra lavoratore e datore, il quale non potrà mai eccipere la mancanza di fedeltà al *whistleblower* che lo abbia utilizzato<sup>33</sup>.

Anche la disciplina della riservatezza del *whistleblower* non sembra essere all'altezza, posto che è menzionata solo riguardo ai canali che consentono di veicolare la segnalazione, i quali devono comunque tutelarla (siano essi telematici o meno). Nulla si dice sulle modalità di tale tutela, né su come bilanciare il diritto del segnalante all'anonimato con il diritto di difesa dell'incolpato, lasciando al datore la piena discrezionalità sul punto. Meglio sarebbe stato richiamare sul tema quanto già esaminato sopra all'art. 54 *bis* del d.lgs. n. 165/01.

Da ultimo, l'unica tutela indiretta prevista è l'eventuale segnalazione, da parte del *whistleblower* o del sindacato delegato, dei provvedimenti ritorsivi all'Ispettorato nazionale del lavoro per le misure di competenza, con la conseguenza che non sono previste sanzioni *ad hoc* contro i soggetti che hanno previsto le misure di *retaliation*, a meno che queste non integrino già da loro illeciti amministrativi.

## 6. La Direttiva n. 1937 del 2019

Può sembrare strano, ma per una volta il nostro legislatore è riuscito, in materia di tutele del *whistleblower*, ad anticipare la disciplina dell'UE. Infatti

<sup>31</sup> Sembra della stessa opinione anche VITALETTI, *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del "whistleblower"*, in *DRI*, 2019, p. 500. Peraltro l'A. esclude sicuramente dalla disciplina la segnalazione di un illecito non penale, mentre nulla dice riguardo ai reati che non rientrano nel catalogo del d.lgs. 231.

<sup>32</sup> Vedi supra par. 3 e nota 17.

<sup>33</sup> Concetto riaffermato anche da AVIO, *op. cit.*, p. 665, secondo il quale se vi è comunque un interesse collettivo superiore non si potrà impedire al segnalante di utilizzare anche strumenti di diffusione ulteriori.

solo con la Direttiva 2019/1937 del 23 ottobre 2019 il legislatore europeo ha previsto, in materia di protezione a favore del segnalatore di illeciti, una normativa comune che si compone di un copioso numero di *considerando* (ben 112), e di un *corpus* formato da 29 articoli e un allegato<sup>34</sup>.

L'ambito d'applicazione della nuova Direttiva è delineato dal combinato disposto degli artt. 2 (ambito di applicazione materiale) e 4 (ambito di applicazione personale).

L'art. 2 individua le materie che sono coperte da essa, ossia le infrazioni alla disciplina dell'UE il cui *report* è protetto dalla Direttiva medesima. Si tratta di un elenco piuttosto eterogeneo di materie indubbiamente importanti per la collettività, che spazia dagli appalti pubblici alle violazioni delle regole del mercato interno (comprese concorrenza e aiuti di stato), dal riciclaggio al terrorismo, dalla tutela del consumatore, della salute pubblica e dell'ambiente, alla sicurezza dei prodotti, dei trasporti e del nucleare, fino alla *privacy* e alla sicurezza degli animali.

Nell'elenco non compaio materie riguardanti il rapporto di lavoro, nemmeno in tema di prevenzione e sicurezza. Né sarebbe possibile inquadrare questo pur importantissimo ambito nell'area della salute pubblica (art. 2, par. 1, punto viii), posto che l'elenco di cui all'art. 2, par. 1, richiama specificamente e trova applicazione solo ed esclusivamente nell'ambito degli atti legislativi dell'Unione contenuti nell'allegato. E tra questi non ve n'è uno che riguardi la salute e sicurezza dei lavoratori.

In realtà la sicurezza e il miglioramento delle condizioni di lavoro sono prese in considerazione, ma solo all'art. 27, e nell'ambito della relazione finale di impatto che la Commissione dovrà adottare e presentare al Parlamento europeo dopo 4 anni dal recepimento della Direttiva. Sarà solo nell'ambito di tale relazione che la Commissione proporrà l'allargamento o meno dell'ambito di applicazione della nuova Direttiva ad altri atti o aree del diritto UE, e più in particolare proprio al "miglioramento dell'ambiente di lavoro allo scopo di tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori e le condizioni di lavoro" (art. 27, par. 3).

Peraltro ciò non significa che gli Stati membri siano impossibilitati ad allargare le maglie dell'art. 2 della Direttiva. Invero al par. 2 della norma si

<sup>34</sup> Per delle prime, generalissime valutazioni sulla Proposta della Direttiva in esame, vedi SITZIA, *La protezione del "whistleblower" nel settore privato: la legge 197 del 2017 nella prospettiva europea*, in *LDE*, 2019, n. 2, p. 1 ss.

specifica che, nel darle attuazione, gli Stati potranno estendere la protezione anche ad argomenti non previsti da essa, dicendo implicitamente che quello ivi contenuto è solo l'ambito "minimo", a cui la legge nazionale non può derogare *in peius*, ma a cui è liberissima di aggiungere nuove ipotesi di tutela.

L'art. 4 prevede invece l'ambito di applicazione personale, ossia individua i soggetti segnalanti coperti dall'ombrello protettivo della nuova Direttiva. In prima battuta troviamo così i lavoratori subordinati sia pubblici sia privati, i lavoratori autonomi, gli azionisti oppure i membri di organi di amministrazione o vigilanza di un'impresa, nonché "qualsiasi persona che lavora sotto la supervisione e la direzione di appaltatori, subappaltatori e fornitori". Costoro ricevono protezione non soltanto qualora divulgano le informazioni durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, ma anche quando dette informazioni siano acquisite e divulgate "nel quadro di un rapporto di lavoro nel frattempo terminato", oppure quando il rapporto di lavoro non è ancora iniziato, purché in tale caso le informazioni siano acquisite durante il processo di selezione oppure all'interno delle trattative precontrattuali.

In seconda battuta, il par. 4 dell'art. 4 estende la tutela a soggetti diversi dal segnalante, ma che possono essere a lui legati in vario modo e divenire quindi oggetto di rappresaglia. I primi a essere menzionati dalla norma europea sono i "facilitatori", ossia coloro che assistono "fisicamente" il segnalante nel processo di *report* all'interno del contesto lavorativo. Il pensiero corre immediatamente ai rappresentanti sindacali, ma non si potrebbero escludere anche altri soggetti, quali il professionista a cui il segnalante dà mandato, oppure i preposti istituiti con le procedure di segnalazione interne. Seguono poi i terzi che sono connessi al segnalante da speciali rapporti e che per tali ragioni possono, all'interno del contesto lavorativo, subire ritorsioni (parenti e/o colleghi di lavoro). Rilevano infine i soggetti/persone giuridiche di cui il segnalante è proprietario, in cui lavora o a cui è comunque legato in un contesto lavorativo. La *ratio* di tale estensione dell'ombrello protettivo è abbastanza intuibile, volendo il legislatore dell'Unione impedire una ritorsione indiretta da parte del soggetto danneggiato dal *report*, ritorsione che, a volte, può essere molto più efficace di una rappresaglia diretta.

L'art. 5 della Direttiva è fondamentale, in quanto prevede le condizioni in base alle quali il *report* è conforme al diritto dell'Unione e il *whistleblower* ha, conseguentemente, diritto alla tutela.

Innanzitutto occorre che la segnalazione riguardi violazioni nell'ambito

delle materie specificate dalla Direttiva medesima. Ciò significa che un *report* avente a oggetto informazioni su violazioni diverse da quelle individuate dall'art. 2 non potrà ricevere tutela, a meno che la legge nazionale non abbia allargato l'ambito di protezione *ratione materiae*, così ricomprendendo anche segnalazioni che esulino dal "minimo comun denominatore" previsto dalla disciplina dell'UE.

In secondo luogo, il segnalante deve avere "fondati motivi" di ritenere che le informazioni siano vere e che rientrino nell'ambito della Direttiva. Ciò significa che al *whistleblower* non è richiesta la verità assoluta delle informazioni disvelate (e il conseguente onere di ricercare detta verità), ma è sufficiente la c.d. verità "putativa", purché supportata da indizi che, a una persona dotata di normale diligenza, indichino come probabile il futuro avverarsi della violazione oppure la consumazione già avvenuta di questa. A favore di tale impostazione sembra deporre anche la lettera dell'art. 6, par. 1, n. 2, della Direttiva. La norma, nel definire il concetto di "informazioni sulle violazioni", parla di "informazioni o fondati sospetti riguardanti effettive o potenziali violazioni, nonché tentativi di occultare violazioni che si sono verificate o che molto verosimilmente potrebbero verificarsi nell'organizzazione". Al segnalante – e qui è chiara la *ratio* della norma nell'attribuire un ruolo attivo al *whistleblower* in funzione non soltanto repressiva, ma anche soprattutto preventiva dell'illecito – basterà riportare i suoi sospetti su violazioni anche solo potenziali, purché detti sospetti non derivino da semplici "voci di corridoio". In definitiva, il *whistleblower*, se da un lato non sarà costretto ad accertare la completa verità di quello che intende segnalare, non potrà nemmeno effettuare il *report* a cuor leggero o, peggio, ben sapendo che le informazioni riportate sono prive di fondamento.

La terza condizione (art. 5, par. 1, lett. b) riguarda le modalità di effettuazione del *report*. Il segnalante ha diritto alla protezione se effettua una segnalazione interna e una esterna, ovvero segnala direttamente tramite il canale esterno o ancora divulga le informazioni al pubblico, purché – in quest'ultimo caso – vi sia il rispetto di quanto stabilito nell'art. 15 della Direttiva.

A prima vista può lasciare perplessi la prima parte della lett. b, nella quale si chiede di effettuare sia il *report* interno sia quello esterno. La norma sembrerebbe imporre un'inutile duplicazione. Ma se si guarda l'*iter* della Direttiva, il testo acquista una sua coerenza. La proposta di Direttiva presentata dalla Commissione il 23 aprile 2018 prevedeva infatti il *report* interno come canale

privilegiato rispetto a quello esterno, tanto che, prima di poter effettuare la segnalazione usando il canale esterno, il *whistleblower* avrebbe dovuto aspettare l'esito – negativo – di quello interno. Questa disposizione era stata criticata dal sindacato europeo, perché ritenuta – non a torto – più una norma di protezione delle imprese nei confronti dei segnalanti che l'inverso<sup>35</sup>. Il Parlamento europeo ha poi emendato il testo della proposta con una soluzione di compromesso. Il *report* interno rimane il canale privilegiato, ma al *whistleblower* viene offerta la scelta tra segnalare la violazione alla sua azienda e poi adire l'autorità competente, oppure interpellare direttamente quest'ultima.

La Direttiva permette le segnalazioni anonime, ma lascia impregiudicati gli Stati membri nel decidere se accettarle e dare ad esse seguito o meno.

Il par. 4 dell'art. 5 estende la protezione anche al segnalante che adisce direttamente i competenti organi dell'UE, equiparando il *report* comunitario a quello esterno.

Il *report* interno è disciplinato dagli artt. 7-10. Il primo di detti articoli “tradisce” ancora la visione della Commissione nel privilegiare il canale interno, posto che esso viene definito come la “via generale” per segnalare le violazioni – il canale esterno e la pubblica *disclosure* sono infatti eccezioni<sup>36</sup> –, mentre gli Stati membri “incoraggiano” l'uso della segnalazione interna prima di quella esterna, ove la prima possa affrontare e risolvere più efficacemente il problema e, naturalmente, il *whistleblower* ritenga che non vi sia pericolo di ritorsione. Nella filosofia che nulla deve essere tralasciato per spingere il segnalante a utilizzare il canale interno il par. 3 dell'art. 7 dispone che, in ogni caso in cui devono essere date al *whistleblower* le informazioni su come effettuare la segnalazione (sia essa interna, esterna o pubblica), bisogna sempre fornire – anche quando si spiega al soggetto come adire la pubblica autorità o le istituzioni europee competenti – “adequate informazioni relativamente all'uso di tali canali interni” nell'intento – nemmeno troppo velato – di indirizzarlo verso questi ultimi.

La Direttiva prevede all'art. 8 l'obbligo per i soggetti giuridici privati e pubblici di istituire canali e procedure di segnalazione interna previa consultazione e accordo con le parti sociali, ove previsto dalla legislazione nazionale. Peraltro non tutti i soggetti giuridici sono vincolati a tale obbligo.

<sup>35</sup> Cfr. ETUC, ETUC position on the EU Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law – Whistleblowing (Draft position), Sofia 25-26 giugno 2018.

<sup>36</sup> Vedi sul punto SITZIA, *op. cit.*, p. 13.

Nel settore privato lo sono solo quelli che abbiano almeno 50 dipendenti, o quelli che, indipendentemente dal numero degli occupati, svolgono le attività rientranti negli atti normativi dell'UE previsti alle parti I.B e II dell'allegato (in materia soprattutto di riciclaggio e terrorismo). Nel settore pubblico invece possono essere dispensati i comuni con meno di 50 addetti oppure con meno di 10.000 abitanti. In ogni caso è data facoltà agli Stati membri di prevedere ulteriori esenzioni per soggetti al di sotto dei 50 dipendenti oppure al contrario di imporre agli stessi – se privati – l'obbligo di dotarsi del canale interno dopo adeguata valutazione del rischio (specie ove esso riguardi la salute pubblica e l'ambiente *ex art. 8, par. 7*).

I canali e le procedure devono permettere di effettuare il *report* sia al dipendente, sia ad eventuali terzi che, nell'ambito della loro attività professionale, sono in contatto con il soggetto giuridico obbligato. Detti canali possono essere gestiti internamente dall'obbligato stesso oppure essere messi a disposizione da terzi, e in ogni caso devono prevedere adeguate misure di sicurezza per garantire la riservatezza dell'identità di tutti coloro che sono coinvolti, oltre che l'invio di un avviso di ricevimento della segnalazione (da inoltrare al *whistleblower* entro un massimo di 7 giorni) e un "diligente" seguito (*c.d. follow up*) della stessa. Il *follow up* deve a sua volta esaurirsi in un termine "ragionevole" comunque non superiore a tre mesi a far data dall'avviso di ricevimento, oppure, in mancanza, dal settimo giorno successivo alla segnalazione. In ogni caso al segnalante devono essere fornite tutte le informazioni – chiare e facilmente accessibili – anche per effettuare segnalazioni esterne, in modo da permettergli di scegliere.

Proprio la segnalazione esterna è a sua volta disciplinata dagli artt. 10-14 della Direttiva e consiste nell'adire le autorità competenti dopo l'infruttuoso utilizzo del *report* interno oppure direttamente, bypassando il canale endoaziendale. Le autorità competenti sono individuate dagli Stati membri che hanno l'obbligo di dotarle delle risorse adeguate per dare riscontro alle segnalazioni.

Anche nella segnalazione esterna le autorità riceventi hanno l'obbligo di dare un avviso di ricevimento entro 7 giorni, a meno che il segnalante lo rifiuti esplicitamente oppure l'autorità ritenga ragionevole che l'avviso metta a repentaglio la riservatezza dell'identità del *whistleblower* (art. 11, par. 1, lett. b).

Le autorità competenti danno un riscontro al segnalante entro un periodo ragionevole non superiore a tre mesi, oppure a sei in casi "debitamente giustificati". I canali devono prevedere – come nel caso di *report* interno – la

segnalazione orale, scritta, tramite telefono o altra messaggistica vocale, oppure mediante incontro diretto. È fatto obbligo alle autorità di prevedere sul loro sito *web* tutte le informazioni contenute nell'art. 13 (dati di contatto, regime di riservatezza, ecc.).

L'art. 15 della Direttiva disciplina le condizioni per le quali un soggetto che opera una divulgazione pubblica può essere tutelato. Il primo caso – peraltro altamente improbabile – è dato dall'infruttuosa segnalazione sia interna che esterna o soltanto esterna, mentre il secondo permette al *whistleblower* di ignorare i canali *standard* purché vi sia fondato motivo di ritenere che la violazione possa rappresentare un pericolo imminente e palese per il pubblico interesse (tipo situazione di emergenza o rischi di danno irreparabile), oppure, in caso di sola segnalazione esterna, vi sia il rischio di ritorsioni o la scarsa prospettiva che la violazione sia efficacemente affrontata, magari perché l'autorità competente è collusa col *wrongdoer*. A leggere la norma può apparire strano come il legislatore europeo abbia così tanta sfiducia nelle autorità pubbliche, mentre non dubita minimamente delle imprese private, le quali – a dar retta al pensiero sotteso in tale articolo – non potrebbero mai essere coinvolte nella violazione, né potrebbero effettuare misure di ritorsione nei confronti del *whistleblower*. Peraltro il passaggio in esame non fa che rafforzare l'impostazione originaria della Direttiva, tutta sbilanciata a favore del *report* interno, e, in definitiva, a tutelare più le imprese che i segnalanti.

L'art. 16 impone l'obbligo di riservatezza dell'identità del segnalante, a meno che la divulgazione di essa sia un obbligo – “necessario e proporzionato” – previsto dalla legislazione europea o nazionale, nel contesto delle indagini e/o del procedimento giudiziario, anche al fine di salvaguardare i diritti di difesa dell'incolpato. Naturalmente, ove il *whistleblower* dia il suo consenso, non vi saranno problemi, altrimenti questi deve essere informato prima della divulgazione, ma solo l'autorità competente ha l'obbligo di motivare le ragioni della divulgazione, mentre nulla si dice in caso di *report* interno. La Direttiva tace anche sul diritto del *whistleblower* di rifiutare la rivelazione della sua identità, creando così un *vulnus* non da poco alla sua protezione.

L'art. 19 della Direttiva prevede il divieto di ritorsione, sia diretta che indiretta, comprese le minacce e i tentativi di *retaliation*. Posto che la norma in discorso parla di “qualsiasi forma di ritorsione” l'elenco previsto dal par. 1 – elenco peraltro molto ampio, che spazia dal licenziamento fino alla sottoposizione di accertamenti medici e psichiatrici – è da considerarsi meramente esemplificativo e non tassativo.

Sono previste altresì misure di sostegno alle persone coinvolte nella segnalazione quali l'accesso pubblico e gratuito a informazioni e consulenze esaustive sulle procedure di ricorso contro le ritorsioni e sui diritti della persona, oltre che l'ammissione al patrocinio a spese dello stato nel caso di procedimento penale e/o civile transfrontaliero.

Ancora, la Direttiva prevede una serie di misure protettive che vanno dalla esenzione di responsabilità per la divulgazione di informazioni e per l'accesso e l'acquisizione delle stesse, a meno che tali comportamenti non costituiscano di per sé reati secondo la legge nazionale, fino all'inversione dell'onere della prova in caso di procedimenti giudiziari per danno subito dal segnalante. In tale ultimo caso il *whistleblower* dovrà in pratica dimostrare solo di aver effettuato un *report* o una divulgazione pubblica – oltre ovviamente al danno subito –, visto che la misura dannosa si presume sempre ritorsiva. Spetterà al soggetto che l'ha irrogata di provare che essa sia imputabile ad altri motivi “debitamente giustificati” (art. 21, par. 5).

Sia i segnalanti, sia i facilitatori, possono accedere a misure correttive “adeguate contro le ritorsioni”, lasciate peraltro alla discrezionalità degli Stati membri, tra le quali provvedimenti provvisori in attesa della definizione dei giudizi.

La Direttiva non dimentica la protezione della persona coinvolta nel *report* (in pratica, l'incolpato), e all'art. 22 prevede il rispetto del principio del giudizio imparziale, della presunzione di innocenza e del diritto alla difesa, nonché alla riservatezza della sua identità nel corso delle indagini, anche se tale obbligo di riservatezza sembra applicarsi solo alle autorità pubbliche.

L'art. 23 contiene l'obbligo per gli Stati di introdurre sanzioni proporzionate, effettive e dissuasive contro le persone, fisiche o giuridiche che ostacolano o tentano di ostacolare le segnalazioni, adottino misure ritorsive o comunque “procedimenti vessatori” contro il *whistleblower* e/o le persone a lui legate, o violino l'obbligo di riservatezza sulla sua identità. Stesse sanzioni – proporzionate, effettive e dissuasive – devono essere apprestate anche nei confronti dei segnalanti che hanno “scientemente” effettuato segnalazioni e/o divulgazioni che sapevano essere false. Ne consegue che solo i *whistleblowers* che hanno agito in malafede potranno essere colpiti dalle sanzioni previste dalla legislazione nazionale, mentre ne sembrano esclusi coloro che abbiano effettuato la segnalazione colposamente, indipendentemente dal grado della colpa.

L'art. 24 sancisce, infine, l'indisponibilità delle tutele previste dalla Direttiva; queste sono così sottratte a qualunque atto di autonomia privata, compresi eventuali compromessi arbitrari, mentre l'art. 25 prevede opportu-

namamente la clausola di non regresso, per cui “l’attuazione della presente direttiva non può in alcun caso costituire motivo di riduzione del livello di protezione già offerto dagli Stati membri nei settori cui si applica la direttiva”. Il punto è che detta clausola copre solo “i settori cui si applica la direttiva”, sembrando così lasciare impregiudicato un eventuale arretramento nei settori ove essa non si applica: nel caso italiano, la tutela della salute e la sicurezza sul lavoro.

## 7. Conclusioni

La riforma del *whistleblowing* attuata con la l. n. 179/2017 ha l’indubbio pregio di superare alcune delle maggiori criticità che affliggevano la precedente disciplina, prima fra tutte la mancanza di una tutela *ad hoc* nel settore privato. Anche l’inversione dell’onere della prova, che alleggerisce la posizione processuale del segnalante in caso di misure “in odore” di *retaliation*, configura un robusto incentivo ad effettuare il *report*.

Come contraltare però vi è l’evidente disparità tra il sistema – pur con i nei sopra evidenziati – delle tutele per il dipendente pubblico e quello per il dipendente privato, il quale non sembra avere – almeno dal punto di vista potenziale – la stessa efficacia.

Non è tanto l’inserimento della disciplina di tutela nell’impianto generale del d.lgs. n. 231/2001 ad essere errata, quanto la scelta di trasformare la stessa in una parte del modello organizzativo, ossia di un elemento che, per quanto indispensabile ai fini dell’esonero della responsabilità da reato, rimane pur sempre una facoltà per l’ente e non un obbligo.

Ancora, nel sistema privato manca una solida disciplina sulla riservatezza del segnalante, rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro circa i modi della sua attuazione, rischiando così di creare una serie di discipline diversissime tra un’impresa e l’altra, con conseguente impatto negativo sulla tutela del *whistleblower*. Questo, in casi del tutto analoghi, potrebbe infatti vedersi riconosciute protezioni più o meno efficaci in base al fattore – meramente accidentale – dell’impresa di appartenenza.

In più non è previsto, sempre nel settore privato, nessun meccanismo generale per bilanciare il diritto alla riservatezza del segnalante con quello – altrettanto fondamentale – di difesa dell’incolpato, con la conseguenza che il *whistleblower* dovrà leggere attentamente il procedimento eventualmente

previsto sul punto nel codice disciplinare contenuto nel modello organizzativo prima di effettuare il *report*, con tutte le incertezze e le conseguenze che ben si possono immaginare ove tale previsione manchi.

Si segnala altresì la mancanza di una disciplina delle conseguenze del *report* esterno, con il dubbio – tutt’altro che infondato, visto il silenzio della legge – che, in caso di denuncia a soggetti esterni, per quanto istituzionali (va da sé che la protezione del nuovo art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 non si applica ove il *report* sia effettuato ai *mass media*), si lasci il lavoratore senza la copertura legislativa e lo si esponga all’alea processuale di far accertare la natura ritorsiva o discriminatoria dell’eventuale provvedimento a suo carico, senza poter far valere in sede giudiziaria la tutela dell’inversione dell’onere della prova<sup>37</sup>.

In definitiva, la nuova disciplina, se può dirsi incentivante nel pubblico impiego, lascia invece presagire una scarsa efficacia in quello privato, posto che sembrano esservi criticità tali da costituire una forte remora all’utilizzo dello strumento del *whistleblowing* da parte dei lavoratori delle imprese.

Né sul punto pare – a chi scrive – di qualche utilità l’inserimento, caldeggiato da una parte della dottrina, del *bounty* americano, ossia dell’incentivo economico – o altro tipo di vantaggio – connesso all’effettuazione del *report*<sup>38</sup>. A parte il dubbio etico circa la correttezza di una “delazione” interessata al tornaconto personale – che peraltro cozzerebbe con la lettera della l. n. 179/2017, la quale richiede che la segnalazione sia effettuata “nell’interesse dell’integrità della pubblica amministrazione” ed “a tutela dell’integrità dell’ente” – rimarrebbe sempre il problema del rischio di una “denuncia selvaggia tra novelli *bounty killers*”<sup>39</sup>, che finirebbe non per incentivare, ma per minare l’efficacia stessa dell’istituto, senza poi considerare il clima praticamente intollerabile – da vera e propria “caccia alle streghe” – che potrebbe venire a crearsi all’interno del contesto lavorativo, non importa se pubblico o privato<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Sembra dello stesso pensiero anche SITZIA, *op. cit.*, pp. 12–13, per cui la nullità del licenziamento ritorsivo o discriminatorio del *whistleblower* è riferibile esclusivamente al soggetto che si avvale dei canali previsti dal modello organizzativo. Peraltro, secondo questa opinione, tale interpretazione sarebbe perfettamente in linea sia con la giurisprudenza della Corte Edu, per cui il bilanciamento tra l’obbligo della riservatezza e il diritto del lavoratore ad esprimere la sua opinione vorrebbe comunque l’utilizzo preventivo del solo *report* interno, e, qualora quest’ultimo si riveli impossibile o inutile, l’utilizzo di quello esterno, sia – come visto sopra – con la lettera della Direttiva n. 2019/1937, che continua a favorire il *report* interno rispetto a quello esterno.

<sup>38</sup> Cfr. sul punto sia FRIGNANI, *op. cit.*, p. 54, sia ARNAUDO, *op. cit.*, p. 357 ss.

<sup>39</sup> Ancora ARNAUDO, *op. cit.*, pp. 359–360.

<sup>40</sup> Benché favorevole all’incentivo, sembra avvedersi di tale pericolo anche FRIGNANI, *op.*

Nel complesso quella del 2017 può considerarsi una riforma a “metà”, con molte occasioni perdute, specie nel settore privato, per dare un’efficace attuazione a un modello – quello del *whistleblowing* – le cui ricadute pratiche nel quadro generale del corretto agire degli enti sono da valutarsi, comunque, in maniera positiva. Questo almeno finché il nostro legislatore non modificherà la normativa per adeguarla a quanto previsto dalla Direttiva 2019/1937. E infatti basta confrontare il testo della Direttiva con quello della l. n. 179/2017 per capire che la disciplina italiana è ben lungi dal poter essere considerata conforme ai precetti europei.

Se la normativa nel settore pubblico può essere mantenuta nel suo nucleo, con poche, ma importanti integrazioni, quali la previsione della divulgazione pubblica, l’allargamento della tutela anche alle persone collegate al *whistleblower* – facilitatori *in primis* – e l’adeguamento alle disposizioni per la tenuta e la conservazione degli atti e documenti, non così per la disciplina privata, che dovrà probabilmente essere completamente riscritta. A parte infatti l’ambito di applicazione dell’obbligo di dotarsi di canali di segnalazione, che la Direttiva circoscrive alle sole aziende con almeno 50 dipendenti, mentre la normativa italiana richiede – ove voler essere scrimate – a tutte le imprese private, le lacune e le omissioni che essa presenta rispetto a ciò che richiedono le regole europee sembrano essere troppe e troppo palesi. E stavolta difficilmente basterà una semplice interpolazione dell’art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 per adeguarsi alla normativa dell’UE<sup>41</sup>.

*cit.*, p. 55, per il quale il pericolo di una corsa a denunce false o diffamatorie può aumentare in proporzione all’entità della ricompensa che si può percepire. Pericolo che però, secondo l’A., potrebbe comunque verificarsi anche senza la previsione di alcuna ricompensa.

<sup>41</sup> Più o meno dello stesso avviso è SITZIA, *op. cit.*, per cui “questo approccio dovrà necessariamente essere ripensato quando si tratterà di recepire la Direttiva dell’Ue sulla protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell’Unione “. Più soft VITALETTI, *op. cit.*, p. 511, per la quale la l. 179/2017 “dovrà confrontarsi” con quanto previsto dalla Direttiva.

**Abstract**

Il saggio esamina l'istituto del *whistleblowing* analizzando la situazione del segnalante nell'impiego pubblico e privato sia prima che dopo la riforma entrata in vigore con la l. 179 del 2017, visionando anche la disciplina posta dalla recentissima Direttiva UE n. 2019/1937 ed il suo possibile impatto sulla normativa nazionale.

The essay studies the whistleblower's condition on public and private employment both before and after the reform entered into force with l. n. 179/2017, and analyses the rules stated by the recent EU Directive n. 2019/1973 and its possible impact on national legislation.

**Key words**

Impiego pubblico e privato, segnalante, tutela dell'anonimato, onere della prova, riservatezza, obbligo di fedeltà.

Public and private employment, whistleblower, whistleblower protection, burden of proof, duty of loyalty.

