

Concezione e crisi «identitaria» del whistleblower europeo

Marco Magri

1. Esiste, e se sì, quale, un «fondamento» del whistleblowing?

Nonostante il grande risalto conferito da più parti alla riforma del 2019-2023, l'aspetto che connota maggiormente la disciplina del whistleblowing continua a essere l'opacità dell'istituto e la difficoltà del suo inquadramento nel sistema anticorruzione¹. Si direbbe anzi che la riforma abbia complicato ulteriormente le cose, se non addirittura segnato una battuta d'arresto sul piano dei collegamenti sistematici del whistleblowing ai principi sul rafforzamento dell'integrità nella pubblica amministrazione.

Le ragioni del decreto legislativo n. 150/2009 e delle leggi n. 190/2012 e n. 179/2017, ancora radicate nel primissimo intento del legislatore italiano di creare un meccanismo di tutela del «dipendente che segnala illeciti» per adempiere alle convenzioni internazionali sul contrasto alla corruzione, non trovano riscontro nella direttiva UE 2019/1937, il cui referente internazionalistico è rappresentato soltanto dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Di conseguenza il decreto legislativo n. 24/2023 si presenta provvisto di una spinta riformatrice capace non solo di superare largamente le discipline nazionali precedenti, ma di segnare uno stacco ideologico nettissimo rispetto al quadro in cui è maturata l'esperienza legislativa italiana.

In quale direzione, allora, deve andare l'asse del dibattito scientifico? Ha ancora significato, oggi, se mai l'ha avuto in passato – e qualche dubbio al riguardo è lecito avanzare² – ragionare sul whistleblowing come se il suo materializzarsi costituisse un predicato dell'agire imparziale della pubblica amministrazione³? Il fondamento del whistleblowing va riposto sulla piattaforma dell'etica pubblica, quindi nella politica anticorruzione e nei principi dell'articolo 97 Cost., oppure nel principio costituzionale lavorista, là dove il suo valore special-preventivo è legato alla sanzione nei confronti dell'atto ritorsivo e l'ordinarietà della pratica delatoria è,

perciò stesso, un'eventualità indesiderata? Esiste davvero un continuum normativo che dall'art. 54-bis della legge anticorruzione porta all'odierna disciplina? La riforma del 2023 è davvero solo la più recente evoluzione⁴ di un «istituto», il whistleblowing, i cui principi rimangono invariati? O è piuttosto la soppressione di quell'istituto, di cui rimane in vita soltanto la parola, in un quadro di principi del tutto differenti da quelli che nel 2012 e nel 2017 ispirarono il legislatore? Questi, a me pare, restano profili urgenti da discutere e su cui occorrerà, ancora, attentamente riflettere.

2. La natura «politicamente strategica» della nuova disciplina

Quando è entrata in vigore la direttiva n. 2019/1937 (UE), la dottrina italiana era già da qualche anno impegnata nell'analisi del whistleblowing⁵ ed è sembrato ad essa naturale entrare subito nel vivo della riflessione sulle norme nazionali che avrebbero con ogni probabilità dovuto essere modificate⁶. Di qui l'illustrazione, in fondo difficilmente contestabile, di un «imponente lavoro di adattamento che l'ordinamento italiano dovrà svolgere»⁷. La riprova la si è avuta con il decreto legislativo 10 marzo 2023, n. 24, che ha previsto l'integrale abrogazione della l. 30 novembre 2017, n. 179, dunque l'eliminazione dell'art. 54-bis del D.lgs. n. 165/2001, e la sua sostituzione con un testo interamente nuovo, nel quale il legislatore ha pedissequamente seguito le indicazioni della direttiva (con riedizioni o adattamenti spesso poco riusciti: basti considerare gli articoli sull'ambito di applicazione del decreto)⁸.

Non è questo il momento di ricapitolare gli aspetti che, rispetto alle leggi n. 190/2012 e n. 179/2017, sono stati cambiati o eliminati dal nuovo decreto legislativo.

L'argomento di cui preme discutere è piuttosto quello esposto in partenza, che riguarda, al di là delle sorti della legge, l'atteggiamento della dottrina: quanto è stato valutato – o sottovalutato? – il cambiamento provocato dal diritto dell'Unione. E non, beninteso, perché siano criticabili le diagnosi espresse sulle trasformazioni della disciplina nazionale, sulle quali nulla v'è da obiettare⁹.

L'impressione è che la presupposizione del sistema italiano di prevenzione della corruzione come un sistema «precursore» della direttiva abbia lasciato troppo spesso intuire quest'ultima come una fonte che si colloca, pur con propria logica e differenze d'impostazione, sullo stesso basamento concettuale delle fonti internazionali cui si richiama la legge

190/2012, nel senso di ritenere queste ultime costitutive di un universo disciplinare che sostanzialmente viene a convergere sulla stessa «figura».

Così rimane sottotraccia ciò che invece va detto in modo chiaro: il sistema italiano non è un sistema precursore; se non altro perché le fonti internazionali, a cui esso s'ispira, hanno poco o nulla in comune – e manifestano anzi una vistosa discontinuità – con la direttiva del 2019. Troppo diversa, per non notarla, è la ratio con la quale viene considerata la collaborazione del whistleblower sul piano delle fonti di ciascuno dei due ordinamenti: quello internazionale e quello comunitario.

Fondamentale è allora soffermarsi su questa distinzione¹⁰. I principi delle convenzioni internazionali alle quali si rifà la legge anticorruzione sono «penali» e «politicalmente neutri», quelli su cui si fonda l'impostazione seguita dall'Unione europea¹¹ sono «civili» e «politicalmente strategici».

17

3. Il problema del vaglio di attendibilità del whistleblower nelle Convenzioni anticorruzione

Nei principi delle convenzioni internazionali anticorruzione, la collaborazione del dipendente che segnala illeciti (per quel poco di conclusivo che si può trarre dalla genericità delle disposizioni internazionali), ha una fisionomia prevalentemente penalistica e direi procedurale. L'istituto è ambientato entro una serie di rapporti di carattere organizzativo tra il whistleblower e il proprio datore di lavoro oppure tra il whistleblower e l'ufficio o l'autorità alla quale viene deferita la persona segnalata. Sull'autorità grava una responsabilità-chiave, che può rappresentare il dato preliminare e forse il più importante da sottolineare. Mi riferisco al fatto che l'obbligo di dar seguito alla segnalazione implica l'assunzione, da parte dell'autorità, delle responsabilità giuridiche di cui l'informatore viene sollevato. In altre parole, ciò che al segnalante è consentito fare, con la tranquillità di non risponderne giuridicamente, è compensato da quello che all'autorità non è assolutamente permesso: procedere senza verificare preliminarmente che l'informazione sia affidabile. La democrazia, lo Stato di diritto, esige pubblicità e trasparenza, ma diffida delle persone che si fanno avanti per denunciare illeciti senza essere state chiamate a farlo.

Questo collegamento tra democrazia e attendibilità dell'informatore a me pare un problema di enorme importanza nel whistleblowing; molto più del nesso, al quale la dottrina è persa invece sensibile, tra democrazia e «verità», il cui fondamento non è l'interesse pubblico alla denuncia degli illeciti, ma l'interesse pubblico alla denuncia di fatti che l'informatore ri-

tiene illeciti o anche solo sintomatici di malfunzionamento organizzativo, se non addirittura semplicemente contrari agli scopi dell'ordinamento (questa mi pare una possibilità contemplata dall'art. 5 punto 1-ii della direttiva), in base al suo diritto di critica, assistito, ove del caso, dal diritto di fare appello alla «pubblica opinione».

18

Ora non voglio dire che nelle convenzioni internazionali anticorruzione che contemplano il whistleblowing vi sia un divieto di far evolvere il ruolo dell'informatore nella direzione seguita dall'Unione europea, né intendo affermare che il ragionamento riguardo al vaglio di attendibilità dell'informatore sia da vedere, in tali convenzioni, razionalmente rappresentato. Mi limito a riportare l'impressione che le convenzioni internazionali anticorruzione pensino a qualcosa di rassomigliante alla nostra testimonianza o collaborazione di giustizia¹² e che, di contro, il bagaglio concettuale accumulatosi attorno alla politica europea di tutela dei «segnalanti» sia tutto di concezione europea, non derivi da norme di diritto internazionale. La preoccupazione di incoraggiare il comportamento che si materializza con la denuncia, nelle convenzioni internazionali, non è certo un fine che gli Stati hanno considerato rilevante di per sé. Il motivo interiore, l'atteggiamento psichico per cui l'illecito è denunciato; la propensione del whistleblower ad attivarsi; il suo livello di fiducia, il suo timore di subire ritorsioni: tutti questi elementi restano fuori dall'ambito di garanzia internazionalistico, che si attiva davanti alla segnalazione compiuta ed ha esclusivamente la funzione di proteggere l'autore della denuncia dal rischio di misure ritorsive.

Certo, i profili organizzativi che si presentano allo Stato nel momento in cui decide di disciplinare con legge anche questa tutela «semplicemente protettiva» del whistleblower sono complessi e trascinano in campo tutta una serie di problematiche giuridico-amministrative¹³, incluse quelle concernenti l'accentramento della funzione di controllo (interno o esterno): va stabilito chi protegge il segnalante, com'è assicurata la confidenzialità delle informazioni, chi esercita i poteri di vigilanza, ecc.

Ma senza attardarci in inutili disquisizioni, possiamo affermare che i principi internazionali sono riconoscibili prevalentemente nei termini di obblighi di protezione dei diritti di chi ha già operato la segnalazione ad un'autorità, non di chi la può o la deve ancora mettere in atto.

La legge italiana vi si rifà anzitutto per ragioni d'ordine storico-politico. Dopo la crisi del Governo Berlusconi IV (2011) e la successione in carica del Governo Monti (durante la XVI^a legislatura), l'inserimento della norma sulla tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (nuovo art. 54-bis, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) avvenne per impulso del Ministro

della Giustizia¹⁴ nel corso dei lavori preparatori della legge anticorruzione (che in origine non la prevedeva). Si guardava, fuori dal contesto italiano, esclusivamente agli obblighi internazionali di origine convenzionale, gli stessi che la XVI^a legislatura aveva iniziato ad adempiere sulla base del progetto presentato alle Camere dell'esecutivo precedente.

Fino all'iniziativa assunta nel 2018, invece, l'Unione europea non aveva mai dato segni di interesse politico per il tema degli informatori. Solo l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, nella risoluzione 1729 (2010) sulla protezione degli informatori, ha preceduto la l. n. 190/2012, che è stata quindi concepita in assenza di obblighi comunitari. Due anni dopo il tema troverà più ampio respiro nella raccomandazione del Comitato dei ministri CM/Rec (2014)7 del 30 aprile 2014¹⁵; dove comparirà il termine whistleblower, definito come «any person who reports or discloses information on a threat or harm to the public interest in the context of their work-based relationship, whether it be in the public or private sector». Si tratta peraltro di accenni informali e giuridicamente non molto significativi.

La l. n. 190/2012 (sulla quale s'innesta la n. 179/2017) si proclama (art. 1) legge di «attuazione» delle due convenzioni di Strasburgo (penale) e di Merida (ONU) contro la corruzione¹⁶. Nel diritto internazionale – e questo è indubitabile – il multilateralismo ha portato ad una profonda penetrazione del modello anglosassone, in cui il whistleblowing è uno «strumento di governance»¹⁷. Ma già qui una precisazione s'impone. Non sembra infatti che parlare di «strumento di governance» equivalga necessariamente ad individuare, sul piano dell'interpretazione delle fonti, l'esistenza di una disciplina «government oriented»; legittimi, cioè, la conclusione che il whistleblowing sia uno strumento «politico» di contrasto all'illegalità¹⁸. Così è, forse, in alcune convenzioni contro la corruzione, ma non in tutte. Non, per l'appunto, in quelle di Strasburgo e di Merida, attuate dall'articolo 1 della l. n. 190/2012. Da queste ultime si desume, certo, un duplice obbligo delle Parti: 1) non è sufficiente comminare sanzioni a chi abbia riservato un ingiustificato trattamento alla persona che segnala illeciti; 2) gli Stati devono introdurre, nei propri ordinamenti interni, congegni di prevenzione di natura organizzativa, finalizzati a contrastare la stessa possibilità, il rischio di adozione di atti ritorsivi. Tuttavia, come risulta con particolare evidenza dagli articoli 8.4 e 33 della convenzione di Merida, la tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti – repressiva o preventiva, che dir si voglia – è una forma di collaborazione di giustizia, che non è un mezzo, ma il fine delle convenzioni internazionali richiamate dall'art. 1 comma 1 della legge n.

190/2012. L'iniziativa del dipendente che segnala illeciti non assume la logica strategica, tipicamente anglosassone, di private enforcement, che si rinviene semmai in altre convenzioni internazionali, non attuate dalla l. n. 190/2012 (e, come si tornerà a dire, è il perno della prospettiva in cui si colloca la politica dell'Unione). Nella convenzione di Merida, il whistleblowing, ammesso di poterlo chiamare così (perché non è sicuro che la Convenzione ne dia adito), è una disciplina che s'inserisce senza soluzione di continuità nella normativa incriminatrice alla quale le Parti sono obbligate¹⁹. L'obbligo di «considerare» la previsione di una tutela del segnalante²⁰ appartiene allo stesso ceppo giuridico dei doveri di tutela del testimone, perito o vittima del reato, rispetto ai quali rappresenta una sorta di evoluzione (facoltativa o discrezionale; cfr. artt. 32 e 33).

Si noti poi che nell'art. 33 il whistleblower è «any person», non un pubblico dipendente o un lavoratore privato. In altre parole, l'elemento caratterizzante è la buona fede («good faith») e il ragionevole fondamento («reasonable grounds») dei fatti denunciati (che in altre parole non devono necessariamente corrispondere alla «verità storica» emersa dopo la segnalazione). La differenza tra il segnalante e il testimone sta dunque, in ultima analisi, esclusivamente nella diversa rilevanza giuridica accordata alla dichiarazione di scienza proveniente dall'una e dall'altra figura: il testimone è protetto in virtù di quel che «sa» (art. 32); il segnalante (art. 33) in virtù del fatto che, in buona fede, «crede di sapere» e va agevolato, nell'interesse della giustizia, ancorché possa riferire alle autorità circostanze che poi si scoprono non essere veritiere. Invece la disciplina del whistleblowing, in termini di predisposizione di mezzi atti a «facilitare» il reporting, è prevista dall'art. 8.4. (nel titolo dedicato alle «preventive measures»), ma questo genere di tutela preventiva è circoscritta ai «pubblici ufficiali» che abbiano svolto attività di segnalazione alle «competenti autorità», quando «tali atti vengano a loro conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni». Non viene specificato, riguardo al pubblico dipendente, l'elemento della buona fede o del ragionevole fondamento (nulla che faccia riferimento al rapporto con la «verità»)²¹. Tanto basta a creare molti dubbi sul fatto che, nella convenzione di Merida, possano definirsi come norme «simmetriche»²² l'art. 8.4 (dedicato al dovere delle Parti di esaminare, «conformemente ai principi fondamentali del proprio diritto interno, l'attuazione di misure e sistemi tali da facilitare la segnalazione, da parte dei pubblici ufficiali alle autorità competenti) e l'art. 33 (ove si parla soltanto di «misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base

di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati stabiliti dalla presente Convenzione»).

Nella convenzione di Strasburgo questi profili sono ancora più visibili, non essendovi una norma analoga all'art. 8.4 della convenzione di Merida ed essendo viceversa previsto l'obbligo delle Parti di adottare (non semplicemente di considerarne l'introduzione) le misure necessarie a proteggere «collaboratori di giustizia e testimoni», che qui appaiono significativamente accomunati (art. 22).

Un discorso in parte diverso merita l'art. 9 della Convenzione civile contro la corruzione, ratificata dall'Italia con la l. 28 giugno 2012, n. 110, ma non corredata di disposizioni di diretto adeguamento incluse nella l. n. 190/2012. Il soggetto qui è il dipendente (sottinteso) privato, ma si potrebbe dire il dipendente in quanto tale, che, come qualsiasi altra persona, denuncia i fatti «in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti». La buona fede nella denuncia dei fatti è dunque bastevole per il whistleblower «civile», che resta però formalmente al di fuori del perimetro attuativo delineato dall'art. 1 della l. n. 190/2012 e si conferma, da questo punto di vista, figura differente da quella contemplata dalla Convenzione di Strasburgo e da quella di Merida (ONU)²³. Comunque sia, non v'è dubbio che anche la Convenzione civile si concentri sul rapporto organizzativo tra l'informatore e l'ente nel quale l'illecito viene segnalato. La pregiudizialità delle procedure di autocontrollo e la necessità di vaglio sull'attendibilità del whistleblower ne escono quindi di nuovo come elementi centrali del diritto internazionale anticorruzione.

21

4. Il capovolgimento di prospettiva nella disciplina europea armonizzata

I principi sui quali si fonda l'impostazione seguita dalla direttiva UE 2019/1937 sono del tutto diversi da quelli delle convenzioni internazionali richiamate dall'art. 1 comma 1 della legge anticorruzione. Il whistleblowing di matrice europea assume un'accezione funzionale a beni «superiori», che relega i diritti individuali del lavoratore ad un rango puramente strumentale: la collaborazione del whistleblower non è un fine, ma un mezzo; servente, peraltro, a un interesse pubblico che è rafforzare non l'integrità della pubblica amministrazione, ma – cosa ben diversa – l'applicazione del diritto dell'Unione. Allo scopo di superare le remore culturali e sociali responsabili della scarsa utilizzazione del whistleblowing (paura di subire ritorsioni, sfiducia nel seguito della soffiata,

disinformazione sulle guarentigie), la direttiva lascia intendere che il lavoratore, quando segnala una violazione del diritto dell'Unione, eserciti la sua «libertà di espressione»²⁴, i cui limiti sarebbero da considerare simili a quelli della libertà del giornalista e segnatamente del giornalista d'inchiesta²⁵ (continenza formale, sostanziale, materiale).

Tornerò più avanti sulle ragioni per cui tale assimilazione mi sembra del tutto priva di consistenza sul piano logico e del buon senso, prima ancora che su quello giuridico.

22 Per ora restiamo alla constatazione che nulla più vi si ritrova, della logica delle convenzioni internazionali anticorruzione. Azzarderei, anzi, che rispetto a queste ultime la logica dell'Unione europea è radicalmente capovolta. La direttiva UE) 2019/1937 incoraggia il comportamento antecedente la soffiata, che diviene giuridicamente rilevante di per sé: il motivo interiore, l'atteggiamento psichico per cui la violazione è denunciata; la propensione del whistleblower ad attivarsi; il suo livello di fiducia, il suo timore di subire ritorsioni. È attorno a questi elementi che la direttiva costruisce la tutela della persona segnalante. L'architettura dell'impostazione comunitaria è il lavoratore promotore del «benessere della società democratica», con i suoi valori di «verità», di «trasparenza», di «legalità», di «integrità», di «responsabilità»; in un'astratta separazione tra la «società democratica» e la persona che ad essa arreca un beneficio. Il whistleblower europeo è insomma un «divulgatore»²⁶, a cui lo Stato membro deve concedere protezione in quanto persona informata, scopritrice della violazione segnalata. Il suo essere strumento di prevenzione della corruzione annulla la sua soggettività e la discioglie nella dimensione puramente oggettiva dell'informazione, sicché diviene di secondaria importanza il tipo di rapporto giuridico che lo lega al soggetto segnalato. E anche il soggetto segnalato compare adesso astratto in una dimensione puramente oggettiva: il nuovo rango comunitario della disciplina è contrassegnato da obblighi di garanzia che la legge pone indiscriminatamente in capo a organizzazioni pubbliche e private, cancellando la pertinenza quasi soltanto pubblicistica del whistleblowing, su cui avevano fatto perno, in Italia, le leggi n. 190/2012 e n. 179/2017, ora espressamente abrogate. Giuridicamente parlando, l'autore dell'illecito ha quindi una configurazione «adespota», soltanto tratteggiata, non più caratterizzata sul piano costituzionale da speciali doveri di etica connessi alla natura pubblica dell'ente o della funzione attribuita a quest'ultimo.

È peraltro chiaro che, fissato il referente della riforma in una sorta di funzione pubblicistica della libertà di espressione, non possa per definizione trovare spazio alcuna forma di controllo preventivo di attendibilità

dell'informatore. Vero è che un vaglio di affidabilità è in parte soddisfatto dall'onere dell'informatore di utilizzare per primi i canali di segnalazione, ma sconta il potere di divulgazione pubblica, che dipende anche e proprio da un giudizio della persona segnalante sull'efficacia di questi mezzi di verifica. Cosicché tutto è di fatto rimesso, in ultima analisi, nelle mani del whistleblower. Ecco come si appannano alcune linee di demarcazione tratteggiate dal diritto internazionale, ad esempio quella che distingue la segnalazione effettuata del dipendente pubblico rispetto a quella del dipendente privato, mentre il baricentro si sposta sul potere del lavoratore-informatore di sfruttare – certo, in via sussidiaria; ma anche su questo i dubbi non sono pochi (sappiamo bene che sussidiarietà ha un significato non distinguibile da quello di adeguatezza, differenziazione, proporzionalità) – canali di divulgazione diversi da quelli offerti dal riferire esclusivamente ad un'autorità competente. Ci troviamo di nuovo al punto: il ravvicinamento del mondo del lavoro a quello dell'informazione professionale, giornalistica in primis.

23

Inutile ribadire che il modello europeo di whistleblowing ha, sull'ordinamento italiano, un impatto assai maggiore di quello internazionale. Il sistema cambia radicalmente, costretto a prevedere un livello minimo di tutela, entro il quale il lavoratore, al pari del giornalista, è esonerato da responsabilità, a causa della buona fede delle sue dichiarazioni, o della diligenza con cui esterna le sue percezioni.

5. Il whistleblowing come espressione moderna della dottrina Van Gend & Loos

La fattispecie costitutiva del whistleblowing sotto l'abrogato art. 54-bis d.lgs. n. 165/2001 era quella del pubblico dipendente che, «nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione», segnala condotte illecite al RPCT, all'ANAC o alle autorità giudiziarie. La garanzia non copriva quindi le denunce aventi ad oggetto violazioni non strettamente lesive del bene giuridico protetto: tali erano ad esempio quelle operate per interesse soltanto personale e, a maggior ragione, quelle operate a beneficio della pubblica opinione, visto il divieto di divulgazione implicito nella tipicità delle figure organizzative destinatarie della segnalazione. Non si deve del resto dimenticare la portata scriminante del whistleblowing sancita dall'art. 3 della legge n. 179/2017, per cui soltanto «nelle ipotesi di segnalazione o denuncia effettuate nelle forme e nei limiti di cui dell'art. 54-bis», il perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni

costituiva «giusta causa di rivelazione di notizie coperte dall'obbligo di segreto». Questa capacità di riespansione della tutela penale contro la rivelazione del segreto delineava i contorni dell'istituto e poteva costituire un utile riferimento per l'interpretazione del suo ambito di applicazione.

Ora, la direttiva UE 2019/1937 e il d.lgs. n. 24/2023 identificano il whistleblower nella «persona segnalante» e non più solo nel «pubblico dipendente». Oggetto della condotta segnalata diventano le «violazioni», che comprendono, a fianco degli illeciti veri e propri, i fatti che «vanificano l'oggetto o la finalità delle norme previste negli atti dell'Unione». La nuova disciplina sembra così voler conferire al whistleblower un autentico potere di *enforcement*, prima del tutto sconosciuto al nostro ordinamento.

24

Cambia anche l'atteggiamento verso il cd. egoistic blower. Ciò che soddisfa l'interesse pubblico è adesso il fatto denunciato considerato in sé, nella sua oggettività²⁷. Non importa più se l'informatore è motivato anche o, al limite, esclusivamente da un interesse di natura personale²⁸.

È inoltre sufficiente che il whistleblower abbia «fondati motivi di ritenere» necessaria la segnalazione. Anche la sua decisione di attivarsi a mezzo di divulgazione pubblica, ritenendo di dover eludere o di avere infruttuosamente sperimentato i canali di segnalazione interna ed esterna, è rimesso al «fondato motivo di ritenere» l'esistenza di un pericolo per sé o per il pubblico interesse o che i canali di segnalazione interna ed esterna non abbiano dato riscontro nelle forme previste dalla legge (nel che è incluso il riscontro inadeguato o difettoso). Mentre quindi è importante che l'informatore non compia mosse scomposte e dia al proprio comportamento uno sviluppo coerente all'ordine indicato dalla legge, non ha soverchianti conseguenze che costui riferisca circostanze verosimili che si rivelano poi sfontate di qualsiasi fondamento. La perdita della tutela è sancita solo nelle ipotesi di correttezza (con la persona segnalata), calunnia, diffamazione acclarate con sentenza, e nel caso di illecito civile commesso con dolo o colpa grave. Sul piano civile resta esclusa quindi la responsabilità per colpa lieve, ma anche sul piano penale, rispetto al reato di diffamazione, si verifica un fenomeno di attenuazione della colpevolezza per molti versi analogo: se, infatti, si assume come lecita la divulgazione basata sul «fondato motivo» di ritenerla necessaria per rivelare una violazione (unita al fallimento dei canali interni ed esterni) – e se si assume che la mera «verosimiglianza» del fatto, quindi il sospetto, sia sufficiente a escludere l'antigiuridicità del comportamento dell'informatore – non pare peregrino sostenere che, malgrado la lesione della reputazione altrui, il dolo della diffamazione sia integrato solo allorché il whistleblower, di fronte a una verità oggettiva o putativa delle notizie riportate, abbia la

certezza della infondatezza della segnalazione (analogamente al dolo di calunnia, che richiede la consapevolezza dell'innocenza dell'incolpato); altrimenti prevarrà il convincimento del segnalante di fare il «bene» del diritto dell'Unione.

Non è quindi esente da ambiguità, l'idea che nella prospettiva del free speech l'attenzione si sposti «sui fatti riportati, anziché sulle intenzioni del segnalante»; e che la garanzia del whistleblower venga perciò a dipendere dalla «verità» di questi fatti e dal «coraggio» da lui dimostrato nel segnalarli²⁹.

Non è semplice invero comprendere cosa resti di questo «coraggio», e di quale coraggio stiamo parlando, in chi, come recita l'art. 21 della direttiva, deve soltanto trovare la forza di chiedersi se abbia «fondati motivi di ritenere» che le informazioni debbano essere segnalate o divulgate. Piuttosto si dovrebbe ribadire che, accontentandosi del carattere verosimile della violazione segnalata, la direttiva ha fatto assurgere a chiave di volta del whistleblowing la buona fede del whistleblower. La segnalazione putativa non è solo ammessa o tollerata come un'eventualità, il che sarebbe comprensibile e coerente a qualsiasi schema ordinario: diventa un'ipotesi normale, il cuore del whistleblowing, che riduce al minimo l'oggettività dei fatti e amplifica la rilevanza dell'elemento soggettivo della segnalazione.

Collegato a tale profilo è un ulteriore (e altrettanto critico) passaggio della direttiva UE 2019/1937, ossia la facoltà degli Stati membri di superare, su questa via, il limite della buona fede dell'informatore, ignorando chi questo sia. Mi riferisco alla previsione della direttiva (art. 6.2) che autorizza gli Stati membri ad introdurre l'obbligo delle autorità di dar seguito alle segnalazioni anonime³⁰. Ecco un altro fondamentale equivoco, perché la segnalazione anonima si colloca esattamente all'opposto della libertà di manifestazione del pensiero, e si pone altresì fuori dal whistleblowing, che è stato concepito per la tutela del segnalante e riguarda solo le informazioni di paternità identificata. Che la segnalazione anonima sia l'antitesi del whistleblowing mi sembra indubitabile; e ciò a prescindere dal fatto che sia «tecnicamente» permesso anche all'anonimo servirsi dei canali di segnalazione dedicati al whistleblower. Tanto è vero che – non è del tutto banale ricordarlo – la segnalazione anonima è ammessa a prescindere da una legge sul whistleblowing, essendo chiunque normalmente libero di informare l'autorità senza alcun obbligo di farsi conoscere, nei limiti in cui l'informazione non costituisca un illecito. Del pari nulla vieta all'autorità il compimento di autonomi atti di accertamento su fatti oggetto di denunce anonime.

Piuttosto, sia pure limitatamente alle segnalazioni inoltrate all'autorità giudiziaria penale, non è di secondaria importanza che l'introduzione dell'obbligo di dar seguito a denunce anonime si prospetti come alquanto problematico, essendo chiaramente in contrasto con l'art. 333 c.p.p., a norma del quale la denuncia anonima all'autorità giudiziaria è inutilizzabile (art. 333 c.p.p.).

26 Si obietterà che la riflessione sul «whistleblowing anonimo» non può essere ridotta a questi termini settoriali. Ma, si potrebbe replicare, non esprime forse, l'art. 333 c.p.p., un principio generale, e, a ben vedere, un elementare principio di civiltà giuridica? Non ripugna forse allo Stato di diritto, che una segnalazione anonima possa essere usata – da qualunque soggetto investito di potere – contro una persona? Se siamo tutti d'accordo che il whistleblowing non debba degenerare in «bieca delazione»³¹, non possiamo vedere la protezione dell'informatore come una disciplina fondata sulla «libertà di espressione» del lavoratore, senza ammetterne anche il logico, ovvio correlato di responsabilità. La valutazione sulla credibilità o, meglio, sull'attendibilità di ciò che riferisce il whistleblower dev'essere un elemento-cardine della sua protezione giuridica. Senza aggiungere che, se v'è un esempio in cui il controllo esterno sulla «credibilità» della denuncia è massimo, questo è proprio il caso della segnalazione anonima.

L'attendibilità, ha scritto T. Padovani, come «effettività capacità del teste veridico di fornire una rappresentazione aderente alla verità», «copre un ambito assai più vasto della falsità». E poiché in perfetta buona fede si può riferire qualcosa di completamente falso, «l'inattendibilità grava sulla testimonianza come una sorta di rischio imminente che occorre sempre considerare e ponderare»³².

Ecco perché a mio avviso le manifestazioni che costituiscono libertà di espressione del lavoratore, proprio perché esercizio di in diritto inconciliabile con controlli preventivi, vanno tenute distinte dalla facoltà del lavoratore di denunciare violazioni alle autorità. Si deve anzi dire di più: che non può essere la libertà di espressione del lavoratore, il principio su cui si basa la disciplina del whistleblowing. La riprova la dà – in modo elementare – la legge, quando – il che altrimenti non si spiegherebbe – nega al whistleblower il diritto di informarsi, che costituirebbe il presupposto logico di una vera e propria libertà di esprimersi comunicando o divulgando informazioni³³. E la legge stessa nega al whistleblower anche il dovere di informarsi prima «soffiare nel fischietto», non permettendogli, coerentemente, di usare il whistleblowing quale pretesto per giustificare azioni commesse in violazione degli obblighi di segretezza. Il *leaking*, la soffiata accompagnata dalla fuoriuscita di documenti segreti, continua a

costituire un illecito, e un preteso «diritto» o «dovere» d'informazione non ha alcuna valenza di esclusione dell'antigiuridicità, se non è «strettamente necessario a rivelare la violazione» (art. 20 comma 4 d.lgs. n. 24/2023). La «sottrazione del documento all'organizzazione» – riguardata con favore, a certe condizioni, dal considerando n. 92 della direttiva UE 2019/1937, rimasta sul punto inattuata – non rientra nell'esercizio della presunta libertà del whistleblower; è una condotta che può non essere illecita, al più (la legge è tutt'altro che chiara) se si atteggia come un bisogno che nasce dalla segnalazione ed è ad esso proporzionato. Come ha esattamente stabilito la Corte di Cassazione, la normativa sul whistleblowing si limita «a scongiurare conseguenze sfavorevoli, limitatamente al rapporto di impiego, per il segnalante che acquisisca, nel contesto lavorativo, notizia di un'attività illecita, mentre non fonda alcun obbligo di attiva acquisizione di informazioni, autorizzando improprie attività investigative, in violazione dei limiti posti dalla legge»³⁴.

27

La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene – e lo ha confermato nella sentenza *Halet c. Lussemburgo*, riguardante proprio un whistleblower della vicenda *LuxLeaks* (uno degli scandali che hanno molto influenzato la Commissione nella proposta della direttiva UE 2019/1937) – che la libertà di espressione protetta dall'art. 10 CEDU giustifichi la divulgazione, a beneficio dell'interesse pubblico, delle sole informazioni che risultino «essenziali», proporzionate, utili a far scoprire la violazione, non eccedenti rispetto allo scopo. La direttiva (UE) 2019/1937 vorrebbe trasformare in norma questa tecnica di giudizio. Le cui utilizzazioni – occorre non dimenticarlo – giungono per mano della Corte europea dei diritti dell'uomo al termine di casi giudiziari specifici. Scaricare in via generale e astratta sul lavoratore la «libertà» di effettuare da sé quel test di proporzionalità, naturalmente a suo rischio e pericolo, significa soltanto creare un «principio di disorganizzazione» che aumenta il rischio di malevole delazioni.

Comunque sia, tralasciando queste critiche, pare innegabile che le differenze rilevate tra le convenzioni internazionali e la direttiva UE 2019/1937 portino gli Stati membri a doversi confrontare, detto in breve, con una diversa «selettività» delle due fonti rispetto alle «menzogne»³⁵.

Anche l'Unione europea ha ratificato la convenzione di Merida (ONU) contro la corruzione³⁶. La conclusione di quanto si è venuti fin qui argomentando è che la direttiva UE 2019/1937 non ne rappresenti affatto la continuazione, bensì un radicale e per taluni aspetti discutibile mutamento di prospettiva. Ci troviamo, a me pare, davanti alla più cinica esasperazione dell'idea di ordinamento giuridico coniata dalla Corte di giustizia

nella famosa sentenza *Van Gend & Loos* – il D.lgs. n. 24/2023 ne celebra giusto i sessant'anni di vita – con riferimento alla natura della Comunità europea: «un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini»³⁷. Assistiamo ora a qualcosa di più: la strumentalizzazione dei cittadini, nella loro veste di lavoratori, per l'effettività del diritto oggettivo dell'Unione.

6. *Freedom of speech*: una finta lezione statunitense.

Il whistleblower comunitario è una figura per molti versi inedita, orfana di qualunque tradizione comune europea e men che meno allineata alla «tradizione» italiana, se così si può chiamare l'esperienza poco più che decennale acquisita dal nostro Paese a partire dalla legge n. 190/2012.

Vengono forse in gioco altre tradizioni? Il pensiero va, ad esempio, alla giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti sull'interpretazione del primo emendamento della Costituzione (*freedom of speech*), ritenuto dalla Corte suprema pacificamente applicabile ai lavoratori (anche) pubblici, a partire dal caso *Pickering vs. Board of Education* fino al più recente *Garcetti vs. Ceballos*.

In tutti gli ordinamenti liberaldemocratici, la libertà di espressione comprende il diritto di critica nei confronti del datore di lavoro, sia pure entro certi limiti di continenza³⁸. Ed è una garanzia che vale anche per il whistleblower, giacché nulla esclude che la soffiata assuma i contorni di un'attività di manifestazione del pensiero. Nel caso *Pickering vs. Board of Education*³⁹, l'insegnante Marvin L. Pickering era stato licenziato per aver scritto e pubblicato su un giornale una lettera di critica in cui accusava l'istituto in cui lavorava di aver tenuto nascoste le reali ragioni per cui aveva disposto l'aumento delle tasse scolastiche, ragioni che andavano imputate a un criterio di allocazione delle risorse finanziarie, secondo Pickering, inefficiente. La lettera era stata ritenuta dal Board meritevole di licenziamento in quanto, ad avviso dell'amministrazione, conteneva affermazioni false e dannose per il buon funzionamento delle scuole del distretto. Il caso *Pickering* è un buon esempio di divulgazione dell'informazione. Lo si è definito *whistleblowing* – una parola buona a molti scopi – per sottolineare l'etica di chi, superando remore e timori, trova il coraggio di criticare in pubblico, attraverso i media, i difetti delle istituzioni in cui opera. Ma la sentenza *Pickering* è una pronuncia sulla

capacità della Free Speech Clause di portare a galla «a matter of public interest». Mai, neppure lontanamente, qui la Corte Suprema opera riferimenti al whistleblowing.

Anche la dottrina statunitense non dubita che il whistleblower possa beneficiare della protezione del Primo emendamento della Costituzione⁴⁰. Anche qui però occorre intendersi, poiché la tutela offerta dalla first amendment clause entra in gioco qualora si controverta del diritto dell'informatore di esprimersi su questioni d'interesse generale – anche eventualmente riportando fatti determinati (anche questo è esercizio del free speech) – ma non ove si tratti di valutare se sia esonerato da responsabilità un comportamento che, per sua natura giuridica, sarebbe da qualificarsi come illecito, in quanto tenuto in violazione dei doveri di fedeltà e segretezza. Accertamento, questo, che negli Stati Uniti è demandato interamente all'applicazione delle leggi federali e della giurisprudenza della Corte Suprema sul whistleblowing, non al Primo emendamento. Intendo dire, anche se può apparire banale, che la tutela contro l'atto ritorsivo è assicurata anche al lavoratore che abbia trasmesso la segnalazione ad un'autorità (o l'abbia resa di pubblico dominio) senza esprimere una propria opinione in merito alle circostanze⁴¹. In questo caso però egli beneficerà della protezione accordatagli dalle leggi ordinarie, la cui esistenza rende, se non inesatto, quanto meno superfluo qualificare la scelta di diffondere o comunicare informazioni come esercizio di una libertà costituzionale. Certo il primo emendamento, considerato di per sé, garantisce il free speech con riferimento a qualsiasi forma di manifestazione del pensiero, incluse le segnalazioni. Ma è pur vero che, essendo oggi il whistleblowing divenuto oggetto di leggi ordinarie, saranno solo queste ultime a rappresentare, in modo del tutto autosufficiente, il parametro di valutazione della condotta del segnalante. Leggi ordinarie che, negli Stati Uniti, si affastellano senza un ordine preciso: ciascuna ha il «suo» whistleblower. Muoversi in un tale groviglio può complicarsi enormemente; difatti esiste una consolidata tradizione anche in termini di supporto, guida e consulenza esterna per i lavoratori che intendono segnalare illeciti.

Di nuovo, come per il FOIA, occorre fare molta attenzione a qual è veramente la «lezione americana» e guardarsi bene dal pericolo di superfetazioni. Free speech e whistleblowing sono innegabilmente collegati, ma informazione e divulgazione non sempre coincidono, essendo la divulgazione solo uno dei possibili strumenti di cui può avvalersi l'informatore. Anche negli Stati Uniti la parola whistleblowing, nella sua ambiguità, indica un tipo di pratica delatoria scriminata (non dal Primo

emendamento, bensì) da leggi ordinarie, federali o degli Stati federati, che impediscono la sua configurazione quale ipotesi di responsabilità dell'informatore. Così anche alla luce della direttiva UE 2019/1937 l'informatore che denuncia un illecito o una violazione del diritto dell'Unione utilizzando i canali previsti dalla legge, in modo asettico e totalmente avulso dal manifestare giudizi personali, è una persona informata, che sta rendendo dichiarazioni a un'autorità. Non sta esercitando una libertà di espressione garantita dalla Costituzione o dalla CEDU, eppure beneficia appieno della tutela del whistleblower. A dispetto del Considerando n. 31, è tanto poco vero che l'informatore eserciti una «libertà di espressione», che la divulgazione è tutt'altro che libera, ben potendo essere reputata contraria alla legge e motivo di non esonero da responsabilità quando viene praticata nonostante la disponibilità di canali interni o esterni di segnalazione (limitazione che nessuno studioso, negli Stati Uniti, oerebbe ricavare dalla Free Speech Clause: se l'ordinamento statunitense contempla il whistleblowing, è proprio perché il whistleblower non «è», «sempre», colui che, come è invece scritto nel Considerando n. 31, esercita un diritto alla libertà di espressione).

7. La sola, vera lezione statunitense: l'importanza di evitare il whistleblowing

Dove invece si ha l'impressione di una certa concretezza del whistleblowing, è nella sfera delle modifiche richieste per la messa a norma delle organizzazioni pubbliche e private; nell'esercizio, quando occorre, delle potestà di vigilanza; nel mercato dei beni e dei servizi necessari all'approntamento delle infrastrutture, anche informatiche, necessarie alla creazione dei canali di segnalazione. Da questo angolo di visuale l'effettività del whistleblowing non si può dire mancante: la si desume però dall'insieme di fatti puramente preparatori, dal numero di organizzazioni che si dotano di meccanismi di autocontrollo e nella stessa esistenza delle competenze attribuite all'Autorità nazionale anticorruzione. In buona sostanza, il whistleblowing è effettivo nel momento stesso in cui si presenta agli occhi dei lavoratori come infrastruttura materialmente messa a disposizione dall'ente. Assumendo questo criterio di analisi, esso torna a conciliarsi con il suo riferimento più immediato, che è un riferimento oggettivo: il whistleblowing viene in rilievo come un servizio teso alla prevenzione dell'illegalità, esistente anche se poco o mai utilizzato. E solo così, tra l'altro, può essere trattato nella logica aziendalistica che vediamo

sempre più dominante nella moderna esperienza dell'amministrazione e della medio-grande impresa: se ne potrà parlare in una cornice di policy, di corporate governance, di due diligence aziendale, di normazione tecnica, la cui applicazione porta alla realizzazione di un quid novi costituito da cose o beni accessibili ai lavoratori. Ma, come molti servizi destinati ad operare in situazioni di emergenza, l'importante è che esista la garanzia di utilizzabilità dell'infrastruttura in caso di necessità; non importa vedere, oltre al whistleblowing, i whistleblowers.

A questo proposito, le voci di alcuni studiosi statunitensi non possono essere facilmente trascurate, laddove imputano il problema dell'effettività del whistleblowing non tanto alla sua scarsa utilizzazione, di per sé del tutto fisiologica, quanto alla necessità di evitarlo, giacché «whistleblowing is always proof of organizational trouble (...) is also proof of management failure»⁴². L'importanza di evitare il whistleblowing – non, si badi, di opporsi al whistleblowing, ma di aggirarlo o prevenirlo – è una base su cui riaprire un nuovo dibattito culturale, non più per chiedersi come rimuovere gli ostacoli alla «soffiata», ma per mettere a fuoco, in modo più fecondo di quanto finora sia stato fatto, le misure idonee a garantire quel benessere organizzativo – il solo, autentico benessere della società – capace di impedire il verificarsi delle condizioni che portano il lavoratore di fronte al «dilemma etico». La tutela dei whistleblowers non deve spingere i lavoratori verso il «dilemma», ma impedire che si presenti. Qui, io credo, stanno i presupposti di un profondo ripensamento del tema. E forse, l'unica vera «lezione» statunitense.

8. Whistleblowing senza whistleblowers

Nel senso ora chiarito potrebbe e a mio avviso dovrebbe essere inquadrato anche il d.lgs. n. 24/2023: una riforma la cui effettività si potrà misurare non dal numero di segnalazioni, ma in termini qualitativi e di adeguamento organizzativo del servizio da erogare agli eventuali informatori. Si potrà dire cioè che la corruzione è prevenuta, grazie al whistleblowing, con l'approntamento dei canali di segnalazione, non con il concretarsi della pratica delatoria. Mi rendo conto che questa conclusione sta contro il giudizio diffuso, anche se non sempre apertamente dichiarato, per cui l'effettività della disciplina non coincide con l'ottemperanza a ciò che la legge prevede, ossia con il puro e semplice apprestamento di garanzie idonee a effettuare la segnalazione in condizioni di sicurezza. L'asticella è fissata più in alto: si vuol vedere se all'atto pratico pervengono segnalazioni attraverso i canali previsti dalla legge; altrimenti si

teme che il whistleblowing, non producendo whistleblowers, rimanga di fatto inoperante. Di qui ad esempio la proposta, largamente apprezzata, di prevedere non solo le misure di sostegno all'informatore richieste della direttiva UE 2019/1937, ma incentivi e premi in denaro per l'utilizzo dello strumento.

32 Orbene, questo modo di vedere le cose a me pare un mistero per chi sia avvezzo all'uso della logica. Nessuno direbbe che la ratio della norma del codice penale sulla legittima difesa sia prevenire il reato di chi offende, sicché un certo numero di riconoscimenti giudiziari di quella scriminante sia un trionfo della lotta alla delinquenza, traendone la proposta di semplificare il regime del possesso di armi. Perché allora il whistleblowing, da causa di giustificazione di una condotta vietata, si è trasformato in pratica incentivata? Se davvero si tratta di uno strumento di prevenzione della corruzione, la mancanza di segnalazioni nonostante l'approntamento di canali che consentono di effettuarle è indice del suo successo: vuol dire che nessuno pensa di avere contezza di fatti illeciti; che, dunque, la possibilità della segnalazione ha portato alla luce un alto tasso di legalità e di benessere organizzativo. Il dubbio ingenerato della scarsa diffusione dell'istituto – nessuno assiste a illeciti o nessuno li segnala? – non va quindi sciolto dal legislatore: è un mistero che va preso come tale, un predicato dell'istituto stesso. Di fronte a un caso in cui le segnalazioni d'illecito sono quotidiane e i canali che consentono di effettuarle sono intasati di denunce, pochi avrebbero il coraggio di affermare che lo strumento ha efficacemente prevenuto la corruzione. La conclusione dovrebbe essere allora che la disciplina del whistleblowing raggiunge il massimo di efficacia quando non spunta, concretamente, alcuna denuncia presentata da whistleblower.

9. Osservazioni conclusive

Detto con franchezza, il whistleblowing funzionalizzato è la riqualificazione di un rito antico, che non merita una valutazione troppo diversa da quella riservata all'azione popolare cosiddetta «procuratoria», un istituto che la dottrina tradizionale, con Bruns, Fadda, Scialoja, si affrettò a descrivere come del tutto eccezionale⁴³. Se l'atteggiamento della dottrina verso il *postulare pro alio* in nome della *salus rei publicae* è sempre stato cauto e distaccato, nonostante i legislatori di un tempo vi annessero un valore liberale e democratico, è proprio per una tradizione giuridica – verrebbe da dire questa volta, comune agli ordinamenti europei – che porta a non credere all'ingenua premessa: che vi sia spazio, nel diritto pubblico, per un agire individuale a tutela del pubblico interesse. Questa è, scriveva S. Satta, «una di quelle reviviscenze romantiche, per le quali si credeva e si crede in

buona fede di onorare e servire l'idea foggiando una realtà conforme all'idea»⁴⁴. L'azione popolare nella sua forma «pura» è strumento di esercizio del potere sotto forma di libertà, che lo Stato «sovrano» concede ai propri sudditi per realizzare sé stesso, «una sorta di benemeranza al vecchio cittadino *fidelem et bonum*, come lo chiama Plauto». E va posto qui in risalto ciò che Satta, citando altri⁴⁵, soggiungeva al riguardo, riferendosi a coloro che, a Roma, «di certe azioni individuali si erano fatta una professione». Nella Roma imperiale i *delatores* di crimini pubblici potevano contare su una ricompensa pari a un quarto dei beni dell'accusato⁴⁶. L'epiteto di *quadraplatores*, a essi attribuito per la loro abitudine di abusare dell'azione e di attentare impunemente al patrimonio altrui⁴⁷, non era altro che un termine dispregiativo⁴⁸: ci rammenta Satta, un «triste nome»⁴⁹.

33

Se, tornando all'attualità, si guardasse fino in fondo a questa lunghissima retrospettiva, se si muovesse dal presupposto che il whistleblowing raggiunge le sue finalità nel momento in cui le amministrazioni lo garantiscono, non in quello in cui ne diventano beneficiarie, se si affermasse più chiaramente che il whistleblowing «praticato», «culturalmente accettato» dalle burocrazie, non ha nulla a che vedere con la Costituzione e ne rappresenta anzi per molti versi il fallimento, il pericolo di questa degenerazione sarebbe la prima cosa che balza all'occhio. Si profilerebbe allora, se non altro, una nuova piattaforma sulla quale discutere il punto di vista di chi ritiene auspicabile o persino da incentivare l'intensificarsi della pratica delatoria «nel pubblico interesse». La verità è che le cose stanno andando in una diversa direzione. Purtroppo, in alcuni settori, l'architettura dell'etica pubblica, dell'anticorruzione, dell'imparzialità, si sta trasformando in una sorta di filosofia «eugenetica», figlia di un pregiudizio sul quale convergono le più diverse correnti di pensiero delle scienze sociali: che il mondo della burocrazia, sia essa pubblica o privata, sia malfunzionante in quanto «classe»⁵⁰. La visione assiologica del whistleblowing come comportamento integerrimo dovrebbe quindi essere «problematizzata», nel dilemma tra esaltazione dei principi costituzionali e abbassamento, in filigrana, del livello di vigilanza critica sul loro rispetto.

Note

¹ E. CARLONI, *Cambiamenti di prospettiva. Riforma del whistleblowing e trasformazioni dell'anticorruzione*, in «Munus», 2023, pp. 319 ss.

² In altri scritti ho cercato di sostenere il debole appiglio costituzionale del whistleblowing; M. MAGRI, *Il whistleblowing nella prospettiva di una disciplina europea armonizzata*, in «federalismi.it», 2 ottobre 2019, pp. 2 ss.; e ID., *La direttiva*

europa sul whistleblowing e la sua trasposizione nell'ordinamento italiano (d.lgs. n. 24/2023), in «Istituzioni del federalismo», n. spec. 3/2023, pp. 555 ss.; dove anche l'opinione che una disciplina armonizzata del whistleblowing sia estranea al perimetro delle competenze dell'Unione e che la direttiva n. 2019/1937 (UE) sia, ad un'approfondita disamina, priva di base legale nel sistema dei Trattati. A parte ciò, molte delle considerazioni sviluppate nel presente saggio sono tratte da quest'ultimo contributo.

34 ³ Come vuole l'impostazione classica del tema; la si veda ad esempio in P. RUBECHINI, *Della delazione virtuosa. La segnalazione di illecito quale strumento di protezione dell'interesse generale*, in «iv. trim. dir. pubbl.», 2024, pp. 409 ss. (e dottrina ivi citata) e ancora più marcatamente in V. DONINI, *La simbiosi tra accountability e whistleblowing nel quadro del governo aperto: un'analisi delle dinamiche e delle interazioni*, in «federalismi.it» (Osservatorio trasparenza), 10 luglio 2024, pp. 221 ss., soprattutto p. 244 ss.

⁴ G. COSSU, L. VALLI, *Il whistleblowing: dalla Direttiva 1937/2019 al Decreto Legislativo 24/2023*, in «federalismi.it» (Osservatorio trasparenza), 26 luglio 2023, pp. 155 ss.; G. DE SANTIS, *Whistleblowing: esercizio di virtù civica al servizio della compliance*, in «Resp. civ. e prev.», 2024, pp. 360 ss.

⁵ R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001*, in B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino 2013, p. 243 ss. La dottrina sul whistleblowing è sterminata. Senza pretesa di completezza, A. AVIO, *Diritto di critica e obblighi di riservatezza*, in «Lav. dir.», 2018, p. 221 ss.; ID., *La nuova tutela del dipendente che segnala reati o irregolarità*, in «Dir. lav. mercati», 2017, p. 655; ID., *La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti nella l. 30 novembre 2017, n. 179*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2018, p. 306 ss.; D. BOLOGNINO, *Spunti di riflessione sui chiaro-scuro della formulazione della nuova normativa di tutela del dipendente che segnala l'illecito di cui alla l. n. 179 del 2017*, in «Amm. in cammino», 13 marzo 2018; G. D'ALESSIO, *La legislazione anticorruzione: l'impatto sui rapporti di lavoro pubblico*, in *Lav. P.A.*, 2017, p. 99 ss., 115 ss.; E. FIATA, *La tutela del whistleblower nel pubblico impiego dopo la legge n. 179 del 2017*, in «Lav. P.A.», 2018, p. 57 ss.; M. MARTONE, *La repressione della corruzione e la tutela del whistleblower alla luce della l. 30 novembre 2017, n. 179*, in «ADL», 2018, p. 61 ss.; G. MASSARI, *Il whistleblowing all'italiana: l'evoluzione del modello sino alla legge n. 179 del 2017*, in «Studium iuris», 9, 2018, p. 981 ss.; V. PAPA, *Contrasto alla maladministration e segnalazione di irregolarità: il whistleblowing e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici*, in B. CARUSO (a cura di) *Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*, WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», Catania, 8, 2019; N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n° 179/2017 di tutela del whistleblower*, in «www.lavorodirittieuropa.it», 1, 2018; A. RICCIO, *La tutela del lavoratore che segnala illeciti dopo la l. n. 179 del 2017. Una prima lettura giuslavoristica*, in «Amm. in cammino», 26 marzo 2018; F. COPPOLA, *Il «whistleblowing»: la «scommessa etica» dell'anticorruzione*, *Dir. pen. e processo*, 2018, 475 ss.; A. FRIGNANI, *Il «whistleblowing» in Italia: la nuova legge dimentica la concorrenza (e non solo)*, in «Giur. comm.», 3, 2019, pp. 393 ss.

⁶ Sia permesso rinviare anzitutto, senza distinzioni, al volume di Autori vari, A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, Atti del Convegno annuale del Dipartimento di Scienze Giuridiche «Cesare Beccaria», Milano, 18-19 novembre 2019, Giuffrè Francis Lafebvre, Milano 2020; A. DELLA BELLA, *Il «whistleblowing» nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, *ivi*, 157 ss.; S.M. CORSO, *La Direttiva UE 2019/1937 sul whistleblowing e le possibili ricadute nel diritto interno*, in *Il lavoro nella giur.*, 2020, p. 600 ss.; F. TÙCCARI, *Il whistleblowing tra intelligenza della corruzione e conoscenza della (mal)amministrazione*, in «Ambiente Diritto», 4, 2020, p. 20; A. BOSCATI, *La disciplina del «whistleblowing» nel settore privato nella prospettiva dell'attuazione della direttiva comunitaria*, in «ADL», 5, 2020, p. 1056 ss.; ID., *La disciplina del «whistleblowing» nel settore pubblico nella prospettiva dell'attuazione della direttiva comunitaria*, in «ADL», 3, 2020, 521 ss.; ID., *Il whistleblowing tra diritto di critica e obbligo di fedeltà del lavoratore*, in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, *cit.*, 357 ss., in part. 381; C. MARENGHI, *Direttiva sul whistleblowing e ordinamento italiano: qualche riflessione in vista dell'attuazione*, in «Jus (Virta e Pensiero, online)», 25 dicembre 2020; P. NOVARO, *Principali criticità della disciplina italiana in materia di whistleblowing alla luce della nuova direttiva Europea: limitato campo di applicazione e scarsi incentivi*, «Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.», vol. 5, 2019, p. 737 ss.; E. GHERA, L. VALENTE, *Sulla riforma degli obblighi di segreto contenuta nella legge sul «whistleblowing»*, in «Riv. it. Dir. lav.», pp. 245 ss.; D.-U. GALETTA, P. PROVENZANO, *La disciplina italiana del «whistleblowing» come strumento di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione: luci e (soprattutto) ombre*, in «Federalismi.it», 18, 2020, 10 giugno 2020, p. 112 ss.; A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *The Ethical 'Dilemma' of Whistleblowers in the Italian Legal Environment*, *D. pen. cont.*, 3, 2021, p. 139 ss.

35

⁷ N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, *cit.*, p. 24.

⁸ S. VENTULLO, *Decreto attuativo della Direttiva Whistleblowing: criticità nella definizione dell'ambito applicativo*, in «Giur. Penale Web», 17 dicembre 2022, 12, 2022.

⁹ G. COSSU, L. VALLI, *op. cit.*

¹⁰ Con i limiti, inevitabili, di tutte le classificazioni.

¹¹ Questo sforzo volto a cogliere le differenze tra i due modelli non dev'essere visto come un tentativo di porsi in contrasto con la posizione che, riferendosi alla prevenzione della corruzione in generale, ha portato ad accentuare maggiormente l'aspetto conciliativo e di continuità tra panorama internazionale ed europeo (N. PARISI, *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in «federalismi.it», 8 maggio 2019). Il discorso vale solo per il *whistleblowing*, rispetto al quale non si può escludere che valgano considerazioni distinte rispetto all'analisi della politica anticorruzione nel suo complesso.

¹² L. n. 6/2018 e D.L. n. 8/1991.

¹³ Sul punto, anche con giuste puntualizzazioni, S. VILLAMENA, *Il whistleblowing pubblico*, in «Dir. proc. Amm.», n. 3-4, 2019, pp. 841 ss., 849-850, per cui «occorre fuggire un rischio che come uno spettro aleggia sul tema: quello che

ciascun lavoratore si tramuti in ‘controllore’ del proprio collega, esacerbando le relazioni interpersonali e producendo per questa via un effetto opposto a quello del *buon andamento* dell’attività cui la norma aspira».

¹⁴ Come ricorda esattamente R. CANTONE, *Il dipendente pubblico che segnala illeciti; un primo bilancio sulla riforma del 2017*, in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità*, cit., p. 187 ss., in part. 190

¹⁵ Per il testo: <https://rm.coe.int/16807096c7>. In merito all’impatto di questa Raccomandazione è stato di recente predisposto un *Evaluation report* (giugno 2022) del Comitato europeo per la Cooperazione giuridica del Consiglio d’Europa (CDCJ), consultabile online a <https://rm.coe.int/cdcj-2022-01-evaluation-report-on-recommendation-cmrec-2014-7p/1680a6fee1>

36 ¹⁶ Dalla legge di ratifica della Convenzione di Strasburgo (n. 110/2012) sono state infatti espunte le disposizioni di diretto adeguamento dell’ordinamento interno, confluite nella legge anticorruzione (<https://leg16.camera.it/561?appro=513>). Non così nella legge di ratifica della Convenzione civile del Consiglio d’Europa contro la corruzione (n. 112/2012), che si è limitata a ratificare la convenzione (art. 1) e a darvi piena ed intera esecuzione (art. 2).

¹⁷ Oltre che di tutela dell’informatore contro i comportamenti ritorsivi perpetrati nei suoi confronti; N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in *LavoroDirittiEuroa*, 2, 2020 (estratto online, p. 2) e in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità*, cit., p. 3 ss., in part. 4.

¹⁸ In cui la protezione dell’informatore è funzionale al benessere della società o a un interesse pubblico.

¹⁹ Per una più precisa caratterizzazione dell’impronta penalistica delle convenzioni internazionali, N. PARISI, *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in «federalismi.it», 9, 2019, 8 maggio 2019.

²⁰ Nota esattamente F. GANDINI, *La protezione dei whistleblower*, in «www.astrid-online.it», che l’unico obbligo in senso lato desumibile dall’art.33 è quello di «considerare» l’introduzione di tali misure nei rispettivi ordinamenti giuridici.

²¹ Si noti fin d’ora la differenza con l’art. 9 della Convenzione civile contro la corruzione, che obbliga ciascuna Parte a prevedere nel proprio diritto interno «un’adeguata tutela contro qualsiasi sanzione ingiustificata nei confronti di dipendenti i quali, *in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti*, denunciano fatti di corruzione alle persone o autorità responsabili».

²² Come le ritiene invece N. PARISI, *La funzione del whistleblowing*, op. loc. cit.

²³ La Convenzione civile non potrebbe fungere, ad esempio, da «norma interposta» nell’interpretazione dell’art. 54-bis d.l.gs. n. 165/2001, introdotto dalla l. n. 190/2012, che riguarda i soli dipendenti pubblici, mentre tale funzione si può astrattamente riconoscere con riferimento all’art. 2 della l. n. 179/2017.

²⁴ Così, testualmente, nel considerando n. 31 della direttiva (UE) 2019/1937: «coloro che segnalano minacce o pregiudizi al pubblico interesse di cui sono venuti a sapere nell’ambito delle loro attività professionali esercitano il diritto alla libertà di espressione». In termini giuridici simili parole confondono due diversi piani del ragionamento e ciò non ha bisogno di molte spiegazioni, giacché se dovessimo credere che chi riferisce un fatto manifesti il proprio pensiero non ci spiegheremmo

perché la testimonianza sia un mezzo di prova in qualunque processo. Come si vedrà anche *infra*, altro è la garanzia della libertà di espressione, altro è la situazione dell'informatore. Se Tizio riferisce di aver visto Caio ricevere denaro per un atto del suo ufficio, non sta esprimendo il suo pensiero, sta raccontando in fatto. Vi è solo un modo per dare al considerando n. 31 il valore della regola giuridica, ed è attribuirle il senso di una *fictio*: la direttiva vuole che alla segnalazione delle violazioni si applichino le stesse norme che vigono per la manifestazione del pensiero, «come se» la segnalazione fosse un'opinione. Ecco però dove il problema, lungi dal risolversi, dischiude orizzonti alquanto problematici.

²⁵ Cass. pen, sez. III, 9 luglio 2010, n. 16236, in «Foro it.», 2010, I, p. 2667 ss.

²⁶ G. COSSU, L. VALLI, *Il whistleblowing: dalla Direttiva 1937/2019 al Decreto Legislativo 24/2023*, in «federalismi.it», Osservatorio trasparenza, 26 luglio 2023, p. 158.

²⁷ L. VALLI, *Verità e democrazia*, in «LavoroDirittiEuropa», 2, 2020 (estratto), p. 14.

²⁸ TAR Lazio, sez. I-*quater*, 8 luglio 2024, n. 13706; 7 gennaio 2023, n. 235 e n. 236; 19 aprile 2023, n. 6775; sez. III-*ter*, 12 marzo 2024, n. 4967. Già l'Autorità nazionale anticorruzione, nelle Linee guida adottate con delibera 9 giugno 2021, n. 469, p. 14, aveva ritenuto che «alla luce della ratio che ispira la legislazione in materia di prevenzione della corruzione», non si potessero «escludere dalla tutela ex art. 54-*bis* le segnalazioni nelle quali un interesse personale concorra con quello della salvaguardia dell'integrità della pubblica amministrazione», anche se «in simili casi è opportuno che il whistleblower dichiari fin da subito il proprio interesse personale». La giurisprudenza amministrativa è comunque compatta nel ritenere esclusa la fattispecie del *whistleblowing* quando il segnalante abbia agito, invece, per fini esclusivamente personali (Cons. Stato, sez. II, 17 luglio 2023, n. 7002; 17 maggio 2023, n. 4912; 6 dicembre 2021, n. 8150 e pronunce ivi citate).

²⁹ A. MANSBACK, *Whistleblowing as Fearless Speech: The Radical Democratic Effects of Late Modern Parrhesia*, *loco cit.* alla nota 17.

³⁰ In tal senso, almeno sembra, L. VALLI, *Segnalazione di illeciti e anonimato*, in «LavoroDirittiEuropa», 3, 2020 (estratto).

³¹ A. BOSCATI, *Il whistleblowing tra diritto di critica e obbligo di fedeltà del lavoratore*, in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., p. 357 ss., in part. 384.

³² T. PADOVANI, V. VITIELLO, *Non dire falsa testimonianza*, il Mulino, Bologna 2011, pp. 113-115.

³³ P. SPAGNOLO, *Il segreto giornalistico nel processo penale*, Giuffrè, Milano 2014, p. 60. Neppure vale per il *whistleblower*, ed è superfluo accennarlo, la norma (art. 200 c.p.p.) che vieta di chiamare il giornalista professionista a deporre nel processo penale sui nomi delle persone dalle quali ha avuto notizie di carattere fiduciario.

³⁴ Cass. pen., sez. V, 21 maggio 2018, n. 35792, punto 3.2. della motivazione.

³⁵ *ID.*, *op. cit.*, p. 148.

³⁶ Decisione 2008/801/CE del Consiglio, del 25 settembre 2008, relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, della convenzione delle

Nazioni Unite contro la corruzione. Ciò dovrebbe rendere esperibile il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per qualsiasi norma ivi contenuta, anche se di competenza dell'UE; cfr. P. PUSTORINO, *In tema di applicazione nell'ordinamento italiano delle convenzioni internazionali sul contrasto alla corruzione*, in A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, Padova 2014, p. 473 ss., in part. 478.

³⁷ Corte di Giustizia UE, 5 febbraio 1963, in C-26/62.

³⁸ Desta sotto questo profilo più di una perplessità (anche se nell'economia del presente contributo se ne può solo fare un rapido cenno) l'art. 11-ter («Utilizzo dei mezzi di informazione e dei social media») del codice di comportamento dei dipendenti pubblici, introdotto dal D.P.R. 13 giugno 2023, n. 81, che obbliga i dipendenti pubblici, nell'uso degli account personali sui social media, «ad astenersi da qualsiasi intervento o commento che possa nuocere al prestigio, al decoro o all'immagine dell'amministrazione di appartenenza o della pubblica amministrazione in generale». A parte la genericità dei termini, ognuno vede che questa disposizione muove in senso diametralmente opposto a quello della divulgazione consentita, sia pure in presenza di certe condizioni, dalla direttiva (UE) 2019/1937 e il d.lgs. n. 24/2023.

³⁹ U.S. Supreme Court, June 3, 1968, 391 U.S. 563.

⁴⁰ S. STILL, *A Public Concern: Protecting Whistleblowers Under the First Amendment*, 88 *Fordham L. Rev.* (2020), p. 1543 ss.

⁴¹ Del resto, come nota A. MANSBACK, *Whistleblowing as Fearless Speech: The Radical Democratic Effects of Late Modern Parrhesia*, in D. LEWIS W. VANDEKERCKHOVE (a cura di), *Whistleblowing and Democratic Values*, 12 ss., 15, strumenti di *whistleblowing* possono esistere sia in regimi democratici che in regimi non democratici (e non necessariamente per «bene pubblico»).

⁴² M. DAVIS, *Avoiding the Tragedy of Whistleblowing*, in «Business & Professional Ethics Journal», vol.8, n.4, 1989, p. 3 ss., in part. 7. Si vedano in particolare le p. 10 ss. Il tema è ripreso da R. RUFFINI, *Come evitare il trauma del whistleblower: una prospettiva organizzativa*, in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., p. 409 ss.

⁴³ A. LUGO, *Azione popolare*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano 1959, pp. 861 ss., 862.

⁴⁴ S. SATTA, *Azioni popolari e «perpetuatio jurisdictionis»*, in «Foro it.», 1937, p. 711.

⁴⁵ C. FADDA, *L'azione popolare: studio di diritto romano ed attuale*, UTET, Torino 1894, p. 99.

⁴⁶ M.F. PETRACCIA, *Indices e delatores nell'antica Roma*, p. 155

⁴⁷ L. SOLIDORO, *Tassi usurari e giurisdizione*, in «Diritto@storia», n. 7/2008.

⁴⁸ M.F. PETRACCIA, *op. e loc. cit.*

⁴⁹ S. SATTA, *op. e loc. cit.*

⁵⁰ F. FERRARESI, A. SPREAFICO, *Il dibattito sulla burocrazia nella tradizione weberiana ed in quella marxista*, in «Studi di sociologia», 1975, fasc. 3-4, pp. 189 ss.