

2 OTTOBRE 2019

Il *whistleblowing* nella prospettiva di una
disciplina europea armonizzata: la legge
n.179 del 2017 sarà (a breve) da
riscrivere?

di Marco Magri

Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Ferrara

Il *whistleblowing* nella prospettiva di una disciplina europea armonizzata: la legge n.179 del 2017 sarà (a breve) da riscrivere?*

di Marco Magri

Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Ferrara

Sommario: **1.** Considerazioni preliminari. La tutela del *whistleblower* dopo le leggi n. 190 del 2012 e n. 179 del 2017, tra diritto del lavoro e diritto amministrativo “anticorruzione”. **2.** Il testo della direttiva UE approvato in prima lettura dal Parlamento europeo e la sua profonda (benché per ora meramente ipotetica) incidenza sul diritto italiano interno. **3.** L’ambivalenza dell’istituto: la “vittima della soffiata” e il “collaboratore di giustizia”. Il possibile intreccio con la normativa sulla trasparenza e la “rivalità” del *leaking*. **4.** Sulla diseguaglianza della protezione del *whistleblower* nei vari ordinamenti: “condizionalità” della tutela, differenza tra enti pubblici e privati, consolidamento dell’esperienza giurisprudenziale. **5.** La legge italiana (n. 179 del 2017) e la disciplina del *whistleblowing* in ambito pubblico. **6.** Il campo di applicazione soggettivo. Il problema dei prestatori d’opera autonoma. **7.** Il campo di applicazione oggettivo. **8.** Breve ripasso del “vecchio” articolo 54-*bis*. **9.** L’invalidità testuale dell’atto ritorsivo (cenni). **10.** I poteri dell’ANAC e le sanzioni: una nuova responsabilità formale? **11.** Il problematico intreccio con le competenze legislative delle regioni. **12.** La tutela dell’identità del segnalante. **13.** Cenni conclusivi.

1. Considerazioni preliminari. La tutela del *whistleblower* dopo le leggi n. 190 del 2012 e n. 179 del 2017, tra diritto del lavoro e diritto amministrativo “anticorruzione”.

Sono trascorsi quasi due anni dall’entrata in vigore della legge 30 novembre 2017 n. 179¹, adottata sul finire della XVII Legislatura con lo scopo di far acquistare una più precisa dimensione normativa alla

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Per alcuni commenti, A. AVIO, *Diritto di critica e obblighi di riservatezza*, in *Law. dir.*, 2018, 221 ss.; ID., *La nuova tutela del dipendente che segnala reati o irregolarità*, in *Dir. lav. mercati*, 2017, 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; F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la “scommessa etica” dell’anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 475 ss.; G. D’ALESSIO, *La legislazione anticorruzione: l’impatto sui rapporti di lavoro pubblico*, in *Law. 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 *Law. 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*, 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, n. 8/2019; N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n° 179/2017 di tutela del whistleblower*, in www.lavorodirittieuropa.it, n. 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.

collaborazione di giustizia comunemente definita *whistleblowing*. I lineamenti dell'istituto sono fin troppo noti ed è appena il caso di ricordarli: si tratta della tutela del comportamento di chi, in qualità di lavoratore subordinato o comunque di soggetto obbligato a mantenere il segreto sui fatti da lui conosciuti a causa del suo rapporto di servizio, rompe il segreto al fine di denunciare un illecito, commesso da altri dipendenti o titolari di poteri di amministrazione, ottenendo in cambio il diritto a una speciale protezione. Come altri mezzi di contrasto all'illegalità fondati sulla salvaguardia dei diritti del collaboratore – si pensi alle norme che proteggono i testimoni di giustizia nella legislazione antimafia (legge 11 gennaio 2018, n. 6)² – anche la prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione può, dunque, contare sull'insieme delle garanzie prestate al dipendente meritevole di aver “lanciato l'allarme”³.

Non sarebbe tuttavia corretto ritenere che il fondamento giuridico dell'istituto sia nuovo e di pura creazione legislativa. Una novità è certamente da ravvisare nelle “tecniche” di tutela del *whistleblower* e, di conseguenza, nel sistema delle sanzioni applicabili al datore di lavoro in caso di difettosa osservanza delle relative modalità. Le radici dell'istituto si trovano però⁴ nell'interazione – tante volte illuminata dalla giurisprudenza del lavoro⁵ – tra il diritto di critica del lavoratore (art. 1 St. lav. e art. 42 comma 1 D.lgs. n. 165 del 2001) e i suoi obblighi di riservatezza (art. 2105 c.c.)⁶, o, più precisamente, tra la libertà di espressione del lavoratore, che annovera tra le proprie funzioni quella di denunciare, all'interno dell'impresa e/o pubblicamente, fatti illeciti conosciuti per causa di servizio⁷, e il diritto del datore di lavoro a che il medesimo dipendente mantenga il silenzio, così da non ledere la reputazione dell'impresa, in adempimento del suo dovere di fedeltà. Il nocciolo della questione rimane l'equilibrio tra due diritti che trovano la loro fonte nel contratto di lavoro; dunque il *whistleblowing* “è” *l'esercizio di un diritto*, al quale si ricollega, naturalmente, anche una responsabilità⁸. La segnalazione di illecito, infatti, è limitata da un principio fondamentale di “continenza”, suddiviso in una serie di corollari: l'essere, la denuncia, circoscritta ad una verità, anche se incolpevolmente putativa (continenza sostanziale); il rientrare in

² R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001 (art. 1, comma 51)*, in B.G. MATTARELLA – M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, p. 243 ss., in particolare p. 251.

³ Fonti qualificate ritengono che il *whistleblowing* sconti un «clima di diffidenza e scetticismo» (R. CANTONE, *Introduzione*, in R. CANTONE, N. PARISI, A. CORRADO, G. GRECO (a cura di) *Prevenzione della corruzione, segnalazione di illeciti e tutela del dipendente pubblico: presentazione del secondo monitoraggio annuale sull'applicazione del whistleblowing*, www.anticorruzione.it, p. 4; cfr. A. CORRADO, *I dati del II monitoraggio sul whistleblowing*, *ivi*, p. 9 ss. Indubbiamente però il numero delle denunce nei primi 5 mesi del 2018 ha seguito un andamento crescente (A. TRIPODI, *Corruzione, whistleblowing: segnalazioni raddoppiate, il 90% nella Pa*, in www.ilsole24ore.com, 28 giugno 2018).

⁴ MP. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, 2003, p. 227.

⁵ Cass. civ., sez. lav., 18 gennaio 2019, n. 1379 (e giurisprudenza *ivi* richiamata).

⁶ Che vieta al prestatore di lavoro di «divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudiziosi».

⁷ MP. AIMO, *op. cit.*, 230.

⁸ P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979.

modalità espressive rispettose di canoni, generalmente condivisi, di correttezza, misura e civile rispetto della dignità altrui (continenza formale); il rispondere ad un interesse meritevole in confronto con il bene suscettibile di lesione (continenza materiale)⁹.

L'angolazione "amministrativistica" apertasi dopo le leggi n. 190 del 2012 e n. 179 del 2017 tende a diversificare fortemente l'istituto, antepoendo un fine politico di prevenzione della corruzione che trasforma il *whistleblower* in uno strumento oggettivo di affermazione di quello scopo (*enforcement*). Come si vedrà, la continenza "materiale" viene infatti sintetizzata da un confronto tra l'interesse individuale del *whistleblower* e l'interesse pubblico o generale alla "integrità della pubblica amministrazione"¹⁰.

Formulare le disposizioni di legge in questa seconda prospettiva conduce a un esito consequenziale: non si tratterà più di regolare uso (e abuso) di un diritto di manifestazione del pensiero, ma di rafforzare il potere di prevenzione della corruzione offrendo al *whistleblower* la sicurezza che gli organi competenti, non lui, porteranno la responsabilità della denuncia, ovvero assicurandogli una (sia pur parziale) "irresponsabilità". Ecco perché il *whistleblowing* è strumento di "contrasto" alla corruzione, mentre con molti dubbi potrebbe classificarsi tra i mezzi di "prevenzione"¹¹: l'incoraggiamento della delazione implica la consapevolezza, da parte del legislatore, della ineluttabilità di un ambiente lavorativo disfunzionale, del quale si dà già per presupposta la compromissione sistemica e che viene riorganizzato affinché gli illeciti siano scoperti "a tradimento", prima di uniformare stabilmente gli uffici a una cultura dell'integrità. Tutto allora viene ad essere organizzato affinché la denuncia abbia i lineamenti della "soffiata", atta a provocare, quando occorre, l'esercizio del potere di un ufficio pubblico senza che si conosca l'identità del segnalante. I cardini della riforma del 2017 si identificano in due operazioni: 1) per la tutela degli informatori del settore pubblico, la sostituzione del testo dell'art. 54-bis D.lgs. n. 165/2001, già introdotto dalla legge anticorruzione (n. 190/2012)¹² e riformulato per rafforzare la tutela del dipendente che segnala illeciti; 2) nel settore privato, l'introduzione di una norma che obbliga alla protezione degli informatori le società e gli enti assoggettati alle norme sulla responsabilità amministrativa da reato (D.lgs. n. 231/2001).

⁹ Cass. civ., n. 1379 del 2019, cit. Per una più ampia disamina, A. AVIO, *Diritto di critica*, cit., p. 223.

¹⁰ Concetto che «dovrà essere reso esplicito» (A. AVIO, *La tutela del dipendente pubblico*, cit., pp. 312, 314) e che comunque costituisce, per espressa disposizione della legge n. 179 del 2017, giusta causa di rivelazione del segreto d'ufficio.

¹¹ Su questa differenza, sia pure all'interno di un ragionamento sulla misurabilità della corruzione e sui relativi indicatori, E. CARLONI, *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, in *Pol. dir.*, 2017, p. 445 ss., 461. Qui peraltro non si vuol negare che la organizzazione dell'infrastruttura di tutela del segnalante possa essere un indicatore misurabile in una prospettiva di *risk management* (v. *infra*, n. 3). ma solo che l'azione del denunciare l'illecito, cui anche quella organizzazione tende, dà già per avverato un fenomeno (in senso ampio) corruttivo.

¹² R. CANTONE, *La tutela del whistleblower*, cit.

2. Il testo della direttiva UE approvato in prima lettura dal Parlamento europeo e la sua profonda (benché per ora meramente ipotetica) incidenza sul diritto italiano interno.

Il 16 aprile 2019 il Parlamento Europeo¹³ ha approvato in prima lettura la proposta di direttiva presentata dalla Commissione¹⁴ sulla protezione degli informatori, i cui principi riflettono, sostanzialmente, ma soltanto in parte, quelli seguiti dal Parlamento italiano nella legge n. 179 del 2017.

Va fatta per prima cosa la debita chiarezza su alcuni elementi che differenziano l'angolazione europea da quella assunta dal Parlamento italiano con la legge n. 179 del 2017.

Nella proposta di direttiva europea, la protezione degli informatori è strumentale alla tutela degli interessi dell'Unione, non al buon funzionamento delle organizzazioni degli Stati membri. Ciò che si prefigura, di conseguenza, è una tutela armonizzata del dipendente che segnala violazioni rientranti *«nell'ambito di applicazione degli atti dell'Unione allegati alla direttiva (parti I e II)»*.

Tutto sembra quindi condurre verso una fattispecie di "whistleblower europeo", operante in settori regolamentati, accanto al *whistleblower* nazionale, tutelato in via generale (e residuale).

Colpisce però l'abbondanza delle materie considerate: appalti pubblici; servizi, prodotti e mercati finanziari e prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo; sicurezza dei prodotti; sicurezza dei trasporti; tutela dell'ambiente; radioprotezione e sicurezza nucleare; sicurezza degli alimenti e dei mangimi e salute e benessere degli animali; salute pubblica; protezione dei consumatori; tutela della vita privata e protezione dei dati personali e sicurezza delle reti e dei sistemi informativi. Agli illeciti nelle suddette materie si aggiungono le violazioni *«che ledono gli interessi finanziari dell'Unione»*¹⁵; quelle *«riguardanti il mercato interno»* o che interessano le *«norme in materia di concorrenza e di aiuti di Stato»*; le violazioni che derivano da atti contrari o elusivi delle *«norme in materia di imposta sulle società»* (art. 1).

La numerosità degli ambiti normativi di riferimento è tale che i punti di contatto con il diritto italiano interno diventerebbero molti e di notevole rilevanza pratica. Basti soffermarsi, ad esempio, su fattispecie come la denuncia di violazioni che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, la quale presenta evidenti connessioni con settori, come i contratti pubblici e le sovvenzioni, nei quali i finanziamenti sono spesso costituiti da risorse di provenienza comunitaria. Oppure si pensi alle denunce di illecito nelle materie quali la salute pubblica, la protezione dei consumatori, la tutela dell'ambiente, la salvaguardia della *privacy* (ovverosia della «tutela della vita privata e protezione dei dati personali e sicurezza delle reti e dei sistemi informativi»). Una vastissima porzione di imprese e di amministrazioni pubbliche italiane sarebbe condizionata dalla proposta, ove questa si traducesse in un vincolo derivante dall'ordinamento

¹³ Risoluzione P8_TA-PROV(2019)0366.

¹⁴ COM(2018) 218 final del 23.4.2018.

¹⁵ Così come *«definite all'articolo 325 del TFUE e ulteriormente specificate nelle pertinenti misure dell'Unione»*.

comunitario. E ciò anche a prescindere dalla facoltà – pure accordata agli Stati membri, se il testo rimarrà così – di estendere la protezione del *whistleblowing* a settori diversi da quelli puntualmente enumerati dalla proposta di direttiva.

Molto probabilmente il diritto europeo, pur innovando formalmente settori limitati, troverebbe nel principio di eguaglianza e nel correlativo divieto di disparità di trattamento il motore di una «forza espansiva ultrasettoriale»¹⁶, spingendo l'ordinamento interno ad una conformazione più ampia e generalizzata di quanto accadrebbe se si trattasse di adeguamento alle singole materie contemplate.

Importanti novità si prospettano, poi, scendendo all'esame dei contenuti della proposta.

Su tutte, domina l'accoglimento di quel particolare tipo di denuncia “al pubblico” sintetizzata nella formula del *leaking*: il testo all'esame del Parlamento europeo inserisce, accanto alla classica nozione di *whistleblowing* come comportamento informativo qualificato dal destinatario al quale la segnalazione deve essere rivolta (un ufficio interno o una pluralità di uffici, anche di enti diversi, coordinati in vista della protezione del denunciante) la variabile dell'informazione diretta a giornalisti d'inchiesta o comunque immessa nel “circuito mediatico”. Alternativa che il Parlamento europeo, in prima lettura, ha vincolato alla inutilità del previo tentativo di denuncia “interna”. L'impatto sul sistema italiano sarebbe netto, giacché, come si vedrà in seguito, l'informativa a soggetti non qualificati, inclusi i giornalisti, è a tutt'oggi un comportamento vietato in Italia (anche per la legge n. 179 del 2017), in quanto corrispondente ad un elemento della fattispecie di illecita rivelazione di segreti d'ufficio, dunque previsto dalla legge come reato. Già soltanto per questo, se l'iter avviato a Bruxelles si concludesse positivamente, una riforma della legge n. 179 del 2017 sarebbe necessaria. Ma non s'intende qui seguire la strada di un confronto serrato e “anticipato” tra le norme nazionali e la ipotetica direttiva UE. Si vorrebbe invece prendere spunto dalla vicenda summenzionata per qualche riflessione generale sui profili giuridici del *whistleblowing*, nonché su alcune più specifiche asimmetrie della legge n. 179 del 2017 rispetto al quadro normativo interno; le quali pure e, forse, ancora prima, denotano l'opportunità di una riforma dell'istituto in esame.

Innanzitutto, conviene non essere troppo fiduciosi sul fatto che la parola *whistleblowing* corrisponda esattamente ad una “cosa”. A questo tema sono dedicati i prossimi due paragrafi. Nei paragrafi successivi si cercherà invece di trattare in modo più specifico la legge n. 179 del 2017, ponendo in risalto le criticità che, ad oggi, appaiono più evidenti (nulla, naturalmente, si vuol togliere all'importanza di altri profili, qui lasciati consapevolmente in second'ordine o toccati soltanto da sintetiche considerazioni).

¹⁶ L'espressione è tratta da Cass. civ., SS.UU. 22 luglio 1999, n. 500, punto 6.1. della motivazione.

3. L'ambivalenza dell'istituto: la “vittima della soffiata” e il “collaboratore di giustizia”. Il possibile intreccio con la normativa sulla trasparenza e la “rivalità” del *leaking*.

Un punto di partenza doveroso, per la trattazione della disciplina del *whistleblowing*, consiste nel riconoscere la forte ambivalenza dell'istituto in esame. Carattere che si potrebbe sintetizzare (con tutti i limiti di questo genere di esemplificazioni) nel dualismo tra le due facce dello stesso *whistleblower*: l'informatore che già ha subito le ingiuste conseguenze della “soffiata” e l'informatore che, semplicemente, si determina a collaborare con il datore di lavoro, per reprimere quella illegalità di cui è stato testimone.

Il dipendente che segnala illeciti si espone al rischio di subire ingiuste riveglie nell'ambito in cui presta servizio; perciò la legge lo considera innanzitutto in veste di informatore “vittima”, preoccupandosi di neutralizzare gli atti con i quali gli sia stata inflitta una dolosa *reformatio in pejus*.

E' tuttavia noto che il vero scopo della legge – lo stesso anglicismo *whistleblowing*, per ciò che vuol significare – non è riducibile, se non in misura marginale, a questa *ratio* di protezione del dipendente da ciò che di negativo può succedergli posteriormente alla denuncia da lui fatta.

E' il *whistleblower* che *decide di dare l'allarme*, il soggetto a cui l'ordinamento deve offrire la propria tutela, nel momento in cui ancora nessuna ritorsione si è consumata; nel contesto, quindi, di una concezione prevalentemente “sinallagmatica” dell'istituto (protezione, in cambio della segnalazione).

Alla base di questa seconda impostazione vi è l'idea della preminenza, sugli aspetti concernenti la garanzia del singolo, dell'interesse pubblico all'applicazione delle norme anticorruzione, tutelato *per mezzo* del *whistleblower*, nella (già veduta) logica del cd. *enforcement* del contrasto alla corruzione e del tentativo di promuovere la legalità mediante la spontanea collaborazione del corpo lavorativo. Si arriva così ad una versione evoluta della “vittima”: il “collaboratore di giustizia”; un soggetto che reclama protezione non per aver subito un danno a causa della denuncia, ma per il “rischio” di essere danneggiato.

La protezione dell'informatore “vittima”, benché specifica sotto alcuni profili, richiama pur sempre principi più ampi: le garanzie di difesa del dipendente dinanzi alla eventualità di atti ritorsivi; il dovere di denunciare il fatto all'autorità giudiziaria o ad altra autorità che a quella abbia l'obbligo di riferirne (art. 361 c.p. sulla omissione di referto). Il nucleo di questo modello sta dunque nel ruolo del giudice, in assenza di poteri amministrativi appositamente finalizzati a proteggere il *whistleblower*.

Al contrario, la veste di “collaboratore di giustizia” sottolinea la relazione del *whistleblower* con un determinato complesso di uffici specializzati nelle attività che servono alla sua tutela. Il passaggio da soggetto semplicemente garantito contro indebite ritorsioni (e obbligato a denunciare gli illeciti) a soggetto incentivato a riferire segretamente, richiede l'adozione di misure idonee a che il *whistleblowing* si

inserirsi a pieno titolo tra le “munizioni” della politica anticorruzione¹⁷: servono nuovi poteri amministrativi di organizzazione, di vigilanza, sanzionatori, previsti al fine di rendere sicura, affidabile e quindi appetibile l’opportunità del dipendente di infrangere il segreto nell’interesse pubblico. Da qui un “sottosistema” autonomo dal tradizionale ordinamento delle sanzioni civili contro l’atto discriminatorio in danno del lavoratore e, per altro verso, anche autonomo dalle norme incriminatrici della omissione di denuncia.

In questo modo però si moltiplicano anche i luoghi di transito della segnalazione e le probabilità di fuga di notizie: perché l’informatore non abbia nulla da temere, deve poter confidare su un circuito protettivo rafforzato rispetto ai normali meccanismi di comunicazione interna.

Ciò spiega, in primo luogo, la fiducia riposta dal legislatore sugli aspetti tecnologici della protezione del *whistleblowing*. Benché non esplicitato, uno degli obiettivi della legge n. 179 del 2017 è di far sì che qualunque organizzazione si doti di un’applicazione informatica idonea a permettere alla denuncia di non fuoriuscire da un sistema criptato di gestione. Ne deriva inevitabilmente un costo, necessario per la riqualificazione delle imprese e delle pubbliche amministrazioni in termini di qualità, e, nell’immediato, per evitare le conseguenze del non avere il sistema di cui si tratta. Munirsi di un software a norma è un investimento che dovrebbe dare in cambio una sorta di certificazione di regolarità. Al contrario, la mancanza dell’infrastruttura informatica determina la carenza di un requisito qualitativo fondamentale ed espone l’organizzazione a ripercussioni di diverso genere: dalla mancata percezione di incentivi a vere e proprie sanzioni. In questa prospettiva, per esempio, l’ANAC ha riposto molta attenzione, sia sull’adeguatezza del suo stesso sistema – invitando nel febbraio 2018 i *whistleblowers* che avessero utilizzato canali non protetti a riformulare la segnalazione, valendosi della nuova infrastruttura informatica – sia alla pubblicazione in modalità *open source* del software che consente la compilazione, l’invio e la ricezione delle segnalazioni di illecito, affinché le amministrazioni e le società partecipate potessero scaricarlo direttamente dalla piattaforma indicata.

In secondo luogo, viene in considerazione il carattere manageriale impresso alla tutela del *whistleblowing*. L’ente correttamente organizzato deve esserlo *visibilmente*, perché la protezione del dipendente “collaboratore” non paghi il fatto di non essere stabile e duratura. Il che sposta l’angolo di visuale su un punto esterno, dal quale si possa *misurare* la rispondenza dell’apparato a requisiti uniformemente prescelti. L’ottenimento di questo *rating* positivo esige una certa standardizzazione delle procedure, ossia una stabile integrazione della tutela del *whistleblower* “collaboratore” in un sistema di *risk management*.

¹⁷ F. PATRONI GRIFFI, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, in www.forumcostituzionale.it, 29 marzo 2016.

Vi è poi da considerare un terzo possibile risvolto di questa nozione “proattiva” di *whistleblower*, che si potrebbe definire come un interesse “diffuso” alla tutela dell’informatore. Le prospettive internazionali del *whistleblowing* sembrano oggi qualificare l’opinione pubblica, oltre alla pubblica amministrazione e all’impresa, come interlocutore privilegiato della segnalazione, o, in ogni caso, quale garanzia di una più efficace rivelazione del segreto. In molti casi la lotta alla illegalità ed alla malamministrazione si consuma entro i canali mediatici di massa, che offrono agli informatori la prospettiva di un controllo sociale più penetrante e autentico, forse persino la garanzia di una maggiore tutela individuale, proprio in quanto a volte la notizia d’illecito, una volta divulgata, trova nella conoscenza del pubblico la sua prima e più naturale sostanza protettiva contro ingiuste rivalse da parte dell’organizzazione responsabile.

Tra le più vistose conseguenze di questo aspetto vi è il venir meno della rilevanza del tipo di organismo in cui si verifica l’illecito: la dicotomia soggettiva tra pubblico e privato arretra, dinanzi alla consapevolezza che la questione non è l’ente, ma la notizia, la sua capacità di suscitare reazioni di massa.

D’altra parte l’elemento giuridicamente rilevante non è solo la lotta alla corruzione, ma anche e più in generale la lotta ad un impiego autoritario e opportunistico della segretezza da parte di chi detiene il potere, come mezzo di compromissione dei valori su cui si fonda la civile convivenza.

Nei casi più famosi (LuxLeaks, Panama e Paradise Papers, Dieselgate, Cambridge Analytica) la collocazione organizzativa dell’*insider* non ha rispecchiato un preciso modello di appartenenza, pur essendo indiscutibile la rilevanza sociale della notizia divulgata. L’esigenza di protezione del *whistleblower* e l’utilità pubblica della sua segnalazione sono derivate piuttosto da situazioni fattuali, quali il numero delle persone danneggiate dal segreto, l’entità del malaffare dissimulato, la prominenza dell’ente in cui operava o dal quale si è avvantaggiato chi è stato scoperto, l’intreccio tra poteri politici ed economici.

In definitiva, è da vedere se una qualsiasi disciplina legislativa del *whistleblowing* possa trascurare il profilo della *disclosure* o non debba piuttosto definirne i confini, una volta stabilito che determinate organizzazioni vadano soggette agli obblighi di tutela. Ed è probabile – ecco il punto – che a tali questioni si leghi sempre più l’identità e, per così dire, la “sorte” della figura dell’informatore.

Nel campo del diritto amministrativo, poi, le ricadute della legalizzazione della *disclosure* sarebbero forse ancora più specifiche di quelle sopra genericamente tratteggiate. La prospettiva di un diritto del segnalante di divulgare pubblicamente la notizia dell’illecito – altro problema è a quali condizioni – fa del *whistleblowing* una possibile “finestra” su ciò che accade nella vita dell’ente. Qui però è visibile anche un intreccio piuttosto delicato con la disciplina della “trasparenza” nella pubblica amministrazione.

La pubblicazione obbligatoria di alcuni dati e l’istituto dell’accesso civico garantiscono il diritto del pubblico all’informazione secondo modalità e limiti prestabiliti, che partono, rispettivamente, da un atto

d'impulso della stessa amministrazione (pubblicazione obbligatoria) o da una istanza del privato volta a procurarsi determinati documenti o informazioni detenute dalla pubblica amministrazione.

Ora, ipotizzata una totale o parziale liberalizzazione *leaking*, non è da escludere che, sfruttando il potere del dipendente di devolvere la notizia d'illecito direttamente alla pubblica opinione, siano gli stessi destinatari civici considerati dalle norme sulla trasparenza – un giornalista per esempio – a muovere il primo passo verso il *whistleblower*, per procurarsi i dati di cui hanno bisogno.

Tutto questo, in vigenza di leggi che puntano moltissimo sulla istituzione di uffici *ad hoc*, interni ed esterni, per la gestione delle segnalazioni. Mirano cioè, in definitiva, a fondare la tutela del *whistleblower* sulla riservatezza della segnalazione, fin che la denuncia non pervenga a chi di dovere.

Facile, allora, immaginare che la legalizzazione della *disclosure*, a prescindere dalle condizioni alle quali essa è consentita, possa fungere da volano di una sorta di competizione tra i “rami alti” dell'apparato anticorruzione, ci si riferisce non soltanto all'ANAC, ma anche e soprattutto agli uffici ricoperti dai dei responsabili locali della prevenzione della corruzione e della trasparenza delle singole pubbliche amministrazioni, e i “rami intermedi” o persino i “rami bassi” dell'amministrazione, forse anche potenzialmente più sensibili alla pressioni mediatiche, eppure provvisti del potere di aggirare i vertici per rendere di dominio pubblico l'illecito da essi segnalato¹⁸. Ecco perché si può parlare di una sorta di “rivalità” del *leaking* o almeno di uno snaturamento della fisionomia del *whistleblowing* nella sua tradizionale forma “intra-organizzativa”¹⁹ o, ancora, e per concludere, avanzare il dubbio che la protezione del *whistleblowing*, nella sua modalità “pura”, richieda (non sembri un paradosso) il mantenimento di un certo grado di “segretezza”.

4. Sulla disegualianza della protezione del *whistleblower* nei vari ordinamenti: “condizionalità” della tutela, differenza tra enti pubblici e privati, consolidamento dell'esperienza giurisprudenziale.

Altro motivo di criticità nella disciplina del *whistleblowing* è rappresentato dalle contraddizioni tra le regole affermatesi fino ad oggi nei diversi ordinamenti giuridici²⁰. A dire il vero, già immaginare cosa implichi,

¹⁸ Con riferimento all'esperienza statunitense, D. POZEN, *The Leaky Leviathan: Why the Government Condemns and Condone Unlawful Disclosure of Information*, in *Harv. L. Rev.*, 2013, p. 512 ss. (per la tesi che la scarsa o nulla propensione a disciplinare il *leaking* sia dovuta ad un atteggiamento intenzionale dei governi).

¹⁹ In analogia prospettiva, per una trattazione più approfondita, J-P. FOEGLE, *Lanceur d'alerte ou «Leaker»? Réflexions critiques sur les enjeux d'une distinction*, in *Revue des droits de l'homme*, 2016, p. 1 ss.

²⁰ Non esclusi quelli di matrice anglosassoni, che pure contengono le legislazioni antesignane (R. CANTONE, *La tutela del whistleblower*, cit., pp. 244, 245) e dove tuttavia è vivo il dibattito su alcuni fondamentali caratteri dell'istituto; G. THÜSING, G. FORST, *Whistleblowing Around the World: A Comparative Analysis of Whistleblowing in 23 Countries*, in G. THÜSING, G. FORST (a cura di), in *Whistleblowing – A Comparative Study*, Springer, 2016; G.

esattamente, disciplinare “il *whistleblowing*”, per cercare poi di appurare se e come ciò sia stato fatto, è una operazione difficoltosa, data la mancanza di punti di riferimento consolidati.

Nel quadro offerto dal panorama internazionale, manca prima di tutto una definizione della “condizionalità” della protezione accordata agli informatori. In altri termini, non è affatto uniforme la considerazione delle modalità in cui il *whistleblowing* deve manifestarsi, per risultare protetto dall’ordinamento.

Ad esempio, non è chiaro se la tutela degli informatori sia impartita a prescindere dal modo in cui è stato concretamente esercitato il diritto di denuncia – dunque anche, poniamo, direttamente davanti la giudice, nel contenzioso contro l’atto ritorsivo, senza che il *whistleblower* abbia prima informato le autorità competenti – o se l’informatore, per beneficiare del regime protettivo riservatogli, debba essersi rivolto agli uffici interni dell’ente e poi, ove del caso, ad un’autorità esterna, o ad entrambe.

Recentemente la Corte Suprema degli Stati Uniti, chiamata ad applicare una legge federale che imponeva al lavoratore di indirizzare la segnalazione ad un’autorità amministrativa federale (cd. *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, 2010), ha stabilito che l’inosservanza di tale formalità impedisce al lavoratore stesso, in caso di atto ritorsivo, di invocare la speciale tutela del *whistleblower*²¹. Il che, a parte il contrastare patentemente con le nozioni accolte da altre leggi statunitensi, come il *Sarbanes Oxley Act* – là dove, al contrario, per il *whistleblower* è d’obbligo anzitutto cercare protezione presso il proprio datore di lavoro, mentre la delazione all’autorità federale è considerata rimedio di *last resort*²² – non trova neppure terreno di confronto con altri ordinamenti, europei o extraeuropei, laddove l’aspetto “procedurale” di cui sopra, malgrado sia importante, non è quasi mai disciplinato in modo chiaro.

Non sempre poi, malgrado la suddetta tendenza alla “trasversalità” della disciplina, la protezione degli informatori nel settore pubblico è accompagnata da una equipollente disciplina nel settore privato, cosicché le legislazioni avanzano con paradigmi molto differenti tra loro.

Là dove solo il dipendente pubblico può fruire della tutela di cui trattasi – mentre il lavoratore privato è più esposto al pericolo di discriminazioni – prevale un concetto di anticorruzione più “classico”; viceversa l’accoglimento di una impostazione che include il lavoratore privato corrisponde ad un concetto più moderno e ad un livello più “maturo” della politica statale anticorruzione²³.

Diverso è anche lo stadio di avanzamento della casistica giurisprudenziale, che acquista un rilievo significativo soltanto (o quasi) negli ordinamenti, anglosassoni in primo luogo, che offrono al *whistleblowing*

GOLISANO, *Il whistleblowing nella giurisprudenza Usa: illeciti d’impresa e posizione del lavoratore che li denuncia*, in *Il Lav. nella giur.*, 2006, p. 938 ss.

²¹ U.S. Supreme Court, *Digital Realty Trust, Inc. v. Somers*, No. 16-1276, 21 febbraio 2018.

²² B.S. LEVINE, W.M. LAMANQUE, *Labor & Employment Law*, in *Syracuse Law Rev.*, 2018, pp. 953 ss., 996.

²³ R. CANTONE, *La tutela del whistleblower*, cit., p. 258.

una consolidata tradizione giuridica, i cui principi dunque circondano concettualmente l'evolversi della legislazione. Allo stesso tempo – malgrado possa apparire strano – la regolazione per legge del *whistleblowing* va rafforzandosi soprattutto nei sistemi più “immaturi”, storicamente meno interessati alla sua disciplina, dove i nuovi principi emergenti hanno un minore sostrato giuridico-concettuale²⁴. Così è per l'Italia; ma anche ad esempio per la Francia, dove solo di recente il Parlamento ha introdotto una legge specifica per la tutela del *lanceur d'alerte* (10 dicembre 2016). Insomma la protezione del *whistleblower* è un principio condiviso da molti ordinamenti, ma non ancora del tutto compreso e privo di una sua visione d'assieme²⁵.

5. La legge italiana (n. 179 del 2017) e la disciplina del *whistleblowing* in ambito pubblico.

Quanto si è venuti esponendo dimostra, se non altro, che la tutela del *whistleblower* corrisponde ad una nozione compatta fin che si rimane al suo nucleo essenziale, ma assume connotati sempre meno definiti mano a mano che l'attenzione si sposta sulle particolarità, anche fondamentali, dell'istituto.

E' dunque soprattutto alle regole di diritto positivo che occorre prestare attenzione.

La legge italiana, come si è già notato, traccia una divisione di base tra la tutela del *whistleblower* in ambito pubblico e la protezione dello stesso soggetto nel contesto privato-aziendale.

Ora, senza trascurare l'importanza di quest'ultimo profilo – ma anche l'ampio raggio che il discorso dovrebbe assumere se si prefiggesse di trattare in tutta la sua estensione l'articolato normativo della legge n. 179/2017 – l'intenzione di questo scritto è un sintetico commento della sola disciplina introdotta, dall'art. 1 della legge, per la tutela del *whistleblower* pubblico. Su questa ci si concentrerà, malgrado – lo si ribadisce un'ultima volta – le innegabili connessioni con l'omologa regolazione privatistica.

Del resto, vi è almeno una particolarità che suggerisce una trattazione autonoma del settore pubblico.

Nel campo disciplinare privato la figura del *whistleblower* (pur non essendo del tutto sconosciuta²⁶) prima della legge n. 179 del 2017 mancava di una disciplina legislativa generale. Nel testo unico sul lavoro pubblico (d.lgs. n. 165 del 2001), al contrario, l'art. 1 comma 52 della legge n. 190 del 2012 aveva già introdotto una norma di applicazione generale (art. 54-bis), proprio sulla tutela del dipendente che segnala illeciti. Non si tratta dunque, per la pubblica amministrazione, di una novità assoluta, ma della riscrittura di una disposizione generale già in vigore, attuativa della legge generale anticorruzione.

²⁴ G. THÜSING, G. FORST, *Whistleblowing Around the World*, cit., p. 6.

²⁵ G. THÜSING, G. FORST, *op. cit.*, p. 5 ss.

²⁶ Analoga disciplina era già stabilita dal Testo Unico Bancario con riguardo alle segnalazioni di illeciti negli enti del settore creditizio (art. 52-bis d.lgs. n. 385/1993, introdotto dall'art. 1, comma 18 d.lgs. n. 72/2015; v. in proposito la Circolare della Banca d'Italia 17 dicembre 2013 e successivi aggiornamenti).

Ciò è importante perché permette di fruire del dibattito già formatosi in merito alla pregressa disciplina del *whistleblowing* e di non tornare dunque su temi già ampiamente trattati, circoscrivendo il commento agli aspetti realmente riformati. Sarebbe possibile, ad esempio, ma non lo si farà, ripartire dalle quattro convenzioni internazionali contro la corruzione (ONU²⁷, OCSE²⁸, le due convenzioni del Consiglio d'Europa²⁹) alle quali s'ispira la legislazione sul *whistleblowing*, nonostante esse siano state spesso evocate nei lavori preparatori e nella discussione finale sul disegno di legge poi approvato dalle Camere a novembre 2017. Né si ritiene utile una riproposizione di specifiche problematiche già poste dalla dottrina dopo l'introduzione dell'istituto ad opera della legge anticorruzione. Nelle note che seguono, non si andrà oltre un confronto tra la vecchia disciplina legislativa e la nuova, della quale si cercherà di mettere in luce i punti che appaiono modificati e le questioni interpretative che inevitabilmente si presentano a prima lettura, anche nella prospettiva di un loro adeguamento alla ipotetica direttiva attualmente all'esame del Parlamento europeo.

6. Il campo di applicazione soggettivo. Il problema dei prestatori d'opera autonoma.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione soggettivo, l'art. 1 della legge n. 179/2017 considera *whistleblowers* – ai quali, dunque, è concessa la speciale protezione prevista dalla legge – le sole persone che fanno parte delle categorie ivi tassativamente indicate. Si tratta dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 d.lgs. n. 165/2001, incluso il personale non contrattualizzato di cui all'art. 3 dello stesso d.lgs.; dei dipendenti degli enti pubblici economici e degli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 c.c.; dei lavoratori e collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica.

Se ci si sofferma sulla menzione di soggetti estranei all'apparato organizzativo pubblico, si può notare che anche i lavoratori delle imprese private contraenti con la pubblica amministrazione, per intuitive ragioni di funzionalità allo scopo di contrasto alla corruzione, beneficiano della possibilità di segnalare gli illeciti agli uffici competenti, al pari dei lavoratori dell'amministrazione stessa. Nulla è previsto, invece, riguardo ad ipotetiche segnalazioni provenienti da soggetti, anch'essi legati alla pubblica amministrazione da un contratto di lavoro, ma che non sono dipendenti pubblici, né sono lavoratori di imprese private

²⁷ Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003, ratificata dall'Italia con legge 3 agosto 2009, n. 116 (cd. Convenzione di Merida).

²⁸ Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997, ratificata dall'Italia con legge 29 settembre 2000, n. 300.

²⁹ Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999, ratificata dall'Italia con legge 28 giugno 2012, n. 110; e Convenzione civile sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 4 novembre 1999, ratificata dall'Italia con legge 28 giugno 2012, n. 112 (A. AVIO, *La tutela del dipendente pubblico*, cit., p. 306).

contraenti con l'amministrazione: si tratta della figura dei prestatori d'opera autonoma, o, in altri termini, dei "collaboratori" o "consulenti esterni" della pubblica amministrazione.

In verità, anche tali categorie figuravano nel DDL approvato in prima battuta dalla Camera dei Deputati, ma il riferimento è stato eliminato durante l'esame in Senato, senza che la Camera abbia poi voluto replicare, probabilmente a causa della imminente scadenza della XVII^a legislatura. L'aneddoto è significativo, eppure non decisivo, giacché resta da verificare se la troncatura dell'espressione sui collaboratori e sui consulenti – benché intenzionalmente effettuata dal Parlamento – lasci davvero questi ultimi al di fuori dall'ambito di operatività delle nuove disposizioni, o se essi possano rientrare in gioco a seguito di una interpretazione sistematica dell'art. 1 della legge n. 179/2017.

Una pregressa determinazione dell'ANAC si era data carico della questione³⁰, che non è dunque assolutamente nuova: l'art. 2 D.P.R. n. 62 del 2013 (codice di comportamento) stabilisce che le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 d.lgs. n. 165 del 2001 «estendono, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta previsti dal presente codice a tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo (...). A tale fine, negli atti di incarico o nei contratti di acquisizioni delle collaborazioni (...) le amministrazioni inseriscono apposite disposizioni o clausole di risoluzione o decadenza del rapporto in caso di violazione degli obblighi derivanti dal presente codice».

L'art. 2, ora citato, vale ad includere generalmente i prestatori d'opera autonoma nel perimetro del diritto disciplinare che vige per i pubblici dipendenti. Ma – fatto ancora più significativo, in apparenza – tra gli obblighi di condotta che valgono per i dipendenti e che potrebbero estendersi, senza intralcio, a collaboratori o consulenti, vi sono anche proprio gli obblighi anticorruzione: l'art. 8 D.P.R. n. 62/2013 (rubricato "Prevenzione della corruzione") stabilisce che il dipendente deve osservare le misure necessarie alla prevenzione degli illeciti nella pubblica amministrazione: in particolare, «rispettare le prescrizioni del piano per la prevenzione della corruzione e di collaborare con il responsabile della prevenzione della corruzione». Una prima conclusione potrebbe essere allora la seguente: l'art. 1 della legge n. 179/2017 non fa menzione dei collaboratori e consulenti, ma questi – si potrebbe sostenere – devono intendersi egualmente compresi per via degli articoli 2 e 8 del Codice di comportamento³¹. Si supporrebbe così che la disciplina anticorruzione trasmetta al prestatore d'opera qualcosa in più dei normali doveri di rettitudine e di etica pubblica (non farsi corrompere, in termini pratici) e riferisca loro piuttosto una sorta di *status*:

³⁰ ANAC, Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, "*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*", parte V.

³¹ Si vedano al riguardo le osservazioni di M.T. CARINCI, *Whistleblowing in Italy: rights and protections for employees*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. INT-106/2014, pp. 23-25.

implichi la ricezione degli obblighi, ma anche dei diritti e dei poteri, del dipendente pubblico in senso stretto.

Esistono però forti elementi ostativi a questa conclusione. Anzitutto, il combinato disposto degli articoli 2 e 8 del Codice di comportamento prescrive, alla lettera, soltanto la estensione ai consulenti e collaboratori di «obblighi di condotta», cioè di situazioni *passive o sfavorevoli*. Già per tanto si potrebbe obiettare che quegli articoli sono stati scritti affinché i collaboratori e consulenti si astengano dal tenere *i comportamenti vietati ai dipendenti*, mentre la denuncia di un illecito, nei termini previsti dalla legge n. 179/2017, essendo una facoltà o, comunque, non potendo essere assimilata ad una condotta necessitata, non va inclusa tra le misure di prevenzione che “devono” essere osservate dai prestatori d’opera. Si potrebbe poi aggiungere che spesso, ma non sempre, i prestatori d’opera, collaboratori, consulenti della pubblica amministrazione sono pubblici ufficiali assoggettati all’obbligo di denuncia (art. 361 c.p.); obbligo che, quando c’è, assolutamente, rende plausibile ritenere che all’informatore si applichino le norme sul *whistleblowing*. Ma per l’appunto, come poco fa si notava, questa situazione non sempre e non necessariamente si verifica.

In secondo luogo, il consulente o collaboratore non è una figura per la quale sono concepibili gli atti ritorsivi previsti dalla legge n. 179/2017. L’art. 1 prevede che il *whistleblower* non possa essere «sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro». Tutte queste misure sembrano presupporre un contratto di lavoro dipendente e non poter valere per un consulente o un collaboratore; a meno di intraprendere un secondo ragionamento analogico, tra lavoro dipendente e lavoro autonomo nell’amministrazione pubblica, che sembra però ancora più complicato. Basti pensare all’elemento che qualifica l’atto come ritorsivo: un recesso dal contratto di lavoro autonomo, o la esclusione da una selezione per l’affidamento di una consulenza, per esempio, possono in astratto avere un fine intrinsecamente vendicativo, ma difficilmente potrebbero essere assimilate alle fattispecie cui si applica la specifica disciplina dettata dalla legge n. 179/2017. Così anche la nullità della misura ritorsiva, è difficilmente traslabile nel contesto del rapporto libero professionale.

In terzo luogo, l’obiezione più difficile da superare. Si deve considerare attentamente l’indicazione che proviene dall’art. 3, comma 2 della legge n. 179/2017. Ai sensi di questa ultima disposizione, la segnalazione effettuata nelle forme e nei limiti di cui all’art. 54-bis d.lgs. n. 165/2001 da chi sia venuto a conoscenza della notizia «in ragione di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza con l’ente», non costituisce – a differenza della segnalazione fatta dal dipendente – giusta causa di rivelazione di notizie coperte dall’obbligo di segreto. Scopriamo così che il collaboratore o consulente è, in realtà, persino espressamente considerato dalla riforma del 2017; ma lo è come soggetto che, contrariamente

alle aspettative, incorre in responsabilità penali se si atteggia a *whistleblower*. La legge quindi non lo ha affatto “dimenticato”: al contrario, ha escluso che costui fruisca della tutela accordata dalla legge stessa al dipendente.

La conclusione più corretta sembra quindi che i collaboratori e consulenti, malgrado gli articoli 2 e 8 del D.P.R. n. 62/2013, restino al di fuori del campo di applicazione della legge n. 179/2017. E che poi tale esclusione sia costituzionalmente legittima, è problema ancora più complesso, da affrontare tenendo presente la discrezionalità del legislatore nel soppesare le situazioni per le quali effettivamente ricorre il bisogno di protezione del *whistleblower*. Si intuisce certo un paradosso, nel pensare che i collaboratori e consulenti, assoggettati come i dipendenti ai doveri anticorruzione, perdano tale posizione nel momento in cui si risolvono a denunciare un illecito nell’interesse della integrità della pubblica amministrazione. Ma è pur vero che la finalità anticorruzione, nell’ordinamento italiano, non corrisponde ad un interesse generale sempre e comunque prevalente rispetto agli altri. Anche lo scopo di contrasto alla corruzione è suscettibile di entrare in bilanciamento con altri interessi, fin troppo palesi nel caso del *whistleblowing* (il diritto di chi è stato denunciato ad essere informato in merito ai procedimenti che lo riguardano); e per questa esigenza il Parlamento potrebbe aver voluto delimitare l’area dei *whistleblowers*. In quest’ottica, non è allora così inconcepibile, che la denuncia fatta da consulenti e collaboratori resti affidata alle norme generali e non sia, invece, regolata dalle più specifiche disposizioni che riguardano la protezione degli informatori-dipendenti della pubblica amministrazione (e delle imprese fornitrici della pubblica amministrazione).

Passando ad altro argomento, è invece senz’altro estranea alla logica e al testo della legge n. 179 del 2017 l’ipotesi della segnalazione proveniente da terzi, benché non si possa escludere che buone pratiche di incoraggiamento dei cittadini alla partecipazione o alla vigilanza attiva sulle pubbliche amministrazioni possano essere incentivate da una espansione del *whistleblowing*. Tra l’altro, come subito si vedrà, il dipendente pubblico stesso, almeno in un frangente, è considerato dalla legge come una specie di terzo (nel caso in cui venga a conoscenza dell’illecito per ragioni diverse da quelle del proprio servizio).

L’irrilevanza della segnalazione proveniente da terzi, tuttavia, potrà affermarsi fin che il nostro ordinamento non autorizzerà la *disclosure*, supportata dalla recente proposta di direttiva UE. Se e nei limiti in cui fosse introdotta la possibilità per il dipendente-informatore di rivolgersi ai *media*, anche solo in via sussidiaria e per rapporto a singole materie, come prevede la proposta medesima, anche la posizione dei collaboratori e consulenti andrebbe riconsiderata. Sempre, infatti, la libertà del *whistleblower* di devolvere la notizia all’opinione pubblica comporta la libertà di quest’ultima di rivolgersi al *whistleblower*, senza i limiti derivanti dalle relazioni di lavoro. Verrebbe allora alla luce qualcosa di molto simile ad una nuova figura di accesso o, perlomeno, ad un nuovo canale di “trasparenza”, che doppierebbe, con notevoli problemi,

la disciplina “diretta” della trasparenza (specie ove si ritenesse lecita la divulgazione, da parte del *whistleblower*, di dati, informazioni, documenti che secondo le regole sull’accesso e sulla trasparenza sono segreti o anche soltanto divulgabili pervio bilanciamento con altri interessi antagonisti).

In ogni caso, l’articolo 4 comma 1 lettera b) della proposta di direttiva all’esame del Parlamento europeo («*Ambito di applicazione personale*») include espressamente tra i soggetti tutelati «*le persone aventi la qualità di lavoratore autonomo ai sensi dell’articolo 49 del TFUE*». La nuova direttiva chiuderebbe quindi il problema nel senso opposto alla soluzione seguita in Italia dalla legge n. 179 del 2017.

La difficoltà di far combaciare la legge italiana con la direttiva europea sarebbe poi confermata e, anzi, resa ancor più palese dalla circostanza che lo stesso articolo 4 della proposta di direttiva estende la protezione a soggetti del tutto ignoti, per ora, alla legge n. 179 del 2017: facilitatori; segnalanti il cui rapporto di lavoro sia nel frattempo terminato; segnalanti il cui rapporto non sia ancora iniziato, terzi connessi con i segnalanti che possono subire ritorsioni in un contesto lavorativo, quali colleghi o parenti. Si tratterebbe allora, in sostanza, di riscrivere interamente l’ambito di applicazione soggettivo della legge n. 179 del 2017, adattandolo alla più ampia angolazione assunta del legislatore comunitario.

7. Il campo di applicazione oggettivo.

Sotto il profilo oggettivo, l’articolo 1 della legge n. 179 del 2017 si riferisce alla segnalazione che risponde a tre requisiti fondamentali: 1) è effettuata *nell’interesse della integrità della pubblica amministrazione*; 2) è diretta a *destinatari tipizzati*, e cioè il responsabile della prevenzione della corruzione, l’ANAC, l’autorità giudiziaria, la Corte dei conti; 3) ha ad oggetto condotte *illecite* e di cui il segnalante sia venuto a conoscenza *in ragione del proprio rapporto di lavoro*, deve cioè riguardare fatti sui quali il dipendente pubblico è tenuto al segreto, a norma dell’art. 3 del D.P.R. n. 3/1957 (appunto, in quanto ne ha avuto contezza a causa delle sue funzioni) e per i quali la segnalazione, se fatta secondo la legge, costituisce giusta causa di rivelazione del segreto d’ufficio. Il *whistleblowing*, in ambito pubblico resta perciò saldamente ancorato al principio di segretezza delle informazioni e non si connette al principio di “trasparenza”.

Le tre regole sopra menzionate sono, a ben vedere, tutte egualmente necessarie alla definizione del campo di applicazione oggettivo. Se, infatti, ipotizzassimo l’irrilevanza del *primo* requisito, dovremmo ammettere che il *whistleblowing* include segnalazioni del tutto estranee alla finalità della legge, che vuole limitare gli illeciti rilevanti a quelli che colpiscono o minacciano il bene giuridico protetto, escludendo la denuncia di fatti illeciti, anche gravi, ma non lesivi del valore della “integrità della pubblica amministrazione”. Tale sarebbe ad esempio la denuncia di un comportamento illecito altrui vertente sopra circostanze di mera rilevanza privata o tale da avere ricadute esclusivamente sul rapporto personale tra segnalante e altro



funzionario pubblico. Ma analoghe considerazioni meriterebbe la segnalazione di un illecito penale non riguardante in alcun modo la violazione dei doveri funzionali del dipendente che lo ha commesso.

Se ipotizzassimo l'irrilevanza del *terzo* requisito, trascureremmo anzitutto che la condotta rivelata deve essere antigiuridica, cosicché non vanno considerate le segnalazioni aventi ad oggetto fatti tali da non meritare un giudizio di illiceità: si pensi al caso in cui il *whistleblower* denunci al responsabile della prevenzione della corruzione il fatto di altro dipendente che eserciti semplicemente il proprio diritto di critica verso la gestione degli uffici in cui opera. Incoraggiare simili attività non è certo la finalità della riforma; ed è questa la cornice alla quale deve essere ricondotto anche l'altro segmento del requisito, di cui s'è detto poc'anzi, ossia la necessaria segretezza del fatto segnalato. La notizia d'illecito trasmessa confidenzialmente a chi di dovere, ma non coperta da divieto di divulgazione, perché appresa dall'informatore al di fuori dello svolgimento della prestazione lavorativa, può anche offrire elementi utili alla tutela della integrità alla pubblica amministrazione, ma resta assimilata all'esposto di un terzo e non comporta l'applicazione della legge n. 179/2017: non è quindi sottratta all'accesso, contrariamente a quella "propria", né beneficia delle altre disposizioni poste a tutela della identità del segnalante presso le autorità giudiziarie. Più complesso è il discorso con riferimento al divieto di misure ritorsive, che in astratto, e considerato di per sé, opera in ogni modo, non potendo ovviamente l'amministrazione pubblica far patire conseguenze negative al dipendente che svela fatti illeciti veri, magari anche decisivi, solo perché non li ha appresi in ragione del suo rapporto di lavoro e non li abbia comunicati in modo tale da corrispondere alla condotta tipica del reato di rivelazione di segreti d'ufficio. Ma ciò, a quanto pare, si deve alla operatività delle regole generali sul rapporto di lavoro, non al fatto che si applichi, anche in tal caso, la nullità testuale prescritta dalla legge n. 179/2017.

Più attenzione richiede l'ipotesi di escludere il *secondo* requisito. Che dire della segnalazione di fatti illeciti, appresi dal segnalante in ragione del proprio rapporto di lavoro, tali da ledere o minacciare l'integrità della pubblica amministrazione, ma non inoltrata al responsabile della prevenzione della corruzione, bensì a soggetti o uffici diversi da questo? Facile, in prima battuta, rispondere che la segnalazione, quando è difettosa sotto il profilo dei destinatari, resta al di fuori del campo di applicazione della norma sul *whistleblowing*. D'altronde non è un mistero che la riforma del 2017 abbia voluto correggere una presunta anomalia della precedente previsione dell'art. 54-bis, secondo la quale il destinatario della segnalazione effettuata dal *whistleblower* era il superiore gerarchico. Un altro problema però subito si apre, per la constatazione che la legge del 2017 ha lasciato in vigore l'art. 8 del D.P.R. n. 62 del 2013 (Codice di comportamento dei dipendenti pubblici); norma che obbliga il pubblico dipendente a segnalare al proprio superiore gerarchico – dunque, non al responsabile della prevenzione della corruzione – eventuali situazioni di illecito nell'amministrazione, di cui sia venuto a conoscenza, fermo restando l'obbligo di

denuncia all'autorità giudiziaria. E mentre nei confronti delle autorità giudiziarie, come si vedrà, la legge n. 179/2017 interviene ad assicurare la riservatezza dell'informatore, così coordinandosi con il contestuale obbligo di denuncia, non altrettanto si verifica rispetto all'ambito lavorativo, per rapporto all'obbligo di riferire al superiore gerarchico entro gli uffici della stessa amministrazione; obbligo che la riforma ha voluto abolire, senza accorgersi della sua parallela sopravvivenza per effetto di una diversa disposizione. Si è appena detto che la legge del 2017 ha voluto correggere la precedente versione dell'art. 54-bis del D.lgs. n. 165/2001, evidentemente sul presupposto che il superiore gerarchico, al contrario del responsabile della prevenzione della corruzione, non desse sufficienti garanzie. Sfortunatamente, come aveva fatto anche la legge n. 190 del 2012 nel formulare il "vecchio" art. 54-bis, la legge n. 179 del 2017 è incorsa in una grave disattenzione: ha sostituito l'una figura all'altra nel testo dell'articolo sul *whistleblowing*, ma ha dimenticato di eliminare la norma che obbliga il dipendente a rivolgersi a quella, tra le due figure, che è stata eliminata dal contesto della disciplina. Ne deriva che ancora oggi il soggetto denunciato potrebbe, per ipotesi, fondatamente chiedere l'accesso documentale, inoltrando la relativa istanza al superiore gerarchico e venendo a conoscenza della segnalazione del *whistleblower*, "obbligato" a riferirgli. Ma peggio ancora è constatare, alla luce dell'art. 3 della legge n. 179/2017, che la segnalazione prevista dall'art. 8 D.P.R. n. 62/2013, in quanto difforme dall'art. 54-bis, non costituisce giusta causa di rivelazione del segreto d'ufficio. Volendo, infatti, si potrebbe sostenere che, ora, è il responsabile della prevenzione, non altri, a scriminare il *whistleblower*. Siccome però quest'ultimo non può essere obbligato a porre in essere un fatto penalmente rilevante, come è l'inoltro di un referto ad un soggetto diverso dal responsabile, sembra che la soluzione più corretta sia ritenere tacitamente abrogato l'art. 8 D.P.R. n. 62/2013, nella parte in cui prescrive la denuncia degli illeciti al superiore gerarchico³². Denuncia da reputare, conclusivamente, come non solo estranea al campo di applicazione della legge n. 179/2017, ma, per effetto di questa, vietata. La legge ha voluto cambiare il canale di trasmissione, sostituendo la legittimazione passiva di un ufficio con quella di un altro ufficio; e che poi la illiceità penale della segnalazione al superiore gerarchico sia una conseguenza eccessiva, è valutazione da farsi nella prospettiva di un ragionamento, che qui non può essere nemmeno iniziato, sulla legittimità costituzionale dell'art. 3 della legge n. 179 del 2017, laddove, nel descrivere le condotte configurabili come giusta causa di rivelazione di segreti, lascia nell'area della illiceità penale tutto ciò che non corrisponde alla fattispecie di cui all'art. 54-bis D.lgs. n. 165 del 2001. Urge quindi una razionalizzazione del sistema, anche sotto il profilo del tipo di segnalazione coperta dalla tutela offerta al *whistleblower*; tanto più se, poi, la situazione appena descritta si confronta con la proposta di direttiva europea alla quale si è più volte fatto cenno. In

³² Come ritiene N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura*, cit., p. 29.

quest'ultima figura infatti una distinzione molto chiara tra «segnalazione interna», «segnalazione esterna» e «divulgazione pubblica».

Da ultimo, non è previsto che le segnalazioni siano firmate o che non siano anonime, ma dal contesto della disposizione questo requisito può essere agevolmente dedotto. L'anonimato è una situazione che certamente non impedisce all'amministrazione di verificare la segnalazione e di procedere; ma non è questo il tipo di denuncia a cui la norma del 2017 vuole accordare protezione³³.

Diversamente, almeno in un caso, la proposta di direttiva assoggetta alla disciplina del *whistleblowing* le persone che hanno segnalato o reso pubbliche le informazioni in modo anonimo. E' l'ipotesi in cui i *whistleblowers* (ancorché) anonimi soddisfino le condizioni di quelli non anonimi; di conseguenza dovrebbero «beneficiare della protezione prevista (...) qualora siano successivamente identificate e subiscano ritorsioni». Per il resto, la scelta se dar seguito a segnalazioni anonime spetta agli Stati (art. 5).

8. Breve ripasso del “vecchio” articolo 54-bis.

Descritto nei suoi termini essenziali il campo di applicazione soggettivo ed oggettivo della legge n. 179 del 2017, è possibile dedicarsi ai principali aspetti contenutistici della riforma, incominciando dalle disposizioni che, rispetto alla precedente disciplina, appaiono mutati.

L'art. 54-bis d.lgs. n. 165 del 2001, nella sua originaria versione, introdotta dalla legge n. 190 del 2012, era composto da quattro commi. Nel primo si trovava enunciato il divieto di atti ritorsivi (licenziamento e altre misure discriminatorie, anche indirette, per «motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia») a carico del dipendente pubblico che segnalasse all'autorità giudiziaria, alla Corte dei conti o al «superiore gerarchico» illeciti dei quali fosse venuto a conoscenza in ragione di rapporto di lavoro.

Il secondo comma si dedicava alla tutela della identità del segnalante nel procedimento disciplinare, mentre nulla disponeva, a differenza del “nuovo” art. 54-bis, in merito alla protezione del dipendente autore della segnalazione nel processo penale e nel processo contabile. Il caso in cui la denuncia dell'illecito avesse dato luogo all'avvio di procedure giudiziarie si trovava quindi, nella norma del 2012, risolto mediante una tacita accettazione delle regole stabilite dalle disposizioni processuali penali e delle leggi regolatrici dei giudizi di responsabilità amministrativa che si svolgono dinanzi alla Corte dei conti.

Riguardo al procedimento disciplinare, la scelta del legislatore del 2012, nell'introdurre l'art. 54-bis d.lgs. n. 165 del 2001, merita particolare attenzione, giacché qui si trovano le basi concettuali su cui si innesta la riforma del 2017. La tutela del dipendente pubblico che denuncia illeciti, nell'art. 54-bis “vecchio testo”,

³³ Per un deciso disfavore verso le segnalazioni anonime, ANAC deliberazione n. 28 del 2015, cit., parte II, punto 2, dove peraltro si precisa che esse vengono esaminate, sia pure attraverso canali differenziati (si sofferma su questo passaggio F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la “scommessa etica” dell'anticorruzione*, cit., p. 481).

poggia su di un duplice fondamento, che potremmo sintetizzare nelle due seguenti proposizioni. In primo luogo, la protezione del segnalante è tanto più accurata, quanto più la successiva contestazione degli addebiti al soggetto denunciato è autonoma dalla segnalazione stessa; si fonda, cioè, su circostanze la cui esistenza potrebbe essere dimostrata dall'amministrazione anche senza bisogno di raccogliere la testimonianza del *whistleblower*. In questo caso l'identità dell'informatore è assolutamente secretata, in quanto rappresenta un mero pretesto per l'avvio di un procedimento disciplinare che potrebbe svilupparsi a prescindere dalla segnalazione. La seconda proposizione fondamentale è che, tuttavia, la protezione del segnalante, testé descritta, non può andare a detrimento della tutela del diritto di difesa dell'incolpato nel procedimento disciplinare. La legge n. 190 del 2012 aveva distinto allora, su queste basi, due fattispecie. Una prima, che potremmo dire coperta da divieto assoluto di divulgazione dell'identità del segnalante, salvo consenso di quest'ultimo, era quella in cui la contestazione dell'addebito disciplinare fosse «fondata su accertamenti distinti ed ulteriori rispetto alla segnalazione». Qui la contestazione poteva immaginarsi *occasionata* dalla segnalazione; d'altronde la difesa dell'incolpato era garantita dal contraddittorio sui fatti, che reggevano l'accusa indipendentemente dalla segnalazione; perciò non abbisognava della conoscenza della identità del *whistleblower*. Una seconda ipotesi era quella in cui la contestazione fosse fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione del *whistleblower*. In tal caso, la soluzione adottata dalla legge del 2012 era che l'identità del segnalante potesse essere rivelata, ove la sua conoscenza fosse «*assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato*». Con ogni evidenza, quindi, la disposizione operava un bilanciamento tra la tutela della identità del segnalante e tutela del diritto di difesa nel procedimento disciplinare, facendo prevalere quest'ultima.

Il comma terzo prevedeva che l'adozione di misure discriminatorie fosse comunicata al Dipartimento della funzione pubblica (le cui funzioni non erano ancora state trasferite all'ANAC), da parte dell'interessato o delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le misure erano state poste in essere. Il quarto comma sottraeva la segnalazione all'accesso previsto dagli articoli 22 ss. della legge n. 241 del 1990. Prima, la tutela dell'identità del segnalante avrebbe dovuto fare i conti con l'indirizzo della giurisprudenza amministrativa secondo il quale, in forza dell'art. 24 della legge n. 241 del 1990, era doverosa l'ostensione del documento rivelante l'identità del soggetto, autore della segnalazione, al datore di lavoro assoggettato ad un procedimento ispettivo a motivo di tale denuncia, che argomentasse la propria richiesta di accesso con la necessità di «curare o difendere i propri interessi giuridici». Il che la giurisprudenza aveva affermato precisando, dapprima, che la riservatezza cede nel “bilanciamento” con il diritto di difesa, e successivamente che, dinanzi alla domanda del datore di lavoro di accedere al documento rivelante l'identità del lavoratore che lo ha denunciato, *non vi è proprio alcun problema di riservatezza*, né dunque di “bilanciamento” e che il documento è liberamente accessibile.

Del resto, il problema del pericolo di atti ritorsivi, lungi dal legittimare un diniego di accesso all'identità del segnalante, sarebbe già risolto dalla legge con il potere del lavoratore di convenire, ove del caso, il datore di lavoro nelle comuni sedi contenziose, non avendo nulla da temere dalla procurata conoscibilità del suo nominativo.

Faceva eccezione l'ipotesi in cui il documento contenente la segnalazione riguardasse fatti di possibile rilevanza penale. Rispetto a questo caso, l'art. 8 del D.P.R. n. 352 del 1992 sottraeva all'accesso (lettera c) i documenti riguardanti «le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali (...) alla prevenzione e repressione della criminalità», con particolare riferimento alla «identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte». Ove dunque la segnalazione avesse ad oggetto fattispecie costituenti possibili ipotesi di illecito penale, era chiaro che nessuna contrapposta istanza di accesso potesse prevalere, neppure nel particolare caso in cui il richiedente accesso motivasse la propria istanza in base alla necessità di curare o difendere i propri interessi giuridici³⁴.

La norma che sottrae la segnalazione all'accesso permane anche nella legge n. 179 del 2017. La proposta di direttiva approvata in prima lettura dal Parlamento europeo il 16 aprile 2019 prevede, peraltro, che al trattamento dei dati personali effettuato ai sensi della direttiva stessa, compresi lo scambio e la trasmissione di dati personali da parte delle autorità competenti, si applichi il regolamento (UE) 2016/679 e la direttiva (UE) 2016/680 (art. 17). In particolare quest'ultima direttiva, avente ad oggetto «la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati», contiene disposizioni sulla garanzia e sui limiti diritto di accesso del «segnalato». Pertanto, anche il possibile intreccio tra tali discipline sarebbe da verificare, con riguardo al settore pubblico, trattandosi di aspetti non contemplato espressamente dalla legge n. 179 del 2017.

9. L'invalidità testuale dell'atto ritorsivo (cenni).

La legge n. 179 del 2017 contiene una serie di disposizioni che regolano più dettagliatamente il regime giuridico dell'atto ritorsivo adottato nei confronti del segnalante. Su queste, è opportuno limitarsi a brevissimi cenni, data la stretta afferenza giuslavoristica dei temi che ne possono derivare. Ciò vale soprattutto per la nuova comminatoria espressa di nullità dell'atto ritorsivo (comma 7), cui si collega l'obbligo di reintegrazione nel posto di lavoro del segnalante che sia stato licenziato a motivo della segnalazione (comma 8). Sarà da vedere se queste norme cambino qualcosa rispetto al regime attuale, o

³⁴ Cons. st., IV, 9 agosto 2010, n. 5449.

non si limitino, piuttosto, a dar conto di conseguenze già desumibili dal sistema delle tutele del lavoratore. Pur con tutte le cautele del caso, viene infatti spontaneo osservare che è sempre stata pacifica, anche nel settore pubblico, la nullità del licenziamento discriminatorio; e quasi lo stesso vale per l'obbligo di reintegrazione del dipendente pubblico illegittimamente licenziato: com'è noto, la controversa questione apertasi dopo la modifica dell'art. 18 St. lav. da parte della "riforma Fornero" è stata risolta dall'art. 21 d.lgs. n. 75 del 2017, che, modificando l'art. 63 comma 2 d.lgs. n. 165 del 2001, prevede ora che il giudice del lavoro, acclarata la nullità del licenziamento, disponga indefettibilmente la reintegra del dipendente pubblico. Meno intuitiva appare, sempre a prima vista, la sorte dall'istituto della inversione dell'onere della prova stabilita all'art. 1 comma 7 della legge relativamente alla dimostrazione, posta a carico della pubblica amministrazione, che le misure discriminatorie o ritorsive sono motivate da ragioni estranee alla segnalazione stessa. Qui si deve partire dalla ovvia constatazione che la pubblica amministrazione non adotterà mai un atto restrittivo motivandolo con il proprio intento di punire una "soffiata". La legge va perciò incontro al segnalante, permettendogli di soddisfare il proprio onere probatorio con la sola dimostrazione della natura restrittiva dell'atto e lasciando a carico della pubblica amministrazione la prova della finalità non discriminatoria e non ritorsiva della misura. Viene così sancita una presunzione legale relativa di nullità di qualsiasi sanzione, demansionamento, licenziamento, trasferimento o altra «misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro» idonea a restringere la situazione di chi abbia rivestito la qualifica di *whistleblower*. Regola che vale senza eccezioni, indipendentemente dall'esito del procedimento avviato in conseguenza della segnalazione.

Una domanda che ci si può porre è se, ai fini della soddisfazione dell'onere della prova, la pubblica amministrazione possa limitarsi ad una integrazione postuma della motivazione, idonea a dar conto della legittimità della misura (ad esempio dimostrando che la misura restrittiva è conforme ad un previo atto di macro-organizzazione e che *perciò soltanto* non vi è intento ritorsivo). O se non competa piuttosto alla pubblica amministrazione la dimostrazione, ben più gravosa, della mancanza di un nesso eziologico tra la segnalazione e la misura a carico del *whistleblower*, ancorché quest'ultima possa apparire obbiettivamente riconducibile ad un genuino intento gestionale. Con ogni probabilità, nella prima ipotesi la prova è fin troppo semplice per l'amministrazione, nella seconda, al contrario, sarà quasi "diabolica".

10. I poteri dell'ANAC e le sanzioni: una nuova responsabilità formale?

Il nuovo articolo 54-bis del decreto legislativo n. 165 del 2001 si può classificare mediante una bipartizione dei suoi contenuti più significativi. Un primo elemento è dato dal potere dell'ANAC di adottare, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, apposite linee guida relative alle procedure per la

presentazione e la gestione delle segnalazioni (comma 5). Le linee guida³⁵ prevedono l'utilizzo di modalità anche informatiche e promuovono il ricorso a strumenti di crittografia per garantire la riservatezza dell'identità del segnalante, per il contenuto delle segnalazioni e della relativa documentazione. Nel caso in cui le pubbliche amministrazioni non rispettino le linee guida, l'ANAC potrà irrogare le sanzioni amministrative previste dal comma 6 (del quale subito si dirà) a carico del responsabile. Da notare, a testimonianza del rilievo attribuito alle linee guida, che la violazione di queste ultime è equiparata, dal secondo periodo del comma 6, alla fattispecie più grave di «assenza di procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni».

Degne di nota sono poi le disposizioni organizzative dedicate alla gestione delle segnalazioni. L'art. 54-bis comma 1 individua il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza di cui all'art. 1 comma 7 della legge n. 190 del 2012 come l'ufficio che ha il compito di ricevere le segnalazioni di condotte illecite da parte del pubblico dipendente. Dal successivo comma 6, terzo periodo, si ricava che il responsabile deve anche svolgere un'attività «di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute».

In parallelo, l'ANAC ha il dovere, concorrente con quello del responsabile "locale", di ricevere segnalazioni e denunce di misure ritorsive, di informare, ove del caso, il Dipartimento della funzione pubblica o gli «altri organismi di garanzia o di disciplina» per le attività e gli eventuali provvedimenti di competenza (comma 1), nonché di vigilare affinché il *whistleblower* abbia a disposizione le procedure adeguate per l'inoltro della segnalazione e, in ogni caso, non subisca misure discriminatorie (comma 6).

Non può meravigliare che si profili una sorta di ordinamento particolare, finalizzato alla tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti, al cui vertice si situa l'ANAC ed alla cui base stanno i responsabili delle singole amministrazioni. L'esistenza di un potere di supremazia speciale dell'Autorità si desume dalle previsioni di un potere di controllo e finanche di avocazione delle funzioni d'informativa e di impulso (che l'ANAC può rivolgere anche agli organi di «disciplina», così appunto surrogandosi al responsabile locale); prerogativa che si aggiunge, come detto, a quelle di vigilanza e sanzionatorie.

L'art. 1 comma 6 della legge n. 179 del 2017 (nuovo art. 54-bis comma 6 del d.lgs. n. 165/2001) è una disposizione particolarmente significativa, dedicata alle sanzioni di competenza dell'ANAC. Provando a riepilogare: l'Autorità, qualora accerti, nell'ambito dell'istruttoria da essa condotta – dunque in parallelo ad eventuali procedimenti penali, contabili o disciplinari («fermi restando gli altri profili di responsabilità») – l'adozione di misure discriminatorie da parte di una delle amministrazioni o di uno degli enti di cui al comma 2, applica «al responsabile che ha adottato tale misura una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 30.000 euro». Qualora venga accertata l'assenza di procedure per l'inoltro e la gestione delle

³⁵ Che l'ANAC aveva già adottato, sulla base di un diverso fondamento, con la delibera n. 6 del 28 aprile 2015.

segnalazioni ovvero l'adozione di procedure non conformi a quelle di cui al comma 5, al responsabile potrà essere irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro. Qualora venga accertato il mancato svolgimento da parte del responsabile di attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute, si applica al responsabile la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro³⁶.

Le sanzioni pecuniarie di cui all'art. 54-bis comma 6 non si ricollegano ad un documento effettivo. La loro misura è determinata dall'ANAC «tenuto conto delle dimensioni dell'amministrazione o dell'ente cui si riferisce la segnalazione». Può destare l'attenzione il fatto che l'art. 54-bis comma 6 non dichiara espressamente l'ANAC vincolata al rispetto dei principi stabiliti dalla legge n. 689/1981, diversamente da altre disposizioni che attribuiscono all'ANAC il potere di irrogare sanzioni amministrative³⁷. Ma con ogni probabilità questa omissione non è volontaria – si tratta cioè di una semplice disattenzione o “dimenticanza” del legislatore – e, comunque, non ha grande significato: trattandosi pure sempre di sanzioni amministrative (così definite dall'art. 54-bis comma 6), l'ANAC dovrà, ciononostante, attenersi a quella legge.

I problemi, tuttavia, iniziano proprio dal confronto con i principi stabiliti dalla legge n. 689/1981. E' troppo ampia e dibattuta, per poter essere riproposta, la questione se le regole in materia di sanzioni amministrative pecuniarie vadano assoggettate ai principi del diritto penale (art. 25 Cost.) o a quelli del diritto amministrativo (art. 23 e 97 Cost.) e se ed in che limiti, al riguardo, sia significativo il più recente indirizzo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo verso la natura “sostanzialmente penale” di alcune tipologie di sanzioni amministrative (ai sensi degli articoli 6 e 7 della CEDU).

Sta di fatto che, come sopra si notava, le sanzioni amministrative previste dal comma 6 si sommano e non si sostituiscono alle sanzioni disciplinari ed alla responsabilità per danno erariale. Sarebbe interessante chiedersi fino a che punto la previsione normativa incontri i limiti costituzionali della responsabilità cosiddetta “formale”, proprio perché stabilita oltre le normali fattispecie patrimoniali civili e contabili, comuni a tutti i dipendenti pubblici (cfr. Corte costituzionale, n. 72/1983) e fino a che punto la norma si conformi al principio generale di “proporzionalità”, tra l'altro richiamato espressamente nella proposta di direttiva sul *whistleblowing* all'esame del Parlamento europeo (art. 23). Proprio quest'ultima d'altronde si concentra sul “disvalore” insito nell'aver compiuto un atto ritorsivo o nell'aver ostacolato la segnalazione,

³⁶ Al riguardo l'ANAC ha recentemente adottato un apposito «Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro di cui all'art. 54-bis del decreto legislativo n. 165/2001 (c.d. *whistleblowing*)», con delibera n. 1033 del 30 ottobre 2018 (in G.U. n. 269 del 19 novembre 2018, in vigore dal 4 dicembre 2018).

³⁷ Ad esempio, l'art. 47 comma 3 d.lgs. n. 33/2013 (violazione di obblighi in materia di trasparenza); l'art. 84 comma 10 d.lgs. n. 50/2016 (violazione delle linee guida ANAC in materia di controlli a campione sulle attestazioni SOA); l'art. 213 comma 13 (rifiuto ingiustificato di fornire informazioni all'amministrazione aggiudicatrice).

tal che si potrebbe dubitare della compatibilità, con i principi summenzionati, di una regola nazionale che sanziona la mera inosservanza delle disposizioni organizzative dettate dall'autorità anticorruzione.

11. Il problematico intreccio con le competenze legislative delle regioni.

Altro interessante profilo problematico emerge dall'analisi del rapporto tra la riforma del *whistleblowing* e le competenze legislative delle regioni (art. 117 Cost.).

L'art. 1 della legge n. 179 del 2017 sostituisce l'art. 54-bis del d.lgs. n. 165 del 2001, cioè l'art. 1 comma 51 della legge n. 190 del 2012, che, appunto, aveva introdotto l'art. 54-bis nella sua prima versione.

Con riferimento anche al comma 51 – come pare potersi desumere agevolmente (non ravvisandosi disposizioni contrarie o derogatorie) – l'articolo 1 comma 60 della legge n. 190 del 2012 richiedeva l'intesa in Conferenza unificata per la definizione degli «adempimenti (...) volti alla piena e sollecita attuazione delle disposizioni della presente legge», con «particolare riguardo» alla «definizione, da parte di ciascuna amministrazione, del piano triennale di prevenzione della corruzione»³⁸.

La tutela del *whistleblowing* rientra negli oggetti sui quali si esercita la funzione di indirizzo svolta dal Piano nazionale anticorruzione verso i Piani triennali delle singole amministrazioni. Difatti, il vigente PNA contiene una parte ad essa dedicata (tra le misure anticorruzione obbligatorie). L'intesa in sede di Conferenza unificata avrebbe potuto, quindi, legittimamente disciplinarla³⁹.

Invece, in sede di riforma del *whistleblowing* nulla è stato previsto riguardo al principio di “leale collaborazione”. La legge n. 179 del 2017 non prevede alcunché, neppure con riferimento alle “nuove” linee guida ANAC. Non varrebbe obiettare che il problema è superato dall'art. 1 comma 59 della legge n. 190 del 2012, ove si dichiara la disciplina di cui ai commi da 1 a 57, dunque anche quella del *whistleblowing* (art. 1 comma 51, ossia l'art. 54-bis vecchia versione) immediatamente applicabile a tutte le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 d.lgs. n. 165 del 2001, con il ben noto strumento della auto-qualificazione in termini di «diretta attuazione del principio di imparzialità di cui all'articolo 97 della Costituzione».

L'art. 1 comma 59 della legge n. 190 del 2012 è una disposizione sulla competenza legislativa statale, del tutto compatibile con la natura programmatica del successivo comma 60. In altri termini, la legge n. 190 del 2012, pur dichiarandosi applicabile a tutte le amministrazioni, aveva compensato questa sua auto-qualificazione con la previsione dell'intesa e così aveva dimostrato di tenere in considerazione gli interessi regionali, ispirandosi al ben noto criterio della “chiamata in sussidiarietà”.

³⁸ L'intesa in Conferenza Unificata è stata poi raggiunta il 24 luglio 2013 (rep. n. 79/CU).

³⁹ Anche se così non è stato: l'intesa raggiunta per l'attuazione dei commi 60 e 61 della legge n. 190 del 2012 (v. nota precedente) non include previsioni sulla tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti.

E' stata peraltro notata in dottrina la debolezza del titolo di legittimazione che la legge dello Stato rivendica qualificando sé stessa, all'occorrenza, «*diretta attuazione dell'articolo 97 della Costituzione*»⁴⁰. Probabilmente, anche per la legislazione anticorruzione, come si è fatto a proposito della cd. riforma Brunetta del 2009, si può osservare che «la pretesa (...) di indicare principi generali di diretta attuazione dell'articolo 97 vincolanti anche per regioni ed enti locali non è (...) in alcun modo fondata»⁴¹.

Comunque le si riguardi, insomma, le disposizioni *organizzative* che l'art. 1 della legge n. 179 del 2017 dedica ai poteri dell'ANAC non sembrano esenti da rischi, specie se le si considera alla luce delle considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 251 del 2016, a proposito della necessità di uno strumento (in quel caso, “forte”) di leale collaborazione per le materie riconducibili contemporaneamente ad una pluralità di competenze legislative. Ci si potrebbe domandare, ad esempio, se la supremazia speciale dell'ANAC costituita dalla legge n. 179 del 2017 non tocchi, sia pure in parte o marginalmente, la materia dell'ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalle Regioni, oggi pacificamente riferibile alla competenza regionale “residuale” (art. 117 comma 4 Cost.).

E' evidente, per altro, che ove entrasse in vigore la direttiva sul *whistleblowing* europeo, il titolo di competenza si sposterebbe sui vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (art. 117 comma 1 Cost.).

12. La tutela dell'identità del segnalante.

Un ultimo nodo problematico è costituito dalla tutela della identità del segnalante. L'articolo 1 comma 3 della legge n. 179 del 2017 stabilisce una regola generale, cui seguono tre regole speciali. La regola generale è che «*l'identità del segnalante non può essere rivelata*». La prima regola speciale riguarda il procedimento penale, nell'ambito del quale «*l'identità del segnalante è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'articolo 329 del codice di procedura penale*». Il richiamo ai modi e soprattutto ai «*limiti previsti dall'articolo 329*» può aprire una questione di non poco conto, visto che potrebbe anche non essere interpretata come se accordasse, al *whistleblower*, la protezione che la stessa legge del 2017, con la sua regola generale («*l'identità ... non può essere rivelata*»), sembra presupporre.

Per giurisprudenza consolidata, infatti, la denuncia di reato costituisce atto coperto da segreto istruttorio soltanto se l'amministrazione la presenta all'autorità giudiziaria nell'esercizio di funzioni di polizia giudiziaria ad essa specificamente attribuite dall'ordinamento, non se agisce nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali; nel qual caso, l'atto di denuncia mantiene la sua origine extraprocessuale e non è

⁴⁰ F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Istit. fed.*, 2013, p. 349 ss., spec. p. 375.

⁴¹ A. PIOGGIA, *Le fonti del rapporto di lavoro privato alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in www.ius-publicum.com, aprile 2011, p. 10; su analoga posizione A. TROJSI, *L'impiego regionale: fonti e spazi di competenza legislativa delle regioni*, in *Ist. fed.*, 2009, p. 819 ss., spec. p. 857.

neppure sottratto all'accesso ai sensi della legge n. 241 del 1990⁴². Dunque, la segnalazione trasmessa all'autorità giudiziaria da parte dell'informatore, del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, dall'ANAC, è un atto extraprocessuale? La norma che la legge n. 179 del 2017 voleva introdurre è, forse, un'altra: non che l'identità del segnalante sia «*coperta dal segreto (...) nei limiti previsti dall'articolo 329 del codice di procedura penale*», ma che l'articolo 329 del codice di procedura penale si applichi a tutti gli atti, anche extraprocessuali, se da questi risulta l'identità del segnalante. Un'estensione, insomma, del segreto investigativo, non un rinvio a quest'ultimo e ai suoi «limiti». E' difficile, peraltro, arrivare a questa conclusione *de iure condito*, poiché la disposizione è chiara: è l'identità del segnalante a subire i confini dell'art. 329 c.p.p., non quest'ultimo ad essere dilatato per "ospitare" la protezione del *whistleblower*. La seconda regola speciale riguarda l'ambito del procedimento dinanzi alla Corte dei conti, laddove «*l'identità del segnalante non può essere rivelata fino alla chiusura della fase istruttoria*». Vale la pena di ricordare che l'obbligo di denuncia del danno erariale è stabilito dall'art. 52 del Codice di giustizia contabile, ai sensi del quale, «ferme restando le disposizioni delle singole leggi di settore in materia di denuncia di danno erariale, i responsabili delle strutture burocratiche di vertice delle amministrazioni, comunque denominate, ovvero i dirigenti o responsabili di servizi, in relazione al settore cui sono preposti, che nell'esercizio delle loro funzioni vengono a conoscenza, direttamente o a seguito di segnalazione di soggetti dipendenti, di fatti che possono dare luogo a responsabilità erariali, devono presentarne tempestiva denuncia alla procura della Corte dei conti territorialmente competente. *Le generalità del pubblico dipendente denunziante sono tenute riservate*». La denuncia, quale parte delle attività di indagine del pubblico ministero (anche se delegate ai sensi dell'art. 56), resta riservata fino alla notificazione dell'invito a dedurre (57 comma 1).

La terza regola speciale riguarda il procedimento disciplinare. Qui vi «*l'identità del segnalante non può essere rivelata, ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa*». Segretezza piena, quindi, alla quale si accompagna l'esonero totale del segnalante e la completa assunzione, da parte dell'amministrazione procedente, della responsabilità per l'accertamento dei fatti e per le conseguenti statuizioni disciplinari. Il doveroso bilanciamento effettuato dalla norma, tra la tutela dell'identità del segnalante e la tutela di colui che viene incolpato a seguito della segnalazione, conosce però una seconda – e più problematica – ipotesi: quella in cui «*la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato*». In questo caso la legge raggiunge il punto di equilibrio tra la protezione dell'incolpato e quella del *whistleblower* prevedendo uno stato di inutilizzabilità relativa della segnalazione,

⁴² TAR Sicilia, 25 luglio 2017 n. 1943. Dovrebbe comunque restare fermo quanto stabilito dalla Direttiva 2012/13/UE del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

o meglio: «*la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità*».

Sorge a questo punto spontaneo il collegamento ad alcune disposizioni che la legge n. 179/2017 non ha abrogato e che possono aggravare notevolmente il problema giuridico in parola. La prima di queste è l'art. 55-*bis* comma 7 del d.lgs. n. 165 del 2001, a norma del quale «*il dipendente o il dirigente, appartenente alla stessa o a una diversa amministrazione pubblica dell'incolpato, che, essendo a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare in corso, rifiuta, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta dall'ufficio disciplinare procedente ovvero rende dichiarazioni false o reticenti, è soggetto all'applicazione, da parte dell'amministrazione di appartenenza, della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente, fino ad un massimo di quindici giorni*».

In questa disposizione, è chiaro che il timore di ritorsioni non può essere un “giustificato motivo” di rifiuto di collaborazione con l'ufficio disciplinare procedente. Dunque il *whistleblower*, dopo aver effettuato la segnalazione e maturato il diritto alla protezione della sua identità, potrebbe essere chiamato a collaborare con l'ufficio disciplinare, pena la soggezione alla (non lieve) sanzione ricordata? Si potrebbe certo precisare (magra consolazione) che nel collaborare con l'ufficio disciplinare il *whistleblower* non viola il segreto d'ufficio: ma il problema entra in gioco se si immagina che il *whistleblower* rifiuti di collaborare, facendo leva sul fatto che la segnalazione al responsabile della prevenzione della corruzione tutela la sua identità, mentre la collaborazione con l'ufficio disciplinare, una volta documentata, non è sottratta all'accesso. Ci si potrebbe allora chiedere come è possibile che la tutela dell'identità del *whistleblower* – il quale, per effetto della legge del 2017, vede indiscriminatamente «sottratta» all'accesso la sua segnalazione – possa essere rimessa in discussione da una disposizione che non impedisce, e dunque permette, l'accesso documentale alle attività istruttorie disciplinari, svolte dall'amministrazione, alle quali l'informatore abbia *dovuto* partecipare, per non incorrere nella sospensione dal servizio con privazione della retribuzione.

Anche qui, la proposta di direttiva attualmente all'esame del Parlamento europeo potrebbe introdurre più di un ostacolo. E' vero che, anche secondo quest'ultima, alla tutela dell'identità del segnalante si può derogare «*qualora ciò [la divulgazione] rappresenti un obbligo necessario e proporzionato imposto dal diritto dell'Unione o nazionale nel contesto di indagini da parte delle autorità nazionali o di procedimenti giudiziari, anche al fine di salvaguardare i diritti della difesa della persona coinvolta*» (art. 16). Egualmente tuttavia, ad avviso di chi scrive, sarebbe di dubbia compatibilità – in specie con il principio di proporzionalità (richiamato dallo stesso art. 16) – l'art. 55-*bis* comma 7 del D.lgs. n. 165 del 2001, che stabilisce un dovere di collaborazione *generalizzato* e come tale *sanzionato* con l'ufficio disciplinare.

Si uscirebbe dall'impasse riconoscendo che il *whistleblower* è esonerato dall'obbligo di collaborazione sancito dall'art. 55-*bis* comma 7 del D.lgs. n. 165 del 2001, ammettendo allora una diversa anomalia: che l'efficacia del procedimento disciplinare, per effetto della legge n. 179 del 2017, è largamente depotenziata, proprio perché la tutela della identità del segnalante impedisce di fruire della sua collaborazione proprio laddove l'apporto del *whistleblower* alla scoperta dell'illecito è più necessaria.

13. Cenni conclusivi.

Come ci si era prefissati, la riflessione condotta ha percorso la disciplina del *whistleblowing* per sommi capi, senza la pretesa di enucleare ogni possibile questione. Cercando però di terminare egualmente con una sintesi, si direbbe che quanto si è venuti affermando porta a due considerazioni: in realtà, due profili già osservati durante lo scritto.

Il primo rilievo è che la disciplina del *whistleblowing* è ancora fortemente incompleta. Se, pertanto, andrà a buon fine il procedimento legislativo europeo in corso e sarà approvata la proposta di direttiva sulla tutela degli informatori presentata dalla Commissione, la legge n. 179 del 2017 dovrà essere, in grandissima parte, riscritta.

La seconda osservazione è che, nel modificare la legge, il legislatore nazionale non dovrebbe appiattirsi sul testo europeo, rinunciando al decisivo apporto che può essere offerto da un ragionamento sui concetti coinvolti in questa ipotetica riforma della disciplina del *whistleblowing*. La direttiva che si prefigura conterrebbe, come si è avuto modo di notare, due principali novità: il diritto del dipendente di divulgare l'illecito pubblicamente nel caso in cui la pubblica amministrazione non abbia curato la sua segnalazione, e il diritto di segnalare l'illecito in forma anonima, beneficiando, in tal caso, ove scoperto, della medesima protezione accordata al lavoratore "dichiarato". Tanto basterebbe per inferirne una brusca torsione della legislazione verso la garanzia del *whistleblowing* come *diritto individuale del lavoratore*: un diritto che sarebbe conferito ai singoli dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea e non potrebbe essere posto nel nulla, o sproporzionatamente sacrificato, in nome dello scopo "ampio" (o di *enforcement*) della normativa anticorruzione.

La soggettività dell'ipotesi europea ci riporta così alle osservazioni di partenza: si rammentava che la disciplina del *whistleblowing* affonda le proprie radici nella questione – se vogliamo tipicamente giuslavoristica – dei limiti del diritto di critica del lavoratore. Nulla a che vedere, quindi, con l'idea dell'asservimento del *whistleblower* alla politica anticorruzione e con la sua (ri)considerazione in chiave strumentale al raggiungimento di un fine legislativo di prevenzione o di contrasto agli illeciti nella pubblica amministrazione.

Queste due dimensioni, soggettiva e oggettiva, possono naturalmente coesistere, dar luogo a momenti di sintesi, a disposizioni ispirate all'uno o all'altro angolo di visuale. La legge può oscillare tra il dettare condizioni per la protezione del dipendente e stabilire incentivi per la “soffiata”, tra il precisare le forme della tutela del dipendente “vittima” e i premi per il dipendente “vedetta civica”. Ma il problema non è soltanto il giusto dosaggio di premi e sanzioni, che pure ha una sua importanza, *de iure condendo*. Esattamente si è notato che la tutela del *whistleblower* deve aumentare d'intensità: essere il più possibile attrattiva per i dipendenti pubblici che assistono alla commissione di illeciti sul luogo di lavoro; costituire, per loro, l'occasione di una rinnovata cultura dell'integrità e non solamente la consapevolezza di nuovi diritti⁴³. Proprio affinché ciò si realizzi, tuttavia, non bisognerebbe dimenticare che la fissazione di limiti al diritto di critica incide sulla garanzia prestata dall'art. 1 dello Statuto dei lavoratori; il quale, a sua volta, si riconnette alla protezione costituzionale della manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.). Quando, ad esempio, si stabiliscono i requisiti della tutela del *whistleblower* facendo riferimento ai canali di comunicazione che costui dovrà utilizzare, se vorrà essere protetto contro eventuali atti ritorsivi, ciò che si sta facendo non è mettere a disposizione del dipendente una nuova opportunità, bensì disciplinare, legittimamente, i confini di una libertà individuale garantita dalla Costituzione. E la proposta di direttiva approvata in prima lettura dal Parlamento europeo il 16 aprile 2019 lo dimostra, laddove “riscopre” il diritto di critica come reazione (auto-responsabile) del dipendente dinanzi ad una pubblica amministrazione che difetta nell'attività di trattamento delle segnalazioni; oppure laddove lascia al dipendente la scelta se qualificarsi o restare anonimo, per poi comunque fruire della protezione, nell'ipotesi in cui fosse scoperto.

Si vuol dire, in definitiva, che una revisione della tutela del *whistleblower*, qui immaginata come indotta dalla nuova direttiva europea – così come la sua successiva interpretazione e forse anche l'interpretazione delle attuali disposizioni in materia (leggi n. 190 del 2012 e 179 del 2017) – dovrebbe far tesoro del patrimonio di conoscenze acquisito dalla dottrina e dalla giurisprudenza del lavoro. La transizione del *whistleblowing* verso forme incentivate di controllo e di rivelazione confidenziale, fino a non troppo immaginifiche forme di *intelligence*, è operazione di altra natura e di diverso significato. I principi dello Stato di diritto, così come non si rispecchiano in un ordinamento che permette al datore di lavoro (o a chi, comunque, ha potere all'interno di una organizzazione), di vendicarsi verso una persona che si è decisa a denunciare illeciti, ripudiano anche lo spionaggio, malgrado quest'ultimo possa essere un efficacissimo mezzo di realizzazione di quei principi. La Costituzione esige che la legge non lasci privo di protezione il lavoratore che riferisce un illecito; non esige, invece, che incoraggi il comportamento delatorio, visto come

⁴³ Si possono qui richiamare, sia pure indirettamente, le considerazioni di R. CANTONE, *Il contrasto alla corruzione. Il modello italiano*, in *Dir. pen. contemp.*, 2 ottobre 2018.



strumento di lotta alla illegalità o alla malamministrazione. La prima situazione è una necessità giuridica, il secondo un fine politico, che non ha alcuna relazione immediata con principi costituzionali.