

Contrasto alla *maladministration* e segnalazione di irregolarità: il *whistleblowing* e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici

**Veronica Papa
Università di Catania**

SOMMARIO: Premessa – 1. Contenuti e funzioni del *whistleblowing* in prospettiva comparata – 2 Gli antecedenti giudiziari del *whistleblowing*: il diritto di critica con utilità sociale – 3. La nozione italiana di *whistleblowing*: contenuti e confini applicativi dell'art. 54-bis del Testo unico sul pubblico impiego - 3.1. La nozione speciale di lavoratore pubblico nell'art. 54-bis - 3.2. Requisiti oggettivi e teleologici delle *protected disclosures* - 3.3. A monte dei dispositivi di protezione dei *whistleblower*: la tutela "multilivello" della riservatezza - 3.4. Il divieto di atti ritorsivi tra diritto sostanziale e processuale – 3.5. Il *whistleblowing* e l'opzione *voice*. La deroga legale agli obblighi fiduciari e di segreto nel rapporto di lavoro - 4. Coesistenza o interferenza? Lo scudo protettivo per i *whistleblower* e il rapporto con le tutele giuslavoristiche classiche – 5. Considerazioni conclusive.

Premessa.

Il tema delle intersezioni tematico-disciplinari tra tutela dell'etica pubblica, politiche anticorruptive e diritto del lavoro è stato di recente declinato dal legislatore in molteplici direzioni regolative, con l'introduzione progressiva di un *corpus* di coordinate eticamente orientate del rapporto di lavoro pubblico e dunque nell'ambito di una generale riforma, che ruota attorno alla «triade» della nuova etica pubblica, fondata sui principi di trasparenza amministrativa, contrasto alla corruzione e vincolatività del codice di comportamento¹.

Per quanto affetta da un certo tasso di illusorietà degli obiettivi presi di mira, nonché dei mezzi adoperati per perseguirli (si v. *infra*, § 5), si tratta di una cornice regolativa nella quale, nelle intenzioni del legislatore, l'efficienza del pubblico dipendente – che aveva costituito il *leit-motiv* della riforma Brunetta – viene tendenzialmente identificata con il suo comportamento etico. In questo contesto regolativo l'accento dell'intervento riformatore viene dunque posto su una efficienza declinata nel senso di imparzialità nei diversi momenti del rapporto di lavoro pubblico²: quello genetico – con le nuove previsioni in tema di concorsi e assenza di impedimenti/incompatibilità o conflitti di interesse in fase preassuntiva³; quello di "svolgimento etico" del rapporto di lavoro – in conformità alla vincolatività dei precetti del codice di comportamento; quello successivo alla cessazione del rapporto, regolato anch'esso, di recente, attraverso l'introduzione del c.d. divieto di *pantouflage*⁴.

¹ Tullini, *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 229/14.

² O nel senso di un (in parte malinteso o comunque non funzionale agli scopi di efficienza cui parrebbe essere devoluto) concetto lato di onestà. Per questa lettura v. Bavaro (*Note sul potere disciplinare nel lavoro pubblico fra aziendalismo e amministrativismo*, in RGL, 2018, n. 3, p. 511), laddove si rileva la tendenza del legislatore (dalla riforma Brunetta in poi) a «utilizzare le sanzioni disciplinari in senso esclusivamente "punitivo" della "disonestà", al più come se questa fosse sinonimo di "improduttività"»; Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. L'homo novus nel pubblico impiego?*, in questo Volume.

³ Sulle nuove regole in tema di accesso al lavoro pubblico, si v. Ricci, *L'impatto della "riforma Madia" (e delle più recenti misure del governo "gialloverde") sulla dimensione macro-organizzativa: programmazione dei fabbisogni, concorsi, stabilizzazioni*, in q. Volume.

⁴ Con l'art. 53, comma 16-ter, il legislatore ha previsto l'impossibilità, per i dipendenti che abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per la pubblica amministrazione, di svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro, attività lavorativa o professionale presso alcuni soggetti privati (sostanzialmente i destinatari dell'attività svolta attraverso i predetti poteri). Per una analisi delle regole eticamente orientate nelle differenti fasi del rapporto del pubblico dipendente con l'amministrazione di appartenenza si v. Martone, *Rapporto di lavoro e prevenzione della corruzione: concorsi e prove selettive, incompatibilità, inconfiribilità degli incarichi e codici di comportamento*, in ADL, 2017, n. 6, p. 1423 ss.;

Pur con la consapevolezza di questo complesso – e incrementale – quadro normativo che vorrebbe il dipendente pubblico sempre più compenetrato dal perseguimento di fini anti-corruttivi e, più in generale, di prevenzione delle prassi di “cattiva amministrazione”, in questa sede ci si soffermerà esclusivamente sulle previsioni relative alla tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (*whistleblowing*)⁵.

Come si avrà modo di chiarire *infra* (§), quando si parla di introduzione del *whistleblowing* nell'ordinamento interno si rinvia al nucleo di regolazione protettiva emanata a partire dal 2012 e sostanzialmente preordinata, in via di prima approssimazione, a predisporre uno scudo protettivo nei confronti dei dipendenti che intendano segnalare “condotte illecite” di cui siano venuti a conoscenza “in ragione del rapporto di lavoro”, con una implicita quanto evidente funzionalizzazione delle tutele in discorso al fine di incentivare (o quanto meno non scoraggiare) l'attivazione dei pubblici dipendenti nel contrasto a fenomeni corruttivi e, più in generale, di *maladministration*⁶.

In particolare, nel prosieguo della trattazione, l'analisi si appunterà su: la nozione di *whistleblowing* (§ 1); i suoi antecedenti giurisprudenziali nell'ordinamento interno (§ 2); il campo di applicazione e i contenuti delle tutele predisposte dal legislatore (§§ 3 ss.) e le possibili intersezioni delle protezioni “speciali” per i *whistleblower* con le formule protettive “ordinarie” (§ 4).

Infine, si proporranno alcune riflessioni in chiave sistematica sulla disciplina sulla segnalazione di irregolarità, la quale è suscettibile di rappresentare un istituto di confine e, soprattutto – grazie ad alcuni elementi di uniformità regolativa tra i due settori – un punto di carsico riavvicinamento tra lavoro pubblico e privato. In tal senso, peraltro, ulteriori elementi di convergenza (se non proprio di uniformità) regolativa

Martone, *La repressione della corruzione e la tutela del whistleblower alla luce della l. 30 novembre 2017, n. 179*, in *ADL*, 2018, n. 1, p. 61 ss.

⁵ Va premesso che l'intervento di riforma sul *whistleblowing*, sul quale si appunterà la trattazione - legge 179/2017, che ha riformato l'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001 - ha previsto una estensione al settore privato delle tutele, con espressa limitazione alle società che facciano – volontaria – applicazione dei modelli di organizzazione e gestione di cui al d.lgs. 231/2001 (d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*).

⁶ Sulla nozione di *maladministration*, intesa, in senso ampio, come un “complesso fenomeno di disfunzioni che va dalle resistenze al cambiamento al formalismo, all'indifferenza all'efficienza, all'ostilità verso la tecnologia, all'“*overstaffing*”, al nepotismo, alla corruzione”, si v. Cassese, «Maladministration» e rimedi, in *Foro it.*, 1992, V, p. 243.

saranno indotti, in futuro, dall'attuazione dello strumento legislativo sovranazionale in corso di definitiva approvazione⁷ (v. *infra*, § 5).

1. Contenuti e funzioni del *whistleblowing* in prospettiva comparata.

“Chi lavora per un'organizzazione pubblica o privata o è in contatto con essa nello svolgimento della propria attività professionale è spesso la prima persona a venire a conoscenza di minacce o pregiudizi al pubblico interesse sorti in tale ambito. Nel “dare l'allerta”, gli informatori svolgono un ruolo decisivo nella denuncia e nella prevenzione delle violazioni del diritto che ledono il pubblico interesse e nella salvaguardia del benessere della società. Tuttavia, i potenziali informatori sono spesso poco inclini a segnalare inquietudini e sospetti nel timore di ritorsioni”⁸.

Prende le mosse da queste considerazioni sul ruolo privilegiato dei prestatori di lavoro nel disvelamento di minacce ai pubblici interessi la proposta di direttiva, approvata di recente in prima lettura dal Parlamento europeo, finalizzata a introdurre “norme minime comuni di protezione delle persone che segnalano [...] violazioni del diritto dell'Unione” in alcuni specifici settori, riconducibili sinteticamente a materie di pubblico interesse per l'ordinamento dell'Ue⁹.

⁷ Si fa riferimento alla Direttiva dell'UE sulla protezione dei *whistleblower*, attualmente approvata dal Parlamento europeo in prima lettura: per la formulazione attuale del testo, cfr. Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 16 aprile 2019 in vista dell'adozione della direttiva (UE) 2019/... del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione.

⁸ Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 16 aprile 2019 in vista dell'adozione della direttiva (UE) 2019/... del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione, *Considerando* 1.

⁹ E più specificamente, con riguardo alle seguenti violazioni, elencate nell'art. 2 (*ambito di applicazione materiale*) della Direttiva approvata in prima lettura: “a) violazioni che rientrano nell'ambito di applicazione degli atti dell'Unione [...] relativamente ai seguenti settori: i) appalti pubblici; ii) servizi, prodotti e mercati finanziari e prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo; iii) sicurezza dei prodotti; iv) sicurezza dei trasporti; v) tutela dell'ambiente; vi) radioprotezione e sicurezza nucleare; vii) sicurezza degli alimenti e dei mangimi e salute e benessere degli animali; viii) salute pubblica; ix) protezione dei consumatori; x) tutela della vita privata e protezione dei dati personali e sicurezza delle reti e dei sistemi informativi”. E ancora: “b) violazioni che ledono gli interessi finanziari dell'Unione definite all'articolo 325 del TFUE [...]; c) violazioni riguardanti il mercato interno, di cui all'articolo 26, paragrafo 2, del TFUE, comprese violazioni delle norme in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, nonché connesse ad atti che violano le norme in materia di imposta sulle società o le costruzioni il cui fine è ottenere un vantaggio fiscale che vanifica l'oggetto o la finalità della normativa applicabile in materia di imposta sulle società”. L'elencazione del novero dei settori inclusi sotto l'ombrello protettivo della legislazione UE è peraltro accompagnata (art. 2, comma 2) dalla precisazione del suo carattere “aperto”, integrabile da eventuali previsioni più comprensive a livello nazionale: “la presente direttiva

E che il nesso tra inserimento organico in un determinato contesto produttivo/lavorativo e potenzialità preventive di nocuenti al pubblico interesse costituisca il fondamento delle formule protettive del *whistleblowing* lo si desume dagli assetti regolativi dell'istituto in questione negli ordinamenti in cui è maggiormente radicata la sua protezione¹⁰.

Di recente introduzione nell'ordinamento italiano, il *whistleblowing* vanta origini risalenti negli ordinamenti di *common law*¹¹ - dai quali trae anche la sua origine etimologica¹² - e trova fondamento nella necessità, generalmente riconosciuta, di evitare che un lavoratore che venga a conoscenza di *malpractices* suscettibili di danneggiare l'interesse pubblico si astenga dal segnalarle nel timore di subire ritorsioni da parte del datore di lavoro. È infatti, trasversalmente ai diversi ordinamenti che contengono legislazioni di protezione degli allertatori civili, l'adozione di misure *anti-retaliation* a costituire il nucleo essenziale di interventi normativi sul *whistleblowing*.

Come si desume da studi comparati e dai principi-guida diramati da organizzazioni istituzionalmente deputate al contrasto dei fenomeni corruttivi¹³, ulteriori minimi comuni denominatori di legislazioni protettive per i *whistleblower* sono (o dovrebbero essere): a) la definizione a "maglie

non pregiudica la facoltà degli Stati membri di estendere la protezione prevista dal diritto nazionale relativamente a settori o atti non contemplati dal paragrafo 1".

¹⁰ Per alcune riflessioni sul nesso tra politiche anticorruptive e *whistleblowing*, v. OECD, *The Detection of Foreign Bribery, Chapter 2. The Role of Whistleblowers and Whistleblower Protection*, 2017; e più in generale tra contrasto alla corruzione e legislazione lavoristica si v. Carr, Lewis, *Combating Corruption through Employment Law and Whistleblower Protection*, in *ILJ*, 2010, n. 1, p. 52 ss.

¹¹ Generalmente diffuso nei paesi anglosassoni, sul piano comparato i più rilevanti esempi provengono dall'ordinamento britannico, con il *Public Interest Disclosure Act* (PIDA), emanato nel 1998, e ancor prima da quello statunitense, nel quale forme embrionali di riconoscimento giuridico del *whistleblowing*, in senso lato, possono farsi risalire al 1863, con il *False Claim Act*. La legislazione federale sul tema è stata poi oggetto di successive modifiche/integrazioni; tra le più rilevanti basti richiamare: il *Whistleblower Protection Act* del 1989; e, con specifico riferimento alla denuncia di irregolarità in ambito contabile/finanziario, il Sarbanes-Oxley Act del 2002 e il Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act del 2010. Più di recente si è interessato al fenomeno anche il legislatore francese (cfr. la legge n 2016-1691 del 9 dicembre 2016, in tema di trasparenza, lotta alla corruzione e modernizzazione della vita economica; in particolare, si v. gli artt. 6 ss. della legge in questione, dedicati alla protezione dei *lanceurs d'alerte*).

¹² Il termine *whistleblowing* deriva dalla locuzione anglosassone *to blow the whistle* "soffiare nel fischietto" (per segnalare una irregolarità).

¹³ Cfr. i Report of Transparency International: Transparency International, *Best Practice Guide for Whistleblowing Legislation*, 2018; Transparency International, *International Principles for Whistleblower Legislation. Best Practices for Laws to Protect Whistleblowers and Support Whistleblowing in the Public Interest*, 2013; OECD, *Committing to Effective Whistleblower Protection*, OECD Publishing, Paris, 2016; OECD, *Good practice guidance on internal controls, ethics and compliance*, 2010.

larghe" tanto del novero dei potenziali segnalatori quanto b) delle condotte oggetto di *protected disclosures*; c) l'adozione di misure anti-ritorsive; d) l'adozione di canali interni ed esterni di comunicazione delle denunce; e) la garanzia della riservatezza (talora dell'anonimato) del lavoratore segnalante.

- a) In conformità al fine di incoraggiare le attività di segnalazione preventiva di un potenziale *vulnus* ai pubblici interessi, dunque, rientra tra le raccomandazioni del Consiglio di Europa, recepite e riproposte anche dalla Commissione europea nella relazione di accompagnamento alla proposta di Direttiva UE sul *whistleblowing*, il suggerimento di una nozione estensiva di "*work-based relationship*", idonea a ricomprendere tutti i soggetti che, in virtù di un rapporto lavorativo, anche meramente *de facto* e non necessariamente remunerato, si trovino in una posizione privilegiata per l'accesso a informazioni su potenziali *wrongdoings* e siano in grado di identificare potenziali minacce "*at a very early stage*"¹⁴.
- b) Rientra tra le *best practices* internazionali in tema di *whistleblowing* l'adozione di una definizione ad ampio spettro degli interessi sottesi alle "rivelazioni protette" e/o dei comportamenti oggetto di segnalazione¹⁵. La predilezione per nozioni flessibili di *wrongdoing* e

¹⁴ Cfr. Commission Staff Working Document, *Impact assessment Accompanying the Document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law* (COM(2018) 218 final) - SWD(2018) 117 final, 2018, p. 8). Si tratta dunque di nozione di rapporto lavorativo, in senso lato, idonea a comprendere "*temporary and part-time workers, past employees, trainees and volunteers, whilst recommending extending protection to consultants, freelance and self-employed persons, contractors and sub-contractors and job applicants*". In conformità ai predetti orientamenti del Consiglio d'Europa e della Commissione, una versione particolarmente comprensiva del campo di applicazione soggettivo della disciplina è confluita nell'art. 4 (*Ambito di applicazione personale*) della Direttiva in corso di approvazione, con una definizione del novero dei soggetti tutelati dal legislatore dell'Unione che si estende anche ai "segnalanti il cui rapporto di lavoro non è ancora iniziato nei casi in cui le informazioni riguardanti una violazione sono state acquisite durante il processo di selezione o altre fasi della trattativa precontrattuale". E non solo, secondo quanto previsto dal comma 4 dell'articolo in questione, le misure *antiretaliation* potrebbero altresì applicarsi, "ove opportuno: a) ai facilitatori; b) a terzi connessi con le persone segnalanti e che possono subire ritorsioni in un contesto lavorativo, quali colleghi o parenti della persona segnalante; e c) ai soggetti giuridici di cui le persone segnalanti sono proprietarie, per cui lavorano o a cui sono altrimenti connesse in un contesto lavorativo".

¹⁵ Basti pensare, in proposito, all'elenco esemplificativo delle condotte, enumerate nelle raccomandazioni di Transparency International, nelle quali si fa riferimento al disvelamento o segnalazione di illeciti, "*including but not limited to corruption; criminal offences; breaches of legal obligation; miscarriages of justice; specific dangers to public health, safety or the environment; abuse of authority; unauthorised use of public funds or property; gross waste*

public interest deriva dalla, in parte ovvia, considerazione secondo cui una delimitazione in senso estensivo delle nozioni in commento rende più agevole la segnalazione delle condotte lesive. Al contrario, a fronte di nozioni maggiormente restrittive potrebbero insorgere impedimenti alle denunce, derivanti dalla difficoltà di valutare o identificare con esattezza i contorni delle vicende oggetto di segnalazione e/o l'applicabilità delle tutele nei singoli casi concreti¹⁶.

- c) Tratto identitario della disciplina è rappresentato, sul piano comparato, dall'adozione di dispositivi di contrasto a possibili ritorsioni messe in atto nei riguardi del *whistleblower*, tendenzialmente consistenti, sebbene con ovvie differenze disciplinari nei vari ordinamenti, in misure civilistiche di riparazione dei danni subiti dal segnalante e/o di ripristino delle pregresse condizioni di carriera¹⁷.
- d) In ordine all'individuazione dei destinatari delle segnalazioni, se talvolta – ma non sempre, come nel caso italiano, v. *infra* § 3.2. – si rinviene una esplicita indicazione dei destinatari prioritari di queste ultime, è comunque generalmente prevista l'alternativa tra canali interni ed esterni di comunicazione delle *protected disclosures*. Tra i canali esterni sono tendenzialmente ricomprese pubbliche autorità (talvolta istituzionalmente deputate alla prevenzione di fenomeni corruttivi, come nel caso italiano) ma non, nella maggior parte dei casi, la diffusione al pubblico delle segnalazioni. Si rinviene, da ultimo, una apertura alla possibilità di ricorrere, in caso di necessità - e in applicazione di principi di gradualità ed *extrema ratio* - alla rivelazione delle condotte illecite mediante i mezzi di comunicazione nella Direttiva UE in argomento¹⁸.
- e) Ulteriore tassello della protezione dei *whistleblower*, costituente una sorta di necessaria pre-condizione del funzionamento dell'intero

or mismanagement; conflict of interest; and acts to cover up of any of these» (Transparency International, *International Principles for Whistleblower Legislation*, cit., p. 4-5).

¹⁶ Così in UNODC, *Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons*, 2015, p. 22 http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf.

¹⁷ Se, sulla predisposizione di misure riparatorie o ripristinatorie sul versante civilistico si riscontrano pochi dissensi, molto più contestata, sebbene talvolta presa in considerazione, è invece la possibilità di adottare sanzioni penali per le ipotesi di *victimisation* del *whistleblower*; sul punto si v. Lewis, *Whistleblowing at Work: On What Principles Should Legislation Be Based?*, in *ILJ*, 2001, n. 2, p. 169.

¹⁸ Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 16 aprile 2019 in vista dell'adozione della direttiva (UE) 2019/... del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione, cit., art. 15 (*Divulgazione pubblica*).

sistema legale – sicuramente in funzione preventiva di eventuali ritorsioni – è rappresentato dalla protezione della riservatezza (talora definita in termini di anonimato) del segnalante.

Rientra di frequente tra gli elementi costitutivi della fattispecie la predefinizione di un requisito teleologico – in genere, la tutela dell'interesse pubblico - del *whistleblowing*. Si tratta di requisito che – insieme all'esplicita indicazione della buona fede del segnalante – non incontra unanime consenso tra gli studiosi¹⁹, ma che viene tuttavia spesso incluso nel nucleo definitorio della fattispecie (è il caso della definizione contenuta nell'art. 54-bis del d. lgs. 165/2001, § 3.2.).

La coloritura "altruistica", per così dire, del *whistleblowing* costituisce peraltro caratteristica genetica e ricorrente dell'istituto proprio negli ordinamenti che, per primi, gli hanno attribuito una espressa protezione legale. Basti pensare, oltre al caso statunitense, a quello britannico, nel quale l'orientamento teleologico delle "allerte" legislativamente protette è plasticamente evidenziato dalla stessa rubrica dell'atto legislativo che ha introdotto la protezione dei *whistleblower* nel Regno Unito, il *Public Interest Disclosure Act* (1998), ed è stato successivamente previsto, nel 2013, quale elemento qualificante delle rivelazioni protette (*protected disclosures*)²⁰.

Più controversa, anche se rinvenibile in alcune opzioni regolative, è l'adozione di sistemi di incentivazione economica/premialità²¹, nonché la

¹⁹ Né tantomeno tra le organizzazioni che annoverano tra i propri fini istituzionali quello della promozione del *whistleblowing*. Cfr., ad esempio, Transparency International, *Best Practice Guide for Whistleblowing Legislation*, cit., p. 3 ss.

²⁰ A seguito della ri-formulazione della disposizione sulle *protected disclosures* ad opera del *Enterprise and Regulatory Reform Act* 2013 una segnalazione è protetta (*section 43B - Disclosures qualifying for protection*) qualora "in the reasonable belief of the worker making the disclosure, is made in the public interest and tends to show one or more of the following: (a) that a criminal offence has been committed, is being committed or is likely to be committed, (b) that a person has failed, is failing or is likely to fail to comply with any legal obligation to which he is subject, (c) that a miscarriage of justice has occurred, is occurring or is likely to occur, (d) that the health or safety of any individual has been, is being or is likely to be endangered, (e) that the environment has been, is being or is likely to be damaged, or (f) that information tending to show any matter falling within any one of the preceding paragraphs has been, is being or is likely to be deliberately concealed".

²¹ È ad esempio il caso dello statunitense Dodd-Frank Act del 2010 – *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del 2010 – nel quale si è prevista la corresponsione di incentivi economici per le segnalazioni relative a ipotesi di violazione di leggi federali in materia finanziaria. Nella legge in questione (*Section 922 – Whistleblower protection*) il legislatore statunitense ha introdotto - oltre a misure *anti-retaliation* nell'ambito del rapporto di lavoro – nelle ipotesi in cui l'informazione fornita dal *whistleblower* abbia condotto all'applicazione di sanzioni pecuniarie superiori a 1 milione di dollari, la previsione di una "ricompensa" di ammontare oscillante tra il 10 e il 30 per cento del totale delle sanzioni pecuniarie irrogate dalla Sec (Senate Banking Committee). L'introduzione, anche

previsione di fondi per il sostegno economico dei *whistleblower* – ad esempio per le spese legali.

2. Gli antecedenti giudiziari del *whistleblowing*: il diritto di critica con utilità sociale.

I prodromi, nel diritto interno, di forme di tutela contro ritorsioni nei riguardi di lavoratori che avessero effettuato delle “soffiate” si rinvennero nell’ambito della giurisprudenza in tema di diritto di critica del lavoratore – corollario della libertà di manifestazione del pensiero *ex art. 21 Cost. e 1 Stat.* – e hanno ad oggetto i confini della facoltà di esternare opinioni critiche sul datore di lavoro, al cospetto della coppia oppositiva rappresentata da obbligo di fedeltà del lavoratore e potere disciplinare del datore di lavoro (e in particolare del potere di recedere per giusta causa dal rapporto di lavoro)²².

Oggetto di elaborazione giurisprudenziale, a far data dal *leading case* della Suprema Corte del 1986²³, il diritto di critica del lavoratore soggiace ad alcuni limiti, “trapiantati” nel rapporto di lavoro dal diverso ambito del diritto di critica e cronaca giornalistica, e sostanzialmente sintetizzabili nel rispetto: a) dei canoni di continenza sostanziale – ossia parametri di verità oggettiva dei fatti oggetto di critica; b) della continenza formale – ovvero uso di modalità espressive che non si traducano in una obiettiva lesione della reputazione dell’impresa e dei suoi dirigenti; c) della finalizzazione delle esternazioni critiche alla realizzazione di interessi giuridicamente rilevanti (parametro invero scarsamente valorizzato nella prassi

nell’ordinamento interno, di forme di incentivazione economica per i *whistleblower* era stata proposta, nell’ambito degli studi effettuati in vista dell’adozione della legislazione anticorruzione (poi confluita nella legge 190/2012) da parte di una Commissione di studi appositamente nominata, nel 2011, dal Ministro per la funzione pubblica; cfr. Commissione per lo studio e l’elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Rapporto della Commissione per lo studio e l’elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, 2012. Concorda con l’opportunità di sistemi di incentivazione o premialità per i segnalanti Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia - Legge 6 novembre 2012, n. 190*, in *GDA*, 2013, n. 2, p. 133.

²² Ed è nell’ambito della libertà di espressione che è ricondotta la tutela dei *whistleblower* da parte della CEDU. Si v. di recente la pronuncia *Guja c. Moldova* (Corte europea diritti dell’uomo, sez. II, 27 febbraio 2018, n.1085, *Guja c. Moldova n. 2*, ric. n. 1085/10), con la quale i giudici di Strasburgo hanno ricondotto all’art. 10 (*libertà di espressione*) della Convenzione sia la necessità di tutelare coloro che rivelino fatti di interesse per la collettività sia quella di apprestare regole che non si limitino a fornire una tutela meramente formale del posto di lavoro del *whistleblower*, ma l’effettivo svolgimento della propria attività (e dunque efficaci misure ripristinatorie in ipotesi di ritorsioni).

²³ Cass. 25 febbraio 1986, n. 1173.

giurisprudenziale); d) del ricorso a modalità di diffusione della critica adeguate agli interessi ad essa sottesi; e) infine, e più in generale, della compatibilità delle opinioni critiche con i profili fiduciari del rapporto di lavoro e dunque con l'art. 2105 c.c.

Sebbene si tratti di istituto di origine giurisprudenziale non sempre collidente con la *ratio* sottesa alla tutela dei *whistleblower* – considerata la più generale finalizzazione della prassi giurisprudenziale in tema di diritto di critica alla protezione della libertà di espressione nel rapporto di lavoro – i punti di contatto più evidenti tra i due istituti si possono rinvenire nelle possibili affinità finalistiche tra critica con contenuti o finalità di utilità sociale e *whistleblowing*. Ed è infatti nelle ipotesi di opinioni critiche esternate con finalità di denuncia di prassi illecite o irregolari nei luoghi di lavoro che si rinviene una sorta di riconoscimento giudiziale *ante litteram* del *whistleblowing*²⁴.

Se è vero dunque che il diritto di critica nel rapporto di lavoro ha rappresentato, per lungo tempo, un surrogato funzionale *ante litteram* della protezione legale per i "segnalanti", è altrettanto vero che la prassi giurisprudenziale in commento – specie con riferimento alle ipotesi di critiche venute da finalità di utilità sociale – non vedrà sfumare la sua rilevanza nelle ipotesi in cui per qualche motivo (sostanziale o procedurale) non risulti immediatamente applicabile la disciplina protettiva del *whistleblowing*, con una possibile commistione tra strumenti e tecniche di tutela normativa e giurisprudenziale di fattispecie di segnalazioni di fenomeni di *mala gestio* nel pubblico interesse. Ed è anzi abbastanza probabile che l'ombrello protettivo giurisprudenziale continui ad aprirsi su fattispecie di critiche socialmente orientate, specie nel settore privato – laddove l'intervento del legislatore riguarda solo le imprese che si dotino di modelli di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. 231/2001²⁵ – e in ogni caso in tutte le ipotesi in cui una segnalazione di attività contrarie al pubblico interesse non sia effettuata in conformità ai canoni procedurali descritti dal legislatore (in particolare, laddove la segnalazione avvenga al

²⁴ È quanto avvenuto ad esempio nella pronuncia del Tribunale di Roma sul caso delle critiche espresse da un rappresentante sindacale di base in tema di tutela della salute e sicurezza nel trasporto ferroviario: cfr. Trib. Roma 26 ottobre 2009 (in *RIDL*, 2010, n. 4, p. 806 ss., nt. Papa, *Il diritto di critica del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza: una lettura costituzionalmente orientata*). Più di recente, Peruzzi, *Diritto di critica, whistleblowing e obbligo di fedeltà del dirigente*, in *RIDL*, 2012, n. 4, p. 831 ss., M. T. Carinci, *Whistleblowing alla Scala di Milano: una ballerina denuncia il rischio di anoressia fra i componenti del corpo di ballo*, in *RIDL*, 2014, n. 2, p. 511 ss. In argomento si v. Aimò, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003.

²⁵ Per una indagine sull'impatto della nuova disciplina del whistleblowing nel settore privato, v. Vitaletti, *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del "whistleblower"*, in corso di pubblicazione in *DRI*, 2019, n. 2.

di fuori dei canali legislativamente previsti). Come si preciserà *infra*, infatti, il legislatore sembrerebbe aver limitato al *numerus clausus* di soggetti elencati nell'art. 54-bis, comma 1²⁶, il novero dei destinatari delle segnalazioni legislativamente protette, con ciò implicitamente escludendo dal campo di applicazione della disciplina sul *whistleblowing* le ipotesi in cui il lavoratore scelga un canale non tipizzato di divulgazione delle condotte illecite, ad esempio, rivolgendo una denuncia a una organizzazione sindacale o agli organi di stampa. In questi casi – pur non residuali, come dimostrano vicende periodicamente agli onori delle cronache – vi è da pensare che, esclusa, allo stato, l'applicabilità dell'art. 54-bis, la protezione dei lavoratori-segnalanti continuerà ad essere rimessa a operazioni giudiziali di ponderazione degli interessi coinvolti e di proporzionalità delle modalità di rivelazione emergenti dal caso concreto e dunque, ancora una volta, alla prassi giurisprudenziale in tema di diritto di critica del prestatore di lavoro.

3. La nozione italiana di *whistleblowing*: contenuti e confini applicativi dell'art. 54-bis del Testo unico sul pubblico impiego.

Indotta dalla necessità di adeguamento ad obblighi internazionali²⁷, l'introduzione di dispositivi di tutela per i *whistleblower* viene intesa dal legislatore come tassello di una più comprensiva strategia anticorruptiva, al fine dell'emersione dei fenomeni di corruzione e *mala gestio*, attraverso la previsione di tutele per i dipendenti pubblici che si determinino a partecipare "proattivamente" al perseguimento di obiettivi di efficienza e imparzialità delle amministrazioni, attraverso la segnalazione di irregolarità. E che sia questo il fine perseguito dal legislatore lo si desume dalla formulazione testuale della fonte normativa che ha introdotto il primo nucleo di disciplina del *whistleblowing* nell'ordinamento interno – nel *corpus* della legge anticorruzione del 2012²⁸ - nella quale si legge che le disposizioni di "prevenzione alla corruzione" sono da intendersi come una

²⁶ E dunque alla sola ammissibilità, nel cono applicativo della disciplina del TUIPI, delle segnalazioni effettuate «al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza di cui all'articolo 1, comma 7, della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)», e delle denunce presentate «all'autorità giudiziaria ordinaria o a quella contabile»; v. *infra*, § 3.2.

²⁷ Come la Convenzione ONU contro la corruzione del 2003 (articolo 33), ratificata dall'Italia con la legge n. 116 del 2009, e la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla corruzione (articolo 9), ratificata con legge n. 112 del 2012.

²⁸ Si tratta più in dettaglio della legge 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione* (legge Severino).

“diretta attuazione del principio di imparzialità di cui all’articolo 97 della Costituzione”²⁹.

La disciplina del 2012 è stata poi superata dalla legge 30 novembre 2017 n. 179³⁰, che ha integralmente riscritto l’art. 54-bis (*tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*) del Testo unico sul pubblico impiego.

Premesso che una compiuta disamina delle differenze disciplinari tra le due fonti legislative eccederebbe, di per sé, le finalità di questo lavoro, in questa sede ci si limiterà a evocare i tratti principali della nuova disciplina, intervenuta con il proposito di porre rimedio ad alcune delle più rilevanti lacune regolative del precedente assetto³¹, attraverso: la precisazione (e l’estensione) del novero dei destinatari della protezione legale (§ 3.1.)³²;

²⁹ Così l’art. 1, comma 59, della legge n. 190/2012, nel quale si precisa che “le disposizioni di prevenzione della corruzione di cui ai commi da 1 a 57 del presente articolo, di diretta attuazione del principio di imparzialità di cui all’articolo 97 della Costituzione, sono applicate in tutte le amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni”.

³⁰ Legge 30 novembre 2017, n. 179, *Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell’ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*.

³¹ L’art. 1, comma 51, della legge 190/2012 aveva disciplinato il *whistleblowing* con la seguente (e, per molti aspetti, deficitaria) formulazione: “1. Fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell’articolo 2043 del codice civile, il pubblico dipendente che denuncia all’autorità giudiziaria o alla Corte dei Conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia. 2. Nell’ambito del procedimento disciplinare, l’identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell’addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, l’identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell’incolpato. 3. L’adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della funzione pubblica, per i provvedimenti di competenza, dall’interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell’amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere. 9 4. La denuncia è sottratta all’accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni”. La natura generica e lacunosa della disciplina del 2012 era stata segnalata da più parti; si v., ad esempio, Commissione UE, *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo. Relazione dell’Unione sulla lotta alla corruzione del 3 febbraio 2014 COM (2014) 38* e, in particolare, *Allegato sull’Italia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo. Relazione dell’Unione sulla lotta alla corruzione* (Annex 12), p. 4. Sugli evidenti limiti della formulazione originaria dei dispositivi di tutela dei whistleblower, cfr. M. T. Carinci, *Whistleblowing in Italy: rights and protections for employees*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 106/2014*.

³² Scarsamente definiti restavano, nel vigore della precedente disciplina, i profili soggettivi del *whistleblower*, ellitticamente identificato con il mero riferimento al “pubblico dipendente” *sans phrase*.

l'introduzione di regole su destinatari – in precedenza identificati, inopportuna, nel solo "superiore gerarchico"³³ - e modalità delle segnalazioni (§ 3.2.) nonché di forme di tutela molto più incisive che nel passato della riservatezza del segnalante (§ 3.3.); la rimodulazione delle misure ritorsive precluse al datore di lavoro pubblico³⁴, assistita anche dall'introduzione di un regime probatorio di favore per il segnalante (§ 3.4.); l'espressa sottrazione delle segnalazioni alle conseguenze derivanti da eventuali violazioni degli obblighi di segreto incidenti sul rapporto di lavoro (§ 3.5.).

3.1. La nozione speciale di lavoratore pubblico nell'art. 54-bis.

Per quanto attiene all'identificazione dei fruitori, sotto il profilo soggettivo, delle tutele predisposte dal legislatore, nel nuovo contesto normativo, sono individuati con formula ampia, comprensiva sia del pubblico impiego contrattualizzato sia del personale in regime di diritto pubblico nonché dei dipendenti di Enti pubblici economici o delle società controllate *ex art.* 2359 c.c. Ancora, il campo di applicazione dell'art. 54-bis TUPI si estende anche ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese che forniscono beni e servizi e che realizzano opere per la Pubblica Amministrazione³⁵.

La descrizione del novero dei destinatari della norma non è esente da dubbi e perplessità interpretative. E infatti, attenendosi alla formulazione letterale del comma 1 dell'art. 54-bis, la protezione per l'effettuazione di segnalazioni di illeciti sembrerebbe essere accordata, nel settore pubblico - privatizzato o no - ai soli lavoratori subordinati, mentre si estenderebbe, con differenza di trattamento scarsamente intellegibile, anche ai collaboratori di imprese che forniscono servizi alla pubblica

³³ Decisiva, ai fini del recupero di minimi margini di operatività, non meramente simbolica, dell'istituto, risulta, come si v. *infra*, l'introduzione dell'Anac tra i destinatari delle segnalazioni.

³⁴ Ora meglio specificate dal legislatore e limitate, invece, a una mera evocazione del divieto di sanzioni disciplinari, licenziamenti e altre misure impropriamente definite "discriminatorie" nella legge 190/2012.

³⁵ Così la formulazione testuale del comma in questione (art. 54-bis, comma 2) "ai fini del presente articolo, per dipendente pubblico si intende il dipendente delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, ivi compreso il dipendente di cui all'articolo 3, il dipendente di un ente pubblico economico ovvero il dipendente di un ente di diritto privato sottoposto a controllo pubblico ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile. La disciplina di cui al presente articolo si applica anche ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica".

amministrazione e dunque, indirettamente e in senso lato, collaboratori di quest'ultima³⁶.

Lungi dal contenere una svista, tuttavia, la disposizione in commento sembra dare luogo a una (apparentemente poco ragionevole) differenza di trattamento tra collaboratori "diretti" – non protetti e dunque non incentivati a svolgere un ruolo anti-corruttivo - e "indiretti" delle pubbliche amministrazioni – coperti, invece, dall'apparato protettivo predisposto dal legislatore.

Considerato l'orientamento teleologico della disciplina in commento, sarebbe parsa maggiormente opportuna una definizione ampia, e in ogni caso uniforme, del perimetro di applicazione soggettiva e dunque della tipizzazione legale della nozione di *whistleblower*³⁷.

A conclusioni non dissimili sembrerebbe condurre la lettura del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici³⁸ – nel quale si legge che le amministrazioni devono estendere, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta previsti per i pubblici dipendenti anche a collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo, nonché ai titolari di organi e di incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, attraverso l'inserimento negli atti di incarico o nei contratti di acquisizione delle collaborazioni, delle consulenze o dei servizi, di apposite clausole di risoluzione o decadenza del rapporto nel caso di violazione degli obblighi derivanti dal Codice.

Tuttavia, se questa pare essere l'unica delimitazione dei confini applicativi del *whistleblowing* scevra da sospetti di irrazionalità, considerando l'esplicita ridefinizione del campo di applicazione soggettivo nel corso dell'*iter* di approvazione della legge 179/2017³⁹, e nella difficoltà

³⁶ Propende per una estensione in via interpretativa delle tutele in discorso anche ai collaboratori della pubblica amministrazione (e non solo a quelli dei soggetti terzi indicati dal comma 1 dell'art. 54-bis) Riccio, *La tutela del lavoratore che segnala illeciti dopo la l. n. 179 del 2017. Una prima lettura giuslavoristica*, in *Amministrazione in cammino*, 2018, n. 3, p. 5.

³⁷ Cfr. in argomento le raccomandazioni di Transparency International, laddove si fa riferimento a qualsiasi lavoratore che riveli informazioni idonee a tutelare un pubblico interesse, al di là della tradizionale relazione dipendente-datore di lavoro, inclusi dunque anche consulenti, stagisti, apprendisti, volontari, lavoratori temporanei ed *ex* dipendenti. E non solo, ma anche a coloro che, pur non essendo la fonte delle rivelazioni, forniscano informazioni a supporto di una segnalazione altrui e/o che assistano un *whistleblower*.

³⁸ Art. 2, comma 3, del Decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62 (*Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*).

³⁹ Che si tratti di esclusione consapevole dei collaboratori delle pubbliche amministrazioni sembra infatti pianamente confermato dalla presenza, nel testo del disegno di legge approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati, della prevista estensione delle disposizioni di tutela anche ai "collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o di incarico", nonché dalla rubrica che recava l'art. 1 del ddl AS-2208: *Modifica dell'articolo*

di immaginare estensioni in via interpretativa contrarie alla *ratio legis* – intesa nel senso di ricostruzione della volontà del legislatore, sotto il profilo storico-psicologico – non si può fare a meno di concordare con la raccomandazione formulata sul punto dall'Anac (già nel 2015), con la quale quest'ultima aveva auspicato una esplicita estensione normativa delle tutele anche ai collaboratori delle pubbliche amministrazioni⁴⁰.

Se è vero peraltro che la mancata inclusione di prestatori di lavoro non subordinati della pubblica amministrazione tra gli "allertatori" legislativamente tutelati da ritorsioni può in parte giustificarsi con la difficoltà di immaginare l'applicazione a questi ultimi dell'apparato protettivo predisposto dal legislatore – il quale, con le sue misure anti-ritorsive/ripristinatorie, v. *infra*, § 3.4., sembra effettivamente ruotare attorno a un classico rapporto di lavoro subordinato – è difficile decrittare la *ratio* della contestuale estensione delle protezioni legali ai lavoratori non subordinati delle imprese fornitrici delle pubbliche amministrazioni. La previsione in commento potrebbe riacquisire un barlume di ragionevolezza se riguardata nell'ottica precipua della massima estensione possibile delle *protected disclosures* nel settore tradizionalmente più delicato delle politiche anticorruptive, ossia l'ambito dell'approvvigionamento di beni e servizi da terzi, e dunque degli appalti pubblici; considerazione che, tuttavia, non vale, di per sé, a giustificare il persistente vuoto regolativo per quanto attiene ai lavoratori autonomi che si trovino a collaborare direttamente con committenti pubblici.

3.2. Requisiti oggettivi e teleologici delle *protected disclosures*.

Per quanto attiene ai profili oggettivo-contenutistici del *whistleblowing*, l'art. 54-bis prevede che le segnalazioni abbiano ad oggetto "condotte illecite" di cui il dipendente sia venuto "a conoscenza in ragione del proprio

54-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, in materia di tutela del dipendente o collaboratore che segnala illeciti. L'elisione del riferimento ai «collaboratori o consulenti» della pubblica amministrazione è avvenuta nel corso dell'analisi del ddl in prima lettura al Senato ed è poi confluita nella versione del testo definitivamente approvato alla Camera il 15 novembre 2017.

⁴⁰ Nella stessa direzione dell'estensione anche ai lavoratori non subordinati della nozione di *whistleblower* sono formulate le linee guida dell'Authority anticorruzione (sebbene riferite alla versione previgente della normativa sulla segnalazione di illeciti). Si legge infatti nelle Linee guida Anac 2015 (*Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, "Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)"*) che "nelle amministrazioni pubbliche operano anche soggetti che non possono essere ricompresi fra i dipendenti pubblici ma che pure svolgono la propria attività professionale all'interno dei pubblici uffici. [...] L'Authority non può non rilevare come, in considerazione del ruolo che questi soggetti rivestono all'interno delle amministrazioni, sia opportuno offrire loro una qualche forma di tutela della riservatezza qualora questi intendano esporsi in prima persona per segnalare fatti illeciti in occasione e/o a causa dello svolgimento delle mansioni lavorative".

rapporto di lavoro". Coerentemente alla *ratio legis* – nonché alle prime indicazioni interpretative fornite dall'Anac, già durante la vigenza del precedente assetto regolativo – nel mero richiamo a "condotte illecite" si può senza dubbio leggere un rinvio ai delitti contro la pubblica amministrazione⁴¹, ma non solo. Il campo di applicazione sembrerebbe infatti essere molto più ampio e ricomprendere anche i casi in cui, nel corso dell'attività amministrativa si evidenzia "l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati, nonché i fatti in cui [...] venga in evidenza un mal funzionamento dell'amministrazione"⁴². E del resto, a voler diversamente argomentare, si dovrebbe affermare l'esistenza di un dovere di discernimento degli estremi delle fattispecie criminose in capo al pubblico dipendente e/o di un obbligo di indagare sulla concreta verifica di una ipotesi di reato, pur in assenza di corrispondenti facoltà ispettive⁴³.

E ancora in una accezione espansiva andrebbe intesa la necessaria connessione con il rapporto di lavoro delle notizie sulle condotte oggetto di segnalazione⁴⁴: potranno dunque rientrare nel novero delle segnalazioni *ex art. 54-bis* non solo le informazioni percepite in virtù di un collegamento funzionale con le mansioni del *whistleblower* ma anche quelle dotate di un

⁴¹ Ossia le ipotesi – contenute nel Titolo II, Capo I, del Codice Penale – di corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, e corruzione in atti giudiziari.

⁴² E l'elenco formulato, in via meramente esemplificativa, dall'Anac è particolarmente comprensivo e inclusivo di "casi di sprechi, nepotismo, demansionamenti, ripetuto mancato rispetto dei tempi procedurali, assunzioni non trasparenti, irregolarità contabili, false dichiarazioni, violazione delle norme ambientali e di sicurezza sul lavoro" (Anac, determinazione 6 aprile 2015, n. 28).

⁴³ Peraltro che il *whistleblower* non sia legittimato a compiere autonomamente accertamenti sulle vicende oggetto di segnalazione lo ha confermato una recente pronuncia di legittimità. Cfr. Cass. 21 maggio 2018, n. 35792, nella quale la Corte ha affermato che l'art. 54-bis si limita a "scongiurare conseguenze sfavorevoli, limitatamente al rapporto di impiego, per il segnalante che acquisisca, nel contesto lavorativo, notizia di un'attività illecita, mentre non fonda alcun obbligo di attiva acquisizione di informazioni, autorizzando improprie attività investigative, in violazione dei limiti posti dalla legge". Nel caso di specie, la Suprema Corte ha dunque escluso l'applicabilità della disciplina sul *whistleblowing* al dipendente di un istituto scolastico che, al fine dichiarato di effettuare una sperimentazione della vulnerabilità del sistema informatico adottato dall'amministrazione, vi aveva fatto accesso, utilizzando *account* e *password* di una collega ed elaborando un falso documento di fine rapporto a nome di una persona che non aveva mai prestato servizio presso l'istituto comprensivo, cancellando, poi il documento subito dopo la compilazione.

⁴⁴ Si fa riferimento all'inciso, contenuto nel comma 1 dell'art. 54-bis, relativo alla necessità che le segnalazioni attengano a notizie su condotte illecite apprese "in ragione del rapporto di lavoro".

collegamento meramente occasionale o persino casuale con lo svolgimento dell'attività lavorativa⁴⁵.

Quanto al grado di verosimiglianza o di precisione della segnalazione, nella versione vigente della disposizione non si fa riferimento, come invece accadeva in una prima versione del disegno di legge approvata alla Camera, né alla buona fede né alla necessità di particolari requisiti di accuratezza o completezza delle denunce, al contrario di quanto avviene nelle disposizioni relative alla tutela dei *whistleblower* nel settore privato – nelle quali si fa riferimento a “segnalazioni circostanziate di condotte illecite [...] e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti” (art. 2 l. 179/2017) – senza che sia possibile decrittare la *ratio* di una simile differenza regolativa⁴⁶.

Sul punto, nel corpo dell'art. 54-bis, ci si limita a fare riferimento, in negativo, ai limiti della diffamazione, della calunnia o della condanna per responsabilità extracontrattuale per dolo o colpa grave e dunque alla necessità che la segnalazione non trasmodi scientemente – o anche in maniera gravemente colposa, nelle ipotesi di cui all'art. 2043 c.c. – in una lesione dell'altrui reputazione o onore; rinviandosi, dunque, la disapplicazione delle regole protettive al momento della condanna in primo grado in sede penale o, comunque, per gli stessi fatti, al momento dell'accertamento della sua responsabilità in sede civile⁴⁷.

⁴⁵ In tal senso si è espressa l'Anac, determinazione 6 aprile 2015, n. 28.

⁴⁶ La quale potrebbe essere ascritta a un profilo di differenziazione poco utile, e tutto sommato poco razionale, pubblico/privato, pur nell'ambito di un istituto, il *whistleblowing*, in qualche misura annoverabile tra quelli a moderata difformità regolativa tra i due settori. Per una tassonomia delle divergenze di regolazione tra lavoro pubblico e privato, v. in questo Volume, Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico: la 'legge Madia' e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell'eterno ritorno' allo statuto speciale del lavoratore pubblico*. Pertanto, nel lavoro pubblico, resterà devoluto, da una parte, al potere di indirizzo dell'Anac, dall'altra, in ultima analisi, alla giurisprudenza, il compito di definire i margini di precisione o veridicità delle denunce necessari ai fini dell'applicazione delle tutele in commento. Fin da ora si può comunque escludere – anche sulla falsariga delle linee guida Anac del 2015 – la rilevanza di segnalazioni fondate su meri sospetti o voci; e si può d'altro canto affermare la necessità che nella segnalazione ci siano gli elementi utili per permettere di condurre verifiche, accertamenti e valutare la fondatezza dei fatti segnalati. Per converso, considerata l'impossibilità, per l'aspirante *whistleblower*, di svolgere compiuti accertamenti sulle irregolarità di cui viene a conoscenza, non potrà certamente pretendersi una segnalazione corrispondente ai canoni della verità oggettiva, ma, al più, a quelli della verosimiglianza delle condotte oggetto di segnalazione.

⁴⁷ E infatti, in queste ipotesi, ai sensi del comma 9 dell'art. 54-bis, si esclude l'applicabilità delle tutele previste dalla legge per i *whistleblower*: “le tutele di cui al presente articolo non sono garantite nei casi in cui sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia o diffamazione o comunque per reati commessi con la denuncia di cui al comma 1 ovvero la sua responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave”.

Come si è anticipato *supra* (§ 1), l'esistenza di una funzionalizzazione al pubblico interesse delle segnalazioni è di per sé caratteristica ontologicamente connaturata al *whistleblowing* negli ordinamenti che si sono contraddistinti per applicazioni pioneristiche dell'istituto. Nell'ordinamento interno, ciò che caratterizza sotto il profilo teleologico le denunce e le segnalazioni legalmente protette è la loro espressa finalizzazione all'"interesse dell'integrità della pubblica amministrazione". Al fine di poter sussumere una segnalazione *sub specie* di *whistleblowing*, deriva dunque dalla prescrizione legale – ma anche dall'impianto complessivo del sistema anticorruptivo – la necessità della preordinazione delle segnalazioni all'interesse pubblico e non a mere rivendicazioni o istanze, per quanto legittime, di tutela di posizioni individuali⁴⁸.

Per quanto attiene all'individuazione dei destinatari delle *disclosures*, si tratta di soggetti istituzionalmente deputati a prevenire fenomeni corruttivi – è il caso, per le segnalazioni, del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza⁴⁹ e dell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) – o più in generale preposti alla prevenzione e repressione di attività illecite – è il caso, per le denunce, dell'autorità giudiziaria, ordinaria o contabile.

⁴⁸ In tal senso, la giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di precisare che, pur nel contesto della riforma dell'istituto introdotta nel 2017, il perseguimento di un fine di (auto)tutela di interessi individuali del prestatore di lavoro che segnali eventuali illeciti a suo danno esula dal campo di applicazione delle protezioni legali. In applicazione di questo principio, si è dunque escluso che si possa rientrare sotto l'ombrello protettivo dell'art. 54 bis nelle ipotesi in cui il lavoratore, lungi dall'agire a tutela dell'interesse all'integrità della pubblica amministrazione, abbia presentato esposti o segnalazioni di varia natura "a tutela dei diritti nascenti dal proprio rapporto di lavoro asseritamente lesi [...] nel contesto di una annosa situazione di contrasto" con il dirigente della struttura di appartenenza. In simili ipotesi, infatti, la presentazione di un esposto su presunta irregolarità perpetrate sul luogo di lavoro "si inserisce in una "ordinaria" controversia di lavoro; se ogni denuncia di violazione dei diritti di lavoratori scaturita da situazioni di conflitto con i superiori fosse ascritta alla fattispecie del *whistleblowing* (che nasce, anche storicamente, da esigenze di contrasto di fenomeni corruttivi) e di conseguenza i relativi atti fossero sottratti ad accesso ne deriverebbe una irragionevole compressione del diritto di accesso ai documenti che costituisce "principio generale dell'attività amministrativa". [...] In definitiva l'istituto del *whistleblowing* non è utilizzabile per scopi essenzialmente di carattere personale o per contestazioni o rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro nei confronti di superiori. Questo tipo di conflitti infatti sono disciplinati da altre normative e da altre procedure" (così T.A.R. Napoli, sez. VI, 08 giugno 2018, n. 3880). Anche la prima prassi applicativa si è preoccupata di evidenziare la necessità del requisito finalistico delle segnalazioni: cfr., *ex aliis*, le circolari emanate da enti previdenziali: Circolare Inail 28 luglio 2015, n. 64; Circolare Inps 26 marzo 2018 n. 54.

⁴⁹ Si fa riferimento al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il quale – ai sensi dell'art. 1, comma 7, della legge 6 novembre 2012, n. 190 – viene individuato "di norma tra i dirigenti di ruolo in servizio" e deve essere dotato di "funzioni e poteri idonei per lo svolgimento dell'incarico con piena autonomia ed effettività".

In ordine alle segnalazioni, in assenza di una gerarchizzazione formale dei canali legalmente previsti – posto che, come anticipato, l'art. 54-bis designa indifferentemente Rpct e Anac – una tendenziale linea di razionalità organizzativa potrebbe suggerire di indirizzare, in via prioritaria, le segnalazioni al Rpct per evitare sovraccarichi e ingolfamenti funzionali dell'Anac. Tuttavia, in mancanza di indicazioni legali in tal senso, resta impregiudicata la possibilità di rivolgersi direttamente all'Anac, senza passaggi intermedi o interlocutori con l'autorità anticorruzione "locale". Ed è peraltro nel senso dell'individuazione dell'Anac come destinatario prioritario delle allerte che si è mossa, con compattezza, la prima prassi applicativa in materia – come può desumersi dai dati riportati nei Rapporti annuali dell'Authority anticorruzione. Né sembra che una simile tendenza possa essere superata in futuro, considerando che il Responsabile per la prevenzione della corruzione e della trasparenza è ordinariamente figura apicale dello stesso ente in cui lavora il *whistleblower*⁵⁰ e dunque che, a tacer d'altro, le esigenze di cautela che hanno ispirato la protezione della riservatezza dei segnalanti (*infra*, § 3.3.) sembrerebbero condurre, quasi inevitabilmente, nella più "asettica" e imparziale direzione dell'Autorità nazionale anticorruzione.

Sul punto, considerato il silenzio del legislatore sulle conseguenze di una segnalazione non indirizzata alle autorità indicate nell'art. 54-bis, meritevole di esplicita considerazione è il dubbio sull'applicabilità dell'ombrello protettivo predisposto dal legislatore nelle sole ipotesi in cui il dipendente abbia fatto ricorso ai canali legalmente previsti per denunce e segnalazioni. Se, in tal senso, sembrerebbe militare il complessivo orientamento finalistico/anticorrittivo della disciplina, qualche elemento di perplessità sembrerebbe emergere dalla lettura dell'art. 3 della legge 179/2017 – recante una esimente dagli obblighi di segreto del *whistleblower*. Si legge infatti, nella disposizione in commento, una espressa affermazione dell'inapplicabilità della "giusta causa di rivelazione dei segreti" nelle ipotesi in cui le notizie "oggetto di segreto aziendale, professionale o d'ufficio" siano comunicate all'organo deputato a riceverle "con modalità eccedenti rispetto alle finalità dell'eliminazione dell'illecito"

⁵⁰ Onerato di obblighi di attivazione dal complesso della disciplina anticorrittiva nonché dalle stesse disposizioni sul *whistleblowing*, che ne fanno uno dei destinatari privilegiati di eventuali segnalazioni, il RPTC è stato dotato di tutele per le ritorsioni attuate nei suoi confronti in ragione delle attività di prevenzione della corruzione (anche se in assenza di espliciti riferimenti alle attività svolte all'esito di segnalazioni *ex art.* 54-bis). In proposito, di recente, si v. il Regolamento Anac del 18 luglio 2018 (*Regolamento sull'esercizio del potere dell'ANAC di richiedere il riesame dei provvedimenti di revoca o di misure discriminatorie adottati nei confronti del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) per attività svolte in materia di prevenzione della corruzione*).

e, in particolare, laddove rivelazione sia avvenuta “al di fuori del canale di comunicazione specificamente predisposto a tal fine”⁵¹. La disposizione in commento potrebbe fare desumere che – vista l’esplicita statuizione legislativa sul punto e, *a contrario*, il silenzio serbato dal legislatore nel resto della disciplina – l’unica conseguenza di una segnalazione effettuata con modalità atipiche/irrituali possa essere quella della mancata applicabilità della (sola) previsione sugli obblighi di segreto.

E tuttavia, che non sia questa l’opzione interpretativa da preferire pare emergere dall’inclusione della pre-definizione dei canali di segnalazione nella stessa descrizione della fattispecie delineata dall’art. 54-bis – e dunque tra i suoi elementi costitutivi – in uno con i requisiti soggettivi e oggettivo-finalistici delle segnalazioni (nonché dall’obiettivo difficoltà di applicare le disposizioni in tema di riservatezza del *whistleblower* in ipotesi di segnalazioni “atipiche”)⁵².

Proprio sul versante dell’individuazione dei destinatari di denunce e segnalazioni si rinviene peraltro una delle più significative modifiche della previgente versione dell’art. 54-bis, ossia l’elisione, tra i soggetti deputati a ricevere le segnalazioni, del superiore gerarchico⁵³. E infatti, se la necessità di tutelare la riservatezza del *whistleblower* ha raccomandato la proceduralizzazione delle modalità di comunicazione di irregolarità⁵⁴ nonché la rimodulazione dei destinatari delle stesse, la modifica in discorso ha tuttavia determinato l’emersione di problemi di mancato coordinamento con disposizioni previgenti e in particolare con il *Codice di comportamento dei pubblici dipendenti*⁵⁵. Si fa riferimento alle previsioni di obblighi comportamentali per i pubblici dipendenti direttamente preordinati, *ex art*

⁵¹ Così l’art. 3 (*Integrazione della disciplina dell’obbligo di segreto d’ufficio, aziendale, professionale, scientifico e industriale*), comma 3, della legge 197/2017. Sulla norma in commento si v. comunque *infra*, § 3.5.

⁵² In tale direzione, sebbene si tratti ancora di una affermazione alquanto isolata, sembrerebbe muovere la prima prassi giurisprudenziale in materia. Cfr. T.A.R. Napoli, sez. VI, 08 giugno 2018, n. 3880, nella quale, tra gli elementi valorizzati dal giudice amministrativo, sebbene *en passant*, per escludere l’applicabilità della disciplina di tutela dei *whistleblower* al caso di specie rientra anche la circostanza che l’esposto non fosse stato inviato “ad alcuna delle autorità indicate nell’articolo 54-bis”.

⁵³ Unico soggetto legalmente individuato quale recettore delle segnalazioni nel sistema delineato dalla legge 190/2012, affiancato in un secondo momento, all’esito dell’istituzione dell’Autorità nazionale anticorruzione – ad opera dell’art. 19 della legge 11 agosto 2014, n. 114 - proprio da quest’ultima.

⁵⁴ Rinvia ad atti secondari e, in particolare, al potere regolamentare dell’Anac (cfr. il Regolamento Anac del 29 marzo 2017 sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione) nonché ai Piani triennali per la prevenzione della corruzione e della trasparenza e ai relativi documenti attuativi in sede decentrata.

⁵⁵ DPR 16 aprile 2013, n. 62, *Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell’articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*.

54 d.lgs. n. 165/2001, oltre che alla garanzia del “rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità”, alla “prevenzione dei fenomeni di corruzione” e soprattutto all’art. 8 del Codice (*Prevenzione della corruzione*), nel quale si stabilisce un obbligo di cooperazione del dipendente al perseguimento degli obiettivi anticorrittivi e in particolare, per quanto qui più interessa, un obbligo “di segnalare al proprio superiore gerarchico eventuali situazioni di illecito nell’amministrazione di cui sia venuto a conoscenza”⁵⁶.

Si tratta, come noto, di disposizione dotata di forza cogente – come conseguenza del carattere vincolante legalmente attribuito ai codici di comportamento, con una evidente espansione dell’area della cooperazione debitoria del prestatore di lavoro⁵⁷ – con qualche possibile difficoltà di coordinamento, nella prassi, con le differenti (quanto a soggetti, modalità e tutele) forme di denuncia previste dall’art. 54-bis.

Il raccordo sistematico tra le due disposizioni è reso più complicato proprio dalla predetta elisione, tra i possibili destinatari delle segnalazioni del *whistleblower*, del superiore gerarchico – il quale era invece contemplato tra i possibili destinatari nella precedente disciplina⁵⁸.

Sembra dunque emergere una discrasia regolativa tra le ipotesi di cooperazione dei *whistleblower* alla preservazione dell’integrità delle amministrazioni ai sensi dell’art. 54-bis del d.lgs. 165/2001 e la partecipazione del lavoratore pubblico alle politiche di prevenzione delle pratiche corruttive prevista dal Codice di comportamento e in esso collocata, peraltro – a differenza di quanto avviene per il *whistleblowing* – in un crinale di doverosità. Anche in presenza di una simile discrasia procedurale tra obblighi di denuncia *ex art. 8* e denunce (tendenzialmente volontarie o comunque non contrassegnate dal carattere della doverosità) *ex art. 54 bis*, sembrerebbe opportuna una armonizzazione teleologicamente orientata delle due disposizioni, nel senso di una estensione anche al dipendente che segnali una irregolarità in forza di un

⁵⁶ Ai sensi dell’art. 8 del Codice di comportamento vigente, infatti, “il dipendente rispetta le misure necessarie alla prevenzione degli illeciti nell’amministrazione. In particolare, il dipendente rispetta le prescrizioni contenute nel piano per la prevenzione della corruzione, presta la sua collaborazione al responsabile della prevenzione della corruzione e, fermo restando l’obbligo di denuncia all’autorità giudiziaria, un obbligo di segnalare al proprio superiore gerarchico eventuali situazioni di illecito nell’amministrazione di cui sia venuto a conoscenza”.

⁵⁷ Cfr. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni*, cit.

⁵⁸ Sui possibili esiti paradossali della rimozione del superiore gerarchico tra i destinatari di segnalazioni contemplati dall’art. 54-bis, si v. Ferrante, *Novità per il settore pubblico e privato in tema di whistleblowing*, in *Labor*, 2018, n. 2, p. 167.

obbligo comportamentale delle tutele previste dall'art. 54-bis⁵⁹. Tuttavia la notevole difformità procedurale tra le due ipotesi – e la predetta tendenziale applicabilità delle tutele nelle sole ipotesi di ricorso ai canali di segnalazione delineati dall'art. 54-bis⁶⁰ – suggerirebbero un espresso intervento chiarificatore e di coordinamento tra le due opzioni di segnalazione di irregolarità da parte del pubblico dipendente.

3.3. A monte dei dispositivi di protezione dei *whistleblower*: la tutela "multilivello" della riservatezza.

Ai sensi dell'art. 54-bis, comma 3, "l'identità del segnalante non può essere rivelata".

L'ambizioso obiettivo enunciato dal legislatore è perseguito, da un lato, attraverso la devoluzione all'Anac dell'obbligo di predisposizione di modalità applicative idonee a tutelare la riservatezza⁶¹; dall'altro, mediante la tutela "multilivello" della *privacy* dell'autore delle segnalazioni delineata dal legislatore⁶². E infatti, colmando, sul punto, una delle più evidenti

⁵⁹ Propende per una abrogazione implicita della previsione in questione, nella parte in cui individua come destinatario delle denunce il superiore gerarchico, Parisi, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n° 179/2017 di tutela del whistleblower*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2018, n. 1, p. 29.

⁶⁰ Per altro verso, di difficile armonizzazione sembrano, da una parte, la previsione della riservatezza del segnalante ex art. 54-bis, dall'altro, l'obbligo di denuncia gravante sul prestatore di lavoro ai sensi dell'art. 8 del Codice comportamentale, in forza del quale il dipendente potrebbe essere chiamato a dimostrare di essersi effettivamente attivato in adempimento agli obblighi di cooperazione agli obiettivi anticorrottivi su di esso incombenti; sul punto, si v. Avio, *La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti nella l. 30 novembre 2017 n. 179*, in Esposito, Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)*, Giappichelli, 2018, p. 314 ss.

⁶¹ Ai sensi dell'art. 54-bis, comma 5, "l'ANAC, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, adotta apposite linee guida relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni. Le linee guida prevedono l'utilizzo di modalità anche informatiche e promuovono il ricorso a strumenti di crittografia per garantire la riservatezza dell'identità del segnalante e per il contenuto delle segnalazioni e della relativa documentazione". L'Authority anticorruzione ha in effetti provveduto, nel corso del 2018, alla predisposizione di una applicazione informatica e di una pagina *web* deputata alla ricezione delle denunce in forma riservata.

⁶² Tutela della riservatezza ma non dell'anonimato, come ha avuto modo di chiarire la prima prassi giurisprudenziale in argomento; cfr. Cass. 27 febbraio 2018, n. 9047 (sulla quale v. *infra*, nt. 65). Ed in effetti la potenziale individuazione del segnalante ex post costituisce presupposto dell'intero sistema protettivo delineato dal legislatore. Attribuisce possibile rilevanza alle informative anonime – non ai fini dell'applicazione dell'art. 54-bis, ma al solo proposito di "integrare le informazioni in possesso dell'ufficio nell'esercizio dell'attività di vigilanza" e nella misura in cui riguardino "fatti di particolare rilevanza o gravità e presentino informazioni adeguatamente circostanziate" – l'Anac (così l'art. 6 – *Segnalazioni anonime* –

lacune regolative della precedente formulazione dell'art. 54-bis, il legislatore ha predisposto diversi dispositivi di protezione dell'identità del segnalante – dispositivi da intendersi quale necessario antecedente logico delle garanzie contro gli atti ritorsivi, pure apprestate dalla legge – deputati a operare nei diversi ambiti ordinamentali in cui la denuncia del *whistleblower* può trovarsi ad incidere.

- a) Più in dettaglio, per quanto attiene ai procedimenti amministrativi, il comma 4 dell'art. 54 bis dispone che la segnalazione è sottratta al principio generale di accesso agli atti amministrativi⁶³, in modo da evitare che il diritto alla trasparenza venga usato per risalire ai dettagli delle informazioni fornite del segnalante e così, indirettamente, alla sua identità.
- b) Per quanto attiene alle intersezioni disciplinari tra *whistleblowing* e procedimenti contabili, l'art. 54-bis, comma 3, dispone che "nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte dei conti, l'identità del segnalante non può essere rivelata fino alla chiusura della fase istruttoria".
- c) La tutela della riservatezza del lavoratore che abbia effettuato una segnalazione andrà poi coordinata con le disposizioni processualpenalistiche in materia di segretezza delle indagini. Premesso che le regole sulla riservatezza del segnalante non possono che essere informate ai principi di un equilibrato bilanciamento con altri interessi contrapposti – in via prioritaria, con il diritto alla difesa dei soggetti coinvolti dalla segnalazione – qualche perplessità può destare l'immediato affievolimento della *privacy* del *whistleblower* qualora la denuncia presentata rilevi nell'ambito di un procedimento penale⁶⁴. In questi casi, infatti, la formulazione di apertura del comma 3 sulla tutela dell'identità dell'autore di segnalazioni è limitata ai confini del segreto istruttorio ed è, in virtù

comma 3 del *Regolamento Anac del 29 marzo 2017 sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione*).

⁶³ Si fa riferimento a quanto disposto dall'art. 22, comma 2, legge 241/90 (*Legge 7 agosto 1990, n. 241, Nuove norme sul procedimento amministrativo*), secondo cui "l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza". Inoltre, seppur la legge non lo preveda espressamente, denunce e segnalazioni devono ritenersi sottratte all'accesso civico "generalizzato" di cui agli articoli 5 e 5-bis del decreto legislativo 33/2013.

⁶⁴ Critica su questa previsione Parisi (*Osservazioni a prima lettura sulla legge n° 179/2017 di tutela del whistleblower*, cit.), secondo cui proprio "in presenza di fatti di maggior gravità lo statuto di protezione è inferiore" e "i principi di *extrema ratio* e di proporzionalità non trovano applicazione".

del richiamo operato all'art. 329 c.p.p., destinata a cedere nel momento della chiusura delle indagini⁶⁵.

- d) Con riferimento ai procedimenti disciplinari – si intende, a carico del “segnalato” – si prevede, in primo luogo, che l'identità del segnalante non possa essere rivelata, ove la contestazione dell'addebito sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Tuttavia, in secondo luogo, e a presidio del diritto di difesa dell'incolpato, qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità dell'autore di quest'ultima sia indispensabile per la difesa, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità⁶⁶. È evidente che questo articolato bilanciamento tra esigenze contrapposte predisposto dal legislatore sollevi interrogativi relativi alle ipotesi in cui la conoscenza dell'identità del *whistleblower* sia effettivamente “indispensabile” per la difesa dell'incolpato. Nel silenzio della legge, si può ipotizzare che la deliberazione sull'indispensabilità della rivelazione dell'identità del segnalante sia rimessa all'ufficio per i procedimenti disciplinari. In questi casi, dunque – posto che la legge condiziona la stessa utilizzabilità della segnalazione, nel procedimento disciplinare, al consenso del denunciante alla rivelazione della sua identità – l'UPD si troverà di fronte all'alternativa binaria tra ottenere il consenso del *whistleblower* (con il rischio di esporlo a ritorsioni nel contesto lavorativo) o non procedere per fatti che potrebbero anche essere di rilevante gravità, qualora il segnalante non fornisca il consenso al disvelamento della sua identità. In questi casi, l'unica opzione a disposizione dell'UPD sembrerebbe essere quella di utilizzare il

⁶⁵ Sugli intrecci tra segnalazione riservata e procedimento penale ha già avuto modo di pronunciarsi la Corte di Cassazione (Cass. 27 febbraio 2018, n. 9047), la quale, nel risolvere la controversia sottoposta alla sua cognizione ha chiarito che l'art. 54-bis, lungi dal prevedere l'anonimato del denunciante, prevede un mero riserbo sulla sua identità, nel solo ambito del procedimento disciplinare e peraltro a condizione che la contestazione disciplinare a carico del “segnalato” non si basi per intero sulla segnalazione. Oggetto di controversia, nel caso in esame, era la richiesta – rigettata dalla Suprema Corte – di inutilizzabilità, nell'ambito di un procedimento penale, delle segnalazioni da parte di un dipendente pubblico-*whistleblower* sulla base delle disposizioni del Codice di procedura penale (artt. 240 e 333 c.p.p.) che impongono l'inutilizzabilità delle dichiarazioni anonime come *notitia criminis*.

⁶⁶ Della tutela della riservatezza del *whistleblower* si tiene conto anche nelle nuove regole sul procedimento disciplinare, nella misura in cui il diritto di accesso agli atti istruttori da parte dell'incolpato è limitato dall'espressa salvezza di quanto previsto dall'art. 54-bis (cfr. l'art. 55 bis, comma 4, del d.lgs. 165/2001).

contenuto della segnalazione, in via informale, solo come *input* in funzione dell'avvio di ulteriori approfondimenti istruttori⁶⁷. Se è vero che, in questa prospettiva, il bilanciamento effettuato dal legislatore presenta il decisivo inconveniente pratico di rimettere al *whistleblower* la scelta sulla prosecuzione o meno dei procedimenti disciplinari, è anche vero che non si sarebbe nemmeno potuta immaginare una totale inaccessibilità da parte dell'incolpato all'identità dell'accusatore, considerando il vincolo costituzionale del diritto alla difesa e i principi del giusto procedimento (tra cui un ruolo primario è assegnato al diritto al contraddittorio), gravanti anche sui procedimenti disciplinari – specie su quelli insistenti sul lavoro pubblico, oggetto di dettagliata regolazione e procedimentalizzazione nelle fonti legali e contrattuali.

3.4. Il divieto di atti ritorsivi tra diritto sostanziale e processuale.

Nucleo essenziale delle legislazioni sul *whistleblowing*, come dimostra anche l'indagine comparata, è tradizionalmente costituito dalle misure *anti-retaliation*, introdotte anche dal legislatore del Testo unico sul pubblico impiego. Dispone infatti il comma di apertura dell'art. 54-bis che il dipendente che segnali condotte illecite non possa essere "sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione".

Oltre a fornire una elencazione testuale dei provvedimenti vietati – accompagnata dalla clausola di chiusura relativa a eventuali "effetti negativi, diretti o indiretti" comunque derivanti dalla segnalazione – il legislatore si occupa poi espressamente, con disposizione speciale contenuta nel corpo dell'art. 54-bis, delle conseguenze dei licenziamenti di rappresaglia irrogati ai *whistleblower*, con una evidente discrasia regolativa rispetto alle ipotesi di "ordinario" licenziamento discriminatorio o ritorsivo dei pubblici dipendenti.

Si tratta di opzione regolativa scarsamente intellegibile, se non nei limiti dell'enunciazione di una norma-manifesto, presumibilmente preordinata a evidenziare, quasi retoricamente, la fiducia del legislatore nelle potenzialità taumaturgiche della nuova disciplina.

E infatti, se, per l'ipotesi della rimozione degli effetti del licenziamento del *whistleblower*, si rimanda alla disciplina di cui all'art. 2 del d.lgs.

⁶⁷ Così Cordella, *Il procedimento disciplinare*, in Esposito, Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)*, Giappichelli, 2018, p. 281.

23/2015 – dettata per i licenziamenti discriminatori e ritorsivi dal *Jobs Act*⁶⁸ – rispetto alla quale nessun tetto risarcitorio massimo si frappone all'integrale ripristino della situazione lavorativa pregressa, per le "altre" ipotesi di licenziamento discriminatorio o ritorsivo ai danni di pubblici dipendenti, l'art. 63, comma 2, del Testo Unico prevede il diritto alla reintegrazione, accompagnato da una limitazione delle conseguenze risarcitorie, circoscritte al tetto massimo di risarcimento forfettizzato di ventiquattro mensilità⁶⁹. Si tratta come noto di limite risarcitorio introdotto dalla riforma Madia, in presumibile adesione alla tendenza all'introiezione, nell'ordinamento, di automatismi legislativi⁷⁰; tendenza alla quale il legislatore ha ritenuto opportuno sottrarre le ipotesi dei licenziamenti ritorsivi ai danni dei *whistleblower*, come detto, in presumibile – e non altrimenti spiegabile – funzione simbolica e promozionale-incentivante del nuovo istituto.

Al di là un uso alquanto disinvolto (e apparentemente promiscuo), delle nozioni di atto discriminatorio e ritorsivo nel corpo dell'art. 54-bis⁷¹, nonché del ricorso a una accezione eccessivamente "flessibile" e a-tecnica di

⁶⁸ Si legge nel comma 8 dell'art. 54-bis "il segnalante che sia licenziato a motivo della segnalazione è reintegrato nel posto di lavoro ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23".

⁶⁹ Art. 63, comma 2, d. lgs. 165/2001 "il giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, e comunque in misura non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative". Sull'irrazionalità di questa differenziazione rispetto alla "ordinaria" disciplina per i licenziamenti nulli dei pubblici dipendenti (nonché sull'irragionevolezza della divaricazione delle tutele nella materia *de qua* per i dipendenti pubblici rispetto a quelli privati), si v. Zappalà, *La regolazione asintotica del licenziamento: ratio ed effetti della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato*, in questo Volume.

⁷⁰ Si tratta peraltro di tendenza regolativa suscettibile di essere sottoposta a significativi ripensamenti, nel futuro, anche a seguito della censura operata dai giudici costituzionali con la sentenza 194/2018 (Corte cost. 26 settembre 2018, n. 194) nei riguardi dell'automatismo risarcitorio forfettizzato introdotto dal legislatore del *Jobs act* e reputato, proprio per la rigidità e univocità dei parametri di riferimento, irragionevolmente in contrasto con gli artt. 3, 4, 35, 76 e 117 Cost., anche a causa della "inadeguatezza dell'indennità forfettizzata [...] rispetto alla sua primaria funzione riparatorio-compensativa del danno sofferto dal lavoratore ingiustamente licenziato [...] suscettibile di minare, in tutta evidenza, anche la funzione dissuasiva della stessa nei confronti del datore di lavoro, allontanandolo dall'intento di licenziare senza valida giustificazione e di compromettere l'equilibrio degli obblighi assunti nel contratto" (Corte cost. 194/2018, par. 12.2.).

⁷¹ Vitaletti, *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del "whistleblower"*, cit.

discriminazione⁷², il divieto di misure ritorsive pare energicamente puntellato, sul piano processuale, dalla disciplina della ripartizione degli oneri probatori.

A presidio dell'effettività delle tutele per i *whistleblower*, infatti, il legislatore ha introdotto un peculiare regime probatorio, in forza del quale incombe sulla parte datoriale l'onere di "dimostrare che le misure discriminatorie o ritorsive, adottate nei confronti del segnalante, sono motivate da ragioni estranee alla segnalazione stessa" (con una previsione sostanzialmente replicata, per parte *de qua*, anche per il settore privato)⁷³. Si tratta di disposizione da intendersi alla stregua di una inversione totale dell'onere della prova, nella misura in cui si è espressamente previsto che sarà "a carico dell'amministrazione" - si intende, in caso di controversie su provvedimenti modificativi o estintivi del contratto di lavoro⁷⁴ - l'onere di dimostrare che essi siano fondati su ragioni estranee alla segnalazione⁷⁵.

Messa a confronto con le parziali inversioni dell'onere della prova previste in materia antidiscriminatoria⁷⁶, la disposizione, sebbene in modo

⁷² Considerata la notoria natura tassativa e non aperta dei fattori di discriminazione e la non riconducibilità dell'effettuazione di segnalazioni tra di essi, quanto piuttosto nel novero dei comportamenti suscettibili di ritorsioni.

⁷³ Cfr. l'art. 2 (*Tutela del dipendente o collaboratore che segnala illeciti nel settore privato*), comma 2-quater, della legge 179/2017 "è onere del datore di lavoro, in caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari, o a demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti, o sottoposizione del segnalante ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, successivi alla presentazione della segnalazione, dimostrare che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa".

⁷⁴ Qualche dubbio può porsi sull'applicabilità della misura di agevolazione processuale in commento nelle ipotesi di conseguenze negative sullo *status* lavorativo del *whistleblower* derivanti da possibili comportamenti omissivi, quali, ad esempio, una mancata progressione di carriera.

⁷⁵ Così la nuova formulazione dell'art. 54-bis, comma 7, nel quale si aggiunge l'espressa sanzione di nullità degli "atti discriminatori o ritorsivi adottati dall'amministrazione o dall'ente".

⁷⁶ Ai sensi dell'art. 40 (*onere della prova*) del *Codice delle pari opportunità* (d.lgs. 11 aprile 2006, n.198, *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246*), "quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione". Similmente, cfr. l'art. 28 (*Delle controversie in materia di discriminazione*) d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, *Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione*, "quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della

non chiarissimo, sembra sottendere una diversa tecnica regolativa. Mentre, infatti, nella legislazione antidiscriminatoria si prevede un onere per il lavoratore-ricorrente di fornire almeno un principio di prova, dal quale desumere - anche a livello di presunzioni gravi, precise e concordanti - un nesso di causalità tra la misura contestata e il fattore protetto dalla legge, la previsione di cui all'art. 54-bis, invece, sembra non porre alcun onere di allegazione e prova a carico del *whistleblower*. Dovrebbe dunque essere sufficiente, per il lavoratore segnalante, addurre di aver effettuato una segnalazione e di essere stato destinatario di una misura potenzialmente vietata, affinché la stessa venga *ipso facto* considerata ritorsiva (salva ovviamente la possibilità, per l'amministrazione, di fornire prova della non riferibilità della misura contestata alla segnalazione).

Una simile previsione, pur perseguendo la finalità di favorire l'emersione delle condotte illecite nell'ambiente di lavoro attraverso la protezione dei segnalanti, merita di essere "maneggiata" con particolari cure nella prassi applicativa, al fine di evitare che, da mezzo di tutela anti-ritorsiva, degeneri in strumentale utilizzo delle facoltà di segnalazione a fini di sostanziale "intangibilità" del *whistleblower*.

A margine delle misure *anti-retaliation* e a supporto delle stesse, in funzione di dissuasione-prevenzione generale, poi, si prevede che l'adozione di misure ritorsive sia comunicata all'Anac dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere⁷⁷ e che, in ogni caso, "qualora venga accertata, nell'ambito dell'istruttoria condotta dall'Anac, l'adozione di misure discriminatorie" (*rectius*, ritorsive), "fermi restando gli altri profili di responsabilità, l'Anac applica al responsabile che ha adottato tale misura una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 30.000 euro". A sanzioni amministrative pecuniarie, sempre comminabili dall'Autorità anticorruzione, di ammontare edittale ancor più significativo sono poi assoggettate le ipotesi dell'assenza di procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni⁷⁸ e del mancato

discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata" (comma 4).

⁷⁷ Così ai sensi del comma 1 dell'art. 54-bis, nel quale poi si aggiunge che "l'ANAC informa il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri o gli altri organismi di garanzia o di disciplina per le attività e gli eventuali provvedimenti di competenza".

⁷⁸ Per le quali è prevista l'applicabilità di sanzioni da 10.000 a 50.000 euro. Alle stesse sanzioni previste per la mancata predisposizione di procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni sono assoggettate, dall'art. 54-bis, comma 6, le ipotesi "dell'adozione di procedure non conformi" a quelle prescritte dal comma 5 della disposizione, ossia conformi alle linee guida redatte dall'Anac, "sentito il Garante per la protezione dei dati personali", e

svolgimento, da parte del responsabile, di “attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute”⁷⁹.

Per altro verso, se accuratamente regolato appare il versante reattivo-repressivo, relativamente alle sanzioni alle amministrazioni che si siano macchiate di violazioni della disciplina, nella misura in cui si prevede la potestà di accertamento, da parte dell’Anac, di eventuali misure illegittime adottate nei riguardi del *whistleblower* – con la relativa facoltà punitiva – privi di regolazione restano i profili relativi alla rimozione degli effetti delle misure ritorsive e, più in generale, delle altre conseguenze negative sul rapporto di lavoro del segnalante vietate dall’art. 54-bis.

Ferma restando la difficoltà di immaginare autonomi poteri ripristinatori in capo all’Authority, sembrerebbe doversi necessariamente attribuire all’autorità giudiziaria ordinaria – evidentemente, ove adita dal prestatore di lavoro – il potere di dichiarare la ritorsività dei provvedimenti adottati nei riguardi del *whistleblower* e di rimuoverne conseguentemente gli effetti. Tuttavia, nel silenzio serbato dal legislatore, qualche ulteriore dubbio si può sollevare in ordine al valore probatorio attribuibile, in sede di accertamento giudiziale, a eventuali accertamenti pregressi dell’Anac in ordine al carattere ritorsivo di misure adottate dall’amministrazione (o viceversa, nell’ipotesi di accertamenti giurisdizionali, ad esempio pronunciati in via d’urgenza, precedenti rispetto a quelli effettuati dall’Anac). Residuano più

“relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni. Le linee guida prevedono l'utilizzo di modalità anche informatiche e promuovono il ricorso a strumenti di crittografia per garantire la riservatezza dell'identità del segnalante e per il contenuto delle segnalazioni e della relativa documentazione”.

⁷⁹ Condotta assoggettabile, anche in questo caso, a una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro. Così il comma 6 dell’art. 54-bis, nel quale si aggiunge che “l’ANAC determina l’entità della sanzione tenuto conto delle dimensioni dell’amministrazione o dell’ente cui si riferisce la segnalazione”. Si v. in argomento il regolamento di recente adottato dall’Authority anticorruzione per i procedimenti sanzionatori ricadenti sotto la sua “giurisdizione”: Anac, Delibera 30 ottobre 2018, *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* e, da ultimo, la modifica di alcuni profili dell’atto normativo in discorso, ad opera della Delibera del 10 aprile 2019, n. 312, *Modificazioni al 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’articolo 54-bis del decreto legislativo n. 165/2001 (c.d. whistleblowing)*. La previsione di un esplicito apparato sanzionatorio per le ipotesi di ritorsione costituisce un tratto di differenziazione, in parte giustificabile con la diversità del contesto regolativo, tra settore pubblico e settore privato. Si v. infatti, per quest’ultimo, la mera (e lacunosa) previsione – nell’art. 2, comma 2-ter, della legge 179/2017 – della possibilità di denunciare all’Ispettorato nazionale del lavoro l’adozione di eventuali misure “discriminatorie nei confronti dei soggetti che effettuano le segnalazioni”, per “i provvedimenti di propria competenza” (sui quali però null’altro si aggiunge).

in generale dubbi sui rapporti tra i pronunciamenti giurisdizionali e quelli dell'Authority anticorruzione sulla ritorsività delle misure adottate nei riguardi del whistleblower, specie qualora i due "giudizi" abbiano dato luogo a differenti qualificazioni delle stesse.

Quale che sia la soluzione che si troverà, nella prassi, ai quesiti interpretativi e applicativi in discorso, va anche precisato che i dispositivi legali di protezione del *whistleblower* cessano, in ogni caso, di essere garantiti – ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 54-bis – nei casi in cui "sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia o di diffamazione [...] ovvero la sua responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave".

In questo caso, l'esplicito riferimento alla pronuncia di primo grado – introdotto con la legge del 2017 e, a suo tempo, suggerito anche dall'Anac – quale *dies a quo* per la cessazione delle tutele per il segnalante, ha certamente il merito di indicare con chiarezza il momento di cessazione dell'operatività della disposizione.

Ma, al di là – e nelle more - delle ipotesi di sopravvenuta condanna per calunnia o diffamazione, o *ex art.* 2043 c.c. per dolo o colpa grave, *quid iuris* nel caso – espressamente regolato dalla legge per le segnalazioni effettuate in ambito privato – di chi effettui "con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate"? E infatti se, nella disciplina applicabile al settore privato, si menziona espressamente la possibilità di prevedere l'irrogazione di sanzioni disciplinari nelle ipotesi in questione⁸⁰, una simile opzione non è contemplata nel Testo unico sul lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Vi è dunque da chiedersi se ciò possa di per sé escludere i riflessi disciplinari di una effettuazione dolosa, o gravemente colposa, di segnalazioni infondate e accertate in quanto tali nel corso di un procedimento disciplinare o all'esito degli accertamenti effettuati dell'Anac. Nel silenzio della legge su questa specifica ipotesi e considerando, *a contrario*, l'indicazione esplicita del giudizio di primo grado quale "data di scadenza" delle tutele legali – oltre che la *ratio* della disposizione in commento – sembrerebbe che, ai fini dell'attivabilità di procedimenti disciplinari legati a segnalazioni infondate, occorra attendere la maturazione del livello di certezza giuridica richiesta dal legislatore (da individuarsi dunque nella condanna in primo grado per calunnia o diffamazione o per danni extracontrattuali)⁸¹.

⁸⁰ Cfr. art. 2 (*Tutela del dipendente o collaboratore che segnala illeciti nel settore privato*), comma 2, legge 179/2017.

⁸¹ E che si debba attendere una condanna di primo grado per i citati titoli di responsabilità pare desumibile anche dall'elisione, nel testo vigente della disposizione, di un comma che era stato invece approvato in prima lettura alla Camera e nel quale si leggeva: "qualora al termine del procedimento penale, civile o contabile ovvero all'esito dell'attività di accertamento

3.5. Il *whistleblowing* e l'opzione *voice*. La deroga legale agli obblighi fiduciari e di segreto nel rapporto di lavoro.

Una lettura del "dilemma del *whistleblower*" nel prisma degli studi sui sistemi organizzativi⁸² consente una riconduzione di quest'ultimo, richiamando la classica teorizzazione di Hirschman⁸³, nel novero di coloro che, a fronte di una disfunzione organizzativa, anziché ripiegare nella – verosimilmente preponderante – opzione *exit*, decidono di attivarsi e di aderire alla (ben più rischiosa) opzione *voice*⁸⁴. In questa prospettiva, costituisce conseguenza inevitabile del disvelamento di dinamiche disfunzionali interne al contesto lavorativo la circostanza che le segnalazioni possano implicare – accanto a dilemmi interiori, oggetto di studi di etica e psicologia aziendale⁸⁵ – profili di frizione con la tendenziale riservatezza delle notizie attinenti a una determinata attività produttiva.

Verosimilmente consapevole di questi profili di problematica intersezione tra confidenzialità e segnalazioni, il legislatore ha introdotto una sorta di schermatura del *whistleblower* dalle plausibili conseguenze del disvelamento di informazioni "aziendali", approntata dall'art. 3 della legge 179/2017, nel quale è prevista una deroga all'obbligo di segreto d'ufficio, aziendale, professionale, scientifico e industriale e dunque, attraverso l'esplicito richiamo dell'art. 2105 c.c. alla porzione dell'obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro rappresentata dal divieto di divulgazione di notizie attinenti all'attività datoriale⁸⁶.

dell'ANAC risulti l'infondatezza della segnalazione e che la stessa non è stata effettuata in buona fede, il segnalante è sottoposto a procedimento disciplinare dall'ente di appartenenza, al termine del quale, sulla base di quanto stabilito dai contratti collettivi, può essere irrogata la misura sanzionatoria anche del licenziamento senza preavviso".

⁸² Near, Miceli, *Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing*, in *Journal of Business Ethics*, 1985, n. 4, p. 1 ss.

⁸³ Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, 1970.

⁸⁴ In questa lettura peraltro l'opzione *voice*, anziché essere repressa da esigenze di "fedeltà" aziendale viene corroborata dalla lealtà dell'individuo nei riguardi dell'organizzazione di riferimento. Per uno studio sulle variabili suscettibili di influenzare la propensione al *whistleblowing* nelle pubbliche amministrazioni, cfr. Previtali, Cerchiello, *The determinants of whistleblowing in public administrations: an analysis conducted in Italian health organizations, universities, and municipalities*, in *Public management review*, 2018, n. 11-12, p. 1683 ss.

⁸⁵ Cfr. Waytz, Dungan, Young, *The whistleblower's dilemma and the fairness-loyalty trade-off*, in *Journal of Experimental Social Psychology*, 2013, n. 6, p. 1027 ss.; Baer, *Reconceptualizing the Whistleblower's Dilemma*, in *Brooklyn Law School, Legal Studies Paper*, 2017, n. 502.

⁸⁶ Ai sensi dell'art. 3 (*Integrazione della disciplina dell'obbligo di segreto d'ufficio, aziendale, professionale, scientifico e industriale*) della legge 179/2017, infatti, "nelle ipotesi di segnalazione o denuncia effettuate nelle forme e nei limiti di cui all'articolo 54-bis del decreto

Il raffronto con i precursori giudiziari del *whistleblowing* – e dunque soprattutto con la giurisprudenza sul diritto di critica (§ 2) e/o di denuncia del prestatore di lavoro - dimostra l'immediata rilevanza pratica della giusta causa di rivelazione dei segreti introdotta dalla disposizione in discorso, posto che larghissima parte del contenzioso giudiziario in materia ha riguardato, nel corso degli anni, proprio la delimitazione dei confini tra diritto di critica e obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro. Se è vero che già nella più attenta prassi giurisprudenziale in materia sono rinvenibili parziali esenzioni dagli obblighi fiduciari - specie laddove vengano in questione esternazioni critiche su comportamenti illeciti del datore di lavoro⁸⁷ - il bilanciamento tra obblighi di non divulgazione e finalità di tutela dell'integrità pubblica effettuato a monte, e una volta per tutte, dal legislatore può contribuire a sgombrare il campo interpretativo da dubbi sulla violazione degli obblighi fiduciari, nelle ipotesi di segnalazioni che, pur conformi ai crismi sostanziali e procedurali del *whistleblowing*, si traducano, oggettivamente, in un disvelamento di notizie riservate sulle attività datoriali.

Oltre che in chiave di valorizzazione dell'opzione *voice* per gli aspiranti *whistleblower*, poi, la deroga agli obblighi di segreto e fedeltà contenuta nell'art. 3 della legge 179/2017 – riguardante, senza differenze disciplinari, tanto il settore pubblico quanto quello privato – può essere riguardata anche in funzione degli effetti di progressivo avvicinamento, sebbene ancora *in itinere*, delle previsioni anticorruptive vigenti nel lavoro pubblico

legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e all'articolo 6 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, come modificati dalla presente legge, il perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni, costituisce giusta causa di rivelazione di notizie coperte dall'obbligo di segreto di cui agli articoli 326, 622 e 623 del codice penale e all'articolo 2105 del codice civile. [...] 3. Quando notizie e documenti che sono comunicati all'organo deputato a riceverli siano oggetto di segreto aziendale, professionale o d'ufficio, costituisce violazione del relativo obbligo di segreto la rivelazione con modalità eccedenti rispetto alle finalità dell'eliminazione dell'illecito e, in particolare, la rivelazione al di fuori del canale di comunicazione specificamente predisposto a tal fine".

⁸⁷ Basti pensare alle massime giurisprudenziali che, in ipotesi simili, hanno escluso la violazione dell'obbligo di fedeltà da parte del lavoratore: «invero è da escludere che l'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c., così come interpretato da questa Corte in correlazione con i canoni generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. (fra le più recenti in tal senso Cass. 9.1.2015 n. 144), possa essere esteso sino a imporre al lavoratore di astenersi dalla denuncia di fatti illeciti che egli ritenga essere stati consumati all'interno dell'azienda, giacché in tal caso "si correrebbe il rischio di scivolare verso – non voluti, ma impliciti - riconoscimenti di una sorta di "dovere di omertà" (ben diverso da quello di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c.) che, ovviamente, non può trovare la benché minima cittadinanza nel nostro ordinamento"» (così, *ex aliis*, Cass. 16 febbraio 2017, n. 4125 e ivi il richiamo a conformi precedenti di legittimità).

e in quello privato (con le dovute e opportune differenziazioni tra i due ambiti lavorativi)⁸⁸.

4. Coesistenza o interferenza? Lo scudo protettivo per i whistleblower e le tutele giuslavoristiche "classiche".

A margine di una analisi sulla disciplina del *whistleblowing* nel settore pubblico si può effettuare una valutazione in chiaroscuro delle novità regolative introdotte dalla legge 179/2017: da un lato, a) si può esprimere un prudentiale apprezzamento delle potenzialità protettive della nuova disciplina nei confronti degli allertatori civili⁸⁹, specie in rapporto alla normativa del 2012; dall'altro, b) emerge la necessità di un approccio cauto, per evitare il rischio di sovrapposizioni o ibridazioni applicative, se non proprio di eterogenesi dei fini, dell'istituto⁹⁰.

⁸⁸ Convergono, in direzione di un riposizionamento assiologico, in senso anti- corruttivo, anche della prestazione lavorativa nel settore privato, le nuove previsioni in tema di corruzione tra privati; cfr. la nuova versione dell'art. 2635 c.c. (rubricato, appunto, *Corruzione tra privati*), introdotta nell'ordinamento dal d. lgs. 15 marzo 2017, n. 38, *Attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*. Non vi è dubbio peraltro che la disciplina del *whistleblowing* si inserisca compiutamente in una più generale prospettiva di cooperazione alle strategie di prevenzione di condotte illecite nella gestione amministrativa. Come ha ribadito la Suprema Corte "lo Stato di diritto [...] attribuisce valore civico e sociale all'iniziativa del privato che solleciti l'intervento dell'autorità giudiziaria di fronte alla violazione della legge penale, e [...] guarda con favore la collaborazione prestata dal cittadino, in quanto finalizzata alla realizzazione dell'interesse pubblico alla repressione dei fatti illeciti" (Cass. 16 febbraio 2017, n. 4125).

⁸⁹ È questa la definizione proposta dall'Accademia della Crusca in uno dei vari tentativi di trasposizione in italiano del termine *whistleblower*; tentativi impari e verosimilmente destinati a fallire, poste le numerose sfumature che l'espressione anglosassone, anche in ragione della sua consolidata tradizione normativa negli ordinamenti di riferimento, porta con sé.

⁹⁰ Tra i primi commentatori non sono mancati coloro che hanno ritenuto sproporzionata per eccesso – rilevando, appunto, il rischio di derive opportunistiche – o, in alternativa, ultronea una disciplina espressamente deputata alla tutela dei *whistleblower*; con una valutazione di inutilità di quest'ultima fondata sulla considerazione che l'ordinamento possiederebbe già sufficienti anticorpi regolativi contro eventuali reazioni ritorsive nei riguardi dei segnalanti. Così, già prima dell'introduzione dell'istituto nell'ordinamento interno e dunque in un'ottica *de iure condendo*, Lattanzi, *Prime riflessioni sul c.d. whistleblowing: un modello da replicare "ad occhi chiusi"?*, in *RIDL*, 2010, n. 2, p. 347. Peraltro se è pur vero che a larga parte dello strumentario ripristinatorio/sanzionatorio predisposto dal legislatore si poteva accedere a prescindere dall'emanazione di una espressa legislazione sul *whistleblowing*, attraverso il richiamo delle tutele contro gli atti ritorsivi, non si può omettere di considerare la potenziale incidenza, sotto il profilo dell'effettività della disciplina, delle previsioni in tema di inversione di onere dalla prova nonché l'innegabile valore dissuasivo rivestito dall'aggiunta di un corposo apparato di sanzioni amministrative pecuniarie a carico non solo di chi compia atti ritorsivi ma anche di chi sia a vario titolo preposto all'attuazione della disciplina in commento ed ometta di adempiere correttamente ai propri obblighi.

a) In prima battuta, va evidenziato che le tutele delineate nel 2017 potrebbero preconstituire un efficace scudo protettivo per gli autori di segnalazioni, specie considerandole in un'ottica difensiva e anche, potenzialmente, preventiva. Quanto alle potenzialità difensive dell'art. 54-bis, basti pensare alla dichiarazione *ex lege* di nullità – con annessa inversione degli oneri processuali – dei provvedimenti pregiudizievoli adottati nei riguardi dei *whistleblower*⁹¹. Si possono, poi, intravedere, potenzialità di tutela preventiva ed *ex ante* nel presumibile effetto di deterrenza che dovrebbe, con il tempo, promanare dall'apparato legislativo di tutele sostanziali, processuali e sanzionatorie, rispetto a reazioni scomposte nei confronti dei *whistleblower*, i quali anzi potrebbero rivestirsi – almeno provvisoriamente, ossia fino alla prova contraria eventualmente fornita dall'amministrazione – di una sorta di "scudo totale", di immunizzazione da interventi datoriali di ogni tipo (in ipotesi, anche meramente gestionali e non ritorsivi).

b) Il profilo da ultimo evidenziato – sul ruolo schermante del ricorso ai *whistleblowing schemes* per i dipendenti pubblici – stimola tuttavia un'ulteriore considerazione sulle potenzialità delle tutele in commento di assorbire (e in qualche misura sovrapporsi a) alcune protezioni giuslavoristiche classiche.

E infatti, sebbene siano tendenzialmente e in astratto destinate a correre su binari paralleli – a causa della specifica finalizzazione delle tutele *ex art.* 54-bis alla sola protezione dei disvelatori di ipotesi di *maladministration* – vi è la possibilità che tutele lavoristiche "tradizionali" e scudo protettivo per i *whistleblower* incrocino, nella prassi, i rispettivi percorsi protettivi.

Scartata la riconducibilità alla protezione legale per le ipotesi di segnalazioni effettuate in mera funzione di autotutela e dunque palesemente sfortunate dai crismi del pubblico interesse – come ha già avuto modo di puntualizzare la prima prassi giurisprudenziale in argomento⁹² – occorre infatti prendere in considerazione la possibilità che si assista, accanto all'auspicabile utilizzo del *whistleblowing* che potremmo definire *puro* (perché caratterizzato dalla sola ricorrenza di segnalazioni nel pubblico interesse, senza prelieve o successive conflittualità tra le parti coinvolte), al diffondersi di ipotesi di *whistleblowing ibrido*, nelle quali cioè vi sia una commistione tra istanze di tutela dei pubblici interessi e ben più prosaiche questioni relative alla personale posizione lavorativa del pubblico dipendente-segnalante.

⁹¹ Con la precisazione che la formulazione dell'art. 54-bis non implica, di per sé, l'adozione di eventuali provvedimenti riparatori o risarcitori in favore del *whistleblower* vittima di ritorsioni.

⁹² Cfr. T.A.R. Napoli, sez. VI, 08 giugno 2018, n. 3880 (sulla quale si v. pure *supra*, nt. 48).

Si pensi alla commistione tra ipotesi di (presunto) *mobbing* e segnalazioni *ex art. 54 bis*. Qui le ricadute casistiche potrebbero essere le più varie. Posto che il discrimine, in astratto, tra vessazioni "semplici" per *mobbing* e vessazioni tutelate dall'art. 54-bis è dato dalla presenza di una segnalazione nel perseguimento di un pubblico interesse, ci si chiede se potrà essere sufficiente, in futuro, effettuare una segnalazione non palesemente infondata e/o colorare di finalità pubblicistiche eventuali istanze personali, per vedersi applicate le tutele predisposte dall'art. 54-bis.

Ed ancora ci si può chiedere cosa accadrà nelle ipotesi in cui si assuma di essere mobbizzati "in quanto dediti all'applicazione puntuale delle normative anticorruptive" e dunque, sostanzialmente, in che rapporto si porrà la tutela per il *whistleblowing* con le tutele giuslavoristiche classiche e con le azioni intentate da un lavoratore che assuma di aver subito pratiche di deprofessionalizzazione o emarginazione in quanto "onesto". In questo senso, un sicuro appiglio, ai fini dell'applicabilità della disciplina protettiva delineata dal legislatore, dovrebbe individuarsi – accanto alla necessaria finalizzazione al pubblico interesse – nel rispetto dell'*iter* procedimentale per le segnalazioni in discorso.

Pare peraltro inevitabile che, nelle ipotesi *borderline* di ricorso ai *whistleblowing schemes*, resti devoluto agli interpreti (e all'Anac) il compito di delineare con la maggiore precisione possibile il confine tra interessi individuali di stampo lavoristico classico (ad esempio denunce di deprofessionalizzazioni, magari solo posticciamente agganciate a delle segnalazioni) e interessi pubblicistici, di tutela dell'integrità delle amministrazioni.

5. Considerazioni conclusive.

Al di là della possibile futura insorgenza di dispute sui confini applicativi in ipotesi di *whistleblowing* "ibrido"⁹³, quel che non è possibile, allo stato, prevedere, nell'attuale sostanziale *vacuum* di riflessi giurisprudenziali, sono le ricadute concrete dell'istituto e il suo orientamento in direzione di attivazione virtuosa, per così dire, dei pubblici impiegati o di utilizzo burocratizzante dell'istituto.

A sfavore di una effettiva valorizzazione, nel breve periodo, di una prassi così poco diffusa nel nostro ordinamento di attiva partecipazione dei

⁹³ Che si tratti di questione non meramente teorica è testimoniato dagli esiti dei monitoraggi effettuati dall'Anac – e pubblicati nell'ambito dei report annuali sull'applicazione della normativa sulla segnalazione di illeciti nella PA – nei quali si legge di segnalazioni esorbitanti dall'ambito di applicazione dell'art. 54-bis, e dunque accantonate dall'Autorità, a causa della loro afferenza a interessi personali del segnalante. Si v. ad esempio quanto riportato nel secondo rapporto sul *whistleblowing* (Anac, *Il whistleblowing in Italia*, 2017).

dipendenti alla costruzione di una "infrastruttura etica"⁹⁴ delle pubbliche amministrazioni, sembrerebbe militare la mancanza di specifiche dotazioni economiche o organiche⁹⁵ – al di là dell'Anac⁹⁶ - deputate alla sua efficace attuazione, specie a livello periferico/di singola amministrazione; mancanza suscettibile di riversarsi negativamente tanto sul dipendente segnalatore quanto sull'amministrazione segnalata.

Per converso, a fianco dei predetti rischi di ineffettività si collocano quelli di possibili distorsioni applicative della disciplina, la quale potrebbe subire derive formalistico-burocratizzanti, anziché eticamente orientate, o, ma in questo caso si tratterebbe di un uso patologico delle nuove disposizioni, opportunistiche, in funzione di istanze di "intoccabilità" di un dipendente solo strumentalmente e formalmente "segnalante"⁹⁷.

Non è infatti del tutto scontato che, nel contesto dell'ordinamento italiano e, ancor di più, della prassi del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, la mera formulazione di regole preordinate alla *(ri)conversione etica* dei pubblici dipendenti possa di per sé implicare l'arruolamento di potenziali segnalatori nel fronte anticorruptivo.

In tal senso, sebbene la nuova disciplina sul *whistleblowing* possa dirsi, a un raffronto con le tendenze regolative comparate, tutto sommato

⁹⁴ Si tratta di terminologia ricorrente nei documenti Ocse; cfr. OECD, *Ethics in the Public Service. Current Issues and Practice*, Public Management Occasional Papers, 1996, n. 14, p. 25 ss.

⁹⁵ Cfr. art. 2 (*Clausola di invarianza*) della legge 190/2012.

⁹⁶ L'esponenziale aumento delle funzioni di controllo dell'Anac – cui, nell'avvicinarsi delle modifiche normative è stato attribuito un ruolo di coordinamento e direzione delle varie pedine in movimento nello scacchiere anticorruptivo – è stato talvolta aspramente criticato, fino a potersi evocare il panottico benthamiano o, ancora, volendo richiamare una immagine consimile, ma con metafora "uditiva" e non visiva, l'orecchio del tiranno di Siracusa, Dionisio; immagini evocate per evidenziare i rischi, da più parti paventati, di un sovraccarico funzionale del controllore del settore pubblico e di contestuale ingessamento dell'attività amministrativa (il richiamo al panottico si rinviene, a proposito delle nuove politiche anticorruptive, in Galetta, *Trasparenza e contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham?*, in *Diritto e società*, 2017, n. 1, p. 43). E tuttavia, va pure sottolineato che, specie con riferimento ad alcuni picchi di diffusione di pratiche corruptive o di "malgoverno" dei pubblici uffici, proprio la pervasività delle discipline anticorruptive potrebbe talora ingenerare un positivo "effetto di deterrenza" dalla commissione di atti illeciti, derivante proprio dalla "consapevolezza del vertice politico/amministrativo di essere soggetto a un costante controllo sulla legittimità delle decisioni e delle azioni che pone in essere": cfr. Anac, 22 giugno 2017, *Whistleblowing. Monitoraggio sull'applicazione dell'istituto per la segnalazione di illeciti nella PA* e, in particolare, la presentazione di Greco, *Il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza e il whistleblowing* (https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Comunicazione/News/_news?id=cefc80580a7780426d425ea887635cff).

⁹⁷ Il rischio che si pervenga, in assenza di opportuni adeguamenti interpretativi, ad applicazioni "allarmistiche", se non addirittura "ricattatorie" dell'istituto è paventato da Ferrante, *Novità per il settore pubblico e privato in tema di whistleblowing*, cit., p. 147.

allineata, in astratto, a molte delle *best practices* internazionali (*supra*, § 1)⁹⁸, è possibile intravedere, tra le maglie normative della disciplina sulla segnalazione di illeciti, anche le tracce di una tendenza regolativa che, almeno a far data dalla riforma Brunetta, sembra aver ispirato la mano del legislatore: ovvero la convinzione che basti formulare norme ispirate a un certo paradigma assiologico (in questo caso, quello anticorruptivo) per ottenere una corrispondente e automatica curvatura etica delle prassi comportamentali dei pubblici dipendenti.

Si tratta di tendenza certamente rinvenibile nelle regole sostanziali e procedurali in materia disciplinare e concretizzatesi nel tentativo di ampliare l'oggetto dell'obbligazione lavorativa, includendovi pure contenuti moralizzanti o eticamente orientati e che, in parte, sembra esser riproposta dagli obblighi (o diritti, nel caso del *whistleblowing*) di cooperazione dei dipendenti agli obiettivi anticorruptivi della parte datoriale pubblica.

Un simile approccio iper-normativistico sembra dimenticare che – come ammoniva già D'Antona – nell'individuazione delle cause di "involuzione patologica del lavoro pubblico" è doveroso annoverare, oltre all'assetto "normativo dei rapporti di impiego", anche i "caratteri politici, gestionali, culturali delle amministrazioni pubbliche"⁹⁹.

Da ultimo, vale la pena di evidenziare una ulteriore possibile lettura in chiave sistematica della disciplina sul *whistleblowing*, la quale, con i suoi addentellati regolativi e sistematici può essere osservata anche nel prisma del *topos* del dibattito giuslavoristico sul lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni – ossia con riguardo all'alternativa tra unificazione, per mezzo della contrattualizzazione, dei paradigmi regolativi del lavoro pubblico e privato o, *a contrario*, della carsica (ri)emersione di profili pubblicistici di regolazione.

Riguardata sotto il predetto profilo sistematico, la disciplina introdotta, sia per il settore pubblico sia per quello privato, dalla legge 179/2017 – con alcune differenze disciplinari su cui non è possibile soffermarsi compiutamente in questa sede – sembra collocarsi in un crinale di "parziale ricomposizione unitaria"¹⁰⁰, anche se con alcune differenziazioni disciplinari (a volte giustificabili, a volte prive di ragionevoli appigli teleologici)¹⁰¹.

⁹⁸ A parte qualche sbavatura e difetto regolativo già segnalati, ad esempio, in tema di individuazione del campo di applicazione soggettivo della disciplina.

⁹⁹ D'Antona, *La prospettiva del diritto del lavoro*, in *Opere, Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2000, vol. V, p. 4 ss.

¹⁰⁰ Per richiamare la definizione usata da Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

¹⁰¹ Permane comunque – nelle more del procedimento di attuazione della Direttiva Ue sul *whistleblowing* – una innegabile differenziazione di fondo pubblico/privato, legata, come anticipato *supra*, alla limitata applicabilità della disciplina, nel settore privato, alle sole imprese che decidano di dotarsi di modelli organizzativi di prevenzione degli illeciti ai sensi del d. lgs. 231/2001 (Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, *Disciplina della responsabilità*

Si tratta ad ogni modo di differenze regolative destinate a sfumare ulteriormente una volta che sarà portato a compimento il processo di approvazione della Direttiva Ue sul *whistleblowing*, nella misura in cui lo strumento normativo in discorso – applicabile al settore pubblico e a quello privato – contribuirà, in fase di trasposizione, a una tendenziale e progressiva omologazione regolamentare tra i due ambiti lavorativi¹⁰².

amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica).

¹⁰² Con un obbligo, per le imprese del settore privato con almeno 50 dipendenti, di istituire “canali e procedure interni per le segnalazioni” (art. 8 - *Obbligo di istituire canali interni*) della Direttiva. Punta nel senso di una omologazione delle esigenze alla base della protezione dei “segnalanti”, a prescindere dall’afferenza al settore pubblico o a quello privato di questi ultimi, anche la definizione proposta dal Consiglio d’Europa. Cfr. Council of Europe, *Recommendation CM/Rec(2014)7 on the protection of whistleblowers and explanatory memorandum*, 2014, laddove si fa riferimento al *whistleblower* come “any person who reports or discloses information on a threat or harm to the public interest in the context of their work-based relationship, whether it be in the public or private sector!”.