

Il whistleblowing: un istituto in evoluzione nel disegno (dai tratti incerti) del legislatore

di **Giovanni Grasso** e **Antonino Ripepi**

Sommario. 1. Il whistleblowing: un istituto multidisciplinare. – 2. Interessi tutelati e natura delle situazioni giuridiche coinvolte. – 3. Premialità e non punibilità del segnalante. – 4. Il whistleblowing nel sistema della responsabilità da reato dell'ente. – 5. Conclusioni?

1. Il whistleblowing: un istituto multidisciplinare.

Il *whistleblowing* è un istituto che interessa molteplici discipline, tra le quali il diritto, l'economia, la scienza politica, la filosofia morale e la politica. Da tale vocazione poliedrica deriva l'indiscusso interesse che la dottrina ha riservato, in tempi recenti, a tale tematica.

Il *whistleblowing*, infatti, pone questioni, innanzitutto, di carattere etico. Sostanzandosi nella rivelazione di un illecito, o, secondo la più moderna e ormai diffusa nozione di corruzione amministrativa¹, di un fatto moralmente riprovevole e sintomo di *maladministration* (pubblica o privata), esso «è stato a lungo considerato con diffidenza quando non in maniera negativa e perfino riprovevole»².

Infatti, il *whistleblower* potrebbe anche agire in adempimento di un dovere morale (ammesso che non sia mosso da calcoli egoistici), ma, in ogni caso, si registra una violazione del dovere di lealtà nei confronti dell'organizzazione alla quale l'individuo appartiene, nella maggior parte dei casi nella veste di

¹ Per la quale si v. E. CARLONI, voce *Corruzione (prevenzione della)*, in *Enc. Dir., I Tematici, Funzioni amministrative*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, p. 321: «È in ogni caso chiaro che quando si parla di corruzione al di fuori dell'aula di un tribunale si tende a fare riferimento di norma a molto più che non lo specifico reato».

²F.F. TUCCARI, *Il whistleblowing tra intelligenza della corruzione e conoscenza della (mal)amministrazione*, in *Riv. Giur. Ambiente Diritto.it*, Anno XX – 2020, 4, p. 8. Autorevole dottrina osservava: «strumenti come il whistleblowing (denunce anonime) alimentano un clima di sospetto che non giova al buon andamento degli uffici» (M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2020, 1, p. 173). Il problema è stato avvertito anche nel diritto del lavoro, al punto da disciplinare, con l'art. 3 dello Statuto dei Lavoratori, modalità e limiti mediante i quali il datore di lavoro può acquisire da un dipendente la notizia dell'inadempimento di un collega per scongiurare episodi di delazione: M. MARTONE, *La repressione della corruzione e la tutela del whistleblower alla luce della L. 30 novembre 2017, n. 179*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 1, p. 96.

lavoratore³. Recuperando le antiche figure del delatore romano e del sicofante greco, chi rivela notizie riguardanti il proprio ambiente lavorativo è stato tradizionalmente considerato alla stregua di un traditore o sabotatore⁴. Tuttavia, non sussiste unanimità in dottrina sul punto. In coerenza con un generale processo di rivalutazione del *whistleblower*⁵, un Autore ha sostenuto che «è legittimo che un'impresa privata abbia come scopo primario e diretto quello di massimizzare il profitto, non quello di massimizzare il benessere della comunità, purché ovviamente ciò avvenga nell'alveo del giuridicamente lecito»⁶; in caso di illecito, invece, il dipendente sarebbe tenuto a recidere il legame di complicità con l'altrui condotta censurabile.

Nel caso in cui, invece, lo scenario dell'illecito sia una Pubblica Amministrazione, si assiste, a parere dello scrivente, a una rimodulazione dei doveri del segnalatore, in quanto non viene in rilievo un'impresa privata, che persegue il proprio (sia pur lecito) interesse particolare in concorrenza con altri, bensì un Ente che persegue fini generali, nell'ambito del quale «salta la barriera del dovere prima facie di lealtà all'organizzazione e ai suoi scopi»⁷ e si impone il dovere di perseguire interessi sovraindividuali anche sotto il profilo (etico, prima ancora che giuridico) della correttezza dell'azione amministrativa e del buon andamento.

Resta, invece, discusso se il segnalatore di illeciti possa o debba identificarsi con una figura "eroica", nel senso della pretermissione del proprio egoistico interesse a vantaggio di quello generale, anche a costo di subire ripercussioni negative. Sul punto, mentre alcuni studiosi discutono di "piccolo samaritanesimo", in quanto il *whistleblower* fa esattamente quello che la

³ Nella sua opera *Business Ethics*, Norman Bowie sostiene che il «*whistleblowing (...)* violates a prima facie duty of loyalty to one's employer» (N. BOWIE, *Business Ethics*, Prentice Hall, 1982, p. 140).

⁴T.D. MIETHE, *Whistleblowing at Work. Tough Choices in Exposing Fraud, Waste, and Abuse on the Job*, Routledge, 2019, p. 11 ss.

⁵ Per il quale si v. R. NADER, che qualifica il *whistleblower* «as a man or a woman who, believing that the public interest overrides the interest of the organization that he/she serves, blow the whistle that the organization is involved in corrupt, illegal, fraudulent, or harmful activity» [R. NADER, *Introduction*, in R. NADER - P.J. PETKAS - K. BLACKWELL (eds.), *Whistleblowing. The Report of the Conference on Professional Responsibility*, Grossman, New York, 1972, VII].

⁶ F. FERRARO, *L'etica del Whistleblowing tra impresa privata e Pubblica Amministrazione*, in A. DELLA BELLA – S. ZORZETTO, (a cura di) *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 438. Un'ipotesi problematica, che ha particolarmente interessato gli USA, concerne la denuncia di una violazione antitrust, da parte dei dipendenti, a carico della società nella quale sono impiegati: a tutela degli stessi, si è istituito nella disciplina *antitrust*, accanto alla *Corporate Leniency Policy*, la c.d. *Individual Leniency Policy* (A. FRIGNANI, *Finalmente una legge generale sul whistleblowing: luci ed ombre*, in *Il dir. ind.*, 2018, 1, p. 57).

⁷ F. FERRARO, *op. loc. ult. cit.*

morale gli richiede, senza cercare di fare di più⁸, la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo afferma che il motivo dietro le azioni dell'impiegato segnalatore è un altro fattore determinante per decidere se una particolare rivelazione dovrebbe essere protetta o no. Per esempio, una rivelazione motivata da una lagnanza personale o un antagonismo personale o l'aspettativa di un vantaggio personale, incluso un guadagno pecuniario, non giustificerebbe un livello particolarmente forte di protezione (sentenza 12 febbraio 2008, ric. n. 14277/04, Guja c. Moldavia).

Sul diverso terreno dell'analisi economica del diritto, la condotta del *whistleblower* è stata esaminata alla luce del paradigma dell'analisi costi/benefici.

A prescindere da qualsiasi coazione giuridica, infatti, il segnalatore potrebbe essere mosso dall'intento di perseguire l'interesse generale così come da pulsioni egoistiche, che non possono essere escluse *a priori*; tuttavia, nell'ambito del proprio calcolo di convenienza economica, il *whistleblower* dovrà anche considerare i fattori avversi (tra i quali il "timore di ritorsioni", come recita il considerando n. 1 della Direttiva UE 2019/1937; la "scarsa fiducia nell'efficacia della segnalazione", menzionata dal considerando n. 63; il timore di danneggiare i colleghi⁹).

Per tali ragioni, si è discusso lungamente circa l'opportunità di prevedere gratificazioni, economiche e non, che possano incentivare il segnalatore.

Alcuni Stati lo hanno recisamente negato, in quanto i rispettivi ordinamenti costituzionali pongono a carico dello stesso un "dovere civico"¹⁰ che non può essere strumentalizzato in base a logiche economicistiche; altri, come nel caso degli Stati Uniti, lo ammettono, riconoscendo che il movente egoistico, consistente nella volontà di conseguire un premio, in denaro o altro, spesso ha una funzione determinante¹¹. Infine, sussiste una terza via mediana, che

⁸ M. DAVIS, *Some Paradoxes of Whistle-Blowing*, in *Ethical Treatment of Employees*, vol. 15, n. 1, p. 149.

⁹ Un elenco completo, in dottrina, è fornito da F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 4, p. 481-482: difficoltà di avanzamento di carriera e di ottenere un nuovo lavoro a causa del *blacklisting* di cui può essere vittima il segnalante; timore di episodi di *retaliation* in ufficio, come l'essere silenziosamente messo da parte dai colleghi (ad esempio, attraverso l'esclusione dalle mailing list, dagli eventi sociali o dal solidaristico rapporto di "colleganza"); timore che la segnalazione configuri violazione delle clausole di riservatezza e di fedeltà o paura di non avere a disposizione sufficienti elementi di riscontro dell'illecito; resistenza al ritorno o alla permanenza in un luogo di lavoro diventato irrimediabilmente ostile.

¹⁰ Si pensi, in relazione al nostro ordinamento, all'art. 2 Cost., che «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

¹¹ I filosofi del diritto discorrono di funzione promozionale del medesimo: A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, 2010, pp. 16 ss.

consiste nell'introduzione di riconoscimenti solo morali, quali i certificati di merito¹².

2. Interessi tutelati e natura delle situazioni giuridiche coinvolte.

L'esame delle precedenti teorie produce ripercussioni teoriche e applicative in ambito giuridico, da vagliare alla luce dei modelli normativi prescelti dal nostro legislatore. Al di là dei precetti morali e della convenienza economica, infatti, occorre indagare se il segnalante sia gravato da un dovere/obbligo giuridico o se venga in rilievo una facoltà o un dovere civico, auspicabile ma non sanzionabile in caso di inerzia.

In alcune ipotesi, la legge provvede espressamente. La segnalazione è obbligatoria in capo ai dipendenti pubblici in caso di commissione di illeciti (art. 2, c. 1, lett. a) del d.lgs. n. 24/2023¹³; artt. 8 e 13, c. 8, d.P.R. n. 62/2013, il primo riferito ai dipendenti in generale, il secondo ai dirigenti in particolare); in questo novero, oltre ai fatti contrassegnati da rilievo penale, amministrativo, civile, disciplinare e contabile, si possono includere anche condotte rientranti nell'ampio concetto di *maladministration* precedentemente richiamato¹⁴, sia alla luce dell'interpretazione sistematica imposta dal nuovo concetto di corruzione amministrativa, sia della formulazione ampia della Direttiva UE 2019/1937, il cui considerando 1 richiama "minacce o pregiudizi al pubblico interesse" e, dunque, non solo gli "illeciti" in senso stretto¹⁵.

Nel settore privato, invece, un vero e proprio dovere giuridico di segnalazione si configura solo in caso di posizioni di garanzia a fronte della

¹²Ad esempio, Israele: lo evidenzia S. ZORZETTO, *Costi e benefici del whistleblowing: questioni di policy e premiali*, in A. DELLA BELLA – ID. (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., p. 477.

¹³ Di "illeciti" discorreva anche l'abrogato art. 54-*bis* d.lgs. n. 165/2001.

¹⁴ Si pensi al tipico esempio consistente nell'anticipazione della trattazione di pratiche amministrative rispetto all'ordine fisiologico. Si richiama la bibliografia citata in nota n. 1.

¹⁵ Occorre dare atto che, secondo parte della dottrina, gli artt. 54-*bis* d.lgs. n. 165/2001 e 8 d.P.R. n. 62/2013 non presentano ambiti applicativi coincidenti, in quanto il codice di comportamento generale individua l'oggetto della segnalazione semplicemente nelle (eventuali) situazioni di illecito, mentre il citato art. 54-*bis*, pur avendo anch'esso ad oggetto "condotte illecite", precisa di riferirsi specificamente a segnalazioni effettuate "nell'interesse dell'integrità dell'amministrazione" (R. PATUMI, *Whistleblowing e codici di comportamento*, in *Azienditalia*, n. 3, 1 marzo 2021, p. 534); tuttavia, l'osservazione sembra superabile sulla scorta degli argomenti delineati nel testo. Tali argomentazioni, alla luce della recente abrogazione del cit. art. 54-*bis*, sono estensibili all'art. 2, c. 1, lett. a) del d.lgs. n. 24/2023, che attrae nella sfera delle violazioni rilevanti gli illeciti (espressamente menzionati dai numeri 1, 2, 3) anche lesivi degli interessi finanziari dell'UE o il mercato interno e la concorrenza (numeri 4 e 5).

commissione di reati (come imposto dall'art. 40 cpv. c.p.) e, nel caso, in cui sia integrata una fattispecie di responsabilità amministrativa da reato dell'ente, laddove l'obbligo di segnalazione sia prescritto dal modello di organizzazione e gestione di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001.

Più in generale, il *whistleblowing* in ambito privato può essere imposto dall'adempimento del contratto di lavoro, segnatamente dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c., già richiamato in sede di esame delle teorie etiche sulla materia. Infatti, lungi dal ritenere il segnalatore alla stregua di un "traditore", appare ragionevole ritenere che, nell'ipotesi di commissione di illeciti o irregolarità in ambito aziendale, il dipendente sia tenuto alla comunicazione degli stessi nell'interesse dell'organizzazione, laddove la stessa possa trarne pregiudizio¹⁶.

Nei diversi casi in cui, invece, sia la stessa segnalazione a rappresentare una violazione dell'obbligo di fedeltà, l'apparente antinomia può essere superata alla luce del diritto di critica, riconducibile all'art. 21 Cost., purché siano riscontrabili i presupposti della verità oggettiva dei fatti e della continenza sostanziale e formale, «*intendendo per continenza sostanziale la corrispondenza dei fatti alla verità, sia pure non assoluta ma soggettiva e per continenza formale la misura nell'esposizione dei fatti, in modo da non recare danno al decoro dell'impresa o dell'ente*»¹⁷. Il legame con il diritto di critica appare rafforzato dal nuovo art. 15 d.lgs. n. 24/2023, che accorda protezione al *whistleblower* il quale si sia reso autore di "divulgazioni pubbliche" alle condizioni previste dalla disposizione (assenza di riscontri da parte degli organi preposti; rischio di ritorsione; urgenza di intervento causata da pericolo per il pubblico interesse).

Peraltro, proprio la fattispecie dell'obbligo di fedeltà consente di constatare come venga in rilievo una situazione giuridica "incipiente", integrante contestualmente un obbligo e l'espressione di un diritto fondamentale¹⁸. Il *whistleblowing*, infatti, può atteggiarsi, in prospettiva più ampia, sia alla stregua di strumento di *governance*, consentendo di rafforzare l'*accountability* verso i governati, sia quale diritto della persona, secondo approccio *human rights oriented*¹⁹.

¹⁶ Infatti, "il contenuto dell'obbligo di fedeltà si identifica, in sostanza, con un dovere di condotta del lavoratore conforme alla fiducia che il datore deve poter riporre nella persona del prestatore di lavoro" (A. BOSCATI, *Il whistleblowing tra diritto di critica e obbligo di fedeltà del lavoratore*, in A. DELLA BELLA – S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità* cit., p. 363).

¹⁷ P. SALAZAR, *La segnalazione di illeciti integra comportamento sanzionabile? Commento a Cassazione Civile, Sez. lav., 24 gennaio 2017, n. 1752*, in *Il lav. nella giurispr.*, 2017, 6, p. 584.

¹⁸ Si esprime in termini di "diritto-dovere" M. FREDIANI, *La delazione protetta quale diritto-dovere alla segnalazione d'allarme*, in *Il lav. nella giurispr.*, 2018, 3, p. 221.

¹⁹ Ben espresso da N. PARISI: «*In questa prospettiva – non tanto, dunque, perché leva per far emergere illegalità o irregolarità – chi segnala dev'essere protetto: perché*

Anche l'ANAC, nell'ambito dello schema di linee guida in tema di *whistleblowing* recentemente posto in consultazione, sembra condividere tale approccio, evidenziando che la nuova disciplina di cui al Decreto legislativo 10 marzo 2023, n. 24, garantisce «la manifestazione della libertà di espressione e di informazione, che comprende il diritto di ricevere o di comunicare informazioni nonché la libertà e il pluralismo dei media», senza tralasciare l'indubbia valenza anticorruptiva e di *governance* dell'istituto²⁰.

Nello stesso senso depone la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo: si pensi al caso *Voskuil v. The Netherlands* (22 novembre 2007), in cui si legge che la tutela predisposta per il segnalante risponde all'esigenza di tutelare il diritto del cittadino di ricevere informazioni su metodi impropri nell'esercizio del pubblico potere²¹.

Inoltre, fuori dai casi prima menzionati, e cioè nelle organizzazioni private, laddove non sussistano posizioni di garanzia e non venga in rilievo un illecito rilevante ai fini della responsabilità amministrativa da reato dell'ente, sembrano delinearsi spazi per una posizione di dovere civico²² o facoltà. È

esercita un diritto, non perché usa di una facoltà» (N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., p. 17).

²⁰ Schema di Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali – procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne, Testo in consultazione, disponibile in <https://www.anticorruzione.it/-/schema.linee.guida.whistleblowing>, p. 8. Più in generale, il recentissimo d.lgs. n. 24/2023 è intervenuto sull'assetto normativo esistente in molteplici direzioni: ha specificato l'ambito soggettivo di applicazione e ha ampliato il novero dei soggetti tutelati (art. 3); ha espanso l'ambito oggettivo, consistente nelle violazioni rilevanti ai fini della protezione (art. 2); ha disciplinato in modo dettagliato i canali di segnalazione (art. 4 ss.); ha dedicato un apposito Capo, il terzo, alle misure di protezione e sostegno; ha ridisegnato il sistema sanzionatorio amministrativo (art. 21).

²¹ Sebbene, nel caso di specie, fosse rilevante l'intermediazione della stampa: «*Without such protection, sources might be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest and, as a result, the vital public-watchdog role of the press might be undermined*» (*Voskuil v. The Netherlands*, 22 novembre 2007, disponibile in <https://hudoc.echr.coe.int.>). Inoltre, in quel caso sono espressamente fatte salve prevalenti esigenze di interesse pubblico («*The order to disclose a source could only be justified by an overriding requirement in the public interest*»).

²² L'espressione è utilizzata dall'48 Cost. in relazione al diritto al voto per individuare una situazione giuridica non coercibile, ma moralmente doverosa (G. PASSANITI, *Il "non voto" dei friulani all'estero: l'annosa questione del Voto come "dovere civico" all'esame della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, p. 2); essa, pertanto, si presta a descrivere la situazione in cui versa il whistleblower nei limitati casi in non sia gravato da un obbligo giuridico di segnalazione.

quanto ha evidenziato la dottrina: «*il lavoratore non assumerebbe la veste di whistleblower qualora denunciasse un fatto che seppur corrispondente ad un illecito da parte del datore di lavoro non sia assimilabile a un illecito rilevante*» ai sensi del d.lgs. n. 231/2001²³.

3. Premialità e non punibilità del segnalante.

Nell'ordinamento statunitense esiste un vero e proprio sistema incentivante le segnalazioni, posto che le *"Proposed Rules for Implementing the Whistleblower Provisions of Section 21F of the Securities Exchange Act of 1934"* contemplano dei premi in denaro, graduabili in base al livello di collaborazione che il segnalante adotta nei confronti dei canali interni dell'ente²⁴. Discostandosi da tale modello, il legislatore italiano non ha previsto finora alcun meccanismo premiale. Del resto, è abbastanza agevole comprendere come il riconoscimento di una siffatta rilevanza positiva esterna della segnalazione possa generare quel rischio che la disciplina del *whistleblowing* da base normativa di promozione della legalità diventi occasione di stimolo dei conflitti all'interno della società, incoraggiando l'obiettivo del singolo lavoratore non di svolgere correttamente la propria attività, bensì di accrescere il proprio patrimonio attraverso la ricerca costante di forme di *wrongdoing* all'interno dell'impresa.

Sul terreno della non punibilità, invece, mentre la l. n. 179 del 2017 interveniva sulla "giusta causa" della rivelazione per escludere applicazione di una serie di disposizioni (artt. 326, 622, 623 c.p. e 2105 c.c.), il d.lgs. n. 24 del 2023 dichiara la non punibilità del segnalante in relazione ai reati che vengono in rilievo nel caso di informazioni coperte da segreto²⁵ – con l'esclusione di alcune forme di segreto²⁶ – protette dal diritto d'autore o dalla tutela dei dati personali ovvero ancora se ciò determina un'offesa alla reputazione della persona coinvolta o denunciata. Ragionando *a contrario* rispetto a quanto disposto dall'art. 20, comma 4, la responsabilità deve considerarsi esclusa per tutti gli altri comportamenti collegati alla segnalazione o comunque strettamente necessari alla rivelazione²⁷. In tutti

²³ M. VITALETTI, *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del "whistleblower"*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 2, p. 500.

²⁴ Per tale riferimento, si v. S. GIAVAZZI, *Poteri e autonomia dell'organismo di vigilanza: prime certezze, nuove incertezze*, in *Le soc.*, 2012, 11, p. 1223, nt. 28.

²⁵ Si tratta delle stesse informazioni la cui rivelazione può integrare le violazioni che già erano state escluse dal d.lgs. n. 179 del 2017, seguendo quanto esposto nella Relazione illustrativa al d.lgs. n. 24 del 2023.

²⁶ Si tratta degli obblighi di segretezza relativi alle informazioni classificate, al segreto professionale forense e medico, e alle deliberazioni degli organi giurisdizionali (art. 1, co. 3).

²⁷ Così, anche lo Schema di Linee Guida Anac del 1° giugno 2023, p. 64, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.anticorruzione.it/documents/91439/133024656/Schema+di+Linee+Gu>

questi casi, l'esclusione delle sanzioni interviene anche sul fronte della responsabilità civile e amministrativa (art. 20, comma 2).

Rispetto alla disciplina previgente, non viene solo esteso l'ambito di operatività del beneficio, ma questo viene ricollegato all'esistenza di presupposti diversi. Difatti, perché possa operare la non punibilità (in senso ampio) è necessario che ricorrano due condizioni.

In primo luogo, al momento della segnalazione, dovevano sussistere dei "fondati motivi" per ritenere che tale diffusione fosse necessaria ai fini della segnalazione dell'illecito. In secondo luogo, quest'ultima deve risultare rispettosa dei presupposti e delle procedure di cui all'art. 16.

Tali profili pongono il problema dell'inquadramento giuridico della fattispecie. Per un verso, essa sembra dare rilievo a un dato soggettivo, rappresentato dalla ricorrenza di una percezione di fondatezza di quanto segnalato e della necessità di trasmettere le informazioni per tali scopi. In altri termini, detta ipotesi, sembra dare rilievo più a una percezione del segnalante, e quindi a un dato putativo, che non alla obiettiva ricorrenza di elementi in grado di giustificare la rivelazione. Per un altro, l'integrazione di tali condizioni non determina l'irresponsabilità anche civile e amministrativa, determinando un effetto universale che appare evocare proprio la natura di scriminante²⁸.

A meno di non ritenere che, considerata la sovrapposizione tra le condizioni di protezione del segnalante (art. 16) e quelle di irresponsabilità del medesimo (art. 20) non si sia trattato, piuttosto, di aver aggiunto alla scriminante in senso proprio, rientrante nello schema generale dell'art. 51 c.p., la mera sottolineatura della mancata integrazione della responsabilità civile e amministrativa per la carenza di "mala fede", e cioè dei profili di colpa grave, esclusi proprio dall'esistenza di "motivi fondati" circa la legittimità della rivelazione.

Infine, un cenno merita l'ipotesi di condotte del segnalante volte ad acquisire o ad accedere alle informazioni sulle violazioni. La formulazione della disposizione si presenta anodina, se si considera che, da un lato, viene esclusa la responsabilità «anche civile o amministrativa»; dall'altro, tale esclusione di responsabilità non vale allorché la condotta costituisca reato. Difficile

ida+whistleblowing+-+documento+in+consultazione+-+01.06.2023.pdf/c52f44f7-0ea1-b1b5-303d-43e72fc15b46?t=1685611663523. Restano escluse le condotte che nulla abbiano a che vedere con la segnalazione di illeciti, come affermato da Cass. Pen., Sez. V, 26 luglio 2018 (ud. 21 maggio 2018), n. 35792, in relazione a una vicenda in cui un dipendente aveva avuto accesso abusivamente al sistema informatico della società e aveva elaborato un falso documento di fine rapporto a nome di persona che non aveva mai prestato servizio presso l'amministrazione al fine di dimostrare la vulnerabilità del sistema stesso.

²⁸ In questo senso, si cfr. lo Schema delle Linee Guida Anac, p. 64 ss.

poter discutere di scriminante²⁹, posto che non vengono individuati dei confini autonomi tra il lecito e l'illecito, ma si rimanda, tautologicamente, alle figure incriminatrici variamente ipotizzabili.

4. Il whistleblowing nel sistema della responsabilità da reato dell'ente.

Il *whistleblowing*, quale ulteriore garanzia di legalità dell'attività imprenditoriale, ha dimostrato da sempre di avere un collegamento stretto con la prevenzione degli illeciti di organizzazione di cui al d.lgs. n. 231 del 2001. Del resto, la segnalazione degli illeciti assume rilievo proprio all'interno di contesti ampi e caratterizzati dall'interazione di più soggetti. Pertanto, non si è dovuto attendere molto perché dall'interesse alla prevenzione e repressione dei fenomeni di 'corruzione amministrativa' in ambito pubblicistico (l. n. 190 del 2012) si passasse a innestare tale istituto nella logica di implementazione della prevenzione della criminalità d'impresa, al fine di garantire o recuperare l'integrità dell'ente di cui all'art. 1 d.lgs. n. 231 del 2001³⁰.

In particolare, la tutela di chi "soffia nel fischiello" si intreccia con la disciplina del documento esponentiale della capacità preventiva dell'impresa, rappresentato dal modello di organizzazione e gestione, quale complesso di meccanismi e procedure che l'ente ha l'onere di adottare per impedire la consumazione dei c.d. reati presupposto (art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001). Segnatamente, il modello rappresenta lo strumento per garantire la legalità d'impresa e, per converso, uno dei profili che il giudice deve esaminare, se adottato, al fine di accertare la c.d. colpa di organizzazione dell'ente.

Tale connessione è emersa già nella prassi antecedente l'evoluzione normativa in esame, che ha visto le imprese intervenire adeguando i propri modelli di organizzazione, alla luce del riferimento generico che in origine l'art. 6, comma 2 lett. d) d.lgs. n. 231 del 2001 conteneva in rapporto all'istituzione di flussi informativi verso l'organismo di vigilanza³¹.

Nell'estendere la rilevanza giuridica del *whistleblowing* al settore privato, la l. n. 179 del 2017 ha positivizzato in maniera specifica la istituzione di canali informativi all'interno dei modelli, con la previsione altresì di canali alternativi, con l'obiettivo, in entrambe le ipotesi, di garantire la riservatezza del

²⁹ Nello schema Anac si utilizza l'espressione "immunità" (p. 65). Senonché, se intesa in senso tecnico, questa dovrebbe determinare l'esclusione della punibilità in senso stretto per ragioni personali o funzionali, ciò che presuppone, in via logicamente preliminare, la sussistenza di un reato. In questo caso, invece, è proprio quest'ultimo che non consente al segnalante di potersi giovare di alcun beneficio.

³⁰ Sull'evoluzione normativa del *whistleblowing* tra pubblico e privato, si cfr. A. BARBIERI, *Whistleblowing e internal investigation: una prospettiva di collaborazione dell'ente*, in *Sist. pen.*, 2020, 6, p. 198.

³¹ Come osservato da M. SCOLETTA, *Il fischiello silente – ineffettività del whistleblowing e responsabilità da reato della corporation: appunti e spunti per un approccio empirico alla colpa di organizzazione*, in *Sist. pen.*, 1° febbraio 2021, p. 5 ss.

segnalante (art. 6, comma 2-*bis* lett. a) e b). Inoltre, oltre alla introduzione del divieto di ritorsioni e discriminazioni all'interno del modello (lett. c), con questo primo intervento si è data collocazione sistematica all'interno del "micro-codice 231"³² alle forme di coordinamento con la disciplina lavoristica (commi 2-*ter* e 2-*quater*). Infine, si è specificato che il sistema disciplinare di cui all'art. 6, comma 2 lett. e) avrebbe dovuto dettare una regolamentazione ad hoc con riguardo al *whistleblowing* (lett. d)³³.

Nell'attuare la direttiva europea, il legislatore ha preferito dare un'organicità autonoma alla disciplina delle segnalazioni e limitare il coordinamento con il d.lgs. n. 231 del 2001 all'individuazione del contenuto dei modelli. Infatti, il quadro normativo odierno, efficace a decorrere dal 15 luglio 2023, prevede un rinvio integrale al d.lgs. n. 24 del 2023 e alla direttiva di cui è attuazione (dir. 2019/1937/UE) nel riconoscere rilevanza giuridica alle segnalazioni nel contesto dei modelli di organizzazione, i quali devono prevedere i canali di segnalazione interna, il divieto di ritorsione e il relativo sistema disciplinare (art. 6, comma 2-*bis* d.lgs. n. 231 del 2001). La tecnica normativa adottata attribuisce all'interprete il compito di procedere all'integrazione delle due discipline.

Innanzitutto, per quanto di interesse, ricorre una perfetta coincidenza tra i soggetti attivi del d.lgs. n. 231 del 2001 che hanno adottato i c.d. Mog e i destinatari della nuova disciplina del *whistleblowing*, a prescindere dai requisiti dimensionali richiesti dall'art. 3 d.lgs. n. 24 del 2023.

L'ambito oggettivo della disciplina in tema di segnalazioni coincide sì anche con i reati presupposto della responsabilità dell'ente o con le violazioni del modello, pure rilevanti ai fini dell'illecito di organizzazione, ma è delimitato, al contempo, in via residuale rispetto alle violazioni che pregiudicano gli interessi dell'Unione Europea o che ineriscono alle materie di sua competenza o al mercato interno (art. 2), la cui rilevanza porta a prediligere la comunicazione esterna della segnalazione³⁴.

Come anticipato, la predisposizione dei *Whistleblowing schemes* all'interno dei modelli organizzativi, cioè di procedure operative interne inerenti ai flussi informativi della segnalazione, deve avere l'obiettivo precipuo di proteggere il segnalante in buona fede e la sua riservatezza, nonché di reagire

³² Espressione utilizzata con riguardo al d.lgs. n. 231 del 2001 da F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2001, p. 1327, mentre discorre di "mini-codice" C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 571.

³³ Sulle novità apportate nel 2017, si v. il *Position Paper* approvato dal consiglio direttivo dell'AODV del 18 luglio 2019, in https://www.aodv231.it/images/pdf/3333-10-PP%20II%20Whistleblowing_18%2007%202019.pdf

³⁴ Da ricordare che per alcuni settori era già prevista una peculiare disciplina in materia di segnalazioni, tutt'ora vigente. Si tratta dei canali autonomi contemplati dall'art. 52-*bis* t.u.b. e dall'art. 48 d.lgs. n. 231 del 2007.

efficacemente nei confronti di chi viola tali misure e dell'autore di segnalazioni infondate che, al contrario, sia in mala fede. Si tratta di elementi integrativi dell'organizzazione dell'ente che servono a dimostrare il buon funzionamento dei meccanismi di interazione interna volti a prevenire la commissione di reati, una volta conosciuti i segnali di rischio, ovvero finalizzati ad attivare prontamente gli strumenti di reazione contemplati dall'ente. Con riguardo a tale ultimo aspetto, l'attività successiva dell'ente potrebbe essere emblematica dell'adeguatezza del modello, nonostante la commissione del reato, per il carattere isolato della sua commissione e scevro dalla politica d'impresa³⁵; oppure ancora potrebbe costituire la base di partenza per adottare le misure di riorganizzazione e riparatorie rilevanti ai fini dell'accesso alle sanzioni positive previste dagli artt. 12 e 17 d.lgs. n. 231 del 2001³⁶.

Anche il legislatore del 2023 ha posto particolare enfasi sulla adozione dei canali interni di segnalazione (art. 4), la cui attivazione è obbligatoria, con possibilità di forme di gestione condivisa nel caso di enti di piccole-medie dimensioni. La presenza del canale è funzionale a garantire certezza e immediatezza delle procedure di segnalazione e deve essere strutturato in maniera tale da assicurare uno dei mantra della disciplina del *whistleblowing*: la riservatezza del segnalante e dell'oggetto della comunicazione³⁷. La gestione dei canali deve essere rispettosa di tali ultimi canoni e deve essere attribuita a soggetti autonomi e dotati di una competenza e formazione apposita, quali i Responsabili della Prevenzione della Corruzione nell'ambito delle Pubbliche Amministrazioni.

³⁵Si cfr. M. SCOLETTA, *op. cit.*, p. 20 ss.

³⁶Il collegamento è stato messo in luce da E.M. MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in F. CENTONZE – M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti: dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, p. 217 ss.; più di recente, si v. anche A. BARBIERI, *op. cit.*, p. 199 ss., la quale rileva altresì il possibile (almeno in astratto) impulso al meccanismo di autodenuncia dell'ente ex art. 25, comma 5-bis d.lgs. n. 231 del 2001, introdotto dalla l. n. 3 del 2019 (p. 204 ss.).

³⁷Nella vigenza del comma 2-bis, in dottrina si è rilevato che la predisposizione di canali idonei a garantire la riservatezza del segnalante avrebbe configurato un onere della persona giuridica, ma non avrebbe dato luogo ad alcun diritto all'anonimato di quest'ultimo, posto che nel caso di reazione dell'impresa sul fronte disciplinare il segnalato avrebbe diritto a poter conoscere il proprio accusatore, quale presupposto dell'esercizio di difesa. In questi termini, C. SANTORIELLO, *Alcune note in tema di whistleblowing: qualche precisazione (assolutamente necessaria) ed alcuni suggerimenti operativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2019, 1, p. 53. Nel settore del pubblico impiego, già Cass. Pen., Sez. IV, 27 febbraio 2018 (ud. 31 gennaio 2018), n. 9047, ha affermato che la prerogativa dell'anonimato viene meno nel procedimento disciplinare nei confronti del segnalato allorquando ciò sia indispensabile per l'esercizio del diritto di difesa.

I canali esterni, attivati e gestiti dall'Anac³⁸, invece, rappresentano un'*extrema ratio* legata all'esistenza di condizioni tassativamente indicate dalla legge, le quali, fuori del caso di pericolo imminente o palese per il pubblico interesse, conferiscono ai medesimi il ruolo di "porto sicuro" delle segnalazioni, volto a recuperare l'efficacia che il sistema interno non è in grado di assicurare.

Sebbene per quest'ultimo il d.lgs. riconosca la piena autonomia organizzativa degli enti, alla luce delle osservazioni della dottrina nel contesto della disciplina previgente, lo sbocco soggettivo del canale di comunicazione sul quale ricadrebbe ordinariamente la scelta dovrebbe essere rappresentato dall'organismo di vigilanza³⁹. La ragione per cui l'organo elettivo viene fatto coincidere con tale organismo risiede, in primo luogo, nella stessa competenza legale dell'organismo di vigilare sull'adeguatezza dei modelli, donde questo deve essere comunque coinvolto nei flussi informativi concernenti la violazione delle direttive del modello⁴⁰. In secondo luogo, l'indipendenza e l'imparzialità che connota l'organismo consentirebbe di evitare i possibili conflitti di interessi e i conseguenziali difetti di funzionamento del modello qualora i destinatari delle segnalazioni coincidessero con i soggetti apicali, potenziali autori degli illeciti⁴¹.

In alternativa, come già evidenziato in passato, nulla esclude che, nell'esercizio della propria libertà di organizzarsi, l'ente intenda istituire un canale interno parallelo, anche al fine di istituire un protocollo di informazione e reazione maggiormente spedito nei confronti delle violazioni meno gravi, attribuendo alla competenza esclusiva dell'organismo di vigilanza solo quelle di maggiore gravità⁴². In ogni caso, anche in tali casi si ritiene opportuno mantenere una sfera di attribuzioni dell'organismo stesso, poiché nulla esclude l'esistenza di una carenza di indipendenza del

³⁸ Sui quali profili, si rinvia allo Schema delle Linee Guida dell'Anac, cit., p. 67 ss.

³⁹ C. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 55; P. MAGRI – M. DE PAOLIS, *Modelli di organizzazione ed esenzione di responsabilità: aspetti pratici ed operativi*, in G. CANZIO – L. LUPÀRIA DONATI (a cura di), *Diritto e procedura penale delle società*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, p. 1102. In questo senso anche il *Position Paper* sopra citato di AODV, p. 24.

Anche se, a causa della sua composizione, l'organismo di vigilanza viene inteso, di fatto, come canale "esterno" da taluna dottrina (M. SCOLETTA, *op. cit.*, p. 15).

Sull'esigenza di evitare sovrapposizioni di competenze e di stabilire incontri a fini di informazioni tra l'organismo di vigilanza e altri organi societari con funzioni di controllo, si v. R. RORDORF, *L'Organismo di vigilanza nel quadro del D.Lgs. n. 231/2001*, in *Le soc.*, 2022, 1, p. 17.

⁴⁰ P. MAGRI – M. DE PAOLIS, *op. loc. ult. cit.*; C. SANTORIELLO, *op. loc. ult. cit.*

⁴¹ P. MAGRI – M. DE PAOLIS, *op. loc. ult. cit.*; C. SANTORIELLO, *op. loc. ult. cit.*

⁴² La proposta è di M. SCOLETTA, *op. cit.*, p. 15-16, il quale fa riferimento, esemplificativamente, a soggetti vicini al segnalante, come il superiore gerarchico responsabile delle risorse umane o un componente delle funzioni di *compliance*, affinché il *whistleblower* possa avere un confronto diretto con un soggetto che condivide con quest'ultimo i valori dell'etica aziendale.

destinatario previsto, con ricadute sulla efficacia del canale di segnalazione, che è data dal seguito della medesima, e, conseguentemente, del modello organizzativo.

Per incoraggiare una politica d'impresa ispirata alla legalità e garantire la validità dei *Whistleblowing schemes*, il legislatore ha colto i suggerimenti della dottrina e ha valorizzato la formazione e sensibilizzazione del personale sul sistema delle segnalazioni, per assicurarne la più approfondita e diffusa conoscenza nel contesto aziendale⁴³.

Un cenno meritano anche le caratteristiche che le segnalazioni devono avere affinché siano attivati gli schemi operativi interni all'impresa.

La disciplina del 2017 aveva richiesto che le informazioni trasmesse fossero fondate su elementi precisi e concordanti e che queste fossero collegate alle funzioni svolte dal segnalante, oltre che rilevanti ai fini della stessa responsabilità dell'ente. L'intento perseguito dal legislatore era quello di inserire la tutela del *whistleblower* privato all'interno della più ampia finalità di promuovere la cultura della legalità all'interno dell'impresa, ma, contestualmente, dissuadendo dal compiere delle divulgazioni emulative e strumentali⁴⁴.

Benché questa precisazione sia venuta meno, con l'eccezione dell'utilizzo dell'aggettivo «concreto» per i casi di informazioni sul sospetto della possibile commissione di illeciti, non sembra sussistere uno iato profondo tra i due compendi normativi. Infatti, da un lato, la logica di fondo sopra richiamata è rimasta immutata. Dall'altro lato, è evidente che, ai fini della efficacia della segnalazione, occorre dare contezza dei profili caratteristici nonché degli elementi specifici su cui la stessa si fonda. In altri termini, solo una segnalazione ben circostanziata può consentire un adeguato svolgimento dell'istruttoria successiva volta ad appurarne la commissione⁴⁵. Peraltro, va considerato altresì che alla segnalazione corrisponde un obbligo di agire da parte dell'ente, donde soltanto in presenza di elementi in grado di conferirle serietà potrà riconoscersi al 'seguito' la rilevanza che discende dalla legge. Non sembra deporre in senso contrario il riferimento esclusivo alla concretezza delle informazioni sui sospetti, giacché in questo caso sembra che il legislatore abbia voluto sottolineare la non genericità delle informazioni corrispondenti a meri sospetti.

Circa il seguito della segnalazione, prima dell'intervento della novità normativa si è discusso dei poteri riconoscibili in capo all'organismo di vigilanza.

⁴³C. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 58. Si inseriscono nel quadro della piena consapevolezza interna del sistema delle segnalazioni anche i compiti informativi sul funzionamento del canale attribuiti dall'art. 5 lett. e) al gestore del canale interno.

⁴⁴C. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁵ Così anche lo Schema delle Linee Guida dell'Anac, *cit.*, p. 31.

Mentre taluni Autori, sulla base dell'osservazione della prassi, hanno ritenuto che l'organismo potesse svolgere un'attività di accertamento pieno in ordine alle violazioni, fino a poter interagire con il titolare del potere disciplinare assumendo un ruolo propositivo della sanzione disciplinare da irrogare⁴⁶, altri hanno sottolineato come le competenze naturali del primo dovrebbero circoscrivere il proprio intervento alla conoscenza delle violazioni solo per verificare l'idoneità del modello e proporre eventuali modifiche o integrazioni⁴⁷.

Attualmente il legislatore, nel rispetto dell'autonomia organizzativa degli enti, si è limitato a stabilire che il gestore del canale deve darne «diligente seguito» e, successivamente, deve fornirne un riscontro tempestivo (art. 5, comma 1 lett. c) e d). Ferma restando l'autonomia organizzativa dell'ente in merito alla strutturazione (adeguata) del canale, la previsione di entrambi i pilastri di competenze procedurali dell'ufficio che gestisce il flusso informativo fa ritenere che l'accertamento dell'illecito debba essere affidato, ordinariamente, allo stesso organo⁴⁸. Pertanto, laddove questo dovesse essere individuato nell'organismo di vigilanza, dovrebbe essere sempre quest'ultimo a dover svolgere le relative indagini, salva la competenza in materia disciplinare degli organi titolari del relativo potere.

5. Conclusioni?

L'intervento di riforma, spinto dalla necessità di dare attuazione alla direttiva europea, per certi versi si colloca lungo il solco tracciato dalla disciplina previgente, con uno sforzo di maggiore compiutezza della disciplina di un istituto che, fino ad oggi, si era prestato al dibattito teorico e al dinamismo della prassi. Proprio questi ultimi fattori hanno consentito che la nuova regolamentazione si innestasse su un terreno già arato e che si potessero ricavare da subito alcune indicazioni interpretative dalle ampie formulazioni legali.

Tuttavia, le stesse aperture discendenti dalla tecnica legislativa impiegata rendono le ipotesi e le scelte sin qui elaborate suscettibili di un riadattamento autonomo in conseguenza dell'evoluzione successiva e delle esigenze della prassi. Da qui l'impossibilità di trarre delle conclusioni sul possibile impatto della normativa diverse dall'attesa della risposta concreta da parte degli enti pubblici e privati.

In questo quadro, resta una certezza. L'ordinamento – che qui può essere inteso in maniera “integrata” nel sistema europeo – agitato da una “fame” continua di efficienza, si dirige sempre più verso l'implementazione dei

⁴⁶ S. GIAVAZZI, *op. cit.*, p. 1222, la quale nota come solo in casi isolati l'Odv assume un ruolo di mero recettore formale delle segnalazioni, mentre il potere istruttorio è attribuito allo stesso titolare del potere disciplinare.

⁴⁷ P. MAGRI – M. DE PAOLIS, *op. cit.*, p. 1106

⁴⁸ In questo senso anche lo Schema delle Linee Guida dell'Anac, p. 37.



modelli di prevenzione (anche postuma) degli illeciti o irregolarità, tanto nel settore pubblico quanto in quello privato. Un disegno legislativo, quest'ultimo, che trova attuazione, attualmente, attraverso una leggera erosione delle esclusive statali in materia e una tendenza al "decentramento", ovvero mediante la ricerca di una maggiore responsabilizzazione di ciascun lavoratore, pubblico o privato.