

I PROFILI PENALI DEL *WHISTLEBLOWING* ALLA LUCE DELLA L. 30 NOVEMBRE
2017 N. 179

di Andrea Rugani

(Dottore in Giurisprudenza, Università di Pisa)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 1.1. Le esperienze di *Common law*. – 1.2 - Dai precedenti settoriali alla riforma del 2017. – 2. La riscrittura dell'art. 54-bis d. lgs. 165/2001. – 2.1. Le tutele del segnalante di matrice penale: la garanzia di riservatezza ex art. 329 Cpp. – 2.2. – Segue. La “causa di non punibilità” di cui all'art. 3 l. 179/2017 – 2.3. L'esclusione delle tutele in caso di “responsabilità” del segnalante. – 3. Il “nuovo” art. 6 co. 2-bis d. lgs. 231/2001. – 3.1. L'esclusione delle tutele in caso di segnalazioni “infondate” rese “con dolo o colpa grave”. – 4. Osservazioni conclusive: *whistleblowers* nuovi “garanti”?

1. Secondo uno studio commissionato dal Parlamento europeo, il *whistleblowing* (di seguito, *wb*) rappresenta «*the insider disclosure of what is perceived to be evidence of illegal conduct or other serious risks, out of or in relation to activities of an organization including the work related activities of its staff*»¹.

La definizione è apprezzabile, poiché delinea le caratteristiche fondamentali dell'istituto (la segnalazione, da parte di intranei, di “condotte illegali” commesse all'interno di un'organizzazione pubblica o privata), senza delimitarlo eccessivamente: l'estensione applicativa è, infatti, consentanea alle esigenze di prevenzione sottese al *wb*.

Tradizionalmente, si ritiene che il “suonatore di fischietto” (il segnalante interno) si trovi di fronte ad un conflitto tra due doveri: quello “di fedeltà” all'ente di appartenenza – che imporrebbe di non comunicare all'esterno quanto appreso in ragione del ruolo ricoperto – e quello pubblico alla rivelazione dell'illecito². Seguendo questa ricostruzione, il conflitto andrebbe risolto attraverso un giudizio di bilanciamento: l'obbligo di segnalare l'irregolarità prevarrebbe su quello di riservatezza, solo a condizione che la segnalazione sia basata su di un *fondato sospetto* ed il segnalante sia, al contempo, in *buona fede*. Non a caso, proprio il fondato sospetto e la buona fede rappresentano i due requisiti necessari, affinché il segnalante possa accedere alle misure di sua protezione.

In realtà, la logica del conflitto meriterebbe una più accurata ponderazione. Infatti, in ambito pubblico, nessun (legittimo) contro-interesse sembra opponibile

¹ R. Libenau, *Whistleblowing Rules: Best Practice; Assessment and Revision of Rules Existing in EU Institutions*, 12 maggio 2006, in <http://www.europarl.europa.eu/comparl/cont/site/calendrier/documents/3maio6/etude.pdf>.

² Nella dottrina italiana, lo sottolineano sia R. Cantone, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001 (art. 1, comma 51)*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B. G. Mattarella, M. Pelissero, Torino 2013, 247; sia – con nota critica – G. Arnone, *Whistleblowing e ordinamento italiano: possibili percorsi normativi*, in *Protezione delle vedette civiche: il ruolo del whistleblowing in Italia*, a cura di G. Frascini, N. Parisi, D. Rinoldi, in www.transparency.it, 127.

all'esigenza di segnalare prassi irregolari, la cui scoperta (e successiva repressione) consente la piena attuazione del principio di buon andamento amministrativo, cui deve essere informato l'agire della P.a. (art. 97 Cost.).

Anche in ambito privato, si può giungere alla stessa conclusione. Anzitutto, vi è la previsione di cui all'art. 41 co. 2 Cost., che individua nell'"utilità sociale" (concetto nel quale far rientrare anche la "legalità d'impresa") un espresso contro-limite alla libertà d'iniziativa economica privata.

In secondo luogo, vi è l'interpretazione del "dovere di fedeltà", di cui all'art. 2105 Cc, che non può certo estendersi sino ad impedire la segnalazione delle prassi illecite note al dipendente³.

Ciò risulterebbe estraneo sia al tenore letterale della norma (che vieta al lavoratore subordinato di «divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi della produzione dell'impresa (...)»), non certo di segnalare l'esistenza di prassi illegali) sia alla finalità dell'art. 2105 Cc che, come noto, è quella di tutelare la concorrenzialità dell'impresa.

Ebbene, è evidente che la segnalazione del *whistleblower* corrisponda proprio a tale finalità, nella misura in cui consente di scoprire degli illeciti interni che, se non prontamente repressi, finiranno per produrre un pregiudizio economico per l'ente⁴, danneggiando la sua competitività e, dunque, pregiudicando la sua esistenza sul mercato. Del resto, è la stessa giurisprudenza⁵ ad escludere che la segnalazione di un dipendente possa rappresentare una violazione del suddetto dovere di lealtà.

Se così è, non sembra esservi alcun contrasto tra l'istituto del *wb* e l'interpretazione teleologica dell'art. 2105 Cc: la finalità è pur sempre quella di preservare l'impresa da episodi d'infedeltà interna (rappresentati, nel *wb*, dalla commissione di un illecito da parte di un dipendente), salvaguardando le risorse economiche dell'ente e "proteggendo" la sua competitività.

In definitiva, sia negli enti pubblici che in quelli privati, si dovrà concludere per l'assenza di un "contrasto tra doveri" in capo al *whistleblower*: in entrambi i settori, si assiste all'assolvimento di un (legittimo) compito di controllo, che preserva la legalità dell'organizzazione ed è, per questo, coerente con i principi costituzionali dettati in materia.

³ Al riguardo, si veda V. Ferrante, *Rapporti di lavoro e whistleblowing. Diritto a "spifferare" e tutela del posto di lavoro nell'ordinamento italiano*, in *Il whistleblowing nuovo strumento di lotta alla corruzione*, a cura di G. Frascini, N. Parisi, D. Rinoldi Bonanno, Catania 2011, 89

⁴ Ciò è palese nei crimini economici in cui l'interesse del reo contrasta con quello dell'azienda (si pensi al delitto di cui all'art. 646 Cp), ed è, altresì, evidente in quelli caratterizzati da una (apparente) coincidenza tra il profitto del reo e quello dell'impresa (ad es., l'illecito di cui all'art. 2635 co. 3 Cc): anche in questi casi, infatti, il reato commesso produrrà pur sempre dei "costi" pregiudizievoli per la competitività dell'azienda (quelli del processo, del conseguente danno reputazionale, della inevitabile espulsione da taluni settori di mercato). Del resto, la dottrina segnala da tempo come il "dovere di fedeltà" ex art. 2105 Cc debba riferirsi all'impresa (che ha sempre da "perdere" dalla commissione di un reato al suo interno), non certo al suo titolare o al suo gruppo dirigente. Sul punto, cfr. G. Armone, *op. cit.*, 130.

⁵ Cfr. Cass. 6.5.1999 n. 4543, in *Banca dati Delure*.

1.1. Le legislazioni che disciplinano il *wb* sono in genere dirette a proteggere lo *status* lavorativo del segnalante, preservandolo da eventuali licenziamenti, demansionamenti o sanzioni disciplinari (misure “anti-*retaliation*”). Anche il diritto penale è chiamato a garantire il conseguimento di tale obbiettivo, sanzionando condotte vessatorie, garantendo il segnalante contro eventuali ritorsioni o, ancora, escludendo la punibilità in relazione ad alcuni reati di “rivelazione del segreto”.

Prima di analizzare la normativa interna, sarà opportuno un sintetico cenno alle principali esperienze di *common law*, in cui, per la prima volta, si è avvertita l'esigenza di proteggere i *whistleblowers*.

In prima linea, gli Stati Uniti d'America, che hanno disciplinato il *wb* (in ambito pubblico) attraverso due leggi federali del 1978 (*Civil Service Reform Act*) e del 1989 (*Whistleblower Protection Act*).

A regolamentare compiutamente l'istituto, e soprattutto ad estenderlo al settore privato, è stato, tuttavia, il *Sarbanes Oxley Act* (2002), emanato a seguito del grave scandalo economico-finanziario *Enron*. Il SOX prevede l'obbligo d'istituire, all'interno degli enti pubblici e privati, canali di denuncia “confidenziale” o “anonima”, precisando, al contempo, che la rivelazione posta in essere dall'intraneo in buona fede non costituisce violazione del dovere di lealtà al datore di lavoro, e introducendo specifiche misure anti-*retaliation*, idonee a preservare lo *status* lavorativo del segnalante. La più importante ed efficace di queste misure è di natura penale: si prevede, infatti, la reclusione non inferiore a dieci anni per chi “consapevolmente e con l'intento di rivalersi” compia un'azione dannosa nei confronti di chi “abbia fornito informazioni veritiere rispetto alla commissione o possibile commissione di un reato federale”⁶. La Sect. 301 (4) del SOX estende, poi, tale normativa a tutte le aziende “controllate” da società americane (anche se aventi sede all'estero) e a tutte le società quotate nel mercato americano: come ovvio, ciò ha determinato l'estensione *extra moenia* della disciplina appena ricordata.

Altra tappa importante è stata, poi, il *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del 2010: tale disciplina ha introdotto degli incentivi economici per i segnalanti che forniscano informazioni “originali” (cioè ignote al destinatario) e, almeno, “concausali” alla scoperta dell'illecito. Gli incentivi vengono calcolati come quota del danno economico che la segnalazione ha consentito di evitare. Il profilo degli emolumenti pecuniari al segnalante è tipico dei sistemi anglosassoni, tendenti ad un approccio pragmatico alla repressione del crimine economico.

Non può dirsi altrettanto della legislazione europea, dove l'introduzione di “premi economici” a chi consenta di scoprire fenomeni d'illegalità viene ancora avvertita con un certo disagio⁷.

Il Regno Unito ha introdotto, nel 1998, una normativa a protezione dei segnalanti, attraverso l'emanazione del *Public Interest Disclosure Act*, che tutela i

⁶ Sul punto, cfr. anche G. Amato, *Profili penalistici del Whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *RTrimDPenEc* 2014, 559.

⁷ Il “d.d.l. Businarolo” (atto genetico della l. 179/2017) prevedeva degli incentivi economici ai segnalanti: la previsione è stata soppressa in prima lettura alla Camera.

whistleblowers, in ambito pubblico e privato, estendendo al massimo la gamma dei destinatari della legge. Sul piano dei requisiti, si ricorda la buona fede del segnalante (“*reasonable belief*”); per quel che concerne le tutele, vengono contemplate specifiche azioni giudiziarie a contrasto di eventuali misure discriminatorie, e la nullità delle clausole contrattuali limitanti gli strumenti anti-*retaliation*.

A partire dagli anni '90, molti altri Paesi hanno introdotto delle leggi a tutela dei “suonatori di fischietto” (tra questi, si può ricordare il Sud Africa, il Canada e il Giappone). Non è questa la sede per analizzare tali strumenti normativi⁸: l'importante è segnalare che, nell'area di *common law*, si registra da sempre una particolare attenzione (legislativa e culturale) verso questo istituto, tanto che si è progressivamente assegnato ai privati il ruolo di “supervisor interni” della legalità d'impresa.

Non lo stesso può dirsi dei Paesi dell'Europa continentale, dove, per le prime riforme in materia, si è dovuto attendere l'impulso del diritto sovra-nazionale.

L'ottica con la quale, in sede europea, è stato affrontato il fenomeno del *wb* è la finalità di prevenzione della corruzione: chiamare gli intranei a svolgere il ruolo “inedito” di *whistleblowers* significava, infatti, dissipare il clima di omertà nel quale vive (e si rafforza) il *pactum sceleris* proteso al mercimonio delle cariche pubbliche e private⁹.

Passando rapidamente in rassegna gli strumenti sovranazionali, si deve, anzitutto, ricordare la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla corruzione (1999) – ratificata in Italia con l. 8.6.2012 n. 112 – il cui art. 9 prevede l'obbligo d'introdurre, in ambito pubblico e privato, una specifica disciplina dedicata al *wb*. In particolare, si riconosce speciale protezione all'*insider whistleblower*, vale a dire al soggetto che, in buona fede e sulla base di ragionevoli motivi di sospetto, abbia effettuato una segnalazione, anche in forma anonima, diretta all'esterno ed avente ad oggetto reati in materia di corruzione. È il caso di sottolineare che, secondo il Rapporto esplicativo della Convenzione¹⁰, i cc.dd. *malicious reports* (casi in cui sia accertato che il segnalante abbia agito con la consapevolezza di rivelare una notizia non vera) devono rimanere esclusi dal beneficio delle tutele.

Anche la Convenzione ONU contro la corruzione del 2001 – ratificata in Italia con l. 3.8.2009 n. 113 – impone, al suo art. 33, l'obbligo di “considerare l'opportunità” d'introdurre strumenti a tutela dei segnalanti. La principale differenza rispetto alla Convenzione del Consiglio d'Europa risiede nella facoltatività («*shall consider*») dell'intervento.

Infine, si possono ricordare le “raccomandazioni” di taluni organismi sovranazionali, chiamati a monitorare l'adequatezza delle legislazioni interne nel

⁸ Per un'analisi completa, si rinvia a G20, *Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblowers. Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation*, in www.oecd.org/corruption/48972967.pdf, 4 ss.

⁹ Per simili considerazioni, cfr. F. Coppola, *Il whistleblowing: la “scommessa etica” dell'anticorruzione*, in *DPP 2018*, 457 e ss.; oltre che R. Cantone, *op. cit.*, 255.

¹⁰ Rapporto Esplicativo, in <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174>, § 69.

contrasto delle pratiche corruttive. In particolare, il *Working Group on Bribery* – costituito in seno alla Convenzione OCSE contro la corruzione del 1997 – il GRECO – *Groups d'Etats contre la corruption*, organo del Consiglio d'Europa – il *G-20 Anti-corruption working group* – con i suoi *Guiding principles for whistleblowing protection legislation* – hanno sempre segnalato le lacune di molti ordinamenti, tra cui il nostro, reclamando la necessità di un urgente adeguamento.

L'ordinamento italiano ha, in parte, adempiuto, con la c.d. “legge Severino” del 2012 (cfr. *infra*): prima di analizzare le implicazioni di questa riforma, è, però, opportuno soffermare l'indagine su alcune disposizioni di settore, veri e propri “antecedenti” del *wb*.

1.2. In ambito pubblico, il precedente più immediato del *wb* è rappresentato dalle figure di “pubblico ufficiale” e “incaricato di pubblico servizio”, soggetti che, ai sensi degli artt. 361 e 362 Cp e 331 Cpp, hanno il dovere di denunciare con tempestività un reato (procedibile d'ufficio) di cui abbiano avuto conoscenza in ragione del ruolo ricoperto. Chi rivesta tali qualifiche è, dunque, già chiamato dall'ordinamento ad un ruolo “istituzionale” di denuncia, la cui omissione sarà sanzionata penalmente.

Norme di questo tipo interessano anche il settore privato. In primo luogo, si devono ricordare, da una parte, gli artt. 52-*bis* e 52-*ter* TuBanc, dall'altra, gli artt. 8-*bis* e 8-*ter* TuIntFin., che hanno previsto l'obbligo, per le banche e gli intermediari finanziari, d'introdurre sistemi di segnalazione interna, relativi a violazioni della normativa di settore, che garantiscano la riservatezza del segnalante e lo tutelino da eventuali misure ritorsive.

Sempre nel settore privato, l'art. 6 co. 2 lett. *d* d. lgs. 6.6.2001 n. 231 stabilisce, quale requisito essenziale dei modelli di organizzazione e gestione, la previsione di «obblighi d'informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli». Ai sensi di tale disposizione, sui dipendenti delle aziende che abbiano adottato tale modello grava già l'obbligo di comunicarne le violazioni all'OdV: eventuali omissioni dovranno essere sanzionate disciplinarmente, ai sensi della successiva lett. *e*.

Ancora, in ambito privato, si deve ricordare un orientamento giurisprudenziale (risalente a Cass. 6.5.1999 n. 4543), che ha decretato l'illegittimità delle misure ritorsive adottate dal datore di lavoro nei confronti di un lavoratore che abbia segnalato un'irregolarità, a causa della segnalazione stessa. Ciò costituisce il riconoscimento sostanziale – *ante litteram*, per via pretoria – di alcune delle tutele positivizzate dalla riforma del 2017 (cfr. *infra*).

Infine, in senso trasversale per il settore pubblico e privato, il d. l. 15.1.1991 n. 8, conv. con l. 15.3.1991 n. 82, che ha introdotto specifiche misure a tutela dei “collaboratori di giustizia”. Diversamente dalla legislazione in tema di *wb*, tale decreto non intende preservare lo *status* lavorativo dei “segnalanti”, ma solo proteggerne l'incolumità fisica, nella prospettiva di conservare, nella fase dibattimentale, la genuinità della prova dichiarativa. Anche se la finalità è diversa, è utile “tenere a mente” l'esistenza di una tale disciplina, se non altro per la comunanza funzionale che essa presenta con la legislazione sul *wb* (in entrambi i casi, s'intende proteggere chi ha

deciso di rivelare, all'esterno, l'esistenza di prassi illegali interne all'organizzazione di appartenenza). Ciò sarà, del resto, utile per evitare di ascrivere alla legge in tema di *wb* finalità che, invece, appartengono alle norme sulla tutela dei collaboratori di giustizia (cfr. *infra*).

La presenza di taluni "antecedenti settoriali" determina non pochi problemi di coordinamento con la nuova disciplina generale. Sarà, dunque, opportuno, nel prosieguo della trattazione, individuare i bacini applicativi (e i relativi spazi di sovrapposizione) dei diversi testi di legge, decretando, ove possibile, la prevalenza dell'uno o dell'altro.

Come ricordato, nel nostro ordinamento, il primo intervento normativo espressamente dedicato al *wb* – nel solo ambito pubblico – è la l. 6.11.2012 n. 190 (c.d. "legge Severino"), il cui art. 1 co. 51 ha inserito l'art. 54-bis (rubricato «tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti») all'interno del d. lgs. 30.3.2001 n. 165 (c.d. "testo unico del pubblico impiego").

Il primo comma di tale articolo ha previsto specifiche misure anti-*retaliation* (divieto di sanzioni, licenziamento o altre misure discriminatorie) a favore del pubblico dipendente che segnali illeciti all'Autorità giudiziaria, alla Corte dei Conti o al superiore gerarchico. Il co. 2 ha sancito, invece, l'obbligo di mantenere segreta l'identità del segnalante nel procedimento disciplinare fondato sulla segnalazione, con due eccezioni: il caso in cui il lavoratore presti consenso a rivelare la propria identità e quello in cui la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e, al contempo, la conoscenza dell'identità del segnalante sia «assolutamente indispensabile» per la difesa dell'incolpato. Il co. 3 ha sancito, poi, l'obbligo, per l'interessato o le associazioni sindacali più rappresentative, di segnalare l'adozione di eventuali misure discriminatorie al Dipartimento della funzione pubblica, per i provvedimenti di competenza. Infine, il co. 5 ha sottratto al diritto di accesso agli atti, di cui agli artt. 22 e ss. della legge sul procedimento amministrativo, la denuncia effettuata dal segnalante: un'importante componente della garanzia di riservatezza.

Si è, poi, registrata una parziale riforma, mediante d. l. 24.6.2014 n. 90, il cui art. 31 co. 1, novellando il menzionato art. 54-bis, ha inserito tra i destinatari della segnalazione anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione. Da quel momento, l'Anac si occupa non più soltanto delle segnalazioni provenienti dal suo interno, ma anche di quelle derivanti da altri settori dell'apparato amministrativo.

Infine, un'ultima, corposa riforma si deve alla l. 30.11.2017 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*», di seguito l. 179). La genesi di questa legge è da ricondursi all'Atto della Camera dei Deputati n. 365/15 ("d.d.l. Businarolo"), che ha subito alcune sostanziali modifiche in prima lettura al Senato e alla Camera. Dopo il tormentato iter legislativo (durato ben due anni), l'approvazione definitiva è giunta in data 15.11.2017, con entrata in vigore il 29.12.2017.

La legge, interamente dedicata al *wb*, si compone di tre articoli. Il primo articolo riscrive integralmente l'art. 54-bis d. lgs. 165/2001. In particolare, si ridefinisce, estendendola, la figura del "pubblico dipendente" meritevole di tutela (co. 2); si introduce il divieto assoluto di rivelazione dell'identità del segnalante, senza il suo

consenso, nel procedimento disciplinare fondato sulla segnalazione e si estende il vincolo di segretezza al procedimento penale e a quello pendente presso la Corte dei Conti (co. 3); si conferisce all'Anac il potere di sanzionare l'adozione di eventuali misure discriminatorie a carico dei segnalanti, ed il potere-dovere di emanare linee-guida per l'attuazione della riforma (co. 5 e 6); si opera un'inversione dell'onere probatorio, secondo il quale spetterà al datore di lavoro dimostrare la non discriminatorietà delle eventuali misure disciplinari adottate a carico del segnalante (co. 7). In caso di licenziamento, si riconosce al segnalante il diritto alla reintegra nel posto di lavoro (co. 8); si introduce, infine, una causa di esclusione delle tutele, nei casi in cui sia accertata, almeno con sentenza di primo grado, la responsabilità del *whistleblower* per taluni reati commessi con la denuncia ovvero, per lo stesso titolo, la sua responsabilità civile per dolo o colpa grave.

L'art. 2 prevede, per la prima volta nel nostro ordinamento, specifiche misure a tutela dei *whistleblowers* nel settore privato, aggiungendo il co. 2-*bis* all'interno dell'art. 6 d. lgs. 231/2001. In particolare, secondo la nuova disposizione, i MOG dovranno prevedere specifici canali di segnalazione (di cui almeno uno informatico) idonei a garantire la riservatezza del segnalante (lett. *a* e *b*), sancire il divieto di atti ritorsivi nei confronti dello stesso (lett. *c*) e sottoporre a sanzione disciplinare sia l'adozione di misure discriminatorie verso il segnalante sia l'effettuazione di segnalazioni infondate con dolo o colpa grave (lett. *d*). La legge in esame introduce, poi, due ulteriori commi (2-*ter* e 2-*quater*): il primo prevede la possibilità, sia per il segnalante che per le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, di denunciare all'Ispettorato del Lavoro l'eventuale adozione di misure discriminatorie; il secondo sancisce, invece, la nullità di talune misure disciplinari ritorsive a carico del segnalante, ed inverte l'onere della prova (da intendersi in capo al datore di lavoro) in caso di controversie attinenti all'irrogazione di sanzioni disciplinari verso il segnalante.

Infine, l'art. 3 prevede una "giusta causa" di rivelazione del segreto, che esonera i segnalanti dalle responsabilità di cui agli artt. 326, 622, 623 Cp e 2105 Cc.

L'istituto del *wb* presenta vocazione inter-disciplinare: in questa sede, saranno approfonditi i soli profili penali della riforma.

2. Come ricordato, l'art. 54-*bis* d. lgs. 165/2001 (di seguito, art. 54-*bis*) concerne le segnalazioni effettuate in ambito pubblico «nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione». L'analisi dei vari elementi che qualificano la segnalazione dovrà essere effettuata operando un "raffronto" contenutistico con i menzionati artt. 361 e 362 Cp, al fine d'individuare gli spazi di autonomia (e di sovrapposizione) delle due diverse discipline.

a) Anzitutto, il grado di vincolatività: mentre gli artt. 361 e 362 Cp sanciscono un obbligo di denuncia, la cui omissione è sanzionata penalmente, l'art. 54-*bis* riconosce al dipendente pubblico una mera facoltà, non essendo prevista alcuna conseguenza in caso d'inerzia¹¹.

¹¹ L'eliminazione del "superiore gerarchico" (al quale si devono obbligatoriamente segnalare situazioni illecite o di irregolarità ex art. 8 d.P.R. 16.4.2013 n. 62) dall'elenco dei destinatari del *wb* sembra confermare che la segnalazione è facoltativa.

b) Vi sono, poi, i destinatari delle tutele: l'ampliamento del concetto di "pubblico dipendente" costituisce una delle maggiori novità della riforma. Ai sensi dell'art. 54-bis co. 2, per "pubblico dipendente" deve intendersi: il dipendente delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 co. 2 d. lgs. 165/2001 (personale in servizio presso lo Stato, le Province, i Comuni e le Comunità montane), il dipendente di cui al co. 3 del medesimo articolo (personale "equiparato" in regime di diritto pubblico), i dipendenti degli enti pubblici economici, i dipendenti degli enti privati sottoposti a controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 Cc e, infine, i collaboratori di imprese che forniscano beni o servizi o realizzino opere in favore della pubblica amministrazione.

È ragionevole affermare che, molto spesso, il "pubblico dipendente", come sopra definito, rivestirà anche la qualifica di "p.u." o "i.p.s." (ai sensi degli artt. 357 e 358 Cp), con conseguente applicazione degli artt. 361 e 362 Cp. Ciononostante, è possibile individuare almeno cinque "spazi" di autonomia applicativa.

i) Il primo di questi si delinea con riferimento ai "lavoratori o collaboratori di imprese fornitrici o che realizzano opere in favore della p.a.", contenuto all'interno del novellato art. 54-bis co. 2. La disposizione sembra riferirsi a tutti i dipendenti delle aziende appaltatrici della p.a. che, in quanto lavoratori subordinati di un'impresa privata (che esercita attività di natura privata), non potranno, nella maggior parte dei casi, integrare la qualifica di "p.u." o "i.p.s.", come definite dagli artt. 357 e 358 Cp. Conseguentemente, a loro non sarà ricondotto l'obbligo di denuncia di cui agli artt. 361 e 362 Cp.

ii) Anche il dipendente pubblico con funzioni meramente esecutive rientrerà nella definizione di cui all'art. 54-bis co. 2 e non in quella di "p.u." o "i.p.s.", giusta l'esclusione operata dall'art. 358 co. 2 ult. parte Cp. Pertanto, a tale soggetto potrà essere applicata soltanto la l. 179 (non già le norme codicistiche).

iii) Inoltre, i dipendenti degli enti pubblici economici, esplicitamente ricondotti dalla l. 179 nella categoria di "pubblico dipendente", non sempre integreranno la qualifica di "i.p.s.": ciò dipenderà dalla funzione in concreto esercitata¹². Vi potranno, dunque, essere casi in cui tali soggetti avranno la facoltà di segnalare, ai sensi dell'art. 54-bis, e non l'obbligo di denunciare ex art. 362 Cp.

iv) Passando ai margini di autonomia delle norme del codice penale, il riferimento va, in primo luogo, ai dipendenti degli enti privati partecipati ma non controllati dalla p.a. ai sensi dell'art. 2359 Cc. Per espressa previsione della legge, tali soggetti non integrano la qualifica di "pubblico dipendente" (cfr. l'art. 54-bis co. 2): la scelta risulta criticabile per due motivi.

In primis, si deve considerare che queste "società partecipate" erogano dei servizi pubblici, come pubbliche sono le risorse che amministrano: ciò avrebbe suggerito di applicare loro una disciplina (il riformato art. 54-bis) che appare concepita per chi eserciti delle funzioni di rilevanza collettiva.

¹² Cfr. la recente Cass. 3.3.2017 n. 10875, in *Banca dati Delure*, secondo la quale l'impiegato di Poste s.p.a. (ente pubblico economico) assume la qualifica di "i.p.s." quando svolge funzioni di raccolta del risparmio postale, essendo dette funzioni, per la disciplina prevista dalla legge vigente, di carattere pubblicistico. Invece, quando svolge funzioni di "banco posta" (operazioni ATM), egli assume la qualifica di "dipendente privato", analogamente agli impiegati bancari.

In secondo luogo, si registra un paradosso, poiché, al contempo, il legislatore ha incluso nella disciplina dell'art. 54-bis i dipendenti degli enti pubblici economici, soggetti che esercitano, notoriamente, attività di natura privata¹³ e che non avrebbero, pertanto, “meritato” l'applicazione di una disciplina di natura pubblicistica. Nella legge si rinviene, dunque, un profilo d'irragionevolezza, che meriterebbe, *de iure condendo*, di essere rimosso.

Al di là dei profili di criticità, è noto che i dipendenti di società partecipate, anche se non controllate ex art. 2359 Cc, siano ricondotti, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, alle qualifiche di “p.u.” (o “i.p.s.”)¹⁴: dunque, a tali soggetti saranno applicabili gli artt. 361 e 362 Cp.

v) Infine, «i collaboratori e i consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o di incarico» della pubblica amministrazione. Secondo il d.d.l. Businarolo, lasciato invariato in prima lettura alla Camera, tali soggetti dovevano essere ricondotti nella definizione di “pubblico dipendente”: è stato il Senato ad eliminare tale inciso dall'art. 54-bis co. 2. La scelta contrasta con l'esigenza di prevenzione (dunque, di massima estensione soggettiva) del *wb*; inoltre, non si può escludere che i collaboratori della p.a. «con qualsiasi tipologia d'incarico o contratto» (ad es., stagisti, tirocinanti), per l'attività in concreto esercitata, debbano essere qualificati come “p.u.” o, più presumibilmente, “i.p.s.”. La valutazione dovrà essere effettuata in concreto, ma una simile prognosi sottoporrebbe questi “collaboratori” alla disciplina di cui agli artt. 361 e 362 Cp.

In definitiva, sul piano dei soggetti, il rapporto tra l'obbligo di denuncia sancito dal codice penale e la segnalazione pubblica di cui alla l. 179 può essere rappresentato come due cerchi che si intersecano: agli estremi vi saranno le cinque ipotesi di autonomia applicativa sopra elencate, nell'area d'intersezione le restanti fattispecie: peraltro, in tali casi, dovrà prevalere l'applicazione delle norme del codice penale, considerata la sanzione prevista in caso d'inerzia¹⁵.

D'altronde, si deve anche rilevare come proprio la “denuncia” all'Autorità giudiziaria costituisca una modalità di *wb*: dunque, nelle aree d'intersezione, il dipendente pubblico che effettui una denuncia dovrà essere qualificato, al contempo, come “denunciante”, ai sensi degli artt. 361 o 362 Cp, e “whistleblower” ex art. 54-bis (beneficiando, così, delle relative tutele).

c) L'ambito oggettivo della segnalazione è definito, dall' art. 54-bis co. 1, come qualsiasi “condotta illecita” di cui il pubblico dipendente sia venuto a conoscenza “in ragione del proprio rapporto di lavoro”: secondo il termine anglosassone, potrà essere segnalato ogni “wrongdoing”, vale a dire, ogni prassi illegale, irregolare e finanche immorale¹⁶.

¹³ Per tali critiche, cfr., *amplius*, C. Petrucci, *Whistleblowing, resta il rebus sui destinatari*, in *GD* 2017 (48), 7.

¹⁴ Cfr., ad es., Cass. 26.9.2006 n. 38698, in *Banca dati DeIure*.

¹⁵ Per simile conclusione, cfr. Autorità Nazionale Anticorruzione, *Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 “Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)”*, in www.anticorruzione.it, 5.

¹⁶ M. P. Miceli, J. P. Near, T. M. Dworkin, *Whistle-Blowing in Organizations*, New York, 2008, 4.

Non manca chi ha individuato un'eccessiva indeterminatezza nella definizione, richiedendo al legislatore una maggiore precisione¹⁷.

La critica non coglie nel segno: la logica di prevenzione che ispira il *wb* richiede, infatti, di consentire la segnalazione di ogni "minima" irregolarità, per contrastare sul nascere ogni pratica illegale. Del resto, all'istituto in esame non sono certo riconducibili le esigenze di determinatezza della materia criminale, non derivando dalla segnalazione alcuna immediata conseguenza penale per il segnalato: eventuali sanzioni di questo tipo sono solo uno dei possibili "sviluppi" del *wb*, e conseguono al procedimento penale fondato sulla segnalazione.

Proprio sulla base di tale rilievo, si possono individuare le differenze (oggettive) del *wb* rispetto agli artt. 361 e 362 Cp. Il bacino applicativo di queste disposizioni è più ristretto delle segnalazioni effettuabili dal *whistleblower*, giacché il p. ag. ha l'obbligo di denunciare soltanto la conoscenza di reati (procedibili d'ufficio), non di mere irregolarità.

In entrambi i casi, sarà, poi, necessario che il "denunciante" e il "segnalante" siano "fondatamente convinti" dei fatti rivelati¹⁸, non essendo sufficienti meri sospetti o "voci interne".

Sul piano oggettivo, dunque, le due fattispecie appaiono come due cerchi concentrici: più ampio quello dell'art. 54-bis, più ristretto quello delle norme codicistiche.

d) Vi è, poi, l'elemento soggettivo. La buona fede è un requisito implicito della denuncia effettuata dai soggetti pubblici di cui agli artt. 357 e 358 Cp: costoro dovrebbero, infatti, rispondere del reato di "calunnia" laddove incolpassero falsamente un soggetto di cui conoscono l'innocenza. L'interpretazione rigorosa dell'art. 368 Cp imporrebbe di accertare, in capo al "denunciante", la presenza del dolo intenzionale del reato¹⁹ (secondo la norma, il denunciante deve *essere consapevole* dell'innocenza dell'incolpato). Non mancano, però, alcune (minoritarie) pronunce, che fondano l'addebito sopra una sorta di "colposa" sottovalutazione dei fatti denunciati²⁰.

Il riferimento alla buona fede soggettiva all'interno dell'art. 54-bis – prevista in prima lettura alla Camera²¹ – è scomparso a seguito del passaggio in Senato: la scelta è

¹⁷ La prima Commissione permanente della Camera dei Deputati, nel documento n. 3365-1751-3433-A, consultabile su www.camera.it, 2, ha rilevato l'opportunità di «specificare meglio la condotta di abuso che, ai sensi del nuovo articolo 54-bis del decreto legislativo n. 165 del 2001, può essere oggetto di segnalazione».

¹⁸ Al riguardo, si veda R. Cantone, *op. cit.*, 250, che individua, come presupposto per poter segnalare, il *fumus commissi delicti*.

¹⁹ In effetti, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario richiede tale accertamento: cfr., *ex multis*, Cass. 14.12.16. n. 4112, in *Banca dati Delure*.

²⁰ Cfr. Cass. 23.5.13 n. 22922, in *Banca dati Delure*, secondo la quale «l'erroneo convincimento nutrito dall'agente circa la colpevolezza del soggetto da lui accusato in tanto può escludere la configurabilità, sotto il profilo soggettivo, del reato, in quanto sia basato non su semplici supposizioni ma su elementi seri e concreti, i quali siano stati sottoposti ad adeguata verifica e siano stati correttamente rappresentati nella denuncia».

²¹ Che aveva, al riguardo, anche dato una definizione: «è in buona fede il dipendente pubblico che effettua una segnalazione circostanziata nella ragionevole convinzione, fondata su elementi di fatto,

criticabile, poiché la buona fede rappresenta un requisito deontologico della segnalazione; sarebbe stato, dunque, preferibile richiamarla espressamente²². Inoltre, così facendo, ci si è discostati dai principali strumenti sovranazionali, che menzionano espressamente tale elemento di carattere soggettivo.

Nonostante l'assenza di un riferimento testuale, la necessità sostanziale della buona fede soggettiva può essere ricavata da due "indici" normativi. Anzitutto, dal fatto che il segnalante debba agire «nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione» (cfr. l'art. 54-bis co. 1), finalità evidentemente esclusa in capo a chi agisca dolosamente con l'intento d'inculpare taluno di un fatto non commesso. In secondo luogo, dalla precisazione di cui all' art. 54-bis co. 9, secondo il quale, la responsabilità per calunnia, diffamazione o altri reati commessi con la denuncia, e persino la responsabilità aquiliana (anche in casi di colpa grave) ostano al riconoscimento delle tutele previste dalla legge.

Dunque, costituendo la mala fede (e, nel caso di responsabilità civile, la colpa grave) un'ipotesi di esclusione del *wb*, la buona fede rappresenterà pur sempre un requisito implicito dell'istituto in esame.

Proprio muovendo da tali considerazioni, si può operare un raffronto con gli artt. 361 e 362 Cp.

Anzitutto, si noti che il delitto di calunnia costituisce il "limite invalicabile" di entrambe le fattispecie: in entrambi i casi, sarà il dolo intenzionale del reato ad escludere l'obbligo di denuncia e la facoltà di segnalare.

Per quanto concerne il delitto di diffamazione (limite negativo al solo *wb*), la maggior parte degli interpreti è favorevole ad imputare tale reato anche per "dolo eventuale" (come noto, figura soggettiva criticamente affine alla colpa)²³: in tali casi, verrà, dunque, meno la facoltà di segnalare.

Infine, in ipotesi di responsabilità aquiliana (contemplata dalla l. 179 come causa di esclusione del *wb*), è la stessa legge a ritenere sufficiente la "colpa grave" (oltre, ovviamente, al dolo), per escludere l'esistenza di una segnalazione meritevole di tutela.

Sul piano dei requisiti soggettivi, si deve, allora, riconoscere una divergenza applicativa tra i delitti di cui agli artt. 361 e 362 Cp e le segnalazioni di cui all'art. 54-bis: più circoscritti i limiti delle prime disposizioni (l'obbligo di denuncia "cade" solo dinanzi al dolo intenzionale della calunnia), più ampie le cause d'inoperatività della seconda norma (anche il dolo eventuale, in caso di diffamazione, e la colpa grave, in caso di responsabilità civile, determinano il venir meno della facoltà di segnalare).

Ancora una volta, *in quanto ai limiti*, l'immagine da evocare è quella dei cerchi concentrici: più ristretto il diametro delle limitazioni alle disposizioni codicistiche, più esteso quello dei limiti all'art. 54-bis.

che la condotta illecita segnalata si sia verificata. La buona fede è comunque esclusa qualora il segnalante abbia agito con colpa grave» (art. 1 co. 1 l. 179/2017, nel testo originariamente licenziato dalla Camera).

²² Per una diversa opinione, cfr. F Coppola, *op. cit.*, 483.

²³ Cfr. Cass. 13.3.13 n. 27787, in *Banca dati DeIure* secondo la quale, ai fini dell'addebito, è sufficiente la "consapevolezza" di utilizzare frasi ritenute offensive nel contesto di riferimento.

e) Un ultimo elemento di differenziazione è rappresentato dal destinatario della segnalazione. Mentre la denuncia di cui agli artt. 361 e 362 Cp deve essere indirizzata all'Autorità giudiziaria, la segnalazione di cui all'art. 54-bis è diretta ad un insieme eterogeneo di soggetti "alternativi": l'Autorità giudiziaria, la Corte dei Conti, l'Anac, il Responsabile interno di prevenzione della corruzione: tale soggetto è stato inserito nel relativo elenco su indicazione dell' Anac (nelle linee guida del 2015), al fine di potenziare il suo ruolo di prevenzione delle pratiche corruttive. Scomparso, infine, il riferimento al "superiore gerarchico": tale soggetto, legato strettamente alla struttura aziendale, e spesso coinvolto in prima persona nei fatti segnalati dal *whistleblower*, presentava il rischio di una gestione "parziale" dell'istruttoria interna²⁴; condivisibile, dunque, la sua espunzione dai destinatari della segnalazione.

2.1. Tra le tutele di matrice penale riconosciute al segnalante, rientra la garanzia di riservatezza: l'identità del *whistleblower* «nell'ambito del procedimento penale (...) è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'art. 329 del codice di procedura penale» (art. 54-bis co. 3).

Questa disposizione si correla ad altre norme, inserite nel medesimo co. 3, che garantiscono la riservatezza del *whistleblower* nel procedimento disciplinare fondato sulla segnalazione (divieto di rivelare l'identità senza il consenso del segnalante), in quello amministrativo e in quello presso la Corte dei Conti.

L'intento del legislatore era, evidentemente, quello di garantire il "suonatore di fischietto" nel più efficace dei modi: mantenendo il totale riserbo sul suo nome.

Il presupposto non scritto di tali norme è, dunque, che il segnalante riveli la sua identità: diversamente, non avrebbe alcun senso "obbligare" i gestori della segnalazione a non comunicarne le generalità. Escludere le segnalazioni anonime dall'alveo delle tutele²⁵ risulta comprensibile, in caso di denunce rivolte all'Autorità giudiziaria (stante il divieto di cui all'art. 333 co. 3 Cpp), non altrettanto, nel caso delle rivelazioni dirette a uno degli altri destinatari contemplati dalla norma²⁶: esigenze di prevenzione avrebbero suggerito di prevedere, in capo a tali figure, un obbligo d'istruttoria interna, al fine di accertare la fondatezza delle comunicazioni anonime ricevute.

Detto questo, è opportuno soffermare l'indagine sulla garanzia di riservatezza nel procedimento penale, riconosciuta mediante un richiamo espresso dell'art. 329 Cpp: il rinvio potrebbe rivelarsi non perfettamente coerente con le finalità della l. 179.

²⁴ Statisticamente, le segnalazioni dei *whistleblowers* coinvolgono proprio le condotte irregolari dei "superiori gerarchici".

²⁵ Cfr., a tal proposito, Camera dei Deputati, Dossier n° 305/3 – Elementi per l'esame in assemblea, in www.camera.it, 2, dove si legge che «la scelta di fondo è, ad ogni modo, l'esclusione di segnalazioni in forma anonima». Il d.d.l. Businarolo, nel testo originariamente presentato alla Camera dei Deputati, assegnava invece rilevanza anche alle segnalazioni anonime.

²⁶ Resta ferma la possibilità per le amministrazioni pubbliche di prendere in considerazione anche le segnalazioni anonime, ove «circostanziate e rese con dovizia di particolari», come si legge in Autorità Nazionale Anticorruzione, *op. cit.*, 4.

Come noto, la *ratio* dell'art. 329 Cpp è quella di garantire la segretezza delle indagini sino al compimento di determinati atti, in relazione ai quali si realizza una *discovery* in favore dell'indagato. Peraltro, sia pur nell'ottica di un bilanciamento, il codice determina la prevalenza della segretezza delle investigazioni sul diritto di conoscenza, laddove ciò sia "necessario" ai sensi dell'art. 329 co. 3 Cpp.

Se così è, si deve riconoscere una discrepanza tra la finalità della menzionata disposizione codicistica (tutelare le indagini, nel bilanciamento con il diritto di conoscenza dell'indagato) e la *ratio* dell'art. 54-bis (tutelare il *whistleblower*).

Probabilmente, il senso del rinvio è da rintracciarsi nella funzione "di garanzia" sottesa all'art. 329 Cpp, che consente all'indagato, in certi momenti e a date condizioni, di venire a conoscenza degli atti del procedimento.

In altri termini, il legislatore, con il timore che il "dogma" della riservatezza *ex* art. 54-bis co. 3 potesse tradursi, nel procedimento penale, nella totale segretezza del nome del *whistleblower*, avrebbe puntualizzato che, anche in questi casi, si dovrà pur sempre consentire all'indagato (al più tardi con l'avviso di conclusione delle indagini) di conoscere il nome del segnalante, suo "accusatore"²⁷. La lettera della disposizione, che limita il richiamo ai "modi" e ai "limiti" dell'art. 329 Cpp, sembra confermare l'interpretazione proposta; in realtà, del rinvio non vi era necessità: nessuno poteva dubitare che la norma in questione dovesse applicarsi anche ai procedimenti penali originati da segnalazioni dei "suonatori di fischietto".

Semmai, il richiamo espresso dell'art. 329 Cpp consente una riflessione più ampia sui risvolti applicativi del *wb* nel procedimento penale. Infatti, attraverso la *discovery* sancita dalla disposizione codicistica, il nome del segnalante è destinato a "circolare", e con esso i rischi sottesi alla conoscenza della sua identità.

Ebbene, la prospettiva di eventuali ritorsioni sul luogo di lavoro è esclusa, una volta per tutte, dalle tutele di cui co. 5, 6, 7 e 8 dell'art. 54-bis.

Rimane, invece, il rischio d'intimidazioni personali, inquinanti la prova dichiarativa, non certo escluso dalla protezione, *strictu sensu* "lavorativa", della l. 179.

Il rimedio contro tali rischi dovrà essere ricercato all'interno del d.l. 8/1991, contenente misure volte a proteggere l'incolumità personale dei collaboratori di giustizia, e applicabile, come noto, soltanto in relazione ai reati di cui all'art. 380 Cpp (cfr. l'art. 9 d. l. 8/1991).

2.2. All'insieme di tutele riconosciute al segnalante, si deve, poi, ascrivere la previsione di cui all'art. 3 l. 179, che qualifica la rivelazione effettuata dal *whistleblower*, perseguendo l'«interesse all'integrità della p.a. e alla prevenzione e repressione delle malversazioni nelle amministrazioni pubbliche e private», come "giusta causa" di

²⁷ In effetti, con una simile "preoccupazione" era già emersa in giurisprudenza: cfr. Cass. 27.2.18 n. 9047, in *Banca dati DeIure*, la quale, applicando l'art. 54-bis d. lgs. 165/2001 nel testo previgente alla riforma (ove non si trovava alcun riferimento all'art. 329 Cpp), ha avvertito la necessità di precisare che «nell'ambito del procedimento penale, l'identità del segnalante è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'articolo 329 del codice di procedura penale», costituendo la segnalazione non un «mero spunto d'indagine» ma un vero e proprio «atto d'accusa». Sembra, allora, che il legislatore di riforma abbia recepito proprio una simile pronuncia giurisprudenziale.

rivelazione del segreto professionale. Viene, così, esclusa l'integrazione dei reati di "rivelazione e utilizzazione del segreto d'ufficio" (art. 326 Cp), "rivelazione del segreto professionale" (art. 622 Cp), "rivelazione dei segreti scientifici e industriali" (art. 623 Cp), nonché la violazione del dovere di lealtà di cui all'art. 2105 Cc.

La causa di non punibilità in parola sembrerebbe avere natura di "scriminante"²⁸: nell'ottica del conflitto tra il dovere di lealtà e quello di riservatezza (cfr. § 1), essa opererebbe un giudizio di bilanciamento, determinando la prevalenza, a date condizioni, del dovere di segnalazione.

In realtà, così come la logica del conflitto, anche la natura di "causa di giustificazione" della presente disposizione meriterebbe un ripensamento. Infatti, proprio dall'analisi delle fattispecie "scriminate", sembrerebbe emergere, nella condotta del segnalante in buona fede, non il difetto di anti giuridicità, ma la mancanza di tipicità.

Si consideri, anzitutto, il reato di "rivelazione e utilizzazione del segreto d'ufficio" (art. 326 Cp), norma posta, come noto, a tutela del buon andamento della pubblica amministrazione, che richiede, tra gli altri requisiti tipici, l'accertamento di un pericolo concreto per il bene giuridico protetto²⁹. Ebbene, la rivelazione di prassi illecite interne non può rappresentare alcun pericolo per la P.a.: se così fosse, dovremmo paradossalmente affermare che la disciplina del segreto, nel nostro ordinamento, consente di mantenere *legittimamente* celata l'esistenza di pratiche illegali. Al contrario, proprio la segnalazione (e conseguente repressione) delle irregolarità sommerse consente all'ente pubblico di mantenere saldamente il proprio operato entro i confini della legalità, ciò che costituisce, ex art. 97 Cost., un preciso dovere della pubblica amministrazione. Se così è, non esiste alcun pericolo per il bene giuridico protetto, dunque, nessun fatto tipico.

Analoghe considerazioni valgono per l'art. 622 Cp, rubricato "rivelazione del segreto professionale": dalla lettura della norma, emerge che la comunicazione a terzi di quanto appreso in ragione del ruolo ricoperto debba essere effettuata «senza giusta causa», requisito negativo del fatto tipico. Ebbene, a parte considerazioni di natura assiologica (che consentirebbero di qualificare come "ontologicamente lecito" l'operato del "suonatore di fischietto") è lo stesso art. 3 co. 1 l. 179 a individuare, nella segnalazione del *whistleblower*, una "giusta causa" di rivelazione del segreto, escludendo, una volta per tutte, l'integrazione dell'art. 622 Cp.

Lo stesso deve dirsi per l'art. 623 Cp, norma che richiede che la condotta dell'intraneo sia finalizzata «a proprio o altrui profitto». Ancora una volta, deve escludersi la tipicità, considerato che il segnalante, per espressa previsione della legge, deve agire al solo fine di tutelare l'interesse all'integrità dell'ente e alla prevenzione e repressione delle malversazioni, con esclusione del dolo specifico richiesto dalla norma del codice penale. Del resto, laddove una simile "finalizzazione" esistesse, la segnalazione rappresenterebbe un *malicious report*, con esclusione dalle tutele

²⁸ In effetti, così la qualifica il legislatore: cfr. Camera dei Deputati, *op. cit.*, 4.

²⁹ Cfr. L. D. Cerqua, *sub* art. 326 Cp, in *Commentario breve al codice penale*, a cura G. Zuccalà, Padova 2009, 1192 e ss.; oltre che Cass. 11.10.2005 n. 42726 in *Banca dati Delure*.

previste dalla l. 179. La *necessaria* assenza del dolo specifico in capo al segnalante determinerà, dunque, il difetto di tipicità dell'art. 623 Cp.

Per quanto, poi, riguarda l'integrazione dell'art. 2105 Cc, si è già segnalato (cfr. § 1) che la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie non riconoscono, nella rivelazione del *whistleblower*, alcuna violazione del dovere di fedeltà³⁰: dunque, anche la disposizione civilistica non risulta integrata.

In definitiva, proprio l'analisi delle disposizioni che precedono sembra confermare che, nel *wb*, non vi è alcuna offesa agli interessi (legittimi) degli enti pubblici o privati: non esistendo alcun conflitto da risolvere, l'ipotesi di non punibilità di cui all'art. 3 co. 1 l. 179 dovrà essere qualificata come "causa di esclusione del fatto tipico".

Opportuna, poi, la previsione dell'art. 3 co. 2 l. 179/2017, che eccettua dall'applicazione della causa di non punibilità chi intrattenga relazioni con l'ente, l'impresa o la persona fisica interessata, «in ragione di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza»: si tratta di soggetti che, per essere esterni all'ente, risultano estranei alla logica del *wb*.

Infine, foriera d'incertezze applicative sarà la disposizione di cui al co. 3: qui si legge, infatti, che costituisce violazione dell'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». Se può ricondursi ad esigenze di rispetto delle formalità procedurali la seconda ipotesi di esclusione della non punibilità, più oscura risulta la prima disposizione, concernente le "modalità eccedenti". Probabilmente, il legislatore intendeva escludere dall'area d'impunità il segnalante in mala fede, che avesse agito con finalità ultronee rispetto alla sola volontà di far emergere l'illecito. Se così fosse, sarebbe stato preferibile il silenzio della norma, visto che, come più volte segnalato, il *malicious report* è già escluso dall'ambito delle tutele. Al contrario, si porranno non trascurabili problemi probatori: come dimostrare, nel processo, le "modalità eccedenti"³¹?

2.3. Le tutele riconosciute al *whistleblower* incontrano dei limiti laddove, anche con sentenza di primo grado, sia accertata la responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia e diffamazione o comunque per reati commessi con la denuncia di cui al co. 1 (si pensi ai delitti di "autocalunnia" e "simulazione di reato") ovvero la sua responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave.

La *ratio* della previsione è, evidentemente, quella di escludere il *malicious report* dall'ambito delle tutele, in linea con quanto previsto dalle convenzioni internazionali in materia.

Il testo previgente denotava, al riguardo, una formulazione generica («fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo, ai sensi dell'art. 2043 del codice civile [...] »), che l'Anac aveva criticato per due motivi³²:

³⁰ Cfr. Cass. 6.5.1999 n. 4543, in *Banca dati DeIure*.

³¹ In dottrina – cfr. F. Coppola, *op. cit.*, 484 – si sono già segnalati i rischi di una eccessiva discrezionalità interpretativa.

³² Cfr. Autorità Nazionale Anticorruzione, *op. cit.*, 6.

l'eccessiva estensione della formula di esclusione (aperta anche ad ipotesi di "colpa lieve"), l'incertezza della previsione, non collegata ad un accertamento giudiziale.

La riforma ha, dunque, accolto gli auspici dell'Autorità, da un lato limitando ai soli casi di dolo e colpa grave le ipotesi di responsabilità civile idonee ad escludere le tutele, dall'altro, richiedendo, ai fini dell'accertamento, *almeno* una sentenza di primo grado.

Le maggiori criticità risiedono nella seconda delle novità introdotte, nella quale la Commissione Affari costituzionali³³ aveva ravvisato una possibile lesione del principio di presunzione di non colpevolezza: si ritiene, infatti, che il segnalante abbia diritto di essere considerato innocente sino ad un accertamento definitivo.

In realtà, le perplessità vengono meno, se solo si considera che la disposizione in parola non collega all'accertamento giudiziale alcuna conseguenza di carattere penale, ma solo l'esclusione di uno statuto speciale di protezione, che rappresenta un vero e proprio "privilegio" per i *whistleblowers*. Non si tratta, dunque, di una violazione del principio di presunzione d'innocenza³⁴ (agli occhi dell'ordinamento penale, il segnalante risulta, comunque, *non colpevole* fino a sentenza definitiva), ma di una (legittima) operazione legislativa, con la quale si è manifestata diffidenza verso chi sia stato "colpito" da una pronuncia sfavorevole, anche se "provvisoria". Appare, dunque, legittimo, sul piano dell'art. 27 co. 2 Cost., aver correlato a tale accertamento non definitivo la reviviscenza delle regole generali, "derogando" al regime speciale della l. 179.

Il problema sollevato dalla disposizione è, semmai, di altro tipo e riguarda la certezza del diritto. Ci si chiede, infatti, cosa accadrà nel caso in cui la sentenza di primo grado, sfavorevole per il segnalante, venga poi "ribaltata" nei successivi gradi di giudizio: il legislatore non ha precisato se, in tali casi, si debba applicare, sia pur "tardivamente", la normativa speciale di protezione dei *whistleblowers* oppure se la pronuncia di primo grado abbia determinato, ora e per sempre, la non applicabilità di tali disposizioni. La seconda soluzione, certamente rassicurante sul piano della certezza giuridica, non sembra ragionevole, poiché conferisce un'ontologica (e non fondata) maggior "credibilità" alle sentenze di primo grado rispetto a quelle dei gradi successivi. Inoltre, non si può ignorare la lettera della legge, che si riferisce *almeno* (e non *soltanto*) ad una sentenza di primo grado.

Si dovrebbe, dunque, accogliere la prima soluzione, che riconosce al *whistleblower* il diritto all'applicazione delle relative tutele, sia pur tardivamente. Ci si chiede, però, quali saranno le sorti del giudizio del lavoro, conseguente all'impugnativa del provvedimento disciplinare irrogato. A meno che non sia già intervenuto il giudicato, si possono ipotizzare due scenari: o il giudice del lavoro riterrà il parallelo procedimento per "responsabilità" del segnalante un'ipotesi di "pregiudizialità necessaria" (sospendendo il processo sino a sentenza definitiva ex art. 295 Cpc) oppure,

³³ Cfr. Camera dei Deputati, *op. cit.*, 3.

³⁴ Sulla portata del principio di "presunzione di non colpevolezza", cfr. M. Chiavario, *Diritto processuale penale*⁷, Milano 2017, 207 e ss. Cfr., inoltre, C. eur. GC, 12.7.2013, *Allen c. Regno Unito*: la Corte, sia pur riconoscendone una particolare ampiezza applicativa, ha collocato la presunzione d'innocenza tra le garanzie procedurali del processo penale.

quest'ultimo sarà costretto ad un'incessante operazione di "ricalcolo" della normativa applicabile, conseguente all'esito del parallelo procedimento per responsabilità del segnalante. Sulla percorribilità della prima proposta ermeneutica, saranno la dottrina e la giurisprudenza del lavoro ad esprimersi (in questa sede, si può solo segnalare che la sospensione del processo, sino a sentenza definitiva, determinerebbe la sostanziale abrogazione dell'art. 1 co. 9 l. 179, che ritiene, invece, sufficiente un accertamento di primo grado).

Per quanto riguarda la seconda opzione, si possono prevedere le difficoltà operative che essa solleverebbe: l'auspicio è che il legislatore, preso atto dell'aporia applicativa, predisponga al più presto un intervento correttivo, richiedendo, al fine di escludere le tutele, un accertamento definitivo.

3. L'estensione delle tutele a coloro che effettuino segnalazioni nel settore privato rappresenta la più consistente novità della riforma.

L'intervento novellistico ha inserito il co. 2-bis all'interno dell'art. 6 d. lgs. 231/2001 (di seguito, rispettivamente, "co. 2-bis" e "art. 6"), imponendo alcuni nuovi requisiti ai MOG adottati ai sensi del decreto.

La collocazione normativa suscita almeno due perplessità: la facoltatività di adozione del Modello si tradurrà, infatti, nella facoltatività delle misure a tutela dei *whistleblowers*; inoltre, la "settorialità" del d.lgs. 231/2001 (non applicabile a tutte le entità del settore privato) costituirà un limite applicativo anche per la normativa neo-introdotta.

Ciò detto, si pone, ancora una volta, un problema di "perimetrazione" della nuova disciplina: infatti, l'art. 6 co. 2 lett. d d. lgs. 231/2001 (qui di seguito, "lett. d") già individuava, come requisito dei modelli organizzativi, la previsione di obblighi di comunicazione nei confronti dell'Organismo di Vigilanza; ci si chiede, dunque, quale sia la differenza tra i flussi informativi della lett. d e quelli del "nuovo" co. 2-bis.

a) La differenza risiede, anzitutto, nel coefficiente di vincolatività delle due disposizioni: mentre la lett. d introduce un vero e proprio obbligo di comunicazione, la cui inosservanza deve essere sottoposta a misura disciplinare (cfr. l'art. 6 co. 2 lett. e), il co. 2-bis obbliga le imprese a predisporre alcuni canali di "comunicazione": l'an della segnalazione resta, tuttavia, una mera facoltà per gli intranei.

Semmai, ci si chiede se la mancata segnalazione possa rappresentare, per il dipendente, oltre che un'ipotesi di "omesso *wb*", una violazione della lett. d: come ricordato, ciò consentirebbe l'irrogazione di una sanzione disciplinare.

Per rispondere all'interrogativo, è necessario delineare l'ambito di applicazione delle due norme.

b) Come noto, la lett. d rende l'obbligo di segnalazione, in capo all'intraneo, funzionale al corretto espletamento, da parte dell'OdV, del suo ruolo di vigilanza e controllo. Si può, dunque, affermare che la comunicazione debba avere ad oggetto tutto ciò su cui il predetto organismo è chiamato a vigilare: come segnala autorevole

dottrina, si tratta di eventuali violazioni del modello organizzativo interno, delle sue procedure attuative e, infine, del codice etico³⁵.

Invece, il co. 2-bis ha ad oggetto «segnalazioni circostanziate di condotte illecite», di cui gli intranei siano venuti a conoscenza «in ragione delle funzioni svolte».

Il requisito d'illiceità viene, poi, tratto, dalla legge, o dalla "rilevanza, ai sensi del d. lgs. 231/2001, della condotta tenuta, a patto che la segnalazione sia fondata su elementi di fatto precisi e concordanti" (cfr. il primo inciso del co. 2-bis) oppure da una "concreta violazione del modello di organizzazione e gestione" (cfr. il secondo inciso del medesimo comma).

Mentre le "condotte rilevanti ai sensi del decreto" saranno necessariamente quelle che configurano uno dei reati suscettibili di generare la responsabilità degli enti, ai sensi degli artt. 24 e ss. d. lgs. 231/2001, le "violazioni del modello" dovrebbero rappresentare tutte le operazioni irregolari, in contrasto con le procedure di *compliance* aziendale, senza integrare, tuttavia, uno dei reati-presupposto della responsabilità degli enti³⁶. Ciò sarebbe, del resto, in linea con la rubrica della l. 179 (che considera anche le "irregolarità" – e non solo i "reati" – come possibile oggetto della segnalazione).

Certo, seguendo questa linea rimarrebbe un vuoto di tutela: l'intraneo non avrebbe, infatti, la possibilità di segnalare la commissione di reati non inclusi tra gli illeciti-presupposto della responsabilità degli enti. Ciò sarebbe in contrasto con la logica di prevenzione del *wb*, che richiede che ogni tipo di condotta illecita – indipendentemente dalla sua rilevanza ai sensi del d. lgs. 231/2001 – possa emergere attraverso la segnalazione.

La suddetta limitazione, pur criticabile, non deriva da un'interpretazione restrittiva del testo di legge, ma dalla collocazione normativa prescelta. Del resto, sarebbe ultroneo imporre all'OdV (destinatario della segnalazione, cfr. *infra*) dei compiti di controllo (e di istruttoria interna) generali, volti all'accertamento di qualunque reato, anche se non previsto all'interno del d. lgs. 231/2001. Ciò

³⁵ Cfr. C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla struttura alla funzione del "modello organizzativo" ex d. lgs. 231/2001)*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli 2011, III, 2049. Nel contributo, l'Autore già segnalava la necessità di prevedere, all'interno del modello, sia modalità anonime di denuncia, sia «l'assicurazione che la denuncia, ove non sporta per finalità diffamatorie o comunque illecite, non darà luogo ad alcuna forma di ritorsione».

³⁶ Al riguardo, si veda, anzitutto, Camera dei Deputati, *op. cit.*, 3 che precisa: «il comma 2-bis, relativo ai requisiti del modello di organizzazione e gestione dell'ente (...) prevede uno o più canali che, a tutela dell'integrità dell'ente, consentano a coloro che a qualsiasi titolo rappresentino o dirigano l'ente (...) segnalazioni circostanziate di condotte costituenti reati o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente (...)». Si veda, inoltre, F. Sbisà, *La tutela del whistleblower nel settore privato: le criticità della nuova disciplina*, in *FocusTeamCorpGov* (1), Gennaio 2018, 3, secondo il quale «in prima istanza, la norma richiede che le segnalazioni facciano riferimento a condotte illecite rilevanti ai sensi del Decreto 231, così inducendo l'interprete a ritenere che la tutela sia riservata al whistleblower che segnali la commissione di un reato presupposto; in seconda battuta, tuttavia, il nuovo comma attribuisce rilevanza anche alle segnalazioni di violazioni del MOG, espressione che lascerebbe intendere la volontà del legislatore di tutelare anche le denunce di mere irregolarità, purché in contrasto con le disposizioni del Modello (...)».

significherebbe imporre a quest'organo dei compiti che esulano dai suoi poteri, e che ricordano quelli dell'Autorità giudiziaria.

Semmai, la suddetta limitazione applicativa dovrà rappresentare un "campanello di allarme", segnalante l'inadeguatezza della *sedes materiae* optata dal legislatore³⁷.

In definitiva, le comunicazioni di cui alla lett. *d* e le segnalazioni di cui al co. 2-bis, quanto all'oggetto, risultano affini: l'unico margine di autonomia della seconda disposizione rispetto alla prima sembra risiedere nella facoltà, per l'intraneo, di segnalare la commissione di reati-presupposto, in ordine ai quali non sia stata effettuata alcuna attività di gestione del rischio (rischio, evidentemente, ritenuto trascurabile). La commissione di tali illeciti, esclusi da qualunque cautela organizzativa interna, non potrà mai rappresentare una violazione del MOG, dunque, non si porrà alcun obbligo di comunicazione ai sensi della lett. *d*; essi, invece, potranno costituire oggetto di *wb*, poiché contenuti nell'elenco di cui agli artt. 24 e ss. d. lgs. 231/2001.

Ancora una volta, l'immagine da evocare è quella dei cerchi concentrici: più ampio l'oggetto delle segnalazioni *ex co. 2-bis*, più ristretto quello delle comunicazioni di cui alla lett. *d*.

Il legislatore ha, inoltre, limitato l'ambito delle segnalazioni effettuabili tramite *wb*, richiedendo che esse siano fondate su «elementi di fatto precisi e concordanti». Secondo un'autorevole istituzione³⁸, il segnalante dovrebbe fornire "elementi utili" per il riscontro della rivelazione: a titolo esemplificativo, una chiara e completa descrizione dei fatti, le circostanze di tempo e di luogo, le generalità o le qualifiche di coloro che hanno commesso la violazione, le generalità di altri soggetti al corrente dei fatti, eventuali documenti che possano suffragare quanto affermato.

Pregevole lo sforzo di circostanziare le segnalazioni private: non si comprende perché questo *fumus* di fondatezza venga richiesto solo per le comunicazioni di condotte illecite "rilevanti ai sensi del Decreto", e non per quelle poste in essere in "violazione del Modello" o, ancor più, per quelle oggetto di *wb* pubblico. Forse, la lacuna normativa potrà essere colmata dagli interpreti: sarà, infatti, irragionevole che l'ente prenda in considerazione qualsiasi segnalazione, anche se del tutto sprovvista di qualunque elemento obiettivo idoneo a suffragarla.

Anche in ambito privato, devono, inoltre, ritenersi escluse le segnalazioni anonime: le imprese potrebbero colmare il vuoto di tutela, obbligando l'OdV a predisporre ugualmente delle verifiche interne.

³⁷ Si deve, infatti, ricordare, che Trasparency International, *Linee Guida per la predisposizione di procedure in materia di whistleblowing*, in www.transparency.it, 12 richiede di estendere al massimo l'ambito delle segnalazioni effettuabili: «fatti che possano integrare reati, illeciti o irregolarità», «comportamenti a danno dell'interesse pubblico e dell'azienda privata; le azioni suscettibili di arrecare un pregiudizio patrimoniale o di immagine alla società, ente o amministrazione di riferimento; le azioni suscettibili di arrecare un danno alla salute o sicurezza dei dipendenti, utenti e cittadini o di arrecare un danno all'ambiente; le azioni poste in essere in violazione dei codici di comportamento o di altre disposizioni o procedure interne all'organizzazione sanzionabili in via disciplinare».

³⁸ Trasparency International, *op. cit.*, 12.

c) Mentre le segnalazioni di cui alla lett. *d* sono dirette all'Organismo di Vigilanza, il co. 2-*bis* rimane, sul punto, silente.

Nella logica della riforma, che ha "legato a doppio filo" la disciplina di cui al d. lgs. 231/2001 ed il *wb* privato, sembra ragionevole individuare sempre nell'Organismo di Vigilanza il destinatario delle segnalazioni³⁹.

Questa conclusione non appaga pienamente, poiché, come rilevato dalle principali agenzie sovra-nazionali, è preferibile che i destinatari delle segnalazioni siano molteplici, per assicurare una gestione imparziale dell'istruttoria interna.

La criticità può, tuttavia, essere superata alla luce dei requisiti di autonomia e indipendenza dei membri dell'OdV, ciò che dovrebbe assicurare l'assenza di conflitti d'interesse nell'accertamento della violazione.

d) Una differenza sostanziale tra i due tipi di segnalazione può, infine, cogliersi nei "canali di comunicazione". Mentre le modalità di segnalazione di cui alla lett. *d* sono rimesse alla discrezionalità dell'ente (che predispone, molto spesso, un indirizzo di posta elettronica intestato all'OdV, al quale far pervenire le comunicazioni), quelle di cui al co. 2-*bis* sono previste dalla legge: l'ente dovrà, necessariamente, dotarsi di «uno o più canali (...) che garantiscano la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione», di cui almeno uno «(...) idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante». L'attività più dispendiosa per le aziende sarà predisporre tali canali, specialmente quello informatico, al quale le imprese non potranno rinunciare⁴⁰.

In conclusione, l'introduzione del *wb* in ambito privato deve essere accolta favorevolmente, anche se la collocazione normativa suscita alcune perplessità, poiché determina, per un verso la facoltatività e, per altro verso, la settorialità dell'intervento di riforma.

Inoltre, la forte assonanza tra le comunicazioni di cui alla lett. *d* e le segnalazioni ex co. 2-*bis* (derivante anch'essa dalla *sedes materiae*) determina la scarsa innovatività dell'intervento: molte delle irregolarità segnalabili dal *whistleblower*, infatti, dovevano già essere oggetto di uno specifico obbligo informativo, ai sensi della lett. *d*.

Dunque, il timore è che l'applicazione della presente riforma si traduca, per gli enti privati, nel mero riconoscimento formale, all'interno del MOG, della facoltà di segnalare, senza che a ciò corrisponda un sostanziale incremento dei fatti segnalabili. L'unica effettiva novità potrà essere costituita dall'introduzione di un canale informatico di segnalazione.

3.1. I limiti alle tutele previsti per le segnalazioni in ambito pubblico (cfr. § 2.3) non si applicano alle segnalazioni private: è lo stesso art. 54-*bis* co. 9 a riferire soltanto «al presente articolo» le limitazioni ivi previste.

Nella disciplina si potrebbe, così, rintracciare una disparità di trattamento tra i *whistleblowers* pubblici e quelli privati.

³⁹ Per una conclusione analoga, cfr. F. Sbisà, *op. cit.*, 2.

⁴⁰ Hanno dato alcune indicazioni, nell'immediatezza della riforma, A. Musella e M. Maccarini, *La nuova legge sul whistleblowing: cosa cambia per le aziende?*, in *Focus Team Corporate Compliance e Anticorruzione*, Dicembre 2017, consultabile su www.belex.com.

La paventata disparità può essere colmata dalla previsione di cui all'art. 6 co. 2-bis lett. d, per la quale il sistema disciplinare previsto all'interno del MOG dovrà prevedere delle sanzioni nei confronti di «chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate». Ancora una volta, si è scelto di percorrere la “strada” dell'autoregolamentazione privata, rimettendo al sistema disciplinare interno ai MOG, predisposto dalle aziende, il compito di arginare il rischio di *malicious reports*.

Il problema che si pone è, ancora una volta, legato all'accertamento dell'infondatezza della segnalazione e, ancor più, del dolo o della colpa grave del segnalante.

Nel caso in cui il *whistleblower* abbia portato l'OdV a conoscenza di una condotta penalmente rilevante, e la segnalazione abbia dato avvio ad un procedimento penale, potrebbe essere l'eventuale provvedimento di archiviazione a certificare l'infondatezza; provvedimento non in grado, tuttavia, di accertare il dolo o la colpa grave del segnalante.

Esigenze di certezza giuridica imporrebbero, ancora una volta, di attendere una pronuncia giurisprudenziale⁴¹, per poter irrogare sanzioni disciplinari al segnalante. In tal caso, il rischio sarebbe quello di un eccessivo allungamento dei tempi di applicazione della misura, vanificando la funzione di deterrenza contro le segnalazioni infondate. Inoltre, ciò costituirebbe un'ipotesi d'interpretazione “creativa”, poiché estranea a quanto previsto dalla *littera legis*.

In questo contesto – nel silenzio della legge – la scelta più ragionevole è quella di rimettere all'istruttoria interna dell'ente l'accertamento dei requisiti per la emanazione delle sanzioni disciplinari. Spetterà, poi, al dipendente impugnarle, se lo riterrà opportuno, e l'accertamento sarà condotto, a quel punto, dal giudice del lavoro.

Si deve, infine, ricordare, che la causa di non punibilità di cui all'art. 3 l. 179 opera anche per le segnalazioni private: ciò determinerà, in particolare, l'esenzione dalla responsabilità di cui agli artt. 622, 623 Cp e 2105 Cc.

4. L'intervento di riforma operato attraverso la l. 179 si sviluppa lungo due linee direttrici: da una parte, l'implementazione delle tutele riservate al pubblico dipendente, dall'altra, l'introduzione *ex novo* di specifiche protezioni per il lavoratore privato.

I limiti del primo intervento si riconoscono nella (poco coerente) definizione di “pubblico dipendente” e nella problematica ipotesi di esclusione delle tutele in casi di “responsabilità” del segnalante.

Le criticità del secondo settore risiedono tutte nella *sedes materiae* prescelta: il d. lgs. 231/2001 determina, infatti, la facoltatività, la settorialità e, da ultimo, la scarsa innovatività delle tutele introdotte, poiché, la maggior parte dei fatti oggi segnalabili dai *whistleblowers* privati già costituivano oggetto di un obbligo di segnalazione, ai sensi dell'art. 6 co. 2 lett. d d. lgs. 231/2001.

Ciò detto, occorre aggiungere che la presente riforma può ascriversi ad una tendenza generale del diritto penale economico: quella di creare, all'interno delle

⁴¹ Per di più, “definitiva”, al fine di evitare i problemi di coordinamento segnalati sub § 2.3

organizzazioni complesse, “centri” privati di vigilanza e controllo, delegando loro funzioni di prevenzione, che spetterebbero invece all’apparato pubblico.

In quest’ottica, molto spesso, «le attese diffuse legate all’esplosione dei controlli sono accompagnate da un’espansione della responsabilità penale dei controllori (...)»⁴², mediante la creazione, per via pretoria, d’inedite posizioni di garanzia.

È, dunque, opportuno verificare se un simile esito ermeneutico (la creazione, cioè, di nuovi garanti) possa essere ascritto anche alla presente riforma: se così fosse, il segnalante, da “controllore interno”, diverrebbe un “controllato esterno” da parte dell’Autorità giudiziaria, chiamata ad accertare gli estremi di una responsabilità omissiva impropria.

La prima obiezione ad una simile ricostruzione dogmatica è di carattere sostanziale: il segnalante non ha alcun potere d’impedire l’evento, ma solo la facoltà di segnalare ad altri il decorso criminoso in essere.

Simile considerazione potrebbe, però, non esser sufficiente ad escludere la posizione di garanzia, poiché, come ha segnalato autorevole dottrina⁴³, il diritto vivente⁴⁴ ha considerevolmente ridimensionato il “potere impeditivo”, quale requisito costitutivo dell’art. 40 co. 2 Cp.

Tale orientamento si iscrive nella più ampia tendenza a «“procedimentalizzare” e a “burocratizzare” i “poteri impeditivi” riferiti a garanti inseriti funzionalmente in contesti organizzati»⁴⁵, e ritiene sufficiente, ai fini dell’art. 40 co. 2 Cp, che i soggetti intranei «siano dotati di poteri atti ad impedire la lesione del bene garantito, ovvero che siano ad essi riservati mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari ad evitare che l’evento dannoso sia cagionato»⁴⁶.

La citata estensione dei poteri impeditivi – che ha suscitato perplessità⁴⁷ – potrebbe ripercuotersi anche sui *whistleblowers*, poiché, se da una parte essi non hanno alcun potere d’interrompere il decorso criminoso, dall’altra, mantengono la possibilità di segnalarlo a terzi soggetti, stimolando il loro intervento “repressivo”⁴⁸.

⁴² G. Amato, *op. cit.*, 603, che sembra ipotizzare un simile rischio.

⁴³ A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *RTrimDPenEc* 2017, 527.

⁴⁴ Cass. 10.6.2010 n. 38991, in *Banca dati DeIure*.

⁴⁵ A. Gargani, *op. cit.*, 527.

⁴⁶ Cass. 10.6.2010 n. 38991, in *Banca dati DeIure*.

⁴⁷ Come segnala sempre A. Gargani, *op. cit.*, 528, «La tesi del potere impeditivo quale potere mediato, suscettibile di trovare espressione in interventi di sollecitazione di azioni impeditive altrui o di mera ostruzione del reato del controllato, nel contesto di procedure impeditive di eventi avversi, approda ad una concezione ‘organizzativa’ di potere impeditivo (prospettiva di tutela del bene attraverso piani organizzativi ritenuti idonei a paralizzare iniziative criminoso altrui). La rielaborazione riduttiva dell’intensità del potere impeditivo mira a valorizzare la dimensione “reticolare” e relazionale dei vincoli di tutela, a scapito della visione individualistica e, per certi versi, statica e atomistica alla base dell’accezione tradizionale di posizione di garanzia. Che tale ricostruzione possa conciliarsi con il disvalore d’evento sotteso all’art. 40 comma 2 c.p. e con l’equiparazione normativa sottesa a tale norma è lecito dubitare: per certi versi, la tesi del potere ‘mediato’ di impedimento appare la proiezione ‘destabilizzante’ del diritto penale del rischio sul versante della responsabilità omissiva, come tale difficilmente ‘contenibile’ sul piano pratico-applicativo».

⁴⁸ Ciò è, senz’altro, vero per il *wb* pubblico, in cui, tra i soggetti-destinatari della segnalazione, compare

Proprio la possibilità di “sollecitare” – quale *modus* “mediato” d’impedire il reato – potrebbe legittimare la ricostruzione, in capo ai “suonatori di fischiello”, di una nuova, inedita posizione di garanzia.

Ad escludere un simile risultato sarà, allora, decisivo il rilievo per cui il *whistleblower* non ha alcun dovere di “denunciare” l’irregolarità, ma – sia in ambito pubblico che privato – soltanto la facoltà di segnalarla; dunque, mancando un obbligo giuridico d’impedire l’evento, difetterà il presupposto “genetico” dell’art. 40 co. 2 Cp.

Si devono, inoltre, segnalare le difficoltà probatorie sottese all’accertamento del nesso causale tra la mancata segnalazione del *whistleblower* e la commissione del reato da parte di un intraneo. L’interprete sarebbe costretto ad un giudizio doppiamente congetturale: ipotizzare, dapprima, che il segnalante si sia attivato con celerità, “suonando il fischiello” nel momento opportuno, quindi, verificare se il tempestivo intervento di quest’ultimo avrebbe (o meno) potuto interrompere il decorso causale del reato. Il rischio sarebbe quello, ben noto, dell’accertamento presuntivo della responsabilità.

Rebus sic stantibus, è opportuno sgombrare il campo da equivoci: la l. 179/2017 non ha creato una nuova figura di “garante”, ma ha solo potenziato l’apparato preventivo, chiamando i privati al ruolo, facoltativo ed occasionale, di “sentinelle” del potere pubblico.

In conclusione, la presente riforma dovrà essere accolta con cauto ottimismo: nel settore pubblico, la legge ha effettivamente incrementato le tutele dei *whistleblowers*, sia pur con alcune criticità, legate perlopiù all’ambito soggettivo dell’art. 54-bis d. lgs. 165/2001 e alle ipotesi di esclusione delle tutele, di cui al co. 9 della stessa disposizione. Nel settore privato, invece, il cammino è soltanto iniziato: come segnalato, un considerevole “passo in avanti” sarebbe quello di svincolare il *wb* dalle “strette maglie” del d. lgs. 231/2001.

anche l’Autorità giudiziaria. Alcune perplessità sorgono, invece, in relazione al *wb* privato: l’Organismo di Vigilanza (destinatario della segnalazione) non sembra, infatti, titolare di idonei poteri impeditivi dei reati-presupposto, ma soltanto di specifici doveri di segnalazione. Ascrivere al *whistleblower* privato una funzione di garanzia determinerebbe, allora, un’ulteriore “astrazione” della segnalata “burocratizzazione” del potere impeditivo nei contesti organizzati, con incontrollabile proliferazione dei soggetti-garanti all’interno delle persone giuridiche.