

IL WHISTLEBLOWING RIFORMATO: RISVOLTI DI DIRITTO PENALE SOSTANZIALE E PROCESSUALE

di Anna Francesca Masiero e Fabio Nicollicchia*

(Assegnista di ricerca in diritto penale e Ricercatore in diritto processuale penale,
Università di Ferrara)

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Dalle origini al recepimento della direttiva 2019/1937/UE. – 3. *Whistleblowing* e *compliance*: l'innesto della disciplina nel sistema di prevenzione della responsabilità *ex crimine* dell'ente. – 4. Approvvigionamento di notizie di reato e presidi processuali nella gestione del conflitto d'interesse tra segnalante e segnalato. – 4.1 Segue. I rapporti tra ente e individuo. – 5. Le misure di protezione del *whistleblower*. – 6. Conclusioni: tutto cambia perché tutto resti uguale?

1. Espressione di istanze spiccatamente preventive, il *whistleblowing* campeggia tra gli strumenti della *politica criminale anticorruzione* che hanno preso corpo nel nostro ordinamento nell'ultimo decennio. La pratica in parola, radicatasi – sulla scia della consolidata esperienza giuridica dei Paesi di *common law* – dapprima nel settore pubblico e successivamente in quello privato, è il portato del recepimento del legislatore italiano di incalzanti sollecitazioni internazionali (da ultimo la direttiva 2019/1937/UE, trasposta con il recentissimo d. lgs. 10.3.2023 n. 24).

Destinata a far emergere, per mezzo della “soffiata” di un dipendente, determinate tipologie di rischio rilevabili sui luoghi di lavoro, essa si è ben presto affrancata dall'originario ambito di elezione, divenendo strumentale alla denuncia (*rectius*, alla segnalazione) di un ventaglio di illeciti assai ampio; non solo penali, ma altresì civili, amministrativi e financo prassi illegali e mere irregolarità¹, dei quali l'*insider* – tanto

* Il presente contributo rappresenta l'esito di una riflessione condivisa dei due autori. Nello specifico, a fini concorsuali, Anna Francesca Masiero è autrice dei paragrafi 1, 2, 3, e 5, mentre Fabio Nicollicchia ha curato la redazione dei paragrafi 4, 4.1 e 6. Il contributo è incluso nel volume, a cura di F. Nicollicchia, dal titolo *Etica aziendale e prevenzione del rischio reato. Una prospettiva interdisciplinare sul 'whistleblowing' riformato* – pubblicato per i tipi di Jovene nella collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara –, opera realizzata grazie al contributo dei fondi erogati dell'Università degli Studi di Ferrara nell'ambito dei progetti di ricerca finanziati con il contributo 5x1000 (bando 2021).

¹«(P)ericoli [...], frodi [...], danni ambientali, false comunicazioni sociali, negligenze mediche, illecite operazioni finanziarie, minacce alla salute, casi di corruzione o concussione e molti altri ancora»: così descrive i rischi rilevabili dal *whistleblower Transparency International*, la nota organizzazione internazionale che monitora i

nell'organizzazione lavorativa pubblica, quanto in quella privata – può aver contezza sia in qualità di soggetto che ne ha subito le conseguenze pregiudizievoli, sia di terzo osservatore estraneo alla dinamica dei fatti.

Non assume rilevanza alcuna, pertanto, la motivazione o, per meglio dire, il “movente” della segnalazione dei *wrongdoing*², fermo restando che la soffiata deve apparire funzionale a mettere in luce violazioni di disposizioni normative nazionali o dell'Unione europea che ledano l'integrità pubblica o l'interesse dell'ente privato. D'altra parte, appaiono eterogenee le ragioni atte ad ostacolare la soffiata, sì disincentivando il *whistleblower* a segnalare i comportamenti di cui è venuto a conoscenza; tra le quali, a ben vedere, assume un ruolo centrale il timore del segnalante di subire ritorsioni da parte dei vertici dell'organizzazione lavorativa.

Ne deriva, dunque, la necessità di apprestare strumenti di tutela (o, come definiti dalla novella del 2023, «di protezione»), utili a favorire la segnalazione di colui che, al fine di far emergere – peraltro non nel suo (unico) interesse – l'illecito o l'irregolarità, rischia la propria posizione lavorativa; addivenendo in tal modo a comporre il *conflitto*, tutto interno al denunciante, in cui con ogni probabilità si annidano le principali cause della – finora non significativa – diffusione della pratica³.

A tal proposito, a mo' di chiosa, preme sottolineare come – diversamente da quanto accaduto negli ordinamenti di *common law*, culla della figura –, una piena accettazione

fenomeni corruttivi su scala globale ed elabora i relativi dati statistici (v. <https://www.transparency.it/whistleblowing>), prestando oramai da anni particolare attenzione al fenomeno del *whistleblowing*.

² Come emerge dall'art. 16 del succitato d. lgs. 24/2023, sono del tutto irrilevanti la sussistenza alla base della segnalazione di un tornaconto personale, piuttosto che di un interesse specifico (quali la speranza di subentrare nell'altrui posizione lavorativa, o di arrecare un nocimento ad un collega), che possono al più assumere rilievo ai fini della verifica della fondatezza della segnalazione, giacché «*l'intrinseca apprezzabilità ovvero la non commendevolezza delle ragioni della segnalazione si collocano su un piano diverso da quello della sua fondatezza, eccettuato il già notato profilo riguardante la valutazione dell'attendibilità*». Così, F. Mucciarelli, *Il whistleblowing e il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione. Note minime tra teoria e prassi*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, a cura di A. Della Bella, S. Zorzetto, Milano 2020, 218.

³ I dati, del resto, parlano chiaro: la Relazione annuale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sull'attività svolta nel 2022, pubblicata in data 8.6.2023, rivela come l'Autorità in parola lo scorso anno abbia ricevuto 347 segnalazioni, a fronte delle 529 del 2021 e delle ben 873 del 2019. Per almeno la metà di queste, principalmente inerenti i settori degli appalti pubblici, delle procedure concorsuali e la gestione delle risorse pubbliche, è stata disposta l'archiviazione. Solo una minima parte di queste è invece sfociata in denunce all'autorità giudiziaria, ordinaria o contabile. In argomento v. le riflessioni di A. Della Bella, *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., § 5, ove l'Autrice rinvia, con riferimento allo scarso utilizzo della pratica nel settore privato, a M. Scoletta, *Il fischietto silente. Ineffettività del whistleblowing e responsabilità da reato della corporation: appunti e spunti per un approccio empirico alla colpa di organizzazione*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., § 4.

di tale forma di collaborazione con le autorità abbia faticato ad attecchire nel contesto italiano, piuttosto costellato da puntiformi esperienze di normativizzazione delle segnalazioni di fatti illeciti occorsi in *specifici* contesti lavorativi. A ben vedere, difatti, l'assenza di un vero e proprio obbligo di denuncia dei reati in capo al *quisque de populo*⁴, non gravato da un «*ruolo istituzionale di denuncia*»⁵, non ha affatto precluso l'introduzione di alcuni istituti precursori di quello in commento⁶. Pertanto, è verosimile che la ragione del mancato recepimento *in via generale* della disciplina del *whistleblowing* risieda altrove, e probabilmente nella diffidenza verso «*strumenti alieni al nostro sistema giuridico*»⁷, i quali avrebbero implicato un complessivo ripensamento delle garanzie, anche penalistiche, di colui che segnala una *mala gestio* all'interno del proprio settore lavorativo.

2. Il – pur tardivo – ingresso nel nostro ordinamento della disciplina del *whistleblowing* è stato, allora, favorito dall'intreccio di tre fattori, intimamente connessi l'uno all'altro. Il primo: una tradizione di *common law* di un certo rilievo, la quale – come si anticipava – ospitava il *whistleblowing* nell'alveo delle strategie di prevenzione dei *white collar crimes*. Il secondo: le sollecitazioni internazionali che, sulla scorta dell'esito positivo di quell'esperienza, incoraggiavano gli Stati dell'Europa continentale a fornire cittadinanza alla pratica del *whistleblowing* nell'ambito delle

⁴ Fatti salvi, beninteso, i casi di denuncia obbligatoria da parte del privato cittadino sanciti dall'art. 333 Cpp.

⁵ Così, da ultimo, A. Rugani, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, in www.la legislazione penale.eu, 3.6.2018, 5.

⁶ Obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza erano previsti nello stesso d. lgs. 8.6.2001 n. 231, il quale, all'art. 6 co. 2 lett. e, già nella versione originaria, comminava una sanzione, ancorché disciplinare, gravante sui dipendenti di enti giuridici dotati di un "modello 231" e del relativo organismo di vigilanza che avessero omesso di comunicare a quest'ultimo eventuali violazioni di cui erano venuti a conoscenza. Detti obblighi erano noti altresì al settore del diritto bancario, il cui Testo unico, all'art. 52-bis, impone agli istituti di credito di adottare procedure specifiche per la segnalazione di «atti o fatti che possono costituire una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria»; con l'ulteriore precisazione per cui, di per sé, «la segnalazione non costituisce violazione [...] degli obblighi derivanti da rapporto di lavoro». Parimenti in materia di intermediazione finanziaria ed assicurativa, in relazione alla quale l'art. 4-undecies del Testo Unico della Finanza stabilisce a sua volta l'obbligo di attivare canali di segnalazione di irregolarità nella *subiecta materia*. Infine, anche il testo unico sulla salute e sicurezza sul lavoro, d. lgs. 9.4.2008 n. 81, pone all'art. 20 una serie di obblighi di informazione in capo al lavoratore, il quale – tramite il responsabile dei lavoratori per la sicurezza – è chiamato a segnalare al datore di lavoro le anomalie in attrezzature, sostanze, materiali e dispositivi. A prescindere dalla doverosità di tali segnalazioni, gli oneri informativi si estrinsecano in una tipologia di «delazione» che non si differenzia significativamente da quella del *whistleblower*, se non per la specificità del contesto in cui essa viene realizzata e, di conseguenza, per l'organo cui la stessa è indirizzata.

⁷ A. Parrotta, R. Razzante, *Il sistema di segnalazione interna. Il whistleblowing nell'assetto anticorruzione, antiriciclaggio e nella prevenzione della responsabilità degli enti*, Pisa 2019, 38.

rispettive politiche anticorruzione. Da ultimo: la percezione del fenomeno corruttivo come vera e propria emergenza criminale, la quale – sulla scorta di indicatori quali il *Corruption Perception Index* – ha elevato l’elaborazione di una sua strategia di contrasto a priorità nell’agenda politica⁸.

Ebbene, muovendo dal primo dei summenzionati fattori, pare opportuno precisare come negli *States* la figura del *whistleblower* risulti già collaudata dalla metà dell’Ottocento⁹. La pratica in esame si era poi diffusa anche nel sistema inglese¹⁰ che, abbandonata la tradizionale ritrosia, aveva recepito il modello d’oltreoceano, inaugurando peraltro la distinzione tra *external* e *internal whistleblowing*¹¹; e, in seguito, sempre sulla falsariga dell’esperienza statunitense, altresì al di fuori del mondo anglosassone, conservando, seppur in misura variabile, i tratti genetici del modello originario.

Sulla scia dei primi riscontri, nel complesso confortanti, le principali organizzazioni internazionali impegnate nella lotta alla corruzione hanno via via promosso il ricorso al *whistleblowing* – vero e proprio «strumento di governance»¹² –, non solo mediante

⁸ Tanto da necessitare di interventi *extra ordinem* volti ad irrobustire l’assetto preventivo in materia di anticorruzione anche per mezzo di strumenti dalla natura “ibrida”, quali quelli succedutisi in materia negli ultimi anni: solo per far un accenno agli stessi, l’introduzione delle operazioni sotto copertura e la previsione di forme di collaborazione processuale nell’alveo delle strategie di contrasto ai reati contro la pubblica amministrazione. In argomento cfr., volendo, A.F. Masiero, *L’agente sotto copertura in materia di delitti contro la pubblicazione amministrazione: una (in)attesa riforma. note a margine della legge “spazza-corrotti”,* in www.la legislazione penale.eu, 8.4.2019 e Ead., *La leva premiale nel prisma delle fattispecie corruttive. Brevi osservazioni a margine della causa di non punibilità ex art. 323-ter c.p.,* in www.archiviopenale.it 29.6.2021.

⁹ Più nello specifico, il vero antesignano della figura risale al *False Claim Act* del 1863, che legittimava il privato cittadino ad esperire un’azione legale nei confronti dei soggetti sospettati di frode contro il Governo federale, seguito poi dal *Lloyd – La Follette Act* dell’1912, il quale – sempre nel settore pubblico – apprestava una prima embrionale forma di tutela ai funzionari che denunciassero casi di corruzione all’interno dell’ambiente lavorativo. Il primo vero e proprio sistema di garanzie *antiretaliation* veniva tuttavia inaugurato, nel settore privato, solo dal *Sarbanes Oxley Act* del 2002 in occasione di alcuni noti *financial scandals*, per arginare i quali le grandi aziende avevano peraltro introdotto sistemi interni di gestione e controllo volti a prevenire la corruzione e altri *white collar crimes* (*Compliance Company Programs*). Per una dettagliata ricostruzione della pionieristica disciplina in materia di *whistleblowing* nei paesi di *common law* si veda, *ex multis*, G. Invernici, sub artt. 5-6-7, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo et. al., Milano 2019, 230 ss.

¹⁰ Il Regno Unito ha adottato nel 1998 il *Public Interest Disclosure Act*, il quale dettava regole a protezione dei lavoratori che fornissero informazioni all’autorità al fine di individuare i responsabili di fenomeni di corruzione. Per una dettagliata disamina del funzionamento dei canali di segnalazione nell’ordinamento anglosassone si rinvia a J. Gobert, M. Punch, *Whistleblowers, the Public Interest Act 1998*, in *Modern Law Review* 2000, 63, 1, 25 ss.

¹¹ In tema si rinvia a P.B. Jubb, *Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation*, in *Journal of Business Ethics* 21, 1999, 78.

¹² Così N. Parisi, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità*, cit., 3.

fonti di *soft law*, ma anche attraverso strumenti vincolanti; come le numerose convenzioni internazionali approvate fino al 2009, il cui recepimento negli ordinamenti giuridici nazionali, tuttavia, si è fatto attendere mediamente piuttosto a lungo, specie con riferimento all'area geografica della "piccola Europa"¹³.

Sul fronte domestico, difatti, il primo intervento volto a dare cittadinanza al *whistleblower* coincide con la legge c.d. Severino del 2012. Tale novella (l. 6 novembre 2012 n. 190) – cui va riconosciuto il merito di aver realizzato, forse per la prima volta in materia di corruzione, un equilibrato connubio tra tecniche di prevenzione e di repressione¹⁴ – ha introdotto all'art. 54-*bis* del c.d. *Testo unico del pubblico impiego* (d. lgs. 30.3.2001 n. 165) la prima embrionale misura di protezione per il dipendente pubblico che avesse denunciato al superiore gerarchico (*internal whistleblowing*), all'autorità giudiziaria ordinaria o contabile (*external whistleblowing*)¹⁵ condotte

¹³ Va anzitutto menzionata la *ILO Convention concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer*, adottata il 22.6.1982 (e mai ratificata dall'Italia), il cui art. 5, nella sua versione inglese, stabiliva che «*the filling of a compliant or the participation in proceedings against an employer involving alleged violation of laws or regulations or recourse to competent administrative authorities*» non potesse costituire una valida ragione per un licenziamento. Tale disposizione, la cui portata è stata a lungo indagata in dottrina, sembrerebbe «*richiedere anche l'adozione di una disciplina nazionale di portata generale indirizzata all'impresa, capace di imporre ad essa l'obbligo di un modello organizzativo interno idoneo a tutelare per altre vie (non solo dal licenziamento) il lavoratore dipendente che si trovi nella situazione da esso descritta*»; sul punto si veda N. Parisi, *Il whistleblowing: vincoli internazionali, adattamento interno, attitudine culturale*, in *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, a cura di G. Frascini *et al.*, Acireale 2011, 99. Seguivano la Convenzione OCSE del 1997 e numerose fonti di *soft law* della stessa organizzazione – rapporti, linee guida, raccomandazioni – le quali veicolavano, seppur con strumenti meramente promozionali, l'idea della doverosa introduzione di misure a tutela della categoria degli "informatori". Tra gli strumenti di *hard law*, nell'ambito del Consiglio d'Europa occorre segnalare la *Criminal Law Convention* e la *Civil Law Convention* del 1999, le quali – rispettivamente agli artt. 22 e 9 – imponevano alle parti contraenti di dotarsi di una legislazione a protezione del *whistleblower*. La ratifica della seconda di queste (che per l'Italia è avvenuta con l. 28.6.2012 n. 112) comporta un obbligo di monitoraggio dei livelli di corruzione da parte del G.R.E.C.O (*Group d'Etats contre la Corruption*), le cui raccomandazioni – pur mancando della vincolatività delle disposizioni contenute nella suddetta convenzione – ribadiscono i medesimi inviti a introdurre siffatte forme di protezione. Infine, non ci si può esimere dal citare la nota Convenzione ONU di Merida, aperta alla firma il 9-11.12.2003, ma ratificata dall'Italia solo il 3.8.2009, la quale all'art. 33 si limita a disporre che gli Stati possono valutare di inserire («*shall consider incorporating*») strumenti di protezione per colui il quale denunci reati rientranti nell'ambito di applicazione della Convenzione. Meritevole di nota e di gran lunga più recente è, infine, la Raccomandazione CM/REC (2014)7, la quale – in 29 dettagliatissimi punti – disciplina i modelli di segnalazione interna che i 47 Paesi del Consiglio d'Europa sono tenuti ad attuare, con particolare riferimento ad enti di grandi dimensioni. Sul punto cfr. F. Cingari, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino 2012, 70 ss.; per una più ampia ricostruzione delle politiche europee ed internazionali di contrasto al fenomeno corruttivo si veda invece V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli 2012, in particolare 463 ss.

¹⁴ Sul punto cfr. F. Cingari, *op. cit.*, 155 ss.

¹⁵ Si noti che la legge in parola non prevedeva alcuna gerarchia tra i destinatari della segnalazione, né forniva indicazioni e criteri cui informarsi, lasciando al *whistleblower* «*un ampio margine di libertà, che si presta al rischio di un indesiderato effetto boomerang: cosa accade infatti nell'ipotesi in cui l'illecito segnalato al superiore*

illecite di cui era venuto a conoscenza «in ragione del rapporto di lavoro», tesa a metterlo al riparo da qualsivoglia ripercussione in ambito lavorativo. Più precisamente, la norma in parola prevedeva che il segnalante non poteva essere sanzionato, licenziato, sottoposto a misure discriminatorie ricadenti sulle condizioni di lavoro per motivi connessi, anche solo indirettamente, alla denuncia stessa: beninteso, purché sussistessero alcuni indefettibili presupposti finalizzati a scongiurare l'utilizzo pretestuoso della tutela in esame¹⁶. Sotto questo profilo, proprio la clausola di apertura della norma – «fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia e di diffamazione» – subordinava l'operatività della tutela stessa al rispetto dell'obbligo di buona fede gravante sul dipendente pubblico, da ritenersi violato anche qualora la segnalazione integrasse un illecito civile ai sensi dell'art. 2043 Cc. Al limite della buona fede si aggiungeva poi quello del «fondato sospetto» che, seppur non menzionato dalla norma in esame, faceva capolino dalle numerose linee guida in materia; le quali, tra l'altro, subordinavano la concessione delle «misure di protezione» alla verifica della correttezza e della attendibilità della soffiata, non ritenuta meritevole di tutela se fondata su meri sospetti o voci¹⁷.

Attraverso la denuncia di *wrongdoings*, pertanto, la pratica del *whistleblowing* esplicava in pieno la sua funzione preventiva, coincidente con «*la profilassi del rischio di verifica di reati e non, meramente, dei fatti effettivamente compiuti*»¹⁸. Essa presentava, tuttavia, il limite dell'applicabilità al solo dipendente pubblico, così come definito al co. 2 dell'art. 54-bis, con plateale violazione¹⁹ delle prescrizioni della Convenzione di Strasburgo²⁰, la quale, lungi dal discriminare tra settore pubblico e privato, richiedeva una piena tutela di entrambe le categorie di lavoratori.

gerarchico sia stato commesso da quest'ultimo?»; così, provocatoriamente, F. Coppola, *Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *DPP* 2018, 4, 379.

¹⁶ In argomento, si veda G. Varraso, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 1732 ss.

¹⁷ Infine, la norma garantiva al dipendente pubblico l'anonimato nell'ambito dell'eventuale procedimento disciplinare scaturente dalla sua segnalazione; garanzia, questa, che sarebbe tuttavia venuta meno qualora il segnalante avesse prestato il suo consenso, ovvero laddove «la conoscenza [dell'identità del segnalante] sia [fosse] assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato».

¹⁸ Così G. Amato, *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *RTrimDirPenEc*, 2014, 565.

¹⁹ Così R. Cantone, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. n. 156/2001 (art. 1, comma 51)*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B. G. Mattarella, M. Pelissero, Torino 2013, 254.

²⁰ Sul punto L. Salazar, *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione; l'Italia davanti ai suoi giudici*, in *CP*, 2012, 4290.

L'aporia appena segnalata è stata in seguito superata con la l. 30.11.2017 n. 179, la quale, nel quadro del primo intervento domestico interamente dedicato alla figura del *whistleblower*, ha introdotto significative novità sia in relazione al contesto privato che a quello pubblico.

La novella in parola ha infatti esteso l'ambito di applicazione soggettivo del succitato art. 54-bis²¹ ai lavoratori del pubblico impiego assoggettabili al c.d. «regime privatizzato», ai dipendenti di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico, così come i lavoratori ed i collaboratori di imprese private appaltatrici della pubblica amministrazione. L'intervento legislativo *de quo*, successivo a quello che aveva inserito tra i destinatari della segnalazione l'Autorità Nazionale Anticorruzione²², ha inoltre stralciato la facoltà di segnalare l'illecito al datore di lavoro, sostituito dal «più affidabile»²³ Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza: un'innovazione, questa, destinata a catalizzare l'emersione degli illeciti penali, ove si consideri che quest'ultimo, a differenza del datore di lavoro, è un pubblico ufficiale, dunque soggetto gravato dal dovere istituzionale di denuncia dei reati previsto dal codice Rocco²⁴.

Occorre tuttavia segnalare come fosse rimasto immutato l'oggetto della segnalazione, il quale coincideva con «le condotte illecite conosciute dal dipendente in ragione del rapporto di lavoro», già individuate dalla legge anticorruzione del 2012. Espressione, questa, dall'incerto valore semantico, il quale da un lato si poteva giustificare con l'intento di garantire al lavoratore la più ampia tutela possibile, ma,

²¹ Per una approfondita riflessione circa l'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina in parola e le relative incoerenze sistematiche si rinvia a G. Varraso, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 1734.

²² Il riferimento è al d.l. 24.6.2014 n. 90, il cui art. 31 co. 1 aveva modificato l'art. 54-bis introducendo l'ANAC tra i destinatari della segnalazione.

²³ Così G. Varraso, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 1734; si veda inoltre E. Fiata *La tutela del whistleblower nel pubblico impiego dopo la legge n. 179 del 2017*, in www.lavoropubblicheamministrazioni.it, 1, 2018, il quale definisce quella in parola una «scelta [...] coerente con il sistema di prevenzione della corruzione disciplinato nella legge Severino che affida al Responsabile della prevenzione della corruzione il delicato compito di proporre strumenti e misure per contrastare fenomeni corruttivi».

²⁴ Ancora, la legge in commento ha incrementato i canali di segnalazione degli illeciti sui luoghi di lavoro, incaricando l'ANAC di predisporre le relative linee guida e, in parallelo, ha rafforzato la garanzia di anonimato del segnalante, estendendola al procedimento penale ove l'identità di quest'ultimo «è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'art. 329 c.p.p.». Infine, la novella ha previsto un'inversione probatoria nell'eventuale procedimento disciplinare scaturente dalla segnalazione, assegnando al datore di lavoro l'onere di dimostrare la natura non discriminatoria delle misure asseritamente ritorsive. In argomento v. F. Coppola, *op. cit.*, 483.

dall'altro lato, non poteva che destare perplessità sotto il profilo della scarsa determinatezza, specie in ragione delle sanzioni patrimoniali irrogabili in caso di mancata segnalazione, la cui etichetta formalmente non penale non ne escludeva certo l'enorme portata afflittiva²⁵.

Assai significativa, invece, la previsione di una esimente, nel giro di poco "battezzata" come una *giusta causa di rivelazione dei segreti*, la quale si inseriva nel quadro delle misure di protezione accordate dalla legge del 2017 al segnalante, invocabile ogni qual volta la segnalazione integrasse gli elementi costitutivi dei reati di cui agli artt. 326 Cp (rivelazione e utilizzazione del segreto d'ufficio), 622 Cp (rivelazione del segreto professionale) e 623 Cp (rivelazione dei segreti scientifici e industriali)²⁶.

Le principali novità, tuttavia, risiedevano nelle modifiche apportate all'assetto normativo relativo alla responsabilità *ex crimine* degli enti, così come delineate dal d. lgs. 8.6.2001 n. 231: al quale il legislatore ha ancorato la disciplina della segnalazione degli illeciti nel contesto di lavoro privato.

L'art. 2 della l. 179/2017, difatti, ha innovato la formulazione dell'art. 6 d. lgs. 231/2001, intervenendo sui contenuti dei modelli di organizzazione e gestione, la cui comprovata efficace attuazione – come noto – è astrattamente idonea a esentare l'ente da responsabilità²⁷. Mentre l'immutato co. 2 indicava le esigenze cui deve rispondere il modello, il successivo co. 2-bis ne elencava i nuovi contenuti, e in particolare: (a) l'attivazione di uno o più canali di segnalazione che consentano sia ai soggetti in posizione apicale, sia ai soggetti dipendenti di denunciare le condotte illecite di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte; (b) la predisposizione di almeno un canale di segnalazione per via informatica, idoneo a rafforzare la garanzia di anonimato del segnalante, ed incentivare in tal modo anche i dipendenti più riluttanti; (c) la previsione del divieto di atti ritorsivi nei confronti del segnalante, per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione; (d) la previsione di sanzioni disciplinari – ai sensi dell'art. 6 co. 2 lett. e – nei confronti di chi viola «le

²⁵ Il riferimento è alle severe sanzioni amministrative pecuniarie irrogabili dall'ANAC qualora accertati che il Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza non ha svolto l'attività di verifica e analisi delle segnalazioni o non sia stato attivato alcun canale di segnalazione (situazione, quest'ultima, a cui viene equiparata quella dell'attivazione di un canale non conforme alle linee guida); a tal proposito si veda V. Ferrante, *Novità per il settore pubblico e privato in tema di whistleblowing*, in *Labor*, 2018, 158.

²⁶ V., *infra*, § 3.

²⁷ Circa la natura di detta responsabilità e la disciplina dei modelli in questione si rinvia, per tutti e da ultimo, a M. Scoletta, *Sub art. 6*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 132 ss.

misure di tutela del segnalante» o di chi effettui, con dolo o colpa grave, segnalazioni che si rivelino successivamente infondate.

Secondo alcuni il novellato assetto legislativo non coincideva con una vera rivoluzione, trattandosi piuttosto di una innovazione «*solo apparente*», «*benché tanto enfatizzata nella prassi professionale*»²⁸, dal momento che – in via di autonormazione – i contenuti dei modelli organizzativi avevano già assunto profili simili a quelli postulati dalla riforma.

Inoltre, l'assetto complessivo della protezione accordata al dipendente privato appariva ancora decisamente meno robusto rispetto a quello relativo al dipendente pubblico: a tal proposito, non rilevava solo l'assenza di qualsivoglia indicazione circa la possibilità di denunciare all'esterno dell'organizzazione lavorativa, coincidendo dunque il destinatario in via esclusiva con l'organismo di vigilanza od organo endoaziendale ad esso equiparato; ma era altresì evidente l'ampiezza limitata dell'oggetto della segnalazione.

Del resto, la perimetrazione dell'illecito segnalabile nell'ambito privato risentiva enormemente dell'ancoraggio della disciplina del *whistleblowing* al d. lgs. 231/2001: dal quale in effetti derivava che il dipendente privato potesse denunciare solo le condotte penalmente rilevanti sussumibili all'interno del catalogo dei reati presupposto (artt. 24 ss.), il quale, seppur in continua espansione, non esaurisce certo il novero di illeciti (penali e non) potenzialmente perpetrabili nell'attività privata di impresa; ovvero violazioni del M.O.G., cioè comportamenti inosservanti dei precetti contenuti nel modello o in altri strumenti interni contenenti regole comportamentali (i protocolli, le procedure, i codici di condotta), nella prassi organizzativa già oggetto di flussi informativi *ad hoc*. Senza contare, infine, che con la scelta di ancorare alla responsabilità da reato dell'ente la segnalazione nell'ambito privato – sistema ospitale, dalle forme astrattamente accoglienti, ma certo non scevro di criticità – il legislatore ha commesso, con ogni probabilità, una leggerezza, dimenticando che l'adozione dei M.O.G. non rappresenta affatto un obbligo per l'ente²⁹.

Nella consapevolezza che «l'importanza di garantire una protezione adeguata ed efficace degli 'informatori' è sempre più riconosciuta a livello sia unionale che

²⁸ ...in quanto tesa «al malcelato intento di stimolare le imprese a procedere a costosi aggiornamenti dei modelli organizzativi». Così 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 *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., 245.

²⁹ Cfr. sul punto A. Rugani, *op. cit.*, 17, il quale ha efficacemente sostenuto che «la facoltatività di adozione del modello si tradurrà [...] nella facoltatività delle misure a tutela dei *whistleblowers*».

internazionale»³⁰, la già evocata direttiva 2019/1937/UE si poneva l'obiettivo di dettare norme minime comuni in merito alla figura del *whistleblower*, chiamata a svolgere un ruolo fondamentale nella prevenzione delle «violazioni del diritto dell'UE». Difatti, una protezione effettiva dell'«informatore» era, a detta di Parlamento e Consiglio, condizione necessaria per incentivare l'utilizzo dello strumento in parola e, pertanto, «per rafforzare l'applicazione del diritto dell'Unione» in svariati settori.

Primo strumento europeo di *portata generale*, diretto a svincolare la tutela del *whistleblower* da singoli ambiti specifici³¹, la direttiva in parola si caratterizzava per una notevolissima estensione dell'ambito di applicazione *sogettiva*, atto a ricomprendere anche i lavoratori autonomi, i collaboratori esterni, i tirocinanti, i volontari, coloro il cui rapporto di lavoro è terminato o non è ancora cominciato, i c.d. *facilitatori*, ossia coloro che prestano assistenza al lavoratore nel processo di segnalazione, i colleghi e persino i parenti dei *whistleblowers*³². La stessa nozione di «violazione», che segna dunque i confini applicativi del *whistleblowing* dal punto di vista *oggettivo*, si presentava oltremodo ampia, abbracciando tutte le violazioni degli atti dell'Unione relativi ad una lunga lista di settori che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva stessa o idonei a vanificarne l'oggetto e le finalità.

Parallelamente, tuttavia, non si registravano differenziazioni circa le tutele apprestate al dipendente pubblico rispetto a quello privato, che invero contraddistinguono la normativa italiana: «*profilo di irrazionalità*»³³, questo, il cui superamento, in sede di trasposizione della direttiva europea, era senza dubbio auspicabile.

Un elemento di novità era invece rappresentato dalla previsione di ben tre tipologie di canali di segnalazione: accanto ai *canali interni* (di cui la direttiva imponeva

³⁰ Così si apre la direttiva 2019/1937/UE, che al primo considerando richiama la necessità di garantire una protezione agli «informatori» definiti i lavoratori, inseriti in un'organizzazione pubblica o privata, o in contatto con essa, che per primi vengono a conoscenza di «minacce o pregiudizi al pubblico interesse sorti in tale ambito».

³¹ Si veda, a tal proposito, la direttiva 2013/30/UE, che aveva introdotto la tutela del soffiatore al solo fine di garantire «un'efficace applicazione dell'*acquis* ambientale dell'Unione». A tal proposito, si veda il considerando n. 10 della direttiva 2019/1937/UE, che richiama la succitata direttiva in materia ambientale al fine di segnalare come «prima dell'entrata in vigore della presente direttiva le sole norme di protezione degli informatori esistenti in materia di tutela dell'ambiente [fossero] previste in un atto settoriale».

³² Sul tema v. A. Della Bella, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in *Sistema penale*, 6 dicembre 2019, nonché in Ead., *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., 179.

³³ Così A. Della Bella, *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., 179.

l'adozione a tutti gli enti pubblici e privati con più di 50 dipendenti, questi ultimi indipendentemente dall'adozione del M.O.G.), e a quelli *esterni*, comparivano nella direttiva i non meglio definiti canali «pubblici». Verosimilmente residuale rispetto ai succitati, il ricorso ad essi era ancorato ad alcune rigide condizioni³⁴, dalle quali traspariva la natura evidentemente *sussidiaria* di una simile modalità di segnalazione, nonché la conseguente necessità di farne uso in circostanze eccezionali, richiedendo la *public disclosure* «un accorto bilanciamento tra i diversi interessi in gioco»³⁵.

Venendo, invece, alle tutele apprestate per il segnalante, la direttiva imponeva agli Stati membri l'adozione di un folto novero di misure atte ad evitare qualsivoglia forma di ritorsione (art. 19), classificabili come misure di sostegno (art. 20) e misure di protezione (artt. 21 e 22). Tra queste ultime, sempre nell'ottica di incentivare la segnalazione, assumeva particolare rilevanza l'esenzione per l'informatore da ogni forma di responsabilità – verosimilmente anche penale – per le condotte connesse all'acquisizione e divulgazione delle informazioni.

Riferimenti più marcati alla materia penale comparivano, poi, all'art. 21 par. 7 della direttiva, ove veniva delineata una ulteriore e più ampia esenzione da responsabilità – dichiaratamente anche penale – per il segnalante, persino più estesa rispetto a quella tratteggiata mediante la giusta causa sancita dalla legge 179/2017. L'«esimente» europea appariva destinata infatti ad operare, oltre che nei procedimenti per violazione degli obblighi di segretezza, altresì in materia della protezione dei dati e divulgazione di segreti commerciali, diffamazione e violazione del diritto d'autore.

Il sistema così delineato era poi corredato di un apparato sanzionatorio, astrattamente tendente a porre le sue basi nel diritto punitivo (in senso stretto inteso) degli Stati membri; difatti, l'art. 23 della direttiva, adottando la consueta formula, imponeva a questi di reprimere «con sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive» le condotte volte ad ostacolare le segnalazioni, ad attuare ritorsioni contro i segnalanti e a violare i doveri di riservatezza in merito all'identità degli stessi. Le medesime misure

³⁴ Condizioni riconducibili ai casi in cui a) la persona segnalante avesse prima segnalato internamente e esternamente [...], ma non fosse stata intrapresa un'azione adeguata in risposta alla segnalazione [...]; b) la persona segnalante avesse fondati motivi di ritenere che la violazione potesse costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse [...]» o «in caso di segnalazione esterna sussistesse il rischio di ritorsioni o le prospettive che la violazione fosse stata affrontata efficacemente sono scarse per via delle circostanze del caso di specie [...]».

³⁵ A. Della Bella, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, cit.

sanzionatorie dovevano altresì essere inflitte ai soffiatori in malafede, ossia coloro che hanno effettuato segnalazioni o divulgazione pubbliche false.

In conclusione, sebbene la direttiva non fosse senz'altro annoverabile tra quelle di *armonizzazione penale*, non comparando nel testo della stessa alcuna delle basi giuridiche tipiche dello strumento in parola, il suo impatto in tale settore non pareva trascurabile, specie avuto riguardo al considerando n. 102: pur non rappresentando, come noto, *hard law*, esso promuoveva l'adozione di misure (anche) penali per assicurare l'efficacia delle norme sulla protezione degli informatori; le quali dovevano presentare il carattere della proporzionalità al duplice fine di «*scoraggiare ulteriori azioni*» del tipo di quelle sanzionate e non provocare «*un effetto [eccessivamente] dissuasivo sui potenziali informatori*».

Ebbene, pur con notevole ritardo, nel marzo scorso il Consiglio dei ministri ha approvato il più volte menzionato decreto attuativo della legge di delegazione europea 2019/2020³⁶: il quale, per certi versi, ha tradito le aspettative riposte nell'adeguamento all'intervento europeo.

Pur a fronte dell'apprezzabile affiancamento nella medesima *sedes* normativa della disciplina del *whistleblowing* nei settori, rispettivamente, pubblico e privato, occorre infatti notare come l'intento di parificazione delle relative tutele sia stata senz'altro *disatteso*. A fronte dell'ampliamento dell'ambito di applicazione oggettivo (art. 1 d. lgs. 24/2023), che ricomprende le segnalazioni di violazioni sia del diritto interno che del diritto dell'Unione europea (apprese, beninteso, tanto nel contesto lavorativo pubblico che privato), l'ambito di applicazione soggettivo, descritto in modo alquanto frastagliato all'art. 3, è ancora una volta sbilanciato verso il settore pubblico. Ne deriva che la fitta trama di previsioni costituita dagli artt. 1 e 3, da leggersi in combinato disposto con la norma definitoria di cui all'art. 2, restituisce un – inutilmente complesso – sistema di tutele a tre livelli, così sintetizzabile:

(a) i lavoratori del *settore pubblico* hanno a disposizione ogni modalità di segnalazione, sia per le violazioni del diritto interno che di quello europeo;

(b) diversamente, con riferimento agli *enti privati* che hanno impiegato, nell'ultimo anno, la media di *almeno 50 lavoratori subordinati* (ovvero che operano nei c.d. “settori

³⁶ Il decreto è entrato in vigore il 30.3.2023 e le disposizioni, ivi previste, avranno effetto a partire dal 15.7.2023, con una deroga per i soggetti del settore privato che hanno impiegato, nell'ultimo anno, una media di lavoratori subordinati non superiore a 249: per questi, infatti, l'obbligo di istituzione del canale di segnalazione interna avrà effetto a decorrere dal 17.12.2023.

sensibili”³⁷, pur non raggiungendo la predetta soglia dimensionale), la segnalazione – veicolata in qualsiasi delle summenzionate modalità – dovrà vertere esclusivamente su illeciti che rientrano nell’ambito di applicazione degli atti dell’Unione europea³⁸;

(c) le medesime violazioni sono oggetto di segnalazione da parte dei soggetti di diritto privato con più di 50 dipendenti che rientrano nell’ambito applicativo del d. lgs. 231/2001 e hanno adottato un M.O.G., i quali, purtuttavia, hanno diritto a segnalare anche violazioni rientranti nell’ambito applicativo del d. lgs. 231/2001 mediante il canale interno;

(d) infine, i dipendenti degli enti che, pur dotati di un sistema di *compliance* aziendale riconducibile al suddetto decreto, non superano la già indicata soglia numerica, possono beneficiare unicamente del canale interno, con riguardo a segnalazioni di violazioni del modello o di illeciti penali rientranti nel catalogo dei reati presupposto.

In sintesi, pertanto, l’intervento di recepimento, facendo assurgere il diritto dell’Unione europea a baricentro della segnalazione – la protezione dei cui autori è per lo più dipesa dalle soglie dimensionali dell’ente di appartenenza –, ha sostanzialmente provocato un *ridimensionamento* delle tutele degli enti privati medio-piccoli che non operino in settori sensibili; per i quali, in ipotesi, una scarsa fiducia nei confronti dell’organo interno destinato a raccogliere le informazioni, ovvero un difetto di funzionamento del canale interno, sarebbero sufficienti a imporre l’affidamento alle più tradizionali modalità di segnalazione (quali la denuncia all’autorità giudiziaria), tra l’altro senza poter contare sulle misure di protezione accordate al *whistleblower*.

Il nuovo decreto si focalizza, inoltre, sui compiti di ANAC, divenuto *unico soggetto competente* alla ricezione e conseguente gestione della segnalazione esterna³⁹; nonché all’eventuale irrogazione di *sanzioni amministrative di natura pecuniaria* ad esito dell’istruttoria finalizzata a verificare la fondatezza delle segnalazioni e a darne

³⁷ Trattasi di un lungo elenco di settori individuati all’art. 2 co. 1, in particolare n. 3 del decreto di recepimento, tra cui compaiono – sol per citarne alcuni – gli appalti pubblici, i servizi, prodotti e mercati finanziari, la sicurezza dei trasporti, la tutela dell’ambiente, la salute pubblica e la protezione dei consumatori.

³⁸ Si tratta, per la precisione, delle violazioni che ledono l’interesse pubblico o l’integrità dell’amministrazione pubblica o dell’ente privato cristallizzate all’art. 2, co. 1, lett. a, numeri 3, 4 e 5 del d.lgs. 24/2023, ovvero, in sintesi: illeciti che rientrano nell’ambito di applicazione degli atti dell’Unione europea o nazionali relativi ai c.d. settori sensibili (v. *nt.* precedente); atti od omissioni che ledono gli interessi finanziari dell’Unione di cui all’articolo 325 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea; atti od omissioni riguardanti il mercato interno, di cui all’articolo 26 paragrafo 2 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea.

³⁹ V. artt. 6, 7 e 8 d.lgs. 24/2023, che conferiscono all’ANAC il *potere di gestione* delle segnalazioni esterne, cui si aggiunge un *potere regolatorio ex art. 10* (consistente nell’adozione, entro tre mesi dalla data dell’entrata in vigore del decreto, delle linee guida relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni esterne).

diligente seguito⁴⁰; nel corso della quale possono emergere comportamenti ritorsivi, così come violazioni degli obblighi di riservatezza e negligenze da parte degli enti in ordine all'istituzione dei canali o alla adozione delle procedure per la gestione delle segnalazioni (art. 21).

Dulcis in fundo, nell'ambito delle misure di protezione, affatto priva di rilievo l'estensione dell'ambito applicativo della giusta causa, che abbraccia – coerentemente a quanto previsto dalla fonte europea – anche la rivelazione o la diffusione di informazioni sulle violazioni che offendano la reputazione della persona coinvolta o denunciata, purché al momento della segnalazione vi fossero fondati motivi per ritenere che la rivelazione o diffusione delle suddette informazioni fosse necessaria per svelare la violazione. Tutela che incontra, nondimeno, un limite nell'accertamento, anche con sentenza di primo grado, dei reati di diffamazione, calunnia o qualsivoglia altra ipotesi delittuosa configurabile mediante la denuncia all'autorità giudiziaria o contabile, nonché nella responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave.

3. Nonostante la limitatezza delle tutele previste per il segnalante nel settore privato, è proprio quest'ultimo l'ambito in cui il d. lgs. 24/2023 esplicherà maggiore incidenza applicativa. Vale allora la pena soffermarsi sui connotati del sistema di segnalazione interno il quale, ad esito della novella, consta di ben *tre canali*. Il decreto ha infatti chiarito che, accanto al *canale interno informatico* (già previsto dalla l. 179 /2017), atto a garantire che la segnalazione in forma scritta sia coperta da moderni sistemi di crittografia – tendenzialmente coincidenti nella prassi con la creazione di un indirizzo *email ad hoc* per le segnalazioni –, dovrà essere previsto un nuovo canale che consenta al lavoratore meno avvezzo all'uso dei sistemi informatici di segnalare *in forma orale*, mediante una linea telefonica protetta o servizi di messaggistica vocale. Non dovrà mancare, inoltre, la possibilità di effettuare – sempre su richiesta del *whistleblower* – la segnalazione interna “in presenza”, in occasione di un incontro – fissato, secondo la norma, «entro un termine ragionevole» dalla richiesta – tra il soggetto segnalante e il soggetto destinato a riceverne la segnalazione.

⁴⁰ Ai suddetti poteri (v. nt. precedente) si aggiunge il *potere sanzionatorio ex art. 21*, che si traduce nella irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie; le sanzioni dall'importo più elevato (da 10.000 a 50.000 euro) afferiscono ai casi di accertamento di ritorsioni nei confronti del *whistleblower*, ostacoli alla segnalazione o violazione dell'obbligo di riservatezza, nonché alla mancata istituzione di canali di segnalazione e alla mancata adozione delle procedure per l'effettuazione e la gestione delle segnalazioni.

Il contenuto della segnalazione, analogamente all'identità del segnalante e della persona «coinvolta» (questa l'espressione usata dalla normativa di recepimento per indicare il «segnalato»), dovranno rimanere *riservati*; così come ogni passaggio della procedura volta a dare seguito alla segnalazione –illustrata nel dettaglio all'art. 5 del decreto –, le informazioni sull'accesso alla quale saranno necessariamente da condividersi con il lavoratore, nonché con tutti coloro intrattengano un rapporto di lavoro con l'ente; sia attraverso l'esposizione presso il luogo di lavoro (verosimilmente mediante *depliant*, cartelli *et similia*), sia mediante la creazione di un'apposita sezione sul sito aziendale, qualora l'ente ne sia dotato.

Con riferimento, infine, al destinatario della segnalazione, il testo normativo in esame risulta meno prodigo di informazioni. Limitandosi a far riferimento a una «persona» o a un «ufficio» autonomo, interno o esterno, con personale specificamente formato, esso non sembra effettuare una scelta di campo: diversamente, dunque, da quanto avviene in ambito pubblico, ove il destinatario della segnalazione interna è individuato nel RPCT (*Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza*).

Non pare difficile immaginare, tuttavia, come nelle aziende dotate di un sistema di *compliance* ex d. lgs. 231/ 2001 verrà in larga misura riconfermata la prassi invalsa a seguito dell'entrata in vigore della l. 179/2017, che incaricava l'organismo di vigilanza di ricevere – oltre ai flussi informativi di cui all'art. 6 co. 2 lett. d d. lgs. 231 2001 – altresì quelli derivanti dalla soffiata del *whistleblower*⁴¹: verosimilmente, peraltro, con il duplice effetto di un evidente aggravio dei compiti assegnati a detto organo e di una dilatazione delle tempistiche inerenti alla gestione della segnalazione.

La opportunità di “allentare la presa” sullo stesso, attraverso una maggiore responsabilizzazione di organi interni diversi, era d'altronde stata recepita in via di autonormazione ancor prima dell'introduzione della figura nel panorama normativo: difatti, l'indirizzamento all'O.d.v. delle informazioni relative alle violazioni del modello, pilastro della strategia dell'autocontrollo su cui si basa la *compliance* aziendale, era già stato affidato dalla prassi a veri e propri meccanismi di selezione delle notizie, volti a far pervenire all'organismo in parola solo una parte delle suddette informazioni.

⁴¹ Peraltro con il benessere di Confindustria. Si veda, a tal proposito, la nota di Confindustria del gennaio 2018, ove emerge che, sebbene l'O.d.v. non sia individuato come destinatario esclusivo, sarebbe «*opportuno prevedere il suo coinvolgimento in via concorrente ovvero successiva, per evitare il rischio che il flusso di informazioni generato dal nuovo meccanismo di whistleblowing sfugga del tutto al controllo dell'Organismo di Vigilanza*».

Infine, l'inevitabile sovraesposizione cui continuerà ad andare incontro l'O.d.v. ad esito dell'introduzione della novella in esame – il quale potrebbe risolversi solo attraverso la creazione di una sezione “filtro” all'interno dello stesso, atta a realizzare una diversificazione dei destinatari a seconda della rilevanza delle notizie – rischia peraltro di far perdere di vista la reale funzione dell'organismo di vigilanza⁴²; la cui attività assume una connotazione repressiva funzionale alla mera irrogazione di sanzioni disciplinari, la quale tuttavia non coincide affatto con l'accertamento di eventuali reati, anche se contenuti all'interno del catalogo di cui al d. lgs. 231/2001⁴³.

4. Il d. lgs. 24/2023 fa registrare un evidente punto di rottura rispetto alla precedente disciplina nel momento in cui si occupa di circoscrivere il perimetro di applicabilità oggettiva del nuovo corredo di norme. Come è già stato detto, in passato il compito era infatti tutto affidato alla nozione a dir poco vaga di «condotte illecite» potenzialmente oggetto di segnalazione⁴⁴; attualmente la scelta è di ricorrere invece ad una ben più analitica elencazione offerta all'art. 2 lett. a della normativa di recepimento interna della direttiva 2019/1937/UE. Tra i comportamenti segnalabili figurano ancora fattispecie estranee al perimetro di rilevanza penale, ma oggi più di ieri è immediatamente chiaro il legame tra “soffiata” e fatti da accertare nella sede del processo penale, vuoi in quanto sussumibili all'interno di una previsione di reato vuoi poiché qualificabili alla stregua di illecito amministrativo *de societate* punito ai sensi del d. lgs. 231/2001⁴⁵.

Emerge così il tema a dire il vero ancora piuttosto negletto dei rapporti tra *whistleblowing* e processo penale, in precedenza già oggetto di un'attenzione deficitaria e che non pare purtroppo ricevere migliore considerazione nel nuovo

⁴² In argomento, v. M. Bontempelli, *Gestione delle informazioni raccolte dall'ODV e difesa penale dell'ente*, in ANPP 3/2021, *passim*.

⁴³ In ordine alla tendenza, nel diritto penale economico, a creare “centri” privati di vigilanza e controllo, delegando loro funzioni di prevenzione, che spetterebbero invece all'apparato pubblico, A. Rugani, *op. cit.*, in particolare § 4.

⁴⁴ Così testualmente l'art. 54-bis del d. lgs. 165/2001, su cui G. Varraso, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 1734. V. anche *supra*, § 2.

⁴⁵ Giova ricordare che, a norma della clausola generale di cui all'art. 34 del d. lgs. 231/2001, per l'accertamento degli illeciti amministrativi dipendenti da reato si applicano infatti le norme del Cpp per quanto non diversamente previsto dal Decreto. Sul tema, tra gli altri, H. Belluta, *Le disposizioni generali sul processo agli enti*, in *Il processo penale de societate*, a cura di A. Bernasconi, Milano 2006, 1 ss.; M. Ceresa-Gastaldo, *Procedura penale delle società*, IV ed., Milano 2021, 55 ss.

assetto. Del resto, con un approccio destinato ad esser confermato anche nelle successive previsioni, l'art. 1 co. 4 del d. lgs. 24/2023 si premura immediatamente di chiarire che l'applicazione delle disposizioni del codice di procedura penale non dovrebbe essere intaccata dall'entrata in vigore del nuovo statuto del *whistleblowing*, quasi a voler subito rassicurare circa l'intenzione di mantenere una illusoria autonomia tra i due ambiti.

Prima di proseguire nell'esame delle norme più rilevanti, va detto che una riflessione dedicata all'impatto delle regole a protezione del segnalante sul sistema del processo penale deve a monte accompagnarsi ad un'inversione metodologica di prospettiva. Chi si accosta all'analisi dello strumento del *whistleblowing* è difatti comprensibilmente indotto a concentrare la sua attenzione sulla figura dell'autore della segnalazione e sull'adeguatezza dei presidi posti a sua protezione nel dichiarato intento di favorire l'emersione di illeciti appresi nel contesto lavorativo. Eppure quest'impostazione deve essere sovvertita allorquando si vogliano considerare i risvolti della pratica in esame rispetto al rito penale, il cui protagonista indiscusso e destinatario privilegiato delle tutele approntate dal processo non può che essere la persona indicata come autore della condotta segnalata, dunque l'accusato. Siamo in buona sostanza al cospetto di un singolare ma fisiologico ribaltamento dei ruoli, secondo il quale il *whistleblower* da oggetto di protezione si tramuta in artefice dell'evento rispetto al quale la «persona coinvolta» – per dirla con le parole del d. lgs. 24/2023 – ha titolo per reclamare la piena applicazione delle prerogative stabilite dalle disposizioni del Cpp.

Quest'ultima notazione, per quanto scontata, deve inevitabilmente rappresentare la bussola per orientarsi nella gestione del conflitto di interessi tra segnalante e segnalato una volta che esso approdi nella cornice di un procedimento penale: la legittima aspettativa di protezione vantata dal primo non può insomma intaccare il livello di protezione da assicurare all'indagato-imputato.

Le prime indicazioni che si ricavano a questo proposito dalla lettura delle nuove disposizioni non sono tuttavia esattamente rassicuranti. Preoccupa l'approssimazione riservata ad alcuni snodi chiave, quale è ad esempio il ruolo ritagliato per l'inedita figura del facilitatore, definito come la «persona fisica che assiste una persona segnalante nel processo di segnalazione [...] e la cui assistenza deve essere mantenuta riservata»⁴⁶. Non sono in particolare chiari i contorni applicativi dell'affermata esigenza di riservatezza una volta che la segnalazione sfoci nella descrizione di

⁴⁶ Cfr. l'art. 2 co. 1 lett. h del d. lgs. 24/2023.

condotte che richiedono l'attivazione della macchina cognitiva del processo penale. La piena esplicazione del metodo epistemico del contraddittorio nella formazione della prova come consacrato dall'art. 111 co. 4 Cost. al rango di principio fondante del giusto processo postula infatti che l'accusato sia messo in condizione di conoscere e controvertere su ogni aspetto dell'addebito a lui rivolto⁴⁷. D'altra parte, non sembra peregrino ipotizzare che, in forza del tenore della previsione poco sopra rammentata, non solo l'identità ma addirittura lo stesso intervento del facilitatore possa rimanere celato agli occhi del segnalato-imputato, con l'effetto di ostacolare la ricostruzione della genesi della notizia che ha determinato l'interessamento dell'autorità giudiziaria penale. A ulteriore conferma del rischio paventato, l'art. 12 del d. lgs. 24/2023, in continuità rispetto al passato, precisa che il segreto circa l'identità del segnalante soggiace ai limiti previsti dall'art. 329 Cpp, senza riservare alcuna esplicita previsione a questo proposito al facilitatore.

Ancora in tema di approvvigionamento di potenziali notizie di reato attraverso i canali del *whistleblowing*, merita attenzione la previsione di cui all'art. 20 co. 3 del d. lgs. 24/2023 in tema di limitazioni alla responsabilità del segnalante⁴⁸. La norma prevede infatti un apposito esonero da responsabilità di natura civile o amministrativa, ma non penale, per le condotte di acquisizione o accesso alle informazioni sulle violazioni prodromiche alla segnalazione stessa. Detta previsione sembrerebbe così porsi in apparente linea di continuità con l'indirizzo giurisprudenziale che si era formato nel vigore della precedente disciplina, allorquando era stato chiarito che le regole in materia di *whistleblowing* non privavano di rilevanza penale la condotta di reato eventualmente posta in essere dal segnalante ancorché funzionale appunto al reperimento di informazioni circa eventuali illeciti⁴⁹. In quella stessa pronuncia la Cassazione aveva altresì precisato che la normativa in questione era infatti volta unicamente «a scongiurare conseguenze sfavorevoli, limitatamente al rapporto di impiego, per il segnalante che acquisisca, nel contesto lavorativo, notizia di un'attività illecita, mentre non fonda[va] alcun obbligo di attiva acquisizione di informazioni, autorizzando improprie attività investigative, in violazione dei limiti posti dalla legge». Simile affermazione risulta tuttavia a dir poco sfumata nel nuovo assetto in cui, ferma restando la rilevanza di condotte acquisitive poste in essere in violazione della legge

⁴⁷ Per tutti, con particolare riguardo alla necessità di una compiuta contestazione dell'addebito, G. Lozzi, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *RIDPP* 1997, 669 ss.

⁴⁸ Sulle misure di protezione istituite a beneficio del *whistleblower* si veda più diffusamente *infra*, § 5.

⁴⁹ Cass. 21.5.2018 n. 35792, in *GD* 2018 (34), 27.

penale desumibile dalla clausola di salvezza posta ad esordio dell'art. 20 co. 3 del d. lgs. 24/ 2023, traspare per converso un implicito *favor* verso compiti di ricerca attiva di informazioni d'interesse da parte dell'aspirante *whistleblower* per le quali egli non potrà incorrere in responsabilità di natura civile o amministrativa.

Il difetto forse più eclatante delle nuove regole si rinviene però probabilmente nell'architettura a dir poco embrionale congegnata per il funzionamento del canale di segnalazione esterna, centrale innovazione del nuovo testo di legge e fonte di approvvigionamento privilegiata di notizie capaci di provocare l'innescò dello strumento cognitivo penale. Per quanto non possa infatti escludersi un simile seguito anche in presenza di una segnalazione gestita internamente dall'organizzazione di provenienza, è nei casi contemplati dall'art. 6 del d. lgs. 24/2023 che deflagrerà con frequenza maggiore lo scontro tra interessi antitetici che finirà a sua volta per sfociare in una regiudicanda da dirimere attraverso le disposizioni del processo penale. Nelle realtà meno complesse e strutturate, si potrebbe infatti prediligere ove possibile una gestione *intra moenia* delle criticità descritte nella segnalazione, scongiurando così l'avvio di formali procedure sanzionatorie da parte delle autorità pubbliche.

Per converso, il sensibile ampliamento della sfera di operatività del canale di segnalazione esterna rappresenta esso stesso un indice piuttosto emblematico di un cambio di prospettiva nella filosofia di fondo sottesa al *whistleblowing* a seguito del recepimento delle prescrizioni europee. Come già ricordato, in passato gli obblighi gravanti sull'impresa privata si limitavano infatti all'istituzione di procedure di segnalazione interna, in maniera tutto sommato coerente alla logica della *compliance* atta a privilegiare uno spontaneo riallineamento alla legalità dell'organizzazione. A seguito dell'approvazione del d. lgs. 24/2023 lo strumento si emancipa dalla realtà endoaziendale e ne esce decisamente rafforzata la sua attitudine repressiva, considerata la possibilità che le notizie sfuggano al controllo dell'impresa sino a giungere all'attenzione dell'autorità.

A fronte di tale scenario sono però definiti in maniera solo approssimativa i presupposti che consentono l'accesso al canale esterno, nonostante le conseguenze potenzialmente esiziali di simile "esternalizzazione" per il segnalato, anche indipendentemente dal risultato finale dell'accertamento se si considerano i risvolti eminentemente reputazionali conseguenti al mero inoltrò della segnalazione. Colpisce in particolare il requisito dei fondati motivi in grado di generare una convinzione rispetto all'inefficacia della segnalazione interna ovvero rispetto al rischio di ritorsione

di cui all'art. 6 lett. *b* del d. lgs. 24/2023. Il riferimento alla *fondatezza* delle ragioni addotte a sostegno del superamento dello *step* di segnalazione interna non sembra infatti sufficiente a scongiurare l'eventualità di un diretto interessamento dell'ANAC sulla scorta di mere convinzioni putative serbate dal *whistleblower* .

Il d. lgs. 24/2023 non prende neppure analiticamente posizione rispetto alle modalità di gestione del flusso di notizie incanalato verso ANAC con particolare riguardo all'approvvigionamento delle informazioni là confluite da parte dell'autorità giudiziaria. Le linee-guida di cui si è dotata ANAC si limitano a ribadire la necessità di trasmettere all'autorità giudiziaria le segnalazioni sin da subito inerenti a fatti dotati di rilievo penale⁵⁰. E' prevedibile che il delicato frangente dovrà dunque essere governato attingendo alle regole generali già esistenti in materia, le quali potrebbero tuttavia rivelarsi in larga parte inadeguate a garantire il rispetto delle prerogative processuali del segnalato specie in previsione di un aumento della frequenza statistica del ricorso al *whistleblowing* che si accompagna inevitabilmente al varo della nuova disciplina, nonché in considerazione dei poteri istruttori espressamente riconosciuti all'ANAC. Viene insomma ancora in questione l'annoso problema della calibrazione dei rapporti tra inchiesta amministrativa e accertamento penale, tutta affidata alla laconica disposizione dell'art. 220 NAttCp che impone come noto l'osservanza delle forme del Cpp ogni qual volta l'istruttoria conduca all'emersione di indizi di reato. L'esperienza ha tuttavia messo a nudo le difficoltà applicative del congegno, in primo luogo per ciò che concerne l'esatta individuazione del momento capace di far scattare le forme più garantite e l'esistenza di margini di discrezionalità troppo ampi in favore dell'autorità procedente⁵¹.

Dal canto suo lo stesso art. 8 co. 2 sembrerebbe in teoria affermare una generale incompetenza del gestore del canale esterno ad approfondire segnalazioni *ab origine* dotate dei connotati dell'illecito penale nel momento in cui sancisce che l'autorità amministrativa deve trasmettere all'autorità giudiziaria le segnalazioni che non rientrano nell'attribuzione di quest'ultima; tuttavia è facile prevedere che tale determinazione potrà sovente essere assunta solo a seguito di un approfondimento autonomamente condotto da parte dell'articolazione amministrativa, i cui contenuti finiranno per trascinare nel bacino dell'inchiesta penale. La risultante sarà

⁵⁰ Delibera 12.7.2023 n. 311, 77, https://www.anticorruzione.it/documents/91439/146849359/Delibera+n.+311+del+12+luglio+2023+LLGG+WB+ver+sione+unitaria_.pdf/c87e8c07-86do-baf9-685d-274e2eb6c93e?t=1690552947182.

⁵¹ M. Bontempelli, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano 2009, 177.

prevedibilmente un significativo irrobustimento della pre-inchiesta amministrativa, con conseguente spostamento del baricentro cognitivo dell'accertamento dal contraddittorio dibattimentale verso esiti preformati in un contesto precedente a quello del formale avvio dell'indagine preliminare⁵².

Nella fisionomia piuttosto opaca della struttura e delle dinamiche della procedura di segnalazione esterna uno dei pochi punti fermi in perfetta continuità rispetto al passato è offerto dall'art. 12 del decreto allorquando afferma che «nell'ambito del procedimento penale, l'identità del segnalante è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'art. 329 del codice di procedura penale». La perifrasi normativa sta ovviamente a significare che nessuna pretesa di riservatezza rispetto all'identità del *whistleblower* potrà più essere accampata al più tardi nel momento in cui la segnalazione oltrepassi la soglia dell'indagine sfociando in una formale imputazione⁵³.

Si conferma così la regola di elementare civiltà giuridica che esclude la rilevanza del contributo anonimo nel contesto del procedimento penale⁵⁴, ma che almeno nella sua interpretazione dominante non basta comunque ad escludere che pure la segnalazione proveniente da ignoti possa costituire utile spunto per l'avvio e la prosecuzione delle indagini⁵⁵.

Il d. lgs. 24/2023 sembra anzi far registrare un atteggiamento via via meno ostile nei riguardi della "soffiata" anonima. In passato tanto l'art. 6 del d. lgs. 231/2001 che l'art. 54-bis d. lgs. 165/2001 presupponevano infatti l'attribuibilità nominativa della notizia nel momento in cui si limitavano ad assicurare la riservatezza dell'identità del proponente⁵⁶; al contrario la direttiva 2019/1937/UE non solo fa espressamente salva la possibilità per gli Stati membri di considerare anche il contributo proveniente da ignoti, ma si premura altresì di precisare che l'anonimo successivamente identificato

⁵² Su questa tendenza, anche se con precipuo riferimento alle attività di polizia che pure sollevano perplessità in larga parte analoghe, D. Negri, *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico)*, in *AP* 2016, 44 ss.

⁵³ Come già evidenziato in precedenza, la previsione appare però riferibile esclusivamente al profilo dell'identità segnalante, senza premurarsi di chiarire la sorte di altre informazioni accessorie pur sempre rilevanti ai fini di una compiuta conoscenza della segnalazione, quale su tutte l'intervento di un eventuale facilitatore.

⁵⁴ Per tutti, con specifico riguardo alla fonte dichiarativa, M. Chiavario, *Il diritto al contraddittorio nell'art. 111 Cost. e nell'attuazione legislativa*, in AA. VV., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Atti del convegno degli studiosi del processo penale, Ferrara, 13-15 ottobre 2000, Milano 2002, 30.

⁵⁵ C. Fanuele, *L'utilizzazione delle denunce anonime per l'acquisizione della notizia di reato: condizioni e limiti delle attività pre-procedimentali alla luce delle regole sul giusto processo*, in *CP* 2002, 1547.

⁵⁶ Secondo la *Delibera*, 9.6.2021 n. 469, 16, emanata dall'ANAC ([anticorruzione.it/-/delibera-numero-469-del-9-giugno-2021-e-linee-guida](https://www.anticorruzione.it/-/delibera-numero-469-del-9-giugno-2021-e-linee-guida)), «l'art. 54-bis non include nel proprio campo di applicazione le segnalazioni anonime e cioè quelle del soggetto che non fornisce le proprie generalità».

potrà sempre confidare nelle stesse protezioni assicurate al *whistleblower* la cui identità fosse stata sin dall'origine nota, con previsione oggi testualmente riprodotta all'art. 16 co. 4 della normativa di recepimento interna⁵⁷.

Al contrario, sarebbe stato tutt'altro che irragionevole operare una precisa scelta di campo attraverso cui, data l'estensione dell'ambito applicativo della pratica del *whistleblowing*, sancire espressamente la totale irrilevanza della notizia proveniente da ignoti onde disincentivare pratiche di delazione. Per altro verso, questa volta nella prospettiva del segnalante, non si può fare a meno di notare come l'inciso dell'art. 12 vanifica i reiterati e rassicuranti richiami alla garanzia di riservatezza del *whistleblower* disseminati nel testo del d. lgs. 24/ 2023, degradando il presidio a specchietto per allodole almeno in tutti i casi in cui la segnalazione abbia ad oggetto condotte travalicanti il confine del penalmente lecito. Si badi bene: non si intende qui censurare l'opportunità della scelta, quanto piuttosto evidenziare un'ambiguità rispetto ad una protezione che potrebbe spesso rivelarsi tale solo sulla carta.

4.1 A seguito della tipizzazione ad opera del d. lgs. 24/2023 di un canale esterno di segnalazione talvolta accessibile anche ai dipendenti di imprese private, si profila in maniera ancor più dirompente che in passato una manifestazione peculiare del conflitto di interesse tra segnalante e segnalato meritevole di dedicata considerazione. Il riferimento va ai rapporti tra società e individuo nel contesto dell'accertamento condotto a norma del d. lgs. 231/2001.

La segnalazione interna originata da un appartenente all'ente potrebbe innescare un circolo virtuoso consentendo alla società di attivarsi prontamente al fine di contenere gli effetti dell'illecito, magari raccogliendo immediatamente elementi difensivi da spendere in un futuro ipotetico accertamento. Per altro verso – sempre nell'eventualità in cui la propalazione riguardi condotte astrattamente rilevanti a norma del d. lgs. 231/2001 – non va trascurato uno scenario differente. A seguito della segnalazione la società potrebbe infatti tentare di procurarsi immediatamente materiale utile a sostenere in futuro l'esistenza di un movente prettamente egoistico dell'agente, ovvero l'assenza di colpa di organizzazione a seguito di un'elusione fraudolenta del modello di organizzazione e gestione. L'ente potrebbe altresì cercare di entrare in possesso di risultanze da sfruttare a norma dell'art. 25 co. 5-bis del Decreto

⁵⁷ Cfr. art. 6 § 3 della direttiva 2019/1937/UE.

a tutto discapito dell'individuo⁵⁸, approfittando di un considerevole vantaggio rispetto ai dipendenti potenzialmente interessati dal futuro addebito penale, vantaggio dovuto appunto alla qualifica di destinatario naturale della segnalazione.

A fronte di simili rischi sarebbe allora stato opportuno valutare l'introduzione di un onere informativo a carico della persona giuridica nei riguardi dei soggetti coinvolti nella segnalazione ricevuta attraverso il canale interno, così da metterli in condizione di operare immediatamente su di un piano di "parità cognitiva" rispetto a quello del loro potenziale antagonista, mettendo in campo ogni iniziativa utile a scongiurare un seguito esterno della procedura di segnalazione.

Specularmente, potrebbe però darsi anche il caso in cui sia invece l'ente a patire gli effetti del ricorso al *whistleblowing*, specie qualora il segnalante stesso risulti in qualche maniera implicato nei fatti oggetto di propalazione⁵⁹.

Il pregiudizio sarebbe assai frequente nel caso della segnalazione "esogena", ossia proveniente da soggetti estranei all'organigramma societario verosimilmente privi di ogni interesse comune alla società ed effettuata direttamente attraverso canali esterni all'impresa come espressamente consentito dal d. lgs. 24/2023.

Non si può nemmeno *a priori* escludere che le iniziative della persona fisica risultino talvolta persino in qualche maniera "pilotate" dagli organi repressivi, magari attraverso la promessa di minimizzare le conseguenze derivanti dall'inchiesta in favore dell'*insider* che si dimostri disponibile a condividere con gli inquirenti il proprio patrimonio conoscitivo. Del resto nel contrasto al fenomeno corruttivo esiste oggi addirittura un solido appiglio normativo a sostegno di questa dinamica offerto dalla causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter Cp riservata proprio a coloro che «prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini [...] denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili».

Anche il tema già evocato dell'impiego di segnalazioni anonime assume sfumature particolari una volta calato nel particolare contesto della responsabilità *de societate*, in

⁵⁸ Sui diversi scenari possibili cfr. ancora M. Bontempelli, *Il whistleblowing fra collaborazione con la giustizia e diritto di difesa*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., 232.

Sui vantaggi per la persona giuridica, sebbene per lo più a seguito di spontaneo ravvedimento, A. Barbieri, *Whistleblowing e internal investigations: una prospettiva di collaborazione dell'ente*, in *Sistema penale*, 14.6.2020, 201 ss.

⁵⁹ La normativa non pare infatti escludere l'operatività delle protezioni nel caso in cui lo stesso segnalante sia coinvolto nelle condotte "denunciate", attraverso una scelta non esente da criticità ma verosimilmente giustificata dalla volontà di incentivare il ricorso allo strumento.

cui la delazione anonima potrebbe cagionare l'avvio di un procedimento a carico dell'ente senza necessità di particolari accertamenti di sorta circa la provenienza soggettiva della notizia assai più facilmente di quanto non avvenga nella generalità dei casi. La clausola di autonomia contenuta all'art. 8 del d. lgs. 231/2001 dispensa infatti almeno in via di principio da approfondite verifiche rispetto all'identità degli autori del reato presupposto⁶⁰, il che potrebbe rappresentare una importante assicurazione nei riguardi del segnalante che confidi di non dover venire allo scoperto.

5. A completamento del quadro finora illustrato, compare un, sempre più particolareggiato, sistema di misure di protezione a tutela del *whistleblower*, a riprova del fatto – invero già percepibile ai tempi della direttiva europea – che tra le *due anime* dell'istituto – la finalità preventiva dei fenomeni criminosi e la finalità di tutela del soggetto denunciante –, il legislatore prediliga la seconda.

A tali misure è dedicato un autonomo capo del recente decreto legislativo, il quale si apre – collocazione topografica, questa, che non deve trarre in inganno – con l'indicazione dei *limiti* che le tutele del denunciante possono incontrare: *limiti impliciti*, se così vogliamo chiamarli, i quali coincidono con le condizioni stesse per la segnalazione (art. 16 co. 1), cui si è più volte fatto cenno nel presente lavoro; e *limiti espliciti*, discendenti dall'accertamento, anche con sentenza di primo grado, della responsabilità del segnalante per i reati di diffamazione o di calunnia, o «*comunque per i medesimi reati commessi con la denuncia all'autorità giudiziaria o contabile*», ovvero della responsabilità civile per colpa grave o dolo. Casi in cui, tra l'altro, al venir meno delle garanzie si affianca la sottoposizione del denunciante ad un procedimento di natura disciplinare; i quali, tuttavia, specie se confrontati con l'ampiezza delle misure di protezione previste dalla novella, appaiono di difficile verifica.

Difatti, la normativa delinea, accanto ad un articolato *divieto di ritorsione* (art. 17) – peraltro corredato da regole processuali (tra tutte, l'inversione dell'onere della prova), il cui ricorso deve essere ispirato da una prudente eccezionalità –, un fitto novero di c.d. «*misure di sostegno*» e un meccanismo di *limitazione della responsabilità penale*, sul quale vale la pena spendere qualche parola.

Come si anticipava⁶¹, già l'art. 3 della l. 179/2017 aveva ritagliato un'area di esclusione della responsabilità penale per colui che, mediante la segnalazione, realizzasse una

⁶⁰ Come noto, infatti, a norma dell'art. 8 co. 1 lett. a del d.lgs. 231/2001 l'ente è chiamato a rispondere dell'illecito anche quando «l'autore del reato non è stato identificato».

⁶¹ V. *supra*, § 1.

delle fattispecie di «rivelazione di segreti» sanzionate dal codice penale – con esplicito riferimento ai reati di cui agli artt. 326 Cp (rivelazione e utilizzazione del segreto d'ufficio), 622 Cp (rivelazione del segreto professionale) e 623 Cp (rivelazione dei segreti scientifici e industriali) –, escludendo la sussistenza degli estremi di questi al ricorrere dei presupposti di una c.d. “giusta causa” di rivelazione dei segreti. Fatta coincidere dalla *littera legis* con «*il perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni*», detta “esimente” trovava applicazione ogni qual volta la soffiata potesse definirsi *fondata*.

Ebbene, nel rinnovato quadro in analisi, il meccanismo operativo della causa di esclusione della responsabilità penale non diverge molto da quello delineato nel precedente assetto legislativo, se non per la – invero non trascurabile – estensione dell'ambito di applicazione della stessa.

Difatti, «*non è punibile*» (formula dall'incerto valore semantico, sulla quale ci si soffermerà nel prosieguo) la persona fisica o giuridica che, nel corso della segnalazione, riveli o diffonda notizie coperte dal segreto, o relative al diritto d'autore e alla protezione dei dati personali, ovvero «*informazioni sulle violazioni che offendono la reputazione della persona coinvolta o denunciata*» (art. 20 co. 1 d. lgs. 24/ 2023). Evidente, dunque, il riferimento ad un ampliato novero di fattispecie penali, teso a colmare le lacune del precedente assetto legislativo⁶², a cui si affianca l'esenzione della responsabilità civile e amministrativa per le condotte volte all'acquisizione delle informazioni e all'accesso alle stesse: sempre che sussista, *va da sé*, un vincolo di stretta connessione tra queste informazioni e la rivelazione dell'illecito.

Infine, il perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni, venuto meno solo in apparenza, è stato tradotto letteralmente nella «*necessità di svelare l'informazione*»: pertanto, non si può non notare come, *mutatis mutandis*, la diversa formulazione lessicale rinvii, ancora una volta, al conflitto etico di cui sopra, risolvibile solo mediante un vero e proprio bilanciamento di interessi.

Appare allora condivisibile l'opinione, peraltro dominante nel panorama dottrinale, che fa coincidere la giusta causa di segnalazione con una *clausola di esclusione dell'antigiuridicità*. A suffragare tale tesi, anzitutto, un dato di natura testuale: difatti,

⁶² Curioso, infatti, come il legislatore del 2017 non avesse incluso tra queste fattispecie penali la diffamazione, pur indicando la condanna per tale titolo di reato tra i limiti che incontravano le tutele del *whistleblower* in caso di *malicious report*.

nel silenzio del dettato normativo, l'unico indizio è fornito da un *dossier* della Camera dei Deputati, in cui essa viene equiparata, non senza qualche esitazione, ad una scriminante⁶³. Si consideri, poi, che il necessario confronto tra interessi compresenti e divergenti caratterizza proprio la disciplina delle clausole di esclusione dell'antigiuridicità, la quale, come noto, positivizza il risultato del relativo bilanciamento operato dal legislatore.

Ad ogni buon conto, pur non mancando suggerimenti di un ripensamento della suddetta qualificazione⁶⁴, sono i profili operativi dell'esimente a meritare l'attenzione dell'interprete; la riflessione sui quali, tuttavia, sconta una risicatissima – pressoché inesistente – casistica giurisprudenziale, per lo più di merito; la quale si dimostra peraltro molto poco incline a riconoscere la sussistenza della misura protettiva in parola, quale che sia il corretto inquadramento dogmatico della stessa⁶⁵.

Restituendo, così, l'immagine di una insanabile difformità tra il livello di tutela offerto *per tabulas* e la sua concreta attuazione, il quale – per una curiosa eterogenesi dei fini –, anziché incoraggiare la segnalazione, rischia invero di disincentivarla.

6. Come è fisiologico immediatamente dopo un intervento organico quale è indubbiamente la novella che ha interessato la materia del *whistleblowing*, non è facile pronosticare se alle modifiche intervenute si accompagnerà un cambiamento nelle

⁶³ Cfr. Camera dei Deputati, Dossier n° 305/3 – Elementi per l'esame in assemblea, in www.camera.it, ove si evidenzia che «*la giusta causa della rivelazione sembra sostanzialmente operare come una causa di giustificazione*».

⁶⁴ Si veda la voce, peraltro non isolata, di A. Rugani, *op. cit.*, § 2.2.

⁶⁵ Nell'attesa che la giurisprudenza definisca i confini tra la segnalazione lecita e quella diffamante, non si può che ricordare il già citato arresto (v. *supra* nt. n. 49) – per la verità l'unico registrato dopo l'entrata in vigore della legge 179/2017 – in cui la Corte di legittimità ha tratteggiato il perimetro tra la raccolta di documentazione a sostegno del proprio sospetto e la ricerca proattiva di prove in un caso di accesso abusivo al sistema informatico da parte di un dipendente (Cass. 21.5.2018 n. 35792) dalla quale emerge che la legge 179/2017 «si limita a scongiurare conseguenze sfavorevoli, limitatamente al rapporto di impiego, per il segnalante che acquisisca, nel contesto lavorativo, notizia di un'attività illecita, senza fondare alcun obbligo di attiva acquisizione di informazioni, autorizzando improprie attività investigative, in violazione dei limiti posti dalla legge». Nel caso di specie la Corte era stata chiamata a valutare il ricorso di un dipendente il quale, per procacciare prove, aveva commesso un accesso abusivo ai sistemi informatici dell'azienda ove lavorava. Operando un parallelismo con la disciplina dell'agente provocatore, la Corte aveva concluso per l'insussistenza dell'invocata scriminante dell'adempimento del dovere: tale conclusione «è fondata sui medesimi principi che, in tema di agente provocatore, giustificano esclusivamente la condotta che non si inserisca, con rilevanza causale, nell'*iter criminis*, ma intervenga in modo indiretto e marginale». Sul punto cfr., altresì, G. Varraso, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 1749.

dinamiche applicative degli istituti, e nella specie un'inversione di tendenza per ciò che concerne il tasso di frequenza statistico del ricorso alle segnalazioni, sinora caratterizzato da numeri piuttosto contenuti⁶⁶.

Si intuisce già dall'intitolazione piuttosto provocatoria di quest'ultimo paragrafo che questa difficoltà non può tuttavia esimere da alcune osservazioni conclusive rispetto ai prevedibili effetti futuri della strategia prescelta dal legislatore.

Lo snodo cruciale della riflessione va probabilmente rintracciato in uno degli aspetti intuitivamente dotati di maggiore incidenza pratica nell'influenzare la scelta di rendere o meno nota la condotta di cui è venuto a conoscenza l'aspirante segnalatore. Si allude al più volte evocato tema delle protezioni garantite al *whistleblower*, rispetto al quale si rinvencono nel d. lgs. 24/2023 significativi elementi di continuità rispetto al passato.

Pur a fronte di alcune innovazioni illustrate in precedenza, la scelta del legislatore dell'ultima novella è stata infatti quella di continuare ad attestarsi su di una conformazione tutto sommato "minimale" dell'istituto, assicurando al dipendente-segnalante protezione rispetto ad iniziative ritorsive o discriminatorie, senza spingersi sino a prevedere un premio (tipicamente *sub specie* di erogazione patrimoniale) per la segnalazione rivelatasi fondata, che assurge invece a tratto coesenziale del *whistleblowing* come conosciuto in altre realtà giuridiche⁶⁷. Sono note ed in larga parte comprensibili le riserve che hanno indotto ad adottare un atteggiamento di sostanziale conservatorismo. Tra esse bisogna riconoscere un ruolo di assoluto rilievo al timore di segnalazioni strumentali, animate dall'intento di lucrare l'utilità promessa piuttosto che dalla tutela dell'interesse pubblico⁶⁸. D'altro canto, è intuitivo che la mera protezione "in negativo" potrebbe ridimensionare l'efficacia del congegno.

⁶⁶ M. Scoletta, *Il fischiotto silente. Ineffettività del whistleblowing e responsabilità da reato della corporation: appunti e spunti per un approccio empirico alla colpa di organizzazione*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., *passim*.

⁶⁷ In origine, era stato proposto di riconoscere in favore dell'autore della segnalazione di condotte produttive di un danno erariale o all'immagine della p.a. la corresponsione di una somma in denaro non inferiore al 15 e non superiore al 30 per cento di quanto recuperato a seguito di condanna definitiva della Corte dei conti. Si veda al riguardo G. Amato, *op. cit.*, 552 s.

Per un'analisi comparativa dei sistemi in cui si ammette invece il riconoscimento di un incentivo finanziario al *whistleblower* e delle ragioni che militano a favore e contro una simile scelta, J. Austin, *To Reward or Not to Reward: A Cross-Jurisdictional Comparison of the Reasons Why Security-Regulators Have Adopted or Rejected Policies to Pay Whistleblowers*, in *Corporate Whistleblowing Regulations. Theory, Practice and Design*, a cura di S. Lombard, V. Brand, J. Austin, Singapore 2020, 65 ss.

⁶⁸ Cfr. ancora in tema A. Della Bella, *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano*, cit., 182 s. Non mancano però obiezioni di natura più squisitamente "etica", secondo cui la remunerazione dell'informatore finirebbe per

Questo atteggiamento di diffidenza sorprende se rapportato ad altre scelte compiute nel recente passato in altri settori del diritto penale d'impresa. Si pensi su tutte all'introduzione dell'art. 323-ter Cp ad opera della l. 9.1.2019 n. 3, il quale istituisce una speciale causa di non punibilità riservata a colui che si autodenunci «prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini [...] e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili». Una previsione in buona parte analoga, anche se strutturata quale mera diminuyente, viene altresì riservata all'ente accusato dell'illecito 231 da parte del co. 5-bis dell'art. 25 d. lgs. 231/2001, in forza del quale le sanzioni interdittive a carico della persona giuridica andranno contenute entro il limite sancito dall'art. 13 co. 2 del Decreto qualora, «prima della sentenza di primo grado», il soggetto collettivo si sia «efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili» di fenomeni corruttivi.

Non v'è dubbio che anche in questo caso l'opzione collaborativa potrebbe essere inquinata da fattori estranei alla tutela dell'interesse pubblico, tanto più in uno scenario connotato da un endemico conflitto quale è quello delle relazioni tra individuo ed ente accusato ai sensi del d. lgs. 231/2001 a fronte della particolare struttura sostanziale di quel modello⁶⁹. La mitigazione del trattamento sanzionatorio o addirittura la radicale esenzione da responsabilità potrebbe insomma già adesso costituire una spinta alla delazione ben più efficace e influente dell'aspettativa di poter lucrare un premio di natura economica. Certamente una scelta obiettivamente dirompente come quella evocata esigerebbe che la “soffiata” venisse verificata attraverso un accertamento caratterizzato dal rispetto davvero scrupoloso delle regole e dei principi che governano il procedimento penale a salvaguardia degli esiti conoscitivi là raggiunti, esito purtroppo ancora piuttosto lontano dal potersi dire pienamente conseguito anche a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. 24/2023.

«accomunare, sotto affini logiche opportunistiche e di lucro, l'azione del segnalante e del segnalato». Di questo avviso G. Forti, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. “Doppio standard” e “doppio vincolo” nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in AA. VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano 2009, 173.

In prospettiva non troppo diversa, e con precipuo riferimento al tema qui cruciale del conflitto d'interessi, si denuncia un'«erosione del tessuto fiduciario e relazionale ormai diffusa nella società» in F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano 2009, 45.

⁶⁹ In tema, volendo, F. Nicolicchia, *Ente e imputato nella procedura penale d'impresa. Conflitti, interferenze, anomalie di sistema*, Milano 2022.