

La direttiva europea sul *whistleblowing* e la sua trasposizione nell'ordinamento italiano (d.lgs. n. 24/2023)

Marco Magri

Il saggio propone una riflessione critica in merito alla direttiva (UE) n. 1937/2019, attuata in Italia con il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione. Dopo qualche cenno alla situazione attuale delle procedure di trasposizione nei 27 Stati membri dell'Unione, il contributo affronta le premesse culturali della direttiva e s'interroga sulla legittimità della sua base giuridica, sulla estraneità del modello da essa accolto ai principi delle due convenzioni internazionali contro la corruzione attuate dalla legge 190/2012, nonché sul possibile (già avvenuto) esaurimento della sua funzione. Le conclusioni si riallacciano al tema della "effettività" del whistleblowing e alla dottrina (minoritaria) sull'importanza di vederlo pienamente affermato nonostante l'assenza dei whistleblowers.

1. La costruzione politica del whistleblower europeo

Il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, di attuazione della direttiva 1937/2019, verrà probabilmente accolto come un nuovo inizio della strategia di coinvolgimento dei lavoratori nella lotta alla corruzione, che la l. 6 novembre 2012, n. 190 aveva sintetizzato nella disciplina del *whistleblowing*, dando però l'idea di non essersi attrezzata a dovere: una munizione, si scrisse, in una legge con poche armi¹; ed ancora oggi, per i più, una figura che stenta a trasformarsi in una concreta prassi collaborativa.

Quando, nel 2018, la Commissione europea ha pubblicato la comunicazione nella quale ha annunciato al Parlamento europeo ed al Consiglio

¹ A. PATRONI GRIFFI, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, in *Forum Quad. Cost.*, 29 marzo 2016.

di voler definire un «quadro strategico» per rafforzare la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione², l'Italia era uno dei dieci su ventotto Stati membri ad avere una legge sul *whistleblowing* (tra l'altro già assoggettata nel 2014 ad un primo «correttivo» e nel 2017 ad un'integrale riforma). Soltanto il Regno Unito, poi uscito dall'Unione europea, precedeva il nostro Paese, avendo emanato il *Public Interest Disclosure Act* nel 1998³.

La proposta della Commissione è poi scaturita, come sappiamo, nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 ottobre 2019 n. 1937, il cui recepimento si è perfezionato con il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, emanato in base all'art. 13 della l. 4 agosto 2022, n. 127 (legge di delegazione europea 2021), a seguito di apertura del procedimento di infrazione da parte della Commissione europea⁴.

Che la legge italiana dovesse essere riscritta in funzione della direttiva, era chiaro fin dalla proposta⁵. Che occorresse l'avvio di una procedura d'infrazione e poi un secondo atto di delegazione legislativa europea, scaduto inutilmente il primo (2019-2020)⁶, era più difficile da prevedere. Ma la vicenda che ha visto la direttiva largamente trascurata ha un respiro più ampio di quello nazionale.

Nessuno degli attuali ventisette Stati membri dell'Unione ha provveduto spontaneamente alla trasposizione entro il termine stabilito (17 dicembre 2021)⁷. Subito dopo la scadenza (gennaio 2022) ventiquattro Stati membri sono stati messi in mora dalla Commissione ai sensi dell'art. 258 TFUE. Ne è derivata l'emanazione di nuove leggi sulla tutela dei *whistleblowers* in

² Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, 23 aprile 2018, COM (2018) 214, *Rafforzare la protezione degli informatori a livello di Unione europea*, p. 1, nota 5.

³ Escluso il Regno Unito, gli altri Stati membri in possesso di una legge sulla tutela degli informatori erano Francia (2016), Ungheria (2013), Irlanda (2014), Lituania (2019), Malta (2013), Paesi Bassi (2016), Svezia (2016), Slovacchia (2019).

⁴ Procedimento n. 0106/2022 (lettera del 27 gennaio 2022).

⁵ M. MAGRI, *Il whistleblowing nella prospettiva di una disciplina europea armonizzata: la legge n. 179 del 2017 sarà (a breve) da riscrivere?*, in *Federalisimi.it*, 2 ottobre 2019, n. 18/2019, p. 1 ss.

⁶ Art. 23, l. 22 aprile 2021, n. 53 (legge di delegazione europea 2019-2020).

⁷ Per le imprese con più di 50 e meno di 250 lavoratori, il termine di recepimento è il 17 dicembre 2023.

Francia⁸, Croazia, Cipro, Danimarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Malta, Portogallo e Svezia. Negli ultimi tempi le procedure di trasposizione della direttiva hanno registrato un'evoluzione in Germania⁹ ed in Spagna¹⁰ e sono in corso in tutti gli altri Stati dell'Unione. Soltanto l'Ungheria mantiene, per ora, la legge previgente¹¹.

L'inerzia delle democrazie europee nel recepimento della direttiva si è quindi trasformata in un generalizzato sommovimento dei quadri ordinamentali interni. D'altra parte persiste la scarsa utilizzazione dell'istituto e la mancanza di un'apprezzabile casistica giurisprudenziale.

Ci troviamo perciò davanti a un panorama normativo in trasformazione¹², in cui l'unico dato certo è che sono state gettate le basi di una disciplina armonizzata dell'istituto: è in cantiere la costruzione di un "whistleblower europeo" ed è su questo che conviene portare l'attenzione.

Nell'assumere tale angolo di visuale, fatta la debita parte alla novità e all'importanza dell'iniziativa, non ritengo però che il ragionamento possa farsi risalire a una ragione politica unificante, nel senso che in tanto prenderebbe consistenza la problematica attorno alla direttiva 1937/2019, in quanto si potesse imputarla a un meccanismo di produzione simile a quello degli Stati federali, come se si trattasse della creazione di una figura analoga (ammesso che esista) a quella del "whistleblower statunitense". Accostamento, come sappiamo, praticabile entro limiti ristrettissimi e per finalità soltanto descrittive. Eppure la giustapposizione è effettuata, talvolta forse inconsapevolmente, con il richiamo a quell'ordinamento quale patria, luogo di provenienza, campione esemplare della disciplina di cui si tratta. La problematica attorno al *whistleblowing* condivide con

⁸ Dov'è stata emanata la *loi* n. 2022-401 del 22 marzo 2022, finalizzata a migliorare la protezione dei *lanceurs d'alert* (attraverso la modifica della *loi* n. 2016-1691 del 9 dicembre 2016, c.d. *Sapin II*).

⁹ Attualmente in una situazione di stallo: il testo della nuova legge (*Hinweisgeberschutzgesetz*) era stato approvato dal *Bundestag* il 16 dicembre 2022; ma è stato respinto il 10 febbraio 2023 dal *Bundesrat*.

¹⁰ *Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (121/000123), approvato dal Senato il 9 febbraio 2023 e rinviata alla Camera dei deputati.

¹¹ I dati provengono dalla piattaforma <https://www.whistleblowingmonitor.eu/>

¹² F. TUCCARI, *A informação como instrumento de prevenção do fenômeno corruptivo*, in *Ambiente Diritto*, 3, 2022, p. 23.

altri ambiti della politica anticorruzione (il FOIA, per stare all'esempio più celebre) la presupposizione che negli Stati Uniti, o negli ordinamenti di *common law*, esista un "istituto", una "cosa" chiamata *whistleblowing*, alla quale andrebbe tributato il ruolo di "modello", non trapiantabile *sic et simpliciter*, ma nella sostanza fecondo di indicazioni anche di ordine giuridico dommatico, potendo essere almeno nel suo nucleo essenziale – e con i dovuti distinguo – adattabile a qualsiasi Stato di diritto. Intuizione nella quale ci sono elementi davvero prolifici, tranne la premessa, da cui è bene subito prendere le distanze: che il *whistleblowing* sia un "istituto" o una "cosa" dai contorni approssimativamente percepibili, e tanto meno un "cappello" che, una volta indossato dal lavoratore, gli conferisce la qualità di guardiano, di vedetta civica, di strumento di benessere della società democratica, con i suoi valori di legalità, integrità, trasparenza, oggi sempre più permeati dai loro contrappunti capitalistici (*compliance, due diligence, risk assessment, integrity management* e altri simili). A me pare che l'elemento paradigmatico degli Stati Uniti sia proprio la scarsa tenuta di simili suggestioni, così come di qualsiasi schema preconstituito "unificante". L'esistenza di leggi federali sul *whistleblowing*, la loro utilizzazione da parte dei lavoratori e la casistica giurisprudenziale americana è per tradizione più ricca di quella dell'Unione europea (almeno nell'Unione a ventisette, escludendo il Regno Unito). La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti continua ad offrire un contributo costante all'interpretazione delle varie leggi federali sul *whistleblowing*. Di conseguenza anche la riflessione degli studiosi, potendosi concentrare su casi concretamente controversi, ha occasioni di sviluppo e di dibattito su tematiche che nel nostro ordinamento non si sono mai poste¹³. Ma non è solo questione di maturità dell'uno o dell'altro sistema. Occorre guardare alla diversità della Costituzione, della forma di Stato, della legislazione statunitense, federale e non, che come in tutti gli ordinamenti

¹³ Il 6 dicembre 2022, per esempio, si è tenuta dinanzi alla Corte Suprema l'udienza di discussione di una controversia (*Polansky v. Executive Health Resources, Inc.*) nella quale si discute se ed in che limiti il *Department Of Justice* (DOJ) intervenuto in una causa civile promossa con azione surrogatoria dal *whistleblower* per conto del Governo (ai sensi del *False Claims Act*, v. nota successiva), abbia il diritto di ottenere dal giudice l'archiviazione del caso senza offrire alcuna motivazione (contro la volontà del segnalante), dopo aver inizialmente rifiutato di procedere contro il responsabile delle violazioni; questione risolta dalla *District Court* a favore del Governo (<https://www.law.cornell.edu/supct/cert/21-1052>).

di *common law* tende a ripiegare su esigenze pratiche e non bada più di tanto a principi unificatori. Non può stupire che negli Stati Uniti non esista una disciplina organica del *whistleblowing*, ma un insieme di leggi settoriali, ciascuna con il proprio ambito d'applicazione e il proprio regime di condizionalità. Secondo alcune leggi, ad esempio, i canali di segnalazione interna devono essere attivati prima di quelli esterni, in altre è previsto l'esatto opposto. Nel 2018 la Corte Suprema degli Stati Uniti¹⁴, chiamata ad applicare una legge federale che imponeva al lavoratore di indirizzare la segnalazione ad un'autorità amministrativa federale (*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, 2010), ha stabilito che l'inosservanza di tale formalità impedisce al lavoratore stesso, in caso di atto ritorsivo, di invocare la speciale tutela del *whistleblower*. Il che non si rinviene in altre leggi statunitensi, come il *Sarbanes Oxley Act*, là dove al contrario, come nella direttiva europea 1937/2019, per il *whistleblower* è d'obbligo anzitutto cercare protezione presso il proprio datore di lavoro, mentre la segnalazione all'autorità federale è considerata un rimedio residuale. Alcune leggi federali prevedono premi per il *whistleblower*, talvolta accordandogli la tutela processuale tipica di un diritto a contenuto patrimoniale, come nel caso del *False Claims Act*, che permette di citare in giudizio, in nome del Governo, il responsabile di una frode, per ottenerne la condanna e, in tal caso, vedersi riconosciuta una percentuale sulla somma recuperata¹⁵. Ma incentivi e ricompense non sono sempre stabiliti e non possono ritenersi un principio generale dell'ordinamento statunitense¹⁶. Lo stesso fenomeno si riproduce nei rapporti con gli Stati federati, le cui leggi sul *whistleblowing* non sono armonizzate o ravvicinate (né dovrebbero esserlo) e non garantiscono, pertanto, un livello di protezione omogeneo. Questo può creare problemi d'interpretazione, anche delicati, che di solito si risolvono nella massima

¹⁴ U.S. Supreme Court, *Digital Realty Trust, Inc. v. Somers*, No. 16-1276, 21 febbraio 2018. Per qualche altra considerazione sul caso (e più ampiamente, sul tema), M. MAGRI, *Il whistleblowing nella prospettiva di una disciplina europea armonizzata*, cit., p. 11.

¹⁵ 31 U.S. Code § 3730.

¹⁶ Per qualche indicazione, C. HICKEY, *Incentivizing Whistleblowing in the United States Qui Tam, Anti-Retaliation and Cash-For-Information*, *Neue Kriminalpolitik*, 2015, p. 388 ss.; G.C. RAPP, *Beyond Protection: Invigorating Incentives for Sarbanes-Oxley Corporate and Securities Fraud Whistleblowers*, in *Boston University Law Review*, 2007, p. 91 ss.

per cui le *whistleblowing laws* federali prevalgono in applicazione della c.d. *supremacy clause*. Sempre a proposito di norme sul *whistleblowing* ricavate dalla Costituzione statunitense, la Corte suprema non dubita che il diritto del lavoratore di esprimersi su questioni d'interesse generale possa beneficiare della protezione del Primo emendamento della Costituzione¹⁷. Anche qui però occorre intendersi, poiché, se talvolta si è reso necessario il ricorso alla *first amendment clause*, nella maggior parte dei casi le controversie chiamano le leggi federali ad operare secondo la loro funzione tipica, che è quella di valutare se sia esonerato da responsabilità un comportamento del lavoratore che, per sua natura giuridica, sarebbe da qualificarsi come comportamento illecito, in quanto tenuto in violazione dei doveri di segretezza. Voglio dire, anche se può apparire banale, che la tutela contro l'atto ritorsivo è assicurata anche al lavoratore che abbia trasmesso la segnalazione ad un'autorità (o l'abbia resa di pubblico dominio) senza esprimere una propria *opinione* in merito alle circostanze¹⁸. Naturalmente, muoversi in un tale groviglio può complicarsi enormemente; difatti esiste una consolidata tradizione anche in termini di supporto, guida e consulenza esterna per i lavoratori che intendono segnalare illeciti.

Altre cose bisognerebbe ricordare; ma qui non stiamo studiando il sistema americano. Premeva sottolineare la sua peculiarità e la sua frammentazione; tanto pronunciata da rendere semplificante persino l'affermazione, ovunque ripetuta, che in esso stia *l'origine del whistleblowing*.

Ho insistito su questi aspetti perché vi si trova un utile indizio per la valutazione della direttiva 1937/2019. Gli atti di diritto derivato dell'Unione europea non possono ispirarsi a una *supremacy clause*. Possono far valere il loro primato sugli ordinamenti nazionali soltanto se e nei limiti in cui rispettino la ripartizione di competenze stabilita dai Trattati¹⁹.

¹⁷ S. STILL, *A Public Concern: Protecting Whistleblowers Under the First Amendment*, in *Fordham L. Rev.* 88(4), 2020,, p. 1543 ss.

¹⁸ Del resto, come nota A. MANSBACK, *Whistleblowing as Fearless Speech: The Radical Democratic Effects of Late Modern Parrhesia*, in D. LEWIS W. VANDEKERCKHOVE (a cura di), *Whistleblowing and Democratic Values*, p. 12 ss., 15, strumenti di *whistleblowing* possono esistere sia in regimi democratici che in regimi non democratici (e non necessariamente per "bene pubblico").

¹⁹ M. CARTABIA, "Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, To-

Ora, s'intuisce nella direttiva 1937/2019 un'incrinatura di questo schema, una sorta d'imitazione del sistema statunitense, non perché l'atto voglia copiare il "modello" statunitense del *whistleblowing*, che non esiste – e non sarebbe comunque quello accolto dalla direttiva – ma per il *metodo* con il quale l'Unione ha proceduto, facendosi portatrice di una sorta di *preemption doctrine* che in effetti ricorda il comportamento di uno Stato centrale in un ordinamento federale.

Al di là del ricorso alla formula dell'armonizzazione minima²⁰ – che di per sé, com'è noto, ha dato prova di non poter esprimere una precisa misura di competenza²¹ – la reale portata preclusiva dell'atto nei confronti degli Stati membri dipende dallo spazio che l'Unione vuole pragmaticamente occupare, da quanto potere le sue «norme minime di tutela» sottraggono concretamente agli ordinamenti nazionali. Nel caso della direttiva sul *whistleblowing*, l'Unione si prende il terreno che le serve, rispetto agli Stati membri, con un classico e nemmeno troppo mascherato esercizio di sovranità: concedere protezione in cambio di obbedienza e fedeltà: lo Stato garantirà alla soffiata un elevato livello di tutela, se sarà denunciata una violazione del diritto dell'Unione. Ma poiché l'Unione non appartiene al genere degli ordinamenti nazionali, anzi è un singolare accorpamento di elementi nazionali e sovranazionali, essa non afferma la sua autonomia con il linguaggio dello Stato unitario, né con quello dello Stato federale, bensì, coerentemente alla sua natura di *unicum* storico, individuando direttamente i lavoratori europei come beneficiari di un livello di tutela *standard*, correlato ad un "ruolo" che gli Stati membri non possono intralciare: il ruolo di "base" o "vedetta" dell'Unione; non un lavoratore come tutti gli altri, ma una sorta di avamposto degli strumenti di verifica della *primauté* del diritto comunitario. Torna in mente la dottrina della Corte di giustizia sull'effetto diretto, affermata fin dalla sentenza *Van Gend & Loos*: «la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere

rino, Giappichelli, 2005, p. 185 ss., 192.

²⁰ Gli Stati membri possono introdurre o mantenere «disposizioni più favorevoli ai diritti delle persone segnalanti» (art. 25); disposizione prescritta anche dall'art. 13, comma 1, lett. c) della legge di delegazione (n. 127/2022).

²¹ A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, p. 171.

nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, *ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini*²². Su tale dottrina l'atto in esame costruisce una perfetta logica di scambio: il lavoratore che porti a conoscenza delle autorità – o, nel caso in cui queste ultime omettano di ascoltarlo, divulghi all'opinione pubblica – violazioni o altri fatti che frustrino l'effettività del diritto dell'Unione, avrà garantito dagli Stati membri un livello minimo di protezione, calibrato sulla falsariga degli schemi di tutela dei diritti umani, segnatamente della "libertà di espressione"²³. La raffinatezza con la quale la direttiva definisce, il lavoratore, «persona segnalante», è tutta in questa sfera²⁴.

Sembra invece di secondaria importanza agli occhi dell'Unione che gli Stati membri salvaguardino l'unità dell'ordinamento giuridico del lavoro. Non solo perché è data agli Stati membri la potestà di creare regimi differenziati tra il lavoratore fedele all'ordinamento nazionale e il lavoratore fedele all'ordinamento Unione – di stabilire, cioè, che solo la segnalazione o la divulgazione di violazioni del diritto dell'Unione benefici del livello di protezione stabilito dalla direttiva, lasciando ad altra legge le denunce di violazione del diritto nazionale, non di derivazione comunitaria – ma anche per la facoltà degli Stati membri di esonerare dall'obbligo d'istituire canali di segnalazione interna i comuni con meno di 10.000 abitanti e le imprese con meno di 50 lavoratori²⁵. Spetta dunque

²² Corte giust., 5 febbraio 1963, C-26/62, *Algemene Transport - en Expeditie Onderneming van Gend&Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*. Si leggano in proposito le considerazioni di R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, Franco Angeli, 2021, p. 145 ss.

²³ Cfr. D. SANTORO, M. KUMAR, *Speaking Truth to Power – A Theory of Whistleblowing*, Springer, 2018; per un'esemplare esaltazione del modello, G. FASANO, *La vigilanza collettiva interna nella politica di prevenzione della corruzione: l'interesse all'integrità della pubblica amministrazione qualifica una posizione giuridica attiva azionabile dal singolo. Prospettive di riforma della disciplina verso un nuovo modello di pubblico impiego*, in *Federalismi.it*, 14, 2020, p. 138 ss.

²⁴ M. VITALETTI, *La direttiva europea in materia di whistleblowing. Effetti e ricadute sulla tutela della 'persona' nel diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2, 2020, p. 447 ss., in part. 449.

²⁵ Rimane la facoltà degli Stati membri, richiamata dal considerando n. 49, «di incoraggiare» questi soggetti «a istituire canali interni per la segnalazione e il relativo seguito, anche prevedendo per detti canali requisiti meno prescrittivi rispetto a quelli stabiliti dalla presente direttiva, purché tali requisiti garantiscano la riservatezza e il seguito diligente della segnalazione». Il problema dell'effetto potenzialmente discriminante della direttiva non è però, solo per ciò, attenuato. Non sorprende che la Corte dei Conti U.E., nel parere sulla proposta di direttiva (n. 4/2018,

agli Stati membri il compito di evitare che l'attuazione della direttiva porti alla creazione di regimi differenziati, dai quali possano derivare, non appena si trascorra al concreto dell'esperienza giuridica, disparità di trattamento dei lavoratori rispetto al medesimo "diritto" di agire come *whistleblowers*, che sarebbero di assai dubbia compatibilità con l'art. 3 Cost.²⁶. Identiche osservazioni andrebbero svolte in merito alla facoltà degli Stati membri, concessa dall'art. 8.1. della direttiva, di escludere le parti sociali dall'istituzione di canali e procedure di segnalazione interna (lo strumento della previa «consultazione» o dell'«accordo» è obbligatorio solo «se previsto dal diritto nazionale»); prerogativa che, se fosse esercitata, entrerebbe probabilmente in tensione con lo stesso art. 3 e con i principi costituzionali sulla tutela del lavoro e delle libertà sindacali²⁷. La tutela del *whistleblower* europeo è insomma una garanzia che l'Unione offre ai lavoratori come "cittadini europei", senza preoccuparsi troppo né della loro fedeltà o appartenenza ad una nazione, né del sistema di relazioni sociali e industriali in cui essi concretamente vivono²⁸.

in G.U.E. 9 novembre 2018, C/405/1 ss.), sia arrivata a ipotizzare che clausole di esonero come l'art. 8.9. possano «ridurre significativamente la protezione concessa alle persone segnalanti».

²⁶ Il che sembra potersi evitare solo creando un regime unico di tutela per la segnalazione delle violazioni, siano esse del diritto dell'Unione o del diritto nazionale; come ha fatto – non è un caso – il Governo italiano nel d.lgs. n. 24/2023. In dottrina si era d'altronde già osservato che evitare il "doppio regime" facoltizzato dalla direttiva 1937/2019 fosse la strada più conforme al principio costituzionale di eguaglianza (art. 3 Cost.), per gli effetti «nefasti» che si produrrebbero se si «tutelasse in modo differenziato il lavoratore che segnala un illecito consistente nella violazione del diritto UE rispetto a quello che si "limiti" a segnalare un illecito interno, magari più grave» (G. ARMONE, *Whistleblowing e direttiva 1937/2019/UE: questioni lavoristiche e non*, in *Diritti lavori mercati*, 2021, p. 573 ss., 584). Confermata è invece, nell'art. 2 lett. q) d.lgs. n. 24/2023, l'esclusione dall'ambito di applicazione del *whistleblowing* dei soggetti privati con meno di 50 dipendenti (alcune notazioni critiche si trovano nel *Position Paper* di Confindustria, in *Giur. Penale Web*, 25 gennaio 2023, <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2023/01/position-paper-confindustria.pdf>, p. 1); mentre una distinta previsione sembra foriera di problemi di non piccola portata: si tratta della possibilità, che la direttiva prevede per i soggetti del settore privato con un numero di lavoratori compreso tra 50 e 249 (art. 8.6) di «condividere le risorse per il ricevimento delle segnalazioni e delle eventuali indagini da svolgere» (cfr. doc. ult. cit., p. 5), anche questa facoltà è contemplata dal d.lgs. n. 24/2023 (art. 4 comma 4), estesa ai Comuni diversi dai Capoluoghi di Provincia.

²⁷ Già può suscitare qualche perplessità la scelta del d.lgs. n. 24/2023 di limitarsi (art. 4) a prescrivere che siano «sentite» le rappresentanze o le organizzazioni sindacali di cui all'articolo 51 d.lgs. n. 81/2015.

²⁸ Sull'ampissimo e fondamentale argomento, che qui incidentalmente si tocca, mi sia consentito di rinviare a M. TIRABOSCHI, *Persona e lavoro tra tutele e mercato*, Modena, Adapt University Press, 2019 (dottrina *ivi* citata).

2. *Dubbi sulla base giuridica della direttiva 1937/2019*

Così concepita, la nuova figura resta peraltro assai sfocata; e non solo per vicende legate al tardivo adempimento di tutti gli Stati membri agli obblighi derivanti dalla direttiva. I problemi vengono anche dall'interno del diritto dell'Unione. Una prima, importante questione – sulla quale si è, a me pare, finora ingiustamente sorvolato – riguarda proprio la base giuridica della direttiva stessa.

Il *whistleblower* “europeo” è una costruzione politica, ma giuridicamente l'Unione può agire solo nei limiti delle competenze attribuitele dai Trattati (art. 5 TUE). Può darsi che la base giuridica dell'atto in esame sia desumibile in modo implicito²⁹, ma il dubbio resta: su quali norme dei Trattati si fonda la competenza alla «tutela delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione»?

Il preambolo della direttiva ne richiama un numero anormalmente elevato: dodici, di cui undici del TFUE (articoli 16, 43.2, 50, 53.1, 91, 100, 114, 168.4, 169, 192.1, 325.4) e una del Trattato Euratom (art. 31), non connesse, né tra di loro, né alle disposizioni sostanziali del testo.

Le disposizioni sostanziali della direttiva, come s'è anticipato, vogliono realizzare un'armonizzazione “minima” delle legislazioni nazionali («norme minime comuni») a protezione dei lavoratori che segnalano le violazioni descritte dall'art. 2.1. (ambito di applicazione materiale dell'atto).

Tali violazioni si presentano suddivise in tre categorie. Il gruppo di cui alla lettera a) riguarda le violazioni di atti emanati dall'Unione nei dieci «settori» ivi elencati, precisamente: (i) appalti pubblici; ii) servizi, prodotti e mercati finanziari e prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo; iii) sicurezza e conformità dei prodotti; iv) sicurezza dei trasporti; v) tutela dell'ambiente; vi) radioprotezione e sicurezza nucleare; vii) sicurezza degli alimenti e dei mangimi e salute e benessere degli animali; viii) salute pubblica; ix) protezione dei consumatori; x) tutela della vita privata e protezione dei dati personali e sicurezza delle reti e dei

²⁹ In ogni caso, che vi fosse un problema di base giuridica della direttiva sembra essere in qualche modo emerso in sede legislativa. Si veda il parere della Commissione Giuridica del Parlamento Europeo del 26 novembre 2018, nel corso dei lavori preparatori, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0398_IT.html#_section3 (illustrato dal Pres. On. P. Svoboda) su alcuni emendamenti alla base giuridica, poi non accolti da Parlamento, ma significativi di una certa difficoltà di individuazione delle norme del TFUE da indicare nel preambolo dell'atto.

sistemi informativi. Alla lettera b) vengono richiamate le violazioni «che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di cui all'articolo 325 TFUE»³⁰. Alla lettera c) figurano le violazioni «riguardanti il mercato interno, di cui all'articolo 26, paragrafo 2, TFUE»³¹.

Il comportamento del *segnalare*, nella direttiva, acquista il significato di *rivolgersi all'interno dell'organizzazione o interpellare un'autorità esterna competente a ricevere la denuncia*; il *divulgare* è invece rendere di dominio pubblico le informazioni sulle violazioni acquisite nell'ambito delle proprie attività professionali. La direttiva non distingue tra dipendente pubblico e privato, né tra lavoratore subordinato (pubblico o privato) e lavoratore autonomo o imprenditore (art. 49 TFUE). Prevede inoltre il «facilitatore», persona (fisica) che «assiste» il segnalante, a cui vengono garantite le stesse misure di protezione previste dal capo VI (tutela contro gli atti ritorsivi, misure di sostegno, clausole d'esonero da responsabilità).

Il significato del termine *violazione* è oggetto di una nozione ampia, che affianca agli «illeciti» i comportamenti che semplicemente «vanificano l'oggetto o la finalità delle norme».

Le informazioni denunciabili includono i «*fondati sospetti*» su violazioni anche «*potenziali*» che si sono verificate o che «*molto verosimilmente potrebbero verificarsi*». L'avverbio *verosimilmente* sembra sottintendere che la verità dei fatti può essere anche una verità «putativa». Il criterio della verità putativa è richiamato al considerando n. 32, che dichiara protetto dalla direttiva chi abbia «ragionevoli motivi» di ritenere che i fatti da lui segnalati siano veri: mentre esclude «le segnalazioni dolose e futili o infondate» provenienti da chi ha «fornito deliberatamente e scientemente informazioni errate o fuorvianti».

Si noti però che la condizione posta dall'art. 21 per l'esonero del lavoratore da responsabilità non è legata alla verità, obbiettiva o putativa, ma alla circostanza che il *whistleblower* abbia fondati motivi di ritenere che

³⁰ «E ulteriormente specificate nelle pertinenti misure dell'Unione».

³¹ «Comprese violazioni delle norme dell'Unione in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, nonché violazioni riguardanti il mercato interno connesse ad atti che violano le norme in materia di imposta sulle società o i meccanismi il cui fine è ottenere un vantaggio fiscale che vanifica l'oggetto o la finalità della normativa applicabile in materia di imposta sulle società».

la segnalazione o divulgazione sia «*necessaria per rivelare una violazione ai sensi della direttiva*»³². Ciò significa che, se da un lato rimane ferma l'esclusione delle segnalazioni «dolose e futili o infondate», d'altro lato il *whistleblower* "europeo" non ha un dovere di ricerca della verità. È protetta insomma qualsiasi segnalazione in buona fede, al limite anche l'illazione non verificata; l'importante è che si dimostri frutto di una prognosi diligentemente condotta in merito alla proficuità del *whistleblowing*. È invece indispensabile, nella logica accolta dal legislatore comunitario, che la segnalazione o divulgazione sia fatta «conformemente alla presente direttiva» sotto il profilo del rispetto della scala di priorità tra segnalazione e divulgazione. Il lavoratore non beneficia di clausole di esonero da responsabilità per erronee valutazioni "interstiziali", quelle sul soggetto *al quale rivolgersi*: all'interno dell'organizzazione, ad un'autorità esterna, o se rendere l'informazione di pubblico dominio.

In merito alle modalità con cui fare la segnalazione, la direttiva obbliga gli Stati membri ad assicurarsi che gli enti pubblici e i soggetti privati (con almeno 50 lavoratori³³) istituiscano canali di segnalazione interna³⁴ progettati, realizzati e gestiti in modo tale da garantire la riservatezza dell'identità della persona segnalante e la protezione degli eventuali terzi, nonché a verificare che la segnalazione abbia un seguito. Viene così previsto un meccanismo di autocontrollo che dovrebbe precedere³⁵ l'uso dei canali di segnalazione esterna, ma solo se la denuncia può essere efficacemente trattata a livello interno e non vi è il rischio di ritorsioni (valutazione che spetta ovviamente in prima battuta al denunciante).

La segnalazione esterna, cioè la comunicazione scritta od orale alle autorità competenti, è quindi concepita come strumento tendenzialmente sussidiario (articoli 10 ss.).

³² Art. 21.

³³ Art. 8.3.

³⁴ Gli Stati membri possono esonerare da tale obbligo i comuni con meno di 10.000 abitanti o con meno di 50 lavoratori (art. 8.9). Dal combinato disposto dei paragrafi 7 e 9 si evince che, per i soggetti giuridici del settore privato con meno di 50 lavoratori, gli Stati membri possono far dipendere l'obbligo di istituire canali e procedure di segnalazione interna da un'analisi del livello di rischio dell'attività, in particolare per l'ambiente e la salute pubblica.

³⁵ Gli Stati membri devono «incoraggiarlo» (art. 7.2.).

Quanto alla divulgazione pubblica dell'informazione, essa consente al lavoratore di beneficiare della protezione prevista dalla direttiva se egli, prima di rendere l'informazione di dominio pubblico, ha effettuato la segnalazione interna ed esterna, senza che ciò abbia sortito alcun seguito. Il diritto alla tutela c'è però anche quando il lavoratore aveva fondati motivi di ritenere che la violazione potesse costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse o che sussistesse il rischio di ritorsioni o, ancora vi fossero scarse prospettive che la violazione venisse affrontata efficacemente³⁶.

Proprio come la sussidiarietà dell'art. 118 Cost., il rapporto tra le diverse vie (segnalazione interna, segnalazione esterna, divulgazione pubblica) è quindi sempre bilanciato da un canone di adeguatezza e di proporzionalità, che in definitiva rimette la scelta al prudente apprezzamento della persona segnalante. Si ripete che, mentre può andare esente da responsabilità il segnalante che dice il falso, credendo di dire la verità, non lo è il segnalante che dice il vero, commettendo però un errore sul «canale» di segnalazione o credendo erroneamente sussistenti i presupposti della divulgazione.

Infine, viene l'obbligo degli Stati membri di vietare gli atti ritorsivi³⁷ e di provvedere affinché i *whistleblowers* abbiano accesso a misure di sostegno (art. 20). L'art. 21 è interamente dedicato alle diverse discipli-

³⁶ «Come nel caso di occultamento o distruzione di prove oppure il caso in cui l'autorità potesse essere collusa con l'autore della violazione o coinvolta nella violazione».

³⁷ La cui tipologia è specificata dall'art. 19: il «licenziamento, la sospensione o misure equivalenti; b) la retrocessione di grado o la mancata promozione; c) il mutamento di funzioni, il cambiamento del luogo di lavoro, la riduzione dello stipendio, la modifica dell'orario di lavoro; d) la sospensione della formazione; e) note di merito o referenze negative; f) l'imposizione o amministrazione di misure disciplinari, la nota di biasimo o altra sanzione, anche pecuniaria; g) la coercizione, l'intimidazione, le molestie o l'ostracismo; h) la discriminazione, il trattamento svantaggioso o iniquo; i) la mancata conversione di un contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro permanente, laddove il lavoratore avesse legittime aspettative di vedersi offrire un impiego permanente; j) il mancato rinnovo o la risoluzione anticipata di un contratto di lavoro a termine; k) danni, anche alla reputazione della persona, in particolare sui social media, o la perdita finanziaria, comprese la perdita di opportunità economiche e la perdita di reddito; l) l'inserimento nelle liste nere sulla base di un accordo settoriale o industriale formale o informale, che possono comportare l'impossibilità per la persona di trovare un'occupazione nel settore o nell'industria in futuro; m) la conclusione anticipata o l'annullamento del contratto per beni o servizi; n) l'annullamento di una licenza o di un permesso; o) la sottoposizione ad accertamenti psichiatrici o medici».

ne dei casi in cui i lavoratori «non incorrono in alcuna responsabilità», anche penale (par. 7), per avere segnalato o, secondo i casi, divulgato le informazioni «conformemente alla direttiva».

Ripercorso per sommi capi il contenuto dell'atto, la valutazione della base giuridica imporrebbe adesso di chiedersi qual è il suo scopo (o il suo scopo *preponderante*), per cercare di comprendere se trovi o meno corrispondenza nelle norme del TFUE indicate nel preambolo.

Si può intanto sorvolare sull'art. 1, che pure dovrebbe essere il più significativo, perché questa norma non esprime nozioni riscontrabili nel Trattato: lo scopo della direttiva viene fatto coincidere con l'ideale politico di «rafforzare l'applicazione del diritto e delle politiche dell'Unione». Inutile dilungarsi a spiegare, tant'è visibile, il motivo per cui non può esistere una competenza dell'Unione ad adottare un atto legislativo per consolidare la *primauté* del proprio ordinamento: per «rafforzare» – come recita l'art. 1 – «l'applicazione del diritto e delle politiche dell'Unione».

La dottrina della preminenza dell'ordinamento comunitario – intesa di nuovo, per capirci, al modo in cui l'ha elaborata la giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Van Gend & Loos* – è un famoso teorema sulla limitazione dei poteri sovrani degli Stati membri.

Ma la delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione, non su costrutti teorici. Tanto basta per concludere che l'art. 5 TUE impedisce al Parlamento europeo ed al Consiglio di assumere quella dottrina “come norma” e di adottare atti legislativi con il pretesto di «rafforzare» il diritto e le politiche dell'Unione. Consolidare la *primauté* è un *obiettivo*, non una *competenza*.

Si potrebbe precisare che scopo della direttiva è rafforzare il diritto dell'Unione «in specifici settori» (art. 1). Tuttavia nemmeno le disposizioni che definiscono i settori, richiamate nel preambolo, autorizzano l'adozione di una direttiva con norme minime comuni per la protezione delle persone che segnalano violazioni: art. 16 (protezione dei dati personali), art. 43.2 (politica comune dell'agricoltura e della pesca), art. 50 (libertà di stabilimento); art. 53.1 (professioni autonome); art. 91 e 100 (trasporti); art. 168.4 (protezione della salute), art. 169 (protezione dei consumatori); art. 191.1 (tutela dell'ambiente). Lo stesso dicasi per le disposizioni autorizzative nelle basi giuridiche degli atti legislativi settoriali, assoggettati alla disciplina del *whistleblowing* in quanto richiamati dall'art. 2.1. lettera a) della direttiva 1937/2019.

Qui, tuttavia, un argomento più consistente potrebbe essere addotto. Si accennava poco sopra al fatto che la competenza dell'Unione a regolare il *whistleblowing* potrebbe ritenersi "implicita" in quella di regolazione dei settori ai quali la direttiva si applica. Prendiamo per esempio gli appalti, i trasporti, la tutela dell'ambiente. In tali materie – si potrebbe osservare – direttive e regolamenti hanno autonome basi giuridiche e queste ultime comprendono già in loro stesse la potestà d'introdurre regole ulteriori finalizzate a renderne più effettiva l'applicazione. Il che, se fosse vero, spiegherebbe le disposizioni del preambolo, nessuna delle quali attribuisce *espressamente* all'Unione competenze in materia di lavoro – non viene citato l'art. 153 TFUE, per esempio, che sembrerebbe ovviamente la base più appropriata – ma che tutte si allacciano in qualche misura all'art. 2.1. Allora, è sufficiente che la competenza dell'Unione sia, senza far troppe questioni, "percepita", cioè "sottintesa"? Forse su questo confida il legislatore dell'Unione³⁸. Non pare tuttavia che, ad una corretta analisi, si possa dar credito a un simile modo di risolvere il problema.

Il tema dei poteri impliciti dell'Unione è troppo ampio per poter essere qui anche solo ripreso per sommi capi. Mi limito a tre considerazioni. La prima è che soprattutto dopo Lisbona il principio di attribuzione pone limiti più stringenti alla potestà dell'Unione di agire al di fuori di una formale investitura rispetto al tempo in cui fu elaborata la dottrina dei poteri impliciti. Tanto che la giurisprudenza della Corte di giustizia è nel senso di richiedere persino agli atti legislativi dell'Unione, qualora abbiano un duplice scopo o una pluralità di componenti (espliciti), di «basarsi su un solo fondamento giuridico» e di farsi carico della precisione necessaria a sciogliere eventuali ambiguità in merito alle norme dei Trattati dalle quali ritengono di essere supportati. In questi casi l'atto deve avere «una sola base giuridica (...) quella richiesta dallo scopo o dalla componente principale o preponderante»³⁹. Se quindi resta innega-

³⁸ Qualche forzatura in tal senso si percepisce dalle considerazioni di cui al punto 2.3 della relazione della Commissione (23 aprile 2018, p. 6 del doc.), nella proposta di direttiva; là dove si afferma che gli articoli indicati nel preambolo costituiscono una base giuridica appropriata in quanto «introducono nuove disposizioni in materia di protezione degli informatori (...); mirano a garantire livelli elevati e coerenti in materia di protezione degli informatori».

³⁹ Corte giust., Grande Sezione, 3 dicembre 2019, C-482/17; in merito a questa pronuncia, anche sul tema della base giuridica plurima e del principio del «centro di gravità dell'atto», C.

bile, ed in fondo connaturata al sistema delle competenze dell'Unione, l'esistenza determinati "meccanismi di flessibilità"⁴⁰, appare oggi ridotto lo spazio in cui può operare la dottrina dei poteri impliciti. Comunque, non dovrebbe esservi dubbio sul fatto che, per il Parlamento europeo e per il Consiglio, non esista più un potere "libero" di disporre della base giuridica dei propri atti legislativi in funzione di esigenze d'opportunità politica (il che vorrebbe dire, in ultima analisi, disporre della forza giuridica del Trattato).

La seconda considerazione è che nessuna delle disposizioni del TFUE richiamate dalla direttiva, né quelle indicate nel preambolo, né quelle assunte dagli atti legislativi settoriali ai quali rimanda l'art. 2.1 lettera a), "implica" (razionalmente parlando) la potestà di adottare una direttiva sulla tutela delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione. Ciò può valere forse per gli articoli 114 e 325 TFUE (v. *infra*) non per gli articoli 16, 43.2, 50, 53.1, 91, 100, 168.4, 169, 192.1, dal cui testo non si evincono le condizioni del ragionamento inferenziale tipico dei poteri impliciti. La riprova si ha considerando alcuni atti legislativi settoriali appartenenti al *corpus* di direttive o regolamenti richiamati all'art. 2.1. lettera a), dove la tutela dei *whistleblowers* è prevista espressamente, come attesta la stessa direttiva 1937/2019, riservando a sé stessa in questi casi un'applicazione sussidiaria (art. 3 e Allegato 1, seconda parte). La terza considerazione è che *whistleblowing* è una parola che non designa nulla di preciso e di classificabile all'interno dell'ordinamento comunitario. Anche se si accogliesse la teoria dei poteri impliciti, il discorso verrebbe quasi subito a perdere del rigore logico necessario, stanti le difficoltà insormontabili di messa a fuoco dell'oggetto di cui si tratta. Chiedersi su quale norma dei Trattati si fondi implicitamente la competenza ad emanare norme sulla tutela dei *whistleblowers* non è

PONTI, *La direttiva dell'Unione europea sulle armi da fuoco in una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 1, 2020, p. 82 ss., in part. 84.

⁴⁰ Li si trova riassunti ad esempio in O. PORCHIA, *Competenze dell'Unione europea*, in *Diritto on line* (2017), Treccani, Roma. Si noti a tale proposito che la direttiva 1937/2019 non richiama la "clausola di flessibilità" codificata all'art. 352 TFUE (se «un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate»).

come chiedersi, ad esempio, su quale norma dei Trattati si fondi la competenza dell'Unione ad assumere un impegno internazionale⁴¹: l'obbligo degli Stati membri resta poco determinato, appunto perché non si può dire con certezza cosa sia, a quale scopo serva, cosa renda necessario, a quale concetto vada ricondotto il *whistleblowing*.

Queste considerazioni si dovrebbero senza dubbio approfondire. Mi pare tuttavia che esse, sia pure così sommariamente svolte, siano sufficienti a giustificare, se non altro, il dubbio sulla possibilità di ricavare da semplici presupposizioni la base giuridica della direttiva 1937/2019.

Il discorso può essere differente, semmai, per il titolo di competenza indicato dalla direttiva all'art. 2.1, lettera b). Qui si menziona l'114 TFUE, relativo al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno⁴². Su questo piedistallo, lo scopo di *private enforcement* indicato all'art. 1 della direttiva accenna veramente a prendere consistenza⁴³. Per rendersi conto subito di quanto la protezione delle persone segnalanti abbia ricadute positive sul funzionamento del mercato unico, si pensi solo alle informazioni che possono portare alla scoperta e alla repressione di violazioni del diritto comunitario in materia di appalti pubblici, di concorrenza e aiuti di Stato o in altre materie consimili. Più in generale, l'apertura di determinati settori alla concorrenza rende necessario un aumento degli strumenti di garanzia, per evitare che la diversità dei meccanismi di controllo all'interno degli Stati membri si converta in indebiti vantaggi per le organizzazioni che violano il diritto dell'Unione (è questa, ad esempio, la principale ragione della "direttiva ricorsi" in materia di appalti pubblici: la facilità e l'ampiezza del diritto di rivolgersi al giudice, quando sono in gioco aggiudicazioni illegittime perché disposte in violazione del

⁴¹ Il riferimento è alla celebre sentenza *Aets* (Corte giust., 31 marzo 1971, C-22/70, *Commissione delle comunità europee c. Consiglio delle Comunità europee*), su cui v. O. PORCHIA, *op. cit.*,

⁴² T.M. MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno*, Bari, Cacucci, 2018.

⁴³ L'esperienza è del resto testimone di simili interventi; ad esempio la direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, sulla base dell'art. 100A del Trattato CEE.

diritto comunitario, rende anche e prima di tutto più effettivo il diritto comunitario). D'altra parte, la *ratio* di un intervento di armonizzazione può sostanziarsi anche nella tutela armonizzata di «un interesse di natura non economica (ad esempio, la salute pubblica) che, in assenza di ravvicinamento, gli Stati membri potrebbero invocare per limitare la libera circolazione⁴⁴; interessi del genere si ritrovano, in parte, nell'elenco di cui all'art. 2.1, lettera a) della direttiva. I famosi *whistleblowers* che hanno permesso di scoprire operazioni tese a conseguire agevolazioni fiscali o violazioni delle normative sulla tutela dell'ambiente (*Luxemburg Leaks*, *Panama e Paradise Papers*, *Dieselgate*) – che la Commissione europea, nella Comunicazione del 23 aprile 2018, non ha mancato di richiamare – sono d'altronde notoriamente descritti come protagonisti di rivelazioni che hanno fatto bene al mercato unico. Di nuovo, però, occorre intendersi. Il fatto che il funzionamento del mercato interno possa essere rafforzato da una direttiva sulla tutela dei *whistleblowers* non significa che tutto l'ambito di applicazione materiale della direttiva 1937/2019 possa essere “sorretto” dall'art. 114 TFUE. Il rischio, qui, è di accogliere una nozione eccessivamente dilatata di “mercato interno”⁴⁵. Le violazioni «di cui all'art. 26, paragrafo 2, TFUE», rappresentano – secondo l'art. 2.1, lettera c) della direttiva – solo una sottocategoria degli ambiti materiali racchiusi nell'art. 2.1. Inoltre, l'Allegato 1 contiene molti atti legislativi la cui base giuridica non si radica nell'art. 114 e che non sono stati adottati per obiettivi di «libera circolazione». Ecco dove si perde il legame tra tutela dei *whistleblowers* e protezione del mercato interno, salvo appunto assumere di questo concetto un'accezione tanto estesa da farne una sorta di nucleo essenziale ed irriducibile di qualsiasi norma del Trattato. Aggiungo che lo scopo di «ravvicinamento», necessariamente riferito al solo art. 114, potrebbe avere caratteristiche proprie rispetto ad obiettivi di «armonizzazione» o «coordinamento» ispirati ad altre norme

⁴⁴ A. ARENA, *op. cit.*, p. 165; C. PONTI, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁵ Per quanto ampio e non determinabile a priori (ma soltanto in base allo stato concreto del processo di integrazione), il conetto di mercato interno non è illimitato, osserva R. MASTROIANNI, *Ravvicinamento delle legislazioni in diritto comunitario*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XII, Torino, Utet, 1997, p. 456 ss., in part. 474.

del Trattato⁴⁶; il che rende ancor più opaca la scelta della direttiva in favore un base giuridica “plurima”.

Non è tutto, peraltro. Si deve soggiungere che, secondo il costante insegnamento della Corte di giustizia, la semplice constatazione di disparità tra le normative nazionali non è sufficiente a giustificare il ricorso all'articolo 114 TFUE. Torniamo per un attimo alla Comunicazione della Commissione europea del 23 aprile 2018. C'è qui un passo molto significativo, che sintetizza buona parte degli “ostacoli” per cui l'Unione si è mossa nella direzione del ravvicinamento o dell'armonizzazione delle legislazioni.

Si permetta di trascriverlo in tutta la sua ampiezza.

«Nel complesso», riportava la Commissione, «la protezione di cui godono gli informatori nell'Unione europea è attualmente frammentata tra i diversi Stati membri e disomogenea tra i vari settori strategici. I recenti scandali con effetti transfrontalieri portati alla luce dagli informatori mostrano come un livello di protezione insufficiente in un dato paese possa non solo ripercuotersi negativamente sul funzionamento delle politiche dell'UE in tale paese, ma avere anche effetti di ricaduta in altri paesi e nell'UE nel suo insieme. Secondo l'indagine speciale Eurobarometro 2017 sulla corruzione, circa un europeo su tre (29%) ritiene che la riluttanza dei cittadini nel riferire episodi di corruzione possa essere imputabile al fatto che non viene garantita alcuna protezione a chi li segnala. Nella consultazione pubblica condotta dalla Commissione nel 2017, il timore di conseguenze legali e finanziarie è stata la ragione più frequentemente addotta per la mancata segnalazione di illeciti da parte dei lavoratori. Il timore di atti di ritorsione è spesso ampiamente giustificato. Secondo l'indagine mondiale 2016 sull'etica nel mondo del lavoro (Global Business Ethics Survey) sugli oltre 10.000 lavoratori del settore privato, pubblico e senza fini di lucro, intervistati in 13 paesi, il 33% è stato testimone di una negligenza, il 59% l'ha segnalata e, di questi, il 36% ha subito

⁴⁶ Sulla non necessaria coincidenza di questi termini la dottrina sembra concorde; v. ad esempio le considerazioni di F. POCAR, *Il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella Comunità Economica Europea*, in M. MISTRI, A. PAPISCA (A CURA DI), *La sfida europea*, Padova, Cedam, 1984, pp. 93 ss., in part. 96. Comunque, anche per ulteriori indicazioni dottrinali, T.M. MOSCHETTA, *op. cit.*, p. 47 ss.; C. AMALFITANO, *Ravvicinamento delle legislazioni [dir. UE]*, in *Diritto on line*, Treccani, (2015)

ritorsioni. La mancanza di fiducia nell'utilità delle segnalazioni emerge dai risultati dell'indagine speciale Eurobarometro 470, che evidenzia le due principali ragioni dell'omessa segnalazione di casi di corruzione: i) la difficoltà nel presentare elementi di prova (45%) e ii) il fatto che i responsabili non verrebbero puniti (32%), persino in presenza di elementi probatori. Inoltre, gli informatori potenziali che sono testimoni di casi di attività illegali, pur sentendosi sicuri nel segnalarle, potrebbero decidere di non farlo semplicemente perché non sanno dove né come effettuare la segnalazione. Secondo l'indagine speciale Eurobarometro 2017 sulla corruzione, il 49% degli intervistati non saprebbe dove effettuare la segnalazione del caso di corruzione, qualora dovesse esserne vittima o testimone».

Gli stessi concetti sono ribaditi nei primi considerando della direttiva, laddove si insiste sul fatto che la protezione garantita agli informatori nell'Unione *non è uniforme* tra gli Stati membri e *non è armonizzata* tra i vari settori» (n. 4); per questo *dovrebbero applicarsi norme minime comuni* (n. 5).

Non possiamo fingere di non accorgerci che, eliminato l'equivoco del rafforzamento del diritto UE (che abbiamo già visto non trovare riscontro nel Trattato), nulla rimane, tranne la mera esistenza di legislazioni tra loro disomogenee. Non meraviglia che gli "ostacoli", di cui la direttiva si propone la rimozione, non abbiano a che vedere con il principio di «libera circolazione» o con uno «spazio senza frontiere» (art. 26 TFUE). Si torna sempre allo stesso punto: l'ineffettività, la mancanza di fiducia nell'utilità delle segnalazioni, la scarsa "propensione" al *whistleblowing* in favore dell'Unione.

Analoghe conclusioni (inutile ripetere il ragionamento) valgono per l'art. 325 TFUE (lotta contro la frode), anch'esso base giuridica astrattamente compatibile con norme di tutela degli informatori, ma non ricollegabile, se non in parte, all'ambito di applicazione della direttiva.

Bisognerebbe infine ricordare il silenzio del preambolo sulle norme tipiche delle direttive di armonizzazione penale (esempio, art. 83 TFUE), pur avendo la direttiva un impatto non trascurabile in tale settore⁴⁷. Ciò

⁴⁷ A.F. MASIERO, *La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE. Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante*, in *Arch. pen.*, 2, 2020, p. 26 e nota 90.

non solo per l'imposizione agli Stati membri dell'obbligo di introdurre sanzioni, anche penali, contro le misure ritorsive commesse ai danni degli informatori (considerando n. 102), ma anche per l'obbligo di esonerare questi ultimi da responsabilità – di nuovo, anche penali – per l'avvenuta segnalazione; obbligo enunciato all'art. 21 e che investe norme sia sostanziali che processuali⁴⁸.

Scartati anche i titoli "trasversali", di un ultimo elemento occorre farsi carico.

Come la Corte di giustizia ha ribadito nella sentenza 16 febbraio 2022, C-157/21 (*Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*)⁴⁹ può «essere preso in considerazione, per determinare la base giuridica appropriata, il contesto giuridico nel quale si inserisce una nuova normativa», il quale «può fornire chiarimenti quanto all'obiettivo perseguito» dall'atto legislativo⁵⁰; contesto alla cui definizione contribuisce in modo deciso, agli occhi della Corte, il «presupposto» dell'adozione dell'atto. In quel caso il regolamento europeo impugnato, basato sull'art. 322 TFUE (disposizioni comuni sul bilancio), subordinava i versamenti provenienti dal bilancio dell'Unione – non al rispetto da parte degli Stati membri di principi della sana gestione finanziaria, bensì – al rispetto dei principi dello «Stato di diritto». All'affermazione della Repubblica di Polonia, che l'art. 322 TFUE non fosse base giuridica appropriata, la Corte ha replicato, accogliendo le osservazioni dell'avvocato generale (Sánchez Bordona), «che gli Stati membri possono garantire una sana gestione finanziaria solo se le loro autorità pubbliche agiscono in conformità della legge, se le violazioni del diritto sono effettivamente perseguite e se le decisioni arbitrarie o illegittime delle autorità pubbliche possono essere soggette a un effettivo controllo giurisdizionale». Vale a dire che il rispetto dello Stato di diritto era in «chiara correlazione» alla «esecuzione

⁴⁸ *Id.*, *op. e loco cit.*

⁴⁹ E nell'identica sentenza *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, 16 febbraio 2022, C 156/2021.

⁵⁰ Principio affermato dalla Corte di giustizia anche nelle sentenze 8 dicembre 2020, C-626/18, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, punti da 43 a 47; 8 dicembre 2020, C-620/18, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, punti da 38 a 42, 3 dicembre 2019, C-482/17 *Repubblica ceca c. Parlamento e Consiglio*.

efficiente del bilancio»⁵¹: come si legge anche nella direttiva 1937/2019, con riferimento a segnalazioni e divulgazioni pubbliche, un «elemento a monte dell'applicazione del diritto e delle politiche dell'Unione»⁵². Ora si potrebbe sostenere, se si leggono i considerando della direttiva 1937/2019 (e la Comunicazione della Commissione europea del 2018), che la segnalazione o divulgazione pubblica venga a raffigurare questo «elemento a monte» in quanto la si presume correlata alla «libertà di espressione del lavoratore», garantita dagli articoli 10 della CEDU e 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Abbiamo così toccato finalmente il fondo del problema: la direttiva vuole la rimozione, attraverso il ravvicinamento delle legislazioni interne, delle diseguaglianze nell'esercizio di un «diritto fondamentale», come risulta in particolare dai considerando n. 31⁵³ e n. 109⁵⁴.

Questo è un punto che sembra a me essere di particolare rilievo. Se c'è un fondamento della direttiva complessivamente intesa, esso sta nell'idea che – si perdoni il gioco di parole – il *whistleblowing* sia l'esercizio di un diritto dei *whistleblowers*. I rimandi del considerando n. 31 alla raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa CM/Rec (2014)7⁵⁵ e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,

⁵¹ Punto 130.

⁵² Direttiva 1937/2019, considerando n. 2.

⁵³ «Coloro che segnalano minacce o pregiudizi al pubblico interesse di cui sono venuti a sapere nell'ambito delle loro attività professionali esercitano il diritto alla libertà di espressione. Il diritto alla libertà di espressione e d'informazione, sancito dall'articolo 11 della Carta e dall'articolo 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, comprende il diritto di ricevere o di comunicare informazioni nonché la libertà e il pluralismo dei media. Di conseguenza, la presente direttiva si basa sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) relativa al diritto alla libertà di espressione e ai principi elaborati su tale base dal Consiglio d'Europa nella raccomandazione sulla protezione degli informatori adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 30 aprile 2014».

⁵⁴ «La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e i principi riconosciuti, segnatamente, dalla Carta, in particolare il suo articolo 11. Di conseguenza, è essenziale che la presente direttiva sia applicata conformemente a tali diritti e principi garantendo il pieno rispetto, tra l'altro, della libertà di espressione e d'informazione, il diritto alla protezione dei dati personali, la libertà d'impresa, il diritto a un livello elevato di protezione dei consumatori, il diritto a un livello elevato di protezione della salute umana, il diritto a un livello elevato di protezione ambientale, il diritto alla buona amministrazione, il diritto a un ricorso effettivo e i diritti della difesa».

⁵⁵ In merito all'impatto di questa Raccomandazione è stato di recente predisposto un *Evaluation report* (giugno 2022) del Comitato europeo per la Cooperazione giuridica del Consiglio

coronano, si è scritto, la “prospettiva diritti umani”. Ne scaturisce «una funzione ampliata dell’istituto, che cerca di adattarsi alle necessità di proteggere non più solo il “lavoratore sleale” dal datore di lavoro, ma sempre più il “divulgatore” di informazioni al pubblico»⁵⁶.

Ma di quali diritti umani stiamo parlando? Se li volessimo davvero chiamare con il loro nome, i cosiddetti “diritti fondamentali” del *whistleblower* europeo si potrebbero definire soltanto in un modo, che è quello dei diritti-funzione o, se volessimo andare fino in fondo, diritti “funzionalizzati”. Solo con uno spericolato artificio, si può fingere di non vedere che la garanzia di cui stiamo parlando non ha nulla a che vedere con la libertà di espressione del lavoratore *in quanto tale*, vale a dire del cittadino *in quanto* lavoratore. Quest’ultima, per essere davvero una “libertà”, non può e non deve distinguersi dai diritti già riconosciuti dall’ordinamento. E deve restare prima di tutto una *libertà di fatto*, giuridicamente protetta come sfera di signoria dell’individuo, che esige semmai dallo Stato – una volta che la si immagini riferita al lavoratore – la rimozione degli ostacoli che la limitano e ne impediscono il godimento.

Non mi pare inoltre che la libertà del lavoratore si concili con una sua strumentale *deresponsabilizzazione*, che vediamo di continuo emergere a proposito del *whistleblowing*, attorno alla *tutela dell’identità del segnalante*, dell’*anonimato*, della *verità putativa* o della *necessità putativa* di effettuare la denuncia. In verità, nella direttiva i diritti del *whistleblower* sono prerogative inerenti ad un *ruolo*, ad un diritto che non appartiene al soggetto lavoratore, ma all’ordinamento dell’Unione. Una libertà di espressione totalmente confusa con la natura pubblicistica dell’interesse al rafforzamento del diritto europeo.

Tornerò su questi profili tra breve, quando mi occuperò delle differenze tra il punto di vista della direttiva e quello di alcune convenzioni internazionali contro la corruzione

Ora v’è un decisivo argomento di ordine testuale, sul quale riportare il discorso, per concludere. L’idea che l’art. 11 della Carta possa costituire “base giuridica” appropriata della direttiva 1937/2019 sarebbe inesatta in

d’Europa (CDCJ), consultabile online a <https://rm.coe.int/cdcj-2022-01-evaluation-report-on-recommendation-cmrec-2014-7p/1680a6fee1>

⁵⁶ L. VALLI, *Verità e democrazia*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2, 2020 (estratto), p. 14

ogni caso, per non dire da rigettare in limine: le disposizioni della Carta non estendono o modificano in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati, né introducono competenze o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione (art. 6.1, par. 2 TUE e 51.2 Carta).

Ancor meno utilizzabile è il considerando n. 31, dove troviamo scritto che la direttiva «*si basa sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) relativa al diritto alla libertà di espressione e ai principi elaborati su tale base dal Consiglio d'Europa nella raccomandazione sulla protezione degli informatori adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 30 aprile 2014*». La giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 10 CEDU pone questioni di notevole interesse per la tutela dei *whistleblowers*⁵⁷. Ma – e qui il discorso si fa davvero scontato – l'art. 10 CEDU non rappresenta, di per sé, nulla che abbia a che fare con la valutazione della base giuridica della direttiva 1937/2019.

Le cose dette sono, s'intende, considerazioni di larga massima. Ma per terminare sul punto, tornando alla domanda da cui si era partiti – quali norme dei Trattati autorizzino l'Unione ad adottare una direttiva sulla tutela delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione? – direi *nessuna* delle norme indicate nel preambolo della direttiva 1937/2019. Così ritengo di avere precisato, sia pure ad un livello che non voleva essere appagante (ma soltanto sollecitare alcuni spunti di riflessione), il sospetto che la direttiva 1937/2019 sia un atto legislativo non conforme al Trattato.

3. Estraneità della direttiva all'ambito materiale delle convenzioni internazionali anticorruzione

Vorrei ora dar conto delle differenze tra il *whistleblowing* della direttiva 1937/2019 e gli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali contro la corruzione. Quando è entrata in vigore la direttiva, la dottrina italiana era già da qualche anno impegnata nell'analisi del *whistleblowing*⁵⁸ e a

⁵⁷ F. PONTE, *La Corte EDU sul "whistleblowing": la libertà di espressione, i canali pubblici di segnalazione e una prospettiva non (ancora) italiana*, in *DPCE online*, 2, 2021, p. 2705 ss.

⁵⁸ R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001*, in B.G. MATARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 243 ss. La dottrina sul *whistleblowing* è sterminata. Senza pretesa di completezza, A. AVIO, *Diritto di critica e obblighi di riservatezza*, in *Lav. dir.*, 1, 2018,

causa di ciò ha potuto entrare subito nel vivo della riflessione sulle norme nazionali che avrebbero con ogni probabilità dovuto essere modificate⁵⁹. Di qui l'illustrazione, in fondo difficilmente contestabile, di un *«imponente*

p. 221 ss.; Id., *La nuova tutela del dipendente che segnala reati o irregolarità*, in *Dir. lav. mercati*, 3, 2017, p. 655; Id., *La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti nella l. 30 novembre 2017*, n. 179, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2018, p. 306 ss.; D. BOLOGNINO, *Spunti di riflessione sui chiaro-scuro della formulazione della nuova normativa di tutela del dipendente che segnala l'illecito di cui alla l. n. 179 del 2017*, in *Amm. in cammino*, 13 marzo 2018; G. D'ALESSIO, *La legislazione anticorruzione: l'impatto sui rapporti di lavoro pubblico*, in *Lav. P.A.*, 2017, p. 99 ss., 115 ss.; E. FIATA, *La tutela del whistleblower nel pubblico impiego dopo la legge n. 179 del 2017*, in *Lav. P.A.*, 2018, p. 57 ss.; M. MARTONE, *La repressione della corruzione e la tutela del whistleblower alla luce della l. 30 novembre 2017*, n. 179, in *ADL*, 1, 2018, p. 61 ss.; G. MASSARI, *Il whistleblowing all'italiana: l'evoluzione del modello sino alla legge n. 179 del 2017*, in *Studium iuris*, 9, 2018, p. 981 ss.; V. PAPA, *Contrasto alla maladministration e segnalazione di irregolarità: il whistleblowing e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici*, in B. CARUSO (a cura di) *Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Catania, 8, 2019; N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n. 179/2017 di tutela del whistleblower*, in www.lavorodirittieuropa.it, 1, 2018; A. RICCIO, *La tutela del lavoratore che segnala illeciti dopo la l. n. 179 del 2017. Una prima lettura giuridivistica*, in *Amm. in cammino*, 26 marzo 2018; F. COPPOLA, *Il "whistleblowing": la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, *Dir. pen. e processo*, 4, 2018, 475 ss.; A. FRIGNANI, *Il "whistleblowing" in Italia: la nuova legge dimentica la concorrenza (e non solo)*, in *Giur. comm.*, 3, 2019, p. 393 ss.

⁵⁹ Sia permesso rinviare anzitutto, senza distinzioni, al volume di Autori vari, A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, Atti del Convegno annuale del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria", Milano, 18-19 novembre 2019, Milano, Giuffrè Francis & Taylor, 2020; A. DELLA BELLA, *Il "whistleblowing" nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, *ivi*, 157 ss.; S.M. CORSO, *La Direttiva UE 2019/1937 sul whistleblowing e le possibili ricadute nel diritto interno*, in *Il lavoro nella giur.*, 2020, p. 600 ss.; F. TUCCHARI, *Il whistleblowing tra intelligenza della corruzione e conoscenza della (mal)amministrazione*, in *Ambiente Diritto*, 4, 2020, p. 20; A. BOSCATI, *La disciplina del "whistleblowing" nel settore privato nella prospettiva dell'attuazione della direttiva comunitaria*, in *ADL*, 5, 2020, p. 1056 ss.; Id., *La disciplina del "whistleblowing" nel settore pubblico nella prospettiva dell'attuazione della direttiva comunitaria*, in *ADL*, 3, 2020, 521 ss.; Id., *Il whistleblowing tra diritto di critica e obbligo di fedeltà del lavoratore*, in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., 357 ss., in part. 381; C. MARENGHI, *Direttiva sul whistleblowing e ordinamento italiano: qualche riflessione in vista dell'attuazione*, in *Jus (Virta e Pensiero)*, online, 25 dicembre 2020; P. NOVARO, *Principali criticità della disciplina italiana in materia di whistleblowing alla luce della nuova direttiva Europea: limitato campo di applicazione e scarsi incentivi*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 5, 2019, p. 737 ss.; E. GHERA, L. VALENTE, *Sulla riforma degli obblighi di segreto contenuta nella legge sul "whistleblowing"*, in *Riv. it. Dir. lav.*, pp. 245 ss.; D.-U. GALETTA, P. PROVENZANO, *La disciplina italiana del "whistleblowing" come strumento di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione: luci e (soprattutto) ombre*, in *Federalismi.it*, 18, 2020, p. 112 ss.; A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *The Ethical 'Dilemma' of Whistleblowers in the Italian Legal Environment*, *D. pen. cont.*, 3, 2021, p. 139 ss.

*lavoro di adattamento che l'ordinamento italiano dovrà svolgere*⁶⁰. La riprova la si ha nel d.lgs. n. 24/2023, che prevede (art. 23) l'integrale abrogazione della l. 30 novembre 2017, n. 179 e la sua sostituzione con un testo interamente nuovo, ove il Governo cerca di seguire le indicazioni della direttiva (con riedizioni o adattamenti che lo rendono a tutta prima complicatissimo: basti considerare il tempo occorrente per comprendere gli articoli 1 e 3, sull'ambito di applicazione del decreto)⁶¹.

Ora gioverebbe a poco entrare nel merito delle osservazioni svolte dalla dottrina su quanti e quali aspetti della l. n. 179/2017 sono in predicato di variare o di essere soppressi.

Non si può dire tuttavia che gli studiosi abbiano dimostrato una sempre giusta ricettività al cambiamento provocato dal diritto dell'Unione. Non perché siano criticabili le prognosi espresse sul cambiamento che attende la disciplina nazionale, sulle quali nulla v'è da obiettare.

La mia impressione è che ragionare su un sistema precursore abbia troppo spesso suggerito di vedere la direttiva come una fonte che si colloca, pur con propria logica e differenze d'impostazione, sulla stessa piattaforma concettuale delle fonti internazionali cui si richiama la l. n. 190/2012, nel senso di ritenere queste ultime costitutive di un universo disciplinare che sostanzialmente viene a convergere sulla stessa "figura". Così rimane sottotraccia ciò che invece va detto in modo chiaro. Il sistema italiano non è un sistema precursore. Non lo è perché le fonti internazionali, a cui s'ispira, hanno poco o nulla in comune, manifestano anzi una vistosa discontinuità, con la direttiva 1937/2019.

Il dato differenziante, che dev'essere sottolineato, è il rilievo conferito alla collaborazione del lavoratore sul piano delle fonti di ciascuno dei due ordinamenti giuridici.

Fondamentale è allora distinguere⁶² i principi delle convenzioni internazionali alle quali si rifa la legge italiana, dai principi sui quali si fonda

⁶⁰ N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., p. 24.

⁶¹ S. VENTULLO, *Decreto attuativo della Direttiva Whistleblowing: criticità nella definizione dell'ambito applicativo*, in *Giur. Penale Web*, 17 dicembre 2022, 12, 2022.

⁶² Con i limiti, inevitabili, di tutte le classificazioni.

l'impostazione seguita dalle istituzioni di Bruxelles⁶³: penali e politicamente neutrali, i primi; civili e politicamente strategici, i secondi. Nei principi delle convenzioni internazionali, la collaborazione del dipendente che segnala illeciti (per quel poco di conclusivo che si può trarre dalla genericità delle disposizioni internazionali) ha una fisionomia prevalentemente penalistica e direi *procedurale*, nel senso di presupporre una serie di rapporti organizzativi di carattere giuridico formale, tra il *whistleblower* e il proprio datore di lavoro oppure tra *whistleblower* e un ufficio o autorità pubblica. Su quest'ultima grava una responsabilità-chiave, che può rappresentare il dato preliminare e forse il più importante da sottolineare. Mi riferisco al fatto che l'obbligo di dar seguito alla segnalazione implica l'assunzione, da parte dell'autorità, delle responsabilità giuridiche di cui l'informatore viene sollevato. In altre parole, ciò che al segnalante è consentito fare, con la "tranquillità" di non risponderne, è compensato da quello che all'autorità non è assolutamente permesso: procedere senza verificare preliminarmente che la "soffiata" sia affidabile. La democrazia, lo Stato di diritto, esige pubblicità e trasparenza, ma diffida delle persone che si fanno avanti per denunciare illeciti senza essere state chiamate a farlo. Questo collegamento tra democrazia e *attendibilità* dell'informatore a me pare un problema di enorme importanza nel *whistleblowing*; molto più del nesso, al quale la dottrina è parsa invece sensibile, tra democrazia e *verità* dei fatti. Ora non voglio dire che nelle convenzioni internazionali anticorruzione che contemplano il *whistleblowing* questo ragionamento sia da vedersi razionalmente rappresentato. Ho tuttavia l'impressione che quegli accordi pensino a qualcosa di rassomigliante alla nostra testimonianza o collaborazione "di giustizia"⁶⁴ e che nulla di tutto quello che si dice in Europa del *whistleblowing* sia stato portato al tavolo internazionale. Nulla vi è, nel testo delle convenzioni, che lasci

⁶³ Questo sforzo volto a cogliere le differenze tra i due modelli non dev'essere visto come un tentativo di porsi in contrasto con la posizione che, riferendosi alla prevenzione della corruzione in generale, ha portato ad accentuare maggiormente l'aspetto conciliativo e di continuità tra panorama internazionale ed europeo (N. PARISI, *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in *Federalismi.it*, 9, 2019). Il discorso vale solo per il *whistleblowing*, rispetto al quale non si può escludere che valgano considerazioni distinte rispetto all'analisi della politica anticorruzione nel suo complesso.

⁶⁴ L. n. 6/2018 e d.l. n. 8/1991.

intendere la preoccupazione di incoraggiare o incentivare il comportamento antecedente la soffiata, che non è giuridicamente rilevante di per sé. Il motivo *interiore*, l'atteggiamento *psichico* per cui l'illecito è denunciato; la *propensione* del *whistleblower* ad attivarsi; il suo livello di *fiducia*, il suo *timore* di subire ritorsioni: tutti questi elementi restano fuori dall'ambito di garanzia, che si attiva davanti alla segnalazione *compiuta* ed ha esclusivamente la funzione di proteggere l'autore della denuncia dal rischio di misure vendicative. Certo, gli aspetti organizzativi che si presentano allo Stato nel momento in cui decide di disciplinare con legge questa tutela "semplicemente protettiva" del *whistleblower* sono complessi e trascinano in campo tutta una serie di problematiche giuridico-amministrative⁶⁵, inquadrabili approssimativamente nell'ambito delle relazioni di coordinamento o di controllo (interno o esterno). Ma senza attardarci in cavillosi approfondimenti, possiamo affermare che i principi internazionali sono riconoscibili prevalentemente nei termini di obblighi pattizi di protezione dei diritti di chi ha *già operato* la segnalazione ad un'autorità competente.

La legge italiana vi si rifa anzitutto per ragioni d'ordine storico-politico. Dopo la crisi del Governo Berlusconi IV (2011) e la successione in carica del Governo Monti (durante la XVI^a legislatura), l'inserimento della norma sulla tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (nuovo art. 54-*bis*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) avvenne per impulso del Ministro della Giustizia⁶⁶ nel corso dei lavori preparatori della legge anticorruzione (che in origine non la prevedeva). Si guardava, fuori dal contesto italiano, esclusivamente agli obblighi internazionali di origine convenzionale, gli stessi che la XVI^a legislatura aveva iniziato ad adempiere sulla base del progetto presentato alle Camere dell'esecutivo precedente.

⁶⁵ Sul punto, anche con giuste puntualizzazioni, S. VILLAMENA, *Il whistleblowing pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 3-4, 2019, pp. 841 ss., 849-850, per cui «occorre fuggire un rischio che come uno spettro aleggia sul tema: quello che ciascun lavoratore si tramuti in 'controllore' del proprio collega, esacerbando le relazioni interpersonali e producendo per questa via un effetto opposto a quello del *buon andamento* dell'attività cui la norma aspira».

⁶⁶ Come ricorda esattamente R. CANTONE, *Il dipendente pubblico che segnala illeciti; un primo bilancio sulla riforma del 2017*, in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., p. 187 ss., in part. 190

Fino all'iniziativa assunta nel 2018, invece, l'Unione europea non aveva mai dato segni di interesse politico per il tema degli informatori. Solo l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, nella risoluzione 1729 (2010) sulla protezione degli informatori, ha preceduto la l. n. 190/2012, che è stata quindi concepita in assenza di obblighi comunitari. Due anni dopo il tema troverà più ampio respiro nella raccomandazione del Comitato dei ministri CM/Rec (2014)7 del 30 aprile 2014⁶⁷; dove comparirà il termine *whistleblower*, definito come «*any person who reports or discloses information on a threat or harm to the public interest in the context of their work-based relationship, whether it be in the public or private sector*». La l. n. 190/2012 (sulla quale s'innesta la l. n. 179/2017) si proclama (art. 1) legge di «attuazione» delle due convenzioni di Strasburgo (penale) e di Merida (ONU) contro la corruzione⁶⁸. Nel diritto internazionale – e questo è indubitabile – il multilateralismo ha portato ad una profonda penetrazione del modello anglosassone, in cui il *whistleblowing* è uno «strumento di *governance*»⁶⁹. Ma già qui una precisazione s'impone. Non sembra infatti che parlare di «strumento di *governance*» equivalga necessariamente ad individuare, sul piano dell'interpretazione delle fonti, l'esistenza di una disciplina «*government oriented*»; legittimi, cioè, la conclusione che il *whistleblowing* sia uno strumento “politico” di contrasto all'illegalità⁷⁰. Così è, forse, in alcune convenzioni contro la corruzione, ma non in tutte. Non, per l'appunto, in quelle di Strasburgo e di Merida, attuate dall'articolo 1 della l. n. 190/2012. Da queste ultime si desume,

⁶⁷ Per il testo: <https://rm.coe.int/16807096c7>. In merito all'impatto di questa Raccomandazione è stato di recente predisposto un *Evaluation report* (giugno 2022) del Comitato europeo per la Cooperazione giuridica del Consiglio d'Europa (CDCJ), consultabile online a <https://rm.coe.int/cdcj-2022-01-evaluation-report-on-recommendation-cmrec-2014-7p/1680a6fee1>

⁶⁸ Dalla legge di ratifica della Convenzione di Strasburgo (n. 110/2012) sono state infatti espunte le disposizioni di diretto adeguamento dell'ordinamento interno, confluite nella legge anticorruzione (<https://leg16.camera.it/561?appro=513>). Non così nella legge di ratifica della Convenzione civile del Consiglio d'Europa contro la corruzione (l. n. 112/2012), che si è limitata a ratificare la convenzione (art. 1) e a darvi piena ed intera esecuzione (art. 2).

⁶⁹ Oltre che di tutela dell'informatore contro i comportamenti ritorsivi perpetrati nei suoi confronti; N. PARI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in *LavoroDirittiEuroa*, 2, 2020 (estratto online, p. 2) e in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., p. 3 ss., in part. 4.

⁷⁰ In cui la protezione dell'informatore è funzionale al benessere della società o a un interesse pubblico.

certo, un duplice obbligo delle Parti. Non è sufficiente comminare sanzioni a chi abbia riservato un ingiustificato trattamento alla persona che segnala illeciti. Gli Stati devono introdurre, nei propri ordinamenti interni, congegni di prevenzione di natura organizzativa, finalizzati a contrastare la stessa possibilità, il “rischio” di adozione di atti ritorsivi. Tuttavia, come risulta con particolare evidenza dagli articoli 8.4 e 33 della Convenzione di Merida, la tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti – repressiva o preventiva, che dir si voglia – è una forma di collaborazione di giustizia, che non è un mezzo, ma il fine delle convenzioni internazionali di cui all’art. 1 della l. n. 190/2012. L’iniziativa del dipendente che segnala illeciti non assume la logica strategica, tipicamente anglosassone, di *private enforcement*, che si rinviene semmai in altre convenzioni internazionali, non attuate dalla l. n. 190/2012 (e, come abbiamo visto, è il perno della prospettiva in cui si colloca la politica dell’Unione). Nella Convenzione di Merida, il *whistleblowing*, ammesso di poterlo chiamare così (ma io credo che qualche dubbio si debba sollevare) è una disciplina che s’inserisce senza soluzione di continuità nella normativa incriminatrice alla quale le Parti sono obbligate⁷¹. L’obbligo di «considerare» la previsione di una tutela del segnalante⁷² appartiene allo stesso ceppo giuridico dei doveri di tutela del testimone, perito o vittima del reato, rispetto ai quali rappresenta una sorta di “evoluzione” (facoltativa o discrezionale; cfr. artt. 32 e 33). Si noti poi che nell’art. 33 il *whistleblower* è «*any person*», non un pubblico dipendente o un lavoratore privato. In altre parole, l’elemento caratterizzante è la buona fede («*good faith*») e il ragionevole fondamento («*reasonable grounds*») dei fatti denunciati (che in altre parole non devono necessariamente corrispondere alla “verità storica” emersa dopo la segnalazione). La differenza tra il segnalante e il testimone sta dunque, in ultima analisi, esclusivamente nella diversa rilevanza giuridica accordata alla dichiarazione di scienza proveniente dall’una e dall’altra figura: il testimone è protetto in virtù di quel che “sa” (art. 32); il segnalante (art.

⁷¹ Per una più precisa caratterizzazione dell’impronta penalistica delle convenzioni internazionali, N. PARISI, *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in *federalismi.it*, 9, 2019, 8 maggio 2019.

⁷² Nota esattamente F. GANDINI, *La protezione dei whistleblowers*, in *www.astrid-online.it*, che l’unico obbligo in senso lato desumibile dall’art.33 è quello di «considerare» l’introduzione di tali misure nei rispettivi ordinamenti giuridici.

33) in virtù del fatto che, in buona fede, “crede di sapere” e va agevolato, nell’interesse della giustizia, ancorché possa riferire alle autorità circostanze che poi si scoprono non essere veritiere. Invece il *whistleblowing* inteso in termini di predisposizione di mezzi atti a «facilitare» il *reporting* è prevista dall’art. 8.4. (nel titolo dedicato alle «preventive measures»), ma questo genere di tutela preventiva è circoscritta ai «pubblici ufficiali» che abbiano svolto attività di segnalazione alle «competenti autorità», quando «tali atti vengano a loro conoscenza nell’esercizio delle loro funzioni». Non viene specificato, riguardo al pubblico dipendente, l’elemento della buona fede o del ragionevole fondamento (nulla che faccia riferimento a una “verità putativa”)⁷³. L’obbligo internazionale non tocca dunque le norme interne sulla responsabilità del *whistleblower* pubblico. Tanto basta a creare molti dubbi sul fatto che gli articoli 8.4 e 22 possano definirsi due norme «simmetriche»⁷⁴. Nella convenzione penale questi profili sono ancora più visibili, non essendovi una norma sui pubblici dipendenti analoga all’art. 8.4 della Convenzione di Merida ed essendo viceversa previsto l’obbligo delle Parti di adottare (non semplicemente di “considerarne l’introduzione”) le misure necessarie a proteggere «collaboratori di giustizia e testimoni», che qui appaiono significativamente accomunati (art. 22). Un discorso in parte diverso merita l’art. 9 della Convenzione civile contro la corruzione, ratificata dall’Italia con la l. 28 giugno 2012, n. 110, ma non corredata di disposizioni di diretto adeguamento incluse nella l. n. 190/2012. Il soggetto qui è il dipendente (sottinteso) privato, ma si potrebbe dire il dipendente *in quanto tale*, che, come qualsiasi altra persona, denuncia i fatti «in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti». La buona fede nella denuncia dei fatti è dunque bastevole per il *whistleblower* “civile”, che resta però formalmente al di fuori del perimetro attuativo delineato dall’art. 1 della l. n. 190/2012 e si conferma, da questo punto di vista, figura differente da quella contemplata dalla Convenzio-

⁷³ Si noti fin d’ora la differenza con l’art. 9 della Convenzione civile contro la corruzione, che obbliga ciascuna Parte a prevedere nel proprio diritto interno «un’adeguata tutela contro qualsiasi sanzione ingiustificata nei confronti di dipendenti i quali, *in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti*, denunciano fatti di corruzione alle persone o autorità responsabili».

⁷⁴ Come le ritiene invece N. PARISI, *La funzione del whistleblowing*, *op. loc. cit.*

ne penale e da quella dell'ONU⁷⁵. Comunque sia, non v'è dubbio che anche la Convenzione civile si concentri sul rapporto organizzativo tra l'informatore e l'ente nel quale l'illecito viene segnalato. La pregiudizialità delle procedure di autocontrollo e la necessità di vaglio sull'attendibilità del *whistleblower* ne escono quindi di nuovo come elementi centrali del diritto internazionale anticorruzione.

I principi sui quali si fonda l'impostazione seguita dalle istituzioni di Bruxelles sono del tutto diversi. Il *whistleblowing*, si diceva nel primo paragrafo, assume qui un'accezione funzionale a beni "superiori", che relega i diritti individuali del lavoratore ad un rango puramente strumentale: la tutela del *whistleblower* non è un fine, ma un mezzo per conseguire l'interesse pubblico al rafforzamento dell'applicazione del diritto dell'Unione. Allo scopo di superare le remore responsabili della scarsa utilizzazione del *whistleblowing* (paura di subire ritorsioni, sfiducia nel seguito della soffiata, disinformazione sulle guarentigie), la direttiva lascia intendere che il lavoratore, quando segnala una violazione del diritto dell'Unione, eserciti la sua "libertà di espressione", i cui limiti sarebbero da considerare simili a quelli della libertà del giornalista e segnatamente del *giornalista d'inchiesta*⁷⁶ (continenza formale, sostanziale, materiale). Nulla più vi si ritrova, della logica delle convenzioni internazionali anticorruzione. Azzarderei, anzi, che rispetto a queste ultime la logica sia radicalmente capovolta. La direttiva incoraggia il comportamento antecedente la soffiata, che diviene giuridicamente rilevante di per sé: il motivo *interiore*, l'atteggiamento *psichico* per cui l'illecito è denunciato; la *propensione* del *whistleblower* ad attivarsi; il suo livello di *fiducia*, il suo *timore* di subire ritorsioni. È attorno a questi elementi che la direttiva costruisce la tutela della persona segnalante. L'architave dell'impostazione comunitaria è il lavoratore promotore del "*benessere della società democratica*", con i suoi valori di "*verità*", di "*trasparenza*", di "*legalità*", di "*integrità*", di "*responsabilità*"; in un'astratta separazione tra la "*società*

⁷⁵ La Convenzione civile non potrebbe fungere, ad esempio, da "norma interposta" nell'interpretazione dell'art. 54-bis d.l.gs. n. 165/2001, introdotto dalla l. n. 190/2012, che riguarda i soli dipendenti pubblici, mentre tale funzione si può astrattamente riconoscere con riferimento all'art. 2 della l. n. 179/2017.

⁷⁶ Cass. pen, sez. III, 9 luglio 2010, n. 16236, in *Foro it.*, 2010, I, p. 2667 ss.

democratica” e la persona che ad essa arreca un beneficio. Ed è chiaro che, fissato il referente della direttiva nella funzione pubblicistica della libertà di espressione, non possa per definizione trovare spazio alcuna forma di controllo preventivo di *attendibilità* dell’informatore. Vero è che tale controllo sopravvive nell’onere di previa segnalazione esterna, ma sconta il potere di divulgazione pubblica, che dipende anche e proprio da un giudizio della persona segnalante sull’efficacia di questi mezzi di verifica. Cosicché tutto è di fatto rimesso, in ultima analisi, nelle mani del *whistleblower*. Ecco come lentamente l’istituto scivola, per mano della direttiva 1937/2019, in una logica individualistica. Si appannano alcune linee di demarcazione tratteggiate dal diritto internazionale, ad esempio quella che distingue la segnalazione effettuata del dipendente pubblico rispetto a quella del dipendente privato, mentre il baricentro si sposta sul potere del lavoratore-informatore di sfruttare – certo, in via sussidiaria; ma anche su questo i dubbi non sono pochi (sappiamo bene che sussidiarietà ha un significato non distinguibile da quello di adeguatezza, differenziazione, proporzionalità) – canali di divulgazione diversi da quelli offerti dal riferire esclusivamente ad un’autorità competente. Ci troviamo di nuovo al punto: il ravvicinamento del mondo del lavoro a quello dell’informazione professionale, giornalistica *in primis*. Inutile aggiungere che il modello europeo di *whistleblowing* ha, sull’ordinamento italiano, un impatto assai maggiore di quello internazionale. Un sistema che lascia la divulgazione pubblica al rango di un normale esercizio della libertà di espressione del lavoratore – senza togliere ad essa il suo fisiologico correlato di responsabilità – cambia radicalmente quando si trova costretto a *regolare* quella libertà prevedendo un livello *minimo* di tutela, entro il quale il lavoratore, al pari del giornalista, è esonerato da responsabilità, a causa della *buona fede* delle sue dichiarazioni, o del carattere *putativo* delle sue percezioni.

Peraltro, tale impatto non registra soltanto progressi.

Tre anni or sono una Consigliera dell’Autorità nazionale anticorruzione (L. Valli⁷⁷) ha scritto – e non pare le si possa dar torto – che troppo spesso, quando si parla di *whistleblowing*, l’attenzione si focalizza sulle «questioni

⁷⁷ L. VALLI, *Verità e democrazia*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2, 2020 (estratto), p. 14

tecniche e interpretative» e si tende a dimenticare «il contesto politico e culturale dell'istituto, nonché la sua dimensione etica». Su questa premessa ha potuto ricostruire i contenuti essenziali direttiva 1937/2019, nella quale ha visto – e di nuovo, a me pare che abbia ragione – un «cambio di prospettiva» nel senso della «oggettivizzazione» o «spersonalizzazione» delle segnalazioni. Nella libertà di espressione si sciolgono in effetti nodi teorici e luoghi comuni rispecchiati dalla legislazione italiana anteriore ed artefici di una condizionalità sproporzionata. Le leggi nn. 190/2012 e 179/2017, ad esempio, insistono sull'obbligo del dipendente di agire esclusivamente nell'interesse dell'integrità dell'ente, cui si accompagna il divieto di rendere l'informazione di dominio pubblico. La direttiva 1937/2019 prevede invece, in ultima analisi, la libertà del *whistleblower* di scegliere il canale più appropriato in base alle circostanze del singolo caso. Identiche considerazioni valgono circa il contrasto al c.d. *egoistic blower*. La direttiva esige che la segnalazione sia fatta nell'interesse pubblico, ma non arriva a riservare l'esonero da responsabilità alla persona che agisca in modo culturalmente motivato e completamente immune dalla ricerca di un utile individuale, quasi si dovesse pretendere dal *whistleblower* l'obbedienza a un imperativo morale di tipo altruistico. È quindi riconoscibile l'esimente all'informatore che, pur segnalando l'illecito nell'interesse pubblico o dell'integrità della pubblica amministrazione, appaia determinato a rivelare il segreto *anche* o, al limite, esclusivamente da un interesse di natura personale⁷⁸.

Insomma, l'attenzione si sposta «*sui fatti riportati, anziché sulle intenzioni del segnalante*».

⁷⁸ TAR Lazio, sez. I-*quater*, 7 gennaio 2023, n. 235 e n. 236, che rappresenta il primo e per ora l'unico caso d'interpretazione della l. n. 179/2017 conforme alla direttiva 1937/2019. Tuttavia già l'Autorità nazionale anticorruzione, nelle Linee guida adottate con delibera 9 giugno 2021, n. 469, p. 14, aveva ritenuto che «alla luce della ratio che ispira la legislazione in materia di prevenzione della corruzione», non si potessero «escludere dalla tutela ex art. 54-*bis* le segnalazioni nelle quali un interesse personale concorra con quello della salvaguardia dell'integrità della pubblica amministrazione», anche se «in simili casi è opportuno che il whistleblower dichiari fin da subito il proprio interesse personale». La giurisprudenza amministrativa è comunque compatta nel ritenere esclusa la fattispecie del *whistleblowing* quando il segnalante abbia agito per fini esclusivamente personali (Cons. Stato, sez. II, 6 dicembre 2021, n. 8150 e pronunce *ivi* citate).

La garanzia del *whistleblower* viene così a dipendere dalla «verità» di questi fatti e dal «coraggio» da lui dimostrato nel segnalarli⁷⁹. Viene tuttavia spontaneo chiedersi cosa resti di questo «coraggio», in chi, come recita l'art. 21 della direttiva, deve soltanto trovare la forza di chiedersi se abbia «fondati motivi di ritenere» che la soffiata sia «necessaria per rivelare una violazione». Se la logica è quella del *fearless speech*, perché gli Stati esonerano da responsabilità Tizio che in buona fede denuncia Caio, conosciuto per ragioni di lavoro, ritenendo “*necessario*” segnalare che la sua condotta lede gli interessi dell’Unione, senza obbligare Tizio a preoccuparsi di verificare, con l’ordinaria diligenza, se ciò gli appare anche “*vero*”? Soprattutto: che garanzia è per lo stesso *whistleblower*, sottoporre la propria verità, oggettiva o putativa, ad un’autorità o all’opinione pubblica, sapendo che la sua responsabilità tornerà ad essere piena se altri giudicheranno il suo operato non basato su «fondati motivi»? Ed infine, nell’orizzonte del *fairless speech*, perché – come la stessa L. Valli sembra aver sostenuto in un altro scritto⁸⁰ – occorrerebbe «vincere le resistenze» nei confronti dell’anonimato? La risposta è scontata: perché in questo modo si *favoriscono* le segnalazioni. Ecco dove il problema, più che risolversi, si dischiude. Se siamo tutti d’accordo che il *whistleblowing* non debba degenerare in «bieca delazione»⁸¹, non possiamo – ed è appena il caso di rammentarlo – vedere la protezione del *whistleblowing* come una disciplina fondata sulla “libertà di espressione” del lavoratore. Ciò che lascia un poco perplessi, semmai, è *che la Valli* liquidi come un’incrostazione culturale il fatto che «tutte le obiezioni al *whistleblowing* anonimo» implichino «una certa enfasi sul soggetto che riporta e sulle sue motivazioni: se non mi dici chi sei, come posso valutare la tua credibilità?». Ora, io credo al contrario che la valutazione sulla credibilità o, meglio, sull’attendibilità di ciò che riferisce il *whistleblower* sia un elemento-cardine della sua protezione. Senza aggiungere che, se v’è un

⁷⁹ A. MANSBACK, *Whistleblowing as Fearless Speech: The Radical Democratic Effects of Late Modern Parrhesia*, loco cit. alla nota 17.

⁸⁰ L. VALLI, *Segnalazione di illeciti e anonimato*, in *LavoroDirittiEuropa*, 3, 2020 (estratto).

⁸¹ A. BOSCATI, *Il whistleblowing tra diritto di critica e obbligo di fedeltà del lavoratore*, in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità*, cit., p. 357 ss., in part. 384.

esempio in cui il controllo esterno sulla «credibilità» della denuncia è “massimo”, questo è proprio il caso della segnalazione anonima.

L’attendibilità, ha scritto T. Padovani, come «effettività capacità del teste veridico di fornire una rappresentazione aderente alla verità», «copre un ambito assai più vasto della falsità». E poiché in perfetta buona fede si può riferire qualcosa di completamente falso, «l’inattendibilità grava sulla testimonianza come una sorta di rischio imminente che occorre sempre considerare e ponderare»⁸².

Ecco perché a mio avviso le manifestazioni che costituiscono libertà di espressione del lavoratore, proprio perché esercizio di un diritto inconciliabile con controlli preventivi, vanno tenute distinte dalla facoltà del lavoratore di denunciare violazioni. Non può essere la libertà di espressione del lavoratore, il “principio” del *whistleblowing*. La riprova la dà – in modo elementare – la legge, quando – il che altrimenti non si spiegherebbe – nega al *whistleblower* il *diritto di informarsi*, che costituirebbe il presupposto logico di una vera e propria libertà di esprimersi “comunicando” o divulgando informazioni⁸³. E la legge stessa nega al *whistleblower* anche il *dovere di informarsi* prima “soffiare nel fischietto”, non permettendogli, coerentemente, di usarlo quale pretesto per giustificare azioni commesse in violazione degli obblighi di segretezza. Il *leaking*, la “soffiata” accompagnata dalla fuoriuscita di documenti segreti, continua a costituire reato, e un preteso “diritto” o “dovere” d’informazione non ha alcuna valenza scriminante. Come ha esattamente stabilito la Cassazione, la normativa sul *whistleblowing* si limita «a scongiurare conseguenze sfavorevoli, limitatamente al rapporto di impiego, per il segnalante che acquisisca, nel contesto lavorativo, notizia di un’attività illecita, *mentre non fonda alcun obbligo di attiva acquisizione di informazioni, autorizzando improprie attività investigative*, in violazione dei limiti posti dalla legge»⁸⁴.

⁸² T. PADOVANI, V. VITIELLO, *Non dire falsa testimonianza*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 113-115.

⁸³ P. SPAGNOLO, *Il segreto giornalistico nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 60. Neppure vale per il *whistleblower*, ed è superfluo accennarlo, la norma (art. 200 c.p.p.) che vieta di chiamare il giornalista professionista a deporre nel processo penale sui nomi delle persone dalle quali ha avuto notizie di carattere fiduciario.

⁸⁴ Cass. pen., sez. V, 21 maggio 2018, n. 35792, punto 3.2. della motivazione.

La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene – e lo ha confermato nella sentenza *Halet c. Lussemburgo*, riguardante proprio un *whistleblowers* della vicenda *LuxLeaks* (uno degli scandali che hanno molto influenzato la Commissione nella proposta della direttiva 1937/2019) – che la libertà di espressione protetta dall'art. 10 CEDU giustifichi la divulgazione, a beneficio dell'interesse pubblico, delle sole informazioni che risultino «essenziali», proporzionate, utili a far scoprire la violazione, non eccedenti rispetto allo scopo. La direttiva 1937/2019 vorrebbe trasformare in norma questa tecnica di giudizio. Le cui utilizzazioni – occorre non dimenticarlo – giungono per mano della Corte europea dei diritti dell'uomo al termine di casi giudiziari specifici. Scaricare in via generale e astratta sul lavoratore la “libertà” di effettuare da sé quel *test* di proporzionalità, naturalmente a suo rischio e pericolo, significa soltanto creare un “principio di disorganizzazione” che aumenta il rischio di malevole delazioni. Comunque sia, tralasciando queste critiche, pare innegabile che le differenze rilevate tra le convenzioni internazionali e la direttiva 1937/2019 portino gli Stati membri a doversi confrontare, detto in breve, con una diversa “selettività” delle due fonti rispetto alle “menzogne”⁸⁵.

L'Unione europea ha ratificato la Convenzione di Merida (ONU) contro la corruzione⁸⁶. La conclusione di quanto si è venuti fin qui argomentando è che la direttiva 1937/2019 non ne rappresenti affatto la continuazione, bensì un radicale e per taluni aspetti discutibile mutamento di prospettiva.

4. *Una direttiva che vede già compiuta la propria parabola?*

Solo per una serie di ragioni contingenti, tre anni di vigenza della direttiva (UE) n. 1937/2019 sono passati senza che la giurisdizione italiana abbia tratto conseguenze dalla regola, accolta dalla Corte di

⁸⁵ Id., *op. cit.*, p. 148.

⁸⁶ Decisione 2008/801/CE del Consiglio, del 25 settembre 2008, relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, della convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione. Ciò dovrebbe rendere esperibile il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per qualsiasi norma ivi contenuta, anche se di competenza dell'UE; cfr. P. PUSTORINO, *In tema di applicazione nell'ordinamento italiano delle convenzioni internazionali sul contrasto alla corruzione*, in A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2014, p. 473 ss., in part. 478.

Giustizia, secondo la quale l'obbligo di garantire l'effetto utile di una direttiva sussiste anche prima della scadenza del termine per l'adattamento ad essa dell'ordinamento nazionale⁸⁷.

Molto si è scritto sulle nuove garanzie introdotte dalla direttiva 1937/2019, ma poco ci si è soffermati sul fatto che esse potrebbero già oggi essere fatte valere davanti a un giudice italiano. La direttiva in questione – e non si dice così nulla di nuovo – è infatti già parte dell'ordinamento nazionale. Le tecniche di integrazione europea attraverso la via giudiziaria (il modo in cui si forma l'effetto diretto delle norme dell'Unione europea all'interno degli Stati membri) fanno parte di un argomento ben noto e che, questo sì, non ha bisogno di essere ricordato. Mi pare invece significativo il fatto che, malgrado tutto, nulla di tutto ciò si sia verificato nel caso della direttiva 1937/2019.

Se al momento dell'entrata in vigore della direttiva (16 dicembre 2019) la protezione degli informatori fosse stata radicata nello spirito delle burocrazie italiane ed avesse prodotto una casistica giurisprudenziale di proporzioni sufficienti, oggi ci troveremmo con ogni probabilità ad analizzare le conseguenze di un contraccolpo normativo già verificatosi sulla legislazione interna. Dovremmo allora soltanto occuparci di una serie di problemi minori, importanti quanto si vuole, ma non certo paragonabili a quelli che pone un istituto ancora quasi del tutto estraneo all'ordinamento nazionale.

Valga l'esempio delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo. L'art. 12 della direttiva *Bolkestein* non è, in fondo, *self-executing* più di quanto lo siano diverse disposizioni della direttiva sul *whistleblowing*. Eppure i giudici nazionali non hanno esitato a qualificarlo come norma di diretta applicazione (scatenando una delle più famose vicende giudiziarie degli ultimi anni). Dove si trova allora la differenza? Non nella qualità delle norme, ma nell'esistenza di destinatari disposti a farle valere in giudizio: la riorganizzazione delle concessioni di spiaggia

⁸⁷ L'Autorità nazionale anticorruzione, nelle linee guida del 2021 sul *whistleblowing* (delibera n. 469 del 9 giugno 2021), ha tenuto in considerazione a più riprese le modifiche del quadro normativo determinate dalla direttiva 1937/2019, ma lo ha fatto nei limiti dello stretto necessario ed in funzione quasi esclusivamente previsionale, mettendo l'accento sulla possibilità di variare le linee guida dopo l'entrata in vigore della legge nazionale di recepimento.

scuote più interessi di quanti non ne sommuova il coordinamento degli uffici finalizzato ad agevolare le segnalazioni degli informatori.

Sta di fatto che dal 16 dicembre 2019 l'effetto utile di alcune disposizioni della direttiva potrebbe già determinare la qualificazione di *whistleblower* del dipendente, che, forte dei diritti conferitigli dall'ordinamento giuridico dell'Unione, trovasse il coraggio di esercitarli.

Ci si potrebbe chiedere, ad esempio, come un giudice italiano dovrebbe comportarsi davanti a una pretesa basata sugli articoli 15 e seguenti della direttiva, con la quale lo stesso informatore o un terzo – poniamo, un giornalista utilizzatore professionale della notizia – assumesse, chiedendo di attivare i mezzi di salvaguardia dell'adempimento degli obblighi comunitari dello Stato, l'esistenza *attuale* di una libertà del *whistleblower* di rendere di dominio pubblico la segnalazione, ignorata dai canali amministrativi, malgrado la legge italiana ancora non abbia permesso tale comportamento. Altro caso potrebbe essere quello di una pubblica amministrazione o di un datore di lavoro privato che impugnasse una sanzione dell'Autorità nazionale anticorruzione, sostenendo di aver correttamente sanzionato il *whistleblower* il quale aveva divulgato al pubblico la notizia, anziché attenersi alla l. n. 179/2017.

Oppure ci si potrebbe interrogare sulla portata dell'art. 4 della direttiva, che comprende tra le persone segnalanti anche quelle «*aventi la qualità di lavoratore autonomo ai sensi dell'articolo 49 TFUE*», permettendo anche a collaboratori e consulenti della pubblica amministrazione di beneficiare degli effetti della direttiva: esattamente il contrario di quanto prevede l'art. 54-bis, d.lgs. n. 165/2001, letto in combinazione all'art. 3 l. n. 179/2017, che esclude l'esistenza della «giusta causa di rivelazione» quando l'informatore sia «venuto a conoscenza della notizia in ragione di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza con l'ente». Almeno per i settori di interesse dell'Unione, la direttiva risolve l'annosa questione dell'ampiezza da dare alla nozione di lavoratore ai fini dell'applicazione delle norme sul *whistleblowing*.

Si ricorderà quanto ed in che termini problematici, rispetto all'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 54-bis, sia stata dibattuta la posizione dei collaboratori o consulenti, ai quali il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, art. 2, comma 3) impone di estendere «*per quanto compatibili*» gli obblighi di condotta

valevoli per i dipendenti, inclusi dunque gli obblighi di rispetto delle misure di prevenzione della corruzione (art. 8 D.P.R. cit.). L'art. 3 della l. n. 179/2017 invece, come s'è adesso ricordato, sostanzialmente lo nega: la norma prevede che ai consulenti e agli *assistenti* (si notino le nozioni imprecise e non concordanti con il Codice di comportamento), i quali abbiano segnalato un illecito attenendosi all'art. 54-bis, non si applichi la causa di giustificazione per i reati di cui agli artt. 326, 622 e 623 c.p., confermando in capo ad essi la persistenza del segreto professionale.

A questo inconveniente dovrebbe porre rimedio il legislatore, come aveva già sottolineato l'Autorità anticorruzione nella determinazione n. 6/2015 (prima della riforma del 2017)⁸⁸. Ma dopo il 16 dicembre 2019 potrebbe accadere che il consulente o collaboratore si ritenesse senz'altro legittimato a vestire i panni del *whistleblower* pur in assenza di una norma interna di adattamento.

Di fronte a un'iniziativa processuale fondata sulla direttiva, dunque, difficilmente il giudice italiano potrebbe sottrarsi al proprio obbligo di rinvio alla Corte di Giustizia, onde accertarsi che l'interpretazione della direttiva n. 1937/2019 non osti all'art. 54-bis e alle norme ad esso collegate. Né il giudice potrebbe sottrarsi – benché il discorso si faccia qui più complicato – al dovere di risolvere l'antinomia disapplicando la norma interna, sia essa l'art. 54-bis, l'art. 326 c.p. o altra disposizione che incrimini l'informatore a causa della rivelazione di notizie coperte dall'obbligo di segreto (considerando che dal 17 dicembre 2021 è scaduto il termine di recepimento della direttiva per il settore pubblico⁸⁹). Ancora, potremmo supporre l'impugnazione di un atto ritorsivo assunto da un datore di lavoro, pubblico o privato, nei confronti di un dipendente che, per avventura, abbia rotto l'obbligo di segreto confidando nella copertura accordatagli dalle nuove disposizioni europee: s'immagini un *whistleblower* licenziato dalla pubblica amministrazione per aver dato

⁸⁸ Auspicando «un intervento del legislatore volto ad estendere misure di tutela analoghe a quelle previste dall'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001 anche alle menzionate categorie di soggetti, in costanza di rapporto di lavoro o collaborazione».

⁸⁹ Ci si potrebbe chiedere, ad esempio, se il comportamento del *whistleblower* conforme all'art. 21 comma 2, che a certe condizioni assicura all'informatore l'esonero da responsabilità per la divulgazione di informazioni riservate, non imponga al giudice la disapplicazione dell'art. 326 c.p. (rivelazione di segreti d'ufficio).

alla stampa la notizia di un illecito dopo avere inutilmente percorso i canali di segnalazione interna e all'ANAC. Non dovrà forse, il giudice del lavoro, dichiarare nullo il licenziamento, malgrado l'assenza della legge nazionale di attuazione?

E che dire del «facilitatore»? Stando alla direttiva, è una *«persona fisica che assiste una persona segnalante nel processo di segnalazione in un contesto lavorativo e la cui assistenza deve essere riservata»*. Se oggi un tal compito fosse concretamente svolto da un responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) o un organismo di vigilanza di un'impresa soggetta al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (ODV), da un'associazione sindacale o ancora, da un'associazione di professionisti legali con lo scopo di aiutare il lavoratore ad assumere la veste di informatore nel rispetto delle norme di legge, (eventualità normale, anzi essenziale all'effettività del *whistleblowing* negli Stati Uniti), lo si dovrebbe intendere come comportamento di rilevanza penale, solo perché la direttiva non è ancora stata recepita nell'ordinamento italiano?

Gli esempi potrebbero continuare a lungo, ma inutilmente. La direttiva n. 1937/2019 è una miniera di disposizioni che conferiscono diritti ai singoli, per cui non è certo difficile, virtualmente, ipotizzare antinomie da risolvere accordando prevalenza al diritto dell'Unione.

Sta di fatto, come si accennava, che di questa fattiva cooperazione giudiziaria all'effetto utile della direttiva si può ragionare solo attraverso congetture, perché in Italia le norme sulla protezione degli informatori hanno conosciuto soltanto sporadiche apparizioni contenziose.

La direttiva 1937/2019, con qualche probabilità, vede essa stessa il compimento della propria parabola. Non dobbiamo, a me pare, trascurare questa ipotesi: non è detto che la giovane età di questo atto legislativo deponga a favore degli obiettivi da esso dichiarati, né che in futuro vedremo regolarmente i *whistleblowers* prodigarsi per il «benessere della società». Soprattutto non va dimenticato il potere delle forze sociali che si confrontano con la legge, il sindacalismo e le autonomie territoriali, che potrebbero di fatto lasciare sulla carta le norme più eccessive ed irrealizzabili di questo atto legislativo. E per tutte le cose dette fin qui, se la direttiva rimanesse inattuata – perlomeno nel suo scopo di «riconversione etica», su cui si è cercato di porre l'accento – non sarebbe poi un esito così infausto.

5. *La sola, vera lezione statunitense: l'importanza di evitare il whistleblowing*

Dove invece si ha l'impressione di una certa concretezza del *whistleblowing*, è nella sfera delle modifiche richieste per la messa a norma delle organizzazioni pubbliche e private; nell'esercizio, quando occorre, delle potestà di vigilanza; nel mercato dei beni e dei servizi necessari all'approntamento delle infrastrutture, anche informatiche, necessarie alla creazione dei canali di segnalazione. Da questo angolo di visuale l'effettività del *whistleblowing* non si può dire mancante: la si desume però dall'insieme di fatti puramente preparatori, dal numero di organizzazioni che si dotano di meccanismi di autocontrollo e nella stessa esistenza delle competenze attribuite all'Autorità nazionale anticorruzione. In buona sostanza, il *whistleblowing* è effettivo nel momento stesso in cui si presenta agli occhi dei lavoratori come infrastruttura materialmente messa a disposizione dall'ente. Assumendo questo criterio di analisi, esso torna a conciliarsi con il suo riferimento più immediato, che è un riferimento oggettivo: il *whistleblowing* viene in rilievo come un servizio teso alla prevenzione dell'illegalità, esistente anche se poco o mai utilizzato. E solo così, tra l'altro, può essere trattato nella logica aziendalistica che vediamo sempre più dominante nella moderna esperienza dell'amministrazione e della medio-grande impresa: se ne potrà parlare in una cornice di *policy*, di *corporate governance*, di *due diligence aziendale*, di *normazione tecnica*, la cui applicazione porta alla realizzazione di un *quid novi* costituito da cose o beni accessibili ai lavoratori. Ma, come molti servizi destinati ad operare in situazioni di emergenza, l'importante è che esista la garanzia di utilizzabilità dell'infrastruttura in caso di necessità; non importa vedere, oltre al *whistleblowing*, i *whistleblowers*. In tal senso potrebbe essere inquadrato anche il d.lgs. n. 24/2023 di attuazione della direttiva 1937/2019: un atto la cui effettività si potrà misurare non dal numero di segnalazioni, ma in termini *qualitativi* e di adeguamento organizzativo del servizio da erogare agli eventuali informatori. A questo proposito, le voci di alcuni studiosi statunitensi non possono essere facilmente trascurate, laddove imputano il problema dell'effettività del *whistleblowing* non tanto alla sua scarsa utilizzazione, di per sé del tutto fisiologica, quanto alla necessità di evitarlo, giacché *«whistleblowing is always proof of organizational trouble (...) is also proof of manage-*

*ment failure*⁹⁰. L'importanza di evitare il *whistleblowing* – non, si badi, di opporsi al *whistleblowing*, ma di aggirarlo o prevenirlo – è una base su cui riaprire un nuovo dibattito “culturale”, non più per chiedersi come rimuovere gli ostacoli alla “soffiata”, ma per mettere a fuoco, in modo più fecondo di quanto finora sia stato fatto, le misure idonee a garantire quel benessere organizzativo – il solo, autentico benessere della società – capace di impedire il verificarsi delle condizioni che portano il lavoratore di fronte al “dilemma etico”. Colui che “soffia nel fischietto” non denota nulla di positivo o di virtuoso, giacché il *whistleblowing* non è, se non quel fenomeno che uno studioso ha definito quasi “involontariamente”, ma, a mio parere, come meglio non si potrebbe: «una scelta molto difficile da affrontare per gli individui in possesso di informazioni circa pratiche immorali, illegittime o illegali all'interno dell'organizzazione che valutano se denunciarle o meno»⁹¹. La tutela dei *whistleblowers* non deve spingere i lavoratori verso il “dilemma”, ma impedire che si presenti. Qui, io credo, stanno i presupposti di un profondo ripensamento del tema. E forse, l'unica vera “lezione” statunitense.

⁹⁰ M. DAVIS, *Avoiding the Tragedy of Whistleblowing*, in *Business & Professional Ethics Journal*, 8 (4), 1989, p. 3 ss., in part. 7. Si vedano in particolare le p. 10 ss. Il tema è ripreso da R. RUFFINI, *Come evitare il trauma del whistleblower: una prospettiva organizzativa*, in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., p. 409 ss.

⁹¹ R. RUFFINI, *op. cit.*, p. 414.