



Giorgio Frascini - Nicoletta Parisi - Dino Rinoldi

Protezione delle "vedette civiche": il ruolo del *whistleblowing* in Italia



***Stato dell'arte, buone pratiche e criticità
per una corretta applicazione***

Giorgio Frascini - Nicoletta Parisi - Dino Rinoldi

Protezione delle “vedette civiche”: il ruolo del *whistleblowing* in Italia

TRANSPARENCY INTERNATIONAL ITALIA
ASSOCIAZIONE CONTRO LA CORRUZIONE

Il libro è pubblicato nell'ambito del Progetto finanziato da



Prevention of and Fight Against Crime 2009

With financial support from the Prevention of and Fight Against Crime Programme
European Commission – Directorate-General Justice, Freedom and Security

*"Blowing the Whistle Harder:
Enhancing Whistleblower Protection in the EU"
(JLS/2007/ISEC/495)*

Si ringrazia per la collaborazione il



Servizio Anticorruzione e per la Trasparenza

A cura di Transparency International Italia TI-It
Via Zamagna 19, 20148 Milano (Italia)
Tel +39 02 40093560, Fax +39 406829
info@transparency.it – www.transparency.it

Presidente: Maria Teresa Brassiolo
Coordinatore progetto: Giuseppe Imbrogno
Assistente progetto: Davide Del Monte

Dicembre 2009

INDICE

Presentazione, di Maria Teresa Brassiolo V

PARTE PRIMA

Ricerca sullo stato dell'arte del *whistleblowing* in Italia e in altri nove Paesi europei

Introduzione, di Giorgio Frascini 3

Whistleblowing e sistemi di protezione: stato dell'arte e considerazioni, Rapporto sulla ricerca svolta da T.I.-Italia, a cura di Giorgio Frascini 5

Alternative to silence. Whistleblower Protection in ten European countries, Rapporto europeo a cura del Segretariato di Transparency International 23

Raccomandazioni per una legge sul whistleblowing, Transparency International (Berlino, 2009) 47

PARTE SECONDA

Atti della Tavola rotonda su *Norme e prassi in tema di whistleblowing. "Soffiatori di fischiello" o "vedette civiche" - I segnalatori di illegalità o di rischi di illegalità all'interno di un'organizzazione. Obblighi internazionali e adempimenti italiani*, Piacenza, 10 ottobre 2009

Introduzione 53

Corruzione pubblica e privata, responsabilità degli enti e modelli di organizzazione ai fini di contrasto di condotte di corruzione. La questione dei whistleblower, di Dino Rinoldi e Nicoletta Parisi 55

Corruzione e strumenti internazionali in materia di whistleblowing: lo stato dell'arte, di Fabrizio Gandini 93

Rapporti di lavoro e whistleblowing nell'ordinamento italiano. Diritto a "spifferare" e tutela del posto di lavoro nell'ordinamento italiano, di Vincenzo Ferrante 101

Prime riflessioni sul cd. whistleblowing. Un modello da replicare ad "occhi chiusi"?, di Roberto Lattanzi 107

Whistleblowing e ordinamento italiano: possibili percorsi normativi, di Giovanni Arnone 127

<i>Analisi delle segnalazioni pervenute - Estratto dal primo Rapporto del SAeT al Parlamento,</i> Presentazione a cura di Giovanna Gemma	135
<i>Attività d'impresa e sistemi di whistleblowing. L'esperienza di Telecom Italia,</i> di Roberto Tournour	141
<i>La testimonianza di un whistleblower: santo ed eroe del nostro tempo?,</i> di Bernardo Gabriele	145
Programma dei lavori della Tavola rotonda del 10 ottobre 2009	153
Elenco dei collaboratori	155

Presentazione

di *Maria Teresa Brassiolo*

Transparency International Italia (TI-It), capitolo nazionale della più importante organizzazione mondiale per la lotta alla corruzione, ha sempre indirizzato i propri sforzi e le proprie azioni verso la diffusione di un maggior senso etico nei confronti della "cosa pubblica" in generale e verso una maggiore responsabilità personale e collettiva. Il concetto dei *whistleblowers* (letteralmente «coloro che soffiano nel fischiello» e che abbiamo tentato di tradurre con "vedette civiche" o "sentinelle civiche" per rendere più chiara la loro funzione) si dimostra utile allo scopo.

Con questo termine si identifica infatti l'istituto giuridico per la tutela di quei cittadini e lavoratori che segnalano irregolarità o reati e che, per via della loro denuncia, potrebbero essere soggetti ad atti di ritorsione. È evidente come i cittadini e i lavoratori siano i primi a notare un malfunzionamento di un'organizzazione o dei servizi pubblici e si trovino in una posizione privilegiata per proporre interventi correttivi riguardo a un gran numero di pericoli: ambientali, economici, sicurezza, opacità, organizzativi, tecnici e tanti altri.

Questo istituto, già vigente in altri Paesi (Stati Uniti, Regno Unito, Australia, Sudafrica, Giappone e Corea) garantisce vantaggi alla collettività in generale: i lavoratori ottengono una protezione contro sanzioni che possono subire a seguito delle loro segnalazioni; le aziende, venendo a conoscenza di negligenze o reati commessi al loro interno, hanno la possibilità di intervenire tempestivamente ed evitare danni sia di immagine che economici; a guadagnarci sono la sicurezza e la qualità della vita in quanto la prevenzione del rischio è il miglior strumento per evitarlo.

Il progetto *Blowing the Whistle Harder: Enhancing the protection of whistleblowers in the EU*, finanziato dalla Commissione Europea e co-finanziato dal SAeT, si ripromette di illuminare un argomento ancora misterioso. La ricerca è stata effettuata basandosi su una metodologia condivisa da UE e dai partecipanti, proprio per avere, alla conclusione dei lavori, dati confrontabili e comparabili, tali da poter essere utilizzati dall'Unione europea in ambito legislativo.

Il lavoro si divide in due sezioni: nella prima sono riportati i risultati della ricerca effettuata da Transparency International sullo stato dell'arte del *whistleblowing* in Italia e negli altri Paesi europei partecipanti al progetto, che permettono di delineare una comparazione interessante a livello giuridico, sociale e culturale.

La seconda sezione evidenzia le *best practices* e riporta gli atti della tavola rotonda (tenutasi a Piacenza il 10 ottobre 2009 presso la Sala Panini a Palazzo Galli) su *Norme e prassi in tema di whistleblowing. "Soffiatori di fischiello" o "vedette civiche" – I segnalatori di illegalità o di rischi di illegalità all'interno di un'organizzazione. Obblighi internazionali e*

adempimenti italiani, organizzato congiuntamente da TI-It, dalla Cattedra di Diritto dell'Unione europea della Facoltà di Giurisprudenza, Università Cattolica S.C. – sede di Piacenza e dal Centro di documentazione europea dell'Università degli studi di Catania.

L'incontro, al quale hanno partecipato alcuni fra i più importanti esperti italiani sull'argomento, ha approfondito e discusso nel dettaglio le criticità e le possibili modalità di applicazione dell'istituto nel nostro ordinamento. A questo scopo, gli esperti hanno vagliato il *whistleblowing* alla luce dei diversi ambiti di possibile utilizzo: dal diritto del lavoro alla tutela della privacy, dalle pratiche di segnalazione di irregolarità già esistenti nelle grandi aziende private a quelle di denuncia generica attivate attraverso il Servizio Anticorruzione e Trasparenza per la Pubblica Amministrazione (SAeT).

Il *whistleblowing* è uno strumento che richiede la partecipazione attiva della società civile, in un contesto di ampia collaborazione tra cittadino, istituzioni e organizzazioni con la funzione di segnalazione e di avvistamento preventivo delle irregolarità e dei rischi, a beneficio dell'intera collettività.

Una delle principali sfide che la corruzione pone è infatti quella di riuscire a fare emergere il reato stesso, per sua natura caratterizzato da un elevato indice di occultamento¹: da qui l'esigenza di uno strumento che incentivi la propensione individuale alla segnalazione, semplificandone le modalità e, allo stesso tempo, proteggendo il segnalante in buona fede da qualsiasi tipo di ritorsione (licenziamento, *mobbing*, trasferimento, etc.).

Obiettivo ultimo di questa pubblicazione è quello di sensibilizzare le istituzioni interessate verso uno strumento che riteniamo di grande utilità, non solo, come detto, per la sua capacità di far emergere la "cifra nera" della corruzione ma perché concorre a segnalare rischi e negligenze pericolose. Quindi, sollecita una società civile più partecipe, attenta e vigile nei confronti della cosa pubblica e della collettività in generale.

È vero che le leggi che presiedono al comportamento del dipendente pubblico prevedono espressamente che lo stesso debba denunciare le malversazioni o negligenze di cui è a conoscenza e ne puniscono l'inadempienza: nella realtà, per motivi opachi e consociativi, la prescrizione è disattesa anche per lo scarso spirito di responsabilità personale e collettivo. Ciò ha portato ad un disinteresse verso il buon funzionamento della cosa pubblica e conseguentemente ad una sfiducia generalizzata dei cittadini verso la

¹ Come spiegato da P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Bari, 2007, p. 34, trattandosi «da un lato di un tipico reato-contratto (...) bilateralmente illecito (rispetto al quale, cioè, entrambi i partner sono punibili), caratterizzato inoltre dalla massima privatezza della realizzazione; dall'altro lato, di un reato a espansione lesiva ritardata (...) garantisce alla corruzione le note di una bassissima propensione alla denuncia».

Tale problematica relativa al reato di corruzione e alla sua "cifra nera" è più volte citata anche nel *Primo Rapporto al Parlamento del Servizio Anticorruzione e per la Trasparenza (SAeT)*, Roma, febbraio 2009.

burocrazia, cosicché anche i funzionari competenti, dedicati e coscienti subiscono una sfiducia umiliante.

Il carissimo Prof. Sergio Ricossa mi disse un giorno che uno dei problemi dell'Italia è quello di non avere le vigili "vecchiette svizzere" che segnalano sempre le irregolarità e le negligenze alle competenti autorità.

Non possiamo che augurarci che rinasca in tutti i settori, pubblici e privati, l'orgoglio di essere buoni cittadini. Vero è che la trasparenza richiede coraggio e " il coraggio chi non ce l'ha non se lo può dare". Ma dobbiamo davvero accettare di avere meno coraggio delle "vecchiette svizzere" di Ricossa?

PARTE PRIMA

Ricerca sullo stato dell'arte del *whistleblowing* in Italia e in altri nove Paesi europei

Introduzione

di *Giorgio Frascini*

“*Blowing the Whistle Harder*” è un progetto finanziato dalla Commissione europea e coordinato dal Segretariato di Transparency International con la partecipazione di dieci capitoli nazionali dell’organizzazione presenti in altrettanti Paesi UE (Bulgaria, Estonia, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Ungheria). Lo scopo principale del progetto è quello di analizzare lo stato dell’arte dei sistemi di protezione del *whistleblowing* nei diversi Paesi (con la redazione di un *report* nazionale per ognuno) e di promuovere campagne di sensibilizzazione sul tema a livello nazionale e comunitario.

Per l’Italia la prima fase del progetto ha riguardato il compimento di una ricerca giuridica su leggi e regolamenti esistenti applicabili al *whistleblowing* sia nel settore pubblico che in quello privato. Lo svolgimento di questa ricerca è stato accompagnato dall’analisi di articoli di dottrina e altre ricerche anche non accademiche sullo stesso argomento. Ad integrazione delle fonti menzionate hanno costituito un’importante fonte di informazione i dati raccolti tramite interviste fatte ai rappresentanti di quattro delle cinque più importanti aziende italiane per fatturato (ENI, FIAT, ENEL e TELECOM. La quinta, GSE, ha preferito non partecipare al progetto), di cinque piccole-medie imprese italiane con un numero di dipendenti compreso cinquanta e duecento (Autoservizi G.L.C., Resilia, Cartiera Fornaci, Laboratorio Farmacologico Milanese, Steber), di sei ministeri (Ministero degli Interni, Ministero della Salute, Ministero della Difesa, Ministero di Giustizia, Ministero dell’Economia, Ministero per la Pubblica Amministrazione e l’Innovazione).

A queste si sono aggiunte le interviste svolte con altri soggetti coinvolti e interessati al tema del *whistleblowing* quali il Garante per la Protezione dei Dati Personali, il Servizio Anticorruzione e Trasparenza (SAeT), l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la Corte dei Conti ed esperti del settore accademico.

E’ stata inoltre compiuta una ricerca sui media nazionali sempre in relazione al tema in questione.

Il *Report* che è scaturito da questa prima fase di ricerca si compone di due parti:

- 1) In una prima si analizzano le norme già vigenti in Italia utili alla protezione dei *whistleblower* o di altre persone che vogliono rivelare informazioni rilevanti. Attualmente in Italia non esiste una legislazione specifica sul *whistleblowing*; sono state quindi incluse quelle leggi e quei regolamenti che possono indirettamente favorire o scoraggiare le azioni di *whistleblowing*, prevedendo o meno dei sistemi di protezione. In particolare sono state considerate alcune norme contenute nel codice civile, nel codice penale e nella disciplina giuslavoristica. Sono state inoltre tenute in considerazione alcune sentenze relative a episodi di *whistleblowing*. In questa parte sono inoltre confluiti dati relativi ai sistemi di *corporate governance* in dieci aziende private, in particolare i loro codici di condotta e i *report* annuali e, ove presenti, le procedure di *whistleblowing* applicate.

Le statistiche fornite da alcune istituzioni (SAeT e Corte dei Conti) e la ricerca condotta sui media nazionali hanno permesso di rilevare una generale minima incidenza del *whistleblowing* nella prassi, sia nel settore pubblico sia in quello privato, e la scarsa conoscenza e considerazione del tema da parte della società civile.

- 2) Nella seconda parte del documento vengono considerate più specificamente le norme e le prassi vigenti rispetto a quattordici categorie di analisi, al fine di esaminare nel dettaglio i singoli aspetti dell'istituto. Le categorie utilizzate sono: ambito di applicazione; tipologie di lavoratori considerate; esistenza di meccanismi interni ed esterni di segnalazione; regole su confidenzialità e anonimità; restrizioni applicative; tipologie e ampiezza delle forme di ritorsione per cui è prevista protezione; tipologie di risarcimento previste; eventuali disposizioni sul diritto di rifiutarsi a prender parte ad attività illecite; responsabilità personale per segnalazioni false e/o in cattiva fede; coinvolgimento del *whistleblower* nell'*iter* successivo alla segnalazione; tempi di prescrizione; meccanismi di controllo indipendenti.

Per meglio comprendere le problematiche legate a una possibile applicazione dell'istituto nel nostro ordinamento, presentiamo anche il *report* elaborato dal Segretariato di Transparency International a Berlino con un'analisi comparata dei risultati delle ricerche nazionali svolte nei dieci Paesi europei interessati.

In chiusura della Prima Parte del libro pubblichiamo le *Raccomandazioni per una Legge sul Whistleblowing* formulate da Transparency International anche grazie alla collaborazione dei più importanti esperti mondiali in materia.

***Whistleblowing* e sistemi di protezione: stato dell'arte e considerazioni. Rapporto sulla ricerca svolta da TI-Italia**

di *Giorgio Frascini*

Sezione A – Norme e sistemi di protezione del *whistleblowing* - stato dell'arte

1. Il sistema normativo: le leggi esistenti riguardanti il *whistleblowing* nel settore pubblico e privato

Attualmente in Italia non esiste alcuna normativa sul *whistleblowing* né sono mai state fatte proposte di legge in merito. Ancora oggi il *whistleblowing* è un istituto giuridico poco conosciuto tra le istituzioni e solo alcuni soggetti "esperti" e alcune grandi aziende ne sono a conoscenza.

L'Italia non ha neppure una legge ad hoc contro la corruzione, anche se è stata da poco ratificata, il 3 Agosto 2009, la Convenzione dell'ONU contro la Corruzione (UNCAC), che richiede che "*ciascuno Stato Membro esamini la possibilità di incorporare nel proprio sistema giuridico le misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati stabiliti dalla presente Convenzione*". L'Italia ha ratificato altre convenzioni internazionali, come la "Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali" e la Convenzione dell'Unione europea basata sull'articolo K.3 del Trattato istitutivo dell'Unione europea sulla protezione degli interessi finanziari della Comunità europea (1997).

Non esiste però una legge riferita al servizio pubblico contenente norme a protezione dei *whistleblower*. L'articolo 361 del Codice Penale prevede una multa per "*il pubblico ufficiale, il quale omette o ritarda di denunciare all'autorità giudiziaria, o ad un'altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferirne, un reato di cui ha avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni*". Non sono tuttavia contemplati altri canali per la segnalazione interna. Con la Legge 15/2009 il Governo Italiano delega al Ministro per l'Innovazione e la Pubblica Amministrazione la responsabilità ad ottimizzare la produttività del lavoro pubblico e l'efficienza e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni. In base a questa legge il Ministero deve migliorare il controllo sull'amministrazione e le procedure di segnalazione interna potrebbero esservi incluse. Non è un caso, infatti, che il 17 ottobre 2009, in un articolo pubblicato su uno dei maggiori quotidiani nazionali³, il Ministro ha sottolineato la funzione del *whistleblowing* come strumento essenziale nella lotta contro la corruzione. Analogamente la Corte dei Conti è competente per i controlli economici e per promuovere

² *Convenzione ONU contro la Corruzione* (UNCAC), art.33, "Protezione delle persone che comunicano informazioni".

³ R. BRUNETTA, *TASSE OCCULTE. Scacco matto alla corruzione*, in *Il Sole24ore*, 17 Ottobre 2009.

la reportistica interna: il 2 agosto 2007 il Procuratore Generale De Rose ha diffuso una circolare destinata a tutti i dipendenti pubblici promuovendo la segnalazione di possibili irregolarità fiscali.

Neppure lo Statuto dei Lavoratori annovera norme specifiche per la protezione dei *whistleblower*. Tuttavia l'articolo 1 prevede, genericamente, la libertà d'espressione per i lavoratori (diritto sancito anche dalla Costituzione): una regola che può essere estesa alle segnalazioni su irregolarità, atti illegali o rischi percepiti all'interno dell'organizzazione. Di contro però, l'articolo 4 restringe l'utilizzo di impianti audiovisivi per le indagini su possibili irregolarità. L'articolo 20, comma 2 (e) del Decreto legislativo 81/2008 (conosciuto anche come "Atto Unico sulla Sicurezza") attribuisce in capo ai lavoratori l'onere di *"segnalare immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o al preposto le deficienze dei mezzi e dei dispositivi di cui alle lettere c) e d)⁴, nonché qualsiasi eventuale condizione di pericolo di cui vengano a conoscenza, adoperandosi direttamente, in caso di urgenza, nell'ambito delle proprie competenze e possibilità e fatto salvo l'obbligo di cui alla lettera f)⁵ per eliminare o ridurre le situazioni di pericolo grave e incombente, dandone notizia al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza,"*.

Non esiste quindi una protezione generale per i testimoni ma solo una protezione speciale per quelli che cooperano con le autorità. Queste norme sono intese a proteggere in particolare i testimoni di giustizia (di crimini violenti, del crimine organizzato e di mafia). Il Codice Penale proibisce l'utilizzo di affermazioni rese dagli informatori alle forze dell'ordine se questi non sono sentiti come testimoni (art. 203 del Codice Penale) ed esclude le «dicerie» dalle possibili fonti di prova (art. 194 del codice Penale). Inoltre il Decreto legislativo 8/1991, come modificato dalla Legge 45/2001, ("Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia, nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza") stabilisce che solo coloro che sono in grado di segnalare fatti di cui hanno avuto conoscenza diretta avranno diritto a misure protettive.

L'articolo 2408 del Codice Civile prevede poi che *"ogni socio può denunciare i fatti che ritiene censurabili al collegio sindacale, il quale deve tener conto della denuncia nella relazione all'assemblea"*. L'articolo 149 comma 3 del Decreto Legislativo 58/1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di Intermediazione Finanziaria) impone un obbligo, in capo al Collegio Sindacale, di comunicare *"senza indugio alla CONSOB le irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza"* mentre il Codice di Autodisciplina della Borsa Italiana ha sancito, in capo al Consiglio d'Amministrazione, la responsabilità di definire le linee guida per la migliore reportistica interna. La Direttiva CONSOB n. DAC/RM/97001574 del 20/02/1997 estende al Collegio Sindacale delle società quotate la competenza a ricevere segnalazioni anche dagli impiegati (non solo dai soci). Il Decreto Legislativo 231/2007, "Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminali e di finanziamento del

⁴ Alle lettere c) e d) si legge quanto segue: *"c) utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro, le sostanze e i preparati pericolosi, i mezzi di trasporto, nonché i dispositivi di sicurezza; d) utilizzare in modo appropriato i dispositivi di protezione messi a loro disposizione;"*.

⁵ Alla lettera f) si legge quanto segue: *"f) non rimuovere o modificare senza autorizzazione i dispositivi di sicurezza o di segnalazione o di controllo;"*.

terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione", prevede l'istituzione di una Unità di Informazione Finanziaria designata alla ricezione di segnalazioni di possibili reati in questo ambito. Attualmente non esistono altre leggi o regolamenti più specifici riguardo al *whistleblowing* mentre esiste una tutela generale per il segreto industriale, la proprietà intellettuale, etc. e un conseguente diritto a non rivelare informazioni del genere all'esterno. Questo è previsto dal Codice Civile (art. 2105), dalla legge penale, dalle norme a protezione dei dati personali e della proprietà intellettuale. Ulteriori restrizioni al diritto di rivelare informazioni possono poi essere contenute nei contratti di lavoro.

Negli ultimi anni ci sono stati due importanti casi di *whistleblowing* arrivati a una decisione del tribunale, sebbene questi non possano considerarsi rappresentativi a livello nazionale essendo, tra l'altro, stati giudicati entrambi presso il Tribunale di Genova. Il primo, Vito Belfiore v. Ferrovie dello Stato, Corte d'Appello di Genova, riguarda uno dei quattro dipendenti delle Ferrovie dello Stato che segnalò alcuni pericolosi difetti a treni e binari. I quattro segnalavano anonimamente ai media la questione permettendo ad alcuni giornalisti della trasmissione televisiva "Report" di salire sui treni per raccogliere una testimonianza diretta dei malfunzionamenti; la loro identità fu in seguito scoperta ed essi furono licenziati. Uno di loro, Vito Belfiore appunto, intentò una causa contro il suo datore di lavoro e fu riassunto in quanto fu provata l'illegittimità del licenziamento. Il secondo caso, Cornaglia v. Istituti Gaslini, Cass., sez. lav., 5 febbraio 2004, n. 2168, coinvolge un dottore che scrisse un libro in cui denunciava episodi di corruzione nell'ospedale in cui prestava servizio. Licenziato, fece causa all'ospedale e, in seguito, gli fu riconosciuto un risarcimento oltre all'ammontare degli stipendi mancanti. Non fu reintegrato in quanto i dirigenti pubblici possono non essere riassunti se viene a mancare un legame fiduciario⁶ con il datore di lavoro.

Pur non esistendo norme specifiche, i *whistleblower* possono, comunque, ottenere protezione contro gli ingiusti licenziamenti in Italia, soprattutto in base all'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori. Tuttavia emergono grossi problemi di tutela quando le ritorsioni non conducono a un licenziamento, ma ad altri abusi «minori», come il demansionamento, il trasferimento, le mancate promozioni, il *mobbing*, etc.

2. Protezione dei *whistleblower*: politiche e prassi. L'applicazione e la promozione di sistemi di protezione nel settore pubblico e in quello privato

Il *whistleblowing* risulta poco diffuso sia nel settore pubblico che in quello privato, con alcune eccezioni. Nel primo caso solo alcune agenzie (ad es. la Corte dei Conti) cercano di promuovere la reportistica interna; nel settore privato, ad eccezione di una decina di società, altre organizzazioni di maggiori o minori dimensioni non hanno istituito precise procedure di *whistleblowing* (le più piccole non hanno in genere alcuna procedura di reportistica interna).

Nel settore pubblico le problematiche relative al *whistleblowing* sono in generale valutate con scarsa considerazione: la segnalazione di reati e irregolarità non è considerata

⁶ Le norme più importanti a tutela dei lavoratori contro i licenziamenti illegittimi sono contenute nello Statuto dei Lavoratori (art.18).

una problematica vera e prioritaria in quanto i dipendenti pubblici hanno l'obbligo giuridico di segnalare i reati; ne consegue che non sono istituite procedure per promuovere il *whistleblowing* né esiste una formazione specifica a riguardo. Solo recentemente il Ministero per la Pubblica Amministrazione ha dato il via al "Piano Trasparenza" per garantire un flusso di comunicazione più aperto tra la Pubblica Amministrazione e i cittadini.

Come precedentemente detto, nel settore pubblico il *whistleblowing* non rappresenta un'istanza primaria, tuttavia alcune agenzie stanno mettendo in atto procedure di reportistica interna nelle loro aree di riferimento: la Corte dei Conti ha pubblicato una circolare per promuovere la segnalazione di irregolarità fiscali⁷; l'Autorità Garante della Concorrenza e del Libero Mercato ha auspicato l'introduzione di sistemi di protezione per i *whistleblower* al fine di segnalare cartelli o trust illegali; il Governatore della Banca d'Italia ha sottolineato l'importanza della segnalazione di possibili reati legati al riciclaggio di denaro e dunque alla protezione dei *whistleblower* in quest'area; il Ministro per la Pubblica Amministrazione e per l'Innovazione ha recentemente affermato che la protezione dei *whistleblower* è essenziale nella lotta contro la corruzione.

Nel settore pubblico il diretto superiore è il soggetto atto a ricevere possibili segnalazioni ma non esistono previsioni normative specifiche: in molti casi questa persona non ha l'autonomia necessaria per condurre un'indagine corretta sulla denuncia, con l'evidente conseguenza che chi vuole rivelare informazioni su irregolarità varie spesso decide di tacere oppure preferisce rivolgersi per le segnalazioni direttamente alle autorità giudiziarie.

Per passare al settore privato, un rappresentante di un'azienda primaria ha affermato che, non appena introdotte, le procedure di *whistleblowing* hanno causato reazioni entusiastiche cui è seguito un gran numero di segnalazioni. Dopo un periodo di assestamento iniziale, la procedura è ancora in atto anche se solo il 15-20% delle segnalazioni possono essere direttamente collegate al *whistleblowing*. I codici di condotta generalmente non contengono norme specifiche anche se sono presenti alcune regole riguardo alla comunicazione interna di informazioni. È bene precisare che alcune società italiane quotate sul mercato azionario americano sono obbligate a conformarsi al Sarbanes-Oxley Act e ad adottare le relative procedure di *whistleblowing*. Nel Codice Etico di una delle grandi aziende intervistate è contenuto un riferimento alle segnalazioni non anonime, pur non essendoci un collegamento diretto con la procedura. Gli intervistati delle altre imprese si sono dichiarati cauti nel valutare il livello di soddisfazione rispetto alle procedure adottate, in quanto la maggior parte delle segnalazioni raccolte sono anonime. Hanno, quindi, affermato che attualmente le procedure sembrano essere apprezzate dai dipendenti, sebbene i dirigenti non siano sempre soddisfatti dell'entità delle segnalazioni che spesso si riferiscono a problematiche di carattere personale.

Nelle piccole e medie imprese il tema non è assolutamente considerato, in quanto le procedure di reportistica interna sono in molti casi ritenute un costo inutile ai fini aziendali (questa visione emerge chiaramente dalle interviste condotte con questa tipologie di imprese).

⁷ Corte dei Conti, Prot. N. PG 9434/2007/P.

Il *whistleblowing* è spesso citato nei Codici Etici delle grandi società unitamente ai principi generali di trasparenza che incoraggiano la libera circolazione di informazioni all'interno dell'organizzazione. D'altra parte anche le procedure di *whistleblowing* contengono riferimenti ai Codici Etici o ai Codici di Comportamento. In particolare una delle grandi aziende intervistate ha incluso la sua prima procedura di *whistleblowing* (anche se non troppo dettagliata) nel Codice Etico del 2002: oggi non ha un'unica procedura ma individua diversi canali e soggetti designati a ricevere le segnalazioni, a seconda dell'argomento rilevante (il Codice Etico contiene ancora alcune regole per la promozione della reportistica interna e la protezione dei *whistleblower*).

I casi di *whistleblowing* non sono considerati nei report annuali ma le società che già hanno attuato le procedure registrano annualmente alcune statistiche sul ricorso alle stesse. Una delle grandi aziende intervistate ha affermato che, sebbene tali procedure non siano state considerate nei *report* annuali, sono state descritte dall'Amministratore Delegato durante l'Assemblea Generale dei Soci; inoltre l'Audit Interno invia relazioni al Collegio Sindacale relative al funzionamento della procedura. Un'altra società menziona la procedura nel Bilancio Consolidato e nel Bilancio sulla Corporate Governance. Una terza società invia delle relazioni periodiche al Presidente, all'Amministratore Delegato, al Collegio Sindacale, ai Comitati di Revisione Interno e alla Società di Revisione Esterna, al Direttore Finanziario, al Presidente dell'Organo di Vigilanza, quest'ultimo istituito dal Decreto legislativo 231/2001.

In tema di formazione, una delle aziende afferma che i dipendenti non sono formati direttamente riguardo alle procedure di *whistleblowing*, essendo queste materia dei corsi sull'etica aziendale. Affinché i dipendenti vengano a conoscenza della procedura, un documento descrittivo è stato inserito nella homepage dell'intranet aziendale nella settimana seguente l'adozione della procedura e l'Amministratore Delegato ha inviato una lettera ad ogni dipendente descrivendo la procedura stessa. Un'altra società, invece, inserisce il *whistleblowing* all'interno dei corsi di formazione per la *corporate governance*. Un'altra società ancora informa indirettamente sulle procedure attraverso il Codice Etico e un altro programma interno chiamato "Tolleranza Zero alla Corruzione". Un'altra infine assicura la diffusione della procedura a tutti i dipendenti e la mantiene pubblica e aggiornata sul proprio sito internet e sull'intranet aziendale. Le compagnie di minori dimensioni difficilmente hanno programmi di formazione riguardo alle procedure di reportistica perché, come detto, considerate non necessarie e costose; ad ogni modo un rappresentante di una piccola-media impresa ha affermato che, nel caso alcuni eventi lo rendessero necessario, una selezione di persone con particolari incarichi verrebbero tempestivamente formate su queste tematiche.

Per quanto riguarda il soggetto preposto alle indagini in seguito alle segnalazioni, le grandi aziende affermano che egli è completamente indipendente dal punto di vista decisionale ed economico (riferisce solo al Presidente il quale non ha poteri direttamente operativi). Se una segnalazione riguarda lo stesso soggetto viene immediatamente trasferita ad altri organi interni. Le società di dimensioni minori non hanno soggetti preposti alla ricezione e alle indagini delle segnalazioni; questo compito di solito è assolto dal datore di lavoro.

L'analisi qui sintetizzata mostra la scarsa e limitata diffusione delle procedure in Italia, specialmente nel settore pubblico, tuttavia si può notare una leggera tendenza

all'implementazione di flussi di controllo e di comunicazione all'interno di alcune organizzazioni.

3. Incidenza del *whistleblowing*: diffusione delle pratiche di *whistleblowing* a livello nazionale

La pratica del *whistleblowing* non è molto comune in Italia in quanto la segnalazione di attività altrui è spesso considerata come una forma di denuncia o delazione (connotazioni negative legata agli informatori durante la Seconda Guerra Mondiale)⁸. Nel settore pubblico non sono state presentate proposte per l'introduzione di una legge sul *whistleblowing*, o qualcosa di collegato a queste istanze.

Il SAeT (Servizio Anticorruzione e Trasparenza) gestisce una *hotline* per la registrazione di possibili comunicazioni da parte di dipendenti del settore pubblico (e cittadini), ma le statistiche in merito non sono precise e non si riferiscono esclusivamente a episodi di *whistleblowing*. La Corte dei Conti registra alcune statistiche riguardo al numero di segnalazioni relative a violazioni economiche. Non esistono, invece, statistiche provenienti da enti indipendenti.

Anche in conseguenza della mancanza di statistiche è impossibile determinare la quantità di denaro pubblico recuperato grazie alle procedure di *whistleblowing*. Per gli stessi motivi non sono disponibili statistiche sull'evoluzione temporale dell'incidenza di tale istituto in Italia.

I *whistleblower* possono ottenere protezione in tribunale contro l'ingiusto licenziamento⁹, ma non sono protetti contro altre tipologie di ritorsione che possono, ad esempio, sfociare in episodi di *mobbing*. Ad ogni modo, senza una legislazione specifica, il *whistleblowing* è lontano dall'essere conosciuto e accessibile al pubblico e i casi non sono così frequentemente riportati dai media. Questi ultimi, infatti, tendono a riportare i fatti derivanti dalle segnalazioni, ma non seguono nel tempo le storie personali dei *whistleblower*. Pertanto, essendo solo pochi i casi che arrivano a una decisione del tribunale e in assenza di una legislazione specifica, le persone preferiscono non fare segnalazioni per non rischiare la loro posizione lavorativa o, nel caso, optano per il patteggiamento¹⁰.

In sintesi: è molto difficile fare una stima quantitativa dei casi di *whistleblowing*.

4. Contesto culturale: l'atteggiamento generale nei confronti di episodi di *whistleblowing*

I *whistleblower* non sono generalmente sostenuti dall'opinione pubblica in quanto è ancora diffuso un sentimento di omertà o collusione (parole utilizzate spesso dalle persone intervistate durante la ricerca, sia da accademici che da rappresentanti delle organizzazioni private) che non rende gli italiani solitamente propensi a denunciare episodi di irregolarità.

⁸ V. il *Rapporto sull'applicazione della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali*.

⁹ Statuto dei Lavoratori, art. 18.

¹⁰ Intervista al Professor Vincenzo FERRANTE.

Tuttavia negli ultimi anni sono state attuate alcune iniziative per promuovere, ricompensare, valorizzare le buone pratiche sia nel settore pubblico che in quello privato¹¹.

L'*hotline* governativa esistente per combattere la corruzione è utilizzata sporadicamente: solo 186 chiamate nel 2008 (e le statistiche non considerano solo le segnalazioni di episodi di corruzione ma anche semplici chiamate con richieste di informazioni riguardo alla corruzione¹²).

Alcuni rappresentanti dei Ministeri intervistati hanno affermato di essere a conoscenza della tematica ma che questa non rappresenta una priorità per il prossimo futuro. Le grandi compagnie che hanno già adottato una procedura in merito accoglierebbero con favore una legislazione sul tema e sostengono l'utilità di tali procedure; sono però convinte che, al di fuori del proprio settore, il contesto sia indifferente al tema e che gli italiani in generale non siano culturalmente propensi alla pratica delle segnalazioni. Come afferma uno degli intervistati, l'Italia presenta due problemi principali: la disomogeneità regionale e una diffusa resistenza a segnalare reati e irregolarità; egli suggerisce che i *whistleblower* potrebbero essere incentivati con ricompense economiche (ad esempio riduzioni fiscali). L'atteggiamento delle istituzioni varia notevolmente a seconda dei soggetti: per il Governo il *whistleblowing* non sembra essere una priorità ma alcuni dirigenti di agenzie pubbliche (Ministero per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione, Servizio Anticorruzione e Trasparenza, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro) ne raccomandano la protezione; il Garante per la Protezione dei Dati Personali sta attualmente considerando la problematica e un suo parere è atteso nei prossimi mesi.

Sebbene manchi una legislazione specifica, le autorità giudiziarie proteggono i *whistleblower* contro gli ingiusti licenziamenti (la protezione in tribunale non è invece garantita se la ritorsione non si conclude con un licenziamento), ma mancano delle pronunce in merito da parte della Corte di Cassazione: un giurista intervistato ha sottolineato l'importanza delle sentenze di quest'organo di giudizio, soprattutto la loro rilevanza nell'ottica di sentenze future.

Le stesse autorità giudiziarie non hanno procedure in essere volte all'acquisizione di informazioni dai *whistleblower* e, al momento, viene data protezione solo a coloro che rivelano informazioni relative a organizzazioni criminali (il più delle volte sono ex membri della stessa organizzazione anch'essi responsabili di reati).

I media frequentemente riportano casi di *whistleblower* nella fase di emersione iniziale ma il percorso personale viene presto dimenticato e non approfondito in momenti successivi. Alcuni programmi televisivi, in particolare, utilizzano le rivelazioni di *whistleblower* anonimi per denunciare irregolarità e illeciti in un secondo momento indagati dalle autorità giudiziarie, ma di solito qui si fermano. La percezione dell'opinione pubblica non è omogenea in tutto il Paese: specialmente nel Sud Italia e nei centri di piccole dimensioni i *whistleblower* sono considerati in genere alla stregua di traditori e spie¹³.

¹¹ Un esempio recente è il premio «Lavorare insieme» conferito al Comune di Milano per aver, tra l'altro, adottato i Patti d'Integrità che hanno portato all'esclusione dalle gare e dagli appalti pubblici tutte quelle società che vi partecipano in modo illegale.

¹² V. il *Primo Rapporto al Parlamento del SAcT*, cit.

¹³ Informazioni derivanti dalle interviste ad accademici e rappresentanti di compagnie private.

Sezione B – Portata e incidenza di norme e sistemi di protezione del *whistleblowing*

1. Ambito di applicazione (definizione di “irregolarità”) – il campo di applicazione della normativa sul *whistleblowing*

Non esistendo una legge specifica sul *whistleblowing*, l'ampiezza del campo di applicazione giuridica varia da legge a legge: in ogni caso da nessuna parte è determinata in modo definito. Ad eccezione del Decreto Legge n.8 del 15 gennaio 1991, modificato dalla Legge n.45/2001, riguardante i reati di mafia e terrorismo, non esistono altre normative specifiche sull'argomento tra quelle che promuovono la segnalazione di reati o che garantiscono protezione per chi li denuncia. Il Decreto Legislativo 231/2001 non garantisce protezione ai *whistleblower* ma prevede l'istituzione di procedure di reportistica interna per una serie determinata di reati: reati connessi con la Pubblica Amministrazione, reati informatici, falsificazione di denaro e carte di credito, reati societari, reati di terrorismo, mutilazioni, reati contro la persona, abuso di mercato, reati contro la sicurezza sul lavoro, riciclaggio di denaro, reati trans-nazionali.

In assenza di una legge prescrittiva, le società e gli enti pubblici possono decidere l'ampiezza degli ambiti coperti dalle procedure e, di conseguenza, questa varia enormemente tra un'istituzione e l'altra. Una delle grandi aziende intervistate ha deciso di ampliare il più possibile l'ambito di applicazione così da includere un numero sempre più ampio di segnalazioni: nella procedura sono elencate violazioni o induzioni alla violazione di norme di legge o di regolamento, di prescrizioni di detto Codice, di procedure interne, ogni irregolarità e/o negligenza, quali, tra l'altro, quelle in tema di tenuta della contabilità, di conservazione della relativa documentazione, di adempimento degli obblighi di reportistica contabile o gestionale interna, nonché eventuali richieste di chiarimenti sulla valutazione della correttezza di comportamenti propri o altrui. Anche altre grandi aziende hanno optato per la ricezione del maggior numero possibile di irregolarità; una di esse ha dichiarato che le irregolarità più frequenti sono le frodi, i reati contabili e quelli previsti dal Decreto Legislativo 231/2001. Un'altra entra maggiormente nello specifico ed elenca una lunga serie di irregolarità riguardanti violazioni, comportamenti illegali, altre pratiche non conformi al Codice di Condotta, questioni legate alla sicurezza e al *mobbing*.

2. Tipologie di lavoratori tutelate

Nella normativa vigente non esistono riferimenti specifici rispetto alle tipologie di lavoratori protette in caso di *whistleblowing*. Il Decreto Legge n.8 del 15 gennaio 1991, modificato dalla Legge n.45/2001 protegge ogni persona (non solo i lavoratori) che sia testimone di reati di mafia o terrorismo. Altre normative non riguardano specificamente l'istituto e includono tutti i lavoratori in genere.

Anche in merito alle tipologie coperte dalla tutela per il *whistleblowing* le società e gli enti pubblici possono decidere in modo indipendente. Quattro tra le grandi società hanno deciso di ampliare il più possibile le tipologie incluse nelle procedure, che riguardano così tutti i dipendenti (dirigenti inclusi), partner, consulenti, fornitori e addirittura clienti. Una di queste estrapola in un secondo momento le segnalazioni fatte dai clienti da tutte le altre.

Questa problematica non è considerata dalle piccole e medie imprese intervistate.

3. Canali di segnalazione interna

Le società private e gli enti pubblici possono decidere autonomamente riguardo ai meccanismi di reportistica interna adottati.

Il Decreto Legislativo 231/2001 sulla responsabilità delle persone giuridiche istituisce una procedura di reportistica interna diretta a un organismo, chiamato "Organo di Vigilanza", per le segnalazioni riguardanti determinate categorie di reati. Il Decreto legislativo 81/2008 sulla Sicurezza sul lavoro promuove, invece, la segnalazione di pericoli per la sicurezza dei lavoratori sul luogo di lavoro.

Le società e gli enti pubblici possono comunque istituire procedure interne per il *whistleblowing*. Le grandi aziende hanno introdotto alcune procedure limitate alla segnalazione interna che hanno diversi punti in comune: un soggetto, solitamente denominato "Preposto al Controllo Interno", oppure il Direttore dell'Audit Interno, viene designato alla ricezione delle segnalazioni, alla loro registrazione e a una valutazione preliminare; in seguito il Preposto coinvolge altre funzioni aziendali, come l'Audit, l'Ufficio Legale, la Sicurezza, le Risorse Umane, l'Ufficio Finanziario e altri. Spesso le fasi successive della procedura sono lasciate a queste funzioni. A volte la società è obbligata a rivolgersi all'esterno per chiedere un'autorizzazione agli organi giudiziari, ad esempio quando è necessaria la perquisizione della casa del sospettato (la Sicurezza ovviamente non può introdursi in una proprietà privata); a volte la stessa problematica emerge in quanto la normativa sulla privacy restringe l'accesso ai computer dei dipendenti.

La segnalazione può comunque essere indirizzata a una serie di soggetti che poi la trasferiscono alla persona o all'organo designato: le Risorse Umane, il Compliance Officer, i diretti superiori o l'Organo di Vigilanza (ricordiamo, l'ente istituito dal Decreto Legislativo 231/2001).

Relativamente ai possibili canali per le segnalazioni interne istituiti dalle società, questi si differenziano tra un'organizzazione e un'altra: una di esse ha scelto e-mail, fax e anche lettere anonime, ma ha escluso volutamente il telefono per evitare possibili errori di trascrizione della segnalazione; un'altra restringe i canali utilizzabili a e-mail e lettere; altre ammettono segnalazioni che arrivino con qualunque modalità: telefonate, fax, e-mail, messaggi vocali su segreterie telefoniche, segnalazioni orali dirette, etc. Inoltre una delle società intervistate, essendo una multinazionale, ha affermato che è stato necessario fornire ai *whistleblower* differenti modalità e canali per la segnalazione in virtù della differente percezione del problema nei diversi Paesi.

Le società di dimensioni minori non hanno solitamente sistemi di reportistica interna: il datore di lavoro è spesso percepito come il leader della società designato a ricevere tutte le possibili segnalazioni.

I Ministeri e gli enti pubblici non hanno specifici sistemi di reportistica interna: di solito è il diretto superiore a ricevere le segnalazioni dagli impiegati; spesso, tuttavia, quando un dipendente vuole segnalare un reato lo fa esternamente alle forze di polizia o all'autorità giudiziaria.

4. Canali per le segnalazioni esterne – adeguatezza di sistemi per la segnalazione esterna a soggetti regolatori indipendenti

Non esiste alcuna norma che stabilisca un obbligo o una facoltà di segnalare possibili irregolarità o reati a regolatori esterni.

Società ed enti pubblici possono decidere se promuovere o meno le segnalazioni all'esterno. Una delle grandi aziende intervistate ha scelto di non fornire canali per la segnalazione esterna preferendo mantenere all'interno la gestione dei problemi. Altre società non regolano la segnalazione esterna ma la ammettono: un intervistato afferma che spesso il lavoratore presenta una segnalazione sia internamente che esternamente (ed è lo stesso Audit Interno, quando ravvisa la commissione di un reato, a passare l'informazione all'esterno). Un'altra società, infine, permette esplicitamente di segnalare esternamente alle autorità o a determinati regolatori.

5. Canali di segnalazione aggiuntivi (media, istituzioni, organizzazioni della società civile)

Al di là del Decreto Legge n.8 del 15 gennaio 1991, modificato dalla Legge n.45/2001, che garantisce protezione a coloro che rivelano alle autorità informazioni riguardo ai reati di mafia e terrorismo, relativamente a canali più ampi di segnalazione, le leggi e le procedure non sono uniformi: nel settore pubblico i dipendenti hanno il dovere di denunciare i reati di cui sono testimoni all'autorità giudiziaria.

I dipendenti pubblici hanno l'onere di denunciare i reati di cui sono testimoni durante la loro attività lavorativa (art. 361 del Codice Penale). Tuttavia la sanzione prevista per la mancata denuncia di illegalità non è ingente ed è molto raro che un Pubblico Ministero agisca contro un dipendente pubblico che ha omesso tale segnalazione (anche perché senza la segnalazione difficilmente si scopre il reato).

Nel settore privato ai dipendenti di solito non è impedita la possibilità di muoversi all'esterno anche se è molto tutelato il segreto industriale. Le società private e gli enti pubblici possono decidere o meno di stabilire canali per le segnalazioni esterne nelle loro procedure. Una delle organizzazioni private, ad esempio, ha scelto di non prevedere nemmeno questi canali (oltre ai regolatori di settore) prediligendo una risoluzione interna per le irregolarità. Anche le altre grandi società interpellate gestiscono internamente il problema, ma nessuna di esse proibisce esplicitamente al lavoratore la facoltà di passare informazioni all'esterno del luogo di lavoro, a patto che questi non violino il segreto industriale.

6. Confidenzialità

Non esistono norme sulla confidenzialità (e/o l'anonimità) nelle procedure di *whistleblowing* in Italia. Le uniche norme a proposito sono contenute nella legge americana Sarbanes-Oxley Act che permette (e in alcuni casi promuove) le segnalazioni anonime: le società italiane quotate sul mercato americano devono ovviamente conformarsi a questa legge. Tuttavia, l'anonimità crea un possibile conflitto con le norme per la protezione dei dati personali: a tal proposito il Garante per la Protezione dei Dati Personali sta

considerando la questione della privacy in relazione ai processi di *whistleblowing* e un parere è atteso nei prossimi mesi.

Una delle grandi compagnie private, in assenza di una legge specifica, garantisce la confidenzialità e prende in considerazione sia le segnalazioni confidenziali che quelle anonime, tuttavia le segnalazioni anonime non sono indagate approfonditamente a meno di non essere ben dettagliate. Ad ogni modo tutte le grandi società intervistate garantiscono la confidenzialità ai *whistleblower* attraverso appositi canali e l'anonimità è comunque tutelata in quanto le segnalazioni di questo tipo sono spesso fondamentali per la scoperta di irregolarità. In particolare una di queste compagnie multinazionali afferma che quasi tutte le segnalazioni provenienti dall'Italia sono anonime e così anche una buona parte di quelle provenienti dall'estero: in America Latina è stato introdotto, ed ha riscosso molto successo, un software avanzato che nasconde l'indirizzo e-mail del segnalante ma lo registra, in modo da permettere un feedback per la segnalazione (l'azienda sta esportando questo software anche alle filiali cinesi).

Un rappresentante del Ministero per la Pubblica Amministrazione ha affermato che le segnalazioni anonime non sono assolutamente considerate; solo quando una denuncia è firmata viene inoltrata all'Ufficio Ispettivo del Dipartimento per la Funzione Pubblica. Non sono state considerate ipotesi sulla creazione di canali per la segnalazione confidenziale.

7. Restrizioni al diritto al *whistleblowing*

Pur non esistendo restrizioni specifiche, tuttavia alcune norme possono ridurre in parte l'applicabilità delle procedure; per esempio questioni di privacy possono limitare l'efficacia delle procedure di *whistleblowing* non permettendo le segnalazioni anonime e obbligando le società a notificare immediatamente alla persona denunciata l'esistenza di una segnalazione nei suoi confronti, rendendo così meno efficaci le indagini. Le problematiche relative alla privacy sono inserite nel Codice della Privacy e all'articolo 111 della Costituzione Italiana (in questo caso però riferite solo a un procedimento penale); come detto nel paragrafo precedente, l'Autorità Garante della Protezione dei Dati Personali rilascerà prossimamente un parere sul possibile conflitto tra protezione dei dati personali e le procedure di *whistleblowing*.

Inoltre i dipendenti pubblici non possono rivelare informazioni confidenziali che abbiano ottenuto in virtù della loro posizione (articolo 326 del Codice Penale).

Le grandi aziende intervistate non hanno incluso restrizioni nelle procedure di *whistleblowing*: una di loro considera solo una limitazione indiretta legata all'obbligo di rivelare l'identità del segnalante quando la legge lo impone.

8. Protezione contro atti di ritorsione

In Italia i lavoratori possono essere licenziati solamente per giusta causa o per giustificato motivo (Statuto dei Lavoratori); i lavoratori in generale sono quindi tutelati contro gli ingiusti licenziamenti anche in assenza di una legge sul *whistleblowing*. D'altra parte non esiste una specifica protezione contro altre forme di ritorsione sul luogo di lavoro: episodi di mobbing e di discriminazione passiva non sono oggetto di normativa e la decisione su queste problematiche è lasciata alla discrezionalità del giudice.

Una delle grandi società intervistate cerca di garantire la maggior protezione possibile non rivelando l'identità del segnalante a meno che questo non sia previsto per legge. Tutte le grandi società intervistate garantiscono protezione al *whistleblower* in buona fede e lo proteggono contro ogni atto di ritorsione. Spesso la protezione è anche prevista dal Codice di Condotta aziendale.

Nel settore pubblico non è garantita la protezione, ad eccezione di quella generale contro l'ingiusto licenziamento e quella specifica per le persone che collaborano con l'autorità giudiziaria per denunciare i reati commessi da organizzazioni criminali.

9. Risarcimenti e possibili compensazioni

Per quanto riguarda i danni derivanti da ingiusto licenziamento subiti dal lavoratore, a questo, in particolare, è garantito il diritto al riottenimento della propria posizione lavorativa e alla riscossione dei mancati salari. Non sono invece previste ricompense per i *whistleblower*.

Le procedure istituite dalle grandi aziende intervistate non prevedono ricompense per i *whistleblower*; una di queste società reputa le compensazioni in conflitto d'interesse anche con il Codice Etico: nello stesso Codice la segnalazione di importanti informazioni non è percepita come un onere legale per il lavoratore.

10. Diritto di rifiutarsi di partecipare ad attività illegali

Il diritto di rifiutare la partecipazione ad attività illegali non è considerata una problematica legata alle procedure di reportistica sia nel settore pubblico che privato.

I dipendenti pubblici hanno l'onere di denunciare possibili attività illegali ma nulla è stabilito riguardo alla non cooperazione mentre le grandi società non hanno considerato questa problematica.

11. Responsabilità legale per segnalazioni false o in cattiva fede

La legge punisce generalmente la calunnia e la diffamazione: l'articolo 368 del Codice Penale punisce generalmente le persone che ne denunciano altre in modo falso ma non esistono specifiche regole sul *whistleblowing* in proposito.

Le grandi società che hanno stabilito procedure per le segnalazioni interne sanzionano i dipendenti che segnalano false informazioni. Due tra le grandi aziende interpellate hanno introdotto sanzioni per i lavoratori che siano deliberatamente responsabili di dichiarazioni false rispetto ai propri colleghi. Il controllo sulla falsità delle dichiarazioni e le decisioni su possibili sanzioni vengono adottate congiuntamente dall'organo designato alla ricezione delle segnalazioni (Internal Audit), dalle Risorse Umane e dall'Ufficio Legale.

Altre grandi società hanno affrontato la problematica in modo differente: una non ha stabilito sanzioni ma si riserva di decidere sui casi volta per volta; un'altra sanziona la persona che ha segnalato in modo falso e in cattiva fede come se avesse essa stessa commesso l'irregolarità o il reato.

12. Partecipazione dei *whistleblower* all'iter successivo alla segnalazione

Non esistono disposizioni normative riguardo alla partecipazione dei *whistleblower* nell'iter successivo alla segnalazione; la decisione è quindi lasciata alle singole organizzazioni.

Una delle grandi aziende intervistate dà un feedback immediato al *whistleblower* per far capire che la segnalazione viene presa in considerazione; nelle fasi successive il *whistleblower* è difficilmente coinvolto a meno che sia necessario approfondire la segnalazione o che egli abbia specificamente richiesto di essere messo a conoscenza delle eventuali azioni successive. Il più delle volte un secondo feedback non viene dato dall'organo designato alla ricezione della segnalazione ma dalla funzione aziendale specifica che se ne sta occupando.

Altre grandi società hanno deciso di coinvolgere il *whistleblower* nelle fasi successive attraverso approcci differenti: una limita il coinvolgimento ai casi in cui questo sia necessario; una solo nei casi in cui si tratti di un vero *whistleblower* (in quanto spesso la procedura è abusata); un'altra ancora tiene in ogni caso aggiornato il *whistleblower* delle azioni intraprese in seguito alla segnalazione.

13. Prescrizioni temporali

L'esistenza di termini di prescrizione è un elemento comune nelle leggi italiane. Tuttavia, per quanto riguarda la segnalazione di irregolarità o reati non sono fatte limitazioni e quindi una decisione in merito viene lasciata agli enti pubblici o privati che decidono di adottare le procedure di *whistleblowing*.

Le grandi compagnie intervistate hanno affermato di aver scelto di non inserire una limitazione temporale allo scopo di ottenere il maggior numero possibile di segnalazioni: è evidente, però, che una segnalazione su fatti avvenuti in un passato più o meno remoto sia molto più difficilmente verificabile.

14. Sistemi indipendenti di controllo

Non esistono sistemi indipendenti di controllo in relazione al *whistleblowing*.

La decisione di una delle grandi aziende intervistate è stata di gestire il più possibile all'interno le segnalazioni presso le varie funzioni aziendali e di non affidarsi a sistemi esterni. La decisione di mantenere il processo all'interno è, in genere, comune a tutte le grandi imprese. Gli unici casi in cui sono utilizzate risorse esterne sono quando il soggetto preposto alle indagini necessita di una consulenza esterna o quando alcuni enti esterni hanno già ricevuto in maniera autonoma la segnalazione del *whistleblower*.

Conclusioni

La ricerca condotta dimostra chiaramente la scarsa conoscenza, diffusione, valorizzazione dell'istituto del *whistleblowing* in Italia. Le interviste realizzate presso Ministeri, aziende private e altri soggetti interessati, l'analisi della normativa e il monitoraggio dei media mostrano quanto poco sia considerato il tema sia nel settore pubblico che in quello privato.

Non esiste una legislazione specifica e indipendente ma i *whistleblower* possono ottenere protezione, spesso parziale, attraverso altre leggi o regolamenti. La legge vigente offre ai lavoratori una forte tutela contro il licenziamento, ma non contro altre forme di ritorsione come demansionamento, trasferimento, mancata promozione, *mobbing*, etc.

L'unica altra legge che conferisca protezione ai testimoni che denunciano atti illegali è la legge settoriale per la protezione dei testimoni di giustizia che rendono informazioni riguardo ad attività illegali commesse da organizzazioni criminali. Altre norme, contenute nei Codici, in leggi o regolamenti, consentono l'attività di segnalazione, ma non prevedono alcuna protezione da eventuali ritorsioni.

Negli ultimi anni alcune leggi sono state promulgate al fine di promuovere la reportistica interna delle irregolarità, in particolare il Decreto Legislativo 231/2001 che istituisce un organo interno designato a ricevere le segnalazioni relative alla commissione di determinati reati (Organo di vigilanza).

Nessuno dei rappresentanti dei Ministeri intervistati ha potuto citare alcun regolamento interno riguardante le procedure di *whistleblowing*. Gli stessi hanno affermato che il comportamento abituale per i dipendenti pubblici che vogliono segnalare un'irregolarità è rivolgersi al diretto superiore; nel caso di reato è consuetudine il riferimento all'autorità giudiziaria. A volte le segnalazioni interne vengono inviate al Ministero per la Pubblica Amministrazione il quale a sua volta le inoltra all'Ufficio Ispettivo del Dipartimento per la Funzione Pubblica.

La Corte dei Conti è designata alla ricezione di segnalazioni riguardo ad irregolarità economiche nel settore pubblico.

Al Ministro per la Pubblica Amministrazione è stato di recentemente affidato il compito di migliorare i controlli sull'amministrazione e passi significativi dovrebbero essere effettuati per la promozione delle segnalazioni interne di irregolarità. L'articolo 361 del Codice Penale prevede una multa (di entità ridotta) per i dipendenti pubblici che omettano o ritardino la segnalazione di un reato, di cui hanno evidenza durante la propria attività lavorativa, all'autorità giudiziaria o ad altri organi designati.

Nel settore privato solo poche grandi società dispongono di una procedura per il *whistleblowing*, alcune di queste (quelle quotate sul mercato americano) per rispettare le disposizioni contenute nel Sarbanes-Oxley Act. D'altra parte le aziende di minori dimensioni non dispongono di procedure per il *whistleblowing* né di alcun sistema di reportistica interna (per una questione di costi/benefici e, solitamente, di rischi relativamente più bassi).

Il contesto culturale italiano rappresenta uno dei problemi principali rispetto alla mancata – o ritardata – applicazione del *whistleblowing*. Gli italiani non si dimostrano in genere inclini alla segnalazione di irregolarità o reati e, anche nel caso di segnalazione, l'opzione preferita è quella anonima. In diverse interviste sia a manager di aziende private

sia ad accademici sia ad altri attori chiave, questi hanno fatto più volte riferimento a ostacoli di tipo culturale.

Raccomandazioni e punti chiave

- Non esiste protezione specifica per i *whistleblower*: protetti contro i licenziamenti in base alle leggi sul lavoro ma non contro altri tipi di ritorsione. La protezione dovrebbe essere quindi estesa ad ogni altro tipo di ritorsione.
- Negli ultimi anni sono state introdotte alcune leggi e regolamenti minori per la promozione del *reporting* interno. Ciò nonostante, il numero di segnalazioni resta ancora molto basso; una specifica legge a protezione dei soggetti che trasmettono informazioni importanti o, in secondo luogo, una campagna promozionale per la trasparenza e un miglior flusso di informazioni, potrebbero portare enormi vantaggi.
- Solo poche grandi aziende hanno sistemi di *whistleblowing* (approssimativamente una decina in Italia). Imprese di minori dimensioni ed enti pubblici non hanno spesso alcun sistema di reportistica interna. Gli enti pubblici dovrebbero adottare queste procedure e le società che le hanno già istituite dovrebbero essere indicate come esempio di buona *governance*.
- C'è una cultura generale del silenzio in Italia e le segnalazioni non sono molto comuni. L'anonimato è l'opzione preferita per le segnalazioni. Una comunicazione più aperta dovrebbe essere promossa e portata ad esempio.
- Non esiste un numero significativo di sentenze giudiziarie sull'argomento.
- I media riportano i casi più importanti ma tendono a non seguire nel tempo le storie personali dei *whistleblower*.

BIBLIOGRAFIA

Normativa internazionale

- Convenzione ONU contro la Corruzione, 31 ottobre 2003 (Risoluzione AG NU 58/4)
- Convention OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, 1997
- Convenzione dell'Unione Europea sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità Europee, 1997

Normativa nazionale italiana

- Costituzione della Repubblica
- Codice penale
- Codice civile
- Legge 15/2009, "Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti"
- Decreto legislativo 81/2008 (cd. "Testo Unico sulla Sicurezza sul Lavoro")
- Decreto legislativo 231/2001, ("Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300") sulla responsabilità penale delle imprese
- Decreto legislativo 58/1998 (Testo Unico sull'intermediazione finanziaria)
- Decreto legge 8/1991, modificato dalla Legge 45/2001 ("Speciali misure a protezione dei testimoni di giustizia")
- Legge 300 del 20 maggio 1970 (Statuto dei Lavoratori)

Fonti varie

- L'azione di prevenzione e contrasto del riciclaggio. Testimonianza del Governatore della Banca d'Italia Mario Draghi, Roma, 22 luglio 2009
- SAeT (Servizio Anticorruzione e Trasparenza), Primo Rapporto al Parlamento, febbraio 2009
- Corte dei Conti, Circolare Prot. N. PG 9434/2007/P
- Direttiva CONSOB n. DAC/RM/97001574 del 20.02.1997
-
- Opinione 1/2006 del gruppo *Article 29* sull'applicazione delle leggi EU sulla protezione dei dati personali ai sistemi di *whistleblowing* interno nei settori dei controlli contabili, fiscali, della lotta contro le frodi e i reati bancari e finanziari
- Sarbanes-Oxley Act, USA, 2001
- Codici Etici delle grandi aziende (ENI, ENEL, TELECOM, FIAT); Bilanci di Gestione (FIAT); Bilanci di Sostenibilità (ENI, ENEL, FIAT); Relazione sulla Corporate Governance (FIAT); Procedure di *Whistleblowing* (ENI, FIAT, TELECOM); Programma Tolleranza Zero Contro la Corruzione (ENEL)

Interviste

Grandi aziende:

- ENEL: Marina Migliorato (Responsabile CSR e Relazioni con le Associazioni); Giuseppe Tralongo (Direzione Audit); Pierluigi Orati (Ufficio Sostenibilità)
- TELECOM: Roberto Tournour (Responsabile per i Progetti Speciali e l'Audit Esterno)
- FIAT: Mauro Di Gennaro (Direttore Esecutivo dell'Audit e Compliance Officer)
- ENI: Paola Pagano (Relazioni con gli Stakeholders, Ufficio Sostenibilità)
- GSE: ha deciso di non partecipare al progetto

Società di dimensioni minori:

- AUTOSERVIZI G.L.C.: Dr. Giuliani (Co-Presidente)
- RESILIA
- CARTIERA FORNACI
- LABORATORIO FARMACOLOGICO MILANESE
- STEBER

Rappresentanti dai Ministeri:

- Ufficio Ispettivo del Dipartimento della Funzione Pubblica (Ministero per l'innovazione e la Pubblica Amministrazione)
- Ministero dell'Economia: Michele Nardone (SECIN)
- Ministero di Giustizia: Angelo Gargani (SECIN)
- Ministero della Difesa: SECIN (Servizio di Controllo Interno)
- Ministero della Salute: SECIN (Servizio di Controllo Interno)
- Ministero degli Interni: SECIN (Servizio di Controllo Interno)
- SAeT (Servizio Anticorruzione e Trasparenza): questionario compilato da Giovanna Gemma, Direttore Generale Amministrativo

Altri attori chiave:

- Corte dei Conti: Furio Pasqualucci (Procuratore Generale); Ermanno Granelli (Procuratore)
- Garante per la Protezione dei Dati Personali: Roberto Lattanzi

Altri esperti:

- Nicoletta Parisi (Professore Universitario, Università degli studi di Catania e Università Cattolica di Milano)
- Vincenzo Ferrante (Università Cattolica di Milano)

Fonti web:

- Da www.lavoce.info: *Se l'onestà non paga*, Luigi Zingales, *Il lato oscuro della forza*, Vincenzo Perrone, *L'interesse dell'impresa*, Vincenzo Ferrante, *La sanzione intelligente*, Michele Polo, *Tre punti per il risparmio*, Mario Sarcinelli
- Da www.ticonzero.info: *Il dissenso organizzativo: la fattispecie del cd. Whistleblowing*, Andrea Maggioni
- Da www.denaro.it: *Privacy e crimini d'impresa*, Riccardo e Rosario Imperiali
- www.oecd.org

- *"Esperienze di avvio degli organismi di vigilanza ex D. Lgs. n. 231/2001"*, Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale Criminal (CSGP) – 18 giugno/24 ottobre 2007: http://www.assbb.it/CMI/quaderno_244.pdf
- www.anticorruzione.it
- www.articolo21.info
- www.whistleblowing.it

ALTERNATIVE TO SILENCE. WHISTLEBLOWER PROTECTION IN TEN EUROPEAN COUNTRIES RAPPORTO EUROPEO

a cura del *Segretariato di Transparency International*

1. Principali risultati

La legislazione sul *whistleblowing*, nei dieci Paesi¹⁴ analizzati in questo *report*, è piuttosto disomogenea e scarsamente applicata. Ad eccezione della Romania, dove la legge è comunque limitata al solo settore pubblico, negli altri Paesi non esiste nessun contesto completo dal punto di vista legale, ad eccezione di Lituania e Ungheria dove sono stati recentemente presentati dei progetti di legge.

Il principale ostacolo a una più efficace tutela dei *whistleblower* è costituito dal contesto culturale e politico: in tutti gli Stati presi in esame è stata riscontrata una connotazione negativa associata ai *whistleblower*. Piuttosto che un esempio da seguire e un paladino del bene pubblico, è spesso considerato inaffidabile e un delatore dello stato. Tra i dieci Paesi, alcuni dei quali ex repubbliche sovietiche, il termine *whistleblower* è associato al concetto di informatore, traditore o spia.

In molti casi sembra esserci una generale reticenza nell'approvare e applicare efficacemente una legge sul *whistleblowing*, anche se questo istituto è sempre più riconosciuto come un efficace strumento per rilevare frodi o condotte scorrette. In molti Paesi, inoltre, vi sono norme (ad esempio le leggi su calunnia e diffamazione) che rappresentano un forte ostacolo al rilascio di informazioni.

Al contempo, nelle legislazioni nazionali è solitamente previsto l'obbligo di segnalare atti di corruzione, frodi o altri atti criminali. Ciò nonostante, protezioni insufficienti, leggi limitate e una debole applicazione dei procedimenti non facilitano certo l'iniziativa di chi sospetta di essere in presenza di un illecito. Nei casi in cui sono previste delle forme di protezione, queste di solito derivano dai codici del lavoro, ma tale soluzione comporta che la tutela sia limitata ai soli dipendenti: consulenti, contraenti, soggetti terzi, fornitori non sono inclusi.

Il panorama attuale delle procedure nei Paesi considerati non riesce a bilanciare adeguatamente l'interesse del datore con quello del lavoratore e della collettività in generale. Le leggi non proteggono a sufficienza i *whistleblower*: si rivelano insufficienti in termini di procedure di segnalazione, nell'istituzione di canali idonei alle segnalazioni, nell'applicazione di protezioni, nel fissare delle procedure di follow-up e non riescono a garantire un'efficace applicazione di sanzioni per gli illeciti segnalati. Le procedure sulla compensazione per ritorsione variano ampiamente da Stato a Stato: mentre per la maggior parte si limitano ai casi di licenziamento, alcuni Paesi hanno introdotto ricompense per la segnalazione di illeciti.

¹⁴ Bulgaria, Estonia, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Ungheria (NdR).

Esistono ovunque procedure di segnalazione interna, sia nel settore pubblico che nelle società private. In particolare le multinazionali tendono ad avere meccanismi che incoraggino il *whistleblowing*. Tuttavia i canali interni non sempre funzionano, specie quando non prevedono un ente o un ufficio destinato alla ricezione delle segnalazioni. Quando le segnalazioni sono anonime, solitamente non vi si dà seguito.

In nessuno dei dieci Paesi esaminati si attua una raccolta sistematica dei dati relativi al numero di segnalazioni dei *whistleblower*, né la quota che risulti in un caso giudiziario né i loro esiti nel sistema giudiziario stesso.

2. Introduzione

I *whistleblower* possono svolgere un ruolo essenziale nel portare alla luce casi di corruzione e nel prevenire gravi errori che possono avere pesanti conseguenze per i soggetti coinvolti e la collettività. Si devono a dei *whistleblower* le rivelazioni in merito ai tentativi di insabbiamento della SARS e di altre pericolose malattie da parte delle autorità cinesi, così come dei *whistleblower* hanno rilasciato importanti informazioni su episodi di corruzione verificatisi presso la Commissione europea e sono stati utili nell'impedire delle catastrofi ambientali negli Stati Uniti.

Mentre alcuni *whistleblower* sono apprezzati per le loro azioni a favore della collettività e per l'aver portato alla luce condotte immorali e criminali, la stragrande maggioranza, al contrario, non riceve alcun riconoscimento o ricompensa. Per la tutela della collettività i *whistleblower* spesso assumono grossi rischi personali: ritorsioni, licenziamento, citazione in giudizio da parte del datore di lavoro per violazione di obblighi di riservatezza o diffamazione, sanzioni penali. In casi estremi si trovano ad affrontare pericoli fisici. Inoltre sono spesso considerati con sospetto o addirittura visti come traditori o spie. Questo accade in particolare nei Paesi che hanno dovuto subire regimi autoritari, dove era molto presente l'azione della polizia segreta.

Frequentemente le azioni che seguono le segnalazioni si rivelano insufficienti o fraudolente. L'incapacità di dare ascolto ai *whistleblower* ha avuto in alcuni casi conseguenze disastrose in termini sociali ed economici. Nel recente caso degli *hedge-fund* gestiti da Bernard Madoff, con cui sono stati frodati miliardi di dollari a migliaia di investitori, l'analista finanziario Harry Markopolos aveva più volte segnalato negli ultimi anni a diverse autorità il metodo di investimento criminale, ma nessun provvedimento era stato preso¹⁵.

L'importanza del *whistleblowing* per la gestione dei rischi è generalmente sottovalutata e sottostimata. Secondo un sondaggio effettuato nel 2007, il 25% degli eventi di frode scoperti nelle imprese intervistate è venuto alla luce grazie ai *whistleblower* – più che da qualsiasi altro attore, compresi i regolatori di settore, i sindaci e i media¹⁶. A

¹⁵ V. <http://dealbook.blogs.nytimes.com/2009/02/03/madoff-whistleblower-assails-sec-for-ignoring-him/>; http://en.wikipedia.org/wiki/Harry_Markopolos

¹⁶ KPMG FORENSIC, *Profile of a Fraudster*, 2007, p. 26. V. anche TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Global Corruption Report 2009: Corruption and the Private Sector*, Berlino, Germania, Settembre 2009.

parte la paura di ritorsioni, l'ostacolo più serio alla segnalazione è proprio la mancanza di fiducia in un adeguato sistema di follow-up, non solo necessario per la protezione dei segnalatori, ma anche essenziale per garantire luoghi di lavoro sicuri e responsabili, per ridurre i rischi reputazionali e finanziari delle organizzazioni e per tutelare l'interesse pubblico.

La necessità di un sistema di tutela per i *whistleblower* è all'ordine del giorno nell'agenda internazionale. La Convenzione dell'ONU contro la Corruzione (UNCAC) chiede ai 140 firmatari una protezione esplicita dei *whistleblower* (articolo 33)¹⁷. La Convenzione Civile sulla Corruzione del Consiglio d'Europa (articolo 9) contiene disposizioni per la protezione contro "ogni ingiusta sanzione per gli impiegati che hanno ragionevoli motivi per sospettare la corruzione"¹⁸. Anche l'Organizzazione per la Cooperazione Economica e lo Sviluppo (OCSE) ha apportato una serie di raccomandazioni in diversi strumenti per incoraggiare il *whistleblowing*¹⁹. In alcuni Paesi²⁰ esistono contesti giuridici per la protezione dei *whistleblower*, in molti altri si stanno sviluppando regimi giuridici per incoraggiare le segnalazioni e proteggere i *whistleblower* da ritorsioni²¹. Tuttavia, gran parte di queste disposizioni sono limitate alla lotta contro la corruzione e non si applicano in altri casi di illecito. Inoltre la maggior parte delle leggi esistenti sono di portata limitata (ad esempio, coprono solo il settore pubblico) o non assicurano un adeguato follow-up alla segnalazione. Ultimo ma non meno importante fattore, il livello di applicazione di queste leggi è spesso insufficiente.

Per il settore privato, il Sarbanes-Oxley Act, approvato nel 2002 dal Congresso degli USA, è diventato il punto di riferimento «globale» per il *whistleblowing* nelle società e nelle organizzazioni private. Richiede che tutte le società quotate in borsa negli Stati Uniti, con sede negli USA o meno, organizzino procedure e protezioni per le segnalazioni su "questioni contabili o di revisione contabile sospette"²². Tuttavia i recenti casi di frodi societarie e di corruzione nelle multinazionali e nelle banche di investimento, come il caso

¹⁷ In base all'UNCAC, gli articoli rilevanti sono il 32 e il 33. L'articolo 33 afferma che «Ciascuno Stato Parte esamina la possibilità di incorporare nel proprio sistema giuridico le misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati stabiliti dalla presente Convenzione.» La lista dei firmatari UNCAC può essere consultata su: www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html.

¹⁸ V. *Convenzione Civile del Consiglio d'Europa* (CdE), articolo 9. V. anche *la Convenzione Penale CdE*, articolo 22. Oltre al Consiglio d'Europa anche in altre regioni esistono contesti giuridici con protezioni per chi segnala "in buona fede" episodi di corruzione. Tra questi la Convenzione Inter-Americana contro la Corruzione (1996) e la Convenzione dell'Unione Africana sulla Prevenzione e la Lotta alla Corruzione (2003).

¹⁹ V. *le Linee guida dell'OCSE per la Gestione del Conflitto di Interesse nel Servizio Pubblico*, 2003, e *le Linee guida dell'OCSE per le Imprese Multinazionali*, www.oecd.org.

²⁰ Come, ad esempio, il Sudafrica, il Giappone, gli Stati Uniti, il Regno Unito, l'Australia, la Romania, etc. – per una panoramica vedi D. BANISAR, *Whistleblowing - International Standards and Developments*, Febbraio 2009. Background paper scritto per Transparency International, www.transparency.org.

²¹ Molte di queste regolamentazioni sono leggi settoriali. V. D. BANISAR, op. cit.

²² V. Sarbanes-Oxley Act (articoli 301 and 806). www.sec.gov/spotlight/sarbanes-oxley.htm.

Madoff di cui sopra, hanno dimostrato che le norme del Sarbanes-Oxley Act non sono sufficienti a garantire un ambiente sicuro per i *whistleblower*.

Questo *report* fa parte di un progetto co-finanziato dalla Commissione europea. In esso si analizzano e valutano i contesti normativi e culturali e le prassi esistenti in dieci Paesi europei. Esso si basa su una ricerca approfondita, effettuata tra Marzo e Agosto 2009, in Bulgaria, Repubblica Ceca, Estonia, Ungheria, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania, Romania e Slovacchia²³.

Il *report* si basa, inoltre, su ricerche e testimonianze di accademici e professionisti da tutto il mondo. Naturalmente, per quanto significativa, l'indagine non può considerarsi esaustiva dell'intero panorama comunitario, considerato anche che otto dei Paesi esaminati provengono dall'ex blocco sovietico e condividono un passato di regimi autoritari e polizie segrete. Per avere un quadro completo della situazione nell'Unione Europea, bisognerebbe dunque integrare questa ricerca con indagini analoghe in rispetto a Paesi dell'Europa occidentale e meridionale.

In tutto il *report* il concetto di *whistleblowing* è inteso come "la segnalazione, da parte di membri (presenti o passati) di un'organizzazione, di pratiche illegali, immorali o illegittime perpetrate da parte dei datori di lavoro o colleghi, rivolta a persone o organizzazioni che possono essere in grado di agire efficacemente²⁴". La nozione di atti illegali, immorali o illegittimi può essere raggruppata sotto la più ampia sfera delle irregolarità contrarie al pubblico interesse. Tali categorie comprendono, tra le altre cose, reati penali, violazioni di obblighi giuridici, errori giudiziari, pericoli per la salute, la sicurezza e l'ambiente e relative pratiche di insabbiamento.

3. Valutazione della protezione dei *whistleblower* in dieci Paesi europei

Dalle analisi dei dieci Paesi emerge che in tutti o quasi vengono meno le condizioni che facilitano la segnalazione di illeciti. Le legislazioni sul *whistleblowing* possono essere descritte come generalmente frammentate e poco applicate. Ad eccezione della Romania, non esiste un quadro legislativo unico e completo ma anche in questo caso la legge è, comunque, limitata al settore pubblico.

Uno sguardo più approfondito in merito alle condizioni specifiche in questi Paesi individua alcune cause specifiche per tale situazione, ragioni che vanno dal contesto culturale e politico generale alla paura di ritorsione e alla mancanza di fiducia in un adeguato follow-up alla segnalazione.

²³ Riassunti della ricerca e gli studi completi possono essere scaricati, in lingua inglese, dal sito del Segretariato di Transparency International, www.transparency.org.

²⁴ J.P. NEAR e M.P. MICELI, *Organizational dissidence: The case of whistle-blowing*, in *Journal of Business Ethics*, 4: 4, 1985. Questa definizione è stata utilizzata per lo svolgimento della ricerca. Nel contesto di questo progetto TI ha sviluppato la seguente definizione di *whistleblowing*: «La segnalazione di informazioni su un illecito percepito all'interno di un'organizzazione, o il rischio della stessa, a persone o enti che possano agire efficacemente al riguardo». V. i Principi raccomandati per una legge sul *whistleblowing* di TI, *infra*.

3.1. Contesto culturale e politico

3.1.1. Connotazione negativa del whistleblowing

In tutti i Paesi analizzati è presente una connotazione negativa dei *whistleblower*. Piuttosto che vederlo come un esempio da seguire e un campione del bene pubblico, egli è spesso considerato inaffidabile quando non al servizio dello Stato. Il termine è associato a quello di informatore (ad es. in Repubblica Ceca, Irlanda, Romania e Slovacchia), traditore (Bulgaria) e/o spia (Estonia, Lituania, Italia).

In molti Stati, come in quelli dell'ex blocco sovietico, queste percezioni negative della denuncia sono il risultato di anni di regimi autoritari e della passata presenza di polizie segrete. Come è noto, durante il periodo sovietico si fornivano informazioni alle autorità, spesso di nascosto, su vicini, colleghi e familiari. In altri casi, come in Irlanda e Italia, sembra esserci una sfiducia generale nelle autorità pubbliche e un'abitudine a non parlare contro la propria comunità di appartenenza. In Paesi con una popolazione minore – come Estonia, Lettonia e Lituania – le maglie strette della comunità rappresentano una sfida significativa per il funzionamento dei meccanismi di *whistleblowing*, in particolare per quanto riguarda l'incoraggiamento alla segnalazione e la garanzia della confidenzialità.

Questo contesto crea un clima che ostacola la possibilità di far valere i diritti che potrebbero essere utilizzati per facilitare il *whistleblowing*, nonché per perseguire l'obiettivo di un più completo quadro giuridico di protezioni. Nel caso dell'Estonia, ad esempio, una proposta legislativa sembra oggi impraticabile a meno che un cambiamento culturale sostanziale riesca a promuovere l'idea dei *whistleblower* come garanti della sicurezza dei cittadini in ambiti quali la corruzione e la salute pubblica.

Ad ogni modo la connotazione negativa del *whistleblower* non si limita ai Paesi con un passato di regime. La causa principale di questo problema risiede, in certa misura, in un presunto conflitto tra lealtà verso il datore di lavoro e segnalazione di un illecito all'interno di un'organizzazione. Spesso non viene riconosciuto l'apporto che il *whistleblowing* dà, non solo alla collettività ma anche alle organizzazioni stesse, siano esse pubbliche o private.

3.1.2. Mancanza di volontà politica

In molti dei Paesi esaminati c'è un generale scollamento tra le azioni di governo e la retorica quando si tratta di lottare contro gli abusi, in particolare quelli legati alla corruzione. Molti cittadini riferiscono che il loro governo non sta facendo abbastanza per rispondere al problema. Un'indagine completata nel 2009 dimostra che meno del 10% degli intervistati in Bulgaria, Repubblica Ceca, Ungheria e Lituania considera efficaci gli sforzi del proprio governo contro la corruzione²⁵.

In Irlanda il costo della corruzione è stimato in 2 miliardi di dollari l'anno per mancati introiti e investimenti stranieri. Sebbene il *whistleblowing* sia altamente riconosciuto come

²⁵ I risultati si basano su sondaggi parte del *Global Corruption Report* di TI (2009). Per maggiori informazioni v. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Global Corruption Barometer*, Berlino, giugno 2009.

un rivelatore efficace di frodi e comportamenti scorretti, la legislazione in materia è stata apparentemente “disincentivata” dal Governo²⁶.

La mancanza di volontà politica nell'affrontare la questione è evidente in molti dei Paesi analizzati. In alcuni casi, però, questa situazione sta cambiando. In Bulgaria, Ungheria e Lituania sono attualmente in esame delle normative specifiche. Tuttavia la volontà politica non consiste solo nell'approvazione di una legge specifica ma anche nel farla rispettare – e fornire le risorse (umane, finanziarie e tecniche) in questa direzione. Solo leggi ben progettate che comprendano meccanismi di follow-up e un'applicazione efficace sono in grado di tutelare effettivamente i *whistleblower* e quindi di incoraggiare le segnalazioni. In caso contrario, le leggi possono essere addirittura controproducenti perché i dipendenti possono presentare delle segnalazioni, ritenendo di essere effettivamente protetti, finendo poi con l'essere oggetto di ritorsioni²⁷.

3.2. Leggi e regole per il settore pubblico e privato

Il panorama attuale della legislazione e delle politiche nei Paesi inclusi in questo *report* risulta sbilanciato nella tutela dell'interesse del datore di lavoro, di quello del lavoratore dipendente e di quello della collettività, sia nella teoria che nella pratica. Le leggi non proteggono a sufficienza i *whistleblower* né forniscono efficaci meccanismi di follow-up alla segnalazione. Il settore privato non è obbligato per legge a istituire tutele per i *whistleblower* e meccanismi per la segnalazione e solo poche imprese, soprattutto quelle più importanti, hanno istituito su base volontaria simili sistemi.

3.2.1 Insieme di leggi e norme applicative insufficienti

La maggior parte dei Paesi presenta un insieme di procedure legali che rientrano nell'ambito di diversi settori e leggi esistenti. Non vi è nessun tipo di legislazione *ad hoc*, tranne nel caso della Romania, che ha approvato il Whistleblower Protection Act (legge 571) nel 2004; comunque l'applicazione della legge non è omogenea e la sua portata è limitata al settore pubblico.

Nel contesto giuridico attuale, ad eccezione della Romania, i diritti di segnalazione e di tutela tendono ad essere inclusi o derivanti da codici nazionali del lavoro, disposizioni di diritto del lavoro, leggi sul servizio pubblico e codici penali. Nella maggior parte dei casi, queste leggi non fanno esplicito riferimento al *whistleblowing*, ma contemplano misure che potrebbero fornire una copertura *de facto*. Ad esempio, il codice del lavoro –in Bulgaria, Repubblica Ceca, Estonia, Italia, Lettonia, Lituania e Slovacchia - di solito offre una protezione contro il licenziamento ingiustificato, mentre i codici penali e amministrativi danno diritto a denunciare le irregolarità di cui si viene a conoscenza. Tuttavia, la “retrocessione” al settore giuslavoristico comporta che solo i lavoratori dipendenti abbiano

²⁶ V. C. POPE, *Corruption costing State €3 bn, report claims*, in *The Irish Times*, 2 Marzo 2009. www.irishtimes.com/newspaper/breaking/2009/0302/breaking50.htm.

²⁷ V. T. DEVINE, *International Best Practices for Whistleblower Policies*, Washington, DC, GAP, 31 Luglio 2009.

una qualche forma di risarcimento. Consulenti, appaltatori, soggetti terzi, fornitori e altre tipologie ne sono esclusi.

In molti casi non vi è una legge specifica contro la corruzione o sulla libertà di informazione, norme che potrebbero facilitare i diritti e le tutele del *whistleblowing*. L'Irlanda presenta specifici codici settoriali che prevedono protezioni per i *whistleblower*, ma non sono coerenti fra loro o standardizzati²⁸.

Dei Paesi studiati, due terzi hanno una qualche forma di legge a protezione dei testimoni, mentre solo un decimo ha una legge specifica sul *whistleblowing*. Tuttavia, queste leggi non vengono necessariamente applicate perché spesso i *whistleblower* sospettano le irregolarità senza averne le prove e non sarebbero in grado - o non avrebbero la volontà - di testimoniare. Dato che i *whistleblower* sono di solito degli addetti ai lavori, sono esposti a rischi molto specifici, come le molestie sul luogo di lavoro o il licenziamento, che normalmente non sono coperti dalle leggi per la protezione dei testimoni. Lo stesso vale per la necessità di ricevere un risarcimento in caso di mancato salario o di carriera ostruzione all'avanzamento di carriera, etc. Le leggi sulla protezione dei testimoni non sono quindi sufficienti a garantire adeguati meccanismi di tutela per i *whistleblower*.

I codici interni a volte possono fornire protezione senza la presenza di un quadro normativo di sostegno a livello nazionale. Per esempio, la forza di polizia dell'Estonia e i vari Ministeri lettoni hanno adottato un proprio codice deontologico che consente la segnalazione da parte del personale, anche se entrambi i Paesi non hanno una legislazione che impegni alle segnalazioni di *whistleblowing* in modo più ampio²⁹.

Barriere legali al *whistleblowing*

Ci sono notevoli ostacoli giuridici alla segnalazione non autorizzata di informazioni. La legge sulle segnalazioni può essere superata da altre leggi che vietano il rilascio di informazioni, come segreti di Stato, militari o commerciali. In molti Paesi le leggi sulla diffamazione e sulla calunnia possono dissuadere i potenziali *whistleblower*. Il dritto alla segnalazione può anche essere limitato quando si tratti di clausole di riservatezza nella relazione lavoratore-datore di lavoro che alcune imprese e settori (per esempio le società d'affari, petrolio & gas, etc.) utilizzano come parte del linguaggio standard nei contratti del personale.

²⁸ Questi sono legati alla protezione di: persone che segnalano sospetti di abuso di bambini o di abbandono alle persone autorizzate; persone che segnalano presunte violazioni dell'Etica nel Public Office Acts; persone che segnalano violazioni del diritto alla concorrenza alle autorità competenti (e anche protezioni specifiche ai lavoratori dipendenti che agiscono in tal senso); i lavoratori contro penalizzazioni per l'esercizio di qualsiasi diritto sul posto di lavoro in base alla Legge sulla Salute e la Sicurezza sul luogo di lavoro, e per Síochána Garda (polizia) e i dipendenti civili di Garda che segnalano corruzione o irregolarità nelle forze di polizia; e, per proteggere le persone obbligate a segnalare eventuali violazioni del diritto di beneficenza da qualsiasi responsabilità derivante da qualsiasi tipo di segnalazione. Per ulteriori informazioni, v. TI-IRLANDA, *Whistleblowing Report*.

²⁹ Questa stipulazione è presente nei codici dei Ministeri della Sanità, della Difesa, degli Interni, della Finanza, della Giustizia.

Opportunità e punti di partenza per le leggi

Tuttavia, le disposizioni normative esistenti nei Paesi esaminati possono anche fornire l'impulso per estendere i diritti dei *whistleblower*. In molti di essi infatti vi è una legge di diritto nazionale che è stata identificata come capace di sostenere la creazione di un quadro giuridico che potrebbe facilitare la segnalazione e la protezione dei *whistleblower*. Nel caso della Bulgaria, una legge sul conflitto di interessi potrebbe fornire il trampolino di lancio per la legislazione, mentre i codici del lavoro di Repubblica Ceca e Italia contengono disposizioni che potrebbero servire come punto di partenza per un'estesa normativa sul *whistleblowing*. Inoltre, il fatto che la maggior parte dei Paesi allo studio abbia ratificato l'UNCAC e che siano tutti firmatari della Convenzione COE, offre un altro impulso giuridico per l'emanazione di una normativa più completa sul *whistleblowing*³⁰.

Attualmente sono presenti dei tentativi per rimediare alla mancanza di una legge completa, al momento in esame in Ungheria e Lituania, mentre in Bulgaria è iniziato un processo per creare un quadro giuridico unico sul *whistleblowing*.

3.2.2. Insufficienti meccanismi di protezione dei whistleblower nel settore privato

Dal momento che un quarto delle frodi scoperte nelle imprese è venuto alla luce grazie all'apporto dei *whistleblower*³¹, è nell'interesse delle imprese stesse istituire meccanismi di segnalazione adeguati. Inoltre, canali di comunicazione altrettanto adeguati ed efficaci meccanismi di follow-up incoraggiano i *whistleblower* a utilizzare sistemi di comunicazione interna, piuttosto che portare all'esterno la loro segnalazione. Questo è stato riconosciuto dalla Commissione Anti-corruzione della Camera di Commercio Internazionale (ICC), che ha adottato degli orientamenti volontari all'inizio del 2008. Le linee guida mirano ad aiutare le aziende a predisporre ed attuare programmi interni per il *whistleblowing*³². Pur rappresentando uno sforzo riconosciuto per incoraggiare le imprese a riconoscere il beneficio dei processi di *whistleblowing*, risultano comunque solamente una "bozza preliminare per quello che significa una procedura efficace di *whistleblowing*", che lascia molte lacune in materia di protezione del *whistleblower* contro le ritorsioni³³. Il codice del British Standards Institute sulle prassi in materia di *whistleblowing*, pubblicato anch'esso nel 2008, specifica gli elementi chiave di dispositivi efficaci, in modo da definire le migliori prassi per le organizzazioni³⁴.

³⁰ L'UNCAC è stata ratificata da Bulgaria, Ungheria, Italia, Lettonia, Lituania, Romania and Slovacchia. Tutti i Paesi hanno firmato la Convenzione del CdE sulla Corruzione, e tutti, ad eccezione di Irlanda e Italia, l'hanno anche ratificata.

³¹ V. KPMG FORENSIC, op. cit.

³² V. ICC Guidelines on Whistleblowing, <http://www.iccwbo.org/iccfee/index.html>

³³ Per un'analisi completa delle linee guida ICC v. la comparazione del Government Accountability Project tra le *International Chamber of Commerce Guidelines on Whistleblowing* e le *Best Practices for Whistleblower Protections*:

<http://www.whistleblower.org.doc/2008/GAPICCEvaluationNovember2008.pdf>.

³⁴ BRITISH STANDARDS INSTITUTE, *PAS 1998:2008. Whistleblowing arrangements: Code of Practice*, Londra, UK, 2008).

Nei dieci Paesi valutati molte delle imprese di maggiori dimensioni possiedono meccanismi per incoraggiare la denuncia: *hotline*, codici etici e codici di condotta, tra gli altri. In particolare questo accade quando le società sono controllate a livello internazionale e/o in parte di proprietà del governo (per esempio in Estonia e Slovacchia). Le società multinazionali tendono ad attuare procedure di *whistleblowing* per via della propria *corporate governance* e delle procedure anti-frode, nonché per rispettare disposizioni quali il Sarbanes-Oxley Act che rende obbligatori i meccanismi di protezione dei *whistleblower*³⁵.

Le piccole e medie imprese, invece, tendono a non avere meccanismi di *reporting* interno. In Italia, da una ricerca effettuata su questo segmento, è emerso che uno dei motivi principali per cui non vengono istituiti sistemi di *reporting* interno è rappresentato dai costi che il sistema comporterebbe.

3.3. Procedure e pratiche presenti

I quadri normativi nazionali generali sul *whistleblowing* che sono stati valutati in questo studio - sia per il settore pubblico che privato - sono insufficienti in termini di processi di segnalazione, istituzione di canali appropriati per le comunicazioni, applicazione delle tutele e predisposizione di procedure di follow-up.

Anche quando un processo di segnalazione esiste, la sfida è quella di garantire che gli interessati sappiano dove e a chi effettuarla e comprendano quali siano i canali adatti a esternare le proprie preoccupazioni.

3.3.1. Diritto di rifiutare di violare la legge

In tutti i Paesi esaminati esistono disposizioni per garantire ai lavoratori il diritto di rifiutare di partecipare ad attività illegali. Tuttavia, mentre questo è un diritto generale in Bulgaria e Lituania, in altri Stati la questione è più sfumata. In Ungheria il diritto al rifiuto è garantito solo per i casi di rischio diretto e grave per la vita, l'integrità fisica o la salute, mentre in Italia non ci sono regole previste nel settore privato. Le disposizioni in Romania sono le più complete e includono anche il rifiuto di firmare un documento. In Irlanda manca una norma specifica, perché è sottinteso il dovere di tutti a non adottare comportamenti illegali.

3.3.2. Incoerenza su diritti e obblighi di denuncia

Nella maggior parte dei Paesi esaminati è un obbligo segnalare episodi di corruzione, frodi e altri atti criminali. In Slovacchia i dipendenti del settore privato che vengono a sapere che un'altra persona ha commesso un atto di corruzione e non lo riferiscono all'autorità incaricata dell'applicazione della legge, possono essere imprigionati per un massimo di tre anni. Nel caso dell'Italia, il Codice Penale sanziona i dipendenti pubblici che non segnalano o ritardano la segnalazione di un crimine di cui vengono a conoscenza durante lo svolgimento delle proprie mansioni.

³⁵ Sarbanes-Oxley Act, articoli 301 and 806: www.sec.gov/spotlight/sarbanes-oxley.htm

Tuttavia, nonostante l'obbligo alla segnalazione, in molti Stati protezioni insufficienti, leggi limitate e un'applicazione carente delle procedure non favoriscono l'iniziativa di chi sospetta un illecito. In Repubblica Ceca il Codice Penale descrive le situazioni in cui i lavoratori non denunciano un crimine e obbliga la segnalazione. Allo stesso tempo, però, altre leggi affermano che un *whistleblower* può effettivamente perpetrare un crimine con la sua segnalazione e che è passibile di accuse di "falsa segnalazione". Questo può accadere se le informazioni segnalate si dimostrano errate o se la persona accusata di illecito decide di citare per diffamazione il *whistleblower* prima che qualsiasi indagine cominci³⁶.

Nel complesso alcuni dei Paesi analizzati hanno leggi in vigore che prevedono che i dipendenti abbiano il diritto di segnalare, un diritto spesso connesso con il tipo di irregolarità e informazione che è consentito rivelare. Per esempio, in Ungheria la nozione del diritto alla segnalazione sulle irregolarità viene applicato ai dipendenti, sia pubblici che privati, che lavorano in determinati settori. In Italia il diritto di segnalazione è spesso applicato ai lavoratori per via della generale libertà di espressione concessa ai sensi del codice del lavoro (così come nella Costituzione), quando le segnalazioni riguardino irregolarità, atti illegali o rischi percepiti sul posto di lavoro³⁷.

In tutti i Paesi inclusi nel *report* le questioni di sicurezza nazionale non possono essere divulgate pubblicamente. In alcuni, come in Ungheria, segreti bancari e commerciali sono inclusi come argomenti che non possono essere rivelati³⁸. La legge penale in Lettonia vieta e punisce la diffusione intenzionale di informazioni riservate da parte di funzionari che le abbiano acquisite *ex officio*³⁹. La circoscrizione dell'obbligo di segnalare affonda le sue radici nel concetto di conflitto di doveri (legali) o, più in generale, di un conflitto di leggi (ad esempio obbligo di notifica contro segreto commerciale, obbligo di riservatezza, ecc), anche se ci sono stati casi in cui tali disposizioni sono state scavalcate da parte dei giudici di un paese.

L'obbligo di riservatezza e le segnalazioni di irregolarità

Uno dei casi più significativi di *whistleblowing* in Irlanda è collegato a una segnalazione che ha violato le clausole di riservatezza di lavoro. Risale a più di un decennio fa e si tratta del caso di un ex-dipendente della National Irish Bank che aveva fornito al canale televisivo di Stato prove a sostegno di accuse verso la banca per aver sistematicamente promosso l'evasione fiscale da parte dei suoi clienti. L'informazione era, *prima facie*, riservata e chiaramente non poteva essere divulgata a terzi al di fuori dei termini del rapporto di lavoro. La banca ha chiesto un provvedimento inibitorio che è stato però annullato dal giudice. Il caso è passato alla Corte Suprema che pure si è pronunciata

³⁶ V. Codice Penale (Legge No. 140/1961, paragrafi 167 and 168).

³⁷ V. Statuto dei Lavoratori e Codice del Lavoro italiano (articolo 1).

³⁸ La segnalazione è normalmente permessa quando l'informazione da segnalare è nell'interesse pubblico.

³⁹ La stessa legge in Lettonia permette la segnalazione del segreto di informazione, posto che quest'atto sia di «estrema necessità» (v. articoli 28 e 32). La decisione se il caso incontri questi criteri comprende la valutazione se la segnalazione sia meno pericolosa di quello che sarebbe risultato altrimenti.

in favore della violazione dei termini di riservatezza poiché le informazioni erano di pubblico interesse⁴⁰.

3.3.3. Mancanza di canali adeguati per le segnalazioni

I canali di segnalazione per il *whistleblowing* devono essere adeguati e indipendenti e dare al *whistleblower* la possibilità di scegliere tra diverse opzioni. Molteplici opportunità per la segnalazione possono rappresentare un deterrente contro i governi e le imprese non ricettivi. La struttura di quadri giuridici che facilitino le segnalazioni e tutelino i *whistleblower* si lega fortemente alle strutture istituzionali disponibili, in funzione dell'avviamento del processo e del follow-up.

Gli studi dei dieci casi hanno trovato un insieme di codici che si applicano ai singoli Ministeri e linee poco chiare di autorità per fare una segnalazione, sia nel caso dei lavoratori del settore pubblico che privato. Solo pochi Paesi, ad esempio la Slovacchia, hanno una speciale autorità o un organismo per far fronte a casi di *whistleblowing* o per fornire informazioni chiare sulle procedure. Anche quando c'è qualche normativa in vigore, come in Romania, i canali per la segnalazione di corruzione, abusi o illeciti all'interno di una società, Ministero o agenzia del Governo sono spesso poco diffusi e percorribili⁴¹.

Nel caso della Lettonia la mancanza di una chiara serie di passaggi per ricevere e rispondere a una segnalazione è stata anche evidenziata all'interno dell'ufficio del Difensore Civico, un ente governativo che sovrintende le questioni relative alla tutela dei diritti umani e del buon governo. Nel 2007, quasi la metà dei dipendenti dell'Ufficio del Difensore Civico, si è lamentata di cattive condotte da parte del direttore dell'ufficio. La mancanza di canali di comunicazione chiari ha creato un clima generale di confusione interna, che si è ripercosso sulle modalità di indagine e risoluzione del caso. Dopo le pressioni di alcune organizzazioni non governative compreso il capitolo di Transparency International locale, il caso è stato preso in esame da un organismo parlamentare che non ne ha però verificato la radice. Come risultato la causa è stata infine respinta⁴².

Segnalazioni interne e esterne

I canali per la segnalazione delle irregolarità possono essere interni ed esterni. In generale si possono distinguere tre diversi livelli: i canali interni, come consulenti etici o *hotline* fornite dall'organizzazione, ma gestite esternamente; canali stabiliti da parte del legislatore come la polizia o l'ufficio del Difensore Civico e altri, come i mezzi di comunicazione o le organizzazioni della società civile.

I *whistleblower* tendono a segnalare prima internamente e si muovono all'esterno solo se la loro segnalazione non ha seguito. Recenti ricerche indicano che questo vale in

⁴⁰ V. *National Irish Bank vs. RTE*, 1998.

⁴¹ Mentre la legge afferma che chiunque che sia un superiore possa essere segnalato così come le segnalazioni esterne, non indica una posizione specifica o un ufficio in un'istituzione governativa atti a ricevere le segnalazioni.

⁴² V. *Report nazionale*, Lettonia, p. 8, www.transparency.org.

tutte le culture: nel Regno Unito, in Turchia e Corea del Sud si preferisce segnalare attraverso una procedura formale interna⁴³.

I canali interni sono un'opportunità per un'organizzazione di indagare sulle accuse e attuare dei correttivi ed evitare così di vedere gli illeciti esposti pubblicamente. In Estonia, ad esempio, le aziende preferiscono ricevere informazioni dai *whistleblower* al fine di risolvere i casi dall'interno⁴⁴. La Commissione Anti-Corruzione dell'ICC ha suggerito di "creare un programma di denuncia come parte delle pratiche di integrità interna" e ha sviluppato linee guida al riguardo⁴⁵.

I canali interni non sempre funzionano. In alcuni Paesi valutati in questo studio, come la Bulgaria e la Repubblica Ceca, i canali interni di segnalazione per i lavoratori del settore pubblico sono descritti, ma senza precisare l'ente governativo o l'ufficio destinato a ricevere le segnalazioni⁴⁶. Come risultato, alcuni Ministeri dichiarano di non aver ricevuto alcun caso.

Un accesso sicuro ai canali esterni per la segnalazione è quindi indispensabile per garantire che il processo interno sia riferito ad un livello o un'autorità superiore e per rendere l'organizzazione responsabile per gli illeciti che avvengono internamente. Molti operatori sostengono che i *whistleblower* dovrebbero essere in grado di scegliere liberamente se segnalare internamente o esternamente. Le ragioni di questo sono molteplici: canali interni potenzialmente inefficaci pongono un ulteriore ostacolo alla comunicazione e possono scoraggiare il *whistleblower* dal parlare, soprattutto se c'è la convinzione che la segnalazione interna non porterà ad alcun cambiamento.

Stante il dovere dello Stato di tutelare l'interesse pubblico, si può sostenere che non dovrebbe esserci alcuna distinzione tra la segnalazione interna ed esterna alle autorità pubbliche, quali la polizia o il Difensore Civico, mentre può essere legittimo richiedere un livello più elevato di prove prima di segnalare fatti ai media o a altri enti esterni. Qualsiasi disposizione relativa, comunque, deve essere accompagnata da condizioni chiare in base alle quali i rispettivi canali sono protetti.

Si dovrebbe valutare attentamente se l'onere aggiuntivo per il *whistleblower* possa scoraggiare la segnalazione. A questo proposito, la legislazione differisce in modo significativo: il Public Interest Disclosure Act (PIDA) nel Regno Unito prevede tre livelli di segnalazione, il che implica una quantità crescente di requisiti quanto più il *whistleblower* va all'esterno dell'organizzazione. Il Public Interest Disclosure Act dell'Australian Capital Territory (1994), invece, precisa che i canali interni devono essere in atto, ma non vi è alcun obbligo di utilizzare questi canali interni in primo luogo⁴⁷. Tra i paesi inclusi nello studio, nessuno ha un sistema di segnalazione progressiva in vigore. La Romania ha tre

⁴³ PARK et al., *Cultural Orientation and Attitudes Toward Different Forms of Whistleblowing: A Comparison of South Korea, Turkey, and the U.K.*, in *Journal of Business Ethics*, 2008, 82, pp. 929–939.

⁴⁴ V. TI Estonia, *Whistleblower Protection Assessment – Estonia*, Tallinn, Estonia, 2009.

⁴⁵ *Linee guida sul whistleblowing dell'ICC*, Luglio 2008, <http://www.iccwbo.org/icccfee/index.html>.

⁴⁶ In Bulgaria c'è un Codice di Procedura Amministrativa (APC) che stabilisce canali interni per la segnalazione ma non specifica le agenzie o gli enti designati all'adempimento delle funzioni relative.

⁴⁷ W. VANDEKERCKHOVE, *European whistleblower protection: tiers or tears?*, Gent, Belgio, Research Foundation Flanders, 2009, p. 2.

canali per la segnalazione, ma ciascuno di essi può essere contemporaneamente accessibile quando si fa la segnalazione.

Il modello a tre livelli del Public Interest Disclosure Act (PIDA) nel Regno Unito

Il PIDA stabilisce tre livelli di segnalazione che implicano livelli crescenti di prove:

- i.) segnalazione interna protetta (buona fede e ragionevole convincimento dell'esistenza di un illecito);
- ii.) segnalazione protetta al regolatore (oltre alla buona fede e al ragionevole convincimento, la presunzione che la segnalazione interessi un determinato regolatore);
- iii.) segnalazione più ampia protetta (oltre a soddisfare i requisiti precedenti, la segnalazione deve essere ragionevole in ogni circostanza e non deve essere fatta per un guadagno personale)⁴⁸.

Segnalazioni anonime e confidenziali

Perché i canali di segnalazione funzionino in modo efficiente, un'altra sfida da superare è il modo per garantire che essi forniscano il giusto grado di riservatezza o di anonimato per il *whistleblower*. Il termine "anonimo" dovrebbe essere inteso come una segnalazione che viene fatta attraverso un canale che non assicura alcun possibile collegamento con la persona che fornisce i dati: un file di dati trasmessi senza un indirizzo di ritorno, una telefonata a una *hotline*, una e-mail inviata da un server bloccato, sistemi informatici che garantiscano l'anonimato e permettano contatti di ritorno, etc.". Una segnalazione "riservata" è quella in cui l'identità del *whistleblower* è conosciuta solo al destinatario della segnalazione ma è mantenuta la segretezza della fonte rispetto al pubblico quando si utilizzano pubblicamente le informazioni fornite.

La segnalazione anonima offre una protezione automatica per l'individuo, ma rende anche più difficile dimostrare il caso e può sollevare altre questioni giuridiche e culturali. In Italia e in Slovacchia, i codici del settore privato (sulla base di procedure interne) prevedono le segnalazioni riservate e anonime, mentre non esistono disposizioni per la comunicazione anonima nelle leggi del settore pubblico⁴⁹. Nel caso della Repubblica Ceca, una persona può presentare una denuncia anonima praticamente a qualsiasi ente della pubblica amministrazione, ma ciò non significa che ci sarà un follow-up al processo. In Estonia, le aziende private intervistate permettono le segnalazioni confidenziali, ma non danno seguito alle segnalazioni ricevute in modo anonimo⁵⁰. In termini di implicazioni giuridiche, i dati privati esistenti e le norme di protezione nell'Unione Europea offrono un'altra via in cui i canali anonimi per le segnalazioni possono essere utilizzati⁵¹.

⁴⁸ V. UK Public Interest Disclosure Act 1998: www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980023_en_1.

⁴⁹ La Camera di Commercio Internazionale (ICC) ha lasciato aperta alle società la scelta se accettare o meno le segnalazioni anonime.

⁵⁰ V. TI Estonia, *Whistleblower Protection Assessment – Estonia*, Tallinn, Estonia, 2009.

⁵¹ V. British Standards Institution, *op. cit.*

Hotline e piattaforme elettroniche

Sia che i canali per le segnalazioni siano interni o esterni, piattaforme elettroniche e *hotline* possono facilitare le segnalazioni individuali. Molti paesi hanno istituito *hotline* come meccanismi per la segnalazione dei casi, ma in alcuni paesi è presente *hotline* specifica per il *whistleblowing*. Tuttavia l'utilità delle *hotline* è ridotta se non è previsto alcun sistema di follow-up.

Hotline esistono nella maggior parte dei paesi studiati, sia per il settore pubblico che privato. In Repubblica Ceca, il 44% di tutte le società private ha creato *hotline* per la protezione contro le frodi⁵². Questa percentuale è superiore alla media internazionale (42%) e a quella dell'Europa centrale e orientale (33%).

In molti casi, le *hotline* aziendali sono sottoutilizzate, come accade in Estonia, Italia e Irlanda, e spesso sono sconosciute ai dipendenti. In Ungheria, invece, una *hotline* speciale per i testimoni riceve un media 10.000 chiamate l'anno, mentre quella dell'Ispettorato del Lavoro dello Stato in Lettonia ha ricevuto circa 200 messaggi a voce anonima, nel 2007 e 2008. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, non ci sono dati dettagliati disponibili circa l'uso delle *hotline*.

In Lituania, si tende a non avere alcuna distinzione tra le *hotline* per i *whistleblower* e le linee di consulenza generiche impedendo di rispondere adeguatamente alle esigenze particolari dei *whistleblower* in fatto di anonimato o quantomeno di riservatezza per la consulenza e l'anonimato o, almeno, la riservatezza.

Eppure l'esistenza di una *hotline* non indica in alcun modo che le problematiche di *whistleblowing* siano adeguatamente coperte. Quando è stato loro chiesto nello specifico in merito ai meccanismi di protezione dei *whistleblower*, i membri della Commissione Anticorruzione Ceca hanno risposto che il governo ha *hotline* per affrontare il problema. Non hanno capito che una *hotline* non è una protezione.

3.3.4. Protezione insufficiente contro le ritorsioni

Una volta che una denuncia è stata sollevata, vi è la necessità di istituire una "misura minima" per garantire al *whistleblower* protezione contro le ritorsioni: ci deve essere un modo per favorire la trasmissione del messaggio, tutelando nel contempo il messaggero⁵³ e dando garanzie all'individuo (e alla sua famiglia) affinché sia protetto da qualunque ritorsione. Per il *whistleblower* le rappresaglie sul posto di lavoro possono includere le molestie, l'isolamento, la retrocessione o la mancanza di promozione e addirittura il licenziamento. Senza protezione, il prezzo potrebbe essere così alto da indurre i possibili segnalatori a non farsi avanti.

L'assenza di un insieme completo e chiaro di protezioni per i *whistleblower* nei Paesi dell'Unione Europea presi in esame è particolarmente problematica in quei casi in cui è previsto dalla legge l'obbligo di denuncia dei irregolarità. Quando ci sono protezioni, queste

⁵² I risultati sono tratti dal *report* di PriceWaterhouseCoopers (PWC), *Global Economic Crime Survey*, 2007. Settantanove società ceche sono state scelte a caso per la ricerca. Per maggiori informazioni v. <http://www.pwc.com/gx/en/economic-crime-survey/index.jhtml>.

⁵³ G. DEHN e R. CALLAND, *Introduction: Whistleblowing: The State of the Art in Whistleblowing Around the World: Law, Culture and Practice*, Londra, Public Concern at Work, 2004.

spesso sono tratte da codici del lavoro che impediscono l'ingiusto licenziamento e consentono, in questo caso, un ricorso o un reclamo. In Lettonia, per esempio, il diritto del lavoro del paese (articolo 9) protegge i *whistleblower*, che segnalino casi (o sospetti) di corruzione, da ritorsioni sul posto di lavoro⁵⁴. In Slovacchia, il Codice Nazionale del Lavoro prevede garanzie esplicite per i lavoratori del settore privato, compreso il fatto che nessuno possa essere sanzionato sul luogo di lavoro in relazione alla presentazione di una denuncia, di un'azione o richiesta di azione contro un altro dipendente. In Italia, non sono le leggi, ma i codici interni delle più grandi aziende del paese che offrono le protezioni ai *whistleblower*. Nel caso dell'Irlanda, i lavoratori hanno diritto, in base al Codice del Lavoro, ad appellarsi contro i presunti ingiusti licenziamenti alla Labour Relations Commission, che ha il compito di ascoltare i reclami⁵⁵. Tuttavia, in ciascuno di questi esempi, la retrocessione del problema a questioni di legislazione sul lavoro significa che solo i lavoratori formali hanno una qualche forma di tutela mentre consulenti, appaltatori, terzi, fornitori e altre persone cadono al di fuori della legge.

Anche se esistono protezioni dal punto di vista legale, spesso i meccanismi sono troppo limitati e la reale applicazione debole perché la protezione degli informatori avvenga nella pratica. Per esempio, pur avendo la Romania una legge specifica a protezione dei lavoratori del settore pubblico, il 40% dei casi di *whistleblower* che il capitolo nazionale ha monitorato ha subito una qualche forma di ritorsione nella prima fase dopo la segnalazione. In Repubblica Ceca, dove i codici nazionali del lavoro e amministrativi tracciano le tutele dei lavoratori⁵⁶, i sondaggi di opinione indicano che gli individui ancora temono ritorsioni nel caso in cui segnalino pratiche scorrette. Un sondaggio tra i dipendenti che lavorano in aziende multinazionali nel Paese ha rilevato che il 67% non si sarebbe fatto avanti per paura di ritorsioni e rappresaglie⁵⁷. Questi risultati sono simili a ciò che è stato riscontrato in altri Paesi per quanto riguarda le protezioni e le misure di ritorsione, una volta che è stata depositata la segnalazione. Una rassegna di oltre 200 casi di frode negli Stati Uniti tra il 1996 e il 2004 rileva che, nell'82% dei casi in cui è stato fatto il nome dei lavoratori, questi ultimi hanno denunciato "di essere stati licenziati, costretti a lasciare sotto costrizione o hanno avuto un significativo demansionamento di responsabilità dopo aver portato alla luce la frode"⁵⁸. "Ciò dimostra che, anche nei paesi con una legislazione

⁵⁴ La legge stabilisce che per ogni impiegato che sostiene di essere stato punito per aver segnalato episodi di corruzione (direttamente o indirettamente), l'onere della prova che ciò non si è verificato è a carico del datore di lavoro.

⁵⁵ In Irlanda, il Rights Commissioner è l'ente all'interno della Labour Relations Commission che presiede i casi di licenziamento. I risultati non sono resi pubblici. Se è presentato un appello o le parti non si accordano per un arbitro, il caso è indirizzato al Tribunale d'Appello del Lavoro (EAT), che pubblica le decisioni.

⁵⁶ V. Codice di Procedura Amministrativa, Legge No. 500/2004, paragrafo 42, e Codice del Lavoro Legge No. 262/2006, paragrafo 52.

⁵⁷ V. ERNST & YOUNG, *A Survey into Fraud Risk Mitigation in 13 European Countries*, Marzo 2007. [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Fraud_Risk_Mitigation_Survey_2007/\\$FILE/FIDS_Fraud_Risk_Mitigation.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Fraud_Risk_Mitigation_Survey_2007/$FILE/FIDS_Fraud_Risk_Mitigation.pdf).

⁵⁸ I. J. A. DYCK, A. MORSE E L. ZINGALES, *Who Blows the Whistle on Corporate Fraud?*, 1 Ottobre 2008. Disponibile presso SSRN: <http://ssrn.com/abstract=891482>

completa, la pressione psicologica ed economica della segnalazione delle informazioni rimane sul *whistleblower*.

Scappatoie nel diritto d'appello dei *whistleblower*

Ogni *whistleblower* che ritiene di aver subito ritorsioni dovrebbe avere il diritto ad un equo processo dinanzi ad una corte imparziale, con pieno diritto di appello. Nel caso in cui voglia avere un processo formale, devono essere rispettate le garanzie procedurali, così come avverrebbe in caso di danneggiamento ai singoli a causa di comportamenti illegittimi o abusi di potere. È necessario che le decisioni sui casi di *whistleblowing* avvengano in tempi ragionevoli, che sia previsto un diritto al risarcimento e, qualora il *whistleblower* lo desideri, abbia l'opportunità di confrontarsi con gli accusatori⁵⁹.

Alcuni dei Paesi analizzati hanno misure legali in atto attraverso le leggi del lavoro che permettono ai dipendenti un processo d'appello. Nel caso dell'Irlanda, le cause del lavoro correlate a un licenziamento ingiustificato risultante dal *whistleblowing* possono essere presentate come ricorso al Tribunale del lavoro o al Tribunale d'Appello del lavoro. In Repubblica Ceca, gli uffici del lavoro, ispettorati del lavoro e i sindacati possono essere coinvolti su problematiche del lavoro derivanti da una segnalazioni di illecito da parte di un individuo.

Nel caso di Romania e Irlanda, sono previste misure per facilitare la segnalazione e la protezione dei lavoratori in tutto il processo di segnalazione. Tuttavia, nel caso della Romania, nonostante le protezioni legali sul *whistleblowing* per i lavoratori del settore pubblico, i dipendenti di aziende hanno solo la protezione del codice del lavoro. Come in molti altri Paesi dello studio, per le cause contro le ritorsioni è lasciato ai capricci del sistema giudiziario decidere in merito alla giustificazione del licenziamento. In Irlanda, la portata limitata delle leggi di settore - che coprono le segnalazioni su gruppi specifici di problemi, tra cui le inadempienze dei titolari di cariche pubbliche, pratiche di lavoro a rischio, la fornitura di servizi sanitari e sociali e la corruzione nelle forze di polizia⁶⁰ - comporta che la maggior parte dei lavoratori, sia nel settore pubblico che privato, siano costretti a cercare un rimedio tramite il codice del lavoro e i tribunali del paese.

⁵⁹ Il Government Accountability Project (GAP) ha compilato una lista di policy rilevanti su questa problematica in Paesi e in organizzazioni internazionali: UN Policy. Section 6.3; OAS Model Law, Articles 11, 14; Foreign Operations Act (U.S. policy per MDB's), Section 1505(11); PIDA (U.K.) Articles 3, 5; PDA (Sudafrica), Section 4(1); ACA (Sud Corea), Article 33; WPA (U.S.), 5 USC 1221, 7701-02; SOX (società USA quotate in borsa) 1514A(b); Energy Policy Act (lavoratori governativi e di società nucleari USA), 42 USC 5851; Romania WPA, Art. 9.

⁶⁰ L'elenco completo dei reati comprende: l'inosservanza dei titolari di cariche pubbliche, abuso di minori e/o l'abbandono di qualsiasi persona, pratiche di lavoro a rischio, la fornitura di servizi sanitari e sociali, il sistema dei permessi di lavoro di lavoratori non-UE, la regolamentazione della comunicazione, le pratiche di consumo e schemi a piramide aggressivi o sleali, e la corruzione nelle forze di polizia. V. TI IRLANDA, *Whistleblowing Report*, Luglio 2009.

Esiste un processo d'appello per coloro che hanno sofferto atti di ritorsione?	
Bulgaria	No
Repubblica Ceca	Sì ma solo in caso di ingiusto licenziamento
Estonia	
Ungheria	No
Irlanda	Sì
Italia	No
Lettonia	No
Lituania	
Romania	Sì
Slovacchia	

3.3.5. Mancanza di procedure di follow-up degne di fiducia

La mancanza di fiducia in un adeguato follow-up a una denuncia è uno dei principali motivi che impediscono ai potenziali *whistleblower* di segnalare le informazioni. Rivestono fondamentale importanza meccanismi di verifica affidabili ed efficaci e procedure chiare che permettano di evitare lacune e garantire la protezione degli informatori.

Le procedure di follow-up nei dieci paesi studiati, tuttavia, sono in genere discontinue e poco chiare. Laddove non esiste una legislazione completa che copre i lavoratori del settore pubblico e privato, non vi è alcuna norma giuridica di riferimento o un'applicazione equivalente di procedure una volta che l'informazione è ricevuta. Piuttosto, le disposizioni esistenti riguardano alcuni tipi di segnalazioni che, come già evidenziato, di solito si riferiscono a problematiche penali o relative al lavoro.

La Romania è l'unico Paese che delinea uno specifico insieme di misure per dare un follow-up alle segnalazioni. La legge di riferimento, approvata nel 2007, specifica come devono procedere le segnalazioni concernenti i lavoratori nel settore pubblico. Vengono istituite apposite commissioni con il compito di valutare il merito dei casi⁶¹. Le Commissioni Disciplinari hanno il potere istituzionale di valutare i fatti concernenti le informazioni divulgate dai funzionari pubblici. Determinano anche se ci sono irregolarità che necessitano azioni, tra cui l'elevarsi della questione a un procedimento penale⁶².

Le leggi in sei dei Paesi studiati (Bulgaria, Repubblica Ceca, Ungheria, Lettonia, Lituania e Slovacchia) richiedono una risposta formale da parte del Governo che una risposta formale del Governo sia rilasciata alle denunce (comprese quelle su atti illeciti)

⁶¹ V. Government Decision No. 1344/2007.

⁶² Pur avendo istituito questi organismi, non ci sono istituzioni o persone incaricate alla ricezione delle segnalazioni. Ai sensi della legge sul *whistleblowing*, un pubblico dipendente può farsi avanti con informazioni con chiunque nell'organizzazione sia suo superiore. Ad esempio, un dipendente del settore pubblico che lavora in un ministero potrebbe riferire delle irregolarità al capo della sua unità o contattare l'ufficio del ministro per fare la segnalazione.

formalmente presentate⁶³. Tale precisazione consente ai *whistleblower* di avere un follow-up sullo stato della loro segnalazione e di ricevere un feedback circa il comportamento delle istituzioni responsabili.

Mancanza di meccanismi di revisione indipendente

Una revisione indipendente dei casi è fondamentale per ottenere dei meccanismi efficaci di *whistleblowing*. Una siffatta revisione fornisce un controllo sulle autorità e aiuta a bilanciare i poteri all'interno di un ente governativo, nonché di una società. In molti paesi il Difensore Civico riceve le segnalazioni e dispone eventuali indagini all'interno di enti pubblici. Tuttavia, i difensori civili hanno alcune limitazioni, perché in genere hanno autorità solo su organismi pubblici e tendono ad avere competenze limitate nel comminare sanzioni⁶⁴.

Dei dieci Paesi studiati, solo l'Irlanda dispone di un meccanismo indipendente di revisione per tutti i casi. L'Estonia ha una clausola di revisione indipendente, ma solo per i casi di molestie. In Bulgaria, vi è un ricorso legale per i casi che rientrano sotto la legge sul conflitto di interessi, in merito ai quali decide la Corte Suprema e tale decisione può essere impugnata mediante il Codice di Procedura Amministrativa. In Slovacchia e in Repubblica Ceca, è possibile appellarsi all'ufficio del Difensore Civico; sebbene il Difensore Civico non possa annullare o modificare una decisione, può invece controllare se questa è corretta e notificarlo all'organismo competente.

Revisione Indipendente	
Esiste un meccanismo di revisione indipendente e quanto è completo?	
Bulgaria	No.
Repubblica Ceca	Il dipendente può rivolgersi al Difensore Civico, il quale può dare dei consigli ed eventualmente riferire all'organo amministrativo competente. Il dipendente può anche rivolgersi a un tribunale civile o del lavoro.
Estonia	No. I dipendenti nel settore privato possono appellarsi contro eventuali sanzioni disciplinari presso i tribunali del lavoro (non c'è una normativa specifica per i <i>whistleblower</i>). Anche i dipendenti del settore pubblico possono appellarsi e il Cancelliere di Giustizia può essere chiamato ad agire come

⁶³ In Bulgaria, le norme sono il Codice di Procedura Amministrativa (art. 114, commi 1 e 3) e la Legge sul Conflitto di Interessi. In Repubblica Ceca, le disposizioni di riferimento sono comprese nella Sezione 5, paragrafo 2, della Legge sull'Ispettorato del Lavoro. In Ungheria la Legge XXIX del 2004 è una *lex imperfecta*, vale a dire non c'è sanzione se non viene fornito un responso, e le disposizioni sono nascoste e quindi non ben conosciute. In Lettonia, la legge di riferimento è l'Application Submissions Act (sezione 5). In Lituania, le leggi principali sono relative alla Legge sul Servizio Pubblico e al Codice del Lavoro (articolo 35). In Slovacchia, è l'Act on Complaints. In Bulgaria, le disposizioni sono contenute ne Codice di Procedura Amministrativa (art. 114, comma 1 e 3) e nella Legge sul Conflitto di Interessi. In Repubblica Ceca, le disposizioni di riferimento sono comprese nella Sezione 5, paragrafo 2, del Labour Inspection Act.

⁶⁴ V. D. BANISAR, *op. cit.*

	mediatore.
Ungheria	No.
Irlanda	Sì.
Italia	Non esistono meccanismi specifici per il <i>whistleblowing</i> .
Lettonia	Il Difensore Civico si occupa dei casi di <i>whistleblowing</i> nelle istituzioni pubbliche. Tuttavia non esiste un meccanismo indipendente specifico.
Lituania	No.
Romania	Sì, comprende la riassunzione, il risarcimento dei mancati salari e il ritorno alla posizione originaria.
Slovacchia	Non esistono meccanismi specifici. Il <i>whistleblower</i> può appellarsi ai tribunali ordinari.

Partecipazione del *whistleblower* ai procedimenti in tribunale

L'attenzione dovrebbe essere focalizzata sulle informazioni, non sulla persona che ha effettuato la segnalazione. Un *whistleblower* dovrebbe avere il diritto di scegliere se vuole partecipare al procedimento o no, a meno che sia richiesta la sua testimonianza.

In Estonia, le modifiche proposte nel 2009 alla legge contro la corruzione dovrebbero tutelare la riservatezza nei casi in cui il *whistleblowing* è stato fatto per segnalare episodi di corruzione. Mentre la legge riguarda solo il settore pubblico, il cambiamento richiederebbe che le indagini attivate dalla segnalazione di un *whistleblower* mantenessero la massima riservatezza dell'individuo facendo inoltre rispettare i principi di parità di trattamento⁶⁵. Nel caso della Romania, l'informatore ha il diritto di partecipare e di presentare la documentazione e anche di appellare i risultati presso i tribunali del Paese.

Partecipazione ai procedimenti in tribunale. Procedure in Repubblica Ceca

In Repubblica Ceca, i cittadini sono tenuti a riferire su eventuali irregolarità che siano previste nel Codice Penale del Paese. Se da un lato la legge individua dove la segnalazione dovrebbe essere indirizzata (ad esempio l'ufficio del Pubblico Ministero, le forze di polizia, il Capo della polizia), dall'altro non prevede l'avvio di un iter per il procedimento.

Ci sono ancora alcune clausole nella legge ceca riguardanti procedure standardizzate da seguire. Per esempio, una volta che un individuo ha presentato una denuncia su un crimine, deve essere fornita entro 30 giorni una risposta da parte del Governo⁶⁶. Se la persona sceglie di essere indicata come una delle parti lese nel caso, può godere di molti dei diritti procedurali previsti dal Codice Penale: partecipare al procedimento, accedere al fascicolo, chiedere i danni e presentare altre cause relative al problema.

Tuttavia, se l'individuo non vuole essere chiamato come parte in causa, non può accedere al fascicolo, ricevere una copia delle testimonianze fornite o adottare misure

⁶⁵ Il concetto di trattamento equo deriva dall'Equal Treatment Act in Estonia. Norme simili sono state incluse nella legge sul *whistleblowing* in Romania.

⁶⁶ Tali clausole sono da intendersi per i codici amministrativi dei Paesi.

correttive, come il risarcimento dei danni. Queste restrizioni sono simili a quelle applicate in Lettonia e in Irlanda per i procedimenti penali.

Se il caso è considerato una questione di diritto del lavoro, in Repubblica Ceca viene avviato un diverso procedimento: l'Ispettorato del Lavoro deve informare la persona sullo stato del caso e sui risultati (in caso di indagine in corso)⁶⁷.

3.3.6. Risarcimenti insufficienti per le ritorsioni

Nei dieci Paesi dell'Unione Europea presi in esame le lacune nella protezione sono evidenti anche quando si tratta di garanzie a compensazione di un *whistleblower* che abbia subito ritorsioni sul luogo di lavoro. Per quanto riguarda il *whistleblowing*, il risarcimento, come la protezione, deriva dalle disposizioni dei vari codici del lavoro per i casi di licenziamento illegittimo. Si tratta di una protezione a valle per l'assegnazione dei danni subiti a causa della perdita del proprio posto di lavoro - a significare che il sistema non è riuscito a proteggere i suoi lavoratori e classifica il problema come un conflitto di lavoro. Relegare le problematiche di *whistleblowing* al codice del lavoro è anche una soluzione limitata, in quanto la ritorsione tipica per cui possono essere richiesti i danni riguarda spesso il licenziamento. Un ambiente di lavoro ostile o abusivo, trasferimenti forzati o altre forme di ritorsione che non arrivano al licenziamento non sono disciplinate dalla legislazione attuale.

Rimedi offerti	
Quanto è ampio il campo di applicazione dei rimedi offerti a disposizione del <i>whistleblower</i> ?	
Ampio campo di applicazione dei rimedi a disposizione del <i>whistleblower</i> e della sua famiglia in caso di danni subiti, incluso il ritorno al lavoro, il versamento dei salari mancati, il trasferimento in un nuovo posto di lavoro, i premi per il <i>whistleblower</i> .	
Bulgaria	Procedure ordinarie di risarcimento danni
Repubblica Ceca	Si può fare di domanda di risarcimento in sede civile (anche per danni morali). Se è dichiarato un ingiusto licenziamento, il contratto di lavoro resta valido e il datore deve pagare i mancati salari. Non sono previste ricompense.
Estonia	Ci sono ricompense in caso di ingiusto licenziamento ma non per aver fatto la segnalazione
Ungheria	Un sistema di ricompense è sotto esame
Irlanda	Sì
Italia	Solo in caso di ingiusto licenziamento, non collegate specificamente al <i>whistleblowing</i>
Lettonia	Solo quando c'è stato un danneggiamento (compreso un danno morale) causato dall'atto.
Lituania	Solo in caso di ingiusto licenziamento.

⁶⁷ Le norme di riferimento sono contenute all'articolo 5, paragrafo 2 del Labour Inspection Act (Repubblica Ceca).

Romania	No
Slovacchia	Solo nei casi di ingiusto licenziamento e in cui è stato chiesto il rimborso dei salari.

Sistemi di ricompensa per aver fatto una segnalazione

Oltre alla questione del risarcimento del *whistleblower*, c'è anche la questione di come i premi per le segnalazioni di irregolarità debbano essere considerati. L'idea di ricompense per aver «soffiato il fischietto» è nata negli Stati Uniti durante la guerra civile per impedire la vendita fraudolenta di forniture militari. La legge, chiamata False Claims Act, è considerata una delle leggi originali sul *whistleblowing* e si applica nei casi di esternalizzazione degli appalti pubblici. È stata modificata nel 1986 con disposizioni rinnovate che concedono ai *whistleblower* di agire come pubblici ministeri («*qui tam*») per il Governo. La legge permette ai *whistleblower* di raccogliere dal 15 al 30% del risarcimento nei casi in cui hanno originariamente soffiato il fischietto, fatto che ha portato al recupero di oltre 25 miliardi di dollari⁶⁸.

La questione dei premi deve essere valutata attentamente, in particolare nei Paesi in cui i *whistleblower* sono associati con gli informatori pagati per il loro «servizio». Se si applica una misura premiante, potrebbe essere opportuno valutare l'efficacia di risarcire il primo che fa causa come mezzo per incoraggiare la partecipazione di altri soggetti. Questa misura, introdotta negli Stati Uniti, va bilanciata con il diverso contesto culturale.

Tra tutti i Paesi presi in esame in questa ricerca, la Lituania è l'unico a prevedere per legge dei premi. È consentito, ma non garantito, un premio per coloro che forniscono alle autorità competenti informazioni sui reati finanziari ed economici all'interno del Paese⁶⁹. Nel mese di ottobre 2009, l'Ungheria ha presentato un disegno di legge sulla protezione dei *whistleblower* che prevede un sistema di ricompense. Questo aspetto della legge ha innescato un ampio dibattito sui media ungheresi.

3.3.7. Scarsità di dati

Nei Paesi dell'UE esaminati, i limitati meccanismi di follow-up disponibili per i *whistleblower* comportano una grande difficoltà nel seguire gli sviluppi e gli esiti delle segnalazioni. In tutti i dieci Paesi, non esiste una raccolta sistematica dei dati riguardanti le segnalazioni e il numero dei conseguenti casi giudiziari. Questa debolezza sembra derivare soprattutto dalla frammentarietà delle norme, dalla mancanza di esplicite disposizioni e dal basso livello di conoscenza del *whistleblowing* stesso.

⁶⁸ V. T. DEVINE, *op. cit.* Lo schema del False Claims Act (FCA) include la clausola «*qui tam*». Secondo questa norma, un cittadino privato che abbia una conoscenza personale di una frode può far causa a nome del Governo in cambio di una parte dei proventi se il caso viene accettato e le accuse vengono accolte.

⁶⁹ V. Government Resolution No. 75, *On Remuneration for Valuable Information about the Crime which has Property Damage (Act on Remuneration)*, adottata il 21 gennaio 2003. In base alla legge può essere data una ricompensa che non superi il 10% dei danni compensati o dei beni recuperati e il cui valore non superi le 100.000 *litas* (€ 29.000).

Soltanto la Repubblica Ceca, l'Estonia e la Lettonia dispongono di una raccolta di dati aggregati comprendenti in gran parte informazioni sulle segnalazioni relative alla corruzione. Nel caso della Lettonia, l'Ufficio per la Prevenzione e la Lotta contro la Corruzione (KNAB) conserva le statistiche risalenti al 2003 e le segnalazioni ricevute mentre lo State Labour Electorate dispone dei dati sulla sua *hotline*, anche se non traccia specificamente le chiamate dei *whistleblower*. Nel caso della Repubblica Ceca, lo State Labour Inspection Office conserva statistiche sui reclami scritti sul posto di lavoro e l'Ufficio del Difensore Civico le registrazioni di cittadini che hanno chiesto un parere legale. La *hotline* anti-corruzione del Governo, istituita dal Ministero dell'Interno e gestita dal capitolo TI locale, raccoglie le statistiche delle persone in cerca di consulenza legale⁷⁰. In Lituania alcuni Ministeri conservano dati relativi alle segnalazioni di illeciti da parte dei dipendenti; tuttavia questa raccolta di dati è limitata ai casi poi portati all'esterno e non riguarda esclusivamente la segnalazione di illeciti⁷¹.

Questa scarsità di dati rende difficile capire la portata del problema e confrontare nel tempo la natura dei casi (per tipo, settore, istituzioni, società). La centralizzazione delle informazioni potrebbe essere d'aiuto nell'individuazione di eventuali problemi in relazione alla tutela del *whistleblower*. Per esempio i dati raccolti sistematicamente in Canada mostrano come, a dispetto del sistema di *whistleblowing* in atto, questo, nella pratica, non funziona.

Secondo una ricerca del Governo, non vi è stato un solo caso di illecito in due anni nel settore pubblico in Canada e non un singolo caso di rappresaglia. Questi risultati contraddicono altre indagini del Governo che dimostrano che al contrario indicano un alto tasso di molestie lavorative tra i funzionari canadesi.

4. Raccomandazioni

Per migliorare il panorama attuale del *whistleblowing* nell'Unione Europea sono richieste azioni volte a colmare le lacune giuridiche, nonché gli ostacoli di tipo culturale che potrebbero impedirne una efficace applicazione.

1. Bisogno di un cambiamento culturale

La connotazione culturale negativa associata al *whistleblowing* e la mancanza di volontà politica possono costituire un ostacolo significativo nell'applicazione di efficaci meccanismi di protezione dei *whistleblower* in tutti i dieci Paesi. In alcuni casi, anche prima di avviare un processo legislativo, vi è la necessità di una sostenuta sensibilizzazione sul ruolo critico

⁷⁰ Dal 2005, il 15% dei 240 casi in cui è stato fornito dalla *hotline* un aiuto ampio ed esteso riguarda il *whistleblowing*.

⁷¹ In Lituania, il *whistleblowing* non è considerato come una tipologia separata di segnalazione alle istituzioni pubbliche. Una delle ragioni di questo è la mancanza di una legislazione completa; l'altra è una certa confusione sull'uso di un sistema di segnalazione esterno. Se un'istituzione pubblica opera una *helpline/hotline* pubblica, di solito indica che le segnalazioni attraverso questa linea possono venire da ogni persona oltre che dai dipendenti.

dei *whistleblower* nel rilevamento degli illeciti, sia nell'opinione pubblica in generale sia presso i principali *stakeholder* come politici, giornalisti, sindacati e personalità di rilievo nelle organizzazioni pubbliche e private.

2. Contesto legale unico

Idealmente, ci dovrebbe essere un quadro giuridico unico e completo per la protezione dei *whistleblower*. Tale quadro dovrebbe includere il settore pubblico e privato per colmare il divario attuale in materia di politiche e prassi tra gli individui che fanno segnalazioni nelle imprese o nelle istituzioni statali. Dovrebbe avere meccanismi chiari ed efficaci di segnalazione e di follow-up che garantiscano una revisione indipendente e meccanismi di appello, nonché un risarcimento adeguato per le ritorsioni subite.

3. Meccanismi efficaci per le segnalazioni e la protezione nelle organizzazioni

Organizzazioni di grandi e medie dimensioni, che vanno da aziende e enti non profit a istituzioni pubbliche, dovrebbero stabilire chiari ed efficaci canali di comunicazione interna e meccanismi di follow-up, come indicato nei British Standards Institute's Whistleblowing Arrangements. Tali meccanismi sono un mezzo efficace per individuare frodi, corruzione e cattiva gestione all'interno di una società e offrire ai *whistleblower* un'alternativa per la segnalazione interna.

4. Raccolta dei dati

Vi è una generale mancanza di dati relativi al *whistleblowing* nei Paesi valutati e nell'Unione Europea nel suo complesso. La raccolta sistematica di dati circa il numero dei casi segnalati, i canali di segnalazione e i meccanismi utilizzati, le procedure di follow-up e i danni evitati grazie al *whistleblowing* sono elementi essenziali per stabilire procedure efficaci di protezione. La raccolta dei dati dovrebbe evidenziare anche il contributo dei *whistleblower* nella protezione del bene pubblico, nella prevenzione dei rischi e nel risparmio a favore dei contribuenti.

5. Un quadro europeo per la protezione dei whistleblower

Si dovrebbe valutare attentamente se un quadro europeo per la protezione dei *whistleblower* possa fornire l'incentivo necessario affinché gli Stati Membri applichino una normativa in merito o se ci si debba focalizzare sull'attuazione delle disposizioni già esistenti (come l'UNCAC e le Convenzioni sulla corruzione del Consiglio d'Europa).

RACCOMANDAZIONI PER UNA LEGGE SUL WHISTLEBLOWING

a cura del Segretariato di *Transparency International* (Berlino, 2009)

I *whistleblower* possono svolgere un ruolo essenziale nell'individuazione di frodi, atti corruttivi e cattiva amministrazione. Grazie al loro operato possono contribuire a salvare vite umane, a tutelare i diritti umani e a salvaguardare il principio di legalità. Nel fare questo i *whistleblower* assumono spesso grossi rischi personali: possono infatti subire persecuzioni o ritorsioni sul luogo di lavoro, citazioni in giudizio da parte del datore di lavoro per aver violato accordi di riservatezza o per diffamazione, possono inoltre essere soggetti a sanzioni penali. In casi estremi possono trovarsi ad affrontare minacce alla propria incolumità.

Il diritto dei *whistleblower* a parlare apertamente è strettamente collegato alla libertà d'espressione, alla libertà di coscienza e ai principi di trasparenza e di responsabilità. Risulta evidente che un'efficace protezione dei *whistleblower* contro le ritorsioni incoraggerà a segnalare e favorirà luoghi di lavoro più aperti e responsabili. Le convenzioni internazionali⁷² impegnano i paesi firmatari ad applicare leggi adeguate in materia e, in modo sempre maggiore, governi, imprese e organizzazioni no-profit si stanno impegnando in questa direzione.

Transparency International intende contribuire a questi sforzi suggerendo delle raccomandazioni per una legge sul *whistleblowing*. Sviluppate col supporto di esperti e professionisti da tutto il mondo⁷³, tengono in considerazione le esperienze di leggi già esistenti sul *whistleblowing*. Dovrebbero essere considerate come principi guida da adattare ai contesti specifici e ai quadri giuridici esistenti nei singoli Paesi.

Definizione

1. *Whistleblowing* – la divulgazione di informazioni, riguardo a un'irregolarità percepita o al rischio della stessa, a persone fisiche o enti che si ritiene possano agire efficacemente al riguardo.

⁷² Per esempio la Convenzione ONU contro la Corruzione (UNCAC) (articolo 33) e la Convenzione Civile sulla Corruzione del Consiglio d'Europa (articolo 9).

⁷³ In particolare membri di Canadians for Accountability, membri del segretariato dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (PACE) e del Gruppo di Stati contro la Corruzione (GRECO), della Federazione Europea dei Giornalisti, del Federal Accountability Initiative for Reform (Canada), del Government Accountability Project (USA), di Integrity Line (Svizzera), dell'International Chamber of Commerce (Anti-Corruption Committee), del National Whistleblower Center (USA), dell'Open Democracy Advice Centre (Sudafrica), del Project on Government Oversight (USA), del Public Concern at Work (UK), di Risk Communication Concepts (Germania), del Whistleblower Network Germany.

Principi guida

2. *Segnalazione di informazioni* – le leggi sul *whistleblowing* dovrebbero garantire e promuovere la segnalazione di informazioni al fine di evitare o sanzionare possibili danni.
3. *Protezione del whistleblower* – la legge dovrebbe stabilire una protezione forte e completa per i *whistleblower*, tutelando i loro diritti e garantendo loro un'alternativa sicura al silenzio.

Campo di applicazione

4. *Ampia categoria oggettiva* – la legge dovrebbe essere applicata alle segnalazioni riguardanti le irregolarità, tra cui, ma non solo, reati penali, violazioni di obblighi giuridici, errori giudiziari, pericoli per la salute, la sicurezza o l'ambiente, e l'insabbiamento di uno di questi eventi o comportamenti.
5. *Ampia copertura* – la legge dovrebbe essere applicata a tutti coloro che sono a rischio di ritorsione, inclusi sia i dipendenti pubblici che privati e tutti coloro che sono tradizionalmente al di fuori dal rapporto datore-impiegato (ad es. consulenti, appaltatori, stagisti, volontari, lavoratori temporanei, ex-impiegati, persone in cerca di lavoro e altri). Ai fini della tutela, questa dovrebbe essere estesa anche ai sospetti *whistleblower* e a coloro che hanno tentato di segnalare, a coloro che sostengono i *whistleblower* e a tutti coloro che vi sono strettamente legati.
6. *Requisito della buona fede in base all'onesto convincimento* – la legge dovrebbe essere applicata alle segnalazioni in buona fede, in base al ragionevole convincimento che l'informazione segnalata sia vera. La legge non dovrebbe proteggere le segnalazioni deliberatamente false, lasciando la loro gestione alle ordinarie procedure civili, penali e di diritto del lavoro.

Procedure di segnalazione

7. *Incentivare le segnalazioni interne* – la legge dovrebbe incoraggiare la creazione e l'utilizzo di procedure interne di *whistleblowing*, che siano sicure e facilmente accessibili, che garantiscano un'indagine approfondita, tempestiva e indipendente delle segnalazioni e che abbiano adeguate procedure applicative e di follow-up.⁷⁴
8. *Facilità di segnalazione esterna* – in ogni momento la legge dovrebbe prevedere un'agevole segnalazione esterna, in particolare a organismi di regolamentazione, legislatori, media professionisti e organizzazioni della società civile. Nel caso esistano diversi requisiti per l'accesso a questi canali⁷⁵, non dovrebbero essere onerosi e dovrebbero fornire un mezzo per segnalare i soli casi sospetti.
9. *Sicurezza Nazionale* – qualora la segnalazione riguardi problemi di sicurezza nazionale, possono essere adottate ulteriori garanzie procedurali per la

⁷⁴ Per una guida sulla creazione e l'operatività dei sistemi interni di *whistleblowing*, v. *PAS Code of practice for Whistleblowing arrangements*, British Standards Institute, 2008.

⁷⁵ Per esempio v. il Public Interest Disclosure Act (UK).

segnalazione al fine di massimizzare le opportunità di un riuscito follow-up e di un'effettiva soluzione senza il bisogno di un'inutile esposizione esterna.

10. *Partecipazione del whistleblower* – la legge dovrebbe riconoscere il *whistleblower* come una parte attiva e critica per quanto attiene alla segnalazione, tenendolo informato dei passi successivi e degli esiti della segnalazione e garantendogli una significativa opportunità di partecipazione al processo.
11. A seconda del contesto locale, dovrebbe essere considerata la possibilità di includere ulteriori meccanismi per incoraggiare le segnalazioni, come un sistema di ricompense o un sistema basato sul *qui tam* che consente al *whistleblower* ad avere un follow-up alle proprie accuse⁷⁶.

Protezioni

12. *Protezione dell'identità* – la legge dovrebbe assicurare che l'identità del *whistleblower* non venga rivelata senza il suo consenso, e dovrebbe ammettere le segnalazioni anonime.
13. *Protezione contro le ritorsioni* – la legge dovrebbe proteggere il *whistleblower* da ogni danno subito a causa del *whistleblowing*. Tale tutela dovrebbe essere estesa a ogni tipo di danno, inclusi licenziamento, sanzioni lavorative, trasferimenti punitivi, maltrattamenti, demansionamento, perdita di benefit, etc.
14. *Inversione dell'onere della prova* – dovrebbe essere a carico del datore dimostrare che ogni misura presa a scapito del *whistleblower* sia stata motivata da ragioni non dipendenti dalla segnalazione di quest'ultimo. Quest'onere potrebbe essere invertito dopo un determinato periodo di tempo.
15. *Esonero da responsabilità* – ogni segnalazione fatta nell'ambito di applicazione della legge dovrebbe godere dell'immunità da procedimenti disciplinari e da responsabilità penale, civile e amministrativa, incluse calunnia, diffamazione e violazione di atti segreti.
16. *Nessuna sanzione per le segnalazioni fuorviante* – la legge dovrebbe proteggere ogni segnalazione fatta per un errore onesto.
17. *Diritto di rifiuto* – la legge dovrebbe consentire al *whistleblower* il rifiuto di prendere parte alla sospetta irregolarità senza che gliene derivino, di conseguenza, sanzioni o svantaggi.
18. *Nessuna elusione* – la legge dovrebbe far decadere qualsiasi regola o accordo privato che abbia lo scopo di ostacolare gli effetti della legge sul *whistleblowing*.

Applicazione

19. *Autorità per le denunce dei whistleblower* – la legge potrebbe creare o nominare un organo indipendente già esistente alla ricezione e all'esame delle segnalazioni relative ad atti di ritorsione e di indagini improprie. Potrebbe essere inclusa la competenza a formulare raccomandazioni vincolanti di primo grado ed

⁷⁶ In base al «*Qui Tam*» un cittadino può agire a nome del Governo. Questa disposizione è utilizzata negli Stati Uniti nel False Claims Act.

- eventualmente di trasmettere le informazioni alle autorità giudiziarie competenti o agli enti regolatori.
20. *Autentico accesso al tribunale* – ogni *whistleblower* che ritenga di aver subito una lesione dei propri diritti dovrebbe aver diritto a un equo processo presso una corte imparziale e al pieno diritto d'appello.
 21. *Gamma completa di rimedi* – la legge dovrebbe garantire una gamma completa di misure correttive, in particolare il recupero delle perdite e il recupero dello *status* da parte del denunciante. Tra le altre cose, dovrebbe prevedere una riassunzione ingiuntiva provvisoria, un risarcimento per ogni dolore o sofferenza subita, una compensazione per le perdite economiche e di status passate, presenti e future, un processo di mediazione e il pagamento di spese legali ragionevoli. La legge dovrebbe anche considerare la creazione di un fondo per le compensazioni in caso di insolvenza del convenuto.
 22. *Sanzione per ritorsione e interferenza* – ogni atto di ritorsione o interferenza con la segnalazione del *whistleblower* dovrebbe essere esso stesso considerato un'irregolarità ed essere soggetto a responsabilità personale e disciplinare.

Struttura legislativa, funzionamento e revisione

23. *Legge specifica* – al fine di garantire certezza, chiarezza e un'applicazione scorrevole dell'impianto normativo, una legge a sé stante è preferibile a un approccio frammentario e settoriale.
24. *Ente per il whistleblowing* – la legge dovrebbe istituire o designare un ente pubblico in grado di fornire consulenza al pubblico su tutte le problematiche relative al *whistleblowing*, a monitorare e revisionare periodicamente il funzionamento delle leggi sul *whistleblowing* e a promuovere misure per il rafforzamento della sensibilizzazione pubblica nell'ottica di un utilizzo pieno delle norme sul *whistleblowing* e un'ampia accettazione culturale dell'istituto.
25. *Pubblicazione di dati* – la legge dovrebbe incaricare enti pubblici e privati di dimensioni sufficienti a pubblicare le segnalazioni (rese debitamente anonime) e a relazionare, su base regolare, a proposito di danni, procedimenti e loro esiti, inclusi i risarcimenti.
26. *Coinvolgimento di attori multipli* – è fondamentale che la progettazione e la revisione periodica di qualsiasi normativa sul *whistleblowing* coinvolga ogni parte interessata, compresi i sindacati, le associazioni imprenditoriali e le organizzazioni della società civile.
27. *Protezione delle fonti dei media* – la legge non dovrebbe prevedere alcuna norma che sottragga ai giornalisti il diritto di proteggere le loro fonti, anche in caso di segnalazioni errate o in cattiva fede.

PARTE SECONDA

Atti della tavola rotonda su Norme e prassi in tema di *whistleblowing*

**“Soffiatori di fischiello” o “vedette civiche”-
I segnalatori di illegalità o di rischi di illegalità all’interno di
un’organizzazione.**

Obblighi internazionali e adempimenti italiani

***Piacenza
10 ottobre 2009***

Introduzione

Transparency International Italia, la cattedra di Diritto dell'Unione europea della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore - sede di Piacenza e il Centro di documentazione europea dell'Università degli studi di Catania hanno organizzato l'incontro di studi "*Norme e prassi di whistleblowing. Obblighi internazionali e adempimenti italiani. "Soffiatori di fischiello" o "vedette civiche": i segnalatori di illegalità o di rischi di illegalità all'interno di un'organizzazione*" che si è svolto il 10 Ottobre 2009 a Piacenza, presso la Sala Panini di Palazzo Galli.

Muovendo dai risultati della ricerca effettuata da Transparency International Italia (pubblicati nella prima parte di questo volume) si è ritenuto di sicura utilità discutere le possibili criticità derivanti dall'applicazione dell'istituto del *whistleblowing* nell'ordinamento italiano, esaminandolo dalle prospettive più diverse. Si è perciò ritenuto necessario riunire attorno a un tavolo alcuni fra i maggiori esperti italiani in materia, invitati a presentare un'analisi delle norme e delle prassi presenti nelle rispettive aree di interesse.

Per consentire un miglior approfondimento delle tematiche discusse e delle loro correlazioni, si è deciso di dividere l'incontro in due momenti: il primo, pubblico, in cui ogni relatore ha presentato i risultati della propria ricerca in argomento; il secondo, a porte chiuse, in cui gli esperti si sono confrontati sulle criticità emerse dalle relazioni.

Le relazioni che qui si presentano mirano ad offrire⁷⁷, dunque, un panorama esaustivo su quelli che nel "sistema Italia" sembrano essere gli aspetti di maggior problematicità derivanti dall'applicazione del *whistleblowing*, anche in relazione all'esigenza di adattamento alle norme di derivazione internazionale.

La speranza degli organizzatori è che da questo panorama possano emergere anche linee direttrici per la soluzione delle criticità.

⁷⁷ Per motivi tecnici e di tempo non abbiamo avuto modo di inserire la relazione del professor Gabrio Forti, che contiamo comunque di aggiungere in un'eventuale prossima edizione del volume. L'intervento del Vicepresidente di TI-It Marcello Puppi è invece sostituito dall'introduzione al libro a cura della Presidente Maria Teresa Brassiolo.

CORRUZIONE PUBBLICA E PRIVATA, RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI E MODELLI DI ORGANIZZAZIONE AI FINI DI CONTRASTO DI CONDOTTE DI CORRUZIONE. LA QUESTIONE DEI *WHISTLEBLOWER*

di *Dino Rinoldi e Nicoletta Parisi*

Sommario: 1. Corruzione nel mondo "globalizzato" fra costumi, diritto e istituzioni. Un'introduzione: la stretta connessione fra piani nazionale e internazionale.- 2. Strumenti di contrasto alla corruzione, italiani e internazionali.- 3. Questioni di carattere generale in materia di adeguamento dell'ordinamento italiano alla disciplina pattizia internazionale.- 3.1. Provvedimenti *ad hoc* e riforme di carattere generale.- 3.2. Rilevanza della corruzione interna negli ordinamenti convenzionali.- 3.3. Sintomie e distonie fra norme internazionali e disciplina nazionale di adattamento.- 3.4. Interpretazione conforme del diritto interno al diritto internazionale.- 3.5. Principio di specialità e prevalenza interna del diritto pattizio.- 3.6. Attività interpretativa della Corte di giustizia e norme costituzionali sull'osservanza del diritto pattizio e in particolare degli obblighi derivanti dalla partecipazione all'Unione europea.- 4. La disciplina internazionale in materia di *whistleblowing*: gli strumenti pattizi:- 4.1. (*segue*) a livello universale (le Nazioni Unite e l'Organizzazione Internazionale del Lavoro);- 4.2. (*segue*) adottati nel contesto euro-atlantico (l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico);- 4.3. (*segue*) adottati specificamente nell'ambito dell'integrazione regionale europea (il Consiglio di Europa e l'Unione europea).- 4.4. L'influenza delle norme internazionali sui modelli di organizzazione dell'attività d'impresa.- 5. Le difficoltà nell'adeguamento interno alle disposizioni internazionali elaborate in materia.- 6. La complessità delle situazioni coinvolte nella regolamentazione del *whistleblowing*.- 6.1. Il *whistleblower* fra libertà di espressione e obbligo di lealtà, discrezione e riservatezza nei confronti dell'ente di appartenenza.- 6.2. Il trattamento dei dati personali e la tutela dei diritti degli individui coinvolti nel fatto di *whistleblowing*.- 7. Il dibattito odierno.

1. Corruzione nel mondo "globalizzato" fra costumi, diritto e istituzioni. Un'introduzione: la stretta connessione fra piani nazionale e internazionale

Funzionale allo sviluppo dei popoli è fra l'altro – sul piano sia interno ai singoli Stati sia internazionale, l'uno prolungamento dell'altro – il contrasto alla corruzione, condotta che ostacola il ricambio delle classi dirigenti, frena lo sviluppo economico-sociale, impedisce il pluralismo e dunque in definitiva la stessa evoluzione democratica della società.

Esempio di quest'attività di contrasto proprio in materia di sviluppo dei popoli è l'accordo di partenariato stipulato nel 2000 dalla Comunità europea e dai suoi Paesi membri con un ampio gruppo di Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico⁷⁸. Vi si dispone una «cooperazione (...) orientata verso uno sviluppo durevole incentrato sull'essere umano, che ne è il protagonista e beneficiario principale; un siffatto sviluppo presuppone il rispetto e la promozione di tutti i diritti dell'uomo»⁷⁹. Infatti «Il rispetto *dei diritti dell'uomo* e delle

⁷⁸ Si tratta della Convenzione di Cotonou, succeduta alle varie modifiche della Convenzione di Lomé (e, prima, di Yaoundé): v. decisione del Consiglio dell'Unione europea del 21 giugno 2005 sul primo rinnovo dell'accordo firmato nella capitale del Benin (*GUUE* L n. 209 dell'11 agosto 2005).

⁷⁹ Art. 9.1, co.1, Conv.

libertà fondamentali, compreso il rispetto dei *diritti sociali* fondamentali, la *democrazia* fondata sullo *Stato di diritto* e un sistema di *governo trasparente e responsabile* sono parte integrante di uno sviluppo durevole»⁸⁰. Proprio «il rispetto dei diritti dell'uomo, i principi della democrazia e lo Stato di diritto, sui quali si fonda il partenariato (...), ispirano le politiche interne e internazionali delle parti», costituendo «gli *elementi essenziali*» dell'accordo⁸¹.

Intrinsecamente connesso a tali elementi⁸² è il *buon governo*, che la Convenzione definisce come «la gestione trasparente e responsabile delle risorse umane, naturali, economiche e finanziarie ai fini di uno sviluppo equo e duraturo. Esso comporta *procedure decisionali chiare* da parte delle pubbliche autorità; *istituzioni trasparenti* e soggette all'*obbligo di rendere conto*; il *primato del diritto* nella gestione e nella distribuzione delle risorse e il potenziamento delle capacità per elaborare e attuare *misure volte in particolare a prevenire e combattere la corruzione*»⁸³. Il principio del buon governo deve «ispira[re] le politiche nazionali e internazionali delle parti e costituisce un *elemento fondamentale* del presente accordo», elemento che in particolare deve intendersi violato in presenza di «*gravi casi di corruzione, attiva e passiva*»⁸⁴, con la conseguenza dell'avvio di un'apposita «procedura di consultazione» e l'adozione eventuale di «misure appropriate» ex art. 97 della Convenzione, incombando comunque «principalmente alla parte presso la quale si sono verificati i casi di corruzione gravi prendere le misure necessarie per rimediare immediatamente alla situazione». Resta come «ultima risorsa» la sospensione dell'accordo dopo che si siano privilegiate quelle risorse che invece ne pregiudicano meno l'applicazione⁸⁵.

Beninteso, il contrasto a siffatti casi di corruzione operato dalla Convenzione in questione non può solo essere considerato il frutto di una sorta di "esportazione pacifica" di principi, come quello del buon governo, saldamente affermati in Paesi industrializzati e più "progrediti" nello sviluppo dei loro popoli. Anzi, la difesa di quei principi, compreso il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dello Stato di diritto e della democrazia, va anzitutto condotta nella "trincea avanzata" degli Stati più "sviluppati" ed economicamente attrezzati; ciò proprio per evitare ricadute, in un mondo che si suole definire globalizzato, capaci di travolgere un movimento germinale che benché non sempre robusto pure si va affermando in gran copia di Paesi. E così dall'anzidetta trincea gli Stati impegnati in specie nella costruzione dell'integrazione europea si preoccupano, con strumenti come la Convenzione sopra ricordata, di «ridurre (...) il numero di persone che vivono in condizioni di estrema povertà» prestando estrema attenzione ai «diritti fondamentali dei lavoratori» e a principi irrinunciabili nelle «sfide della globalizzazione», per conferire a tale processo «una più forte dimensione sociale» in «un contesto politico in

⁸⁰ *Ibid.*, art. 9.1, co. 2 (corsivo aggiunto).

⁸¹ *Ibid.*, art. 9.1, co. 4.

⁸² Sulla rilevanza giuridica internazionale così della clausola "elemento essenziale" come della clausola (su cui subito *infra*) "elemento fondamentale" si consenta il rinvio al nostro *L'ordine pubblico europeo*, Napoli, 2005, in fine cap. 1.

⁸³ Art. 9.3, co. 1, Conv.

⁸⁴ *Ibid.*, art. 9.3, co. 2 (corsivo aggiunto).

⁸⁵ Art. 97.3.

grado di garantire la pace, la sicurezza e la stabilità» e «l’attuazione di politiche economiche sane e sostenibili»⁸⁶. Essi devono preoccuparsi altresì, a casa propria, non solo di reprimere pratiche corruttive evidenziate in quanti tra loro, com’è recentemente avvenuto per la Bulgaria, siano di recente democrazia politicamente organizzata secondo principi cosiddetti “occidentali”⁸⁷, ma anche di cercare risposte a condotte dello stesso stampo che continuano a perpetrarsi – verrebbe da dire *ab immemorabili*, altro che “a memoria d’uomo”! – dove da più tempo quei principi avrebbero dovuto rendere maggiormente avvezzi a comportamenti consoni al “buon governo”, compreso dunque eventualmente un soltanto episodico e non ben radicato affermarsi della corruzione.

In Italia ad esempio è ancora inascoltato il richiamo (accorato o scorato?) del Presidente della Repubblica – richiamo per giunta espresso reiteratamente nella propria città natale – al fatto «assolutamente indispensabile che cambino i comportamenti di tutti i soggetti, pubblici e privati, che condizionano negativamente il migliore uso delle risorse disponibili», censurandosi il peso delle «intermediazioni improprie, che possono ricondursi a forme di corruzione e clientelismo, interferenze e manipolazioni (...) e che si traducono in crescita dell’economia illegale», mettendo in discussione «l’efficienza delle amministrazioni pubbliche e l’impegno a elevare il grado complessivo di coscienza civica»⁸⁸.

Piano interno e internazionale sono dunque strettamente intersecati; ma certo è decisiva, per apprezzare le caratteristiche complessive dell’azione di contrasto, la valutazione anzitutto delle attività svolte in quest’ultima dimensione, dove a proposito della recente e consistente cooperazione intergovernativa universale in materia ad opera delle Nazioni Unite si è arrivati a parlare di nuova «way of life»⁸⁹. Certo sarebbe sbagliato interpretare gli strumenti qui messi in campo⁹⁰ come semplicisticamente partecipi di un’opera di moralizzazione⁹¹, ché anzi l’obiettivo è quello dell’affermazione di regole di buon

⁸⁶ Così il preambolo dell’Accordo.

⁸⁷ La Commissione europea ha sospeso nell’estate 2008 e annullato nel novembre successivo l’erogazione di alcuni finanziamenti comunitari alla Bulgaria, entrata nell’Unione nel 2007, per il rischio «di vedere ingenti somme deviate» giacché «la lotta alla corruzione di alto livello e alla criminalità organizzata non ha prodotto risultati»; ha inoltre richiamato la Romania, la cui adesione risale alla stessa data, per i ritardi «nel potenziamento dell’apparato giudiziario» e perché «in tutti i partiti politici (...) mancherebbe la volontà di estirpare la corruzione di alto livello» (notizie in *Corriere della Sera* del 24 luglio 2008, p. 15, e ne *L’Espresso* dell’11 dicembre 2008, p. 98 ss.).

⁸⁸ V. notizie in *Corriere della sera*, indirizzo Internet www.corriere.it/politica/08_dicembre_02/napoletano_colle_richiamo_17a75d50-c03a-11dd-a787-00144f02aabc.shtml. V. anche *La Repubblica* del 3 gennaio 2009, p.1: «Il capo dello Stato a Napoli: serve una svolta morale», con il susseguente articolo che esordisce col richiamo al «bisogno di trasparenza e rigore nell’uso del denaro pubblico», alla «necessità di un nuovo costume dei partiti e delle forze politiche che risponda davvero all’interesse pubblico».

⁸⁹ N. PASSAS, D. VLASSIS (eds.), *The United Nations Convention against Corruption as a way of life*, Milano (ISPAC), 2007. In materia si è svolta (Courmayeur Mont Blanc, 15-17 dicembre 2006) la conferenza su *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione: un nuovo sistema di vita*.

⁹⁰ *Infra*, par. 4.

⁹¹ Sull’impatto di strumenti pattizi internazionali, in particolare nell’ambito europeo, nel campo delle concezioni morali v. il nostro *Libertà d’espressione, principio democratico e attività economica nel processo d’integrazione europea*, in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Trasparenza – Riservatezza – Impresa*, Torino, 2001, p. 199 ss.

funzionamento dell'economia e di efficienza di istituzioni, mercato compreso, legittimate dal principio di trasparenza. Anche ammettendo che «il progresso tecnico e il perfezionamento morale dell'uomo si distanzino sempre più profondamente»⁹², abbiamo il compito di non rinunciare alla comprensione degli attuali fenomeni di trasformazione sociale e quindi di cercare di governarli, con la difficoltà radicale che come sono sempre più accelerati i tempi dei cambiamenti, con l'individuo spesso solo di fronte allo scorrere del mondo globale verso un'unità imprevedibile che rompe perimetri e legami tradizionali, così la "società liquida" - per dirlo con Zygmunt Bauman⁹³ - è alla ricerca spasmodica di spazi (corpi solidi) in cui aggregarsi e a cui ancorarsi, dove la cittadinanza si radichi senza ritorni alla sudditanza.

Strettamente intersecati risultano pure piano pubblico e piano privato, doveri degli Stati (nell'interesse della comunità segnata da ciascun ordinamento giuridico nazionale)⁹⁴ e impegno dei privati (persone fisiche come persone giuridiche e in generale enti, associazioni, ecc.). Con riguardo sia all'ambito privatistico sia a quello pubblicistico si può constatare l'incidenza della cooperazione, da una parte, fra diritti nazionali (col relativo loro dispiegarsi interno tra dimensione locale, regionale nonché centrale) e, da un'altra parte, organizzazione regionale-continentale (come quella di integrazione europea), cooperazione che sollecita interpretazioni di tipo costituzionale-unitario. Una prospettiva unitaria può essere colta nel disporsi dei diritti dell'uomo nel contesto dell'articolazione suddetta: dal minimo comun denominatore in via di ampliamento nell'ambito universale, al loro approfondimento negli ordinamenti nazionali anche attraverso la partecipazione a specifiche forme di integrazione giuridica internazionale-regionale. Incidendo sia in campo pubblicistico che privatistico tali diritti, con le varie loro articolazioni e specificazioni e i nessi con le attività di contrasto alle condotte di corruzione, costituiscono criterio di orientamento di prassi e dottrina⁹⁵.

2. Strumenti di contrasto alla corruzione, italiani e internazionali

Nel contesto geografico - che più riguarda il nostro Paese - euro-atlantico ed europeo-continentale in senso stretto si possono constatare vicende che mettono in campo varie possibilità di contrasto derivanti da accordi internazionali. Non che nel più ampio ambito universale, quale in specie riconducibile ad attività delle Nazioni Unite (ma di quest'ambito, seppure in un settore specializzato e non generale quanto ai fini, è espressione anche l'azione della Banca Mondiale) vi sia carenza di intervento. Vanno così subito ricordate le Convenzioni promosse dalle Nazioni Unite rispettivamente contro la criminalità organizzata transnazionale (accordo firmato a Palermo il 15 dicembre 2000 ed in

⁹² C. SCHMITT, *L'unità del mondo*, Roma (ed. Pellicani), 1994, p. 315. Suggestioni al riguardo anche in E. JÜNGER, *Lo Stato mondiale*, Parma, 1998; I. TEBALDESCHI, *Verso la federazione mondiale*, Milano, 1983; R. LEVI MONTALCINI, *Il nuovo umanesimo della globalizzazione*, in *Corriere della sera* del 16 settembre 1999, p. 35.

⁹³ *Vita liquida*, Roma-Bari, 2006.

⁹⁴ L. BONANATE, *I doveri degli Stati*, Roma-Bari, 1994.

⁹⁵ Su universalismo e regionalismo in materia di rilevanza e applicazione dei diritti dell'uomo, e per l'accenno alle valutazioni critiche di cui alla cosiddetta "ideologia dei diritti dell'uomo", v. il nostro *Una little family of Nations?*, in D. RINOLDI (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni*, Milano (I.S.U., Università Cattolica S.C.), 2007, p. 41 ss.

vigore anche per l'Italia)⁹⁶ e sulla corruzione (accordo aperto alla firma a Merida, in Messico, dal 9 all'11 dicembre 2003 e non ancora in vigore per l'Italia, benché nell'estate 2009 ne sia stata autorizzata la ratifica)⁹⁷.

La prima Convenzione, in vigore internazionalmente dal 29 settembre 2003, dispone fra l'altro in materia di «criminalization of corruption» (art. 8), «Measures against corruption» (art. 9), «Liability of legal persons» (art. 10), occupandosi del settore pubblico. La seconda, in vigore internazionalmente dal 14 luglio 2005, estende la propria disciplina, oltretutto al settore pubblico (art. 7), a quello privato (artt. 12, 21 e 39), anch'essa stabilendo la «Liability of legal persons» (art. 26) e applicandosi in particolare «to the prevention, investigation and prosecution of corruption and to the freezing, seizure, confiscation and return of the proceeds of offences established in accordance with (...) [the] Convention» (art. 3).

Su più ristretti piani continentali, ma diversi da quelli europei, sono stati elaborati altri trattati internazionali, quali la Convenzione interamericana contro la corruzione, promossa dall'Organizzazione degli Stati americani e adottata il 29 marzo 1996, o la Convenzione sulla prevenzione e la lotta alla corruzione, elaborata nell'ambito dell'Unione africana e adottata il 14 luglio 2003.

Essendo però il contesto europeo quello più direttamente rilevante per l'Italia, giova prender le mosse da un caso esemplare per introdurre ad alcuni aspetti della Convenzione elaborata dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) - che vede fra i propri membri anche Stati non europei come U.S.A., Canada, Giappone e Sud Corea - «on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions». Adottato il 21 novembre e firmato il 17 dicembre del 1997, il Trattato è entrato internazionalmente in vigore il 15 febbraio 1999 e vincola pure il nostro Paese grazie alla legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione n. 300 del 29 settembre 2000 e al successivo deposito dello strumento di ratifica. La Convenzione disciplina anche la «Responsibility of Legal Persons», ma si limita ad intervenire nel settore pubblico e in ambito di corruzione attiva. Si obbligano infatti le Parti contraenti ad adottare:

«such measures as may be necessary to establish that it is a criminal offence under its law any person intentionally to offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a foreign public official, for that official or for a third party, in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business» (art. 1.1),

nonché

⁹⁶ V. la legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione n. 146 del 16 marzo 2006. V. E. Rosi (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007.

⁹⁷ Legge 3 agosto 2009, n. 116. Sui contenuti di tale accordo v. L. BORLINI, P. MAGRINI, *La lotta alla corruzione internazionale sulle due sponde dell'Atlantico: analisi comparata delle Convenzioni ONU e OCSE in materia*, in *Dir. comm. int.*, 2007, p. 13 ss.

«any measures necessary to establish that complicity in, including incitement, aiding and abetting, or authorisation of an act of bribery of a foreign public official shall be a criminal offence. Attempt and conspiracy to bribe a foreign public official shall be criminal offences to the same extent as attempt and conspiracy to bribe a public official of that party» (art. 1.2).

Nelle Comunità europee prima, e nell'Unione che le ha ricomprese, poi, si è posta la cruciale questione della salvaguardia dei loro interessi finanziari, lottando contro le frodi in materia di entrate e spese iscritte a bilancio. Una puntuale attività delle istituzioni comunitarie⁹⁸ ha portato all'elaborazione di vari strumenti giuridici, comprendenti tra l'altro obblighi statuali di incriminare determinate condotte, di predisporre un adeguato apparato sanzionatorio, di prevedere forme di responsabilità da reato da parte delle imprese, di definire regole di competenza giurisdizionale e assistenza giudiziaria⁹⁹.

Degli accennati strumenti ci dà conto la legge italiana (n. 300 del 29 settembre 2000) di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione, oltre che della menzionata Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, anche:

- della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, del 26 luglio 1995;

- del primo Protocollo di quest'ultima, del 27 settembre 1996, relativo agli atti di corruzione in cui risultino coinvolti funzionari sia nazionali che comunitari, responsabili della riscossione, della gestione e della spesa dei fondi comunitari soggetti al loro controllo;

- del Protocollo, del 29 novembre 1996, concernente l'interpretazione in via pregiudiziale¹⁰⁰ della Convenzione di cui al punto 1 da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee;

- della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale siano coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea.

Quest'ultimo testo definisce la *corruzione attiva*, che sussiste «quando una persona deliberatamente promette o dà, direttamente o tramite un intermediario, un vantaggio di qualsivoglia natura ad un funzionario, per il funzionario stesso o per un terzo, affinché questi compia o ometta un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, in modo contrario ai suoi doveri d'ufficio» (art. 3). E definisce la *corruzione passiva*, che si verifica «quando il funzionario deliberatamente, direttamente o tramite un intermediario, sollecita o riceve vantaggi di qualsiasi natura, per sé o per un terzo, o ne accetta la promessa per compiere o per omettere un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, in violazione dei suoi doveri di ufficio» (art. 2).

⁹⁸ Oramai destinate ad essere definite *tout court* istituzioni e organi dell'Unione, a motivo della prevedibile entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che modifica il Trattato sull'Unione europea ma anche quello istitutivo della CE, chiamandolo Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

⁹⁹ V. D. RINOLDI, *Funzionari comunitari e pubblici ufficiali nazionali: una prospettiva di approfondimento della lotta alla corruzione in Italia*, in *LIUC Papers*, n. 26, con le indicazioni bibliografiche ivi contenute.

¹⁰⁰ Su questo istituto v. *infra*, par. 3.6.

Rispetto a un secondo Protocollo (del 19 giugno 1997) della Convenzione sugli interessi finanziari, che si occupa del riciclaggio dei proventi di atti di frode o corruzione, i quali ledano o possano ledere gli interessi finanziari delle Comunità europee, nonché della confisca dei proventi di tali atti, l'Italia ha avviato solo nel 2008 i necessari provvedimenti di stipulazione ed esecuzione, necessari anche al fine dell'entrata in vigore internazionale del Protocollo stesso¹⁰¹.

Questi documenti si concentrano sulla presa in considerazione degli aspetti giuridici pubblicistici legati alla tutela degli interessi finanziari comunitari, anche determinando la previsione di responsabilità delle persone giuridiche, più in generale degli enti, com'è disposto, nel proprio ambito di competenza, dalla Convenzione OCSE sulla corruzione. Ecco perché sempre la legge n. 300 del 2000 si è ulteriormente occupata di stabilire puntuali principi di «[d]elega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica» (art. 11), delega poi adempiuta col decreto legislativo n. 231 dell'8 giugno 2001¹⁰².

Viceversa, la questione in particolare della corruzione privata è stata disciplinata da un atto dell'Unione europea cosiddetto di diritto derivato, cioè adottato sulla base del Trattato istitutivo di quest'ultima (art. 34) e la cui elaborazione esprime una volontà unilaterale dell'Organizzazione, solo indirettamente riconducibile alla volontà pattizia multilaterale degli Stati contraenti dell'Accordo istitutivo. Si tratta della decisione quadro 2003/568/GAI (giustizia e affari interni) del Consiglio, del 22 luglio 2003, intitolata appunto alla lotta contro la corruzione nel settore privato. Essa ha bisogno - giacché ai sensi dell'art. 34.2, lett. c, del Trattato d'Unione (nella versione precedente le innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona) si tratta di atti che «non hanno efficacia diretta» - di provvedimenti nazionali d'attuazione, rispetto ai quali l'Italia non ha ancora fornito adempimento¹⁰³.

Ancora di corruzione, pur non essendovi specificatamente destinata, tratta un'altra decisione quadro, 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà¹⁰⁴. Indipendentemente dalla verifica del requisito della doppia incriminazione danno luogo a consegna, in base al mandato d'arresto, trentadue tipologie di reato, se nel Paese dell'Unione che lo prevede «il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati è pari o superiore a tre anni»¹⁰⁵. All'art. 2.2 della decisione quadro è elencato il reato di «corruzione».

Di corruzione privata si occupa ancora, in un ambito di cooperazione intergovernativa europea più ampio di quello dell'Unione, cioè quello del Consiglio d'Europa (con i suoi quarantasette Paesi membri; Russia, Azerbaigian e Bosnia-Erzegovina compresi), la Convenzione penale sulla corruzione, che tra l'altro definisce i soggetti coinvolti; dispone

¹⁰¹ V. *infra*, par. 3.3.

¹⁰² V. *infra*, par. 3.1.

¹⁰³ V. ancora *infra*, par. 3.3. V. in generale R. ACQUAROLI, L. FOFFANI (a cura di), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, 2003.

¹⁰⁴ V. *infra*, ancora par. 3.3. In tema v. E. MARZADURI, D. MANZONI, M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO, *Il mandato di arresto europeo. Commento alla legge 22 aprile 2005, n. 69*, Torino, 2006.

¹⁰⁵ Art. 2.2 della decisione quadro 2002/584/GAI.

obblighi statali di incriminazione, con l'adozione di adeguate sanzioni e misure; si estende appunto anche al settore privato e si occupa di responsabilità degli enti; organizza la cooperazione in materia fra autorità competenti dei vari Stati contraenti¹⁰⁶.

In particolare si può esplicitamente rinviare alle disposizioni di «Active bribery in the private sector» (art. 7) e di «Passive bribery in the private sector» (art. 8) e riprodurre l'art. 18 in tema di «Corporate liability»:

«1. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that legal persons can be held liable for the criminal offences of active bribery, trading in influence and money laundering established in accordance with this Convention, committed for their benefit by any natural person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within the legal person, based on:

- a power of representation of the legal person; or
- an authority to take decisions on behalf of the legal person; or
- an authority to exercise control within the legal person;

as well as for involvement of such a natural person as accessory or instigator in the above-mentioned offences.

2. Apart from the cases already provided for in paragraph 1, each Party shall take the necessary measures to ensure that a legal person can be held liable where the lack of supervision or control by a natural person referred to in paragraph 1 has made possible the commission of the criminal offences mentioned in paragraph 1 for the benefit of that legal person by a natural person under its authority.

3. Liability of a legal person under paragraphs 1 and 2 shall not exclude criminal proceedings against natural persons who are perpetrators, instigators of, or accessories to, the criminal offences mentioned in paragraph 1».

L'accenno al «trading in influence» riguarda la previsione dell'art. 12, dove si obbligano i Paesi contraenti ad adottare

«such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the promising, giving or offering, directly or indirectly, of any undue advantage to anyone who asserts or confirms that he or she is able to exert an improper influence over the decision-making of any person referred to in Articles 2, 4 to 6 and 9 to 11 in consideration thereof, whether the undue advantage is for himself or herself or for anyone else, as well as the request, receipt or the acceptance of the offer or the promise of such an advantage, in consideration of that influence, whether or not the influence is exerted or whether or not the supposed influence leads to the intended result.».

¹⁰⁶ Il testo della Convenzione è reperibile nel sito Internet del Consiglio d'Europa (www.coe.int: scegliere la lingua inglese o francese, lingue ufficiali dell'organizzazione) al n. 173 dell'elenco dei trattati elaborati da tale Organizzazione. V. in generale L. FEROLA, *Spazio giudiziario europeo e lotta alla corruzione*, in *LIUC Papers*, n. 73.

Un Protocollo addizionale alla Convenzione penale sulla corruzione è stato adottato con lo scopo di estenderne il campo di applicazione agli arbitri in materie come quella civile e commerciale, nonché ai giurati¹⁰⁷.

Connesso alla Convenzione penale è un altro strumento pattizio elaborato dal Consiglio d'Europa: la Convenzione civile sulla corruzione¹⁰⁸, che ai fini dell'organizzazione di procedimenti adeguati in materia di risarcimento danni obbliga gli Stati contraenti a prevedere nel proprio ordinamento

«effective remedies for persons who have suffered damage as a result of acts of corruption, to enable them to defend their rights and interests, including the possibility of obtaining compensation for damage. » (art. 1).

La definizione di corruzione ai fini della Convenzione comprende

«requesting, offering, giving or accepting, directly or indirectly, a bribe or any other undue advantage or prospect thereof, which distorts the proper performance of any duty or behaviour required of the recipient of the bribe, the undue advantage or the prospect thereof. » (art. 2).

Significativa appare la disposizione di cui all'art. 8, sulla validità dei contratti, ai sensi della quale:

«1. Each Party shall provide in its internal law for any contract or clause of a contract providing for corruption to be null and void.

2. Each Party shall provide in its internal law for the possibility for all parties to a contract whose consent has been undermined by an act of corruption to be able to apply to the court for the contract to be declared void, notwithstanding their right to claim for damages».

L'art. 9 prevede che sia disposta negli ordinamenti nazionali

«Each Party shall provide in its internal law for appropriate protection against any unjustified sanction for employees who have reasonable grounds to suspect corruption and who report in good faith their suspicion to responsible persons or authorities».

Secondo l'art. 10, sui bilanci e la verifica dei conti:

«1. Each Party shall, in its internal law, take any necessary measures for the annual accounts of companies to be drawn up clearly and give a true and fair view of the company's financial position.

2. With a view to preventing acts of corruption, each Party shall provide in its internal law for auditors to confirm that the annual accounts present a true and fair view of the company's financial position».

Si interviene inoltre, fra l'altro, anche qui in materia di cooperazione internazionale fra autorità competenti degli Stati contraenti.

¹⁰⁷ Il testo del Protocollo è reperibile nel sito cit. alla nota precedente; n. 191 dell'elenco.

¹⁰⁸ Il testo è reperibile nel sito cit. alla nota 107, n. 174 dell'elenco.

Rispetto a questi ultimi strumenti pattizi, elaborati dal Consiglio d'Europa e tutti internazionalmente in vigore (la Convenzione penale dal 1° luglio 2002; il Protocollo addizionale dal 1° febbraio 2005; la Convenzione civile dal 1° settembre 2003), l'Italia non ha ancora provveduto alla stipulazione, pur avendoli da tempo firmati (rispettivamente il 27 febbraio 1999; il 15 maggio 2003; il 4 novembre 1999). Vien fatto di dire che, in generale, come in relazione alla decisione quadro dell'Unione europea 2003/568/GAI, si tratta della difficoltà a determinarsi ad adeguare l'ordinamento italiano a disposizioni tutte fra l'altro relative alla corruzione privata. Impressione, questa, che fino all'agosto del 2009 avrebbe potuto essere rafforzata dalla mancata ratifica (dopo la firma nel 2003) da parte del nostro Paese della stessa Convenzione (universale) di Merida - anch'essa come già sottolineato contenente regole sulla corruzione nel settore privato - e che ad oggi (dicembre 2009) non può dirsi ancora completamente smentita dall'approvazione della legge di autorizzazione alla ratifica, il cui deposito - come si sottolineava - non è ancora avvenuto; del resto proprio la suddetta legge di autorizzazione, nella parte che costituisce adattamento ordinario¹⁰⁹ alla Convenzione, non si occupa di corruzione privata.

Va aggiunto che in particolare rispetto alla Convenzione civile l'assenza di stipulazione italiana potrebbe spiegarsi con l'esitazione per quanto concerne la materia della responsabilità, compresa quella dello Stato (art. 5), per atti di corruzione, benché non sia da sottovalutare, per un altro verso, l'impatto che sulla normativa interna concernente il falso in bilancio determinerebbe la disposizione pattizia di cui all'art. 10, sopra citato¹¹⁰.

Degli *strumenti giuridici interni* necessari a dare attuazione nazionale alle disposizioni internazionali sopra elencate già si è dato qualche cenno o fatto qualche rinvio dall'angolo visuale dell'ordinamento italiano. Un'ulteriore considerazione va però in questo senso effettuata quanto agli interventi rapidamente assunti dall'attuale Governo, a immediato ridosso dell'entrata in carica, allorché si è prima soppresso l'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito all'interno della Pubblica Amministrazione (Alto Commissario anticorruzione)¹¹¹ e ne sono poi state trasferite le funzioni al Ministero per la Pubblica Amministrazione e l'innovazione - Dipartimento della funzione pubblica¹¹².

E' stato così creato il Servizio anticorruzione e trasparenza del Dipartimento della funzione pubblica¹¹³, che come l'organo precedentemente previsto limita la propria attività a quest'ultimo ambito, ma sul quale è lecito porsi qualche dubbio in ordine all'esigenza piuttosto di potenziare e rendere più autonoma un'attività precedentemente comunque già svolta «alla diretta dipendenza funzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri»¹¹⁴ ed ora traslocata in seno proprio al Ministero stesso da cui promanano le attività da

¹⁰⁹ Sulle modalità di adeguamento dell'ordinamento italiano alla disciplina pattizia internazionale v. V. LIBRANDO, F. MOSCONI, D. RINOLDI (a cura di), *Tempi biblici per la ratifica dei trattati*, Padova, 1993.

¹¹⁰ V. *infra*, par. 3.3, particolarmente la nota 136, con l'osservazione di A. CRESPI riprodotta nel testo cui l'esponente di nota si riferisce.

¹¹¹ Decreto legge n. 112 del 25 giugno 2008, art. 68, co. 6. L'Alto Commissario è stato istituito con legge n. 3 del 16 gennaio 2003 e ne sono state regolamentate le funzioni con d.P.R. n. 258 del 6 ottobre 2004.

¹¹² Decreto del Pres. Cons. Ministri del 5 agosto 2008.

¹¹³ V. www.anticorruzione.it (03/01/2009).

¹¹⁴ V. art. 1.1 della l. n. 3/2003.

controllare. Precisamente, sul piano degli obblighi internazionali, si può opinare sul pregiudizio che l'Italia in tal modo determini, in assenza di pieno adeguamento alla Convenzione di Merida, all'art. 6.2 di questa, secondo cui

«Each State Party shall grant the body or bodies referred to in paragraph 1 of this article [that prevents corruption] the necessary independence (...) to enable the body or bodies to carry out its or their functions effectively and free from any undue influence. The necessary material resources and specialized staff, as well as the training that such staff may required to carry out their functions, should be provided».

3. Questioni di carattere generale in materia di adeguamento dell'ordinamento italiano alla disciplina pattizia internazionale

Ciò che complessivamente emerge da questo articolato e complesso quadro normativo è l'evidenza che in materia di prevenzione e repressione della corruzione si è innescato, e progressivamente approfondito, nei diversi piani di cooperazione intergovernativa sia universale sia regionale-continentale o sub-continentale, un processo di definizione giuridica dell'attività di contrasto alla corruzione. Altra cosa è verificare se si sia sviluppato un vero e proprio "circuito virtuoso" in materia fra il piano del diritto interno e quello del diritto internazionale, giacché in senso critico fanno indirizzare già le osservazioni poco sopra effettuate.

3.1. Provvedimenti ad hoc e riforme di carattere generale

A motivo della transnazionalità del fenomeno l'iniziativa è stata in prima battuta assunta proprio nelle sedi della cooperazione intergovernativa¹¹⁵, dove in taluni casi suggerendo, in altri vincolando, si sono voluti indirizzare gli Stati a introdurre nei propri ordinamenti una specifica figura di reato (talvolta secondo una qualificazione già fornita dallo strumento internazionale) e a cooperare sul piano delle relazioni intergovernative e dei rapporti fra autorità giudiziarie interne. Nell'adattarsi alle disposizioni internazionali, in alcune occasioni gli Stati hanno provveduto con riforme ancor più generali di quanto richiesto: il che è per esempio accaduto con l'introduzione nell'ordinamento italiano della responsabilità penale-amministrativa («Responsabilità amministrativa da reato», ex d.lgs. n. 231/2001) delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, stabilita per ambiti ben più vasti rispetto a quanto contemplato nella Convenzione OCSE ispiratrice della riforma. Mentre non è giuridicamente comprensibile prefigurare, in casi come quelli dell'accennato mandato d'arresto europeo, l'introduzione di

¹¹⁵ Peraltro anche la società civile si è espressa, ancora una volta sul piano transnazionale: l'organizzazione non governativa *Transparency International* è solo la punta emergente di un fenomeno vasto e articolato.

ampie riforme per fini diversi da quelli della migliore attuazione della disciplina elaborata dall'Unione in materia¹¹⁶.

A quest'ultimo riguardo, che può essere preso ad esempio di una dimensione problematica di rapporti fra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea, sollevano perplessità le eccezioni a suo tempo frapposte dal nostro Governo con una Dichiarazione attestante che «Per dare esecuzione alla decisione quadro sul mandato di cattura europeo, il governo italiano dovrà avviare le procedure di diritto interno per rendere la decisione quadro stessa compatibile con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, e per avvicinare il suo sistema giudiziario e ordinamentale ai modelli europei, nel rispetto dei principi costituzionali»¹¹⁷. Una tale impostazione non riguardava le modalità volte a consentire ai provvedimenti emessi dai giudici italiani di avere effetto *all'estero* nel quadro della decisione sul mandato (nulla infatti era mai stato chiesto al nostro Paese in sede di negoziati dagli altri *partner*. Piuttosto la presunzione, di cui non si vedono i fondamenti giuridici bensì le ragioni politiche, appariva ad avviso del Governo quella per cui la decisione quadro avrebbe permesso (di più: avrebbe resa obbligatoria), in connessione con l'esigenza di accettare la circolazione *in Italia* dei provvedimenti altrui, una riforma del nostro sistema giudiziario nel senso della «separazione delle carriere dei magistrati [...] uniformandoci agli altri sistemi, nessuno dei quali prevede un Pubblico Ministero totalmente indipendente o l'azione penale obbligatoria»¹¹⁸. Per uniformarci si sarebbe allora potuto, magari, tenere presente il sistema inglese «che non conosce un Pubblico Ministero e affida l'indagine preliminare alla polizia»?^{119_120}.

Un altro dato, che consentirà ulteriore approfondimento, è che la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo non fa distinzione tra corruzione pubblica e privata¹²¹.

Si vuole insomma qui sottolineare che la prassi interna maturata dall'adattamento alle disposizioni internazionali rappresenta a propria volta un tassello di quella prassi

¹¹⁶ Dovendosi conseguentemente leggere in una *intentio* del genere quello stesso tipo di motivazioni politiche di cui *infra*, par. 3.3.

¹¹⁷ Il testo è riprodotto da E. BRUTI LIBERATI, I.J. PATRONE, *Sul mandato di arresto europeo*, in <http://www2.unife.it/forumcostituzionale/contributi/que-giu.htm>, par. 3.

¹¹⁸ V. le notizie riportate, per restare a una fonte giornalistica estera (anche rispetto all'Unione), dal *Corriere del Ticino*, 13 dicembre 2001, p. 5: per il Presidente del Consiglio dei Ministri italiano in carica (XIV legislatura: 2001-2006) l'eccezione risulta giustificata dal fatto che «partendo dal mandato di cattura si è deciso di costruire un edificio cominciando dal tetto, mentre il sistema classico avrebbe richiesto di armonizzare prima gli ordinamenti esistenti e poi di adottare questo strumento», giacché «certi reati e certi riti processuali sono diversi da un Paese all'altro» (*ibid.*).

¹¹⁹ E. BRUTI LIBERATI, I.J. PATRONE, *op. cit.*, par. 4.

¹²⁰ Regolare attentamente la fase del controllo da parte del giudice italiano sulla richiesta di esecuzione proveniente dall'estero è altra questione (per esempio attinente alla previsione - in fase di attuazione della decisione quadro - dell'attribuzione della competenza sui provvedimenti cautelari, anziché al GIP monocratico, direttamente al collegio: v. E. Bruti Liberati, I.J. Patrone, *op. cit.*, par. 3) rispetto a quella - di cui dovrebbero semmai preoccuparsi gli altri Stati nel contesto dell'applicazione della decisione quadro - della nostra complessiva organizzazione giudiziaria.

¹²¹ V. N. PARISI, D. RINOLDI, *Pluralità di strumenti pattizi internazionali di lotta alla corruzione e adattamento dell'ordinamento italiano*, in G. SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione*, Milano (Egea), 2002, partic. p. 259. V. anche *infra*, par. 3.3.

internazionale che consente alla comunità degli Stati – vuoi con l'adozione di norme convenzionali, vuoi con il consolidamento di una disciplina capace di migliorare l'azione di prevenzione e di repressione dei fatti di corruzione – di fare ulteriori passi in una direzione che potrebbe essere qualificata, più che di moralizzazione, di trasparenza a fini (tra l'altro ma non solo) di migliore concorrenza e quindi di sviluppo del mercato; di approfondimento delle relazioni transnazionali, superandone la semplicistica lettura fondata sul principio *business are business*; di eguaglianza di opportunità; di pluralismo; di consolidamento della democrazia stessa.

Restano alcune questioni aperte.

3.2. Rilevanza della corruzione interna negli ordinamenti convenzionali

Ci si deve domandare se questa composita disciplina internazionale si applichi anche a fatti di corruzione meramente interna, privi di aspetti di internazionalità. La risposta non è univoca, giacché occorre guardare a quanto dispone ogni singolo strumento normativo.

La Convenzione OCSE e la Convenzione di Palermo si occupano esclusivamente di situazioni che presentino un elemento di internazionalità, come emerge chiaramente dal loro titolo, dalla rubrica delle norme che ne individuano il campo materiale di applicazione, nonché dallo stesso disposto normativo¹²². Diversamente può dirsi per la Convenzione di Merida.

Diverso è anche l'approccio degli strumenti giuridici da ricondurre all'ambito dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa: essi si propongono di promuovere, in relazione all'ambito materiale di applicazione loro proprio, un regime armonizzato per l'ambito spaziale sostanzialmente coincidente con l'insieme dei territori degli Stati parte¹²³, indipendentemente dal fatto che la fattispecie illecita nasca e si esaurisca con riferimento a un solo ordinamento nazionale oppure abbia carattere di internazionalità o di transnazionalità (per il fatto di coinvolgere dal punto di vista oggettivo o soggettivo due o più ordinamenti interni, o uno di questi e l'ordinamento dell'Organizzazione intergovernativa).

A quanto ultimamente detto si allinea la disciplina stabilita dagli strumenti europei di cooperazione giudiziaria penale: l'impianto del coordinamento fra autorità nazionali che essi

¹²² V. esemplificativamente l'art. 1 della Convenzione OCSE che, sotto la rubrica «The Offence of Bribery of *Foreign* Public Officials» dispone: «Each Party shall take such measures as may be necessary to establish that it is a criminal offence (...) to offer (...) to a *foreign* public officials (...)» (corsivo aggiunto).

¹²³ Sul concetto di territorio dell'Unione, o di territorio comunitario, v. CGCE 8 dicembre 1987, C-144/86, in *Raccolta*, p. 4876, punto 18, e 10 febbraio 1994, C-398/92, *ibid.*, p. I-480, punto 19. L'applicazione del diritto dell'Unione europea nei territori degli Stati membri sopporta a vario titolo delle deroghe consensualmente stabilite, deroghe che possono concernere uno specifico ambito geografico (per esempio la Groenlandia, su cui comunque ancora si esercita la sovranità della Danimarca) o materiale (v. per esempio le varie opzioni - *opting-in*; *opting-out* - stabilite per Gran Bretagna, Irlanda e Danimarca rispetto al Titolo IV della Parte III del Trattato CE, ovvero riprese negli specifici Protocolli annessi ai Trattati sull'Unione e sul funzionamento dell'Unione europea, il quale ultimo con la riforma voluta nel Trattato di Lisbona si sostituiscono a quello comunitario, mentre rimane in essere il Trattato istitutivo della Comunità europea dell'energia atomica).

disegnano è destinato a operare anche nell'occasione di illeciti che rilevano penalmente per un solo ordinamento, il quale, tuttavia, si trovi ad avere bisogno della cooperazione di altri ordinamenti ai fini dell'acquisizione di prove, della ricerca della persona, e così via.

3.3. Sintonie e distonie fra norme internazionali e disciplina nazionale di adattamento

Come visto, l'Italia ha eseguito la Convenzione OCSE e la Convenzione dell'Unione europea in materia di corruzione con un unico provvedimento, la legge n. 300/2000, che ha trovato specificazioni importanti nel decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, con gli ulteriori approfondimenti di cui al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61, arrivando alle leggi 28 dicembre 2005, n. 262; 16 marzo 2006, n. 146; 3 agosto 2007, n.123 e 18 marzo 2008, n. 48; nonché al decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, per citare solo alcuni provvedimenti¹²⁴. Il giudizio su questo articolato complesso normativo, se in astratto è positivo, sollecita preoccupazioni fattuali in ordine agli effetti che esso è in grado di esplicare in relazione all'obiettivo di prevenire e reprimere i fatti di corruzione. Infatti, essendo stata introdotta nel nostro ordinamento la responsabilità penale-amministrativa degli enti¹²⁵, è possibile oggi perseguire questi ultimi con l'eventuale conseguenza dell'irrogazione di sanzioni nei loro confronti; ma certo permane un dato sociologico rilevante sul perpetuarsi delle condotte qui in oggetto. A motivo dell'esatto recepimento delle norme convenzionali contro la corruzione - capaci di saldarsi con altre disposizioni, fra l'altro con le direttive comunitarie in materia societaria - le autorità giudiziarie italiane hanno comunque in mano una serie di strumenti incisivi, quali il blocco dei conti bancari e il

¹²⁴ Sulla legge n. 300/2000, come sul decreto n. 231/2001, v. G. SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d'impresa ecc.*, cit. Il decreto n. 61/2002, adottato per adempiere alla delega parlamentare conferita con legge 3 ottobre 2001, n. 366, contiene disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, mentre la legge n. 146/2006 fra l'altro estende le ipotesi di responsabilità dell'ente per crimini internazionali (art. 10), e le leggi n. 48/2008, n. 123/2007 e n. 262/2005 rispettivamente inseriscono un art. 24 *bis* («Delitti informatici»), un art. 25 *septies* («Omicidio colposo e lesioni colpose (...) commessi con violazione delle norme antinfortunistiche») e un art. 25 *bis* («Falsità in moneta») nel decreto n. 231/2001. Il decreto n. 231/2007 inserisce in quello appena cit. un art. 25 *octies* («Ricettazione, riciclaggio»). V. anche le leggi 18 gennaio 2003, n. 7; 11 agosto 2003, n. 228; 18 aprile 2005, n. 62; 9 gennaio 2006, n. 7 e 6 febbraio 2006, n. 38. V. infine: Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la politica criminale, *Esperienze di avvio degli organismi di vigilanza ex D. Lgs n. 231/2001*, Quaderno n. 244 e n. 245, A.S.S.B.B.-U.C.S.C.

¹²⁵ Così l'art. 5 del decreto n. 231/2001, cit., nonché l'art. 3 del decreto n. 61/2002, cit. Una prima applicazione del principio è in Trib. Pordenone, sez. GIP-GUP, sentenza 14 novembre 2002, *Coletto*, ma v. ad es. anche l'ordinanza 27 aprile 2004, Trib. Milano, Ufficio del G.I.P. (Salvini). In dottrina, sulla responsabilità degli enti fra gli altri v.: G. Capecechi, *La responsabilità amministrativa degli enti per gli illeciti dipendenti da reato: note di inquadramento sistematico e problematiche operative*, in *Dir. comm. int.*, 2006, p. 97 ss.; S. BARIATTI, *L'applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 a società estere operanti in Italia: il caso degli istituti di credito e degli intermediari finanziari (Tribunale di Milano, ord. 27 aprile 2004, Siemens A.G. – Tribunale di Milano, ord. 28 ottobre 2004, Siemens A.G.)*, *ibid.*, 2006, p. 805 ss.; L. ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Corporate Criminal Liability: Responsibility of Legal Persons for Offenses in the European Context*, in M. CH. BASSIOUNI, V. MILITELLO, H. SATZGER (eds.), *European Cooperation in Penal Matters: Issues and Perspectives*, Milano, 2008, p. 315 ss.

sequestro, nonché la confisca di valore, cioè non soltanto quella delle somme incassate dall'ente e corrisposte dal privato a fini di corruzione¹²⁶.

Altre disposizioni di diritto interno adottate, anche ma non esclusivamente, nell'occasione dell'esecuzione di strumenti pattizi internazionali presentano viceversa qualche ombra, suscitando dubbi quanto a possibili antinomie tra le une e gli altri¹²⁷.

Addirittura già nell'impostazione generale del rapporto fra ordinamenti, interno e internazionale, si possono rilevare interventi dello stesso legislatore italiano che stigmatizzano il fatto di ricercare «mezzi e modi per disapplicare una legge dello Stato»^[128], deprecando che a tale risultato «si è pervenuti appellandosi a *una non dimostrata e non dimostrabile prevalenza di asseriti principi e convenzioni di diritto internazionale sul diritto nazionale* e sovvertendo così la gerarchia delle fonti stabilita dalla Costituzione»¹²⁹. Beninteso la mozione intendeva andare assai oltre il richiamo alla sola inalterabilità dei *principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano*, non rovesciabili (sovvertibili) *né da norme internazionali né da leggi di revisione costituzionale* (anche al di fuori del solo limite di cui all'art. 139 della Costituzione, sull'imprescindibilità della forma di Stato repubblicana)¹³⁰.

Così, dubbi sono sorti di fronte alla disciplina di diritto penale sostanziale stabilita dalle disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 61/2002¹³¹, in materia di falso in bilancio, in relazione alla loro idoneità a eseguire correttamente l'art. 8 della Convenzione OCSE. Quest'ultima pone alle Parti contraenti due diversi ma sinergici obblighi, stabilendo da un lato che

«In order to combat bribery of foreign officials effectively, each Party shall take such measures as may be necessary [...] to prohibit the establishment of off-the-books accounts, the making of off-the books or inadequately identified transactions, the recording of non-existent expenditures, the entry of liabilities with incorrect identification of their object, as well as the use of false documents [...]»;

¹²⁶ Art. 322 *ter* c.p., introdotto con l'art. 3 della legge n. 300/2000.

¹²⁷ V. N. PARISI, D. RINOLDI, *Pluralità di strumenti* ecc., cit, p. 261 ss.

¹²⁸ Si tratta della legge 5 ottobre 2001, n. 367, di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione dell'Accordo italo-svizzero del 10 settembre 1998, che completa fra le Parti la Convenzione (del Consiglio d'Europa) di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e ne agevola l'applicazione. L'Accordo bilaterale è stato ratificato dalla Svizzera solo il 26 marzo 2003, dopo perplessità manifestate dal governo di quel Paese a motivo delle innovazioni introdotte dall'Italia con la suddetta legge di adattamento ordinario: l'Ufficio federale della Giustizia ha ritenuto infine proprio che «svariate decisioni delle più alte autorità giudiziarie italiane hanno fugato i dubbi che sussistevano in merito all'interpretazione e all'applicazione da parte italiana dell'accordo aggiuntivo [alla Convenzione di Strasburgo del 1959] e della relativa legge di applicazione» (notizie in *Il Corriere del Ticino*, 27 marzo 2003, p. 11; *Il Sole 24 Ore*, 27 marzo 2003, p. 11).

¹²⁹ Senato della Repubblica, mozione approvata il 5 dicembre 2001 *sulla questione giustizia* (v. il testo anche nel sito <http://www.unife.it/amicuscuriae/rogatorie>); corsivo aggiunto.

¹³⁰ V. sinteticamente ma esaustivamente al proposito la sentenza della Corte costituzionale n. 1146 del 1988.

¹³¹ *Supra*, nota 125.

e prevedendo da un altro lato che

«Each Party shall provide effective, proportionate and dissuasive civil, administrative or criminal penalties».

Ci si è dunque subito domandati se a questa duplice responsabilità fosse in grado di far fronte una disciplina che ruota intorno a tre soluzioni normative: l'individuazione della soglia di punibilità sulla base di una «doppia franchigia»¹³²; le condizioni dell'azione organizzate sul doppio binario della procedibilità d'ufficio per la contravvenzione e su querela per il delitto, salvo che si tratti di società per azioni, per la quale si è disposta la procedibilità d'ufficio¹³³; il regime della prescrizione¹³⁴. Soprattutto la prima soluzione, concernente la soglia di punibilità, ha portato a sottolineare che «quando un legislatore fissa "soglie quantitative" per stabilire fin dove gli amministratori ... possono impunemente rubare e quando, invece, rischiano di passare (anche) ufficialmente per ladri, è la coscienza della società c.d. civile (quanto si fa per dire...) ad oscillare vertiginosamente, per segnare un'ora che non può essere che quella dell'*exitus* di quel Paese che di null'altro sembra più preoccuparsi se non di legalizzare l'illegalità permanente»¹³⁵.

In particolare, poi, i dubbi si concentrano, anche dopo la revisione della disciplina inizialmente introdotta in sostituzione di quella previgente¹³⁶, sull'idoneità della legge a rispettare l'obbligo di sanzionare in modo efficace, proporzionato e dissuasivo: obbligo che non è imposto allo Stato italiano dalla sola Convenzione OCSE ma anche dal diritto comunitario, vuoi perché la Corte di giustizia del Lussemburgo ha elaborato un principio giurisprudenziale di analogo contenuto¹³⁷, vuoi perché così esplicitamente dispone già l'art. 6 della prima direttiva di armonizzazione del diritto societario (n. 68/151/CEE) volta a stabilire, tra l'altro, un sistema generale di pubblicità degli atti sociali uniforme per tutto il

¹³² Escludendosi cioè la punibilità per false comunicazioni sociali ove la falsità o le omissioni non determinino il superamento di due soglie alternative (variazione del risultato economico di esercizio non superiore al 5%; variazione del patrimonio netto non superiore all'1%).

¹³³ Prevedendosi infatti contravvenzione per il caso di false comunicazioni sociali senza danno per i soci e i creditori e disponendosi per tale fattispecie la procedibilità d'ufficio; limitandosi invece il delitto al caso in cui la condotta determini un danno agli stessi, procedendosi per tale fattispecie su querela del danneggiato.

¹³⁴ A parte la disposizione intertemporale secondo la quale, per i reati perseguibili a querela commessi prima della data di entrata in vigore del decreto, il termine per la proposizione della querela decorre da tale data (art. 5), rileva la disciplina posta in via generale, che prevede un termine di prescrizione triennale (prolungato a quattro anni e sei mesi per fatti interruttivi: art. 2621 c.c.) per la contravvenzione, un termine di cinque anni elevabile a sette anni e sei mesi per il delitto, stabilendo altresì la decorrenza dal momento del compimento dell'atto e non dal momento della sua conoscenza da parte del titolato all'azione.

¹³⁵ A. CRESPI, *Il falso in bilancio e il pendolarismo delle coscienze*, in *Rivista delle società*, 2002, p. 458. V. anche G. FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, A.S.S.B.B.-U.C.S.C., Ciclo di conferenze e seminari «L'uomo e il denaro», Quaderno n. 15, 2006, p. 16 s.

¹³⁶ V. la legge n. 262 del 28 dicembre 2005 ("Legge sul risparmio") che fra l'altro introduce l'aggravante del *danno ai risparmiatori*, modificando l'art. 2622 c.c.

¹³⁷ Sentenza 21 settembre 1989, 68/88, *Commissione c. Grecia* ("Mais grec"), in *Raccolta*, 1989, p. 2965 ss.

territorio dell'Unione, in funzione di trasparenza e di tutela degli interessi dei soci e dei creditori¹³⁸. Certo la congruenza del diritto interno rispetto all'obbligo pattizio (anche discendente da attività dell'Unione europea) va verificata nel complesso dell'ordinamento giuridico nazionale in questione, dunque pure ricercando se altra disciplina, diversa da quella specificamente posta per l'osservanza dei vari strumenti vincolanti internazionali, consenta di pervenire a un giudizio di efficacia, proporzionalità e dissuasività degli strumenti sanzionatori e, più in generale, di adeguata rispondenza al dettato "esterno".

Appare dunque puntuale l'esigenza di conformare complessivamente l'ordinamento italiano alla decisione quadro 2003/568/GAI, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, quale prevista nella legge 25 febbraio 2008, n. 34 («Legge comunitaria 2007»)¹³⁹.

I «Principi e criteri direttivi di attuazione della decisione», di cui all'art. 29 della legge, così dispongono:

«Il Governo adotta il decreto legislativo recante le norme occorrenti per dare attuazione alla decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, (...) sulla base dei seguenti principi e criteri direttivi, realizzando il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti:

(a) introdurre nel libro II, Titolo VIII, capo II, del codice penale una fattispecie criminosa la quale punisca con la reclusione da uno a cinque anni la condotta di chi, nell'ambito di attività professionali, intenzionalmente sollecita o riceve, per sé o per un terzo, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura, oppure accetta la promessa di tale vantaggio, nello svolgimento di funzioni direttive o lavorative non meramente esecutive per conto di una entità del settore privato, per compiere o omettere un atto, in violazione di un dovere, sempreché tale condotta comporti o possa comportare distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali;

¹³⁸ Direttiva del 9 marzo 1968 *intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'art. 58, co. 2, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi* (GUCE L n. 65, 14 marzo 1968, p. 8 ss.). Vale la pena di ricordare in questa sede che la Corte di giustizia delle Comunità europee - interpellata da un giudice nazionale secondo la procedura del rinvio pregiudiziale (di cui *infra*, par. 3.6) sulla portata di alcune disposizioni della direttiva 68/151/CEE - ha affermato che l'art. 6 della direttiva stessa «va interpretato nel senso che esso osta alla legge di uno Stato membro che preveda solo per i soci, i creditori nonché la commissione interna centrale o la commissione interna della società il diritto di chiedere la sanzione prevista da tale normativa nazionale nel caso di mancato rispetto da parte di una società degli obblighi in materia di pubblicità dei conti annuali sanciti dalla prima direttiva», dal momento che «la pubblicità dei conti annuali mira principalmente (...) a consentire a qualsiasi interessato di ottenere informazioni (...)» sulla situazione contabile e finanziaria della società (sentenza 4 dicembre 1997, C-97/96, *Verband Deutscher Daihatsu*, in *Raccolta*, p. I-6843 ss., specific. par. 23 e par. 22).

¹³⁹ «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee»: v. l'art. 28, contenente «Delega al Governo per l'attuazione di decisioni quadro», fra cui (art. 28.1, lett. a) la decisione in oggetto.

(b) prevedere la punibilità con la stessa pena anche di colui che, intenzionalmente, nell'ambito di attività professionali, direttamente o tramite intermediario, dà, offre o promette il vantaggio di cui alla lettera a);
(c) introdurre fra i reati di cui alla sezione III del capo I del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, le fattispecie criminose di cui alle lettere a) e b), con la previsione di adeguate sanzioni pecuniarie e interdittive nei confronti delle entità nel cui interesse o vantaggio sia stato posto in essere il reato».

Il Governo attualmente in carica ha lasciato scadere i termini (di un anno) per l'emanazione del decreto di attuazione della decisione previsto dalla legge comunitaria emanata nella legislatura (XV: 2006-2008) precedente, non si può non sottolineare che il nostro Stato ha reso, al momento dell'approvazione della decisione quadro da parte del Consiglio dell'Unione europea (dunque nel 2003)¹⁴⁰, una dichiarazione, pur prevista dall'art. 3.2 dell'atto in questione, che limita il campo di applicazione dell'art. 2.1 «alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali»¹⁴¹.

La creazione di una complessiva fattispecie di reato, pur senza farsi soverchie illusioni sulla sua capacità immediata di contrasto nell'attuale contesto sociale¹⁴², colmerebbe una lacuna rispetto a un'alternante conformità del nostro ordinamento, per così dire a "macchia di leopardo" o in "chiaroscuro", alla decisione. Indicativa al riguardo è la tabella fornita dalla Commissione europea¹⁴³, dove per l'Italia risulta, in rapporto ai vari articoli dell'atto: assenza o insufficienza di informazioni quanto all'art. 1 relativamente alla nozione di persona giuridica e di «violazione di un dovere»; parziale attuazione quanto agli artt. 2 e 7; attuazione totale quanto agli artt. 3 e 4; nessuna attuazione quanto agli artt. 5 e 6¹⁴⁴.

Un completo adeguamento italiano determinerebbe poi vantaggi anche per l'attuazione di provvedimenti di consegna ai sensi del mandato d'arresto europeo, che esclude il reato di corruzione dalla verifica della sussistenza del requisito della doppia incriminazione¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Si trattava del Governo operante nel corso della XIV legislatura (2001-2006).

¹⁴¹ V. Relazione della Commissione al Consiglio a norma dell'art. 9 della decisione quadro 2003/58/GAI, 18 giugno 2008, COM(2007)328 def., in EUR-LEX-52007DC0328-IT, par.1 in fine (p. 3). La dichiarazione ha validità per cinque anni; l'Italia «potrebbe scegliere però di rimuovere questo limite» (v. M. CASTELLANETA, *Nell'attuazione delle decisioni quadro il Bel Paese mette a punto altri strumenti*, in *Guida al diritto*, n. 1/2008, specific. p. 19).

¹⁴² V. G. FORTI, *La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1115 ss.

¹⁴³ V. la Relazione cit. *supra*, nota 142, p. 8 s.

¹⁴⁴ Sui vari punti toccati dalla tabella sopra rammentata v. M. CASTELLANETA, *Nell'attuazione ecc.*, cit., pp. 19-21.

¹⁴⁵ Op. ult. cit., p. 19.

L'azione dell'Unione europea, e, nel suo ambito, specificamente delle Comunità europee¹⁴⁶, ha del resto finalmente portato l'Italia - ultima fra i quindici Stati membri aderenti, prima dei dodici ingressi del 2004 e del 2007 - ad adottare nella presente (XVI) legislatura la legge n. 135, del 4 agosto 2008, di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione del secondo Protocollo alla Convenzione relativa agli interessi finanziari delle Comunità. Proprio dal nostro Paese ha finito col dipendere l'entrata in vigore del Protocollo giacché (art. 16.3 dello stesso) essa è prevista «novanta giorni dopo la notifica (...) [dell'espletamento delle procedure interne di ratifica] da parte dello Stato membro dell'Unione europea al momento dell'adozione dell'atto che stabilisce il protocollo [1997], che procede per ultimo a detta formalità». Benché cada nel complesso di disposizioni internazionali elaborate a protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee, dunque pubblici, il Protocollo ha a che fare più in generale col nostro tema occupandosi di corruzione e frode quali delitti presupposti di riciclaggio, delitti che minano la stabilità dei sistemi finanziari specie se le condotte sono poste in essere da persone giuridiche¹⁴⁷.

Come osservato si occupa invece, puntualmente, di corruzione privata (artt. 12, 21-22 e 39) la Convenzione di Merida, per la cui stipulazione l'Italia ha adottato - come ricordato - una legge di autorizzazione alla ratifica, non avendo tuttavia ancora provveduto al suo deposito. In mancanza, parziale compensazione va ricondotta ad attività dell'Unione europea. Il 25 settembre 2008 è infatti intervenuta una decisione del Consiglio dell'Unione proprio relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione¹⁴⁸, che ai sensi del proprio art. 67.2 «shall also be open for signature by regional economic integration organisations provided that at least one member of such organisation has signed this Convention». Inoltre «[a] regional economic integration organisation may deposit its instrument of ratification, acceptance or approval if at least one of its Member States has done likewise. In that instrument (...) such organisation shall declare the extent of its competence with respect to the matters governed by this Convention» (art. 67.3). Conseguentemente, dal 12 dicembre 2008 l'Accordo in questione vincola la Comunità europea «nei limiti delle sue competenze»¹⁴⁹ e pertanto, entro quegli stessi limiti, vincola la Repubblica italiana, dalla quale in ogni caso ci si attende - nuovamente va sottolineato - un pronto adeguamento complessivo alla Convenzione.

¹⁴⁶ V. Deuxième rapport de la Commission, *Mise en oeuvre de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles (Art. 10 de la Convention)*, 14 février 2008, COM(2008)77 final, partic. p. 7.

¹⁴⁷ V. R[anieri]. RAZZANTE, *Anti riciclaggio, più responsabilità per le imprese*, ne *Il Sole 24 Ore*, 31 agosto 2008, p. 19.

¹⁴⁸ *GUUE* L n. 287, 29 ottobre 2008, p. 1 ss., col testo della Convenzione nelle lingue ufficiali inglese, francese e spagnolo.

¹⁴⁹ Decisione del 25 settembre 2008, 2008/810/CE, cit. *supra* nel testo, sesto considerando. Per la dichiarazione relativa all'ambito di competenza, ex art. 67.3 della Convenzione, v. p. 108 s. della *GUUE* cit. alla nota precedente. V. anche European Commission-External Relations, DG RELEX/B2 - Treaties Office, *Agreements with a Declaration of competence by the EC*, specific. p. 21 s. La «Date of Entry Into Force» per la Comunità è pubblicata in Treaty Office Database (European Commission/External Relations/Treaties Office).

Del resto al riguardo non si può non ricordare che il nostro Paese ha firmato la Convenzione di Merida nel 2003, dunque nel corso di quella XIV legislatura che vedeva il Governo sorretto da una maggioranza parlamentare di segno politico analogo a quella presente nell'attuale, XVI, legislatura, e comunque con l'incarico di Presidente del Consiglio dei Ministri ricoperto dalla medesima persona. Ciò consente di osservare che nulla dovrebbe impedire il perfezionamento della volontà italiana di obbligarsi direttamente e pienamente all'Accordo, e in ogni caso deve sottolinearsi il fatto che la Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei Trattati, ratificata ed eseguita dall'Italia ma anche espressiva di norme internazionali consuetudinarie, dunque generali, prevede l'obbligo, di buona fede (art. 18), di non privare un trattato del suo oggetto e del suo scopo prima dell'entrata in vigore. Così, uno Stato deve astenersi dal compiere atti suscettibili di tali conseguenze fra l'altro «when: (a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval»; tutto ciò, «until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty»¹⁵⁰. D'altro canto qualche dubbio può essere manifestato su vicende come quella che ha portato alla soppressione dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella Pubblica Amministrazione e al trasferimento delle sue funzioni al Ministero per la Pubblica Amministrazione e l'innovazione¹⁵¹. C'è da domandarsi, come già osservato, se l'Italia non pregiudichi l'obbligo (art. 6.2) di assicurare l'esistenza di organi di prevenzione della corruzione dotati dell'indipendenza necessaria a esercitare efficacemente le loro funzioni al riparo da ogni indebita influenza, in ogni caso dovendosi ulteriormente tenere conto del fatto che la competenza del nuovo Servizio anticorruzione e trasparenza non si estende al settore privato, di cui pure la Convenzione di Merida si occupa obbligando i contraenti ad adeguarsi alle proprie disposizioni.

Come per la Convenzione di Merida, è stato promosso il procedimento di ratifica (nella scorsa legislatura) anche delle due Convenzioni elaborate nell'ambito del Consiglio d'Europa e incidenti in materia di corruzione (le cosiddette Convenzioni penale e civile sulla corruzione), compresa quella privata, Convenzioni – di nuovo – ambedue a suo tempo firmate dall'Italia (nel 1999, nel corso della XIII legislatura: 1996/2001)¹⁵². Benché quel procedimento si sia interrotto per gli stessi motivi concernenti quello di mancata stipulazione della Convenzione delle Nazioni Unite sopra ricordato, almeno resta l'avvenuta

¹⁵⁰ Che si possa trattare di un obbligo consuetudinario è argomentabile tra l'altro sulla base di elementi della prassi internazionale quali il "ritiro della firma" operato dagli Stati Uniti d'America rispetto allo Statuto della Corte penale internazionale. Pur trattandosi di un soggetto internazionale non vincolato dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, dopo che il Presidente degli U.S.A. W.J. Clinton aveva autorizzato l'apposizione della firma in data 31 dicembre 2000 – allo scadere del suo secondo mandato presidenziale e nell'ultimo giorno utile per tale atto – il successore nella presidenza, G.W. Bush, ha disposto la revoca, evidentemente per ragioni politiche ma senza impedire di ritenere che sul piano giuridico ci si volesse liberare dell'obbligo di astenersi dal compiere atti che potessero privare lo Statuto della Corte dell'oggetto e dello scopo.

¹⁵¹ *Supra*, par. 2.

¹⁵² V. i disegni di legge, approvati dal Consiglio dei Ministri il 12 ottobre 2007, recanti rispettivamente «ratifica ed esecuzione della Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno», nonché «ratifica ed esecuzione della Convenzione civile sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 4 novembre 1999».

adesione del nostro Paese al "GRECO", cioè al Groupe d'Etats contre la corruption/Group of States against corruption del Consiglio d'Europa, con la partecipazione ai suoi lavori già dell'Alto Commissario anticorruzione e del Ministero della Giustizia a decorrere dalla riunione plenaria tenutasi a Strasburgo nell'ottobre del 2007¹⁵³.

Va comunque, infine, ulteriormente verificato se alcune tra le questioni antinomiche del tipo sopra adombrato possano essere risolte in tutto o in parte secondo percorsi logici che in generale devono essere utilizzati quando si tratti di ricostruire una disciplina giuridica che veda la confluenza di fonti interne e di fonti internazionalmente imposte. Da questo punto di vista rilevano sia criteri ermeneutici, sia principi che regolino la prevalenza di una fonte sull'altra¹⁵⁴.

3.4. Interpretazione conforme del diritto interno al diritto internazionale

Le considerazioni esposte al punto precedente pongono questioni che tutte si situano sul piano del rapporto tra fonti appartenenti a ordinamenti diversi, quello del singolo sistema pattizio considerato e quello nazionale nel suo complesso, con riferimento dunque sia alle norme adottate dal legislatore nazionale in piena autonomia, sia alle norme interne dettate dalle esigenze di un puntuale adempimento dei precetti convenzionali, sia infine alle disposizioni introdotte nell'occasione dell'esecuzione di un accordo internazionale ma indirizzate a riforme di più ampio respiro.

Ove la loro vigenza determinasse l'emergere in concreto di aspetti di antinomia (apparente o meno), la via per sanare il contrasto non può che essere ricercata in prima battuta sul piano ermeneutico, ricorrendo al principio della *presunzione di conformità* del diritto interno al diritto internazionale. In questa prospettiva, fra tutte le interpretazioni possibili di una disposizione che appartiene al primo sistema normativo si deve accogliere quella conforme a quanto dispone il secondo, nella presunzione appunto – già secondo l'insegnamento di Dionisio Anzilotti¹⁵⁵ – che il legislatore interno «voglia ed agisca in modo conforme a ciò che gli è imposto da' suoi doveri internazionali» sulla base di un criterio di ragionevolezza: abbia cioè la percezione dell'interesse «a essere in regola con i propri obblighi internazionali», non desiderando determinare il sorgere di responsabilità esterna per atto illecito.

Quest'approccio ha trovato ad esempio conferma nell'occasione di una antinomia, ritenuta possibile fra norme interne e internazionali, rispetto all'apprezzamento della portata della Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959 in relazione alle norme contenute nella legge di esecuzione e adattamento ordinario, n. 367/2001, relativa all'Accordo italo-svizzero che completa la Convenzione suddetta¹⁵⁶. La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi in tema di costituzionalità degli artt. 727.5-*bis* e 729.1 e 1-*bis* c.p.p., come modificati da quest'ultima legge, nonché dell'art. 18 di essa, motiva la manifesta inammissibilità della questione di legittimità sottopostagli dal Tribunale di

¹⁵³ Notizie al riguardo in www.anticorruzione.it/site/ArtId_580/355/DesktopDefault.aspx.

¹⁵⁴ *Infra*, parr. 3.4 e 3.6.

¹⁵⁵ *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905, p. 223.

¹⁵⁶ V. *supra*, nota 129.

Roma¹⁵⁷ sulla base dell'assunto che il giudice della remissione «prospetta essenzialmente un conflitto interpretativo tra gli enunciati testuali delle disposizioni legislative censurate e l'asserita prassi internazionale consolidata^[158], ponendo così in realtà una questione di mera interpretazione, per risolvere la quale non può rivolgersi alla Corte costituzionale, ma deve avvalersi di tutti gli strumenti ermeneutici applicabili, tra i quali, trattandosi di un accordo internazionale, anche i principi della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati»¹⁵⁹ (art. 31 ss.). La questione rilevante per il giudice *a quo* – continua la Corte – avrebbe dovuto essere affrontata verificando «se potessero adottarsi differenti interpretazioni delle norme censurate [...] le quali fossero in grado di risolvere la proposta questione»¹⁶⁰; è, dunque, proprio all'utilizzo del principio di conformità che la Corte richiama il giudice di merito. Del resto a questo stesso principio rinvia la Corte di giustizia delle Comunità europee quando, considerando le possibilità di applicazione in Italia di una decisione quadro non attuata e priva di efficacia diretta *ex art. 34.2, lett. c, del Trattato d'Unione*, essa afferma che «[i]l giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell'ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle, *par quanto possibile*, alla luce della lettera e dello scopo della detta decisione quadro»¹⁶¹.

La Corte di cassazione si è dal canto suo pronunciata a inizio 2007 su difformità d'applicazione della disciplina italiana, di attuazione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, relativamente alla consegna o non – da parte delle nostre autorità giudiziarie – di un imputato in dipendenza della condizione, prevista dalla legge n. 69 del 2005 ma non dalla decisione quadro, dell'esistenza nell'ordinamento in cui avviene la consegna di un limite massimo di custodia cautelare preventiva¹⁶². Sviluppando il principio di interpretazione conforme della normativa interna ai vincoli imposti dalla disciplina dell'Unione europea, la sentenza valuta che nell'ordinamento dove viene effettuata la consegna – cioè di emissione del mandato – sia necessaria la presenza, più che di termini rigidi di durata della custodia cautelare, di *garanzie equivalenti*, omogenee ma non necessariamente identiche, a quelle proprie dell'ordinamento che procede alla consegna. Il principio affermato ai sensi dell'art. 173, co. 3, delle disposizioni d'attuazione del codice di procedura penale è dunque che:

«in materia di mandato di arresto europeo, con riguardo alla previsione dell'art. 18 lett. e) della legge 22 aprile 2005, n. 69, che prevede un caso di rifiuto di consegna "se la legislazione dello Stato membro di emissione non prevede i limiti massimi della carcerazione preventiva", l'autorità giudiziaria

¹⁵⁷ Ordinanza del Tribunale di Roma, 7 novembre 2001 (*Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, n. 3/2002, prima serie speciale).

¹⁵⁸ La prassi cui il giudice costituzionale si riferisce (v. N. PARISI, D. RINOLDI, *Responsabilità d'impresa* ecc., cit., par. 2.c) è – con riferimento alla motivazione del giudice *a quo* – l'uso, consolidatosi nelle relazioni fra gli Stati che aderiscono alla Convenzione di Strasburgo del 1959 sull'assistenza giudiziaria penale, di ricorrere a modalità di trasmissione del materiale rogato più informali (cioè più spicce ma non per questo meno "garantiste") rispetto a quelle stabilite nell'art. 3.3 della stessa Convenzione.

¹⁵⁹ Ordinanza 4 luglio 2002, n. 315, confermata dall'ordinanza 20 novembre 2002, n. 487.

¹⁶⁰ Ordinanza 4 luglio 2002, cit.

¹⁶¹ Sentenza del 16 giugno 2005, in causa C-105/03, *Pupino*, in *Raccolta*, p. I-5285, punto 61 e ultimo capoverso del dispositivo (corsivo aggiunto).

¹⁶² Cass. pen. (sezz. un.), sentenza 30 gennaio 2007, n. 4614.

italiana deve verificare, ai fini della consegna, se nella legislazione dello Stato membro di emissione sia espressamente fissato un termine di durata della custodia cautelare fino alla sentenza di condanna di primo grado, o, in mancanza, se un limite temporale implicito sia comunque desumibile da altri meccanismi processuali che instaurino, obbligatoriamente e con scadenze predeterminate, un controllo giurisdizionale funzionale alla legittima prosecuzione della custodia cautelare o, in alternativa, alla estinzione della stessa»¹⁶³.

Beninteso, va ulteriormente sottolineato che, comunque, in generale le giurisdizioni nazionali

«should be empowered by their domestic legal order to interpret and apply international law with full independence (...) basing themselves on the methods followed by international tribunals»¹⁶⁴.

3.5. Principio di specialità e prevalenza interna del diritto pattizio

Allorché la supposta antinomia fra norma interna e norma internazionale non sia sanabile sul piano ermeneutico, grazie all'utilizzo del principio dell'interpretazione conforme, soccorre in seconda battuta il *principio di specialità*, utile ad assegnare la necessaria prevalenza alla norma di origine internazionale (cioè alla disposizione di sua esecuzione nello Stato) su quella interna confliggente. Tale principio vuole infatti che la disciplina nazionale di rango legislativo ceda il passo a quella pattizia alla cui attuazione si sia provveduto con norme di pari rango (giacché ai trattati l'ordinamento interno *abitualmente* si adegua con legge ordinaria, che oltretutto autorizza la ratifica dell'accordo): ciò sulla base della presunzione che il dettato pattizio sia il più idoneo a regolare rapporti che travalicano i confini nazionali e contemporaneamente in ossequio alla necessità primaria di non venire meno agli impegni assunti verso l'esterno con altri soggetti internazionali.

Questo principio è pedagogicamente espresso nell'ordinamento italiano, per limitarsi all'ambito penalistico, dall'art. 696 c.p.p. nonché dall'art. 13 c.p., che assegnano alle norme di origine meramente interna incidenti in materie regolate da accordi un ruolo sussidiario e complementare rispetto ad essi, ovviamente nelle materie da essi disciplinate e per quanto da essi disposto. Ne deriva che le sopra ricordate possibilità antinomiche fra norme interne di autonoma determinazione del legislatore nazionale e disciplina pattizia¹⁶⁵

¹⁶³ Corsivo aggiunto.

¹⁶⁴ Così l'art. I della risoluzione dell'*Institut de droit international* (sessione di Milano, 1993) su *L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat* (la risoluzione in lingua francese è pubblicata in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 930, corsivo aggiunto). Vi si sottolinea ulteriormente (4° considerando) che, «in order to attain within each State a correct application of international law through its own methods of interpretation within each State, it is appropriate to strengthen the independence of national courts in relation to the Executive and to promote better knowledge of international law by such courts».

¹⁶⁵ V. N. PARISI, D. RINOLDI, *Responsabilità ecc.*, cit., par. 2.c, a proposito della legge di adattamento ordinario approvata in occasione dell'emanazione del provvedimento di esecuzione (nonché di

perdono gran parte della propria rilevanza: deve infatti intendersi che le norme divergenti - nella lettera o nello spirito - dal disposto convenzionale siano state poste per regolare rapporti (di assistenza giudiziaria penale) extraconvenzionali, mentre per la disciplina degli stessi rapporti coperti dalla sopra citata Convenzione europea del 1959, oppure da qualsiasi altro strumento pattizio, sono questi strumenti a disporre la regolamentazione¹⁶⁶.

Ciò non significa concludere nel senso della assoluta intangibilità delle norme convenzionali. Può infatti ben essere effettuata la denuncia di un trattato, o il recesso da un'organizzazione intergovernativa stabilita sulla base di questo, purché ciò avvenga in modo esplicito e approvando in questo senso strumenti interni di pari rango rispetto a quelli a suo tempo adottati per l'adattamento interno all'accordo in questione. Tale facoltà di recesso o denuncia è comunque internazionalmente lecita quando rispettosa anzitutto del diritto internazionale generale e delle previsioni che gli stessi trattati solitamente contengono al riguardo. Infine la legge di esecuzione di una convenzione può essere caducata dalla Corte costituzionale - come eccezionalmente è accaduto - nella parte in cui, pur ossequiosa del disposto pattizio e anzi proprio in quanto di questo rispettosa, presenti verificati contrasti con principi e valori fondamentali dell'ordinamento interno¹⁶⁷.

3.6. Attività interpretativa della Corte di giustizia e norme costituzionali sull'osservanza del diritto pattizio e in particolare degli obblighi derivanti dalla partecipazione all'Unione europea

Nonostante l'indubbia utilità che il principio di specialità esercita per garantire la prevalenza della norma internazionale su quella interna, la giurisprudenza di merito e quella costituzionale hanno tentato in vario modo, cercando un aggancio nella Costituzione, di assegnare agli accordi (*rectius*: alle norme interne di loro esecuzione) una forza di resistenza maggiore nei confronti della legislazione ordinaria occasionata da una volontà di regolamentazione meramente nazionale. Si tratta di un'operazione riuscita egregiamente, sul piano concreto, per il diritto comunitario, la cui *diretta applicabilità* a fronte della normativa nazionale contrastante viene protetta - secondo la tradizionale giurisprudenza del giudice delle leggi¹⁶⁸ - dall'art. 11 della nostra Carta fondamentale, che comunque assicura complessivamente il primato dell'ordinamento dell'Unione europea sul diritto

autorizzazione alla ratifica) dell'Accordo italo-svizzero di assistenza giudiziaria penale (*supra*, nota 129).

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ Sulla possibilità dell'esistenza di una causa esimente dell'illecito internazionale, in presenza di un contrasto tra principi fondamentali della Costituzione nazionale e l'osservanza di una norma internazionale («sempre che non si tratti di una norma di *jus cogens*»), v. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, VI ed., p. 362 s.

¹⁶⁸ Com'è noto, a seguito della sentenza della Corte costituzionale 10 giugno 1984, n. 170, *Granital*, il controllo di costituzionalità nel caso di conflitto fra una norma di diritto comunitario suscettibile di esplicare effetti diretti e una norma interna contrastante, precedente o successiva, è affidato alla Corte costituzionale solo per il caso di frizione con i principi fondamentali del nostro ordinamento (v. *supra*, nota 131 e testo cui essa si riferisce), spettando al singolo giudice di merito garantire l'osservanza del diritto comunitario (ovvero - dopo la riforma di cui al Trattato di Lisbona - del diritto dell'Unione europea) *con effetti diretti*, non applicando la disposizione interna con esso contrastante.

interno. Ma si tratta di un'operazione alla quale non si può ricorrere per norme pattizie non rispondenti ai presupposti stabiliti dall'art. 11 della Costituzione (o comunque al di fuori della sua interpretazione ad opera della Corte costituzionale, che solo in riferimento alle Comunità europee ne ha letto il disposto concernente le «limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni»). Va poi considerata l'indispensabilità, per la complessiva disciplina emanata dall'Unione europea nell'ambito delle proprie competenze, di puntuali interventi normativi interni di adattamento che la rendano compiutamente efficace quando essa sia priva di effetti diretti: in questo senso va valutata - in adempimento allo stretto *principio di legalità* costituzionalmente stabilito nell'art. 25 - l'attività nazionale che disponga l'attuazione di norme dell'Unione suscettibili di incidere sul piano penale e che, come è il caso della decisione quadro (quella sul mandato d'arresto europeo; o quella sulla corruzione privata; o un'altra) non siano direttamente applicabili.

Ora, l'obbligo del legislatore italiano di rispettare i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» pattizi è oggi esplicitamente ricavabile dal nuovo art. 117 della Costituzione¹⁶⁹ (al diritto internazionale generale già l'art. 10 della Costituzione, com'è ben noto, fa esplicitamente riferimento). Dunque, di fronte a una possibile antinomia fra la norma pattizia (o di diritto derivato, anche non direttamente applicabile, dell'Unione europea) da una parte, e la legislazione d'origine meramente interna dall'altra parte, la via maestra sembra essere quella della proposizione della questione di costituzionalità al giudice delle leggi, al fine di accertare se la norma interna non rispetti tali vincoli e debba essere dunque espunta dall'ordinamento¹⁷⁰.

Resta certamente aperto il problema di accertare l'esatto significato della norma internazionale: com'è noto e come si diceva sopra, infatti, l'opera di interpretazione di questa è in genere rimessa alle giurisdizioni nazionali che vi procedono all'atto della sua applicazione, ciò comportando nei fatti un pericolo di diversificazione della sua portata nel tempo e nello spazio. Il problema dovrebbe essere considerato risolto in radice quando si tratti di interpretare il diritto dell'Unione europea, dal momento che i Trattati ad essa relativi hanno stabilito un sistema di interpretazione accentrato nella Corte di giustizia, sistema a cui di recente anche la nostra Corte costituzionale – almeno con riguardo ai

¹⁶⁹ V. legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, *Modifiche al titolo V della parte II della Costituzione*, in *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, 24 ottobre 2001, n. 248. Per una applicazione v. Corte costituzionale, sentenza n. 406 del 2005.

¹⁷⁰ Quanto alla prospettazione della violazione dell'art. 117 Cost. da parte delle nuove disposizioni italiane in materia di falso in bilancio, per contrasto con la Convenzione dell'OCSE sulla lotta alla corruzione nelle transazioni commerciali internazionali, a motivo dell' «introduzione di elevati elementi di discrezionalità che da un lato appaiono decisamente permissivi e dall'altro così generici da comportare una violazione del principio di stretta legalità», v. le notizie giornalistiche concernenti la memoria depositata dal P.M. nel processo *All Iberian* a supporto dell'eccezione di incostituzionalità presentata (*La Repubblica*, 6 dicembre 2002, p. 21). Ma si veda puntualmente: Trib. Milano, 3^a pen., ord. 12 febbraio 2003, *Berlusconi*; Trib. Palermo, uff. GIP, ord. 20 novembre 2002, in *Il falso in bilancio tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, a cura dell'Università di Napoli «Federico II» e dell'ELSA, convegno del 28 febbraio 2003, p. 65 ss.

ricorsi ad essa proposti in via principale – ha dimostrato di voler accedere¹⁷¹. E' questo peraltro il percorso logico seguito da alcune giurisdizioni di merito¹⁷² in relazione a un'ipotesi di antinomia fra le ricordate discipline, quella interna sul falso in bilancio e quella comunitaria in materia societaria: i giudici hanno infatti utilizzato la via del ricorso pregiudiziale al fine di conoscere l'esatta interpretazione da riservare a talune norme contenute in direttive comunitarie, così da poter infine interpretare in modo conforme ad esse le disposizioni italiane rilevanti nel caso di specie¹⁷³.

Vale da ultimo la pena di ricordare che l'obbligo di interpretare - fra diverse soluzioni in astratto possibili - il diritto nazionale in modo conforme al disposto comunitario è stato ribadito dalla Corte di giustizia delle Comunità¹⁷⁴ tra l'altro proprio in un caso di applicazione della direttiva 68/151/CEE di cui sopra si è detto¹⁷⁵.

4. La disciplina internazionale in materia di *whistleblowing*: gli strumenti pattizi

L'adattamento dell'ordinamento italiano agli strumenti convenzionali internazionali richiamati più sopra¹⁷⁶ ha determinato – come altri hanno rilevato – l'introduzione di «elementi di marcata discontinuità rispetto al precedente sistema» di contrasto alla corruzione¹⁷⁷. Già qui si è detto¹⁷⁸ di come fra questi elementi una posizione centrale sia occupata dal nuovo istituto della responsabilità degli enti dipendente da reati commessi da propri dipendenti situati in posizione apicale. Pure significativo, nell'articolazione di tale istituto, è il ruolo che sono destinati a giocare - nella ricostruzione di siffatta responsabilità - i modelli di organizzazione dell'ente finalizzati a prevenire la commissione dei reati, fra i quali le condotte di corruzione¹⁷⁹.

Di tali modelli si dirà brevemente più oltre¹⁸⁰. Ora qui interessa anzitutto rilevare come l'introduzione sul piano normativo della responsabilità dell'ente per fatti di corruzione

¹⁷¹ Artt. 234 e 68 del Trattato CE nonché 35 del Trattato di Unione. La menzione fatta nel testo alla Corte costituzionale concerne la sua ordinanza n. 103 del 2008.

¹⁷² V. Corte app. pen. Lecce, ord. 7 ottobre 2002, *Adelchi*; Trib. Milano, 1^a pen., ord. 6 ottobre 2002, *Berlusconi*; Trib. Milano, 4^a pen., ord. 29 ottobre 2002, *Dell'Utri e altri* (le ordinanze sono pubblicate in *Diritto & giustizia*, quotidiano *on-line*, 9 novembre 2002). L'ordinanza Trib. Milano, 2^a pen., 5 novembre 2002, ha viceversa rigettato la richiesta del P.M. di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (vedi sulla questione N. LETTIERI, *Falso in bilancio e diritto comunitario*, in *Diritto & giustizia*, 28 dicembre 2002, n. 46, p. 48 ss.).

¹⁷³ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi, Adelchi, Dell'Utri*, in *Raccolta*, p. I-3565 ss. *Supra*, nota 139, per un caso di ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia in materia analoga.

¹⁷⁴ Sentenza 13 novembre 1990, in causa n. 106/89, *Marleasing SA*, in *Raccolta*, p. 4135 ss.

¹⁷⁵ V. *supra* nel testo tra gli esponenti delle note 138 e 139.

¹⁷⁶ In par. 2.

¹⁷⁷ Così P. IELO, *Commissione Greco: dall'usura alla frode – verso una più ampia responsabilità degli enti*, in *Guida al diritto (Il Sole 24 Ore)*, Gennaio-Febbraio 2008, p. 22.

¹⁷⁸ *Supra*, par. 3.3.

¹⁷⁹ Anche in argomento la produzione dottrinale è assai vasta, ancorché la giurisprudenza italiana stia solo muovendo i primi passi: per esse si rimanda *supra*, alla nota 126 e *infra*, alla nota 183.

¹⁸⁰ Par. 4.4.

costituisca un buon esempio di adempimento del precetto convenzionale; occorre tuttavia domandarsi se – di fronte a una casistica in materia di corruzione che non cessa di preoccupare per le sue dimensioni e la sua diffusione – non si sia mancato di approntare una strumentazione più efficace sia sul piano normativo (da parte delle autorità nazionali), sia sul piano della *corporate control governance* (da parte delle imprese).

Sembra utile al proposito cogliere uno spunto proposto da ormai cospicua prassi interna e internazionale: quello che porta l'attenzione su norme (nazionali e internazionali) e modelli organizzativi di cui si sono dotati gli enti, che assegnano una funzione e offrono protezione a chi segnali all'interno dell'impresa fatti di corruzione (ovvero il rischio che tali fatti si producano) legati alla sua attività. Il fenomeno – sebbene non definito da norme internazionali in termini chiari ed univoci¹⁸¹ – prende ormai diffusamente il nome di *whistleblowing*, mutuandolo dalle legislazioni nazionali di stampo anglosassone adottate, già nella prima metà del secolo scorso, a protezione di colui che, anche in forma anonima, segnali fatti di illegalità¹⁸².

E' opportuno qui richiamare l'attenzione sul nesso strettissimo - pur evidente - fra *whistleblowing* e modello organizzativo dell'ente: non è contestabile, infatti, l'assunto secondo il quale, fra i requisiti di idoneità richiesti a tale modello, per esempio, dalla disciplina italiana ai fini di escludere la responsabilità dell'ente per condotte di corruzione messe in atto da persone situate in posizione apicale, un posto non trascurabile ricopre il modello culturale proposto dall'ente stesso; ed è pure indubbio che di tale modello culturale faccia parte integrante la condiscendenza, ovvero la condanna, della condotta illecita e, dunque, l'attitudine manifestata nei confronti di colui che di quel modello culturale si faccia, giorno dopo giorno, interprete¹⁸³. Dunque, il ruolo (e la relativa condizione) del *whistleblower* è questione centrale allorché si tratti di considerare i contenuti della disciplina giuridica relativa alla responsabilità dell'ente per condotte di corruzione.

¹⁸¹ Per un tentativo di definizione del fenomeno e della persona che segnala il fatto di corruzione v. le relazioni di Fabrizio GANDINI e di Roberto LATTANZI, *infra*, rispettivamente p. 93 ss. e p. 107 ss.; per una definizione internazionale del fenomeno, seppure contenuta in strumenti non di *hard law*, v. PARLIAMENTARY ASSEMBLY-ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE (del Consiglio d'Europa), *The protection of "whistleblowers"*, Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, 14 September 2009, Rapporteur Mr. P. Omtzigt, Doc. 12006, specific. punti da 16 a 23.

¹⁸² Una esauriente rassegna sintetica dello stato delle più moderne legislazioni nazionali in materia di *whistleblowing* è ora in PARLIAMENTARY ASSEMBLY-ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE, *The protection of "whistleblowers"*, cit., specific. punti da 24 a 109. V. anche cenni in D. AUGUADRI, *Whistleblowing: opportunità o semplice alibi?*, in *Quaderno del Centro studi bancari-US SA Lugano*, No. 28, ottobre 2007, par. 5.

¹⁸³ «Detto altrimenti, un modello è *idoneo* se è in grado di affermare una cultura di impresa che favorisce l'autonomia e il giudizio indipendente di ciascun individuo, affinché questi sia capace, *senza doversi per ciò stesso escludere dall'impresa*, di contrastare l'eventuale insorgere di comportamenti illeciti e di opporre resistenza alle eventuali pressioni»: così M. GRILLO, *La teoria economica dell'impresa e la responsabilità della persona giuridica: considerazioni in merito ai modelli di organizzazione ai sensi del d. lgs. n. 231/2001*, in corso di pubblicazione in *Analisi giur. dell'econ.*, n. 2/2009 (p. 7 del dattiloscritto; corsivo nel testo).

L'impulso a provvedere in questa direzione viene oggi dalle organizzazioni internazionali alle quali l'Italia partecipa e dagli strumenti – di *hard* e di *soft law* – adottati in quelle sedi.

4.1. (segue) a livello universale (le Nazioni Unite e l'Organizzazione internazionale del lavoro)

Senza pretesa alcuna di completezza si segnalano, anzitutto, gli sforzi compiuti a livello universale nel quadro delle Nazioni Unite e della sua istituzione specializzata specificamente indirizzata a conseguire la pace e la sicurezza fra le nazioni intervenendo sulle condizioni lavorative delle persone, l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL).

Quanto al primo dei due enti, nel suo quadro e per sua iniziativa è, come noto, maturata la stipulazione della Convenzione di Merida del 2003: essa contiene, all'art. 33, una disposizione con la quale gli Stati contraenti manifestano l'intenzione di inserire - «*shall consider incorporating*» - nel proprio sistema giuridico le misure appropriate per proteggere da trattamenti ingiustificati coloro che, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, segnalino alle autorità competenti fatti concernenti reati ricompresi nell'ambito di applicazione della Convenzione stessa. L'OIL, da parte sua, ha adottato la Convenzione "*on Termination of Employment*", la quale riporta una disposizione analoga a quella contenuta nella Convenzione di Merida¹⁸⁴.

Si tratta, in ambedue i casi, di norme di *soft law*, poiché inadeguate ad imporre agli Stati l'obbligo di procedere in materia; tuttavia è già significativa la loro presenza in strumenti convenzionali a portata universale; strumenti che, per questa loro portata, rappresentano il risultato di mediazioni fra valori, tradizioni, principi - ma pure interessi - anche molto divergenti.

La cultura della trasparenza sembra aver messo radici anche all'interno dell'Organizzazione stessa, la quale ha valutato la necessità di dotare se stessa di un *UN Model* sulle "*Best Practices on Whistleblowing*" a fini di protezione delle persone che segnalino irregolarità ed illegalità nel funzionamento dell'ente¹⁸⁵.

4.2. (segue) adottati nel contesto euro-atlantico (l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico)

A livello continentale euro-atlantico, rispetto a quanto appena descritto qualche progresso si è fatto con la Convenzione OCSE del 1997: a integrazione dell'art. 2 introduttivo del principio della responsabilità delle persone giuridiche, dell'art. 5 che attiene alla fase dell' *enforcement*, nonché della *1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions*, l'interesse dell'OCSE per il *whistleblowing* si è manifestato in via di prassi, esprimendosi per esempio nelle *Guidelines for Multinational Enterprises* (Parigi, 2000)¹⁸⁶ e nei *Principles of Corporate Governance* (Parigi, 2004)¹⁸⁷; nei

¹⁸⁴ OIL Convention n. 158, del 14 febbraio 1997.

¹⁸⁵ In vigore dal 1° gennaio 2006: ST/SGB/2005/21, <http://www.un.org/reform/stsqb200521eng.pdf>.

¹⁸⁶ V. www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf, Ch. II, item 9.

¹⁸⁷ Si rinvia a www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf.

rapporti redatti annualmente dai "Punti di contatto nazionali" (PCN) sull'attuazione delle *Guidelines*¹⁸⁸, nonché dal suo *Working Group on Bribery in International Business Transactions (WGB)*¹⁸⁹, il cui potere di controllo si manifesta in rapporti e raccomandazioni indirizzate agli Stati parti, per suggerire interventi volti a rendere il tessuto normativo nazionale più aderente alla Convenzione del 1977¹⁹⁰.

4.3. (segue) adottati specificamente nell'ambito dell'integrazione regionale europea (il Consiglio d'Europa e l'Unione europea)

Gli strumenti convenzionali aperti alla firma nel quadro del Consiglio d'Europa manifestano come a livello strettamente regionale la collaborazione normalmente sortisce effetti maggiormente stringenti anche per le situazioni che qui specificamente interessano. La cooperazione avviata - per l'ambito europeo¹⁹¹ - in materia di contrasto alla corruzione si segnala infatti per iniziative finalmente più incisive: sia la *Criminal Law Convention* che la *Civil Law Convention* contengono una disposizione - rispettivamente nell'art. 22 e nell'art. 9 - che vincola le Parti contraenti a dotarsi di una legislazione a protezione di colui che segnali in buona fede («*in good faith*») fatti, essendosi ragionevolmente («*reasonable grounds*») formato la convinzione di prassi o episodi corruttivi legati all'attività dell'ente¹⁹².

In sede di adempimento degli obblighi convenzionali che gravano sugli Stati membri del Consiglio d'Europa in ordine al contrasto di pratiche corruttive funziona, come già ricordato, il GRECO, che in più occasioni ha avuto modo di affrontare la questione, sia in una prospettiva generale¹⁹³ sia, più puntualmente, nell'occasione della valutazione delle misure adottate dai singoli Stati membri dell'Organizzazione (in quanto componenti del GRECO stesso)¹⁹⁴.

Nel quadro dell'Unione europea, disposizioni vincolanti indirizzate agli Stati membri non sono state ancora adottate; lo studio del problema è tuttavia in una fase assai avanzata, percorrendo la duplice via già seguita in ambito universale: da una parte si lavora - nel quadro delle politiche messe in campo per fare dell'Unione uno spazio di

¹⁸⁸ OECD-OCDE, *Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2005 - Annual Meeting*, Annex 6, p. 82.

¹⁸⁹ Per considerazioni in generale sulla problematica del *whistleblowing* v. OECD-OCDE-DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS, *Mid-term Study of Phase 2 Reports. Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions*, 22 May 2006, punto 554 (v. anche *infra*, par. 5).

¹⁹⁰ Sul punto in relazione agli adempimenti italiani v. *infra*, par. 5.

¹⁹¹ Peraltro già si è avuto modo di ricordare (*supra*, par. 2) come anche altri ambiti regionali siano riusciti ad enucleare convenzioni in materia di contrasto della corruzione; anch'esse contengono disposizioni a tutela del *whistleblower*: segnalo l'art. III, sect 8, dell'Inter-American Convention against Corruption, del 29 marzo 1996 e l'art. 5 dell'African Union Convention on Prevention and Combating Corruption, dell'14 luglio 2003.

¹⁹² Le citazioni sono contenute nell'art. 9 Civil Law Conv.

¹⁹³ V. esemplificativamente il *Seventh General Activity Report (2006)*, p. 10, www.coe.int/greco.

¹⁹⁴ Per le valutazioni dell'organo internazionale di controllo costituito in seno al Consiglio d'Europa relative all'ordinamento italiano v. *infra*, par. 5.

libertà, sicurezza e giustizia – ai fini dell’armonizzazione delle disposizioni nazionali a tutela del *whistleblower*; da un’altra parte, si tenta di informare il funzionamento dell’Unione al principio di trasparenza e corretta amministrazione, dotando il suo ordinamento di una disciplina sulla funzione pubblica europea in linea con essi.

Sul primo fronte si segnala la ferma presa di posizione della Commissione che – nel redigere le linee di una “Politica globale dell’UE contro la corruzione” – individua, fra le iniziative in materia di prevenzione, la necessità di

«stimolare (...) il necessario dialogo (...) tra il settore pubblico ed il settore privato» di modo che «le imprese dispo[ngano] di chiare norme per la denuncia delle irregolarità (...stabiliscano, cioè, la procedura che un dipendente deve seguire qualora venga a conoscenza di una condotta corruttiva all’interno della società)»;

e in modo che le imprese si dotino di

«misure di formazione e di controllo dell’applicazione di tali norme, al fine di trasmettere il messaggio inequivocabile che la corruzione è un fenomeno inaccettabile e di incoraggiare i dipendenti a denunciare tali pratiche»¹⁹⁵.

Sul secondo fronte – e partendo dalla convinzione che

«any organisation only exists because of the fundamental conventions, including laws and ethics, of a society»;

che

«[t]his applies to public administration as well as to private companies» e che «it will be necessary to study “a right to report”»,

con tutte le implicazioni che ciò determina¹⁹⁶ - nell’Unione europea è emersa la volontà di procedere alla revisione delle disposizioni oggi ivi vigenti, comprese quelle contenute negli *Staff Regulations*¹⁹⁷, proprio in relazione alla miglior protezione del *whistleblower*¹⁹⁸.

4.4. L’influenza delle norme internazionali sui modelli di organizzazione dell’attività d’impresa

La duplice direzione imboccata dalla disciplina prodotta dalle organizzazioni internazionali – l’una indirizzata all’esterno, verso gli Stati membri, per indirizzarne

¹⁹⁵ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale, 28 maggio 2003, punto 6, lett. d), ii.

¹⁹⁶ Così EUROPEAN PARLIAMENT-BUDGETARY SUPPORT UNIT-BUDGETARY AFFAIRS, *Whistleblowing Rules: Best Practices, Assessment and Revision of Rules Existing in EU Institutions - Study*, IP/D/CONT/ST/2005-58, 12 maggio 2006, rispettivamente pp. i) e iv).

¹⁹⁷ Artt. 22a) e 22b).

¹⁹⁸ EUROPEAN PARLIAMENT-BUDGETARY SUPPORT UNIT-BUDGETARY AFFAIRS, *Whistleblowing Rules: Best Practices*, ecc., cit., p. 49.

l'armonizzazione sul piano normativo; l'altra destinata al proprio ordinamento interno, per valorizzare il principio di trasparenza e di *good governance* – ha sortito effetti di ricaduta che si reputano positivi anche al livello dell'organizzazione dell'attività di impresa, traducendosi in modalità di contrasto delle condotte di corruzione che oggi sembrano far parte della cosiddetta «cultura d'impresa» di molti enti. Con questa espressione ci si intende riferire al sistema codificato di norme sociali che, costituendo la trama della struttura gerarchica di un'organizzazione, vincolano tutti i soggetti appartenenti ad essa¹⁹⁹.

Nel valutare l'adempimento degli operatori alla (talvolta assai pregevole, come è il caso italiano) disciplina nazionale di adattamento degli ordinamenti nazionali alle norme internazionali in materia di responsabilità dell'ente per condotte di corruzione, si può infatti ricavare qualche motivo di soddisfazione, guardando al carico fattosi direttamente dalle imprese allo scopo di attenuare (se non addirittura escludere) la responsabilità interna per condotte di corruzione²⁰⁰, introducendo il contrasto a quest'ultime nei propri *codici di condotta*, a loro volta da inserire nella più ampia *responsabilità sociale d'impresa* in via di sempre maggiore affermazione ed espansione²⁰¹.

Gli enti si sono peraltro dimostrati recettivi anche nei confronti di sollecitazioni direttamente provenienti dalle organizzazioni internazionali. E' questa la situazione che si è venuta a determinare quando le Nazioni Unite hanno suggerito la condivisione di un progetto denominato *Global Compact*²⁰². Si tratta di una proposta che «cerca di promuovere una *cittadinanza d'impresa responsabile*», per contribuire a «un'economia globale più inclusiva e più sostenibile»: «è un'iniziativa volontaria» e «non è uno strumento regolatore», giacché «non impone e non controlla il comportamento o le attività delle imprese. Piuttosto (...) confida sull'opinione pubblica, sulla trasparenza e su una nuova consapevolezza degli interessi individuali delle imprese, del mondo del lavoro e della società civile»²⁰³. *Il Global Compact* propone, dunque, agli enti l'accoglimento di dieci

¹⁹⁹ Per la definizione qui accolta di cultura d'impresa e per approfondimenti in merito all'organizzazione dell'ente in relazione ad essa rinvio al solo D. KREPS, *Corporate Culture and Economic Theory*, in J. ALT, K. SHEPBLE (Eds.), *Perspectives on Political Economy*, Cambridge, 1990, p. 30 ss.

²⁰⁰ Sull'applicazione di una misura interdittiva nei confronti di una società responsabile di non aver adeguatamente vigilato sull'osservanza del modello di organizzazione predisposto al fine di prevenire la commissione di reati da parte di suoi funzionari, a nulla rilevando l'adozione da parte dell'ente di misure riparatorie (risarcimento) nei confronti del diretto destinatario dell'attività illecita (perché resta il profitto conseguito ai reati commessi), v. Trib. Milano, Uff. GIP, ord. 27 aprile 2004, in *Guida al Diritto*, n. 19/2004, p. 72 ss.

²⁰¹ V. F. BORGIA, *La responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, Napoli, 2007, ma anche l'ampio dossier pubblicato in tema di responsabilità sociale d'impresa ne *Il Sole 24 Ore* del 6 novembre 2007. Adde G. CAPECCHI, *Le Sentencing Guidelines for Organizations e i profili di responsabilità delle imprese nell'esperienza statunitense*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 465 ss.; E. AMODIO, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1287 ss.; A. BONFANTI, *Diritti umani e imprese multinazionali nei lavori del Rappresentante speciale del Segretario generale delle Nazioni Unite*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 131 ss. V. infine E. MOSTACCI, *La Soft Law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova 2008.

²⁰² Lanciato dalle N.U. il 16 luglio 2000 (per esso v. i siti citati che nelle note che seguono si indicano).

²⁰³ www.globalcompactitalia.org/globalcompact/cosa.php; corsivo aggiunto.

principi valutati come universali, tra cui quello relativo alla *lotta alla corruzione*²⁰⁴. Tale principio recita: «Le imprese si impegnano a contrastare la corruzione in ogni sua forma, incluse l'estorsione e le tangenti»²⁰⁵.

A partire dal medesimo assunto espresso a proposito dell'esigenza di incidere sull'organizzazione della propria amministrazione pubblica²⁰⁶, merita di essere anche ricordata la promozione da parte della Commissione dell'Unione europea di un *network (CSR-Corporate Social Responsibility-Europe)* comprendente società commerciali multinazionali e imprese nazionali, con lo scopo di realizzare una serie di progetti di cooperazione su «temi come la riduzione dell'impatto ambientale dei prodotti e dei processi industriali, la promozione della salute e del benessere dei dipendenti sul posto di lavoro e la discussione di questioni sociali e ambientali nella catena di fornitura»²⁰⁷. Da «strumento per la gestione del rischio e della reputazione, la CSR sta diventando un mezzo per la creazione di valore»²⁰⁸, inserendosi così a pieno titolo nel dibattito sul modello organizzativo dell'attività di impresa anche in funzione di contrasto di condotte di corruzione.

5. Le difficoltà nell'adeguamento interno alle disposizioni internazionali elaborate in materia

Come affermato esplicitamente dal WGB dell'OCSE, «le legislazioni nazionali [degli Stati membri dell'Organizzazione] non riescono a predisporre un regime che offra adeguate salvaguardie ai dipendenti che si trovino a dover fronteggiare situazioni complesse»²⁰⁹.

Questa situazione ha alla radice alcuni fattori. Si tratta anzitutto dell'esito di resistenze che gli Stati esercitano nei confronti dell'esatto adempimento degli obblighi internazionali in materia di *whistleblowing*: esso è ignoto alla gran parte degli ordinamenti nazionali; addirittura, sembra a taluni di essi non solo estraneo ma anche contraddittorio rispetto al tessuto culturale della società civile sottostante²¹⁰. Interviene, di conseguenza, anche l'assenza di volontà politica degli Stati di dare, all'interno delle organizzazioni internazionali cui partecipano, l'impulso necessario all'adozione di norme vincolanti utili a indirizzare a propria volta l'attività normativa nazionale.

Si tratta, poi, di concrete, fondate difficoltà di far propria la norma internazionale che spesso, anche quando vincolante, è redatta in modo vago: il ricorso a espressioni quali

²⁰⁴ Oltre ad altri: sui diritti umani (due principi); sul lavoro (quattro principi); sull'ambiente (tre principi).

²⁰⁵ Si rinvia a www.globalcompactitalia.org/globalcompact/come-aderore.php; nonché a www.globalcompactitalia.org/globalcompact/i9principi.php.

²⁰⁶ Si veda ancora una volta PARLIAMENT-BUDGETARY SUPPORT UNIT-BUDGETARY AFFAIRS, *Whistleblowing Rules*, ecc., cit. (in nota 197), p. i).

²⁰⁷ www.csreurope.org/toolbox.

²⁰⁸ V. www.csreurope.org/toolbox, relativamente allo «Strumento per un'Europa competitiva e responsabile»; www.csreurope.org; nonché, sull'*European Alliance for CSR* di cui *CSR Europe* è *partner* "chiave", www.csreurope.org/alliance.

²⁰⁹ OECD-DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS, *Mid-Term Report of Phase 2 Reports*, 22 May 2006, par. 554.

²¹⁰ V. a proposito dell'attitudine culturale italiana *infra*, nel testo all'altezza dell'esponente di nota 215.

quelle di «*reasonable grounds*» posti a fondamento della decisione del dipendente di riferire²¹¹, «*effective and appropriate protection*» di quest'ultimo²¹², accompagnate alla mancanza di una definizione condivisa del *whistleblowing*, nell'implicare una grande elasticità, accordano all'interprete chiamato ad applicare la norma un margine di discrezionalità suscettibile di radicare trattamenti differenziati, abusi, valutazioni non equilibrate dell'evento: in una parola di fallire l'obiettivo. Spetta infatti alle legislazioni nazionali l'adempimento puntuale delle norme convenzionali, anche con un'attività integrativa di esse che comunque sia indirizzata a valorizzare la finalità di armonizzazione internazionale da esse naturalmente perseguita.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano: già l' "Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione" aveva segnalato

«l'urgenza di avviare una compiuta riflessione sul problema della adeguata protezione delle persone che comunicano informazioni (cd. "*whistleblowers*"), (...), che costituisca[un aspetto per il quale] (...) non è rinvenibile nel nostro ordinamento un'adeguata disciplina»²¹³.

Anche a livello internazionale l'assetto normativo italiano è valutato come carente.

Quanto alle risultanze dell'attività di controllo del *Working Group on Bribery* (WGB) dell'OCSE, in via generale è emersa la convinzione che

«whistleblowing is not ingrained in the Italian culture because it is linked to the historical concept of "*delazione*" (informers)»²¹⁴.

Più nello specifico, nel corso della cosiddetta "Phase 2" del controllo, il WGB ha raccomandato

«that Italy consider introducing stronger measures to protect employees who report suspicious facts involving bribery in order to encourage them to respect such facts without fear of retribution»²¹⁵.

Nell'occasione, poi, del primo *follow-up* relativo all'adempimento degli obblighi convenzionali e delle raccomandazioni adottate nel quadro dell'Organizzazione, la stessa autorità di controllo ha accertato che l'Italia risulta non aver dato alcun seguito al suggerimento proposto dal WGB²¹⁶. Da ultimo l'Italia, essendosi impegnata a dare risposta entro un anno da tale ricognizione, rileva come essa – nonostante

²¹¹ V. artt. 9 Conv. OCSE e 9 Civil Law Conv.

²¹² V. art. 22 Crim. Law Conv.

²¹³ *Relazione II semestre 2007*, Roma, gennaio 2008, p. 47.

²¹⁴ OECD-DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISES AFFAIRS/WGB, *Italy: Phase 2. Report on the application of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions*, 29 November 2004, punto 49 (il corsivo è nel testo).

²¹⁵ Recommendation No. 2, in *Report* ult. cit.

²¹⁶ OECD-DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISES AFFAIRS/WGB, *Italy: Phase 2. Follow-up Report on the implementation of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international*

«is of the view that current domestic labour law (*Statuto dei Lavoratori*) would be sufficient to protect whistleblowers from wrongful dismissal» -

abbia perfezionato, per iniziativa dell'Alto Commissario contro la corruzione, uno studio «on measures that can be undertaken (...) to comprehensively develop whistleblowing protection (...);»

lo abbia sottoposto ai Ministri della giustizia e degli affari esteri; si sia risolta, infine, a valutare l'utilità di adottare, a completamento dello Statuto dei lavoratori, «provision such as the one envisaged by the US Law (i.e. section 806 of the Sarbanes-Oxley Act) or the one envisaged by the Slovak Labour Code (section 13)»²¹⁷.

Più di recente il GRECO ha reso noto il proprio rapporto sull'adempimento da parte dell'Italia degli obblighi convenzionali promossi dal Consiglio d'Europa in materia di contrasto alla corruzione internazionale²¹⁸: la diciottesima delle ventidue raccomandazioni indirizzate all'amministrazione nazionale si situa sulla stessa lunghezza d'onda, poiché suggerisce di

«that an adequate system of protection for those who, in good faith, report suspicions of corruption within public administration (whistleblowers) be instituted»²¹⁹:

è vero infatti che

«An important tool in the fight against corruption is the understood obligation of public officials to report corruption when they become aware of it in the course of their duties»;

tuttavia,

«[w]hile Italy has a provision of law which requires an official to report certain crimes, there are no standards or procedures in place to protect that official from reprisals for having made that report; it provides no "whistleblower" protection. There are provisions for witness protection for certain crimes, but that is clearly not the same as whistleblower protection»²²⁰.

business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions, 23 March 2007, pp. 5 e 10.

²¹⁷ *Follow-up from Italy on the Implementation of Specific Phase 2 Recommendations*, March 2008 (il corsivo è nel testo).

²¹⁸ GRECO-DIRECTORATE GÉNÉRAL OF HUMAN RIGHTS AND LEGAL AFFAIRS-DIRECTORATE OF MONITORING, *Joint First and Second Evaluation Round-Evaluation report on Italy*, Strasbourg, 2 July 2009, Public Greco Eval I/II Rep (2008) 2E.

²¹⁹ Doc. ult. cit., p. 60.

²²⁰ Doc. ult. cit., punto 156.

6. La complessità delle situazioni coinvolte nella regolamentazione del whistleblowing

La rassegna è stata rapidissima, ma non a caso: ciò che si ha di mira in questa introduzione ai lavori della giornata non è tanto la disamina dei problemi sottostanti al fenomeno del *whistleblowing* – ciò che invece compete ai relatori che seguiranno -, quanto manifestare come le situazioni nelle quali si trova coinvolto il *whistleblower* presentino aspetti di grande complessità è evidente, allorché si osservi come esse siano suscettibili di scatenare conflitti di interesse e di coinvolgere lealtà dovute a situazioni e *status* tutti in astratto di pari valenza, ma percorsi da tensioni reciproche.

La disciplina chiamata a intervenire in materia deve infatti, da una parte, per esempio di preservare l'integrità dell'ente, l'autorità dei pubblici poteri, la reputazione di persone che si pretende essere responsabili di condotte corruttive; dall'altra, e sempre esemplificativamente, garantire la libertà di espressione del singolo che riferisce di fatti e condotte e, insieme, il diritto al rispetto della sua sfera di riservatezza; il rispetto dei diritti di tutti gli "attori" coinvolti nel procedimento; il diritto della collettività ad essere informata di fatti che hanno conseguenze sul corretto funzionamento di enti privati e istituzioni pubbliche; infine e complessivamente: la preservazione delle caratteristiche di democraticità di una società.

Si comprende anche perché a livello internazionale sia il contesto giuridico europeo ad esprimere già oggi valutazioni significative in materia: è questo infatti un "ambiente" giuridico presidiato da uno strumento di protezione dei diritti della persona - la Corte europea dei diritti dell'uomo nata dall'adempimento della Convenzione di Roma del 4 novembre 1950 intitolata alla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – che si segnala per la sua singolarità e per l'incisività (negli ordinamenti interni degli Stati che l'hanno fondata) della sua giurisprudenza; nonché da un processo di integrazione fra Stati sul piano giuridico, sociale ed economico – governato dall'Unione europea - assai originale e penetrante (sempre negli ordinamenti degli Stati cui esso si indirizza), a motivo dell'efficacia talvolta anche diretta dell'attività normativa delle istituzioni, la quale gode comunque di primazia entro gli ordinamenti degli Stati membri.

6.1. Il whistleblower fra libertà di espressione e obbligo di lealtà, discrezione e riservatezza nei confronti dell'ente di appartenenza

Una prima difficile questione si pone quando si tratti di attuare un bilanciamento fra il diritto dell'ente a pretendere fedeltà, riservatezza e discrezione da parte dei propri dipendenti (funzionale al mantenimento dell'integrità dell'ente, ovvero - quando si tratti di persona pubblica - dell'autorità di esso) e il diritto alla libertà di espressione in tutte le sue dimensioni (in quella che si definisce attiva: la libertà del singolo di esprimere il proprio pensiero, anche divulgando informazioni interne all'ente alle cui dipendenze lavora; come in quella che si definisce passiva: il diritto della collettività di conoscere informazioni che ricoprono un interesse pubblico).

La questione è stata di recente affrontata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo²²¹ e risolta alla luce del *test* necessità e proporzionalità (nel contesto di una società democratica), come richiesto dal comma 2 dell'art. 10 della Convenzione di Roma appena sopra richiamata.

Nel caso di specie la Corte ha anzitutto valutato se il ricorrente avesse avuto a disposizione canali diversi da quelli utilizzati (gli organi di stampa) per rendere note lettere riservate indirizzate ad esponenti di autorità pubbliche (appartenenti all'ufficio del Procuratore generale); se le informazioni divulgate fossero ragionevolmente fondate; se egli fosse in buona fede, cioè mosso non da interessi personali, quanto piuttosto dalla volontà di rendere pubblici fatti di corruzione e di "traffico d'influenza"²²². L'indagine fattuale ha fatto dichiarare alla Corte il buon titolo del ricorrente a riferire in materia.

La Corte ha poi valutato il diritto della collettività a essere messa al corrente di fatti pregiudizievoli per il corretto funzionamento di una società democratica: nel caso reso noto dal ricorrente si trattava di fatti capaci di alterare il funzionamento del principio della separazione dei poteri, concretatisi in atteggiamenti indebiti di esponenti politici e pressioni degli organi di polizia nei confronti dell'autorità giudiziaria ai fini del non esercizio dell'azione penale nei confronti di persone che si ritenevano *prima facie* responsabili di illegale detenzione e di trattamenti indebiti nei confronti di individui soggetti a limitazioni della libertà personale²²³.

Essa ha poi verificato se la divulgazione di tale ultima situazione dovesse cedere il passo di fronte all'esigenza di non arrecare un danno d'immagine all'integrità del potere giudiziario, concludendo nel senso che la funzione giurisdizionale ricopre un ruolo così importante in una società democratica da richiedere che la fiducia nelle modalità dell'amministrazione della giustizia debba essere garantita, anche tramite il dibattito di fatti di pubblico interesse.

La Corte europea ha, infine, valutato la non proporzionalità della sanzione inflitta al ricorrente (il licenziamento) per essersi appropriato (letteralmente: «*stolen*») e aver divulgato le informazioni riservate in possesso dell'ente alle cui dipendenze egli lavorava²²⁴; concludendo infine per la non necessità di una tale ingerenza nel diritto dello stesso alla libertà di espressione²²⁵ e, dunque, per la violazione della norma convenzionale che la tutela.

6.2. Il trattamento dei dati personali e la tutela dei diritti degli individui coinvolti nel fatto di whistleblowing

Un secondo terreno di conflitto fra diritto a comunicare condotte o fatti (ovvero rischi di essi) corruttivi entro l'ente e diritti delle persone a vario titolo coinvolte nella situazione è quello che si situa sul piano del rispetto del diritto alla riservatezza a fronte dell'esigenza di "trattare" i dati relativi all'evento (ed alle modalità del loro trattamento).

²²¹ Sentenza 12 febbraio 2008, *Guja v. Moldova*, ric. n. 14272/04.

²²² Rispettivamente parr. 80-84, 89 e 92-94 sent. ult. cit.

²²³ Parr. 85-88 sent. ult. cit.

²²⁴ Parr. 95-96 sent. ult. cit.

²²⁵ Par. 97 sent. ult. cit.

Esemplificando soltanto – e rinviando a chi in modo assai più competente affronterà *ex professo* la materia²²⁶ -, si richiamano qui i problemi relativi alla liceità, proporzionalità, sicurezza del trattamento dei dati relativi a una denuncia, nonché alla trasferibilità di questi anche verso agenzie pubbliche ed enti privati di Paesi terzi; ai tempi di conservazione dei dati; ai diritti del denunciato (ad essere informato; ad opporsi al trattamento; ad accedere, rettificare e cancellare dati); alla accettabilità di anonimato del denunciante.

Ancora una volta è nell'ambito delle istituzioni che presiedono all'integrazione del continente europeo – specificamente per opera dell'Unione europea - che questa problematica è emersa più lucidamente: ne sono, così, scaturiti studi e documenti che mirano ad approfondire la questione dal punto di vista sia della ricerca di un'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia, sulla base dei principi stabiliti dalla direttiva 95/46/CE²²⁷, sia dell'esercizio dell'attività interna della stessa Organizzazione²²⁸.

7. Il dibattito odierno

Le autorità internazionali sono, dunque, allineate nel chiedere all'Italia l'adozione di una disciplina che esplicitamente e in via generale tuteli colui che denuncia fatti (o rischi di fatti) di corruzione connessi all'attività dell'ente, non accontentandosi della disciplina già ora ricavabile in via implicita da norme adottate per altre finalità. Vero è che, nonostante la protezione offerta nell'ordinamento italiano specificamente dalla disciplina del rapporto di lavoro²²⁹, ovvero dalle norme stabilite in materia di protezione dei testimoni, la prassi fa registrare situazioni che sembrano non offrire adeguato riparo al dipendente (pubblico o privato) da comportamenti ritorsivi dell'ente entro il quale egli presta servizio²³⁰.

Se le richieste che gli enti internazionali rivolgono all'Italia siano fondate; quali siano le caratteristiche di un sistema normativo di regolamentazione del fenomeno del

²²⁶ V. *infra*, p.107 ss., la relazione di R. LATTANZI.

²²⁷ ARTICOLO 29 – GRUPPO PER LA TUTELA DEI DATI PERSONALI, *Parere 1/2006 relativo all'applicazione della normativa EU sulla protezione dei dati alle procedure interne per la denuncia delle irregolarità riguardanti la tenuta della contabilità, i controlli contabili interni, la revisione contabile, la lotta contro la corruzione, la criminalità bancaria e finanziaria*, 1° febbraio 2006, WP 117, pp. 6 e 13 ss.

²²⁸ GARANTE EUROPEO DELLA PROTEZIONE DEI DATI, *Parere sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1073/1999 relativo alle indagini svolte dall'Ufficio per la lotta antifrode (OLAF)*, 27 ottobre 2006 (2007/C 91/01), in *GUUE* C 91, 26 aprile 2007, p. 1 ss., specific. punto III.1.

²²⁹ Si rinvia in argomento *infra*, p. 109 ss., alla relazione di V. FERRANTE.

²³⁰ In generale sull'esigenza di maggior trasparenza nell'organizzazione della pubblica amministrazione e, conseguentemente, sulla necessità di modelli organizzativi dell'ente (nel caso pubblico) con funzione di contrasto della corruzione v. le dichiarazioni del Ministro della funzione pubblica Renato BRUNETTA pubblicate in *Tasse occulte. Scacco matto alla corruzione*, in *Il Sole-24 Ore*, 17 ottobre 2009; quanto alla prassi corrente in materia specificamente di *whistleblowing* v. P. BIONDANI, *Il silenzio degli onesti*, in *L'Espresso*, 1° ottobre 2009, p. 72 ss.; v., infine, *infra*, p. 145 ss., la testimonianza di Bernardo GABRIELE.

*whistleblowing*²³¹; quale tutela riceva oggi nell'ordinamento italiano - e quale trattamento si veda applicato nelle imprese che ivi operano - colui che decida di riferire in ordine a condotte di corruzione sono le questioni che ci si propone di affrontare in questa giornata di studio dedicata a *Norme e prassi in tema di whistleblowing. "Soffiatori di fischietto" o "vedette civiche" – I segnalatori di illegalità o di rischi di illegalità all'interno di un'organizzazione. Obblighi internazionali e adempimenti italiani*²³².

L'intenzione degli organizzatori dell'incontro è stata quella di dare voce anzitutto alle istituzioni, tramite l'intervento di chi contribuisce alle relazioni internazionali dell'Italia (dott. Fabrizio Gandini, Capo della delegazione italiana al WGB dell'OCSE) e alla cosiddetta "fase discendente" di esse (dott. Giovanni Arnone, Magistrato addetto all'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia); di chi partecipa all'attività di promozione della cultura della trasparenza nelle istituzioni (dott.ssa Giovanna Gemma, responsabile dell'area amministrativa del servizio anticorruzione e trasparenza-SA&T); di chi contribuisce a promuovere, indirizzare e controllare il corretto trattamento dei dati personali in funzione di tutela della riservatezza (dott. Roberto Lattanzi, Autorità garante per la riservatezza). Si è inteso poi associare al dibattito esponenti del mondo accademico (per il diritto penale Prof. Gabrio Forti; per il diritto del lavoro Prof. Vincenzo Ferrante), ai fini di un necessario inquadramento teorico di istituti e prassi. A indispensabile completamento si è voluto dare voce al mondo delle imprese (in particolare Telecom Italia, intervenuta con il responsabile Progetti Speciali e Fraud Audit, dott. Roberto Tournour).

La qualità degli interventi proposti nel corso dell'incontro e il livello del dibattito che ne è scaturito - arricchito dalla testimonianza di chi ha sperimentato sulla propria attività professionale gli esiti della decisione di riferire in ordine a fatti di corruzione nello svolgimento dell'attività d'impresa (dott. Bernardo Gabriele) - consentono agli organizzatori di esprimere il più vivo ringraziamento a tutti coloro che hanno contribuito alla riuscita dell'iniziativa.

²³¹ Suggestivi utili circa le caratteristiche di una buona normativa in tema di *whistleblowing* sono state messe sinteticamente in evidenza nel rapporto del PARLAMENTO EUROPEO su *Whistleblowing Rules: Best Practices, Assessment and Revision of Rules Existing in EU Institutions - Study*, cit., pp. 33-36.

²³² Il programma della tavola rotonda è pubblicato *infra*, p. 153 ss.

IL WHISTLEBLOWING NEGLI STRUMENTI INTERNAZIONALI IN MATERIA DI CORRUZIONE

di *Fabrizio Gandini*

Sommario: 1. Introduzione: una definizione operativa di *whistleblowing*.- 2.1. *Whistleblowing* e strumenti internazionali in materia di corruzione: strumenti della Unione europea e dell'OCSE.- 2.2. (segue) gli strumenti del Consiglio d'Europa.- 2.3. (segue) gli strumenti delle Nazioni Unite.- 3. Conclusioni

1. Introduzione: una definizione operativa di *whistleblowing*

Negli strumenti multilaterali in materia di corruzione adottati dalle organizzazioni internazionali, tanto globali (Nazioni Unite²³³), che settoriali (Unione europea²³⁴, Consiglio d'Europa²³⁵, OCSE²³⁶), manca una definizione comune e vincolante del *whistleblowing* (d'ora innanzi: w.).

A questo proposito, si deve precisare che si tratta di un termine non tecnico²³⁷, una vera e propria *catch word* che trova una duplice origine: per un verso, il poliziotto di strada inglese (*bobby*), che suona il suo fischiello²³⁸ nel momento in cui percepisce la commissione di una attività criminosa, avvertendo così del pericolo sia il pubblico sia gli altri *law enforcement officers*; per altro, l'arbitro (*referee*) negli sport di squadra, che suona il fischiello quando viene commesso un fallo²³⁹.

Si tratta però di un termine che, soprattutto grazie alla esperienza dei Paesi di *common law*²⁴⁰, è entrato a far parte del *legal jargon* delle organizzazioni internazionali. Possiamo pertanto farlo nostro, tenendo però a mente che il suo significato, ed il

²³³ Convenzione contro la corruzione, aperta alla firma a Merida il 9 dicembre 2003.

²³⁴ Protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, stabilito con atto del Consiglio dell'Unione europea del 27 settembre 1996; Secondo Protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, stabilito con atto del Consiglio dell'Unione europea del 19 giugno 1997; Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, stabilita con atto del Consiglio dell'Unione europea del 26 maggio 1997.

²³⁵ Convenzione penale sulla corruzione (ETS 173), aperta alla firma a Strasburgo il 27 gennaio 1999; Convenzione civile sulla corruzione (ETS 174), aperta alla firma a Strasburgo il 4 novembre 1999.

²³⁶ Convenzione sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, adottata a Parigi il 21 novembre 1997.

²³⁷ Gli strumenti citati impiegano il termine: "*reporting persons*", cfr. Convenzione civile sulla corruzione del Consiglio d'Europa, art.9 e Convenzione ONU contro la corruzione, art.33.

²³⁸ Cfr. l'espressione idiomatica *blowing the whistle*.

²³⁹ V. però l'ordinamento giuridico statunitense, sia federale che statale, nel quale il termine ha ormai acquisito un preciso significato tecnico-giuridico, cfr. il *Whistleblower protection Act of 1978* e, da ultimo, il *Whistleblowing protection enhancement Act of 2007*.

²⁴⁰ In particolare: U.S.A., U.K., Canada, Australia, Nuova Zelanda e Sud Africa, dove – nel corso degli anni – sono state emanate delle *statutes law* nella materia del w.

conseguente campo di applicazione sono in funzione del contesto giuridico nel quale esso è chiamato ad operare²⁴¹.

Ai fini di queste brevissime riflessioni, che comunque non intendono affrontare il tema del w. per sé, ma solo i suoi profili internazionalistici, possiamo iniziare col considerare la definizione generale del w. proposta da un recente studio commissionato dal Parlamento europeo²⁴²: "*the insider disclosure of what is perceived to be evidence of illegal conduct or other serious risks, out of or in relation to an organisation's activities including the work related activities of its staff*"²⁴³.

Al fine di adattare tale definizione al nostro contesto, vengono in considerazione le seguenti distinzioni fenomenologiche:

- *internal/external w.*, a seconda che il *whistleblower* (d'ora innanzi: wb) riferisca quanto a sua conoscenza ad organi od istituzioni interne o esterne all'organizzazione²⁴⁴;

- *inside/outside w.*, a seconda che il wb. appartenga, o meno, all'organizzazione;

- *authorized/unauthorized w.*, a seconda che i fatti siano riferiti dal wb. a seguito, o meno, di una autorizzazione specificamente rilasciata dall'organizzazione. L'*unauthorized w.*, in particolare, comporta l'insorgere di un conflitto di doveri in capo all'*insider* wb.: da un lato il dovere di fedeltà/confidenzialità che lo lega alla organizzazione di appartenenza; dall'altro il dovere di riferire i fatti criminosi a sua conoscenza²⁴⁵. In questa prospettiva la norma che disciplina la tutela del wb. dovrà provvedere a regolare il concorso tra i due obblighi, onde evitare che l'adempimento del dovere imposto a carico del wb. si risolva a suo danno. Come vedremo nei §§ seguenti, si tratta del tema centrale affrontato dalle disposizioni degli strumenti internazionali in materia di w.;

²⁴¹ In generale, pur nella consapevolezza della mole della bibliografia in materia v. JOHNSON, *Whistleblowing: When It Works and Why*, Boulder, CO, 2003; ALFORD, *Whistleblowers: Broken Lives and Organizational Power*, Ithaca, NY, 2001; DWORKIN, BAUCUS, *Internal vs External Whistleblowers: A Comparison of Whistleblowing Processes*, *Journal of Business Ethics*, 1998, v.17 n.12, 1281-1298; BARNETT, *A Preliminary Investigation of the Relationship Between Selected Organizational Characteristics and External Whistleblowing by Employees*, *id.*, 1992, v.11 n.12, 949-959; GLAZER, M.P., GLAZER, P.M., *The Whistleblowers: Exposing Corruption in Government and Industry*, New York, 1989. In lingua italiana, v. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, Milano, 1987. Per quanto concerne il punto di vista della società civile, v. da ultimo il *Global corruption report* (GRC) 2009 di TRANSPARENCY INTERNATIONAL, in <http://www.transparency.org/gcr> nel quale, tra l'altro, si raccomanda il: "*development, widespread adoption and sound legal protection of complaints and whistleblower systems for employees in the private sector*", cfr. *Executive summary*, XXXIII.

²⁴² ROHDE-LIEBENAU, *Whistleblowing Rules: Best Practice; Assessment and Revision of Rules Existing in EU Institutions*, 12 maggio 2006, in <http://www.europarl.europa.eu/comparl/cont/site/calendrier/documents/3mai06/etude.pdf>. Lo studio è stato commissionato all'A. dall'*European parliamentary committee on budgetary control*.

²⁴³ ROHDE-LIEBENAU, *cit.*, 16.

²⁴⁴ Su questa distinzione, v. per tutti De George, R.T., *Ethical responsibilities of Engineers in Large Organizations. The Pinto Case*, *Business and Professional Ethics Journal*, v.1 n.6 p.175-185, Fall 1981.

²⁴⁵ Dovere che può essere preesistente o creato dalla norma ad hoc in materia di w.

- w. anonimo/non anonimo, a seconda che il wb. si renda o meno identificabile;

- wb. appartenente ad un organismo pubblico/privato. Nella esperienza dei Paesi di *common law*, che per primi hanno introdotto e disciplinato l'istituto, il modello di riferimento è il wb. appartenente ad un organismo privato. In quella prospettiva, il w. costituisce – in senso lato - uno strumento di *corporate governance*, nella consapevolezza del fatto che gli *employees* possono svolgere un ruolo fondamentale nell'assicurare l'integrità della *corporation* per la quale lavorano²⁴⁶.

Inoltre, vengono in considerazione anche:

- l'oggetto del w., che può variare dai fatti costituenti reato ai meri *organisational wrongdoings*;

- la distinzione tra wb. e persona informata sui fatti/testimone, distinzione fondata sulla circostanza che il wb., in senso stretto, agisce di propria iniziativa, quando ancora le autorità preposte al *law enforcement* non hanno alcuna notizia dei fatti riferiti. Ai fini di queste brevi osservazioni limiteremo l'esame degli strumenti internazionali alle sole disposizioni a tutela dei wb. in senso stretto, senza soffermare la nostra attenzione su quelle disposizioni poste –più in generale- a tutela della incolumità fisica dei testimoni e delle persone che collaborano con la giustizia²⁴⁷. E' importante sottolineare tale distinzione: la protezione dei wb., intesa in senso stretto, non è protezione della sua integrità fisica, così come avviene per i testimoni. Piuttosto, viene in considerazione la protezione del suo rapporto di lavoro, del suo profilo professionale e della sua carriera. Protezione che trova il suo fondamento nelle possibili ritorsioni da parte dell'organizzazione di appartenenza, sia in quanto fondate sulla violazione del dovere di fedeltà/confidenzialità, sia fondate su altri motivi o addirittura infondate. In questo caso il bene da tutelare non è l'assicurazione e la genuinità della prova dichiarativa, ma la continuità ed il normale svolgimento del rapporto che lega il wb. con l'organizzazione di appartenenza.

Possiamo dunque concludere proponendo, con riferimento alla materia della corruzione negli strumenti internazionali, la seguente definizione convenzionale di *whistleblowing*:

la rivelazione di fatti che possono integrare la fattispecie astratta del reato di corruzione, fatta di propria iniziativa ed in forma non anonima da un soggetto appartenente ad una determinata organizzazione (*inside w.*), privata o pubblica, alle competenti autorità

²⁴⁶ Cfr. MENDES ALDRIGHI, *From conflict to alignment of interests: structuring internal corporate governance to minimise corruption risks*, in TRANSPARENCY INTERNATIONAL, GCR 2009, cit., 94, secondo il quale: "Employees are the single most important group of actors capable of detecting corporate fraud, and as such they represent an extraordinarily important pillar in the system of checks and balances that comprise corporate governance."

²⁴⁷ Cfr. art.22 della Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione (*Protection of collaborators of justice and witnesses*) e l'art.32 della Convenzione ONU contro la corruzione (*Protection of witnesses, experts and victims*).

esterne a tale organizzazione (*external w.*), anche in mancanza di una espressa autorizzazione in tal senso da parte della prima (*unauthorized w.*), in quanto si tratti di fatti che presentano un momento di collegamento con l'attività dell'organizzazione.

2.1. Whistleblowing e strumenti internazionali in materia di corruzione: gli strumenti della Unione europea e dell'OCSE

Sulla base della definizione operativa proposta nel § precedente, possiamo esaminare gli strumenti adottati dalle organizzazioni internazionali in materia di corruzione, iniziando con le organizzazioni regionali/settoriali alle quali l'Italia appartiene.

Negli strumenti della Unione europea e dell'OCSE non sono previste disposizioni espressamente dedicate al w. o alla tutela dei wb.

Nondimeno, per quanto concerne l'OCSE, nella prassi del *Working group on bribery in international business transactions* (WGB), istituito dall'art.12 della convenzione del 1997 allo scopo di monitorarne l'implementazione negli Stati parte, secondo una procedura di *peer-review*, si è consolidata una interpretazione degli strumenti OCSE in forza della quale - nonostante la mancanza di una disposizione espressa - si afferma l'esistenza di un vero e proprio obbligo per gli Stati parte di prevedere misure di protezione per i wb. Tale obbligo, secondo la interpretazione del WGB, trova il proprio fondamento nel combinato disposto dell'art.5 della convenzione²⁴⁸ e nel § I della *Revised recommendation of the Council on combating bribery in International business transactions*²⁴⁹. L'interpretazione, in particolare, si fonda sul generale obbligo, posto a carico degli Stati parte, di prevedere misure effettive per la prevenzione ed il contrasto della corruzione. Effettività rispetto alla quale la tutela dei wb. sarebbe coesistente. Pur in mancanza, come già detto, di una espressa ed esplicita disposizione convenzionale, l'interpretazione del WGB non è mai stata contestata dagli Stati parte, ed anzi è stata costantemente applicata quale parametro di valutazione in tutte le procedure di *peer-review* relative al monitoraggio della implementazione della Convenzione OCSE del 1997.

Ci sembra pertanto di poter affermare che essa rientri oggi nell'ambito della "*pratica ulteriore seguita nell'applicazione del trattato*" prevista dall'art.31.3 lett. b) della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, quale regola generale di interpretazione della Convenzione OCSE 1997. Resta però il fatto che nonostante tale interpretazione estensiva, manchi una definizione vincolante del w.

²⁴⁸ L'art.5 (*Enforcement*), dispone: "*Investigation and prosecution of the bribery of a foreign public official shall be subject to the applicable rules and principles of each Party. They shall not be influenced by considerations of national economic interest, the potential effect upon relations with another State or the identity of the natural or legal persons involved.*".

²⁴⁹ Adottata dal Consiglio del 23 maggio 1997. Il § 1 recita: "*Recommends that Member countries take effective measures to deter, prevent and combat the bribery of foreign public officials in connection with international business transactions.*".

2.2. (segue) gli strumenti del Consiglio d'Europa

Una disposizione in materia di tutela dei wb. è invece espressamente prevista dagli strumenti del Consiglio d'Europa in materia di corruzione, ed in particolare dall'art.9 della Convenzione civile sulla corruzione²⁵⁰, che di seguito si riporta:

"Article 9 – Protection of employees

Each Party shall provide in its internal law for appropriate protection against any unjustified sanction for employees who have reasonable grounds to suspect corruption and who report in good faith their suspicion to responsible persons or authorities."

In termini generali, la disposizione prevede un obbligo incondizionato²⁵¹ a carico degli Stati parte di prevedere, nei rispettivi ordinamenti giuridici, misure di protezione per i wb. L'unico margine di apprezzamento che viene lasciato agli Stati parte è relativo alla individuazione delle misure più appropriate per conseguire lo scopo imposto dalla disposizione citata. La disposizione in esame non prevede alcuna distinzione tra tutela del wb. nel settore privato e tutela del wb. nel settore pubblico, lasciando così intendere come l'obbligazione sia inerente alla tutela del wb. in quanto tale, senza che possa venire in considerazione la natura pubblica o privata dell'organizzazione per la quale presta la propria opera.

Pur in mancanza di una definizione legale e vincolante dei wb., il modello di wb al quale si riferisce implicitamente la disposizione in esame è quello proposto nel § 1: *insider w.*²⁵², diretto ad una autorità esterna all'organizzazione, in forma non anonima ed avente ad oggetto fatti di reato (corruzione).

Dalla disposizione in esame, infine, si può agevolmente desumere che il modello di riferimento è quello dell'*unauthorized w.*, modello che comporta il potenziale insorgere di un conflitto tra i doveri che incombono in capo al wb.: il dovere di fedeltà/confidenzialità, da un lato; il dovere di riferire i fatti corruttivi, dall'altro.

In questa prospettiva, l'art.9 provvede ad un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, prevedendo una prevalenza *condizionata* del dovere di *report* sul dovere di confidenzialità. Il wb. deve essere tenuto immune da conseguenze solo quando ha ragionevoli motivi per sospettare l'esistenza di fatti corruttivi ed ha riferito tali fatti in buona fede. E' importante sottolineare che la convenzione non richiede che il wb. abbia la certezza, più o meno qualificata, della sussistenza di episodi corruttivi, essendo sufficiente il mero sospetto. Non è pertanto richiesto che il wb. compia una sorta di indagine interna, coinvolgendo terze parti, per corroborare il proprio convincimento. A nostro avviso, sembra trattarsi di una combinazione tra uno stato oggettivo (ragionevoli motivi) ed uno stato soggettivo (la buona fede), che dovrà essere accertato con un giudizio *ex ante*.

Il rapporto esplicativo della convenzione chiarisce che la tutela prevista dalla convenzione si estende solo ai casi di *report* fatti in buona fede, quando i wb. hanno: "*reasonable ground to report their suspicion*", e non si estende ai casi di "*malicious*

²⁵⁰ Firmata ma non ancora ratificata dall'Italia.

²⁵¹ Come si desume dall'inciso: "*shall provide*".

²⁵² Cfr. il riferimento agli "*employees*".

*report*²⁵³, nei quali il wb. agisce in mala fede. Qualora sussistano tali requisiti (ragionevoli motivi + buona fede), qualsiasi sanzione dovesse essere applicata al wb. (ad esempio: licenziamento, degradazione, ostacolo della progressione in carriera) sulla sola base dei fatti riferiti da quest'ultimo deve ritenersi ingiustificata, in quanto in quel caso il *report* dei fatti corruttivi alle competenti autorità esterne non può essere di per sé considerato una violazione del dovere di confidenzialità²⁵⁴. In tutti gli altri casi, l'organizzazione di appartenenza potrà invece legittimamente sanzionare il wb., invocando la violazione del dovere di fedeltà/confidenzialità.

Rispetto alla definizione operativa proposta nel § 1 possiamo pertanto notare un importante elemento specializzante. Secondo l'art.9 della convenzione *de qua* il wb. è solo e soltanto colui che, nel concorso degli altri elementi sopra ricordati, riferisce in buona fede fatti in ordine ai quali ha ragionevoli motivi di sospettare la sussistenza di episodi corruttivi.

La disposizione citata trova il proprio addentellato nel consenso, raggiunto dalla dottrina che si è occupata del w.²⁵⁵, circa le condizioni che devono sussistere affinché il dovere di *report* prevalga sul dovere di fedeltà/riservatezza nei confronti della organizzazione di appartenenza. Condizioni che, in estrema sintesi, consistono nella rivelazione di fatti costituenti una oggettiva *misconduct*, altrimenti non conoscibile o percepibile; nel ragionevole convincimento e nella buona fede, da parte del wb. in merito alla sussistenza dei fatti rivelati; nella sussistenza di un interesse pubblico, proprio della comunità e non del solo wb., alla conoscenza dei fatti rivelati; nella mancanza di una legge che, per ragioni di sicurezza o difesa nazionale o per altri ragioni, specificamente proibisca la rivelazione di tali fatti.

2.3. (segue) gli strumenti delle Nazioni Unite

Il tema del w. è trattato dalla Convenzione di Merida (2003) nell'art.33²⁵⁶, che di seguito si riporta:

" Article 33. Protection of reporting persons.

Each State party shall consider incorporating into its domestic legal system appropriate measures to provide protection against any unjustified treatment for any person who reports in good faith and on reasonable ground to the competent authorities any facts concerning offences established in accordance with this Convention."

La prima osservazione che deve essere fatta è che, a differenza dell'art.9 della Convenzione civile sulla corruzione del Consiglio d'Europa, la disposizione in esame non crea alcun obbligo a carico degli Stati parte. Piuttosto, l'art.33 della Convenzione di Merida si limita a prevedere la facoltà per gli Stati parte di prevedere misure interne di tutela dei

²⁵³ Cfr. Rapporto esplicativo, § 72, in <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/174.htm>.

²⁵⁴ Cfr. Rapporto esplicativo, *cit.*, § 69.

²⁵⁵ Cfr. gli Autori citati nella nota 242.

²⁵⁶ Ratificata dall'Italia, come già scritto, con legge n.116/2009.

wb.. L'unico obbligo, in senso lato, desumibile dall'art.33 è quello di *considerare* l'introduzione di tali misure nei rispettivi ordinamenti giuridici²⁵⁷.

Tra le disposizioni che possono essere adottate a tutela dei wb. vengono in considerazione: "*measures such as career protection, provision of psychological support, institutional recognition of reporting, transfer within the same organization and relocation to a different organization.*"²⁵⁸.

Anche nella Convenzione di Merida manca una definizione legale e vincolante del w. e del wb. Tuttavia, è agevole la ricostruzione del modello (implicito) di riferimento: *insider* ed *unauthorized w.*²⁵⁹, diretto ad una autorità esterna all'organizzazione, in forma non anonima ed avente ad oggetto i fatti di reato previsti dalla convenzione. Si tratta, *mutatis mutandis*, dello stesso modello di riferimento della Convenzione civile sulla corruzione del Consiglio d'Europa.

Anche nella prospettiva della Convenzione di Merida la questione centrale è quella del potenziale conflitto tra i doveri che ricadono sul wb. La soluzione è la stessa trovata dall'art.9 della Convenzione civile sulla corruzione: prevalenza condizionata del dovere di *report* sul dovere di confidenzialità/fedeltà. Valgono, a questo proposito, le osservazioni svolte nel § precedente, alle quali ci riportiamo.

3. Conclusioni

Nel panorama internazionale l'obbligo di prevedere misure a tutela dei wb. è previsto solo da uno strumento regionale: la Convenzione civile del Consiglio d'Europa contro la corruzione. A livello globale, la Convenzione contro la corruzione delle Nazioni unite si limita a prevedere il mero obbligo di *considerare* l'adozione di tali misure.

Pur in mancanza di una definizione legale e vincolante del w., si è comunque diffuso un modello di riferimento, ricostruito nei §§ precedenti.

Il punto focale di tale modello, ossia il bilanciamento tra i doveri che incombono in capo al wb. in potenziale conflitto tra loro, è costituito dalla buona fede del wb., in uno con la sussistenza di ragionevoli motivi per sospettare la sussistenza di episodi corruttivi.

La scelta delle misure da adottare per la protezione dei wb. è lasciata alla discrezionalità degli Stati, con il solo limite della *appropriatezza* di tali misure.

De iure condendo, in sede OCSE è in corso il negoziato di uno strumento di *soft law* che, tra l'altro, prevede una disposizione espressa in materia di w. Si tratta della raccomandazione del Consiglio dei ministri OCSE: "*On combating bribery in International business transactions*", nuovo strumento *omnibus* in materia di corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, che sostituirà la precedente raccomandazione del 1997.

²⁵⁷ Facoltà, e non obbligo, che si desume dall'inciso: "*Shall consider incorporating*". Cfr. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Legislative guide for the implementation of the convention against corruption*, New York, 2006, § 452, secondo il quale la disposizione in esame prevede un mero *optional requirement*, nella forma della *obligation to consider*.

²⁵⁸ Cfr. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *cit.*, § 453.

²⁵⁹ Cfr. il riferimento agli "*employees*".

Al § VI lett. iii) della bozza attuale, si prevede che: "*Member states should ensure that appropriate measures are in place to protect from retaliation whistleblowers in the public and private sectors that report conduct they reasonably believe constitutes bribery of foreign public officials in international business transactions.*".

Rispetto alle disposizioni esaminate nei §§ precedenti, si rilevano due novità. In primo luogo, il riconoscimento espresso della irrilevanza della natura dell'organizzazione di appartenenza del wb., sia essa pubblica o privata. In secondo luogo, quanto ai presupposti del dovere di *report*, viene esclusa la necessità della buona fede del wb., dando invece rilievo esclusivo al *ragionevole convincimento* del wb.

RAPPORTI DI LAVORO E WHISTLEBLOWING. DIRITTO A "SPIFFERARE" E TUTELA DEL POSTO DI LAVORO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

di *Vincenzo Ferrante*

Sommario: 1. Gli obblighi di obbedienza e fedeltà.- 2. Il diritto alla manifestazione del pensiero e la tutela del *whistleblower* nell'ordinamento positivo.- 3. I sistemi interni di *compliance* e le politiche di trasparenza aziendale.- 4. I possibili contenuti di una legge sulla trasparenza aziendale.- 5. Riferimenti bibliografici essenziali.

1. Gli obblighi di obbedienza e fedeltà

L'ordinamento italiano consente che nell'ambito di un rapporto di lavoro siano imposte limitazioni per via negoziale alle libertà del dipendente: in particolare, l'art. 2104 c.c. obbliga il lavoratore a conformarsi, nell'esecuzione della sua prestazione, alle indicazioni provenienti dal datore, configurando un vero e proprio diritto di obbedienza. In senso non diverso, l'art. 2105, intitolato all' "obbligo di fedeltà", fa divieto al prestatore di lavoro di "trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore", di "divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa", o di "farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio".

È opinione comune che l'obbligo di riservatezza previsto nella norma da ultimo citata si estenda a tutte le notizie di cui il dipendente entri in possesso in conseguenza della sua posizione lavorativa, indipendentemente dal fatto che esse attengano all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa (così come espressamente previsto), ovvero che siano notizie comunque relative alla attività svolta. In questo senso, la norma deve esser letta come se prevedesse un divieto di fare uso pregiudizievole per il datore di informazioni riservate di cui il lavoratore è giunto in possesso nello svolgimento del proprio lavoro.

A ulteriore rafforzamento del segreto aziendale sussiste poi una specifica normativa penale (artt. 622 e 623 c.p.) nonché una disciplina diretta a reprimere il c.d. *insider trading*, regolato per la prima volta già dalla L. 17 agosto 1991, n. 157.

In caso di violazione da parte del lavoratore degli obblighi imposti dalle disposizioni di legge si fa luogo all'applicazione di una sanzione disciplinare ovvero, nei casi più gravi, alla intimazione del licenziamento. Ovviamente, qualora il comportamento del lavoratore di violazione del segreto aziendale possa essere considerato lecito (in quanto rivolto, come meglio si dirà al paragrafo che segue, alla tutela di situazioni di pubblico interesse), il licenziamento intimato dal datore sarà considerato come posto in essere con finalità illecite e, dunque, non produrrà effetto.

Peraltro, a differenza che in altri ordinamenti, il lavoratore italiano, licenziato da una impresa con più di quindici dipendenti in assenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, ha diritto ad essere riassunto dall'impresa o, comunque, ad un risarcimento del danno che lo protegge da ogni pregiudizio economico sino al momento della pensione, ai

sensi di quanto stabilito dall'art. 18 dello "statuto dei lavoratori". Per di più, quanto alle ipotesi di licenziamenti determinati da ragioni di credo politico o di fede religiosa nonché dalla appartenenza ad un sindacato o dalla partecipazione ad attività sindacale, già la disposizione di cui all'art. 4 della L. 15 luglio 1966 n. 604, ora ribadita dal più recente art. 3 della l. 11 maggio 1990, n. 108, prevede la nullità del licenziamento stesso, indipendentemente dalle dimensioni dell'azienda alla quale era addetto il lavoratore.

A fronte di una così garantista tutela del lavoratore, dunque, non appare necessaria la predisposizione di alcun apparato speciale per assicurare protezione al lavoratore che riveli informazioni aziendali riservate per motivi di pubblico interesse, a differenza che negli U.S.A. (dove vige invece il regime legale dell'*employment at will* che consente il licenziamento in assenza di qualsiasi ragione giustificatrice).

Piuttosto appare necessario individuare meglio il perimetro dei divieti qui richiamati, al fine di verificare la sussistenza di ipotesi nelle quali una speciale finalità valga a legittimare un'attenuazione di quegli obblighi.

2. Il diritto alla manifestazione del pensiero e la tutela del *whistleblower* nell'ordinamento positivo

Il *whistleblowing*, quale rilevazione di notizie altrimenti riservate in vista della tutela di un pubblico interesse viene, dunque, a collocarsi nell'area della violazione degli obblighi gravanti sul lavoratore, come causa che rende lecita una attività altrimenti vietata.

Gli obblighi previsti dalla normativa vigente (fedeltà, riservatezza, non concorrenza, divieto di trarre profitto da notizie riservate) incontrano un limite nelle libertà fondamentali previste dalla Carta costituzionale ed attuate attraverso la Legge n. 300 del 1970 (c.d. "statuto dei lavoratori"). In assenza di una consistente giurisprudenza specifica relativa al punto, si deve fare ricorso all'interpretazione dottrinale che colloca tanto l'obbligo di obbedienza quanto quello di fedeltà in una dimensione strettamente contrattuale.

Secondo questa prospettazione, nell'ambito del rapporto di scambio realizzato dal contratto di lavoro subordinato, il lavoratore si obbliga limitatamente alla prestazione promessa, di modo che rimane estraneo al vincolo negoziale quanto attiene alla sfera intima della persona e alla libertà di espressione. In particolare, viene in rilievo in questi casi l'art. 1 dello "statuto" che riconosce la libertà del lavoratore di manifestare liberamente il proprio pensiero nei luoghi dove si svolge la sua prestazione. Da questo punto di vista si è riconosciuto, per esempio, che l'obbligo di obbedienza è limitato agli ordini che siano legittimi, quindi non impone di obbedire a ordini non conformi a norme di legge o di contratto o non dati legittimamente. Nello stesso senso, alcune sentenze hanno legittimato comportamenti di denuncia pubblica dei lavoratori, quale manifestazione di una libertà fondamentale di critica, purché il fatto denunciato fosse vero, non vi fosse una volontà diffamatoria, la rivelazione corrispondesse ad un interesse giuridicamente rilevante e, in ultimo, vi fosse congruenza fra le modalità di denuncia e le modalità di diffusione della notizia.

Alla luce di tali orientamenti, la disposizione di cui all'art. 2105 c.c. deve intendersi nel senso che l'obbligo di non divulgare le notizie aziendali non sia assoluto, ma sia da intendersi in senso strettamente collegato al divieto di non concorrenza, in quanto

finalizzato ad evitare che, attraverso la rivelazione di notizie interne, si favorisca una impresa concorrente. A parere della dottrina, dunque, non pare dubbio che, sussistendo un interesse legittimo alla rivelazione di determinate circostanze ed in presenza delle altre condizioni ora richiamate, il lavoratore possa procedere a rivelare segreti aziendali anche a soggetti terzi o agli organi di stampa. In questo senso la dottrina ha ritenuto ammessa nell'ordinamento italiano la figura del *whistleblowing*.

Peraltro la natura ritorsiva, e dunque *lato sensu* discriminatoria, del provvedimento di licenziamento che eventualmente colpisca un lavoratore a motivo della violazione del segreto aziendale pare garantire al prestatore, ai sensi di quanto previsto dall'art. 4, l. n. 108/1990, la tutela massima apprestata dall'ordinamento, assicurandogli la radicale nullità del provvedimento con ogni conseguenza reintegratoria, quale prevista dallo speciale regime di cui all'art. 18 stat. lav. più sopra richiamato, indipendentemente dalle dimensioni dell'impresa.

3. I sistemi interni di *compliance* e le politiche di trasparenza aziendale

Come si è visto, le modalità che la denuncia del singolo assume non sono indifferenti ai fini della tutela del *whistleblower* poiché un conto è la denuncia fatta all'autorità di un fatto vero e senza intenti calunniosi, un altro è la rivelazione alla stampa di fatti non sussistenti o marcatamente ingigantiti, un altro ancora è il dar seguito a denunce anonime ai vertici aziendali; nel primo caso, infatti, poiché il lavoratore si è posto in una prospettiva calunniosa, la tutela del divieto di licenziamento di ritorsione non opera, nel secondo, invece, si deve prestare attenzione alle modalità della rivelazione e, nel terzo, si pone un problema di tutela della reputazione del soggetto destinatario di una segnalazione senza autore.

In questo senso, l'attenzione deve spostarsi in relazione alle modalità di divulgazione dei fatti coperti da segreto, poiché pare difficile che si possa configurare un diritto del soggetto a rivolgersi direttamente alle fonti di stampa se esistono, in conformità alle prassi statunitensi, forme di controllo interno attuate attraverso sistemi di *compliance* o di revisione interna: in queste ipotesi caso, si può ritenere che una denuncia pubblica sia condizionata alla risposta, mancata o insoddisfacente, da parte dei vertici aziendali.

Anzi si può ritenere che la prassi, diffusa soprattutto nelle imprese che assicurano *de facto* una certa garanzia di stabilità dell'impiego e diretta alla adozione di sistemi di revisione interna molto formalizzati, sia conseguenza non tanto di una preoccupazione rivolta alla migliore organizzazione del ciclo produttivo e delle risorse umane, ma piuttosto del dilatarsi dei confini della responsabilità civile, al fine di evitare ogni rischio di possibile pregiudizio, secondo il principio di cautela.

Il proiettarsi verso i vertici aziendali della responsabilità per comportamenti illeciti commessi nell'esercizio della attività di impresa, fa sì che l'impresa proceda a porre in essere meccanismi di delega di funzioni. Al riguardo vale l'esempio del *mobbing*: qui, attraverso le norme che prevedono una responsabilità dei padroni e committenti, i vertici aziendali, anche se spesso inconsapevoli, sono spesso direttamente investiti della responsabilità dell'accaduto. Da questo punto di vista, senza che ci sia bisogno di alcuna modifica dell'ordinamento, molte imprese italiane stanno provvedendo a dotarsi di sistemi

di "revisione interna" o di "compliance", fondando una suddivisione interna delle responsabilità sui principi generali in tema di responsabilità civile e penale. Per alcuni aspetti, poi, i sistemi organizzativi sono stati riconosciuti dal legislatore, in particolare attraverso le norme sulla c.d. responsabilità amministrativa delle imprese: anche per questo aspetto un eventuale intervento normativo, quindi, appare quasi inutile, non sussistendo una specifica lacuna nell'ordinamento. Una legge che dovesse sopraggiungere, quindi, potrebbe limitarsi al solo richiamo alla opportunità (o necessità per le imprese di maggiori dimensioni) di instaurare un sistema di revisione interna.

In terzo luogo, bisogna esaminare più da vicino la situazione delle imprese che vogliono instaurare un sistema di trasparenza aperto anche a segnalazioni anonime.

A riguardo vengono in rilievo le norme a tutela della riservatezza del lavoratore, perché è chiaro che i sistemi interni che raccolgono denunce provenienti dal pubblico, anche in forma anonima ("hotline"), consentono sostanzialmente una indagine anche sulla vita privata dei lavoratori, come tipicamente nelle situazioni di conflitto di interesse o di *insider trading*.

A riguardo, bisogna prestare estrema attenzione al problema perché la tutela della sfera privata del lavoratore nel nostro ordinamento è estremamente forte, dato che lo statuto dei lavoratori all'art. 8 vieta indagini sul lavoratore, escludendo dall'area del contratto tutto ciò che non attenga alle mansioni del lavoratore o alla sua carriera professionale.

Diverse opinioni che in seno alla giurisprudenza si sono registrate sulla legittimità di indagini che il datore di lavoro compia, in maniera mirata e circoscritta nel tempo, a tutela del patrimonio aziendale: si discute se queste possano essere legittime in quanto possano coinvolgere i lavoratori su aspetti che esulano dal rapporto di lavoro. Pare evidente che ove si concluda per una soluzione negativa, la stessa sopravvivenza delle *hotline* potrebbe essere messa in forse.

Un'impresa che voglia instaurare un sistema di trasparenza, diretto alla raccolta di denunce interne e alla sollecitazione di controlli interni, si deve dare carico, quindi, di procedere alla stregua sia delle norme in tema di sanzioni disciplinari, che prevedono forme tipizzate di formazione del codice disciplinare e di pubblicità di questo, sia delle norme in tema di protezione dei dati, in particolare dei dati sensibili (sulla scorta, peraltro, delle linee guida contenute in un noto documento di lavoro del c.d. "Gruppo di cui articolo 29").

Un ulteriore aspetto di criticità deve essere tenuto in conto: data la natura contrattuale del rapporto di lavoro, è dubbio che l'impresa possa introdurre unilateralmente obblighi a tutela della trasparenza, attraverso l'adozione di un codice etico (o di una "policy" come si suole dire) senza guadagnare il consenso, anche collettivamente espresso, dei lavoratori. La natura contrattuale del rapporto impone che ogni singolo momento di esecuzione del contratto sia governato dalle disposizioni contrattuali o dal legittimo esercizio del potere datoriale: l'ordinamento italiano si distingue molto, per questo aspetto, dal sistema anglosassone dove sostanzialmente il momento consensuale è limitato all'ingresso del lavoratore all'interno dell'organizzazione d'impresa.

Peraltro l'imprenditore, anche quando è autorizzato in forza del potere di organizzazione dei fattori della produzione che la legge gli riconosce ad adottare discipline interne, deve estrinsecare le sue volontà attraverso particolari formalizzazioni che attengono sia ai particolari obblighi di informazione e consultazione stabiliti a vantaggio

delle organizzazioni sindacali aziendali, sia alla speciale regolazione delle sanzioni disciplinari.

Un ultimo aspetto attiene alla effettività dei sistemi interni di controllo. A riguardo è utile richiamare i costanti orientamenti che si sono registrati nella giurisprudenza in relazione alla responsabilità per gli infortuni sul lavoro: in quel settore si ripete che il datore di lavoro è liberato da responsabilità non già per il fatto che sia stato predisposto un sistema per la prevenzione dell'evento, ma solo quando sia stata esercitata una effettiva attività di vigilanza diretta a reprimere il mancato rispetto degli obblighi di sicurezza: la giurisprudenza ritiene, infatti, che la sola predisposizione dell'apparato precauzionale, di per sé sola, non dia garanzia che quelle norme siano rispettate. In questo caso, anche nella giurisprudenza penale si è posto lo stesso problema in relazione alle norme di organizzazione interna in tema di delega di responsabilità o ai fini del D.Lgs. 231/2001, al fine di dare prova che quello adottato dall'impresa sia un apparato effettivo, e non viva solo sulla carta.

A riguardo, si deve per altro verso segnalare il fatto che, per consolidata tradizione, il nostro ordinamento non prevede sanzioni disciplinari per i dirigenti, giacché si ritiene che il venir meno della fiducia fra le parti possa assumere solo la forma del licenziamento, di modo che questi, salvo che nel settore pubblico, non sono assoggettati a sanzioni disciplinari. In questo senso, ove si consolidasse l'orientamento giurisprudenziale che richiede che la attività di vigilanza si traduca periodicamente nella applicazione di un richiamo o di una sanzione, in caso di violazione, bisognerà valutare molto attentamente quale forma dovrà assumere tale avviso.

4. I possibili contenuti di una legge sulla trasparenza aziendale

In conclusione, si deve ribadire come non sembrano necessarie nuove disposizioni specifiche per tutelare il fenomeno del *whistleblowing* potendosi fare oggi riferimento alle norme già esistenti.

Una legge potrebbe servire, forse, sia per segnalare alle organizzazioni internazionali una certa attenzione al tema da parte del legislatore interno, sia per meglio formulare le disposizioni che già implicitamente prendono in considerazione la libera manifestazione del pensiero. In questo caso si potrebbe, facilmente, specificare la portata dell'art. 2105 c.c., aggiungendo che, quando sussista una esigenza di tutela di interessi pubblici (in relazione alla tutela del credito, della trasparenza dei mercati, dell'incolumità personale e nei trasporti etc.) allora gli obblighi in tema di segretezza e fedeltà dovranno essere valutati in relazione agli interessi pubblici contrapposti.

Ove mai si dovesse, invece, andare ad una soluzione diversa, ipotizzando leggi speciali a protezione di chi "spiffera", una clausola generale non sarà più sufficiente, di modo che bisognerà circoscrivere con maggiore attenzione il perimetro della disciplina di favore (come nel Sarbanes-Oxley Act, che rinvia alle società quotate al New York Stock Exchange) al fine di evitare conflitti fra le norme ordinarie e quelle speciali, che potrebbero finire financo per indebolire la legislazione attuale.

5. Riferimenti bibliografici essenziali

P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979 ora in *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile*, dir. da CICU e MESSINEO, Milano, t. II, 2001

V. FERRANTE, *I criteri di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza*, in *Diritti della persona e contratto di Lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1994, n. 15, p. 159 ss. M. CARO, *Commento all'art. 1 Stat. Lav.*, in M. GRANDI e G. PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, II ediz., 2001, pp. 657-658

M. G. MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in *Commentario al codice civile*, dir. da P. SCHLESINGER, Milano, 2000.

Prime riflessioni sul c.d. *whistleblowing*: un modello da replicare "ad occhi chiusi"?

di Roberto Lattanzi

Sommario: 1. *Whistleblowing*: il modello e le sue origini. – 2. La circolazione del "modello" a seguito dell'adozione del *Sarbanes Oxley Act* ... – 3. (*segue*) ... e in ragione delle Convenzioni internazionali in materia di contrasto della corruzione. – 4. Necessità di interventi normativi nell'ordinamento italiano? A) In particolare: le misure c.d. *anti-retaliation*. – 5.1. (*segue*) B) I sistemi di segnalazione interni e le regole di trasparenza. – 5.2. (*segue*) La disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi. – 5.3. (*segue*) La disciplina sul diritto di accesso ai dati personali e il trattamento "confidenziale" delle segnalazioni. – 5.4. (*segue*) Il problema relativo all'ammissibilità delle segnalazioni anonime. – 6. Presupposti di liceità per il trattamento dei dati personali connessi all'istituzione dei sistemi di segnalazione interni. – 7. Oltre il *whistleblowing*: i limiti al potere d'indagine del datore di lavoro. – 8. Ultime considerazioni.

1. *Whistleblowing*: il modello e le sue origini

In letteratura, come pure nella prassi internazionale, il termine *whistleblowing* è da tempo utilizzato (ellitticamente) per identificare misure normative preordinate a far emergere all'interno di organismi pubblici e privati «*serious malpractices*»²⁶⁰ o «*wrongdoings*»²⁶¹ (di regola, ad opera di soggetti che rivestono negli stessi posizioni apicali).

Più precisamente, l'espressione fa riferimento alle garanzie c.d. *anti-retaliation* delle quali possono beneficiare quei lavoratori²⁶² che, di propria iniziativa²⁶³, segnalano i

* Le considerazioni svolte sono proprie dell'autore e in alcun modo riferibili all'Istituzione presso la quale opera.

²⁶⁰ Cfr. MULTIDISCIPLINARY GROUP ON CORRUPTION (GMC) – Working Group on Civil Law (GMCC), *Feasibility study on the drawing up of a convention on civil remedies for compensation for damage resulting from acts of corruption*, Strasbourg, 15 January 1997, CM(97)19, al punto 4.4.: "whistleblowing could be defined as alerting the authorities or the employer to facts which reasonably suggest that there is *serious malpractice* taking place within the company, where the facts are not otherwise readily known or visible and where the person owes a duty of confidence (such as an employee's) to the organisation or the institution". In tempi più ravvicinati un'ampia descrizione dei tratti caratterizzanti il *whistleblowing* (delimitandone però l'area ai fenomeni di corruzione) si rinviene nella sezione XV (dedicata alla "*Protection of whistleblowers*") del Seventh General Activity Report 2006, adottato dal GROUP OF STATE AGAINST CORRUPTION (GRECO) nel 32° Plenary Meeting (Strasbourg, 19-23 March 2007), CM(2007)86, 16 May 2007, 998 Meeting, 13 June 2007.

²⁶¹ Locuzione con la quale si fa riferimento [cfr. A.J. BROWN (a cura di), *Whistleblowing in the Australian Public Sector. Enhancing the theory and practice of internal witness management in public sector organisations*, Canberra, 2008, *passim*, rispettivamente, 14 e] a un "*wide spectrum of illegal, immoral or illegitimate practices*" [formulazione già rinvenibile in J.P. NEAR, N.P. MICELI, *Organisational dissidence: the case of whistle blowing*, 4 *J. Bus. Ethics* 1 (1985)] e con la quale si tenta di sintetizzare così il lunghissimo elenco di condotte che si ritiene possano rientrare nella figura indicate nell'all. 2 dello studio; in termini non diversi v. anche il SENATE SELECT COMMITTEE ON PUBLIC INTEREST WHISTLEBLOWING, *In the Public Interest*, Canberra, 1994, 7.

²⁶² Tali normative mirano espressamente a proteggere i *whistleblowers* da conseguenze pregiudizievoli: anzitutto il licenziamento, ma pure il demansionamento, il trasferimento ingiustificato o comportamenti comunque lesivi della personalità morale dei lavoratori, quali di *mobbing* o il *bossing* (profili questi ultimi sui quali la letteratura è ormai sterminata; per tutti v., anche per ulteriori

comportamenti identificati come illeciti nelle normative medesime (o comunque contribuiscono al loro disvelamento)²⁶⁴; ciò, avvalendosi di canali comunicativi appositamente predisposti dal datore di lavoro (c.d. *internal whistleblowing*)²⁶⁵ o indirizzando la propria segnalazione alle autorità competenti (amministrative o giudiziarie), a organizzazioni indipendenti o, ancora, agli organi di informazione (c.d. *external whistleblowing*)²⁶⁶.

2. La circolazione del "modello" a seguito dell'adozione del Sarbanes Oxley Act

Gli anglicismi, ricorrenti nella trattazione del tema (come reso evidente già dalle prime battute) non sono casuali: invero le discipline di cui si discorre caratterizzano da tempo l'ordinamento statunitense, sia a livello statale (con normative numerose e variegata)²⁶⁷

riferimenti, CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE – UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, Relazione tematica, Rel. n. 142, *Il mobbing*, Roma, 10 novembre 2008).

²⁶³ Tale circostanza distinguerebbe il *whistleblower* da chi viene sollecitato a comunicare circostanze delle quali può essere a conoscenza (ad esempio in qualità di testimone) o che, semplicemente da chi – in genere nel proprio interesse – presenta reclami o fa rimostranze: cfr., al riguardo, lo studio predisposto, per conto dell'EUROPEAN PARLIAMENT– DIRECTORATE GENERAL INTERNAL POLICIES OF THE UNION, BUDGETARY SUPPORT UNIT – BUDGETARY AFFAIRS, da B. ROHDE-LIEBENAU, *Whistleblowing Rules: Best Practice; Assessment and Revision of Rules Existing in EU Institutions*, Study, (IPOL/D/CONT/ST/2005_58), 12 maggio 2006, 8 s.

²⁶⁴ Va immediatamente rilevata la generalizzata incertezza incontrata dalla letteratura nel definire in modo sufficientemente chiaro l'oggetto delle possibili segnalazioni affinché le stesse possano essere qualificate come *whistleblowing*.

²⁶⁵ Le modalità trasmissive utilizzate possono essere, ovviamente, le più varie: dal contatto personale con funzioni appositamente dedicate a ricevere le segnalazioni, all'utilizzo di linee telefoniche istituite *ad hoc* o di appositi indirizzi di posta elettronica. Merita rilevare da subito che uno dei vantaggi dei sistemi interni di segnalazione (se non il principale) consiste nel prevenire i c.d. *reputational damages* in capo all'istituzione, come emerge chiaramente dalle *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2008, 40: "Safeguards to protect bona fide "whistle-blowing" activities are also recommended, including protection of employees who, in the absence of timely remedial action or in the face of reasonable risk of negative employment action, report practices that contravene the law to the competent public authorities". Cfr. L. FLAMENT, Ph. THOMAS, *Le "whistleblowing": à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique*, in *JCP S*, 2005, no. 1277.

²⁶⁶ Merita qui menzionare la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Grand chamber) 12 February 2008, *Guja v. Moldova*, (Application no. 14277/04), relativa al licenziamento del dirigente dell'ufficio stampa della procura moldava per avere lo stesso trasmesso alla stampa una copia di una nota confidenziale inviata dal vice-presidente del parlamento al procuratore generale per influenzarne l'attività in un'inchiesta che vedeva coinvolti funzionari di polizia. La Corte, riconducendo la fattispecie nell'ambito del *whistleblowing*, ha condannato lo stato moldavo ritenendo legittima la rivelazione effettuata in considerazione della verità dei fatti, del rispetto del principio di proporzionalità (non potendo il funzionario operare diversamente nel contesto in cui si è trovato ad operare), della sussistenza di un interesse generale sui fatti rivelati e della motivazione, non egoistica, della segnalazione effettuata. Per un commento della decisione v. V. JUNOD, *La liberté d'expression du whistleblower*, in *Rev. trim. dr. homme*, 2009, 227.

²⁶⁷ Come rilevato in letteratura [cfr., fra i tanti, M.A. CHERRY, *Whistling in the Dark? Corporate Fraud, Whistleblowers, and the Implications of the Sarbanes-Oxley Act for Employment Law*, 79 *Wash. L. Rev.* 1029 (2004)] e nel corso dei lavori parlamentari che, anche per questa ragione, si concluderanno con l'adozione del *SOX*: cfr. Senate Report 107-146, *The Corporate and Criminal Fraud Accountability Act of 2002*, May 6, 2002, Calendar No. 366, 107th Congress, Report, Senate, 2^d Session, 10, secondo il quale "corporate employees who report fraud are subject to the patchwork and vagaries of current state laws, although most publicly traded companies do business

che federale²⁶⁸; il modello si è progressivamente esteso ad altri ordinamenti, per lo più di *common law*²⁶⁹, rimanendo, però, con la sola eccezione inglese²⁷⁰, per lungo tratto sostanzialmente misconosciuto nel contesto europeo²⁷¹.

Tuttavia, a far data dal 2002, con l'adozione negli Stati Uniti d'America del *Sarbanes-Oxley Act (SOX)* – legislazione introdotta in tutta fretta per reagire a rilevanti scandali

nationwide". Per un quadro aggiornato sulla situazione statunitense a livello statale cfr. i contributi radunati nel volume curato da P. SECUNDA, *Retaliation and Whistleblowers. Proceedings of the New York University 60th Annual Conference on Labor*, Austin (e al.), 2009, *passim*.

²⁶⁸ Per il settore pubblico, negli Stati Uniti d'America possono essere menzionati, a livello federale, dapprima il *Civil Service Reform Act of 1978* [v. in merito R.G. VAUGHN, *Statutory Protection of Whistleblowers in the Federal Executive Branch*, U. Ill. L. Rev. 615, 620 ss. (1982)] e, quindi, il *Whistleblower Protection Act 1989*, [in merito v., tra i tanti, T.M. DEVINE, *The Whistleblowers Protection Act, 1989: Foundation for the Modern Law of Employment Dissent*, 51 *Adm. L. Rev.* 533 (1999)], discipline che ripercorrono il modello risalente costituito dal *False Claims Act*, entrato in vigore nel 1863 [cfr. J. MACEY, *Getting the Word Out About Fraud: A Theoretical Analysis of Whistleblowing and Insider Trading*, 105 *Mich. L. Rev.* 1899, 1904 (2007)]. Fondamentale per comprendere il fenomeno resta il c.d. *Leahy Report, The Whistleblowers: A Report on Federal Employees Who Disclose Acts of Government Waste, Abuse, and Corruption*, prepared for the Senate Comm. on Governmental Affairs, 95th Cong., 2^d Sess. 42-44 (1978).

²⁶⁹ V. ad esempio, utilizzando la stessa intitolazione (*Protected Disclosures Act*), le discipline adottate nel 2000 in Nuova Zelanda e Sud-Africa, come pure in Australia (cfr. *Sect. 16 del Public Service Act; Sect. 16 Parliamentary Services Act*) e, in tempi più ravvicinati, in Canada con la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, entrata in vigore il 15 aprile 2007. Per un quadro della situazione nella Confederazione australiana, ove pure molti stati negli anni novanta si sono dotati di una disciplina in materia, v., con riguardo al settore pubblico, BROWN (a cura di), *Whistleblowing in the Australian Public Sector*, cit. *passim*; v. pure E. CALLAHAN – T. DWORKIN – D. LEWIS, *Whistleblowing: Australian, UK and US approaches to disclosure in the public interest*, 44 *Virginia J. Int'l L.* 879 (2004) e la relazione presentata da P. BOWDEN, *A comparative analysis of whistleblower protection*, Australian Association for Professional and Applied Ethics 12th Annual Conference, 28-30 September 2005, Adelaide; l'*Australian Standard AS 8004 Whistle-blower protection programs for entities (AS 8004)* prevede espressamente che i modelli possono comprendere sistemi di segnalazione esterni – in base ai quali le segnalazioni possono pervenire a soggetti esterni alla società o all'amministrazione pubblica – o interni.

²⁷⁰ Nel Regno Unito, primo tra gli ordinamenti europei, nel 1998 è stato adottato il "*Public Interest Disclosure Act*" (PIDA), disciplina che detta regole a protezione dei lavoratori che forniscono informazioni utili a individuare fenomeni di corruzione: in merito v. J. GOBERT – M. PUNCH, *Whistleblowers, the Public Interest, and the Public Interest Disclosure Act 1998*, 63 *Modern L. Rev.* 25 (2000); per completi riferimenti sulla disciplina inglese, cfr. J. BOWERS – M. FODDER – J. LEWIS – J. MITCHELL, *Whistleblowing, law and practice*, Oxford, 2007, *passim*. V. altresì INFORMATION COMMISSIONER UK, *The Public Interest Disclosure Act 1998* ("PIDA"), *Guidance for parties who wish to disclose information to the information commissioner in reliance on the protection offered by PIDA*, July 2004.

²⁷¹ Cfr. il rapporto curato da PUBLIC CONCERN AT WORK, *Whistleblowing, fraud & the European Union. An analysis of the laws and practices in Europe which affect attitudes toward*, 1996, su richiesta dell'European Parliament Budgetary Committee e DG XX (Financial Control) of the European Commission, in <http://www.pcaw.co.uk/policy/wbfraudeu.htm>; presso la Commissione europea la questione è stata nuovamente sollevata nel documento di consultazione, *La riforma della Commissione*, COM/2000/0010 def; OLAF, Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Tutela degli interessi finanziari delle Comunità - Lotta contro la frode, Relazione annuale*, COM(2007)390, 2006, 21 ss. Per un'aggiornata panoramica (e un confronto con la situazione statunitense) v. D.C. DOWLING Jr., *Sarbanes-Oxley Whistleblower Hotlines across Europe: Directions Through the Maze*, 42 *Int'l L. Rev.* 1 (2008); v. altresì l'ampia ricognizione effettuata da P. LATIMER – A.J. BROWN, *Whistleblower Laws: International Best Practice*, 31 *UNSW L.J.* 766 (2008). Attenzione al fenomeno nella letteratura italiana è prestata da G. FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, Milano, 2006, 49 ss., in http://www.assbb.it/CMI/quaderno_etica_15.pdf.

finanziari che hanno interessato (anzitutto, ma non solo) l'economia americana²⁷² – il *whistleblowing* travalica gli originari confini: a determinare questo risultato è sufficiente la *Sect. 301(4) SOX*, che prevede, oltre che in capo alle società stabilite negli U.S.A. e per le loro controllate con sede altrove²⁷³, anche per le società quotate sul mercato statunitense²⁷⁴ l'obbligo di adottare «procedure per la ricezione, l'archiviazione e il trattamento di denunce ricevute dalla società e riguardanti la tenuta della contabilità, i controlli contabili interni e la revisione contabile, nonché per la presentazione in via confidenziale o anche anonima di segnalazioni da parte di dipendenti in merito a pratiche contabili o di revisione censurabili»²⁷⁵. Misura, questa, affiancata dalla previsione di garanzie c.d. *anti-retaliation* per i dipendenti che, anche attraverso i menzionati sistemi di segnalazione, denuncino le menzionate condotte illecite (*Sect. 806 SOX*); con tale disposizione si chiarisce (delimitandone il perimetro) che le *disclosures* nelle materie identificate dal legislatore (e fatte in *good faith*) non comporteranno da parte dell'autore violazione alcuna del *duty of trust* (il dovere di fedeltà).

Anche se l'intervento giudiziario ha scongiurato i (temuti) possibili effetti extraterritoriali della disciplina nordamericana²⁷⁶, ciò non ha impedito che l'onda lunga del *Sarbanes-Oxley Act*, veicolata dalle prassi interne adottate (globalmente) dalle multinazionali nord-americane e dai dubbi che hanno accompagnato l'istituzione dei sistemi di segnalazione (per lo più alimentati dalla schiera dei giuristi d'impresa operanti nell'interesse di tali società)²⁷⁷, raggiungesse comunque il lato opposto dell'Atlantico per misurarsi con le tradizioni giuridiche degli ordinamenti europei nei quali l'istituzione di

²⁷² Tra questi, basti ricordare i casi Enron e WorldCom. Di "rabbiosa reazione" a fronte degli scandali finanziari ha parlato P. SCHLESINGER, *Frodi e Borsa valori*, in *Corr. giur.*, 2002, 1121. Sul *Sarbanes-Oxley Act 2002 (Public Law 107-204 del 30 luglio 2002, An act to protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes)* cfr. VAUGHN, *America's First Comprehensive Statute Protecting Corporate Whistleblowers*, 57 *Admin. L. Rev.* 1 (2005); T.-M. DWORKIN, *SOX and Whistleblowing*, 105 *Mich. L. Rev.* 1757 (2007). La disciplina statunitense non è passata inosservata nella letteratura italiana: cfr. S. CACCHI PESSANI, *Corporate governance, sistema dei controlli e intermediari reputazionali negli Stati Uniti d'America dopo il caso Enron*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 746; E. COLCERA, *I sistemi di vigilanza delle società italiane quotate nei mercati regolamentati: il Sarbanes-Oxley Act, un modello per l'Italia*, in *Le società*, 2005, 791; M.P. BELLONI, *Il Sarbanes-Oxley Act, il Business Lawyer e la Multidisciplinary Practice (MDP). I commenti della dottrina statunitense e le reazioni dell'Unione europea. Qualcosa di nuovo nella sfera di cristallo?*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2005, 417.

²⁷³ Cfr. New York Stock Exchange's Listed Company Manuals.

²⁷⁴ Per una più precisa individuazione dell'ambito di applicazione soggettiva della disciplina cfr. la definizione di "issuer" contenuta nella *Sect. 2*, lett. a, punto 7 *SOX*.

²⁷⁵ In tal modo la disciplina statunitense ha ritagliato aree specifiche rispetto alle quali talune procedure di segnalazione possono essere istituite, riducendo significativamente i margini di incertezza generati da definizioni latissime del fenomeno.

²⁷⁶ Con la decisione adottata il 5 gennaio 2006 in *Carnero v. Boston Scientific Corp.*, 433 F.3^d 1 (1st Cir. 2006) la Corte d'appello ha deciso che le misure previste dal *Sarbanes-Oxley Act* non si estendono a cittadini non americani che lavorino al di fuori degli U.S.A. per *subsidiaries* di società statunitensi. Cfr. pure D.F. VAGTS, *Extraterritoriality and the Corporate Governance Law*, 97 *Am. J. Int'l L.* 289 (2003); J.R. CROOK, *SEC Efforts to Mitigate Jurisdictional Conflicts under Sarbanes-Oxley Act*, 99 *Am. J. Int'l L.* 493 (2005).

²⁷⁷ Cfr. A. BREINLINGER – G. KRADER, *Chancen und Risiken bei der Umsetzung von anonym nutzbaren Hinweisgebersystemen im Rahmen des Compliance – Managements von Unternehmen*, in *RDV*, 2006, 60.

*dispositifs d'alerte professionnelle, procédures d'alerte, alertes éthique*²⁷⁸, *sistemas de denuncias internas, Hinweisgeberverfahren o Telefon-Hotline*²⁷⁹ ha destato negli interpreti più di un dubbio per approdare, talvolta, avanti ai legislatori nazionali²⁸⁰.

3. (segue) ... e in ragione delle Convenzioni internazionali in materia di contrasto della corruzione

Fattore che concorre (con quello appena rappresentato) a rendere urgente la trattazione del tema è l'obbligo assunto dai Paesi membri del Consiglio d'Europa (e tra questi l'Italia) di dare esecuzione, per quanto qui immediatamente interessa, alla *Civil law convention on corruption* che prevede, diversamente da altri strumenti internazionali²⁸¹, l'obbligo per l'ordinamento italiano di introdurre appropriate salvaguardie per i *whistleblowers*, indicando come possibili destinatari della denuncia non solo le autorità competenti (c.d. *external whistleblowing*), ma anche, più genericamente, altre *responsible persons* (col che anche la figura del c.d. *internal whistleblowing* sembra poter essere presa

²⁷⁸ Cfr. A. COEURET – N. DE SEVIN, *Les dispositifs d'alerte et le droit du travail français: chronique d'une greffe*, in *Rev. jurisprudence sociale*, 2006, 75.

²⁷⁹ Cfr. B.A. WAGNER, *Ethikrichtlinien - Implementierung und Mitbestimmung*, Baden-Baden, 2008; C. TRISKATIS, *Ethikrichtlinien im Arbeitsrecht*, Frankfurt a.M., 2008. Per una panoramica sui diversi ordinamenti nazionali si può rinviare, oltre che allo studio indicato in nota 3, a PUBLIC SERVICE INTEGRITY OFFICE, *A Comparative International Analysis of Regimes for the Disclosure of Wrongdoing ("Whistleblowing")*, 2004, *passim*.

²⁸⁰ Può qui ricordarsi il *Working Employment Act* norvegese (ai §§ 2-4, 2-5 e 3-6), come pure, in Francia, le misure introdotte di recente (con la legge 13 novembre 2007, n. 2007-1598) nel *code du travail* a tutela dei lavoratori che rivelano condotte di *mobbing* sul luogo di lavoro (cfr. l'ultima parte dell'art. L. 1152-2 e l'art. L. 1152-3) o fenomeni di corruzione (art. L. 1161-1): per la prima applicazione della nuova disciplina nella giurisprudenza di legittimità cfr. Cass. Soc., 10 marzo 2009, n. 1041 (che pone in capo al datore di lavoro l'onere della prova della mala fede del lavoratore che segnala fatti non corrispondenti al vero). In alcuni ordinamenti una disciplina in materia forma oggetto di disegni di legge: cfr. l'Avamprogetto di complemento del Codice civile svizzero, finalizzato ad introdurre con novella nel Libro quinto del codice civile (dedicato al Diritto delle obbligazioni) l'art. 321a^{bis}, relativo alla segnalazione di irregolarità, e l'art. 336 cpv., lett. d (che sancisce l'inefficacia del licenziamento in caso di corretta segnalazione di irregolarità); anche nell'ordinamento tedesco, a seguito della proposta di una modifica normativa che determinerebbe la riformulazione del § 612a BGB (cfr. *Vorschlag für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch*, presentato il 30 aprile 2008) il tema ha formato oggetto di trattazione da parte dell'*Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages* con audizioni (4 giugno 2008) dedicate alla "*Regelung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Änderung des Lebensmittel- u. Futtermittelgesetzbuches sowie anderer Vorschriften*": v. in merito D. DEISEROTH – P. DERLEDER, *Whistleblower und Denunziatoren*, in *ZRP*, 2008, 248, 251.

²⁸¹ Cfr. l. 3 agosto 2009, n. 116, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, nonché norme di adeguamento interno e modifiche al codice penale e al codice di procedura penale*, nella quale, tuttavia, il legislatore non ha introdotto alcuna misura per dare attuazione alle misure prefigurate, invero solo come possibili, dal menzionato art. 33 della Convenzione di Merida secondo il quale "ciascuno Stato Parte considera la possibilità di incorporare nel proprio sistema giuridico le misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati stabiliti dalla presente Convenzione" (v. pure UNITED NATIONS – Office on Drugs and Crime, *Global Action Against Corruption. The Merida Papers*, Vienna, 2004, 62).

in considerazione da parte dei legislatori nazionali che procederanno alla ratifica della Convenzione)²⁸².

A ciò si aggiunga che sempre più pressanti si fanno gli "inviti" formulati da organismi internazionali a che gli ordinamenti nazionali (ivi compreso quello italiano) si dotino di discipline adeguate in materia di *whistleblowing* (con il conseguente adeguamento dei modelli organizzativi interni presenti negli organismi pubblici e privati)²⁸³ nella persistente convinzione che fenomeni gravi, primo fra tutti la corruzione²⁸⁴, considerati difficilmente individuabili mediante i tradizionali sistemi di controllo (interni ed esterni), possano, invece, per il tramite dei soggetti operanti all'interno delle istituzioni che ne sono interessate (non di rado appartenenti a cerchie ristrette), più agevolmente essere svelati (e quindi estirpati)²⁸⁵.

²⁸² Più rigorosamente, l'art. 22 *Criminal law convention on corruption* del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999 (ETS 173) "[e]ach Party shall adopt such measures as may be necessary to provide effective and appropriate protection for: a those who report the criminal offences established in accordance with Articles 2 to 14 or otherwise co-operate with the investigating or prosecuting authorities; b witnesses who give testimony concerning these offences"; l'art. 9 *Civil law convention on corruption* del Consiglio d'Europa del 4 novembre 1999 (ETS 174) prevede che "[e]ach Party shall provide in its internal law for appropriate protection against any unjustified sanction for employees who have reasonable grounds to suspect corruption and who report in good faith their suspicion to responsible persons or authorities"; v. pure, nell'ambito degli strumenti internazionali che prevedono misure di contrasto alla corruzione, la *Revised recommendation of the Council on combating bribery in international business transactions*, adottata il 23 maggio 1997 (OCSE, WORKING GROUP ON BRIBERY IN INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS – WGB), con la quale (tra le varie misure suggerite) si raccomanda agli stati membri di incoraggiare le società "to provide channels for communication by, and protection for, persons not willing to violate professional standards or ethics under instructions or pressure from hierarchical superiors" (punto V.C.iv).

²⁸³ Merita ricordare che al paragrafo 23 della Risoluzione 1548 (2007), sulla *"Evoluzione della procedura di monitoraggio dell'Assemblea"*, approvata il 18 aprile 2007 e trasmessa formalmente alla Camera dei Deputati (della quale si fa menzione nella seduta del 12 luglio 2007: Doc. XII bis n. 38), l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha chiesto in particolare all'Italia di ratificare le Convenzioni civile e penale sulla corruzione (peraltro la Camera dei Deputati approvò, nella seduta del 30 ottobre 2007, la c.d. mozione Turco ed altri n. 1-00237 che impegnava il Governo ad aderire alle richieste dell'Assemblea del Consiglio d'Europa). Anche il GROUP OF STATE AGAINST CORRUPTION (GRECO) – istituito dal Consiglio d'Europa nel 1999 – Public GRECO Eval I/II Rep (2008) 2E, *Joint First and Second Evaluation Round Evaluation Report on Italy*, adopted by GRECO at its 43rd Plenary Meeting (Strasbourg, 29 June - 2 July 2009).

²⁸⁴ L. KOEHLIN, Z. LEDERGERBER, *Neue Tendenzen internationaler Anti-Korruptionsinitiativen: Korruption unter Privaten und Whistleblowing*, in T. BALMELLI, B. JAGGY (a cura di), *Les traités internationaux contre la corruption. L'ONU, l'OCDE, le Conseil de l'Europe et la Suisse*, Lausanne – Berne – Lugano, 2004, 111; v. pure Z. LEDERGERBER, *Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung*, Bern, 2005, *passim*.

²⁸⁵ In questo senso cfr. pure il *Rapport* della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Protection des intérêts financiers des Communautés - Lutte contre la fraude - Rapport annuel 2006*, Bruxelles, del 6 luglio 2007, COM(2007) 390 final, 20. Ciò malgrado lo strumento della segnalazione interna non sempre abbia dato i frutti sperati [cfr. T. DWORKIN – J. NEAR, *Whistleblowing Statutes: Are They Working?*, 25 *Am. Bus. L. J.* 241 (1987)], al punto da indurre parte della letteratura statunitense a reclamare addirittura benefici di natura finanziaria a vantaggio del segnalante, secondo il modello della *qui tam* action [cfr. E. CAMINKER, Comment, *The Constitutionality of Qui tam Actions*, 99 *Yale L. Rev.* 341 (1989)], al fine di incentivare le *disclosures*: v. E. CALLAHAN – T. DWORKIN, *Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act*, 37 *Villanova L. Rev.* 273, 278 ss. (1992). In senso critico v., invece, G. MARINUCCI, *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1465: "La verità è che solo sistemi di controlli istituzionali possono portare alla scoperta della criminalità d'impresa, e il crollo attuale dell'economia nell'intero mondo [...] è il frutto del fallimento di quei controlli, che reclama non già la fuga nel "privato" – nelle

4. Necessità di interventi normativi nell'ordinamento italiano? A) In particolare: le misure c.d. *anti-retaliation*

Nonostante il moltiplicarsi delle sollecitazioni verso un intervento normativo (sostanzialmente volto a replicare modelli già esistenti), va detto subito che l'assenza di un quadro normativo espressamente dedicato al *whistleblowing* non consente, per ciò solo, di affermare l'esistenza di una lacuna nell'ordinamento tale da giustificare (o richiedere) l'intervento del legislatore²⁸⁶, dovendosi invece verificare se le distinte componenti che lo caratterizzano – identificate per esigenza di analisi nelle misure c.d. *anti-retaliation* (sulle quali si tornerà subito) e nei sistemi di segnalazione, in particolare quelli interni (parr. 5.1. ss.)²⁸⁷ – siano, rispettivamente, necessarie e compatibili con le regole o i principi generali dell'ordinamento italiano come applicati nel "diritto vivente"²⁸⁸.

In questa prospettiva è necessario, allora, far emergere le ragioni di fondo dell'introduzione norme di tutela del *whistleblower* negli ordinamenti che le hanno previste, primo fra tutti in quello statunitense: a questo proposito, anche un'indagine superficiale consente di individuare la ragione dell'intervento legislativo (articolatosi in modo puntiforme, come detto, sia a livello statale che federale) nella necessità di porre rimedio al principio, ancora fortemente radicato, della "*termination at will*" del rapporto di lavoro, in virtù del quale il lavoratore è "*subject to discharge at any time and for any reason*"²⁸⁹. Si comprendono così i ripetuti interventi normativi che, anche al fine di sottrarre il giudice alla non facile verifica della sussistenza della c.d. "*public policy exception*" (e l'interessato all'alea che tale accertamento inevitabilmente comporta)²⁹⁰, sono andati affastellandosi,

rischiose iniziative dei dipendenti – bensì più severe regole e più penetranti sistemi di controllo istituzionale, anche su scala internazionale".

²⁸⁶ Va approvata la più cauta impostazione presente nel recente *Report* predisposto per l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa – Committee on Legal Affairs and Human Rights, da P. OMTZIGT, *The protection of "whistle-blowers"*, 14 September 2009 (al quale si rinvia anche per un quadro aggiornato della comparazione).

²⁸⁷ Anche nell'ordinamento statunitense si conviene che le discipline in materia di *whistleblowing* si caratterizzano per la compresenza di due aspetti complementari, denominati *Anti-Retaliation Model* e *Structural Model*, cfr. R.E. MOBERLY, *Sarbanes-Oxley's Structural Model To Encourage Corporate Whistleblowers*, 2006 *B.Y.U.L. Rev.* 1107, 1126 ss. e 1138 ss. (2006).

²⁸⁸ Locuzione qui utilizzata nel suo senso più pregnante, in aderenza all'insegnamento di L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Jus*, 1988, 14.

²⁸⁹ In merito, v. la tradizionale trattazione di H.G. WOOD, *A Treatise on the Law of Master and Servant*, Albany, 1877, 134, 272 ss. Fitta la letteratura che ha criticato la rigidità della regola di *common law*, illustrando gli interventi giurisprudenziali (e quindi legislativi) che ne hanno determinato l'erosione: tra i tanti cfr. la Note, *Protecting At Will Employees Against Wrongful Discharge: The Duty to Terminate Only in Good Faith*, 93 *Harv. L. Rev.* 1816 (1980), in particolare 1822, nota 38 e 1839, nota 124.

²⁹⁰ Proprio la c.d. "*public policy exception*", originariamente riconosciuta in *Peterman v. International Brotherhood of Teamsters*, 174 Cal. App. 2^d 184 (1959) – caso nel quale la Corte Suprema della California ha escluso il potere di licenziamento nei confronti di un lavoratore che si era rifiutato di testimoniare il falso nell'interesse del datore di lavoro –, ha costituito l'*escamotage* elaborato dalla giurisprudenza per sfuggire alle rigidità (e alle iniquità) generate dalla *doctrine* dell'*at-will employment*: cfr., con ulteriori riferimenti, la Note, *Protecting Employees at Will Against Wrongful Discharge: The Public Policy Exception*, 96 *Harv. L. Rev.* 1931, 1937 e 1946 (1983). Proprio i casi di *whistleblowing*, prima ancora di essere formalizzati e tipizzati in specifiche discipline, sono stati ricondotti, di volta in volta, nell'ambito della menzionata eccezione: cfr., tra gli studi più risalenti, Comment, *Government Employee Disclosures of Agency Wrongdoing: Protecting the Right to Blow the Whistle*, 42 *U. Chi. L. Rev.* 530 (1975); J.H. CONWAY, *Protecting the Private Sector at Will*

introducendo, in via di eccezione, e rispetto ad ambiti delimitati (così è accaduto anche con il *SOX*), tutele a vantaggio del *whistleblower*²⁹¹.

Identica esigenza, invece, non sembra caratterizzare l'ordinamento italiano – e, più in generale, gli ordinamenti europei²⁹² –, atteso che la denuncia, anche se veicolata all'esterno dell'ente di appartenenza, (come pure la testimonianza) del dipendente relativa a comportamenti illeciti tenuti dal datore di lavoro²⁹³ non determina, se effettuata nel rispetto della verità dei fatti²⁹⁴ e, per le rivelazioni dirette agli organi di informazione, della

Employee Who "Blows The Whistle": A Cause of Action Based upon Determinants of Public Policy, 1977 *Wis. L. Rev.* 777, 799 ss. (1977).

²⁹¹ Come si desume da F.J. CAVICO, *Private Sector Whistleblowing and the Employment-at-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical and Pragmatic Analysis*, 45 *S. Tex. L. Rev.* 543, 547 (2004): "There is [...] a veritable patchwork of whistleblowing laws, federal and state, general and specific, statutory and common law, that provide varying degrees of protection to the private sector employee".

²⁹² Anche al di fuori dei confini nazionali, in linea di principio, non si dubita, infatti, della liceità della condotta del lavoratore che denunci fatti ritenuti in violazione di legge, ritenendosi tale comportamento una forma di esercizio del diritto di manifestazione del pensiero e, comunque, del potere di denuncia del quale dispone ciascun cittadino (indipendentemente dalla veste di lavoratore): in questo senso si è decisamente pronunciato il BVerfG, 2 luglio 2001, in *AuR*, 2002, 187, 188: "die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren kann – soweit nicht wissenschaftlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben gemacht werden – im Regelfall aus rechtsstaatlichen Gründen nicht dazu führen, daraus einen Grund für eine fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses abzuleiten"; l'orientamento è stato condiviso, dalla giurisprudenza di legittimità: cfr. BAG, 3 luglio 2003 (235/02), in *NZA*, 2004, 430; BAG, 7 dicembre 2006 (AZR 400/05), in *DB*, 2007, 808. Anche nell'esperienza francese v. in questo senso P.-H. ANTONMATTEI, P. VIVIEN, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français: état des lieux et perspectives*, Paris, 2007, 29: «tout salarié, indépendamment des dispositions particulières de l'article L. 461-1 du Code du travail, peut, au nom de sa liberté individuelle d'expression, relater tout fait qu'il estime préjudiciable à l'entreprise ou contraire à une règle de droit». Del pari, in giurisprudenza si è chiarito che un lavoratore può segnalare all'ispettorato del lavoro anomalie (suscettibili di rilevanza penale) presenti nell'impresa senza che ciò possa determinare in capo allo stesso conseguenze pregiudizievoli (Cass. soc. 14 marzo 2000, in *Droit social*, 2000, 555, con osservazioni di J. SAVATIER), come pure portare a conoscenza dell'autorità inquirente violazioni che potrebbero integrare illeciti penali (Cass. soc., 12 luglio 2006, n. 04-41075 P+B).

²⁹³ Il principio ha trovato applicazione – rispetto alla comunicazione, effettuata da un dipendente alla Guardia di finanza, di documentazione della società datrice di lavoro dalla quale era dato evincere l'inosservanza di obblighi fiscali – in Cass., Sez. lav., 16 gennaio 2001, n. 519, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, 453, con nota di DI PAOLA, *Una interessante pronuncia della Cassazione in tema di obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*. Nello stesso senso, ma differenziando la rivelazione di informazioni coperte dal segreto professionale (ritenuta giustificata in casi particolarmente rilevanti, ricorrendo le condizioni previste agli artt. 51 c.p. oltre che agli artt. 54 c.p. e 2045 c.c.) da quelle protette dal segreto aziendale (nel qual caso si ritiene, in generale, "legittima la rivelazione di notizie attinenti a reati commessi o progettati dall'impreditore" come pure "di procedimenti produttivi o amministrativi che comportino sistematicamente scorrettezze nei rapporti con i clienti dell'impresa o gli utenti del servizio prodotto"), cfr. P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979, 239 s., che, a p. 241, attribuisce altresì rilevanza alle modalità utilizzate nella rivelazione, che devono essere adeguate in relazione allo scopo (dando così attuazione al principio di correttezza e buona fede); in merito v. altresì M. AIAMO, *Appunti sul diritto di critica del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, II, 455 ss. (annotando Cass., Sez. lav., 16 maggio 1998, n. 4952); EAD., *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, 2003, *passim*.

²⁹⁴ Cfr. Cass., Sez. lav., 22 agosto 1997, n. 7884, in *Dir. lav.*, 1998, II, 166, secondo la quale (riconoscendo la legittimità del licenziamento) "pur non potendosi dubitare del fatto che al lavoratore subordinato debba essere garantito un diritto di critica, anche aspra, nei confronti del suo datore di lavoro – soprattutto quando trattasi di un sindacalista che si esprime, come in fattispecie, sulla funzionalità di un pubblico servizio – tuttavia non può ammettersi che il medesimo lavoratore, senza

continenza (formale e sostanziale) della forma espositiva utilizzata²⁹⁵, una violazione dell'obbligo di fedeltà (previsto, nell'ambito della clausola generale di correttezza e buona fede, dall'art. 2105 c.c.)²⁹⁶. Di qui il corollario, consolidato in giurisprudenza, dell'illegittimità dei provvedimenti disciplinari "di ritorsione" adottati dal datore di lavoro nei confronti dell'autore delle dichiarazioni, che possono determinare la nullità del licenziamento o l'insorgere di obbligazioni risarcitorie²⁹⁷.

Queste considerazioni inducono quindi a non ritenere pienamente giustificata l'opinione che reclama come urgente un intervento normativo per i profili appena esaminati: il *ius quo utimur*, rispetto alle problematiche sopra evidenziate²⁹⁸, sembra in grado di offrire sufficienti risposte²⁹⁹.

5.1. (segue) B) I sistemi di segnalazione interni e le regole di trasparenza

Sono, invece, i sistemi di segnalazione interni e, meglio ancora, il trattamento confidenziale delle informazioni raccolte tramite i medesimi (ivi compresa quella relativa all'identità dell'autore della segnalazione) che, a mio avviso, possono comportare qualche criticità.

Ciò anzitutto, per differenze storiche e culturali rispetto all'esperienza statunitense (accentuate in alcuni ordinamenti europei più che in altri) che inducono a maggior

addurre e comprovare fatti oggettivamente certi, leda sul piano morale l'immagine del proprio datore di lavoro".

²⁹⁵ Per ulteriori approfondimenti (e riferimenti) v. M.N. BETTINI, *Il diritto di critica del lavoratore nella giurisprudenza*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino, 2008, 141 ss.

²⁹⁶ Obbligo di fedeltà che, ovviamente, non entra in giuoco in caso di segnalazioni indirizzate a soggetti interni all'ente di appartenenza.

²⁹⁷ Trib. Roma, 19 ottobre 1995, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 876, con nota di ZANOTELLI, *Motivo illecito determinante e licenziamento*. Per ulteriori considerazioni sui profili lavoristici si rinvia alla relazione di V. FERRANTE, *Rapporti di lavoro e whistleblowing. Diritto a "spifferare" e tutela del posto di lavoro nell'ordinamento italiano*, in questo volume.

²⁹⁸ Non si considerano qui ulteriori (rilevanti) aspetti, primo fra tutti il ruolo delle rappresentanze sindacali in occasione dell'introduzione di modelli organizzativi che prevedono l'istituzione di sistemi di segnalazione: nel senso che l'istituzione di una *Hotline* debba formare oggetto della *Mitbestimmung* cfr., nell'ordinamento tedesco, M. BEHRENDT, M. KAUFMANN, *Whistleblowing-Hotlines aus arbeits-, und datenschutzrechtlicher Sicht, Lösungswege im Unternehmen*, in *CR*, 2006, 642, 645.

²⁹⁹ Meritevole di maggiore approfondimento potrebbe risultare invece la (delicata) questione circa la sussistenza di un obbligo (piuttosto che di una mera facoltà) di segnalazione in capo al lavoratore: così, ad esempio, nell'ordinamento comunitario, in base all'art. 22a delle *Staff Regulations of Officials of the European Communities*, "[a]ny official who, in the course of or in connection with the performance of his duties, becomes aware of facts which gives rise to a presumption of the existence of possible illegal activity, including fraud or corruption, detrimental to the interests of the Communities, or of conduct relating to the discharge of professional duties which may constitute a serious failure to comply with the obligations of officials of the Communities shall without delay inform either his immediate superior or his Director-General or, if he considers it useful, the Secretary-General, or the persons in equivalent positions, or the European Anti-Fraud Office (OLAF) direct". Nell'ordinamento italiano, la giurisprudenza ha ritenuto giustificato il licenziamento della lavoratrice (vice-direttrice di filiale bancaria) che non aveva provveduto a segnalare alle competenti funzioni interne il comportamento anomalo del proprio superiore gerarchico, ritenendo tale omissione una violazione del dovere di fedeltà gravante sul lavoratore: cfr. Cass. 8 giugno 2001, n. 7819, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 351, con annotazioni di E. FIATA, *Obblighi "positivi" di diligenza e fedeltà. Sanzioni e codici disciplinari*, *ibidem*, 285 ss., che rileva però (p. 293) l'esistenza dell'obbligo di segnalazione nella contrattazione collettiva in relazione a "gravi irregolarità commesse da altri appartenenti al personale o di terzi".

prudenza nell'accettazione di sistemi (strutturati) di segnalazione che, ove non correttamente "interpretati", possono facilmente, ancorché impropriamente, sfociare in (o, più semplicemente, essere in concreto utilizzati quali) strumenti di delazione istituzionalizzata³⁰⁰.

Sul piano della disciplina, poi, devono essere affrontate e risolte alcune questioni connesse al principio di trasparenza che caratterizza sia le discipline relative all'accesso alla documentazione amministrativa, per quanto riguarda (principalmente) i soggetti pubblici, sia, più in generale, la disciplina di protezione dei dati personali (frutto, come è noto, del recepimento della direttiva 95/46/CE)³⁰¹. Quest'ultima prospettiva, in particolare, (pur comprensibilmente) assente nei commentatori d'oltre Atlantico³⁰², spesso manca – ma qui, invero, è meno agevole comprenderne le ragioni (quantomeno per le "ricadute" pratiche che ciò determina)³⁰³ – anche nel contesto europeo³⁰⁴, sì che l'impressione che si ritrae dalla lettura dei contributi in materia è quello della propensione alla pura e semplice "importazione" di un modello che, non solo dal punto di vista lavoristico, sembra caratterizzarsi per una non trascurabile distanza rispetto a quelli presenti nel Vecchio continente³⁰⁵.

Le ragioni fin qui sommariamente esposte rendono conto allora della diversa prospettiva adottata nell'esperienza europea, prevalentemente incentrata, piuttosto che

³⁰⁰ Tali preoccupazioni sono esplicitate, ad esempio, nella letteratura tedesca (cfr. C. REITER, *Der Schutz des Whistleblowers nach dem Sarbanes-Oxley Act im Rechtsvergleich und im internationalen Arbeitsrecht*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2005, 168, 172), memore delle prassi utilizzate durante il nazionalsocialismo e al tempo della DDR, testimoniata dall'acribia con la quale le delazioni venivano collazionate dai servizi di informazione (v. M.-T. TINNEFELD, J. RAUHOFFER, *Whistleblower: Verantwortungsbewusste Mitarbeiter oder Denunzianten?: Fragen an Grundrechte, Ethikrichtlinien und Arbeitsrecht*, in *DuD*, 2008, 717, 719 e 722).

³⁰¹ Non può dubitarsi, infatti, che tali sistemi comportino un trattamento di dati personali riferiti al segnalato (e, se del caso, al segnalante).

³⁰² Essendo, come è noto, l'ordinamento statunitense sprovvisto non solo di una disciplina generale di *data protection*, ma pure assai distante dalla rilevanza costituzionale che a tale diritto attribuiscono gli ordinamenti europei, come testimoniato dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentale dell'Unione europea.

³⁰³ Tutti i lavori del Consiglio d'Europa, nonostante da questo stesso organismo sia promanata la Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale del 28 gennaio 1981, n. 108, non si occupano infatti delle interrelazioni tra l'eventuale regolazione in via normativa dei sistemi di *whistleblowing* e discipline di protezione dei dati personali; vero è, in relazione al diritto d'accesso, che la Convenzione di Strasburgo non attribuisce all'interessato (diversamente dalla direttiva 95/46/CE) anche il diritto di conoscere l'origine dei dati (e ciò potrebbe forse spiegare il perché della non problematica affermazione circa la confidenzialità dell'autore della segnalazione: sul punto v. *infra* nel testo). Un confronto con il dato positivo contenuto nelle discipline di protezione dei dati personali non viene effettuato nemmeno nello studio – dal titolo promettente – condotto da PUBLIC CONCERN AT WORK, *Whistleblowing and Data Protection*, January 2006. Non diversamente, nella scarsa letteratura occupatasi del fenomeno nell'ordinamento italiano, cfr. G.M. GAREGNANI, *La rilevanza dei flussi informativi nei modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. dottori comm.*, 2009, 319; C. FLORIO, *Il whistleblowing nella letteratura internazionale: aspetti definitivi e fattori determinanti*, in *Riv. dottori comm.*, 2007, 927.

³⁰⁴ Cfr. M. SCHMIDL, *Datenschutz für Whistleblowing-Hotlines: Hotlines für anonyme Anzeige von Mitarbeiterverhalten in einem internationalen Konzern*, in *DuD*, 2006, 353; D.C. DOWLING, *Sarbanes-Oxley Whistleblower Hotlines across Europe: Directions through the Maze*, 42 *Int'l Lawyer* 1 ss. (2008).

³⁰⁵ Nessun problema circa la compatibilità con l'ordinamento italiano si rinviene, ad esempio, in C. FLORIO, *Il whistleblowing nella letteratura internazionale: aspetti definitivi e fattori determinanti*, in *Riv. dottori comm.*, 2007, 927;

sulla posizione giuridica del denunziante (che si ritiene già adeguatamente presidiata), sulle garanzie da offrire al segnalato, affinché possa essere messo in condizione di conoscere i fatti a sé attribuiti, come pure l'origine delle accuse mosse nei propri confronti: tanto, per difendersi dalle stesse ed, eventualmente, per tutelare la propria onorabilità (e professionalità) ove messa ingiustamente in dubbio dalla denuncia che lo riguarda³⁰⁶.

5.2. (segue) La disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi

Venendo ad un più diretto confronto (ma pur sempre schematico) con il dato normativo, in prima battuta merita osservare che il regime confidenziale che si vorrebbe riservare alle segnalazioni potrebbe trovare un ostacolo, in quanto applicabile, nella disciplina relativa all'accesso alla documentazione amministrativa contenuta nella legge 7 agosto 1990, n. 241 (in particolare, artt. 10, comma 1, lett. a) e 24).

Al riguardo pare infatti consolidato l'orientamento del Consiglio di Stato – fatto altresì proprio dalla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi³⁰⁷ – volto ad estendere il contenuto del diritto d'accesso anche alla pretesa a conoscere l'identità del soggetto che ha presentato una segnalazione o un esposto a vantaggio di chi sia poi stato oggetto di un procedimento amministrativo³⁰⁸. L'orientamento appena rappresentato muove dall'assunto che le denunce non possano "considerarsi un fatto circoscritto al solo autore e all'Amministrazione competente al suo esame ed all'apertura dell'eventuale procedimento, ma riguarda[no] direttamente anche i soggetti "denunciati", i quali ne risultano comunque incisi"³⁰⁹.

Cosa che induce la giurisprudenza amministrativa a ritenere che "nell'ordinamento delineato dalla legge n. 241/1990, ispirato ai principi della trasparenza, del diritto di difesa e della dialettica democratica, ogni soggetto deve [...] poter conoscere con precisione i contenuti e gli autori di esposti o denunce che, fondatamente o meno, possano costituire le basi per l'avvio di un procedimento ispettivo o sanzionatorio, non potendo la p.a. precedente opporre all'interessato esigenze di riservatezza, foss'anche per coprire o difendere il denunciante da eventuali reazioni da parte del denunciato, le quali, comunque, non sfuggirebbero al controllo dell'autorità giudiziaria"³¹⁰.

³⁰⁶ Tale considerazione può non riflettersi nella necessità di una maggiore consapevolezza (anzitutto da parte dei *policy e rules makers*) degli effetti che un intervento normativo nella materia in esame produrrebbe sull'intero ordinamento.

³⁰⁷ Cfr. *Plenum* 7 aprile 2008 (4.17); *Plenum* 7 aprile 2008 (4.31); *Plenum* 10 giugno 2008 (6.55); *Plenum* 23 giugno 2009, nei confronti del Ministero dell'Interno.

³⁰⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 maggio 2008, n. 2511; Sez. VI, 23 ottobre 2007, n. 5569; Sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3601; Sez. VI, 12 aprile 2007, n. 1699; Sez. V, 22 giugno 1998, n. 923; Ad. Plen. 4 febbraio 1997, n. 5, in *Foro it.*, 1997, III, 199; T.A.R. Lombardia (Brescia), Sez. I, 29 ottobre 2008, n. 1469.

³⁰⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3601.

³¹⁰ Così ancora Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3601, che prende le distanze da altro orientamento dei giudici amministrativi di primo grado i quali, proprio allegando il pericolo di rappresaglie, ammettono un trattamento confidenziale degli esposti pervenuti o delle dichiarazioni rese dai lavoratori in sede di accertamenti ispettivi a fronte delle richieste del soggetto segnalato: cfr., ancora in questo senso, T.A.R. Abruzzo (Pescara), Sez. I, 25 febbraio 2009, n. 112; T.A.R. Valle d'Aosta (Aosta), Sez. I, 11 dicembre 2008, n. 98; T.A.R. Sardegna (Cagliari), Sez. II, 24 novembre 2006, n. 2451.

5.3. (segue) Le regole di trasparenza contenute nelle discipline di protezione dei dati personali e il trattamento "confidenziale" delle segnalazioni

Considerazioni non diverse possono essere svolte, in termini più generali, in relazione alle discipline di protezione dei dati personali.

Come è noto, la trattazione della materia (anche) da parte delle autorità di controllo si è caratterizzata per non poche incertezze che, almeno inizialmente, hanno determinato anche valutazioni di illiceità di alcuni modelli di *whistleblowing*³¹¹. Pur tra molte difficoltà interpretative, un sentiero, ancorché stretto, volto a riconoscere diritto di cittadinanza al *whistleblowing* anche negli ordinamenti europei è stato infine tracciato; inizialmente, mutando il proprio originario orientamento³¹², proprio dall'autorità di controllo francese³¹³, successivamente seguita, nei punti qualificanti della propria decisione, da altre autorità di protezione dei dati personali: dapprima riunite nel "Gruppo articolo 29"³¹⁴, quindi da quelle che, singolarmente, si sono pronunciate sul tema negli ordinamenti di appartenenza (non tutte, e neanche in tempi brevi, quasi a testimoniare la spinosità della questione, specie se rivista dalla prospettiva delle legislazioni nazionali)³¹⁵.

³¹¹ Merita al riguardo richiamare le decisioni, dal contenuto non condivisibile, inizialmente adottate dalla *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL) (cfr. *Délibération* n° 2005-110 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de McDonald's France pour la mise en œuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle e *Délibération* n° 2005-111 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de la Compagnie européenne d'accumulateurs pour la mise en œuvre d'un dispositif de ligne éthique) con le quali si sono ritenuti illeciti i trattamenti effettuati mediante alcuni sistemi di segnalazione.

³¹² Senza troppi riguardi, il comportamento tenuto dalla CNIL è stato giudicato un *volte-face* da ANTONMATTEI, VIVIEN, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français*, cit., 29; v. pure F. BAUMGARTNER, *Whistleblower Procedures and Personal Data Protection in France*, 3 *Corporate Governance L. Rev.* 206 (2007).

³¹³ La stessa CNIL, ritornando a breve distanza di tempo sul proprio orientamento con il *Document d'orientation adopté par la Commission le 10 novembre 2005 pour la mise en œuvre de dispositifs d'alerte professionnelle conformes à la loi du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, lo ha poi modificato, confinando comunque la liceità dei modelli di *whistleblowing* ai soli ambiti già individuati dal SOX: cfr. *Délibération no 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle (décision d'autorisation unique no AU-004)*.

³¹⁴ GRUPPO PER LA TUTELA DEI DATI PERSONALI ARTICOLO 29 (c.d. "GRUPPO ARTICOLO 29"), *Parere 1/2006 relativo all'applicazione della normativa UE sulla protezione dei dati alle procedure interne per la denuncia delle irregolarità riguardanti la tenuta della contabilità, i controlli contabili interni, la revisione contabile, la lotta contro la corruzione, la criminalità bancaria e finanziaria*, WP 117, adottato il 1° febbraio 2006.

³¹⁵ In particolare, ampiamente condivisa è stata l'area rispetto alla quale le autorità si sono pronunciate, ritenendo per lo più applicabili sistemi di *whistleblowing* limitatamente a gravi violazioni di natura contabile e finanziaria v., in Irlanda, DATA INFORMATION COMMISSIONER, *'Whistleblower' schemes and Compliance with the US Sarbanes-Oxley Act*; 7 March 2006; quindi, il parere del 16 gennaio 2006 rimesso dall'autorità di controllo olandese (*College Bescherming Persoonsgegevens*), reperibile in <http://www.globalcompliance.com/pdf/dutch-data-protection-english-translation.pdf>; in Belgio, cfr. la COMMISSION DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE, *Recommandation N° 1/2006 du 29 novembre 2006, Recommandation relative à la compatibilité des systèmes d'alerte interne professionnelle avec la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (alla quale fa riferimento come modello anche la COMMISSION NATIONALE POUR LA PROTECTION DES DONNÉES lussemburghese, «*Whistleblowing*», in http://www.cnpd.lu/objets/publications/autres_publications/0508_whistleblowing.pdf); si registra, quindi, l'*Arbeitsbericht* dell'AD-HOC-ARBEITSGRUPPE „BESCHÄFTIGTENDATENSCHUTZ" DES DÜSSELDORFER KREISES,

Data l'economia del lavoro, non è possibile in questa sede procedere ad un analitico esame delle interrelazioni tra le discipline di protezione dei dati personali e la materia in esame (profili sui quali, peraltro, i documenti adottati dalle autorità di controllo sopra menzionati forniscono preziose indicazioni), quanto soffermarsi sull'aspetto in discorso, relativo al principio di trasparenza che, come è noto, rappresenta uno dei cardini della direttiva 95/46/CE (e delle discipline nazionali di recepimento della stessa). A questo riguardo deve rilevarsi che le autorità di controllo ammettono, senza però spendere troppe parole per fondare la soluzione propugnata, il trattamento confidenziale del contenuto della segnalazione e, soprattutto, dell'informazione relativa all'identità del suo autore³¹⁶; pur non avendo ancora il tema formato oggetto di un provvedimento *ad hoc*, soluzione non diversa è stata seguita da parte del Garante per la protezione dei dati personali in casi singoli in cui il ricorrente espressamente chiedeva di conoscere l'identità del segnalante esercitando il diritto a conoscere l'origine dei dati a sé riferiti ai sensi dell'art. 7, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 196/2003 (e tramite il procedimento disciplinato agli artt. 145 ss. d.lgs. n. 196/2003)³¹⁷.

Whistleblowing – Hotlines. Firmeninterne Warnsysteme und Beschäftigtendatenschutz, 19-20 aprile 2007; AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (mecanismos de "whistleblowing")*, Informe n. 2007-0128; infine, nell'ordinamento portoghese, cfr. CNPD, *Deliberação Nº 765/2009, Princípios Aplicáveis aos Tratamentos de Dados Pessoais com a finalidade de Comunicação Interna de Actos de Gestão Financeira Irregular (Linhas de Ética)*. A favore dell'ampliamento dell'ambito di applicazione dei sistemi di *whistleblowing* anche per gravi violazioni di natura ambientale, oltre che per comportamenti in grado di mettere in pericolo la vita o la salute delle persone, si è pronunciata l'autorità di controllo svedese in una comunicazione indirizzata a una società il 26 marzo 2008).

³¹⁶ Cfr. GRUPPO ART. 29, *Parere 1/2006 relativo all'applicazione della normativa UE sulla protezione dei dati alle procedure interne per la denuncia delle irregolarità riguardanti la tenuta della contabilità, i controlli contabili interni, la revisione contabile, la lotta contro la corruzione, la criminalità bancaria e finanziaria*, WP 117, p. 14: «[i]n nessuna circostanza può essere permesso al denunciante di avvalersi del suo diritto di accesso per ottenere informazioni sull'identità del denunciante, salvo se il denunciante ha dichiarato il falso in malafede. In tutti gli altri casi, dovrà essere sempre garantita la riservatezza dei dati sull'identità del denunciante». Per vero, neanche è stata avvertita la necessità di un approfondimento al riguardo da parte degli autori che si sono soffermati sul parere: cfr. M. SCHMIDL, *Die Whistleblowing-Stellungnahme der Artikel-29-Gruppe*, in *DuD*, 2006, 414; O. GOFFARD, *Les systèmes d'alerte professionnelle (whistleblowing) et le respect de la vie privée: du Sarbanes-Oxley Act à la recommandation de la Commission de la vie privée*, in *Rev. dr. comm. belge*, 2007, 201.

³¹⁷ V. *Prov. 12 aprile 2007*, in www.garanteprivacy.it, doc. *web* n. 1402759, con il quale è stata dichiarata "inammissibile la richiesta [formulata dal lavoratore interessato] di conoscere l'identità dei fornitori e dei dipendenti della società resistente che avrebbero effettuato le segnalazioni poste a base delle contestazioni disciplinari. Il titolare del trattamento può legittimamente soddisfare la richiesta di conoscere l'origine di tali dati indicando (come già fatto, sia pure in modo indifferenziato rispetto a tutti gli episodi) solo i ruoli, le categorie, gli uffici aziendali da cui sono provenute le segnalazioni in questione, senza indicare anche l'identità delle persone fisiche che materialmente le hanno effettuate. Ai sensi dell'art. 7 del Codice, l'interessato ha infatti il diritto di conoscere l'origine dei dati che lo riguardano, ma non anche quello di accedere ai dati personali riferiti a terzi", richiamando in senso conforme *Prov. 26 ottobre 2005*, doc. *web* n. 1192365 (nel quale il Garante non ha dato seguito alla "specifica richiesta dell'interessato volta a conoscere anche l'identità della persona fisica che, all'interno della società, avrebbe rilevato l'uso indebito del *badge* di un collega"). In altra circostanza il diniego a comunicare l'identità dell'autore di una comunicazione che aveva originato il trattamento dei dati personali riferito all'interessato è stato argomentato, però, dal segreto sulle fonti giornalistiche: cfr. *Prov. 26 febbraio 2009*, doc. *web* n. 1605301. Forma invece oggetto di una puntuale prescrizione a comunicare l'origine dei dati quanto formulato nel *Prov. 16 febbraio 2006*, doc. *web* n. 1242592 relativo al trattamento dei dati personali nell'ambito dei servizi telefonici non richiesti: "va altresì prescritto ad operatori e gestori di servizi di *call center* di indicare con precisione l'origine dei dati già nel corso della chiamata o comunicazione promozionale, permettendo

Questa opinione meriterebbe, a mio giudizio, una più attenta valutazione dal punto di vista del diritto vigente: il diritto d'accesso dell'interessato è, infatti, uno dei punti qualificanti delle discipline di protezione dei dati personali; suo tramite (oltre che grazie all'obbligo di rendere l'informativa all'interessato) trova concretizzazione l'idea centrale veicolata da queste discipline che, per consentire "il passaggio dal segreto al controllo"³¹⁸, esigono la trasparenza nei trattamenti dei dati personali, perseguendo così l'obiettivo che l'interessato non sia oggetto di trattamenti di dati personali che lo riguardino dei quali sia tenuto all'oscuro (e magari possa rimanervi)³¹⁹.

Nell'ordinamento italiano questo principio trova concretizzazione nell'art. 7, d.lgs. n. 196/2003 che prevede non solo il diritto dell'interessato di conoscere quali informazioni siano trattate sul suo conto, ma comprende anche il diritto a conoscere l'origine dei dati, vale a dire, nel caso di specie – e, interpretando la norma alla luce dell'art. 12, par. 1, lett. a), secondo trattino della direttiva 95/46/CE, secondo cui devono essere messe a disposizione dell'individuo che ne faccia richiesta "tutte le informazioni disponibili sull'origine dei dati" –, anche il nominativo dell'autore della segnalazione (ove disponibile).

In pari tempo la disciplina richiede che all'interessato venga resa l'informativa circa i trattamenti che lo riguardano e, ove i dati siano raccolti presso soggetti terzi (come nel caso di specie), tale informativa dovrebbe essere resa, laddove non ne sia prevista la comunicazione, all'atto della registrazione (art. 13, comma 4, d.lgs. n. 196/2003)³²⁰.

Si tratta, come è evidente, di aspetti non marginali in relazione al tema qui preso in considerazione e che rischiano di incidere sull'efficacia dei sistemi di segnalazione.

Certo, anche il principio di trasparenza non è assoluto e può subire limitazioni nei casi in cui una legge individui un interesse prevalente rispetto a quello individuale e detti adeguate garanzie, in conformità a quanto disposto dall'art. 13, par. 1, lett. g), direttiva 95/46/CE secondo cui limitazioni (e, comunque, non esclusioni) del diritto d'accesso e dell'obbligo di rendere l'informativa possono essere previste da disposizioni legislative "qualora tale restrizione costituisca una misura necessaria [...] alla salvaguardia della protezione [...] dei diritti e delle libertà altrui".

Già il Codice in materia di protezione dei dati personali, nel dare attuazione a tale precetto, ha previsto che, in caso di trattamento effettuato per tutelare un diritto in sede giudiziaria³²¹ – locuzione non di rado riferita anche alla c.d. fase precontenziosa che, in ragione di circostanze verificabili in concreto, risulti preludere all'instaurazione di una controversia giudiziaria³²² –, il diritto d'accesso, come pure l'obbligo di rendere

al soggetto contattato di individuare subito il soggetto che ha fornito o che detiene i dati e le sue puntuali coordinate. Ciò, a prescindere da una richiesta del destinatario stesso".

³¹⁸ Questa la felice formulazione utilizzata da S. РОДОТА, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 102.

³¹⁹ Tutta da valutare, circa la loro conoscibilità da parte dell'interessato, è infatti la sorte di segnalazioni che si risolvono in un nulla di fatto.

³²⁰ Tanto per consentire all'interessato, anche nel caso in cui il suo consenso non sia richiesto per il trattamento delle informazioni raccolte sul suo conto, il controllo di liceità sul trattamento effettuato e l'esercizio dei diritti riconosciutigli dalla legge.

³²¹ Cfr., tra i tanti, *Prov. ti* 21 dicembre 2007, doc. *web* n. 1486740 e n.1489858; *Prov. ti* 14 dicembre 2007, doc. *web* n. 1481006; *Prov. ti* 29 novembre 2007, doc. *web* n. 1474279; *Prov. ti* 25 luglio 2007, doc. *web* n. 1434791.

³²² Cfr. *Prov. ti* 4 giugno 2009, doc. *web* n. 1629029 e n. 1630066, entrambi riferiti all'accesso a perizie medico-legali redatte da medici fiduciari di compagnie assicurative; analogamente *Prov. ti* 10 dicembre 2007, doc. *web* n. 1497600. Non si è ritenuto sufficiente al fine di invocare il differimento nell'esercizio del diritto d'accesso la mera allegazione della "possibile instaurazione di una

l'informativa, possano essere differiti (rispettivamente, ai sensi degli artt. 8, comma 2, lett. e) e 13, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 196/2003)³²³. Ciò ovviamente "sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento"³²⁴, dovendo altrimenti essere resi disponibili (e l'informativa fornita) all'interessato.

Al legislatore (come peraltro espressamente accaduto in altri ordinamenti) spetta allora effettuare la valutazione presupposta dall'art. 13, par. 1, lett. g), direttiva 95/46/CE, soppesando (e contemperando) i diversi interessi in giuoco.

5.4. (segue) Il problema relativo all'ammissibilità delle segnalazioni anonime

La questione appena sollevata (e la soluzione che alla stessa può darsi) è strettamente collegata, con il distinto problema relativo all'ammissibilità delle segnalazioni anonime.

Come è noto, nei pareri resi, le autorità di controllo auspicano che di regola i sistemi di segnalazione non tengano conto delle denunce anonime. Ma, ancora una volta, non si tratta di profilo di esclusiva pertinenza della materia della protezione dei dati personali (rispetto alla quale il profilo della liceità del trattamento di dati provenienti da fonti anonime potrebbe formare oggetto di valutazione alla luce dei principi di liceità e correttezza del trattamento, previsti dall'art. 6, par. 1, lett. a), direttiva 95/46/CE e, nel nostro ordinamento, dall'art. 11, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 196/2003).

Analogo sfavore, infatti, emerge chiaramente dalle parole in più circostanze usate dal Consiglio di Stato per il quale "la tolleranza verso denunce segrete e/o anonime è un valore estraneo al nostro ordinamento giuridico. Emblematico, in tal senso, è l'art. 111 Cost. che, nel sancire (come elemento essenziale del giusto processo) il diritto dell'accusato di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, inevitabilmente presuppone che l'accusato abbia anche il diritto di conoscere il nome dell'autore di tali dichiarazioni"³²⁵. Ulteriori indici della diffidenza con il quale l'ordinamento vedrebbe le denunce anonime vengono poi ravvisati da questo orientamento in alcune disposizioni del codice di procedura penale: l'art. 240 (che preclude la possibilità di acquisire o utilizzare, salvo che costituiscano il corpo del reato o provengano comunque dall'imputato, documenti che contengono dichiarazioni anonime), l'art. 195, comma 7 (per il quale è inutilizzabile la testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la

controversia giudiziaria" nel *Prov. 19 dicembre 2008*, doc. *web* n. 1582051; non diversamente *Prov. 21 dicembre 2007*, doc. *web* n. 1495311; come pure quando il titolare del trattamento si riserva "di decidere quando e come procedere innanzi all'autorità giudiziaria" (cfr. *Prov. 19 dicembre 2008*, doc. *web* n. 1582973).

³²³ Sono ormai numerose le decisioni del Garante nelle quali ha trovato applicazione l'art. 8, comma 2, lettera e), d.lgs. n. 196/2003 [che prevede il temporaneo differimento dell'esercizio dei diritti previsti dall'art. 7 del medesimo Codice, solo nel caso e per il periodo da cui potrebbe derivare pregiudizio per lo svolgimento di cd. "indagini difensive" o, comunque, per far valere un diritto in sede giudiziaria, ritenendosi che la valutazione circa "l'esistenza di un effettivo pregiudizio ai sensi del citato art. 8, comma 2, lett. e), deve essere effettuata dal Garante caso per caso e sulla base di concreti elementi forniti dal titolare del trattamento o comunque risultanti dagli atti": cfr., da ultimo, *Prov. ti 4 giugno 2009*, doc. *web* n. 1629029 e n. 1630066.

³²⁴ Cfr. *Prov. 19 luglio 2007*, doc. *web* n. 1435967.

³²⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3601.

persona o la fonte da cui appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame) e, ancora, l'art. 203 (che prevede l'inutilizzabilità delle informazioni rese dagli informatori alla polizia giudiziaria nel caso in cui l'identità degli stessi non venga svelata).

Tanto basta alla giurisprudenza amministrativa per ritenere che "l'anonimato sulle denunce o sulle dichiarazioni accusatorie è [...] guardato con particolare sospetto dall'ordinamento: da qui l'evanescenza e l'infondatezza di ogni tentativo volto a qualificare tale inesistente diritto all'anonimato come una prerogativa del diritto alla riservatezza"³²⁶.

Per vero, al di là degli argomenti utilizzati dal Consiglio di Stato (si potrebbe obiettare, applicabili al solo procedimento penale), indici di sfavore verso le denunce anonime si rinvengono anche in altri luoghi dell'ordinamento, come testimoniato dal diniego di effetti (potrebbe dirsi)³²⁷ che, di regola, viene riconnesso alla loro presentazione³²⁸, se non addirittura, ma si tratta di precetti assai risalenti³²⁹, nel prefigurare

³²⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3601.

³²⁷ L'art. 9, comma 2, Del. Cons. Pres. giust. trib., 1° aprile 2003, *Approvazione delle modifiche al regolamento interno del Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria*, prevede che «[g]li esposti anonimi sono direttamente ed immediatamente archiviati dallo stesso Comitato di Presidenza, e distrutti dopo cinque anni. Si considerano anonimi anche gli esposti apocrifi o che comunque non consentono l'identificazione dell'autore» e comunque che (comma 3) «[n]el caso in cui gli esposti anonimi siano stati assegnati ad una Commissione, questa propone immediatamente al Consiglio l'archiviazione». Si tratta, tuttavia, di regolamentazione sostanzialmente riproduttiva dell'art. 34, comma 1 e 2, Reg. C.S.M. 6 aprile 1988, *Approvazione del testo coordinato del regolamento interno del Consiglio superiore della magistratura*, successivamente replicato anche dall'art. 11, commi 2 e 3, Del. Cons. Pres. giust. trib. 7 gennaio 1997, *Approvazione del regolamento interno del Consiglio di presidenza della giustizia tributaria*, come pure dall'art. 31, comma 2, Del. C.M.M. 13 gennaio 1990, *Approvazione del testo del regolamento interno del Consiglio della magistratura militare*. Anche l'art. 5, comma 1, D.M. 30 settembre 1989, n. 334, *Regolamento per l'esecuzione del codice di procedura penale*, prevede che «[l]e denunce e gli altri documenti anonimi che non possono essere utilizzati nel procedimento sono annotati in apposito registro suddiviso per anni, nel quale sono iscritti la data in cui il documento è pervenuto e il relativo oggetto». Pur essendo stata di recente abolita la figura dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione, l'art. 2, comma 1, lett. a), del regolamento che ne regolava le funzioni (d.P.R. 6 ottobre 2004, n. 258) prevedeva che potessero dallo stesso essere effettuate «indagini, anche di natura conoscitiva, di iniziativa propria o per fatti denunciati, con esclusione di quelli oggetto di segnalazioni anonime, [...] tese ad accertare l'esistenza, le cause e le concause di fenomeni di corruzione e di illecito o di pericoli di condizionamento da parte di organizzazioni criminali all'interno della pubblica amministrazione».

³²⁸ Salvo in rare ipotesi in cui previsioni analoghe sono espressamente previste: in relazione ai processi di valutazione della didattica – profilo però assai diverso da quello della denuncia di comportamenti illeciti, e quindi da tenere distinto da quello qui trattato – può essere comunque interessante notare che al fine di assicurare l'autenticità della valutazione (anche ponendo lo studente in condizioni di non temere alcuna conseguenza pregiudizievole in capo a sé) l'art. 1, L. 19 ottobre 1999, n. 370, *Disposizioni in materia di università e di ricerca scientifica e tecnologica*, prevede che i nuclei di valutazione «acquisiscono periodicamente, mantenendone l'anonimato, le opinioni degli studenti frequentanti sulle attività didattiche»; non diversamente l'art. 4, d.P.R. 21 febbraio 2008, n. 64, *Regolamento concernente la struttura ed il funzionamento dell'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca (ANVUR)* e l'art. 10, comma 2, lett. c), d.P.R. 28 febbraio 2003, n. 132, *Regolamento recante criteri per l'autonomia statutaria, regolamentare e organizzativa delle istituzioni artistiche e musicali, a norma della L. 21 dicembre 1999, n. 508*. Per misurare la qualità dei servizi resi, tra i vari strumenti predisposti, la D.P.C.M. 21 dicembre 1995, *Schema generale di riferimento per la predisposizione delle «Carte dei servizi pubblici del settore previdenziale e assistenziale»* prevede anche l'espletamento di indagini periodiche presso il personale («Tali indagini – da effettuare preferibilmente mediante distribuzione di questionari anonimi – forniranno al soggetto erogatore utili elementi di valutazione in ordine alla "cultura di servizio" maturata all'interno, nonché al livello di adesione e di condivisione, da parte del personale, delle strategie poste in essere dall'amministrazione per migliorare il livello dei servizi erogati») come pure presso l'utenza («A tal

conseguenze pregiudizievoli in capo all'autore delle stesse (se individuato). Solo in ipotesi assai limitate (ed espressamente indicate dal legislatore) la denuncia anonima di fatti gravi e dettagliati sembra poter essere tenuta in considerazione³³⁰.

6. Presupposti di liceità per il trattamento dei dati personali connessi all'istituzione dei sistemi di segnalazione interni

In base alla disciplina vigente, il trattamento di dati personali effettuato a seguito delle segnalazioni interne ricevute e in relazione al soggetto interessato dalla segnalazione richiede inoltre che sussista una delle condizioni previste dagli artt. 23 o 24, d.lgs. n. 196/2003 (e, in caso di trattamento di dati sensibili, dall'art. 26).

Non ricorrendo di regola il consenso dell'interessato (art. 23, d.lgs. n. 196/2003), il presupposto per effettuare il trattamento va ricercato tra quelli indicati all'art. 24. Se pure, in talune ipotesi, il titolare del trattamento utilizza le informazioni raccolte per tutelare in giudizio i propri diritti (come già accennato) – sì che troverebbe applicazione l'art. 24,

fine andranno predisposti appositi questionari con i quali si chiederà agli stessi utenti - con garanzia di anonimato - di esprimere il proprio giudizio in merito a quelli che sono gli aspetti più significativi per valutare la qualità del servizio»), assicurando l'anonimato dei soggetti che in tale qualità vi prendono parte. Del pari non possono trarsi argomenti dall'art. 13, comma 8, D.L. 15 gennaio 1991 n. 8, *Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia* (convertito in legge, con modificazioni, con L. 15 marzo 1991, n. 82) ove prevede che «[a]i fini del reinserimento sociale dei collaboratori e delle altre persone sottoposte a protezione, è garantita la conservazione del posto di lavoro ovvero il trasferimento ad altra sede o ufficio secondo le forme e le modalità che, assicurando la riservatezza e l'anonimato dell'interessato, sono specificate in apposito decreto emanato dal Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia, sentiti gli altri Ministri interessati. Analogamente si provvede per la definizione di specifiche misure di assistenza e di reinserimento sociale destinate ai minori compresi nelle speciali misure di protezione": in questo caso, infatti, anonimato e confidenzialità sono riconosciuti all'esito del programma di protezione (ma l'accusato è in condizione di sapere nel corso del procedimento chi è l'autore delle dichiarazioni a sé riferite).

³²⁹ Cfr. art. 37, punto 7°, R.D. 16 marzo 1942, n. 701, *Regolamento di disciplina del Corpo nazionale dei vigili del fuoco*, che (addirittura) prevede sanzioni per chi abbia "preparato od inviato esposti anonimi ai superiori gerarchici o ad altre autorità".

³³⁰ L'art. 10, d.P.C.M. 7 giugno 1995, *Schema generale di riferimento della «Carta dei servizi scolastici»*, prevede che "i reclami possono essere espressi in forma orale, scritta, telefonica, via fax e devono contenere generalità, indirizzo e reperibilità del proponente. I reclami orali e telefonici debbono, successivamente, essere sottoscritti. I reclami anonimi non sono presi in considerazione, se non circostanziati"; anche la dir. Stato 18 settembre 2008 del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, *Rilancio della filosofia preventiva e promozionale di cui al decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124, contenente misure di razionalizzazione delle funzioni ispettive e di vigilanza in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'articolo 8 della legge 14 febbraio 2003, n. 30* ritiene "[p]articolarmente delicata [...] la valutazione delle richieste di intervento provenienti da uno o più lavoratori ovvero da una organizzazione sindacale nei confronti di una specifica realtà aziendale. In merito, anche al fine di evitare una strumentalizzazione del ruolo dell'ispettore, si ritiene di non dover dare seguito a richieste anonime, presentate a mezzo posta, e-mail, fax o telefono. Di regola, e fatte salve alcune limitate eccezioni in cui emerga con palese e incontrovertibile evidenza la particolare gravità e attendibilità dei fatti denunciati, anche quando circostanziata o dettagliata, la denuncia anonima non può e non deve essere presa in considerazione per la programmazione di interventi ispettivi perché contraria ai principi di correttezza e trasparenza della azione della amministrazione pubblica".

comma 1, lett. f), d.lgs. n. 196/2003 – tale fattispecie soccorre solo una volta effettuate le necessarie verifiche.

Al riguardo pare condivisibile l'orientamento seguito da larga parte delle autorità di protezione dei dati personali quando indicano nel c.d. bilanciamento di interessi (art. 24, comma 1, lett. g), d.lgs. e art. 7, lett. f), direttiva 95/46/CE) il presupposto per effettuare tali trattamenti. Ovviamente, tale bilanciamento – rimesso dalla disciplina italiana alla valutazione del Garante – presuppone, per non risultare arbitrario, il reperimento di sufficienti indici normativi nell'ordinamento che attestino l'esistenza di un legittimo interesse del titolare al trattamento di dati personali riferiti al segnalato (in assenza del suo consenso) senza che, in pari tempo, risultino prevalenti "i diritti e le libertà fondamentali, la dignità o un legittimo interesse" dello stesso.

Ancorché tale ricognizione non sia a tutta a prima agevole, tali circostanze potrebbero ritenersi sussistenti, ad esempio, con riguardo ai trattamenti effettuati (a seguito dell'attivazione di un sistema di segnalazione) dai titolari del trattamento individuati dall'art. 1, comma 2, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231³³¹, in relazione a segnalazioni aventi ad oggetto comportamenti per i quali il datore di lavoro potrebbe essere chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 5, d.lgs. n. 231/2001³³².

Ancora, tenuto conto dell'obbligo del datore di lavoro di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro (art. 2087 c.c.), il bilanciamento di interessi potrebbe riguardare anche le segnalazioni che abbiano per oggetto comportamenti suscettibili di mettere in pericolo questi beni personali (si pensi a segnalazioni relative alla mancata adozione di misure di sicurezza sul luogo di lavoro o a fenomeni di *mobbing* o discriminazione).

7. Oltre il *whistleblowing*: i limiti al potere d'indagine del datore di lavoro

Ammettere, pur con le riserve sopra rappresentate, la liceità del *whistleblowing*, non è tuttavia risolutivo e sarebbe semplicistico ridurre i profili di criticità alla sola questione dell'ammissibilità di sistemi di segnalazione interni. Le informazioni fornite dal segnalante devono infatti essere vagliate (tramite l'unità organizzativa a ciò preposta) ed eventualmente ulteriori riscontri dovranno essere individuati tenendo conto però dei "limiti esterni alle varie manifestazioni del potere (formalizzato) di controllo, nonché del potere (non formalizzato) di indagine, in mano al datore di lavoro"³³³. Oltre tali limiti (non sempre di agevole individuazione) al datore di lavoro non è dato andare, dovendosi eventualmente rivolgere all'autorità competente, la quale – nel rispetto delle garanzie previste

³³¹ Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della L. 29 settembre 2000, n. 300. Si tratta degli enti forniti di personalità giuridica e delle società e associazioni anche prive di personalità giuridica.

³³² Ciò, anche tenendo a mente, nella prospettiva qui considerata, la previsione contenuta nell'art. 6, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 231/2001.

³³³ R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in www.aidlass.org/attivita/2006/Relazione_Del_Punta.doc, p. 45 del dattil.

dall'ordinamento – potrà avvalersi degli opportuni strumenti per l'accertamento dei fatti (tanto vale, in particolare, per condotte in ipotesi penalmente rilevanti)³³⁴.

Ciò significa che non potranno comunque essere effettuate indagini che non siano rispettose dei diritti dell'interessato, anzitutto, individuati nella disciplina contenuta nello Statuto dei lavoratori (si pensi ai limiti dettati dagli artt. 4, 6 e 8) oltre che in quella, generale, dettata in materia di protezione dei dati personali³³⁵: informazioni acquisite in violazione della pertinente disciplina (al di là di eventuali ulteriori profili sanzionatori) non potranno essere utilizzate (art. 11, comma 2, d.lgs. n. 196/2003).

8. Ultime considerazioni

L'esigenza che sussistano misure di protezione (effettive, e non solo presenti sulla carta)³³⁶ a vantaggio di chi, nell'interesse generale o a presidio di primari valori individuali, segnala comportamenti gravi non può essere sottovalutata.

Anche nell'ordinamento italiano può quindi essere favorevolmente valutata l'istituzione, nell'ambito di organismi pubblici e privati (significativi dal punto di vista dimensionale), di sistemi interni di segnalazione, rendendone immediatamente riconoscibile l'esistenza nei confronti dei destinatari (potenziali segnalanti e segnalati)³³⁷. Del pari deve risultare chiaro che tali canali comunicativi dovrebbero esaminare – senza che per ciò solo questo compito venga sottratto alle funzioni istituzionali o ai meccanismi gerarchici che abitualmente sono a ciò deputati³³⁸ – predeterminate tipologie di condotte.

³³⁴ Tale puntualizzazione non è, in termini generali, senza rilevanza: specie per condotte penalmente rilevanti suscettibili di incidere sull'interesse generale (e non solo su diritti individuali), l'ordinamento ne richiede l'accertamento (con le conseguenze, anche sanzionatorie, che ciò può comportare). Ciò non necessariamente coincide con l'interesse dell'ente che, anche a seguito dell'*input* proveniente dal sistema di segnalazione interno, abbia individuato analoghe condotte ma, al fine di prevenire temuti "pregiudizi reputazionali", si "accontenti" di licenziare chi ne sia stato autore, il quale potrà, successivamente in altra sede, riprendere (o continuare) a porre in essere comportamenti altrettanto gravi (si pensi, appunto, a fenomeni di corruzione). In questo senso, si pronunciano criticamente nei confronti dell'approccio sotteso all'adozione dei sistemi di *whistleblowing*, definito "*individualiste et contractuelle*", C. CHAMPAUD – D. DANET, *Note sous Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL), document d'orientation du 10 novembre 2005*, in *Rev. trim. dr. comm.*, 2006, 406, 407: "En alertant les dirigeants sur les comportements délictueux ou abusifs de certains de ses membres, le *whistleblower* permet à la société de resserrer les rangs et de résoudre ses problèmes sans faire intervenir le regard d'institutions extérieures (syndicats, auditeurs externes, juges...)"

³³⁵ Per l'illiceità delle operazioni di trattamento (consistenti nell'analisi della corrispondenza elettronica del "denunciato" da parte di un *team* investigativo appositamente incaricato) effettuate a seguito di una denuncia interna cfr. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Prov. 2 aprile 2008*, in www.garanteprivacy.it, doc. *web* n. 1519703.

³³⁶ Ma questa circostanza può dipendere da fattori diversi da ipotetiche lacune dell'ordinamento, primo fra tutti i tempi della giustizia.

³³⁷ Tanto, anche in ossequio al principio di correttezza nel trattamento dei dati personali enunciato nell'art. 11, comma 1, lett. *a*), d.lgs. n. 196/2003.

³³⁸ Circostanza che, peraltro, risulta confermata dall'art. 20, comma 2, lett. *e*), d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 secondo cui i lavoratori devono "segnalare immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o al preposto le deficienze dei mezzi e dei dispositivi di cui alle lettere *c*) e *d*), nonché qualsiasi eventuale condizione di pericolo di cui vengano a conoscenza, adoperandosi direttamente, in caso di urgenza, nell'ambito delle proprie competenze e possibilità e fatto salvo l'obbligo di cui alla lettera *f*) per eliminare o ridurre le situazioni di pericolo grave e incombente, dandone notizia al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza".

Più difficoltoso ammettere che attraverso i descritti sistemi di segnalazione possano essere trattati fenomeni di minore rilevanza, quali, ad esempio, il controllo dell'esatto adempimento della prestazione di lavoro (ove tale comportamento non coinvolga i beni primari sopra individuati), considerato che nel quadro normativo vigente la vigilanza sull'attività lavorativa (al di là del tradizionale canale del superiore gerarchico) può essere effettuata da personale a ciò addetto, la cui identità, con l'indicazione delle specifiche mansioni ricoperte, "debbono essere comunicati ai lavoratori interessati" (art. 3, l. n. 300/1970): sì che potrebbe contrastare con questo precetto un sistema di segnalazione (specie se anonimo o protetto dalla confidenzialità della segnalazione) di meri inadempimenti, atteso che ciò di fatto tramuterebbe ciascun lavoratore nel "controllore" del proprio collega³³⁹. Questo rischio è stato chiaramente messo in luce nella letteratura tedesca, con l'evocazione di una "*dunkle Seite des Whistleblowing*"³⁴⁰ in grado di contaminare le relazioni interpersonali sul luogo di lavoro: "*die Überwachungsnetzwerke zerstörten private Sphären und untergruben soziales Vertrauen und menschliche Solidarität*"³⁴¹. Ai dubbi che, già in termini di efficienza, circonderebbero una indiscriminata utilizzazione dei sistemi di *whistleblowing* (a vantaggio di rivelazioni non fatte nel "*public interest*"), va comunque aggiunto che ciò potrebbe incrinare le relazioni personali sul luogo di lavoro, distanziandosi dal quadro di garanzie compendiate, anzitutto, nello Statuto dei lavoratori³⁴².

Nella ricerca di un difficile equilibrio tra le posizioni del "segnalante" e del "segnalato", che pure tenga conto dei legittimi interessi dell'istituzione coinvolta (oltre che, in taluni casi, di un pubblico assai più vasto, fino ad intere collettività), possono essere riprese, quale linea metodologica da perseguire (ancorché di difficoltosa realizzazione, come emerge da queste prime riflessioni), le parole di recente pronunciate per ricordare il tratto e il *modus procedendi* di un Maestro che da poco ci ha lasciati. Anche con riguardo al tema qui esaminato è infatti evidente la necessità di procedere "*sine ira ac studio*"; senza prevenzione o partito preso, ma con la pacatezza di chi è consapevole che nel conflitto di interessi al quale la regola giuridica deve dare assetto ciò che venga aumentato nella sfera giuridica di uno dei contendenti risulta sottratto all'altro onde tutto deve avvenire nel rispetto delle ragioni di ciascuno"³⁴³.

³³⁹ Analogo principio emerge anche dall'art. 2, l. n. 300/1970, che non consente alle guardie giurate di "contestare ai lavoratori azioni o fatti diversi da quelli che attengono alla tutela del patrimonio aziendale".

³⁴⁰ TINNEFELD – RAUHOFFER, *Whistleblower*, cit., 721.

³⁴¹ V., ancora, TINNEFELD – RAUHOFFER, *Whistleblower*, cit., 722.

³⁴² Disciplina che "muove da una posizione critica nei confronti dell'ideologia tecnocratica e tende a impedire che il senso del processo evolutivo della moderna società tecnologica si esaurisca nella sua funzione interna di razionalizzazione del progresso, cioè nei valori immediati dell'efficienza, proponendo invece l'imperativo di commisurarli costantemente a un fine trascendente integrato nella totalità dei valori propri della persona umana": L. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, in AA.VV., *I problemi giuridici dell'impresa*. Colloquio promosso dall'Accademia nazionale dei Lincei in collaborazione con l'Università di Varsavia (Roma, 24-25 novembre 1975), Roma, 1975, 45, 50.

³⁴³ C. CASTRONOVO, *Realmonte, la missione del giurista*, Intervento tenuto il 27 ottobre 2009, consultabile in <http://www.cattolicanews.it/2462.html>.

WHISTLEBLOWING E ORDINAMENTO ITALIANO: POSSIBILI PERCORSI NORMATIVI

di *Giovanni Arnone*

1. Nella ricerca di soluzioni normative finalizzate a far emergere e favorire il *whistleblowing*, occorre a mio avviso procedere secondo un metodo che non guardi soltanto al conclamato manifestarsi normativo del fenomeno, ma che sappia percepire tutti gli indici anche indiretti della sua penetrazione nel sistema.

Questo metodo non soltanto appare scientificamente più corretto, ma presenta anche il vantaggio di assecondare l'osservanza di alcune regole elementari che devono contraddistinguere l'operato del buon legislatore.

Costituisce patrimonio condiviso la convinzione che l'intervento normativo debba essere minimo e sobrio.

Benché questa regola sia continuamente smentita dalla prassi corrente, essa deve sempre costituire il criterio-guida fondamentale, in una duplice direzione.

Da un lato, deve spingere il legislatore a intervenire solo quando ciò sia assolutamente necessario, in nome di un principio non scritto di sussidiarietà, che porta a valorizzare il diritto esistente, nazionale, internazionale e perfino di altri ordinamenti, l'interpretazione giurisprudenziale e le fonti di autoregolazione privata. Le risorse di cui oggi può disporre l'interprete sono talmente vaste e variegate, la loro interazione così complessa, specie quando deve svolgersi nell'intreccio multilivello delle fonti sovranazionali, che ogni nuovo intervento normativo deve superare un vaglio di necessità sempre più stretto.

Al tempo stesso, la regola del diritto minimo esige una legislazione poco invasiva, curata nella formulazione lessicale, aliena da tecnicismi e aperta all'integrazione e all'interpretazione degli altri formanti dell'ordinamento. Quest'ultima caratteristica implica sia che il legislatore deve affidarsi per quanto possibile a clausole generali e a una normazione per principi, che permetta all'interprete di avvalersi della norma ben al di là delle ipotesi (non voglio dire dei casi) per cui era stata scritta, sia che la coregolazione pubblico-privato deve sempre costituire uno strumento ausiliario fondamentale.

Quelle appena illustrate costituiranno dunque le direttrici del mio intervento, nella convinzione che esse siano tutt'altro che insufficienti nel delineare il percorso normativo del *whistleblowing* nell'ordinamento italiano.

2. Nella valorizzazione del diritto vigente, credo che sia anzitutto utile sfuggire alla tentazione di guardare solo alla normazione statale, che passa inevitabilmente dalla predisposizione di nuovi apparati sanzionatori, il più delle volte destinati a restare inapplicati.

Il *whistleblowing* può svilupparsi in presenza di una pluralità eterogenea di condizioni, la prima delle quali può verificarsi solo all'interno delle aziende e solo all'insegna dell'autorinnovamento e dell'autoregolazione.

Il mio angolo prospettico è probabilmente deviato dal fatto che mi sono occupato per la prima volta di questo fenomeno allorché esaminavo, presso il Ministero della giustizia, i codici di comportamento che le associazioni di categoria trasmettevano al Ministero per la valutazione di idoneità alla prevenzione dei reati, ai sensi del d. leg. 8 giugno 2001, n. 231.

Sono tuttavia ancora convinto che sia questa una chiave di lettura indispensabile.

Nell'esperienza ministeriale, ricordo che, nel formulare le osservazioni dirette a migliorare l'efficacia dei codici di comportamento e, a seguire, dei modelli organizzativi aziendali su di essi fondati, una delle norme sulle quali ponevamo maggiormente l'accento è quella contenuta nell'art. 6, comma 2, lettera d) del d. lgs. 231/2001, il quale stabilisce: "2. In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lett. a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze: ... d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli".

Questa norma, abbastanza trascurata, è quella che a mio avviso ha gettato il seme del *whistleblowing* in Italia.

In essa si stabilisce infatti che il modello organizzativo, che gli enti devono predisporre se vogliono nutrire qualche speranza di essere esonerati dalla responsabilità amministrativa per i reati commessi dagli apicali, deve porre a carico dei soggetti interni all'azienda obblighi informativi verso l'organismo di vigilanza previsto dal comma 1 dello stesso art. 6. E quando si parla di obblighi informativi verso l'organo sociale chiamato a vigilare sul funzionamento di modelli per la prevenzione dei reati, tali obblighi comprendono sicuramente comportamenti non conformi che: o costituiscono essi stessi reati o, violando regole organizzative volte a prevenire la loro commissione, incidono sull'organizzazione e fanno suonare un campanello d'allarme interno all'azienda.

In altri termini, se il modello non disciplina questo flusso di informazioni e non lo disciplina in termini obbligatori, e se inoltre non appresta misure disciplinari per questa violazione del modello, sarà giudicato inidoneo e non potrà portare all'esonero dell'ente da responsabilità.

Da questo scaturisce che il primo soggetto interessato a coltivare la prassi delle segnalazioni interne è (o deve essere) l'impresa che ambisca a ottenere i benefici previsti dalla nostra legislazione in materia di responsabilità delle persone giuridiche.

Che si tratti di profili destinati a intrecciarsi strettamente tra loro, è dimostrato dai progetti di revisione dell'OCSE sulle raccomandazioni da rivolgere agli Stati per combattere la corruzione internazionale: in essi espressamente si prevede la possibilità che il *reporting* aziendale passi attraverso meccanismi interni, che al tempo stesso costituiscono un primo livello di protezione del *whistleblower* e un efficace incentivo all'azienda per conservare la propria reputazione e conseguire ulteriori vantaggi.

Queste considerazioni non pretendono naturalmente di esaurire il tema del *whistleblowing* all'interno dell'autoregolazione privata, ma certamente indicano che la conformazione normativa dell'attività d'impresa attraverso una sua responsabilizzazione e istituzionalizzazione è uno dei passaggi decisivi per il diffondersi non soltanto del fenomeno del *whistleblowing*, ma della cultura della prevenzione interna.

Non dobbiamo dimenticare del resto che la meta ideale verso la quale tendere è la riduzione per i *whistleblowers* della necessità di soffiare nei loro fischietti, perché la

trasparenza e la correttezza aziendale si sono a tal punto diffuse da aver marginalizzato gli illeciti o perlomeno quelli facilitati dai difetti organizzativi.

Né dobbiamo credere che l'autoregolazione sia per definizione meno efficace della sanzione statale. Le imprese si lamentano spesso, e con qualche ragione, dell'eccesso di burocrazia e procedura in cui sono state calate da normative apparentemente ispirate alla *deregulation*. Ma l'effetto più rilevante e pesante non è stato ancora percepito. Come scriveva Natalino Irti in un breve scritto sulla responsabilità degli enti, a proposito delle norme espressione di autonomia organizzativa, "quelle norme, una volta poste, e conosciute o conoscibili dal pubblico, assumono un alto grado di oggettività, si fanno esterne al soggetto, e lo vincolano al pari di qualsiasi altra norma. Insomma ... la posizione di una norma non è mai innocua: essa esprime una «libertà» che si perde nel momento stesso in cui si esercita"³⁴⁴.

3. La valorizzazione dei rapporti interni all'azienda è a mio avviso utile anche per un altro motivo.

Finora ho posto l'accento sull'onere, per l'ente che voglia ottenere benefici nell'ambito del procedimento *ex d. leg.* 231/2001, di predisporre modelli organizzativi adeguati, contenenti tra l'altro gli obblighi informativi a carico dei dipendenti volti a segnalare le deviazioni dai modelli medesimi.

Ma gli obblighi informativi non sono soltanto il segnale della necessità dell'ente di autovincolarsi. Tali obblighi sono a mio avviso anche idonei a integrare e arricchire la disciplina del rapporto di lavoro e da ciò discendono almeno due conseguenze.

Se il modello organizzativo prevede obblighi di informazione, questi anzitutto si pongono come eccezione o bilanciamento rispetto ai doveri di lealtà e correttezza che il lavoratore ha nei confronti del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2105 c.c..

So bene quanto sia delicato questo passaggio. Le fonti internazionali e la giurisprudenza di altri Paesi insistono molto sul fatto che il *whistleblowing* deve essere responsabile e che dunque il dovere di lealtà del lavoratore viene meno solo a condizioni molto rigorose: l'art. 33 della convenzione ONU di Merida sulla corruzione e l'art. 9 della convenzione penale europea sulla corruzione prevedono ad esempio che la protezione da fornire ai *whistleblowers* riguarda le rivelazioni fatte "*in good faith and on reasonable grounds*"; e la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada, ancorché con precipuo riferimento ai pubblici dipendenti, ha più volte sostenuto che la violazione dei doveri di lealtà è consentita solo quando il datore di lavoro (in quel caso governo) è coinvolto in attività illegali o le sue politiche mettono in pericolo la vita, la sicurezza o la salute dei dipendenti o di altri, posto che la libertà di espressione non è un valore assoluto, ma va bilanciato con altri interessi³⁴⁵. E tutti ricordiamo la difficoltà in cui si viene a trovare Russell Crowe nel film *Insider*, stretto tra l'impegno di riservatezza a lui estorto al momento delle dimissioni e l'obbligo morale-giuridico di rivelare informazioni fondamentali per la salute dei consumatori.

³⁴⁴ N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» - codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 693.

³⁴⁵ S.C. of Canada, *Read v. Attorney General of Canada*, 2006 CAF 283 (2006), che può leggersi all'indirizzo: <http://ca.vlex.com/vid/38654514>.

Dobbiamo tuttavia considerare che il concetto di lealtà deve essere inteso come indirizzato non verso l'attuale gruppo dirigente, ma nei confronti dell'azienda in quanto tale, come entità destinata a durare al di là di quel gruppo dirigente. L'art. 2105 c.c. vieta comportamenti che possono recare pregiudizio all'impresa, ma i comportamenti illeciti dell'amministratore infedele o del collegio sindacale distratto arrecano all'impresa danni assai più profondi e duraturi: e un piccolo pregiudizio attuale (derivante dalla "soffiata") può scongiurare uno assai più rilevante derivante dal comportamento illecito disvelato. E' inutile discettare sul ruolo sociale dell'impresa e sulla sua istituzionalizzazione se pieghiamo i doveri di lealtà e riservatezza verso di essa all'interesse di brevissimo periodo e dunque alla copertura di fatti il cui disvelamento tardivo può portare alla morte dell'impresa stessa.

Credo allora che gli obblighi informativi – che il modello organizzativo efficace deve prevedere – costituiscano non soltanto una misura efficace a fini preventivi, ma anche un nuovo contenuto del rapporto di lavoro, un nuovo dovere del lavoratore: dovere che può entrare in conflitto con il dovere di lealtà e che è destinato a prevalere su di esso, a determinate condizioni, trasformandosi in un diritto di denuncia e di rivelazione dei fatti interni all'azienda. Il lavoratore è sotto questo profilo servitore di due padroni: il dovere di lealtà è verso l'azienda e il suo *management*, ma il dovere di informazione è verso l'organismo preposto a controllare il *management* e, indirettamente, verso la collettività.

Queste considerazioni intendono dimostrare che già oggi una misura ritorsiva adottata dal datore di lavoro nei confronti del *whistleblower* non potrebbe essere tollerata in nome della disciplina interna che le aziende tendono a darsi attraverso il modello organizzativo.

La giurisprudenza dell'ultimo decennio in tema di licenziamento discriminatorio o ritorsivo (art. 4 l. 15 luglio 1966 n. 604, 15 l. 20 maggio 1970 n. 300, 3 l. 11 maggio 1990 n. 108) è ormai molto rigorosa: "la previsione di nullità per il licenziamento discriminatorio ... deve essere riferita, con le conseguenze sanzionatorie implicanti la tutela reale (ex cit. art. 18), anche a fattispecie di licenziamenti che, pur non direttamente corrispondenti alle singole ipotesi espressamente menzionate nelle suddette norme, siano determinati in maniera esclusiva da motivo, illecito, di ritorsione o rappresaglia, e costituiscano cioè l'ingiusta e arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo - essenzialmente quindi di natura "vendicativa" -, a fronte di un comportamento legittimo, e sotto ogni profilo corretto, posto in essere dal lavoratore (ad esempio, per far valere rivendicazioni anche a mezzo di iniziative giudiziarie) ed inerente a diritti a lui derivanti dal rapporto di lavoro, o a questo comunque connessi"³⁴⁶.

Non vedo allora come quest'ultimo passaggio delle sentenze non possa applicarsi anche alle ritorsioni dovute a iniziative di denuncia verso l'autorità giudiziaria o verso gli organismi di controllo, quando tali iniziative siano prese in adempimento di obblighi che l'azienda si è imposta, sia pure sotto la pressione della normativa sui modelli organizzativi.

4. Naturalmente, una protezione condizionata alla previsione degli obblighi informativi nei modelli o nei codici etici è insufficiente, ancorché di forte valore simbolico.

³⁴⁶ Cfr. ad es. Cass., sez. lav., 06-05-1999, n. 4543 ; Cass., sez. lav., 25-07-2008, n. 20500.

Prima tuttavia di procedere alla riflessione sugli eventuali nuovi interventi normativi, vorrei valorizzare due ulteriori indici, appartenenti a quel diritto "muto" o che si rivolge a noi anche quando sembra parlare d'altro.

a) Ho citato prima l'art. 33 della convenzione ONU di Merida sulla corruzione, che, come tutti sappiamo, è stata ratificata dall'Italia di recente, con la l. 3 agosto 2009, n. 116. Si è trattato di una ratifica di pochi articoli, poco più di una ratifica "secca", che non ha dato esplicita attuazione a tutta la parte della convenzione riguardante le misure preventive e che non ha adottato misure in esecuzione dell'art. 33, tra l'altro molto poco vincolante per gli Stati-parte ("*Each State Party shall consider incorporating into its legal system...*").

Non credo che possa tuttavia essere messo in dubbio che la ratifica abbia dato ingresso nell'ordinamento al principio della necessaria protezione dei *whistleblowers* e che tale principio, sebbene non tradotto in una disposizione positiva, fornisca un criterio interpretativo delle norme già esistenti, specie quando queste siano costruite in termini di clausole generali o siano suscettibili di interpretazione estensiva.

Ce lo ha ricordato la Corte di cassazione nella vicenda Englaro: "all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi — tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica — una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme" (Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748).

b) Un secondo indice significativo è dato, a mio avviso, dalla normativa sui testimoni di giustizia, introdotta nel 2001 a completamento della disciplina sulla protezione dei collaboratori di giustizia (art. 16-bis e 16-ter D.L. 15 gennaio 1991, n. 8, così come modificato dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45).

L'art. 16-bis prevede: "1. Le speciali misure di protezione di cui agli artt. 9 e 13, comma 5, se ne ricorrono i presupposti, si applicano a coloro che assumono rispetto al fatto o ai fatti delittuosi in ordine ai quali rendono le dichiarazioni esclusivamente la qualità di persona offesa dal reato, ovvero di persona informata sui fatti o di testimone".

Anche qui non si tratta di dare meccanica applicazione di queste norme al caso del *whistleblowing*, anche se in alcune occasioni estreme una necessità di protezione avanzata del testimone di giustizia per fatti di corruzione può presentarsi, come dimostra il fatto che il comma 2 dell'art. 16-bis allarghi a tutti i reati le misure poste a protezione dei collaboratori di giustizia nelle indagini di criminalità organizzata.

Si tratta invece di percepire e valorizzare i mutamenti culturali provenienti dal formante legislativo e giurisprudenziale, che vede oggi nei testimoni dei protagonisti a pieno titolo della macchina della giustizia, ai quali, ove occorra, va garantita la massima protezione contro misure ritorsive. E il *whistleblower* non è altri che il prototipo del testimone interno all'azienda.

Questi due segnali sono a mio avviso importanti perché forniscono criteri interpretativi "forti" della normativa esistente.

Innanzitutto, la loro presenza impedisce di aderire a letture restrittive della citata normativa sul licenziamento discriminatorio o ritorsivo, ritenendola inapplicabile a misure di licenziamento originate in via esclusiva o prevalente dalla "soffiata" del lavoratore.

In secondo luogo, essi contribuiscono alla creazione di uno statuto del *whistleblower*, che ben può risultare utile allorché si andrà consolidando quel capitolo non

scritto della responsabilità civile³⁴⁷, che è rappresentato dal danno da *mobbing*. Le misure ritorsive contro il *whistleblower* non necessariamente si estrinsecano nel licenziamento, ma possono tradursi in vessazioni di altro genere, secondo la proteiforme casistica del *mobbing*³⁴⁸. Se verrà definitivamente accettata la categoria, anche il risarcimento del danno potrà divenire un rimedio attraverso il quale proteggere il lavoratore che abbia rivelato comportamenti scorretti e sanzionare l'impresa che a ciò si sia opposta con metodi illeciti e vessatori.

5. La conclusione del capitolo dedicato all'esame degli indici esistenti, anche se lo si reputi soddisfacente, non esime dal valutare se vi sia spazio per un intervento normativo esplicito, sia pure nel rispetto dei canoni che si sono fissati all'inizio.

Ora, l'occasione più appropriata e prossima per procedere a un intervento normativo di recepimento delle indicazioni internazionali sul *whistleblowing* è sicuramente la ratifica della convenzione civile europea sulla corruzione del 4-11-1999, il cui art. 9 stabilisce che ciascuna Parte preveda "nel suo diritto interno un'adeguata tutela contro ogni ingiustificata sanzione nei confronti dei dipendenti i quali, in buona fede, denuncino alle persone o autorità competenti fatti di corruzione di cui abbiano giusti motivi di sospetto".

La definizione si discosta da quella dell'art. 33 della convenzione di Merida sotto un unico profilo, fondamentale, che è l'obbligatorietà dell'introduzione di misure interne, a fronte della facoltatività prevista dalla convenzione ONU.

La ratifica della convenzione europea ha formato oggetto di un disegno di legge governativo nella passata legislatura, mai approvato definitivamente, e il medesimo disegno di legge è stato riproposto dai gruppi parlamentari di opposizione nella presente legislatura.

L'attuale Governo non guarda con sfavore alla ratifica di tale strumento, strettamente collegato alla parallela convenzione penale europea sulla corruzione. Non si tratta di un'impressione soggettiva o di voci trapelate e qui indebitamente riportate, ma di un'esplicita dichiarazione del sottosegretario on. Caliendo alla commissione Giustizia ed Esteri del Senato nella seduta del 22/01/2009, il quale aveva allora preannunciato un interesse del Governo per la ratifica sia della convenzione europea che della convenzione ONU (intenzione in questo caso tradotta in atto con la l. 116/2009, originata da un DDL governativo).

La ratifica delle due convenzioni gemelle costituisce infatti, oltre che un obbligo internazionale ormai troppo a lungo disatteso, anche un'occasione per un riordino dei reati contro la pubblica amministrazione e delle conseguenze della corruzione sul piano civilistico, che questo Governo ha un effettivo interesse a regolare in termini più chiari (penso in primo luogo al nodo gordiano del rapporto tra corruzione e concussione).

A questo scopo, naturalmente, una ratifica "secca" non può essere sufficiente, posto che le misure di protezione di cui all'art. 9 della convenzione civile sono obbligatorie.

³⁴⁷ L'espressione è di R. Costo, *Il «mobbing»: alcune riflessioni sul disegno di legge n. 5 122*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2320.

³⁴⁸ Per una panoramica sull'evoluzione recente del danno da mobbing v. Cass., sez. lav., 20 marzo 2009, n. 6907; Cass., sez. un., 13 marzo 2009, n. 6058; Cass., sez. lav., 9 settembre 2008, n. 22858, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1375.

Si potrebbe dunque pensare a una ratifica che contenga altresì una delega al Governo a riordinare le materie collegate.

Nel tentativo di delinearne i contenuti, si può allora ritenere che una simile delega dovrebbe riguardare anzitutto il diritto del lavoro, per incidere sugli istituti di protezione sopra richiamati (tutela contro il licenziamento e responsabilità civile, anche se in questo secondo caso, riterrei preferibile assecondare la naturale vocazione espansiva delle clausole generali degli art. 2043 e 2087 c.c.).

Un ulteriore terreno sarebbe poi quello della responsabilità amministrativa degli enti, per rendere più efficace il sistema auto regolativo già oggi divisato dall'art. 6 del d. leg. 231/2001.

Qui la linea di un eventuale intervento dovrebbe essere quella di imporre espressamente ai modelli organizzativi l'introduzione di diritti/doveri di segnalazione, il divieto di ritorsione e l'esenzione del *whistleblower* da qualunque misura disciplinare conseguente alla denuncia.

Un intervento che renda chiaro definitivamente alle imprese che le norme di autorganizzazione sono, per usare nuovamente le parole di Irti, "promesse al pubblico", il cui adempimento sarà prima o poi reclamato dai molteplici soggetti che ruotano intorno al diritto interno dell'impresa.

**L'ANALISI DELLE SEGNALAZIONI PERVENUTE.
ESTRATTO DAL PRIMO RAPPORTO AL PARLAMENTO DEL SERVIZIO
ANTICORRUZIONE E TRASPARENZA (SAET)³⁴⁹**

presentazione a cura di *Giovanna Gemma*

Uno dei compiti del SAeT è quello di ricevere le segnalazioni su presunti o reali episodi di corruzione e di illecito nell'amministrazione avanzate in vario modo dalla società civile.

Le segnalazioni possono essere inoltrate in via formale, per e-mail, per posta, per telefono, anche in forma anonima.

Le segnalazioni per posta vengono comunemente denominati "esposti". Questi ultimi, dopo un'analisi per verificarne l'attinenza con i compiti istituzionali, sono inoltrati alle competenti Procure della Repubblica per gli accertamenti e approfondimenti del caso.

Le segnalazioni telefoniche, invece, sono spesso molto generiche. Si tratta più che altro di richieste di informazioni ed il servizio, comunque, non è ancora strutturato per catturare dalla segnalazione telefonica il massimo dei dati possibili.

Gli esposti per iscritto

Il trend degli esposti nel quadriennio 2005-2008 assume l'andamento illustrato nella Tabella e nella Figura seguenti.

Come si nota, nel 2008 sono pervenuti 186 esposti di cui 48 nel periodo di operatività del SAeT e 138 nel periodo di operatività del soppresso Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella Pubblica Amministrazione.

³⁴⁹ Estratto dal *Primo Rapporto al Parlamento del SAeT*, Roma, Febbraio 2009, capitolo 8, pp. 64-68. Il testo completo può essere consultato sul sito istituzionale del Servizio: http://www.anticorruzione.it/Portals/altocommissario/Documents/Altro/Rapporto_Parlamento_SAEt%5B1%5D.pdf.

Tabella. Il trend degli esposti pervenuti in forma scritta (2005-2008)

Segnalazioni	2005	2006	2007	2008	Tot.
Valori assoluti	46	57	160	186 (*)	449
Percentuale Sul totale	10,24 %	12,7 %	35,63 %	41,43 %	100%
(*) di cui 48 raccolte dal SAeT a partire dalla sua istituzione (10,7% sul totale delle segnalazioni del quadriennio).					

Figura. Andamento delle segnalazioni pervenute

- 47 nel 2005
- 57 nel 2006
- 160 nel 2007
- 186 nel 2008

Dall'analisi dei dati emerge che in assoluto il numero delle segnalazioni è stato sempre molto contenuto. Esse comunque si sono quadruplicate in quattro anni dalla data di costituzione. Questo può significare diverse cose:

1. il servizio di segnalazione di episodi di corruzione non è conosciuto dall'opinione pubblica perché magari non abbastanza pubblicizzato e divulgato;
2. oppure, il servizio è conosciuto, ma manca la propensione dell'opinione pubblica a denunciare, anche in forma anonima, episodi di corruzione.

Probabilmente il risultato che si legge oggi è la combinazione dei due elementi. Nel futuro, quindi, bisognerà operare su ambedue i fronti se si vorrà dare senso al servizio ed allo strumento che nelle equivalenti agenzie all'estero assume invece una notevole importanza.

L'opinione pubblica italiana, è stato riscontrato anche in altre circostanze, come ad esempio in materia fiscale, non è ancora incline a segnalare episodi di corruzione: la cosa viene letta come una "delazione" e non come un impegno sociale per difendere un valore della società civile.

Analizzando le caratteristiche e la tipologia degli esposti, ricevuti nel periodo di competenza del SAeT³⁵⁰ (1 ottobre – 31 dicembre 2008), emerge la situazione sintetizzata nella Figura seguente.

Figura. Analisi delle caratteristiche degli esposti ricevuti dal SAeT

Riquadro A. Esposti per tipologia di canale

- E-mail: 16 (33%)
- Posta: 32 (67%)

- Anonimo: 13 (41%)
- Noto: 19 (59%)

Riquadro B. Esposti per area geografica

- Nord: 6 (13%)
- Centro: 20 (41%)
- Sud: 19 (40%)
- Non indicato: 3 (6%)

Riquadro C. Esposti per ambito tematico

- Appalti: 9 (19%)
- Concorsi: 8 (17%)
- Illeciti ed irregolarità: 26 (54%)
- Altro: 5 (10%)

Riquadro D. Esposti per tipologia di amministrazione

- Regioni: 13 (27%)
- Enti locali: 11 (23%)
- Amministrazioni centrali: 19 (40%)
- Altro: 5 (10%)

Pur con la limitazione del numero ridotto di casi analizzati, possono essere formulate le seguenti considerazioni:

a) il canale di segnalazione prevalente è ancora quello postale (67% delle segnalazioni) e non per ragioni di anonimato, visto che gli esposti inoltrati a mezzo posta sono comunque prevalentemente firmati (59% delle segnalazioni per via postale);

b) con riferimento all'area geografica di competenza, le segnalazioni si riferiscono in via prevalente al Centro Italia (41%) ed al Sud (40%). Piuttosto limitata invece appare la percentuale delle segnalazioni relative al Nord Italia;

³⁵⁰ Per questi dati non è possibile un confronto con i precedenti dati elaborati dall'Alto Commissario perché per questi ultimi esistono solo dati aggregati.

c) con riferimento all'ambito tematico, la maggioranza delle segnalazioni riguarda illeciti ed irregolarità di varia natura (54%), seguono poi le segnalazioni relative a situazioni sospette nel settore degli appalti (19%) e dei concorsi (17%);

d) rispetto alla tipologia di amministrazione le segnalazioni pervenute riguardano in prevalenza amministrazioni centrali (40%), seguono poi le Regioni (27%) e gli Enti Locali (23%).

Per ciascuno degli esposti o segnalazioni pervenuti al S.A.eT. dal 1 ottobre al 31 dicembre 2008 è stata svolta un'attività istruttoria, riassunta in una nota preliminare, consistente nell'esame dei fatti denunciati e nello studio degli aspetti normativi e giuridici connessi. Nel periodo in considerazione due esposti sono stati inoltrati alla Procura della Repubblica competente, mentre in altri casi il denunciante aveva autonomamente provveduto all'inoltro dell'esposto anche all'autorità giudiziaria. Per alcuni esposti sono state avanzate proposte operative di indagini esterne, oppure richieste di documentazione o proposte di archiviazione.

Le segnalazioni telefoniche

Le segnalazioni telefoniche pervenute nel periodo di competenza del SAeT sono state solo 15, assolutamente poco significative dal punto di vista della individuazione di episodi specifici di corruzione, dal momento che la maggior parte ha avuto come oggetto la richiesta di informazioni.

Il servizio di segnalazione telefonica è attualmente attivo dalle ore 9.00 alle ore 19.00 e nei soli giorni feriali. Non esiste ancora una segreteria telefonica né un sistema di registrazione e di catalogazione delle telefonate che si ricevono.

Non è stato possibile operare un raffronto con le segnalazioni telefoniche pervenute al soppresso Alto Commissario, in quanto non esiste un archivio delle segnalazioni telefoniche precedenti. L'unico dato conosciuto è che sono pervenute al soppresso Alto Commissario 86 chiamate al numero verde. Non si conosce, però, né la provenienza geografica, né il periodo di competenza, né l'oggetto della telefonata.

Conclusioni sugli esposti e sulle segnalazioni

Il dato annuale di 186 esposti ed alcune decine di telefonate indica senza dubbio che il sistema di segnalazione, a quattro anni dalla sua istituzione, di fatto non funziona. Si è ancora molto lontani dall'essere a regime.

Nel prossimo futuro tale area di attività andrà radicalmente rivisitata, prendendo esempio dalla operatività di altre strutture estere similari.

Un'indagine sull'operatività dei centri per la raccolta di segnalazioni (*contact center*) di alcuni organismi internazionali³⁵¹ ha dimostrato che:

- è necessario comunicare in maniera dettagliata le finalità, il funzionamento e l'operatività del sistema di segnalazione. Inoltre occorre specificare e comunicare i vari canali di comunicazione:
 - posta;
 - fax;
 - e-mail;
 - contatto personale;
 - telefono (*corruption hotline*): deve essere aperta 24 ore su 24 ore e gratuita (*toll free*);
 - segnalazione anonima o firmata;
- il momento di contatto deve essere utilizzato come occasione per censire ulteriori elementi rispetto all'oggetto della semplice segnalazione. Ad esempio vanno rilevati dati quali la durata della telefonata, il livello di perplessità/incertezza dell'interlocutore. Inoltre è opportuno individuare i campi della regola generale dei punti di contatto ovvero "chi", "dove", "quando" "perché" e "come". L'interlocutore, infatti, tende a trascurare alcuni aspetti o ad enfatizzarne altri. Compito di chi risponde è cogliere l'occasione per avere il massimo delle informazioni;
- in alcuni casi viene fornito un codice di segnalazione a chi chiama che, garantendo l'anonimato, fidelizza il "segnalatore" e lo fa riconoscere dal sistema ogni volta che si mette in contatto con esso.

Ovviamente l'esperienza estera non sempre è compatibile con il nostro sistema giuridico, ma anche da noi iniziative di protezione per coloro che comunicano informazioni utili a far scoprire fenomeni di corruzione - il c.d. *whistleblowing* - andranno prese in considerazione. Se la corruzione è un male grave qualche iniziativa andrà studiata mutuando dall'estero ciò che è mutabile.

Lo studio dell'operatività dei *contact center* di altri paesi e la collaborazione con gli omologhi organismi internazionali del SAeT potrà consentire di mettere a punto un programma di intervento preciso e puntuale che, affiancato da interventi di divulgazione del servizio, consentirà di sfruttare al massimo le potenzialità di uno strumento della lotta alla corruzione che oggi appare praticamente inesistente. Lasciare il sistema di segnalazione al livello di operatività attuale non ha alcun senso.

³⁵¹ L'indagine ha riguardato esperienze consolidate come le Nazioni Unite e la Banca Mondiale e l'ICAC di Hong Kong, una delle più antiche agenzie di contrasto alla corruzione. Inoltre sono state considerate anche strutture molto piccole e con una storia relativamente recente tra cui il KNAB della Lettonia e KICAC della Corea del Sud.

ATTIVITÀ DI IMPRESA E SISTEMI DI *WHISTLEBLOWING*. L'ESPERIENZA DI TELECOM ITALIA

di *Roberto Tournour*

Premessa

E' opportuno precisare che, nella " Procedura segnalazioni" del gruppo Telecom Italia, si è voluto evitare il termine *whistleblowing*. Sebbene sia una società di TLC a livello internazionale e con quasi tutte le strutture denominate in inglese (Human Resources, Legal, etc.), tale scelta deriva dal fatto che il termine "suonatore di fischietto" in italiano non significa nulla. In azienda si contano circa 60.000 dipendenti e la conoscenza dell'inglese è abbastanza comune, ma non diffusa al 100%: quindi si è preferito il termine "segnalazioni" in luogo di *whistleblowing*. Proprio all'inizio della procedura vi è un capitolo che precisa cosa sono queste segnalazioni e che cosa va segnalato al Preposto al controllo interno.

Prima di dettagliare quanto descritto nella procedura, è utile una breve introduzione sulla società a cui appartengo ed al cui Presidente, in qualità di Preposto al controllo interno, è affidata l'operatività derivante dalla procedura segnalazioni, ovvero Telecom Italia Audit and Compliance Services.

Telecom Italia Audit & CS è la società consortile a responsabilità limitata che si occupa per tutto il Gruppo Telecom Italia delle attività di revisione sul sistema di controllo interno e di *compliance*. Attualmente nella società consortile vi sono due consorziate (Telecom Italia e Telecom Italia Media), mentre alla sua nascita nel 2002 le società consorziate erano 5. Pur con questa contrazione, si è deciso di mantenere la forma consortile, anche per garantire una maggiore indipendenza.

Tale indipendenza è altresì rafforzata dalla dipendenza gerarchica della società direttamente dal Presidente di Telecom Italia (Dott. Galateri) che non ha compiti esecutivi, affidati invece all'Amministratore Delegato (Dott. Bernabè). Sin dal 2002, la struttura di Audit è sempre stata collocata alle dipendenze del Top Manager che non aveva deleghe operative, proprio per poter garantire la totale separazione dei compiti e l'indipendenza di giudizio sui controlli interni (e sulla *compliance*) attuati da chi si occupa di vendite, piuttosto che di amministrazione o di altre attività.

Le persone operanti in TI Audit & CS sono complessivamente 124, divise su 4 sedi (Torino, Milano ove opera il Presidente della Società, Roma e Rio de Janeiro, che si occupa delle attività di *audit* e *compliance* per TIM Brasil). La funzione di cui ho la responsabilità, con sede a Torino, si chiama "Progetti Speciali e Fraud Audit" ed è collocata nell'ambito della Direzione Audit, una delle tre Direzioni di cui è composta la società consortile. Le attività operative derivanti dalla "Procedura segnalazioni" sono gestite nell'ambito di tale funzione.

La "procedura segnalazioni"

Il Gruppo Telecom Italia, sin dal 2000 si è dotato di un Codice Etico, costantemente aggiornato. L'articolo 7 del Codice Etico prevede che *"i dipendenti, i collaboratori, i consulenti, i prestatori di lavori, nonché i terzi in rapporti d'affari con il Gruppo segnalano tempestivamente al Preposto al controllo interno della Società per la quale operano³⁵² avvalendosi eventualmente del superiore gerarchico e nel pieno rispetto delle modalità indicate da specifiche procedure interne facendo ricorso alla forma non anonima nella comunicazione della segnalazione:*

- *eventuali violazioni o induzioni alla violazione di norme di legge o regolamento, di prescrizioni del presente Codice, di procedure interne;*
- *ogni irregolarità o negligenza nella tenuta della contabilità, nella conservazione della relativa documentazione, nell'adempimento degli obblighi di reportistica contabile o gestionale interna;*
- *eventuali richieste di chiarimenti sulla valutazione della correttezza di comportamenti propri o altrui, nonché possibili carenze del presente Codice o proposte di modifica e/o integrazione del Codice stesso."*

Il Preposto al controllo interno svolge le verifiche riguardo alle segnalazioni pervenute, in modo tale da accertare la veridicità dei fatti. Particolare enfasi è stata posta riguardo al fatto che nessuna conseguenza negativa deriva in capo a chi ha effettuato una segnalazione in buona fede. Inoltre, è assicurata la riservatezza dei segnalanti secondo apposite procedure interne, fatti salvi gli obblighi di legge (la procedura interna è la "procedura segnalazioni").

Nella procedura, peraltro, si chiarisce che, nel momento in cui venga avviata un'attività di indagine o di analisi da parte di un ente giudiziario che prenda in carico la segnalazione, TI è obbligata a fornire tutte le informazioni richieste e quindi anche la riservatezza dell'identità del segnalante, in questo caso nei termini di legge, viene a cadere.

TI è una società quotata al New York Stock Exchange e quindi è totalmente assoggettata agli obblighi SOX: nell'ambito della Direzione Compliance di TI Audit & CS vi è una funzione specifica (Compliance SOX) che si occupa esclusivamente della valutazione di efficacia dei controlli di tale natura. Tra i tanti obblighi da rispettare, vi sono quelli delle sezioni 301, 302 e 806 che prevedono la facilitazione del *whistleblowing*. A tale riguardo, a partire dall'anno in corso, anche le modalità operative della "Procedura segnalazioni" sono state oggetto di test di efficacia (superato brillantemente), al fine di fornire le opportune garanzie, nell'ambito della certificazione SOX, della *compliance* a quanto previsto.

La procedura afferma la centralità della figura del Preposto al controllo interno (il Presidente di TI Audit & CS), che gestisce la procedura avvalendosi dei suoi delegati. Inoltre, è stata garantita la *compliance* al D.Lgs. 196/2003, relativo al trattamento dei dati personali, in particolare la massima riservatezza per il segnalante in buona fede.

Per quanto riguarda la protezione e salvaguardia dei dati personali, oltre a garantire la separazione nella gestione delle segnalazioni rispetto a quella di altri dati personali, tutte

³⁵² Tale formulazione consegue dal fatto che nel Gruppo sono presenti numerose società controllate o collegate a Telecom Italia e TI Media, che comunque attualmente fanno tutte riferimento allo stesso Preposto al controllo interno, ovvero il Presidente di TI Audit & CS.

le informazioni ed analisi (esclusivamente di tipo informatico) sono custodite in un server protetto con profili definiti, autenticazione obbligatoria e tracciamento delle operazioni (file di log). Ad oggi l'accesso incondizionato alle informazioni è permesso esclusivamente al sottoscritto ed al Presidente di TI Audit.

Per la ricezione delle segnalazioni, anche anonime, è stata creata una apposita casella e-mail ed una linea fax che automaticamente reinvia alla casella di posta in formato pdf quanto ricevuto. Nel caso in cui qualcuno ricevesse una segnalazione verbale, è tenuto a trascriverla nel modo più fedele possibile, in quanto non vengono accettate segnalazioni "a voce", al fine di evitare errori di interpretazione (per tale motivo non abbiamo istituito una "hot line" o numero verde). Eventuali segnalazioni inviate via posta ordinaria sono scannerizzate per la conservazione ed il documento cartaceo viene archiviato in modo sicuro. Peraltro, ad oggi, non sono molte le segnalazioni che giungono in questo modo: la maggior parte pervengono attraverso canale elettronico.

Il flusso procedurale delle segnalazioni prevede che per gli approfondimenti e le analisi il Preposto al controllo interno sia coadiuvato dalle strutture aziendali di volta in volta interessate (le strutture con le quali si sviluppano più frequentemente le analisi sono Human Resources, Legal, Purchasing e Security).

Pur con la massima garanzia dell'anonimato anche del segnalato, il Preposto dovrà comunicare i suoi dati a tali strutture quando necessita di informazioni su quest'ultimo. Il caso più comune riguarda l'accesso ai dati custoditi da Human Resources.

Il Preposto al controllo interno riferisce al Comitato per il Controllo Interno e per la Corporate Governance (che può avere accesso, in modo protetto e con garanzia dell'anonimato del segnalante, a qualsiasi segnalazione che sia pervenuta) e periodicamente viene predisposta una reportistica di sintesi sulle segnalazioni pervenute. Al suddetto Comitato vengono anche canalizzate eventuali segnalazioni che riguardino il Preposto.

La procedura è stata emanata in data 17.11.2009 e la sua ufficializzazione, oltre all'inclusione nel Sistema Documentale Integrato di TI (*repository* delle procedure aziendali ove ogni dipendente ha accesso, in base alle attività svolte), è stata comunicata ai dipendenti tramite un apposito "strillo" nella home-page della intranet aziendale (mantenuto per due settimane) con il link diretto alla procedura. Qualche giorno dopo l'AD di TI dott. Bernabè ha inviato a tutto il personale dipendente di tutte le società del gruppo un'e-mail a sua firma nella quale invitava a segnalare al Preposto al controllo interno qualsiasi anomalia che possa intaccare l'efficacia e la funzionalità delle procedure.

Attualmente, nella home-page della intranet vi è un riquadro con un link a una pagina dove ci sono alcune informazioni di base sulla procedura, il link alla stessa e le modalità di invio (fax e casella e-mail).

La procedura è disponibile pubblicamente anche nel sito internet di TI, nella sezione Governance.

Alcuni dati

Dal 1° gennaio al 30 settembre 2009 sono pervenute circa una ottantina di segnalazioni. Le principali casistiche, in ordine decrescente di numerosità sono:

- situazioni di "disagio" dei dipendenti (ambizioni di carriera insoddisfatte, rapporti problematici con colleghi o con il capo, ambiente di lavoro non adeguato) per l'analisi delle quali ci si avvale prevalentemente del supporto Human Resources;
- criticità nelle procedure e nelle attività aziendali in genere, che costituiscono le segnalazioni di maggiore importanza in base al fine attribuito alla "Procedura segnalazioni". In tutti i casi in cui è stato necessario, sono state avviate dalle strutture interessate azioni correttive per risolvere quanto segnalato;
- reclami di clienti, che, seppur non attinenti all'oggetto della procedura, sono comunque analizzati e gestiti.

LA TESTIMONIANZA DI UN *WHISTLEBLOWER*: SANTO ED EROE DEL NOSTRO TEMPO?

di *Bernardo Gabriele*

Quelle che ho potuto fare, grazie a questa storia, non sono certo state scoperte piacevoli, ma è sempre meglio avere l'opportunità di conoscere. Di capire meglio, di imparare a leggere tra le righe le ragioni per cui le cose vanno come vanno e cosa veramente le muove, dietro il muro impenetrabile di quelle ufficiali e dei valori pubblicamente dichiarati, e spesso traditi.

E' accaduto tutto nella fase della vita in cui stavo passando la soglia tra i quaranta e i cinquanta, e non si può certo dire che, dopo un quarto di secolo vissuto nel mondo del *business*, fossi del tutto sprovveduto. Senza ancora conoscere il termine, ho fatto la parte del *whistleblower*. Non è male aver trovato un termine inglese che mi posso mettere addosso, come fosse un capo alla moda (mio figlio direbbe: "Figo!"). Oppure mi ci potrei stampare dei nuovi biglietti da visita; carina, l'idea! Ma sarà poi qualcosa di cui andar fiero? Proverò ad approfondire il tema in queste pagine e non comincerò certo spendendo parole per convincere voi (senza esserlo io) di essere stato animato da nobili motivazioni e alti sentimenti.

Una volta ho sentito un intellettuale dire che bisogna diffidare di quelli che sostengono di operare esclusivamente nell'interesse altrui. Aveva ragione, credo: chi si batte sinceramente per una società migliore non lo fa per gli altri, ma per sé e per i suoi cari, perché aspira a vivere nella società che sogna.

Dovrei quindi giurare qui di esser stato insensibile all'idea di reagire a un ex-datore di lavoro, da cui ero stato pretestuosamente licenziato? Pur senza progettare un ricatto, di non aver avuto consapevolezza del valore delle informazioni di cui ero a conoscenza? Di non aver avuto alcun interesse per le prospettive di riconoscimenti (che poi non ci sono stati) per aver compiuto un'azione coraggiosa e socialmente utile?

Ed è stata poi così coraggiosa, quest'azione? Insomma, il posto l'avevo già perso e, come sappiamo, le aziende in genere i cinquantenni li fanno fuori, non li assumono. E i dirigenti si fanno fuori facilmente: il licenziamento è previsto e regolato dal contratto (dicono che è così perché il loro è un ruolo delicato, vicino alla proprietà, ma più avanti prenderò in considerazione altre possibili spiegazioni). Quindi di ex-dirigenti a spasso ce ne sono a migliaia; un altro lavoro di quel livello difficilmente l'avrei ritrovato, anche senza la "cattiva fama" del *whistleblower*. Certo, qualche dirigente lo ritrova, come quello che dette il suo essenziale contributo a trasformare il nome della sua azienda in quello di un grande scandalo italiano. Questa realtà sembra voler dire che, se sai fare certe cose, allora saltano tutte le regole e sei prezioso a qualsiasi età, anche con un *curriculum* che riporta certi fatti (o forse, a volte, proprio per la disponibilità dimostrata dall'averli compiuti).

Io quelle cose non le so fare. Penso agli onesti come a persone dal comportamento benefico, ma non necessariamente virtuose. Certamente sono virtuose quelle che non avrebbero difficoltà ad infrangere le regole, ma che scientemente non lo fanno, come un ex-ladro che avesse deciso di smettere. Gli altri, la maggioranza degli onesti di cui probabilmente faccio parte, semplicemente non riescono. Qualcosa glielo impedisce, qualche condizionamento innato o, più probabilmente, dovuto all'educazione ricevuta in famiglia. Insomma incapacità, non virtù. Ho notato che i più scaltri confondono spesso questa incapacità con stupidità. In molte occasioni riescono infatti a prevederne scelte e comportamenti, e questo li induce a considerarsi più intelligenti. Invece quelli sono prevedibili semplicemente perché, istintivamente, seguono delle regole, le stesse che in loro producono disgusto e ilarità.

Forse potrei almeno riconoscermi un po' di coraggio. Era coinvolta un'azienda che stava contemporaneamente portando a termine quello che, se all'ultimo momento non fosse saltato, sarebbe stato il maggior collocamento in Borsa degli ultimi anni. Le mie soffiature potevano dar fastidio. Ci si possono lasciare le penne anche per molto meno di tre miliardi di Euro, ed effettivamente c'è stato un breve periodo in cui ho letteralmente vissuto nel terrore, entrando in una situazione psicologica, che ho poi scoperto essere comune in casi del genere, trovandosi in una situazione rischiosa, senza conoscere (o non a sufficienza) tutti gli altri attori in campo. I quali, magari, a tutto stanno pensando tranne che ad assoldare un sicario per farti fuori. Comunque, più che di coraggio, forse a posteriori parlerei piuttosto di un comportamento un po' incosciente.

A questo punto, devo aprire una parentesi: sono sicuro che molti di voi stanno pensando che, essendomi appena dipinto come un mezzo imbranato, oltre che uno sconsiderato e vendicativo spione, sono semplicemente vittima di una forma di depressione grave, che ha azzerato la mia autostima e mi spinge a dare notizia delle mie debolezze. In realtà, ho conferma da fonte sicura che molti *whistleblower* non sono santi o eroi, che sono invece proprio come me: un po' inetti (probabilmente per "difetto" educativo, come dicevo), un po' rancorosi e, soprattutto, troppo... verbosi. Non sto cercando di addossare alla "categoria" i miei vizi; cercherò anzi di mostrare più avanti che non tutti vengono per nuocere. Abbiate solo ancora un po' di pazienza!

Torniamo allora ai giorni della mia fifa nera: dovevo pensare a proteggermi. Un aspetto del *whistleblowing* è proprio questo: per certi versi, ti può proteggere. Probabilmente quelli che ti mettono al riparo non sono i comportamenti suggeriti dall'istinto; mi pare di sentirle ancora, le sue raccomandazioni: "Lascia perdere, taci! Non provocare le ire di qualche potente che potrebbe reagire male!". L'istinto chiede che nessun fischietto venga suonato. Ma credo che sbagli di grosso: come mi disse un ufficiale della Guardia di Finanza: "Una volta che uno ha vuotato il sacco, sarà difficile che gli succeda qualcosa. E' un deterrente: se succedesse, sapremmo di chi sospettare".

Quindi, meglio soffiare, e, subito dopo, farlo sapere in giro. Vuol dire che bisogna soffiarlo forte, il fischietto: più persone lo sentono, meglio è. Se poi le tue paure sono solo

il frutto della fantasia, ispirata dall'inesperienza, tanto meglio: avrai sventato un pericolo inesistente, ma servirà a curare il panico.

Forse vi aspettate, adesso, di leggere finalmente qualche riferimento alla storia che ho vissuto. Invece, niente da fare: non torno in argomento. Certo che questi *whistleblower* sono dei tipi ben strani: a un certo punto tornano dei fifoni e recuperano anche un'inaspettata reticenza!

Invece no, non si tratta di reticenza; le mie remore hanno altre radici: semplicemente, dopo la soffiata, sono stato raggiunto da una causa civile. Le cose andarono così: come ho scritto all'inizio, prima fui licenziato in tronco per ristrutturazione aziendale e conseguente soppressione della posizione (questa fu la motivazione ufficiale). In realtà, già da tempo mi veniva chiesto di adottare comportamenti che trovavo, per così dire, poco etici, volti al procacciamento di nuovi clienti ed affari. Ma più che immorale, trovavo la richiesta insensata. Eravamo rivenditori, nulla veniva prodotto e ci si limitava a vendere prodotti di terzi: non servono capitali importanti e, se fossi stato capace e disponibile a fare ciò che mi chiedevano, l'avrei fatto in proprio, non sotto padrone: avrebbero avuto un dipendente in meno e un concorrente in più. Io fui assunto per occuparmi della gestione integrale delle opportunità d'affari che la proprietà procurava tramite le sue relazioni. E' facendo questo, che venni a conoscenza di come si muovevano, e delle pratiche messe in atto dalla nostra azienda e dai nostri clienti. Al momento del licenziamento, pensai che avevano fatto una sciocchezza: non si licenzia un dirigente che sa certe cose e certi dettagli! Alla luce di com'è andata a finire, ero destinato a cambiare idea: ero io lo sciocco!

Infatti fui io a rimanere disoccupato: loro, per quel che mi risulta, non hanno mai smesso di fare affari, e tuttora li fanno. La causa civile arrivò quando ero ormai disoccupato, dopo la soffiata. Questa fu addirittura trasmessa in tv, entrando così nelle orecchie di tre milioni di persone. La cosa provocò la reazione di un nostro cliente (quello del collocamento in Borsa andato a monte), che citò editore (Rai) e giornalisti, chiedendo danni per 142 milioni di Euro, mentre io ero citato in solido con loro per 8,5.

Una bella lotta, non c'è che dire: un disoccupato contro un'azienda di proprietà del più ricco del continente asiatico, ricco più del doppio del più ricco Italiano! Più che contro Davide, Golia doveva (e deve ancora) vedersela con un microbo. Questo microbo, che sarei io, si trova, per la prima volta in vita sua, davanti a una citazione: mi metto allora alla ricerca di un avvocato civilista e scopro che i tempi della causa sono stimabili più in decenni che in anni (a parte la mia soffiata, i giornalisti ne avevano trovate e raccontate tante altre su quel mio ex-cliente, e i fronti aperti sono più d'uno), e che ogni anno avrei dovuto sborsare decine di migliaia di Euro per gli avvocati.

Scopro anche che la giustizia non è per me. Pur non essendo al momento titolare di alcun reddito, mia moglie ne aveva uno (che sarebbe stato appena sufficiente a pagare le spese legali, qualora avessimo potuto azzerare quelle legate alla sussistenza della nostra famiglia), e ciò mi escludeva dall'accesso al gratuito patrocinio. La giustizia non è

universale, non come il servizio sanitario pubblico, per fare un esempio. Faccio parte dei né poveri né ricchi che restano senza copertura. Quando arrivo quindi a decidere (si fa per dire) di rinunciare alla difesa, conosco un avvocato misericordioso che mi soccorre, offrendosi di curarla e facendo praticamente finta di farsi pagare.

Dopo tre anni e mezzo, il cambiamento del giudice, il ritorno a quello originale, lo smarrimento e la ricostruzione del fascicolo, il processo, in sostanza, deve ancora cominciare. E io resto in attesa di sapere se potrò conservare la proprietà di casa mia o se mi verrà sequestrata a parzialissimo rimborso del danno multi-milionario che avrei cagionato, rispondendo alle domande di una giornalista tv. Un altro contributo alla riparazione, del tutto insufficiente, verrebbe dal sequestro a vita di un quinto del mio reddito, o qualcosa del genere, credo.

In ogni caso, ho imparato a tollerare senza troppi mal di testa le più nefaste prospettive di queste grane giudiziarie. Almeno per il momento, non sono stato sfrattato da casa mia, e quella che mi attendeva, dopo qualche mese di disoccupazione, era in realtà, (udite udite!) una sorte meravigliosa: in realtà la migliore che potevo augurare a me stesso!

A questo punto sarebbe il caso di mantenere le promesse e vedere cosa si può trovare di buono nel nostro *whistleblower*. Osservandolo da vicino, non siamo riusciti a scoprire altro che i suoi numerosi difetti. Allora dovremo cercare, invece che nella sua persona, nelle situazioni che lascia al suo passaggio, seguendone le tracce. Per questo, come accennavo, dovrò evitare gli abbondanti spunti ricavabili dall'esperienza che ho vissuto in prima persona: così come è successo per il mio "fischio" trasmesso in tv, ogni parola sarebbe utilizzabile contro di me nel processo, per tentare di dimostrare i miei biechi intenti di guastatore e farmela pagare. E menomale, col senno di poi, che non tutti i miei fischi furono mandati in onda!

Allora lasciamo perdere la mia storia e mettiamo in campo la cronaca nera (è criminalità anche quella economica) e un pizzico d'immaginazione. Pensiamo ad esempio agli scandali finanziari che il nostro Paese (e non solo) ha dovuto conoscere in anni recenti. Si è trattato di truffe abilmente costruite, ed è difficile pensare che possano essere state l'opera di un singolo. Ci sarà ben stata una pluralità, magari ristrettissima, di soggetti che si sono messi all'opera, e altri ancora che, pur non partecipando attivamente, potevano vedere ciò che stava accadendo, o vederne da vicino gli effetti.

Ma non hanno soffiato fischietti. Perché? Il motivo principale è, ovviamente, che ne avrebbero pagato a caro prezzo le conseguenze. Quando si tratta di reati commessi in azienda, di cui la stessa proprietà è autrice o complice, i più probabili testimoni sono alcuni dirigenti della stessa azienda. Come abbiamo visto poc'anzi, questi lavoratori hanno contratti che di fatto li rendono precari, e quindi soggetti ricattabili: recludibili come complici o riducibili al silenzio.

Il mio pensiero è che i sindacati di questi lavoratori di questo portano la responsabilità, specialmente se si considera che firmano contratti di lavoro che prevedono minimi retributivi di poco superiori ai 2.000 Euro netti mensili: stiamo parlando di persone che raramente navigano nell'oro e che non possono permettersi alcun ammutinamento, nemmeno per nobili ragioni come il rispetto della legalità.

Pensate al maggior scandalo economico finanziario d'Italia. A quel mare di risparmiatori (spesso pensionati che, mal consigliati, hanno perso la liquidazione, frutto di una vita di lavoro), vittime della colossale truffa. Quella, poi, non fu l'unica conseguenza: l'intero sistema economico-finanziario ha subito una crisi di fiducia mai vista prima, che ha portato ulteriori e gravi danni. Ed è magra consolazione pensare che la moda degli scandali finanziari imperversava (ed imperversa) anche altrove nel mondo.

Tutto questo non sarebbe accaduto se solo ci fosse stato un *whistleblower* a far sentire il suo fischietto. Non dico un santo, ma proprio lui, il nostro inetto e rancoroso vendicatore, avrebbe potuto fare il miracolo! E ben vengano l'inettitudine e il caratteraccio, se gli effetti sono miracolosi!

Come avete appena letto, sull'onda dell'entusiasmante conclusione non ho fatto mancare alla prosa i punti esclamativi, ma, mentre li stavo scrivendo, qualche ricordo più dettagliato già emergeva, portando con sé più di un dubbio. A ben vedere, infatti, a posteriori si scoprì che un *whistleblower* ci fu, proprio un ex-dirigente di quella azienda, che raccontò delle cose a un famoso comico genovese, ben due anni prima che lo scandalo scoppiasse. E il comico non mancò di darne notizia durante i suoi spettacoli, provocando stupore e mille risate, ma nessuna inchiesta. E due anni più tardi, a scandalo scoppiato, fu convocato dai giudici per spiegare le fonti delle sue "divinazioni".

Vabbé, si trattò purtroppo ed evidentemente di un fischietto soffiato nel posto sbagliato: quel *whistleblower* avrebbe dovuto soffiarlo in Procura, non nelle orecchie di un comico! Giusta considerazione, salvo scoprire più tardi che quella Procura non rimase comunque al silenzio.

Si seppe infatti che, sempre qualche anno prima della "fuga dei buoi", a "stalla" ancora ben chiusa, alcuni parlamentari promossero un'interrogazione sui rapporti tra quell'azienda e le banche (mi sa che un altro *whistleblower* deve averci messo becco!). Il Ministro delle Finanze dell'epoca interessò, appunto, la Procura competente, che affidò a un ragioniere del posto una perizia sui bilanci dell'azienda. Toccò a un professionista scrupoloso, che, con pochi Euro, comprò un programma per calcolare gli indici di bilancio canonici, i quali gli mostrarono chiaramente, come scrisse nella perizia consegnata alla Procura, che, nell'evoluzione della sua posizione debitoria, l'azienda aveva ormai abbondantemente oltrepassato il punto di non ritorno: la sua residua vita economica, a meno di espedienti introvabili nel campo della legalità, sarebbe quindi stata breve, e il suo destino segnato.

Perbacco, una perizia spedita in Procura, con verdetto scritto nero su bianco (che più chiaro non si può) e firmata da un professionista iscritto all'Albo! Altro che fischio: era una cannonata!

Eppure, per ragioni credo ancora oggetto di indagini da parte di un'altra Procura, non se ne fece nulla. E il resto è cronaca.

Ma allora, è tutto inutile? Sono inutili tanto i fischietti quanto le stesse istituzioni, appositamente create e a caro prezzo mantenute? E non è solo la storia che ho qui riassunto a far nascere il dubbio: leggendo le cronache della criminalità economica, resta spesso l'impressione che gli stessi meccanismi di garanzia (i collegi sindacali, gli organismi di vigilanza, i modelli organizzativi), non perseguano in realtà gli obiettivi per cui sono stati concepiti. Che, quando un operatore economico è animato da intenti criminosi, ne fa applicazione per obbligo o per opportunità, non per le ragioni ufficiali.

Non è facile orientarsi, di fronte a tutto questo: l'orizzonte non è chiaro, ci vorrebbe un faro, un aiuto a trovare la rotta. Personalmente ne ho trovato uno nell'ex-magistrato Gherardo Colombo che, proprio per aver constatato dall'interno che qualcosa mancava perché le istituzioni potessero funzionare efficacemente, ha scelto di uscirne anzitempo e di mettersi a produrlo lui, quel "qualcosa". Come fa la stessa *Transparency International Italia*. Hanno entrambi concluso che l'ingrediente mancante è una cultura popolare nuova, radicata e meno orientata all'ottenimento di benefici personali o di gruppo a qualsiasi costo, scavalcando qualunque cosa si trovi in mezzo: persone o organizzazioni più meritevoli, leggi o regole etiche che siano. Più rispettosa e interessata al bene comune e meno, molto meno riguardosa nei confronti di chi lo calpesta, anche se ricco e potente.

Belle parole, vero? Le ho scritte di getto, c'è voluto un minuto. Altra cosa è farlo, il cambiamento. Io stesso, prima che qualcuno mi rischiarasse la strada, non avrei saputo nemmeno da dove cominciare... Poi però, a un certo punto, è bastato po' di luce per poter vedere e capire: per cambiare il Paese bisogna innanzitutto avere argomenti forti e convincerne i cittadini del futuro, che sono poi i ragazzi di oggi. I quali si stanno perdendo, in forme sempre più preoccupanti, anche per la frequenza di una scuola non all'altezza dei tempi (posso testimoniare per conoscenza diretta di entrambe che le sue regole di funzionamento sono le stesse della scuola degli anni sessanta).

Ed eccoci al capitolo finale della storia, la quadratura del cerchio, quel meraviglioso futuro in serbo per me, cui prima accennavo. Perso il lavoro senza speranza di ritrovarne uno simile e suonato il fischietto, che potevo fare?

Viene fuori che la mia laurea, mai veramente sfruttata e dimenticata nel cassetto, mi dava accesso all'insegnamento di una materia tecnica per la quale, caso rarissimo, ci sono più cattedre che insegnanti titolati! Per il quarto anno consecutivo, oggi ho una cattedra in una scuola superiore. Quando si dice il destino: più volte, negli anni, c'è stato qualcuno che, nel bel mezzo di una conversazione, mi ha detto: "Ma lo sai che saresti stato un bravo

insegnante? Peccato!”. Peccato un corno: sarebbe stato sufficiente lasciare tempo al tempo!

Tutti i santi giorni, quindi, entro doverosamente in contatto con alcuni di quelli che faranno del futuro un tempo più o meno degno di essere vissuto, i miei studenti. E, nel mio piccolo, cerco di spiegare con parole convincenti come in un posto più giusto saremmo tutti più felici. Per trovare queste parole mi ha aiutato molto ascoltare proprio quelle del dott. Colombo: saputo che lui si prestava a visitare le scuole d'Italia e parlare alle scolaresche, due anni fa lo invitai nella mia e quest'anno, dopo tanta attesa, è venuto a Genova dai miei studenti! Ed è stata davvero una confortante conferma scoprire più recentemente che anche la stessa *Transparency International Italia* organizza visite alle scuole!

A volte, tornando indietro di pochi anni, poco dopo la mia soffiata, ripenso all'occasione che ebbi di proporre in sede politica una legge a tutela dei *whistleblower*, per incoraggiarli rendendo la soffiata un'opzione praticabile senza troppi drammi personali. Pensavo alle mie disavventure, alle altre cose che ho qui raccontato. Pensavo anche al fatto che esistono leggi e si trovano soldi (non pochi!) per la protezione degli ex-mafiosi collaboranti. Ma nulla per proteggere i *whistleblower* che, come abbiamo visto, potrebbero dare contributi fondamentali per sventare molti crimini economici. E che avranno pure un caratteraccio, ma, a differenza dei primi, nessun passato criminoso di cui pentirsi.

Non se ne fece nulla. Il sottosegretario del governo allora in carica, convocato per l'occasione, sembrò avere altro per la testa. Penso tuttora che una tutela di Legge per il *whistleblower* sarebbe una grande conquista; per ripararlo dalle ritorsioni e supplire a contratti di lavoro che sembrano fatti apposta per inibirlo. Ma oggi credo anche che, senza una cultura e una volontà popolare nuove che la sostengano, sarà difficile ottenere una legge così, e che, in molti casi, questa resterebbe comunque nel cassetto, assieme agli altri strumenti che già abbiamo e che spesso si fa solo finta di impiegare.

Dopo quell'iniziale insuccesso, oggi mi concentro maggiormente sulla causa prima del problema, senza nascondermi che, come sempre per le transizioni culturali, si tratterà di attendere tempi generazionali. E non è affatto detto che si cambierà per il meglio.

E' per questo che ho scritto che quello che stava per toccarmi era un destino meraviglioso, proprio perché a contatto diretto e quotidiano con chi potrà fare la differenza. E ciò che mi dà oggi più pensieri non sono rogne giudiziarie che sembrano destinate a non finire mai, ma il fatto che, essendo un insegnante precario, con l'imminente riforma delle superiori dovrò nuovamente trovarmi un altro lavoro. Ma questa sarà un'altra storia...



Università Cattolica
del Sacro Cuore
Facoltà di Giurisprudenza
Sede di Piacenza



TRANSPARENCY INTERNATIONAL ITALIA (TI-IT)
ASSOCIAZIONE CONTRO LA CORRUZIONE



Centro di documentazione
europea
Università degli Studi
di Catania

INCONTRO DI STUDI SU

NORME E PRASSI IN TEMA DI *WHISTLEBLOWING*

Obblighi internazionali e adempimenti italiani

“Soffiatori di fischietto” o “vedette civiche”

I segnalatori di illegalità o di rischi di illegalità all'interno di un'organizzazione

Tavola rotonda
10 ottobre 2009—ore 9,30
Sala Panini—Palazzo Galli—Via Mazzini, 14
Piacenza

PROGRAMMA

Introduzione ai lavori

Dino Rinoldi

Professore di Diritto dell'Unione europea
Facoltà di Giurisprudenza
Università Cattolica S.C. – Sede di Piacenza

Maria Teresa Brassiolo

Presidente di Transparency International-Italia

Nicoletta Parisi

Responsabile del Centro di documentazione europea
Università degli studi di Catania

Devianze 'organizzative' e whistleblowing: esperienze e prospettive di applicazione del d.lgs. n. 231/2001

Gabrio Forti

Professore di Diritto penale e di Criminologia
Facoltà di Giurisprudenza
Università Cattolica S.C. – Sede di Milano

Rapporti di lavoro e whistleblowing nell'ordinamento italiano

Vincenzo Ferrante

Professore di Diritto del lavoro
Facoltà di Giurisprudenza, Università Cattolica S.C. –
Sede di Piacenza

Protezione dei dati personali e whistleblowing

Roberto Lattanzi

Autorità garante per la riservatezza

Attività d'impresa e sistemi di whistleblowing. L'esperienza di Telecom Italia

Roberto Tournour

Responsabile Progetti Speciali e Fraud Audit di Telecom
Italia

Corruzione e strumenti internazionali in materia di whistleblowing: lo 'stato dell'arte'

Fabrizio Gandini

Magistrato addetto al Ministero della giustizia
Dipartimento affari di giustizia, Direzione generale della
giustizia penale, Ufficio I – Affari internazionali e grazie;
Capo della delegazione italiana al WGB OCSE

Whistleblowing e ordinamento italiano: possibili percorsi normativi

Giovanni Arnone

Magistrato addetto all'Ufficio legislativo del Ministero
della giustizia
Membro della delegazione italiana all'OCSE

Il funzionamento del Servizio Anticorruzione e Trasparenza e il possibile utilizzo di procedure per il whistleblowing

Giovanna Gemma

Dirigente generale, Responsabile dell'Area amministrativa
del Servizio anticorruzione e trasparenza (SA&T)

A proposito del progetto "Blowing the Whistle Harder: Enhancing Whistleblowing Protection in the EU"

Giorgio Fraschini

Transparency International—Italia

Ore 12,00—pausa

Ore 12,20—ripresa dei lavori (a porte chiuse)

Ore 13,50—chiusura dei lavori

Ore 14,00—colazione di lavoro

HANNO COLLABORATO:

Giovanni Armone

Magistrato addetto all'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia. Membro della delegazione italiana all'OCSE

Maria Teresa Brassiolo

Presidente di Transparency International Italia

Davide Del Monte

Direttore esecutivo di Transparency International Italia

Vincenzo Ferrante

Professore di Diritto del lavoro nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica S.C., sede di Piacenza

Giorgio Fraschini

Dottore in Giurisprudenza. Ricercatore per Transparency International Italia

Bernardo Gabriele

Whistleblower, ex dirigente d'azienda, oggi Professore di Elettrotecnica in un Istituto Tecnico Industriale

Fabrizio Gandini

Magistrato addetto al Ministero della giustizia, Dipartimento affari di giustizia, Direzione generale della giustizia penale, Ufficio I – Affari internazionali e grazie. Capo della delegazione italiana nel Gruppo di Lavoro contro la Corruzione (WGB) dell'OCSE

Giovanna Gemma

Direttore Amministrativo del Servizio Anticorruzione e Trasparenza (SAeT)

Giuseppe Imbrogno

Coordinatore dei progetti europei di Transparency International Italia

Roberto Lattanzi

Dirigente del Garante per la protezione dei dati personali. Esperto nazionale distaccato presso il Garante europeo della protezione dei dati

Nicoletta Parisi

Professore di Diritto dell'Unione Europea nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Catania; docente nell'Università Cattolica S.C., sede di Milano; Responsabile del Centro di documentazione europea dell'Università degli studi di Catania

Dino Rinoldi

Professore di Diritto dell'Unione europea nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica S.C., sede di Piacenza

Roberto Tournour

Responsabile Progetti Speciali e Fraud Audit di Telecom Italia

Note

Transparency International Italia (TI-It)

Transparency International è l'organizzazione internazionale, non governativa, no profit, indipendente, fondata nel 1993 con sede Berlino, che lotta contro la corruzione tramite le sue sezioni nazionali nel mondo, sviluppando un approccio globale al fenomeno. Il Capitolo Italiano, fondato nel 1996 a Milano, promuove il ruolo attivo dell'educazione civica e morale nel rafforzamento della società civile contro il crimine e la corruzione, interagendo con il Settore Pubblico, il Settore privato ed il terzo settore. Per ulteriori informazioni si consulti il sito www.transparency.it.

Il *whistleblower* è chi testimonia un illecito o un'irregolarità sul luogo di lavoro e decide di segnalarlo a una persona o un ente che può agire efficacemente al riguardo.

Pur rischiando personalmente atti di ritorsione a causa della segnalazione, svolge un ruolo di interesse pubblico dando all'ente la possibilità di conoscere tempestivamente un problema ed esponendo al pubblico possibili pericoli.

Il *whistleblower* agisce nell'interesse pubblico, è nostro dovere tutelarlo.

Transparency International Italia

Via Zamagna 19, 20148 Milano, Italia

Tel +39 02 40093560 Fax +39 02 406829

info@transparency.it, www.transparency.it