

Whistleblowing e prevenzione dei reati d'impresa. Profili criminologici, comparatistici e politico criminali.

INDICE:

I. Il whistleblowing.....	4
1. Il fenomeno.	4
2. Il crimine economico.	7
3. Concetto di organizzazione e crimine organizzativo.	12
3.1. Il caso <i>Challenger</i>	18
4. La responsabilità amministrativa da reato degli enti <i>ex d.lgs. 231/2001</i>	21
5. Evoluzione normativa del <i>whistleblowing</i> negli USA, in Europa e in Italia.	26
 II. Disciplina del whistleblowing.	 34
1. <i>Whistleblowing</i> nell'ordinamento giuridico internazionale.	34
2. Analisi del d.lgs. n. 24/2023, attuativo della direttiva (UE) 2019/1937.	40
2.1. Ambito di applicazione oggettivo e soggettivo.	41
2.2. Canali di segnalazione.	43
2.3. Misure di protezione del segnalante.	47
2.4. Ruolo di ANAC.	51
3. <i>Whistleblowing</i> nell'ordinamento giuridico statunitense.	53
3.1. Settore privato.	54
3.2. Settore pubblico.	63
4. Profili applicativi.	65
4.1. <i>The Corporate Whistleblower Awards Pilot Program</i>	79
 III. La decisione di “soffiare il fischietto”.	 82
1. Test psico-sociali applicati al crimine organizzativo.	82
1.1. Il test di Milgram.	82
1.2. L'esperimento di Zimbardo. La figura di Christina Maslach.	90
1.3. Il massacro di My Lai.	95
2. La decisione di “soffiare il fischietto”.	99
2.1. “The whistleblowers: 2002- Person of the Year.”	99
2.2. I <i>whistleblowers</i> di Fred Alford.	103

3. L'incentivo economico per il segnalante.	106
4. Le segnalazioni pretestuose.	114
IV. Whistleblowing e compliance.	118
1. La prevenzione della criminalità d'impresa.	118
2. La funzione <i>compliance</i>	128
3. <i>Compliance programs</i>	135
3.1. <i>Is the corporation's compliance program well designed?</i>	137
3.2. <i>Is the corporation's compliance program adequately resourced and empowered to function effectively?</i>	147
3.3. <i>Does the corporation's compliance program work in practice?</i>	150
4. Modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001.	153
4.1. Analisi dei rischi.	155
4.2. Sistemi di controllo.	157
4.3. Il <i>whistleblowing</i> dopo il d.lgs. 24/2023.	163
V. Proposte de iure condendo.	170
1. <i>Is more whistleblowing yielding to less overall deterrence?</i>	170
2. Profili critici della disciplina italiana del <i>whistleblowing</i>	183
3. Considerazioni di politica criminale.	190
3.1. Il macro-livello di analisi.	191
3.2. Il meso-livello di analisi.	196
3.3. Il micro-livello di analisi.	202
4. Affrontare la sfida della complessità empirica e giuridica.	206
Appendice I:	209
Appendice II:	216
Appendice III:	219
Appendice IV:	237
Appendice V:	250

<i>Appendice VI:</i>	291
BIBLIOGRAFIA:	310
GIURISPRUDENZA:	321

I. Il *whistleblowing*.

1. Il fenomeno.

«[...] *Yet he has received something that few whistleblowers do, a sort of public vindication. It is what almost every whistleblower seeks. When it comes (and it is rare), it helps, but not as much as one might suppose, certainly not as much as the whistleblower had hoped. He has learned and gone through too much*». ¹

“Soffiare il fischietto” pubblicamente a favore della legalità non sempre corrisponde a un sollievo interiore per il “soffiatore”: le conseguenze a cui un gesto così coraggioso espone possono al contrario condurre alla condizione descritta.

La progressiva evoluzione delle discipline nazionali e internazionali in materia di *whistleblowing* ha come obiettivo minimizzare quel “*too much*” per coloro che volontariamente denuncino «(rischi di) condotte illegali (non solo quelle penalmente rilevanti beninteso), nonché condotte anche soltanto irregolari»² commesse all’interno di un’organizzazione pubblica o privata; il tutto, nell’ottica di evitare che il “fragoroso fischietto” si tramuti in un “fischietto silente”³, con ciò alludendo alla graduale attenzione che nel dibattito giuridico ha ricevuto la necessità di effettività delle tutele. ⁴

Dal momento in cui i fatti a cui allude il frammento si sono verificati sino alla realtà giuridica attuale sono trascorsi più di due decenni, e, indubbiamente, i legislatori europei ed oltreoceano

¹ Queste parole sono state pronunciate da uno dei *whistleblowers* a cui F.C. ALFORD ha dato voce in *Whistleblowers: broken lives and organizational power*, Ithaca, 2001, p.25. L’opera illustra la cruda realtà delle sorti dei *whistleblowers*, secondo un approccio psicologico-sociale e politico.

² N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in A.P. DELLA BELLA- S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità*, Milano, 2020, p.3.

³ La suggestiva espressione “fischietto silente” è mutuata da M. SCOLETTA, *Il fischietto silente. Ineffettività del whistleblowing e responsabilità da reato della corporation: appunti e spunti per un approccio empirico alla colpa di organizzazione.*, in A.P. DELLA BELLA- S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità*, cit., p.239.

⁴ I *whistleblowers* che hanno preso parte alla ricerca di Alford lamentano l’ineffettività delle leggi federali previste a loro tutela, con particolare riferimento alle questioni procedurali. Particolarmente significativo è il racconto di uno di loro: «*Whether I win or lose has nothing to do with what I did, whether I was right or wrong. No one cares about that. All they care about is that my boss followed the correct procedures in firing me*». (F.C. ALFORD, *Whistleblowers: broken lives and organizational power*, cit., pp.107 ss).

hanno mostrato sempre più interesse a valorizzare l'istituto del *whistleblowing*, potenziando, almeno in astratto, le tutele per i *whistleblowers*.

Di questa evoluzione si darà ampiamente conto nel corso della trattazione, avendo essa rappresentato una sequenza di tappe che hanno condotto all'approvazione della direttiva (UE) 23 ottobre 2019, n. 1937, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione, attuata nell'ordinamento italiano con il recente d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24.

5

Il legislatore (penale) non dovrebbe mai distogliere l'attenzione dalla realtà empirica, e, al contrario, dovrebbe tenere conto degli innumerevoli fattori soggettivi e situazionali che influenzano la decisione di soffiare il fischietto, per modulare gli strumenti, penali e non, offerti dall'ordinamento nell'ottica di massimamente valorizzare la funzione dell'istituto del *whistleblowing*.⁶

A tal proposito, è più volte emersa nel dibattito giuridico transnazionale l'opportunità di prevedere incentivi e benefici di ordine economico o morale per i segnalanti che, secondo un giudizio razionale costi-benefici, contribuirebbero a favorire il ricorso agli strumenti di segnalazione degli illeciti. L'impostazione è stata largamente accolta negli ordinamenti nordamericani e, di contro, rifiutata in quelli di *civil law*, sulla scorta di motivazioni inerenti al diverso retaggio culturale sotteso ai due diversi sistemi giuridici, l'uno imperniato sull'efficientismo, l'altro sul principio per cui l'incentivo economico potrebbe contaminare il disinteresse che dovrebbe accompagnare un gesto orientato al bene comune della legalità.⁷

Nondimeno, è possibile ravvisare nella cultura diffusa nell'organizzazione un fattore determinante per la denuncia, a tratti maggiormente rispetto al «mero calcolo “amorale” costi-

⁵ Attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali.

⁶ La necessaria compenetrazione tra il diritto penale e le altre scienze sociali impone al penalista di appellarsi alle discipline empiriche come strumento per garantire l'effettività dei precetti e delle sanzioni. Il modello a cui si fa riferimento è quello di una “scienza penale integrata” del giurista Franz Von Liszt, contenuto nel cd. “Programma di Marburgo” del 1882, come descritto da G. FORTI in *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, pp.91 ss.

⁷ S. ZORZETTO, *Costi e benefici del whistleblowing: questioni di policy e premiali*, in A.P. DELLA BELLA- S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., pp.458-459.

benefici»; non di rado, infatti, la sistematica e pervasiva adozione di comportamenti illeciti impedisce ai membri stessi di coglierne l'illegalità.⁸

Di qui gli interventi legislativi finalizzati ad ostacolare il proliferare di schemi comportamentali devianti in seno alle organizzazioni, che hanno aperto la strada al riconoscimento di inedite forme di "auto-normazione" per le organizzazioni, attraverso i modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001 in Italia e gli omologhi *compliance programs* statunitensi: la *ratio* di tali strumenti risiede nel generare consenso sulla necessità di rispettare i precetti contenuti in norme ideate a livello dell'organizzazione stessa nel rispetto delle indicazioni fornite dal legislatore.

Ma comprendere il crimine e la sua genesi significa anche analizzare le narrazioni che i suoi autori, le sue vittime, le agenzie di controllo e la società in genere rendono, secondo un approccio che deve necessariamente affiancare quello quantitativo. In questa sede si considereranno in prima battuta quelle di coloro che, al pari di quello a cui si è data voce in principio, dopo aver segnalato condotte illecite devono accettare le conseguenze di questa decisione, che non si limitano a ritorsioni, molestie, licenziamento sul luogo di lavoro, ma si estendono a ogni aspetto della loro vita, in termini di salute fisica e psichica, riversandosi inesorabilmente sulla qualità delle relazioni sociali. La criminologia "narrativa"⁹ consentirebbe, in questo senso, di prendere in considerazione le narrazioni dei *whistleblowers* e di comprendere la portata della loro vicenda personale, riconoscendo alle storie di vita una potenzialità euristica pari o talvolta più ricca di quella delle narrazioni "scientifiche"; tale approccio permetterebbe, infatti, di individuare processi interpretativi, flussi emozionali, dimensioni culturali, e, dunque, in ultima istanza, sarà possibile conoscere le motivazioni che hanno spinto il *whistleblower* a un gesto così coraggioso, dimodoché si possano ricreare le condizioni perché sempre più soggetti procedano alla denuncia.¹⁰ Lo stesso frammento *supra* riportato lascia emergere l'esigenza dei segnalanti di ricevere ascolto, considerazione nel contesto ambientale di riferimento, che, del resto, sono elementi indispensabili alla propensione alla denuncia; viceversa, la rinuncia a "soffiare il fischietto" sarà favorita da un clima stigmatizzante in cui il *whistleblower* viene etichettato come la "spia" o il "delatore".

⁸ G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. "Doppio standard" e "doppio vincolo" nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in Aa.Vv., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, cit., pp.181-182

⁹ Il carattere narrativo che deve accompagnare lo studio criminologico è, peraltro, connaturato all'etimologia della parola "criminologia", in quanto unione della parola greca *lògos* e della parola latina *crimen*: "discorso sul crimine".

¹⁰ A. CERETTI- L. NATALI, *Io volevo ucciderla*, Milano, 2022, p. 3.

Le questioni penalistico-criminologiche fin qui prese in considerazione sono state presentate in termini generali in quanto funzionali a fare emergere alcuni fili rossi della trattazione: anzitutto, il necessario approccio interdisciplinare e multidisciplinare che deve guidare lo studio della materia e, in via di correlazione, l'importanza delle narrazioni delle persone coinvolte, con particolare riguardo alle vittime, ora della criminalità d'impresa, ora dell'inefficacia o dell'inadeguatezza delle discipline legislative previste a loro tutela. I due elementi verranno accostati all'imprescindibile analisi del dato normativo quasi a dipingere un'ideale di giustizia che sia a tutti gli effetti «*a bridge to reality*». ¹¹

2. Il crimine economico.

Il *whistleblowing*, in quanto strumento di *governance*, dispiega tutto il suo potenziale sia sul fronte repressivo che su quello preventivo ¹² di devianze ¹³ generatesi in contesti organizzativi. Buona parte di tali condotte integrano fattispecie penalmente rilevanti riconducibili a una forma di criminalità particolarmente insidiosa, vale a dire la criminalità organizzativa, al cui interno si colloca anche il *white-collar crime*, la cui prima formalizzazione si deve a E.H. Sutherland, che nella sua opera *White-collar crime* ¹⁴ illustrò i risultati di uno dei più preziosi studi pionieristici in ambito criminologico.

¹¹ «Whistleblowers speak from the lifeworld. From this perspective, procedure and substance blend. Laws that protect the whistleblower make little sense. Justice means, says one whistleblower, that there is a “bridge to reality”. In other words, justice means that someone outside the organization is willing to hear the whistleblower's story and possesses the power to make recompense, or at least to hear and understand, as Judge Thomas Hogan did. Even though the judge did nothing, Rein felt shriven. Someone outside the organization had heard and understood that the organization had acted with malice». (F.C. ALFORD, *Whistleblowers: broken lives and organizational power*, cit., p. 112)

¹² N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in A.P. DELLA BELLA- S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., p.3.

¹³ Con la parola “devianza” si allude alla condotta divergente dalle regole (non necessariamente le norme giuridico-penali) che disciplinano la vita della società o di un singolo gruppo (da cui discende il carattere della relatività del concetto di “devianza”), connotata dal carattere della visibilità, intesa come suscettibilità di dare luogo a una reazione sociale, anche sottoforma di delusione dell'aspettativa di un comportamento conforme. (G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., pp.320-323). Il termine deriva dal lessico della sociologia e, nonostante i sociologi ne diano una definizione in parte differente, è ormai indispensabile per la sociologia-criminale in quanto funzionale a denotare l'asimmetria tra il concetto di “crimine” e quello di “reato”.

¹⁴ E.H. SUTHERLAND, *White Collar Crime*, New York, 1949. L'opera fu per la prima volta pubblicata nel 1949 con alcune censure (i nomi delle imprese oggetto della ricerca vennero sostituite da sigle e venne rimosso il capitolo inerente alle biografie dei soggetti coinvolti nei crimini) per assecondare le richieste dell'editore timoroso che in caso contrario si sarebbe esposto a denunce per diffamazione da parte delle imprese citate. Il decorso dei termini di prescrizione previsti per il reato di diffamazione avrebbe consentito la pubblicazione dell'opera nella sua forma integrale, che avvenne nel 1983 da parte della moglie, ormai vedova, di Sutherland (E.H.

Sutherland è il padre della prima definizione di crimine dei colletti bianchi, vale a dire «approssimativamente il reato commesso da una persona rispettabile e di elevata condizione sociale nel corso della sua occupazione»,¹⁵ in suggestivo contrasto con i cd. *blue-collars*, cioè gli operai, dal colore blu della loro divisa. Il successo professionale, il benessere economico e l'ammirazione che i white collars suscitano nelle persone sono solo alcuni dei fattori che impediscono alla società di ritenere gli stessi capaci di crimini così subdoli, rendendo la decisione di soffiare il fischietto contro i loro illeciti estremamente più complessa e difficile da assumere.

Infatti, nell'immaginario collettivo, appaiono, al contrario, meritevoli di fiducia, delegata o implicita,¹⁶ destinata ad essere sistematicamente violata al manifestarsi delle conseguenze più disastrose dei loro illeciti,¹⁷ spesso perpetrati in ragione dell'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto con le vittime dei loro illeciti e che non fa altro che incrementare la generale opacità che avvolge la criminalità economica.¹⁸

Ma questo non induce nemmeno le istituzioni a contrastare tali condotte, che, nutrendo un misto di paura e ammirazione per i colletti bianchi, gli accordano quasi una "presunzione di innocenza" socioculturale legata al loro *status*, espressione del cd. *double standard* che li avvantaggia rispetto agli altri criminali, essendo le periodiche ondate di persecuzione giudiziaria solo apparentemente finalizzate a colpire tali condotte, quanto più a tentare di ripristinare velocemente i confini normativi scossi dallo scandalo di turno.¹⁹

SUTHERLAND, *White Collar Crime. The Uncut Version.*, New Haven, 1983). Il "caso Sutherland" è emblematico proprio perché l'autore è vittima di ciò che studia, cioè i meccanismi di selezione criminale: le censure sull'opera hanno ostacolato la comunicazione scientifica sull'emergenza criminale da lui stesso studiata (cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, pp.310 ss.).

¹⁵ E.H. SUTHERLAND, *White Collar Crime. The Uncut Version* (1983), trad. it. a cura di G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, p. 8, Milano, 1987.

¹⁶ Sutherland definiva le sistematiche violazioni della fiducia in loro riposta dal pubblico come «*misrepresentation of asset values and duplicity in the manipulation of money*» (falsificazione dei valori e manipolazione frodatoria del denaro), come affermato da G. FORTI, in *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. "Doppio standard" e "doppio vincolo" nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in Aa.Vv., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, p. 174, nota 5.

¹⁷ G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. "Doppio standard" e "doppio vincolo" nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, cit., p. 186.

¹⁸ A. VISCONTI, *Corporate Violence: Harmful Consequences and Victims' Needs. An Overview*, in Aa. Vv., *Victims and Corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Milano, 2018, p.167

¹⁹ G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. "Doppio standard" e "doppio vincolo" nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, cit., pp. 186-187. Il tema della fiducia riposta nei colletti bianchi è strettamente intrecciato al loro *status* (culturale prima ancora che sociale) di appartenenza agli

Alla luce di queste considerazioni, Sutherland riconduce ai colletti bianchi un “privilegio degli affari”, per cui deve intendersi la particolare condizione di favore accordata loro sia da parte della società sia da parte delle istituzioni in considerazione della elevata classe sociale di appartenenza. La rappresentazione favorevole delle loro condotte resa dalla stampa, il supporto che ricevono da parte dei loro pari, l’impunità che consegue ai loro gesti e la previsione di normative di legge che in concreto li avvantaggino, sono solo alcune delle manifestazioni di tale privilegio, determinanti l’inesorabile ritardo con cui queste condotte sono giunte all’attenzione del criminologo: è solo con la pubblicazione di *White-Collar Crime* che via via sono proliferati studi specificamente riferiti al *corporate crime*.²⁰

Nel corso dell’opera emerge, infatti, uno stretto legame tra crimine dei colletti bianchi e meccanismi di selezione criminale, essendo essa il primo studio sistematico delle ragioni che fondano la scelta in astratto del legislatore di perseguire penalmente una condotta nonché delle implicazioni prasseologiche che spesso portano i colpevoli all’impunità.

Ai fini dello studio dei meccanismi di selezione criminale, è fondamentale che il criminologo si serva di un metodo interdisciplinare che, attraverso gli strumenti forniti dalle discipline empirico-sociali, gli consenta di esplorare il crimine economico come fenomeno empirico per poterlo prevenire e, di conseguenza, per poter tentare di contrastare l’estensione del suo “campo oscuro”, ossia la criminalità nascosta, il prodotto finale dei meccanismi selettivi, costituita dai crimini commessi ma mai ufficialmente venuti a conoscenza della pubblica autorità.²¹ L’estensione del campo oscuro varia da reato a reato sulla base della gravità e delle caratteristiche del crimine, al tipo di relazioni esistenti tra vittima e reo e alla capacità dell’autore di influenzare i sistemi di controllo.²²

Le modalità con cui questi fattori si manifestano nel crimine economico determinano una sensibile estensione del suo campo oscuro. Infatti, l’ambiguità riferibile alla qualificazione di tali comportamenti come propriamente “criminali” nonché la difficoltà di definirli “violenti”,

strati superiori della società essendo esso determinante sugli impulsi che conducono i *white collar offenders* a realizzare condotte criminose nonché sulle stesse politiche di contrasto all’illegalità.

²⁰ A. VISCONTI, *Il crimine organizzativo*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, pp. 1329-1330.

²¹ Si distingue dalla cd. cifra oscura, che allude invece a una dimensione specificamente quantitativa, consistente nella differenza numerica che intercorre tra i fatti penalmente rilevanti commessi in un certo territorio e in un certo periodo di tempo e il numero di tali fatti che vengono registrati dalle statistiche ufficiali a seguito dell’avvenuta conoscenza da parte delle autorità. (G. FORTI in *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., p.64).

²² G. FORTI, *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., p. 420.

hanno determinato una “polverizzazione” del concreto pregiudizio che quotidianamente le vittime devono patire,²³ gravando esso su innumerevoli soggetti che, in quanto non personalizzabili, spesso coincidono con l’intera collettività.²⁴ La conseguenza più problematica di tale scenario consiste nel fatto che la società spesso non considera questi soggetti vittime in senso proprio, il che si traduce nella mancata percezione come tali da parte delle vittime stesse,²⁵ che, non avvertendo immediatamente il danno loro cagionato, non procederanno alla denuncia, strumento che riveste un ruolo di assoluta preminenza ai fini della riduzione della criminalità sommersa.

Infatti, nonostante la criminologia sia ormai ben consapevole che crimine non è solo ciò che un ordinamento giuridico qualifica come reato, è inevitabile che la percezione di una condotta da parte della società è strettamente connessa alla scelta di penalizzare o meno una condotta.

Tale condizione interessa molte delle condotte riconducibili alla criminalità d’impresa, che spesso sono qualificate come illeciti amministrativi, o come reati minori, e le indagini nonché le relative sanzioni sono di frequente affidate ad organismi di regolamentazione, oppure ancora non perseguite in concreto, dunque depenalizzate di fatto;²⁶ in altri casi, potrebbero essere state penalizzate solo recentemente e di conseguenza non essere state ancora recepite come

²³ Si allude anche e soprattutto alla cd. *corporate violence*, per cui deve intendersi quella specifica sottocategoria della *corporate deviance* costituita da condotte (penalmente rilevanti) pregiudizievoli per la vita, la salute e l’integrità psicofisica delle persone che si verificano durante l’esercizio di un’attività lecita da parte di un’organizzazione soprattutto attraverso violazioni della normative in materia di salute e sicurezza dei lavoratori, attraverso la produzione e la commercializzazione di prodotti non sicuri e l’inquinamento di aria, acqua e suolo. (A. VISCONTI, *Corporate Violence: Harmful Consequences and Victims’ Needs. An Overview*, cit., p.155)

²⁴ Il crimine dei colletti bianchi è dunque un reato “a vittima anonima”, come specificato in G. FORTI, *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., p. 406.

²⁵ Secondo G. FORTI in *Introduction*, in G. FORTI-C. MAZZUCATO-A. VISCONTI-S. GIAVAZZI (a cura di), *Victims and Corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, cit., p.3, queste vittime subiscono una sorta di “ingiustizia epistemica”, costituita dall’incapacità delle vittime di essere riconosciute come vittime e dall’incapacità delle vittime stesse di percepire la vittimizzazione che hanno subito (o che potrebbero subire in un futuro prevedibile) in modo tempestivo e appropriato.

²⁶ Secondo alcuni criminologi tra cui, primo fra tutti E.H. Sutherland, i colletti bianchi detengono un potere di “ridefinizione normativa”, che non è altro che uno dei riflessi del cd. *double standard* che caratterizza il loro rapporto con le istituzioni. In Italia, esempio di tale prassi il mutamento di prospettiva che portò a una “patrimonializzazione” e “privatizzazione” dei beni giuridici tutelati dai reati societari, operata dal d.lgs. 11 aprile 2002 n.61, che portò alla depenalizzazione in astratto ma soprattutto in concreto di parte di queste condotte, tra cui spicca sicuramente la vicenda che ha interessato il reato di falso in bilancio. Ma è con riferimento all’approfondimento delle disuguaglianze sociali, determinato dall’approvazione della cd. legge ex Cirielli, che pregiudicò in modo indubbiamente superiore le fasce più deboli, che emerge «la propensione non solo ad affermare la propria “presunzione di innocenza”, ma ad accompagnarla con un potere di dislocazione dei confini normativi, fissati con molta nettezza nei confronti di *altri* e, invece, presentati come mobili e largamente dipendenti dalla *propria* esclusiva competenza a produrne lo spostamento», come si evince da G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. “Doppio standard” e “doppio vincolo” nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, cit., p. 195.

“criminali” dalla collettività; ancora, potrebbero essere qualificate in modo non uniforme dalle diverse legislazioni nazionali.²⁷

Inoltre, le disastrose conseguenze dei reati commessi dai colletti bianchi spesso non vengono avvertite dalla collettività, e questo anche in ragione delle specifiche caratteristiche di tali condotte, che non corrispondono a ciò che generalmente e socialmente è considerato “violento”: nella maggior parte dei casi, sono infatti indirette, essendo il risultato di politiche organizzative e decisioni assunte dall’organizzazione durante l’esercizio di una attività commerciale lecita, che solo indirettamente determinano conseguenze dannose per la collettività.²⁸

Peraltro, tali pregiudizi si manifestano generalmente in via differita nello spazio e nel tempo, il che implica non trascurabili difficoltà di accertamento del nesso di causalità tra tale comportamento e la conseguenza dannosa, aggravate dal carattere frequentemente non volontario del comportamento, o meglio, finalizzato esclusivamente ad incrementare i profitti.

29

L’analisi dei fattori determinanti l’estensione del campo oscuro della criminalità economica rivela «l’arbitrarietà, convenzionalità e, non di rado, l’ingiustizia alla base della distribuzione sociale dello stigma criminale»,³⁰ divenendo un profilo di notevole interesse per la criminologia, soprattutto ai fini della sua riduzione.

²⁷ A. VISCONTI, *Corporate Violence: Harmful Consequences and Victims’ Needs. An Overview*, cit., p.156.

²⁸ Secondo E. SOLTES in *Why they do it? Inside the Mind of the White-Collar Criminal*, New York, 2018, come citato da G. FORTI in *Introduction*, in Aa. Vv., *Victims and Corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, cit., pp.8-9, la distanza che separa il *white-collar offender* dalle vittime delle sue condotte renderebbe per lui più agevole perpetrarle proprio perché non in diretto contatto con la sofferenza che ne consegue (sullo stesso tema ha riflettuto anche S. MILGRAM in *Obedience to authority: an experimental view*, New York, 1974 esponendo le risultanze del suo esperimento sociale per cui v. *infra*, 3 §1.1).

²⁹ Tra i tanti casi di *corporate violence*, si consideri esemplificativamente l’*environmental crime* commesso da organizzazioni, che può consistere in illegale smaltimento di rifiuti pericolosi, emissioni tossiche nell’aria, e contaminazione dell’acqua e/o del suolo.

Direttamente, l’inquinamento (in particolare quello dell’aria e dell’acqua) di solito si diffonde su vaste aree territoriali e colpisce quindi ampie fasce di popolazione.

Ma, solo indirettamente, la contaminazione tende a penetrare nella catena alimentare e quindi a diffondersi ulteriormente, anche grazie all’allargamento dei mercati globali. Le sostanze chimiche tossiche così rilasciate possono poi produrre effetti sia immediati (come nel caso degli “incidenti”) che, ancora più frequentemente, differiti, in quanto in genere incidono sulla salute umana per accumulo e/o combinazione, e molte delle sostanze determinano malattie che hanno lunghi periodi di latenza (come accade, ad esempio, con i mesoteliomi legati all’esposizione all’amianto), o possono addirittura presentarsi nelle generazioni future, come nel caso dell’aumento dei tassi di aborto spontaneo o di deformità fetale legate all’esposizione a certe sostanze. (A. VISCONTI, *Corporate Violence: Harmful Consequences and Victims’ Needs. An Overview*, cit., pp.156 ss.).

³⁰ G. FORTI, *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., p. 225.

3. Concetto di organizzazione e crimine organizzativo.

Il concetto socio-criminologico ³¹ di crimine organizzativo (*organizational crime*) ha a che vedere con ogni forma di devianza commessa per mano di persone fisiche seppur non individuate o non individuabili appartenenti a un'organizzazione che persegue finalità lecite, contestualmente all'esercizio delle sue attività istituzionali. Tale nozione non ricomprende al suo interno esclusivamente condotte riconducibili alla criminalità economica, ma, al contrario, può essere riferita a ogni genere di comportamento criminoso che trova in un'entità superindividuale l'origine dei meccanismi criminogeni destinati a tradursi nell'agire deviante.

³²

L'evoluzione semantica del concetto prende le mosse dall'analisi empirica operata da Sutherland nella suddetta opera *White-Collar Crime* su un campione di settanta società americane, che solo apparentemente era finalizzata a fornire una giustificazione teorica della devianza *individuale*, essendo, al contrario, incentrata sulle carriere criminali di manager e finanziari *nell'impresa*. Il carattere "organizzativo" dei crimini oggetto dello studio è massimamente testimoniato dalla teoria delle cosiddette "associazioni differenziali" esplicativa, tra le tante, anche della devianza in esame, e che pone l'accento sulla socializzazione nei gruppi primari di appartenenza come fattore determinante nella genesi del crimine. ³³

Per "organizzazione" deve intendersi, secondo un approccio organico, un insieme capace di svolgere determinate funzioni costituito, sul piano strutturale, da una dotazione di competenze (il personale) e di vie di comunicazione deputate all'assunzione di decisioni che sono in continua proliferazione alla luce del carattere "irritativo" che queste dispiegano sull'organizzazione. La decisione serve dunque ad assorbire o a ridurre l'incertezza connaturata al contesto organizzativo, che, trattandosi di un aggregato di ruoli e competenze, si deve confrontare con una pluralità di alternative decisionali caratterizzate da un alto coefficiente di

³¹ Emblematica è la scelta di un termine del linguaggio criminologico invece che di quello giuridico, che ribadisce il carattere interdisciplinare della nozione in esame.

³² A. VISCONTI, *Il crimine organizzativo*, cit., p. 4.

³³ A. VISCONTI, *Il crimine organizzativo*, cit., pp.1-2

probabilità,³⁴ essendo una pluralità di individui (invece che uno soltanto) ad assumere determinazioni. Il carattere multipersonale dell'organizzazione la obbliga a sua volta ad organizzarsi (organizzazione nell'organizzazione) per valorizzare quella "metacompetenza", generata dalla somma delle conoscenze e competenze che ciascun componente detiene, orientata al raggiungimento di un obiettivo condiviso (cd. effetto esponenziale del fenomeno organizzativo),³⁵ essendo che «la disorganizzazione», al contrario, «favorisce la dispersione dei controlli, incrementa le spinte criminogene, sì da accentuare l'anomia che già di per sé marca l'agire all'interno di un gruppo».³⁶

Ed è proprio in questo contesto, ampiamente studiato dalla psicologia sociale, che si instaurano schemi di obbedienza del sottoposto agli ordini del superiore, determinati dal carattere gerarchico (anche se non espressamente specificato) dell'organizzazione o di conformità della condotta del membro rispetto a quella tenuta del gruppo. Ci si riferisce, in particolare, ai risultati di alcuni esperimenti psico-sociali, che hanno fatto emergere l'incidenza dei fattori situazionali e organizzativi sulle condotte umane, dimostrando, che l'ordine proveniente dall'autorità prevale sulle autonome determinazioni dell'agente e, che anche una persona "buona" metterebbe a tacere la propria coscienza macchiandosi di condotte riprovevoli se inserito in contesti in cui queste sono liberamente adottate dagli altri soggetti.³⁷

Tali meccanismi portano i componenti dell'organizzazione a adottare particolari *frame* interpretativi e ad assumere ruoli specifici,³⁸ in modo tale da condizionare la loro comprensione normativa e cognitiva della realtà:³⁹ il risultato è l'istituzionalizzazione del

³⁴ Secondo C.E. PALIERO- C. PIERGALLINI in *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti (Rivista231.it)*, 2006, p.171, la decisione conserverebbe una precarietà tale da aprire il campo a nuovi processi decisionali.

³⁵ La definizione di organizzazione è mutuata da C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., pp.171-172.

³⁶ C.E. PALIERO- C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p.180.

³⁷ Il riferimento è agli esperimenti di Milgram (S. MILGRAM, *Obedience to Authority*, cit.) e di Zimbardo (P. ZIMBARDO, *The Lucifer Effect. How Good People Turn Evil*, New York, 2007). Per l'analisi di tali test psico-sociali applicati alla criminalità economica, nonché delle implicazioni criminologiche dei meccanismi di conformità e obbedienza, v. *infra*.

³⁸ Il riferimento è agli studi di E. GOFFMAN (*The Presentation of Self in Everyday Life*, Edinburgh, 1959 e *Frame Analysis. An Essay on the Organization of Experience*, Cambridge; Mass., 1974).

³⁹ A. VISCONTI, *Il crimine organizzativo*, cit., pp.5-6.

moral disengagement ⁴⁰ che impedisce al singolo di realizzare il disvalore delle condotte che vengono sistematicamente poste in essere dal gruppo per potersi opporre.

La psicologia sociale ha fornito, dunque, gli strumenti necessari ad indagare il “dilemma” decisionale che sta alla base della scelta di “soffiare il fischietto”, accettando le potenziali conseguenze derivanti dalla “dissociazione” dal gruppo, piuttosto che tacere l’illegalità, e con essa il peso che questa ha sulla coscienza di ognuno.

Il fenomeno organizzativo pervaso dalla cultura criminale, dal punto di vista del *whistleblower*, può essere osservato da una prospettiva *outside-in* e da una prospettiva *inside-out*.

Nel primo caso il segnalante si vedrà sostanzialmente emarginato da parte dei membri, oltre che vittima di innumerevoli altre forme di vessazioni sul luogo di lavoro. Individuando nella verità valore predominante rispetto alla lealtà nei confronti dell’organizzazione, ostacolerà il raggiungimento del fondamentale obiettivo autarchico dell’organismo. ⁴¹

Nel secondo caso il soffiatore si percepirà come membro di una struttura che ricalca quelle feudali, in quanto chiamato ad eseguire ciecamente gli ordini del superiore gerarchico, titolare di un potere decentralizzato ma personale e a lui attribuito in quanto capo. ⁴²

In ambo i casi, il potere delle sanzioni morali (prima ancora che giuridiche) che presiedono all’agire umano, è perfettamente percepito dal *whistleblower* ed è invece neutralizzato dagli altri membri, in modo tale da consentire loro di tenere comportamenti dannosi senza avvertirne il peso sulla propria coscienza.

⁴⁰ Per “disimpegno morale” deve intendersi il meccanismo psicologico che si produce quando un soggetto neutralizza il peso morale delle proprie condotte. Studiata da A. BANDURA e teorizzata nella sua opera *Moral Disengagement: how people do harm and live with themselves*, New York, 2016, riguarda anche la condizione sperimentata dai membri di un’organizzazione pervasa da una cultura criminale, che non avvertono il peso delle conseguenze dannose delle decisioni assunte dal gruppo.

⁴¹ F.C. ALFORD in *Whistleblowers: broken lives and organizational power*, cit., p. 99, riferisce le parole del presidente di un’azienda statunitense in cui il *whistleblower* viene descritto come un «*boundary violator*»: «*Some of the enemies of business now encourage an employee to be disloyal to the enterprise. They want to create suspicion and disharmony, and pry into the proprietary interest of the business. However this is labelled-industrial espionage, whistleblowing or professional responsibility- it is another tactic for spreading disunity and creating conflict*».

⁴² «*When you work for the agency, you don’t serve the agency, you serve your boss. For all practical purposes, it’s a fiefdom*». (F.C. ALFORD in *Whistleblowers: broken lives and organizational power*, cit., p.101)

La criminologia ha beneficiato anche dell'apporto della sociologia delle organizzazioni, soprattutto servendosi di specifiche teorie sull'organizzazione come ipotesi da testare per dare spiegazione all'attività criminale in contesti organizzativi.^{43 44}

In particolare, si sono rivelate significativamente utili a spiegare la devianza organizzativa le teorie sull'organizzazione⁴⁵ che muovono da differenti livelli di analisi, ponendo l'attenzione sull'organizzazione come nesso di mediazione tra struttura "macro-livello" e interazione "micro-livello":⁴⁶

- Il macro-livello di analisi ha a che vedere con il contesto competitivo, che induce l'organizzazione a condotte illecite mosse dalla finalità di raggiungere obiettivi ambiziosi nei tempi prefissati. Infatti, l'impulso a delinquere delle organizzazioni complesse nel mondo degli affari si origina in contesti competitivi: per sopravvivere, le organizzazioni devono mettere in sicurezza le risorse strategiche di cui hanno bisogno. Partendo dal presupposto che le risorse sono scarse per svariate ragioni, tali organismi devono competere tra di loro non solo per le risorse in sé e per sé considerate ma anche e soprattutto per gli obiettivi a cui conducono: potere, successo economico o comunque rappresentazioni simboliche del raggiungimento di un risultato. Ma, alla luce dell'intrinseca scarsità delle risorse, non tutte possono raggiungere tale obiettivo, e, per evitare il fallimento, le organizzazioni individuano obiettivi improntati alla legge delle aspettative crescenti, che, se irraggiungibili per vie legali, verranno perseguiti tramite

⁴³ D. VAUGHAN, *Criminology and the Sociology of Organizations*, in *Crime, Law & Soc. Change*, vol. 37, 2002, p. 119.

⁴⁴ Più generalmente, l'apporto della sociologia delle organizzazioni ha consentito alla criminologia di esplorare il fenomeno criminale nelle organizzazioni, prescindendo dalla particolare categoria di criminalità di volta in volta presa in considerazione, essendo essa funzionale ad elaborare teorie o a integrare ricerche facendo emergere fattori situazionali o organizzativi inerenti alla devianza in generale, al crimine o al controllo sociale che frequentemente rimangono sullo sfondo o non sono sistematicamente prese in considerazione. La logica di appellarsi agli studi socio-organizzativi risiede nella comunanza di caratteristiche che denotano il fenomeno organizzativo in genere, rendendo una specifica teoria applicabile a una moltitudine di contesti concreti. A tal proposito, D. VAUGHAN in *Criminology and the Sociology of Organizations*, cit., p. 128 ss, accosta al *corporate crime* la violenza domestica sulle donne alla luce della comune matrice organizzativa. In particolare, si pone attenzione alla spiegazione di questi crimini sulla base delle relazioni tra micro, meso, macro-livelli di analisi. In entrambi i casi, infatti, il crimine è una conseguenza dell'interazione tra contesto, organizzazione e scelte e interpretazioni del singolo.

⁴⁵ Le teorie a cui allude D. VAUGHAN in *Criminology and the Sociology of Organizations*, cit., p.126, e che assumono rilevanza per l'analisi che segue sono la Teoria dell'Anomia e della Struttura Sociale di Merton, la Teoria delle Opportunità Differenziali di Cloward e Ohlin e la Teoria della Dipendenza dalle Risorse di Pfeffer and Salancik.

⁴⁶ D. VAUGHAN, *Criminology and the Sociology of Organizations*, cit., pp. 119-125.

strumenti illegali, a cui si ricorrerà specialmente quando le procedure legittime siano caratterizzate da ineffettività.⁴⁷

Quello che potrebbe sembrare uno schema comportamentale dominato dalla teoria della scelta razionale o, più generalmente, da un “amorale” giudizio costi-benefici finalizzato a massimizzare i profitti, si rivela, invece, secondo la maggior parte delle evidenze empiriche, un insieme confuso di determinazioni assunte secondo il cd. “*garbage can model*”, in cui l’elemento razionale emerge solo a posteriori nelle narrazioni dei membri per giustificare una particolare decisione.⁴⁸

- Il meso-livello è rappresentato dalle caratteristiche dell’organizzazione (struttura procedure, operazioni) che possono fornire alla stessa un’ulteriore opportunità di violare la legalità.

Con specifico riguardo alla struttura dell’organizzazione, la divisione delle mansioni tra i membri e l’istituzione di gerarchie interne, spesso rendono invisibile al singolo l’attività svolta dagli altri, cosicché le condotte degli individui possono essere perfettamente legittime, ma complessivamente considerate costituiscono un illecito, di cui alcuni erano completamente ignari. Inoltre, l’istituzione di sub-unità specializzate, contribuisce a generare settori produttivi intra-organizzativi dominati da un “segreto strutturale” che, facendo trapelare informazioni parziali o incomplete su attività ed obiettivi, consente di realizzare illeciti minimizzando il rischio che questi vengano loro contestati e, eventualmente, sanzionati.

Sono, inoltre, le stesse procedure interne a stimolare l’assunzione di comportamenti illeciti, innanzitutto attraverso sistemi informali di premi e punizioni che in concreto orientano le decisioni a favore dell’illegalità.

Peraltro, le operazioni strutturate secondo sistemi decisionali tecnologicamente complessi di per sé fungono da opportunità per la commissione di illeciti sulla base della natura impenetrabile che è loro conferita dalla complessità.⁴⁹ Spesso, i concetti di rischio e di incertezza vengono associati alla tecnologia in quanto intrinsecamente pericolosa, complessa e perciò solo rischiosa: al variare dei profili tecnici dell’attività varia anche la capacità di controllarla da parte di operatori, *managers*, organizzazioni,

⁴⁷ D. VAUGHAN, *Criminology and the Sociology of Organizations*, cit., p. 126.

⁴⁸ D. VAUGHAN, *Rational Choice, Situated Action, and the Social Control of the Organizations*, in *Law & Society Review*, vol. 32, 1998, pp. 23-30.

⁴⁹ D. VAUGHAN, *Criminology and the Sociology of Organizations*, cit., p. 127.

giustificando a tale stregua eventuali incidenti. Infatti, i processi cognitivi in materia sono di frequente turbati da una “*disqualification heuristic*” che porta i *managers* ad allontanare cognitivamente ogni informazione che contraddica la loro convinzione che un sistema tecnico sia sicuro.⁵⁰

- Il micro-livello di analisi è incentrato sull’individuo, in quanto sono le sue condotte a determinare l’attività dell’organizzazione. Soggetto a pressioni produttive ma avendo la possibilità di utilizzare l’organizzazione come schermo da eventuali responsabilità, le scelte del singolo saranno influenzate da sistemi di premi e punizioni: la loro efficacia, che costituisce fattore determinante nella decisione di commettere illeciti, dipende dal rapporto che intercorre tra i controllanti e l’organizzazione controllata.

Infatti, la struttura di queste relazioni può essere connotata da un alto coefficiente di autonomia tra i due, che può esprimersi attraverso separazione fisica, indipendenza o identità propria, e che inevitabilmente determina l’inefficacia dei sistemi di monitoraggio, investigazione e scoperta delle condotte illecite alla luce di tali ostacoli formali o fisici che impediscono l’accesso ad informazioni riguardanti le attività interne.

In alternativa, il rapporto tra organizzazione ed agenzie di controllo potrà fondarsi su una reciproca interdipendenza, finalizzata allo scambio di risorse e al soddisfacimento di interessi reciproci: le loro attività saranno interconnesse, successo o fallimento saranno per definizione sia dell’una sia delle altre. In questo modo, l’effettività delle sanzioni comminate dalle agenzie di controllo in caso di condotte illecite si rivelerà estremamente scarsa, e, frequentemente, queste verranno sostituite da accordi finalizzati a realizzare i reciproci interessi.

Il contributo che la sociologia delle organizzazioni ha dato all’analisi del fenomeno criminale nelle organizzazioni, è rappresentato, quindi, dalla rilevanza dei fattori di contesto nell’eziologia del crimine, con ciò alludendo sia alle caratteristiche dell’organizzazione sia alle generali condizioni dell’ambiente sociale (politiche, tecnologiche, economiche, legali, demografiche, culturali), categorie connotate da un ampio coefficiente di variabilità: le organizzazioni, di conseguenza, hanno difficoltà a prevedere le circostanze che potrebbero eventualmente pregiudicare la loro attività, e questo spiega perché le variabili di contesto sono spesso associate alle devianze organizzative. Infatti, se le organizzazioni nella norma si

⁵⁰ D. VAUGHAN, *The Dark Side of Organizations. Mistake, Misconduct, and Disaster*, in *Ann. Rev. Sociol.*, vol. 25, 1999, p. 276.

adattano a fattori di contesto variabili, è possibile che le stesse, attivamente, definiscano, creino, modellino la propria struttura per soddisfare i propri bisogni.

Risulta quindi fondamentale prendere in considerazione quella che prende il nome di “*dark side*” delle organizzazioni, che è inestricabilmente avvinta alla sua “*bright side*”, e questo alla luce dell’assunto sociologico consolidato per cui le condizioni del normale sono le precondizioni del patologico. Si intende evidenziare come le caratteristiche di un sistema che producono la *bright side* siano le stesse che eventualmente provocheranno l’emersione della *dark side*: il meccanismo che consente al padrone di portare a passeggio il proprio cane tramite il guinzaglio solitamente funziona, rendendogli possibile controllarlo ma, nell’immediato, potrebbe produrre conseguenze sfavorevoli alla luce di fattori di contesto che potrebbero subentrare, turbando l’animale, mettendolo nella condizione di trascinare il padrone ed eventualmente farlo cadere a terra.

L’interconnessione e la compresenza delle due *sides* plasmano una cultura (organizzativa), intesa come, insieme di soluzioni prodotte da un gruppo di persone per risolvere specifici problemi posti da situazioni affrontate in comune. Queste soluzioni vengono ricordate, istituzionalizzate e diventano regole, abitudini, valori,⁵¹ che, nel fenomeno criminale all’interno delle organizzazioni, si stratificano, contaminate dalla sistematica e pervasiva “normalizzazione della devianza”:⁵² decisioni non conformi agli standard di sicurezza, consolidano una *non-conformity routine*, diventano un risvolto dell’ordinaria attività organizzativa, sono un prodotto delle stesse logiche organizzative che governano l’attività legittima dell’organizzazione e risulta estremamente complesso scindere questi due profili nel momento in cui il comportamento deviante viene normalizzato e diviene parte delle prassi, delle procedure, dei protocolli.⁵³

3.1. Il caso *Challenger*.

Frequentemente, decisioni assunte in contesti organizzativi pervasi dal *moral disengagement* portano a tragiche conseguenze: è il caso dello *state-corporate crime* che ha portato al disastro dello Space Shuttle Challenger, lanciato dalla NASA il 28 gennaio 1986 che si disintegrò dopo soli 73 secondi di volo, per il malfunzionamento di una delle valvole del carburante dei

⁵¹ D. VAUGHAN, *Rational Choice, Situated Action, and the Social Control of the Organizations*, cit., p. 37.

⁵² D. VAUGHAN, *The Challenger Launch Decision. Risky Technology, Culture, and Deviance at NASA*, Chicago, 1996, pp. 77 ss.

⁵³ D. VAUGHAN, *The Dark Side of Organizations. Mistake, Misconduct, and Disaster*, cit., pp. 273 ss.

propulsori,⁵⁴ determinando la morte delle 7 persone a bordo. Tale difetto di fabbricazione era noto da quasi dieci anni sia all'azienda che produceva la componente difettosa sia alla NASA stessa.

Le peculiarità di questa vicenda hanno rappresentato un profilo di notevole interesse per le scienze empiriche in genere e, soprattutto, per la criminologia, nell'ottica di individuare i fattori che hanno determinato l'eziologia di una catastrofe di tale portata.

Durante il periodo di contesa tra Stati Uniti e Unione Sovietica per il predominio sull'esplorazione spaziale, la NASA era soggetta a forti pressioni politiche affinché il programma spaziale venisse portato a termine nei tempi e costi prestabiliti, senza che vi fosse da parte delle istituzioni un reale controllo sul rispetto delle regole di sicurezza: gli obiettivi venivano, di fatto, definiti dall'esterno e l'organizzazione, dovendosi adeguare, poneva a sua volta pressioni sull'impresa fornitrice. Infatti, in ambienti molto competitivi, la pressione per il raggiungimento degli obiettivi di performance non è forte solo per le imprese in crisi, ma lo è anche per le imprese che hanno una buona performance perché, tipicamente, il non riuscire a superare i risultati buoni precedenti viene concettualizzato come un fallimento organizzativo.

55

Pertanto, le pressioni produttive e la scarsità di risorse economiche determinarono, uno scostamento tra gli obiettivi statutari della NASA a quelli che negli anni erano diventati i suoi reali, concreti obiettivi. La NASA nasceva come un'istituzione deputata all'esplorazione scientifica dello spazio, imperniata sulle competenze, per diventare un'organizzazione che, essendo gerarchizzata, creava meccanismi di obbedienza che alla sua origine potevano essere non molto rilevanti, ma che in quel contesto riducevano in concreto le possibilità di segnalazioni da parte dei membri dell'organizzazione che venivano a conoscenza dello scostamento dagli standard di sicurezza.

⁵⁴ Lo Shuttle era progettato in modo tale che tutti i sistemi operativi fossero doppi, proprio perché si trattava di missioni pericolose. Ma la presenza di due valvole tra loro identiche, comunque non avrebbe messo in sicurezza lo Shuttle in quanto entrambe non funzionanti in presenza di basse temperature. Questo ha inquinato il processo decisionale: infatti si era consolidata una procedura per cui se si riscontrava un problema in un sistema doppio lo Shuttle partiva lo stesso, a fronte dell'esistenza del corrispondente *back-up* appositamente creato per sopperire a eventuali conseguenze dannose. (D. VAUGHAN, *The Challenger Launch Decision. Risky Technology, Culture, and Deviance at NASA*, cit., pp.8 ss.).

⁵⁵ D. VAUGHAN, *The Challenger Launch Decision. Risky Technology, Culture, and Deviance at NASA*, cit., pp.17 ss.

Inoltre, il contesto organizzativo era pervaso da un segreto strutturale, che ha impedito alle persone esterne all'organizzazione di rendersi conto dei segnali di pericolo ed intervenire per impedire il lancio. A questo deve aggiungersi l'impenetrabilità dell'attività di alcuni settori intra-organizzativi da parte degli altri membri, spesso a causa delle competenze specialistiche di coloro che vi operavano. Infatti, il diverso "linguaggio" associato a ciascuna diversa mansione molto spesso può inibire la conoscenza piuttosto che favorirla.⁵⁶

La suddetta "normalizzazione della devianza", ha reso possibile la prosecuzione dell'attività dell'organizzazione come se nulla fosse, quando, in realtà, i membri quotidianamente si interfacciavano con manifestazioni del fatto che stava avvenendo qualcosa di deviante: ogni decisione assunta appariva logica, razionale, in quanto rispettosa di prassi, regole, protocolli interni che progressivamente avevano fondato la cultura nell'organizzazione.

Di conseguenza, il coefficiente di rischio associato all'attività proporzionalmente aumentava e con esso, l'accettazione da parte dei membri dell'organizzazione. Chiari e innegabili segnali di pericolo venivano interpretati come segnali deboli o nella norma, da parte degli ingegneri che procedevano alla valutazione del rischio quando le decisioni venivano assunte, dimodoché consentire il lancio dello shuttle "difettoso", non era concettualizzato come qualcosa di deviante.⁵⁷

Paradossalmente, come si evidenziava in precedenza, sono proprio coloro che tentano di impedire il proliferare di comportamenti simili, che vengono resi destinatari di meccanismi sanzionatori indiretti e concretamente emarginati, in modo tale da poter riprendere ad assumere decisioni che consolidino una cultura interna per cui uno scostamento così macroscopico dagli standard di sicurezza costituisca l'abitudine, e sia, quindi, ufficialmente accettato.

In particolare, nella vicenda in esame, alcuni ingegneri dell'impresa fornitrice, in un primo momento, "soffiarono il fischietto" con l'obiettivo di sensibilizzare i loro superiori del rischio di una catastrofe.⁵⁸ Tuttavia, a riprova del potere che le pressioni endo- ed eso- organizzative

⁵⁶ D. VAUGHAN, *Rational Choice, Situated Action, and the Social Control of the Organizations*, cit., pp. 42-44.

⁵⁷ D. VAUGHAN, *Rational Choice, Situated Action, and the Social Control of the Organizations*, cit., pp. 36-37.

⁵⁸ D. VAUGHAN in *The Challenger Launch Decision. Risky Technology, Culture, and Deviance at NASA*, cit., pp.447-448, riporta il memorandum del 31 luglio 1985 inviato da uno degli ingegneri Roger Boisjoly al superiore: «This letter is written to ensure that management is fully aware of the seriousness of the current O-ring problem in the SRM joints from an engineering standpoint. [...] It is my honest and very real fear that if we do not take immediate action to dedicate a team to solve the problem with the field joint having the number one priority, then we stand in jeopardy of losing a flight along with all the launch pad facilities».

dispiegano sul singolo, nella *teleconference* antecedente al lancio si uniformarono alla decisione dei *managers*.⁵⁹

L'analisi mostra come il comportamento che si pone all'origine delle determinazioni dell'organizzazione che hanno condotto al disastro sia individuale, ma influenzato sia da fattori intra-organizzativi (la struttura dell'organizzazione, le procedure interne, il segreto delle sub-unità specializzate) sia da condizioni esterne all'organizzazione (le pressioni politiche e competitive) secondo un approccio multifattoriale in cui l'organizzazione si pone in un rapporto di mediazione tra individuo e contesto esterno.⁶⁰

I medesimi fattori influirono sulla successiva tragedia del 2003, quando lo Space Shuttle Columbia si disintegrò in fase di rientro sulla Terra, determinando la morte delle 7 persone a bordo.⁶¹ Come si evince da questa vicenda, rappresentativa di innumerevoli altri disastri organizzativi, le caratteristiche del crimine organizzativo lo rendono un fenomeno complesso, segnatamente influenzato da dinamiche situazionali e contestuali, dunque, assolutamente impermeabile ai tentativi di ostacolarlo attraverso approcci che prendono in considerazione solo le condotte individuali: la sostituzione di un membro macchiato di una condotta illecita con un altro soggetto non impedirà che quest'ultimo assimili la cultura organizzativa criminosa che pervade l'organizzazione.⁶²

4. La responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001.

L'esigenza di individuare un modello di responsabilità *ad hoc* dell'ente è stata assorbita in Italia dall'elaborazione dottrinale che è sfociata nell'approvazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (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

⁵⁹ Gli ingegneri ritenevano infatti perfettamente legittime le decisioni dei managers a fronte della competenza a decidere loro attribuita, come testimoniano le parole di Boisjoly: «*I did not agree with some of the statements that were being made to support the decision. I was never asked nor polled, and it was clearly a management decision from that point. I must emphasize, I had my say, and I never [would] take [away] any management right to take the input of an engineer and then make a decision based upon that input, and I truly believe that. I have worked at a lot of companies, and that has been done from time to time, and I truly believe that, and so there was no point in me doing anything any further than I had already attempted to do*». (D. VAUGHAN, *The Challenger Launch Decision. Risky Technology, Culture, and Deviance at NASA*, cit., pp.369 ss.).

⁶⁰ D. VAUGHAN, *Criminology and the Sociology of Organizations*, cit., p. 132.

⁶¹ A. VISCONTI, *Il crimine organizzativo*, cit., p. 6., nota 36.

⁶² D. VAUGHAN, *Rational Choice, Situated Action, and the Social Control of the Organizations*, cit., pp. 46-50.

settembre 2000, n. 300), ⁶³ che ha segnato il «superamento del dogma *Societas delinquere (et puniri) non potest.*» ⁶⁴ Tale innovazione si deve, in parte, a spinte derivanti da obblighi internazionali, essendo che parte della dottrina e il mondo imprenditoriale opponevano una strenua resistenza alla sua adozione. ⁶⁵

Le principali obiezioni erano imperniate sul disposto dell'art. 27 Cost., che, statuendo il principio della personalità della responsabilità penale, rappresentava un ostacolo insormontabile alla istituzione di una responsabilità penale delle persone giuridiche.

Eppure, era ormai chiaro che la previsione di sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche non era uno strumento sufficientemente idoneo a contrastare l'insidioso fenomeno dei reati d'impresa, da una parte, per la fungibilità dei ruoli all'interno delle organizzazioni, e dall'altra, per la tendenza di coloro che rivestono ruoli decisori ad assumere decisioni illecite per poi sottrarsi alla responsabilità penale rimanendo "protetti" dal carattere multipersonale dell'organizzazione.

Alla base dell'istituzione della responsabilità da reato delle persone giuridiche vi sono, dunque, ragioni di politica-criminale, dato che, la criminalità d'impresa non è un fenomeno che dipende esclusivamente dalle condotte del singolo, ma che, al contrario, trova la sua genesi in contesti organizzativi multipersonali, nei quali l'ingenerarsi di una "cultura" interna (criminale) influenza e orienta i comportamenti dei membri.

Ma vi sono anche ragioni di ordine pratico, derivanti dalla riconducibilità del crimine d'impresa e delle sue conseguenze ai caratteri della moderna società del rischio, da cui discende la necessità che le persone giuridiche si adoperino attivamente in via preventiva per ostacolare il suo proliferare.

Il d.lgs. 231/2001 poneva rimedio a queste necessità con una modalità totalmente inedita: al fine di evitare le dispute dottrinali sulla natura personale della responsabilità penale, il legislatore ipotizzò un modello di responsabilità definita espressamente come

⁶³ La L. 300/2000 ratificava e dava esecuzione alla Convenzione sulla tutela finanziaria della Comunità europea del 1975, del suo primo Protocollo del 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee della suddetta Convenzione, con annessa dichiarazione del 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea del 1997 e, infine, della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni internazionali del 1997. (A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. Volume I: principi generali*, Torino, 2018, p. 87, nota 1).

⁶⁴ C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p.167

⁶⁵ A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. Volume I: principi generali*, cit., p. 87.

“amministrativa”, nonostante, nella Relazione al suddetto decreto, affermi che essa diverga in non pochi punti dallo schema dell’illecito amministrativo di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, istituendo un autonomo *tertium genus* di responsabilità che assomma al suo interno «i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo, nel tentativo di contemperare le ragioni dell’efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia». ⁶⁶

Tale responsabilità è indirizzata a «soggetti di diritto metaindividuali», ⁶⁷ con ciò alludendo ad enti dotati di una propria soggettività, in grado di caratterizzarsi rispetto all’autore persona fisica del reato, evitando che questo sia chiamato a rispondere due volte per lo stesso fatto, ⁶⁸ operanti in Italia (anche se abbiano la loro sede all’estero, a condizione che il giudice italiano sia competente per il reato commesso dalla persona fisica).

Rispetto ai presupposti e ai meccanismi ascrivibili della responsabilità, il legislatore italiano ha adottato una prospettiva originale rispetto ai modelli disponibili nel panorama internazionale. Quanto ai presupposti, perché possa essere contestata una responsabilità in capo all’ente, è necessario, anzitutto, che il reato sia stato commesso nell’interesse o a vantaggio dell’ente da soggetti apicali (cioè che rivestono, anche di fatto, funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione) o da soggetti sottoposti alla loro vigilanza (prestatori di lavoro alle dipendenze dell’ente, ma anche ogni persona cui siano delegate attività destinate a produrre effetti giuridici in capo all’ente e il cui svolgimento avviene sotto la direzione o vigilanza di un intraneo all’ente). ⁶⁹ Con ciò, il legislatore intendeva estromettere dall’ambito di responsabilità dell’ente i casi in cui il reato sia frutto di un interesse esclusivo proprio o altrui. La nozione di interesse va valutata *ex ante*, come direzione finalistica del fatto illecito, mentre il vantaggio va ricondotto a una dimensione *ex post* rispetto al fatto, consistente nelle utilità ricavate dall’ente come conseguenza del reato; l’interesse si configura come dato meramente potenziale,

⁶⁶A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. Volume I: principi generali*, cit., pp. 88-90.

⁶⁷ Cass. pen., sez. VI, 22 marzo 2004, n.18941, in <https://www.eius.it/>, 2004.

⁶⁸ L’art. 1 co.1 indica come destinatari gli «enti», nozione atecnica e generica, la cui specificazione è affidata ai due commi successivi: il co.2 chiarisce che esso si applica agli «enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica» mentre il co.3 aggiunge che non si estende a «Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale». Dal co.2 si comprende l’assoggettamento delle persone giuridiche (società di capitali e cooperative; associazioni, fondazioni e ogni altra istituzione, non finalizzata allo svolgimento di attività economica che acquista la personalità in base al d.p.r. 10 febbraio 2001, n.361) e delle società e associazioni sprovviste di personalità giuridica. (A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. Volume I: principi generali*, cit., pp. 90-93).

⁶⁹ Art. 5, d.lgs. 231/2001.

indipendente dalla sua successiva concretizzazione, mentre il vantaggio si presenta come parametro reale, oggettivamente riscontrabile.⁷⁰

Per quanto concerne i meccanismi di imputazione della responsabilità, l'ente è chiamato a rispondere del reato commesso dalle suddette persone fisiche nel suo interesse o vantaggio esclusivamente quando tali condotte siano conseguenza di un difetto di organizzazione, direzione o vigilanza. In particolare, se il reato è stato commesso da un soggetto in posizione apicale, l'ente, per andare esente da responsabilità penale (rimanendo a suo carico solo la confisca del profitto, in quanto di provenienza illecita), mediante un'inversione dell'onere della prova, dovrà dimostrare che:

- «a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione⁷¹ idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)».

⁷²

Se il reato è commesso invece da soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza, l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza, specificando che l'inosservanza di tali obblighi non si verifica se l'ente, prima della commissione del reato ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, di gestione e di controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi, gravando sull'accusa l'onere di dimostrare la colpevolezza dell'ente.⁷³

In entrambi i casi, l'oggetto del rimprovero mosso all'ente non è il reato commesso dalla persona fisica, bensì l'omessa previsione di misure atte a impedire il realizzarsi della fattispecie

⁷⁰ A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. Volume I: principi generali*, cit., pp. 93-97.

⁷¹ v. *infra*, 4 §4.

⁷² Art. 6 co.1 d.lgs. 231/2001.

⁷³ Art. 7 co.1 e co.2 d.lgs. 231/2001.

criminosa, in funzione strettamente preventiva ⁷⁴ di quest'ultima, consistendo, dunque, in un dovere di natura organizzativa, la cui violazione legittima la contestazione di una responsabilità all'ente a titolo di colpa di organizzazione. ⁷⁵

Tale categoria «viene concepita come idonea a rimandare plasticamente al fenomeno di una responsabilità collettiva dell'ente, quale aggregato di individui che, proprio perché organizzati, esprimono un'autonoma mente collettiva e una metacompetenza di gruppo, capaci di fronteggiare situazioni complesse, indominabili dal singolo o da una pluralità “disorganizzata” di soggetti». ⁷⁶

L'ambito a cui la colpa di organizzazione si riferisce è individuato dai seguenti presupposti:

- La complessità della struttura, che deve essere caratterizzata da una molteplicità di apparati che assumono decisioni secondo processi governati da individui che agiscono in gruppo;
- La violazione da parte degli apparati del dovere di organizzarsi per contenere o ridurre il rischio-reato, «rischio orientato, prima ancora che sul precetto cautelare principale, su di un precetto cautelare accessorio (*rectius*, prodromico), consistente appunto nel dovere di organizzarsi». ⁷⁷

La colpa di organizzazione nasce quindi come alternativa ai criteri di imputazione della responsabilità forgiati dal diritto penale classico, che, per l'agire organizzato, per la cultura del gruppo nonché per i diversi processi decisionali, si manifestavano inadeguati a dare rilievo alle peculiarità del fatto illecito commesso dalla *societas*; l'obiettivo era quello di inquadrare un'autonoma e originaria colpevolezza dell'ente, svincolata dalla responsabilità della persona fisica che padroneggia, al più, frammenti di processi decisionali. ⁷⁸

L'oggetto del rimprovero sarebbe dunque un difetto di controllo da parte dell'organizzazione, da inquadrarsi come una sorta di *pre-colpevolezza* derivante dall'aver consentito o agevolato

⁷⁴ L'ente è tenuto a prevenire i cd. reati presupposto, elencati agli artt. 24-25 *duodecies*, che, se, all'inizio, si limitavano a specifici fatti di frode, corruzione e concussione, per i quali l'Italia era vincolata in sede internazionale, si sono progressivamente estesi fino a ricomprendere anche fattispecie di natura colposa.

⁷⁵ A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. Volume I: principi generali*, cit., pp. 97-100.

⁷⁶ C.E. PALIERO- C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p.167

⁷⁷ C.E. PALIERO- C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p.168

⁷⁸ C.E. PALIERO- C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p.169. La più imponente obiezione mossa dalla dottrina alla individuazione di un'autonoma responsabilità dell'ente riguardava proprio l'impossibilità di ravvisare nella *societas* una autonoma volontà psicologica.

le condizioni per la successiva commissione del reato,⁷⁹ attraverso la mancata o non efficace previsione di modelli organizzativi, di gestione e di controllo. Il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli organizzativi e di curare il loro aggiornamento è affidato all'organismo di vigilanza, interno all'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, la cui attività deve essere improntata ai principi di autonomia e professionalità.⁸⁰

All'ente possono essere inflitte sanzioni pecuniarie e interdittive, nonché la confisca e la pubblicazione della sentenza (sanzioni ablativo e stigmatizzanti). Il sistema punitivo è incentrato sulle sanzioni pecuniarie e interdittive, le prime applicabili per tutti gli illeciti amministrativi dell'ente e le seconde ove espressamente previste, essendo che, invece, la pubblicazione della sentenza può essere disposta solo nei casi di inflizione all'ente di una sanzione interdittiva e la confisca è sempre dichiarata con sentenza di condanna.⁸¹

5. Evoluzione normativa del *whistleblowing* negli USA, in Europa e in Italia.

La matrice anglosassone del termine *whistleblowing* si deve al fatto che in contesti normativi di *common law* si collocarono i primi interventi legislativi in materia, che esercitarono una sensibile influenza sulle normative adottate dagli ordinamenti europei e in Italia.⁸²

In particolare, il *False Claims Act* (FCA),⁸³ noto anche come *Lincoln Law*, approvato dal Congresso nel 1863, aveva come obiettivo contrastare le frodi contro il Governo federale negli anni della guerra civile americana, prevedendo disposizioni che consentivano a qualunque cittadino statunitense (detto *informer o relator*) di citare in giudizio, in nome e per conto del Governo federale persone fisiche o enti che il segnalante ritenesse colpevoli di frodi

⁷⁹ Secondo C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI in *La colpa di organizzazione*, cit., pp.169-170, la colpa di organizzazione sarebbe qui un concetto di sintesi, di cui però si farebbe fatica a comprendere il reale contenuto rischiando di «aprire il campo a una sorta di colpevolezza *in re ipsa*, idonea a giustificare *tout court* l'imputazione del fatto illecito individuale all'ente sulla falsariga di quanto accade nella responsabilità civile ove l'illecito (non diversamente dalla colpevolezza) della persona fisica si staglierebbe come un sintomo di disorganizzazione, *sub specie* di omesso o insufficiente controllo». Sul punto si è comprensibilmente dibattuto molto anche in giurisprudenza, dibattito che in Italia ha trovato riscontro nella vicenda Impregilo contestualmente alla quale la Corte di cassazione ha, secondo C. PIERGALLINI, in *Nota a Cass. pen. sez. VI, 11 novembre 2021 (dep. 15 giugno 2022), n. 23401*, in *Sistemapenale.it*, pp. 2 ss., dettato una «grammatica» sulla struttura, l'oggetto e l'accertamento dell'illecito della società, ai sensi del d. lgs. 231/2001», di cui si tratterà ampiamente *infra*.

⁸⁰ A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. Volume I: principi generali*, cit., p. 103.

⁸¹ A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. Volume I: principi generali*, cit., p. 109.

⁸² P. PIZZUTI, *Whistleblowing e Rapporto Di Lavoro*, Torino, 2020, p. 28.

⁸³ 31 U.S.C. § 3729.

contro le istituzioni.⁸⁴ Tale struttura processuale denominata “*qui tam lawsuit*”⁸⁵ riconosceva al segnalante un premio in denaro pari alla metà dell’importo recuperato attraverso la denuncia della frode, nonché il rimborso delle spese sostenute per il procedimento, se il segnalato fosse risultato colpevole: attraverso l’incentivo economico, si intendeva stimolare gli stessi complici dei cospiratori a tradire i propri sodali, realizzando una collaborazione con l’amministrazione atta a reprimere le frodi contro il Governo federale.

Agli inizi del XX secolo, la spesa pubblica connessa al complesso piano di riforme realizzato dal *New Deal* e, successivamente, alla Seconda guerra mondiale, aumentò sensibilmente, e, con essa, le opportunità di frodare il Governo. Inoltre, il parallelo intensificarsi delle *qui tam actions* (spesso pretestuose ed opportunistiche) giunse ad ingolfare le Corti Federali, orientando l’opinione pubblica nel senso di giudicare i segnalanti opportunisti abili nel lucrare a spese della giustizia, invece che “campioni di legalità” o “eroi della nazione”.⁸⁶ Tale diffuso sentimento popolare impediva che socialmente si avvertisse la necessità di prevedere normative federali generali finalizzate alla protezione dei segnalanti, di fatto disincentivando le denunce anche da parte di coloro che erano animati dai migliori propositi, nel timore delle possibili ritorsioni da parte dei datori di lavoro.

Al contrario, si sono susseguiti interventi legislativi caratterizzati da un approccio frammentario, per lo più orientato a regolamentare la materia con provvedimenti dedicati a specifici settori di problematicità, spesso a seguito di scandali di cronaca.⁸⁷

⁸⁴ P. PIZZUTI, *Whistleblowing e Rapporto Di Lavoro*, cit., p. 31-32. L’ambito di applicazione della disciplina si estendeva a un ampio numero di reati, tra cui, false dichiarazioni, contraffazione di banconote, bolli e concessioni governative, furto di pubbliche proprietà, peculato, occultamento di beni personali alle autorità di vigilanza. Le sanzioni previste per il segnalato risultato colpevole di una frode contro il Governo federale consistevano in pena detentiva da 1 fino a un massimo di 5 anni, ammenda di duemila dollari e condanna al risarcimento dei danni effettivamente patiti dall’amministrazione.

⁸⁵ Gli incentivi economici delle *qui tam actions*, di cui si tratterà ampiamente *infra*, divennero negli USA un utile strumento di contrasto alla criminalità; vennero al contrario espunti dagli ordinamenti processuali britannici onde evitare un utilizzo opportunistico da parte di soggetti interessati a lucrare a spese della giustizia, come evidenziato in P. PIZZUTI, *Whistleblowing e Rapporto Di Lavoro*, cit., p. 32.

⁸⁶ Rappresentativa di tale opportunismo era la diffusa prassi consistente nel depositare ricorsi ai sensi del FCA contro soggetti che contestualmente erano già coinvolti in procedimenti penali, nel tentativo di percepire l’incentivo per la denuncia di crimini già sotto processo nonostante non si possedessero informazioni ulteriori rispetto a quelle di cui disponeva la procura federale. (P. PIZZUTI, *Whistleblowing e Rapporto Di Lavoro*, cit., p. 32).

⁸⁷ Alcune ricerche (R.G. VAUGHN, *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, Cheltenham, 2012, p.149, nota 22, come citate da P. PIZZUTI, *Whistleblowing e Rapporto Di Lavoro*, cit., p. 42) dimostrano che nel periodo 2000-2011 sono state introdotte o emendate ben quattordici differenti normative federali a tutela dei segnalanti, in ben quattordici diversi settori dell’industria e dell’economia. Si pongono sulla stessa lunghezza d’onda le normative adottate dalle successive presidenze Obama e Trump.

Tuttavia, il quadro normativo descritto ha come asse portante il FCA come modificato con l'intervento del 1986, che ha organicamente disciplinato il sistema di tutele per i *whistleblowers* che subiscano atti ritorsivi da parte del datore di lavoro, a seguito del deposito di ricorsi basati sul sistema *qui tam*. Parimenti centrale in materia è il *Sarbanes-Oxley Act*⁸⁸ (SOX) del 2002, frutto delle progressive politiche di regolamentazione finanziaria adottate dal Governo federale, nell'ottica di potenziare il ruolo dei *whistleblowers* nella lotta alle frodi finanziarie, a fronte del prezioso contributo da essi procurato nel portare alla luce illeciti finanziari commessi all'interno di colossi multinazionali.^{89 90}

Al fine di consolidare le previsioni di legge a tutela dei *whistleblowers*, talvolta il Congresso è intervenuto su impianti normativi già esistenti, come è avvenuto con le modifiche apportate al FCA del 1986 dal *Fraud Enforcement and Recovery Act*⁹¹ del 2010 (FERA), che ha ulteriormente ampliato l'ambito oggettivo e soggettivo delle tutele ed esteso i limiti temporali entro i quali è possibile esperire azioni anti-ritorsive.⁹²

Inoltre, nel 2010 vengono emanati il *Patient Protection and Affordable Care Act* (PPACA),⁹³ noto anche come *Obamacare*, con l'obiettivo di potenziare l'istituto in esame in uno dei settori che ha maggiormente beneficiato dell'opera informativa dei *whistleblowers* ossia quello della sanità,⁹⁴ e il *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*,⁹⁵ che, modificando e intensificando le previsioni di impianti normativi preesistenti si preponeva di «*promote the financial stability of the United States by improving accountability and*

⁸⁸ Pub. L. n. 107-204, 116 Stat. 745 (2002).

⁸⁹ P. PIZZUTI, *Whistleblowing e Rapporto Di Lavoro*, cit., pp. 44-45.

⁹⁰ Tra i tanti *whistleblowers*, ci si riferisce in particolare a Cynthia Cooper, *accounting supervisor* di Worldcom (v. *infra*, III §2.1) e del Vicepresidente di Enron, Sherron Watkins, successivamente nominate nel 2002 "Person of the Year" dalla rivista Time, insieme all'agente del FBI Coleen Rowley.

⁹¹ Pub. L. 111-21, S. 386, 123 Stat. 1617.

⁹² P. PIZZUTI, *Whistleblowing e Rapporto Di Lavoro*, cit., pp. 46-47.

⁹³ Pub. L. 111-148.

⁹⁴ Nel 2010, almeno il 90% dei casi giudiziari di frode nel settore sanitario e farmaceutico americano sono venuti alla luce grazie alle denunce dei *whistleblowers*, secondo il modello processuale *qui tam*, come rilevato in A.S. KESSELHEIM-D.M. STUDDERT-M.M. MELLO, *Whistle-Blowers' Experiences in Fraud Litigation Against Pharmaceutical Companies*, vol. 362, no. 19, in *New England Journal of Medicine*, 2010, p. 1832, citato da P. PIZZUTI in *Whistleblowing e Rapporto Di Lavoro*, cit., p. 47.

⁹⁵ Pub. L. 111-203.

*transparency in the financial system [...] and to protect consumer from abusive financial services practice».*⁹⁶

Si segnala da ultimo il *Whistleblowing Protection Act* (WPA)⁹⁷ entrato in vigore nel 1989 e più volte modificato, che istituisce per i dipendenti pubblici delle amministrazioni federali una disciplina organica e completa di protezione dei segnalanti.⁹⁸

Parallelamente ai provvedimenti normativi federali analizzati, che rappresentano la parte più rilevante degli interventi settoriali che si sono succeduti nel tempo, si sviluppano le singole legislazioni nazionali in materia, la cui operatività è presidiata dalla giurisdizione delle corti statali. La totalità dei 50 stati americani ha istituito legislazioni interne a tutela dei segnalanti, che sono accomunate dalla previsione di medesime tipologie di tutele; divergono sensibilmente le procedure, i soggetti deputati a ricevere le segnalazioni, il tipo di segnalazioni protette, l'ambito di applicazione soggettivo delle tutele. Solo pochi Stati hanno disciplinato *ad hoc* la materia, mentre la maggior parte ha adottato il modello federale *qui tam* come accessorio rispetto alle normative nazionali settoriali, rendendo il sistema degli incentivi economici il tratto caratteristico dell'istituto.⁹⁹

Il dibattito giuridico sull'opportunità di introdurre un sistema organico di protezione dei *whistleblowers* interessò anche le istituzioni dell'Unione Europea, nonostante in un primo momento l'iniziativa in materia fosse stata presa dagli altri organi internazionali,¹⁰⁰

⁹⁶ Pub.L. No. 111-203, 124 Stat. 1376, 2010.

⁹⁷ 5 U.S.C. 2302(b)(8)-(9), Pub. L. 101-12

⁹⁸ P. PIZZUTI in *Whistleblowing e Rapporto Di Lavoro*, cit., pp. 50-51.

⁹⁹ P. PIZZUTI in *Whistleblowing e Rapporto Di Lavoro*, cit., pp. 49-50.

¹⁰⁰ L'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) si impegnò nella lotta alla corruzione istituendo un'apposita Convenzione il 17 settembre 1997, ratificata in Italia con la legge 29 settembre 2000 n.300, che, al suo interno, instaurò il *Working Group on Bribery in International Business Transactions*, un organismo interno all'OCSE che stimolò a più battute l'adeguamento complessivo dei singoli ordinamenti alle normative *pro-whistleblowing*, indirizzo testimoniato confermato dalla successiva adozione della *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* del 2009 e, soprattutto, nel 2011, con le Linee Guida recepite dal G20, che hanno imposto a tutti gli Stati membri di adeguarsi entro la fine del 2012.

Anche nell'ambito dell'ONU, la necessità di proteggere da ritorsioni i *whistleblowers* emerge dalla Convenzione di Merida del 2003 contro la corruzione (v. *infra*), ratificata dall'Italia con la legge 3 agosto 2009, n.116.

Nell'ambito del Consiglio d'Europa venne adottata la Convenzione penale contro la corruzione nel 1999, in cui venne conferita centralità alla tutela dei segnalanti come strumento per favorire l'emersione del fenomeno corruttivo, nonché per prevenire degli illeciti di tal specie, ratificata dall'Italia con legge 28 giugno 2012, n.110. Inoltre, la Raccomandazione CM/Rec (2014) 7, ha stilato una lista di 29 principi che guidino i legislatori nazionali nella previsione di tutele per i segnalanti. È stata anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ad incidere sensibilmente sull'approccio degli Stati ratificanti in materia, soprattutto attraverso

segnatamente il Consiglio d'Europa, l'ONU, L'OCSE.¹⁰¹ Il processo di integrazione delle normative in tema di *whistleblowing* ha conosciuto un sensibile impulso a fine 2017, con l'adozione da parte del Parlamento Europeo di una Risoluzione nella quale invitava la Commissione a proporre un testo di direttiva che istituisse una disciplina comunitaria in materia di *whistleblowing*, in quanto le legislazioni nazionali, mancando di chiarezza e uniformità, non istituivano validi incentivi per i potenziali informatori a soffiare il fischietto.¹⁰² A fronte di queste considerazioni, la Commissione diffuse una proposta di direttiva-quadro in materia di tutela dei soggetti che segnalano violazioni del diritto comunitario, che rappresentò il primo tentativo di adottare disposizioni vincolanti in materia per gli Stati Membri.¹⁰³ Nel marzo 2019 i negoziatori del Parlamento e degli Stati Membri hanno annunciato il raggiungimento di un'intesa sul testo della Direttiva da sottoporre all'approvazione definitiva di Parlamento e Consiglio: la ratifica parlamentare è avvenuta con Risoluzione del 16 aprile 2019, con conseguente passaggio del provvedimento alla valutazione del Consiglio per l'adozione definitiva e la successiva pubblicazione del testo della direttiva (UE) 1937/2019 in Gazzetta Ufficiale.¹⁰⁴

La direttiva (UE) 1937/2019 è stata recepita nell'ordinamento italiano attraverso il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24.

l'attività interpretativa della Corte di Strasburgo, nonostante la Carta non prevedesse disposizioni espressamente indirizzate alla tutela dei *whistleblowers* (il primo caso di cui si occupò la Corte EDU fu nel 2008 quello che riguardò la vicenda *Guja c. Moldavia*). (P. PIZZUTI in *Whistleblowing e Rapporto Di Lavoro*, cit., pp. 57-71).

¹⁰¹ Si specifica che non erano completamente assenti nel panorama normativo dell'Unione norme atte a disciplinare l'istituto: infatti, lo Statuto dei Funzionari dell'Unione Europea (SFUE), entrato in vigore nel 1962, agli articoli 22-bis ss. disciplinava la procedura di segnalazione interna che devono seguire i dipendenti delle istituzioni e degli organismi comunitari nel caso in cui vengano a conoscenza della commissione di illeciti sul luogo di lavoro. Lo Statuto è stato poi modificato con il Regolamento 23 marzo 2004, n. 723 e successivamente con il Regolamento 22 ottobre 2013 n. 1023. (P. PIZZUTI in *Whistleblowing e Rapporto Di Lavoro*, cit., p.71, nota 36).

¹⁰² In particolare, al punto 1 della Risoluzione il Parlamento richiedeva alla Commissione di presentare «una proposta legislativa orizzontale che stabilisca un quadro normativo comune globale in grado di garantire un elevato livello di protezione degli informatori nell'UE a tutti i livelli, nel settore pubblico ed in quello privato, nonché presso le istituzioni europee e nazionali, ivi compresi gli organi, gli uffici e le agenzie europee e nazionali, tenendo conto del contesto nazionale e senza limitare la facoltà degli Stati membri di adottare misure supplementari».

¹⁰³ Nella Relazione illustrativa della proposta, p.7, la Commissione riconosce una generale inadeguatezza delle legislazioni nazionali in materia di *whistleblowing* nel conseguire l'obiettivo di rafforzare l'applicazione del diritto dell'Unione tramite la protezione degli informatori delle violazioni di quest'ultimo.

¹⁰⁴ P. PIZZUTI, *Whistleblowing e Rapporto Di Lavoro*, cit., pp. 70-72.

La legislazione italiana aveva previsto tutele per i segnalanti principalmente sulla scorta di obblighi internazionali,¹⁰⁵ e il tratto caratterizzante l'evoluzione normativa del *whistleblowing* in Italia è stata la sostanziale separazione tra settore pubblico e privato del rapporto di lavoro.

Per quanto concerne i dipendenti pubblici, essi erano titolari di una sorta di doppio obbligo di fedeltà, il primo rivolto alla Repubblica, e il secondo verso l'amministrazione di appartenenza, entrambi accomunati da confini normativi non sempre determinati e, dunque, lasciati alla discrezionalità del datore di lavoro nell'ottica di perseguire non solo gli illeciti disciplinari espressamente previsti dalle regole di settore ma anche quelli ritenuti in contrasto con l'interesse pubblico. A fronte di ciò, non gravava sul dipendente pubblico uno specifico dovere di segnalare illeciti o irregolarità commessi sul luogo di lavoro: lo Statuto degli impiegati civili dello Stato,¹⁰⁶ prevedeva ipotesi specifiche di tale dovere, presidiati da un rigido sistema di responsabilità disciplinare, sicché al dipendente pubblico non restava molto spazio per segnalazioni non riconducibili all'area del dovere di fedeltà. Inoltre, l'imposizione del segreto d'ufficio sulle notizie acquisite in ragione delle proprie funzioni da parte dello Statuto impediva ai dipendenti di portare le segnalazioni all'esterno dell'amministrazione, che, al contrario, dovevano essere rivolte al superiore gerarchico, a tutela dell'immagine e dell'integrità dell'amministrazione di appartenenza.

Tale quadro subisce una parziale modificazione contestualmente alla cd. "privatizzazione" del pubblico impiego, che consolidò il nesso tra dovere di fedeltà e impianto contrattuale, che mantenendo pur sempre sovrani alcuni principi costituzionali posti a tutela dell'interesse pubblico, non impediva la divulgazione delle attività illecite commesse all'interno dell'organizzazione.¹⁰⁷

La prima norma che ha disciplinato l'istituto del *whistleblowing* è l'art. 54-bis del d.lgs. 30 marzo 2001, n.165, come ulteriore strumento di lotta alla corruzione¹⁰⁸ al fine di incentivare la segnalazione da parte di lavoratori informati dei fatti ed in grado di attivare canali di conoscenza privilegiati, in quanto eventualmente venuti in contatto con l'illecito.

¹⁰⁵ P. PIZZUTI, *Whistleblowing e Rapporto Di Lavoro*, cit., pp. 87-88.

¹⁰⁶ D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3

¹⁰⁷ P. PIZZUTI, *Whistleblowing e Rapporto Di Lavoro*, cit., pp.87-97.

¹⁰⁸ Come modificato dalla L. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione). La norma è stata nuovamente modificata con la L. 14 maggio 2014, n. 68, la quale ha attribuito un generale potere di regolazione relativo alla tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

Con la L. 30 novembre 2017, n. 179, il legislatore intervenne nuovamente sulla medesima norma, estendendo sensibilmente l'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto,¹⁰⁹ oltre ad aver attribuito il ruolo di ricevere le segnalazioni non più al superiore gerarchico ma al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RCPT), presente in ogni pubblica amministrazione.¹¹⁰ Inoltre, ha espressamente riconosciuto in capo all'ANAC il potere di emanare specifiche linee-guida circa le procedure di segnalazione da predisporre all'interno delle amministrazioni¹¹¹ e, soprattutto, il potere di sanzionare i dipendenti che si rendano responsabili di atti discriminatori o ritorsivi avverso il lavoratore segnalante.¹¹²

Per quanto concerne, invece, il settore privato, il legislatore è intervenuto sul testo del d.lgs. 231/2001¹¹³ inerente alla disciplina della responsabilità amministrativa da reato degli enti, senza dedicare alla materia un provvedimento autonomo. Il decreto prevede un dovere di istituire obblighi di informazione per gli enti nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione. Successivamente, alcuni interventi legislativi in materia finanziaria e bancaria hanno inciso anche sulla disciplina del *whistleblowing*.¹¹⁴ Tuttavia, l'intensificarsi degli stimoli internazionali ed europei verso l'adozione di un sistema più coerente ha condotto il Parlamento italiano a una revisione della disciplina del *whistleblowing* nel settore privato, culminata nella adozione della legge 30 novembre 2017, n. 179, che comunque non riuscì a porre rimedio alla frammentarietà dell'impianto normativo.

Solo con l'entrata in vigore del suddetto d.lgs. 24/2023 attuativo della Direttiva UE 1937/2023 è venuta meno la tradizionale separatezza tra settore pubblico e settore privato che caratterizzava l'impianto normativo in esame.

¹⁰⁹ La protezione è stata estesa a tutti i dipendenti pubblici delle amministrazioni di cui all'art. 1 co.2 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, senza distinzione tra regime privatizzato e regime pubblicistico, ai dipendenti in regime di diritto pubblico (ad es. forse dell'ordine e forze militari, etc.), ai dipendenti di enti pubblici economici, a quelli di enti di diritto privato sottoposte a controllo pubblico all'art. 2359 cod.civ, ai lavoratori e collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica.

¹¹⁰ Nel testo previgente la segnalazione poteva essere indirizzata all'autorità giudiziaria, a quella contabile, all'ANAC o al superiore gerarchico.

¹¹¹ Potere che l'Autorità aveva già esercitato con riferimento alla Determinazione n.6/2015 e alle linee-guida del 2019.

¹¹² P. PIZZUTI, *Whistleblowing e Rapporto Di Lavoro*, cit., pp. 97-125.

¹¹³ v. *supra*, I §4.

¹¹⁴ Il riferimento è al d.lgs. 12 maggio 2015, n. 7, recante modifiche al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (c.d. TUB, Testo Unico Bancario) e al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF, Testo Unico della Finanza), entrato in vigore a partire dal 27 giugno 2015.

II. Disciplina del *whistleblowing*.

1. *Whistleblowing* nell'ordinamento giuridico internazionale.

Nel diritto internazionale, il *whistleblowing* è considerato uno strumento finalizzato a conservare o a ripristinare l'integrità dell'ambiente pubblico e privato, utile sia sul fronte della prevenzione sia su quello della repressione di condotte illecite o irregolari, con particolare riguardo al crimine della corruzione. Confluendo in questo contesto le più diverse tradizioni e sensibilità giuridiche e culturali, il diritto internazionale ha tentato di far fronte a notevoli problemi definitivi, individuando una *standard* minimo di protezione per coloro che segnalino comportamenti illeciti di cui sono venuti a conoscenza sul luogo di lavoro.¹¹⁵

La prospettiva con cui le istituzioni internazionali guardano al tema è, definibile *government oriented*, e si deve all'impronta che alcuni stati, dotati di una propria legislazione in materia, hanno impresso alla cooperazione intergovernativa e che si è nel tempo consolidata nelle relazioni tra gli stessi, segnatamente nel quadro dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE),¹¹⁶ con riferimento alla *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*,¹¹⁷ che ha trovato nel *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)¹¹⁸ statunitense fonte di impulso alla sua adozione nonché modello con riferimento ai suoi contenuti.

La Convenzione OCSE del 1997 ha, anzitutto, statuito necessità che gli Stati parte adottino specifiche discipline che istituiscano una forma di responsabilità delle persone giuridiche per

¹¹⁵ Il riferimento è ai Principi 1, 7, 9, 12, 18, 21, 26, 27, 29 della Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa 2014(7) (COUNCIL OF EUROPE, *Protection Of Whistleblowers. Recommendation CM/Rec(2014)7*, 2014, [<https://rm.coe.int/16807096c7>]) e all'art. 22 della *Criminal Law Convention on Corruption* (COUNCIL OF EUROPE, *Criminal Law Convention on Corruption*, 1999, [<https://rm.coe.int/168007f3f5>]), aperta alla firma il 27 gennaio 1999, entrata in vigore internazionalmente il 1° luglio 2002, per l'Italia il 1° ottobre 2013, come rileva N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, cit., p. 6.

¹¹⁶ L'OCSE viene istituita il 14 dicembre 1960 in sede di firma della Convenzione per la cooperazione e lo sviluppo economico, che è entrata in vigore il 30 settembre 1961 ed è stata ratificata dall'Italia con legge 29 settembre 2000, n.300.

¹¹⁷ OECD, *The Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 1997, [<https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/205/205.en.pdf>]. La firma della Convenzione si è tenuta il 17 dicembre 1997, è entrata in vigore internazionalmente il 15 febbraio 1999 ed è stata ratificata dall'Italia con legge 29 settembre 2000, n. 300.

¹¹⁸ 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq.

fatti di corruzione, a cui l'Italia ha dato seguito attraverso l'approvazione del d.lgs. 231/2001.

¹¹⁹ Nondimeno, ha istituito il *Working Group on Bribery in International Business Transactions*, un organismo interno all'OCSE responsabile del monitoraggio sull'implementazione di strumenti anticorruzione e composto da delegati di ciascuno stato firmatario, il cui operato è stato contrassegnato da un approccio *pro-whistleblowing*.¹²⁰ In forza del combinato disposto dell'art. 5 della Convenzione e del par. I della *Revised recommendation of the Council on combating bribery in International business transactions*,¹²¹ viene dall'Organizzazione consolidato in capo agli stati firmatari un obbligo di prevedere misure di protezione a favore dei *whistleblowers*.¹²² L'interesse dell'OCSE nei confronti del *whistleblowing* si è manifestato anche attraverso l'adozione delle *Guidelines for Multinational Enterprises*¹²³ e nei *Principles of Corporate Governance*.^{124 125}

Nel quadro normativo afferente all'Organizzazione delle Nazioni Unite è stata adottata la *United Nations Convention against Corruption* a Merida nel 2003,¹²⁶ la quale non istituisce alcun obbligo a carico degli Stati firmatari, bensì una facoltà per gli Stati parte di prevedere misure interne a tutela dei *whistleblowers*. La Convenzione non istituisce nemmeno un obbligo di segnalazione, ma invita semplicemente gli Stati firmatari a facilitarla, nell'ottica di ridurre eventuali abusi dello strumento determinati dal timore di essere sanzionati, e, dunque, in ultima istanza, di massimizzare l'efficacia delle denunce. Le eventuali tutele previste internamente potranno essere erogate solo se il segnalante abbia agito in buona fede e in presenza di ragionevoli motivi.¹²⁷ La buona fede del segnalante è presunta ma, le autorità competenti a ricevere la segnalazione dovranno mettere al corrente il segnalante dei rischi (penali) in cui

¹¹⁹ L'art. 2 della Convenzione statuisce, infatti, che «ciascuna Parte deve adottare le misure necessarie, secondo i propri principi giuridici, per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche in caso di corruzione di un pubblico ufficiale straniero».

¹²⁰ Il Gruppo di lavoro venne istituito in forza dell'art. 12 della Convenzione OCSE del 1997.

¹²¹ OECD, *Revised Recommendation On Combating Bribery In International Business Transactions*, 1997, [<https://www.kpk-rs.si/storage/uploads/bcebc23e-4d9d-426e-82da-8a548ffcbdae/Revised-Recommendations-of-the-Council-on-Combating-Bribery-in-International-Business-Transactions-OECD-23.-5.-1997.pdf>].

¹²² F. GANDINI, *Il whistleblowing negli strumenti internazionali in materia di corruzione*, in G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Il whistleblowing: nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Roma, 2011, pp. 89-90.

¹²³ OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises*, 2000, [www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf].

¹²⁴ OECD, *Principles of Corporate Governance*, 2004, [www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf].

¹²⁵ N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, cit., pp. 6-9.

¹²⁶ L'Italia ha ratificato la Convenzione con legge 3 agosto 2009, n. 116.

¹²⁷ Art. 33 della Convenzione di Merida.

potrebbe incorrere nel caso in cui deliberatamente abbia falsamente accusato qualcuno di un illecito.

Inoltre, l'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (UNODC) ha individuato una serie di tutele da riconoscere al segnalante, come protezione della carriera, supporto psicologico, trasferimento all'interno della medesima organizzazione e ricollocazione all'interno di un'altra.¹²⁸ L'UNODC ha, inoltre, postulato la necessità che gli Stati prevedano l'istituzione di almeno due canali di segnalazione, l'uno interno all'organizzazione deputato a contrastare il fenomeno della cattiva amministrazione, l'altro esterno, riconducibile, ad esempio, ai difensori civici, alle autorità anticorruzione e agli organi di giustizia, in modo tale da consentire al segnalante di rivolgersi alle strutture esterne qualora la segnalazione interna si sia rivelata inefficace o vi sia pericolo di ritorsioni.¹²⁹ L'UNODC dispone che, in caso di ritorsioni quali il licenziamento, le discriminazioni, il demansionamento, la mancata promozione, il trasferimento e la riduzione dello stipendio, le normative interne debbano prevedere adeguate protezioni a favore dei segnalanti, come la tutela della riservatezza, la possibilità di denunciare in via anonima, la previsione di incentivi economici alla segnalazione.^{130 131}

Anche nell'ambito del Consiglio d'Europa le istituzioni si sono adoperate al fine di dar vita ad iniziative efficaci per contrastare la corruzione, attraverso l'istituto del *whistleblowing*. Anzitutto, la Convenzione civile sulla corruzione¹³² rappresenta il primo tentativo di individuare principi e regole comuni agli Stati parte in materia di lotta alla corruzione tramite strumenti civilistici. In particolare, essa prevede che ciascuno Stato contraente sia tenuto a prevedere misure di protezione per il dipendente che abbia «*reasonable grounds*» di ritenere che nell'ambiente di lavoro si sia verificato un fatto di corruzione; non è, dunque, necessaria la certezza più o meno qualificata della verifica di un reato di tal genere ma, in assenza di un fondato sospetto in capo al segnalante, questo non potrà essere reso destinatario delle tutele.

¹²⁸ UNODC, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, 2006, par.453, [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_E.pdf]

¹²⁹ F. GANDINI, *Il whistleblowing negli strumenti internazionali in materia di corruzione*, cit., pp. 93-94.

¹³⁰ UNODC, *Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons*, 2015, pp.46 ss, [https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf].

¹³¹ P. PIZZUTI, *Whistleblowing e rapporto di lavoro*, cit., pp.60-61.

¹³² La Convenzione è stata firmata a Strasburgo il 4 novembre 1999 e ratificata dall'Italia con legge 28 giugno 2012, n. 112.

La protezione potrà, inoltre, essere applicata solo se il *whistleblower* fosse in buona fede e non potrà estendersi ai casi di *malicious report*.¹³³ In presenza del requisito oggettivo del fondato sospetto e del requisito soggettivo della buona fede del segnalante, le segnalazioni del lavoratore non potranno integrare una violazione dell'obbligo di confidenzialità o fedeltà eventualmente connaturato al rapporto di lavoro stesso; al contrario, in assenza di uno dei suddetti requisiti le dichiarazioni legittimeranno l'applicazione di sanzioni da parte dell'organizzazione di appartenenza a carico del lavoratore in ragione della violazione dei propri doveri di confidenzialità o fedeltà.¹³⁴

Tra i provvedimenti adottati dal Consiglio d'Europa, spicca senz'altro la Raccomandazione del Comitato dei Ministri (2014) 7, a cui deve essere riconosciuto il merito di aver offerto una definizione di *whistleblower*, ossia di «*any person who reports or discloses information on a threat or harm to the public interest in the context of their work-based relationship, whether it be in the public or private sector*». ¹³⁵ La disposizione postula la necessità di un collegamento fra la condotta o il fatto oggetto della segnalazione e il contesto di lavoro del segnalante, sia esso pubblico o privato e includendo anche i lavoratori temporanei, i tirocinanti e i volontari (ferma restando la discrezionalità degli Stati nell'estendere ulteriormente l'ambito applicativo).¹³⁶ È, inoltre, previsto che la segnalazione debba riguardare un fatto lesivo di interesse generale, indipendentemente dal fatto che integri o meno una fattispecie penalmente rilevante, essendo anche irrilevante l'eventuale motivazione personale che ha determinato il soggetto alla denuncia.¹³⁷ Il richiamo all'interesse pubblico consente di qualificare la segnalazione come un atto di responsabilità democratica¹³⁸ ma, considerato che il suo significato può variare alla luce

¹³³ Art. 9 della Convenzione civile sulla corruzione.

¹³⁴ Come rilevato da F. GANDINI in *Il whistleblowing negli strumenti internazionali in materia di corruzione*, cit., pp. 90-92, la disposizione della Convenzione civile sulla corruzione riflette gli approdi della dottrina circa le condizioni che devono ricorrere affinché il dovere di denunciare gli illeciti prevalga sull'obbligo di confidenzialità del lavoratore, ossia: la rivelazione di fatti che costituiscono un illecito, altrimenti non conoscibile o percepibile; il ragionevole convincimento e la buona fede del segnalante in merito alla verifica dei fatti segnalati; la sussistenza di un interesse pubblico alla conoscenza dei fatti rivelati; assenza di specifiche previsioni normative che, per ragioni di sicurezza o difesa nazionale o per altre ragioni, vietino la divulgazione delle condotte oggetto della segnalazione.

¹³⁵ Lett. a) delle *Definitions* premesse ai Principi della Raccomandazione (2014)7.

¹³⁶ Principi 3 e 4 della Raccomandazione (2014)7.

¹³⁷ Principio 2 della Raccomandazione (2014)7. A differenza che nelle altre normative internazionali esaminate, la buona fede del segnalante non è richiesta, nell'ottica di far sì che l'attenzione delle autorità competenti a ricevere le segnalazioni converga sulla dichiarazione in quanto tale, invece che sulla persona del segnalante, come rilevato da N. PARISI, in *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, cit., p.9, ed espresso al Punto 18 della Raccomandazione (2014)7.

¹³⁸ Punto 2 della Raccomandazione (2014)7.

della sensibilità giuridica di ciascuno Stato parte, la Raccomandazione include al suo interno le segnalazioni afferenti al settore sanitario, ambientale, della sicurezza pubblica e dei diritti umani fondamentali, elenco suscettibile di essere esteso da parte dei contraenti.¹³⁹

La Raccomandazione prevede, altresì, l'istituzione di canali di segnalazione interna all'ente o all'azienda, canali di segnalazione all'autorità di regolazione o di contrasto alla corruzione e canali di divulgazione pubblica.¹⁴⁰

Le segnalazioni all'interno dell'organizzazione dovranno essere gestite da personale specificamente addetto a tali mansioni se l'ente è di grandi dimensioni, laddove, invece, sia di dimensioni ridotte sarà possibile istituire specifici commissioni o enti pubblici deputati alla ricezione delle stesse; enti e commissioni istituite non potranno essere considerati responsabili delle eventuali azioni correttive, in quanto queste rimangono prerogativa del datore di lavoro, nonostante siano tenuti a liberare l'ente di dimensioni minori dall'onere di istituire personale aggiuntivo e siano in ogni caso tenuti a garantire la riservatezza dei dati del denunciante.

Oltre a ciò, la normativa offre tutela al segnalante da ogni forma di ritorsione (sospensione, demansionamento, perdita di opportunità di promozione, trasferimento, riduzione del trattamento), lasciando alla discrezionalità degli Stati membri la determinazione delle specifiche tutele, in conformità con i principi giuridici di ogni singolo ordinamento.¹⁴¹

Da ultimo, la Raccomandazione stila una lista di 29 principi che orientano la protezione dei *whistleblowers*. La normativa non impone agli stati di promuovere le segnalazioni, ma di facilitarle, creando un ambiente socio-giuridico che incentivi alle denunce, motivo per cui gli Stati sono chiamati a realizzare una revisione approfondita e sistematica delle norme interne.

Di rilevanza fondamentale in materia è stata anche la Convenzione penale contro la corruzione,¹⁴² che istituisce l'obbligo per gli Stati membri di prevedere una forma di responsabilità delle persone giuridiche anche nei casi in cui i reati di corruzione attiva, traffico d'influenze illecite, riciclaggio di capitali siano stati perfezionati a causa di un *deficit* di controllo o vigilanza interna sulle persone fisiche che lo hanno materialmente realizzato.¹⁴³ Rientrerebbe tra le

¹³⁹ Punto 5 della Raccomandazione (2014)7.

¹⁴⁰ Punto 5 della Raccomandazione (2014)7.

¹⁴¹ P. PIZZUTI, *Whistleblowing e rapporto di lavoro*, cit., pp. 64-65.

¹⁴² La Convenzione è stata firmata il 27 gennaio 1999 a Strasburgo ed è stata ratificata dall'Italia con legge 28 giugno 2012, n. 110.

¹⁴³ Art. 18 co.2 della Convenzione penale contro la corruzione.

misure di vigilanza idonee a prevenire tali illeciti l'istituzione di canali di segnalazione interni. La Convenzione non detta indicazioni univoche in merito alla forma di responsabilità degli enti, essendo la sua determinazione lasciata alla discrezionalità delle singole nazioni in ragione della specificità del contesto normativo di ciascuna. Lo stesso vale per la previsione di sanzioni a carico dell'ente, a patto che queste siano efficaci, proporzionali e dissuasive.

Nel panorama internazionale, svolge un ruolo di assoluta rilevanza nella protezione delle situazioni giuridiche proprie dei *whistleblowers*, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata dagli Stati membri del Consiglio d'Europa nel 1950.¹⁴⁴ Nonostante la Convenzione non disponga espressamente in merito all'istituto del *whistleblowing*, il fatto che esso coinvolga l'esercizio di una serie di diritti fondamentali, ha messo a più battute la Corte di Strasburgo nella condizione di doversi esprimere in materia. Ed è proprio quello che avvenne nel caso *Guja c. Moldavia*¹⁴⁵ del 2008, in cui vennero dettati i presupposti¹⁴⁶ in presenza dei quali fosse possibile sacrificare gli obblighi professionali di riservatezza e confidenzialità segnalando, ed esercitando, dunque, il

¹⁴⁴ COUNCIL OF EUROPE, *European Convention on Human Rights*, 1950, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_ENG]. La Convenzione è entrata in vigore per l'Italia in forza della ratifica operata con legge 4 agosto 1955, n. 848. La Convenzione rappresenta uno strumento indispensabile alla tutela dei diritti fondamentali, anche perchè prevede un meccanismo per cui i privati cittadini e gli Stati membri possono adire la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con sede a Strasburgo, deputata a giudicare della corretta applicazione della Convenzione da parte degli stati che l'abbiano ratificata.

¹⁴⁵ Il sig. Guja era dipendente dell'Ufficio Stampa della Procura Generale della Moldavia che soffiò il fischietto a favore della legalità nei confronti delle pressioni illecite che un membro del Parlamento moldavo adoperava nei rapporti col Procuratore Generale nell'ottica di perseguire personali interessi. Dopo aver diffuso pubblicamente alcuni documenti che dimostravano le illecite interazioni tra questi due soggetti, venne licenziato per violazione del dovere di fedeltà e di riservatezza e, avendo inutilmente cercato tutela dinnanzi al giudice nazionale, si rivolse alla Corte EDU, lamentando la violazione del diritto di espressione, sancito dall'art. 10 della Convenzione. La Corte accordò le tutele richieste al sig. Guja in forza della considerazione per cui l'essere a conoscenza di illeciti o irregolarità gravi commesse sul luogo di lavoro e non divulgarle non rappresenti espressione del particolare dovere di riservatezza che grava sui dipendenti, specie se pubblici.

¹⁴⁶ Ai sensi della sentenza *Guja c. Moldavia* (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera 18 febbraio 2008, n. 14277/04, in *hudoc.echr.coe.int*, §§ 70-77), la tutela della libertà di espressione ex art.10 della Convenzione verrà garantita al lavoratore segnalante che abbia dimostrato:

- di aver effettuato una segnalazione ad un'autorità interna legittimata a ricevere denunce, salvo il caso in cui sia stato impossibile presentare la segnalazione a detto ufficio e il lavoratore abbia proceduto alla divulgazione pubblica;
- di aver effettuato la segnalazione nell'interesse pubblico;
- di aver verificato la veridicità delle informazioni oggetto della segnalazione;
- che il danno subito dal segnalato non sia superiore all'entità del pregiudizio all'interesse pubblico che fonda la segnalazione;
- che abbia agito in buona fede nella convinzione che la segnalazione rappresentasse l'unico mezzo di contrasto dell'illiceità denunciata.

proprio diritto fondamentale di espressione. Tale giurisprudenza si è poi consolidata con le sentenze *Heinisch c. Germania* del 2011¹⁴⁷ e *Bucur/Toma c. Romania* del 2013.^{148 149}

2. Analisi del d.lgs. n. 24/2023, attuativo della direttiva (UE) 2019/1937.

La direttiva (UE) 2019/1937 disciplina organicamente l'istituto del *whistleblowing*, sia come strumento di prevenzione degli illeciti sia come garanzia della libertà di espressione, istituendo, anzitutto, un diritto alla segnalazione. Le due dimensioni si integrano ed arricchiscono vicendevolmente, essendo che la direttiva persegue lo scopo di incrementare l'emersione di condotte lesive dell'integrità del tessuto economico-sociale e giuridico, e di offrire ai cittadini dell'Unione garanzie all'esercizio dei propri diritti fondamentali, tra cui la libertà di coscienza, di pensiero e di espressione.¹⁵⁰

Nell'ottica di perseguire tali finalità, la normativa postula il rafforzamento dell'applicazione «del diritto e delle politiche dell'Unione in specifici settori stabilendo norme minime comuni, volte a garantire un elevato livello di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione»,¹⁵¹ facendo salvo il potere degli stati membri di estendere la protezione a settori o ad atti non contemplati dalla direttiva.¹⁵²

La disciplina non opera una scissione tra settore pubblico rispetto a settore privato, in quanto è applicabile sia ad informatori provenienti dal cd. settore pubblico sia ad imprese ed aziende private operanti in svariati settori del mercato.¹⁵³

¹⁴⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez.V 21 luglio 2011, n. 28274/08, in *hudoc.echr.coe.int*.

¹⁴⁸ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. III 8 gennaio 2013, n. 40238/02 in *hudoc.echr.coe.int*.

¹⁴⁹ P. PIZZUTI, *Whistleblowing e rapporto di lavoro*, cit., pp. 66-68.

¹⁵⁰ N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nell'ordinamento europeo e internazionale*, cit., p. 21.

¹⁵¹ Direttiva (UE) 23 ottobre 2019, n.1937, art. 1.

¹⁵² Direttiva (UE) 23 ottobre 2019, n.1937, art.2 par.2.

¹⁵³ G. COSSU, *La disciplina del whistleblowing: le novità introdotte dal D.lgs. n. 24/2023 attuativo della Direttiva Europea n. 1937/2019*, 2023, p.1, [<https://www.anticorruzione.it/-/la-disciplina-del-whistleblowing-le-novita%C3%A0-del-decreto-n.24/2023-attuativo-della-direttiva-eu>].

Alla direttiva è stata data attuazione in Italia tramite il d.lgs. 10 marzo 2023, n.24,¹⁵⁴ che raccoglie in un unico testo normativo l'intera disciplina dei canali di segnalazione e delle tutele riconosciute ai segnalanti sia nel settore pubblico¹⁵⁵ che nel privato.¹⁵⁶

2.1. Ambito di applicazione oggettivo e soggettivo.

Ai sensi del decreto attuativo, il *whistleblower* è la persona che segnala, divulga, denuncia all'Autorità giudiziaria o contabile, violazioni¹⁵⁷ di disposizioni normative nazionali o dell'Unione Europea che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato, di cui è venuta a conoscenza in un contesto lavorativo pubblico o privato.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Il decreto, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 63 del 15 marzo 2023, è entrato in vigore il 30 marzo 2023 e le sue disposizioni hanno avuto effetto a partire dal 15 luglio 2023, tranne che per i soggetti del settore privato che hanno impiegato nell'anno precedente una media di lavoratori subordinati non superiore a 249, per cui invece gli obblighi hanno avuto effetto a partire dal 17 dicembre 2023.

¹⁵⁵ Il settore pubblico comprende:

- le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co.2 del d.lgs. 30 marzo 2001, n.165;
- le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza o regolazione;
- gli enti pubblici economici;
- le società a controllo pubblico ai sensi dell'art.2359 c.c., anche se quotate;
- le società *in house*, anche se quotate.

Inoltre, il decreto, innovando la disciplina precedente, si applica anche:

- agli organismi di diritto pubblico di cui all'art. 3, co.1 lett. d), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.
- ai concessionari di pubblico servizio.

¹⁵⁶ Nel settore privato rientrano tutti i soggetti diversi da quelli rientranti nella definizione di soggetti del settore pubblico, i quali:

- hanno impiegato, nel corso dell'ultimo anno, la media di almeno cinquanta lavoratori subordinati con contratti di lavoro a tempo indeterminato o determinato;
- rientrano nell'ambito di applicazione degli atti dell'Unione di cui alle parti I.B e II.B dell'allegato (cd. settori sensibili), anche se nel corso dell'ultimo anno non hanno raggiunto la media di almeno 50 lavoratori subordinati;
- rientrano nell'ambito di applicazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n.231, e adottano i modelli di organizzazione e di gestione ivi previsti, anche se, nel corso dell'ultimo anno non hanno raggiunto la media di 50 lavoratori subordinati.

¹⁵⁷ L'art. 2, co.1, lett. a), con il termine «violazioni», allude a comportamenti, atti od omissioni che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato.

¹⁵⁸ Ai sensi dell'art. 3 co.3, sono, dunque, legittimati a segnalare:

- i dipendenti pubblici (ossia i dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co.2 del d.lgs. 165/2001 compresi i dipendenti di cui all'art. 3 del decreto, nonché i dipendenti delle autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza o regolazione; i dipendenti degli enti pubblici economici, degli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico, delle società *in house*, degli organismi di diritto pubblico o dei concessionari di pubblico servizio);

La protezione dalle ritorsioni copre tutte le fasi del rapporto di lavoro, ivi comprese la fase di selezione e le altre fasi precontrattuali (se le informazioni sono state apprese prima che il rapporto di lavoro avesse inizio), il periodo di prova, la fase successiva alla cessazione del rapporto lavorativo (purché le informazioni siano state conosciute in costanza del rapporto di lavoro).¹⁵⁹

Possono essere oggetto della segnalazione sia le violazioni di disposizioni normative nazionali (illeciti amministrativi, contabili, civili o penali, reati presupposto di cui al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 e violazioni dei modelli organizzativi di cui al medesimo decreto) sia quelle europee (illeciti che rientrano nell'ambito di applicazione degli atti dell'Unione Europea,¹⁶⁰ atti od omissioni che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, atti od omissioni riguardanti il mercato interno ed atti o comportamenti che vanificano l'oggetto o la finalità delle disposizioni degli atti dell'Unione).¹⁶¹

Il decreto delimita il proprio ambito oggettivo di applicabilità anche dal punto di vista negativo, disponendo che le norme in esso contenute non si applicano «alle contestazioni, rivendicazioni o richieste legate ad un interesse di carattere personale della persona segnalante che attengono esclusivamente ai propri rapporti individuali di lavoro o di impiego pubblico, ovvero inerenti ai propri rapporti di lavoro o di impiego pubblico con le figure gerarchicamente sovraordinate», alle segnalazioni la cui tipologia è oggetto di specifica disciplina a livello interno o europeo e alle segnalazioni di violazioni in materia di sicurezza nazionale, nonché di appalti relativi ad

-
- i lavoratori subordinati di soggetti del settore privato;
 - i lavoratori autonomi che svolgono la propria attività lavorativa presso soggetti del settore pubblico o del settore privato;
 - i collaboratori, i liberi professionisti e i consulenti che prestano attività presso soggetti del settore pubblico o del settore privato;
 - i volontari e i tirocinanti, retribuiti e non retribuiti;
 - gli azionisti e persone con funzioni di amministrazione, direzione, controllo, vigilanza o rappresentanza, anche qualora tali funzioni siano esercitate in via di mero fatto, presso soggetti del settore pubblico o del settore privato.

¹⁵⁹ Art.3, co. 4, d.lgs. 24/2023.

¹⁶⁰ Ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. a), n. 3, d.lgs. 24/2023, gli illeciti devono riguardare uno dei seguenti settori: appalti pubblici; servizi, prodotti e mercati finanziari e prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo; sicurezza e conformità dei prodotti; sicurezza dei trasporti; tutela dell'ambiente; radioprotezione e sicurezza nucleare; sicurezza degli alimenti e dei mangimi e salute e benessere degli animali; salute pubblica; protezione dei consumatori; tutela della vita privata e protezione dei dati personali e sicurezza delle reti e dei sistemi informativi.

¹⁶¹ Ai sensi dell'art. 2, co.1, lett. b) d.lgs. 24/2023, la segnalazione può avere ad oggetto anche le informazioni relative alle condotte volte ad occultare le violazioni; le attività illecite non ancora compiute ma che il segnalante ritenga possano ragionevolmente verificarsi alla luce di elementi concreti, precisi e concordanti; i fondati sospetti.

aspetti di difesa o di sicurezza nazionale, a meno che tali profili rientrino nel diritto derivato pertinente dell'Unione Europea.¹⁶² La prima ipotesi ha a che vedere con il contenuto della segnalazione, mentre la seconda e la terza riguardano la specifica tipologia di segnalazione.¹⁶³

Sono da considerarsi irrilevanti ai fini dell'applicazione delle tutele i motivi che hanno indotto il *whistleblower* ad effettuare la segnalazione.^{164 165}

2.2. Canali di segnalazione.

Le segnalazioni devono essere presentate attraverso il canale di segnalazione appositamente predisposto dalla legge: la previsione ha carattere innovativo rispetto al passato, in quanto la scelta del canale di segnalazione non è più rimessa alla discrezionalità del *whistleblower*, al fine di privilegiare l'utilizzo del canale interno. Solo in presenza di una delle condizioni di cui all'art. 6, sarà possibile procedere ad una segnalazione esterna. Il decreto individua e disciplina i quattro canali di segnalazione: canale interno, canale esterno gestito da ANAC, divulgazioni pubbliche, denuncia all'autorità giudiziaria o contabile.

- I canali di segnalazione interna rappresentano il primo riferimento per i segnalanti, il più immediato, essendo che essi possono dare luogo a un intervento tempestivo dell'ufficio preposto, ma anche ad una maggior attenzione alla riservatezza dell'identità del segnalante stesso, come emerge, del resto, dalla direttiva stessa, che incentiva questa specifica tipologia di segnalazione.¹⁶⁶ Sono istituiti da ciascun soggetto del settore pubblico e del settore privato, sentite le rappresentanze e le organizzazioni sindacali di cui all'art. 51 del d. lgs. 81/2015, e garantiscono la riservatezza dell'identità del segnalante e del segnalato, nonché del contenuto della segnalazione e della relativa documentazione. La gestione del canale di segnalazione è affidata a una persona o a

¹⁶² Art. 1, co. 2, d.lgs. 24/2023.

¹⁶³ G. COSSU, *La disciplina del whistleblowing: le novità introdotte dal D.lgs. n. 24/2023 attuativo della Direttiva Europea n. 1937/2019*, cit., pp. 2-18.

¹⁶⁴ Art. 16, co.2, d.lgs. 24/2023.

¹⁶⁵ Sono tuttavia da escludere dall'ambito di applicazione delle tutele, le segnalazioni motivate unicamente da ragioni di ordine personale e/o pretestuoso, come già era prassi invalsa della giurisprudenza precedente all'entrata in vigore del decreto, cfr. T.A.R. Napoli, (Campania) sez. VI, 6 febbraio 2020, n.580, in <https://dejure-it/>, 2020.

¹⁶⁶ G. FRASCHINI, *I canali di segnalazione interna*, in D. TAMBASCO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D.lgs. n. 24/2023*, Milano, 2023, p. 22.

un ufficio interno autonomo e con personale specificamente formato, o, in alternativa, a un soggetto esterno che presenti le medesime caratteristiche.^{167 168 169}

Il decreto prevede che l'autorità preposta alla ricezione delle segnalazioni debba mettere a disposizione informazioni chiare sulle procedure e sui presupposti per effettuare la segnalazione. Entro sette giorni dalla ricezione della segnalazione l'ufficio ricevente notifica al segnalante l'avviso di ricevimento con eventuali richieste di integrazioni della segnalazione. L'ufficio è tenuto a procedere all'accertamento dei fatti segnalati, di cui dovrà dare riscontro entro tre mesi.¹⁷⁰ La portata di tali disposizioni suggerisce la volontà del legislatore di istituire un rapporto interlocutorio tra segnalante e autorità ricevente, in via di assoluta novità rispetto al passato.¹⁷¹

- Il canale di segnalazione esterno rappresenta il necessario contrappeso al corretto funzionamento dei canali interni: può accadere che le caratteristiche del contesto lavorativo del potenziale segnalante possano disincentivare le segnalazioni o pregiudicare l'efficacia degli strumenti di tutela previsti dalla legge per il canale interno e che, dunque, sia necessario ricorrere alla procedura di segnalazione esterna.¹⁷² Il canale di segnalazione esterno è gestito da ANAC, anche nelle ipotesi di segnalanti lavoratori del settore privato, e può essere attivato solo se:
 - a) non è prevista, nell'ambito del contesto lavorativo del segnalante, l'attivazione obbligatoria del canale di segnalazione interna¹⁷³ ovvero questo, anche se obbligatorio, non è attivo o, anche se attivato, non è conforme a quanto previsto dall'articolo 4;

¹⁶⁷ Art. 4, co. 1 e 2, d.lgs. 24/2023.

¹⁶⁸ Per far fronte alle critiche relative all'impegno a livello economico e di risorse umane nell'attuare una procedura di segnalazione, ai sensi dell'art. 4, co. 4, d.lgs. 24/2023, i comuni diversi dai capoluoghi di provincia possono condividere il canale di segnalazione interna e la relativa gestione, così come i soggetti del settore privato che hanno impiegato, nell'ultimo anno, una media di lavoratori subordinati con contratti di lavoro a tempo determinato o indeterminato non superiore a 249.

¹⁶⁹ Ai sensi dell'art. 4, co.5, d.lgs. 24/2023, la gestione del canale di segnalazione interno è affidata al responsabile della prevenzione, della corruzione e della trasparenza, di cui all'art. 1 co. 7 legge 6 novembre 2012, n. 190, per i soggetti del settore pubblico che hanno l'obbligo di istituire tale figura.

¹⁷⁰ Art.5, co.1, lett. d), d.lgs. 24/2023.

¹⁷¹ G. FRASCHINI, *I canali di segnalazione interna*, cit., p. 28.

¹⁷² G. FRASCHINI, *I canali di segnalazione esterna*, in D. TAMBASCO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D.lgs. n. 24/2023*, cit., p. 29.

¹⁷³ Il riferimento sembra essere alle organizzazioni private con un numero di dipendenti inferiori a 50, non dotate di modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001.

b) la persona segnalante ha già effettuato una segnalazione interna ai sensi dell'articolo 4 e la stessa non ha avuto seguito;¹⁷⁴

c) la persona segnalante ha fondati motivi di ritenere che, se effettuasse una segnalazione interna, alla stessa non sarebbe dato efficace seguito ovvero che la stessa segnalazione possa determinare il rischio di ritorsione;

d) la persona segnalante ha fondato motivo di ritenere che la violazione possa costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse.¹⁷⁵

È necessario che il segnalante dimostri la sussistenza di almeno una delle condizioni di cui all'articolo 6 per poter procedere alla segnalazione ad ANAC: la previsione è frutto di una scelta legislativa probabilmente condizionata dall'articolo 7.2 della direttiva cui dà attuazione, che impone agli Stati di incoraggiare la segnalazione interna laddove la violazione possa essere affrontata efficacemente a livello interno e la persona segnalante ritenga che non sussista il rischio di ritorsioni. Tuttavia, il decreto attuativo non prende in considerazione il disposto dell'articolo 10 della direttiva (che prevede la possibilità di segnalare direttamente all'autorità esterna preposta alla ricezione e gestione delle segnalazioni), nonché dell'articolo 25.2 (che afferma che l'attuazione della direttiva non possa costituire motivo di riduzione delle tutele a favore del segnalante rispetto alla disciplina previgente¹⁷⁶).¹⁷⁷

- La disciplina prevede, in via di assoluta novità rispetto all'assetto precedente, come terzo canale di segnalazione, la possibilità di divulgare pubblicamente l'informazione, con ciò alludendo al «rendere di pubblico dominio informazioni sulle violazioni tramite la stampa o mezzi elettronici o comunque tramite mezzi di diffusione in grado di raggiungere un numero elevato di persone». ¹⁷⁸ La divulgazione pubblica potrà essere realizzata solo se sussista almeno una delle seguenti condizioni:

¹⁷⁴ Come rilevato da G. FRASCHINI, in *I canali di segnalazione esterna*, cit., p. 34, non è facile comprendere se il legislatore alludesse alla segnalazione che non abbia ricevuto riscontro o che abbia ricevuto un riscontro sebbene insoddisfacente.

¹⁷⁵ Art.6, d.lgs. 24/2023.

¹⁷⁶ Si allude alle disposizioni della l. n. 179/2017 che riconosceva al segnalante del settore pubblico la facoltà di scegliere liberamente il destinatario della segnalazione.

¹⁷⁷ G. FRASCHINI, *I canali di segnalazione esterna*, cit., p. 33.

¹⁷⁸ Art 2, co. 1, lett. f), d.lgs. 24/2023. Tale definizione secondo P. PARISI, *La divulgazione pubblica*, in D. TAMBASCO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D.lgs. n. 24/2023*, cit., p. 42, non sembra includere anche le comunicazioni «ai rappresentanti eletti, alle organizzazioni della società civile, ai sindacati o alle organizzazioni imprenditoriali e professionali» che, invece, erano state contemplate dalla direttiva nel considerando n. 45.

a) il segnalante ha previamente effettuato una segnalazione interna ed esterna ovvero ha effettuato direttamente una segnalazione esterna, nel rispetto delle condizioni e modalità previste dal decreto e non è stato dato riscontro nei suddetti termini;¹⁷⁹

b) il segnalante ha fondato motivo¹⁸⁰ di ritenere che la violazione possa costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse;¹⁸¹

c) il segnalante ha fondato motivo di ritenere che la segnalazione esterna possa comportare il rischio di ritorsioni o possa non avere efficace seguito in ragione delle specifiche circostanze del caso concreto, come l'occultamento o la distruzione di prove oppure in cui vi sia fondato timore che chi ha ricevuto la segnalazione possa essere colluso con l'autore della violazione o coinvolto nella violazione stessa.^{182 183}

¹⁸⁴

- Da ultimo, la disciplina consente di ricorrere alle denunce all'autorità giudiziaria ordinaria e contabile, riconoscendo al segnalante le medesime tutele rispetto agli altri canali. Tuttavia, la materia non è regolamentata come le segnalazioni esterne e non è chiaro se la tutela della riservatezza sia la medesima rispetto agli altri canali o se valgano gli stessi obblighi in merito alla predisposizione di canali crittografati, alle scadenze temporali e a ogni altro profilo espressamente disciplinato.¹⁸⁵ In via di assoluta novità rispetto alla disciplina precedente, l'articolo 18 comma 3 del decreto prevede che l'autorità giudiziaria possa richiedere all'ANAC informazioni e documenti in merito alle segnalazioni presentate.¹⁸⁶

¹⁷⁹ Come rilevato da P. PARISI in *La divulgazione pubblica*, cit., p. 42, in questa prima ipotesi, la divulgazione pubblica si pone come opzione sussidiaria, di ultima istanza, attivabile unicamente dopo il tentativo rispetto agli altri canali.

¹⁸⁰ Ai sensi delle Linee guida dell'ANAC del 2023, par. 3.3, ai fini della sussistenza del fondato motivo, è necessario che ricorrano circostanze concrete allegate ed informazioni effettivamente acquisibili, non semplici illazioni.

¹⁸¹ Le Linee guida di ANAC chiariscono al par.3.3 che l'espressione alluda a o, «ad una situazione di emergenza o al rischio di danni irreversibile, anche all'incolumità fisica di una o più persone, che richiedono che la violazione sia svelata prontamente e abbia un'ampia risonanza per impedirne gli effetti».

¹⁸² Art. 15, co.1 d.lgs. 24/2023.

¹⁸³ G. COSSU, *La disciplina del whistleblowing: le novità introdotte dal D.lgs. n. 24/2023 attuativo della Direttiva Europea n. 1937/2019*, cit., pp. 18-25.

¹⁸⁴ Sul carattere residuale della divulgazione pubblica v. anche T.A.R. Roma, (Lazio) sez. III, 12 marzo 2024, n.4967, in <https://dejure-it/>, 2024.

¹⁸⁵ G. FRASCHINI, *I canali di segnalazione esterna*, cit., p. 38.

¹⁸⁶ R. CANTONE, *I riflessi penalistici*, in D. TAMBASCO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D.lgs. n. 24/2023*, cit., p. 121.

2.3. Misure di protezione del segnalante.

Il sistema di tutele previsto a favore del segnalante potrà essere applicato solo se, al momento della segnalazione, egli avesse fondato motivo di ritenere che le informazioni oggetto della segnalazione, divulgate pubblicamente o denunciate fossero vere, sempre che, naturalmente, abbia effettuato la segnalazione nel rispetto delle disposizioni di cui al capo II del decreto.¹⁸⁷ La protezione contro le ritorsioni è estesa anche alle segnalazioni anonime, nel caso in cui il segnalante sia successivamente identificato e subisca ritorsioni,¹⁸⁸ nonché alle segnalazioni esterne presentate alle istituzioni, agli organi e agli organismi competenti dell'Unione Europea in conformità alle disposizioni di cui all'articolo 6.¹⁸⁹

La protezione dei segnalanti consta, anzitutto, della tutela della riservatezza, che impone il divieto di rivelare l'identità del segnalante e qualsiasi altra informazione da cui essa possa evincersi, direttamente o indirettamente, senza il consenso espresso del segnalante,¹⁹⁰ nel procedimento penale, contabile e disciplinare che possa scaturire dalla segnalazione stessa. Tuttavia, la protezione dell'identità risulta limitata nel tempo nel caso in cui l'informazione esca dall'organizzazione (o da ANAC), elemento che potrebbe, eventualmente, disincentivare la segnalazione:¹⁹¹ in particolare, nei procedimenti penali essa si estenderà fino alla conclusione delle indagini preliminari;¹⁹² nei procedimenti davanti alla Corte dei conti, non potrà essere rivelata fino al termine della fase istruttoria;¹⁹³ nei procedimenti disciplinari l'identità del segnalante non potrà essere rivelata ove la contestazione dell'addebito sia emersa

¹⁸⁷ Art. 16, co.1, d.lgs. 24/2023.

¹⁸⁸ Come specifica N. PARISI, in *Ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in D. TAMBASCO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D.lgs. n. 24/2023*, cit., p.86, la prassi dell'ANAC è orientata nella direzione di non considerare di *whistleblowing* le segnalazioni anonime, in quanto la *ratio* protettiva della disciplina si considera sufficientemente ottemperata dal carattere anonimo della segnalazione (che dunque impedirebbe eventuali ritorsioni contro l'autore della segnalazione di cui non si è a conoscenza dell'identità).

¹⁸⁹ D. TAMBASCO, *Divieto di ritorsione e protezione dalle ritorsioni*, in D. TAMBASCO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D.lgs. n. 24/2023*, cit., p. 61.

¹⁹⁰ Naturalmente, il divieto di rivelare l'identità del segnalante non riguarda i soggetti competenti a ricevere o a dare seguito alle segnalazioni, che siano espressamente autorizzati a trattare tali dati ai sensi degli artt. 29 e 32, par. 4, del regolamento (UE) 2016/679 e dell'art. 2- *quaterdecies* del codice in materia di protezione dei dati personali di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n.196.

¹⁹¹ G. FRASCHINI, *Obbligo di riservatezza*, in D. TAMBASCO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D.lgs. n. 24/2023*, cit., p. 56.

¹⁹² Art.12, co. 3, d.lgs. 24/2023.

¹⁹³ Art. 12, co. 4, d.lgs. 24/2023.

da accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti ad essa, invece, qualora la contestazione sia fondata (in tutto o in parte) sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza del consenso espresso del segnalante.¹⁹⁴ Nei casi in cui si renda necessario procedere alla rivelazione delle informazioni oggetto della segnalazione, dovrà essere data comunicazione scritta al segnalante delle ragioni che hanno imposto di procedere in tal senso.¹⁹⁵ È tutelata anche l'identità delle persone coinvolte e delle persone menzionate nella segnalazione. Il decreto prevede, inoltre, il divieto di procedere all'accesso agli atti amministrativi e di esercitare il diritto di accesso civico generalizzato su documenti oggetto della segnalazione.¹⁹⁶

La disciplina della tutela della riservatezza è governata dai principi di minimizzazione dei dati e di limitazione della conservazione, che impone che le informazioni contenute nelle segnalazioni siano utilizzate limitatamente alle loro finalità, conservandole per il tempo strettamente necessario per dare seguito alle stesse, e, di conseguenza, il divieto di raccolta o, nel caso di raccolta accidentale, la cancellazione immediata dei dati personali manifestamente non utili al trattamento di una specifica segnalazione. In ogni caso, la documentazione non potrà essere conservata per un periodo di tempo superiore ai cinque anni decorrenti dalla data di comunicazione dell'esito finale della procedura di segnalazione.¹⁹⁷

La normativa in esame vieta ogni forma di ritorsione anche solo tentata o minacciata,¹⁹⁸ istituendo, in questo modo, l'architrave del sistema di tutela, finalizzata all'obiettivo di contrastare atteggiamenti omertosi che rendono, spesso, onerosa la prova delle condotte mobbizzanti o vessatorie subite dai segnalanti a causa delle proprie denunce: infatti, come rilevato dal *considerando* 88 della direttiva, è segnatamente attraverso la prevenzione e la punizione delle ritorsioni che è possibile rafforzare le motivazioni di coloro che intendono

¹⁹⁴ Art.12, co. 5, d.lgs. 24/2023.

¹⁹⁵ Art.12, co. 6, d.lgs. 24/2023.

¹⁹⁶ Art. 12, co.2, d.lgs. 24/2023.

¹⁹⁷ G. FRASCHINI- D. TAMBASCO, *Tutela della riservatezza*, in D. TAMBASCO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D.lgs. n. 24/2023*, cit., pp. 58-59.

¹⁹⁸ Il legislatore ha accolto all'art. 2, co. 1, lett. m), una nozione ampia del termine "ritorsione" rispetto a quella adottata dalla direttiva: «qualsiasi comportamento, atto od omissione, anche solo tentato o minacciato, posto in essere in ragione della segnalazione, della denuncia all'autorità giudiziaria o contabile o della divulgazione pubblica e che provoca o può provocare alla persona segnalante o alla persona che ha sporto la denuncia, in via diretta o indiretta, un danno ingiusto». La nozione viene ulteriormente definita attraverso l'individuazione all'art. 17 co.4 di una lista di specifici atti ritorsivi ricorrenti nella prassi.

procedere alla segnalazione. Tutti i soggetti di cui all'articolo 3 possono indirizzare le comunicazioni che hanno ad oggetto forme di ritorsioni sia nel settore pubblico che nel privato all'ANAC, che può avvalersi della collaborazione dell'Ispettorato della funzione pubblica e dell'Ispettorato nazionale del lavoro,¹⁹⁹ per l'acquisizione di elementi istruttori utili all'accertamento dei fatti, ferma restando l'esclusiva competenza dell'ANAC in ordine alla valutazione degli elementi acquisiti e all'eventuale applicazione delle sanzioni amministrative di cui all'articolo 21. Per poter procedere all'accertamento deve essere stata precedentemente presentata una segnalazione *whistleblowing*, in mancanza della quale, la persona non potrà accedere alla protezione garantita dal decreto. Compete all'Autorità giudiziaria la declaratoria di nullità degli atti ritorsivi nonché l'adozione di «tutte le misure, anche provvisorie, necessarie ad assicurare la tutela alla situazione giuridica soggettiva azionata, ivi compresi il risarcimento del danno, la reintegrazione nel posto di lavoro, l'ordine di cessazione della condotta posta in essere in violazione dell'articolo 17 e la dichiarazione di nullità degli atti adottati in violazione del medesimo articolo».²⁰⁰ L'ANAC ha l'obbligo di informare tempestivamente: la Presidenza del Consiglio dei ministri e gli eventuali organismi di garanzia o di disciplina per quanto concerne i soggetti del settore pubblico; l'Ispettorato nazionale del Lavoro quando le ritorsioni siano state commesse nel contesto lavorativo di un soggetto privato.²⁰¹

Ulteriore previsione a protezione del segnalante sotto il profilo processuale-probatorio è la presunzione (relativa) del carattere ritorsivo della condotta eventualmente pregiudizievole che consegue alla segnalazione, che determina un'inversione dell'onere della prova nell'ambito di procedimenti giudiziari o amministrativi o comunque di controversie stragiudiziali aventi ad oggetto l'accertamento di comportamenti, atti ed omissioni ai danni del segnalante: l'onere della prova dell'estraneità delle ragioni (e non la semplice sussistenza di motivi debitamente giustificati, come invece risulta dalla direttiva) grava su colui che ha posto in essere tali comportamenti, atti o omissioni. A ciò si aggiunge la presunzione del danno da ritorsione, in via di assoluta novità rispetto all'assetto precedente: in caso di domanda di risarcimento del

¹⁹⁹ L'ANAC conclude con i suddetti enti specifici accordi ex art.15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, al fine di regolare i termini di tale collaborazione.

²⁰⁰ Si segnala, a tal proposito, la pronuncia del Trib. Milano, sez. Lavoro, ordinanza 20 agosto 2023, con cui, per la prima volta in Italia, ad un *whistleblower* che aveva ripetutamente fatto emergere sistemi truffaldini di vendita di biglietti da parte di colleghi che cagionavano, per l'azienda di autotrasporti presso la quale egli stesso prestava le proprie mansioni lavorative un sostanziale pregiudizio e, per questo, era rimasto vittima di ritorsioni, venne riconosciuta la sospensione ex 700 c.p.c. o 19 co.4 d.lgs. 24/2023 delle delibere di destituzione dal servizio, di sospensione dal servizio e dalla retribuzione adottate dal Consiglio di Disciplina nei suoi confronti nel marzo del 2023, con immediata reintegra e adozione di tutte le misure provvisorie necessarie ad assicurarne la tutela.

²⁰¹ Art. 19, d.lgs. 24/2023.

danno in sede giudiziale da parte dei segnalanti, si presume che tale pregiudizio rappresenti una conseguenza della segnalazione, gravando sull'autore della condotta la dimostrazione dell'inesistenza del nesso causale tra danno ingiusto e segnalazione.²⁰²

Ancora, non è punibile chi riveli o diffonda informazioni sulle violazioni coperte dall'obbligo di segreto (ad eccezione delle informazioni classificate, del segreto professionale, forense e medico e delle deliberazioni degli organi giurisdizionali), relative alla tutela del diritto d'autore o alla protezione dei dati personali o che offendano la reputazione della persona coinvolta o denunciata.²⁰³ La disposizione istituisce una causa di giustificazione destinata ad operare non solo a favore di persone fisiche legittimate a segnalare o denunciare fatti illeciti ma anche di enti, per la loro eventuale responsabilità amministrativa, che si configurerà unicamente laddove non sia stato possibile utilizzare una modalità alternativa per raggiungere il medesimo obiettivo. È altresì necessario che la segnalazione sia stata effettuata a norma dell'articolo 16 e che il segnalante abbia avuto accesso alle informazioni oggetto della segnalazione in modo lecito.²⁰⁴

Da ultimo, la disciplina istituisce in capo agli enti del terzo settore iscritti all'apposito elenco pubblicato dall'ANAC sul proprio sito, la competenza a fornire ai segnalanti misure di sostegno che consistono in informazioni, assistenza e consulenze a titolo gratuito, sulle modalità di segnalazione e sulla protezione dalle ritorsioni offerta dalle normative nazionali ed europee, sui diritti della persona coinvolta, nonché sulle modalità e condizioni di accesso al patrocinio a spese dello Stato. Il perimetro abbracciato dalle misure è molto ampio, includendo sia la fase in cui il *whistleblower* valuta l'ipotesi di procedere alla segnalazione sia la fase della gestione della segnalazione sia quella della protezione da eventuali ritorsioni.^{205 206}

²⁰² D. TAMBASCO, *Divieto di ritorsione e protezione dalle ritorsioni*, in D. TAMBASCO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D.lgs. n. 24/2023*, cit., pp. 66-72.

²⁰³ Si considera esclusa ogni altra responsabilità, anche di natura civile o amministrativa, in presenza delle suddette circostanze.

²⁰⁴ R. CANTONE, *I riflessi penalistici*, cit., pp. 126-128.

²⁰⁵ Art. 18, d.lgs. 24/2023.

²⁰⁶ Ai sensi dell'art.3, co. 5, d.lgs. 24/2023 il sistema di tutele (ad eccezione dell'inversione dell'onere della prova) delineato *supra*, si estende anche:

a) al facilitatore (persona fisica che assiste il segnalante nel processo di segnalazione, operante all'interno del medesimo contesto lavorativo e la cui assistenza deve rimanere riservata);
b) alle persone del medesimo contesto lavorativo della persona segnalante, di colui che ha sporto una denuncia all'autorità giudiziaria o contabile o di colui che ha effettuato una divulgazione pubblica e che sono legate ad essi da uno stabile legame affettivo o di parentela entro il quarto grado;

2.4. Ruolo di ANAC.

La legge n. 179/2017, introducendo l'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001, riconosceva in capo all'ANAC la competenza per la ricezione e gestione delle segnalazioni esterne, anche se esclusivamente per il settore pubblico: la novità del d.lgs. 24/2023 consiste nell'estensione del suo ambito di azione anche alle segnalazioni relative al settore privato.²⁰⁷ Il ruolo di assoluta centralità riconosciuto all'ANAC in materia di *whistleblowing* si giustifica alla luce delle garanzie di autonomia e indipendenza che offre, in ottemperanza anche a quanto statuito dalla stessa direttiva europea cui il decreto in esame dà attuazione.²⁰⁸

All'ANAC sono, dunque, riconosciuti dalla normativa che attualmente regola la materia, tre poteri:

- Regulatorio (art.10, d.lgs. 24/2023), che ha consentito all'ANAC di adottare entro il 30 giugno 2023 le linee guida relative alle procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne, previsione cui il Consiglio dell'Autorità ha dato seguito con delibera n. 311 del 12 luglio 2023, accompagnata dal regolamento che disciplina la trattazione delle segnalazioni e delle comunicazioni di misure ritorsive.^{209 210}
- Di gestione delle segnalazioni esterne (artt. 6,7,8, d.lgs. 24/2023). Le segnalazioni devono essere trasmesse all' ANAC in forma scritta tramite la piattaforma informatica crittografata o in forma orale (attraverso le linee telefoniche o sistemi di messaggistica vocale o mediante un incontro diretto fissato entro un termine ragionevole). Le informazioni dovranno essere trattate nel pieno rispetto del principio di adeguatezza, e,

c) ai colleghi di lavoro della persona segnalante o della persona che ha sporto una denuncia all'autorità giudiziaria o contabile o effettuato una divulgazione pubblica, che lavorano nel medesimo contesto lavorativo della stessa e che hanno con detta persona un rapporto abituale e corrente;
d) agli enti di proprietà della persona segnalante o della persona che ha sporto una denuncia all'autorità giudiziaria o contabile o che ha effettuato una divulgazione pubblica o per i quali le stesse persone lavorano, nonché agli enti che operano nel medesimo contesto lavorativo delle predette persone.

Come rilevato da D. TAMBASCO in *Divieto di ritorsione e protezione dalle ritorsioni*, cit., p. 64, risultano quindi esclusi i colleghi occasionali e le persone che non hanno più uno stabile legame affettivo col segnalante.

²⁰⁷ G. FRASCHINI, *I canali di segnalazione esterna*, cit., p. 34.

²⁰⁸ N. PARISI, *Ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., p.82.

²⁰⁹ Ogni tre anni le procedure interne per le segnalazioni esterne dovranno essere riesaminate da ANAC anche confrontandosi con altre autorità a livello europeo, come, ad esempio, NEIWA (*Network on European Integrity and Whistleblowing Authorities*).

²¹⁰ G. FRASCHINI, *I canali di segnalazione esterna*, cit., pp. 35-39.

cioè, nella misura strettamente necessaria a dare loro seguito e del principio di riservatezza dell'identità del segnalante.^{211 212}

- Sanzionatorio (art. 21, d.lgs. 24/2023), nei confronti dei responsabili, quando ANAC:
 - a) accerta che sono state commesse ritorsioni o che la segnalazione è stata ostacolata o che si è tentato di ostacolarla o che è stato violato l'obbligo di riservatezza di cui articolo 12;
 - b) accerta che non sono stati istituiti canali di segnalazione, che non sono state adottate procedure per l'effettuazione e la gestione delle segnalazioni ovvero che l'adozione di tali procedure non è conforme a quelle di cui agli art. 4 e 5, nonché quando accerta che non è stata svolta l'attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute;
 - c) accerta che il segnalante abbia commesso i reati di calunnia o diffamazione nei confronti del segnalato. La sanzione nei confronti del segnalante verrà irrogata sempre che non sia già stato condannato penalmente in primo grado per i suddetti reati.

La disciplina impone agli enti del settore privato che dispongono di un modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001 di integrare il modello stesso con le sanzioni specifiche previste per i soggetti responsabili ed irrogabili da ANAC, istituendo un sistema sanzionatorio amministrativo (con competenza di ANAC) cui si affianca uno disciplinare (di competenza delle singole organizzazioni).

In ottemperanza al disposto della direttiva inerente alla necessità che le sanzioni siano proporzionate, efficaci e dissuasive, il legislatore ha ritenuto di prevedere una cornice edittale che va da un minimo di €500 a un massimo di €50.000.²¹³

L'ANAC funge, inoltre, da centro informativo sulla normativa e sui diritti ed obblighi dei potenziali segnalanti, illustrando diritti e protezioni garantite dalla legge, nonché il principio di riservatezza applicato alle segnalazioni interne ed esterne; descrive le caratteristiche dei canali di segnalazione interni ed esterni; indica i propri canali di contatto per la richiesta di informazioni; descrive le modalità di utilizzo dei canali di comunicazione per approfondire, integrare le segnalazioni e ottenere riscontri per le segnalazioni esterne; cura e aggiorna

²¹¹ N. PARISI, *Ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., p.84.

²¹² G. COSSU, *La disciplina del whistleblowing: le novità introdotte dal D.lgs. n. 24/2023 attuativo della Direttiva Europea n. 1937/2019*, cit., pp. 26-41.

²¹³ G. FRASCHINI, *Sanzioni*, in D. TAMBASCO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D.lgs. n. 24/2023*, cit., pp. 104-107.

l'elenco degli enti del terzo settore, che sulla base dei requisiti dell'articolo 18, offrono attività di assistenza e supporto per i segnalanti.

Anche l'ANAC è tenuta a fornire al segnalante un riscontro entro tre mesi dalla ricezione della segnalazione (eventualmente estendibili fino a sei mesi in caso di giustificate e motivate ragioni), che non deve essere necessariamente definitivo, ma, al loro decorrere, l'ANAC dovrà comunicare l'esito finale della sua attività, che può consistere in:

- archiviazione, qualora non siano emersi elementi sufficienti per procedere;
- raccomandazione agli enti, quando all'esito dell'accertamento non vengono riscontrati illeciti ma è raccomandabile una correzione di procedure o processi relativi interni;
- sanzione amministrativa;
- trasmissione alle autorità competenti.

È poi possibile che l'ANAC dia priorità ad alcune segnalazioni che apportino un grave pregiudizio all'interesse pubblico o che archivi le segnalazioni riguardanti violazioni di lieve entità.²¹⁴

ANAC è tenuta a trasmettere alle istituzioni comunitarie dati relativi alla gestione delle segnalazioni *whistleblowing* in Italia,²¹⁵ nonché a pubblicare e diffondere le informazioni di cui all'articolo 10 attraverso il suo sito internet istituzionale.²¹⁶

3. *Whistleblowing* nell'ordinamento giuridico statunitense.

La disciplina dell'istituto del *whistleblowing* nell'ordinamento statunitense è, come rilevato *supra* I §5, caratterizzata da un approccio di tipo frammentario, che non individua una protezione federale generale per ogni *whistleblower*, ma che, al contrario, si traduce in provvedimenti adottati in specifici settori dell'ordinamento: se l'attenzione del legislatore si è rivolta, in un primo momento, alla protezione dei *whistleblowers* nel settore della sanità, della sicurezza pubblica e dei contratti pubblici, solo successivamente si è diretta verso ulteriori campi, spesso in conseguenza di emergenze sociali, come l'ambiente e l'integrità dei mercati

²¹⁴ Tra le segnalazioni aventi ad oggetto violazioni di lieve entità rientrano quelle per cui l'autore abbia adottato condotte e iniziative spontaneamente per ripristinare la legalità.

²¹⁵ Art.8, co. 3, d. lgs.24/2023.

²¹⁶ N. PARISI, *Ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., pp. 93-102.

finanziari.²¹⁷ Inoltre, il diritto dello Stato entro il quale il segnalante presta le proprie mansioni lavorative potrebbe prevedere ulteriori tutele, o, ancora, la possibilità di esperire peculiari *common law claims*.²¹⁸

La complessità del panorama normativo rende necessario circoscrivere la trattazione alla disciplina federale dell'istituto, operando una distinzione tra settore privato e settore pubblico.

3.1. Settore privato.

La tutela dei *whistleblowers* nel settore privato è incentrata sul *False Claims Act* (FCA)²¹⁹, più volte sottoposto a modifiche, che, in quanto imperniato sul sistema *qui tam*,²²⁰ prevede che i privati cittadini (cd. *relators*) che siano venuti a conoscenza di una frode ai danni dell'interesse pubblico, possano presentare un ricorso *ad hoc* in nome del Governo notificandolo alla Corte federale del distretto territoriale nel quale la condotta si è verificata o in cui il segnalato si trova, risiede o svolge la propria attività d'impresa.²²¹ Non è necessario che il *relator* sia stato vittima della condotta denunciata. Il tratto distintivo di tale struttura processuale è rappresentato dalle ricompense economiche erogabili dal Governo a favore dei segnalanti in caso di pronuncia del giudice che accerti la fondatezza della segnalazione. L'FCA contiene una serie di disposizioni finalizzate a massimizzare l'efficacia dello schema *qui tam*, tra cui: l'impossibilità di richiedere l'incentivo economico con riferimento a cause *qui tam* già presentate ("*first-to-file provision*");²²² o con riferimento a segnalazioni già divulgate pubblicamente, a meno che il segnalante sia l' "*original source*", vale a dire colui che è venuto a diretto contatto con l'informazione.^{223 224}

²¹⁷ N.M. MONDESITT- J.F. SHULMAN- D.P. WESTMAN, *Whistleblowing: the law of retaliatory discharge*, Arlington, 2015, ch. 3.II.A. Ciascun provvedimento generalmente si riferisce a una casistica maggiormente circoscritta rispetto a queste macrocategorie.

²¹⁸ N.M. MONDESITT- J.F. SHULMAN- D.P. WESTMAN, *Whistleblowing: the law of retaliatory discharge*, cit., ch. 3.I.

²¹⁹ 31 U.S.C. §§ 3730-3731, v. *Appendice I*.

²²⁰ Lo strumento delle cd. *qui tam actions* fa capolino negli ordinamenti anglosassoni a partire dal XIII secolo come strumento di *whistleblowing*, atto a consentire a coloro che fossero a conoscenza di illeciti commessi ai danni di interessi pubblici di denunciarli all'autorità giudiziaria. La denominazione è il risultato dell'abbreviazione del brocardo latino *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur* e fa riferimento alle azioni giudiziarie avviate da un privato sia nel proprio interesse sia nell'interesse pubblico. (cfr. P. PIZZUTI, *Whistleblowing e rapporto di lavoro*, cit., pp. 1-7.)

²²¹ 31 U.S.C. § 3730(b)(1).

²²² 31 U.S.C. § 3730(b)(5).

²²³ 31 U.S.C. § 3730(e)(4)(A).

²²⁴ D. F. ENGSTROM, *Public regulation of private enforcement: empirical analysis of DOJ oversight of qui tam litigation under the False Claims Act*, in *Northwestern University School of Law Review*, vol. 107, no. 4, 2013, pp. 1706- 1709.

La notifica alla Corte federale è essenziale alla parte pubblica ai fini della decisione sull'intervento nel processo: conoscere il contenuto della segnalazione permetterà al DOJ di scegliere se aderire all'accusa prospettata dal *whistleblower* oppure rigettarla, dimodoché il segnalante, se lo desidera, resisterà in giudizio da solo.²²⁵ Il ricorso deve contenere tutti gli elementi atti a descrivere il fatto in modo preciso. Qualora la parte pubblica decidesse di aderire all'accusa, gestirà essa stessa il fascicolo o potrà senz'altro intervenire in un secondo momento, anche limitando le facoltà del *relator*.²²⁶

Una volta che la parte pubblica abbia deciso se intervenire o meno nella causa, al segnalato verranno notificate le sue accuse con le relative prove, le quali devono dimostrare secondo la regola del più probabile che non l'asserita violazione e il pregiudizio che ne consegue; il segnalato avrà 20 giorni per dare seguito alle accuse prospettate²²⁷ e non potrà avvalersi di alcun elemento inerente alla violazione contestata che sia oggetto di specifico accertamento nel relativo processo penale.²²⁸ L'identità del segnalante non potrà essere rivelata per 60 giorni dalla presentazione del ricorso, ma la Corte potrà disporre una proroga del termine laddove ritenga che dalla *disclosure* di tale informazione possa derivare un pregiudizio per la prosecuzione delle indagini.^{229 230}

Se, al contrario, il procuratore decidesse di non dare seguito alla segnalazione presentata, il *relator* resistente in giudizio avrà diritto a una somma di denaro di entità compresa tra il 15% e il 30% delle somme complessivamente recuperate dall'amministrazione grazie alla segnalazione nel caso in cui eventualmente ottenesse una pronuncia favorevole del giudice. La somma restituita è inferiore (15-25%) se l'azione è condotta dal DOJ. In ogni caso l'individuazione della quota spettante ai segnalanti è rimessa alla Corte, sulla base dell'effettivo contributo al procedimento.^{231 232}

²²⁵ 31 U.S.C. § 3730 (c) (1).

²²⁶ 31 U.S.C. § 3730(c)(2)(C).

²²⁷ 31 U.S.C. § 3730 (b) (3).

²²⁸ 31 U.S.C. § 3731(e).

²²⁹ 31 U.S.C. § 3730 (b) (2).

²³⁰ C. DOYLE, *Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes*, Congressional Research Service (CRS) Report, pp. 30-32, [<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R40785>].

²³¹ 31 U.S.C. § 3730 (d).

²³² D. F. ENGSTROM, *Public regulation of private enforcement: empirical analysis of DOJ oversight of qui tam litigation under the False Claims Act*, cit., pp. 1711.

La normativa ha, inoltre, introdotto le prime tutele formali per i *whistleblowers* lavoratori che in ragione della segnalazione e della *qui tam lawsuit* avviata, abbiano subito atti ritorsivi sul luogo di lavoro. Le previsioni sono state progressivamente sottoposte a modifiche finalizzate ad irrobustire l'apparato di protezioni per il segnalante, fino a giungere all'attuale assetto normativo: la disciplina vieta, infatti, ogni atto ritorsivo (licenziamento, riqualificazione per una mansione di rango inferiore, sospensione, minacce, molestie, discriminazioni con riferimento a termini e condizioni del contratto) anche laddove l'azione giudiziaria intentata dal *relator* non dia luogo ad una pronuncia ad esso favorevole (sempre che il segnalante dimostri al giudice in un separato giudizio che il datore di lavoro fosse a conoscenza della segnalazione). Inoltre, il giudice può disporre che il segnalato provveda al pagamento delle spese processuali del *whistleblower*, di una somma pari al doppio degli stipendi arretrati con i relativi interessi, dei *compensatory damages* legati al pregiudizio derivante dalle ritorsioni. ²³³

234

Se il segnalante dispone di prove sufficienti a dimostrare i fatti oggetto della segnalazione, il segnalato è tenuto a dimostrare l'intento non ritorsivo della condotta che il segnalante assume essere stata ritorsiva, secondo un'inversione dell'onere della prova, che, sarà destinato a subire un'ulteriore inversione nel caso in cui il segnalato sia in grado di adempiere al suo onere: in questo caso, infatti graverà sul segnalante l'onere di dimostrare il carattere ritorsivo del comportamento.

Il *Fraud Enforcement and Recovery Act* ²³⁵ ha modificato l'ambito di applicazione del FCA, prevedendo che le tutele contro gli atti ritorsivi debbano essere erogate anche nei confronti di coloro che abbiano segnalato illeciti tramite canali interni all'organizzazione e a coloro che stiano investigando sull'eventuale violazione (non solo, dunque, come prevedeva il FCA a coloro che abbiano intentato una *qui tam action*). Inoltre, ha eliminato ogni riferimento al termine "*employees*" con ciò ricomprendendo all'interno dei soggetti protetti anche altre figure a conoscenza di frodi ai danni del Governo, come appaltatori ed investitori. ^{236 237}

²³³ 31 U.S.C. § 3730(h).

²³⁴ C. DOYLE, *Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes*, cit., pp. 25-27.

²³⁵ Pub. L. 111-21, 123 Stat. 1617.

²³⁶ Pub. L. 111-21.

²³⁷ R. G. VAUGHN, *The successes and failures of whistleblower laws*, Northampton, 2012, p. 126.

Il *Sarbanes-Oxley Act* (SOX) ²³⁸ ha, anzitutto, formalmente istituito una responsabilità penale e civile per coloro che adottano una o più delle pratiche ritorsive elencate *supra* ai danni dei *whistleblowers* che ritengano i propri datori di lavoro colpevoli di frodi bancarie, di aver tenuto condotte che violano norme o regolamenti imposti dalla *Securities and Exchange Commission* (SEC), ²³⁹ o che abbiano posto in essere comportamenti che, secondo la legge federale, integrino frodi ai danni degli azionisti. ²⁴⁰

Ai sensi della presente normativa, il segnalante che lamenti di aver subito atti ritorsivi deve notificare entro 180 giorni dal fatto o dalla conoscenza di esso un ricorso amministrativo ad un'apposita Agenzia governativa, l'*Occupational Health and Safety Administration* (OSHA) ²⁴¹ che, entro 60 giorni, è tenuta a vagliare la fondatezza delle segnalazioni; successivamente, sarà possibile instaurare un giudizio dinnanzi al ALG (*Administrative Law Judge*) appartenente al *Department of Labor Administrative Process* (DOL). L'OSHA si avvale di interviste ai *whistleblowers*, ai testimoni di questi ultimi ma anche di testimoni a favore del datore di lavoro, oltre ad analizzare ogni documento rilevante per la causa. ²⁴²

La segnalazione può essere presentata oralmente, in forma scritta o elettronica attraverso la piattaforma informatica *Whistleblowing Protection Program*. ²⁴³ Qualora l'OSHA dovesse rilevare la fondatezza della segnalazione, adotterà un *preliminary order* nel quale può disporre:

- reintegra del lavoratore nella posizione lavorativa che avrebbe raggiunto in assenza delle discriminazioni;
- stipendi arretrati con interessi;
- *compensatory damages* non pecuniari;

²³⁸ Pub. L. 107-204, 116 Stat. 745, v. *Appendice II*. Il SOX ha modificato alcune disposizioni contenute nel 15 U.S.C. e nel 18 U.C.S.

²³⁹ La *U.S. Securities and Exchange Commission* è l'agenzia indipendente fondata per aiutare gli Stati Uniti a far fronte alla Grande Depressione, il cui ruolo è quello di proteggere gli investitori da abusi di mercato, promuovere l'equità e l'efficienza dei mercati finanziari e facilitare la formazione di capitali. (cfr. [SEC.gov | Home](https://www.sec.gov/))

²⁴⁰ 18 U.S.C. § 1514A.

²⁴¹ Si specifica che il *Sarbanes-Oxley Act* non è l'unico statuto a tutela dei *whistleblowers* a disciplinare il ricorso amministrativo all'OSHA, essendo esso previsto anche da altre normative, prima fra tutte il *Dodd-Frank Act*.

²⁴² Nel 2011, l'OSHA ha approvato il *Whistleblower Investigations Manual*, con *Directive* n. CPL 02-03-003, Sept. 20, 2011, [[Whistleblower Investigations Manual \(whistleblowers.gov\)](https://www.whistleblowers.gov/)] che illustra ogni passaggio del processo investigativo.

²⁴³ Capitolo 2, §II del *Manual*.

- spese legali.^{244 245}

Il ricorso verrà accolto qualora il lavoratore dimostri:

- che l'illecito oggetto della segnalazione coinvolge una *protected activity* che ricade nell'ambito applicativo del SOX;
- che il datore di lavoro fosse a conoscenza del fatto che il lavoratore era impegnato in suddetta mansione;
- di aver subito una ritorsione;
- che la segnalazione abbia rappresentato a livello causale un *contributing factor* per il la ritorsione da esso stesso patita.²⁴⁶

Grava, invece, sul datore di lavoro l'onere di provare attraverso elementi chiari e convincenti che avrebbe comunque adottato le misure che il segnalante ritiene essere ritorsive anche in assenza della segnalazione, secondo un'inversione della regola generale in materia.²⁴⁷ Egli, inoltre, potrà, entro 30 giorni lavorativi dalla notifica delle prove di cui l'Agenzia dispone contro di lui, presentare una risposta scritta all'OSHA oppure fissare un colloquio orale con gli investigatori.²⁴⁸

Ciascuna parte può impugnare il *preliminary order* dell'OSHA entro 30 giorni dalla sua emanazione.^{249 250}

Se entro 180 giorni dalla ricezione della segnalazione l'Agenzia non ha dato riscontri, il segnalante potrà presentare un ricorso al distretto della Corte federale competente, che conoscerà *de novo* la questione,²⁵¹ e, dopo 7 giorni, dovrà notificare all'*Assistant Secretary*,

²⁴⁴ Capitolo 6, §II del *Manual*.

²⁴⁵ N.M. MONDESITT- J.F. SHULMAN- D.P. WESTMAN, *Whistleblowing: the law of retaliatory discharge*, cit., ch. 3.III.A.

²⁴⁶ 29 C.F.R. §1979.110.

²⁴⁷ 18 U.S.C.A. §1514A (b)(2). In particolare, la giurisprudenza chiarisce che tale previsione istituisce uno *standard* probatorio che si colloca tra la «*preponderance of the evidence*» e la «*proof beyond any reasonable doubt*» (*Court of Appeals*, 3rd Circuit, 19 febbraio 2013, 708F.3d 152, in <https://caselaw.findlaw.com/>, *Araujo c. New Jersey Transit Rail Operations Inc*, III §B).

²⁴⁸ 29 C.F.R. §1980.105.

²⁴⁹ 29 C.F.R. §1980.105(c).

²⁵⁰ N.M. MONDESITT- J.F. SHULMAN- D.P. WESTMAN, *Whistleblowing: the law of retaliatory discharge*, cit., ch. 3.VI.A-B.

²⁵¹ 18 U.S.C. §1514A(b)(2); 29 C.F.R. §1980.114(a).

all'ALJ o all'*Administrative Review Board* (ARB) a seconda dell'organo dinanzi al quale pendeva la causa, una copia del ricorso notificato alla Corte.^{252 253}

Oltre alle protezioni di natura civilistica, il SOX prevede sanzioni penali per persone fisiche o giuridiche che abbiano consapevolmente realizzato con intenti ritorsivi condotte pregiudizievoli (o la semplice interferenza) al legittimo esercizio delle mansioni lavorative o per la vita di soggetti che abbiano reso note alle forze dell'ordine informazioni veritiere inerenti alla (possibile) commissione di illeciti.²⁵⁴ Di particolare rilevanza è il riferimento a “*any Federal offence*”, che estende l'applicazione delle pene ad ogni illecito e non solo alle frodi societarie o abusi finanziari. Non è necessario che il reato si sia effettivamente realizzato ma è sufficiente che la sua commissione sia possibile, sempre che le informazioni oggetto della segnalazione siano vere. Questo significa che un medesimo soggetto potrebbe essere contemporaneamente coinvolto in tre procedimenti: quello dinanzi all'OSHA, quello eventuale dinanzi alla Corte federale e, da ultimo, il processo penale.²⁵⁵

Il *Dodd- Frank Act*²⁵⁶ tutela da ritorsioni tutti quei lavoratori (persone fisiche, non sono di *whistleblowing* le segnalazioni provenienti da persone giuridiche²⁵⁷) del settore bancario e finanziario che forniscano informazioni al Governo federale circa comportamenti che essi ritengano integrare violazioni del *Consumer Financial Protection Act* e di ogni altro illecito relativo a materie di competenza della SEC;²⁵⁸ inoltre, ha esteso la protezione anche ai colleghi e familiari del segnalante eventualmente colpiti da ritorsioni. È, quindi, necessario che il lavoratore sia convinto che la condotta costituisca una violazione rientrante in una delle categorie sopra citate perché possano essere applicate le protezioni previste dalla normativa.

259

²⁵² 29 C.F.R. §1980.114(b).

²⁵³ N.M. MONDESITT- J.F. SHULMAN- D.P. WESTMAN, *Whistleblowing: the law of retaliatory discharge*, cit., ch. 4.II.B.

²⁵⁴ 18 U.S.C. §1513(d).

²⁵⁵ N.M. MONDESITT- J.F. SHULMAN- D.P. WESTMAN, *Whistleblowing: the law of retaliatory discharge*, cit., ch. 4.III.

²⁵⁶ Pub. L. 111-203, v. *Appendice III*.

²⁵⁷ 17 CFR § 240.21F-2 (a) (2).

²⁵⁸ 15 U.C.S. § 78u-6 (a) (6).

²⁵⁹ Proprio sul concetto di *reasonable belief* si è consumato un acceso dibattito in giurisprudenza, che ha visto prevalere la tesi per cui, affinché tale situazione si configuri, sia necessaria la compresenza del *subjective reaonableness* e dell'*objective reasonableness*. Se sul concetto di *subjective reasonableness* vi è sostanziale accordo nel ritenere che esso debba fare riferimento al *background* socio- culturale del segnalante, lo stesso non

Il modello istituito da tale normativa non contempla la possibilità di avvalersi della *qui tam action* per il segnalante, che, al contrario, dovrà attendere che la SEC dia luogo agli accertamenti necessari a valutare la portata del contributo della segnalazione sul recupero delle risorse oggetto della frode al fine di liquidare la ricompensa a favore del segnalante. Nel corso delle indagini da parte della SEC, la legge proibisce a chiunque di impedire le comunicazioni del segnalante con la Commissione, la quale potrà rivolgersi direttamente a quest'ultimo anche se l'organizzazione dispone di un ufficio legale e anche qualora il legale non presti il proprio consenso.²⁶⁰

Tale schema, definibile come “*cash for information*”, prevede che la SEC possa erogare una ricompensa economica (spesso definita “*bounty*”) a favore del segnalante ricompresa tra il 10% e il 30% della sanzione pecuniaria superiore a un milione di dollari derivanti da un'azione esecutiva promossa dalla Commissione stessa.²⁶¹ ²⁶² Nel determinare l'entità del premio in denaro (nel caso in cui vi siano più informatori per la medesima segnalazione, per ripartire la ricompensa), la SEC deve tenere conto:

- della rilevanza dell'informazione rivelata dal *whistleblower*, parametro la cui valutazione impone alla SEC di prendere in considerazione, ad esempio, l'affidabilità e completezza dell'informazione stessa, che, con riferimento al successo dell'azione giudiziaria, ha consentito alla SEC di risparmiare proprie risorse;
- dell'assistenza prestata dal *whistleblower*, che, invece, si misura a fronte, a titolo esemplificativo della prolungata e puntuale cooperazione attraverso l'aiuto nella comprensione di complesse operazioni, nell'interpretazione di prove chiave e individuazione di fruttuose piste d'indagine; della tempestività della segnalazione; delle risorse risparmiate dalla Commissione;
- dell'interesse del *whistleblower* alla corretta applicazione della legge, dato: dalla misura in cui la Commissione riesca a rendere efficaci le leggi che regolamentano i mercati

può dirsi per il *reasonable objectively belief*: una prima posizione in giurisprudenza ha individuato come parametro di giudizio per verificare il suo configurarsi la prospettiva di un «*normal reasonable person standard*» (Departement of Labor ARB, 25 maggio 2011, n. 07-123, in <https://www.whistleblowers.org/>, *Sylvester v. Paraxel International LLC*, p.14), si è scontrata con un'altra tesi più rigida che riteneva necessario che la segnalazione «*definitively and specifically*» si riferisse a una condotta di cui alla Section 806(a) del Dodd- Frank Act (Departement of Labor ARB, 29 settembre 2006, n. 04-154, in <https://casetext.com/>, *Platone v. FLYi, Inc.*, I §325).

²⁶⁰ 17 CFR § 240.21F-17.

²⁶¹ 15 U.S.C. § 78u-6(b)(1).

²⁶² D. F. ENGSTROM, *Bounty regimes* in J. ARLEN, *Research handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, Northampton, 2017, p. 335.

finanziari e a proteggere gli investitori nonché dalla misura del pericolo corso dagli investitori, considerati l'entità del danno (effettivo o potenziale), la tipologia e il numero di persone fisiche e giuridiche danneggiate;

- della partecipazione ai programmi di *compliance* interni, tenendo conto del se e in che misura il *whistleblower* ha fatto ricorso ai canali di segnalazione interna o ha prestato assistenza contestualmente a *internal investigations* o indagini.

Inoltre, ai fini della determinazione di una eventuale diminuzione del premio, la Commissione deve tenere conto:

- della colpevolezza o del coinvolgimento del *whistleblower* nelle questioni inerenti alla segnalazione, dati dal beneficio economico percepito, dal carattere recidivo delle condotte dell'informatore, dalla gravità della frode denunciata, dall'interferenza dell'informatore nelle attività investigative della Commissione;
- dell'irragionevole ritardo nella segnalazione, dato, per esempio, dal fatto che il *whistleblower* era conoscenza delle violazioni ma non ha adottato condotte per prevenire il verificarsi o il protrarsi delle violazioni.;
- dell'interferenza con i canali di segnalazione interna e con la *compliance* da parte del segnalante, che si ha, ad esempio, quando l'informatore presenti segnalazioni false, fittizie o ingannatorie.²⁶³

Nel caso in cui l'entità della sanzione comminata sia inferiore o pari ai 5 milioni di dollari e, il segnalante valutato meritevole dalla Commissione anche in base ai fattori appena elencati, riceverà la percentuale massima (30%) del premio.²⁶⁴

La SEC è tenuta a mantenere il segreto sull'identità del segnalante fino all'erogazione del premio in denaro, salvo che non si tratti di informazioni necessarie all'indagato per potersi difendere davanti alla Commissione stessa. La ricompensa economica è esclusa per tutti i segnalanti che:

- al momento in cui sono venuti a conoscenza delle informazioni erano membri, ufficiali o impiegati di un'*appropriate regulatory agency*,²⁶⁵ del DOJ, di un'organizzazione auto-regolamentata, del *Public Company Accounting Oversight Board* o della polizia;

²⁶³ 17 CFR § 240.21F-6 (a) (b).

²⁶⁴ 17 C.F.R. § 240.21F-6 (a) (b) (c).

²⁶⁵ Per "*appropriate regulatory agency*" si intende ogni ente elencato alla Sezione 3 (a) (34) del *Security Exchange Act*.

- sono colpevoli di un crimine afferente al fatto oggetto della segnalazione;
- ottengano le informazioni segnalate contestualmente all'esecuzione di una revisione dei bilanci richiesta dalle leggi finanziarie per le quali la presentazione di tali informazioni sarebbe contraria ai requisiti della sezione 10A del *Securities Exchange Act* del 1934;
- non abbiano fornito le informazioni richieste alla SEC.^{266 267}

L'erogazione dei premi in denaro da parte della Commissione è finanziata dall' *Investor Protection Fund* in cui confluiscono gli importi versati a titolo di sanzioni pecuniarie da coloro che risultano colpevoli delle violazioni denunciate.²⁶⁸ Il Fondo finanzia anche le attività ispettive e investigative della SEC.²⁶⁹

Il *Dodd-Frank Act* ha istituito un ulteriore *Whistleblower Program* rispetto a quello interno alla SEC, la cui attuazione è affidata al *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC),²⁷⁰ per il quale la stessa CFTC è chiamata a erogare premi in denaro a favore dei *whistleblowers* che abbiano fatto volontariamente emergere informazioni su violazioni del *Commodity Exchange Act* (CEA). La corresponsione dei premi è finanziata dalle risorse derivanti dalle sanzioni pecuniarie irrogate dalla Commissione, confluite nel *CFTC Customer Protection Fund*, che provvede anche a promuovere progetti ed iniziative che educino gli investitori a proteggersi al meglio dalle violazioni delle norme poste a loro tutela.²⁷¹

Le disposizioni contenute nel FCA e nel *Dodd-Frank Act* non esauriscono il panorama dei cd. "bounty regimes" che l'ordinamento americano conosce: a tal proposito, svolgono un ruolo di assoluta preminenza i *bounty programs* contenuti nell' *Informant Claims Program*²⁷² dell'IRS nel settore fiscale così come modificato nel 2006 e il *Federal Financial Institution Reform, Recovery and Enforcement Act*²⁷³ del 1988 che è relativo al settore bancario.

²⁶⁶ Pub. L. 111-203 §922.21. F (c) (2).

²⁶⁷ N.M. MONDESITT- J.F. SHULMAN- D.P. WESTMAN, *Whistleblowing: the law of retaliatory discharge*, cit., ch. 4.II.C.

²⁶⁸ 15 U.S.C. § 78u-6(g)(2)(A).

²⁶⁹ 15 U.S.C. § 78u-6(g)(2)(B).

²⁷⁰ 7 U.S.C. § 26. Il *Dodd-Frank Act* ha in questo modo modificato il *Commodity Exchange Act* (CEA).

²⁷¹ 7 U.S.C. § 26(g)(2).

²⁷² 26 U.S.C. §7623. La riforma del 2006 ha reso automatica l'erogazione del premio economico, annullando la semi-totale discrezionalità che la disciplina precedente riconosceva all'IRS con riferimento alla determinazione dell'*an* e del *quantum* della ricompensa, cfr. D. F. ENGSTROM, *Bounty regimes* in J. ARLEN, *Research handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, cit., p. 336.

²⁷³ 12 U.S.C §4205.

Ciò che tali previsioni normative suggeriscono è una crescente fiducia del legislatore federale in strumenti regolatori che coinvolgano il privato cittadino nel far emergere informazioni che, altrimenti, rimarrebbero oscure agli enti regolatori o che sarebbero per gli stessi estremamente difficili da reperire: a tale stregua, si giustifica la progressiva estensione degli incentivi economici alla denuncia o dei *bounty schemes* a una notevole gamma di settori.²⁷⁴

3.2. Settore pubblico.

I *whistleblowers* che prestano la loro mansione lavorativa nel settore pubblico sono protetti dal *Civil Service Reform Act*²⁷⁵ (CSRA) del 1978 che ha istituito l'*Office of Special Counsel* (OSC) all'interno di ogni Agenzia federale, nel quadro di un generale intento riformatore delle pubbliche amministrazioni finalizzato a prevenire e contrastare violazioni del "*merit system*" sul luogo di lavoro. In particolare, all'OSC del *Merit System Protection Board*²⁷⁶ sono riconosciuti poteri investigativi e di esercizio dell'azione penale allo scopo di contrastare forme di ritorsione nei confronti dei dipendenti federali.²⁷⁷

I dipendenti pubblici sono, inoltre, destinatari di un apparato organico di garanzie confluito nel *Whistleblowers Protection Act*²⁷⁸ (WPA) del 1989, modificato nel 1994 e poi nel 2012, che ha rafforzato il ruolo dell'OSC nel rendere esecutive tali protezioni, rendendolo un'agenzia indipendente.

L'ambito soggettivo di applicazione della normativa ricomprende tutti i lavoratori dipendenti delle amministrazioni federali²⁷⁹ che il segnalante ritenga costituire prova di un illecito (violazione di leggi, regolamenti, regole interne, ordini amministrativi o evidente abuso di poteri amministrativi, come la frode ai danni del Governo, o di una qualunque condotta che ponga in serio pericolo la sicurezza e la salute pubbliche).²⁸⁰

²⁷⁴ R. G. VAUGHN, *The successes and failures of whistleblower laws*, cit., pp. 126-127.

²⁷⁵ Pub.L. 95-454, 92 Stat. 1111.

²⁷⁶ Il *Merit System Protection Board* è l'Agenzia federale che si occupa di favorire le *best practises* in materia di protezione dei lavoratori che abbiano rivelato condotte illecite all'interno delle pubbliche amministrazioni.

²⁷⁷ N.M. MONDESITT- J.F. SHULMAN- D.P. WESTMAN, *Whistleblowing: the law of retaliatory discharge*, cit., ch. 8. I.A.1.

²⁷⁸ Pub. L. No. 101-12, 103 Stat. 16, codificato all'interno di 5 U.S.C, v. *Appendice IV*.

²⁷⁹ Fanno eccezione i lavoratori della *Central Intelligence Agency* (CIA) e della *National Security Agency* (NSA), nonché tutte le posizioni lavorative di stretta collaborazione con la Presidenza.

²⁸⁰ 5 U.S.C. §2302 (b)(8)(A).

La normativa prevede che le segnalazioni debbano essere rivolte:

- all'OSC del *Merit System Protection Board* che si occupa della ricezione delle segnalazioni, incluse quelle confidenziali ed anonime;
- all'ufficio competente alla gestione delle investigazioni ed ispezioni interne a ciascuna agenzia federale, incluse quelle derivanti da segnalazioni (*Inspector General*), secondo quanto previsto dall'*Inspector General Act* del 1978.²⁸¹ Tale normativa impone all'organo di mantenere la riservatezza sull'identità del segnalante.²⁸²

Le protezioni previste verranno erogate a favore del lavoratore che fornisca prova del *reasonable belief* della veridicità dell'informazione, parametro che, secondo il *Merit System Protection Board*,²⁸³ deve essere valutato in base alla ragionevolezza tipica di un osservatore esterno e disinteressato;²⁸⁴ in questo senso, le tutele verranno applicate anche se l'informazione si sia rivelata non corretta, ma che il lavoratore ritenesse vera. Non darà, dunque, luogo alle protezioni la segnalazione che abbia ad oggetto una mera opinione. Questo *standard* si applica a ogni genere di segnalazione, sia essa rivolta all'OSC, all'*Inspector General*, a terzi, a membri del Congresso, alle forze dell'ordine e ai *media*.²⁸⁵

Il dipendente dovrà dimostrare in giudizio che la segnalazione ha rappresentato un *contributing factor* dell'atto ritorsivo, nonché il decorso di un lasso di tempo ragionevole tra segnalazione e atto ritorsivo. L'Agenzia federale datrice di lavoro potrà poi dimostrare che la misura sarebbe stata adottata anche in assenza della segnalazione.²⁸⁶

Il WPA prevede che in caso di esito favorevole del giudizio per il segnalante, il MSPB potrà decidere di adottare un *corrective action order*, che potrà eventualmente disporre la riassegnazione del lavoratore alla posizione più prossima possibile a quella che egli avrebbe meritato se non fosse intervenuta la ritorsione, la corresponsione delle retribuzioni e dei

²⁸¹ Pub. L. No. 95-452, 92 Stat. 1101.

²⁸² N.M. MONDESITT- J.F. SHULMAN- D.P. WESTMAN, *Whistleblowing: the law of retaliatory discharge*, cit., ch. 8. I.A.2.

²⁸³ MSPB, *Whistleblower Protections to Federal Employees: A Report to the President and the Congress*, 2010, pp.27-30, [[https://www.mspb.gov/studies/studies/Whistleblower Protections for Federal Employees 557972.pdf](https://www.mspb.gov/studies/studies/Whistleblower%20Protections%20for%20Federal%20Employees%20557972.pdf)].

²⁸⁴ Solo in caso di *mala gestio* pubblica o di sperpero dei fondi pubblici, ai fini dell'erogazione delle tutele è necessario che venga dimostrato il carattere evidente (*gross*) del comportamento denunciato.

²⁸⁵ R. G. VAUGHN, *The successes and failures of whistleblower laws*, cit., pp. 99-100.

²⁸⁶ 5 U.S.C. §1221 (e)(1).

benefits arretrati, delle spese mediche, dei costi di spostamento e di ogni altro danno da esso patito.²⁸⁷

Il *Notification and Federal Employee Antidiscrimination and Retaliation Act* del 2002 (*No FEAR Act*)²⁸⁸ istituisce la responsabilità delle Agenzie federali che si siano rese responsabili di una violazione delle leggi che proteggono i *whistleblowers*, facendo gravare sul loro *budget* il costo di processi scaturiti da una segnalazione.²⁸⁹ In questo senso, è previsto che ciascuna Agenzia renda noti ai suoi dipendenti i diritti riconosciuti e le pratiche proibite dalle disposizioni del WPA che devono essere da esse pubblicati anche sui rispettivi siti *internet*²⁹⁰

291

4. Profili applicativi.

Il presente paragrafo ricostruisce l'applicazione, da parte di Italia e Stati Uniti delle discipline *supra* descritte, principalmente attraverso i dati che le autorità competenti in materia hanno raccolto; si richiameranno sia le indicazioni fornite dai documenti di *soft law* che hanno guidato e facilitato l'implementazione in concreto delle disposizioni normative, sia le più recenti iniziative finalizzate a massimamente valorizzare l'istituto del *whistleblowing*.

L'entrata in vigore del d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24 in Italia ha imposto una serie di obblighi in capo agli enti italiani, la cui attuazione è stata vagliata, anzitutto, da un rapporto di ANAC²⁹² che rivela che il 78% degli enti intervistati (51% degli enti del settore pubblico e 70,4% del

²⁸⁷ N.M. MONDESITT- J.F. SHULMAN- D.P. WESTMAN, *Whistleblowing: the law of retaliatory discharge*, cit., ch. 8. I.A.3.

²⁸⁸ Pub. L. No. 107-174, 116 Stat. 566 (2002).

²⁸⁹ Pub. L. No. 107-174 §201(b).

²⁹⁰ Pub. L. No. 107-174 §201(b), (c).

²⁹¹ N.M. MONDESITT- J.F. SHULMAN- D.P. WESTMAN, *Whistleblowing: the law of retaliatory discharge*, cit., ch. 8. I.A.3. ii.

²⁹² ANAC, *Monitoraggio sulle criticità nell'applicazione della disciplina whistleblowing (d.lgs. n. 24/2023)*, 2024 [<https://www.anticorruzione.it/documents/91439/195511204/Monitoraggio+criticit%C3%A0+applicazione+disciplina+whistleblowing+-+18.03.2024.pdf/59f99896-2861-8eb8-847d-9b3212f2a49e?t=1710847767490>].

L'indagine è stata condotta attraverso la somministrazione di un questionario anonimo *online* disponibile dal 4 dicembre al 22 dicembre 2013 nell'*homepage* del sito istituzionale dell'Autorità ai soggetti del settore pubblico e del privato tenuti ad attivare canali interni di segnalazione. Hanno partecipato all'indagine 319 enti del settore pubblico (di cui 292 tenuti alla nomina del RPCT), come Comuni, Regioni, Province, ministeri, Aziende del SSN, Università, Scuole, Autorità Amministrative Indipendenti, enti pubblici, enti di diritto privato in controllo; per quanto concerne il settore privato, hanno partecipato 213 enti, con una media di lavoratori subordinati impiegati nell'ultimo anno a tempo determinato e indeterminato inferiore a 50, da 50 a 249, più di 249, un'associazione datoriale e 4 soggetti non riconducibili ad uno specifico ente.

privato) non ha ancora ricevuto alcuna segnalazione. Con riferimento alla totalità delle segnalazioni ricevute dagli enti (pubblici e privati) intervistati al momento dell'indagine, il 58% di esse deriva da dipendenti dell'organizzazione.²⁹³

Il d.lgs. 24/2023 ha, altresì, imposto agli enti l'istituzione di canali interni di segnalazione: a tal proposito, la Guida Operativa di Confindustria specifica che gli enti debbano, anzitutto, valutare l'adeguamento dei canali già attivati e delle procedure interne in considerazione dei requisiti prescritti dalla nuova normativa.²⁹⁴ L'attuazione dell'obbligo da parte degli intervistati da ANAC, rivela che 62% degli enti del settore pubblico tenuti alla nomina del RPCT²⁹⁵ ha attivato un canale interno, di contro al restante 38% che invece non ha provveduto in tal senso. Le ragioni che stanno alla base dell'inadempimento e che sono emerse dall'indagine di ANAC sono varie: l'attivazione non viene ritenuta necessaria, costi economici e in termini di risorse umane (il personale in via di pensionamento rifiuta ogni aggiornamento), la generale mancanza di risorse, le piccole dimensioni dell'ente, l'assenza di segnalazioni e il ritenere sufficiente un'unica piattaforma sia per le segnalazioni interne che per quelle esterne sono le più frequenti; si segnala che, comunque, il 23% tra gli enti intervistati ha provveduto alla predisposizione, nonostante il canale, al momento dell'indagine, non fosse ancora attivo.^{296 297} Per quanto concerne i soggetti coinvolti nella trattazione delle vicende segnalate, quasi la totalità degli enti (286 su 292) affida tale funzione al RPCT (ed eventualmente alla sua segreteria tecnica, al gruppo istruttore che lo coadiuva o al gruppo di supporto istituito a sua discrezione); sono ben pochi gli enti che riconoscono competenza in materia unicamente al RPCT, laddove è invece

²⁹³ ANAC, *Monitoraggio sulle criticità nell'applicazione della disciplina whistleblowing (d.lgs. n. 24/2023)*, cit., pp. 7 e 41.

²⁹⁴ In particolare, la Guida precisa che gli enti dovranno aggiornare il loro modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001, se sono tenuti a redigerlo, avendo cura di esplicitare il riferimento al divieto di commissione di qualsiasi atto di ritorsione (art.2, co.1 lett. m), d. lgs. 24/2023) e il rispetto dei doveri di riservatezza nel trattamento delle informazioni relativamente alla gestione delle segnalazioni. Sarà, inoltre, necessario che ciascun ente valuti l'idoneità del sistema disciplinare a sanzionare le violazioni indicate dalla nuova normativa, cfr. CONFINDUSTRIA, *Guida operativa per gli enti privati*, 2023, [<https://www.confindustria.it/wcm/connect/764634fd-46ef-42cc-adce-999e16ea4485/Guida+Operativa+Whistleblowing.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-764634fd-46ef-42cc-adce-999e16ea4485-oJNmhSD>], pp. 32-33.

²⁹⁵ v. *supra*, II §1.2, nota 168.

²⁹⁶ Altrettanto interessante è il dato per cui solo il 15% degli enti pubblici tenuti a nominare il RPCT abbiano adottato un atto organizzativo finalizzato a disciplinare la procedura di gestione delle segnalazioni interne, mentre la restante parte ha variamente motivato la scelta: non è ancora stato predisposto ma intendono adottarlo in futuro, la mancanza di segnalazioni, la presenza di un regolamento sottoposto al controllo dell'ente sovraordinato, la non necessità, il continuo aggiornamento per vie alternative (siti internet, *newsletter*, corsi,...) cui è soggetta la materia.

²⁹⁷ ANAC, *Monitoraggio sulle criticità nell'applicazione della disciplina whistleblowing (d.lgs. n. 24/2023)*, cit., pp. 25-26.

molto frequente che la gestione delle segnalazioni sia demandata anche ai responsabili dell'ufficio legale o al legale dell'ente (37%), al responsabile *Internal Audit* (34%), all'OdV (32%), al responsabile della *compliance* (16,4%).

Qualunque sia l'organo deputato alla mansione, il 68% degli enti ha previsto procedure interne tali per cui esso possa avvalersi di documenti, atti, informazioni richiesti a dirigenti, responsabili degli uffici e altri dipendenti dell'ente; tali scambi sono scanditi da un sistema di coordinamento che per il 15% degli enti è affidato a uno specifico Comitato chiamato a gestire i rapporti con gli uffici interni (o che, se la segnalazione è rilevante ai sensi del d.lgs. 231/2001, dovrà darne notizia all'OdV); mentre nel 16% dei casi è affidato alla mera interlocuzione tra le parti coinvolte.

Per quanto concerne gli enti del settore pubblico non tenuti alla nomina del RPCT che hanno partecipato all'indagine, si segnala che poco meno della metà di questi (40,7%) ha affidato la gestione delle segnalazioni interne ad un soggetto interno,²⁹⁸ mentre l'11% ha individuato una figura esterna, come una società di consulenza, un altro ente, una persona fisica (avvocato, consulente, ...). La restante parte non ha risposto alla domanda.²⁹⁹

Ben l'85% degli enti del settore privato partecipanti all'indagine ha provveduto all'attivazione del canale di segnalazione interno, di contro al 15% che non lo ha istituito, motivando la scelta sull'assunto per cui l'obbligo decorresse dal 17 dicembre 2023 o che l'attivazione fosse già stata avviata. Più della metà degli enti (52,4%) ha provveduto all'approvazione di un atto organizzativo che disciplini la gestione delle segnalazioni interne, affidando tale mansione a una notevole e varia categoria di soggetti interni, come l'OdV, il RPCT, il responsabile HR, il responsabile dell'ufficio legale, ecc. Tali organi, secondo le risposte più ricorrenti, gestiscono l'intero flusso della segnalazione, dalla ricezione alla valutazione, fino alla comunicazione

²⁹⁸ La scelta dell'organo interno ricade variamente su segretari, OdV o RPCT, dipendenti incaricati, responsabili del settore.

²⁹⁹ ANAC, *Monitoraggio sulle criticità nell'applicazione della disciplina whistleblowing (d.lgs. n. 24/2023)*, cit., pp. 27-36.

dell'esito, coltivando i contatti con il segnalante,³⁰⁰ nel rispetto dei doveri di riservatezza in modo indipendente e imparziale.³⁰¹

Come si può notare, in mancanza di indicazioni specifiche nel decreto, parte dei soggetti tenuti ad istituire un Organismo di Vigilanza ha deciso di affidare ad esso la gestione delle segnalazioni. Tale scelta è supportata dalla Guida Operativa di Confindustria, che ravvisa nell'OdV un soggetto dotato di «competenze tecniche adeguate e di autonomia e indipendenza, funzionali e gerarchiche», rispetto ad altri organi interni all'ente, considerato che la disciplina *whistleblowing* è parte integrante del Modello 231, sul cui rispetto l'OdV è chiamato a vigilare, e che esso è destinatario dei flussi informativi all'interno dell'ente. In questo senso, l'OdV sarebbe in grado di espletare l'attività di gestione delle segnalazioni interne in termini di verifica e istruttoria senza interferenze e condizionamenti, per lasciare alle competenti funzioni aziendali le successive decisioni operative. Senza contare che l'OdV è l'organo che meglio si presta alla garanzia della riservatezza, dell'identità del *whistleblower* e del contenuto della segnalazione. Nel caso in cui l'ente decidesse di demandare a qualunque altro organo la gestione delle segnalazioni, comunque, secondo la Guida Operativa, dovrà coinvolgere l'OdV, informandolo su segnalazioni rilevanti i sensi del d.lgs. 231/2001 e aggiornandolo periodicamente sull'attività complessiva di gestione delle segnalazioni.³⁰² La posizione dell'Associazione Componenti OdV (AODV231) è, invece, più cauta, essendo che l'eventuale coinvolgimento dell'OdV non rientra nel suo originario mandato di vigilanza (soprattutto nel caso in cui l'ente rientri nell'ambito di applicazione della disciplina sulla segnalazione delle violazioni del diritto dell'UE); il *Position Paper* dell'Associazione suggerisce, quindi, di valutare attentamente l'attribuzione della competenza all'OdV, avendo cura di evitare, conflitti

³⁰⁰ Nel caso in cui esso ritengano che la segnalazione sia inammissibile o manifestamente infondata, procedono all'archiviazione, dandone comunicazione al Consiglio di amministrazione, al Collegio Sindacale e all'OdV. Se, invece, all'esito dell'istruttoria la segnalazione risulti non manifestamente infondata, secondo le risposte maggiormente frequenti, la trasmetterà ai soggetti competenti. Il gestore è tenuto, secondo le risposte di molti soggetti, a inoltrare un'informativa dell'attività effettuata agli organi di controllo e/o al direttore generale/direzione aziendale, i quali dovranno supervisionare e verificare la valutazione del gestore e definire eventuali sanzioni e/o azioni correttive.

³⁰¹ ANAC, *Monitoraggio sulle criticità nell'applicazione della disciplina whistleblowing (d.lgs. n. 24/2023)*, cit., pp. 56-65.

³⁰² CONFINDUSTRIA, *Nuova disciplina "whistleblowing". Guida operativa per gli enti privati*, cit., p. 15.

di interesse e la partecipazione ad attività gestorie che potrebbero minare l'indipendenza di giudizio e l'autonomia dell'Organismo, auspicando, all'integrazione dell'incarico.^{303 304}

Per quanto concerne l'implementazione delle discipline speciali in materia, sembra che gli enti che hanno partecipato all'indagine non abbiano compreso chiaramente a cosa ci si riferisse, tant'è che nel settore pubblico la maggior parte degli enti a tali normative associa, erroneamente, lo stesso decreto legislativo 24/2023, piuttosto che la legge 190/2012 o il decreto legislativo 231/2001.³⁰⁵ Nel settore privato il quadro cambia nettamente, infatti il 24% degli enti che dichiara di essere sottoposto a normative speciali, è in grado di individuare correttamente tali discipline, da ricondursi prevalentemente al settore bancario, finanziario, assicurativo e della sicurezza sul lavoro; il 20% dichiara di avere istituito un apposito canale interno e il 16% di averlo coordinato con quanto previsto dal nuovo d.lgs. 24/2023.³⁰⁶

La nuova normativa ammette il ricorso alla condivisione del canale di segnalazione interno per gli enti che hanno impiegato una media di dipendenti non superiore a 249 nell'anno precedente a quello istitutivo del canale interno,³⁰⁷ ma non provvede a disciplinare nello specifico le procedure necessarie per avvalersi di tale forma di condivisione. La Guida Operativa di Confindustria chiarisce che «lo scopo di tale previsione è quello di consentire agli enti di piccole/medie dimensioni, (siano essi entità giuridiche appartenenti a un medesimo gruppo o enti e organizzazioni privi di legame tra loro) di semplificare gli adempimenti e di contenere i costi».³⁰⁸ Inoltre, le Linee Guida ANAC precisano che nel caso in cui più enti privati decidano di affidare la gestione delle segnalazioni a uno stesso soggetto (esterno), si dovrà fare in modo che ciascun ente acceda esclusivamente alle segnalazioni di propria spettanza, anche tenendo conto dell'attribuzione delle eventuali responsabilità, postulando la necessità che vengano adottate misure tecniche e organizzative per garantire che ciascun ente abbia accesso solo alle

³⁰³ L'Associazione precisa che l'attribuzione dell'incarico esclusivamente all'OdV potrebbe rendersi necessaria nell'ampio spettro delle piccole imprese, in cui l'individuazione di un Ufficio Whistleblowing può rivelarsi difficoltosa, vuoi per carenza di risorse umane compatibili con il ruolo, vuoi per scarsità di risorse economiche, cfr. AODV231, *Position Paper. Il ruolo dell'OdV nell'ambito del Whistleblowing*, 2023, p. 7, [https://www.aodv231.it/images/pdf/4628-qm3-10-PP_Il%20ruolo%20dell%20OdV%20nell%20ambito%20del%20whistleblowing_DEFINITIVO.pdf].

³⁰⁴ AODV231, *Position Paper. Il ruolo dell'OdV nell'ambito del Whistleblowing*, cit., pp. 7-8.

³⁰⁵ ANAC, *Monitoraggio sulle criticità nell'applicazione della disciplina whistleblowing (d.lgs. n. 24/2023)*, cit., p. 5.

³⁰⁶ ANAC, *Monitoraggio sulle criticità nell'applicazione della disciplina whistleblowing (d.lgs. n. 24/2023)*, cit., p. 38.

³⁰⁷ v. *supra*, II §1.2, nota 167.

³⁰⁸ CONFINDUSTRIA, *Nuova disciplina "whistleblowing". Guida operativa per gli enti privati*, cit., p. 21.

segnalazioni di propria competenza. La condivisione dovrà essere regolata da un accordo/convenzione con il soggetto gestore,³⁰⁹ che è chiamato a rispettare l'obbligo di riservatezza, a fornire un riscontro e a gestire la violazione segnalata.³¹⁰

Quindi, per quanto riguarda gli enti non appartenenti ad un gruppo (enti "indipendenti"), essi hanno la possibilità di riconoscere ad un altro ente la competenza a gestire le segnalazioni *whistleblowing* oppure di affidare tale mansione ad un soggetto terzo esterno, che fornisca, inoltre, la piattaforma di segnalazione. Mentre, per gli enti appartenenti ad un medesimo gruppo, è consentito individuare nella capogruppo il soggetto che «predispone la piattaforma, smista le segnalazioni tra le controllate e/o le gestisce», previsione particolarmente funzionale agli enti che abbiano istituito una *compliance* integrata di gruppo, che permetterebbe di gestire congiuntamente il processo di segnalazione.³¹¹

Queste indicazioni, che si riferiscono agli enti appartenenti ad un gruppo e con una media di lavoratori pari o inferiore a 249, non sono state significativamente prese in considerazione dagli enti sottoposti al questionario di ANAC. Infatti, quanto rilevato dall'indagine induce a ritenere che gli enti intervistati non abbiano voluto avvalersi di tale opportunità: partendo dal presupposto che nel settore pubblico il quesito è stato posto a tutti gli enti (e non solo a quelli che presentano requisiti tali per poter condividere il canale), considerando unicamente i 140 Comuni intervistati (che, in quanto tali, possiedono i requisiti per la condivisione), emerge che solo il 27% condivide il canale con altri enti, e, per di più, ben il 76% della restante parte, non

³⁰⁹ La Guida Operativa (CONFINDUSTRIA, *Nuova disciplina "whistleblowing". Guida operativa per gli enti privati*, cit., p. 21) individua, a titolo esemplificativo, gli elementi che devono figurare nell'accordo:

- a) le modalità di funzionamento del canale di segnalazione condiviso;
- b) le finalità e i mezzi del trattamento dei dati personali;
- c) le misure tecniche e organizzative adottate affinché il canale garantisca la riservatezza nell'ambito della segnalazione;
- d) le misure tecniche e organizzative adottate affinché il canale di segnalazione garantisca a ciascun ente di accedere alle sole segnalazioni che lo riguardano;
- e) il soggetto destinatario delle segnalazioni e i relativi compiti e poteri;
- f) le procedure per il ricevimento delle segnalazioni;
- g) il processo di gestione della segnalazione.

³¹⁰ ANAC, *Delibera n. 311 del 12 luglio 2023 - Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne*, 2023, [<https://www.anticorruzione.it/documents/91439/146849359/Delibera+n.+311+del+12+luglio+2023+LLGG+W+B+versione+unitaria.pdf/c87e8c07-86d0-baf9-685d-274e2eb6c93e?t=1690552947182>], p. 41.

³¹¹ CONFINDUSTRIA, *Nuova disciplina "whistleblowing". Guida operativa per gli enti privati*, cit., pp. 21-22.

ha intenzione di attivare la condivisione in futuro;³¹² la situazione è leggermente diversa nel settore privato, in cui su un totale di 150 enti in possesso dei requisiti per la condivisione poco meno della metà (42%) ha deciso di avvalersi di tale opportunità, e della restante parte, il 71% non lo farà nemmeno in futuro.³¹³

Né il decreto né le Linee Guida ANAC dispongono alcunché con riferimento agli enti appartenenti ad un gruppo con un media di lavoratori superiore a 249. Nell'ottica di colmare tale lacuna, la Guida Operativa di Confindustria ipotizza diverse soluzioni operative:

-Gestione delle segnalazioni decentralizzata a livello di singola impresa controllata: le varie entità dispongono di un'unica piattaforma informatica di segnalazione e, una volta effettuato l'accesso, il singolo lavoratore potrà selezionare l'organizzazione presso la quale presta la propria attività lavorativa e nei confronti della quale è rivolta la segnalazione. Questa soluzione consentirà alla singola *legal entity* di dare seguito alla segnalazione, così valorizzando il principio di prossimità rispetto all'origine della violazione segnalata, nonché alla posizione e al ruolo del segnalante.³¹⁴

-Affidamento alla capogruppo (in qualità di soggetto terzo rispetto alle controllate) delle attività inerenti alla segnalazione: le varie entità dispongono di un'unica piattaforma informatica predisposta dalla capogruppo che, eventualmente, può essere strutturata in modo tale da separare i canali di segnalazione di ciascuna società. Tale modello dovrebbe essere regolato da appositi contratti di servizio che gestiscano le relazioni tra singola controllata e capogruppo e potrà contemplare la possibilità che la capogruppo si avvalga, volta per volta, di uno o più uffici interni della controllata, nel rispetto degli obblighi di riservatezza, ovvero istituisca *ex ante* una struttura dedicata che assicuri la partecipazione di soggetti interni alla controllata cui sia riferibile la segnalazione, per garantire il rispetto del principio di prossimità.

³¹⁵

Alla luce degli scopi della direttiva e del decreto e delle successive statuizioni provenienti dagli strumenti di *soft law*, la soluzione applicativa che si prospetta contempla la necessità che nella fase di ricevimento della segnalazione, ciascuna società che abbia più di 249 dipendenti debba

³¹² ANAC, *Monitoraggio sulle criticità nell'applicazione della disciplina whistleblowing (d.lgs. n. 24/2023)*, cit., p. 6.

³¹³ ANAC, *Monitoraggio sulle criticità nell'applicazione della disciplina whistleblowing (d.lgs. n. 24/2023)*, cit., p. 40.

³¹⁴ Considerando 47, direttiva n. 1937/2019.

³¹⁵ CONFINDUSTRIA, *Nuova disciplina "whistleblowing". Guida operativa per gli enti privati*, cit., p. 22.

essere dotata di canali di ricezione (anche mediante piattaforme fornite da terzi), e, con riferimento alla fase di gestione delle segnalazioni, tali attività possono essere svolte da un servizio dedicato, competente e indipendente, anche terzo rispetto alla società interessata (quindi formato a soggetti riferibili alla capogruppo) o da *team* misti al fine di valorizzare il principio di prossimità, segnatamente garantendo la partecipazione alle attività di seguito a soggetti interni alla controllata.³¹⁶

Con specifico riguardo alle modalità della segnalazione più della metà degli enti (pubblici e privati) intervistati (59,6%) ha attivato una piattaforma informatica appositamente dedicata all'acquisizione e gestione delle segnalazioni scritte, che nel settore pubblico, quasi nella totalità dei casi è quella messa a disposizione da *Transparency International Italia*, realizzata grazie al *software GlobalLeaks*, risorsa digitale libera e *open source*. Nel settore privato, invece, si aggiungono anche la piattaforma BDO, *Legality whistleblowing* di DigitalPA, *My Governance* di Zucchetti e le piattaforme sviluppate dai singoli enti.³¹⁷ In particolare, è di assoluta rilevanza il dato per cui, quasi la totalità degli enti (pubblici o privati) intervistati (95%) che dispongono di una piattaforma informatica prevede specifiche funzionalità per agevolare l'applicazione delle norme in tema di *privacy* (informativa *privacy*, *policy retention*, ...). Nel settore pubblico, gli enti hanno attivato anche ulteriori modalità per presentare segnalazioni scritte per far fronte ad eventuali problemi tecnici o per ampliare gli strumenti a disposizione del segnalante, come la PEC (67% dei casi), la consegna diretta (63% dei casi), la posta ordinaria (60% dei casi), la raccomandata (60% dei casi), la PEO (59% dei casi), la possibilità di incontrare il RPCT riservatamente affinché questo rediga un verbale o trasferisca in piattaforma la segnalazione, un canale telefonico senza registrazione, un indirizzo e-mail visibile solo al RPCT. Nel settore privato, invece, queste modalità si ritrovano ma in percentuali nettamente inferiori, il che suggerisce che gli enti intendano privilegiare le segnalazioni tramite piattaforma informatica.

³¹⁶ A. CARINO (DLA Piper LLP), nel corso della lezione del 13/09/2024 del *Corso Corporate Compliance and Business Integrity* intitolata "*Flussi informativi e whistleblowing*".

³¹⁷ Gli enti (pubblici e privati) intervistati che non hanno adottato una piattaforma informatica hanno motivato la scelta con ragioni varie, tra cui spicca in ambo i settori la mancanza di segnalazioni.

In particolare, si segnala che tra gli enti del settore pubblico che non hanno attivato la piattaforma (38%) si collocano anche enti di grandi dimensioni. Si specifica che tra gli enti del settore privato che non hanno ancora attivato la piattaforma si collocano soprattutto enti che hanno avuto nell'ultimo anno una media di lavoratori dipendenti a tempo determinato e indeterminato compreso tra 50 e 249, per cui l'obbligo di istituire il canale di segnalazione decorreva dal 17 dicembre 2023.

Sul fronte degli accorgimenti adottati per garantire al meglio la riservatezza dell'identità del segnalante e del contenuto della segnalazione (protocollazione riservata, busta chiusa e protocollazione riservata, raccolta segnalazioni in registro separato e riservato, misure di sicurezza aggiuntive con riferimento alla casella di posta elettronica, altro), salvo qualche caso isolato, la maggioranza degli enti pubblici non si è adoperata in tal senso. Di contro, a riequilibrare tale dato vi è la previsione di codici di comportamento/codici etici che istituiscano forme di responsabilità disciplinare in capo ai soggetti competenti a gestire le segnalazioni in caso di violazione dell'obbligo di riservatezza dell'identità del segnalante e degli altri soggetti protetti dal decreto: il 72,7% degli enti del settore privato intervistati ha redatto, infatti, tali codici, percentuale che si abbassa sensibilmente nel settore pubblico (54%).³¹⁸

Come si rilevava *supra* II §2.2, gli uffici preposti (in enti del settore pubblico e privato) sono tenuti a instaurare un rapporto interlocutorio con il segnalante, che in assenza della piattaforma informatica viene realizzato in varie modalità, tra cui un recapito chiesto al segnalante, via mail, con la casella di posta dedicata o con audizioni con il RPCT.

La quasi totalità degli enti pubblici e privati intervistati (92%) dichiara di non aver ricevuto segnalazioni tramite canali diversi da quelli appositamente indicati.³¹⁹

Per quanto concerne l'opportunità di ricorrere a segnalazioni orali, sia la direttiva che il decreto *whistleblowing* prescrivono l'alternatività di esse rispetto alle segnalazioni scritte, laddove invece, sia le Linee Guida sia la Guida Operativa di Confindustria postulano la necessità che ciascun ente si adoperi per far sì che entrambe le forme di segnalazione siano rese disponibili all'interno di ciascuna entità, lasciando al segnalante la scelta.³²⁰ Poco meno della metà degli enti del settore pubblico sottoposti all'indagine (48%) prevede la facoltà di segnalare oralmente, mentre, nel settore privato, il dato è sensibilmente più elevato (71%), per lo più attraverso incontri diretti con il segnalante mediante individuazione di una sede riservata,

³¹⁸ ANAC, *Monitoraggio sulle criticità nell'applicazione della disciplina whistleblowing* (d.lgs. n. 24/2023), cit., pp. 24 e 56.

³¹⁹ ANAC, *Monitoraggio sulle criticità nell'applicazione della disciplina whistleblowing* (d.lgs. n. 24/2023), cit., pp. 9-18 e 42-50.

³²⁰ CONFINDUSTRIA, *Nuova disciplina "whistleblowing". Guida operativa per gli enti privati*, cit., p. 11 e ANAC, *Delibera n. 311 del 12 luglio 2023 - Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne*, cit., p. 35.

eventualmente esterna all'organizzazione. Nonostante ciò, nel 90% degli enti (pubblici e privati) i segnalanti preferiscono presentare la segnalazione in forma scritta.³²¹

Altro dato rilevante è quello inerente alle segnalazioni anonime, che, nonostante la Direttiva rimettesse agli Stati membri la possibilità di decidere se gli enti dovessero accettarle e darvi seguito, non hanno ricevuto un'espressa disciplina da parte del legislatore italiano. Le Linee Guida ANAC chiariscono che esse debbano essere equiparate alle segnalazioni ordinarie e, quindi, gestite secondo le relative procedure interne;³²² la Guida Operativa di Confindustria, invece, precisa che le segnalazioni anonime potranno essere equiparate a segnalazioni ordinarie solo se siano puntuali, circostanziate e documentate, e, solo in questi casi, potranno essere gestite in conformità ai regolamenti interni.³²³ Sia nel settore pubblico che nel privato, rispettivamente il 34% e il 55% degli enti intervistati dichiara di aver ricevuto segnalazioni anonime, che, nella maggior parte dei casi (40% nel privato e 23% nel pubblico) sono trattate come segnalazioni *whistleblowing*.³²⁴ Altre soluzioni individuate sono state quella di gestirle come segnalazioni ordinarie (9% degli enti del settore pubblico e 11% nel privato) o di archiviarle in un esiguo numero di casi.

La disciplina ha imposto, inoltre, precise scansioni temporali³²⁵ per la gestione delle segnalazioni e il 94,2% degli enti (pubblici e privati) intervistati dichiara di non riscontrare problemi con riferimento a tali vincoli.³²⁶

Con riferimento alle iniziative di sensibilizzazione e formazione del personale al fine di divulgare le finalità del *whistleblowing* e le relative procedure, la maggioranza degli enti (pubblici e privati) intervistati (79,6%) ha provveduto all'organizzazione di tali attività, o, comunque, sta pianificando di intervenire. Inoltre, nel settore privato, il 63,3% degli enti intervistati ha formato o intende avviare la formazione del personale sulla gestione delle segnalazioni orali. Il dato è simile (62,6%) per gli enti del settore pubblico, ma è necessario da

³²¹ ANAC, *Monitoraggio sulle criticità nell'applicazione della disciplina whistleblowing (d.lgs. n. 24/2023)*, cit., pp. 20-22 e 51-53.

³²² ANAC, *Delibera n. 311 del 12 luglio 2023 - Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne*, cit., p.26.

³²³ CONFINDUSTRIA, *Nuova disciplina "whistleblowing". Guida operativa per gli enti privati*, cit., p. 17.

³²⁴ ANAC, *Monitoraggio sulle criticità nell'applicazione della disciplina whistleblowing (d.lgs. n. 24/2023)*, cit., pp. 5 e 39.

³²⁵ v. *supra*, II §2.2.

³²⁶ ANAC, *Monitoraggio sulle criticità nell'applicazione della disciplina whistleblowing (d.lgs. n. 24/2023)*, cit., pp. 18 e 50.

tenere in conto anche che le suddette iniziative non sono altro che uno degli strumenti di prevenzione della corruzione, e, dunque, il dato si giustifica anche sulla base di questa considerazione.³²⁷

I dati dimostrano una sostanziale difficoltà del sistema *whistleblowing* di attecchire negli apparati organizzativi nel territorio italiano, e questo è testimoniato in *primis* dal fatto che più della metà degli enti sottoposti all'indagine di ANAC non ha ricevuto segnalazioni *whistleblowing*; rimangono discretamente elevate anche le percentuali degli enti che non hanno istituito un canale interno di segnalazione, che non hanno provveduto alla istituzione di una piattaforma informatica e che, nonostante ne avessero l'opportunità, non hanno provveduto alla condivisione del canale.³²⁸

In termini comparatistici, non si può dire lo stesso per il sistema americano nel quale, i *whistleblowers* che abbiano contribuito a far recuperare al Governo somme di denaro in ragione della segnalazione di frodi ai danni dello Stato stesso, sono beneficiari di un premio in denaro commisurato all'entità della somma recuperata e del contributo nel procedimento di accertamento. In un ordinamento in cui spesso si ricorre a strumenti che coinvolgono il privato nella tutela di interessi pubblici, i cittadini sono fortemente incentivati a segnalare illeciti di cui vengano a conoscenza sul luogo di lavoro: l'efficacia del sistema è testimoniata, anzitutto, dai SEC *Whistleblower Office Announces Results* per l'anno fiscale 2023,³²⁹ nel corso del quale la Commissione ha riconosciuto ben 600 milioni di dollari a 68 individui che abbiano rivelato informazioni indispensabili per garantire l'attuazione dei programmi finanziati dalla SEC, di cui uno per ben 279 milioni di dollari, battendo il record raggiunto l'anno precedente.³³⁰ La SEC ha riconosciuto più di 1,9 miliardi di dollari a 397 *whistleblowers* a partire dal 2011, anno in cui il SEC *Whistleblower Program* è entrato in funzione.

³²⁷ ANAC, *Monitoraggio sulle criticità nell'applicazione della disciplina whistleblowing* (d.lgs. n. 24/2023), cit., pp. 23 e 55.

³²⁸ M. TRASHAJ, *Whistleblowing le criticità empiriche e l'idea dell'incentivo indennitario-assistenziale*, in *Compliancehub.it*, 2024, §3.

³²⁹ SEC, *Annual Report to Congress for Fiscal Year 2023*, 2023, [<https://www.sec.gov/files/fy23-annual-report.pdf>], p.1.

³³⁰ Da ultimo, il 26 luglio 2024 la SEC ha accordato un premio in denaro pari a più di 37 milioni di dollari a un *whistleblower* che aveva persistito nel segnalare internamente l'illecito tanto che, per di più, vittima di ritorsioni, aveva deciso di condurre indagini in proposito autonomamente per poi riferire i risultati alla Commissione, la quale ha successivamente avviato le proprie ricerche, col cruciale ausilio dell'informatore. (cfr. SEC *Awards Whistleblower More Than \$37 Million*, [<https://www.sec.gov/newsroom/press-releases/2024-90>], 2024).

Con riferimento ai fattori che possono eventualmente incidere in senso positivo e negativo sull'entità della ricompensa,³³¹ la SEC ha sottolineato il rilievo che nel 2023 hanno rivestito nella determinazione dell'incentivo. In particolare, ha ricordato che il valore del premio è stato aumentato significativamente nel caso in cui l'informatore abbia prima presentato la segnalazione tramite canali interni di segnalazione; o, anche, nel caso in cui il *whistleblower* abbia segnalato fatti che si sono verificati all'estero che non sarebbero, altrimenti, pervenuti alla Commissione. Di contro, hanno inciso in senso negativo sull'entità delle ricompense nel corso del 2023 soprattutto il ritardo irragionevole nella segnalazione (5 casi) essendo la puntualità fondamentale alla Commissione per provvedere alla protezione degli investitori e delle prove, nonché per avviare richieste di risarcimento prima che cadano in prescrizione.³³²

Nell'anno fiscale 2023 la Commissione ha ricevuto 18.354 segnalazioni, per un aumento del 50% del numero raggiunto nell'anno precedente; dall'avvio del programma (3.001 segnalazioni nell'anno fiscale 2012) il numero delle segnalazioni ricevute in ciascun anno fiscale non è mai calato, salvo che tra il 2018 e 2019 (per appena 600 segnalazioni), per giungere all'ultimo dato, sestuplicato rispetto al primo. L'oggetto delle segnalazioni ricevute dalla SEC nel 2023 varia e vede predominare soprattutto gli illeciti di manipolazione del mercato (24% dei casi), frodi nelle offerte di titoli (19%), nelle offerte iniziali di titoli in denaro e criptovalute (14%), nelle dichiarazioni e nei bilanci societari (10%).

La maggioranza delle segnalazioni provengono dalla Florida, dal South Carolina, dalla California, dal Texas e dallo stato di New York; non si ravvisa, dunque, una concentrazione delle segnalazioni in particolari aree geografiche del territorio statunitense. Dal rapporto emerge, per di più, il carattere internazionale di alcune delle segnalazioni ricevute dalla SEC, anche se non viene indicata la percentuale sul totale; la maggior parte delle segnalazioni estere provengono da Canada, Regno Unito, Australia, Germania, India.³³³

Con riferimento alle norme che istituiscono il divieto di ritorsioni³³⁴ e di ostacolare le comunicazioni con la SEC³³⁵, dal rapporto emerge che la Commissione ha promosso in totale 26 azioni a tutela dei segnalanti (21 per violazione della *Rule 21F-17* e 5 per violazione delle

³³¹ v. *supra*, II §3.1.

³³² SEC, *Annual Report to Congress for Fiscal Year 2023*, cit., p.4.

³³³ SEC, *Annual Report to Congress for Fiscal Year 2023*, cit., pp. 5-6.

³³⁴ 15 U.S.C. §78u-6 (A) (6), di cui v. *supra*, II §3.1.

³³⁵ 17 C.F.R. § 240.21F-17, di cui v. *supra*, II §3.1.

norme anti-ritorsioni), dato estremamente esiguo se comparato con il totale delle segnalazioni ricevute.

Le voci degli esperti riconoscono che il significativo aumento del numero di segnalazioni *whistleblowing* dall'avvio del programma, dimostra che esso, insieme alle maggiori protezioni della riservatezza, sta effettivamente incentivando i *whistleblowers* a farsi avanti per rivelare informazioni relative a potenziali violazioni delle leggi finanziarie: il record nell'ammontare dei premi, un sensibile incremento della partecipazione pubblica e una efficace applicazione delle tutele sono alla base di tale successo.³³⁶

Anche nell'ambito del FCA, i giudizi instaurati da *whistleblowers* secondo lo schema *qui tam* sono pari a 712, cui è seguita l'erogazione di un totale di 349 milioni di dollari a titolo di premi in denaro nei loro confronti, leggermente inferiore rispetto al 2022 (496 milioni di dollari).³³⁷

Quanto statuito dal rapporto della CFTC³³⁸ per l'anno fiscale 2023 non tradisce le precedenti conclusioni: il *Whistleblower Office* della CFTC ha ricevuto un record di segnalazioni pari a 1530, di poco maggiore al dato del 2022 (1506), ma più che triplicate rispetto al 2019 (455). La Commissione ha erogato un totale di 16 milioni di dollari per 7 segnalazioni. Frodi e manipolazioni correlate ad *assets* digitali (per ben 900 su un totale di 1530 segnalazioni), manipolazione di mercato in genere, *spoofing*, *insider trading*, corruzione, manovre di *pump-and-dump*, rappresentazioni ingannatorie di opportunità di guadagno e *romance scams*³³⁹ sono gli illeciti maggiormente denunciati dai *whistleblowers* alla CFTC nel 2023.

Nel 2023, le segnalazioni sono pervenute tramite l'apposito *Form TCR* alla CFTC per lo più via e-mail (whistleblower@cftc.gov), ma anche via facsimile o attraverso il portale web. La

³³⁶ L'opinione è attribuita in SEC *Whistleblower Office Announces Results for FY 2022 (November 14, 2023)*, cit., p.1. a Creola Kelly, *Chief of the Office of the Whistleblower* (OWB).

³³⁷ OFFICE OF PUBLIC AFFAIRS OF THE DEPARTEMENT OF JUSTICE, *Press Release*:

False Claims Act Settlements and Judgments Exceed \$2.68 Billion in Fiscal Year 2023, 2023, [<https://www.justice.gov/opa/pr/false-claims-act-settlements-and-judgments-exceed-268-billion-fiscal-year-2023>].

³³⁸ CFTC, *U.S. Commodity Futures Trading Commission, Whistleblower Program & Customer Education Initiatives, 2023 Annual Report (October 2023)*, [<https://www.whistleblower.gov/sites/whistleblower/files/2023-10/FY23%20Customer%20Protection%20Fund%20Annual%20Report%20to%20Congress.pdf>], 2023.

³³⁹ Tipologia di frode comunemente nota anche come "*Pig Butchering*", che implica la coltivazione da parte del perpetratore di un rapporto falsamente amicale o romantico con la vittima al fine di circuirlo e indurlo a partecipare a operazioni finanziarie fraudolente. Si registrano progressivi incrementi di questo genere di frode; la CFTC ha ricevuto la prima segnalazione avente ad oggetto un *romance scam* proprio nel 2023 (cfr. Press Release 8726-23, [<https://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/8726-23>]) e ha già avviato una serie di attività finalizzate a mettere in guardia gli operatori del mercato.

Commissione ha spesso provveduto a contattare ulteriori soggetti per invitarli a diventare *whistleblowers* compilando il Form TCR.³⁴⁰

L'anno fiscale 2023 è stato caratterizzato anche dalla istituzione di due nuove *task forces* interne alla Commissione, nell'ottica di assicurare, in settori di particolare complessità, il più capillare controllo, utile, per di più, a identificare prassi e sviluppare nuovi approcci. La prima è stata costituita per far fronte alle peculiarità della *cybersecurity* e delle *emerging technologies* (compresa l'intelligenza artificiale), mentre l'altra si è concentrata sulla gestione del settore dell'*environmental fraud*.³⁴¹

Per quanto concerne l'attività di informazione e sensibilizzazione della CFTC rivolta agli operatori del mercato, l'anno fiscale 2023 registra uno sforzo rivolto soprattutto verso seminari *online*, pubblicazioni di annunci di allerta sul sito web, possibilità di porre domande allo *staff* del *Whistleblower Office* e ottenere risposte nonché di partecipare a conferenze e altri eventi sia di persona che *online*. Dal rapporto emerge anche una progressiva espansione della piattaforma informatica [CFTC's Whistleblower Program | Whistleblower.gov](https://www.cftc.gov/WhistleblowerProgram), inaugurata nel 2016 e che ha raggiunto 54.000 registrazioni e 41.000 visualizzazioni, in tal modo realizzando i fondamentali obiettivi di divulgare informazioni in merito al *Whistleblower Program*, come protezioni e diritti del segnalante, e creare una procedura facile e veloce sia per la presentazione di segnalazioni (modulo TCR) sia per la richiesta del premio in denaro (modulo WB-APP).³⁴²

Per quanto concerne il settore pubblico, rilevanti informazioni pervengono dal rapporto per l'anno fiscale 2023³⁴³ redatto dall'OSC, autorità che riceve le segnalazioni di *whistleblowing* provenienti dai lavoratori federali.³⁴⁴ All'interno dell'OSC, il dipartimento deputato a ricevere le segnalazioni è precisamente la *Disclosure Unit* (DU), responsabile della corretta gestione di

³⁴⁰ CFTC, *U.S. Commodity Futures Trading Commission, Whistleblower Program & Customer Education Initiatives, 2023 Annual Report (October 2023)*, cit., pp. 4-8.

³⁴¹ CFTC, *CFTC Releases FY 2023 Enforcement Results*, Release Number 8822-23, 2023, [<https://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/8822-23>].

³⁴² CFTC, *U.S. Commodity Futures Trading Commission, Whistleblower Program & Customer Education Initiatives, 2023 Annual Report (October 2023)*, cit., pp. 8-11.

³⁴³ OSC, *Performance and accountability report for fiscal year 2023*, 2023, [[https://osc.gov/Documents/Resources/Statutory%20Reports%20and%20Notices/Performance%20and%20Accountability%20Reports%20\(PAR\)/Performance%20Reports/FY%202023%20Performance%20and%20Accountability%20Report.pdf](https://osc.gov/Documents/Resources/Statutory%20Reports%20and%20Notices/Performance%20and%20Accountability%20Reports%20(PAR)/Performance%20Reports/FY%202023%20Performance%20and%20Accountability%20Report.pdf)].

³⁴⁴ v. *supra*, II §3.2.

esse, il che potrebbe implicare l'invio della segnalazione al responsabile di una specifica agenzia perché vengano condotte le indagini e vengano riferiti i relativi risultati allo *Special Counsel*, l'invio informale all'ufficio dell'*Inspector General* o al capo del dipartimento legale della specifica agenzia coinvolta, oppure, la decisione di non dare seguito alla segnalazione.

Inoltre, essendo uno dei compiti dell'OSC la promozione di iniziative di informazione per i membri delle amministrazioni federali, nel 2023 ha organizzato 335 corsi di aggiornamento, dato che è triplicato rispetto al 2022. Le attività si sono per lo più concentrate sulla divulgazione dei divieti di ritorsione previsti dalla legge a favore dei *whistleblowers*. Molte agenzie, come lo *State Department of Customs and Border Protection*, hanno richiesto anche di erogare corsi per membri dello staff all'estero.³⁴⁵

Durante l'anno fiscale 2023, l'OSC ha ricevuto all'incirca 2260 segnalazioni, il 33% in più rispetto all'anno precedente, dato in costante aumento in seguito alla pandemia COVID-19, che il rapporto riferisce essere stata a fondamento del numero in discesa di segnalazioni.

Del totale delle segnalazioni ricevute, 44 sono gli illeciti accertati essersi effettivamente verificati. Come si evince dal rapporto dell'OSC, solo 19 rispetto al numero di segnalazioni complessivamente ricevute dalla DU, sono state inoltrate alle agenzie coinvolte al fine di aprire le indagini e provvedere a una tutela efficace dei *whistleblowers*; il dato di gran lunga inferiore rispetto a quanto previsto dagli obiettivi strategici, che ammontava a 70 segnalazioni. È, al contrario, più elevata del previsto la percentuale di segnalazioni cui è stato tempestivamente dato seguito (il rapporto individua come *range* temporale 45 giorni), che è pari al 99,8%, di contro al 90% previsto.

Per quanto concerne il numero di decisioni favorevoli ai *whistleblowers* assunte dall'OSC il dato ammonta a 117 *corrective actions* e 3 *disciplinary actions* (di contro alle 70 *corrective actions* e 10 *disciplinary actions* previste dagli obiettivi strategici).³⁴⁶

4.1. The Corporate Whistleblower Awards Pilot Program.

Il lavoro della *Criminal Division* del *Department of Justice* degli Stati Uniti nella valorizzazione dell'istituto del *whistleblowing* si è di recente indirizzato all'approvazione, il primo agosto 2024 di un progetto pilota per un nuovo *Whistleblower Program*, ulteriore

³⁴⁵ OSC, *Performance and accountability report for fiscal year 2023*, cit., p.11.

³⁴⁶ OSC, *Performance and accountability report for fiscal year 2023*, cit., p.35.

rispetto a quelli vigenti, i cui contenuti sono stati descritti il 17 settembre 2024 da Nicole M. Argientieri,³⁴⁷ Brent Bible³⁴⁸ e Molly Moeser³⁴⁹ in occasione di un evento del *Program on Corporate Compliance and Enforcement* (PCCE) della NYU School of Law.

Il programma istituisce premi³⁵⁰ per i *whistleblowers* che abbiano presentato alla *Criminal Division* segnalazioni aventi ad oggetto informazioni originali e veritiere su illeciti commessi all'interno dell'organizzazione di appartenenza e che abbiano consentito di procedere alla confisca del profitto del reato. La ricompensa in denaro consiste in una somma pari a fino il 30% dei primi 100 milioni di dollari confiscati a titolo di profitto del reato e fino al 5% delle ulteriori somme confiscate il cui valore è ricompreso tra i 100 milioni e i 500 milioni di dollari. Nella quantificazione del premio le autorità valutano come fattore idoneo ad aumentarne significativamente l'entità il fatto che il segnalante abbia proceduto a segnalare il fatto internamente all'organizzazione, per incentivare gli enti ad irrobustire i loro sistemi di *compliance* interni. Tale obiettivo viene supportato anche dalla previsione per cui se l'ente procede a una *self-disclosure* entro 120 giorni dalla ricezione della segnalazione interna, sarà reso destinatario di una *presumption of a declination*,³⁵¹ sempre che abbia offerto la più completa cooperazione con le autorità nel corso delle indagini, che abbia eliminato le conseguenze pregiudizievoli del reato e che abbia risarcito le vittime.³⁵²

Il programma esclude qualunque forma di incentivo economico a favore di coloro che siano coinvolti significativamente³⁵³ nelle attività criminali commesse all'interno dell'organizzazione, ai quali, invece è applicabile un ulteriore *whistleblower program* formulato proprio per incoraggiare questa categoria di soggetti a denunciare, ossia il *Pilot Program on Voluntary Self-Disclosures for Individuals*, annunciato nell'aprile 2024, che

³⁴⁷ *Principal Deputy Assistant Attorney General* della *Criminal Division* del DOJ.

³⁴⁸ *Chief Counselor* della *Criminal Division* del DOJ.

³⁴⁹ *Chief of the Money Laundering and Asset Recovery Section* della *Criminal Division* del DOJ.

³⁵⁰ Argientieri specifica che il potere in capo all' *Attorney General* di conferire ricompense in denaro discende da 28 U.S.C. § 524(c), norma che istituisce il *Department of Justice Assets Forfeiture Fund*, da cui ricavare le risorse destinate ai premi.

³⁵¹ Il beneficio consiste propriamente in una presunzione che verrà adottata una decisione di non procedere a favore dell'ente.

³⁵² La previsione è contenuta in un emendamento al *Corporate Enforcement and Voluntary Self-Disclosure Policy* (CEP) della *Criminal Division* approvato il 17 gennaio 2023.

³⁵³ Con ciò, Argientieri allude a tutti coloro che siano stati più di "*minimal participants*" all'attività criminale, ovverosia chi "*plainly among the least culpable of those involved in the conduct of a group*", secondo la definizione datane dalle *U.S. Sentencing Guidelines*, cfr. 2011 *FEDERAL SENTENCING GUIDELINES MANUAL*, §3B1.2.4.

garantisce a costoro la possibilità di accedere a un *non-prosecution agreement* se abbiano denunciato e successivamente cooperato nelle indagini con le autorità.

L'ambito di applicazione oggettivo del programma non si sovrappone con quello di altri *whistleblower programs*, come quello della SEC, o con quanto ricade nel sistema *qui tam*, ma, al contrario, intende colmare le lacune di questi ultimi, prevedendo che informazione debba essere riconducibile ai seguenti settori:

- reati di corruzione internazionale commessi da persone giuridiche;³⁵⁴
- reati che coinvolgono istituzioni finanziarie, a partire dalle banche per giungere ai business di criptovalute;³⁵⁵
- reati di corruzione interna commessi da persone giuridiche;³⁵⁶
- frodi nell'ambito sanitario che coinvolgono assicurazioni private.³⁵⁷

Il programma non prevede alcuna forma di protezione dalle ritorsioni per i *whistleblowers*, fatto salvo per la garanzia della segretezza della loro identità, alla massima estensione consentita dalla legge, e dispone che l'ente, che si sia macchiato di qualunque condotta ritorsiva nei confronti di un *whistleblower* sarà esposto a procedimento penale per intralcio alla giustizia e perderà ogni forma di fiducia maturata attraverso la cooperazione e la riparazione delle conseguenze del reato.

³⁵⁴ Argientieri specifica che, nonostante molti reati di corruzione internazionale possano rientrare nell'ambito di applicazione del programma della SEC, molti altri ne rimangono esclusi, come è avvenuto per una serie di casi pervenuti alla *Criminal Division* che coinvolgevano società del settore del commercio di titoli non emessi nel territorio statunitense (e a cui, dunque, non era applicabile il programma della SEC) macchiate di crimini di corruzione internazionale che hanno portato alla condanna di 20 individui e 6 persone giuridiche, oltre che a 1,7 miliardi di dollari di sanzioni pecuniarie tra il 2017 e il 2024.

³⁵⁵ Anche in questo caso, obiettivo del programma è quello di colpire comportamenti criminali diffusisi di recente ma estremamente insidiosi, tra cui rientrano, come precisa Argientieri, il caso *United States v. Binance* (cfr. *United States District Court, Western District of Washington at Seattle*, 21 Novembre 2023, n. 23-178RAJ, in <https://www.justice.gov>, *United States c. Binance*), che, nel settore delle criptovalute, praticava attività commerciale nel territorio statunitense senza ottemperare ai requisiti imposti dalle autorità di regolazione.

³⁵⁶ Argientieri evidenzia qui l'emergenza criminale rappresentata dalle condotte poste in essere da dipendenti o da agenti di società che corrompono funzionari pubblici per vincere contratti.

³⁵⁷ Il settore della sanità rappresenta il campo in cui il sistema *qui tam* del FCA ha dispiegato maggior successo, ma esso, rileva Argientieri, non si dimostra idoneo a incentivare alla denuncia lavoratori che vengano a conoscenza di una specifica tipologia di frode, ossia quella che coinvolge le assicurazioni sanitarie private, che contano all'incirca dieci miliardi di dollari ogni anno.

III. La decisione di “soffiare il fischietto”.

1. Test psico-sociali applicati al crimine organizzativo.

Lo studio delle motivazioni che portano il singolo ad assumere la complessa decisione di farsi avanti in nome della legalità ha subito un enorme impulso in ragione della risonanza che dispiegarono alcuni esperimenti psico-sociali, segnatamente quello condotto da Stanley Milgram nel 1961 sull'obbedienza all'autorità e lo *Stanford Prison experiment* del 1971 di Philip Zimbardo. Come si dimostrerà nel corso della trattazione, i loro risultati hanno consentito di comprendere la genesi di alcune vicende storiche caratterizzate da atrocità e odio verso l'altro, e, in questo senso, hanno fornito alla criminologia gli strumenti necessari per indagare i fattori che stanno alla base del comportamento criminale.

In particolare, verrà fatto emergere il fondamentale ruolo che essi hanno avuto nello studio della criminalità organizzativa, nonché dei mezzi per prevenirla, tra cui figura il *whistleblowing*, istituto la cui genesi culturale, sociologica e legislativa fu fortemente influenzata e, per certi versi, determinata dai suddetti esperimenti: fu anche grazie ad essi che venne avvertita l'importanza di prevedere sufficienti protezioni per i *whistleblowers*.³⁵⁸

1.1. Il test di Milgram.

Il test di Milgram intendeva, sostanzialmente, studiare fino a che punto (cd. punto di rottura) un soggetto è disposto a fare del male ad un altro individuo in presenza di un'autorità che glielo ordina e coinvolgeva tre persone: lo sperimentatore, un “insegnante” (il soggetto sottoposto al test) e un “allievo” (la vittima, membro dell'*équipe* di Milgram). I soggetti erano 40 uomini di età compresa tra i 20 e i 50 anni, provenienti da New Haven e dalle comunità circostanti, reclutati tramite un'inserzione sui giornali e una sollecitazione diretta per posta. Il campione era molto vario (impiegati postali, insegnanti di scuola superiore, venditori, ingegneri e operai) anche con riferimento al livello di istruzione, ricomprendendo soggetti che non avevano completato la scuola elementare, chi aveva conseguito un dottorato e altri titoli professionali. Al gruppo degli insegnanti veniva riferito che fossero parte di un esperimento finalizzato ad analizzare il ruolo di crescenti stimoli dolorosi nei processi di apprendimento presso

³⁵⁸ R.G. VAUGHN, *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, cit., p.11.

l'Università di Yale e che le vittime fossero anch'esse volontari (nonostante fossero parte dell'*équipe* di Milgram); gli veniva, inoltre, offerta una ricompensa economica chiarendo che avrebbero potuto trattenerla anche se si fossero rifiutati di giungere alla conclusione del test. L'allievo veniva condotto in un'altra stanza, legato a una sedia e collegato a degli elettrodi che avrebbero dovuto infliggergli scosse elettriche estremamente dolorose ma che non avrebbero causato danni permanenti ai tessuti, secondo quanto veniva riferito all'insegnante; in realtà nessuna scarica elettrica veniva inflitta all'allievo.

Nella variante base dell'esperimento, l'insegnante poteva solo udire l'allievo, senza vederlo chiaramente e si trovava nella stessa stanza dello sperimentatore, seduto dinnanzi a un generatore di scosse elettriche con 30 interruttori, ciascuno indicante in modo chiaro un valore compreso tra i 15 e i 450 volt, raggruppati per gruppi di 4, variamente etichettati come "scossa lieve", "scossa moderata", "scossa forte", "scossa molto forte", "scossa intensa", "scossa estremamente intensa", "pericolo: scossa grave"; gli ultimi due erano etichettati con "XXX". Quando un interruttore veniva premuto una luce rossa si illuminava in sua corrispondenza e si sentiva il suono di una scossa elettrica. All'insegnante veniva somministrata una scossa da 45 volt in modo da rendere l'esperimento maggiormente credibile e, successivamente, lo sperimentatore gli chiedeva di leggere per l'allievo 4 coppie di parole e poi di interrogarlo su quale fosse la parola che faceva coppia con quella da lui stesso letta. Lo sperimentatore comandava che ad ogni risposta sbagliata, l'insegnante avrebbe dovuto infliggere all'allievo una scossa di voltaggio crescente. L'insegnante poteva scegliere di interrompere l'esperimento qualora lo desiderasse, nonostante lo sperimentatore, con un tono di voce fermo, costantemente lo spronasse tramite frasi in sequenza: "per favore, continua", "l'esperimento richiede che tu continui", "è assolutamente necessario che tu continui", "non hai altra scelta, devi continuare"; il passaggio dall'una all'altra era determinato dall'inefficacia della precedente. L'allievo iniziava a simulare segni di sofferenza a partire dai 90 volt, urla disperate di dolore intorno ai 150 volt, fino a che, a 300 volt, iniziava a dichiarare di non voler più partecipare all'esperimento.

Il test ha fatto emergere che il 65% dei soggetti a cui è stato somministrato avrebbe inflitto il livello massimo di scosse, nonostante l'estrema sofferenza dell'allievo.³⁵⁹ Le dinamiche dell'esperimento nella sua versione base lo resero ben presto controverso, esponendolo a

³⁵⁹ I risultati del test vennero per la prima volta pubblicati in S. MILGRAM, *Behavioral Study of obedience*, in *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol. 64, no. 4, 1963, pp. 371–378.

numerose critiche che affermavano che le condizioni ricreate da Milgram non avevano nulla di diverso da quanto avvenuto in epoca nazista, caratterizzata da persone che «*slavishly doing what they were told would send millions of fellow human being into gas chambers or commit other atrocities*»³⁶⁰ o che esprimevano il carattere inattendibile del risultato, in ragione del fatto che i soggetti sottoposti all'esperimento non fossero rappresentativi della popolazione in generale e, soprattutto, del particolare contesto ambientale del laboratorio in cui il test era stato condotto, suscettibile di indurre passività e obbedienza e, dunque, inidoneo a offrire spunti di riflessione sul reale.³⁶¹

Ma, nel mentre, “*the man who shocked the world*”³⁶² stava lavorando su altre varianti dell'esperimento, ciascuna caratterizzata dall'inserimento di elementi potenzialmente idonei ad influenzare il tasso di obbedienza del soggetto sottoposto all'esperimento, come la vicinanza all'allievo, il contatto fisico con la vittima, la collocazione dell'esperimento all'esterno del laboratorio, la libertà del professore di scegliere l'intensità delle scosse e molte altre, integralmente descritte in “*Obedience to Authority: An Experimental View*”.^{363 364}

Della totalità delle varianti, ciascuna volta a ricreare specifiche situazioni criminologiche, si darà conto di quelle che offrono maggiori spunti di riflessione sull'*organizational crime*.

Il primo gruppo di varianti vuole testare ruolo della distanza (fisica e psicologica) nelle dinamiche di obbedienza: la vittima viene progressivamente avvicinata al soggetto, e, dunque, la sua sofferenza può essere vista, sentita, percepita:³⁶⁵ nella variante 2 la vittima si trova in

³⁶⁰ W. SULLIVAN, *65% in Test Blindly Obey Order to Inflict Pain*, in *N.Y. TIMES*, 26 ottobre 1963, [<https://www.nytimes.com/1963/10/26/archives/65-in-test-blindly-obey-order-to-inflict-pain-yale-experiment-shows.html>].

³⁶¹ D. BAUMRIND, *Some Thoughts on Ethics of Research: After Reading Milgram's "Behavioral Study of Obedience*, in *American Psychologist*, vol. 19, no.6, 1964, p. 421, come citato in R.G. VAUGHN, *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, cit., p.13.

³⁶² Stanley Milgram venne così definito da T. BLASS in *The man who shocked the world: The Life and Legacy of Stanley Milgram*, New York, 2004.

³⁶³ R.G. VAUGHN, *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, cit., pp. 12-15.

³⁶⁴ Nel corso dell'opera Milgram ebbe anche l'opportunità di rispondere alle critiche che gli erano state mosse, chiarendo che i risultati del suo esperimento avrebbero potuto essere applicati a una vastissima quantità di situazioni, anche le più ordinarie, in cui nella scelta tra procurare sofferenza all'altro e obbedire agli ordini dell'autorità, l'individuo sarebbe disposto a tramutarsi in uno strumento del superiore, anche a costo di fare del male all'altro; ed egli dimostrò che tale conclusione, è riferibile alla totalità dei soggetti che hanno partecipato all'esperimento, indipendentemente dal loro status sociale e dall'ambiente in cui esso veniva somministrato. (S. MILGRAM, *Obedience to Authority: an experimental view*, cit., pp.170-172)

³⁶⁵ Milgram, infatti, aveva notato che, nel corso della versione base dell'esperimento, spesso il soggetto si rifiutava di rivolgere lo sguardo verso la vittima alla quale aveva inflitto le scosse, comunque continuando ad eseguire l'ordine: «*I didn't want to see the consequences of what I had done*», era quanto molti di loro dichiaravano.

una stanza adiacente e, rispetto alla prima versione, l'insegnante poteva sentire i suoi lamenti; nella variante 3, la vittima si trovava nella stessa stanza del soggetto, a pochi passi da lui, dimodoché esso possa vederla e sentirla; nella variante 4, la vittima riceveva le scosse solo quando l'insegnante premeva la mano della vittima sul pulsante, inserendo, quindi, il contatto fisico tra i due. I risultati dell'esperimento fanno emergere una riduzione significativa dell'obbedienza (il 35% dei soggetti nella variante 2, il 37,5% nella variante 3 e il 70% nella variante 4 interrompono l'esperimento).³⁶⁶

Ciò è dovuto al fatto che, primariamente, il soggetto non è solo consapevole in astratto della sofferenza della vittima, ma, in queste varianti, esso la può avvertire in concreto: il generarsi di un senso di empatia nei confronti della vittima piuttosto che di sensazioni sgradevoli derivanti dalla percezione della sua sofferenza gli impongono di terminare l'esperimento. Inoltre, la progressiva riduzione della distanza fisica fa venir meno la situazione di negazione o restringimento del campo cognitivo del soggetto che si verificava nella prima versione dell'esperimento, che lo metteva nella condizione di dimenticare l'esistenza della vittima: la sua vicinanza impedisce il ricrearsi di queste condizioni, in quanto la presenza visiva (o anche solo uditiva, come avviene nella variante 3) è elemento di immediata salienza per il soggetto.

³⁶⁷

Altro elemento di rilevanza deriva dal senso di maggiore consapevolezza, imbarazzo o inibizione che il soggetto sperimenta nel momento in cui la distanza dalla vittima si riduce: infliggere sofferenza o, più generalmente, comportarsi male nei confronti dell'altro è molto più agevole se non lo si ha di fronte, laddove, al contrario, il *face-to-face-attack* potrebbe dare luogo a disagio e inibizione da parte del singolo.

Oltre a ciò, in questo primo gruppo di varianti il soggetto percepisce più chiaramente le conseguenze del proprio gesto anche in ragione della *unity of action* che si realizza quando la vittima viene avvicinata fino a giungere alla sua più completa forma, che si realizza nella variante 4, con la *touch proximity*; la versione base, al contrario, rendeva più difficile al

Quindi, se evitare di guardare la vittima garantiva l'obbedienza all'ordine, Milgram testa in questo primo gruppo di varianti se, guardare la vittima può, al contrario, determinare la disobbedienza. Cfr. S. MILGRAM, *Obedience to Authority: an experimental view*, cit., p. 34.

³⁶⁶ S. MILGRAM, *Obedience to Authority: an experimental view*, cit., pp. 33-35.

³⁶⁷ Emblematiche sono le parole di in soggetto cui veniva sottoposto l'esperimento nella sua versione base: «*It's funny how you really begin to forget that there's a guy out there, even though you can hear him. For a long time, I just concentrated on pressing the switches and reading the words*». (S. MILGRAM, *Obedience to Authority: an experimental view*, cit., p. 38)

soggetto avvertire la connessione tra il suo gesto e la sofferenza della vittima in quando la distanza fisica che li separava gli impediva di realizzare il legame causale tra la propria azione e la sofferenza della vittima.

Senza contare che, alla riduzione della distanza tra soggetto e vittima corrisponde il venir meno della interazione tra soggetto e sperimentatore, che, invece, era tipica della versione base in cui la vittima era un *outsider*, che, fisicamente e psicologicamente, risultava isolata dagli altri: l'avvicinamento della vittima rende più agevole la creazione di una sorta di alleanza con il soggetto contro l'autorità, dinnanzi al cui comando il soggetto si trovava da solo.³⁶⁸

Il primo gruppo di varianti consente a Milgram di confermare che la vicinanza della vittima incide significativamente sul tasso di obbedienza, e, in quanto fattore che agevola la disobbedienza,³⁶⁹ essa gioca un ruolo determinante sul comportamento dei membri di organizzazioni complesse, che, nel momento in cui avvertono l'impatto della attività (criminale) svolta dall'ente di appartenenza, sono incentivati a soffiare il fischietto contro l'illegalità. Coloro che assumono decisioni in organizzazioni complesse, infatti, spesso assumono decisioni le cui conseguenze, specie se pregiudizievoli, non vengono da essi percepite e questo in ragione della distanza che li separa da coloro che ne patiscono gli effetti.

Ma, soprattutto, la frequente suddivisione dell'attività produttiva in fasi distinte e il suo frazionamento in senso trasversale conferisce razionalità alla mansione che i lavoratori sono chiamati ad espletare, e, dunque, risulta più semplice per loro allinearsi a ciò che devono fare, anche se questo conduce a conseguenze pregiudizievoli per le persone.³⁷⁰

Ed è proprio nel momento in cui tale distanza (fisica o psicologica) si riduce ed essi si confrontano con il pregiudizio sperimentato dalle vittime che parte di essi avverte l'impatto negativo delle decisioni assunte dall'organizzazione, consapevolezza che è indispensabile per procedere alla denuncia.

A condurre a un tasso di obbedienza ancor più inferiore è la variante 15, caratterizzata dalla presenza di due figure che impersonano l'autorità che indossano lo stesso camice grigio e hanno la stessa età. Al raggiungimento di scosse di intensità pari a 150 volt (momento in cui la

³⁶⁸ «La solitudine della vittima e l'unione di coloro che la tormentavano si condizionavano e confermavano a vicenda». Z. BAUMAN, *Modernity and the Holocaust* (1989), trad.it. a cura di M. BALDINI, *Modernità e Olocausto*, Bologna, 1992, p. 130.

³⁶⁹ S. MILGRAM, *Obedience to Authority: an experimental view*, cit., pp. 36-40.

³⁷⁰ Z. BAUMAN, *Modernity and the Holocaust* (1989), cit., p. 129.

vittima comincia ad emettere i primi lamenti) una delle due ordina di interrompere l'esperimento, mentre, l'altra di continuare, entrambe con il medesimo tono di voce fermo e pacato, che non consente all'insegnante di individuare una gerarchia fra le due. La modalità con cui l'autorità "malevola" impartisce l'ordine non ha nulla di diverso rispetto alle varianti precedenti, ma, al contrario, la presenza di un altro ordine, appunto, opposto incide sulla sua autorevolezza, riducendola, anche in ragione del fatto che tale contrapposizione non genera un litigio tra le due autorità: entrambe, infatti, appaiono in disaccordo ma ugualmente convinte della correttezza del proprio ordine.³⁷¹ Il soggetto si trova di fronte a due prescrizioni ad agire tra loro incompatibili, ma imposte da figure ugualmente autorevoli: su 20 soggetti uno si interrompe prima dell'ordine contraddittorio, 18 nel momento in cui esso viene pronunciato e 1 nel corso dello step successivo.

Appare chiaro che la contraddittorietà dell'ordine abbia paralizzato l'azione: nemmeno uno dei soggetti ha deciso di approfittare dell'ordine non chiaro per dare sfogo ai propri istinti aggressivi e portare avanti l'esperimento, diversamente da quanto invece avveniva in altre varianti in cui, nonostante i lamenti della vittima, i soggetti procedevano all'esecuzione degli ordini impartiti.³⁷²

Il risultato si spiega alla luce della considerazione per cui l'ordine scorre lungo la scala gerarchica e viene eseguito solo nel momento in cui il soggetto percepisce l'autorità di chi impartisce l'ordine, per rinunciare, invece, ad eseguire comandi che provengono da figure la

³⁷¹ Il seguente passaggio riporta uno stralcio del dialogo che ha avuto luogo nel corso dell'esperimento, tra i due sperimentatori e l'insegnante, che testimonia il carattere opposto ed equamente autorevole degli ordini impartiti che genera confusione nell'insegnante:

«EXPERIMENTER I: *We'll have to stop.*

EXPERIMENTER II: *The experiment requires that we go on. Please continue, teacher.*

SUBJECT: *Oh boy.*

EXPERIMENTER I: *The subject is in pain. We cannot go on with the experiment.*

EXPERIMENTER II: *We have no other choice gentlemen; the experiment requires that we go on. Please continue.*

EXPERIMENTER I: *Stop! We're not to go on with the experiment.*

EXPERIMENTER II: *Mr. Williams, the experiment requires that we go on.* » (S. MILGRAM, *Obedience to Authority: an experimental view*, cit., pp. 106-107).

³⁷² S. MILGRAM, *Obedience to Authority: an experimental view*, cit., p.107.

cui autorità non viene percepita in quanto “contaminata” creando una frattura nel sistema gerarchico che assicurava l’obbedienza.³⁷³

In ultima istanza, la variante conferma i precedenti risultati per cui la chiarezza è l’unicità dell’ordine sono indispensabili per garantire l’obbedienza in un’organizzazione gerarchica.³⁷⁴

La conclusione è particolarmente vera se la si applica a quelle istituzioni, definibili “totali”,³⁷⁵ in cui non è ammessa alcuna opposizione, non si tollera nessuna autonomia e in cui la regola gerarchica non conosce eccezioni: in cui, in ultima istanza, non esistono due membri che hanno il medesimo livello di potere.³⁷⁶

Ma, nella restante parte delle organizzazioni, molto più realisticamente, le “autorità” con cui ciascun individuo si interfaccia quotidianamente sono molteplici: i membri si trovano immersi nel pluralismo delle stesse o, quanto meno, della società democratica in genere, e, nel rumore da esso generato si presenta loro l’opportunità di riallacciare il dialogo col proprio io. Da questa condizione scaturisce la decisione di disobbedire, di opporsi a tutto ciò che di immorale o illecito viene commesso all’interno dell’organizzazione.^{377 378}

La variante 18 è inserita nel gruppo di varianti con riferimento alle quali Milgram intende testare l’influenza del gruppo sulle condotte del soggetto e contempla la presenza di ulteriori due individui (parte dell’*équipe* di Milgram) come insegnanti rispetto alla versione base; chiamato a infliggere la scossa non è il soggetto sottoposto all’esperimento ma uno dei due colleghi.³⁷⁹ Il tasso di obbedienza testato in questa variante è estremamente elevato: solo 3 su 40 insegnanti rifiuta di infliggere la scossa più intensa.³⁸⁰ Il risultato si giustifica in ragione

³⁷³ Milgram sottolinea, per di più, che alcuni dei soggetti sottoposti all’esperimento tentassero di ricostruire una gerarchia significativa tra le autorità, al fine di individuare quella che si collocava su un gradino superiore per eliminare la situazione di disagio che si genera nel singolo quando non è capisce chi sia il capo:

«SUBJECT: *I wish you two would make up your minds.*

[Pause.]

SUBJECT: *Wait, wait. Which is it going to be? One says stop, one says go. Which one is it?* » (S. MILGRAM, *Obedience to Authority: an experimental view*, cit., p. 107)

³⁷⁴ S. MILGRAM, *Obedience to Authority: an experimental view*, cit., p. 112.

³⁷⁵ Il riferimento è agli studi di E. GOFFMAN in *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, New York, 1961.

³⁷⁶ Z. BAUMAN, *Modernity and the Holocaust* (1989), cit., p. 129.

³⁷⁷ P. ZIMBARDO, *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, cit., pp. 259-260.

³⁷⁸ Z. BAUMAN, *Modernity and the Holocaust* (1989), cit., pp. 136-137.

³⁷⁹ S. MILGRAM, *Obedience to Authority: an experimental view*, cit., p. 121.

³⁸⁰ S. MILGRAM, *Obedience to Authority: an experimental view*, cit., p. 119.

della posizione moralmente meno complessa in cui si colloca l'insegnante, il quale, non essendo chiamato a infliggere la scossa personalmente, si percepisce meno responsabile per la sofferenza della vittima.³⁸¹

La struttura mira a riprodurre un contesto organizzativo nel quale tra chi esegue e chi patisce le conseguenze della decisione o del comportamento vi è una distanza considerevole, spesso determinata dal fatto che vi è un altrettanto esteso numero di membri dell'organizzazione le cui condotte rappresentano solo un frammento minimo nel processo decisionale che determina il disastro.³⁸² La distanza psicologica tra soggetto e vittima autorizza l'autore ad assumere decisioni lesive della sfera altrui senza avvertirne il peso sulla propria coscienza, e, tutt'al più, ad ammettere una progressiva *escalation* di illegalità, come ha dimostrato l'esperimento e come testimoniano alcuni dei più gravi disastri organizzativi della storia, in cui l'illegalità viene via via normalizzata.

I membri dell'organizzazione sono completamente "risucchiati" dalla cultura criminale diffusa e, una volta compromessisi, risulta per loro molto più semplice permanere in tale condizione e continuare a portare a termine la propria mansione lavorativa (giungere sino alla scossa più intensa) piuttosto che reinstaurare il dialogo col proprio io per rendersi conto dell'illegalità dei loro comportamenti (interrompere le scosse). Il membro si percepisce moralmente sollevato da ogni responsabilità perché da una parte sta solo applicando procedure e protocolli interni e dall'altra non sta infliggendo brutali violenze fisiche.

La variante 18 mette in evidenza l'operare di un'ulteriore forza che, oltre all'obbedienza, può influenzare le condotte dei singoli nelle organizzazioni complesse, ossia la conformità, che ha determinato l'allineamento delle condotte del soggetto a quelle assunte dai due colleghi. La conformità, studiata anni addietro da Solomon Asch,³⁸³ pone i membri di un gruppo nella

³⁸¹ S. MILGRAM, *Obedience to Authority: an experimental view*, cit., p. 122.

³⁸² «*They shuffle papers or load ammunition or perform some other act which, though it contributes to the final destructive effect, is remote from it in the eyes and mind of the functionary*». Il ruolo di chi firma le carte o carica le munizioni è infinitamente distante (fisicamente e psicologicamente) da chi patisce le conseguenze di questi gesti, per far sì che, invece, a infliggere direttamente la sofferenza siano gli individui maggiormente sadici e inclini alla violenza, come rilevato da S. MILGRAM in *Obedience to Authority: an experimental view*, cit., p. 122.

³⁸³ L'esperimento di Asch sulla conformità del 1956 prevedeva che 8 soggetti (di cui 7 facenti parte dell'*équipe* di Asch all'insaputa dell'ottavo), selezionassero quella tra tre differenti schede con linee di lunghezze diverse, che riproduceva la cd. linea campione, che gli veniva, di volta in volta, sottoposta; il soggetto dell'esperimento sceglieva per ultimo o penultimo e gli altri sette venivano istruiti a scegliere in modo omogeneo una linea sbagliata. Asch osservava che i soggetti progressivamente sceglievano la scheda errata selezionata dagli altri, nonostante la risposta corretta fosse chiara, e che l'errore tendeva ad aumentare quanto più veniva ripetuto l'esercizio, cioè quante più volte il soggetto si trovava in "minoranza". Lo psicologo rilevava altresì che i soggetti

condizione di imitare gli altri e si fonda sulla necessità innata di ciascun individuo di sentirsi parte di un gruppo, in ragione della quale sarebbe disposto ad assumere comportamenti immorali, illegali, criminali pur di essere accettato: la paura del rifiuto è, infatti, in grado di bloccare l'iniziativa individuale ed azzerare l'autonomia di pensiero. A differenza che nell'obbedienza non si riscontra una gerarchia tra i vari soggetti, che sono tra loro "pari". Inoltre, adottano comportamenti che sono volontari e finalizzati ad imitare gli altri: negli esperimenti sull'obbedienza condotti da Milgram, essi tendevano, invece, ad escludere un proprio coinvolgimento e a giustificare le proprie condotte adducendo la circostanza per cui avessero semplicemente eseguito un ordine. Nelle dinamiche generate dalla conformità il soggetto non riesce a trovare una spiegazione legittima al fatto di aver imitato gli altri, dimodoché esso è maggiormente indotto ad attribuire ad un proprio errore le conseguenze dei suoi gesti, laddove la spiegazione inversa rappresenterebbe una forma di lesione del proprio io e della propria identità. Oltre a ciò, l'obbedienza è diretta e generata da ordini chiari, che, invece, non si ritrovano in contesti di conformità,³⁸⁴ che può comportare che il membro adotti comportamenti che, da solo, non assumerebbe ed interviene indirettamente, semplicemente modellando il codice di comportamento a cui i membri si conformano.³⁸⁵

I risultati della variante in esame hanno gettato luce sulla pericolosità di obbedienza e conformità, specie se operanti in sincronia, nelle dinamiche che modellano la cultura interna delle organizzazioni: è del tutto evidente, a parere di chi scrive, l'attenzione che progressivamente è stata riservata a quelle forme di auto-normazione riconosciute agli enti atte ad istituire sistemi di *compliance* interni efficienti, da ogni membro percepiti come giusti e, perciò, rispettati, che, non solo siano idonei a contrastare l'insinuarsi di tali insidiose dinamiche, ma che promuovano una cultura della legalità secondo cui quella forma di disobbedienza o di non conformità al gruppo quale è il *whistleblowing* venga, tutt'al più incentivata.

1.2. L'esperimento di Zimbardo. La figura di Christina Maslach.

tendevano a giustificare il loro errore come frutto di una loro distrazione, cercando di minimizzare l'influenza del gruppo sulla loro scelta. (S. MILGRAM, *Obedience to Authority: an experimental view*, cit., p. 115)

³⁸⁴ S. MILGRAM, *Obedience to Authority: an experimental view*, cit., pp. 115-117.

³⁸⁵ P. ZIMBARDO, *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, cit., pp. 259-260.

Anche lo *Stanford Prison experiment* dimostra l'influenza che il contesto esercita sul comportamento umano, che, come si rilevava anche *supra* I §3, è di gran lunga superiore a quella dispiegata dalle caratteristiche del singolo. Infatti, Zimbardo individuò come *setting* del proprio esperimento il seminterrato dell'Università di Stanford, nel quale ricreò l'ambiente carcerario nell'ottica di esplorare gli effetti cui la de-individualizzazione, la de-umanizzazione e l'anonimato possono condurre. La "prigione" conteneva celle, una stanza per l'isolamento e un ufficio per le guardie; nella totalità degli ambienti vennero installate videocamere che potessero catturare la maggior parte delle giornate trascorse all'interno, per ulteriori analisi. Proprio perchè l'esperimento puntava a dimostrare che le caratteristiche comportamentali di un soggetto possono mutare se questo viene inserito in un contesto differente, i partecipanti vennero selezionati con molta attenzione, tra giovani studenti rappresentativi della classe media caratterialmente "simili" tra di loro, psicologicamente sani e privi di patologie e, successivamente, venne loro assegnato casualmente il ruolo di guardia (11) piuttosto che di prigioniero (9). Senza preavviso i prigionieri vennero arrestati e bendati per poi essere condotti nella prigione in cui era stato adibito l'esperimento e il cui soprintendente era proprio Zimbardo. All'inizio dell'esperimento né alle guardie né ai prigionieri vennero date istruzioni su come comportarsi, nonostante a questi ultimi venivano fatti indossare camici con impressi dei numeri, scarpe di gomma, calze di nylon in testa e una catena di ferro agganciata alla caviglia, che avrebbero dovuto tenere anche mentre dormivano; le guardie indossavano un'uniforme militare, occhiali specchiati e una mazza, ma gli fu detto che questa poteva essere utilizzata solo simbolicamente.

A questo punto, le guardie formulavano le regole che i prigionieri avrebbero dovuto rispettare, enfatizzando in questo modo la posizione di subordinazione incarnata dai prigionieri e il potere delle guardie, elemento testimoniato anche dal fatto che le guardie si rivolgevano ai prigionieri chiamando il numero impresso su loro grembiule, oppure dalle punizioni corporali che venivano inflitte in caso di violazione delle norme interne. In "*The Lucifer Effect: How to turn Good People into Evil*", Zimbardo redige un dettagliato resoconto di ogni giornata all'interno della prigione, rilevando una progressiva tendenza dei giovani che impersonavano le guardie ad assumere atteggiamenti sempre più sadici e brutali nei confronti dei prigionieri impotenti, che svilupparono sintomi di forte *stress*, disperazione e frustrazione.

Ciò dimostra come il contesto e le sue caratteristiche sono in grado di orientare le condotte umane, specialmente quando viene assegnato a ciascuno un ruolo e non ne vengono determinati esattamente i confini: in ultima istanza, anche persone apparentemente "normali" possono

diventare dei carnefici se il contesto in cui si trovano glielo impone. Le gravi violenze fisiche e psicologiche di cui si macchiarono le guardie e la totale soggezione che venne presto indotta nei prigionieri non sono gli unici elementi che testimoniano tale conclusione: anche le persone che avevano solo occasionalmente visitato la prigione e lo stesso Zimbardo che ne era il sovrintendente, si calarono nei ruoli alla perfezione. Lo scenario di estrema umiliazione e brutalizzazione indusse Christina Maslach, che aveva trascorso una notte all'interno, a premere affinché l'esperimento venisse immediatamente interrotto, essendo la situazione fuori controllo. Solo a seguito delle pressioni adoperate da Maslach, Zimbardo vi pose fine, dopo sei giorni dal suo inizio, nonostante sarebbe dovuto durare per ben due settimane.³⁸⁶

La figura di Christina Maslach, che, ai tempi, aveva appena terminato il suo dottorato presso l'Università di Psicologia di Stanford, viene presa in considerazione da Zimbardo nella sua opera segnatamente per esplorare il comportamento eroico di coloro che decidono di disobbedire per opporsi alla sofferenza altrui.

Le sue dichiarazioni, riportate testualmente in *The Lucifer Effect*, rivelano moltissimo in merito alle ragioni che hanno motivato un simile gesto: Christina Maslach si definiva una persona tendenzialmente contenuta ma quando, quella notte, vide una schiera di prigionieri che venivano condotti verso il bagno con dei sacchi in testa mentre le guardie urlavano loro ordini, dinnanzi all'indifferenza di Zimbardo, ebbe una violenta scarica emotiva: «*I was angry and frightened and in tears. I said something like, "What you are doing to those boys is a terrible thing!"*».

Rifiutando di essere definita come «*the terminator*» dell'esperimento, Maslach chiarisce che, al contrario di come molti possano ritenere, ciò che è avvenuto nella *Stanford Prison* non è la storia di una ribellione dell'individuo rispetto alla maggioranza, bensì è la storia di come la maggioranza (chiunque fosse inserito nella prigione) fu «risucchiata» dal contesto, che ebbe il potere di distruggere la personalità e le migliori intenzioni di ciascun membro. In questo senso, si definisce un'*outsider*, che, proprio perchè non aveva preso parte allo studio, non aveva un ruolo all'interno della prigione, a differenza degli altri, non trascorrevà lì le sue giornate e quindi non assisteva alla *escalation* di orrori che progressivamente si stava verificando.³⁸⁷ Quanto dichiarato da Maslach riflette le considerazioni svolte sull'*organizational crime*, il cui terreno fertile è rappresentato da contesti organizzativi all'interno dei quali vige una specifica

³⁸⁶ R.G. VAUGHN, *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, cit., pp. 17-20.

³⁸⁷ P. ZIMBARDO, *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, cit., pp. 457-458.

cultura, che non è altro che il risultato di una serie di comportamenti e decisioni devianti progressivamente assunti dai membri, in cui il carattere illecito o semplicemente dannoso, deviante delle condotte non è avvertito dai componenti del gruppo, in quanto esse sono ormai parte delle prassi, dei protocolli. Una cultura organizzativa deviante porta all'isolamento delle forze centrifughe, che, in qualche modo, tentano di scuotere le coscienze dei membri in nome della legalità, mettendo questi soggetti nella condizione di sentirsi "devianti", proprio perchè non conformi al modello criminale proposto dall'organizzazione.³⁸⁸ Diventa, in questo senso, molto più semplice, uniformarsi al ruolo attribuito a ciascuno dall'organizzazione mettendo a tacere i propri valori piuttosto che mantenere salda la connessione con la propria coscienza rischiando di subire ritorsioni da parte dell'autorità.

Fu, del resto, quello che sperimentarono due prigionieri, "Clay-416" e "Sarge", i quali singolarmente rifiutarono di piegarsi al volere delle guardie in nome della propria dignità ma, lungi dall'essere considerati "eroi", vennero presto etichettati come "*trouble-makers*" perchè agirono individualmente e i loro gesti rimasero isolati, essendo che non richiesero mai il supporto degli altri prigionieri. Da qui discende il carattere cruciale che il consenso dei membri riveste nel garantire l'efficacia dei gesti dei singoli: solo nel momento in cui la condotta del singolo incontrerà il supporto della comunità, sarà possibile che la sua azione dispieghi la debita risonanza e, eventualmente, motivi altri soggetti ad esporsi.³⁸⁹ Tale constatazione sta alla base, a parere di chi scrive, di tutte le previsioni di legge in materia di protezione dei *whistleblowers*, che proibiscono di realizzare ritorsioni nei loro confronti, o che ammettono forme di riparazione economica o non a loro favore, nonché quelle iniziative di cui *supra* II §4 di divulgazione sul *whistleblowing* finalizzate a diffondere consapevolezza e consenso sociali riguardo al ruolo cruciale svolto dai *whistleblowers* nel portare alla luce gli illeciti consumatisi nelle organizzazioni, in modo tale che socialmente l'opinione pubblica possa indirizzarsi verso il supporto di essi invece che verso l'emarginazione.

Confrontandosi sulle dinamiche che interessarono il test di Milgram, Zimbardo e Maslach dibattono sul carattere eroico degli "insegnanti" che decisero di interrompere il test e, quindi,

³⁸⁸ «To the contrary, it was a very scary and lonely experience being the deviant, doubting my judgment of both situations and people, and maybe even my worth as a research social psychologist». (P. ZIMBARDO, *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, cit., p. 458.) Le parole di Maslach testimoniano alla perfezione alcune delle sensazioni sperimentate dai *whistleblowers* come la paura e la solitudine, a un'intensità tale per cui essi giungono a dubitare del carattere "a-normale" delle situazioni a cui assistono, così come anche del loro stesso valore, dinnanzi alla normalizzazione della devianza operata dai restanti membri.

³⁸⁹ P. ZIMBARDO, *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, cit., pp. 459-460.

la sofferenza dell'“allievo”. Estremamente rilevanti sono i pensieri espressi da Maslach: essa rifiuta di considerare eroico il gesto del singolo professore che abbia deciso di sottrarsi all'inflizione delle scosse nei confronti dell'allievo, e, silenziosamente, allontanarsi con la propria paga, perché la sua azione, certamente lodevole, non avrebbe comunque impedito che tutti gli “insegnanti” che sarebbero venuti dopo di lui, avrebbero acconsentito a infliggere le scosse, magari fino a quella più intensa. Sarebbe un evento isolato, senza un reale impatto sulla generale condizione, a meno che tale gesto non venga «*translated into systemic disobedience that forces change in the situation or agency itself and not just in some operating conditions*».³⁹⁰ È del tutto evidente, secondo chi scrive, la risonanza che queste considerazioni hanno dispiegato sul dibattito legislativo degli anni a venire sull'opportunità di introdurre una forma di responsabilità delle organizzazioni, da accostare a quella del singolo, effettivamente idonea a contrastare il fenomeno criminale nelle organizzazioni: se Maslach non avesse posto pressioni su Zimbardo affinché questo interrompesse l'esperimento, la sua azione sarebbe rimasta un gesto isolato e non sarebbe servito ad interrompere le atrocità che si stavano consumando nella prigione.

Maslach dichiara a più battute di aver impulsivamente reagito a ciò che le sensazioni che ha sperimentato le suggerivano e, in ragione della spontaneità che ha caratterizzato il suo gesto, rifiuta di essere definita un'“eroina” attribuendo il merito di aver interrotto l'esperimento alla sua successiva decisione di porre pressioni su Zimbardo. Ma è proprio nella semplicità della condotta di Maslach che Zimbardo vede l'eroismo: gli eroi non si distinguono dalla massa perché in possesso di determinate caratteristiche, ma, al contrario, chiunque potrebbe essere definito tale in presenza di determinate influenze situazionali. Il carattere ordinario dell'eroismo ne suggerisce, dunque, la sua “banalità”,³⁹¹ che, essendo tipica anche del male, della violenza e dell'illegalità, non fa che confermare che un individuo può diventare eroe o carnefice in dipendenza dei fattori situazionali e contestuali dell'ambiente entro il quale è collocato.³⁹²

³⁹⁰ P. ZIMBARDO, *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, cit., p. 459.

³⁹¹ Il riferimento di Zimbardo è ad H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, New York, 1963, in cui l'autrice dimostra che il male non si annida in anime sadiche e brutali ma in persone comuni, ordinarie, spesso capaci di pensare e riflettere. L'estrema riprovevolezza che contrassegnò le condotte di coloro che presero parte al genocidio ebraico era diventata ordinaria, “banale”, al pari di comportamenti di coloro che durante l'Olocausto hanno adottato stratagemmi per cercare di salvarne le potenziali vittime, cfr. P. ZIMBARDO, *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, cit., p. 486.

³⁹² P. ZIMBARDO, *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, cit., pp. 485-487.

1.3. Il massacro di My Lai.

Rappresentativo di innumerevoli altri avvenimenti storici, il massacro di My Lai, illustra tragicamente l'operare delle dinamiche studiate da Milgram da Zimbardo e verrà analizzato anche in ragione del particolare momento storico in cui si è verificato, ossia poco dopo il concludersi della prima discussione pubblica del test di Milgram ma prima della pubblicazione della sua opera e prima dello *Stanford Prison experiment*: esplicitamente o implicitamente entrambi gli studi forniscono una spiegazione scientifica alla tragedia di My Lai, le cui implicazioni diedero risonanza alle conclusioni cui giunsero gli esperimenti, sensibilizzando le istituzioni e la società sull'estrema pericolosità dell'obbedienza all'autorità. La vicenda offre, inoltre, una serie di spunti di riflessione sul ruolo svolto da chi decide di «*question authority*», fondamentale nell'ottica di prevenire il diffondersi di dinamiche pervasive che, da un punto di vista criminologico, fondano il crimine organizzativo.³⁹³

Il 16 marzo 1968 la Compagnia "Charlie" della 23° Divisione di Fanteria dell'esercito federale uccise oltre 500 civili vietnamiti, comprese donne, bambini e anziani nel villaggio di My Lai. Contestualmente all'uccisione dei civili si consumarono violenze inaudite, come stupri di donne e bambini, mutilazioni e altri abusi, tanto che la strage viene considerata una dei più gravi crimini della storia militare statunitense.³⁹⁴ Il quarantottesimo battaglione dei Viet Cong, che, in precedenza, aveva portato alla morte numerosi soldati dell'esercito federale, era stabilito nell'area del villaggio di My Lai. La notte prima del massacro, in cui si commemorava anche la morte di un soldato federale ucciso dai Viet Cong, il capitano della Compagnia Ernest Medina riferì ai soldati che il villaggio fosse una roccaforte vietnamita ed essendo che avrebbero certamente incontrato soldati vietnamiti, vi sarebbe stata l'opportunità di collezionare un successo militare e di vendicare i caduti. Quando i soldati dell'esercito americano il giorno successivo fecero incursione nel villaggio, nonostante vi fossero solamente civili vietnamiti, fu ordinato alla Compagnia di procedere all'uccisione di ognuno di loro.³⁹⁵

La Compagnia Charlie era stata inviata in Vietnam prima che avesse completato l'addestramento per concluderlo sul posto: la carenza di abilità tecniche si tradusse in una serie

³⁹³ R.G. VAUGHN, *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, cit., p. 21.

³⁹⁴ T. ANGERS, *The Forgotten Hero of My Lai: The Hugh Thompson Story*, Lafayette, 1999, p. 157, come citato in R.G. VAUGHN, *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, cit., p. 32, nota 61.

³⁹⁵ Alcuni soldati si rifiutarono di eseguire l'ordine, di cui uno, Robert Maples che venne minacciato di essere sparato per questo da parte del tenente William Calley; coloro che si sottrassero dall'attuare tali atrocità giocarono un ruolo fondamentale nelle successive investigazioni, e per questo subirono ritorsioni di vario genere. Cfr. R.G. VAUGHN, *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, cit., p. 22.

di insuccessi che generarono, soprattutto nei comandanti, un progressivo desiderio di vendetta nei confronti dei Viet Cong. Tale inesperienza tecnica emergeva anche dalla convinzione per cui nel villaggio fossero presenti solamente Viet Cong o loro simpatizzanti sintomo di un'incapacità di efficace controllo sul territorio, che ha inciso sul successivo ordine di procedere al massacro. A questo deve aggiungersi la profonda stima che i soldati della Compagnia riponevano nell'operato dei comandanti stessi, che, in aggiunta alla suddetta volontà di collezionare un successo militare e vendicare i caduti, si pone a fondamento della decisione del singolo di contribuire al massacro. Il *psychological build-up* messo in atto dai comandanti la notte precedente ha determinato una predisposizione alla violenza dei giovani soldati che, fossero privi di una consolidata esperienza militare, si macchiarono di atrocità inaudite: nonostante fosse a tutti evidente che il villaggio fosse abitato per lo più da civili, la maggior parte dei soldati non esitò ad eseguire gli ordini,³⁹⁶ come se le condotte che adottarono fossero dovute e legittime, quindi "normalizzate".

Risuonano le conclusioni cui giunse Milgram, il cui esperimento dimostrò che l'uomo è predisposto a causare sofferenza a un altro uomo in presenza di un'autorità che glielo ordina³⁹⁷: il *sanctioned massacre* di My Lai, al pari di molti altri, può essere efficacemente spiegato solo se, oltre ad indagare la predisposizione caratteriale del singolo alla violenza e il grado di ostilità che nutre nei confronti della vittima, si considerano fattori che incidono sui processi decisionali di ciascuno indebolendo le inibizioni morali che, in altri contesti, avrebbero trattenuto il soggetto dall'adottare condotte brutali.

Tali dinamiche, ingenerate dall'obbedienza, si ravvisano nell'*authorization* morale alla realizzazione gesti efferati, per cui la situazione è talmente definita che il singolo si sente sollevato dalla responsabilità morale derivante dalle sue scelte; la *routinization*, per cui i comportamenti risultano così organizzati da non consentire al singolo di interrogarsi sull'illegalità delle proprie condotte, che diventano automatiche; infine, la *dehumanization*

³⁹⁶ J. GOLDSTEIN- B. MARSHALL- J. SCHWARTZ, *The My Lai Massacre and its cover-up: beyond the reach of law?: The Peers Commission report*, New York, 1976, pp. 203-206.

³⁹⁷ L'obbedienza gioca, in questa vicenda, un ruolo determinante in quanto non fu espressamente consentito a ciascun soldato di astenersi dal massacro, come invece fu in altre, come la strage di cui si rese autore il cd. Battaglione 101.

della vittima, per cui l'ordine o la prassi diventano talmente pervasivi da impedire che l'aggressore consideri applicabili gli usuali valori morali.³⁹⁸

Anche i risultati dell'esperimento di Zimbardo non vengono traditi ma, anzi, fortificati dalla vicenda storica in esame: il carattere determinante dell'influenza del gruppo sulle condotte del singolo conduce alla sua uniformazione, all'annullamento del legame col proprio io, coi propri valori, con la propria coscienza, indispensabile per astenersi da gesti efferati.

Queste conclusioni non possono che essere ancor più vere se riferite alla criminalità organizzativa: l'obbedienza al superiore e l'influenza del contesto furono fattori determinanti di alcuni dei più allarmanti disastri organizzativi, che, grazie anche all'operato dei *whistleblowers*, hanno fatto luce sulle dinamiche di illegalità e omertà che pervadono le organizzazioni e autorizzano i loro membri a mettere a tacere la propria coscienza per aderire alle prassi o ai protocolli codificati dall'ente.

Hugh Thompson, un ufficiale della Compagnia "Charlie" incaricato dell'individuazione del nemico dall'alto, quel giorno, a bordo di un elicottero stava sorvolando la zona in cui si stava consumando la strage, e, notando una grande quantità di corpi distesi a terra esanimi, pensò che appartenessero a vittime dei bombardamenti, ma, quando, assistette all'uccisione di una donna ferita, da parte del comandante Medina, tutto gli fu più chiaro. Una volta atterrato, chiese spiegazioni a Calley³⁹⁹, immediatamente si rivolse al sergente Brooks chiedendogli di ordinare ai suoi uomini di astenersi da ulteriori orrori e si adoperò per mettere in salvo il maggior numero di civili possibile, per poi riferire quanto stava accadendo al suo superiore, affinché il massacro fosse interrotto il prima possibile. Thompson potrebbe essere definito un *internal whistleblower*, avendo egli segnalato quanto si stava verificando a My Lai all'autorità interna all'organizzazione militare, facendo in modo che il massacro cessasse; Thompson è qualificabile anche come un "*hero*", secondo la definizione zimbardiana, in quanto egli dichiarò di aver semplicemente adempiuto a un dovere che riteneva di avere nei confronti dell'esercito. Alle sue parole non fu dato credito, essendo che i comandanti negarono che il massacro si fosse verificato.

³⁹⁸ H. C. KELMAN-V.L. HAMILTON, *The My Lai Massacre. Crimes of Obedience and Sanctioned Massacres*, in M. D. ERMANN- R.J. LUNDMAN, *Corporate and Governmental Deviance. Problems of Organizational Behavior in Contemporary Society*, New York, 1996, pp. 180-207.

³⁹⁹ Emblematica fu la risposta di Calley alle domande di Thompson: «*just following orders*». Cfr. R.G. VAUGHN, *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, cit., p. 23.

La storia beneficiò dell'intervento di un ulteriore *whistleblower*, Ron Ridenhour, un soldato che prese parte alla spedizione in Vietnam e che, nonostante non fosse stato assegnato alla Compagnia Charlie, venne a conoscenza del massacro che si era consumato a My Lai attraverso plurime testimonianze. Temendo che se non avesse egli stesso reso noto alle istituzioni il massacro questo sarebbe stato insabbiato e non sarebbe mai pervenuto agli Stati Uniti, egli scrisse una lettera di denuncia delle violenze di My Lai alla Casa Bianca, cui seguirono le dovute indagini da parte dell'*Inspector General of the Army* conclusesi con una indubbia conferma dell'accaduto.

«I couldn't quite accept it. Somehow, I just couldn't believe that not only had so many young American men participated in such an act of barbarism, but that their officers had ordered it»:

⁴⁰⁰ anche la testimonianza di questo *whistleblower* rivela la sensazione di incredulità da esso sperimentata dinnanzi a quanto pervenuto a sua conoscenza, che gli impedisce di accettarlo, anche in ragione del fatto che il massacro era stato ordinato da parte degli ufficiali stessi. Ridenhour, inoltre, non riesce a credere che gli uomini che si macchiarono delle atrocità contro gli abitanti di My Lai fossero gli stessi che, all'epoca, sarebbero diventati suoi futuri compagni nella Divisione a cui sarebbe stato assegnato; ⁴⁰¹ le conclusioni a cui giunse Zimbardo sono qui ancor più vere, soprattutto con riferimento al carattere assolutamente determinante del contesto sul comportamento delle persone, che può indurle a conformarsi alle condotte del gruppo, fino a macchiarsi di violenze inaudite senza nemmeno avvertirne il peso sulla propria coscienza.

Estremamente rilevanti solo altresì le ragioni che Ridenhour pone a fondamento del suo gesto: *«I remain irrevocably persuaded that if you and I do truly believe in the principles, of justice and the equality of every man, however humble, before the law, that form the very backbone that this country is founded on, then we must press forward a widespread and public investigation of this matter with all our combined efforts»* ⁴⁰², Ridenhour ne fa dunque una questione di principi e valori assoluti di umanità, la cui violazione non può in alcun modo passare inosservata. Oltre a ciò, Ridenhour, in forza del suo senso di giustizia, giunge a realizzare quella forma di ribellione sistemica che, al pari di Cristina Maslach e a differenza di Thompson, è idonea a scuotere le coscienze e a far sì che possa, in concreto, essere ristabilita

⁴⁰⁰ R. RIDENHOUR, *The My Lai Letter*, 1969, p.1, [[ridenhour-my-lai-letter.pdf \(wordpress.com\)](https://www.wordpress.com/ridenhour-my-lai-letter.pdf)].

⁴⁰¹ *«There were other men in the unit I was soon to be assigned to... who had been in Charlie Company at the time that Gruver alleged the incident at "Pinkville" had occurred»*. (R. RIDENHOUR, *The My Lai Letter*, cit., p.1).

⁴⁰² R. RIDENHOUR, *The My Lai Letter*, cit., p.3.

la legalità. Anche in questo caso vi furono soldati che si astennero dalla strage, ma la loro condotta non ebbe l'intensità tale da impedire la tragedia.

La rilevanza della figura di Ridenhour nella vicenda è data anche dal suo ruolo di testimone indiretto, che, nonostante non avesse assistito direttamente al massacro, fu determinante nell'apertura delle indagini: risulta evidente la risonanza che gli avvenimenti ebbero sul dibattito legislativo con riferimento all'importanza di prevedere protezioni anche per i lavoratori che vengano solo indirettamente a conoscenza di fatti denunciati, il cui contributo risulta spesso determinante per l'emersione di illeciti che, altrimenti, rimarrebbero ignoti alle autorità competenti.⁴⁰³

2. La decisione di “soffiare il fischietto”.

La tematica involge innumerevoli profili psicologico-sociali, di cui si darà conto nel presente paragrafo anche attraverso le narrazioni dei *whistleblowers*, per poi, nel paragrafo successivo, focalizzare l'attenzione sulle previsioni normative finalizzate a incentivare la decisione di soffiare il fischietto, segnatamente gli incentivi economici alla segnalazione, atte a valorizzare massimamente l'istituto del *whistleblowing* come strumento di prevenzione e di contrasto della criminalità organizzativa.

La trattazione verrà strutturata in modo tale da prendere in considerazione sia l'aspetto eroico che è spesso associato alla figura dei segnalanti, attraverso l'analisi dell'intervista a Sherron Watkins, Cynthia Cooper e Coleen Rowley del *Time*,⁴⁰⁴ sia l'impatto catastrofico che la decisione di soffiare il fischietto comporta, attraverso l'analisi dei risultati dello studio portato a compimento da Fred Alford sulle vite e le sorti dei *whistleblowers*⁴⁰⁵, con particolare riferimento alle motivazioni alla denuncia.

2.1. “The whistleblowers: 2002- Person of the Year.”

⁴⁰³ R.G. VAUGHN, *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, cit., pp. 20-26.

⁴⁰⁴ TIME, *Interview: Cynthia Cooper, Sherron Watkins, Coleen Rowley*, New York, 2002, [[Interview: Cynthia Cooper, Sherron Watkins, Coleen Rowley | TIME](#)].

⁴⁰⁵ F.C. ALFORD, *Whistleblowers: broken lives and organizational power*, Ithaca, 2001.

La copertina del settimanale newyorkese *Time* nel primo numero del dicembre 2002 ritrae Cynthia Cooper, Sherron Watkins e Coleen Rowley, elette come le persone più influenti sulle notizie dell'anno appena trascorso. «*What exactly did we need to be doing differently?*»: l'articolo della rivista loro dedicato si apre con questo quesito, che allude alle tragiche vicende storiche occorse nel 2001, cui si è aggiunta la «*black comedy*» delle frodi societarie, che hanno condotto al fallimento di colossi multinazionali, e, inevitabilmente della fiducia che gli americani riponevano in essi.⁴⁰⁶

Questo è il tragico contesto in cui tre donne «*of ordinary demeanor*» hanno assunto la complessa decisione di “soffiare il fischietto” dinanzi all'illegalità che pervadeva le organizzazioni di cui erano membri.

Sherron Watkins, vicepresidente di Enron, che, nell'estate del 2001 allertava il presidente su irregolarità nelle procedure contabili interne tramite una lettera che venne rinvenuta durante le indagini aperte a seguito del fallimento della società.

Coleen Rowley, agente speciale dell'FBI, che, nel maggio 2002 rese noto al direttore del suo dipartimento che era stata respinta ogni richiesta di indagine nei confronti di un soggetto coinvolto nell'attentato alle Torri Gemelle.

Cynthia Cooper, vicepresidente dell'ufficio *Internal Audit* di WordCom, che nell'estate del 2002, fece esplodere la bolla finanziaria in cui si era trasformata l'azienda attraverso una serie di illeciti finanziari, informando il Consiglio di amministrazione che la società aveva nascosto quasi 4 miliardi di dollari di perdite.⁴⁰⁷

Queste tre donne hanno fatto “la cosa giusta” semplicemente portando a termine la loro mansione lavorativa correttamente, che, in questo contesto, significa consapevolmente, cioè con scrupolosità e coraggio, fedeli all'idea che il loro lavoro impattasse sul mondo in maniera rilevante. Provenienti da realtà umili hanno agito pronte a sacrificare il loro posto di lavoro, la loro salute, la loro *privacy* e il loro equilibrio psicologico: questo è il prezzo che loro e altri *whistleblowers* devono pagare per mettere in discussione l'autorità in nome del giusto. Il più grande debito della società nei loro confronti è rappresentato dall'aver creduto nella verità,

⁴⁰⁶ R. LACAYO - A. RIPLEY, *Persons of The Year 2002: The Whistleblowers*, New York, 2002, [<https://time.com/archive/6667965/persons-of-the-year-2002-the-whistleblowers/>].

⁴⁰⁷ R. LACAYO - A. RIPLEY, *Persons of The Year 2002: The Whistleblowers*, cit.

valore irrinunciabile per ogni democrazia capitalistica, necessario per far sì che le persone ripongano fiducia nell'integrità delle istituzioni pubbliche e private.⁴⁰⁸

Nessuna delle tre incontrò le altre né parlò dell'accaduto pubblicamente prima dell'intervista che rilasciarono al *Time* nel dicembre del 2002, contestualmente alla quale ciascuna di loro si ritrovò nelle dichiarazioni delle altre, il che è, dal punto di vista criminologico, di estremo interesse, specie se gli elementi comuni si riferiscono alle motivazioni che le hanno indotte a "soffiare il fischietto". Cooper, Watkins e Rowley attribuiscono all'educazione, ai valori ricevuti dalla propria famiglia il merito di aver orientato la complessa decisione,⁴⁰⁹ da cui Cooper fa discendere, altresì, l'importanza di essere consci delle conseguenze delle proprie azioni in vista di un ruolo che ciascun consociato è chiamato a svolgere per assicurare la solidità del tessuto morale del proprio Paese.⁴¹⁰

Inoltre, motivano la generale omertà degli altri membri della loro organizzazione con il fatto che essi non avessero ricevuto un modello di valori dall'alto, insistendo sull'importanza che i «*leaders set the tone*», cosa che, invece, coloro che si collocano nei gradini più bassi della scala gerarchica dell'organizzazione possono solo tentare di realizzare.⁴¹¹ Le parole delle *whistleblower* rievocano qui gli studi di Milgram sul ruolo dell'obbedienza nelle dinamiche organizzative e la forza che questa esercita, specialmente nella parte in cui chiariscono che i

⁴⁰⁸ L'aneddoto riportato in R. LACAYO - A. RIPLEY, *Persons of The Year 2002: The Whistleblowers*, cit., secondo cui all'interno di Enron venissero distribuiti *block-notes* con citazioni come "*Our lives begin to end the day we become silent about things that matter*", e che, nonostante ogni persona all'interno dell'organizzazione lo leggesse, nessuna si opponesse (ad esclusione di Watkins) agli illeciti che contemporaneamente venivano commessi al suo interno, dimostra la pervasività cui può giungere la cultura criminale nei contesti organizzativi.

⁴⁰⁹ Si riportano le parole delle tre *whistleblowers*, estrapolate dall'articolo che è stato tratto dall'intervista (TIME, Interview: Cynthia Cooper, Sherron Watkins, Coleen Rowley, cit.).

«COOPER: *I think it comes back to values and ethics that you learn through your life. My mother has been a tremendous influence on me: "Never allow yourself to be intimidated; always think about the consequences of your actions."*

[...]

WATKINS: *Certainly my mother is still setting the example for me to follow.*

[...]

ROWLEY: *[But in the past, my role model was my maternal] grandparents. »*

⁴¹⁰ «COOPER: *I think this is a wake-up call for the country. There's a responsibility for all Americans—teachers, mothers, fathers, college professors, corporate people—to help and make sure the moral and ethical fabric of the country is strong*». (TIME, Interview: Cynthia Cooper, Sherron Watkins, Coleen Rowley, cit.).

⁴¹¹ «ROWLEY: *That's the chairman of the board. I am way down the order. All you can do from the lower echelon is try*». (TIME, Interview: Cynthia Cooper, Sherron Watkins, Coleen Rowley, cit.).

leader spesso sono “cavalli da corsa” invece che ai “cavalli da lavoro”, ⁴¹² alludendo a personalità estremamente carismatiche, in grado di orientare il gruppo anche verso l’illegalità.

La circostanza per cui si trattasse di tre soggetti di sesso femminile non è considerata rilevante da Cooper, laddove, al contrario, viene reputata significativa da Watkins, che ravvisa nel genere maschile una minore propensione a mettere in cattiva luce i propri colleghi. ⁴¹³

Si riscontrano, invece, echi zimbardiani nella parte in cui le tre donne rifiutano di essere definite “eroine” in ragione del fatto che esse stavano semplicemente svolgendo il proprio lavoro, il che, denota la “banalità” delle loro condotte, e, in ultima istanza, del bene che hanno apportato alla società. ⁴¹⁴ Con riferimento al timore di subire ritorsioni, Cooper dichiara che la paura di perdere il proprio lavoro fosse di gran lunga secondaria rispetto al dovere di denunciare, laddove, invece, Watkins esprime lo stupore che provò quando prese visione di una nota indicante i vantaggi e gli svantaggi del proprio licenziamento, essendo che ella fosse estremamente convinta di stare agendo nel bene della società stessa. ⁴¹⁵ Dichiarano, invece, di aver trovato il coraggio necessario per denunciare proprio quando la notizia dei *report* delle altre pervase la stampa, nella consapevolezza che vi fosse qualcun’altro che, come loro, avesse deciso di fare la cosa giusta. ⁴¹⁶ Emerge, da questo passaggio dell’intervista, l’importante ruolo svolto dall’osservazione di altri *whistleblowers*, che ha un effetto motivazionale per coloro che

⁴¹² «COOPER: *People who move to the top are typically racehorses, not workhorses. And they’re very charismatic*». (TIME, Interview: Cynthia Cooper, Sherron Watkins, Coleen Rowley, cit.).

⁴¹³ «COOPER: *I think it could have just as easily been a man. We are all people who are looking to stand up and give our best. I have always been honest and forthright, and it doesn’t matter who it is I’m talking to.*

WATKINS: *I do think there’s something to being a woman. There’s a little bit of a boys’ club, whether it’s the golf or the sports talk. I am really uncomfortable with making general statements. But men are more reluctant to put their friends in jeopardy*». (TIME, Interview: Cynthia Cooper, Sherron Watkins, Coleen Rowley, cit.).

⁴¹⁴ «COOPER: *We don’t feel like we are heroes. I feel like I did my job.*

ROWLEY: *One of these days, maybe I will do something to deserve awards, and I have got 40 years to try ... The May 21 letter from me? I am repulsed by the idea of thinking that makes me a hero or anything like that [...]* ». (TIME, Interview: Cynthia Cooper, Sherron Watkins, Coleen Rowley, cit.).

⁴¹⁵ «COOPER: [...] *But the fear of losing my job was very secondary to the obligation I felt.*

WATKINS: *I was really shocked when I saw a detailed memo about the pluses and minuses of discharging me. You think, I am doing this for the good of the company. I have got the best interests in mind. You think the company should be on your side*». (TIME, Interview: Cynthia Cooper, Sherron Watkins, Coleen Rowley, cit.).

⁴¹⁶ «ROWLEY: [...] *but when their news broke, I read that and saw some encouragement. The same reason I wrote the letter was the reason for WorldCom and Enron. [...]*

WATKINS: *I think it’s uncanny what similar stories we have*». (TIME, Interview: Cynthia Cooper, Sherron Watkins, Coleen Rowley, cit.).

si trovano dinnanzi alla complessa decisione, alla luce, anche, del venir meno del senso di solitudine che spesso li accompagna.⁴¹⁷

2.2. I whistleblowers di Fred Alford.

*«I did it because I had to ... because I had no other choice ... because I couldn't live with myself if I hadn't done anything ... because it was speak up or stroke out.... What else could I do? I have to look at myself in the mirror every morning? ».*⁴¹⁸

La maggior parte dei *whistleblowers* divenuti parte dello studio condotto da Fred Alford allude a una *«choiceless choice»*, cioè una situazione interiore per cui essi, sopraffatti dal potere esercitato dalla propria coscienza, sono impediti nel considerare qualunque altra alternativa.⁴¹⁹

«Once I blew the whistle, I was free. I could breathe for the first time in years. I was free to say what I thought was right, and now I am not free to work in my career. When was I more free, then or now?»: il senso di libertà avvertito subito dopo la denuncia, è estremamente simile a quello di costrizione, che ha imprigionato questo *whistleblower*, per liberarlo, appunto, solo quando aveva distrutto tutto ciò che aveva, ossia, la sua carriera, la sua casa, la sua famiglia.

⁴²⁰

Le narrazioni appaiono cristallizzate al momento in cui è stata assunta la complessa decisione, come se non fosse accaduto nulla negli anni successivi, cronologicamente organizzate come un susseguirsi di eventi inseriti in una trama in cui non è contemplata un'evoluzione del personaggio.⁴²¹ Le motivazioni che hanno condotto alla *choiceless choice* potrebbero servire a rinvenire un significato più profondo nelle loro storie per evitare che siano irrimediabilmente

⁴¹⁷ «WATKINS: [...]People I thought were my friends and I thought would support me backed away. They said, "Sherron, you're on your own on this."»

COOPER: [...]It's a lonely road ». (TIME, Interview: Cynthia Cooper, Sherron Watkins, Coleen Rowley, cit.).

⁴¹⁸ F. ALFORD, *Whistleblowers: Broken Lives and Organizational Power*, cit., p.40.

⁴¹⁹ *«I had no choice, so comparing alternatives is pointless».* F. ALFORD, *Whistleblowers: Broken Lives and Organizational Power*, cit., p.43.

⁴²⁰ *«I'm glad I didn't have a choice. I don't think I could live with myself if I thought I chose all this».* F. ALFORD, *Whistleblowers: Broken Lives and Organizational Power*, cit., p.42.

⁴²¹ *«They called me downtown and tried to threaten me, I went to the MSPB [Merit System Protection Board], they put me on a twenty-one-day sus-pension, I hired a lawyer, they fired me, I slapped them with a lawsuit».* F. ALFORD, *Whistleblowers: Broken Lives and Organizational Power*, cit., p.44.

definite dal finale e soprattutto cercare di ricrearle, motivando all'azione altri potenziali segnalanti.

Molti dei *whistleblowers* che hanno preso parte allo studio di Alford, non consiglierebbero a un'altra persona che versa nella loro stessa condizione di procedere alla denuncia, in ragione della estrema sofferenza cagionata dalle ritorsioni che scaturiscono dal gesto. Tra le testimonianze, spicca quella di un *whistleblower*: «*Do it to save lives, or don't do it*». Il fattore dirimente, che, potrebbe, in questo caso, motivare la decisione, è l'incolumità di altre persone.⁴²² «*I'd been a part of management for years. They were my friends; we watched each other's kids grow up. But when I finally figured out what they...no I don't mean they, I mean we. When I finally figured out what we were doing to the poor people who were our clients, I couldn't even go out for a drink with them anymore. Management was my world, I didn't even know our clients' names, but I had to choose. Only it wasn't really a choice, you know, more like an ultimatum I gave my-self*»: l'identificazione con le vittime ha posto la *whistleblower* nella condizione di *choiceless choice* e le ha impedito di permanere in una condizione per cui essa non si adoperava per far sì che la loro sofferenza cessasse. La motivazione di molti *whistleblower* discende da una sorta di responsabilità per l'incolumità dell'altro che molti di loro avvertono, che li induce all'avvicinamento alla potenziale vittima in ragione dell'assoluto rifiuto di identificarsi con l'aggressore che, in questo caso, è rappresentato dal superiore gerarchico di cui si denunciano le condotte.^{423 424}

«*I am afflicted by my imagination for consequences. I just couldn't stop imagining what would happen if children climbed over the fence and played in the radioactive dust*». Le parole di un *whistleblower* che soffiò il fischietto contro il fallimento del Dipartimento dell'Energia nel correttamente bonificare un cantiere, rivelano che determinante nella sua decisione sia stato l'immaginare le conseguenze disastrose del suo silenzio e l'incapacità di sopportarlo.⁴²⁵

«*It was just my moral bad luck to be there at the right time, Or should I say the wrong time? Most people are not faced with being asked to lie to the Feds. I knew at that moment I was going to be part of history*». Uno dei *whistleblowers* che presentò una segnalazione inerente a

⁴²² F. ALFORD, *Whistleblowers: Broken Lives and Organizational Power*, cit., p.35

⁴²³ Milgram, nel suo esperimento, studiò il medesimo dilemma sperimentato dall'insegnante: acconsentire all'ordine dell'autorità o immedesimarsi nella sofferenza della vittima interrompendo le scosse.

⁴²⁴ F. ALFORD, *Whistleblowers: Broken Lives and Organizational Power*, cit., p.69.

⁴²⁵ F. ALFORD, *Whistleblowers: Broken Lives and Organizational Power*, cit., p.67.

una frode nel settore medico, ha avvertito un dovere di comportarsi in tal senso, determinato dall'essersi trovato accidentalmente in una situazione in cui l'attaccamento ai propri valori gli ha imposto di fare la cosa giusta.⁴²⁶

«*When I came home at night, I was supposed to love and care about my family. And I did. When I went to work in the morning, I was supposed to regard everyone else's family as expend-able. After a while I just couldn't do it anymore*». A molti *whistleblowers* membri di organizzazioni viene imposto di sdoppiarsi, impersonando un ruolo sul posto di lavoro e uno, completamente diverso, al di fuori; in questo senso, la denuncia è conseguenza dell'incapacità di alcuni *whistleblowers* di operare e sopportare tale scissione dell'io.⁴²⁷

«*I'm ashamed of what my company did, and I'm ashamed that I had to blow the whistle. I'm ashamed for the people I worked with, and I'm ashamed for the people who were hurt by what my company did*». La narrazione offerta da questo *whistleblower* fa emergere il senso di vergogna generato dal sentirsi parte di un'organizzazione pervasa da una cultura criminale, che lo ha posto nella condizione di *choiceless choice* dinanzi alla denuncia.⁴²⁸

In ultima istanza, la (non) decisione di soffiare il fischietto è data dal desiderio di rendere l'organizzazione migliore, in modo tale che il contributo apportato dalla segnalazione sia fonte di ammirazione per i *whistleblowers*, invece che di disprezzo da parte dei membri, nonostante, siano ben coscienti che il gesto comporti per loro il sacrificio della lealtà nei confronti del proprio superiore.⁴²⁹

Come rivelano le narrazioni presentate e i fattori, di volta in volta, posti a fondamento della decisione, il *whistleblower*, più che sperimentare un senso di altruismo nei confronti dell'altro, è motivato soprattutto dal desiderio di evitare che un'ingiusta sofferenza cagionata all'altro lo faccia sentire moralmente corrotto dall'organizzazione responsabile di cui è membro. Per molti la paura di convivere con un io corrotto è maggiormente allarmante rispetto a quella di essere isolati dall'altro e la battaglia interiore da essi sperimentata è estremamente complessa anche perché essi non beneficiano del supporto delle persone che intendono proteggere, spesso

⁴²⁶ F. ALFORD, *Whistleblowers: Broken Lives and Organizational Power*, cit., p.68.

⁴²⁷ F. ALFORD, *Whistleblowers: Broken Lives and Organizational Power*, cit., p.72.

⁴²⁸ F. ALFORD, *Whistleblowers: Broken Lives and Organizational Power*, cit., p.74.

⁴²⁹ «*I got fired because I put loyalty to principles over loyalty to my boss*», F. ALFORD, *Whistleblowers: Broken Lives and Organizational Power*, cit., p.85-86.

anonime e indeterminate, ma, nonostante ciò, si separano dalla cultura criminale che pervade la loro organizzazione, soffiando il fischietto.⁴³⁰

3. L'incentivo economico per il segnalante.

Elemento distintivo della disciplina statunitense del *whistleblowing* è la previsione di incentivi economici per i segnalanti che abbiano contribuito al recupero di somme di denaro a favore dello Stato, inseriti all'interno di *whistleblowers programs* gestiti da agenzie federali,⁴³¹ o erogati dal Governo stesso.⁴³²

La previsione di ricompense per i *whistleblowers*, non è contemplata dalla recente direttiva *whistleblowing* europea, né, tantomeno, dall'Italia. La resistenza degli ordinamenti di *civil law* è da attribuirsi a ragioni di ordine culturale, secondo le quali il farsi avanti in nome della legalità dovrebbe essere gesto disinteressato e non motivato dalla prospettiva di ottenere un beneficio economico, il quale, al contrario, sarebbe suscettibile di indurre a comportamenti opportunistici. Ma, la scarsa efficacia che l'istituto ha dispiegato soprattutto in Italia, ha dato adito al proliferare nel dibattito legislativo di quelle voci che auspicavano l'inserimento di qualche forma di incentivo alla denuncia. Si segnala, anzitutto, la posizione della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, che già nel 2012⁴³³ si esprimeva a favore dell'introduzione degli incentivi economici e, in sede europea, il Regolamento (UE) 16 aprile 2014 n. 596⁴³⁴ e il Regolamento (UE) 14 giugno 2017, n. 1129.⁴³⁵ A questi facevano seguito i disegni di legge che hanno condotto all'approvazione della legge 29 dicembre 2017, n.179, che, auspicavano la

⁴³⁰F. ALFORD, *Whistleblowers: Broken Lives and Organizational Power*, cit., p. 90-95.

⁴³¹ Si allude qui al *Dodd-Frank Act* che prevede l'erogazione da parte della SEC di incentivi economici per i *whistleblowers* nel settore dei mercati finanziari, secondo lo schema *cash for information*, (15 U.S.C. § 78u-6) per cui v. *supra* II §3.1.

⁴³² Il riferimento è agli incentivi economici a seguito dell'accertamento della fondatezza della segnalazione erogabili a favore del segnalante che abbia intentato un'azione civile imperniata sullo schema *qui tam*, così come disciplinato dal FCA (U.S.C. §3730 (d)), per cui v. *supra*, II §3.1.

⁴³³ COMMISSIONE PER LO STUDIO E L'ELABORAZIONE DI PROPOSTE IN TEMA DI TRASPARENZA E PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, 2012, p. 78, [http://trasparenza.formez.it/sites/all/files/Rapporto_corruzioneDEF_ottobre%202012.pdf].

⁴³⁴ Art. 32, co. 4, Regolamento (UE) 2014/596.

⁴³⁵ Art. 41, co. 3, Regolamento (UE) 2017/1129.

previsione di forme di premialità a favore dei segnalanti,⁴³⁶ ma che non figurano nel testo finale.

Gli ordinamenti nordamericani, caratterizzati da un assetto culturale marcatamente efficientista, sono da tempo fedeli allo strumento, ravvisando in esso la capacità di incentivare la segnalazione. A supportare tale impostazione vi sono innumerevoli evidenze empiriche,⁴³⁷ che dimostrano l'effettiva incidenza del sistema degli incentivi sulla decisione di soffiare il fischietto, segnatamente "rassicurando" il potenziale *whistleblower* che le eventuali conseguenze negative potranno essere certamente coperte dalla ricompensa economica, quindi, motivandolo a denunciare.

Senza contare che, premiare economicamente i *whistleblowers* conferisce all'istituto l'apprezzamento e l'inclusione sociale necessari affinché possa correttamente dispiegare tutta la sua efficacia, contribuendo a contrastare i fenomeni di etichettamento come "spia" o "delatore" che spesso caratterizzavano, soprattutto in passato, l'immagine che, a livello organizzativo, veniva attribuita ai segnalanti; la ricompensa economica si manifesterebbe idonea ad evidenziare l'integrità morale e il coraggio dei segnalanti, conferendo loro gli onori

⁴³⁶ Ci si riferisce, in particolare, alla Proposta di modifica n. 1.60 al DDL n. 2208:

«Al comma 1, capoverso «Art.54-bis», dopo il comma 8, aggiungere il seguente:

8-bis. Qualora si riveli fondata la segnalazione da parte del dipendente, allo stesso sono riconosciute forme di premialità, anche in relazione alla valutazione della professionalità secondo i rispettivi ordinamenti, da definirsi in sede contrattuale. In ogni caso, ai segnalanti che denuncino reati o irregolarità che comportino un danno erariale, ovvero comportino il recupero da parte dello Stato di somme conseguenti agli accertamenti o alla condanna definitiva, è attribuita, in parti eguali, una somma di denaro, a titolo di premio, di importo compreso tra il 5 ed il 15 per cento della somma in questione. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e il Ministro dello sviluppo economico, sono emanate, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, le norme regolamentari per l'attuazione di quanto disposto dal presente comma».

⁴³⁷ Tra i tanti, si cita lo studio condotto da A. DEY- J. HEESE- G. PEREZ CAVAZOS, i cui risultati sono descritti in *Cash-for-Information Whistleblower Programs: Effects on Whistleblowing and Consequences for Whistleblowers*, in *Journal of Accounting Research*, vol. 59, no. 5, 2021.

La ricerca vuole testare se il sistema di incentivi economici previsti dal FCA è in grado di compensare le conseguenze patite dai *whistleblowers* a seguito della denuncia, analizzando oltre 5000 *qui tam lawsuits* da essi presentate alle Corti federali tra il 1994 e il 2012 e documenti disponibili presso il *Public Access to Court Electronic Records (PACER) system* relativi all'incirca a 1600 *whistleblowers*, per costruire un *database* idoneo a far emergere, appunto, l'impatto degli incentivi sulla vita dei *whistleblowers*.

Dallo studio emerge che lo schema *qui tam* consente di compensare i danni economici subiti dai segnalanti: i *whistleblowers* del campione patiscono in media una riduzione dello stipendio dell'8,6%, per una cifra media pari a \$ 6.500 a seguito della denuncia, che, viene prontamente coperta da ricompense economiche mediamente pari a \$140.000; inoltre, dai dati non emergono costi sociali significativi a carico dei *whistleblowers*, come la maggiore probabilità di divorzio o coinvolgimento prolungato in vicende giudiziarie. Cfr. A. DEY- J. HEESE- G. PEREZ CAVAZOS, *Cash-for-Information Whistleblower Programs: Effects on Whistleblowing and Consequences for Whistleblowers*, cit., p. 1733.

che gli spettano, contribuendo ad alleviare le loro sofferenze, e, in ultima istanza, a motivare altri soggetti al gesto.⁴³⁸

L'istituto del *whistleblowing* è, appunto, strumento di contrasto e di prevenzione della criminalità organizzativa, prestandosi ad incidere su uno dei caratteri più insidiosi di essa e cioè, l'assenza o la carenza di prove degli illeciti, che spesso determinano l'impossibilità (o la possibilità ma a costi insostenibili per le agenzie di controllo) di far sì che le condotte pervengano alle autorità competenti, portando con sé l'inesorabile estensione del suo campo oscuro.

Nell'ottica di contrastare l'espansione della criminalità sommersa, il fulcro della questione potrebbe essere così concettualizzato: se e, se sì, in che termini il sistema degli incentivi economici per i segnalanti contribuisce a ridurre i reati commessi all'interno delle organizzazioni?

I crimini commessi nei contesti organizzativi sono profittevoli sia per l'organizzazione sia per i suoi membri, che hanno tutto l'interesse a far sì che eventuali informazioni ad essi inerenti rimangano nascoste. In tale contesto, secondo la professoressa Jennifer Arlen,⁴³⁹ il sistema dei *financial incentives* si manifesterebbe idoneo a combattere il *corporate misconduct* in almeno due modi:

- incentivando i membri a soffiare il fischietto, facendo sì che il loro interesse economico venga indirizzato alla ricompensa e non al profitto del reato commesso dall'organizzazione;
- inducendo l'organizzazione al *self-reporting*.⁴⁴⁰ Infatti, nella consapevolezza che i lavoratori in possesso di informazioni su illeciti interni possano procedere alla *disclosure* alle autorità riceventi esterne in quanto motivati dagli incentivi, l'ente sarà maggiormente incline ad auto denunciare i propri illeciti (e a non macchiarsi di illeciti in partenza).

Per garantire che il sistema degli incentivi economici possa funzionare in queste due modalità, è necessario che essi siano commisurati in modo tale da consentire che le informazioni oggetto

⁴³⁸ R. G. VAUGHN, *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, cit., p. 136.

⁴³⁹ Norma Z. Paige Professor of Law at New York University School of Law. Alla professoressa è stato, da chi scrive, posto il suddetto quesito contestualmente al ricevimento-studenti del 4/9/2024.

⁴⁴⁰ L'istituto del *self-reporting* e le correlate implicazioni verranno appositamente analizzati nel successivo capitolo.

delle segnalazioni siano qualitativamente e quantitativamente selezionate: premi estremamente elevati potrebbero condurre a segnalazioni futili e irrilevanti,⁴⁴¹ ingolfando l'attività delle autorità riceventi; al contrario, ricompense troppo scarse e incerte disincentiveranno il potenziale segnalante ad esporsi, che, al contrario, vedrà il costo derivante da eventuali ritorsioni eccessivo rispetto al beneficio che potrebbe derivare dall'incentivo.⁴⁴² A tal proposito, la previsione di incentivi insufficienti potrebbe condurre anche all'attribuzione da parte del potenziale *whistleblower* di un peso moralmente inferiore agli illeciti commessi nell'organizzazione, che gli impedirebbe di avvertirne la gravità e, quindi, di denunciarli.⁴⁴³

La preservazione del «*moral DNA*» di un'organizzazione è, infatti, altrettanto fondamentale perché i *bounty regimes* possano effettivamente dispiegare la loro efficacia: solo in questo modo sarà possibile che i potenziali segnalanti non siano motivati da finalità opportunistiche, preoccupazione che ha condotto molti ordinamenti europei a escludere forme di incentivi in denaro. Tale inconveniente si instaura specialmente laddove non vi sia un obbligo di avvalersi del canale di segnalazione interno all'ente (prima di ricorrere a quello esterno), in cui i membri, motivati unicamente dal conseguimento dei premi in denaro, si accaniranno sul canale di segnalazione gestito dalle agenzie federali come la SEC, progressivamente erodendo il sostrato etico dell'attività organizzativa entro il quale sono inseriti alle spese della *compliance culture*. In questo modo, si potranno avere certamente moltissime segnalazioni, ma il loro contenuto, eventualmente pretestuoso, a nulla servirà a ridurre l'entità dei crimini commessi nell'organizzazione, assecondando al contrario il proliferare della cultura criminale.⁴⁴⁴

Senza contare che la gestione di una segnalazione esterna implica costi di intervento infinitamente più elevati rispetto a quelli cui condurrebbe una segnalazione interna, che potrebbe essere affidata alla più agevole ed economica gestione degli uffici di *compliance*.⁴⁴⁵ In questo senso, si può giustificare l'obbligo da ultimo introdotto dal legislatore europeo, reso

⁴⁴¹ di cui si dirà nel paragrafo successivo.

⁴⁴² D.F. ENGSTROM, *Bounty Regimes* in J. ARLEN (a cura di), *Research handbook on corporate crime and financial misdealing*, cit., p. 339.

⁴⁴³ D.F. ENGSTROM, *Bounty Regimes*, cit., p. 343.

⁴⁴⁴ In assenza di un solido obbligo di avvalersi del canale interno prima di quello esterno si genererebbero, inoltre, meccanismi di interruzione dei flussi di informazioni interni che consentono il corretto funzionamento dei sistemi di *compliance*. Per esempio, i *bounty regimes* potrebbero ostacolare i flussi di informazione verticali, facendo sì che i lavoratori collocati nella parte più inferiore della scala gerarchica che detengono informazioni di illeciti non cooperino con gli uffici interni deputati a gestire le *internal investigations*, per rivolgersi, invece, all'esterno, in vista della promessa dell'incentivo.

⁴⁴⁵ D.F. ENGSTROM, *Bounty Regimes*, cit., p. 344.

esecutivo in Italia dal d.lgs. 24 /2023, di istituire canali di segnalazioni interna;⁴⁴⁶ il medesimo obiettivo è perseguito anche dalla previsione del *Dodd- Frank Act* per cui, fattore incidente sulla commisurazione dell'incentivo in denaro è l'aver partecipato a programmi di *compliance* interni.^{447 448}

A ciò è necessario aggiungere che, la previsione di canali di segnalazione interna obbligatori e, dunque, di un solido ed efficiente sistema di *compliance*, indurrà gli uffici interni competenti a procedere al *self-reporting* degli illeciti prima della denuncia del singolo lavoratore, e questo, nell'ottica di cooperare con le autorità, fornendo prove degli illeciti per ottenere maggiore clemenza ed eventualmente, l'accesso a *deferred o non prosecution agreements*.⁴⁴⁹

Quindi, i *bounty programs* inducono le organizzazioni a prevedere sistemi di *compliance* efficienti da una parte, per far sì che l'eventuale segnalazione non venga presentata esternamente dai dipendenti provocando l'emergere di eventuali carenze interne, e dall'altra, incentivando il *self-reporting* degli illeciti.

Al tempo stesso, laddove il *whistleblower* si sia inutilmente avvalso del canale interno (o versi in una delle condizioni per cui è possibile presentare una segnalazione esterna direttamente), gli incentivi saranno senz'altro utili a far sì che le autorità possano reperire preziose informazioni da parte degli *insider*, riducendo l'impegno in termini di risorse e costi che si renderebbero, altrimenti, necessari.⁴⁵⁰

Una costante interazione e un equilibrato controbilanciamento tra canali di segnalazione interni ed esterni massimizza, pertanto, il potenziale degli incentivi economici, in quanto consente di gestire le segnalazioni sia da un punto di vista quantitativo, evitando di sovraccaricare le autorità esterne sia, qualitativamente, selezionando solo quelle che hanno ad oggetto informazioni di illeciti meritevoli di giungere all'attenzione delle agenzie di controllo.

Ma, in questo quadro, si inserisce un elemento di ulteriore complessità è rappresentato dal fatto che i lavoratori che solitamente detengono le informazioni maggiormente rilevanti per le indagini sono coloro che, consapevolmente, abbiano partecipato agli illeciti stessi (*complicits*)

⁴⁴⁶ Art. 4, d.lgs. 24/2023.

⁴⁴⁷ 17 CFR § 240.21F-6 (a) (4).

⁴⁴⁸ D.F. ENGSTROM, *Bounty Regimes*, cit., pp. 345-349.

⁴⁴⁹ M. H. BAER, *Reconceptualizing the Whistleblower's Dilemma*, in *U.C Davis Law Review*, no. 50, 2017, p. 2241.

⁴⁵⁰ M. H. BAER, *Reconceptualizing the Whistleblower's Dilemma*, cit., pp. 2236-2237.

e non i dipendenti solo accidentalmente venuti a conoscenza di condotte irregolari o criminali di altri membri (*innocents*).⁴⁵¹ In questo senso, nei confronti dei primi, ben a poco servirebbe promettere una ricompensa economica a seguito della segnalazione, considerato che il fattore che li trattiene dal denunciare è rappresentato dalla prospettiva di auto-incriminarsi, incorrendo in conseguenze penalmente rilevanti. Rischio da cui, peraltro, non sono esenti nemmeno coloro che, pur non coinvolti nell'attività illecita, presentano una segnalazione esponendo l'organizzazione, i membri e se stessi alle autorità e alla loro opera di *enforcement*, i cui esiti non escludono aprioristicamente il coinvolgimento del *whistleblower* in un processo penale.

È evidente che, sia per i *complicits* che per gli *innocents*, l'obiettivo di evitare il coinvolgimento in un processo penale può essere raggiunto solo non divulgando ciò di cui sono a conoscenza, specialmente se la condotta integra una violazione delle normative finanziarie presidiate dall'operato delle agenzie federali, tra cui la SEC. Con ciò, si intende evidenziare la notevole differenza tra il sistema degli incentivi economici fondato sullo schema *qui tam* e disciplinato dal FCA e quello contenuto nel *Dodd-Frank Act* presidiato dalla SEC.

Di questi due diversi *bounty regimes* conosciuti dall'ordinamento statunitense, il primo, che potrebbe essere definito "*court-centered*", autorizza il segnalante ad instaurare un giudizio civile ad esito del quale ad egli verrà riconosciuto un premio in denaro proporzionato alla somma recuperata dal Governo grazie alla segnalazione; il maggiore timore che può eventualmente interessare il *relator* è rappresentato dal rigetto della segnalazione da parte della Corte, che gli impedirà di ricevere la ricompensa. In questo senso, si giustifica la straordinaria efficacia⁴⁵² che il sistema FCA ha dispiegato nel far emergere frodi ai danni del Governo, soprattutto nel settore della sanità, giustificabile anche sulla scorta di motivazioni etiche e morali ulteriori rispetto al premio in denaro, essendo il danno cagionato alle vittime diretto,

⁴⁵¹ La scarsa qualità delle informazioni detenute dagli *innocents* si deve al fatto che gli autori di crimini tendono a far sì che le persone a conoscenza delle proprie condotte illecite siano il meno possibile, al fine di ridurre la propria esposizione. Sono pochi i casi in cui il contributo degli *innocents* è effettivamente determinante nelle investigazioni, e cioè, per esempio, quelli in cui essi abbiano personalmente assistito a condotte di corruzione di pubblici ufficiali stranieri da parte loro superiori gerarchici, oppure siano stati messi inavvertitamente in copia in e-mail da cui emergevano pratiche di fatturazione e contabilità fraudolente, cfr. M. H. BAER, *Reconceptualizing the Whistleblower's Dilemma*, cit., p. 2242.

⁴⁵² D. F. ENGSTROM, *Private Enforcement's Pathways: lessons from qui tam litigation*, in *Columbia Law Review*, vol. 114, no. 8, 2014, p. 1944.

concreto e, dunque, maggiormente suscettibile di scuotere le coscienze dei lavoratori coinvolti inducendoli alla denuncia.⁴⁵³

Notevolmente maggiore potrebbe essere il potenziale motivazionale degli incentivi economici nel settore finanziario, in cui, essendo molto più difficilmente avvertibile il peso delle conseguenze di tali reati, viene meno l'elemento etico o morale che spesso fa propendere per la denuncia.⁴⁵⁴ Ma significativamente diverse sono le preoccupazioni di un dipendente che venga a conoscenza di una violazione delle leggi che regolamentano i mercati finanziari, per cui, una volta che la denuncia sia pervenuta alla SEC e che questa ne abbia accertato la fondatezza, sarà maggiormente prospettabile l'instaurazione di un processo penale: in questo modello "*agency- centered*", la SEC svolge propriamente un ruolo di «*policeman of corporate misconduct*» per cui, agli occhi dei membri di un'organizzazione, soprattutto se *complicits*, l'eventualità di essere coinvolti personalmente (che, appunto, non riguarda solo i segnalati) in indagini e responsabilità penali appare ragionevolmente certa, inducendoli a non soffiare il fischietto.^{455 456}

Per quale motivo, allora, i membri di un'organizzazione adottano comportamenti che integrano forme di concorso in reati severamente puniti dall'ordinamento penale, nonostante siano ben a conoscenza che se segnalassero tali illeciti non solo non incorrerebbero in responsabilità penale, ma verrebbe loro riconosciuto anche un consistente premio in denaro?⁴⁵⁷ Si darà conto di due *biases* cognitivi che, in questo contesto, significativamente incidono sulla decisione del lavoratore di un'organizzazione di incorrere in condotte illecite, determinando la distinzione tra *complicits* e *innocents*.

Anzitutto, il *Fundamental Attribution Error bias* induce chi ne è colpito a sottostimare l'influenza dei fattori situazionali sul comportamento criminale del singolo, portandolo a

⁴⁵³ L'approccio *qui tam* potrebbe, però, minare agli sforzi delle istituzioni di incentivare il *self-reporting* delle organizzazioni attraverso la discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, impedendo alle agenzie di controllo di reperire informazioni da parte dell'impresa su individui che adottano al suo interno condotte illecite, cfr. D.F. ENGSTROM, *Bounty Regimes*, cit., p. 351.

⁴⁵⁴ D.F. ENGSTROM, *Bounty Regimes*, cit., p. 342.

⁴⁵⁵ Per di più, il potenziale segnalante, anche se riconducibile alla categoria degli *innocents* con riferimento al crimine oggetto della segnalazione, potrebbe essere restio a soffiare il fischietto, se consapevole di un proprio, seppur minimo, coinvolgimento in ulteriori attività irregolari che potrebbero emergere dalle indagini, cfr. M. H. BAER, *Reconceptualizing the Whistleblower's Dilemma*, cit., p. 2255.

⁴⁵⁶ M. H. BAER, *Reconceptualizing the Whistleblower's Dilemma*, cit., pp. 2253-2258.

⁴⁵⁷ Le risposte al quesito sono state, in parte, enucleate al 1 §3, con particolare riferimento alle influenze situazionali e contestuali sul comportamento dei singoli inseriti in un gruppo.

ritenere che, al contrario, esso sia dovuto a caratteristiche individuali che, in qualche modo, dimostrino l'etichetta di "criminale" di un determinato soggetto; in questo modo, sarà di gran lunga maggiore la probabilità che essi non riconoscano l'illiceità di una condotta e si lascino coinvolgere in dinamiche criminose.

Inoltre, il *Temporal Inconstancy bias*, che può essere riassunto attraverso la formula "*Money today is worth more than money tomorrow*",⁴⁵⁸ determina in chi ne è colpito una riduzione del valore che si associa a un beneficio se questo è differito nel tempo e, allo stesso modo, la sofferenza che si rimanda al futuro viene avvertita come meno intensa di quella che si sperimenta nel presente. I membri di un'organizzazione affetti da questo *bias* incorrono in un «*willpower failure*» per cui dinnanzi alla decisione di soffiare il fischietto, nonostante siano genuinamente convinti di essere delle "brave persone", la sofferenza attuale derivante dalla presentazione di una segnalazione (e dai costi correlati, come la violazione della fiducia da parte dei colleghi criminali) è molto più intensa dell'ipotetico beneficio futuro che si potrebbe conseguire. Di conseguenza, la maggior parte di essi sceglierà di percorrere la via più facile, ossia, il silenzio dinnanzi all'illegalità e, ancor più frequentemente, il materiale appoggio dei colleghi che incorrono in condotte penalmente rilevanti, cercando di alleviare il peso sulla propria coscienza attraverso giustificazioni razionali.⁴⁵⁹

Quanto riportano i più recenti *report* annuali della SEC o di altre agenzie federali sul funzionamento dei *bounty regimes*, fa emergere una progressiva crescita del valore degli incentivi erogati a favore dei segnalanti, che, nell'ultimo anno, hanno raggiunto cifre esponenziali.⁴⁶⁰ Eppure, risulta più che mai indispensabile che i *whistleblowing programs*, oltre che a progressivamente collezionare segnalazioni utili a far emergere reati finanziari servano concretamente a contrastare e prevenire la criminalità organizzativa, essendo segnatamente questa la funzione del *whistleblowing*.⁴⁶¹ E, ancor più a fondo, è necessario che il legislatore si domandi se anche i più recenti e innovativi *bounty programs* siano lo strumento più adatto a contrastare il *corporate crime*, o se invece lo siano più tradizionali strumenti come operazioni sotto copertura, intercettazioni e sorveglianza segreta, certamente più costosi in

⁴⁵⁸ Il denaro ricevuto oggi è, secondo coloro che sono colpiti da questo *bias*, immediatamente disponibile oppure può essere prestato a terzi con interessi, mentre, il denaro che si è solamente convinti di ricevere un domani non è disponibile né fruttifero di interessi.

⁴⁵⁹ M. H. BAER, *Reconceptualizing the Whistleblower's Dilemma*, cit., pp. 2260-2266.

⁴⁶⁰ v. *supra* II §4.

⁴⁶¹ M. H. BAER, *Reconceptualizing the Whistleblower's Dilemma*, cit., pp. 2266-2268.

termini di risorse economiche ed umane, nonché di sacrificio della *privacy* di quanto possa esserlo l'incentivo economico più elevato mai corrisposto dalla SEC a un *whistleblower*.⁴⁶²

4. Le segnalazioni pretestuose.

La decisione di soffiare il fischietto può essere assunta dal singolo anche in presenza di motivazioni futili e pretestuose, come il gettare cattiva luce su un collega lavoratore o da ragioni opportunistiche, motivate dall'obiettivo di conseguire benefici economici, nei sistemi che li prevedono, o, ancora, da cause strumentali, come il riconoscimento delle tutele contro le ritorsioni in presenza di licenziamento o di provvedimenti disciplinari per scarso rendimento: tale categoria di fattispecie è caratterizzata dalla produzione di segnalazioni che non sono fondate sull'esser venuti a conoscenza di illeciti commessi all'interno dell'organizzazione.

Se non adeguatamente prese in considerazione, queste situazioni si prestano a pregiudicare l'efficacia preventiva e di contrasto del crimine organizzativo tipica del *whistleblowing*, segnatamente inondando le autorità riceventi e, inevitabilmente, riducendo l'attenzione che esse riservano alle segnalazioni meritevoli di essere prese in considerazione.

Obiettivo dell'insieme di protezioni e incentivi alla denuncia progressivamente riconosciuti dai vari ordinamenti non è unicamente quello di far emergere informazioni qualitativamente rilevanti per le indagini delle agenzie di controllo ma realizzare ciò senza che, al contempo, ostruiscano i canali segnalazioni aventi ad oggetto notizie futili o, al peggio, consapevolmente false.⁴⁶³

Ad incentivare le segnalazioni futili o pretestuose sono, anzitutto, ricompense economiche eccessivamente elevate e protezioni robuste, che potrebbero motivare i segnalanti a soffiare il fischietto di fronte a meri sospetti o informazioni false, unicamente finalizzate a beneficiare dell'insieme degli strumenti previsti dall'ordinamento a loro tutela, siano essi le *anti-retaliations provisions* o gli incentivi. È, dunque, necessario rilevare come, nonostante consistenti protezioni ed elevati premi in denaro incentivino le segnalazioni, essi, al tempo stesso, possono far crescere significativamente il numero di segnalazioni tanto da condurre a un aggravio insostenibile per le autorità riceventi: in ultima istanza, l'obiettivo di contrastare e prevenire la criminalità organizzativa verrà, in questi casi, eluso, differentemente da quanto

⁴⁶² M. H. BAER, *Reconceptualizing the Whistleblower's Dilemma*, cit., pp. 2268-2278.

⁴⁶³ D.F. ENGSTROM, *Bounty Regimes*, cit., p. 339.

avverrebbe, invece, in sistemi caratterizzati da *whistleblowing provisions* più scarse.⁴⁶⁴ Da tale considerazione discendono previsioni di legge che ammettono il riconoscimento dell'incentivo in denaro solo in presenza di determinati requisiti, come quello per cui l'entità della sanzione pecuniaria comminata dalla SEC deve consistere in almeno un milione di dollari,⁴⁶⁵ in modo tale da ridurre il flusso di segnalazioni che hanno ad oggetto informazioni futili per cui il costo derivante da un eventuale intervento della Commissione eccederebbe qualunque beneficio.

Inoltre, l'estensione della legittimazione a presentare segnalazioni a un numero sempre più vasto di soggetti potrebbe incentivare denunce che, in ragione della posizione professionale di *outsider* del denunciante, hanno ad oggetto informazioni non rilevanti, vaghe o superficiali, ingolfando il carico di lavoro delle autorità.⁴⁶⁶ Tutt'al più, in tale vasta categoria, confluiscono anche coloro che rispetto ad altri sono maggiormente inclini a segnalazioni false o pretestuose, come, ad esempio, eventuali *competitors* sul mercato, che, allo scopo di ridurre la concorrenza, sarebbero disposti a presentare segnalazioni dal contenuto pretestuoso o falso.⁴⁶⁷

Si consideri che l'assenza di norme di legge che, nell'ordinamento statunitense, attribuiscono alle autorità riceventi la competenza ad irrogare sanzioni per coloro che abbiano presentato una segnalazione pretestuosa (diversamente dalla disciplina italiana che riconosce all'ANAC tale potere sanzionatorio)⁴⁶⁸ così come la mancanza di previsioni che, ad esempio, richiedano di depositare una cauzione contestualmente alla presentazione della segnalazione, sicuramente è fattore che incrementa tale genere di denunce.⁴⁶⁹

Occorre ora definire se il pericolo di segnalazioni pretestuose è idoneo ad inficiare l'efficacia generale del *whistleblowing*, come strumento di prevenzione e contrasto della criminalità organizzativa, segnatamente con riferimento alla deterrenza che questo dispiega sulle condotte dei membri di un'organizzazione complessa.

⁴⁶⁴ D.F. ENGSTROM, *Bounty Regimes*, cit., p. 340.

⁴⁶⁵ Il riferimento è al 15 U.S.C. § 78u-6(b)(1), di cui *supra* II §3.1.

⁴⁶⁶ In questo senso, ben si comprende la *ratio* del 37 U.S.C. § 3730(e)(4), che circoscrive la legittimazione a presentare segnalazioni già resesi oggetto di *public disclosure* al *relator* che sia l'*original source* dell'informazione, vale a dire solo colui che abbia avuto diretta conoscenza dei fatti denunciati, come si rilevava *supra* II §3.1.

⁴⁶⁷ D.F. ENGSTROM, *Bounty Regimes*, cit., p. 340.

⁴⁶⁸ Art. 21, co. 1, lett. c), d.lgs. 24/2023, v. *supra* II §1.4.

⁴⁶⁹ Y. GIVATI, *A Theory of Whistleblower Rewards*, in *Journal of Legal Studies*, vol.43, 2016, pp. 68-69.

La tipologia di rapporto che intercorre tra segnalante e segnalato oppure l'entità del crimine di cui si è venuti a conoscenza, sono variabili che, secondo la letteratura scientifica,⁴⁷⁰ possono incidere sulla decisione di procedere ad una segnalazione pretestuosa: in alcuni casi, fabbricare prove contro un collega o superiore e, successivamente, procedere alla segnalazione di informazioni false, potrebbe essere in concreto molto agevole per l'agente.⁴⁷¹

Al di là di queste variabili, il potenziale *whistleblower* è ben consapevole che la decisione di soffiare il fischietto presenta costi derivanti dall'emarginazione sociale, dalla riduzione delle prospettive di carriera future nonché dalle conseguenze sulla propria salute psico-fisica: in questo senso, sarà più propenso a segnalare informazioni false solo laddove i costi implicati non superino l'entità del beneficio economico derivante dall'incentivo.⁴⁷²

Partendo dal presupposto che, di tutte le segnalazioni eventualmente pretestuose, solo ad alcune verrà dato seguito dalle autorità riceventi, la probabilità che una segnalazione falsa venga ritenuta fondata e dia luogo all'erogazione dell'incentivo cresce al decrescere del beneficio che per l'organizzazione deriva dal non commettere illeciti, poiché essa avrà una probabilità maggiore di essere sanzionata dall'autorità: questo avviene solo se sono previsti incentivi economici sufficientemente elevati che i dipendenti siano maggiormente incentivati a segnalare (anche informazioni false). Quindi, quando il rischio di segnalazioni pretestuose è molto alto (in dipendenza dalle condizioni poco *supra* enucleate), l'unico modo per evitare il costo sociale derivante da una segnalazione falsa (accuse nei confronti di innocenti, aggravio sull'attività delle autorità riceventi), è non prevedere incentivi. In questo modo, il numero di segnalazioni calerà (in quanto i membri non sono incentivati ad esporsi) e l'organizzazione sarà maggiormente incentivata a commettere illeciti, ma, verrà evitato il costo sociale derivante dalla presentazione di una segnalazione falsa, enormemente più elevato.

⁴⁷⁰ Si fa qui riferimento a Y. GIVATI, *A Theory of Whistleblower Rewards*, cit. L'articolo ha ad oggetto uno studio volto a individuare il valore ottimale degli incentivi in denaro nell'ottica di contrastare le condotte criminali dell'*employer* attraverso le denunce dell'*employee*, tenendo in particolar conto il problema delle segnalazioni pretestuose.

⁴⁷¹ Per esempio, per un lavoratore potrebbe essere più agevole fabbricare prove false nei confronti del coniuge collega piuttosto che nei confronti del suo superiore gerarchico, che non conosce per niente (variabile della tipologia di relazione tra segnalante e segnalato). Allo stesso modo, per il commercialista sarà più agevole fabbricare prove di un'evasione fiscale ai danni del cliente rispetto alla fabbricazione di prove inerenti al coinvolgimento del cliente in spaccio di stupefacenti. Cfr. Y. GIVATI, *A Theory of Whistleblower Rewards*, cit., p. 51.

⁴⁷² Y. GIVATI, *A Theory of Whistleblower Rewards*, cit., p. 52.

Certamente, la previsione di sanzioni severe potrebbe rendere la commissione di illeciti in astratto più costosa per i membri di organizzazioni complesse;⁴⁷³ ma, in ragione del deficit di conoscenza da parte delle agenzie di controllo degli illeciti, di cui si tratterà infra 4 §1, esse non saranno effettive e, di conseguenza, non trattenendo le organizzazioni dalla commissione di crimini, non contribuiranno a ridurre il valore ottimale degli incentivi.

Al tempo stesso si osserva che la previsione di una sanzione nei confronti degli autori di segnalazioni false o pretestuose può, in concreto, ridurre i costi sociali implicati, perché indurrebbe i potenziali *whistleblower* a denunciare solo se detengono valide informazioni, massimizzando l'efficacia del *whistleblowing*.⁴⁷⁴

⁴⁷³ Y. GIVATI, *A Theory of Whistleblower Rewards*, cit., pp. 54-58.

⁴⁷⁴ Y. GIVATI, *A Theory of Whistleblower Rewards*, cit., pp 58-60.

IV. *Whistleblowing e compliance.*

1. La prevenzione della criminalità d'impresa.

L'intera trattazione ha cercato di mettere in evidenza, da un punto di vista socio-criminologico, le caratteristiche della criminalità nelle organizzazioni, la sua genesi ed eziologia; degli strumenti di cui dispone l'ordinamento per contrastarla e prevenirla, si è parlato di *whistleblowing*, oggetto primario della ricerca, che, però, a ben vedere, è istituto che può essere ricondotto al più ampio concetto di *compliance*, la cui definizione verrà esplorata nel presente capitolo, segnatamente evidenziando la fondamentale funzione che essa esercita all'interno dei contesti aziendali. Ma, prima di ciò, ritengo indispensabile analizzare il complesso tema della prevenzione del crimine organizzativo senza, chiaramente, prescindere dal necessario supporto delle scienze empiriche.

Federico Stella negli anni Novanta metteva in evidenza che l'insidiosità del crimine organizzativo mal si prestava ad essere contrastata esclusivamente attraverso i tradizionali strumenti penalistici operanti *ex post* rispetto al delitto, sottolineando, al contrario, la necessità di individuare modalità di prevenzione atte a istituire presidi finalizzati a far sì che non si creassero le condizioni per il suo proliferare. Rinveniva, poi, nel diritto americano, segnatamente nelle *Federal Sentences Guidelines* ⁴⁷⁵ del 1991, modello di tale necessario mutamento di prospettiva: le linee guida prevedevano forme di premialità (sottoforma di riduzione dell'entità della sanzione) per gli enti che avessero disposto meccanismi interni diretti a prevenire e portare all'attenzione delle autorità competenti i crimini commessi al suo interno. Infatti, l'inasprimento delle sanzioni pecuniarie operato dal *Sentencing Reform Act* ⁴⁷⁶ del 1984 non aveva, di fatto, dispiegato l'effetto deterrente sperato.

Le *Federal Sentencing Guidelines* istituiscono un modello fondato sul “*carrot-stick approach*”, ossia sulla minaccia di una severa sanzione pecuniaria (*stick*) destinata a essere ridotta in presenza di un effettivo *compliance program* interno all'organizzazione (*carrot*). ⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *Guidelines Manual*, 1991, [[1991 Federal Sentencing Guidelines Manual \(ussc.gov\)](https://www.ussc.gov/)].

⁴⁷⁶ H.R.5773 — 98th Congress (1983-1984).

⁴⁷⁷ F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, vol.11, no.2-3, 1998, pp. 473-474.

A ciò doveva aggiungersi un ulteriore istituto tipico del diritto nord-americano che aveva grandemente contribuito al ridimensionamento dell'impatto di alcuni dei più catastrofici disastri organizzativi, ossia la cooperazione con le autorità deputate ad investigare degli illeciti, e, a tal proposito, Stella evidenziava il fondamentale ruolo svolto dalla SEC con riferimento alla prassi di impartire alle imprese «ordini negoziati», il cui contenuto era quindi pattuito di comune accordo.⁴⁷⁸

Il nuovo modello di prevenzione ricalcava la strategia tipicamente adottata dal lottatore di judo, il quale sfrutta la forza utilizzata dall'avversario contro di lui: allo stesso modo, per dissuadere il singolo all'interno di organizzazioni complesse dalla commissione di crimini, bisogna «analizzare e capire la *forza* della società per usarla contro i managers che agiscono illegalmente e *prima* che agiscano illegalmente». ⁴⁷⁹ L'organizzazione, in questo modo, sarebbe progressivamente indotta ad esercitare il massimo della sua forza per combattere «in sé stessa», dal suo interno, la criminalità, innescando meccanismi di deterrenza che risultano più solidi di quelli che inducono i suoi membri a lasciarsi coinvolgere in illeciti.⁴⁸⁰

Completamente opposto è il tradizionale approccio fondato sulla predisposizione di un rigoroso sistema di pene (detentiva per singoli manager che abbiano commesso i reati e pecuniaria per l'ente), paragonabile, invece, alla strategia tipica dei lottatori di sumo, i quali si scontrano in un conflitto mortale che può comportare il coinvolgimento di innocenti nella mischia.⁴⁸¹

Tale margine di auto-normazione riconosciuto alle imprese, essendo una struttura intermedia atta a colmare il vuoto tra manager e giudice penale, fungerebbe da filtro e da raccordo tra giustizia penale e organizzazioni, i cui membri, in qualità di garanti del rispetto dei programmi, sono gli unici effettivamente in grado di districarsi nei meandri della struttura societaria e, in quanto tali, possono percepire più agevolmente le patologie che affliggono la legalità

⁴⁷⁸ F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit., p. 475.

⁴⁷⁹ «The judo wrestler relies not on brute force, but rather turns opponent own strenght against him. The violence is controlled; the innocent less subject to injury», cfr. J.C. COFFEE, *No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Michigan Law Review*, vol. 79, no.3, 1981, p. 411, come citato in F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit., p. 471.

⁴⁸⁰ «Così, i managers operativi che considerano la condotta illecita come un'opzione da compiere per evitare il licenziamento, o per salvaguardare la propria reputazione personale all'interno dell'azienda, o perchè affetti dalla sindrome «dell'ebbrezza del rischio», o perchè spinti dalla ricerca della soluzione più semplice o dall'esigenza di agire lealmente nei confronti del piccolo gruppo con cui si identificano, o perchè costretti dalla pressione dei vertici a perseguire irragionevoli politiche di profitto, dovranno sostituire i vecchi timori e le vecchie preoccupazioni con una certezza nuova: quella di essere controllati e scoperti nel caso in cui decidano di realizzare degli illeciti», cfr. F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit., p. 472.

⁴⁸¹ F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit., p. 471.

dell'attività, per contrastarle con maggior risolutezza. Il dovere che costituisce tale posizione di garanzia è duplice e consiste sia nella cooperazione con le autorità competenti nella prevenzione di condotte illecite sia nella collaborazione all'attività investigativa a seguito della commissione del reato: il sistema di controllo extra-penale attutisce invasività e afflittività della sanzione penale, che viene relegata ad un ruolo di residualità, e, cioè, quando per inosservanza delle regole di *compliance*, siano falliti i meccanismi preventivi intermedi.⁴⁸²

Le dinamiche di lealtà nei confronti del superiore gerarchico che assecondano il proliferare degli impulsi criminosi, attraverso la predisposizione di codici di condotta e di adeguati sistemi di controllo, lasciavano spazio, in questo scenario, a un sistema di «fiducia controllata» reso possibile dagli apparati di *compliance* di cui ciascun ente dispone,⁴⁸³ idonei a realizzare un'opera di dissuasione legata non solo alla certezza del controllo sulle condotte illecite, ma anche alla interiorizzazione dei membri dell'organizzazione dei valori della legalità, attraverso la promozione di attività e prassi ad essa orientate.⁴⁸⁴

A dimostrare l'ineffettività dell'approccio penalistico tradizionale, si inseriscono anche le prime teorizzazioni della "*responsive regulation*", che muove dall'assunto fondamentale per cui una regolazione efficace debba prendere in considerazione le diverse motivazioni ad agire delle imprese regolamentate e degli individui che operano al loro interno, distinguendosi, in questo senso, dalle altre strategie di regolamentazione del mercato sia con riferimento a ciò che determina la risposta regolatoria sia con riferimento a come la risposta regolatoria debba essere strutturata. Infatti, richiedendo la varietà della realtà imprenditoriale diversi gradi e forme di regolazione del mercato, l'intervento dello Stato dovrebbe essere commisurato alle scelte che, in concreto, la singola organizzazione assume, istituendo, in questo modo, un sistema in cui un'azione a livello centrale opportunamente graduata aiuta a realizzare forme di regolazione del mercato meno intrusive.⁴⁸⁵ La "responsività", appunto, la reattività della regolazione non contempla un programma definito o un insieme di prescrizioni univoche, ma, al contrario,

⁴⁸² C. DE MAGLIE, *Alla Ricerca di un "Effective Compliance Program": Venticinque Anni di Esperienza Statunitense*, in *Ripensare il diritto penale. In ricordo di Federico Stella*, in *Criminalia*, 2016, p. 378.

⁴⁸³ «Chi comanda deve munirsi di una organizzazione a prova di bomba contro l'illegalità». cfr. F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit., p. 473. I programmi di *compliance* sarebbero idonei a massimizzare l'efficacia delle regole di condotta interne proprio perchè la loro violazione è presidiata da sanzioni, diversamente da quanto avveniva con i codici etici che, anche se precisi e dettagliati, erano destinati a rimanere sulla carta, non essendo previste sanzioni in caso di violazione, come fatto emergere da F. STELLA in *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit., p. 469.

⁴⁸⁴ F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit., p. 474.

⁴⁸⁵ I. AYRES -J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, 1992, p.4.

impone di muovere l'attenzione sul contesto, sulla cultura regolatoria, nonché sulla storia dell'organizzazione, secondo un atteggiamento che consente la convivenza di un'ampia varietà di approcci alla normazione.⁴⁸⁶ Perciò, la *responsive regulation* propone un modello regolatorio in cui le autorità pubbliche sono chiamate a garantire la *compliance* dei soggetti regolati, in prima battuta, attraverso un'opera di *moral suasion*, e, solo qualora questa tecnica, meno costosa e afflittiva, si manifestasse insufficiente, procederanno ad irrogare sanzioni progressivamente più afflittive, idealmente collocate su una piramide in scala di afflittività crescente;⁴⁸⁷ inoltre, in ragione della flessibilità che caratterizza i modelli di *responsive regulation*, laddove il regolato si manifestasse *compliant* alla norma, le autorità pubbliche saranno chiamate ad adottare un approccio di clemenza e cooperazione per garantire la sua adesione alla legalità anche in futuro. In ultima istanza, all'aumentare delle sanzioni che entrano in gioco solo in seconda battuta, aumentano i casi in cui l'adesione alla legalità può essere garantita attraverso la persuasione del regolato sul carattere etico del comando normativo, che è, al tempo stesso, meno costosa rispetto ad altri rimedi, risparmiando risorse da investire utilmente in controlli e monitoraggi.⁴⁸⁸

Si comprende, quindi, il fondamentale ruolo che il parametro etico avrebbero svolto sin dalle prime implementazioni della *compliance*, che si manifestava sempre più decisivo contestualmente alle sfide che l'auto-normazione delegata alle imprese avrebbe dovuto affrontare: infatti, la necessità di cambiare paradigma era dovuta in principio a una proliferazione ormai allarmante delle fattispecie di reato riconducibili alla criminalità organizzativa, soprattutto negli USA, che aveva portato all'attenzione degli esperti il problema etico che era alla base. La riflessione etica accompagnò, poi, gli sviluppi della *compliance*, facendo emergere la necessità che nei contesti aziendali gli sforzi non venissero appiattiti all'approvazione di programmi nell'ottica di ottemperare al comando legislativo (o di

⁴⁸⁶ Secondo la prospettiva di *responsive regulation* non esisterebbero, quindi, soluzioni migliori od ottime in senso assoluto, ma solo soluzioni che rispondono meglio alle plurime circostanze che connotano un particolare momento storico. Cfr. I. AYRES -J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, cit., p.5.

⁴⁸⁷ La piramide teorizzata da Braithwaite e che egli ritiene, a titolo esemplificativo, applicabile alle normative in materia di salute e sicurezza sul lavoro, contempla un primo livello rappresentato dalla *moral suasion* alla *compliance*, seguito da una lettera di sollecitazione, dall'imposizione di sanzioni pecuniarie, dall'instaurazione di un processo penale, dalla temporanea sospensione della licenza ad esercitare attività commerciale e, infine, la definitiva interdizione dall'esercizio dell'attività commerciale, secondo il principio per cui la sanzione maggiormente afflittiva potrà essere applicata solo se quella collocata ad un livello inferiore della piramide non abbia avuto effetto. Cfr. I. AYRES -J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, cit., p. 36.

⁴⁸⁸ I. AYRES -J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, cit., pp. 19-20.

aggirarlo), ma, che, al contrario, fossero orientati ad una effettiva diffusione di una cultura della legalità, con l'obiettivo di evitare che «l'etica degli affari» diventasse l'«affare dell'etica». ⁴⁸⁹

A tali conclusioni si giunge attraverso il supporto del dato empirico, che ha consentito alla criminologia di conquistare nuovi terreni d'indagine con riferimento alla prevenzione della criminalità organizzativa: in particolare, si darà conto di un recente studio ⁴⁹⁰ che ha permesso di sviluppare una *Evidence-Based Deterrence Theory* (EDT), in grado di individuare i fattori che disincentivano la commissione di crimini da parte di individui inseriti in contesti organizzativi, sulla cui base è possibile desumere quali degli strumenti di cui gli ordinamenti giuridici dispongono, sono idonei a contrastarli e prevenirli, e, soprattutto, secondo quali modalità. ⁴⁹¹

Confutando le teorie psicologiche in passato maggiormente prese in considerazione per giustificare il comportamento umano in organizzazioni complesse, ossia, la *Classical Deterrence Theory* (CDT) ⁴⁹² da cui sono scaturite le *Expressive Law Theories* (ELT), ⁴⁹³ la EDT consente, anzitutto, di determinare quando e come la legge (penale) può esercitare

⁴⁸⁹ F. STELLA, *Il mercato senza etica*, in C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato: la responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. XII.

⁴⁹⁰ Lo studio è stato condotto da Jennifer Arlen, *Norma Z. Paige Professor of Law at New York University School of Law* e da Lewis A. Kornhauser, *Frank Henry Sommer Professor of Law at New York University School of Law*. I risultati della ricerca sono confluiti in J. ARLEN- L.A. KORNHAUSER, *Battle for Our Souls: A Psychological Justification for Corporate and Individual Liability for Organizational Misconduct*, in *University of Illinois Law Review*, no. 3, 2023, pp. 673-731.

⁴⁹¹ J. ARLEN- L.A. KORNHAUSER, *Battle for Our Souls: A Psychological Justification for Corporate and Individual Liability for Organizational Misconduct*, cit., p. 693.

⁴⁹² La CDT si fonda su quattro assunti fondamentali:

- le condotte umane sono orientate solo al perseguimento di interessi personali;
- le persone agiscono razionalmente, ponderando costi e benefici correlati a ciascuna decisione e comportandosi in modo tale da massimizzare il proprio tornaconto personale, trascurando eventuali conseguenze negative delle proprie condotte;
- la legge penale influenza il comportamento umano in un unico modo, ossia le sanzioni penali, quindi, le norme disincentivano la commissione di crimini aumentando la probabilità di incorrere nella pena o la sua entità;
- le organizzazioni condizionano le condotte dei membri solamente modificando costi e benefici correlati alle loro azioni, per esempio, attraverso politiche sulla retribuzione e sulle promozioni che riducano il desiderio dei membri di beneficiare del profitto dei reati commessi all'interno.

Cfr. J. ARLEN- L.A. KORNHAUSER, *Battle for Our Souls: A Psychological Justification for Corporate and Individual Liability for Organizational Misconduct*, cit., p. 683.

⁴⁹³ Le ELT si pongono in continuità con la CDT ma, per quanto riguarda il ruolo della legge penale, muovono dall'assunto fondamentale per cui a disincentivare il comportamento criminale nelle organizzazioni siano, non solo sanzioni effettive e severe, ma soprattutto norme in grado di esprimere il disvalore sociale riferibile alle condotte penalizzate. Cfr. J. ARLEN- L.A. KORNHAUSER, *Battle for Our Souls: A Psychological Justification for Corporate and Individual Liability for Organizational Misconduct*, cit., p. 693.

deterrenza sulle condotte dei membri facendo leva sulle sue modalità espressive: la norma è, infatti, in grado di esprimere il disvalore associato ad una determinata condotta,⁴⁹⁴ segnatamente attraverso due meccanismi:

- il cd. “*Social Norm Mechanism*”, mediante il quale la legge penale enuclea quanto è considerato eticamente o moralmente corretto dalla società;
- il cd. “*Social Harm Mechanism*”, mediante il quale la legge penale vieta condotte in quanto suscettibili di generare danni per altri.

Le evidenze empiriche⁴⁹⁵ dimostrano, da una parte, che i membri di organizzazioni tendenzialmente assumono decisioni secondo processi cognitivi impulsivi e inconsci, più che di lucidi giudizi costo-beneficio (come affermava la CDT), basandosi sulle caratteristiche di una scelta che individuano come salienti, ma che, spesso, sono frutto di una distorsione delle informazioni che hanno determinato la scelta: i processi decisionali intuitivi, infatti, amplificano quei fattori che, nella decisione, portano a supportare la scelta e ad azzerare il valore di quelli che, invece, non la supportano.⁴⁹⁶

D'altra parte, le medesime evidenze rivelano che ai singoli importa molto allinearsi alle norme sociali e morali per evitare che l'altro abbia un'immagine negativa di loro, e, cioè, per allontanare sensazioni sgradevoli come la vergogna o il senso di colpa, generati dalla reazione dell'altro; ma, ancor di più, i dati dimostrano che essi agiscono intuitivamente, per il perseguimento dell'interesse personale anche quando questo confligge con le norme etiche o morali, perché esso viene naturale, richiedendo uno sforzo cognitivo inferiore.⁴⁹⁷

In ultima istanza, le persone perseguono propri fini egoistici se questo non comporta un pregiudizio all'immagine di sé e alla percezione che gli altri hanno di loro, grazie all'adozione

⁴⁹⁴ J. ARLEN- L.A. KORNHAUSER, *Battle for Our Souls: A Psychological Justification for Corporate and Individual Liability for Organizational Misconduct*, cit., p. 695.

⁴⁹⁵ J.J. KISH-GEPHART-D.A. HARRISON- L.K. TREVIÑO, *Bad Apples, Bad Cases, and Bad Barrels: Meta-Analytic Evidence About Sources of Unethical Decisions at Work*, in *Journal of Applied Psychology*, vol. 95, no.1, 2010, p. 23.

⁴⁹⁶ A tal proposito, J. ARLEN in *The Compliance Function*, in *NYU Law and Economics Research Paper* No. 23-38, 2023, p. 8, afferma che la maggior parte delle persone rifiuterebbe la richiesta di uccidere un uomo anche se fossero ben pagate per farlo, e questo per l'immediata percezione della salienza morale della norma che punisce l'omicidio, che, invece, non viene avvertita con riferimento alle disposizioni di legge che vietano i crimini organizzativi.

⁴⁹⁷ Infatti, le evidenze dimostrano che la volontà di essere e percepirsi “brave persone” non determina sempre l'assunzione di scelte etiche, anzi, i processi decisionali intuitivi conducono a decisioni non etiche od egoistiche, a meno che il soggetto agente si confronti con una norma che percepisce saliente in quel momento, come specificato da J. ARLEN- L.A. KORNHAUSER, in *Battle for Our Souls: A Psychological Justification for Corporate and Individual Liability for Organizational Misconduct*, cit., p. 695, nota 105.

di una serie processi cognitivi (di cui si è dato conto *supra* I §3 e III §3) cui ci si riferirà di qui in avanti con il termine “*motivated reasoning*”, che permette loro di giustificare razionalmente la scelta non etica finalizzata a perseguire il loro interesse personale.⁴⁹⁸

In questo modo, i lavoratori, commetteranno illeciti che sono destinati ad apportare un beneficio diretto per l’ente, che si traduce nel conseguimento per loro stessi di un premio (come bonus, promozioni, accettazione da parte dei colleghi) o nell’evitamento di costi, come il licenziamento per scarso rendimento.

Perciò, determinare quando e come la norma (penale) è in grado di trattenere i membri di un’organizzazione complessa dal commettere crimini significa, fondamentalmente, individuare quando essi percepiscono la salienza della norma, ossia quando le motivazioni etiche ulteriori predominano sulle scelte individuali rispetto al raggiungimento di un qualche (non etico) tornaconto personale.

Ciò si verifica quando i lavoratori sono consapevoli che la condotta per loro maggiormente vantaggiosa è vietata, ovvero, quando viene loro periodicamente ricordata la portata del divieto, per fare in modo che, ogniquale volta si presenti loro l’opportunità di assumere quel comportamento, non lo adottino.⁴⁹⁹ Più specificamente, talvolta la salienza di una norma viene annullata dal singolo perché egli non ne è a conoscenza, anche in ragione del fatto che, tipicamente, scuola, istituzioni religiose e *mass media*, non associano alla criminalità d’impresa lo stesso disvalore tradizionalmente riservato ai crimini di sangue, il che influenza la percezione che i membri di organizzazioni hanno di tali condotte, a cui, generalmente, non associano il carattere della non eticità.

Le sanzioni penali individuali sono, altresì, efficaci laddove il rischio di essere puniti è percepito come sostanziale, saliente, suscettibile di dare luogo a una punizione certa per l’agente, il cui costo eccede il beneficio da egli conseguibile, o, nel caso in cui provochi un senso di colpa o di vergogna per chi le violasse,⁵⁰⁰ tali da azzerare le situazioni per cui «stressato, incalzato e sovraccarico di responsabilità e di fronte ad una pletora di norme non sempre chiare e coerenti, il manager è indotto ad optare per la soluzione più semplice che gli

⁴⁹⁸ J. ARLEN- L.A. KORNHAUSER, *Battle for Our Souls: A Psychological Justification for Corporate and Individual Liability for Organizational Misconduct*, cit., pp. 696-698.

⁴⁹⁹ J. ARLEN- L.A. KORNHAUSER, *Battle for Our Souls: A Psychological Justification for Corporate and Individual Liability for Organizational Misconduct*, cit., p. 699.

⁵⁰⁰ J. ARLEN, *The Compliance Function*, cit., pp. 5-6.

permette di “funzionare”, e cioè la falsificazione dei dati», o altri illeciti che pregiudichino la legalità delle operazioni societarie.⁵⁰¹

Inoltre, per far sì che il comando normativo raggiunga il fine ultimo di trattenere i membri di un'organizzazione dal comportamento criminale è necessario che questi si percepiscano responsabili della decisione che ha prodotto il risultato pregiudizievole, il che non avviene se ritengono di aver semplicemente contribuito ad esso. La divergenza tra le due situazioni si deve, fondamentalmente, al fatto che i membri tendono a non avvertirsi responsabili di un evento se questo genera in loro emozioni negative: perciò la legge penale, in quanto orientata a prevenire e contrastare la criminalità organizzativa, dispiega la sua massima efficacia nel momento in cui è suscettibile di far sentire responsabili della sua violazione i singoli membri di strutture che agiscono “in gruppo”, nonostante la condivisione con altri delle conseguenze per il medesimo evento penalmente rilevante comporti una dispersione, una fluttuazione della responsabilità ad esso correlata, suscettibile di annullare per il singolo il peso delle proprie condotte.⁵⁰²

Dato conto delle condizioni in presenza delle quali la norma (penale) dispiega un'effettiva influenza sulle condotte del singolo, non si può trascurare che il potere del comando penale di orientare le condotte dei singoli può essere grandemente condizionato dal contesto organizzativo, che, come dimostrato anche dagli approdi della psicologia-sociale di cui si dava conto *supra* III §§1, 3, da un lato, è capace di supportare o disincentivare il rispetto della legge da parte del gruppo e, dall'altro, può pregiudicare la percezione, da parte dei singoli, del disvalore della condotta che la norma intende esprimere.⁵⁰³ Perciò, è evidente che la legge dispiegherà un'influenza via via inferiore sulle condotte dei membri laddove i lavoratori riescano ad attivare il *motivated reasoning* in modo più agevole, ossia quando le persone che beneficiano del comportamento illecito sono vicine geograficamente e socialmente a chi ha realizzato tale condotta: in questi casi, i membri saranno maggiormente inclini a violare la legge percependosi, allo stesso tempo, come persone etiche.⁵⁰⁴

⁵⁰¹ F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit., p. 464.

⁵⁰² J. ARLEN- L.A. KORNHAUSER, *Battle for Our Souls: A Psychological Justification for Corporate and Individual Liability for Organizational Misconduct*, cit., p.702.

⁵⁰³ J. ARLEN- L.A. KORNHAUSER, *Battle for Our Souls: A Psychological Justification for Corporate and Individual Liability for Organizational Misconduct*, cit., pp.704-705.

⁵⁰⁴ Senza dimenticare che, in ragione del beneficio che l'ente percepirà dalla condotta illecita del singolo, egli sarà maggiormente incline ad annullare il disvalore associato se la sua realizzazione fa scaturire apprezzamento da

Essendo che la cultura organizzativa può essere definita come l'insieme di soluzioni prodotte da un gruppo di persone per risolvere specifici problemi posti da situazioni affrontate in comune che vengono ricordate, istituzionalizzate e diventano regole, abitudini, valori,⁵⁰⁵ se tali soluzioni sono sistematicamente in contrasto con il dettato normativo, i dipendenti non percepiranno il comando contenuto nella norma penale come saliente, sostanziale e, tantomeno, saranno trattenuti dalla sanzione posta a presidio dei divieti: il rischio di incorrere in conseguenze negative non verrà neanche preso in considerazione dall'agente, il quale adotterà comportamenti illeciti nella consapevolezza che la probabilità di essere scoperto è minima, proprio perchè la condotta si confonde con le ordinarie prassi commerciali lecite, o perchè non vi sono prove di essa. Nemmeno l'eventuale condanna di singoli membri impedirà che coloro che prenderanno il loro posto, inseriti in un contesto criminale, procedano a delinquere.

La EDT dimostra, infatti, che, accanto a norme che istituiscono forme di responsabilità individuale per i reati commessi dai singoli, un'ottimale prevenzione dei crimini commessi all'interno delle organizzazioni non può prescindere dalla previsione legislativa della responsabilità degli enti stessi, idonea ad azzerare il beneficio che le organizzazioni percepiscono dagli illeciti, motivandole a creare una cultura interna entro la quale i singoli adottino un processo decisionale che faccia loro percepire il peso di decisioni assunte in contrasto con il dettato normativo⁵⁰⁶ e, che, in ultima istanza, promuova la legalità.

Da queste constatazioni empiriche proviene la scelta degli ordinamenti oltreoceano di prevedere a carico degli enti una responsabilità per i reati commessi dalle persone fisiche al loro interno, approccio che è stato, poi, mutuato dai legislatori europei e, per quel che qui interessa, si è tradotto nell'approvazione del d.lgs. 231/2001 in Italia, la cui disciplina è stata riportata *supra* I §4.

L'ordinamento federale statunitense prevede la responsabilità delle persone giuridiche per tutti i reati commessi dai lavoratori nell'ambito dell'attività lavorativa in presenza della prova che il dipendente avesse agito nell'ottica di apportare un beneficio all'impresa, che è chiamata a rispondere indipendentemente dal fatto che il esso avesse eseguito un ordine. Inoltre, non

parte dei colleghi, che genererà in lui la percezione di aver semplicemente aiutato l'organizzazione a perseguire le proprie finalità, come rilevato da ARLEN- L.A. KORNHAUSER in *Battle for Our Souls: A Psychological Justification for Corporate and Individual Liability for Organizational Misconduct*, cit., p. 704.

⁵⁰⁵ D. VAUGHAN, *Rational Choice, Situated Action, and the Social Control of the Organizations*, in *Law & Society Review*, cit., p. 37.

⁵⁰⁶ J. ARLEN - L.A. KORNHAUSER, *Battle for Our Souls: A Psychological Justification for Corporate and Individual Liability for Organizational Misconduct*, cit., pp. 700-702.

rileva, ai fini dell'attribuzione della responsabilità dell'ente, l'eventuale adozione e mantenimento di un effettivo *compliance program*.⁵⁰⁷ Per incentivare il *self-reporting* e la collaborazione con le autorità nelle indagini, l'ordinamento prevede che l'organizzazione possa evitare una condanna penale mediante un *non-prosecution agreement* (NPA), un *deferred prosecution agreement* (DPA) o una decisione del procuratore di non portare avanti l'accusa, nel caso in cui abbia, appunto, avviato il *self-reporting* dei propri illeciti, abbia cooperato attivamente con l'autorità e attenuato le conseguenze negative del reato; tali iniziative sono, in aggiunta, idonee a ridurre l'importo della sanzione prevista per l'illecito.⁵⁰⁸ Laddove l'ente non si sia adoperato per il *self-reporting* e la piena cooperazione difficilmente potrà accedere ai benefici, nonostante proponga di patteggiare o di istituire al proprio interno un effettivo *compliance program*.⁵⁰⁹

Appurata la necessità di prevedere forme di responsabilità da reato a carico degli enti accanto a quella delle persone fisiche, l'astensione da una condotta penalmente rilevante non è conseguenza della mera attuazione di una norma che dispone il divieto, ma dipende, anche e soprattutto, dall'effettività delle sanzioni, che si ha solo quando gli illeciti organizzativi pervengano all'attenzione dell'autorità e siano adeguatamente puniti. Ma, le peculiari caratteristiche dell'*organizational crime* complicano l'attività di *enforcement* delle norme penali che ne puniscono le condotte, in modo tale da incidere sull'efficacia deterrente e preventiva della legge sulle condotte dei singoli.^{510 511}

Lo Stato, infatti, non è nella posizione migliore per contrastare gli illeciti organizzativi, perché, anche in ragione del *double-standard* di cui i loro autori beneficiano, gran parte degli illeciti

⁵⁰⁷ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, in *Justice Manual*, §9-28.200.

⁵⁰⁸ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, in *Justice Manual*, cit., §9-28.900.

⁵⁰⁹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, in *Justice Manual*, cit., §9-28.800.

⁵¹⁰ L'effettiva applicazione del comando legislativo renderebbe, peraltro, più agevole la concreta comprensione della portata della norma per coloro che sono chiamati a rispettarla, chiarendone il significato laddove la sua formulazione sia caratterizzata da tecnicismi. Inoltre, sarebbe lo strumento idoneo per ridurre la distanza fisica e psicologica che separa le vittime di questi reati dai suoi autori, riferendo altresì loro l'etichetta di criminali, come rilevato da J. ARLEN- L.A. KORNHAUSER, *Battle for Our Souls: A Psychological Justification for Corporate and Individual Liability for Organizational Misconduct*, cit., p. 723.

⁵¹¹ J. ARLEN- L.A. KORNHAUSER, *Battle for Our Souls: A Psychological Justification for Corporate and Individual Liability for Organizational Misconduct*, cit., p. 717.

commessi dalle organizzazioni rimangono ignoti alle autorità, riducendo drasticamente l'applicazione di sanzioni penali e civili.

Le organizzazioni, al contrario, sono i soggetti più indicati per investigare sulle condotte dei loro membri, perchè conoscono meglio le operazioni commerciali e i rischi ad esse correlati, possono monitorare i comportamenti dei dipendenti, e hanno accesso diretto a documenti e prove digitali, per di più, a un costo nettamente inferiore. Perciò, un'efficace opera di contrasto dei crimini commessi all'interno di organizzazioni complesse può essere portata a compimento solo se esse si attivino nel perseguire tali condotte e procedano al *self-reporting* alle autorità statali, con le prove che dimostrino l'accaduto e il grado di responsabilità dei soggetti coinvolti. Senza contare che, l'organizzazione stessa, avendo contezza del beneficio percepito dai soggetti che commettono condotte penalmente rilevanti, può azzerarlo, trattenendo i singoli dagli illeciti.⁵¹²

2. La funzione *compliance*.

Una volta chiarita l'indispensabilità del ruolo dell'auto-normazione delegata alle imprese nella prevenzione del crimine organizzativo, è possibile prendere in considerazione la declinazione che essa ha assunto con riferimento alla funzione *compliance*, il cui carattere multidisciplinare ha reso, per la criminologia, ancor più necessario il dialogo con le scienze empirico-sociali: la *compliance* è, tra le tante cose, strumento di regolamentazione delle attività economiche, di gestione dei processi produttivi e di prevenzione del crimine organizzativo.⁵¹³

Ma è doveroso premettere che la sua natura multiforme e in continua evoluzione ha determinato una sostanziale difficoltà nell'individuazione dei relativi presupposti teorici, in carenza dei quali ogni sua applicazione può essere considerata, al più, come un esperimento atto a validare ipotesi definitorie astratte.⁵¹⁴ Perciò, ogni sistema di *compliance* può definirsi effettivo e dunque idoneo a prevenire i crimini commessi all'interno dell'impresa solamente nella misura in cui non accada nulla che ne dimostri l'ineffettività, in ragione della «miopia organizzativa»,

⁵¹² J. ARLEN- L.A. KORNHAUSER, *Battle for Our Souls: A Psychological Justification for Corporate and Individual Liability for Organizational Misconduct*, cit., pp.722-723.

⁵¹³ S. MANACORDA- F. CENTONZE, *Preface*, in S. MANACORDA- F. CENTONZE (a cura di), *Corporate Compliance on a Global Scale: Legitimacy and Effectiveness*, Cham, 2022, p. V.

⁵¹⁴ F. CENTONZE, *The Imperfect Science: Structural Limits of Corporate Compliance and Co-regulation*, in S. MANACORDA- F. CENTONZE (a cura di), *Corporate Compliance on a Global Scale: Legitimacy and Effectiveness*, cit, pp. 50-52.

⁵¹⁵ frutto dell'incapacità dell'organizzazione di valutare i fatti per come sono effettivamente e con riferimento alla loro possibile evoluzione.

La *compliance* può, solo convenzionalmente (e riduttivamente), essere definita come l'insieme di regole, procedure, organismi, uffici deputati alla gestione di una peculiare tipologia di rischio, ossia, quello di incorrere in sanzioni giudiziali o amministrative, perdite finanziarie rilevanti o *reputational damages* in conseguenza di violazioni di:

- norme imperative (leggi o regolamenti);
- autoregolamentazioni (per esempio statuti, codici di condotta, codici di autodisciplina).

⁵¹⁶

Le iniziative che le organizzazioni sono chiamate a promuovere per disincentivare tali violazioni da parte dei loro membri contribuiscono a definire la funzione *compliance*, e, non tutte, sono riconducibili a *policy* formali, controlli interni e ogni altro profilo disciplinato da programmi di *compliance*, di cui si tratterà nello specifico nel paragrafo successivo.

Infatti, la *compliance* si fonda anche su ulteriori pratiche, che contribuiscono ad integrarla con le altre funzioni aziendali, per far sì che essa guidi ogni decisione assunta dall'organizzazione, con l'obiettivo ultimo di evitare che venga appiattita a un mero “*tick the box*” o, ancor peggio, a un insieme di scartoffie: ⁵¹⁷ le relazioni tra manager e dipendenti (nonché come strutturare le comunicazioni tra di loro), il sistema disciplinare interno (con riferimento non solo ai classici illeciti d'impresa ma ad ogni altra condotta scorretta adottata dai lavoratori), la struttura occupazionale interna nonché l'approccio dell'organizzazione al *self-reporting* e alla cooperazione con le autorità sono solo alcuni degli elementi che costituiscono la *compliance* aziendale. Ognuno di questi profili involge un *trade-off* tra produttività (e profitto) dell'azienda e prevenzione dei potenziali illeciti; l'equilibrio ottimale varia da impresa a impresa e, tra i settori produttivi che compongono la medesima organizzazione, perciò può essere

⁵¹⁵ M. CATINO, *Organizational Myopia: Problems of Rationality and Foresight in Organizations*, Cambridge, 2013, p. 3, come citato in F. CENTONZE, *The Imperfect Science: Structural Limits of Corporate Compliance and Co-regulation*, cit., p. 50.

⁵¹⁶ G. PRESTI, *What We Talk About When We Talk About Compliance*, in S. MANACORDA- F. CENTONZE (a cura di), *Corporate Compliance on a Global Scale: Legitimacy and Effectiveness*, cit, p. 25.

⁵¹⁷ L. FRANCESCHINI (Director Compliance Integrata e Segretario del Consiglio di Amministrazione di Eni), nel corso della lezione del corso *Corporate Compliance and Business Integrity* del 19/04/2024, intitolata “*Introduzione alla Compliance: definizione e contenuti*”.

adeguatamente individuato solo dal singolo ente, non avendo lo Stato gli strumenti necessari per individuare un sistema valido e funzionale per ogni impresa operante sul mercato.⁵¹⁸

Un primo profilo che una valida funzione *compliance* è tenuta a implementare è l'azzeramento del beneficio che i membri percepiscono dal comportamento criminale, e si raggiunge, anzitutto, modificando le *policies* sulle retribuzioni o delle promozioni: tra gli strumenti di cui l'organizzazione dispone per ottemperare a tale necessità figurano sicuramente l'inserimento del contributo alla *compliance* o all'etica d'impresa tra i parametri di valutazione della *performance* dei dipendenti; sistemi di retribuzione impostati sul lungo periodo che contemplino l'accantonamento di somme che, se il dipendente adotterà condotte illecite, non verranno erogate; sforzi continui e costanti nel controllo e nel sanzionamento di quei lavoratori che adottano comportamenti penalmente rilevanti; la previsione di vistosi ed effettivi incentivi per coloro che vengano a conoscenza e denunciino internamente gli illeciti nonché contribuiscano alla cessazione.

Riconducibili alla *compliance function* sono anche l'aumento dei costi o delle difficoltà correlati alla commissione del crimine, ad esempio, attraverso controlli interni idonei a impossibilitare il singolo a commettere l'illecito. Il rafforzamento della minaccia della sanzione da parte dell'organizzazione si dimostra, altresì, fondamentale in quanto questa, indagando internamente, e procedendo al *self-reporting* degli illeciti, nonché collaborando attivamente con le autorità attraverso prove che dimostrino la responsabilità di singoli lavoratori, compenserebbe il deficit di deterrenza riconducibile alle norme che istituiscono sanzioni penali individuali, di cui si trattava nel paragrafo precedente.

Pertanto, fanno capo alla funzione *compliance* di un'organizzazione tutte le attività interne che, direttamente o indirettamente, supportino quanto disposto dal dettato normativo. Infatti, è indispensabile che le regole interne non solo siano formulate in modo tale da conferire la medesima salienza alle norme etiche e a quelle finalizzate a incrementare la produttività dell'azienda, ma anche, attuate a tal stregua, nell'ottica di diffondere il messaggio per cui i dipendenti che si allineino ai regolamenti interni giungono a risultati complessivamente migliori rispetto a quelli che esclusivamente incrementino i profitti attraverso comportamenti illegali o non etici.⁵¹⁹

⁵¹⁸ J. ARLEN, *The Compliance Function*, cit., p. 13.

⁵¹⁹ J. ARLEN, *The Compliance Function*, cit., pp. 10-11.

Senza contare che le organizzazioni possono promuovere la *compliance* attraverso manuali e istruzioni per i dipendenti che prevedano il rispetto delle norme etiche come obiettivo parimenti indispensabile rispetto agli altri;⁵²⁰ al di là dell'apprendimento nozionistico, l'esperienza aziendalistica suggerisce l'individuazione di modalità di formazione del personale atte a catturare l'attenzione mediante contenuti fotografici, film o cortometraggi, in certi casi, funzionali a veicolare la rilevanza del parametro etico rispetto alle ordinarie pressioni produttive.⁵²¹

Il problema della dispersione della responsabilità che, come si rilevava nel paragrafo precedente, spesso autorizza i singoli ad adottare condotte penalmente rilevanti, potrebbe essere contrastato attraverso la previsione di chiari e precisi confini alla responsabilità del singolo all'interno del *team* per violazione della *compliance*, disponendo che ciascun impiegato sia tenuto a denunciare non appena venga a conoscenza di condotte illecite commesse da altri, nonché assicurando che i superiori costantemente comunichino ai lavoratori le conseguenze disciplinari previste per coloro che violino gli obblighi di *compliance*.⁵²²

Tuttavia, i crimini commessi all'interno delle organizzazioni sono per esse profittevoli e, dunque, esse non implementeranno sistemi di *compliance* efficaci, estremamente costosi,⁵²³ a meno che non vengano adottate leggi che le incentivino a farlo; ma, soprattutto, è necessario che i benefici siano effettivi e in concreto adottati a favore degli enti.

Si prendano in considerazione le agevolazioni processuali garantite a favore delle organizzazioni che abbiano proceduto al *self-reporting* dei loro illeciti, ossia i *non-prosecution agreements* (NPA) o i *deferred prosecution agreements* (DPA): tali benefici saranno in grado di motivare le organizzazioni al *self-reporting* solo se esse possano confidare nel fatto che non patiranno alcun costo derivante dalla denuncia dei propri illeciti ma, soprattutto, se appaia loro sicuro che se non procederanno al *self-reporting*, verranno perseguiti penalmente dalle autorità

⁵²⁰ J. ARLEN, *The Compliance Function*, cit., p. 12.

⁵²¹ L. FRANCESCHINI (Director Compliance Integrata e Segretario del Consiglio di Amministrazione di Eni), nel corso della lezione del corso *Corporate Compliance and Business Integrity* del 19/04/2024, intitolata "Introduzione alla Compliance: definizione e contenuti".

⁵²² J. ARLEN, *The Compliance Function*, cit., p. 12.

⁵²³ I costi sopportati dalle organizzazioni sono sia diretti, ed hanno a che vedere con l'aggiornamento dei dipendenti e le investigazioni interne, sia indiretti, riferibili alle modifiche alle politiche delle retribuzioni e delle promozioni nonché alle possibili conseguenze del *self-reporting* e della cooperazione con le autorità, che potrebbero comportare sanzioni o danni alla loro reputazione, come rilevato da J. ARLEN in *The Compliance Function*, cit., pp. 14-15.

competenti, dimodoché la scelta di denunciare sarà percepita come conveniente (dando essa luogo ai suddetti benefici) rispetto al silenzio dinnanzi all'illegalità.

Ma, come si rilevava nel paragrafo precedente, le agenzie di controllo, generalmente, non dispongono di strumenti sufficienti per la rilevazione degli illeciti commessi all'interno delle organizzazioni, le quali, forti del fatto che tali condotte non verranno in concreto alla luce, preferiranno non procedere al *self-reporting*, trattenendo i profitti derivanti dalle attività illecite a favore della produttività ma alle spese della *compliance*.⁵²⁴

In questo contesto, assume particolare rilevanza l'apporto dei potenziali *whistleblower* che, se adeguatamente protetti e incentivati, procederanno a colmare il problema di *under-detection* delle agenzie di controllo, denunciando gli illeciti di cui vengono a conoscenza contestualmente al rapporto di lavoro all'interno dell'organizzazione. Quanto messo in evidenza *supra* III §3 in merito al ruolo degli incentivi economici nella decisione di soffiare il fischietto permette, in questa sede, di fare emergere come il loro concreto operare necessita di essere accostato a un sistema di *compliance* che preveda il divieto per le organizzazioni di imporre ai dipendenti di firmare accordi volti a precludere loro la *disclosure* di informazioni rilevanti alle autorità che gestiscono le indagini.⁵²⁵

Dato atto, da un lato, dell'*under-detection problem* in capo alle agenzie di controllo e dall'altro, dell'impossibilità di prevedere direttive univoche e valide per ogni organizzazione operanti sul mercato in materia di *compliance*, apparentemente il ruolo del legislatore verrebbe ad essere relegato a una dimensione secondaria, marginale. Ma, in realtà, la sua funzione potrebbe essere adeguatamente valorizzata con riferimento alla previsione di normative applicabili a specifici settori del mercato che predispongano per le imprese misure da implementare nei loro sistemi di *compliance* atte a contrastare peculiari comportamenti criminali che le interessano. La previsione di sanzioni per la mera violazione delle suddette disposizioni (anche laddove non sia scaturito il reato), potrebbe altresì incentivare le organizzazioni a istituire sistemi di *compliance* efficaci.

⁵²⁴ J. ARLEN, *The Compliance Function*, cit., p. 19.

⁵²⁵ A tal proposito vengono in rilievo le previsioni del diritto americano contenute nel *Dodd-Frank Act* prese in considerazione al 2 §3, che istituiscono un divieto per le organizzazioni di proibire le comunicazioni da parte dei membri alla SEC (17 CFR § 240.21F-17), di cui, tuttavia, J. ARLEN in *The Compliance Function*, cit., p. 20, segnala la carenza, in ragione del fatto che esse siano applicabili unicamente ad organizzazioni inserite nel settore dei mercati finanziari e riferibili solo a illeciti relativi al medesimo settore.

In particolare, questa forma di regolazione a livello centrale si manifesta estremamente funzionale quando lo Stato o il regolatore siano in grado di individuare prescrizioni che siano valide per ogni organizzazione operante in un determinato settore economico, quando sia per essi possibile rilevare violazioni delle disposizioni normative senza che da esse sia conseguito il reato che intendevano prevenire, o, ancora, laddove l'individuazione del mancato rispetto delle regole di *compliance* interne sia più agevole da individuare rispetto al reato stesso:⁵²⁶ in questo modo, una struttura di prevenzione e controllo *ex ante* sulle imprese andrà a supportare l'attività di individuazione e sanzionamento *ex post* degli enti, a titolo di responsabilità per i reati commessi dalle persone fisiche al suo interno.⁵²⁷

In questo scenario, detengono un patrimonio informativo sicuramente superiore rispetto al regolatore o al legislatore, amministratori e dirigenti interni alle organizzazioni, che, venendo in contatto con le caratteristiche che concretamente denotano i comportamenti criminali, sono nella posizione per individuare quelle «*meta-policing measures*»⁵²⁸ necessarie ad assicurare che le prescrizioni generali imposte dal regolatore vengano effettivamente implementate dalle organizzazioni.

Tuttavia, amministratori e dirigenti, al pari degli altri membri, sono influenzati dalla cultura eventualmente criminale che la caratterizza e, dunque, a quei meccanismi cognitivi, a più battute descritti, che potrebbero indurlo a comportamenti finalizzati a coprire pratiche illecite indirettamente per lui profittevoli, adottate dall'organizzazione per massimizzare i profitti. Si manifestano, quindi, idonei a contrastare tali dinamiche di conflitto di interessi, alcuni rimedi volti a istituire in capo ad amministratori e dirigenti responsabilità che azzerino il beneficio derivante dalle attività illecite.

⁵²⁶ Per esempio, si considerino le previsioni dell'*Exchange Act* (15 U.S.C. § 78m(b)(2)) che istituisce una forma di responsabilità civile e penale (se sussiste il presupposto della *knowledge*) a carico delle società pubbliche che non abbiano adottato libri e scritture contabili che adeguatamente descrivano ciascuna transazione e che non abbiano previsto un sistema di controllo sugli *asset* dell'impresa, nell'ottica di promuovere la trasparenza nelle comunicazioni con gli investitori. Tale normativa è applicabile solo a particolari categorie di organizzazioni e si riferisce solo ad alcune delle misure che compongono il loro sistema di *compliance* interno e questo perchè sarebbe estremamente complesso, se non impossibile, per il regolatore disciplinare ogni profilo inerente alla *compliance* interna di ciascun ente, sempre in ragione del carattere variabile dell'equilibrio tra produttività e *compliance* tipico di ciascuno, come rilevato da J. ARLEN in *The Compliance Function*, cit., p. 21, nota 143.

⁵²⁷ J. ARLEN, *The Compliance Function*, cit., p. 21.

⁵²⁸ L'efficacia massima di tali previsioni si ha quando esse sono sufficientemente specifiche da evitare che i manager delle organizzazioni riescano ad aggirarne il contenuto; in questo senso, non raggiungono tale obiettivo le *Organizational Sentencing Guidelines* che non stabiliscono doveri chiari per le organizzazioni e, soprattutto, non ne garantiscono l'effettiva implementazione, cfr. J. ARLEN, *The Compliance Function*, cit., p. 23.

Anzitutto, la previsione di una responsabilità civile a carico di manager e amministratori per violazione dei propri doveri di prevenire e interrompere crimini commessi all'interno dell'organizzazione sarebbe idonea a valorizzare il loro ruolo solo se adeguatamente circoscritta,⁵²⁹ ossia: se riferita esclusivamente alle decisioni assunte da essi direttamente necessarie all'ente per ottenere vantaggi dall'illecito e finalizzate ad incentivare il conflitto di interessi; se relativa a decisioni che sono idonee a fornire alle autorità informazioni rilevanti sull'illecito e sulle responsabilità; se idonea a promuovere (invece che a disincentivare) il *self-reporting* dell'ente e la successiva cooperazione con le autorità; se non implicante un rischio eccessivo di incorrere in responsabilità, tale da paralizzare il loro operato.

Tali doveri dispiegherebbero la loro efficacia se formulati in modo tale da non solo indurre amministratori e dirigenti a disincentivare la commissione di crimini o interromperne l'esecuzione, ma anche, in modo tale da motivare l'organizzazione a procedere alle indagini interne e al *self-reporting* degli illeciti, chiaramente, tramite l'azione deterrente della sanzione. Di particolare rilevanza è l'eventuale contributo di amministratori che hanno ben poco da guadagnare dall'illecito e che, di conseguenza, hanno anche poco da perdere, in quanto, questi, saranno meno inclini al coinvolgimento in situazioni di conflitto di interessi, che rappresenta uno dei principali fattori che alimentano il proliferare della cultura criminale nelle organizzazioni.⁵³⁰

In particolare, il dovere degli amministratori⁵³¹ dovrebbe essere circoscritto ad assicurare che l'organizzazione si adoperi per investigare sugli illeciti, che esistano procedure atte a far sì che il consiglio di amministrazione ottenga periodiche informazioni sulle carenze del sistema di *compliance* e riceva immediate comunicazioni su sospetti di illeciti, soprattutto da parte del *management* dell'impresa.

Il dovere dei dirigenti di acquisire informazioni dovrebbe essere limitato a periodici aggiornamenti da parte dell'ufficio *compliance* sui comportamenti potenzialmente illeciti

⁵²⁹ J. ARLEN in *The Compliance Function*, cit., p. 24, specifica, infatti, che amministratori e dirigenti non dovrebbero incorrere in tale forma di responsabilità ogni volta che i dipendenti assumano un comportamento penalmente rilevante perchè altrimenti si andrebbe a ridurre la probabilità che l'ente proceda al *self-reporting*, né in tutti i casi in cui l'organizzazione non abbia adottato un *compliance program* effettivo per negligenza, perchè, in ragione del deficit di conoscenza delle dinamiche interne all'azienda, il giudice non sarebbe a priori in grado di determinare quando un *compliance program* si possa definire effettivo.

⁵³⁰ J. ARLEN, *The Compliance Function*, cit., p. 25.

⁵³¹ Si segnala, a tal proposito, che grava proprio sul Consiglio il dovere di gestire eventuali illeciti commessi all'interno dell'organizzazione, con particolare riferimento alla decisione di procedere al *self-reporting* degli illeciti e alla cooperazione con le autorità, come rilevato in J. ARLEN, *The Compliance Function*, cit., p. 26.

riscontrati, su sospetti illeciti e la loro responsabilità deve essere limitata ai casi in cui abbiano agito in mala fede o consapevolmente.⁵³²

In aggiunta, le cd. clausole *clawback*⁵³³, al pari dei sistemi di retribuzione differita a cui si alludeva poco *supra*, rappresentano un ulteriore strumento suscettibile di essere implementato nei sistemi di *compliance* interni alle organizzazioni, idoneo ad incentivare manager ed amministratori a impedire che vengano assunte decisioni non conformi al dettato normativo.⁵³⁴ Di qui scaturisce l'importanza che la previsione di *clawbacks* non metta tali soggetti nella condizione di ritenere che la loro retribuzione verrà richiesta indietro ingiustamente, provocando l'effetto opposto di disincentivare eventuali segnalazioni da parte di questi.⁵³⁵

3. *Compliance programs.*

La *compliance* d'azienda si realizza anche attraverso la redazione da parte dell'organizzazione dei *compliance programs*, che, per prevenire i rischi di incorrere in illeciti, devono presentare peculiari caratteristiche, di seguito esaminate attraverso le indicazioni in materia fornite dalla *Criminal Division* del *Department of Justice* dell'ordinamento federale statunitense.

A contribuire alla prevenzione dei crimini d'impresa vi è il *whistleblowing*, istituto che dispiega la sua massima efficacia in contesti organizzativi in cui ad orientare le condotte dei membri è la *compliance*, la legalità. Pertanto, appare, in questa sede, necessario accostare alle prescrizioni teoriche quanto restituito dall'esperienza nelle aziende con riferimento ad una delle componenti chiave di un efficace *compliance program*, ossia il suo codice di condotta, la cui rilevanza, in questa sede, si deve al considerevole numero di profili criminologici in esso

⁵³² Il modello che più si avvicina a quello descritto è quello adottato in *Delaware Chancery Court*, 25 settembre 1996, Civil Action n. 13670, 698 A.2d 959, in <https://case-law.vlex.com/>, *In Re Caremark International Inc. Derivative Litigation.*, che, però, lascia alla completa discrezionalità dei dirigenti la determinazione del contenuto dei doveri, non risolvendo il problema del conflitto di interesse che spesso impedisce che le informazioni pervengano all'attenzione delle autorità, come rilevato da J. ARLEN in *The Compliance Function*, cit., p. 27.

⁵³³ Le *clawback provisions* ("*clawbacks*") sono clausole contrattuali che prevedono la possibilità di esigere la restituzione della parte variabile della retribuzione dei manager, al verificarsi di particolari condizioni, tra cui la commissione di illeciti, cfr. M.H.R. ERKENS- Y. GAN- B.B. YURTOGLU, *Not all clawbacks are the same: Consequences of strong versus weak clawback provisions*, in *Journal of Accounting and Economics*, vol. 66, no. 1, 2018, p. 291.

⁵³⁴ J. ARLEN in *The Compliance Function*, cit., p. 27, fa emergere la necessità che esse vengano estese anche a coloro che abbiano incoraggiato il comportamento criminale o che, semplicemente, non abbiano ottemperato al dovere di far cessare la condotta penalmente rilevante.

⁵³⁵ J. ARLEN, *The Compliance Function*, cit., pp. 27-28.

tipizzati, proprio in quanto “cuore pulsante” ⁵³⁶ della restante parte del programma: nel corso della trattazione, si faranno via via emergere gli elementi che *The Coca-Cola Company* nel proprio *code of conduct* ⁵³⁷ ha scelto di porre a fondamento dell’etica di impresa, con particolare riguardo a ciò che dovrebbe orientare i dipendenti dell’azienda a soffiare il fischietto dinanzi all’illegalità e le relative modalità operative.

La *Criminal Division* del *Department of Justice* degli Stati Uniti ha, di recente (settembre 2024), pubblicato la sua *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, ⁵³⁸ che offre una serie di suggerimenti pratici rivolti agli organi investigativi per una compiuta misurazione dell’effettività dei programmi di *compliance* aziendale, che possono pur sempre essere utili alle organizzazioni stesse in sede di redazione o aggiornamento del proprio programma. Infatti, tra i fattori enucleati nei *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* del *Justice Manual* ⁵³⁹ necessari per accedere ad accordi di patteggiamento o altre forme di premialità a favore dell’organizzazione, figurano proprio l’adeguatezza e l’effettività del *compliance program* dell’ente al momento in cui l’illecito è stato commesso nonché al momento dell’imputazione e della decisione definitiva, ⁵⁴⁰ e, anche, gli sforzi dell’ente nell’implementare un adeguato ed effettivo modello o per migliorare quello già esistente; ⁵⁴¹ inoltre, l’effettività del programma rappresenta uno dei criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria nei confronti dell’organizzazione. ⁵⁴²

La complessità della valutazione dell’effettività di un programma di *compliance* è data, fondamentalmente, dalla specificità dei profili di rischio e delle relative soluzioni proprie di

⁵³⁶ Il carattere di derivazione che il *compliance program* dovrebbe assumere rispetto al codice etico veniva fatto emergere durante la lezione del corso *Corporate Compliance, Ethics, and Risk Management* del 19/9/24 presso la NYU School of Law di New York, intitolata “*Leveraging Human Behavior and Incentives in Compliance, Ethics, and Risk Management*”. Tali considerazioni, sono peraltro condivise dalla dottrina italiana con riferimento alla struttura del modello 231, come emerge da C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001)*, in *Cassazione Penale*, no. 1, 2013, p.389.

⁵³⁷ THE COCA-COLA COMPANY, *Code of Conduct*, 2024, [[coca-cola-code-of-conduct](#)], v. Appendice V.

⁵³⁸ CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, 2024, [<https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/page/file/937501/dl>].

⁵³⁹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, cit., §9-28.000.

⁵⁴⁰ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, cit., §9-28.800.

⁵⁴¹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, cit., §9-28.1000.

⁵⁴² U.S. SENTENCING COMMISSION, *Guidelines Manual*, 2011, §§ 8B2.1, 8C2.5(f), 8C2.8(11), [https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2011/manual-pdf/2011_Guidelines_Manual_Full.pdf].

ciascuna impresa, la cui volubilità impossibilita legislatore, regolatore e, tantomeno le corti, all'individuazione di una regola generale e valida per ogni impresa operante sul mercato. Pertanto, la *Evaluation* non adotta formule rigide ma, al contrario, si esprime in termini generali,⁵⁴³ essendo essa imperniata su tre quesiti che la *Criminal Division* ritiene essere comuni ad ogni valutazione dell'effettività di un programma di *compliance*⁵⁴⁴ e su cui anche la presente trattazione verrà strutturata, integrando, ove necessario, quanto disposto dalle altre fonti rilevanti nonché, come si accennava, dall'esperienza aziendalistica.

3.1. *Is the corporation's compliance program well designed?*

Ai sensi del *Justice Manual*, i fattori cruciali nella valutazione della struttura del programma sono la sua adeguatezza al raggiungimento della massima efficacia preventiva degli illeciti e l'attività di implementazione del programma da parte del management d'impresa (di contro al tacito incoraggiamento delle condotte penalmente rilevanti).⁵⁴⁵ Perciò, sin da questa prima fase, il giudizio delle autorità investigative dovrà essere fondato sul programma in senso complessivo, specificamente accertando non solo che sia strutturato in modo da diffondere un messaggio chiaro di non tolleranza nei confronti del comportamento vietato, ma anche che esso individui politiche e procedure che dimostrino che esso sia ben integrato nella restante parte delle operazioni aziendali.⁵⁴⁶

- *Risk assessment.*

Il punto di partenza per le autorità investigative nel giudizio sull'efficace struttura del programma è rappresentato dall'analisi dell'attività produttiva dell'organizzazione, con riferimento alle modalità con cui l'ente ha identificato, valutato e definito i profili di rischio, i fattori atti a mitigare tale rischio, il grado di attenzione che il programma riserva a tutti gli altri rischi nonché ai rischi emergenti, in dipendenza di circostanze interne ed esterne:

⁵⁴³ Si specifica che, comunque, il documento fornisce indicazioni che variano in corrispondenza di fattori quali le dimensioni dell'impresa, il settore produttivo, la collocazione geografica, le disposizioni regolatorie e altri ancora, sia interni che esterni alle operazioni aziendali, che possano avere un'influenza sul programma di *compliance*, cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p.1.

⁵⁴⁴ E ciò è dimostrato anche dal fatto che anche il *Justice Manual* individua come centrali le medesime questioni, cfr. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, cit., §9-28.800.

⁵⁴⁵ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, cit., §9-28.800.

⁵⁴⁶ CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p.2.

fondamentalmente, l'obiettivo è, appunto, comprendere perchè l'impresa abbia scelto di strutturare il programma secondo determinate modalità, perchè e come si sia eventualmente modificato nel corso del tempo. Inoltre, sarà necessario comprendere se l'organizzazione abbia adottato un approccio proattivo o reattivo nei confronti del rischio, sulla base, anche, delle modalità con cui le informazioni vengono identificate e raccolte per individuare il comportamento illecito e come tale patrimonio informativo ha influenzato la struttura del *compliance program*.

Di estrema rilevanza, in questa fase, è la valutazione delle specifiche modalità con cui l'impresa abbia deciso di gestire il rischio di illeciti tipici di un particolare settore produttivo o in presenza di un contesto regolatorio particolarmente complesso,⁵⁴⁷ specialmente se tali profili involgano l'uso di *emerging technologies*, con riferimento alle quali sarà necessario indicare i rischi specifici ed eventuali fattori atti a mitigarli.⁵⁴⁸ In particolare, sarà necessario, se l'organizzazione abbia deciso di adottare un *risk-based approach*, riservare una maggiore attenzione in termini di risorse a quelle aree maggiormente soggette a determinati rischi.

Chiaramente, entra in gioco nella valutazione, anche la capacità dell'organizzazione di aggiornare periodicamente il modello in dipendenza di mutamenti delle circostanze in presenza delle quali si era adottata una determinata versione del programma,⁵⁴⁹ con particolare riferimento alle «*lessons learned*»,⁵⁵⁰ sia dall'organizzazione stessa sia dalle altre operanti nel medesimo settore di mercato o nel medesimo contesto geografico. Sarà necessario determinare se le periodiche revisioni del programma siano effettuate sulla base di una verifica istantanea

⁵⁴⁷ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, cit., §9-28.800. Si allude, a titolo esemplificativo, ai particolari rischi derivanti da competitività del mercato, potenziali clienti o soci in affari, transazioni all'estero, pagamenti a pubblici ufficiali, donazioni a scopi politici o benefici.

⁵⁴⁸ La *Evaluation* dispone anche che le autorità investigative debbano valutare come l'organizzazione abbia deciso di gestire eventuali conseguenze negative derivanti dall'uso di nuove tecnologie, come l'intelligenza artificiale, con riferimento sia all'attività produttiva sia al programma di *compliance* interno; quanto l'organizzazione si serva di nuove tecnologie nell'attività produttiva, e i relativi controlli atti a garantire l'affidabilità e l'attendibilità di tali strumenti, nonché il loro utilizzo in conformità alla legge e al codice di condotta aziendale; come l'organizzazione abbia deciso di prevenire l'abuso inconsapevole o volontario delle nuove tecnologie; come l'organizzazione proceda all'aggiornamento dei propri dipendenti sull'uso delle nuove tecnologie nei processi produttivi. Cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p.3.

⁵⁴⁹ U.S. SENTENCING COMMISSION, *Guidelines Manual*, cit., § 8B2.1(c).

⁵⁵⁰ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, cit., §9-28.800.

a livello temporale o se, al contrario, si fondino su un continuo accesso a dati operativi e informazioni che provengono dalle varie funzioni.⁵⁵¹

- *Policy* e procedure.

Policy e procedure sono le modalità con cui l'organizzazione dà effettività e contenuto alle norme etiche che individua come proprie del tessuto morale interno all'organizzazione: attraverso di esse l'organizzazione dovrebbe, anzitutto, fare emergere la propria intenzione di allinearsi alle disposizioni delle leggi federali applicabili e, in seconda battuta, implementarle in ogni attività quotidiana.

Le autorità investigative devono valutare l'efficacia del processo mediante il quale le *policy* e le procedure interne sono state progettate e come è mutato nel corso del tempo, con riferimento, anche, ai rischi emergenti, come quelli derivanti dalle *emerging technologies*, e ai mutamenti del panorama legislativo e regolatorio; è necessario prendere in considerazione, altresì, l'ufficio deputato alla individuazione delle fasi di tale processo e se esso contempli una consultazione con le unità produttive.⁵⁵²

Il codice di condotta di *Coca-Cola Company* dedica un'apposita sezione all'importanza di garantire e dimostrare l'affidabilità delle *policy* e procedure interne per il business in cui, anzitutto, individua una serie di disposizioni finalizzate ad evitare che essa possa essere inquinata da situazioni di conflitto di interesse; le prescrizioni hanno carattere pratico e sono finalizzate ad istruire i dipendenti al riconoscimento di tali dinamiche, spesso non immediatamente avvertibili, anche attraverso l'affiancamento di box Question&Answer inerenti a vicende concretamente verificatesi o schemi grafici.

Adottando una serie di *policy* interne atte a prevenire il riciclaggio di denaro proveniente da attività illecite, la suddetta sezione istruisce i dipendenti a rimanere in allerta dinanzi a prassi quali onerosi pagamenti in denaro contante o reticenza su requisiti contabili da parte di clienti o fornitori.⁵⁵³

⁵⁵¹ CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., pp.3-4.

⁵⁵² CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., pp. 4-5.

⁵⁵³ THE COCA-COLA COMPANY, *Code of Conduct*, cit., p. 16.

Emerge dalla medesima sezione del codice di condotta di *Coca-Cola Company*, l'obbligo per i dipendenti di mantenere la trasparenza e l'accuratezza nelle procedure di conservazione dei dati, progettate in modo tale da garantire la costante adesione dell'azienda ai requisiti imposti dalle normative di legge e regolatorie. Tali prescrizioni impongono ai dipendenti, anzitutto, di correttamente classificare le transazioni, evitando di falsificare le informazioni per rientrare in determinati limiti di *budget*; inoltre, ogni pagamento realizzato per conto dell'azienda da un dipendente deve essere adeguatamente documentato, con le relative autorizzazioni necessarie per procedere; ogni verbale deve essere, poi, conservato, in modo tale da garantirne l'immediata disponibilità per indagini o procedimenti giudiziari. ⁵⁵⁴

- Formazione dei dipendenti.

Ai sensi del *Justice Manual*, si ha un programma di *compliance* «*truly effective*» in presenza di una capillare diffusione dei suoi contenuti, accompagnata da una concreta comprensione da parte dei dipendenti della portata delle sue disposizioni. ⁵⁵⁵ In questo senso, le autorità investigative sono chiamate a verificare che l'organizzazione abbia adottato sistemi atti ad integrare *policy* e procedure previste dal programma nell'ordinaria attività commerciale, con riferimento a periodici aggiornamenti e certificazioni per dirigenti, funzionari, impiegati in posizioni rilevanti e talvolta agenti e partner commerciali, così anche che le informazioni siano state veicolate tenendo conto dei settori di specializzazione dell'*audience*. ⁵⁵⁶

Per esempio, alcune organizzazioni forniscono ai dipendenti consigli pratici per gestire scenari quotidiani o su come ottenere consulenze sul carattere etico o meno di una determinata decisione. *Coca-Cola Company*, opportunamente, istituisce al suo interno un *Local Ethic Officer* (LEO), ossia un dipendente eletto dall'*Ethics & Compliance Committee* deputato a ricevere domande o chiarimenti etici in merito alle procedure interne, il cui assenso all'azione

⁵⁵⁴ THE COCA-COLA COMPANY, *Code of Conduct*, cit., p. 15.

⁵⁵⁵ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, cit., §9-28.800.

⁵⁵⁶ La *Evaluation* pone l'accento sull'attenzione che l'organizzazione dovrebbe riservare ai particolari bisogni, interessi e valori che potrebbero influenzare il comportamento dei lavoratori, nonché sull'implementazione dei profili dimostratisi in precedenza fallaci. L'autorità investigativa dovrà poi prendere in considerazione le modalità con cui i corsi di formazione sono stati erogati, se *online* o in presenza, se fosse possibile presentare domande ai relatori, se l'organizzazione abbia, eventualmente, previsto sistemi di monitoraggio dell'attenzione dell'*audience* durante le sessioni di formazione e di misurazione dell'impatto dei corsi sul comportamento dei membri. Cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p.6.

è, talvolta, necessario perchè il dipendente possa procedere a una determinata attività, ad esempio, nei casi in cui essa inerisca all'uso di *asset* della società, possibili conflitti di interesse (anche se solo apparenti) e alle politiche sui doni nelle relazioni tra partner commerciali (che sono consentiti dal codice di condotta nella misura in cui non influenzino le loro decisioni).⁵⁵⁷

Altre organizzazioni, invece, preferiscono investire in brevi sessioni di aggiornamento finalizzate ad istruire i dipendenti sull'identificazione dei profili di rischio e la successiva comunicazione all'ufficio *compliance*, all'*Internal Audit* o ad altre funzioni cui è demandata la gestione del rischio di illeciti.

Perciò, l'autorità investigativa è chiamata a valutare le attività di formazione del personale con riferimento alla loro capacità di individuazione in anticipo dei profili di rischio, nonché secondo quali criteri l'organizzazione misuri l'effettività delle sue attività di formazione.

A tal proposito, *Coca-Cola Company* intitola una specifica sezione del suo codice di condotta «*How to Make Good Decisions*», istruendo i dipendenti a porsi alcuni quesiti⁵⁵⁸ prima di assumere decisioni potenzialmente illecite, indicando successivamente le figure a cui appellarsi nel caso in cui la risposta ad uno degli interrogativi sia dubbia, vale a dire, il proprio superiore gerarchico, il suddetto LEO, l'*Ethics & Compliance Office* o la *EthicsLine*.^{559 560}

Chiaramente, è necessario prendere in considerazione anche se l'organizzazione abbia deciso di differenziare la formazione delle diverse categorie di dipendenti, prevedendo attività supplementari per i lavoratori in posizioni apicali; in questo senso, assumeranno rilevanza le modalità con cui il *senior management* veicoli informazioni inerenti alla posizione dell'organizzazione con riferimento agli illeciti e cosa è stato comunicato pubblicamente in caso di licenziamento o altro provvedimento disciplinare nei confronti di un dipendente che

⁵⁵⁷ THE COCA-COLA COMPANY, *Code of Conduct*, cit., p. 8.

⁵⁵⁸ «- *Is it consistent with our Code?*

- *Is it legal?*
- *Does it follow our policies?*
- *Does it benefit the Company as a whole – not just a certain individual or group?*
- *Would I be comfortable if my actions were made public? ». Cfr. THE COCA-COLA COMPANY, Code of Conduct, cit., p. 7.*

⁵⁵⁹ Canale di segnalazione interno di *Coca-Cola Company*, di cui si tratterà *infra*.

⁵⁶⁰ THE COCA-COLA COMPANY, *Code of Conduct*, cit., p. 7.

non abbia ottemperato alle procedure o ai controlli interni contenuti nel programma.⁵⁶¹ Inoltre, assumono rilevanza le modalità con cui le *policy* e le procedure sono comunicate ai dipendenti e ad eventuali terzi coinvolti nelle attività produttive, se, in caso di organizzazioni con stabilimenti produttivi all'estero, siano state eliminate le barriere alla comprensione linguistica dei documenti.⁵⁶²

- Canale interno di segnalazione e *investigations*.

L'istituzione di efficaci meccanismi di segnalazione interna è indice di sistemi di *compliance* idonei a prevenire e contrastare illeciti commessi all'interno dell'organizzazione:⁵⁶³ è così anche per la *Evaluation* della *Criminal Division*, che insiste sull'istituzione di un canale interno di segnalazione mediante il quale i lavoratori possano segnalare in via anonima e riservata violazioni del codice di condotta dell'organizzazione, delle *policy* interne o, generalmente, notizie di illeciti. A tal proposito, le autorità investigative dovranno valutare se l'organizzazione sia stata in grado di istituire un ambiente di lavoro nel quale le persone non temano ritorsioni a seguito della segnalazione, se abbia implementato adeguate procedure di presentazione delle segnalazioni e sistemi di protezione dei *whistleblowers*; altrettanto rilevante è la previsione da parte dell'organizzazione di sistemi di investigazione interna con riferimento alle segnalazioni ricevute, compreso l'indirizzamento della questione ad altri organi competenti in materia, la tempestività nella gestione delle indagini⁵⁶⁴ e nel successivo riscontro.⁵⁶⁵ La valutazione interessa, altresì, le modalità con cui l'istituzione del canale è stata resa pubblica, se i lavoratori siano al corrente di esso e non temano di avvalersene (o se,

⁵⁶¹ CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., pp. 5-6.

⁵⁶² Le autorità sono tenute a verificare anche se il modello preveda specifici sistemi di verifica dell'effettiva conoscenza da parte dei dipendenti delle norme interne. Cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p. 5.

⁵⁶³ U.S. SENTENCING COMMISSION, *Guidelines Manual*, cit., § 8B2.1(b)(5)(C).

⁵⁶⁴ La *Criminal Division* insiste sull'importanza dell'istituzione di limiti temporali alla segnalazione, nonché di sistemi di monitoraggio dei risultati delle indagini e dei riscontri, cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p.8.

⁵⁶⁵ La *Evaluation* sottolinea l'importanza di valutare i criteri sulla base dei quali gli uffici competenti hanno dato seguito alle segnalazioni, chi sceglie la persona responsabile della gestione di queste e se le indagini siano state condotte in modo imparziale e oggettivo nonché se le informazioni siano state adeguatamente raccolte, tracciate e analizzate. Inoltre, è necessario conoscere se i canali e le investigazioni interne siano destinatari di sufficienti risorse, così come anche se gli organi competenti si siano adoperati per individuare schemi di illeciti o altri comportamenti che indeboliscono il sistema di *compliance*. I procuratori dovranno, altresì, verificare se siano stati istituiti sistemi di controllo dell'efficacia del canale, come ad esempio, il tracciamento di una segnalazione da quando viene ricevuta a quando le viene dato seguito, cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p.8.

eventualmente, l'organizzazione adotti prassi finalizzate a disincentivarne l'uso) e le modalità con cui l'organizzazione incentiva i lavoratori a procedere a segnalazioni interne. Inoltre, i procuratori dovranno esaminare le *policy* anti-ritorsione adottate internamente, se l'organizzazione abbia promosso attività di formazione con riferimento ad esse, nonché su tutte le *whistleblower provisions* contenute in normative federali.⁵⁶⁶

Coca-Cola Company dedica un'apposita sezione del suo codice di condotta all'argomento, specificando, anzitutto, la responsabilità gravante sui singoli dipendenti di segnalare ogni violazione del codice, delle procedure interne o della legge di cui siano pervenuti a conoscenza: in particolare, il codice mette in evidenza la finalità di tale obbligo, cioè la costruzione di una cultura di fiducia non solo tra i membri dell'organizzazione, ma anche con i clienti, i fornitori e gli altri partner commerciali. Da non trascurare è, altresì, la scelta lessicale della prima persona plurale, del "noi", estremamente potente in proposito, in quanto atto a suggerire ai lavoratori lettori, un'idea di organizzazione come qualcosa di "comune", che ciascun membro è chiamato a "curare", a contribuire per apportare miglioramenti.⁵⁶⁷

Le segnalazioni possono essere presentate al proprio superiore gerarchico, al LEO, all' *Ethics & Compliance Office* o, ancora, mediante la *EthicsLine*, ossia un canale interno di segnalazione gestito da un soggetto terzo indipendente (*NAVEX Global*) attivo 24 ore su 24 e 7 giorni su 7, che consente di segnalare in via anonima informazioni di illeciti. La segnalazione può essere presentata sia tramite piattaforma informatica sia telefonicamente.

Il codice indica poi ulteriori uffici disponibili a chiarire questioni in merito ai fatti che possono divenire oggetto di segnalazione, a seconda che esse riguardino *legal inquiries* in generale (ci si rivolgerà al *local legal counsel*), *possible criminal matters* (ci si rivolgerà alla *local strategic security*) o *accounting and finance policy and procedure inquiries* (ci si rivolgerà al *local senior finance personnel*).⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., pp.7-8.

⁵⁶⁷ «*We Protect Non-Public Information*», «*We Safeguard Company Assets*», «*We Maintain Accurate Records*», «*We Prevent Money Laundering*», ecc.

⁵⁶⁸ THE COCA-COLA COMPANY, *Code of Conduct*, cit., p. 9.

Secondo il *Business Toolkit* ⁵⁶⁹ prodotto col supporto di *Coca-Cola Company* la rilevanza delle segnalazioni deve essere preliminarmente valutata secondo:

- la qualità della narrazione e delle fonti;
- il ruolo e la tipologia della questione denunciata.

In questo modo, sarà possibile isolare le segnalazioni prive di rilevanza e focalizzarsi su quelle meritevoli dell'attenzione degli organi interni. Coloro che abbiano abusato dei canali interni presentando segnalazioni dal contenuto intenzionalmente falso o pretestuoso verranno resi destinatari di provvedimenti disciplinari. ⁵⁷⁰

Successivamente, si avrà l'apertura di indagini interne da parte del *Corporate Audit Department Code Investigation Team*, nel rispetto della riservatezza dell'identità del segnalante. Le attività investigative sono gestite in base al fatto oggetto della segnalazione: per esempio, segnalazioni riguardanti molestie sul luogo di lavoro verranno trattate con l'ausilio del dipartimento HR, mentre, segnalazioni riguardanti frodi proveniente da soggetti esterni con l'ausilio del dipartimento Internal Audit. ⁵⁷¹

I risultati delle indagini verranno presentati all'*Ethics & Compliance Committee*, che stabilirà se abbia avuto luogo una violazione del codice e, in caso di risposta affermativa, darà luogo all'apertura di una procedura disciplinare. Il codice stabilisce, inoltre, il divieto di ritorsioni ⁵⁷² nei confronti di coloro che abbiano segnalato una violazione o contribuito ad eventuali indagini, anche se l'accusa si sia poi rivelata infondata, specificando che tali protezioni non si

⁵⁶⁹ PARTNER AFRICA, *Business Toolkit: Practical guidance on improving Productivity, Quality and Workforce Management*, [<https://www.coca-colacompany.com/content/dam/company/us/en/policies/pdf/human-workplace-rights/human-rights-principles/business-toolkit.pdf>]. Partner Africa è una società che aiuta le imprese a integrare nelle policy e procedure interne gli standard etici nel commercio internazionale e i diritti umani nelle loro *supply-chains* africane. L'ente ha, col supporto di *Coca-Cola Company*, prodotto indicazioni operative anche in materia di canali interni di segnalazione avvalendosi, dei criteri formulati da J.D. RATLEY (*President and CEO of the Association of Certified Fraud Examiners (ACFE)*) in *Research by the Association of Certified Fraud Examiners*, 2012, Austin, come citato in J.D. RATLEY, *Creating an Effective Whistleblower Program*, in *Security Magazine*, 2012, [[Creating an Effective Whistleblower Program | 2012-08-01 | Security Magazine](#)].

⁵⁷⁰ J.D. RATLEY, *Creating an Effective Whistleblower Program*, cit.

⁵⁷¹ PARTNER AFRICA, *Business Toolkit: Practical guidance on improving Productivity, Quality and Workforce Management*, cit., p. 102.

⁵⁷² La definizione di ritorsione individuata dal codice («*any action that would likely deter someone from reporting a Code concern or participating in a Code investigation*»), è molto ampia e include licenziamento, riduzione dello stipendio, assegnazione a mansioni differenti, retrocessione di carriera. Cfr. THE COCA-COLA COMPANY, *Code of Conduct*, cit., p.10.

estendono a coloro che abbiano segnalato in via pretestuosa per coprire le proprie violazioni del codice.⁵⁷³

- Rapporti con i terzi.

Il *Justice Manual* dà rilevanza anche ai rapporti commerciali che l'organizzazione intrattiene con i terzi come fattore idoneo a influenzare la prevenzione e il contrasto di illeciti commessi all'interno,⁵⁷⁴ e, in questo senso, la *Evaluation* afferma che il programma di *compliance* dovrebbe adottare un approccio caratterizzato da una «*risk-based due diligence*», parametro che può variare a seconda delle dimensioni dell'impresa e dell'operazione commerciale in questione, la cui definizione spetta proprio al *prosecutor*, che dovrà valutare se l'organizzazione abbia correttamente impostato le relazioni con terzi soggetti come agenti, consulenti, fornitori, generalmente in grado di occultare illeciti commessi dall'impresa: l'organizzazione deve infatti aver compreso le ragioni per cui abbia deciso di coinvolgere il terzo nell'operazione e i rischi associati a tale scelta.^{575 576}

Il codice di condotta di *Coca-Cola Company* dedica un'apposita sezione «*DEAL FAIRLY WITH OTHERS*», ai comportamenti che i dipendenti e sono tenuti ad adottare nei confronti dei terzi, insistendo, in particolare, sulla prevenzione di condotte anticoncorrenziali, di condotte che violano le normative in materia di commercio internazionale, della corruzione, dell'*insider-trading* e di violazioni delle normative in materia di *privacy*. Ognuna di tali sottosezioni esprime chiaramente il divieto di incorrere nelle condotte via via prese in considerazione, individuando, per ciascuna categoria, situazioni concrete in cui il dipendente potrebbe ritrovarsi con suggerimenti pratici atti ad azzerare il rischio di incorrere in illeciti. I divieti sono resi ancor più efficaci attraverso l'affiancamento di box Question&Answer in cui gli interrogativi sono

⁵⁷³ THE COCA-COLA COMPANY, *Code of Conduct*, cit., p.10.

⁵⁷⁴ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, cit., §9-28.800.

⁵⁷⁵ Per esempio, l'organizzazione dovrebbe specificare nei contratti stipulati con i terzi gli specifici servizi che essi dovranno rendere e i criteri di commisurazione della ricompensa. Il *prosecutor* dovrebbe poi prendere in considerazione se l'organizzazione abbia monitorato le relazioni con i terzi mediante, anche, la sottoposizione di questi ultimi a prove per ottenere certificati di *compliance* annualmente: in particolare, le autorità investigative sono tenute a valutare come l'organizzazione abbia gestito eventuali segnali d'allarme emersi nel corso del rapporto con i terzi e se, in seconda battuta, abbia previsto sistemi per evitare che essi intrattenessero nuovamente rapporti con l'organizzazione. cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p.8.

⁵⁷⁶ CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., pp.7-8.

relativi a situazioni concretamente prospettabili contestualmente all'espletamento delle rispettive mansioni lavorative da parte dei dipendenti, a cui viene fornita una risposta che individua una soluzione pratica atta ad evitare che essi incorrano in condotte illecite; altrettanto funzionale è l'individuazione per ogni macro-categoria di illeciti di un breve elenco di *red flags* che dovrebbero mettere in allerta il dipendente in ordine alla possibilità di essere coinvolto in condotte non consentite.⁵⁷⁷

Altrettanto significativa in proposito è la sezione relativa alle policy su «*Gifts, Meals and Entertainment*», che istruisce i dipendenti di *Coca-Cola Company* ad efficacemente distinguere quando un'utilità scambiata con un soggetto terzo sia fine a sé stessa e quando invece sia atta ad influenzare le decisioni dell'impresa; in particolare, il codice costruisce una tabella che elenca una serie di situazioni concrete in cui al dipendente vengono offerte utilità pacificamente ammesse con il corrispettivo comportamento che, in ragione dell'eccessività dell'offerta o di altri parametri non sono consentite dal codice di condotta.⁵⁷⁸

- Fusioni e acquisizioni (M&A).

Un programma di *compliance* effettivo contempla, secondo la *Evaluation*, un'accurata procedura di *due diligence* delle entità da acquisire, al fine di determinare il loro valore, negoziare affinché il costo derivante da eventuali illeciti commessi da esse venga da loro sopportato e, in ultima istanza, evitare che un controllo superficiale possa consentire alle entità acquisite di portare avanti schemi criminali con ripercussioni negative sul business dell'impresa, sulla sua reputazione nonché in termini di responsabilità penale e civile. È, inoltre, imprescindibile, un'efficace assimilazione delle nuove entità nelle strutture e nei controlli interni, indice della idoneità del programma a prevenire e individuare illeciti ad ogni livello dell'organizzazione.⁵⁷⁹

La trasparenza delle procedure di trattative con i terzi è oggetto di una specifica sezione del codice di condotta di *Coca-Cola Company*, che istruisce i dipendenti ad adottare nel corso delle trattative con eventuali partner commerciali comportamenti rispettosi dei *Supplier Guiding*

⁵⁷⁷ THE COCA-COLA COMPANY, *Code of Conduct*, cit., pp. 26-31.

⁵⁷⁸ THE COCA-COLA COMPANY, *Code of Conduct*, cit., pp. 22-23.

⁵⁷⁹ L'autorità investigativa sarà chiamata a verificare se durante la procedura di *due diligence* siano stati individuati illeciti o rischi di illeciti, chi sia stato incaricato di tale mansione e secondo quali modalità, anche nell'ottica di valutare come l'attività di *due diligence* sia stata integrata nel programma di *compliance* dell'impresa. Cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p. 10.

Principles, nonché di mantenere un dialogo chiaro e aderente al vero, scegliendo i futuri partner anche in base a parametri etici.⁵⁸⁰

3.2. Is the corporation's compliance program adequately resourced and empowered to function effectively?

Un programma di *compliance* redatto nel rispetto delle direttive enunciate nel sottoparagrafo precedente potrebbe non essere idoneo a prevenire e individuare gli illeciti commessi all'interno dell'impresa se la sua implementazione è debole, carente delle necessarie risorse o, generalmente, inefficace: ai sensi del *Justice Manual* le autorità investigative sono tenute a provare in modo specifico quando un *compliance program* sia rimasto sulla carta o quando, invece, sia stato implementato attraverso la dotazione delle necessarie risorse,⁵⁸¹ revisionato ed efficacemente attuato.⁵⁸²

- Impegno da parte dei soggetti in posizione apicale.

Oltre alle strutture, alle *policy* e alle procedure interne è fondamentale che l'organizzazione crei e diffonda una cultura etica e di conformità al dettato normativo, ad ogni livello produttivo, attraverso anche l'adozione di comportamenti ad esse orientati da parte di coloro che, in quanto in posizione apicale, si trovano nella posizione più indicata per influenzare le condotte degli altri membri. Le autorità investigative sono quindi chiamate a verificare in che misura i *top leaders*, segnatamente il consiglio di amministrazione⁵⁸³ e i dirigenti, abbiano formulato standard etici per l'organizzazione, li abbiano diffusi in modo chiaro e inequivocabile e dimostrato il più completo allineamento ad essi in prima persona,⁵⁸⁴ per poi valutare se il

⁵⁸⁰ THE COCA-COLA COMPANY, *Code of Conduct*, cit., p. 25.

⁵⁸¹ La *Evaluation* insiste sulla necessità che l'organizzazione abbia istituito uno staff in grado di adeguatamente verificare, documentare, analizzare e utilizzare le informazioni ottenute grazie al sistema di controlli interni istituito dal programma di *compliance*. Cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p. 10.

⁵⁸² U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, cit., §9-28.800.

⁵⁸³ Le autorità investigative dovranno valutare se il consiglio abbia mantenuto un costante e periodico dialogo con la funzione *compliance*. Cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p. 11.

⁵⁸⁴ Assumono rilevanza, in questa seconda fase di valutazione, le azioni che, in concreto, i *senior leaders* abbiano posto in essere nell'obiettivo di orientare le condotte dei membri della legalità, con particolare riferimento a eventuali scelte da essi assunte e finalizzate a privilegiare il profitto mettendo a rischio il rispetto della *compliance* e al loro comportamento successivo alla scoperta di un illecito commesso all'interno dell'organizzazione. Cfr.

middle management abbia rinforzato il comando etico e incoraggiato i dipendenti all'assimilazione.⁵⁸⁵

A tal proposito, il codice di condotta di *Coca-Cola Company* fa gravare responsabilità più onerose in capo ai soggetti in posizione apicale rispetto a quelle in capo agli altri dipendenti, essendo, anzitutto, loro personale dovere quello di promuovere integrità e legalità in ogni loro discorso od azione, nel rispetto del divieto di incoraggiare o indirizzare qualunque dipendente alla violazione delle norme del codice per garantire profitti superiori. I manager sono, inoltre, tenuti a comprendere a fondo le disposizioni del codice, farvi riferimento quotidianamente, nelle ordinarie conversazioni con i dipendenti, nonché a sollevare questioni non direttamente disciplinate dal codice agli organi che possano fornire un'adeguata risposta. Il codice individua in capo ai soggetti in posizione apicale un dovere di segnalare gli illeciti di cui vengano a conoscenza e di creare una «*speak up culture*», che incoraggi i dipendenti a procedere alla segnalazione non solo al *management* locale, ma anche avvalendosi di tutti gli ulteriori canali di segnalazione disponibili *supra* descritti.⁵⁸⁶

- Autonomia e risorse.

Un'efficace implementazione del programma richiede da parte dell'organizzazione anche una oculata scelta degli organi che sono chiamati a vigilare sull'osservanza (all'interno dell'ufficio legale, in un dipartimento produttivo o come una funzione indipendente).⁵⁸⁷ In particolare, è necessario che i responsabili *compliance* siano dotati dei necessari requisiti professionali⁵⁸⁸,

CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p. 11.

⁵⁸⁵ U.S. SENTENCING COMMISSION, *Guidelines Manual*, cit., § 8B2.1(b)(2)(A)-(C).

⁵⁸⁶ THE COCA-COLA COMPANY, *Code of Conduct*, cit., p. 6.

⁵⁸⁷ È necessario per le autorità investigative verificare se l'organizzazione disponga di un *chief compliance officer* o ad un altro dirigente che ha, eventualmente, altri ruoli all'interno dell'organizzazione e, per quanto concerne il personale addetto alla *compliance*, se sia esclusivamente adibito alle attività ad essa afferenti o se sia gravato anche da ulteriori responsabilità. Nel caso in cui la funzione sia stata, in tutto o in parte, affidata ad un'entità esterna è necessario verificare chi sia responsabile di supervisionare e dialogare con essa e, soprattutto, il livello di accesso alle informazioni interne alla società ad essa garantito. È, inoltre, fondamentale comprendere le ragioni che stanno alla base di tali determinazioni da parte dell'organizzazione e, soprattutto, se vi sono stati dei periodici mutamenti del personale. Cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p. 12.

⁵⁸⁸ I responsabili *compliance* devono infatti essere dotati di un'esperienza professionale tale da poter riconoscere transazioni e operazioni commerciali che presentano rischi e devono essere sottoposti a periodici corsi di aggiornamento. Cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p. 12.

di sufficienti risorse ⁵⁸⁹ e, soprattutto, della necessaria autonomia dal *management* societario: ⁵⁹⁰ ognuno di questi profili è strettamente dipendente dalle dimensioni, dalla struttura e dai profili di rischio tipici di ciascuna organizzazione. ⁵⁹¹

La funzione *compliance*, per poter operare correttamente, deve essere adeguatamente integrata all'interno della struttura societaria, e, in questo senso, è fondamentale per l'autorità investigativa chiarire come si colloca rispetto a tutte le altre, con riferimento alle retribuzioni per i lavoratori, alle risorse che l'organizzazione ad essa destina e al livello nella gerarchia degli organi. Inoltre, sarà necessario indagare su come le altre funzioni abbiano reagito ad eventuali dubbi manifestati dall'ufficio *compliance* inerenti alla legalità delle operazioni, se l'ufficio *compliance* abbia la possibilità di rivolgersi direttamente al consiglio di amministrazione della società e se periodicamente vi siano riunioni cui partecipino anche i manager. Una corretta implementazione dei programmi si può, inoltre, avere solo se l'ufficio *compliance* ha tempestivo accesso a tutti i dati rilevanti ⁵⁹² e se l'organizzazione si adopera a progressivamente implementare gli strumenti informatici di cui la funzione *compliance* si serve, anche con riferimento a quelli di cui dispongono le altre funzioni. ⁵⁹³

- Incentivi alla *compliance*.

L'implementazione del programma di *compliance* può essere agevolata dall'introduzione a livello organizzativo di sistemi che incentivino la conformità al dettato normativo e disincentivino la *non-compliance* ⁵⁹⁴ che sono massimamente efficaci se siano accompagnati

⁵⁸⁹ Spetta, infatti, alle autorità investigative accertare se il personale dell'ufficio *compliance* svolga efficacemente le mansioni di verifica, verbalizzazione e analisi dei risultati delle varie attività; se siano stati allocati sufficienti fondi per la *compliance* da parte dell'organizzazione; se vi siano state richieste di fondi da parte dell'ufficio *compliance* che siano state negate e, se sì, sulla base di quali criteri; se l'organizzazione dispone di sistemi atti a misurare il valore degli investimenti nella *compliance* d'impresa. Cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p. 13.

⁵⁹⁰ È, altresì, fondamentale per l'autorità investigativa indagare sulle modalità con cui viene garantita l'indipendenza della funzione *compliance* dalle altre funzioni. Cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p. 13.

⁵⁹¹ U.S. SENTENCING COMMISSION, *Guidelines Manual*, cit., § 8B2.1(b)(2)(C) e U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Foreign Corrupt Practices Act Of 1977 and the Foreign Extortion Prevention Act of 2023*, in *Justice Manual*, Tit. 9, §9-47.120(2)(c).

⁵⁹² Altrettanto fondamentale per le autorità investigative sono le modalità con cui l'organizzazione assicura la qualità delle fonti, nonché la precisione e l'accuratezza degli strumenti di analisi dei dati. Cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p. 13.

⁵⁹³ CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., pp. 12-14.

⁵⁹⁴ Secondo la *Evaluation* (p.14), si allude sia a sistemi di retribuzione che differiscono o accantonano parte della retribuzione, che verrà erogata se il lavoratore adotterà comportamenti in linea con il sistema di valori proprio

da procedure disciplinari atte a perseguire coloro che si discostino dalle prescrizioni del programma, commisurate alla violazione e attuate ad ogni livello organizzativo, unità operative e distaccamenti territoriali.⁵⁹⁵ In particolare, l'autorità investigativa è chiamata ad accertare se le conseguenze disciplinari siano state adeguatamente portate a conoscenza dei dipendenti e se l'organizzazione abbia provveduto a raccogliere dati per testare l'efficacia deterrente dei regolamenti interni.⁵⁹⁶

3.3. *Does the corporation's compliance program work in practice?*

Una delle maggiori difficoltà per il *prosecutor* nel giudizio sull'adeguatezza del programma di *compliance* risiede nel valutare se esso fosse effettivo al momento in cui l'illecito è stato commesso (oltre che al momento del giudizio), come disposto dai *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*,⁵⁹⁷ il che risulta ancor più complesso se il comportamento in questione non è immediatamente giunto all'attenzione delle autorità. A tal proposito, è di fondamentale importanza sottolineare che il fatto che si sia verificato un illecito non è, di per sé, sintomo di una patologia del programma,⁵⁹⁸ anche alla luce delle considerazioni che si presentavano *supra* IV §1, per cui è estremamente complesso, se non impossibile, immaginare un *compliance program* idoneo a prevenire ogni reato, che, se dovesse verificarsi, sarà oggetto dello scrutinio del *prosecutor* con riferimento alle attività successivamente promosse dall'organizzazione anche in ragione dell'esistenza del programma, come la riparazione delle conseguenze negative e il *self-reporting* dell'illecito.

La valutazione dell'effettività del programma al momento del giudizio deve considerare il processo di modificazione che esso abbia, eventualmente, subito alla luce del mutamento dei rischi di non conformità, da cui il *prosecutor* desumerà se l'organizzazione sia stata in grado di compiere una profonda analisi delle ragioni alla base dell'eventuale comportamento

dell'organizzazione, sia a clausole contrattuali atte a far recuperare all'organizzazione parte della retribuzione del lavoratore che abbia adottato comportamenti illeciti, di cui si trattava nel paragrafo precedente.

⁵⁹⁵ U.S. SENTENCING COMMISSION, *Guidelines Manual*, cit., § 8B2.1(b)(5)(C).

⁵⁹⁶ CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., pp. 14-16.

⁵⁹⁷ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, cit., §9-28.800.

⁵⁹⁸ U.S. SENTENCING COMMISSION, *Guidelines Manual*, cit., § 8B2.1(a).

scorretto e le conseguenti modifiche atte a prevenire il manifestarsi in futuro del suddetto rischio.^{599 600}

- Miglioramenti continuativi, test periodici e revisioni.

Un programma funzionante in concreto è frutto anche della capacità dell'organizzazione di migliorarlo per far sì che esso possa progressivamente essere esteso ad aree di rischio in precedenza non coperte e generate dai mutamenti degli impianti produttivi, dal contesto in cui l'impresa opera, dai consumatori, dalle leggi che regolamentano il settore in cui l'impresa è inserita. Perciò, l'autorità investigativa è tenuta a valutare, caso per caso, se l'organizzazione si sia significativamente adoperata, anche e soprattutto alla luce delle «*lessons learned*»,⁶⁰¹ per migliorare il programma ed assicurarne il continuo aggiornamento, prendendo in considerazione anche eventuali sondaggi tenuti dall'organizzazione al fine di saggiare il tasso di aderenza dei lavoratori alla cultura della legalità, o periodiche verifiche finalizzate ad assicurare il corretto funzionamento dei controlli.

Sforzi di questo tipo sono utili all'organizzazione non solo ad ottenere agevolazioni processuali come crediti di riparazione o riduzione della pena pecuniaria, ma, soprattutto, ad evitare problematiche di *compliance* in futuro.

In particolare, è necessario per le autorità investigative valutare l'operato degli organi di *Internal Audit*, con riferimento alle modalità con cui vengono svolte le verifiche, quali tipologie hanno fatto emergere illeciti, quali comportamenti sono stati riferiti ai dirigenti, quali sono stati i provvedimenti assunti dal *management* e se i sistemi di controllo consentono di individuare il comportamento illecito nelle sue primissime fasi evolutive.

È altrettanto importante, poi, rilevare l'arco temporale che intercorre tra i vari aggiornamenti del programma, soprattutto se essi siano stati determinati da irregolarità derivanti dall'uso dell'intelligenza artificiale o di altre tecnologie innovative.⁶⁰²

- Indagini sugli illeciti.

⁵⁹⁹ U.S. SENTENCING COMMISSION, *Guidelines Manual*, cit., § 8B2.1(a)(2).

⁶⁰⁰ CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., pp. 16-17.

⁶⁰¹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, cit., §9-28.800.

⁶⁰² CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., pp. 17-19.

Anche meccanismi interni atti a garantire la tempestività e completezza delle indagini sugli illeciti commessi all'interno dell'organizzazione consente il corretto funzionamento del *compliance program*: in questo modo, il *prosecutor* dovrà valutare se le indagini siano state condotte correttamente, ovvero sia in modo indipendente, oggettivo e se siano state opportunamente verbalizzate. Bisognerà, poi, vagliare la capacità dell'organizzazione di identificare le radici del problema e le fragilità del sistema, anche con riferimento alle *policy* e alle procedure atte a controllare i *personal devices*, le piattaforme di comunicazione e quelle di messaggistica: le autorità investigative sono, pertanto, chiamate ad accertare che tali strumenti utilizzati dai lavoratori in modo tale da tenere in considerazione gli specifici profili di rischio propri dell'impresa nonché le necessità produttive, se i dati ad essi afferenti siano accessibili e conservabili da parte dell'organizzazione e secondo quali modalità.⁶⁰³

In particolare, di rilevante interesse sono le modalità con cui l'organizzazione abbia deciso di vigilare sulle comunicazioni tra i membri e tra i membri e i terzi, nonché le conseguenze previste dal programma per coloro che si rifiutino di ottemperare alle richieste dell'organizzazione di accedere ai dati.⁶⁰⁴

Significative in proposito sono le politiche di protezione degli *asset* della società adottate da *Coca-Cola Company*, con ciò alludendo alla tutela di ogni bene appartenente alla società, inclusi *software*, computer, dispositivi telefonici od elettronici usati per comunicare tra i membri. Il codice vieta ai dipendenti di usare i suddetti strumenti per business esterni, altri tornaconti personali o per altre attività illegali o non etiche, consentendo, comunque, che essi vengano utilizzati dal dipendente con finalità estranee all'attività d'impresa, sempre che questo avvenga raramente, in modo equilibrato e nel rispetto delle normative locali. Il codice fa divieto ai dipendenti di prestare, vendere o dare a terzi soggetti ogni *physical asset* di cui sono dotati dall'azienda e, per quanto riguarda gli *electronic assets*, l'organizzazione si riserva il diritto di

⁶⁰³ Il tema assume particolare rilievo nei casi in cui l'organizzazione abbia un «*“bring your own device” program*», con riferimento al quale le autorità investigative dovranno vagliare le *policy* e le procedure che lo regolamentano, comprese quelle che ineriscono alla possibilità per l'organizzazione di accedere ai dati scambiati, attraverso, ad esempio, sistemi di trasferimento di informazione dai telefoni-cellulare privati a piattaforme di registrazione atte a conservarli nonché le modalità con cui questi meccanismi siano stati implementati e attuati all'interno della struttura organizzativa, cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p. 20.

⁶⁰⁴ CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., pp. 19-20.

monitorare i sistemi informatici con riferimento ad ogni informazione creata, condivisa o sottoposta a *download*.⁶⁰⁵

- Analisi e rimedi per gli illeciti.

Da ultimo, indice di un programma di *compliance* funzionante in concreto è la capacità dell'organizzazione di prevedere rimedi tempestivi atti ad attutire le conseguenze degli illeciti commessi, nonché di effettuare una profonda analisi delle cause che stanno alla base di essi. In particolare, il *prosecutor* è chiamato a prendere in considerazione fattori quali la pervasività del comportamento criminale, il numero e il livello gerarchico dei lavoratori coinvolti, la durata e la frequenza degli illeciti e ogni iniziativa promossa dall'organizzazione nell'ottica di rimediare alle conseguenze dell'illecito, come ripercussioni disciplinari per coloro che abbiano adottato condotte illecite o eventuali modifiche al programma.⁶⁰⁶ Tali fattori saranno, infatti, utili a determinare se l'organizzazione abbia effettivamente compreso la gravità del fatto, abbia accettato la propria responsabilità e si sia adoperata per implementare misure volte a ridurre il rischio che possa ripetersi lo stesso.⁶⁰⁷

In particolare, l'autorità investigativa è tenuta a verificare chi, secondo il programma, si sia occupato di individuare le cause scatenanti dell'illecito, quali siano state le fragilità del programma che non hanno permesso di prevenire l'illecito e, soprattutto, in che modo questo sia stato finanziato.⁶⁰⁸

4. Modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001.

La normativa che in Italia ha istituito la responsabilità amministrativa degli enti per i reati commessi dalle persone fisiche al loro interno ha mutuato dall'esperienza americana la necessità di istituire sistemi interni di prevenzione dei crimini organizzativi, i cd. Modelli di

⁶⁰⁵ THE COCA-COLA COMPANY, *Code of Conduct*, cit., p. 13.

⁶⁰⁶ Il *prosecutor* è tenuto a prendere in considerazione anche se le sanzioni disciplinari siano state erogate tempestivamente a carico dei responsabili, se siano stati coinvolti anche i manager, per un deficit di supervisione sull'operato dei dipendenti e se vi siano stati licenziamenti a seguito dell'illecito. Cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p.21.

⁶⁰⁷ U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Foreign Corrupt Practices Act Of 1977 and the Foreign Extortion Prevention Act of 2023*, cit., §9-47.120(3)(c) e U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, cit., §9-28.800.

⁶⁰⁸ Altrettanto utile in questa fase è l'indagine sull'eventuale presenza di segnali d'allarme manifestatesi in precedenza cui il programma non prevedeva che si dovesse riservare la dovuta attenzione, cfr. CRIMINAL DIVISION U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., p.21.

Organizzazione, Gestione e Controllo (di seguito “modello 231” o “MOG 231”) del rischio di illeciti. Il tema verrà esplorato prendendo in considerazione le Linee Guida di Confindustria,⁶⁰⁹ che forniscono istruzioni sulla stesura di modelli di *compliance* in conformità al dettato legislativo, richiamando, ove necessarie, le disposizioni del d.lgs. 8 giugno 2001, n.231 e ogni altro documento di *soft law* che fornisca indicazioni operative al riguardo.

Il *whistleblowing* rappresenta una componente irrinunciabile dei modelli e il suo ruolo nella prevenzione della criminalità nelle imprese è stato irrobustito a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. 24/2023, attuativo della direttiva (UE) 2019/1937: perciò, da ultimo, si descriverà l’impatto del decreto *whistleblowing* sulla disciplina del modello 231, con particolare attenzione a quanto è stato recepito dalle aziende, attraverso l’analisi dell’approccio al *whistleblowing* del gruppo PRADA S.p.A, che ha di recente adottato una specifica procedura che confluisce nei sistemi di organizzazione e gestione del rischio di illeciti propri di ciascuna entità del gruppo.⁶¹⁰

Una delle circostanze in presenza delle quali si configura la responsabilità dell’ente è la carenza o l’inefficace attuazione del modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi; di contro, ad un modello effettivo può, in presenza degli ulteriori requisiti dimostrati dall’ente, essere riconosciuta efficacia esimente. Risulta, dunque, auspicabile per le imprese l’adozione di un modello che non rappresenti semplicemente un adempimento burocratico, ma che esso aderisca all’organizzazione, si evolva e muti con essa.

⁶¹¹

Il modello di *compliance*, per operare efficacemente, deve essere periodicamente aggiornato,⁶¹² con particolare riferimento ai momenti in cui si verificano mutamenti aziendali, come

⁶⁰⁹ CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231, 2021*, [Position+Paper linee+guida+modelli+organizzazione giugno2021 Confindustria.pdf]. Il documento di Confindustria, come specificato a p.4, data l’estrema varietà delle realtà aziendali, non consente di tracciare soluzioni univoche e assolute, direttamente applicabili alla singola impresa, ma è funzionale unicamente ad orientare, in termini metodologici, la redazione del modello da parte delle organizzazioni.

⁶¹⁰ PRADA S.p.A., *Procedura Gestione Segnalazioni Whistleblowing*, 2024, [https://www.pradagroup.com/content/dam/pradagroup/documents/Responsabilita_sociale/2024/2024_07_Whistleblowing_ITA.pdf], v. Appendice VI.

⁶¹¹ CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., pp. 4-5.

⁶¹² Le Linee Guida chiariscono l’importanza che il modello formalizzi sistemi di aggiornamento efficaci, chiari, cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., p. 52.

l'apertura di nuove sedi, l'ampliamento dell'attività, acquisizioni, riorganizzazioni, modifiche della struttura organizzativa e modifiche delle normative applicabili.⁶¹³

Ma la gestione dei numerosi obblighi di *compliance* può risultare connotata da una pluralità di processi e informazioni potenzialmente incoerenti, in presenza dei quali si rende necessaria l'adozione di un approccio integrato alla *compliance*, che permettere alle organizzazioni di razionalizzare le attività, migliorare l'efficienza e l'efficacia dei meccanismi preventivi e facilitare la condivisione delle informazioni tra le diverse funzioni, in modo tale da agevolare anche la periodica manutenzione di cui i modelli necessitano (soprattutto sotto il profilo della gestione delle risorse finanziarie). Tale obiettivo viene raggiunto attraverso la previsione procedure comuni che non generino sovrapposizioni di ruoli, mancanza di presidi, duplicazioni di verifiche e di azioni correttive; oppure, attraverso la previsione di meccanismi di coordinamento e collaborazione tra i principali soggetti aziendali coinvolti, atti ad evitare che il modello di organizzazione e gestione ex d.lgs. 231/2001 non incroci altri sistemi di prevenzione già previsti e implementati nell'organizzazione aziendale, come i meccanismi di controllo ai fini della *compliance* fiscale.⁶¹⁴

In ultima istanza, il modello organizzativo è un processo che ciascun ente deve attivare internamente secondo le modalità ritenute più appropriate, in considerazione di fattori quali il proprio contesto operativo interno (struttura organizzativa, articolazione territoriale, dimensioni, ...) ed esterno (settore economico, area geografica, ...) nonché dei reati al cui rischio di verificarsi l'impresa è particolarmente soggetta.⁶¹⁵

4.1. Analisi dei rischi.

L'attività prevenzione dei reati muove dall'analisi del contesto aziendale di riferimento, per individuare quali aree o settori di attività e secondo quali modalità sono soggetti al rischio⁶¹⁶

⁶¹³ CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., pp.38-39.

⁶¹⁴ CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., pp. 40-43.

⁶¹⁵ CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., p. 47.

⁶¹⁶ Ai sensi di CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., p.39, per "rischio" deve intendersi «qualsiasi variabile o fattore che nell'ambito dell'azienda, da soli o in correlazione con altre variabili, possano incidere

di incorrere in comportamenti criminali. Tale attività viene, in concreto, espletata, o attraverso una valutazione da parte di un organismo aziendale che svolga questa attività con la collaborazione del management di linea oppure attraverso un'autovalutazione da parte del management operativo con il supporto di un tutore/facilitatore.⁶¹⁷ A questo punto, i soggetti prescelti dall'organizzazione dovranno procedere ad un'analisi esaustiva dell'attività aziendale (da ripetersi periodicamente) con l'obiettivo di individuare le aree che, in ragione delle loro caratteristiche, risultano esposte al rischio che le persone che vi operano incorrano in specifici reati, avendo particolare riguardo per eventuali accadimenti pregiudizievoli verificatisi nel corso della storia dell'organizzazione e all'interdipendenza sistemica esistente tra i vari eventi rischiosi per cui ognuno di essi può diventare a sua volta una causa scatenante di ulteriori illeciti.⁶¹⁸

Assume, quindi, fondamentale importanza la previsione di procedure di *due diligence* atte a captare indicatori di rischio afferenti ad una determinata operazione commerciale, con riferimento alle quali il decreto insiste sull'accuratezza delle valutazioni di processi delle aree finanziarie.^{619 620}

L'analisi dei rischi deve prendere in considerazione, altresì, le possibili modalità attuative dei reati nelle diverse aree aziendali in modo tale da giungere ad una mappatura, il più completa

negativamente sul raggiungimento degli obiettivi indicati dal decreto 231 (in particolare all'art. 6, comma 1, lett. a)», con ciò volendo chiarire che la sua estensione può variare a seconda delle diverse tipologie di reato.

⁶¹⁷ La scelta dei soggetti responsabili di tale mansione può ricadere anche su coloro che sono legati all'impresa da meri rapporti di para-subordinazione, ad esempio gli agenti o da altri rapporti di collaborazione, come i partner commerciali, nonché i dipendenti e i collaboratori di questi ultimi. Cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001*, n.231, cit., p. 48.

⁶¹⁸ Si considerino, a titolo esemplificativo, i reati contro la PA, con riferimento ai quali si tratterà di individuare quelle aree che abbiano rapporti diretti o indiretti con le amministrazioni nazionali o estere e di individuare quei processi che possono assumere carattere strumentale o di supporto per i crimini in questione: alcune funzioni saranno sicuramente interessate (come le vendite verso la PA o la gestione delle concessioni da parte di amministrazioni locali), mentre altre potranno non esserlo o esserlo soltanto marginalmente, come specificato in CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001*, n.231, cit., p. 48.

⁶¹⁹ A riprova dell'attenzione da dedicare alla materia, a questo settore viene, appunto, dedicata dal decreto la lettera c, del comma 2 dell'articolo 6, separatamente rispetto alla lettera b. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001*, n.231, cit., p. 48.

⁶²⁰ CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001*, n.231, cit., pp. 47-49.

possibile, delle modalità con cui le fattispecie criminosi si insinuano nella struttura organizzativa.⁶²¹

4.2. Sistemi di controllo.

Successivamente, sarà necessario progettare sistemi di controllo (cd. “protocolli” per la programmazione della formazione e attuazione delle decisioni dell’ente), idonei a ridurre⁶²² ad un livello accettabile⁶²³ i rischi in precedenza identificati, che siano idonei a prevenire reati-presupposto di origine sia colposa sia dolosa. Un efficace sistema di controllo interno è formato da plurimi elementi integrati in un corpo organico di *policy* e procedure in cui la possibile debolezza o assenza di una componente può essere controbilanciata dal potenziamento di una o più delle altre in chiave compensativa.⁶²⁴ Tuttavia, per tutti gli enti, il modello preventivo di controllo dovrà essere predisposto in modo tale che:

- nel caso di reati-presupposto dolosi, non possa essere aggirato se non fraudolentemente;
- nel caso di reati-presupposto colposi, venga violato, in assenza dell’intenzionalità fraudolenta, nonostante la puntuale osservanza degli obblighi di vigilanza da parte dell’apposito organismo.

Inoltre, il sistema dovrà contemplare tre livelli di controllo:

- Il primo, che definisce e gestisce i controlli “di linea”, insiti, cioè, nei processi operativi e i relativi rischi: queste mansioni sono affidate, generalmente, alle risorse interne della struttura, sia in autocontrollo da parte dell’operatore sia da parte del preposto/dirigente. Può comportare il ricorso ad altre risorse interne o esterne all’azienda.

⁶²¹ CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001*, n.231, cit., pp. 49-50.

⁶²² In questo contesto, la riduzione del rischio comporta la necessità di intervenire, congiuntamente o disgiuntamente, su due fattori determinanti: la probabilità di accadimento dell’evento e l’impatto dell’evento stesso. Cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001*, n.231, cit., p.39.

⁶²³ Il concetto di rischio accettabile è centrale nella costruzione di un sistema di controllo preventivo e, in questo caso, la soglia che le organizzazioni sono chiamate a tenere in considerazione è rappresentata da un sistema di prevenzione tale da non poter essere aggirato se non fraudolentemente, che, del resto, è in linea con l’esimente di cui all’art. 6, comma 1, lett. C, come specificato in CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001*, n.231, cit., p.40.

⁶²⁴ Questo vale soprattutto per le imprese di piccole dimensioni, in cui è irrealistico imporre l’utilizzo di tutto il complesso bagaglio di strumenti a disposizione delle grandi organizzazioni, come rilevato in Cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001*, n.231, cit., p.50.

- Il secondo, svolto da strutture tecniche aziendali competenti in materia e indipendenti da quelle del primo livello, che si occupa di presidiare il processo di gestione e controllo dei rischi rispetto agli obiettivi aziendali.
- Il terzo, che, nelle organizzazioni più strutturate e di dimensioni medio-grandi, viene effettuato dall'Internal Audit, che fornisce valutazioni indipendenti sul disegno e sul funzionamento complessivo del piano, accompagnato da progetti di miglioramento definiti con il management dell'impresa.⁶²⁵

Per quanto concerne i contenuti del programma, sarà necessario che il modello organizzativo preveda, anzitutto, poteri autorizzativi e di firma assegnati in coerenza con le responsabilità organizzative e gestionali,⁶²⁶ in modo tale da delineare un sistema coerente e integrato che comprenda tutte le deleghe o procure aziendali (comprese quelle in materia anti-infortunistica e in quella ambientale) periodicamente aggiornate alla luce sia delle modifiche normative che delle eventuali variazioni dell'organizzazione e adeguatamente documentate.⁶²⁷

L'efficacia del sistema di *compliance* è data, anche, da programmi di formazione dei dipendenti strutturati in modo tale da considerare le varie categorie di destinatari, che illustri le ragioni che ispirano le regole. I programmi devono prevedere corsi obbligatori, periodici e controlli di

⁶²⁵ CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., pp.50-51.

⁶²⁶Le Linee Guida specificano che la delega debba costituire lo strumento per un più efficace adempimento degli obblighi imposti dalla legge all'organizzazione complessa, e non per un agevole trasferimento delle relative responsabilità. Ciò vale particolarmente per l'attribuzione di deleghe e di poteri di firma relativi alla gestione delle risorse finanziarie e all'assunzione e attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ad attività a rischio reato, con riferimento alla quale è necessario che:

«- essa sia formalizzata in conformità alle disposizioni di legge applicabili;

- indichi con chiarezza i soggetti delegati, le competenze richieste ai destinatari della delega e i poteri rispettivamente assegnati;

- preveda limitazioni delle deleghe e dei poteri di spesa conferiti;

- preveda soluzioni dirette a consentire un controllo sull'esercizio dei poteri delegati;

- disponga l'applicazione di sanzioni in caso di violazioni dei poteri delegati;

- sia disposta in coerenza con il principio di segregazione;

- sia coerente con i regolamenti aziendali e con le altre disposizioni interne applicati dalla società.» Cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., pp.52-53.

⁶²⁷ Cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., p. 53

qualità del contenuto in ragione degli eventuali aggiornamenti del modello; le modalità di erogazione devono contemplare anche moduli *online*.⁶²⁸

Il modello deve, altresì, prevedere di presidi di controllo per le procedure manuali ed informatiche relative ad ogni attività, con riferimento ai quali le Linee Guida ravvisano nella separazione di compiti fra coloro che svolgono fasi o attività cruciali di un processo a rischio.

629

Riveste un ruolo irrinunciabile nella prevenzione dei crimini nelle organizzazioni la previsione, all'interno del modello organizzativo di un codice etico o di comportamento che individui i valori aziendali primari cui l'impresa intende conformarsi. Anzitutto, l'ente ha l'obbligo di allinearsi alle leggi ed ai regolamenti vigenti in tutti i paesi in cui esso opera.⁶³⁰ A tal proposito, gli enti possono adottare codici di autoregolamentazione che prevedono disposizioni comportamentali specifiche in materia di corruzione, con cui si allude ai pagamenti illeciti/elargizione di utilità erogati tramite persone che agiscono per conto di tali enti, in Italia o all'estero; perciò, non è consentito offrire denaro o doni a dirigenti, funzionari o dipendenti della Pubblica Amministrazione o a loro parenti, sia italiani che di altri paesi, salvo che si tratti di doni o utilità d'uso, di modico valore.

L'efficacia esimente del modello dipende largamente dalla presenza di sanzioni da erogare in presenza di violazioni del codice etico, le quali, trattenendo i membri⁶³¹ dal comportamento illecito, sono atte a garantirne il concreto rispetto.

⁶²⁸ Cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., pp.53-54.

⁶²⁹ CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., p. 52.

⁶³⁰ Tale impegno vale anche per consulenti, fornitori, clienti e chiunque abbia rapporti con l'ente. Cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., p. 67.

⁶³¹ Ai sensi del d. lgs. 231/2001 il sistema disciplinare interno deve prevedere sanzioni nei confronti adeguate sia nei confronti di soggetti in posizione apicale (art. 6, co.2, lett. e) sia verso i soggetti sottoposti all'altrui direzione (art. 7, co. 4, lett. b). Cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., p. 70. Tale impegno vale anche per consulenti, fornitori, clienti e chiunque abbia rapporti con l'ente in modo tale che l'apparato sanzionatorio che tenga conto dell'estraneità di questi soggetti all'attività d'impresa. A livello formale, sarà, dunque, necessario prevedere clausole contrattuali che impongano la dichiarazione della controparte di astenersi dal porre in essere comportamenti che possano integrare reati-presupposto. Cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., p. 73.

Pertanto, l'inosservanza delle misure previste dal modello organizzativo deve attivare il meccanismo sanzionatorio previsto da quest'ultimo, a prescindere dall'eventuale instaurazione di un giudizio penale, proprio in ragione del fatto che un sistema disciplinare volto a sanzionare comportamenti già di per sé costituenti reato finirebbe per duplicare inutilmente le sanzioni poste dall'ordinamento (ossia la pena prevista per la persona fisica e la sanzione amministrativa per l'ente): il sistema disciplinare interno rappresenta un presidio interno all'impresa, che si aggiunge e previene l'applicazione di sanzioni esterne da parte dello Stato.

Inoltre, è opportuno che il modello preveda una pluralità di sanzioni, graduate in ragione della gravità delle violazioni accertate, considerando sia sanzioni conservative, per le infrazioni più lievi, sia provvedimenti atti a recidere il rapporto tra soggetto agente ed ente nel caso di violazioni più gravi. Le Linee Guida segnalano, poi, la necessità che si preveda, accanto alle sanzioni disciplinari, meccanismi premiali riservati a quanti cooperano al fine dell'efficace attuazione del modello, per esempio denunciando comportamenti individuali devianti.

Grava sull'organizzazione un dovere di dare adeguata pubblicità al codice di condotta, dimodoché i membri possano preventivamente essere consapevoli delle fattispecie punibili, anche, se necessario, mediante affissione nelle bacheche.⁶³²

Le varie componenti del modello devono necessariamente integrarsi fra di loro in modo tale da rispettare, anzitutto, il principio per cui ogni operazione, transazione, azione deve essere: verificabile, documentata, coerente e congrua: ogni attività deve, dunque, essere documentata in modo tale che in ogni momento si possa procedere all'effettuazione di controlli che attestino le caratteristiche e le motivazioni dell'operazione e si possa determinare chi l'ha autorizzata, registrata, verificata.⁶³³ Il sistema deve, inoltre, garantire il principio di separazione delle funzioni, per cui la responsabilità per l'autorizzazione all'effettuazione di un'operazione deve essere attribuita ad una persona diversa rispetto a chi contabilizza, esegue operativamente o controlla l'operazione.⁶³⁴

⁶³² CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., pp.70-73.

⁶³³ Il sistema di controllo dovrebbe prevedere un sistema di reporting (eventualmente attraverso la redazione di verbali) adatto a documentare l'effettuazione e gli esiti dei controlli, anche di supervisione. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., p. 59.

⁶³⁴ CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., pp. 51-59.

Per quanto concerne i sistemi di controllo preventivo dei reati colposi in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro e dell'ambiente, oltre a quanto esposto, devono adeguatamente collocare le figure specificamente operanti in tale ambito ⁶³⁵ nonché contemplare peculiari procedure operative atte ad efficacemente prevenire comportamenti che possono concorrere a integrare reati di cui al 25-*undecies* del decreto. ⁶³⁶

Uno dei presupposti che il d. lgs. 231/2001 individua come necessari affinché possa essere riconosciuta efficacia esimente al modello organizzativo è l'aver affidato il compito di vigilare sul funzionamento, sull'osservanza e sull'aggiornamento del programma a un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo interno all'ente, ovverosia L'Organismo di Vigilanza (OdV). Come ogni altra componente del modello l'istituzione dell'OdV deve essere guidata dal principio di effettività, con ciò alludendo al fatto che non deve rappresentare un adempimento meramente formale, ma, al contrario deve essere posto nelle condizioni di assolvere realmente ai complessi e delicati compiti di cui la legge lo investe. Per assicurare la necessaria autonomia e indipendenza dell'OdV, è necessario che il modello non gli attribuisca compiti operativi: diversamente, potrebbe esserne minata l'obiettività di giudizio come organo cui sono demandate le verifiche sui comportamenti e sul modello. ⁶³⁷ Il modello deve indicare i criteri su cui si fonda la scelta sulla composizione dell'OdV (monosoggettiva o plurisoggettiva), che è rimessa all'organizzazione, che dovrà, comunque, tenere in considerazione le finalità che esso deve perseguire, nonché le dimensioni, il tipo e la complessità organizzativa dell'ente. Il profilo professionale dell'OdV deve avere una

⁶³⁵ Confindustria allude qui al Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione (RSPP), agli Addetti al Servizio di Prevenzione e Protezione (ASPP), al Medico Competente (MC), ove previsto e, se presente, al Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza (RLS). Cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., pp. 54-55.

⁶³⁶ Tra le numerose iniziative si segnala la formalizzazione di opportune disposizioni organizzative al fine di individuare responsabili del rispetto della normativa ambientale ed i responsabili operativi per la gestione delle tematiche ambientali, alla luce della valutazione dei rischi. Il modello di prevenzione e gestione dei rischi di reati ambientali dovrebbe identificare, sulla base delle risultanze dell'analisi dei rischi, opportune misure di prevenzione, protezione e mitigazione dei rischi individuati, ad esempio, tutte le tematiche di gestione dell'eventuale flotta aziendale (veicoli, natanti, aeromobili, ...), degli impianti eventualmente contenenti sostanze zono-lesive nonché il trattamento e smaltimento dei rifiuti. Cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., p. 56.

⁶³⁷ In più, per garantirne l'efficace e costante attuazione si rende necessaria la presenza di una struttura dedicata a tempo pieno, secondo il principio della continuità d'azione. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231*, cit., p.80.