

Dipartimento di Scienze Politiche

Cattedra di Etica Pubblica

**IL WHISTLEBLOWING:
ESPERIENZE COMPARATE DI TUTELA DEL
DIPENDENTE CHE SEGNA LA ILLECITI**

RELATORE

Prof. BERNARDO GIORGIO MATTARELLA

CANDIDATO

TULLIO CARDARELLA

matr. 627892

CORRELATORE

Prof. VINCENZO ANTONELLI

ANNO ACCADEMICO

2016 - 2017

Indice

Introduzione	3
1 I problemi della disciplina del whistleblowing	6
1.1 Il soggetto che segnala illeciti: eroe o traditore?	6
1.2 Il dibattito circa l'opportunità di incentivi economici in favore del denunciante	13
2 Il contesto internazionale	19
2.1 Il quadro legislativo internazionale	19
2.2 Gli strumenti europei in materia di whistleblowing	26
3 Incentivi economici e tutele trasversali: l'esperienza statunitense	35
3.1 Il <i>False Claims Act</i> e la legittimazione giuridica del segnalatore a intentare una causa	35
3.2 I primi interventi in favore dei dipendenti pubblici: dal <i>Lloyd-LaFollette Act</i> al <i>Civil Service Reform Act</i>	51
3.3 Il <i>Whistleblower Protection Act</i> del 1989 e le modifiche più recenti	56
3.4 L'estensione delle tutele ai dipendenti privati	63
4 La figura del whistleblower nel Regno Unito	73
4.1 L'origine del modello britannico	73
4.2 Il <i>Public Interest Disclosure Act</i>	76
4.3 Il ruolo di <i>Public Concern at Work</i> nella protezione dei segnalatori	83
4.4 Il modello britannico funziona davvero? Un bilancio complessivo sull'efficienza del sistema	84
4.5 Il contributo fornito da <i>Article 19</i>	89

5	La protezione del “lanceur d’alerte” in Francia	91
5.1	L’origine “americana” del fenomeno	91
5.2	Il whistleblowing e il diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali	92
5.3	I primi passi verso la tutela del segnalatore	98
5.4	Gli sviluppi recenti: la legge <i>Sapin II</i>	100
6	La disciplina italiana: alcuni spunti critici	105
6.1	La disciplina prima della legge 190/2012	105
6.2	La nuova legge anticorruzione	111
6.3	Il contributo del P.N.A. e dell’Autorità nazionale anticorruzione alla definizione delle tutele a favore del denunciante	117
6.4	Le procedure di segnalazione e il ruolo del Responsabile della prevenzione della corruzione	122
6.5	L’impatto del sistema di segnalazione nei rapporti dell’ANAC e di Transparency International	128
6.6	La nuova proposta di legge sulla protezione dei segnalatori	133
	Conclusioni	139
	Bibliografia	147
	Sitografia	152

INTRODUZIONE

Il lavoro ha per oggetto lo studio della normativa e delle problematiche relative alla figura del segnalatore, con particolare riferimento agli attuali sviluppi di un fenomeno che talvolta ha assunto una complessità tale e caratteristiche di urgenza sociale che lo hanno iscritto all'ordine del giorno nell'agenda della politica nazionale di numerosi Paesi.

Condizione necessaria per la realizzazione di questo obiettivo sarà quella di osservare i caratteri tipici della questione attraverso diversi piani prospettici: dal basso, per porre l'attenzione sull'elemento primario del fenomeno, quello umano, protagonista attivo di scelte e principale destinatario degli interventi legislativi; dall'alto, per non perdere la visione d'insieme di un fenomeno che altrimenti risulterebbe privato di una delle sue componenti essenziali, ossia l'interazione dialettica tra gli interessi nazionali e le dinamiche internazionali.

Quella del whistleblower, cioè di colui che segnala condotte illecite, non è evidentemente una scelta operativa semplice, in special modo a causa del senso di isolamento, se non di avversione, che nella maggioranza dei casi viene ad accerchiare chi sembra urtare gli interessi aziendali e, dunque, anche gli interessi dei suoi colleghi. Ancora oggi, la gran parte dei dipendenti è mossa da un profondo senso di lealtà istituzionale (ma anche dal timore di ritorsioni), che talvolta li rende fedeli al datore di lavoro anche di fronte a evidenti reati e violazioni. Di conseguenza il segnalatore, anziché essere visto con ammirazione, viene considerato con freddezza e “gratificato” con l'appellativo di spione o pettegolo. Per di più, nel combattere gli atti ritorsivi eventualmente posti in essere dal suo datore di lavoro, egli è spesso destinato a sostenere ingenti spese legali che, in combinazione con la perdita di guadagni derivante dai provvedimenti disciplinari subiti, comportano rovinose conseguenze finanziarie.

In questa prospettiva emerge con evidenza la complessità del tema, dimostrata anche dall'assenza di una definizione comune di whistleblowing. A ben vedere, si tratta di un termine atecnico che fonda le proprie radici su due immagini: da un lato, quella del poliziotto di strada, che soffia nel proprio fischiello (“*blow the whistle*”) per evidenziare un'infrazione e per avvertire i presenti del pericolo; dall'altro, quella dell'arbitro che

durante gli incontri sportivi suona il fischietto per sanzionare un comportamento scorretto. Pur non trattandosi di un tecnicismo, grazie all'apporto degli ordinamenti di *common law* è entrato nel gergo giuridico in numerosi ordinamenti nazionali e, persino, nelle organizzazioni internazionali. Va comunque tenuto presente che il suo contenuto, e il relativo ambito applicativo, sono funzionali all'ordinamento giuridico nel quale operano, presentando connotazioni differenti da Paese a Paese.

La delicatezza della materia risulta ancora di più dalla constatazione di un conflitto di non scarsa rilevanza che grava sul segnalatore: da un lato, l'obbligo di lealtà e di riservatezza nei confronti dell'ente nel quale opera; dall'altro il diritto/dovere di rivelare le informazioni concernenti un evento criminoso di cui è venuto a conoscenza. Da questo punto di vista, appare cruciale disciplinare il contrasto tra i due doveri, per evitare che l'adempimento di uno si trasformi nell'inadempimento dell'altro. È pur vero che la rivelazione effettuata da un whistleblower non necessariamente confligge con l'obbligo di fedeltà; piuttosto, nella maggior parte dei casi, ne è una manifestazione. Per operare una rivalutazione del segnalatore è necessario, infatti, partire dall'assunto che le divulgazioni del dipendente ambiscono precisamente alla protezione degli interessi dell'ente, tenendo presente che la definizione di fedeltà all'organizzazione/azienda si estende ben oltre gli interessi dei dirigenti di essa.

Una breve sintesi di queste tematiche può essere presentata a partire da due constatazioni, tra loro collegate, ma contrapposte.

Da una parte, si rimane stupiti dal crescente interesse dell'opinione pubblica sulla materia. Si tratta di un dato rincuorante, considerando che la prevenzione e la lotta alla corruzione sarebbero del tutto inefficaci senza il produttivo coinvolgimento della società civile. Questo sviluppo è stato originariamente innescato dalla lotta globale contro la corruzione a seguito della recessione dei primi anni Duemila, sebbene l'attenzione al fenomeno abbia avuto uno scatto repentino soprattutto nei tempi più recenti, in particolare a seguito delle rivelazioni di Edward Snowden.

Dall'altro lato, però, non si può tralasciare una constatazione negativa, basata sullo scarso livello di sensibilità dei legislatori rispetto al dipendente che si espone per denunciare episodi corruttivi. Fatte salve alcune eccezioni, le normative nazionali si sono adeguate a fatica alla rapidità evolutiva del fenomeno corruttivo, generando l'impressione di essere costantemente chiamate a rincorrere.

Questa duplice chiave di lettura aiuta a inquadrare i contenuti di questo lavoro, pur senza esaurire la ricchezza del fenomeno “whistleblowing”, destinato a incrementarsi di nuovi contenuti grazie alla crescente attenzione verso la necessità di un sistema istituzionale sempre più efficiente e trasparente.

CAPITOLO 1

I PROBLEMI DELLA DISCIPLINA DEL WHISTLEBLOWING

Il whistleblower è una figura ancora poco conosciuta e accompagnata da un pregiudizio culturale negativo che la assimilerebbe a quella della spia. Il capitolo si concentra su due dei più diffusi preconcetti, che vorrebbero il segnalatore come un soggetto sleale e mosso da intenti tutt'altro che nobili. L'obiettivo è mostrare che nella discussione pubblica e nel dibattito accademico possono ricavarsi elementi utili a spezzare il pregiudizio e a riconoscere al segnalatore il ruolo di guardiano dell'interesse pubblico.

1.1 IL SOGGETTO CHE SEGNALE ILLECITI: EROE O TRADITORE?

Nella comunità internazionale esiste un'ampia adesione all'idea che il segnalatore di condotte illecite vada protetto attraverso un'adeguata legislazione, allo scopo di promuovere l'integrità degli enti dai quali la segnalazione affiora.

Tuttavia, il percorso nel quale si snoda la protezione del segnalatore è un dedalo di ostacoli e di tortuosità. Vi sono in special modo problematiche di natura sostanziale: il whistleblower fa emergere episodi di corruzione, abusi e irregolarità, ma è travagliato dai doveri di lealtà richiesti da una moltitudine di situazioni e condizioni tutte di pari rilevanza. Nel fenomeno, infatti, sono coinvolte esigenze diverse, talvolta contrastanti, sulle quali è necessario trovare un giusto bilanciamento per evitare il predominio di una sulle altre. Ad esempio, risulta difficoltoso individuare un equilibrio tra il dovere di fedeltà e discrezione del dipendente nei confronti del datore di lavoro (essenziale al mantenimento della probità e dell'autorità dell'ente) e la sua libertà di manifestare il proprio pensiero e le proprie opinioni. Non è un caso che la norma internazionale, al pari di svariate normative nazionali, ponga a fondamento della denuncia del segnalatore l'esistenza di un "motivo ragionevole", formula assai discussa ma necessaria a garantire uno sviluppo armonioso dei rapporti tra l'ente e il suo impiegato.

La facoltà del whistleblower di infrangere l'obbligo di fedeltà nei confronti del datore di lavoro non ha trovato (e non trova) concordi tutti gli autori, i quali si dividono tra coloro

che lodano l'atteggiamento del segnalatore e coloro che lo condannano alla stregua dello spionaggio. I giornalisti Cody Shearer e Maxwell Glen, che hanno scritto dell'incidente nucleare di Three Mile Island¹, ritenevano che «*without the courageous breed of assorted company insiders known as whistle-blowers—workers who often risk their livelihoods to disclose information about construction and design flaws—the Nuclear Regulatory Commission itself would be nearly as idle as Three Mile Island. That whistleblowers deserve both gratitude and protection is beyond disagreement*»². In disaccordo con questa posizione, l'ex presidente di General Motors James Roche dichiarava in maniera molto colorita:

Some critics are now busy eroding another support of free enterprise - the loyalty of a management team, with its unifying values and cooperative work. 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 interests of the business.

*However this is labeled - industrial espionage, whistle-blowing, or professional responsibility - it is another tactic for spreading disunity and creating conflict.*³

Nella visione di Roche, non solo il segnalatore non è coraggioso e meritevole di gratitudine e di protezione, ma è dannoso e intollerabile. Questa contrarietà alla segnalazione non è del tutto isolata. Nella sua opera *Business Ethics*, Norman Bowie sostiene che il «*whistleblowing (...) violates a prima facie duty of loyalty to one's employer*»⁴. A modo di vedere dell'autore, esiste un dovere di fedeltà che vieta al dipendente di riferire condotte relative al datore di lavoro e all'azienda. La stessa impostazione è fatta propria anche da Sissela Bok, secondo la quale:

The whistle-blower hopes to stop the game; but since he is neither referee nor coach, and since he blows the whistle on his own team, his act is seen as a violation of loyalty.

In holding his position, he has assumed certain obligations to his colleagues and clients. He may even have subscribed to a loyalty oath or a promise of confidentiality. ..

¹ Si tratta di uno dei più gravi incidenti nucleari della storia statunitense, avvenuto nel 1979. Qualche anno dopo l'evento, due funzionari del sito nucleare segnalano gli incauti tentativi della compagnia di ripulire il reattore contaminato, che sfociavano anche in minacce fisiche nei confronti degli operai.

² M. Glen e C. Shearer, *Going After the Whistle-Blowers*, *Philadelphia Inquirer*, 2 agosto 1983, p. 11.

³ J. M. Roche, *The Competitive System, to Work, to Preserve, and to Protect*, *Vital Speeches of the Day*, maggio 1971, p. 445.

⁴ N. Bowie, *Business Ethics*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1982, p. 140.

*. Loyalty to colleagues and to clients comes to be pitted against loyalty to the public interest, to those who may be injured unless the revelation is made.*⁵

Al di là delle lodi e delle critiche alla pratica del whistleblowing, non è sempre agevole comprendere i motivi che spingono un soggetto a denunciare e in base a quali principi la denuncia sia giustificabile, sebbene non siano mancate disamine e indagini in materia. È possibile, tuttavia, fissare le basi per un ragionamento partendo da un punto incontrovertibile: il whistleblowing implica un'effettiva, o quanto meno ostentata, intenzione di evitare un evento negativo che altrimenti avrebbe luogo. Questa pratica comporta, pertanto, il possesso e la rivelazione di informazioni che altrimenti rimarrebbero celate. La divulgazione di queste informazioni, quindi, sarebbe un'azione dovuta, intesa a ristabilire la preminenza dell'interesse generale rispetto al profitto di taluni individui.

Secondo una teoria ideata da Michael Davis, conosciuta come “standard theory”, affinché sia moralmente permesso che un dipendente denunci una condotta illecita è necessario che si verifichino tre condizioni. In primo luogo, è importante che l'ente al quale appartiene l'aspirante segnalatore possa arrecare (o abbia arrecato), a causa della sua condotta, gravi e considerevoli danni ai propri utenti e alla collettività. Il dipendente deve aver segnalato il rischio a un suo superiore e deve aver appurato che quest'ultimo non abbia intenzione di porvi rimedio. L'aspirante whistleblower deve anche aver esaurito i possibili canali di segnalazione interna senza che ciò abbia avuto successo. Perché una segnalazione sia moralmente dovuta, invece, oltre alle tre condizioni appena esposte è richiesto che il dipendente sia in possesso di elementi che possano convincere un osservatore attento della correttezza della sua denuncia e che quest'ultima possa effettivamente impedire il danno⁶. Al verificarsi di queste condizioni, è giustificabile che un dipendente riveli all'esterno le azioni e i fatti incriminati in quanto, pur violando il patto di lealtà che lo lega all'ente di appartenenza, su di lui ricade l'obbligo morale di prevenire gravi danni. Questo dovere, in realtà, grava sul soggetto solo qualora egli possa impedire una condotta dannosa senza che ciò comporti per lui troppi sacrifici. In virtù di questa teoria, allora, il whistleblower è colui che mette in pratica una sorta di

⁵ S. Bok, *Whistleblowing and professional responsibilities*, *New York University Education Quarterly*, 1980, n. 3.

⁶ M. Davis, *Some Paradoxes of Whistle-Blowing in Ethical Treatment of Employees*, vol. 15, n. 1, p. 149

“piccolo samaritanesimo” e non un “buon samaritanesimo”, ossia è il soggetto che fa esattamente quello che la morale gli richiede, senza cercare di fare di più. Secondo alcuni autori, la distinzione fra segnalazioni moralmente permesse e moralmente dovute è del tutto insussistente. D'altronde, nel caso in cui il soggetto interessato non sia in grado di assicurare che la denuncia possa evitare il danno, la segnalazione non avrebbe ragione di essere moralmente permessa, in quanto l'unico effetto che potrebbe produrre sarebbe quello di arrecare pregiudizio tanto al segnalatore quanto al segnalato al quale egli avrebbe dovuto offrire lealtà⁷. Una denuncia, pertanto, sarebbe giustificabile solo qualora si verificassero tutte le cinque condizioni, giacché il verificarsi solo delle prime tre non sarebbe sufficiente a renderla ammissibile.

Il punto principale, però, è che la teoria esposta non trova alcuna corrispondenza con la realtà. In prima istanza, sulla scorta di quello che Michael Davis definisce “paradosso dell'onere”, i segnalatori non sono mai “piccoli samaritani”, poiché si espongono a notevoli rischi per la propria situazione lavorativa e finanziaria. In secondo luogo, affinché la segnalazione sia permessa, la teoria richiede che il danno che la condotta illecita può provocare sia grave e considerevole. Il danno in questione può essere di varia natura: fisico (come un pregiudizio arrecato alla salute degli individui), finanziario (come la perdita di ingenti quantitativi di denaro), ma anche psicologico (quale l'istigazione alla paura). Facendo propria questa impostazione, Richard De George riteneva apertamente che una minaccia che giustifichi il whistleblowing debba essere contro la vita o contro la salute⁸. A ben vedere, però, al di là di questi danni ve ne sono altri, quali quelli causati dai piccoli abusi, che non rispondono ai requisiti della gravità e della considerevolezza, ma non per questo le condotte che li generano non vengono segnalate. Nel pensiero di Davis, questa considerazione prende il nome di “paradosso del danno mancante”. Per di più, proprio perché i segnalatori ambiscono a evitare che una condotta produca danni, le loro probabilità di successo non sono necessariamente alte; fattore, questo, che dà vita al “paradosso dell'insuccesso”, in quanto sarebbe violata la condizione secondo la quale le segnalazioni sono giustificabili solo qualora riescano a evitare un pregiudizio.

⁷ Si veda, ad esempio, D. T. Goldberg, *Tuning in to Whistle Blowing in Business and Professional Ethics Journal*, 1988, n. 2, pp. 85-94.

⁸ R. De George, *Business Ethics*, Macmillan, New York, 1990, p. 210.

Le difficoltà applicative della teoria precedentemente esposta, hanno portato Michael Davis a idearne un'altra, che tenesse conto delle criticità manifestate dalla prima. La nuova "teoria della complicità" parte dal presupposto che i segnalatori non sono soggetti terzi, ma sono moralmente coinvolti nelle attività che denunciano. A venire in rilievo, qui, non è più il danno grave e considerevole che una condotta illecita può provocare, bensì il danno morale prodotto. Il nuovo approccio opera, quindi, una profonda correzione del "paradosso del danno mancante" in quanto, a prescindere dalla gravità del danno cagionato dalla condotta illecita, quest'ultima produce sempre e comunque un pregiudizio di ordine morale. In aggiunta, la complicità richiede al segnalatore un dovere più impegnativo rispetto alla capacità di evitare i danni. Egli è moralmente obbligato a evitare errori morali e quando, malgrado i suoi sforzi, si ritrova coinvolto in uno di essi, ha il dovere di fare tutto il possibile per porvi rimedio. In quest'ottica, sarebbe risolto anche il "paradosso dell'onere", in quanto la segnalazione esporrebbe il dipendente non a un rischio, bensì a una possibilità di riscatto. In conformità con questo approccio, la segnalazione sarebbe moralmente dovuta qualora si verificassero alcune condizioni. Prima di tutto, le informazioni rivelate devono essere state acquisite nell'esercizio delle funzioni lavorative. D'altronde, questo requisito è quello che distingue un whistleblower da una spia: quest'ultima si procaccia informazioni per poi rivelarle, mentre il primo le acquisisce durante lo svolgimento del proprio lavoro presso l'ente. Si tratta di un enorme passo avanti nella costruzione di una giustificazione etica del whistleblowing in quanto, se si fosse rimasti ancorati alla "standard theory", si sarebbe corso il rischio di non operare alcuna distinzione tra la spia e il segnalatore, in mancanza di indicazioni sulle modalità attraverso le quali il soggetto viene a conoscenza del reato.

In secondo luogo, il denunciante deve essere un membro volontario dell'ente. Questa espressione non ha riguardo alla condizione salariale del lavoratore, bensì al fatto che egli abbia aderito all'ente senza costrizioni. Sebbene la volontarietà dell'occupazione possa apparire scontata, questa non era presa in considerazione dalla "standard theory". Secondo quest'ultima, infatti, la circostanza che il dipendente fosse volontario o meno era del tutto marginale poiché, a prescindere dall'intenzionalità dell'impiego, ciò che contava era che il soggetto avesse la capacità di prevenire i danni della condotta illecita. Nella "teoria della complicità", invece, la volontarietà assume una posizione centrale.

Gli obblighi derivanti dalla complicità sembrano variare con l'intenzionalità della partecipazione all'offesa. A questo proposito l'esempio utilizzato da Davis è piuttosto eloquente. Il dovere di interrompere la partecipazione alla condotta illecita che grava su un soggetto che favorisce una rapina in quanto minacciato di morte dai malviventi non è il medesimo dovere che grava su un soggetto che partecipa alla rapina senza alcuna costrizione⁹. È proprio questa partecipazione volontaria, allora, che determina l'obbligo morale di rimediare al danno.

Una terza condizione che rende la segnalazione moralmente dovuta è quella per la quale il segnalatore ritiene che l'ente abbia commesso una grave infrazione di ordine morale. A far sì che la denuncia sia giustificabile non è, quindi, il fatto che l'ente abbia prodotto un danno materiale, ma che ne abbia prodotto uno morale. Tuttavia, la "teoria della complicità" sembra concordare con la "standard theory" sulla gravità dell'oggetto della denuncia: sebbene il dovere di lealtà al datore di lavoro non possa proibire la segnalazione, esso può proibire le rivelazioni di scarsa rilevanza.

La "teoria della complicità" richiede anche che il dipendente ritenga che il proprio lavoro presso l'ente possa contribuire, direttamente o indirettamente, alla violazione qualora non riveli in tempo le informazioni di cui è in possesso. A differenza della "standard theory" non è richiesto che il dipendente creda che la segnalazione possa impedire un danno. Egli è tenuto a rivelare quello che sa allo scopo di evitare una sua complicità nella violazione e, quindi, non allo scopo di evitare la violazione in quanto tale. La segnalazione cancella, così, il rapporto di complicità che lega il dipendente al suo ente di appartenenza. Ecco quindi, che la "teoria della complicità" risolve anche il terzo paradosso della "standard theory", quello dell'insuccesso, in quanto non è compito del denunciante quello di evitare la commissione del reato. Proprio per questo motivo, non è richiesto che il segnalatore sia in possesso di prove sufficienti a convincere gli altri della veridicità dei fatti. Egli è tenuto semplicemente ad accertarsi dell'esistenza dell'infrazione commessa dall'ente e, di conseguenza, a rompere la complicità con esso. Questo è sufficiente affinché il denunciante possa infrangere il proprio dovere di lealtà nei confronti del datore di lavoro. Ne consegue che, qualora la segnalazione risulti infondata, l'infrazione di questo dovere non avrebbe dovuto avere luogo; circostanza, questa, che rende legittimo sanzionare l'autore della denuncia. Infine, proprio in quanto

⁹ M. Davis, *op. cit.*, p. 152.

la segnalazione ambisce a evitare la complicità del soggetto nella commissione della condotta illecita, egli non sarebbe tenuto, come invece pretenderebbe la “standard theory”, a impiegare i canali di segnalazione interna. Il ricorso a essi non è richiesto, ma sarebbe semplicemente un modo per scoprire l’eventuale intenzione dell’ente di rimediare o meno al danno provocato¹⁰.

Se la teoria di Davis legittimerebbe le segnalazioni anche in presenza di un obbligo di fedeltà al datore di lavoro, vi sono alcuni autori per i quali il whistleblowing è giustificato in quanto quell’obbligo è del tutto inconsistente. Per Ronald Duska, il dipendente non è legato da alcun dovere di fedeltà, poiché rendere le aziende oggetto di lealtà significa attribuire loro uno status morale di cui non necessitano¹¹. Rigettando una visione atomistica della questione, l’autore ammette che un dovere di lealtà può sussistere non solo nei confronti di un individuo, ma anche nei confronti di un gruppo, categoria alla quale appartiene anche un’azienda. Ora, ciascun gruppo possiede un proprio scopo, che determina l’identità di esso e le relazioni che intercorrono al proprio interno. Sono proprio i legami e le relazioni, forgiati dallo scopo del gruppo, a congiungere gli individui e a costituire la base di ogni fedeltà. Il punto è che i vari gruppi presentano scopi diversi e, quindi, relazioni diverse che intercorrono tra i propri componenti. Un’azienda, ad esempio, ha come funzione primaria la realizzazione di un guadagno economico. I suoi membri, infatti, non sono legati insieme dal reciproco piacere, ma dall’obiettivo di produrre e di ricavare un profitto, al punto che, qualora uno di essi non fosse capace di svolgere efficacemente la propria mansione, l’azienda, per adempiere al proprio scopo, dovrebbe sbarazzarsi di lui. L’azienda, in definitiva, non è altro che uno strumento per produrre profitto e, in quanto tale, non sarebbe meritevole di fedeltà. Nel quadro delineato da Duska, in definitiva, la questione dell’ammissibilità del whistleblowing non si pone, in quanto il dipendente non è legato da un vero obbligo di lealtà all’ente. Segnalare condotte illecite, dunque, non solo è legittimo, ma anche scontato qualora l’ente rischi di danneggiare la collettività¹².

Queste teorie appaiono piuttosto astratte e sembrano mancare di un appiglio con la realtà. Basti pensare che in tutti gli ordinamenti la fedeltà al datore di lavoro è un principio cardine della normativa in materia di impresa, quindi sembrerebbe del tutto

¹⁰ Ivi, p. 153.

¹¹ R. Duska, *Contemporary reflections on business ethics*, Springer, Dordrecht, 2007, p. 141.

¹² Ivi, p. 146.

irreale l'immagine di un lavoratore svincolato da qualsivoglia rapporto fiduciario nei confronti del datore. Tuttavia, le teorie non pretendono di donare un quadro reale e giuridicamente coerente del fenomeno; piuttosto intendono risalire all'origine di esso, sulla quale anche le più recenti innovazioni giuridiche in materia non possono che fondare le radici.

1.2 IL DIBATTITO CIRCA L'OPPORTUNITÀ DI INCENTIVI ECONOMICI IN FAVORE DEL DENUNCIANTE

Sono numerosi gli autori che si sono occupati dei vantaggi derivanti dalla previsione di una ricompensa per il segnalatore¹³. Alcuni dei loro spunti appaiono particolarmente rilevanti per inquadrare la questione.

Accade spesso che un dipendente sia in possesso di informazioni la cui divulgazione possa risultare essenziale per salvaguardare la vita, la salute, l'ambiente o la sicurezza nazionale. È inevitabile che alcuni settori siano più a rischio di altri, quali la sanità e la finanza, nei quali la probabilità di condotte illecite e, quindi, di pregiudizi per la collettività, è più alta che in altre aree. In questi settori, il legislatore e gli organi di regolazione non sono sempre in grado di valutare l'integrità degli addetti ai lavori, sia in relazione alla loro difficoltà d'accesso alle dinamiche strettamente interne agli enti, sia a causa della mancanza di conoscenze tecniche adeguate alla complessità e alla velocità dello sviluppo tecnologico. I dipendenti, al contrario, godono di una posizione privilegiata e di una conoscenza più intima di tali dinamiche, elementi che consentono loro di identificare i rischi più facilmente e più in fretta rispetto ai soggetti esterni. Ne consegue che, se la previsione di incentivi economici incoraggia i dipendenti a rivelare i pericoli invece di insabbiarli o di ignorarli, tali incentivi appaiono estremamente utili per evitare pregiudizi, più o meno gravi, ai danni della collettività.

In talune circostanze, inoltre, l'esistenza di un meccanismo premiale aumenta la probabilità che una segnalazione venga trattata dai soggetti preposti. Qualora al denunciante sia riconosciuto il diritto di prendere parte al processo di accertamento dei

¹³ Si vedano, ad esempio, E. S. Callahan e T. M. Dworkin, *Do good and get rich: financial incentives for whistleblowing and the False Claims Act* in *Villanova Law Review*, vol. 37, 1992, pp. 273-336; J. B. Helmer, *How great is thy bounty: relator's share calculations pursuant to the False Claims Act* in *University of Cincinnati Law Review*, vol. 68, 2000, pp. 737-761.

fatti, come ad esempio accade nell'esperienza statunitense, egli ha la possibilità di vegliare sulla presa in carico della segnalazione e sul corretto svolgimento del processo¹⁴. Il coinvolgimento diretto del denunciante, quindi, insieme all'eventuale corresponsione in suo favore di un incentivo economico, può far sì che il reclamo non venga trascurato. Nel caso in cui, invece, la determinazione e il versamento del premio competano ad agenzie amministrative, il legame tra la ricompensa e il trattamento della segnalazione diventa più labile, sebbene continui ad esistere. A causa della mancanza di risorse, o semplicemente dell'assenza di volontà, esse non sempre sono capaci di gestire le denunce in maniera tempestiva e imparziale. La previsione di un meccanismo premiale per il whistleblower, allora, potrebbe attenuare l'inerzia di tali agenzie, spingendo il segnalatore a sollecitarle affinché si occupino della questione.

Si tratta di un elemento di non poca rilevanza, in particolare per due motivi. Prima di tutto, una segnalazione non trattata è una segnalazione priva di forza. Per salvaguardare la collettività, l'autorità preposta alla regolamentazione è tenuta ad affrontare tutte le denunce, o quanto meno quelle attendibili e basate su una questione di interesse generale. Se, quindi, gli incentivi economici aumentano la probabilità che le agenzie amministrative trattino una segnalazione, essi avranno permesso una più adeguata protezione della collettività dai potenziali pericoli causati dalla condotta segnalata. Inoltre, l'efficace elaborazione di una denuncia può incentivare altri soggetti a uscire dal silenzio. I segnalatori, infatti, sono generalmente desiderosi di veder presa in considerazione la propria denuncia, così che la condotta illecita rivelata possa essere interrotta. Il disinteresse dei soggetti deputati a ricevere le segnalazioni, al contrario, rappresenterebbe un disincentivo a denunciare. D'altro canto, considerati i rischi ai quali va incontro, potrebbe apparire assai improbabile che un individuo effetti una segnalazione che, quasi sicuramente, verrà trascurata.

La previsione di ricompense in favore del whistleblower, infine, può arrecare giovamento alle finanze pubbliche. Sebbene questa possa apparire una contraddizione in termini, nella pratica le segnalazioni possono permettere alle autorità il recupero di ingenti quantitativi di denaro, altrimenti impensabili da riottenere. Per giunta, l'introduzione di un meccanismo premiale può provocare un effetto deterrente sui possibili reati. In effetti, se gli incentivi economici aumentano la probabilità che un

¹⁴ Si pensi, ad esempio, alle "qui tam actions" previste nel *False Claims Act*, che permettono all'individuo di intraprendere un'azione legale a nome del governo.

soggetto riferisca condotte illecite, le aziende potrebbero essere meno propense a violare la legge, tanto più se a esse venga anche attribuito l'onere di indennizzare le eventuali ricompense¹⁵.

A dimostrazione dell'appropriatezza di questa misura, è possibile operare un raffronto tra due atti normativi statunitensi, il *False Claims Act* e l'*Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act*. Il primo, che prevede il pagamento di incentivi economici al denunciante qualora la segnalazione vada a buon fine, tra il 1986 e i giorni nostri ha permesso al governo americano di recuperare quasi 40 miliardi di dollari, con un picco massimo di 4,9 miliardi di dollari recuperati nel 2012. Il secondo atto normativo, invece, che non prevede ricompense per i segnalatori, ha avuto risultati molto deludenti, aiutando il governo a riappropriarsi di una quota piuttosto modesta¹⁶. Per di più, alcuni studi realizzati da Alexander Dyck, Adair Morse e Luigi Zingales nel settore sanitario (nel quale, in base al *False Claims Act*, sono previsti incentivi per chi segnala), il 46,7% delle frodi è stato individuato grazie alle denunce dei dipendenti dell'azienda stessa. In altri settori, nei quali non erano previste ricompense, i reati denunciati dai dipendenti erano pari ad appena il 16,3%¹⁷.

In virtù di quanto detto, allora, prevedere incentivi economici in favore di colui che segnala non arreca vantaggi solo a quest'ultimo, ma produce effetti benefici sull'intero sistema, poiché disincentiva le violazioni e rimpingua le finanze pubbliche.

Se quanto detto è vero, bisogna chiedersi perché il legislatore, a cominciare da quello italiano, sia generalmente restio a introdurre un meccanismo premiale per il denunciante. Una delle possibili risposte parte dalla considerazione del pregiudizio che le segnalazioni possono causare ai danni del denunciato. La preoccupazione non è tanto rivolta ai soggetti che hanno effettivamente posto in essere condotte illegittime, quanto invece a coloro che, a causa di segnalazioni infondate, sono chiamati a sopportare perdite economiche e inconvenienti di altra natura. Difendersi contro un'accusa di illecito implica costi ingenti, non solo economici, ma anche fisici ed emotivi. Per rendere l'idea, basti pensare che, secondo una ricerca statunitense del 1998 relativa agli

¹⁵ Questa pratica è già in vigore negli Stati Uniti in cui, ai sensi del *False Claims Act*, il governo può ottenere dai truffatori, oltre al pagamento delle somme dovute, anche un indennizzo col quale premiare il segnalatore.

¹⁶ Ž G. Liguori, *La figura del whistleblower in Italia*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, anno 2015, fasc. 2, p. 171.

¹⁷ A. Dyck, A. Morse, L. Zingales, *Who blows the whistle on corporate fraud?*, in *The Journal of Finance*, 65(6), 2010, p. 2245.

effetti del *False Claims Act*, un'azienda coinvolta in un procedimento per aver commesso un reato sborsava (all'epoca dello studio) in media tra i 250.000 e i 3 milioni di dollari in spese legali¹⁸. A queste, dovevano aggiungersi anche i costi per l'espletamento delle procedure di verifica interna all'ente e per la raccolta di materiale utile per la difesa. Senza contare, infine, l'imbarazzo dell'ente di essere chiamato in causa e gli effetti negativi che il procedimento avrebbe potuto provocare sulla reputazione dei soggetti coinvolti anche qualora fosse sopraggiunta la loro assoluzione. Si potrebbe obiettare che esistono vari strumenti per combattere le segnalazioni infondate, quale la possibilità di perseguire il denunciante per calunnia o diffamazione. Tuttavia, non è sempre facile riparare pienamente al danno causato alla vittima di una denuncia ingiusta, poiché i pregiudizi sono spesso intangibili e difficili da identificare. In più, l'assegnazione di incentivi economici rischia di incoraggiare altri comportamenti illegittimi da parte del denunciante, come ad esempio il furto di documenti o la divulgazione di informazioni strettamente riservate, a nocimento tanto dei soggetti segnalati quanto dei soggetti terzi. Quella che può sembrare una situazione del tutto eccezionale in realtà è stata oggetto di numerose pronunce giurisdizionali, tra le quali può citarsi la nota sentenza della Corte d'Appello statunitense sul caso *Cafasso v. General Dynamics C4 Systems (2011)*¹⁹. Nel caso citato, la segnalatrice, ex dipendente dell'azienda aerospaziale General Dynamics, aveva intentato un'azione legale ai sensi del *False Claims Act* con la quale accusava l'azienda di aver frodato il governo avendo violato l'obbligo di informarlo dell'utilizzo di nuove tecnologie. A sostegno della sua denuncia, la segnalatrice aveva realizzato copia, senza autorizzazione, di decine di migliaia di documenti in formato elettronico, trasmessi successivamente al suo legale. Per tutta risposta, l'azienda aveva proposto una controquerela per violazione dell'obbligo contrattuale che proibiva alla dipendente la divulgazione di informazioni aziendali riservate. Dal canto suo, l'ex dipendente sosteneva di aver copiato quei documenti allo scopo di dimostrare la frode; a suo modo di vedere, l'applicazione della clausola contrattuale di riservatezza avrebbe potuto arrecare un pregiudizio all'ordine pubblico, impedendo ai segnalatori di fornire prove a sostegno della propria denuncia e, di conseguenza, costituendo un ostacolo alla segnalazione. La nona Corte d'Appello ha

¹⁸ W. E. Kovacic, *The Civil False Claims Act as a deterrent to participation in government procurement markets*, in *Supreme Court Economic Review*, vol. 6, 1998, p. 225.

¹⁹ *Cafasso v. General Dynamics C4 Systems*, 637 F.3d, 1047 (9th Cir., 2011).

confermato, in prima battuta, che vietare a un denunciante di dimostrare un illecito potrebbe danneggiare l'ordine pubblico. Tuttavia, i giudici hanno precisato che, affinché l'ordine pubblico prevalga sull'obbligazione contrattuale di riservatezza, il segnalatore è tenuto a estrarre copia solo della documentazione ragionevolmente necessaria alla dimostrazione dei fatti. Nel caso specifico, la segnalatrice non aveva valutato questa necessità e, copiando interi documenti, non aveva verificato se essi fossero effettivamente utili a provare l'illecito. Per di più, alcuni documenti copiati erano particolarmente sensibili, come comunicazioni soggette al segreto professionale, atti tutelati dal segreto industriale e domande di brevetto.

La previsione di un sistema di premialità in favore del whistleblower, in definitiva, presenta indubbi inconvenienti. Questi ultimi, tuttavia, non sono sufficienti ad avvalorare la tesi secondo la quale gli incentivi economici siano dannosi in quanto provocherebbero un sopra-incidentamento a denunciare. Il problema non sta nel ricompensare colui che segnala, bensì nello stabilire regole rigide ed efficaci allo scopo di evitare gli abusi.

Un'ultima critica mossa nei confronti degli incentivi economici, in qualche modo collegata alla precedente, può essere esaminata partendo dalle parole di Gabrio Forti:

«Il dubbio è che identificare il rimedio all'opacità organizzativa soprattutto negli incentivi economici ai whistleblower non istituzionali finisca per assecondare, anzi "istituzionalizzare", la medesima logica opportunistica che è alla base della perpetrazione degli illeciti che si vorrebbe portare alla luce.»²⁰

A detta dell'autore, colui che commette un atto illecito e colui che lo segnala condividerebbero la medesima logica opportunistica, dunque fissare un meccanismo premiale non farebbe altro che spalleggiarla. Per rispondere a questo appunto è necessario domandarsi quale sia l'obiettivo del legislatore: se è quello di arginare le logiche opportunistiche o quello di evitare che vengano commessi reati che potrebbero nuocere alla collettività. È assai arduo immaginare un segnalatore come un soggetto totalmente distaccato e disinteressato, tuttavia attribuirgli finalità opportunistiche appare una forzatura. Va considerato, infatti, che colui che denuncia condotte illecite

²⁰ 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*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 173.

generalmente espone la propria persona a consistenti rischi economici e fisici. Stando a un eminente studio americano sul whistleblowing pubblicato da David Culp, la grande maggioranza dei segnalatori esaminati aveva subito ritorsioni a seguito della denuncia, più della metà aveva patito danni economici e uno su dieci aveva sofferto disturbi fisici o depressivi²¹. Senza contare che chi effettua una segnalazione non è in grado di prevedere l'esito del procedimento, rischiando non solo di non vedersi corrispondere alcun premio, ma anche di vedersi rigettare la denuncia. Per di più, anche qualora la ricompensa venisse accordata, questa non sarebbe necessariamente cospicua e sarebbe soggetta a un'elevata tassazione che ridurrebbe notevolmente il suo ammontare effettivo.

Anche ammettendo, però, la logica opportunistica che muoverebbe il whistleblower, l'eventuale vantaggio ottenuto da quest'ultimo sarebbe difficilmente paragonabile allo straordinario beneficio che conoscerebbe la collettività con l'impedimento di una condotta illecita. Senza l'apporto insostituibile del segnalatore, un gran numero di reati rimarrebbe oscuro o verrebbe alla luce troppo tardi. Tutto questo basterebbe a giustificare persino un presunto atteggiamento opportunistico del segnalatore.

²¹ D. Culp, *Whistleblowers: Corporate anarchists or heroes? Towards a judicial perspective*, in *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, volume 13, 1995, p. 113.

CAPITOLO 2

IL CONTESTO INTERNAZIONALE

La lotta alla corruzione, obiettivo per il quale la protezione del segnalatore appare decisiva, negli ultimi due decenni è divenuta una delle massime priorità politiche a livello internazionale. Il capitolo presenta uno schema delle disposizioni legislative in materia e dei principali interventi posti in essere dalle organizzazioni internazionali al fine di operare un'armonizzazione delle misure a tutela del whistleblower.

2.1 IL QUADRO LEGISLATIVO INTERNAZIONALE

La protezione del segnalatore, lungi dall'essere una necessità circoscritta ad alcuni Paesi, ha interessato l'intero contesto internazionale e, per questo motivo, è stata oggetto di molteplici interventi legislativi e regolamentari. Allo scopo di esaminare come questa esigenza sia stata declinata nel quadro sovranazionale, è necessario in via preliminare individuare una definizione comune di whistleblowing. Tuttavia, negli strumenti in materia di corruzione impiegati dalle organizzazioni internazionali è assente una definizione condivisa di questa pratica. L'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO) la definisce come «la divulgazione da parte di un dipendente o di un ex dipendente di pratiche illegali, illegittime, dannose o immorali poste in essere dal datore di lavoro»²². Nel contesto degli standard internazionali anticorruzione, la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, adottata a Parigi il 17 dicembre 1997 e modificata nel 2009, si riferisce al fenomeno come «la denuncia da parte di dipendenti del settore pubblico o privato effettuate su basi ragionevoli e in buona fede alle autorità competenti»²³. Il medesimo linguaggio è riscontrabile in una pluralità di altre norme di diritto pattizio,

²² «The reporting by employees or former employees of illegal, irregular, dangerous or unethical practices by employers» (International Labour Organization Thesaurus).

²³ Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions), sezione 2, punto IX.

manca, tuttavia, una definizione univoca. Ciononostante, i presupposti del whistleblowing sono piuttosto evidenti.

Con particolare riguardo all'OCSE, nell'ambito del "Gruppo di lavoro sulla corruzione nelle operazioni economiche internazionali" istituito ai sensi dell'art. 12 della Convenzione del 1997 con l'obiettivo di vegliare sulla sua corretta applicazione, si è diffusa un'interpretazione secondo la quale vi sarebbe un autentico obbligo per le parti di fissare idonee misure di tutela per i segnalatori. Questa visione trova la sua ragion d'essere in special modo nelle "*Revised recommendation of the Council on combating bribery in international business transactions*", documento nel quale è richiesto agli Stati membri di adottare misure efficaci per scoraggiare, prevenire e combattere la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali²⁴. In quest'ottica, dunque, la previsione di tutele in favore del segnalatore sarebbe essenziale al raggiungimento degli obiettivi delineati dalla Convenzione e dalle Raccomandazioni del Consiglio dell'OCSE. Anche in assenza di una puntuale disposizione convenzionale, questa interpretazione non è mai stata messa in discussione dagli Stati membri i quali, al contrario, hanno acconsentito affinché venisse utilizzata quale parametro per monitorare il livello di efficacia delle misure anticorruzione adottate da ciascun Paese. Può dirsi, quindi, che suddetta visione rientri nell'ambito delle "ulteriori pratiche seguite nell'applicazione del trattato" fissate dalla Convenzione di Vienna del 1969, in qualità di regole generali di interpretazione della Convenzione²⁵. Nel quadro dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, uno dei primi e più espliciti riferimenti alla necessità di proteggere il segnalatore è contenuto nella Convenzione contro la corruzione adottata dall'Assemblea Generale il 31 ottobre 2003 e aperta alla firma a Merida tra il 9 e l'11 dicembre dello stesso anno²⁶. L'art. 8, nel suggerire agli Stati membri l'adozione di appositi codici di condotta per i funzionari pubblici, stabilisce al comma 4 che:

Each State Party shall also consider, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, establishing measures and systems to facilitate the

²⁴ OECD Revised recommendation of the Council on combating bribery in international business transactions, n. I.

²⁵ F. Gandini, *Il whistleblowing negli strumenti internazionali in materia di corruzione*, in Aa. Vv., *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Bonanno, Acireale, 2011, p. 90.

²⁶ La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con legge n. 116/2009.

reporting by public officials of acts of corruption to appropriate authorities, when such acts come to their notice in the performance of their functions.

La disposizione si riferisce apertamente ai funzionari pubblici che sono venuti a conoscenza di episodi corruttivi nell'esercizio delle proprie funzioni. Un'importante puntualizzazione con riferimento a questa norma convenzionale è giunta dall'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (UNODC), nell'ambito della sua guida tecnica volta a favorire l'implementazione del trattato da parte degli Stati membri. L'Ufficio ha precisato che un mezzo per infrangere la collusione e il silenzio che circondano le infrazioni di un codice di condotta è l'introduzione di un efficace sistema per segnalare le presunte violazioni, con particolare riferimento ai reati di corruzione. Di conseguenza, gli Stati membri sono tenuti a stabilire regole e procedure idonee a facilitare la segnalazione da parte dei funzionari pubblici. Queste misure devono ambire principalmente a incoraggiare le denunce, a identificare i soggetti ammessi alla rivelazione e a proteggerli da eventuali ritorsioni messe in atto dal datore di lavoro. Una delle finalità dei codici di condotta che gli Stati sono chiamati ad adottare dovrebbe essere quello di infondere nei dipendenti pubblici la necessità di segnalare le infrazioni relative ai propri colleghi o superiori. A questo scopo, l'Ufficio ha invitato le parti a istituire procedure specifiche di denuncia, anche avvalendosi di servizi postali, linee telefoniche dedicate o agenzie esterne. Affinché le procedure siano efficaci, tuttavia, è richiesto di prestare la massima attenzione alla tutela della riservatezza dei segnalatori, da garantire tramite la creazione di appositi dispositivi di sicurezza che offrano a chiunque segnali in buona fede la piena protezione contro le rappresaglie dirette o indirette. Ai sensi del documento elaborato dall'Ufficio, dunque, un whistleblower è un dipendente pubblico che segnala in buona fede episodi di corruzione o violazioni di altro genere alle autorità competenti. A seconda della legislazione nazionale, i soggetti deputati al ricevimento delle denunce potrebbero essere i datori di lavoro, i superiori gerarchici, gli organismi di regolamentazione o di vigilanza, le autorità giudiziarie o contabili oppure, in ultima istanza, i mezzi di comunicazione.

Se l'art. 8 comma 4 appare piuttosto generico e rivolto ai soli funzionari pubblici, l'art. 33 offre un maggior numero di dettagli e di spunti. In base alla norma:

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

La formula rende necessarie due importanti notazioni. In prima istanza, la disposizione non produce alcun obbligo nei confronti degli Stati membri, i quali sono lasciati liberi di valutare l'opportunità di darvi applicazione o meno. In seconda battuta, la Convenzione si riferisce ai segnalatori come "reporting person". Viene operata, in sostanza, una differenziazione tra i segnalatori e i semplici testimoni, destinando esplicitamente le tutele ai primi. La terminologia utilizzata appare piuttosto calzante, considerando che l'espressione "whistleblower" costituisce un colloquialismo difficile da tradurre efficacemente in tutte le lingue. La norma intende proteggere gli individui in possesso di informazioni non ancora sufficientemente dettagliate da costituire una prova nel senso giuridico del termine. Nonostante questo, tali informazioni potrebbero rivelarsi utili ad allertare le autorità competenti e a consentire loro di decidere l'avvio di un'indagine. La questione pratica sottesa all'applicazione della norma consiste nell'individuare il giusto equilibrio tra i diritti dei soggetti segnalati e la necessità di proteggere i denunciati. Allo scopo di conseguire questo bilanciamento, l'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine ha chiesto agli Stati membri di sviluppare una cornice normativa che specifichi i settori e i soggetti ammessi alla segnalazione, gli organi deputati a ricevere le informazioni, le tutele in favore dei denunciati e le sanzioni in caso di abusi. L'equilibrio tra i diritti del segnalato e la tutela dell'informatore deve essere individuato da ciascun Paese nel contesto della propria legislazione, essendo le parti dotate di un alto livello di discrezionalità che consente di adeguare le misure raccomandate al proprio ordinamento giuridico. Questa visione fornita dall'Ufficio trova il suo fondamento in particolar modo nell'art. 13, comma 1 della Convenzione, il quale sancisce che:

Each State Party shall take appropriate measures, within its means and in accordance with fundamental principles of its domestic law, to promote the active participation of individuals and groups outside the public sector, such as civil society, non-

governmental organizations and community-based organizations, in the prevention of and the fight against corruption and to raise public awareness regarding the existence, causes and gravity of and the threat posed by corruption. This participation should be strengthened by such measures as:

(...)

(b) Ensuring that the public has effective access to information

(...)

(d) Respecting, promoting and protecting the freedom to seek, receive, publish and disseminate information concerning corruption. That freedom may be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided for by law and are necessary:

(i) for respect of the rights or reputations of others; (ii) For the protection of national security or “ordre public” or of public health or morals.

Nel chiarire alcuni aspetti tecnici relativi all'art. 33 della Convenzione, l'Ufficio si è soffermato a esaminare tre elementi essenziali per la determinazione delle procedure di denuncia.

Prima di tutto, gli Stati membri sono tenuti a dotarsi di specifici canali di segnalazione. Nel riconoscere le differenze tra i vari sistemi nazionali, la Convenzione preferisce attribuire alle parti un certo grado di flessibilità nella determinazione di tali canali. Molto, infatti, dipende dalle caratteristiche delle autorità nazionali già dotate di poteri in materia, nonché dal quadro normativo in tema di lavoro e dalle garanzie costituzionali esistenti in ciascun Paese. In quest'ottica, gli Stati membri sono tenuti a identificare con chiarezza le autorità competenti a ricevere le segnalazioni²⁷. Vi è, infatti, la consapevolezza che persino le rivelazioni all'apparenza meno rilevanti possono dar luogo a una complessa inchiesta che può coinvolgere molteplici agenzie e organismi, tutti chiamati a rispettare le norme nazionali in materia. Una cornice legislativa e istituzionale atta a facilitare la divulgazione di illeciti e la protezione del denunciante dovrebbe considerare, quindi, un'adeguata varietà di canali di segnalazione efficaci e potenzialmente alternativi. L'Ufficio ha manifestato la necessità di disporre di almeno due livelli di segnalazione, costituiti da una parte da soggetti interni all'ente (quali i superiori gerarchici, i supervisori e gli organi di audit istituiti appositamente per

²⁷ UNODC Technical guide to the United Nations Convention against corruption, 2009, pp. 106-107.

combattere i fenomeni di cattiva amministrazione) e dall'altra parte da soggetti esterni (come i difensori civici, le autorità anticorruzione e gli organi di giustizia). Il dispositivo deve essere strutturato in modo tale da permettere ai segnalatori di rivolgersi ai soggetti afferenti al secondo livello, qualora la denuncia presentata al primo livello non abbia avuto gli effetti sperati oppure qualora il segnalatore tema che, denunciando all'interno dell'ente, possa subire ritorsioni. Il ruolo dei soggetti esterni è cruciale in quanto possiedono un compito di supervisione che si situa al di sopra delle relazioni di lavoro interne agli enti e alle aziende e, talvolta, anche al di sopra delle logiche politiche.

In secondo luogo, l'art. 33 della Convenzione fissa i requisiti necessari affinché il segnalatore meriti protezione. La denuncia deve essere sporta in buona fede e sulla base di motivi ragionevoli. L'applicazione di questi criteri implica che la segnalazione venga trattata dalle autorità preposte in modo oggettivo e che, anche qualora fosse inesatta, essa riceva adeguata tutela, purché presentata senza malizia²⁸. In conformità alle indicazioni dell'Ufficio, la protezione deve essere assicurata indipendente dal fatto che le informazioni rivelate siano confidenziali, persino nel caso in cui il segnalatore abbia violato le norme sulla riservatezza. A garanzia del soggetto che denuncia, la buona fede è presunta, pertanto compete al denunciato fornire le eventuali prove della cattiva fede del denunciante. Dal momento che la segnalazione può rivelarsi un'arma a doppio taglio, però, è essenziale che anche coloro contro i quali essa viene presentata vedano tutelati i propri diritti e la propria reputazione. È richiesto, a tal proposito, che le legislazioni nazionali puniscano severamente le rivelazioni frivole e malevole, così da riparare le eventuali reputazioni danneggiate. Poiché la normativa penale di quasi tutti i Paesi contempla già un regime sanzionatorio nei confronti di chi deliberatamente presenta false accuse, gli Stati membri sono chiamati a responsabilizzare gli autori delle denunce, mettendoli al corrente dei rischi nei quali potrebbero incorrere in caso di abuso.

Infine, l'Ufficio ha invitato gli Stati membri a determinare le dovute forme di protezione per il segnalatore, prendendo in considerazione le ritorsioni che egli potrebbe subire, le prospettive finanziarie e lavorative che potrebbero essere compromesse e gli indennizzi che potrebbero essergli riconosciuti²⁹. In generale, le misure di protezione devono essere commisurate al pericolo che il soggetto corre. Il primo intervento richiesto,

²⁸ *Ivi*, pp. 107-108.

²⁹ *Ivi*, pp. 108-109.

quindi, è di fissare regole chiare che assicurino l'anonimato del denunciante, così da ricorrere a precauzioni più invasive solo qualora esso non possa essere garantito o il rischio di rappresaglie sia troppo elevato. In tal caso, gli Stati membri possono prendere in considerazione l'applicazione di procedure che offrano un'adeguata tutela giuridica al segnalante contro il licenziamento o atti ritorsivi di altro genere. Sviluppando questo profilo, la *Resource guide on good practices in the protection of reporting persons*, elaborate dall'Ufficio nel 2015, giunge a elencare le azioni ritorsive che ogni Stato dovrebbe combattere³⁰. La lista, non esaustiva, comprende condotte quali le minacce rivolte verso la persona del segnalatore o verso i suoi famigliari, le discriminazioni, il licenziamento, la sospensione, il demansionamento, la mancata promozione, il trasferimento, la riduzione dello stipendio e il blacklisting³¹. Il documento propone anche un'elencazione delle misure necessarie a incentivare le denunce e a proteggere il segnalatore, come la tutela della riservatezza, l'accettazione di denunce anonime, la protezione (anche fisica) del segnalatore e la previsione di incentivi economici e di onorificenze³².

Vale la pena precisare che la Convenzione invita gli Stati membri a facilitare le segnalazioni, non a rendere obbligatorie. Nella gran parte dei Paesi, doveri di denuncia sono già fissati in riferimento a ruoli specifici, quali i pubblici ufficiali e gli agenti di polizia. Non è rara l'attribuzione del medesimo obbligo a determinate categorie di dipendenti impiegati in taluni settori - allo scopo, ad esempio, di evidenziare reati quali il riciclaggio di denaro e gli abusi in ambito sanitario - per i quali l'eventuale inadempimento può produrre serie conseguenze professionali. Tuttavia, l'Ufficio preferisce restare cauto. Sebbene l'imposizione di un obbligo di denuncia gravante sulla totalità dei lavoratori venga ritenuta un'opzione interessante, non mancano argomenti contrari a tale approccio. L'obbligatorietà della pratica, infatti, potrebbe dar luogo all'abuso dei meccanismi di segnalazione da parte di individui che, per evitare di essere sanzionati per mancato adempimento, sarebbero spinti a presentare anche denunce infondate o frivole e ad affrontare forzatamente i rischi che una segnalazione comporta.

³⁰ UNODC Resource guide on good practices in the protection of reporting persons, 2015, p. 46.

³¹ Si tratta di una pratica che consiste nell'inserire il nominativo di un individuo in una lista di soggetti scomodi alla quale alcuni datori di lavoro fanno riferimento prima di assumere nuovo personale.

³² *Ivi*, p. 47.

Senza dimenticare che, a seguito della previsione di tale obbligo, gli enti non solo dovrebbero occuparsi del trattamento delle segnalazioni ricevute, ma dovrebbero anche monitorare e adottare provvedimenti contro il lavoratore che preferisce tacere, con inevitabili ripercussioni sull'efficacia delle procedure³³.

Il contesto internazionale, in definitiva, ha offerto agli Stati utilissimi spunti grazie ai quali operare le proprie scelte in materia di protezione dei segnalatori. Come si vedrà, non tutte le misure proposte dagli organismi transnazionali sono state prese in considerazione, talvolta generando pesanti criticità.

2.2 GLI STRUMENTI EUROPEI IN MATERIA DI WHISTLEBLOWING

All'interno dello scenario europeo, l'attenzione riservata al tema della protezione dei segnalatori è un fenomeno piuttosto risalente. Gli strumenti pattizi elaborati nell'ambito del Consiglio d'Europa dimostrano come a livello regionale la cooperazione sia generalmente capace di dar vita a iniziative efficaci e di produrre risultati alquanto convincenti.

Le prime disposizioni destinate alla protezione dei segnalatori trovano accoglienza nella Convenzione penale contro la corruzione, adottata a Strasburgo il 27 gennaio 1999³⁴. L'accordo mira soprattutto a sviluppare una politica penale comune orientata alla lotta ai fenomeni corruttivi e ad armonizzare le legislazioni nazionali in materia. Tra le misure evidenziate, la tutela dei soggetti che segnalano illeciti riveste senza dubbio una posizione centrale, al fine di perseguire non solo un incisivo contrasto della corruzione, ma anche un'efficace prevenzione.

La necessità di prevedere tali forme di protezione trova fondamento nell'art. 18, comma 2 della Convenzione penale, laddove viene stabilito che:

each Party shall take the necessary measures to ensure that a legal person can be held liable where the lack of supervision or control (...) has made possible the commission of the criminal offences mentioned in paragraph 1 for the benefit of that legal person by a

³³ *Ivi*, p. 65.

³⁴ La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con legge n. 110/2012.

natural person under its authority.

La norma fissa a chiare lettere l'obbligo per gli Stati membri di estendere la responsabilità delle persone giuridiche anche ai casi nei quali la mancanza di controllo e di vigilanza interna ha reso possibile la commissione di reati di corruzione. Le persone giuridiche, dunque, vanno ritenute responsabili dell'assenza di controllo da parte dei vertici sulle azioni poste in essere dai subordinati per conto dell'ente. Tra i soggetti tenuti ad adottare le misure di vigilanza vengono identificati espressamente gli individui dotati di un potere di rappresentanza dell'ente, oppure di una facoltà decisionale o di controllo su di esso. I reati che questi soggetti sono chiamati a prevenire sono quelli di corruzione attiva, traffico d'influenza e riciclaggio di capitali, commessi a titolo individuale o per conto dell'ente da una persona fisica che opera al suo interno. Nell'ambito delle misure di vigilanza, l'istituzione di idonei canali di segnalazione può favorire la supervisione interna ed evitare alla persona giuridica una responsabilità per inadempimento degli obblighi di controllo. La norma, comunque, non impone agli Stati membri di stabilire una responsabilità penale, bensì lascia alle parti contraenti la libertà di fissare la forma di responsabilità che ritengono più opportuna, tenendo conto anche del contesto normativo nazionale in materia di impresa e di lavoro. Parimenti, spetta a ciascuno Stato garantire che le persone giuridiche giudicate responsabili siano passibili di sanzioni penali o non penali efficaci, proporzionate e dissuasive³⁵.

Se l'art. 18 fissa la cornice normativa nella quale la protezione del segnalatore va a inserirsi, quest'ultima trova espressa trattazione nell'art. 22. Ai sensi della norma:

each Party shall adopt such measures as may be necessary to provide effective and appropriate protection for:

- a) those who report the criminal offences established in accordance with articles 2 to 14 or otherwise co-operate with the investigating or prosecuting authorities;*
- b) witnesses who give testimony concerning these offences.*

In virtù di questa disposizione, gli Stati contraenti sono tenuti ad adottare le misure necessarie per assicurare una protezione effettiva e appropriata ai collaboratori di giustizia e ai testimoni. A questo proposito, è utile ricordare che nelle conclusioni e

³⁵ Consiglio d'Europa, Convenzione penale sulla corruzione, art. 19, comma 2.

nelle raccomandazioni della II Conferenza europea dei servizi specializzati nella lotta contro la corruzione (tenutasi a Tallin nell'ottobre 1997) i partecipanti hanno convenuto che, per combattere efficacemente la corruzione, fosse necessario fornire un adeguato sistema di protezione dei testimoni e degli informatori non solo tramite l'adozione di norme giuridiche appropriate, ma anche destinando a tale obiettivo sufficienti risorse. È stato suggerito, inoltre, di concedere forme di immunità o una riduzione della pena per coloro che, messi sotto inchiesta per reati di corruzione, contribuiscano alle indagini, rivelino informazioni utili o impediscano alla violazione di concretizzarsi³⁶. Tuttavia, è nella raccomandazione n. R(97)13 sulle intimidazioni ai testimoni e sui diritti di difesa (adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 10 settembre 1997) che la questione della tutela dei collaboratori di giustizia e dei testimoni è stata affrontata nella sua globalità. La raccomandazione fornisce una serie di principi volti a guidare le legislazioni nazionali sulla lotta contro le minacce a chi fornisce informazioni utili, offrendo agli Stati membri un'elencazione delle misure che potrebbero essere adottate in materia. Quello che entra in rilievo è che la raccomandazione ha ispirato i redattori della Convenzione penale nell'identificazione dei destinatari delle misure di tutela. Queste ultime, infatti, si applicano in primo luogo al collaboratore di giustizia, definito dalla raccomandazione come la persona che, indagata o condannata per aver ideato o partecipato a un crimine, accetta di collaborare con l'autorità giudiziaria fornendo, in particolare, informazioni relative all'associazione criminosa alla quale apparteneva o ai reati commessi³⁷. Destinatario delle tutele, però, è anche il testimone, ossia la persona che possiede informazioni rilevanti ai fini di un procedimento penale; è proprio all'interno di questa categoria, quindi, che si situa la figura del whistleblower.

L'intimidazione dei testimoni, diretta o indiretta, può assumere forme diverse, ma generalmente mira a eliminare le prove di colpevolezza di un imputato o, in casi eccezionali, a fornirle affinché venga condannato. La protezione dei testimoni ambisce, dunque, a sottrarre i soggetti in possesso di informazioni utili da pressioni indebite e a garantire la genuinità delle acquisizioni probatorie. È da rilevare che, ai sensi dell'art. 22 della Convenzione penale, la protezione deve essere "effettiva e adeguata". L'espressione fa riferimento alla necessità di adeguare il livello di tutela alle possibili minacce che pesano sui collaboratori di giustizia e sui testimoni. Spetta agli Stati

³⁶ II Conferenza europea dei servizi specializzati nella lotta contro la corruzione, 1997.

³⁷ Consiglio d'Europa, Raccomandazione n. R(97)13, 1997.

membri garantire la proporzionalità e l'appropriatezza delle misure di protezione a seconda delle circostanze: in alcuni casi, ad esempio, potrebbe essere sufficiente la garanzia dell'anonimato durante il procedimento, mentre in altre situazioni potrebbe essere necessario giungere fino alla sostituzione dell'identità e del domicilio del soggetto interessato.

Un'altra importante disposizione in materia di tutela dei segnalatori è contemplata in un altro patto elaborato dal Consiglio d'Europa, la Convenzione civile sulla corruzione adottata a Strasburgo il 4 novembre 1999³⁸. L'accordo costituisce il primo tentativo di definire principi e regole comuni a livello europeo nel campo della lotta alla corruzione tramite strumenti civilistici.

L'art. 9 della Convenzione, con riguardo alla protezione dei dipendenti, statuisce che:

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

In termini generali, la norma non presenta alcun carattere facoltativo, ma crea un vero obbligo a carico degli Stati membri. La disposizione stabilisce l'esigenza che ciascun contraente adotti le misure necessarie per proteggere i dipendenti che riferiscono in buona fede e sulla base di motivi ragionevoli i loro sospetti circa presunti episodi corruttivi. Il bisogno di garantire una "protezione appropriata nei confronti di sanzioni ingiustificate" implica che debba essere perseguito qualunque provvedimento disciplinare adottato nei confronti dei dipendenti motivato dal fatto che questi ultimi abbiano presentato una segnalazione. Pertanto, la tutela che gli Stati sono tenuti ad adottare dovrebbe incoraggiare i lavoratori a riferire i loro sospetti alle autorità competenti, mettendoli al riparo dai rischi ai quali la denuncia li espone. In quest'ottica, la Convenzione civile opera un coscienzioso bilanciamento degli interessi coinvolti, fissando una preminenza del diritto a segnalare rispetto al dovere di riservatezza. Questa preminenza, tuttavia, non è assoluta, in quanto vincolata all'ipotesi che il segnalatore abbia ragionevoli motivi per credere nell'esistenza di un episodio di corruzione e che riferisca in buona fede. Affinché sia protetto, dunque, non è richiesto che il dipendente possieda la certezza che l'episodio rivelato evidenzi un fatto corruttivo, ma è sufficiente

³⁸ La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con legge n. 112/2012.

che ne abbia il semplice sospetto. Qualora venga accertata la malafede del denunciante, invece, il meccanismo di protezione è destinato a non attivarsi, con la conseguenza che l'ente nel quale il soggetto è inserito potrebbe legittimamente adottare provvedimenti disciplinari fondati sul mancato rispetto del dovere di fedeltà e di riservatezza.

Nonostante non possa essere negata la rilevanza di tali disposizioni, va precisato che nell'ambito dell'Unione Europea non siano ancora state intraprese misure dotate di portata giuridica vincolante. Ciononostante, non si esauriscono i tentativi di armonizzare le normative nazionali a protezione del segnalatore. A tale riguardo, va ricordato il contributo fornito dalla risoluzione del Parlamento Europeo del 25 ottobre 2016, la quale auspica che gli Stati membri recepiscano e applichino gli strumenti esistenti a livello europeo e internazionale nell'ambito della lotta contro la corruzione e il riciclaggio³⁹. In particolare, è evidenziata l'esigenza di migliorare la regolamentazione e l'applicazione delle leggi anticorruzione, «nonché di promuovere la protezione degli informatori in modo da assicurare i rei alla giustizia»⁴⁰.

A spiccare, però, è soprattutto un nuovo intervento del Consiglio d'Europa, che nel 2014 ha fornito un quadro assai dettagliato in materia di tutela dei segnalatori. La raccomandazione CM/Rec(2014)7 ha elaborato una lista di 29 principi, tentando di affrontare la materia in tutti i suoi aspetti. Prima di tutto, al documento va riconosciuto il merito di aver individuato una definizione di whistleblower: in virtù della raccomandazione, infatti, esso è inteso come «*any person who reports or discloses information on a threat or harm to the public interest in the context of their work-based relationship, whether it be in the public or private sector*». L'ambito di applicazione soggettivo delle normative nazionali, dunque, dovrebbe comprendere tutti gli individui che operano nel settore pubblico e privato, indipendentemente dalla natura del loro rapporto di lavoro e dalla loro condizione salariale. L'approccio utilizzato è piuttosto largo poiché arriva a includere anche i lavoratori temporanei, i tirocinanti e i volontari, ferma restando la libertà degli Stati di estendere le tutele anche ad altre categorie di lavoratori. Con riguardo a questi soggetti, il quadro normativo e istituzionale dovrebbe essere strutturato in modo da facilitare le divulgazioni, fissando regole per proteggere i

³⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2016 sulla lotta contro la corruzione e il seguito dato alla risoluzione della commissione CRIM, punto 4.

⁴⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2016 sulla lotta contro la corruzione e il seguito dato alla risoluzione della commissione CRIM, punto 77.

diritti e gli interessi dei denunciatori. È da notare che la raccomandazione non chiede di promuovere le segnalazioni, bensì di facilitarle, ossia di creare un ambiente giuridico adeguato che non ponga ostacoli di sorta all'azione del whistleblower. A questo scopo, i legislatori nazionali sono chiamati a effettuare una revisione approfondita e sistematica della propria normativa, determinando se e come essa faciliti o ostacoli la rivelazione di condotte illecite. Quanto all'obiettivo delle denunce, è espressamente richiesto che esse siano presentate in vista dell'interesse pubblico⁴¹.

Questo aspira a produrre un evidente cambio di prospettiva nella considerazione del whistleblowing, da vedersi non più come un atto di infedeltà, bensì come un atto di responsabilità democratica. È pur vero che il contenuto dell'interesse pubblico non è uguale per tutti i Paesi, cosicché la raccomandazione preferisce non offrirne una definizione. Tuttavia, per evitare eccessive difformità in ambito applicativo, è sottolineata l'esigenza di includere tra le aree nelle quali le segnalazioni vanno ammesse la salute, l'ambiente, la sicurezza pubblica e la violazione dei diritti umani. Spetta agli Stati membri, pertanto, il compito di integrare questo elenco definendo l'ambito delle informazioni che rientrano nella propria definizione di interesse pubblico. Ne consegue che le parti, con eccezione delle aree sopra indicate, hanno la facoltà di introdurre uno schema normativo più restrittivo rispetto al quadro generale fornito dalla raccomandazione, che però non lasci il segnalatore privo di garanzie⁴². A tal proposito, va notato che la raccomandazione ammette una disciplina più restrittiva delle informazioni rivelate e, quindi, non dei segnalatori. Non è consentito assoggettare le categorie di whistleblower a un regime modificato; piuttosto è alle tipologie di informazioni rivelabili che può essere applicato uno schema modificato, ammettendole o meno alla segnalazione.

La raccomandazione non si limita a prevedere principi generali, ma si sbilancia a fornire indicazioni dettagliate su come sviluppare un dispositivo di segnalazione. Nel ribadire che gli individui dovrebbero sentirsi sicuri di sollevare liberamente le proprie preoccupazioni, il documento chiede che i contraenti individuino efficaci canali attraverso i quali effettuare le denunce. Nel meccanismo devono comunque essere previsti canali di reportistica interna all'ente o all'azienda, canali di segnalazione alle

⁴¹ Consiglio d'Europa, Raccomandazione n. CM/Rec(2014)7, 2014, punto 2.

⁴² Consiglio d'Europa, Raccomandazione n. CM/Rec(2014)7, 2014, punto 5.

autorità di regolazione o di contrasto alla corruzione e canali di divulgazione pubblica⁴³. Per agevolare la rivelazione di informazioni, gli enti e le imprese di maggiori dimensioni sono chiamati a designare del personale responsabile dell'accoglimento delle denunce che, seppur non necessariamente indipendente dal datore di lavoro, garantisca quantomeno un certo margine di autonomia. Per soddisfare le esigenze dei soggetti più piccoli, invece, gli Stati membri possono considerare la possibilità di istituire enti pubblici o apposite commissioni deputate alla ricezione delle denunce. Tali organi non sarebbero responsabili delle azioni correttive poiché queste, naturalmente, rimangono tra le prerogative del datore di lavoro o dell'organismo di regolazione; ciononostante, libererebbero gli enti di dimensioni minori dall'onere di impiegare personale aggiuntivo e, allo stesso tempo, assicurerebbero ai dipendenti un trattamento confidenziale delle loro informazioni. Non viene sancito, tuttavia, un ordine di priorità tra i diversi canali di segnalazione. Peraltro, tale ordine sarebbe assai difficoltoso da stabilire considerando che ogni tipo di denuncia è diverso dall'altro e richiede un canale appropriato. Nonostante la raccomandazione riservi un occhio di riguardo alla segnalazione interna, esso è motivato dal fatto che l'istituzione di sistemi di reportistica interna assicura una gestione più trasparente e contribuisce a una risoluzione precoce delle criticità segnalate. A prescindere dal canale utilizzato, la protezione giuridica da sola non è sufficiente a tutelare un individuo che decide di segnalare condotte illecite. Per questo, è necessario garantire la confidenzialità dei dati relativi al denunciante, in modo che l'attenzione rimanga concentrata sul contenuto delle informazioni e non sull'identità del soggetto che le ha riferite⁴⁴. Questa disposizione presuppone, naturalmente, che il segnalatore abbia fornito il proprio nominativo o che sia comunque noto al destinatario della rivelazione, essendo invece fortemente sconsigliate le denunce anonime. La riservatezza del whistleblower, tuttavia, non implica che gli organismi addetti alle indagini non possano scambiarsi i dati a lui relativi, bensì che questi ultimi non fuoriescano e vengano utilizzati esclusivamente ai fini dell'indagine.

Una volta presentata la segnalazione, la raccomandazione chiede che questa venga immediatamente affrontata, ossia che le azioni necessarie all'accertamento dei fatti e alla punizione del colpevole vengano intraprese senza indugio. Ci sono varie modalità attraverso le quali gli Stati membri possono garantire questa tempestività; tra le varie, le

⁴³ Consiglio d'Europa, Raccomandazione n. CM/Rec(2014)7, 2014, punto 14.

⁴⁴ Consiglio d'Europa, Raccomandazione n. CM/Rec(2014)7, 2014, punto 18.

più importanti appaiono senza dubbio l'assegnazione di risorse sufficienti ai soggetti adibiti al trattamento delle denunce e il riconoscimento alle autorità competenti del potere di sanzionare direttamente i responsabili e di indennizzare il segnalatore in tempi rapidi. Per il buon esito della procedura è essenziale, altresì, che il segnalatore sia costantemente informato sullo stato di avanzamento delle indagini, con particolare riferimento alle rivelazioni presentate all'interno dell'ente nel quale opera⁴⁵.

Infine, la raccomandazione offre spunti in relazione alla tutela dei denuncianti contro le ritorsioni. Poiché le forme di rappresaglia variano a seconda dello status del segnalatore, o per meglio dire della natura giuridica del suo rapporto di lavoro, il denunciante dovrebbe essere protetto da ogni tipologia di ritorsione, in special modo dal licenziamento, dalla sospensione, dal demansionamento, dalla perdita di opportunità di promozione, dal trasferimento, dalla riduzione del trattamento economico e da qualsiasi altra forma di discriminazione o molestia⁴⁶. Il documento preferisce non indicare il tipo di protezione che dovrebbe essere offerto al segnalatore, demandando agli Stati membri il compito di determinare le tutele in conformità con i principi giuridici del proprio ordinamento. Ad ogni modo, le protezioni non dovrebbero venir meno per il solo fatto che la segnalazione presenti errori e risulti infondata. D'altronde, anche quando il dipendente abbia ragione di credere che la condotta segnalata evidenzi un illecito, a causa della sua posizione raramente è in grado di avere un quadro completo sulla vicenda. Non è escluso, quindi, che la sua rivelazione venga successivamente archiviata per infondatezza. Affinché il denunciante continui a essere meritevole di tutela, però, è richiesto che la sua rivelazione si sia fondata su motivi ragionevoli e che sia stata presentata in buona fede. Accertato il rispetto di tali principi, qualora venissero impiegate azioni ritorsive nei confronti del dipendente, l'onere della prova ricadrebbe sul datore di lavoro, il quale è tenuto a provare di aver adottato il provvedimento disciplinare per ragioni estranee alla segnalazione. In attesa che l'autorità giudiziaria concluda il procedimento relativo alla segnalazione e alla ritorsione, può essere necessario disporre di rimedi provvisori, quali la sospensione del provvedimento disciplinare adottato dal datore di lavoro e la protezione (anche fisica) del segnalatore⁴⁷.

⁴⁵ Consiglio d'Europa, Raccomandazione n. CM/Rec(2014)7, 2014, punti 19 e 20.

⁴⁶ Consiglio d'Europa, Raccomandazione n. CM/Rec(2014)7, 2014, punto 21.

⁴⁷ Consiglio d'Europa, Raccomandazione n. CM/Rec(2014)7, 2014, punti 25 e 26.

Qualunque siano le scelte degli Stati membri, è opportuno che la legislazione nazionale sulla protezione dei segnalatori venga promossa in tutti i settori, in modo da favorire l'integrità tanto nel settore pubblico quanto in quello privato.

CAPITOLO 3

INCENTIVI ECONOMICI E TUTELE TRASVERSALI: L'ESPERIENZA STATUNITENSE

Gli Stati Uniti possono vantare una tradizione secolare di protezione dei dipendenti che segnalano condotte illecite. Sebbene il primo intervento specifico in materia risalga al 1912 con l'approvazione del *Lloyd-La Follette Act*, le premesse di tale disciplina sono da ricercare nel *False Claims Act* del 1863, uno degli esempi più risalenti di tutela per i soggetti denunciati. A ben guardare, l'ordinamento statunitense non presenta una disciplina organica e uniforme in questo ambito, bensì una pluralità di atti volti a regolare attività specifiche, afferenti tanto al settore pubblico quanto a quello privato. Questo fenomeno può essere interpretato come lo sviluppo inevitabile di numerosi casi di frodi e truffe che hanno danneggiato nel corso dei decenni le istituzioni e le attività economiche americane, rischiando talvolta di generare gravi condizioni di instabilità sociale ed economica. Per questo motivo, la disciplina è stata di volta in volta estesa a un numero crescente di settori, da quello della sanità a quello della salvaguardia dell'ambiente, ed è stata più volte oggetto di modifiche.

Tanto al livello federale quanto a quello statale, il legislatore ha tentato di difendere in special modo il dipendente che rende pubbliche condotte del datore di lavoro che possano mettere a repentaglio una lunga serie di interessi protetti. Malgrado queste leggi siano state pensate con l'intento di incoraggiare i whistleblower a portare le attività illecite alla conoscenza del governo, vi sono zone ancora scoperte nelle quali le tutele sono scarse, se non addirittura inesistenti. Basti pensare ai settori legati all'intelligence, nei quali il tentativo di divulgare comportamenti illeciti in ambito militare e civile spesso si scontra con l'interesse del governo affinché tali condotte rimangano riservate. Nonostante la presenza di zone prive di protezione, allo stato attuale può affermarsi che la gran parte delle attività preveda specifiche procedure attraverso le quali segnalare reati e ottenere tutela da eventuali atti ritorsivi.

Il capitolo si propone, dunque, di esaminare i principali atti normativi statunitensi, per evidenziarne i pregi e, soprattutto, le zone d'ombra.

3.1 IL FALSE CLAIMS ACT E LA LEGITTIMAZIONE GIURIDICA DEL SEGNALANTE A INTENTARE UNA CAUSA

Al pari di gran parte delle esperienze nazionali, anche negli Stati Uniti la disciplina relativa alla tutela dei soggetti che segnalano illeciti è stata il frutto del clamore e dell'indignazione provocati da crimini e misfatti di varia natura.

Le frodi non sono ovviamente un fenomeno nuovo e si insinuano con facilità specialmente nelle fasi di mutabilità e di euforia, a cominciare da quelle tipiche dei periodi bellici. Il primo evento scatenante fu l'accertamento di una serie di truffe consumate nei confronti delle truppe dell'Union Army durante la guerra civile americana. In particolare, a destare scalpore furono diverse operazioni commerciali concluse tra l'esercito dell'Unione e alcuni spregiudicati imprenditori i quali, approfittando delle ingenti spese militari sostenute dal governo, avevano colto l'occasione per vendere alle truppe armi difettose, animali da sella malconci e cibo avariato. Le manifestazioni di sdegno coinvolsero ben presto i principali giornali, tra i quali il New York Tribune, il quale arrivò a invocare la pena di morte per gli speculatori⁴⁸. Anche il presidente Lincoln dovette ben presto ammettere che “*few things are so troublesome to the government as the fierceness with which profits in trading are sought*”⁴⁹. Di fronte al dilagare degli episodi di corruzione, la Camera dei Rappresentanti aveva istituito un'apposita Commissione speciale, il *Committee on Government Contracts*, in carica tra il 1861 e il 1863 con lo scopo di indagare su alcuni casi di frode relativi ai contratti di fornitura di materiali e servizi stipulati dai singoli dipartimenti e dalle agenzie governative. Per contrastare l'espansione dei profitti illeciti, però, fu necessario un significativo intervento legislativo, che portò all'adozione nel 1863 del *False Claims Act*.

L'obiettivo primario della legge era di combattere il fenomeno che vedeva imprese e organizzazioni avanzare al governo pretese economiche illegittime, che si concretizzavano specialmente nell'esigere prezzi eccessivamente alti in relazione alla quantità e al valore dei beni e dei servizi forniti. Per motivi di adattamento alle mutevoli esigenze di tutela, il *False Claims Act* ha subito nel tempo numerose modifiche, in particolar modo nel 1943 e nel 1986.

La normativa ha individuato sette condotte che configurano la responsabilità dell'agente⁵⁰. In modo particolare, la legge sancisce la responsabilità di coloro che intenzionalmente presentano o inducono a presentare - o semplicemente tramano di farlo - documentazioni o dichiarazioni mendaci al governo allo scopo di percepire illegittimamente una somma di denaro o di evitare di pagare un dato importo. Inoltre, la

⁴⁸ Ellis E. R., *The epic of New York City: a narrative history*, Hachette, 2010

⁴⁹ Ellis E. R., *op. cit.*

⁵⁰ *False Claims Act*, section 3729, subsection a, paragraph 1.

responsabilità è riconosciuta anche ai soggetti che presentano certificazioni false o imprecise relative all'utilizzo di proprietà da parte del governo, a coloro che forniscono beni o denaro in quantità inferiore rispetto a quanto pattuito col governo e ai soggetti che acquistano o ricevono in pegno terreni pubblici da funzionari o dipendenti del governo o da membri delle forze armate che legalmente non ne possono disporre. Le procedure fissate nella legge non sono, comunque, concepite per punire sbagli o errori marginali, poiché essi non costituiscono frodi sistematiche e raramente comportano gravi perdite economiche per il governo. La legge punisce il dolo, il che significa che il responsabile, per andare incontro all'infrazione, deve presentare documentazioni e certificazioni con la consapevolezza che siano fallaci o nella deliberata ignoranza se siano veri o falsi.

La legge, quindi, punisce tutte le persone che consapevolmente mettano in atto taluno dei comportamenti in essa previsti; tuttavia, non è specificato se la responsabilità si configuri solo in relazione alle persone fisiche o, al contrario, si estenda anche alle persone giuridiche. Come regola generale si deve riconoscere che le leggi federali con il termine "persona" intendono non solo l'individuo dotato di capacità giuridica, ma anche le associazioni, le aziende, le imprese collettive, le società per azioni e altri enti⁵¹. Ai fini della legge, anche le amministrazioni locali rientrano nella categoria dei soggetti contro i quali può essere invocata la responsabilità⁵², mentre tali previsioni non si applicano agli Stati⁵³. Viene esclusa, inoltre, la giurisdizione delle corti federali qualora un membro, attuale o passato, delle forze armate porti avanti nei confronti di un altro componente delle forze armate un'azione legale concernente il servizio operato da quest'ultimo; in aggiunta, nessuna corte ha giurisdizione su una querela avanzata da privati nei confronti di un membro del Congresso, di un esponente della magistratura o di un funzionario apicale del ramo esecutivo se l'azione legale è fondata su prove e informazioni già in possesso del governo⁵⁴.

Nel testo originario, per i responsabili dei comportamenti illeciti era prevista una sanzione di 2.000 dollari, ai quali andava sommato un ammontare pari al doppio del

⁵¹ United States Code, Titolo 1, Cap. 1, n. 1.

⁵² Nella pronuncia sul caso *Cook County v. United States ex rel. Chandler*, 538 U.S. 119 (2003), la Corte Suprema ha riconosciuto che né la storia né il testo del False Claims Act dimostrano che il Congresso volesse escludere le amministrazioni locali dal novero delle "persone" coperte dalla legge.

⁵³ Si veda *Vermont Agency of Natural Resources, Petitioner v. United States ex rel. Stevens*.

⁵⁴ False Claims Act, section 3730, subsection e, paragraphs 1-2.

danno occorso dal governo. La sanzione fu notevolmente ampliata dal Congresso nel 1986, quando venne fissata in un importo compreso tra i 5.000 e i 10.000 dollari, più il triplo del danno sofferto dal governo. Dopo una serie di altre modifiche, in tempi recenti la soglia minima e quella massima della pena pecuniaria hanno subito un adeguamento all'inflazione e, per le violazioni commesse dopo il 2 novembre 2015 e giudicate dopo il 3 febbraio 2017, sono comprese tra i 10.957 e i 21.916 dollari⁵⁵. È prevista tuttavia una riduzione dell'ammenda per i responsabili che decidano di confessare la violazione alle autorità o che scelgano di fornire loro utili informazioni; in tali casi, la sanzione può essere abbassata al doppio del pregiudizio subito dal governo.

La legge ha introdotto nell'ordinamento statunitense anche due disposizioni particolarmente innovative per la tradizione giuridica americana.

Prima di tutto, ha modificato le regole relative alla legittimazione giuridica del querelante a intentare una causa. Tradizionalmente, infatti, affinché un soggetto intenda farsi valere dinanzi all'autorità giudiziaria è necessario che egli abbia subito un danno diretto e personale dal reato denunciato. In base a quanto stabilito dal provvedimento è previsto, invece, che il privato cittadino possa intentare, anche a nome del governo⁵⁶, una cosiddetta *qui tam action* nei confronti di coloro che tentino di defraudare lo Stato⁵⁷. L'espressione *qui tam* consiste nell'abbreviazione del latino “qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur”, cioè “colui che si fa parte in causa sia per il re sia per sé stesso”. Una *qui tam action*, quindi, è il processo attraverso il quale un individuo intenta una causa o esercita un'azione legale in nome del governo.

Questa inedita previsione, che costituisce il cuore della disciplina, era stata portata avanti dal senatore repubblicano Jacob Merritt Howard, l'ideatore e più tenace sostenitore del *False Claims Act*. La necessità di introdurre tale processo era giustificata da Howard nel modo seguente:

⁵⁵ Civil Monetary Penalties Inflation Adjustment for 2017, 82 FR 9131 - 9136 (3 febbraio 2017). Il documento integrale è disponibile su <https://www.federalregister.gov/documents/2017/02/03/2017-01306/civil-monetary-penalties-inflation-adjustment-for-2017>

⁵⁶ False Claims Act, section 3730, subsection b, paragraph 1.

⁵⁷ Le prime norme relative alla *qui tam action* ebbero origine nella Gran Bretagna del XIII secolo, nella quale vi era la separazione tra i tribunali locali, con giurisdizione sulle questioni private, e i tribunali reali, che salvaguardavano gli interessi della Corona.

The other clauses which follow, and which prescribe the mode of proceeding to punish persons who are not in the military service of the United States, I take it, are open to no serious objection. The effect of them is simply to hold out to a confederate a strong temptation to betray his co-conspirator, and bring him to justice. The bill offers, in short, a reward to the informer who comes into court and betrays his co-conspirator, if he be such; but it is not confined to that class. Even the district attorney, who is required to be vigilant in the prosecution of such cases, may be also the informer, and entitle himself to one half the forfeiture under the qui tam clause, and to one half of the double damages which may be recovered against the person committing the act. In short, sir, I have based the fourth, fifth, sixth, and seventh sections upon the old-fashion idea of hold out a temptation, and “setting a rogue to catch a rogue” which is the safest and most expeditious way I have ever discovered of bringing rogues to justice.⁵⁸

Il progetto di Howard era, quindi, di offrire ai truffatori l’allettante tentazione di denunciare i propri compagni in cambio di un adeguato incentivo economico. Analoga ricompensa era prevista anche in caso di denuncia proveniente da privati cittadini che erano venuti a conoscenza di frodi ai danni dello Stato.

La legge preferisce rivolgersi al segnalante come “relator” piuttosto che “whistleblower”, per rimarcare che egli non necessariamente deve essere un dipendente della società privata che tiene condotte illegittime, ma ben può essere un soggetto estraneo all’organizzazione⁵⁹.

Dal punto di vista procedurale, una volta ricevuti gli atti concernenti la denuncia, il governo ha a disposizione 60 giorni, eventualmente prorogabili, per espletare i dovuti riscontri e per comunicare all’autorità giudiziaria l’intenzione di sottoporre la questione alla verifica giudiziale o di non prendervi parte. In quest’ultimo caso, l’individuo denunciante può liberamente portare avanti l’azione a nome proprio⁶⁰, fermo restando il diritto del governo a rimanere informato sull’andamento del processo e a intervenire in futuro qualora la corte lo ritenga necessario.

⁵⁸ 37° Congressional Globe, terza sessione, 955-956 (1863), intervento del sen. Howard.

⁵⁹ Il termine “relator” deriva dal gergo utilizzato nelle azioni legali aventi ad oggetto una *qui tam action*. Nella denominazione compare, infatti, l’espressione “ex rel.” che sta per “ex rationale”, ossia “in relazione a”.

⁶⁰ False Claims Act, section 3730, subsection b, paragraph 4.

Nel caso in cui il governo opti per la prosecuzione dell'azione legale, quest'ultima cadrà sotto la principale responsabilità del governo stesso senza che esso resti vincolato o condizionato da alcun atto posto in essere dal *relator*. Il governo, ad esempio, può concordare una soluzione con l'accusato - malgrado le eventuali obiezioni del denunciante - nel caso in cui la corte, dopo aver udito tutte le parti, giudichi il compromesso giusto, congruo e ragionevole⁶¹. L'autorità giudiziaria, inoltre, può fissare particolari limiti all'intervento del denunciante nel corso del contenzioso. Ciò è ammesso qualora il governo provi che la partecipazione sia ripetitiva o irrilevante, ovvero rallenti o interferisca sullo sviluppo dell'azione; oppure qualora la difesa provi che la partecipazione del relator comporti oneri e spese superflue. Il denunciante, di conseguenza, può veder ridotto il numero dei testimoni che può citare e la durata delle loro testimonianze, oltre che limitata la sua possibilità di presenziare al processo e di contro-esaminare altri testimoni⁶².

Che decida di procedere o meno, il governo è legittimato a richiedere alla corte la sospensione del processo civile qualora riesca a dimostrare che quest'ultimo interferisca con le indagini o i procedimenti avviati dal governo sugli stessi fatti censurati. La durata della sospensione è fissata in 60 giorni, prorogabili nel caso la corte accerti che il governo svolga le sue attività investigative con ragionevole diligenza e che esse possano essere disturbate dallo svolgimento del processo⁶³.

In secondo luogo, essendo la legge un potenziale strumento a disposizione del governo per tornare in possesso di consistenti quantitativi di denaro, è stato previsto un meccanismo premiale in favore del *relator*.

Originariamente, la legge non prevedeva particolari limiti per la presentazione della segnalazione e per l'avvio dell'azione legale. Era sufficiente che il denunciante portasse il misfatto e le relative prove alla conoscenza delle autorità competenti e, una volta conclusosi il processo giudiziario, avrebbe avuto diritto alla ricompensa. Tuttavia l'assenza di restrizioni apriva la strada a un gran numero di "parasitical actions": accadeva, infatti, che alcuni soggetti raccogliessero la documentazione relativa a un processo penale che vedeva coinvolti taluni contraenti, per poi avviare, usando quelle

⁶¹ False Claims Act, section 3730, subsection c, paragraph 2, punto B.

⁶² False Claims Act, section 3730, subsection c, paragraph 2. Si veda anche Liguori G., *La disciplina del whistleblower negli Stati Uniti*, in *La Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti*, anno 2014, fasc. 2, p. 117.

⁶³ False Claims Act, section 3730, subsection c, paragraph 4.

informazioni, una causa civile in conformità con il *False Claims Act*, in modo da accaparrarsi una quota del risarcimento ottenuto dal governo. Questi segnalanti non fornivano alcuna informazione aggiuntiva rispetto a quelle già in possesso alle autorità ma, ai sensi della legge, avrebbero avuto ugualmente diritto al compenso. L'episodio che destò il maggior clamore riguardò Morris L. Marcus, un ambizioso *relator* che utilizzò i dossier concernenti un'indagine penale a carico di un imprenditore del settore elettrico per iniziare un procedimento civile ai sensi della legge del 1863 e richiedere una somma corrispondente alla metà di quanto recuperato dal governo. Malgrado il dissenso del Dipartimento di Giustizia, la Corte Suprema riconobbe che, sebbene il denunciante non avesse contribuito alla scoperta del crimine, egli permise di raggiungere uno dei fini della legge, ossia il recupero da parte del governo di un'ingente somma di denaro⁶⁴. La Corte ricordò che la legge non sanciva affatto che il denunciante dovesse necessariamente basare la sua azione legale su informazioni "di prima mano" e che non attribuiva al Governo alcun controllo esclusivo sulle rivelazioni presentate. Tale decisione persuase il Procuratore Generale Francis Biddle del bisogno di abrogare le disposizioni relative alle *qui tam actions*; posizione che non riuscì a incontrare i favori di molti dei membri del Congresso, convinti della necessità di quelle previsioni⁶⁵. Il compromesso raggiunto nel 1943 fissò l'obbligo per il segnalante di fornire al governo le prove su cui si fonda l'accusa, interdisse le azioni legali basate su informazioni già in possesso del governo e ridusse il compenso per il *relator* a un massimo del 10% della somma recuperata (25% qualora l'azione venisse portata avanti dal solo denunciante). Le modifiche portarono a un minor ricorso alla *qui tam action*, benché i reati ai danni dello Stato continuassero a proliferare soprattutto in occasione del potenziamento militare e dell'aumento delle spese dovuti alla seconda guerra mondiale e all'intervento in Vietnam, terreno fertile per imprenditori senza scrupoli. Ben presto anche il Senato dovette riconoscere che le frodi continuavano a permeare gran parte delle agenzie statali e dei programmi governativi, in modo particolare nel settore della difesa. Nel 1985 Joseph Sherick, l'ispettore generale del Dipartimento della Difesa confermò che "for

⁶⁴ In *United States ex rel. Marcus v. Hess* 317 U.S. 537 (1943), per motivare la sua pronuncia la Corte ha ricordato che Morris L. Marcus aveva permesso al governo di recuperare 150.000 dollari nonostante il rischio di una considerevole perdita per il relator. Il R.S. § 3491 prevede, infatti, che l'informatore debba addossarsi il rischio di dover pagare l'intero costo del processo.

⁶⁵ Sulla diversità di opinioni possono vedersi: J. T. Boese, *Civil False Claims and Qui Tam Actions*, Wolters Kluwer, 2016, p. 15 e C. Doyle, *Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes*, CRS Report for Congress, p. 6 (disponibile su <https://fas.org/sgp/crs/misc/R40785.pdf>).

*those who are caught committing fraud, the chances of being prosecuted and eventually going to jail are slim; the sad truth is that crime against the Government often does pay*⁶⁶. Quasi la metà degli appaltatori era sotto accusa per reati di vario genere. Lo stesso dipartimento stimò che le frodi divoravano fino al 10% del bilancio nazionale e che le perdite annuali avrebbero potuto superare i 50 miliardi di dollari. In aggiunta, dalle audizioni tenute dinanzi al Subcommittee on Administrative Practice and Procedure alcuni *relator* rivelarono che, prima di riferire alle autorità competenti i reati dei quali erano venuti a conoscenza, il loro senso etico aveva rischiato di vacillare di fronte alla difficile scelta tra tacere i misfatti o rischiare il posto di lavoro⁶⁷. Il bisogno di ottenere una maggiore collaborazione degli individui e di combattere la loro riluttanza a esporre le infrazioni condusse a emendare nuovamente la legge nel 1986, con particolare riferimento alle previsioni relative al compenso da corrispondere ai denunciatori. Le correzioni proposte puntavano soprattutto a operare un ricollocamento della legge in modo da posizionarla in uno spazio intermedio tra l'incontrollata permissività dimostrata dal caso del *relator* Marcus e l'eccessiva restrittività introdotta dagli emendamenti del 1943⁶⁸. Il Congresso era ben consapevole che per individuare le frodi fosse necessario cercare la cooperazione di soggetti in possesso di una conoscenza precisa e diretta delle condotte illecite o personalmente coinvolti nell'attività fraudolenta.

Nel testo così modificato e attualmente in vigore, gli incentivi economici risultano più sostanziosi e variano a seconda che il procedimento venga portato avanti dal governo o dal cittadino segnalante. Qualora il governo decida di sottoporre i fatti censurati alla verifica giudiziale, il *relator* avrebbe diritto a ricevere una sorta di provvigione compresa tra il 15% e il 25% della somma recuperata dal governo grazie alla *qui tam action*. Nel caso opposto, il denunciante avrebbe diritto a vedersi riconoscere una quota

⁶⁶ Senate Report n. 99-345, 28 luglio 1986, p. 3

⁶⁷ Id., p. 4

⁶⁸ Che fosse questo l'intento lo si comprende anche dalle affermazioni del senatore Charles Grassley pronunciate nel 1990 in un'audizione davanti al Subcommittee on Administrative Law and Government Relations dell'House Committee on the Judiciary. Egli dichiarò che la modifica del 1986 "*sought to resolve the tension between (...) encouraging people to come forward with information and (...) preventing parasitic lawsuits*". Nel caso *United States ex rel. Stinson, Lyons, Gerlin & Bustamante, P.A., v. The Prudential Insurance Company (1991)* anche la terza Corte d'Appello federale confermò che, emendando il False Claims Act, il Congresso aveva tentato di porre rimedio alle criticità mostrate dalla legge del 1943.

oscillante tra il 25% e il 30%⁶⁹. L'autorità giudiziaria conserva un certo margine di discrezionalità nella determinazione del compenso da corrispondere a chi segnala condotte illecite, sebbene sia tenuta a dar peso ad alcuni fattori esplicitamente previsti dalla legge. La consistenza dell'incentivo dipende in particolare dall'entità e dalla rilevanza del contributo fornito dalla persona per lo svolgimento dell'azione legale: a un contributo maggiore corrisponde, pertanto, un indennizzo più corposo. Gli intervalli nei quali il premio è compreso non si applicano, però, a tutte le tipologie di informazioni e di *relator*. In prima istanza, il compenso è destinato a scendere al di sotto del 10% nella circostanza in cui l'azione si fonda su precedenti rivelazioni pubbliche, audizioni o informazioni giornalistiche. Anche in questo caso, è compito dei giudici scegliere la percentuale da assegnare in base all'importanza delle informazioni prodotte dalla persona e al ruolo di quest'ultima nel portare avanti il contenzioso. In secondo luogo, la provvigione può essere ridotta qualora la Corte rilevi che l'azione sia stata avviata da un individuo che abbia pianificato e iniziato la violazione sulla quale viene proposto il ricorso. Nel caso la persona subisca una condanna per la condotta criminosa derivante dal suo ruolo nella violazione, essa può essere estromessa dall'azione civile e dunque interdetta dall'ottenimento del compenso⁷⁰.

Oltre ad agevolare le segnalazioni, le modifiche alla legge hanno mirato a scoraggiarne l'abuso. Nelle azioni portate avanti direttamente dal *relator* è previsto, infatti, che la Corte possa riconoscere all'accusato l'esonero dal pagamento delle spese legali e dei costi ragionevolmente sostenuti nel caso esso prevalga nel processo e si dimostri che la denuncia del relator sia manifestamente frivola, vessatoria e sporta principalmente a scopo di molestia⁷¹. In questa circostanza, il giudice può anche condannare il segnalatore al pagamento delle spese legali e dei costi sostenuti per le attività investigative.

La legge, in definitiva, ha tentato di togliere lo strumento della *qui tam action* dalle mani di soggetti opportunisti e calcolatori e ha preso coscienza delle difficoltà e dei rischi ai quali potrebbe andare incontro chi segnala con onestà, assicurandogli prima di tutto un valido sostegno economico. Il *False Claims Act* ha anche spronato coloro che operano all'interno degli enti e delle organizzazioni a sostenere lo sforzo investigativo e

⁶⁹ False Claims Act, section 3730, subsection d, paragraphs 1-2.

⁷⁰ False Claims Act, section 3730, subsection d, paragraph 3.

⁷¹ False Claims Act, section 3730, subsection d, paragraph 4.

persecutorio nei confronti degli atti contrari alla legge; nel farlo ha garantito ai segnalanti alcuni tipi di protezione contro le ritorsioni. Fino al 2009 la legge si limitava a punire solo le rivele perpetrare dal datore di lavoro nei confronti del dipendente, cosicché ampie categorie di soggetti erano escluse dalle forme di protezione. Ai sensi del *False Claims Act*, ad esempio, le eventuali ritorsioni esercitate dal presidente di una società o dall'amministratore delegato di un'azienda avrebbero esorbitato dalla portata della legge e, dunque, non avrebbero costituito una sua violazione⁷². A seguito delle modifiche apportate alla legge dal *Fraud Enforcement and Recovery Act* del 2009, il sistema di tutele è stato parzialmente riformulato. Le regole di salvaguardia dagli atti ritorsivi sono state estese fino a includere, oltre ai semplici dipendenti dell'organizzazione coinvolta nella frode, anche i rappresentanti del governo, senza che sia richiesto che i gesti di rappresaglia siano stati compiuti necessariamente dal datore di lavoro. In termini generali, qualunque dipendente o rappresentante del governo che denuncia illecità ha il diritto a veder tutelata l'integrità della propria posizione lavorativa contro atti quali il licenziamento, il demansionamento, la sospensione, il mobbing e ogni altra forma di discriminazione e molestia. Qualora sia stato messo in atto uno di tali comportamenti, la legge prescrive il reintegro della persona nella medesima posizione e con gli stessi compiti e il pagamento al lavoratore di una somma pari al doppio delle mensilità non corrisposte e dei relativi interessi, oltre a una compensazione per gli eventuali danni subiti a causa della condotta discriminatoria⁷³. Se da un lato il *Fraud Enforcement and Recovery Act* accresce la protezione per i denunciatori, in una certa misura rende l'onere a carico del soggetto in cerca di protezione ben più gravoso rispetto a quello previsto in passato. La legge, infatti, non si limita più a esigere atti volti ad avviare una *qui tam action*, ma richiede alla persona di promuovere ogni sforzo diretto a bloccare le violazioni. A ben vedere, si tratta di un nuovo e più pesante impegno richiesto a chi cerca tutela da ogni tipo di ritorsione.

Una volta analizzate le principali innovazioni introdotte dal *False Claims Act* nell'ordinamento statunitense, bisogna puntualizzare che non tutti i reclami e le richieste di risarcimento possono essere ammesse alla valutazione giudiziale. In virtù di

⁷² Sul caso si veda la pronuncia della Corte di Appello del District of Columbia sul caso *United States ex rel. Siewick v. Jamison Science and Engineering Inc. et al.* (2003).

⁷³ False Claims Act, section 3730, subsection h, paragraphs 1-2.

un'apposita causa ostativa prevista dalla legge, è fatto divieto di giudicare una questione che è stata oggetto di un precedente contenzioso. L'applicazione di questa regola - conosciuta come "res judicata" o "claim preclusion" - mira a tutelare i contendenti dai costi e dai fastidi da sostenere in caso di processi molteplici, a risparmiare le risorse giudiziarie e a favorire l'azione giudiziale riducendo al minimo la possibilità di decisioni incoerenti⁷⁴. Per determinare se un'azione sia preclusa o meno, una Corte può esaminare la sussistenza di tre fattori⁷⁵.

Prima di tutto, è necessario stabilire se una precedente causa abbia riguardato lo stesso "claim" o abbia avuto il medesimo fondamento. Per esaminare questa condizione, i giudici possono ricorrere a vari espedienti, come la verifica che due azioni legali siano basate sulle medesime accuse, che abbiano comportato la violazione di uno stesso diritto o che in esse siano stati presentati i medesimi elementi di prova⁷⁶.

Il secondo fattore prevede di verificare che sulla stessa questione vi sia già stata una sentenza definitiva⁷⁷.

Infine, un precedente giudizio impedisce un'azione successiva che vede la partecipazione delle medesime parti⁷⁸. In realtà, vi sono casi in cui la "claim preclusion" non può essere invocata neanche nei confronti di un individuo che era stato parte in causa in un processo antecedente. A delineare i soggetti potenzialmente esposti all'effetto preclusivo di un precedente contenzioso sono, infatti, gli interessi personali rappresentati e non i nomi che compaiono nella sentenza⁷⁹. Per di più, questa regola può impedire anche un'azione posta in essere da un individuo che non abbia preso parte nel processo antecedente, ma che manifesti gli stessi interessi di una persona che invece vi abbia partecipato. Qualora due individui si dimostrino strettamente allineati a perseguire un interesse, essi possono essere ritenuti a pieno titolo "identici", al punto che l'uno può essere considerato il "rappresentante virtuale" dell'altro⁸⁰. Per questo motivo, un'azione mossa da o contro uno dei due servirà a precludere loro future azioni dello stesso tipo⁸¹.

⁷⁴ *Montana v. United States*, 440 U.S. 147 (1979).

⁷⁵ Nathan D. Sturycz, *The King and I?: An examination of the interest qui tam relators represent and the implications for future False Claims Act litigation in Saint Louis University Public Law Review*, 2009, n. 28, p. 18.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Id.*, p. 19

⁷⁹ *Id.*, p. 20

⁸⁰ *Taylor v. Sturgell*, 128 S. C. 2161 (2008).

⁸¹ *Montana v. United States*, 440 U.S. 147 (1979).

Le disposizioni relative alle *qui tam action* non sono state immuni da critiche.

Un primo addebito mosso nei confronti della legge aveva riguardato l'irragionevolezza delle sanzioni previste, potenzialmente in contrasto con quanto sancito nell'Ottavo Emendamento alla Costituzione statunitense. Quest'ultimo, infatti, vieta l'imposizione di ammende eccessive e l'attribuzione di pene crudeli e inusitate⁸². Questa clausola si applica in particolare al potere del governo di carpire un pagamento dal colpevole come pena per le infrazioni commesse⁸³: se il pagamento costituisce una punizione, esso è a tutti gli effetti un'ammenda e, dunque, non può essere eccessiva. Agli occhi della Corte Suprema, una pena pecuniaria è eccessiva se è esageratamente sproporzionata rispetto alla gravità del reato commesso. Secondo l'interpretazione comune, però, sebbene le penalità previste nel *False Claims Act* debbano rispettare la clausola di cui all'Ottavo Emendamento in quanto chiaramente punitive, esse appaiono commisurate al tipo di reati ai quale si applicano e, pertanto, non risultano irragionevolmente elevate. Può citarsi al riguardo, una famosa pronuncia della nona Corte d'Appello sul caso *United States v. Bourseau*, 531 F.3d 1159 (2008), la quale ha ritenuto che il pagamento di 15,6 milioni di dollari per aver defraudato il sistema sanitario non è sproporzionato alla luce del pregiudizio cagionato all'erario e all'integrità del sistema assistenziale pubblico. Allo stesso modo, altri tribunali minori hanno confermato l'ammissibilità di sanzioni milionarie o miliardarie in quanto compatibili con l'entità del danno generato⁸⁴.

Tuttavia, le maggiori problematicità hanno riguardato altri aspetti della legge. A seguito della crescita esponenziale delle denunce favorita dagli emendamenti del 1986, molti imputati avevano sollevato dubbi circa la costituzionalità di tali norme, invocando in modo particolare le presunte violazioni del principio della separazione dei poteri e dell'art. 3 della Costituzione statunitense. A tal proposito, si può ricordare la pronuncia della nona Corte d'Appello nel caso *United States ex rel. Kelly v. Boeing Company* (1993), la quale ha respinto i suddetti dubbi di legittimità costituzionale. La seconda

⁸² VIII Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti.

⁸³ Si veda la pronuncia della Corte Suprema sul caso *Austin v. United States*, 509 U.S. 602 (1993).

⁸⁴ In *United States v. Byrd*, 100 F. Supp. 2d 342 (2000) una Corte Distrettuale del North Carolina ha approvato un'ammenda di 1.575 milioni di dollari in quanto conforme alle leggi del settore. In *United States v. Eghbal*, 475 F.Supp.2d 1008 (2007) la Corte Distrettuale della California ha giudicato adeguata una sanzione di 5.851 milioni di dollari per una frode ipotecaria. In *United States ex rel. Tyson v. Amerigroup Illinois, Inc.*, 488 F. Supp. 2d 719 (2007) una Corte Distrettuale dell'Illinois ha ammesso il pagamento di 334 milioni di dollari per reati contro un programma di assistenza sanitaria pubblica per persone a basso reddito.

sezione dell'art. 3 della Costituzione limita il potere giudiziario alla semplice risoluzione di cause e controversie. In base alla dottrina, affinché sia titolare del potere di agire in giudizio è necessario che un soggetto abbia subito un pregiudizio dalla condotta censurata, che vi sia un nesso di causalità tra il danno e la condotta stessa e che il pregiudizio sia sanabile in conseguenza della decisione giudiziaria. Basandosi su questi spunti, il convenuto in giudizio negava che, nel caso in specie, il denunciante avesse sofferto un pregiudizio dal comportamento illegittimo, in quanto quest'ultimo aveva prodotto i suoi effetti solo nei confronti delle finanze dello Stato. Consentendo a un soggetto di intraprendere un'azione legale anche in mancanza di un danno da lui patito, le disposizioni sulle *qui tam actions* contemplate nel *False Claims Act* sarebbero state in conflitto con la sopraccitata previsione costituzionale. Nel rigettare questa tesi, la Corte ha prima di tutto dichiarato che la legge attribuisce a pieno titolo al denunciante il diritto di citare in giudizio gli autori dei misfatti e che le disposizioni relative alle *qui tam actions* determinano l'insorgere di una sorta di contratto unilaterale i cui termini e condizioni sono accettati dal *relator* al momento del deposito della denuncia. Qualora il governo rifiuti di perseguire il presunto malfattore, il denunciante rilevarebbe la sua posizione. La Corte ha, quindi, invitato a non dimenticare che lo scopo primario di quelle disposizioni è di ottenere l'aiuto degli individui a portare alla luce le frodi contro il governo, essendo irrilevante la previsione di un premio monetario in virtù del loro contributo.

Inoltre, i giudici hanno precisato che, nel restringere la portata del potere giudiziario alla risoluzione di cause e controversie, la Costituzione intende assicurare che le corti federali conservino un ruolo adeguato a una società democratica, richiedendo che i processi si sviluppino nel rispetto del principio del contraddittorio e che siano capaci di produrre una decisione. Queste due caratteristiche sono proprie anche della *qui tam action* in quanto quest'ultima garantisce un confronto argomentativo tra posizioni differenti ed è in grado di dar luogo a una risoluzione giudiziaria⁸⁵. Per di più, implicando la valutazione di un'accusa di frode, le corti non commettono alcuna intromissione in aree dalle quali dovrebbero restare estromesse, in quanto non fanno altro che assicurare il rispetto della volontà politica del Congresso: quella di far

⁸⁵ Questa tesi era stata avallata anche dalla Corte Suprema nel caso *Vermont Agency of Natural Resources v. United States ex rel. Stevens*, 729 U.S. 765 (2000), occasione nella quale i giudici hanno stabilito che il danno subito dal governo è sufficiente a far sorgere la legittimazione processuale del *relator*.

emergere le condotte illecite perpetrate ai danni dello Stato avvalendosi della collaborazione dei cittadini.

Quanto alla seconda questione - ossia la presunta violazione del principio della separazione dei poteri - la Corte ha riconosciuto come la concessione (da parte del Congresso) a un soggetto privato del diritto di intentare una causa in nome del governo rappresenti un'anomalia rispetto ai normali modelli di distribuzione del potere pubblico. Ciononostante, la Costituzione non prevede una totale divisione delle tre funzioni fondamentali, bensì esige un certo grado di interdipendenza e di sovrapposizione delle responsabilità. Per questo motivo, il problema che si pone non è quello di un potere dello Stato che si arroga una funzione a scapito di un altro potere dello Stato. La questione da dirimere è in che misura un potere - il legislativo - per quanto rimanga all'interno dei confini costituzionali, possa diminuire l'autorità di un altro potere - l'esecutivo - pur senza appropriarsi di tale autorità. Facendo propria un'impostazione introdotta dalla Corte Suprema⁸⁶, la nona Corte d'Appello ha ribadito che, per asserire che un atto del Congresso metta a repentaglio l'autorità e l'indipendenza di un altro potere statale si deve comprendere se quell'atto "danneggi intollerabilmente" le attribuzioni di tale potere. Detto altrimenti, si deve capire se le previsioni relative alle *qui tam actions* distruggano il corretto equilibrio tra i poteri dello Stato, impedendo al ramo esecutivo di svolgere le funzioni costituzionalmente assegnategli. Nel caso del *False Claims Act* questa circostanza non si verifica, in quanto il governo rimane in possesso di un sufficiente controllo sul comportamento del soggetto segnalante. Nella fattispecie tale controllo assume molteplici forme: il governo, ad esempio, può decidere se assumere o meno la responsabilità di proseguire l'azione, è legittimato a richiedere limitazioni alla partecipazione del *relator*, può concordare una soluzione con l'accusato e può chiedere l'accantonamento del caso, previa comunicazione a colui che ha avviato il processo. Per questi motivi, la Corte ha ribadito la conformità delle *qui tam actions* al principio dell'allocazione dei poteri previsto in Costituzione.

In aggiunta alle disposizioni federali, numerosi Stati, contee e città si sono dotati di un proprio *False Claims Act*, per scoraggiare le truffe consumate ai danni dei singoli governi statali e delle amministrazioni locali. Le ragioni che hanno spinto queste realtà a

⁸⁶ Si tratta del caso *Morrison v. Olson* 487 U.S. 695.

munirsi di uno specifico statuto sono molto varie e coincidono pressoché totalmente con quelle che hanno portato il Congresso del 1863 all'adozione della legge federale. La legislazione statale e locale in materia permette alle entità amministrative di recuperare una sostanziosa quantità di risorse economiche, produce un effetto deterrente nei confronti delle frodi future ed evidenzia i punti di forza e di debolezza dell'azione amministrativa. Per di più, essa rappresenta un valido sostegno agli Stati per mettere in luce gli abusi commessi ai danni del sistema assistenziale e sanitario, il settore nel quale si concentra la maggioranza degli illeciti.

Per gli Stati, rilevare e contrastare i reati ai danni del "Medicaid" risulta ancora più importante a seguito dell'approvazione del *Deficit Reduction Act*, atto con il quale nel 2005 il Congresso ha concesso un consistente incentivo economico agli Stati dotati di una legge che rispecchi il *False Claims Act* federale. L'incentivo consiste in un premio pari al 10% dell'ammontare recuperato grazie all'azione legale. Per poter beneficiare di questo bonus le leggi statali devono, però, essere efficaci almeno quanto quella federale; valutazione, quest'ultima, che spetta all'Ispettorato Generale del Dipartimento della Salute e dei Servizi Umani, insieme al Dipartimento di Giustizia⁸⁷.

A oggi gli Stati federati che hanno adottato un proprio *False Claims Act* sono trentasette, di cui sette non presentano una disciplina relativa alle *qui tam actions*⁸⁸. È da notare che non tutti gli Stati che si sono dotati di una legislazione propria hanno inteso coprire la totalità dei tipi di frode. Molti Stati, infatti, dedicano la legge esclusivamente alle truffe perpetrate ai danni della sanità pubblica, lasciandoli vulnerabili alle frodi commesse in altri ambiti. Nonostante questi limiti, alle leggi statali va riconosciuto il merito di presentare disposizioni assai dettagliate riguardanti il recupero delle somme perdute e il loro utilizzo. A titolo d'esempio, si possono citare i casi del *Massachusetts False Claims Act* e del *Georgia Taxpayer Protection False Claims Act*. Il primo prevede che il truffatore, oltre al pagamento della sanzione e del triplo dei danni sofferti dal governo, debba farsi carico di tutte le spese sostenute per lo svolgimento dell'azione civile, compresi i costi delle attività investigative e le spese legali⁸⁹. Il secondo, relativo solo ai reati commessi contro il sistema sanitario, fissa la

⁸⁷ Attualmente sono 16 gli Stati dei quali è stato verificato il possesso di un *False Claims Act* forte almeno quanto quello federale (<https://www.falseclaimsattorneys.com/state-false-claims-acts.html>).

⁸⁸ Per un elenco di questi Stati: <https://www.falseclaimsattorneys.com/state-false-claims-acts.html>

⁸⁹ Massachusetts False Claims Act, section 5B.

regola grazie alla quale il denaro recuperato viene versato in un fondo statale che fornisce assistenza sanitaria ai residenti indigenti⁹⁰.

Se trentasette Stati si sono dotati di un proprio *False Claims Act*, quattordici ne sono attualmente privi. Nonostante questi ultimi siano sprovvisti di un valido strumento per combattere i reati, in alcuni di essi sono stati approvati generici statuti antifrode che perseguono le violazioni commesse contro il “Medicaid” e talvolta proteggono i segnalatori da possibili atti ritorsivi. La mancanza, però, di una legge che quantomeno ricalchi quella federale preclude significativi recuperi economici per le casse di questi Stati e li esclude dal sistema di incentivi introdotto dal *Deficit Reduction Act*.

Alla luce di quanto osservato, si comprende perché il *False Claims Act* sia uno dei mezzi più potenti per contrastare le migliaia di frodi consumate annualmente ai danni del Paese. Il suo successo discende principalmente dal rinnovato legame pubblico-privato, che coinvolge il governo, il Dipartimento di Giustizia e i singoli cittadini che denunciano. Questi ultimi non si limitano ad avvertire le autorità competenti delle infrazioni di cui sono venuti a conoscenza, bensì predispongono un vero piano d’azione per dimostrare gli illeciti, risparmiando al governo anni di sforzi e milioni di dollari in attività investigative. L’impegno richiesto al *relator* è abbastanza considerevole; infatti, se aspira a ottenere un premio economico è chiamato a corredare la sua denuncia con prove consistenti e dettagliate. Inoltre, il percorso che porta alla pronuncia della corte è lungo e tortuoso, caratterizzato da tensioni finanziarie ed emotive e da rischi che potrebbero incombere sulla posizione lavorativa del segnalatore. Sebbene siano molto pesanti, questi oneri servono a ribadire che il fine della legge è la scoperta delle azioni disoneste e non l’assegnazione di gratifiche, le quali non sono altro che espedienti per facilitare il raggiungimento dell’obiettivo primario.

Non bisogna pensare, però, che gli incentivi economici pagati ai *relator* comportino spese per i governi. Le procedure di segnalazione sono strutturate in modo da garantire non solo che il governo ottenga dai truffatori un indennizzo per le spese sostenute, ma che sia pagato da essi anche il premio da corrispondere a chi ha scoperto l’illecito.

Stando ai dati forniti dal *Taxpayers Against Fraud Education Fund*, attualmente il *False Claims Act* è il principale strumento di lotta alle frodi in possesso al governo federale e

⁹⁰ Georgia Taxpayer Protection False Claims Act, preambolo.

a quelli statali. Analizzando l'ammontare delle risorse recuperate, l'organizzazione ha mostrato come il governo centrale torni in possesso di 15 dollari per ogni dollaro investito nelle attività investigative e persecutorie contemplate nella legge⁹¹. Grazie alle azioni legali e agli accordi stipulati tra il governo e i truffatori, dal 1986 a oggi è stato possibile recuperare oltre 40 miliardi di dollari, con soglie annuali che attualmente sfiorano i 5 miliardi⁹².

3.2 I PRIMI INTERVENTI IN FAVORE DEI DIPENDENTI PUBBLICI: DAL LLOYD-LA FOLLETTE ACT AL CIVIL SERVICE REFORM ACT

Per lungo tempo, fin dalla nascita degli Stati Uniti, gli atti ritorsivi nei confronti dei dipendenti pubblici furono all'ordine del giorno. Il sistema era concentrato nelle mani di taluni funzionari eletti, i quali distribuivano le varie funzioni tra persone a loro vicine o politicamente affini. Per evitare di essere licenziato, chi otteneva un incarico pubblico era tenuto a contribuire con il tempo e con il denaro all'attività politica svolta dal proprio mecenate. In questo sistema entravano prepotentemente anche i partiti politici i quali, mentre non erano al potere, si preparavano alle elezioni successive reclutando sostenitori in cambio della promessa di un futuro impiego. Il sistema era caratterizzato da un'immane inefficienza, considerando che, nel momento in cui un partito saliva al potere, aveva la facoltà di spazzar via in massa i lavoratori assunti dal governo precedentemente in carica, in base a un'applicazione estensiva dello "spoils system".

Per porre rimedio a questa lunga serie di criticità, sotto la spinta della National Civil Service Reform League⁹³ venne approvato nel 1883 il *Pendleton Civil Service Reform Act* che introdusse per la prima volta un sistema di merito e un apposito concorso per l'assunzione dei dipendenti. Tuttavia, la legge mancava di disposizioni che proteggessero pienamente i lavoratori, poiché l'unica previsione in materia si limitava a vietare al datore di lavoro di licenziare un proprio dipendente che si fosse rifiutato di

⁹¹ Taxpayers Against Fraud Education Fund, *The 1986 False Claims Act Amendments*, 2011.

⁹² Come annunciato nel dicembre 2012 dal Dipartimento di Giustizia, gli strumenti messi a disposizione dal *False Claims Act* hanno permesso di recuperare nel 2012 la cifra record di 4,9 miliardi di dollari (<https://www.justice.gov/opa/speech/acting-associate-attorney-general-tony-west-speaks-pen-and-pad-briefing-announcing-record>).

⁹³ Si trattava di una lega costituita da rappresentanti di 13 associazioni che facevano pressioni affinché il Congresso approvasse una legge di riforma del servizio pubblico.

svolgere attività politica per suo conto⁹⁴. Per l'ottenimento di una protezione più vasta si dovette aspettare fino al 1912, anno nel quale il Congresso approvò il *Lloyd-La Follette Act*, patrocinato dal senatore repubblicano Robert La Follette e dal rappresentante democratico James Lloyd. Ancora oggi, questa legge, in combinazione con le norme amministrative che ne hanno facilitato l'applicazione, fornisce il quadro normativo che regola i licenziamenti dei dipendenti pubblici.

La legge venne formulata in particolare per impedire i licenziamenti dei lavoratori del settore pubblico, fatta eccezione per i licenziamenti promossi per aumentare l'efficacia dell'azione amministrativa e per i quali è comunicata esplicita motivazione al dipendente.

Questo atto, tuttavia, perseguiva almeno altri due scopi. Innanzitutto, ha inteso garantire ai dipendenti federali il diritto di presentare istanze - individualmente o collettivamente - ai membri del Congresso, ovvero di fornire loro informazioni⁹⁵. Si trattava di un'evidente risposta al bavaglio introdotto in precedenza dai presidenti Theodore Roosevelt e William Taft, che vietava ai dipendenti di comunicare con il Congresso in mancanza di un'autorizzazione dei loro superiori.

In secondo luogo, la legge ha riaffermato il diritto degli impiegati pubblici di aderire alle organizzazioni dei lavoratori, inclusi i sindacati⁹⁶. Questo diritto era stato drasticamente compresso dal presidente Theodore Roosevelt, che nel 1906 aveva proibito ai dipendenti federali di sollecitare (individualmente o attraverso associazioni) un aumento della remunerazione o di influenzare nel proprio interesse l'attività legislativa. La nuova legge, al contrario, ha garantito ai lavoratori del settore il diritto di organizzarsi e di intraprendere una contrattazione collettiva senza interferenze governative, anticipando di circa venti anni il raggiungimento dei medesimi diritti da parte dei lavoratori privati.

⁹⁴ *Arnett v. Kennedy*, 416 U.S. 134 (1974).

⁹⁵ 5 U.S. Code § 7211 - "The right of employees, individually or collectively, to petition Congress or a Member of Congress, or to furnish information to either House of Congress, or to a committee or Member thereof, may not be interfered with or denied".

⁹⁶ 5 U.S. Code § 7102 - "Each employee shall have the right to form, join, or assist any labor organization, or to refrain from any such activity, freely and without fear of penalty or reprisal, and each employee shall be protected in the exercise of such right. Except as otherwise provided under this chapter, such right includes the right (1) to act for a labor organization in the capacity of a representative and the right, in that capacity, to present the views of the labor organization to heads of agencies and other officials of the executive branch of the Government, the Congress, or other appropriate authorities, and (2) to engage in collective bargaining with respect to conditions of employment through representatives chosen by employees under this chapter".

La legge voluta da Lloyd e da La Follette ha aperto la strada alla formazione di importanti sindacati federali e ha assicurato al dipendente la facoltà di rivolgersi ai suoi rappresentanti politici senza che ciò possa essergli negato. Di conseguenza, il *Lloyd-La Follette Act* può essere considerato il primo vero intervento legislativo in favore del whistleblower, in quanto ha permesso indirettamente ai dipendenti di esporre casi di corruzione riguardanti le agenzie e i dipartimenti nei quali lavorano.

Già dagli anni successivi all'adozione della legge, l'applicazione delle sue disposizioni si è trasformata in vere battaglie giudiziarie incentrate sul rispetto della libertà di parola sancita dal I emendamento e sull'equo processo di cui al V e XIV emendamento. Il caso più noto è quello relativo a Wayne Kennedy, un dipendente federale licenziato ai sensi del *Lloyd-La Follette Act* per aver accusato di corruzione un suo superiore senza aver portato alcuna prova. L'impiegato si opponeva in sede giudiziale al licenziamento, ritenendo che i criteri e le procedure individuate dalla legge interferissero ingiustificatamente con la libertà di espressione e confliggevano con le regole per un giusto processo. A essere invocate erano, in particolare, la vaghezza e la fumosità della legge, la quale non avrebbe fornito linee guida sufficientemente precise per definire in quali casi il licenziamento fosse legittimo. In tal modo, i dipendenti pubblici non sarebbero stati a conoscenza di quali tipi di affermazioni avrebbero potuto costar loro il posto lavoro, dissuadendoli dall'esercitare pienamente il diritto di parola per paura di ripercussioni. Nel rigettare questa visione, la Corte Suprema ha invece ritenuto che le previsioni della sopraccitata legge fossero definite in termini che qualunque persona dotata di senso civico avrebbe potuto facilmente comprendere e rispettare. Per di più, la legge è apparsa agli occhi dei giudici un ottimo bilanciamento tra l'interesse del cittadino a commentare e valutare le questioni di rilevanza pubblica e l'interesse dello Stato a promuovere l'efficienza dei servizi pubblici che egli fornisce per il tramite dei suoi dipendenti⁹⁷.

Introducendo quelle regole, il Congresso ha cercato di stabilire criteri generali non per giungere a una definizione dei comportamenti vietati, ma per offrire alle migliaia di dipendenti federali un livello comune di protezione. A differenza delle più recenti leggi

⁹⁷ Arnett v. Kennedy, 416 U.S. 134 (1974).

in materia, il *Lloyd-La Follette Act* non contempla alcuna esenzione o procedura alternativa per specifiche categorie di impiegati⁹⁸.

L'impegno del Congresso per rafforzare la tutela dei whistleblower è stato assai più evidente nella seconda metà del secolo. Già nel 1958 era stato approvato un codice etico che impegnava tutti i dipendenti governativi a esporre senza esitazione i fenomeni di corruzione, ovunque fossero presenti⁹⁹. Ma è solo nel 1978 che il Congresso, approvando la riforma della pubblica amministrazione, ha concesso ai segnalatori il diritto di ricorrere a un'apposita agenzia in caso abbiano subito rappresaglie per aver denunciato un illecito. Con il *Civil Service Reform Act* per la prima volta veniva espressamente riconosciuta la necessità di proteggere i whistleblower pubblici da eventuali ritorsioni, anticipando di qualche anno gli emendamenti al *False Claims Act*. Questa urgenza appariva non più derogabile, alla luce dei tumulti popolari e delle crisi dovute alle violazioni delle libertà civili e agli abusi di potere, che portarono alle dimissioni, sotto la minaccia di impeachment, di Richard Nixon. Lo scandalo Watergate e il rilascio dei "Pentagon papers" avevano anche portato alla scoperta di un autentico controllo esercitato sul pubblico impiego e del suo utilizzo per eludere le restrizioni legali ed etiche sul potere esecutivo.

È stato questo clima a portare all'adozione della riforma, la quale perseguiva due obiettivi apparentemente contrastanti. La legge ha cercato di efficientare il servizio pubblico accrescendo il potere dei manager federali allo scopo di migliorare le prestazioni, creando incentivi economici basati sul merito e aumentando l'influenza politica esercitata dalle sfere politiche sui funzionari pubblici di alto rango. Dati gli scandali e il malcontento dovuto all'intervento in Vietnam, però, la legge ha anche protetto i pubblici impiegati dagli abusi commessi nei loro confronti¹⁰⁰. Un'importante e innovativa disposizione ha assicurato riparo ai whistleblower pubblici, dipendenti che hanno divulgato informazioni che evidenziano violazioni di leggi o regolamenti, sprechi di denaro pubblico, abusi di potere e pericoli per la salute pubblica e la sicurezza. A essere tutelati sono espressamente gli impiegati che abbiano la "ragionevole convinzione" che una loro rivelazione evidenzi comportamenti illeciti. Si tratta a ben

⁹⁸ Dando nuova linfa alla legge, nel 1997 il Congresso ha introdotto nuove norme anti-bavaglio (public law 105-61, page 111, stat. 1318) per annullare gli effetti di un precedente ordine del presidente Reagan che richiedeva ai dipendenti della Sicurezza nazionale di firmare accordi di non-divulgazione.

⁹⁹ 34 CFR Appendix to Part 73, Code of Ethics for Government Service, punto IX.

¹⁰⁰ 5 U.S. Code § 2302.

vedere di un requisito poco esigente, che ha incoraggiato le divulgazioni anche nei casi in cui non fossero presenti effettive infrazioni. A questo riguardo, la riforma ha creato un'agenzia paragiurisdizionale, il Merit System Protection Board, e il braccio investigativo di quest'ultima, l'Office of Special Counsel, allo scopo di esaminare le accuse di frode e soprattutto di investigare sulle ritorsioni subite dai segnalatori.

Sebbene la riforma presenti un carattere potenzialmente innovativo, non bisogna cadere nell'errore di considerare queste tutele del tutto scollegate dal quadro regolatorio precedente. Esse, infatti, possono essere viste come l'implementazione di norme e principi già esistenti nel panorama del pubblico impiego. La disciplina dei dipendenti pubblici si fonda, infatti, sui concetti di responsabilità e accountability, in base ai quali il funzionario è personalmente responsabile della propria cattiva condotta e dei propri inadempimenti. La protezione del segnalatore non comporta nessuna novità in questo senso; consente, semplicemente, al lavoratore di accusare colleghi o suoi superiori per aver posto in essere comportamenti illegittimi. La possibilità di divulgare tali condotte, però, rende più facile garantire che il principio della responsabilità individuale sia applicato a tutti i funzionari, a vantaggio dell'efficienza dell'agire amministrativo.

Per di più, le previsioni del *Civil Service Reform Act* in tema di whistleblowing possono anche essere viste come l'implementazione dell'obbligo di fedeltà dei dipendenti. Il già citato *Code of Ethics for Government Service* del 1958, fra le buone condotte che i pubblici impiegati devono tenere contemplava proprio l'obbligo di fedeltà ai più alti principi morali e al Paese, da anteporre alla lealtà nei confronti delle persone, dei partiti e dell'ufficio di riferimento¹⁰¹. Il codice di condotta, tuttavia, aveva un carattere meramente persuasivo, non lasciando spazio alla protezione del dipendente denunciante. È proprio in questo, allora, che si individua la rivoluzione messa in atto dalla riforma del pubblico impiego: ponendo il dipendente al riparo da ritorsioni, è stata capace di favorire la segnalazione di illeciti e, dunque, di dare piena attuazione a quell'obbligo di fedeltà. In definitiva, ha fornito una protezione giuridica a un comportamento che precedentemente era sostenuto da mere esortazioni.

Il successo della riforma è stato, tuttavia, molto limitato. A distanza di qualche anno dalla sua approvazione, la paura di ritorsioni per i dipendenti era notevolmente

¹⁰¹ 34 CFR Appendix to Part 73, Code of Ethics for Government Service, punto I.

aumentata¹⁰² e gli aspiranti segnalatori rimanevano osservatori silenziosi delle illicite commesse nella pubblica amministrazione. A una lettura attenta della riforma, il motivo è facilmente comprensibile. Essa istituiva delle semplici udienze amministrative nelle quali l'impiegato cercava di opporsi a taluni procedimenti disciplinari avviati nei suoi confronti, lasciando scoperte molte tipologie di ritorsioni. Neanche l'Office of Special Counsel appariva adeguato a dare ristoro contro le rappresaglie, in quanto spesso oscillava tra l'indifferenza e l'aperta ostilità verso il segnalatore; a conferma di ciò, basti notare che nei dieci anni successivi alla sua istituzione l'agenzia aveva condotto un solo procedimento per operare il reintegro di un lavoratore¹⁰³.

3.3 IL WHISTLEBLOWER PROTECTION ACT DEL 1989 E LE MODIFICHE PIÙ RECENTI

Nonostante le numerose critiche mosse nei confronti del *Civil Service Reform Act*¹⁰⁴, il Congresso era convinto che demolire l'impianto della riforma fosse controproducente¹⁰⁵. La soluzione proposta mirava, al contrario, a offrire a quell'impianto una seconda opportunità, operando alcune modifiche mirate.

Anzitutto, ridurre il ricorso all'Office of Special Counsel e garantire al segnalatore il diritto di auto-tutelarsi nei confronti di alcuni casi di ritorsione dinanzi al Merit System Protection Board. Questa facoltà è stata assicurata ad ampie categorie di impiegati, includendo i lavoratori part-time o con contratto a termine, i dipendenti in prova e gli ex dipendenti pubblici. Oltre a incrementare la platea dei soggetti legittimati a rivolgersi all'MSPB, la legge ha ampliato le competenze di quest'ultimo. Se sotto la vecchia legislazione era possibile avanzare solo reclami relativi alle misure disciplinari più severe, le modifiche hanno esteso la portata dei ricorsi a tutte le comuni forme di

¹⁰² Merit System Protection Board, *Blowing the whistle in the federal government: a comparative analysis of 1980 and 1983 survey findings*, 1984, p. 31.

¹⁰³ Devine T. M., *The whistleblower protection act of 1989: foundation for the modern law of employment dissent* in *Administrative Law Review*, 1999, vol. 51, n. 2, p. 534.

¹⁰⁴ Su tutti, il senatore Grassley aveva tuonato contro la riforma affermando che: "The government still hands out the same prizes to whistleblowers: harassment, demotion, transfer and discharge". 134 Cong. Rec. 15117 (1988).

¹⁰⁵ Si veda l'audizione sul Senate Bill 508 tenuta da Edward Wright, membro della Whistleblower Coalition, dinanzi al Subcommittee on Federal Services, Post Office and Civil Service del Committee on Governmental Affairs, 100° Cong. 234-235 (1987).

ritorsione e di molestia. Per di più, il diritto di azione del quale il dipendente è in possesso lo legittima a sollecitare l'MSPB affinché emetta, entro dieci giorni lavorativi dalla richiesta, un ordine di sospensione della misura disciplinare. Per evitare di sovraccaricare il Merit System Protection Board, il dipendente il cui reclamo si fonda esclusivamente su una presunta violazione del *Whistleblower Protection Act* può comunque rivolgersi all'Office of Special Counsel; qualora quest'ultimo entro 120 giorni dovesse restare inerte o deliberare negativamente, sarà comunque possibile ricorrere, entro ulteriori 60 giorni, all'MSPB.

Una seconda modifica ha riguardato la riduzione del potere discrezionale dell'Office of Special Counsel, tramite l'erogazione di maggiori servizi al ricorrente e l'attribuzione a quest'ultimo di un potere di controllo sulle procedure decisionali dell'agenzia. Queste novità sono evidenti in tutte le fasi di vita del reclamo. Inizialmente, entro quindici giorni dal ricevimento della denuncia, l'OSC è tenuto a comunicare per iscritto al ricorrente il ricevimento della querela e il nome dell'ufficiale designato per seguire la pratica. Durante la pendenza del ricorso, l'agenzia deve informare il ricorrente dello stato di avanzamento della denuncia almeno ogni sessanta giorni¹⁰⁶. In conclusione, l'OSC deve notificare alla persona la chiusura delle indagini e un resoconto sui principali fatti accertati; è solo a questo punto che l'agenzia potrà richiedere l'intervento del Merit System Protection Board nel caso ci siano giustificati motivi per ritenere che un atto ritorsivo sia stato compiuto o stia per essere compiuto. Il ruolo del querelante nel procedimento, però, non si esaurisce in un mero diritto a essere informato. A egli, infatti, la legge attribuisce la funzione di sentinella contro la divulgazione di informazioni da parte dell'Office of Special Counsel. L'ufficio è tenuto a non rivelare informazioni relative a chiunque abbia presentato una denuncia di ritorsioni, a meno che non abbia preventivamente ottenuto il consenso dell'individuo al quale quelle notizie si riferiscono¹⁰⁷. In tal modo si è evitato che i datori di lavoro potessero acquisire dall'Ufficio informazioni concernenti i loro dipendenti e lo stato di avanzamento della pratica, utili a definire una strategia per prevalere nel procedimento. Il controllo dei

¹⁰⁶ Questa previsione risponde alle critiche di numerosi whistleblower che lamentavano al Congresso di essere lasciati all'oscuro di cosa l'Office of Special Counsel stesse facendo in relazione alle loro denunce. Al riguardo, può vedersi l'audizione di John M. Berter dinanzi al Subcommittee on Federal Services, Post Office and Civil Service del Committee on Governmental Affairs, 100° Cong. 100 (1987).

¹⁰⁷ 5 U.S. Code § 1212, lettera g. È, tuttavia, prevista un'eccezione nel caso le informazioni siano richieste da un'agenzia per evitare un danno grave alla sicurezza nazionale.

processi informativi, dunque, costituisce il fulcro del progetto per limitare la discrezionalità dell'OSC. L'Office of Special Counsel, però, non è stato oggetto di misure esclusivamente restrittive, ma anche di iniziative costruttive, tendenti a migliorare la qualità del suo intervento. Sin dalla nascita, quest'organo era configurato come una semplice sottounità del MSPB, circostanza che lo rendeva vulnerabile ai tentativi di controllo da parte di quest'ultimo. Con l'approvazione delle nuove misure, invece, il Congresso ha inteso assicurare all'ufficio un elevato grado di indipendenza. A questo scopo, la legge prescrive specificatamente che l'incarico sia affidato a individui qualificati¹⁰⁸, per impedire la nomina di persone prive delle necessarie competenze e designate solo per gratifica politica. Infine, la legge ha anche ampliato i poteri dell'OSC in relazione alle controversie. Nel caso in cui i ricorsi provengano da membri dei "servizi uniformati"¹⁰⁹ o da impiegati sotto contratto con un'agenzia che si occupa di fornitura di beni e servizi, l'OSC ha il potere di inviare raccomandazioni ai vertici delle agenzie nelle quali essi lavorano; a loro volta, entro sessanta giorni tali vertici dovranno trasmettere all'ufficio un resoconto nel quale saranno indicate tutte le azioni messe in atto per dare attuazione a quelle raccomandazioni¹¹⁰. In aggiunta, l'ufficio può presentare istanza al Merit System Protection Board affinché sospenda per quarantacinque giorni le azioni disciplinari illegittime adottate contro il ricorrente.

Vanno menzionate anche altre due importanti novità introdotte dalla legge. Prima di tutto, essa ha portato all'espansione degli ambiti di tutela. Il dipendente, infatti, è protetto anche qualora abbia rifiutato di obbedire a un ordine che avrebbe comportato una violazione di legge¹¹¹.

Secondariamente, il *Whistleblower Protection Act* ha alleggerito l'onere della prova richiesto per ottenere sollievo dalle ritorsioni. Le misure contemplate nella legge sono di tre ordini.

In primo luogo, essa ha operato una cruciale modifica testuale dell'art. 2302, lettera b, numero 8 dello U. S. Code. In precedenza, infatti, erano vietate le azioni disciplinari attuate nei confronti del dipendente "come ritorsione per aver denunciato un illecito". A seguito della modifica, è fatto divieto al datore di lavoro di esercitare un procedimento

¹⁰⁸ 5 U.S. Code § 1211, lettera b.

¹⁰⁹ I servizi uniformati degli Stati Uniti comprendono le forze armate, l'Associazione Nazionale Oceanica ed Atmosferica e il Public Health Service (10 U.S. Code § 101, lettera a, punto 5).

¹¹⁰ 5 U.S. Code § 1215, lettera c.

¹¹¹ 5 U.S. Code § 2302, lettera b, numero 9.

disciplinare adottato “a causa” della denuncia di un illecito¹¹². A un primo impatto la differenza potrebbe apparire insignificante; tuttavia, la correzione ha inteso proibire tutti i provvedimenti fondati sulla divulgazione di una condotta illegittima, a prescindere che essi siano stati presi con intenzioni ritorsive o meno.

In seconda istanza - mancando delle disposizioni specifiche prima dell’approvazione della nuova legge - il Merit System Protection Board, affinché concedesse un rimedio giuridico, richiedeva al ricorrente di dimostrare che la divulgazione avesse giocato un ruolo determinante nell’adozione del provvedimento disciplinare¹¹³. Le nuove norme, al contrario, prevedono che l’MSPB possa ordinare al datore di lavoro di adottare delle azioni correttive qualora il dipendente dimostri che la divulgazione abbia contribuito a far sì che fosse adottata la misura disciplinare¹¹⁴. Anche in questo caso la differenza può apparire minima, ma la modifica ha determinato che l’MSPB possa richiedere la reintegrazione del lavoratore anche qualora la sua rivelazione non abbia avuto un ruolo cruciale nell’adozione del provvedimento disciplinare.

La legge, quindi, ha operato un apparente spostamento dell’onere della prova dal dipendente al datore di lavoro. Spetta, infatti, a quest’ultimo dimostrare, mediante prove chiare e convincenti, che le misure disposte nei confronti del lavoratore sarebbero state prese ugualmente anche in assenza di rivelazioni¹¹⁵. Prevedere che il datore di lavoro debba fornire prove “chiare e convincenti” vuol dire assicurare al whistleblower una posizione di vantaggio. Infatti, affinché possa dirsi che il datore di lavoro abbia adottato un’azione legittima, deve verificarsi che le prove apportate siano sufficientemente forti e persuasive, che siano esistiti comprensibili motivi per rivalersi contro il dipendente e che in altri casi simili l’ente abbia adottato analoghi provvedimenti contro dipendenti che non siano stati whistleblower¹¹⁶.

Vale la pena chiarire che gli alti livelli di protezione assicurati ai segnalatori dal *Whistleblower Protection Act* non vanno intesi come una forma di immunità. Come sostenuto dal senatore William Cohen, “*this new test will not shield employees who engage in wrongful conduct merely because they have at some point blown the whistle*

¹¹² 5 U.S. Code § 2302, lettera b, numero 8.

¹¹³ Può vedersi la pronuncia della Corte Suprema sul caso *Mt. Healthy City School District v. Doyle*, 429 U.S. 274 (1977).

¹¹⁴ 5 U.S. Code § 1214, lettera b, numero 4(B)(i).

¹¹⁵ 5 U.S. Code § 1214, lettera b, numero 4(B)(ii).

¹¹⁶ *Shaw v. Department of the Air Force*, 80. M.S.P.R. 98, 113 (1998).

on some kind of purported misconduct. (...) We do not want to see a situation where individuals who are either mischievous, maladjusted, or have personal agendas try to hide behind this legislation”¹¹⁷.

Una volta esaminate le tutele previste per i soggetti che denunciano attività illecite, resta da affrontare il tema dei canali attraverso i quali un segnalatore può effettuare la sua denuncia.

Dall’analisi fin qui svolta, si è visto come l’Office of Special Counsel sia l’ente al quale un dipendente possa segnalare le violazioni commesse dall’agenzia nella quale lavora. Ogni volta che l’Ufficio riceve informazioni di una presunta illiceità, è chiamato a esaminare le notizie ottenute e, entro quindici giorni, a stabilire se esiste una sostanziale probabilità che le informazioni rivelino l’inosservanza di leggi o regolamenti, episodi gravi di cattiva amministrazione o pericoli per la sicurezza e la salute pubblica¹¹⁸. Analizzate le informazioni e verificata la loro veridicità, l’Ufficio ne dà tempestiva comunicazione all’agenzia coinvolta chiedendole di avviare un procedimento investigativo interno e di inviare le risultanze delle indagini all’Ufficio medesimo¹¹⁹. In caso di inerzia da parte dell’agenzia, l’Office of Special Counsel è tenuto a trasmettere la denuncia del whistleblower a un gruppo di destinatari - il Presidente, le commissioni congressuali di vigilanza e il Comptroller General - insieme a una dichiarazione nella quale si attesta l’inadempienza del direttore dell’agenzia rimasta inerte¹²⁰. Una volta ricevuti gli esiti dell’attività investigativa posta in essere dall’agenzia, il whistleblower è legittimato dall’Ufficio a prenderne visione e a fornire le sue osservazioni¹²¹, partendo dal presupposto che egli ricopre un’ottima posizione per valutare se il report realizzato dalla sua agenzia denoti o meno buona fede; le osservazioni del whistleblower saranno poi inviate ai medesimi destinatari di cui sopra.

La legge del 1989, quindi, oltre a garantire la protezione da comportamenti ritorsivi, ha permesso al segnalante di avere un’importante voce in capitolo nella fase di accertamento della condotta illecita.

Il *Whistleblower Protection Act* non può essere, però, considerato una legge completa. Già nel 1994 alcune difficoltà nell’applicazione ne avevano portato alla modifica,

¹¹⁷ 135 Cong. Rec. 4517 (1989).

¹¹⁸ 5 U.S. Code § 1213, lettera b.

¹¹⁹ 5 U.S. Code § 1213, lettera c, numero 1.

¹²⁰ 5 U.S. Code § 1213, lettera e, numero 4.

¹²¹ 5 U.S. Code § 1213, lettera e, numero 1.

tramite la previsione di nuove forme di tutela e l'individuazione di un numero maggiore di provvedimenti disciplinari vietati. Il Congresso ha tentato anche di intervenire nuovamente sul principio dell'onere della prova, stabilendo che il dipendente possa dimostrare la connessione tra l'azione di whistleblowing e il provvedimento disciplinare facendo leva su una questione di carattere temporale; deve essere provato, cioè, che il provvedimento disciplinare sia stato adottato in un tempo tale che qualunque persona ragionevole possa concludere che la denuncia abbia contribuito all'adozione del provvedimento¹²². Malgrado gli interventi correttivi, i segnalatori federali hanno visto ridursi costantemente le proprie protezioni, principalmente a seguito di una serie di decisioni delle Corti d'Appello, che detengono una competenza esclusiva su molte azioni portate avanti in base alla legge. Fondamentalmente, le corti hanno attribuito una definizione restrittiva delle rivelazioni meritevoli di tutela. Per di più, l'assenza di rimedi per i whistleblower del ramo dell'intelligence ha lasciato senza protezione coloro che sarebbero maggiormente in grado di divulgare le malefatte che influiscono direttamente sulla sicurezza nazionale. Queste osservazioni sono alla base delle più recenti modifiche alla disciplina, in particolar modo di quelle apportate con il *Whistleblower Protection Enhancement Act* del 2012. Che ci fosse un collegamento tra le rinnovate esigenze di tutela dei segnalatori e il settore della sicurezza nazionale è confermato anche dalla relazione di accompagnamento della proposta di legge. A detta del relatore, il senatore Joseph Lieberman, in un mondo come quello post-11 settembre sarebbe stato necessario fare tutto il possibile affinché coloro che conoscono criticità relative ad aeroporti, frontiere, forze dell'ordine e siti nucleari siano in grado di rivelarle senza timori¹²³.

Per facilitare il compito dei segnalatori, la legge del 2012 ha ampliato la disponibilità di canali privilegiati attraverso i quali rendere pubbliche informazioni rilevanti direttamente alle appropriate commissioni del Congresso; ha consentito ad ampie categorie di segnalatori di sottoporre i loro casi direttamente alle corti distrettuali federali; ha previsto ampie forme di tutela per i dipendenti della Transportation Security Administration, l'agenzia governativa dedicata al controllo degli aeroporti; infine ha individuato nuove protezioni per gli impiegati della comunità d'intelligence, modellate sulle tutele già previste per i dipendenti dell'FBI.

¹²² 5 U.S. Code § 1221, lettera e, numero 1(B).

¹²³ 112th Congress, 2d Session, Senate Report 112-155 (2012).

Probabilmente, però, l'intervento più rilevante è stato quello di chiarire una volta per tutte quali rivelazioni comportano una tutela per il loro divulgatore. Secondo il *Whistleblower Protection Act* del 1989 è da giudicare protetta ogni divulgazione che riveli violazioni di leggi o regolamenti, cattiva gestione economica, sprechi, abusi di potere e pregiudizi per la salute pubblica e per la sicurezza. Tuttavia, già dagli anni successivi all'approvazione, tanto il Merit Systems Protection Board quanto i tribunali federali avevano limitato le tutele a specifiche categorie di illeciti, con l'effetto di negare la copertura a numerosi individui che invece, stando allo spirito originario della legge, avrebbero meritato protezione¹²⁴. Tra gli esempi più noti può citarsi la pronuncia relativa al caso *Horton v. Department of the Navy (1995)* nel quale il giudice aveva stabilito che le informazioni relative alle presunte violazioni non fossero protette in quanto rivelate a soggetti non in grado di porre rimedio all'illecito¹²⁵. Nella sentenza *Willis v. Department of Agriculture (1998)* la corte aveva disposto che le divulgazioni eseguite da un dipendente nell'ambito delle sue normali mansioni lavorative non rientrassero nel novero delle rivelazioni protette¹²⁶. Probabilmente, l'evidente tendenza degli organi giudiziari a ridimensionare l'ambito di protezione nasceva dalla preoccupazione che i dipendenti potessero invocare lo status di whistleblower anche con riferimento a ordinarie controversie lavorative, finendo per abusare di questo strumento¹²⁷. In realtà le corti federali e il MSPB detenevano già strumenti volti a dissuadere e a rigettare le rivendicazioni frivole. Affinché venga accettata, infatti, è richiesto che la segnalazione sia rilevante; allo stesso modo, perché il dipendente trovi ristoro da eventuali procedimenti disciplinari adottati nei suoi confronti, è tenuto a provare l'esistenza di un collegamento tra la segnalazione effettuata e il comportamento ritorsivo subito. La legge del 1989, dunque, dirimeva già gran parte delle preoccupazioni degli organi giudiziari. Con l'intervento del 2012 il Congresso ha inteso

¹²⁴ A tal riguardo è eloquente la critica mossa dalla House Committee on Post Office and Civil Service nei confronti di questa interpretazione: «*Perhaps the most troubling precedents involve the [MSPB's] inability to understand that "any" means "any." The WPA protects "any" disclosure evidencing a reasonable belief of specified misconduct, a cornerstone to which the MSPB remains blind. The only restrictions are for classified information or material the release of which is specifically prohibited by statute. Employees must disclose that type of information through confidential channels to maintain protection; otherwise there are no exceptions*» [H. Rep. No. 103-769, at 18 (1994)].

¹²⁵ *Horton v. Department of the Navy*, 66 F.3d 279, 282 (Fed. Cir., 1995).

¹²⁶ *Willis v. Department of Agriculture*, 141 F.3d 1139, 1144 (Fed. Cir., 1998).

¹²⁷ Tale preoccupazione era stata avanzata in *Herman v. Department of Justice*, 193 F.3d 1375, 1381 (Fed. Cir., 1999).

ribadire che la tutela va garantita a tutte le rivelazioni, purché naturalmente evidenzino con chiarezza uno degli illeciti precedentemente indicati.

Gli interventi correttivi della nuova legge non sono terminati qui. Come osservato nell'analisi del *Whistleblower Protection Act*, affinché una segnalazione venga accolta è necessario che il denunciante dimostri di avere la ragionevole convinzione che le informazioni fornite evidenzino un illecito. Questa disposizione, tuttavia, non aveva trovato costante applicazione. Nella controversa sentenza sul caso *Lachance v. White (1999)*, infatti, il giudice aveva statuito che il segnalatore avrebbe dovuto dimostrare i misfatti mediante prove inconfutabili e non manifestando un semplice convincimento¹²⁸. In altre parole, il dipendente avrebbe dovuto provare in maniera incontrovertibile che un pubblico funzionario abbia agito in malafede con l'intento di violare una legge. Sconfessando questa impostazione, la legge del 2012 ha confermato la "ragionevole convinzione" come vero requisito per l'inoltro di una segnalazione.

Le correzioni apportate nel 2012 sono state cruciali per dirimere i numerosi dubbi interpretativi che colpivano le disposizioni in materia di protezione dei segnalatori. Nonostante le modifiche, le continue evoluzioni del pubblico impiego fanno in modo che le norme in tema di whistleblowing debbano essere costantemente aggiornate, per evitare che diventino inadeguate di fronte alla crescente complessità del contesto sociale e lavorativo.

3.4 L'ESTENSIONE DELLE TUTELE AI DIPENDENTI PRIVATI

Il 2 dicembre 2001 la principale azienda americana produttrice e fornitrice di energia, la Enron Corporation, finiva inaspettatamente in bancarotta. La causa del crack era ricollegabile a una costante e lunga attività di falsificazione del bilancio per nascondere perdite gigantesche. Lo scandalo era scoppiato grazie alle rivelazioni di Sherron Watkins, la vice presidente del Corporate Development dell'azienda, che dopo aver denunciato le falsificazioni contabili al consiglio d'amministrazione, era stata minacciata di licenziamento affinché tacesse.

¹²⁸ *Lachance v. White*, 174 F.3d 1378, 1381 (Fed. Cir., 1999).

Il 26 giugno 2002, gli Stati Uniti si svegliavano con un nuovo grosso trauma: il crollo di WorldCom, una delle maggiori aziende di telecomunicazioni al mondo, presente in 65 Paesi e con più di 80 mila dipendenti. Si trattava di una clamorosa frode contabile che aveva visto il colosso truccare i bilanci per celare i conti in rosso. Lo scandalo aveva condotto al licenziamento di circa un quinto della forza lavoro in modo da recuperare in qualche anno i 3,8 miliardi di spese non dichiarate. La denuncia era giunta da Cynthia Cooper, membro dell'ufficio di revisione contabile interna all'azienda, che aveva indagato su alcune spese di capitale della società. Di fronte alle richieste di silenzio provenienti dal direttore finanziario e dal responsabile del controllo finanziario, la contabile non aveva interrotto la sua attività investigativa e si era rivolta al presidente del comitato interno dei revisori dei conti per segnalare la frode.

Oltre a essere accostabili per l'entità dello scandalo e per l'incredibile clamore mediatico, le due vicende erano accomunate dal fatto che sono state scoperte e divulgate da un dipendente dell'azienda, che aveva messo a rischio la propria posizione lavorativa per difendere l'interesse degli investitori. Le due segnalatrici non avevano le medesime forme di tutela poiché, mentre la *Mississippi Law* avrebbe potuto garantire protezione a Cynthia Cooper, la legge texana non avrebbe potuto proteggere Sherron Watkins in quanto priva di disposizioni a tutela dei whistleblower¹²⁹. Al di là delle incongruenze tra le varie discipline statali, la legge federale non salvaguardava i dipendenti di aziende quotate che denunciavano attività illecite con l'intenzione di proteggere l'interesse di privati (quali gli investitori), ma difendeva solo coloro che denunciavano in vista dell'interesse pubblico.

Le segnalazioni effettuate dalle due donne costituivano situazioni del tutto eccezionali. Dalle indagini svolte risultava, infatti, che all'interno delle aziende coinvolte fossero in molti a essere al corrente delle truffe in corso, ma che praticamente nessuno avesse denunciato. Il silenzio era determinato dalla paura di ritorsioni e dalle possibili conseguenze economiche e fisiche di un'eventuale denuncia¹³⁰. È certo, tuttavia, che segnalare quegli illeciti avrebbe permesso ai relativi scandali di scoppiare molto prima,

¹²⁹ Si applicava, infatti, la legge dello Stato nel quale la società aveva sede.

¹³⁰ Da alcune ricerche compiute agli inizi degli anni Novanta su un gruppo di whistleblower, risultava che più dell'82% di loro aveva subito ritorsioni, il 60% aveva perso il lavoro, il 17% aveva perso l'abitazione e il 10% aveva tentato il suicidio. D. Culp, *Whistleblowers: Corporate anarchists or heroes? Towards a judicial perspective*, in *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, volume 13, 1995, p. 113.

evitando perdite economiche così ingenti e producendo un effetto deterrente sulle future frodi.

Dopo qualche settimana dall'emergere dell'ultima vicenda, il 30 luglio 2002 il Congresso adottava il *Sarbanes-Oxley Act*. L'obiettivo della legge non era quello di proteggere i segnalatori, bensì di ripristinare la trasparenza e la credibilità dell'amministrazione societaria e contabile. Si trattava, quindi, di un intervento volto a introdurre nuovi obblighi di informativa societaria e a potenziare il financial reporting e le attività di ispezione e controllo interno. La legge, inoltre, prevedeva per la prima volta una responsabilità penale e societaria in capo ai dirigenti coinvolti in frodi e in falsificazione dei bilanci.

Sebbene non fosse lo scopo primario, offrire tutela ai whistleblower avrebbe consentito il perseguimento delle finalità della legge e avrebbe potuto operare un netto discrimine tra il successo e l'insuccesso degli interventi. D'altronde, senza garantire protezione a chi segnala, le attività di controllo interno avrebbero perso gran parte della loro efficacia. Per questo motivo, la legge ha previsto anche disposizioni mirate a proteggere i denunciatori. Il *Sarbanes-Oxley Act* si differenzia profondamente dalle leggi precedenti sulla stessa materia, in quanto non si limita a contemplare rimedi civilistici in caso di atti ritorsivi, ma punisce penalmente i provvedimenti illegittimi e impone alle società di dotarsi di appositi canali di segnalazione.

La legge vieta alle società statunitensi e alle società di diritto estero quotate in borsa di licenziare, demansionare, sospendere, minacciare e compiere nei confronti di un dipendente qualsiasi altro comportamento discriminatorio basato sul fatto che egli abbia comunicato informazioni, coadiuvato attività investigative, testimoniato o partecipato a un procedimento relativo a violazioni di legge commesse dalla società¹³¹. Le tutele si applicano al caso in cui il dipendente abbia fornito le informazioni alle forze dell'ordine, a un membro o a una commissione del Congresso, a persone con funzioni di controllo sul dipendente o a chiunque abbia ricevuto dal datore di lavoro il potere di indagare e bloccare le infrazioni¹³².

¹³¹ In *Halliburton Incorporated v. Administrative Review Board*, 13-60323 (2014), la quinta Corte d'Appello ha sancito che anche rendere pubbliche informazioni personali relative al dipendente costituisce una condotta ritorsiva vietata dalla legge.

¹³² 18 U.S. Code § 1514^o, lettera a.

Il dipendente che abbia subito uno dei provvedimenti vietati può presentare reclamo al Dipartimento del Lavoro entro novanta giorni dalla presunta azione discriminatoria. Per riuscire a prevalere, il lavoratore è tenuto a dimostrare l'esistenza dell'atto ritorsivo, che la segnalazione sia stata un fattore che abbia contribuito all'adozione della rappresaglia e che il soggetto che ha messo in atto il provvedimento ritorsivo fosse a conoscenza della segnalazione¹³³. Dal canto suo, il datore di lavoro deve dimostrare che avrebbe adottato i medesimi comportamenti anche in assenza della segnalazione.

Una volta depositato il ricorso, il caso verrà acquisito dall'Occupational Safety and Health Administration (OSHA)¹³⁴ che dovrà determinare se la richiesta meriti o meno di essere esaminata. Qualora l'OSHA stabilisca che il dipendente sia stato sottoposto a ritorsioni, è tenuta a ordinare al datore di lavoro di adottare i dovuti rimedi, reintegrando il dipendente, corrispondendogli la retribuzione omessa e pagando le spese legali. Nel caso in cui, invece, l'OSHA ritenga infondata l'accusa, può respingere la denuncia del dipendente. Sia il lavoratore sia il datore di lavoro sono comunque legittimati a ricorrere contro una decisione dell'Occupational Safety and Health Administration e, se l'appello viene accolto, essi hanno diritto a essere auditi di fronte al giudice amministrativo del Dipartimento del Lavoro.

Si deve precisare che l'ordine dell'OSHA di reintegrare il lavoratore è immediatamente esecutivo e non va incontro ad alcuna sospensiva neanche in caso di appello del datore di lavoro. Solo qualora il giudice amministrativo dovesse riconoscere le ragioni del datore, l'ordine di reintegro sarebbe sospeso.

Anche la deliberazione del giudice amministrativo è tuttavia impugnabile, nello specifico dinanzi all'Administrative Review Board del Dipartimento del Lavoro, che ha l'autorità di emanare un'ordinanza per conto del Segretario del Lavoro. Il Dipartimento del Lavoro è tenuto a concludere il giudizio relativo a un caso di whistleblowing entro 180 giorni; nel caso ciò non avvenga, il dipendente è libero di decidere se attendere la pronuncia o se avviare il procedimento ex novo presso la corte distrettuale competente.

Rimangono da affrontare altre due importanti novità introdotte dal *Sarbanes-Oxley Act*. In primo luogo, ha previsto una responsabilità penale in capo al datore di lavoro che adotta condotte ritorsive. Il datore che consapevolmente intraprende azioni

¹³³ 49 U.S. Code § 42121, lettera b, numero 2(B)(i).

¹³⁴ Si tratta di un'agenzia del Department of Labor che ha il compito di garantire la sicurezza del lavoro. Tra le sue funzioni vi è anche quella di applicare numerose disposizioni per la tutela dei whistleblower.

discriminatorie nei confronti di un dipendente che abbia rivelato informazioni veritiere sulla commissione di un reato è punito con la reclusione fino a un massimo di dieci anni¹³⁵. Questa disposizione presenta implicazioni molto significative. Essa protegge le rivelazioni relative a qualunque violazione di leggi federali e, quindi, non si applica solo alla segnalazione di frodi societarie e contabili. Inoltre, essa si applica a tutti i datori di lavoro e non solo a quelli delle società quotate. I datori di lavoro sconfitti in un processo civile concernente un caso di whistleblowing rischiano di ritrovarsi personalmente responsabili in un successivo procedimento penale.

In secondo luogo, la legge richiede che le società quotate in borsa istituiscano comitati di audit. Questi comitati sono tenuti a loro volta a stabilire procedure per accogliere le denunce dei lavoratori - anonime o meno - relative a violazioni di leggi¹³⁶.

Le previsioni del *Sarbanes-Oxley Act* sui whistleblower forniscono, quindi, un quadro generale volto a garantire che i dipendenti segnalino condotte che potrebbero danneggiare gli investitori. Per la prima volta il Congresso ha integrato all'interno di una legge una varietà di elementi diversi, tutti ugualmente necessari per assicurare ai segnalatori una protezione adeguata.

Nonostante i buoni propositi, però, anche l'apporto fornito dal *Sarbanes-Oxley Act* si è rivelato al di sotto delle aspettative. I motivi del suo parziale insuccesso sono soprattutto due.

L'obiettivo della legge era di tutelare gli investitori, facendo sì che essi potessero fidarsi delle informazioni relative alle società quotate in borsa. Questa finalità è stata perseguita cercando di limare i gap informativi esistenti tra gli investitori esterni e gli operatori interni all'azienda, così da garantire che i primi potessero detenere informazioni veritiere e attendibili al pari dei secondi. La questione è che fornire un numero elevato di informazioni non necessariamente è un bene, in particolare se alla quantità non fa seguito una sufficiente qualità delle informazioni stesse. Non sempre, infatti, gli investitori hanno la capacità di comprendere e di prevedere le dinamiche interne alla società. Gli interventi proposti dalla legge, quindi, non hanno posto rimedio alle asimmetrie informative esistenti che inducevano gli investitori a comportamenti rischiosi o sconsigliati. In linea di principio, l'introduzione di appositi meccanismi di controllo interno avrebbe ovviato a questa criticità. Senonché, sebbene la legge abbia

¹³⁵ 18 U.S. Code § 1513, lettera e.

¹³⁶ 15 U.S. Code § 78f.

costretto le società a istituire procedure interne di segnalazione di condotte illegittime, esse non sono obbligate a dare una risposta e a prendere provvedimenti. D'altro canto, è poco probabile che un dipendente possa sentirsi al sicuro segnalando illeciti a organismi interni all'azienda nella quale lavora, circostanza che favorisce la cultura del silenzio. L'incapacità di tutelare pienamente gli investitori e i dipendenti ha determinato, pertanto, la scarsa riuscita della legge.

L'eccessiva speculazione finanziaria e gli scandali emersi durante la Grande Recessione hanno portato il Congresso a rivedere le disposizioni in favore dei whistleblower. L'intervento più sostanzioso si è avuto con l'adozione nel 2010 del *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, con il quale l'amministrazione Obama ha riformato la regolamentazione della finanza rafforzando i canali di monitoraggio e la protezione degli investitori. Nel perseguire i suoi obiettivi, la nuova legge ha operato sostanziali modifiche al sistema di tutela dei segnalatori tracciato dal *Sarbanes-Oxley Act*, in particolare rafforzando i poteri della Securities and Exchange Commission (SEC)¹³⁷.

Il *Dodd-Frank Act* non ha modificato i requisiti oggettivi per la presentazione della denuncia, cosicché essa può fondarsi sulle medesime violazioni di cui al *Sarbanes-Oxley Act*. A cambiare, invece, è prima di tutto l'ambito soggettivo: affinché un individuo possa qualificarsi come whistleblower, infatti, è richiesto che esso produca una "original information", cioè un'informazione derivante da una conoscenza diretta dell'episodio, che non sia già in possesso della SEC e che non scaturisca da fonti mediali o da procedimenti già in corso¹³⁸. La principale novità rispetto alla disciplina precedente, però, è stata l'introduzione di un "whistleblower program", un progetto ideato dal Congresso con l'obiettivo di fornire incentivi economici agli individui che segnalano eventuali violazioni delle leggi sui titoli e sugli scambi. Al pari del *False Claims Act*, dunque, anche la disciplina più recente in tema di finanza ha previsto un meccanismo premiale che si innesca, tuttavia, solo qualora le informazioni fornite permettano alla SEC di comminare ai responsabili sanzioni superiori a un milione di dollari¹³⁹. La previsione di un limite così ampio per poter accedere al premio risponde a una duplice esigenza. Da un lato mira a garantire che le risorse della Commissione

¹³⁷ Si tratta dell'agenzia federale deputata alla vigilanza dei mercati di borsa.

¹³⁸ 17 Code of Federal Regulations, § 240.21F-3.

¹³⁹ 17 Code of Federal Regulations, § 240.21F-3.

vengano utilizzate nelle indagini e nei procedimenti relativi agli episodi più eclatanti, evitando l'eccessivo impiego di mezzi economici per casi di scarsa rilevanza. Dall'altro lato, questo limite incentiva i denunciati a utilizzare i canali di segnalazione interna alle aziende, spingendoli a ricorrere alla SEC solo per le frodi di maggiore entità.

Per facilitare le segnalazioni, la Commissione ha elaborato una serie di regole volte a definire le modalità attraverso le quali le informazioni devono essere trasmesse. Oltre a prevedere la possibilità di inoltrare delle informazioni tramite fax o posta elettronica, la SEC ha ideato un apposito questionario on-line nel quale i segnalatori possono comunicare i propri dati, la posizione rivestita e la violazione di cui sono entrati a conoscenza. In aggiunta alla compilazione del questionario, i whistleblower sono chiamati a sottoscrivere un modulo nel quale confermano, sotto pena di falsa dichiarazione, che le informazioni fornite sono veritiere e complete. La legge ammette anche la possibilità di effettuare denunce anonime: in questa ipotesi il questionario deve essere trasmesso alla Commissione attraverso un legale il quale è tenuto ad accertare l'identità del segnalante.

Nel caso siano rispettati tutti i requisiti, la SEC ha il compito di decidere l'ammontare del premio, che deve essere compreso tra il 10% e il 30% della sanzione inflitta dalla Commissione. Se la SEC concede incentivi a più individui in relazione a un medesimo procedimento o a procedimenti correlati, il premio è destinato a essere spartito tra i singoli segnalatori in proporzioni determinate dalla Commissione stessa. Naturalmente affinché la SEC assegni le ricompense è necessario che essa sia a conoscenza dell'identità dei segnalatori. Per questo motivo, anche qualora l'azione si sia fondata su segnalazioni anonime, al termine del procedimento la Commissione è tenuta a diffondere una "Notice of Covered Action" nella quale esorta i segnalatori a uscire dall'anonimato compilando entro 90 giorni un apposito modulo, in modo da poter ricevere l'incentivo monetario. I dati dei whistleblower vengono, quindi, conservati dalla SEC che deve garantire la loro riservatezza.

Nel deliberare l'importo della ricompensa la SEC deve tener conto di alcuni fattori chiave, quali la rilevanza delle informazioni ricevute e il contributo fornito dal segnalatore o dal suo legale ai fini del buon esito del procedimento¹⁴⁰. Ai sensi della legge, inoltre, sono esclusi dal riconoscimento del premio i segnalatori che risultino

¹⁴⁰ 17 Code of Federal Regulations, § 240.21F-6.

coinvolti nell'illecito denunciato o che abbiano fornito informazioni false o tardive. Sono esclusi, altresì, dalla ricompensa i rappresentanti e gli impiegati della SEC, del Dipartimento di Giustizia, di autorità regolamentari o auto-regolamentari e del Public Company Accounting Oversight Board¹⁴¹.

In caso di rigetto della domanda di ricompensa, la deliberazione della Commissione è appellabile dinanzi alle Corti d'Appello federali entro un massimo di 30 giorni¹⁴².

Va precisato, infine, che a differenza del *False Claims Act* la nuova legge non ha previsto trattamenti di favore per i responsabili di condotte illecite che decidono di collaborare con la SEC e di fornirle informazioni utili, cosicché il loro ravvedimento non li mette al riparo da procedimenti nei loro confronti.

Un ultimo aspetto da affrontare è quello relativo all'allargamento delle tutele contro gli atti ritorsivi. La legge sancisce che nessuno può intraprendere azioni volte a impedire a un individuo di riferire alla Commissione una possibile violazione della legge¹⁴³. Nella cerchia delle azioni proibite rientra anche l'utilizzo degli accordi di riservatezza, che imporrebbero ai dipendenti delle società di mantenere il silenzio in relazione a talune condotte illecite. In particolare, è vietato ai datori di lavoro di adottare comportamenti ritorsivi nei confronti dei segnalatori. Bisogna precisare che i meccanismi di protezione sanciti dal *Dodd-Frank Act* non si applicano solo quando i whistleblower segnalano le violazioni direttamente alla Commissione, ma anche quando riferiscono gli eventuali illeciti agli organi di controllo interni alla società. Si tratta di una precisazione per nulla scontata, soprattutto se si considera che la giurisprudenza delle corti federali è stata spesso discordante. Nel caso *Asadi v. G.E. Energy (USA), LLC (2013)*¹⁴⁴, ad esempio, la quinta Corte d'Appello aveva interpretato le disposizioni della legge in senso restrittivo, individuando una protezione dalle ritorsioni solo a coloro che riferiscono le violazioni direttamente alla SEC. Per contro, in *Berman v. Neo@Ogilvy, LLC (2015)*¹⁴⁵, la seconda Corte d'Appello, nel riconoscere una certa ambiguità delle previsioni in tema di whistleblower, affermava che le tutele contemplate nella legge avrebbero potuto applicarsi pure ai dipendenti che utilizzano i canali di reportistica interna, a prescindere dal fatto che essi abbiano riferito o meno anche alla Commissione. Per dirimere ogni

¹⁴¹ 17 Code of Federal Regulations, § 240.21F-8.

¹⁴² 17 Code of Federal Regulations, § 240.21F-13.

¹⁴³ 17 Code of Federal Regulations, § 240.21F-17.

¹⁴⁴ *Asadi v. G.E. Energy (USA), LLC*, 720 F.3d 620 (5th Circuit, 2013).

¹⁴⁵ *Berman v. Neo@Ogilvy, LLC*, 801 F.3d 145 (2d Circuit, 2015).

dubbio, la SEC ha emanato una guida interpretativa, stabilendo definitivamente che la protezione contro gli atti ritorsivi stabilita dal *Dodd-Frank Act* si applica sia nel caso in cui il segnalatore abbia denunciato l'illecito agli organi di controllo interno, sia qualora si sia rivolto direttamente alla Commissione.

Diversamente da quanto accaduto con altre leggi in materia, l'introduzione nel 2010 di un "whistleblower program" ha permesso di avere un quadro dettagliato sul fenomeno delle segnalazioni¹⁴⁶. Stando ai dati pubblicati dalla Securities and Exchange Commission, le informazioni fornite dai denunciatori hanno permesso finora alla SEC di comminare sanzioni complessive pari a oltre 953 milioni di dollari. A partire dal 2011, anno di avvio del "whistleblower program", per ogni anno finanziario la Commissione ha ricevuto un numero sempre crescente di segnalazioni, raggiungendo finora la soglia di ventimila. Le tipologie di violazioni riportate dai denunciatori sono rimaste generalmente coerenti nel corso degli anni. Dall'avvio del programma, l'informazione societaria, le frodi e le manipolazioni¹⁴⁷ sono costantemente i tre ambiti nei quali i segnalatori effettuano il maggior numero di denunce. Le segnalazioni, comunque, non provengono in maniera uniforme da tutto il territorio statunitense. Dall'analisi dei report elaborati annualmente dalla SEC, infatti, la grande maggioranza delle denunce proviene dagli Stati appartenenti all'area pacifica e a quella atlantica, con picchi massimi in California, New York e Florida, laddove invece le denunce appaiono poco numerose nelle realtà centro-settentrionali del Paese. In compenso, però, la Commissione riceve un numero sempre più ampio di segnalazioni da individui residenti al di fuori del territorio nazionale, in particolar modo dal Canada, dal Regno Unito e dall'Australia. Per comprendere la rilevanza delle denunce provenienti dall'estero, è sufficiente notare che esse costituiscono circa il 10% delle segnalazioni che annualmente pervengono alla SEC.

¹⁴⁶ Per una panoramica globale possono vedersi gli "annual report" sul *Dodd-Frank Whistleblower Program* pubblicati ogni anno dalla Securities and Exchange Commission.

¹⁴⁷ Per "informazione societaria" si intende il complesso di regole che obbliga le società di capitali a sopperire a determinati obblighi informativi riguardanti le dinamiche interne e la contabilità. Per "manipolazione", invece, va intesa qualunque condotta intenzionalmente intesa a raggirare gli investitori influenzando artificialmente il mercato dei titoli.

Per quanto concerne gli incentivi economici, i premi riconosciuti ai denuncianti hanno superato i 154 milioni di dollari finora corrisposti complessivamente a circa 40 individui, con singole ricompense che talvolta hanno raggiunto i 30 milioni¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Finora il premio più elevato è stato di 30 milioni dollari, riconosciuti nel 2014 dalla SEC a un whistleblower residente al di fuori del territorio statunitense.

CAPITOLO 4

LA FIGURA DEL WHISTLEBLOWER NEL REGNO UNITO

Nonostante le norme a protezione dei segnalatori siano state adottate in reazione al clamore provocato da numerosi illeciti, il Regno Unito viene comunemente ritenuto l'esempio migliore di come la protezione del segnalatore non necessiti di numerosi e complessi atti legislativi affinché sia efficace. Uno dei motivi di successo del Regno Unito è rappresentato dalle campagne di sensibilizzazione promosse da varie associazioni, che non solo hanno permesso al whistleblowing di entrare nell'agenda pubblica, ma anche di diffondere nel Paese un'adeguata cultura della segnalazione. Esaminando il contributo offerto da due dei soggetti maggiormente attivi in materia, *Public Concern at Work* e *Article19*, il capitolo si pone l'obiettivo di verificare se quello britannico possa essere considerato a pieno titolo il modello migliore da seguire.

4.1 L'ORIGINE DEL MODELLO BRITANNICO

Il 6 luglio 1988 la piattaforma petrolifera Piper Alpha operante in mare aperto a circa duecento chilometri dalla città scozzese di Aberdeen prese fuoco. Nell'incidente persero la vita 167 dei circa 300 lavoratori a bordo. Il dibattito intorno all'incidente si accrebbe notevolmente quando una relazione redatta dal giudice William Cullen mostrò che la compagnia petrolifera americana Occidental Petroleum, proprietaria della piattaforma, aveva utilizzato procedure inadeguate di manutenzione e sicurezza.

Nel 1991 la Bank of Credit and Commerce International cessò le sue attività dopo che le ispezioni della banca centrale avevano rivelato la scoperta di frodi, prestiti impropri e pratiche contabili ingannevoli. Le verifiche mostrarono che la BCCI era coinvolta in riciclaggio di denaro, evasione fiscale, corruzione, traffico d'armi e stupefacenti e acquisti illegali di altre banche e beni immobili. La banca presentava una struttura organizzativa altamente compartimentalizzata, concepita per favorire le frodi ed evitare la loro individuazione.

Il 22 marzo 1993 quattro studenti di Plymouth morirono a seguito di un incidente in canoa lungo le coste del Dorset, in un'escursione guidata che durante il processo venne

definita mal concepita e mal eseguita. Quella che avrebbe dovuto essere una gita di un paio di ore al largo della Lyme Bay finì in tragedia a causa di un repentino peggioramento delle condizioni climatiche che inondò le canoe e fece scivolare i ragazzi in acqua. Durante il processo, che terminò con la condanna del proprietario dell'impresa di noleggio Peter Kite a tre anni per omicidio colposo, venne portata la testimonianza di una ex dipendente dell'impresa, licenziata per aver inviato al datore di lavoro un report nel quale denunciava problemi di sicurezza nella struttura.

Sebbene differenti nei tempi e nei contenuti, questi episodi erano accomunati da due fattori: l'esistenza di falle nei meccanismi di sicurezza e di controllo e l'evitabilità delle tragedie qualora fossero esistiti idonei canali di segnalazione e adeguate protezioni per i denunciatori. A peggiorare le cose era anche la diffusa convinzione che divulgare informazioni fosse un comportamento meschino riconducibile più a una spia che a un dipendente, che faceva sì che quest'ultimo si limitasse a segnalare le eventuali criticità agli organismi interni alla società, nel rispetto dell'indiscusso principio della fedeltà al datore di lavoro.

Il quadro relativo al whistleblowing nel Regno Unito veniva descritto come la combinazione di regole restrittive e tutele giuridiche inadeguate, che spingevano il dipendente a tacere e lasciavano il datore di lavoro libero di punirlo¹⁴⁹. Il governo britannico era apparso sempre esitante ad allargare la protezione per i segnalatori, non solo per quelli afferenti al settore privato, ma anche per quelli del settore pubblico e in particolare per gli operatori dell'Intelligence e della Difesa. A conferma di ciò, il Parlamento aveva approvato un nuovo codice di condotta dei funzionari statali che imponeva loro, nel caso fossero a conoscenza di qualche misfatto, di rivolgersi al ministro competente e a obbedire alle sue istruzioni o, in alternativa, a dimettersi. Il codice, peraltro, estendeva il dovere di non divulgare informazioni a tutti i dipendenti pubblici in servizio o in pensione.

Esistevano, tuttavia, alcuni limitati casi nei quali la legge tutelava i segnalatori. L'*Offshore Safety Protection Against Victimisation Act* del 1992, ad esempio, forniva protezione contro il licenziamento dei lavoratori operanti nelle industrie estrattive in mare aperto qualora agissero in funzione di rappresentanti della sicurezza. Il *Local Government and Housing Act* del 1989 richiedeva, invece, a tutte le autorità locali di

¹⁴⁹ Cooper J. e Greene D, *Whistleblowers* in *Solicitors Journal*, 20 novembre 1992, p. 1166.

nominare degli ufficiali di vigilanza, col compito di segnalare fenomeni di cattiva amministrazione o gravi violazioni di legge. Ciononostante, alcuni accertamenti avevano mostrato come nei tre anni successivi all'adozione della legge la gran parte degli ufficiali non avesse esercitato la propria funzione e non avesse effettuato segnalazioni¹⁵⁰.

Solo lo sdegno dovuto ai numerosi scandali susseguitisi tra gli anni Ottanta e gli anni Novanta riuscì a operare una rivoluzione culturale nel modo di intendere i whistleblower, mutamento del quale gli organi legislativi non potevano non tener conto. Il governo britannico, però, continuava a non celare la sua ostilità verso gli interventi di tutela ai segnalatori, nonostante fossero in molti a spingere verso una legislazione in materia. Tra le voci più autorevoli, il giudice Alfred Denning riteneva che l'obbligo della riservatezza fosse ormai superato dal diritto a ricevere informazioni sulle cattive condotte e che l'interesse pubblico andasse esteso alla divulgazione di reati, frodi e malagestione amministrativa¹⁵¹. Inoltre, in risposta all'immobilismo del governo iniziavano a sorgere servizi e gruppi di sostegno. La *Royal College of Nursing*¹⁵², ad esempio, aveva istituito nel 1991 un canale di whistleblowing che nell'arco di dodici mesi dall'attivazione aveva ricevuto oltre cento segnalazioni di cattiva gestione e di servizi inadeguati ai pazienti¹⁵³. *Freedom to Care*, a sua volta, poteva essere considerato un eminente gruppo di supporto per il whistleblowing, composto da dottori, infermieri, assistenti sociali, avvocati, accademici ed esperti. L'associazione sosteneva gli impiegati vessati per aver sollevato vicende scomode e supportava le lobby che portavano pressioni al decisore pubblico affinché intervenisse in materia. Tra i vari gruppi di supporto, però, il principale poteva - e può tuttora - essere considerato *Public Concern at Work*, sorto nell'ottobre 1993 con l'intento di incoraggiare i dipendenti a comunicare i pericoli potenziali ravvisati sul posto di lavoro. L'organizzazione offriva un'ampia gamma di servizi di consulenza, formazione e conciliazione rivolti ad aziende, enti pubblici, sindacati e associazioni professionali.

¹⁵⁰ Harrison A., *In office and in power* in *Solicitors Journal*, 21 gennaio 1994, p. 46.

¹⁵¹ Brown D. e McKenna B., *Protecting whistleblowers from victimisation* in *Solicitors Journal*, 9 ottobre 1992, p. 994.

¹⁵² Si tratta di una delle più antiche e più grandi associazioni infermieristiche britanniche.

¹⁵³ Per tutta risposta, alcuni ospedali avevano inserito nei contratti di lavoro dei propri dipendenti delle clausole-bavaglio, che proibivano la divulgazione di informazioni alla stampa e a varie organizzazioni.

Sotto la spinta della direttiva comunitaria 391/89 concernente la sicurezza e la salute dei lavoratori, il governo aveva annunciato che una legge sul whistleblowing sarebbe stata approvata entro il 1993¹⁵⁴ e avrebbe garantito protezione contro le ritorsioni ai lavoratori che effettuavano segnalazioni nell'ambito della sicurezza sul lavoro. Nonostante i buoni propositi, però, si dovette aspettare fino al 1998 per avere la prima e finora definitiva legge a tutela dei segnalatori.

4.2 IL PUBLIC INTEREST DISCLOSURE ACT

«All organizations face the risks of things going wrong or of unknowingly harbouring malpractice. Part of the duty of identifying such a situation and taking remedial action may lie with the regulatory or funding body. But the regulator is usually in the role of detective, determining responsibility after the crime has been discovered. Encouraging a culture of openness within an organization will help: prevention is better than cure.

Yet it is striking that in the few cases where things have gone badly wrong in local public spending bodies, it has frequently been the tip-off to the press or the local Member of Parliament - sometimes anonymous, sometimes not - which has prompted the regulators into action. Placing staff in a position where they feel driven to approach the media to ventilate concerns is unsatisfactory both for the staff member and the organization»¹⁵⁵.

Con queste parole, il secondo rapporto del *Committee on Standards in Public Life*¹⁵⁶ del 1996 descriveva gli obiettivi che una legge a tutela dei whistleblower avrebbe dovuto perseguire. I lavori che avrebbero portato all'adozione della legge erano partiti già da tempo, specialmente grazie all'interessamento di *Public Concern at Work* e di *Campaign for Freedom of Information*, che nel 1995 avevano avanzato un disegno di legge per conto del parlamentare laburista Anthony Wayland Wright. Il governo aveva rigettato la proposta ritenendo non necessario un intervento in materia. I tempi erano però già maturi, al punto che durante la campagna elettorale in vista delle elezioni del

¹⁵⁴ Brown D. e McKenna B., *Protecting whistleblowers from victimisation* in *Solicitors Journal*, 9 ottobre 1992, p. 994.

¹⁵⁵ Committee on Standards in Public Life, Second Report, 1996, p. 21.

¹⁵⁶ Si tratta di un organismo consultivo istituito nel 1994 con il compito di informare il Primo Ministro sugli standard etici nella vita pubblica.

1997, il futuro Primo Ministro Tony Blair aveva inserito nel suo programma la promessa di introdurre regole a tutela dei segnalatori. La nuova legge, il *Public Interest Disclosure Act*, ottenne il consenso dalla Corona il 2 luglio 1998 ed entrò in vigore l'anno successivo¹⁵⁷.

A differenza di quanto accade negli Stati Uniti, il Regno Unito dispone di un unico atto rivolto verso i whistleblower, che disciplina al suo interno le forme di protezione destinate sia ai dipendenti pubblici sia a quelli privati¹⁵⁸. Nell'ambito di applicazione soggettivo della legge rientrano anche gli appaltatori, i collaboratori, i dipendenti del National Health Service e le forze di polizia¹⁵⁹. Non sono soggetti a tutela, invece, i privati cittadini che vogliano denunciare un illecito, così come i lavoratori autonomi e i membri della comunità di intelligence.

La legge prevede espressamente una definizione di quali rivelazioni siano soggette a tutela. Stando alla sezione 43, lettera b, infatti, sono sottoposte a protezione quelle divulgazioni che, secondo la ragionevole convinzione del segnalatore, evidenziano reati di carattere penale, civile o amministrativo, errori giudiziari o possibili pregiudizi per l'ambiente, la sicurezza e la salute pubblica. Allo stesso modo, la protezione si estende a quelle rivelazioni che dimostrano l'occultamento di informazioni preziose concernenti uno dei suddetti ambiti¹⁶⁰. Ai sensi della legge, non assume alcuna rilevanza che il misfatto si sia compiuto o stia per compiersi in territorio britannico o altrove, così come non rileva che la normativa applicabile al caso sia quella del Regno Unito o di altro Paese. Non sono protette, invece, le rivelazioni la cui divulgazione costituisce un crimine, quali quelle effettuate in violazione dell'*Official Secrets Act*¹⁶¹.

Una volta individuate le dichiarazioni meritevoli di tutela, il *Public Interest Disclosure Act* passa a determinare le prerogative che esse devono possedere affinché il dipendente meriti di essere protetto. La legge distingue tre differenti tipologie di segnalazioni, a ognuna delle quali sono richiesti requisiti diversi di presentazione.

¹⁵⁷ La legge ha emendato l'*Employment Rights Act* del 1996 introducendovi nuove norme.

¹⁵⁸ *Employment Rights Act*, sezione 43, lettera k.

¹⁵⁹ Le tutele sono state estese alle forze di polizia con il *Police Reform Act* del 2002.

¹⁶⁰ *Employment Rights Act*, sezione 43, lettera b.

¹⁶¹ Si tratta di un atto che disciplina la divulgazione di documenti e informazioni ufficiali. La legge del 1989, che sostituisce le precedenti, prevede tre categorie di rivelazioni legittime. Prima di tutto, sono legittime le divulgazioni effettuate dai funzionari della Corona nel rispetto dei propri doveri d'ufficio. In secondo luogo, sono valide le segnalazioni fatte da un contraente del governo nell'ambito delle proprie mansioni o previa autorizzazione ufficiale. Infine, sono legittime le divulgazioni provenienti da soggetti diversi dai precedenti e rivelate a funzionari della Corona o previa autorizzazione ufficiale. Si veda: *Official Secrets Act* 1989, sezione 7, punti (1)-(2)-(3).

Anzitutto, l'atto si focalizza sulle cosiddette *internal disclosures*, cioè le rivelazioni effettuate a soggetti interni all'ambito lavorativo del dipendente. In dettaglio, sono protette le divulgazioni effettuate dal lavoratore al suo datore di lavoro, oppure a organi designati da quest'ultimo. Sono tutelate, altresì, le rivelazioni compiute a un ministro, ammesse però solo qualora il segnalatore lavori presso un organismo di nomina ministeriale. Infine, nel novero delle *internal disclosures* rientra anche una categoria sui generis di rivelazioni interne, ossia quelle divulgate a un consulente legale¹⁶². È importante notare che, con riferimento a questo primo gruppo, in passato la legge graduava gli oneri a carico del whistleblower in maniera diversa. Infatti, mentre per le segnalazioni rivolte al datore di lavoro o a un ministro veniva richiesta la buona fede del denunciante, per le rivelazioni effettuate nell'ambito di una consulenza legale quest'onere non era prescritto; cosicché, stando a un'interpretazione letterale della norma, queste ultime segnalazioni avrebbero comportato la protezione del denunciante anche qualora fossero state eseguite in cattiva fede. Come si vedrà più avanti, un recente intervento legislativo ha cancellato questi riferimenti alla buona fede, semplificando notevolmente il quadro interpretativo.

Una seconda tipologia di rivelazioni è costituita dalle *regulatory disclosures*, cioè le segnalazioni effettuate agli organismi di regolazione designati con ordinanza del Segretario di Stato per il commercio e l'industria¹⁶³. Affinché la denuncia sia protetta è necessario che essa si fondi su elementi sostanzialmente veri e che la violazione contestata concerna aree di competenza del soggetto regolatore appellato¹⁶⁴.

Da ultimo, la legge contempla le *wider disclosures*, segnalazioni fatte a una platea di destinatari piuttosto ampia che comprende le forze dell'ordine, i membri del Parlamento, altri soggetti istituzionali e i mezzi di informazione. Questa categoria prescrive prerogative più numerose per i segnalatori, che vanno ben oltre la buona fede e la sostanziale veridicità delle informazioni rese. Il denunciante, infatti, è tenuto ad avere un motivo valido per effettuare la divulgazione e a non mirare a un vantaggio personale. Per di più, è espressamente richiesto il concorso di alcune condizioni alternative: che il dipendente ritenga ragionevolmente che subirà ritorsioni dal datore di

¹⁶² Employment Rights Act, sezione 43, lettere c-d-e.

¹⁶³ Tra questi soggetti rientrano enti quali la *Pension Authority*, la *Health and Safety Executive*, il *Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, il *Department for Innovation, Universities and Skills*, la *Environment Agency* e numerosi altri enti di regolazione.

¹⁶⁴ Employment Rights Act, sezione 43, lettera f.

lavoro o da un soggetto di regolazione a causa della denuncia; che il dipendente ritenga ragionevolmente che, qualora segnalasse la violazione al datore di lavoro o a un soggetto di regolazione, le prove potrebbero da questi ultimi essere distrutte o insabbiate; che il denunciante abbia già segnalato invano al datore di lavoro o al soggetto regolatore; infine, che la violazione denunciata sia di eccezionale gravità¹⁶⁵.

A prescindere della tipologia di segnalazione di cui si tratta, non è previsto l'obbligo per il whistleblower di rivelare informazioni di prima mano, sicché sarà tutelato anche il segnalatore che comunichi informazioni già in possesso ai soggetti deputati a riceverle.

Come si nota, uno dei requisiti fondamentali per presentare una segnalazione è la buona fede del denunciante, la cui assenza determina la mancanza di protezione. A conferma, può farsi riferimento a una nota sentenza del Tribunale del Lavoro, relativa al caso *Street v. Derbyshire Unemployed Workers Centre*¹⁶⁶. In essa, la corte aveva rigettato la richiesta di protezione contro il licenziamento avanzata da un dipendente che aveva rivelato delle violazioni compiute dal datore di lavoro, deliberando che le segnalazioni effettuate erano motivate da meri contrasti personali. Secondo il Tribunale, quindi, non assumeva rilevanza che il segnalatore avesse ragionevolmente ritenuto valide le informazioni relative all'illecito, poiché la denuncia non era mossa dalla buona fede.

In realtà, quanto detto valeva soprattutto nei primi anni di vigenza della legge. Sebbene fosse una qualità imprescindibile, in origine la buona fede era presunta, cosicché spettava al datore di lavoro il compito di dimostrare che il segnalatore avesse agito in maniera scorretta. Questo accadeva in quanto nella concezione britannica il whistleblower assumeva il profilo di un semplice testimone, idea del tutto estranea, ad esempio, alla visione statunitense nella quale il segnalatore è personaggio di spicco della vicenda giudiziaria. Per questo motivo non era necessario che il denunciante portasse le prove della sua buona fede, in quanto il compito di svolgere le indagini era competenza delle autorità preposte. Il problema che si poneva era però la presenza di una molteplicità di posizioni diverse, e talvolta contrastanti, relative a cosa quel principio significasse. Secondo l'interpretazione fornita da *Public Concern at Work*, il vero discrimine per individuare le dichiarazioni meritevoli di protezione avrebbe dovuto essere l'onestà. Stando, invece, ad alcune importanti pronunce giurisdizionali, tra le quali la già citata sentenza del Tribunale del Lavoro sul caso *Street v. Derbyshire*

¹⁶⁵ Employment Rights Act, sezione 43, lettera g.

¹⁶⁶ Si veda anche: *Street v. Derbyshire Unemployed Workers Centre*, Court of Appeal, 21 luglio 2004.

Unemployed Workers Centre, “buona fede” avrebbe dovuto significare assenza di malafede, ossia mancanza di malizia nella presentazione della denuncia. “Buona fede”, allora, avrebbe dovuto significare qualcosa di più della semplice onestà: pertanto, qualora la segnalazione fosse stata dettata da un obiettivo diverso da quello di porre rimedio a un reato, il suo segnalatore sarebbe stato immeritevole di tutela. Il fatto che quest’ultima impostazione fosse largamente diffusa nei tribunali e nelle corti, faceva sì che un datore di lavoro potesse dimostrare agevolmente la malizia del denunciante e, di conseguenza, porre in essere nei suoi confronti condotte ritorsive senza che egli potesse opporsi.

Allo scopo di rimediare a queste criticità, è intervenuto l’*Enterprise and Regulatory Reform Act*, approvato dalla Corona il 25 aprile 2013 ed entrato in vigore due mesi più tardi. Questa legge ha cancellato ogni riferimento alla buona fede dalla sezione 43 del *Public Interest Disclosure Act*¹⁶⁷; in tal modo, per avere protezione è sufficiente che le rivelazioni vengano fatte in vista dell’interesse pubblico. Le recenti correzioni, in realtà, non appaiono idonee a dirimere i numerosi dubbi interpretativi poiché, una volta eliminato il dilemma della buona fede, rimangono i dubbi su cosa debba essere inteso per “interesse pubblico”. A questo proposito la legge tace, lasciando alla giurisprudenza il compito di individuare una soluzione.

Affrontati gli ambiti soggettivi e oggettivi di applicazione della legge, è necessario focalizzarsi sui tipi di protezione disegnati per i whistleblower.

La sezione 2 del *Public Interest Disclosure Act*¹⁶⁸ protegge i dipendenti dal licenziamento, tutelando anche altre categorie di lavoratori che, non essendo licenziabili in quanto non propriamente dipendenti, potrebbero subire ritorsioni di altro genere. La legge non conferisce, invece, alcun diritto di azione nei confronti di rappresaglie compiute da soggetti terzi - quali clienti del datore di lavoro o collaboratori di quest’ultimo - a meno che il datore abbia omesso di proteggere il dipendente da simili azioni. In tempi recenti, inoltre, una modifica operata dall’*Enterprise and Regulatory Reform Act* ha esteso la tutela del lavoratore anche alle ritorsioni poste in essere dai suoi colleghi, introducendo una responsabilità personale di questi ultimi e del datore di lavoro che non abbia adottato adeguate misure preventive. Tra le condotte proibite non

¹⁶⁷ Enterprise and Regulatory Reform Act, sezione 18.

¹⁶⁸ Ha emendato l’*Employment Rights Act* del 1996 introducendovi la sezione 47B.

compare solo l'esecuzione di atti ritorsivi, ma anche la minaccia di eseguirli. Che questa fosse l'intenzione del legislatore lo si denota facilmente dai lavori preparatori della legge e in particolare dalle parole del lord laburista e portavoce del governo Simon Haskel:

«An employee who has made a disclosure to the employer could be threatened with relocation to a remote branch of a company, for instance, where promotion prospects are poorer. That kind of threat is a detriment and even though the worker can be assured that the employer could not lawfully carry out the threat, the fear of the threat may well amount to detrimental action. Any threat which puts a worker at a disadvantage constitutes in itself detrimental action»¹⁶⁹.

Questa impostazione era stata immediatamente accolta anche dalla giurisprudenza in materia, la quale ha unanimemente sancito che la minaccia di ritorsioni costituisce una violazione della legge¹⁷⁰.

Qualora il dipendente lamenti di aver subito un atto ritorsivo dal datore di lavoro, spetta a quest'ultimo spiegare le ragioni che l'hanno spinto ad adottare quel provvedimento ed eventualmente provare che la condotta seguita non ha legami con la segnalazione del lavoratore. Affinché il dipendente possa trovare ristoro, dunque, è necessario che i giudici ravvisino nella divulgazione la ragione principale del provvedimento disciplinare¹⁷¹. Questo punto è stato esaminato in particolar modo in relazione al caso *Hayes v. Reed Social Care & Bradford MDC (2001)*, nel quale è ribadito che possono esserci casi nei quali un datore di lavoro abbia innumerevoli motivi per agire contro un suo dipendente che ha segnalato un illecito; per garantire una tutela bisogna che la segnalazione abbia avuto un ruolo significativo e sostanziale nella messa in atto della ritorsione¹⁷². È prevista, tuttavia, un'eccezione per i segnalatori che hanno lavorato per il datore di lavoro per meno di un anno. In questa circostanza, infatti, l'onere della prova

¹⁶⁹ Public Interest Disclosure Bill, HL Deb. 5 giugno 1998, vol. 590, c. 634.

¹⁷⁰ Si veda la sentenza sul caso *Mennell v Newell & Wright Ltd IRLR 519 (1997)*.

¹⁷¹ Nel caso *Aspinall v. MSI Mech Forge Ltd EAT 891/01 (2002)*, il Tribunale del Lavoro aveva sancito che la segnalazione avrebbe dovuto essere *«the real reason, the core reason, the causa causans, the motive for the treatment complained of»*.

¹⁷² *Hayes v Reed Social Care & Bradford MDC, ET 1805531/00 (2001)*.

non ricade sul datore di lavoro, bensì sul dipendente, il quale è chiamato a dimostrare che la sua denuncia sia stata alla base del licenziamento¹⁷³.

Il soggetto competente a ricevere i reclami dei whistleblower è il giudice del Lavoro. Ai sensi del *Public Interest Disclosure Act* i ricorsi dovrebbero essere promossi entro tre mesi dal compimento della ritorsione ovvero, qualora si sia verificata una pluralità di ritorsioni, entro tre mesi dall'ultimo atto ritorsivo. Se la rappresaglia costituisce non una condotta commissiva bensì un'omissione, il tempo decorre dal momento in cui il datore di lavoro ha deciso di non agire o, nell'impossibilità di determinarlo, dalla data nella quale egli avrebbe dovuto agire. Laddove non sia possibile presentare il reclamo entro questo termine - ad esempio nel caso in cui il segnalatore sia venuto a conoscenza della ritorsione solo in un momento successivo - il giudice può concedere al whistleblower del tempo supplementare. Va sottolineato, quindi, che il termine per la presentazione decorre dal momento dell'adozione della condotta ritorsiva e non dal momento della divulgazione dell'illecito¹⁷⁴.

Qualora il Tribunale del Lavoro decida che un dipendente sia stato vittima di ritorsioni, può stabilire a suo favore un indennizzo economico "giusto ed equo", che tenga conto della gravità dell'infrazione contestata e degli eventuali danni subiti dal lavoratore a causa della ritorsione¹⁷⁵. Il ristoro economico può, tuttavia, essere ridotto nel caso in cui il giudice accerti che il dipendente abbia contribuito ad aggravare il danno sofferto. Un simile provvedimento può essere adottato dal tribunale laddove accerti che la segnalazione che sta alla base della ritorsione sia stata presentata dal lavoratore in cattiva fede.

Bisogna precisare, infine, che in caso di licenziamento il dipendente si trova di fronte a una duplice possibilità. Egli può, infatti, rivolgersi entro 7 giorni al giudice del lavoro e chiedere il reintegro temporaneo in attesa che il procedimento si concluda. In alternativa, può limitarsi a domandare il risarcimento del danno subito, ossia il pagamento dei salari non retribuiti, dei bonus ai quali avrebbe avuto diritto e dei costi sopportati per dover cercare un nuovo impiego¹⁷⁶.

¹⁷³ Si veda la sentenza sul caso *Brothers of Charity Services Merseyside v. Eledy-Cole*, EAT 661/00 (2002).

¹⁷⁴ Si veda la sentenza sul caso *Miklaszewicz v. Stolt Offshore Ltd* IRLR 344 (2002).

¹⁷⁵ *Employment Rights Act 1996*, sezione 49, punti 2-3.

¹⁷⁶ Liguori G., *La disciplina del whistleblowing nel Regno Unito in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, anno 2014, fasc. 3, p. 106.

4.3 IL RUOLO DI *PUBLIC CONCERN AT WORK* NELLA PROTEZIONE DEI SEGNALATORI

Tra le fondazioni di maggior rilievo in ambito di whistleblowing, *Public Concern at Work* può essere considerata a pieno titolo la più nota e intraprendente. Sorta nel 1993, essa mira a rendere il compito del segnalatore meno gravoso, facendo in modo che reati ed episodi di negligenza siano impediti o quantomeno individuati prima che possano cagionare gravi danni. L'obiettivo viene perseguito attraverso linee di consulenza gratuita e attività di influenza politica e di educazione pubblica. I destinatari dei progetti messi in atto dall'associazione, però, non sono esclusivamente gli aspiranti whistleblower. Infatti, sebbene i dipendenti siano nella maggioranza dei casi i primi a venire a conoscenza degli illeciti, ciò che permette loro di denunciare è un'adeguata organizzazione interna alle aziende o agli enti nei quali operano. Per questo motivo, parte delle iniziative dell'associazione sono mirate a promuovere una corretta organizzazione aziendale, così da garantire ai whistleblower un accesso facile e sicuro ai canali di segnalazione.

Oltre a promuovere una corretta cultura della segnalazione, *Public Concern at Work* svolge anche attività di monitoraggio per imprese e soggetti istituzionali, al fine di valutare le policy e le procedure di segnalazione adottate e di fornire indicatori chiari sul grado di efficacia dei sistemi di controllo utilizzati. Infine, su richiesta dell'ente interessato, l'associazione si occupa di formare i manager deputati a indagare sulle violazioni, realizzando autentici corsi di addestramento. La formazione comprende non solo lo studio della legislazione e della giurisprudenza in materia, ma anche lavori interattivi e l'analisi di casi concreti, così da esplorare a fondo alcune delle difficoltà che potrebbero sorgere quando ci si occupa di whistleblowing¹⁷⁷.

Le attività poste in essere dall'associazione, in realtà, non sono necessariamente gratuite. Non ricevendo fondi statali, infatti, le prestazioni rivolte alle imprese e ai soggetti istituzionali vengono erogate solo con l'iscrizione a pacchetti di servizi, che presentano contenuti e costi differenti¹⁷⁸.

¹⁷⁷ <http://www.pcaw.org.uk/business-support/consultancy>

¹⁷⁸ <http://www.pcaw.org.uk/business-support>

I servizi destinati ai singoli whistleblower, al contrario sono totalmente gratuiti. A tal riguardo, per evitare abusi nell'utilizzo dei canali di consulenza e di segnalazione, *Public Concern at Work* ha stabilito alcune linee guida alle quali i singoli segnalatori possono ricorrere prima di effettuare una denuncia¹⁷⁹. In primo luogo, è richiesto ai dipendenti di concentrare le loro segnalazioni su fatti e informazioni che conoscono con certezza, evitando di basarsi su dicerie e pettegolezzi che potrebbero mettere in pericolo tanto la posizione lavorativa dei soggetti segnalati quanto quella dei segnalatori. Una seconda raccomandazione è di comunicare i propri timori in modo professionale, pacato e produttivo. Qualora il dipendente sappia come poter risolvere il problema segnalato, egli è legittimato a suggerire una soluzione. È importante, tuttavia, che il dipendente rimanga nei limiti del lecito, senza avventurarsi in azioni investigative che non gli competono. Infine, è suggerito di non confondere l'interesse pubblico con l'interesse personale: infatti, nel caso in cui il dipendente abbia reclami relativi alla sua posizione personale, l'unica strada consentita resta quella della comunicazione diretta con il datore di lavoro.

4.4 IL MODELLO BRITANNICO FUNZIONA DAVVERO? UN BILANCIO COMPLESSIVO SULL'EFFICIENZA DEL SISTEMA

Nel 2015, *Public Concern at Work* ha pubblicato un dettagliato rapporto nel quale esibisce il frutto di una complessa attività di monitoraggio svolta tra i whistleblower. L'analisi di questi dati può risultare estremamente utile per comprendere se il modello britannico meriti o meno di essere preso come esempio.

L'indagine si fonda sulle informazioni relative a tutti i casi raccolti nel 2014, nei quali numerosi chiamanti cercavano consigli su come segnalare pratiche illecite ed episodi di cattiva amministrazione. Il numero di lavoratori che si erano rivolti alla fondazione si attestava a 1876, in leggero calo rispetto all'anno precedente, ma in netto aumento rispetto al 2012. Nel momento in cui aveva contattato *Public Concern at Work*, la grande maggioranza di essi aveva già sollevato la criticità rilevata al datore di lavoro o a un ente di regolazione, nonostante l'invito della fondazione fosse di rivolgersi a essa

¹⁷⁹ <http://www.pcaw.co.uk/individual-advice/guidance>

ancor prima di aver segnalato, così da aiutare i denunciatori a presentare una segnalazione più efficace. Solo una piccola porzione, corrispondente al 22% dei chiamanti, aveva contattato preventivamente la fondazione¹⁸⁰. La percentuale può apparire bassa, ma la lettura del dato cambia se lo si paragona alla situazione dell'anno precedente. Nel 2013, infatti, il numero di coloro che avevano chiesto consiglio prima di effettuare la segnalazione corrispondeva ad appena il 5% dei soggetti, a dimostrazione che le iniziative della fondazione erano ancora poco conosciute. L'evidente crescita di questo dato nel corso di un solo anno testimoniava l'aumentata notorietà di *Public Concern at Work* e la rinnovata sensibilità dei cittadini sul tema del whistleblowing.

Sul totale delle richieste di sostegno, il 52% proveniva da lavoratori del settore privato, mentre il 39% da impiegati pubblici. La porzione restante giungeva da lavoratori volontari.

Il report ha compiuto anche una distinzione in base alla tipologia della violazione segnalata. Gli illeciti finanziari e le violazioni etiche costituivano i due tipi di misfatti che venivano maggiormente denunciati, rispettivamente nel 18% e nel 17% dei casi¹⁸¹. Le preoccupazioni di carattere etico comprendono pratiche quali il nepotismo, il clientelismo e la mancata protezione dei dati o della riservatezza. Si tratta, a ben vedere, di questioni non sempre semplici da sollevare in quanto le condotte di questo genere sono solitamente meno lampanti rispetto ad altri tipi di misfatti. Per di più, una questione di carattere etico può essere assai soggettiva e spesso si verifica in circostanze nelle quali il lavoratore può essere incerto se segnalare o meno. Considerevoli erano anche le segnalazioni relative alla sicurezza pubblica (14%), ai maltrattamenti di persone vulnerabili (13%), alla sicurezza dei pazienti (11%) e alla sicurezza sul lavoro (9%). A una prima occhiata, sembrerebbe che questi due ultimi ambiti fossero meno rilevanti rispetto ai precedenti. Il punto è che le irregolarità finanziarie, le violazioni etiche e i maltrattamenti sono fenomeni che potrebbero aver luogo in qualsiasi azienda od organizzazione, mentre le violazioni relative alla sicurezza dei pazienti e alla sicurezza sul lavoro costituiscono infrazioni di tipo settoriale, verificabili quasi esclusivamente in ambito sanitario o assistenziale. Per questo motivo, sebbene possano

¹⁸⁰ Public Concern at Work, *The UK whistleblowing report*, 2014, p. 4.

¹⁸¹ *Ivi*, p. 5.

erroneamente apparire meno significative, queste segnalazioni si dimostrano numericamente molto rilevanti.

Scomponendo i dati per settori, l'istruzione rappresentava l'ambito nel quale venivano effettuate più segnalazioni (22% del totale), seguito dal sociale e dalla sanità che riguardavano rispettivamente il 17% e il 16% delle denunce. I dati in questi tre settori, inoltre, si erano dimostrati in notevole aumento rispetto all'anno precedente, in particolare nel settore dell'istruzione che aveva visto raddoppiare il numero di segnalazioni¹⁸².

È da sottolineare, inoltre, che più della metà delle denunce veniva sollevata direttamente all'interno dell'azienda o dell'ente ossia, in prima istanza, agli organi di amministrazione e controllo. L'aver effettuato delle denunce, a dire il vero, non necessariamente comporta un intervento da parte dei soggetti deputati a riceverle. Anche se questo contrasta con la visione comune secondo la quale i segnalatori sono fatti oggetto di ritorsioni e molestie, in realtà la maggior parte degli individui è destinata a rimanere senza risposta, positiva o negativa che sia. Questo fa sì che le persone risultino scoraggiate dal denunciare, in quanto nella gran parte delle ipotesi la situazione esistente prima della segnalazione è destinata a non cambiare.

Questo naturalmente non implica che le ritorsioni siano una conseguenza rara. Stando al rapporto del 2014, il settore dell'istruzione è stato quello che ha assistito al maggior numero di licenziamenti (il 16% dei segnalatori) e di dimissioni (18%), una soglia ben più ampia rispetto al settore sanitario che ha assistito al licenziamento del 15% dei denunciatori e alle dimissioni del 7% di essi. Al contrario, l'assistenza sociale è stata l'ambito nel quale si è verificato il numero maggiore di soprusi (8%) e di atti disciplinari di altro genere (31%). Se si considera la totalità dei settori nei quali è possibile denunciare, i numeri appaiono ancora più preoccupanti. La metà dei segnalatori, infatti, è stata licenziata o è andata incontro alle dimissioni, mentre un ulteriore 28% ha subito soprusi da colleghi o dal datore di lavoro. Questo indica che solo due whistleblower su dieci non hanno subito ritorsioni a seguito della loro denuncia¹⁸³.

¹⁸² *Ivi*, p. 6.

¹⁸³ *Ivi*, p. 9.

Infine, per quanto riguarda l'esito della segnalazione, il 63% di esse è stato ignorato o rigettato dal datore di lavoro e solo il 16% ha condotto a una risoluzione della criticità¹⁸⁴.

I dati forniti dal rapporto di *Public Concern at Work* mostrano incontrovertibilmente come le misure previste nell'ordinamento britannico non forniscano al whistleblower un sufficiente incentivo a segnalare. La maggior parte dei dipendenti ha confermato la propria reticenza a denunciare, dovuta alla paura di ritorsioni da parte del datore di lavoro e dei colleghi. D'altro canto, appare poco plausibile che un lavoratore metta a repentaglio la propria posizione lavorativa per una segnalazione che, quasi sicuramente, non porterà alla risoluzione della criticità sollevata. Questa paura confligge con l'impressione complessiva che la figura del whistleblower desta. Stando, infatti, a uno studio commissionato da *Public Concern at Work* nel giugno 2013, il 74% dei lavoratori britannici ha una visione positiva o neutra di questa figura¹⁸⁵. Questo suggerirebbe che, con qualche intervento mirato, la cultura della segnalazione potrebbe concretamente diffondersi.

Partendo da questo presupposto, nel febbraio 2013 *Public Concern at Work* ha istituito una *Whistleblowing Commission* per esaminare l'efficacia delle segnalazioni nei luoghi di lavoro e formulare raccomandazioni utili a migliorarla. La Commissione, costituita da esperti e accademici, ha operato in collaborazione con lavoratori, avvocati, sindacalisti e politici e ha prodotto un totale di 25 raccomandazioni di vario genere. Vale la pena accennare brevemente a tre di queste.

In primo luogo, la Commissione ha invitato il ministro competente ad adottare un codice di condotta che possa essere utilizzato come parametro nelle vicende di whistleblowing. La Commissione ha abbozzato un progetto di codice che definisce gli standard in materia ai quali gli enti e le aziende devono conformarsi. In particolare, il codice offre un supporto agli organi di indirizzo e controllo per la creazione di adeguati canali di segnalazione per i dipendenti¹⁸⁶.

In secondo luogo, si ritiene necessario apportare precise modifiche al *Public Interest Disclosure Act*. L'obiettivo principale è di operare una semplificazione della legge, di

¹⁸⁴ *Ivi*, p. 8.

¹⁸⁵ <http://www.pcaw.org.uk/whistleblowing-commission-sources-yougov-survey>

¹⁸⁶ *Public Concern at Work - The Whistleblowing Commission, Report on the effectiveness of existing arrangements for workplace whistleblowing in the UK*, 2013, p. 28.

ampliare le categorie di illeciti segnalabili e di allargare la platea di segnalatori meritevoli di tutela. La Commissione ha mirato, soprattutto, a estendere le protezioni ad altre categorie di soggetti, quali medici di base, professionisti del sistema sanitario, ministri di culto e incaricati di pubblico servizio. Infine, le tutele sarebbero da allargare anche ai lavoratori che operano all'estero per conto di imprese britanniche¹⁸⁷.

Un'ultima ma cruciale raccomandazione ha esortato le autorità a proteggere i segnalatori dalle blacklist¹⁸⁸, liste elaborate generalmente da organizzazioni ed enti di varia natura che contengono i nomi di persone ritenute sleali e traditrici. La preoccupazione circa questo fenomeno era sorta già da svariati anni, a seguito di un evento particolarmente inquietante. Nel febbraio 2009, al culmine di un'operazione segreta durata oltre trent'anni, gli investigatori dell'Information Commissioner's Office avevano rinvenuto alcuni registri all'interno di un'anonima abitazione della cittadina di Droitwich. L'edificio costituiva il quartier generale della Consulting Association, un'associazione che nel giro di sedici anni aveva creato un dettagliato database segreto relativo a migliaia di lavoratori edili. Il meccanismo escogitato prevedeva che, qualora un lavoratore chiedesse un impiego in un cantiere, il datore di lavoro si rivolgesse alla Consulting Association per verificare che il richiedente rientrasse nella cerchia dei lavoratori ritenuti fedeli e devoti all'impresa. La blacklist, quindi, era uno strumento utile ai datori di lavoro per tenere alla larga persone scomode quali attivisti sindacali, difensori della sicurezza sul lavoro ed ex whistleblower. L'episodio, però, non coinvolgeva solo imprenditori edili, poiché le indagini avevano dimostrato che la Consulting Association contava sull'aiuto di membri della polizia che fornivano loro informazioni sui lavoratori.

I tentativi di porre rimedio al fenomeno erano partiti già l'anno successivo allo scandalo. Nel 2010, ad esempio, il legislatore ha proibito le "liste nere" di dipendenti coinvolti in attività sindacali, mentre alcuni imprenditori si sono attivati per risarcire i lavoratori coinvolti. Nonostante i buoni propositi, il fenomeno ha continuato a proliferare al punto che sono numerose le denunce di persone che riferiscono di non

¹⁸⁷ *Ivi*, pp. 17-20.

¹⁸⁸ *Ivi*, p. 18-19.

riuscire a ottenere un impiego a causa di una loro precedente attività di whistleblowing¹⁸⁹.

Proprio in base a queste osservazioni, la Whistleblowing Commission ha chiesto a gran voce al governo di aumentare gli sforzi per la scoperta delle blacklist e di ampliare il campo di applicazione del *Public Interest Disclosure Act* anche ai soggetti in cerca di lavoro¹⁹⁰.

4.5 IL CONTRIBUTO FORNITO DA ARTICLE 19

Article 19 è un'importante organizzazione con sede a Londra che lavora a livello globale per proteggere e promuovere la libertà di espressione e di informazione. Essa svolge un gran numero di attività, che vanno dal monitoraggio alla ricerca, fino alla realizzazione di campagne di lobbying con l'obiettivo di diffondere l'importanza del pluralismo e della diversità di opinioni. Sebbene gli intenti dell'associazione siano molto ampi, essa ha anche offerto un eminente contributo al dibattito sulla tutela dei whistleblower, non lesinando critiche nei confronti della legislazione britannica.

Secondo *Article 19* ci sono pochi dubbi che i governi britannici abbiano deliberatamente perseguito una politica volta a scoraggiare i segnalatori¹⁹¹. Le leggi in materia, infatti, impedirebbero la divulgazione delle informazioni incidendo profondamente sui segnalatori, che rischierebbero di affrontare ritorsioni, gravi sanzioni finanziarie e, nei casi più gravi, privazioni della libertà personale. Il riferimento è soprattutto alla discrezionalità lasciata ai giudici, i quali estenderebbero a dismisura il novero delle informazioni soggette all'*Official Secrets Act*, ossia quelle non rivelabili che conducono a pene severe in caso di divulgazione¹⁹². A questo si aggiunge la volontà di alcuni tribunali di trattare con pene più dure le violazioni degli obblighi di riservatezza compiute da ex membri dell'intelligence. In questi casi, i giudici hanno recentemente abbandonato la regola generale per la quale la giusta pena per queste infrazioni sia il

¹⁸⁹ Si veda, ad esempio, il caso di Lisa Martin la quale ha testimoniato di non riuscire a ottenere un nuovo lavoro dopo aver denunciato nel 2011 lo scandalo della casa di cura Orchid View, nella quale erano inspiegabilmente morti 19 anziani (<http://www.bbc.com/news/uk-24600613>).

¹⁹⁰ Public Concern at Work - The Whistleblowing Commission, *Report on the effectiveness of existing arrangements for workplace whistleblowing in the UK*, 2013, p. 19.

¹⁹¹ Article 19 e Liberty, *Secrets, Spies and Whistleblowers: Freedom of Expression in the UK*, 2009, p. 45.

¹⁹² Sull'*Official Secrets Act* si veda la nota 13.

semplice risarcimento dei danni cagionati, prevedendo sanzioni più considerevoli¹⁹³. Naturalmente, non è scontato che gli informatori vengano condannati, ma anche un procedimento che si conclude con l'assoluzione dell'imputato potrebbe concorrere a intimorire gli aspiranti whistleblower.

A detta dell'organizzazione, questi meccanismi non hanno contraccolpi solo nei confronti del singolo segnalatore, ma producono anche effetti di raffreddamento dello spirito collaborativo dei lavoratori. Data la mancanza di un'adeguata protezione dei denunciatori e l'assenza di chiarezza su quali informazioni siano concretamente coperte da riservatezza, il regime attuale è estremamente frustrante per chi vuole denunciare in vista dell'interesse pubblico. Le ripercussioni, inoltre, sarebbero evidenti anche nei confronti del mondo mediale. Le tendenze più recenti, infatti, manifesterebbero una crescente volontà di esercitare pressioni economiche sui mezzi di informazione attraverso denunce civili per danni, inducendoli all'autocensura¹⁹⁴.

Dall'analisi di *Article 19*, quindi, si evince che l'effetto demotivante della legislazione e delle condotte politiche britanniche si estende ben oltre i settori interessati. Non è rilevante, a tal riguardo, che tali effetti siano deliberatamente cercati o che siano i sottoprodotti non intenzionali di azioni intraprese per altri motivi. Per l'organizzazione, finché gli autentici whistleblower saranno perseguiti al pari di coloro che fanno divulgazioni veramente dannose, alle buone intenzioni dei lavoratori molto difficilmente potranno far seguito azioni a tutela dell'interesse pubblico.

¹⁹³ Si veda, ad esempio, il caso *Attorney-General v. Blake and another*, House of Lords, 27 luglio 2000.

¹⁹⁴ *Article 19 e Liberty, Secrets, Spies and Whistleblowers: Freedom of Expression in the UK*, 2009, p. 46.

CAPITOLO 5

LA PROTEZIONE DEL “LANCEUR D’ALERTE” IN FRANCIA

Almeno fino al 2005, l’esperienza francese ha evidenziato una forte contrarietà al whistleblowing, a lungo considerata pratica riconducibile agli apparati delatori che soffocarono il Paese durante l’occupazione tedesca. Attualmente la legge e le autorità francesi appaiono meno ostili ai segnalatori, sebbene il diritto di denunciare condotte illecite sia fortemente bilanciato dalla necessità che le segnalazioni siano disinteressate, in buona fede e proporzionate alla salvaguardia degli interessi in gioco. Il capitolo propone una panoramica della normativa francese in materia di whistleblowing, riservando particolare attenzione alla gradualità che ha caratterizzato lo sviluppo della disciplina. È importante, a questo fine, l’esame della legge *Sapin II*, uno degli interventi legislativi più recenti in materia, frutto di anni di dibattito circa l’opportunità di istituzionalizzare la pratica della segnalazione.

5.1 L’ORIGINE “AMERICANA” DEL FENOMENO

L’interesse francese per la protezione dei segnalatori è un fenomeno piuttosto recente che, curiosamente, trae origine da eventi verificatisi a più di cinquemila chilometri di distanza. I primi sistemi di segnalazione francesi, infatti, hanno preso il via in seguito all’approvazione da parte del Congresso statunitense del *Sarbanes-Oxley Act*, che impone a tutte le società, comprese quelle straniere quotate presso la Borsa di New York, di potenziare i meccanismi di reportistica e di controllo interno. La legislazione statunitense, però, confliggeva fortemente con quella francese, al punto che nel maggio 2005 la Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés (l’autorità nazionale per la protezione dei dati) si era rifiutata di acconsentire alle linee dirette di denuncia istituite da due società americane¹⁹⁵. La decisione della CNIL stabiliva che la creazione di canali di segnalazione anonima fosse esagerata rispetto all’obiettivo perseguito e che generasse il rischio di denunce infondate e diffamatorie. Nel rifiutarsi di autorizzare

¹⁹⁵ Ai sensi dell’art. 25, comma 4 della legge n. 78-17/1978 (“Loi informatique et libertés”) queste procedure sono soggette all’autorizzazione preventiva della Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés.

quelle linee di comunicazione, la Commissione aveva ritenuto l'approccio al whistleblowing delle due aziende incompatibile con la normativa francese sulla protezione dei dati, sancendo che il danno alla reputazione professionale di un individuo che avrebbe potuto derivare da eventuali abusi della procedura avrebbe costituito una minaccia ben più grande rispetto a quelle che la procedura stessa cercava di prevenire. La CNIL sosteneva, pertanto, che meccanismi di reportistica e di controllo più trasparenti e meno invasivi potessero offrire una soluzione maggiormente adeguata e garantire una migliore protezione della privacy. La decisione della Commissione aveva conseguenze di vasta portata per le aziende sussidiarie interessate, mettendole a rischio di sanzioni penali e civili in caso di inosservanza della legislazione francese. Per giunta la posizione della CNIL veniva accolta anche dai tribunali. Il 15 settembre 2005, ad esempio, il Tribunale di primo grado di Libourne aveva vietato a BSN Glasspack, una società affiliata del gruppo americano Owens-Illinois, di sviluppare la sua linea etica. Nel raggiungere questa decisione, il giudice aveva avanzato le medesime preoccupazioni della CNIL, ossia che quella procedura avrebbe rischiato di causare più danni di quanti ne avrebbe potuti prevenire¹⁹⁶. La pronuncia del Tribunale di Libourne scatenava i timori di un gran numero di aziende affiliate a gruppi americani, le quali, se si fossero adeguate al modello francese, avrebbero finito per violare la normativa statunitense.

5.2 IL WHISTLEBLOWING E IL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA E ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

L'atteggiamento ostruzionistico della Commissione era destinato a durare ben poco, tanto che già nel novembre 2005 aveva assunto una posizione più flessibile varando una serie di linee guida affinché le procedure di segnalazione divenissero conformi alla legge francese. In quel documento la CNIL si diceva sostanzialmente favorevole a tali procedure, definite "*dispositifs d'alerte professionnelle*", purché fossero garantiti i diritti di tutela dei dati personali e della riservatezza dei singoli. Con questo rinnovato

¹⁹⁶ Tribunal de grande instance de Libourne, Ordonnance de référé 15 septembre 2005, CE BSN Glasspack, syndicat CGT/BSN Glasspack.

spirito collaborativo, la Commissione ha fornito una lista di condizioni il cui rispetto avrebbe potuto spingerla all'accettazione della pratica del whistleblowing.

- Fissando la prima condizione, la CNIL ha immediatamente puntato a far luce sulle sue intenzioni: le procedure di segnalazione avrebbero dovuto essere facoltative e dotate di un limitato raggio di applicazione¹⁹⁷. Questa richiesta non appare sorprendente, soprattutto considerando i numerosi richiami fatti in passato al principio della proporzionalità tra strumenti e fini. Stando al documento della Commissione, le linee di segnalazione non avrebbero potuto sovrapporsi ai meccanismi di controllo già imposti alle aziende dalla legge francese. I canali etici di whistleblowing, dunque, non avrebbero dovuto sostituirsi alle procedure già esistenti, ma tutt'al più affiancarvisi e attivarsi solo qualora queste ultime non avessero portato agli esiti sperati. In aggiunta, le procedure di segnalazione avrebbero dovuto essere limitate ai soli ambiti di applicazione del *Sarbanes-Oxley Act*, ossia alla contabilità, alla finanza, alle attività bancarie e alla lotta alla corruzione. L'utilizzo delle medesime procedure per un novero di irregolarità più vasto, come ad esempio il mancato rispetto delle norme sul lavoro o delle regole di condotta professionale, sarebbe stato problematico a causa del rischio di abusi. A detta della Commissione, quindi, la previsione di una hotline etica allargata a tutte le possibili tipologie di violazioni sarebbe stata dannosa per l'integrità personale e professionale dei dipendenti. Anche in questo caso il principio evocato era quello della riservatezza. Le operazioni che prevedono il trattamento dei dati personali, infatti, devono fondarsi su un esplicito obbligo giuridico oppure su un interesse legittimo e consolidato del titolare del trattamento che non prevarichi i diritti e le libertà dei soggetti coinvolti. L'obbligo previsto da una legge straniera di introdurre una linea di segnalazione, al contrario, non può fungere da base giuridica per consentire l'elaborazione di dati personali. Nonostante i rilievi mossi, la Commissione ha riconosciuto che gli obblighi imposti alle società statunitensi dal *Sarbanes-Oxley Act* rispondano a un legittimo interesse sociale; in definitiva, ha ritenuto ammissibili le hotline etiche relative ai controlli contabili e agli episodi di

¹⁹⁷ Commission nationale de l'informatique et des libertés, *Document d'orientation adopté par la Commission le 10 novembre 2005 pour la mise en œuvre de dispositifs d'alerte professionnelle conformes à la loi du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, 10 novembre 2005, annesso alla deliberazione 2005-305 dell'8 dicembre 2005.

corruzione a patto che le aziende rispettino il principio della riservatezza dei dipendenti e che lascino liberi questi ultimi di decidere se segnalare o meno. Con riguardo a quest'ultima raccomandazione, anche il Ministero del Lavoro non ha esitato a dire la propria, ribadendo che *«l'utilisation des dispositifs d'alerte ne doit pas faire l'objet d'une obligation mais d'une simple incitation. (...) Rendre obligatoire la dénonciation revient donc en réalité à transférer sur les salariés la charge de l'employeur en matière de respect du règlement intérieur. On peut également estimer que l'obligation de dénonciation serait contraire à l'article L120-2 du code du travail en tant que sujétion non proportionnée à l'objectif à atteindre»*¹⁹⁸.

- Una seconda esortazione della Commissione ha chiesto di definire rigorosamente le categorie di dipendenti ammessi a segnalare. Anche questa condizione deriva dal rispetto del principio della proporzionalità, in base al quale i dati personali possono essere trattati solo se oggettivamente necessari al raggiungimento dello scopo prefissato. I dipendenti situati alla base della gerarchia organizzativa generalmente non sono coinvolti in attività di rendicontazione e di audit e dunque, secondo la CNIL, non dovrebbero essere soggetti alla disciplina sulle segnalazioni. Le aziende, allora, dovrebbero assolvere al compito di delimitare l'ambito di applicazione soggettivo delle procedure di denuncia, definendo in maniera esplicita a quali dipendenti sia concesso effettuare segnalazioni¹⁹⁹.
- In una delle raccomandazioni più significative, la Commissione ha espresso la sua contrarietà alle segnalazioni anonime, ritenute colpevoli di aumentare il rischio di accuse false e caluniose. Al contrario, l'identificazione del mittente opererebbe una responsabilizzazione degli utenti della procedura, eviterebbe denunce infondate, garantirebbe una migliore protezione dell'autore da eventuali ritorsioni e assicurerebbe una maggiore efficacia della segnalazione aprendo alla possibilità di contattare l'autore per ulteriori dettagli. Le aziende, quindi, dovrebbero implementare procedure specifiche di segnalazione e di gestione delle denunce. In particolar modo, esse dovrebbero esaminarle preventivamente per verificarne la rilevanza e scoraggiare i dipendenti a denunciare in forma anonima, spingendoli a rivelare informazioni sui fatti piuttosto che sulle persone. La Commissione non ha

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ *Ivi*, punto 2.

fornito ulteriori indicazioni al riguardo, fatta eccezione per un importante richiamo alla *Loi informatique et libertés*: l'identità del denunciante deve essere trattata con riservatezza, in modo da evitare che egli soffra pregiudizi a causa della segnalazione²⁰⁰.

- Il potenziale utilizzatore della linea etica dovrebbe ricevere informazioni chiare e complete sullo scopo della procedura e dovrebbe essere messo al corrente qualora sia lui l'oggetto della segnalazione di un altro utente. Gli obblighi di informazione sono sanciti dall'art. 32 della *Loi informatique et libertés*, il quale prevede che il responsabile del trattamento dei dati comunicati ai soggetti interessati l'identità del titolare del sistema, lo scopo della hotline, le questioni che possono essere denunciate, il carattere non obbligatorio della procedura e la titolarità del diritto di accesso e di rettifica. In aggiunta a queste previsioni, la Commissione ha raccomandato che i dipendenti siano informati sulle sanzioni disciplinari e giudiziarie in caso di abuso del sistema e siano consapevoli che un utilizzo in buona fede non comporta tali sanzioni neanche qualora i fatti dichiarati risultino inesatti e non portino ad alcun esito²⁰¹.
- Le segnalazioni dovrebbero restare strettamente confidenziali e non dovrebbero essere utilizzate per scopi diversi dallo svolgimento delle indagini²⁰². Data l'elevata sensibilità dei dati elaborati nel contesto della hotline, le aziende sono chiamate ad adottare misure appropriate per garantire la sicurezza e la riservatezza delle informazioni e delle denunce ricevute. Sebbene le segnalazioni non contengano necessariamente dati riservati ai sensi della legge francese, le informazioni trattate potrebbero avere un grande impatto sull'integrità dei dipendenti e, di conseguenza, potrebbero essere considerate intrinsecamente sensibili dalle autorità di protezione dei dati. Per questo motivo, le aziende dovrebbero adottare metodi certi di conservazione delle informazioni e raccogliere solo i dati strettamente necessari all'accertamento dei fatti. Si tratta di un procedimento non affatto semplice, poiché le segnalazioni effettuate dai dipendenti sono quasi sempre influenzate dalla loro percezione soggettiva; le imprese, allora, sono chiamate a ridurre al minimo la

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ *Ivi*, punto 4.

²⁰² *Ivi*, punti 5 e 6.

divulgazione di dicerie e di sospetti infondati, incentivando i dipendenti a effettuare segnalazioni precise e accurate²⁰³.

- La Commissione ha raccomandato alle aziende di creare strutture interne deputate alla gestione delle segnalazioni e delle indagini, composte da individui specializzati, numericamente esigui e contrattualmente vincolati al rispetto del principio della riservatezza dei dati. Il fatto che sia richiesto di avvalersi di personale interno non impedisce, tuttavia, l'utilizzo di soggetti terzi, quali i call center, che saranno soggetti ai medesimi vincoli in tema di trattamento e protezione dei dati. Questo implica che le disposizioni sulla sicurezza e la riservatezza delle informazioni debbano essere imposti anche ai fornitori di servizi, ferma restando la responsabilità diretta dell'azienda in caso di violazioni²⁰⁴.
- Le aziende dovrebbero contemplare un meccanismo di valutazione del dispositivo di segnalazione in modo da adottare eventuali misure correttive. Per garantire l'efficacia delle procedure, le imprese sono invitate a valutare regolarmente la funzionalità delle linee di segnalazione per accertarsi che esse rispondano agli obiettivi per i quali sono state introdotte²⁰⁵.
- Le informazioni fornite a seguito di segnalazioni infondate dovrebbero essere immediatamente distrutte. Inoltre la Commissione ha suggerito che i dati relativi a denunce che necessitano di ulteriori indagini vengano eliminati entro due mesi dalla conclusione delle operazioni di verifica, a meno che l'azienda decida di avviare procedimenti disciplinari o giudiziari nei confronti dei soggetti segnalati o degli autori della segnalazione eventualmente ritenuta insussistente e diffamatoria²⁰⁶.
- Il documento prescrive che le persone nei cui confronti vengono presentate segnalazioni siano subito informate in modo che possano esercitare i propri diritti di accesso, opposizione e rettifica. La rigorosa osservanza di questo principio, tuttavia, rischierebbe di ostacolare le indagini fin dal loro avvio. Anticipando questa obiezione, la CNIL consentirebbe l'adozione di misure volte a evitare la perdita di prove importanti e ammetterebbe di non informare immediatamente i soggetti coinvolti, purché i dati loro relativi rimangano protetti. D'altro canto le aziende

²⁰³ *Ibidem.*

²⁰⁴ *Ivi*, punto 7.

²⁰⁵ *Ivi*, punto 8.

²⁰⁶ *Ivi*, punto 9.

presentano un interesse a raccogliere tutte le informazioni necessarie per esaminare efficacemente una denuncia e, dunque, appare comprensibile che i diretti interessati non vengano informati finché non siano stati acquisiti tutti gli elementi utili alle indagini. È importante, però, che tali misure abbiano una durata limitata e che, appena possibile, gli individui coinvolti vengano informati sulle accuse a loro carico e sui loro diritti²⁰⁷.

- La Commissione ha anche ribadito il diritto dei soggetti interessati ad accedere alle informazioni personali utilizzate nell'ambito della procedura di segnalazione²⁰⁸. Il diritto di accesso, tuttavia, deve essere applicato in modo ragionevole, al punto che l'azienda può rifiutarsi di fornire informazioni fondamentali per lo svolgimento delle indagini, fino alla conclusione di queste ultime. Anche se in circostanze eccezionali il diritto di accesso può essere limitato, tali restrizioni devono naturalmente conciliarsi con i principi generali del giusto processo e della proporzionalità. Per di più non è possibile, sulla base del proprio diritto di accesso, ottenere informazioni relative a soggetti terzi, come ad esempio l'identità del segnalatore²⁰⁹.

Ai soggetti coinvolti, infine, va garantito anche un diritto di rettifica che consente loro di correggere le informazioni personali imprecise.

Per essere legittimo, dunque, un sistema di segnalazione avrebbe dovuto soddisfare tutte le condizioni, ma sarebbe ugualmente rimasto subordinato a una preventiva autorizzazione da parte della CNIL. Tuttavia, per semplificare gli oneri amministrativi la Commissione ha successivamente emanato una procedura di autorizzazione unica, in base alla quale le società sono state chiamate a dichiarare formalmente la conformità dei loro meccanismi di segnalazione alle condizioni sopra esposte. Questo ha portato le aziende interessate a verificare attentamente i propri dispositivi di whistleblowing e a porre in essere tutte le misure correttive necessarie ad adeguarli al documento della CNIL.

²⁰⁷ *Ivi*, punto 10.

²⁰⁸ La legge n. 78-17/1978 ("Loi informatique et libertés") agli artt. 39 e 40 sancisce i diritti di accesso e di rettifica dei dati personali.

²⁰⁹ Commission nationale de l'informatique et des libertés, *Document d'orientation adopté par la Commission le 10 novembre 2005 pour la mise en œuvre de dispositifs d'alerte professionnelle conformes à la loi du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, 10 novembre 2005, punto 11, annesso alla deliberazione n. 2005-305 dell'8 dicembre 2005.

5.3 I PRIMI PASSI VERSO LA TUTELA DEL SEGNALATORE

L'ordinamento francese non prevedeva alcun dovere generale di denuncia, fatta eccezione per l'obbligo di segnalare i crimini. Il Codice Penale, infatti, punisce chiunque possa impedire un delitto o un reato contro l'integrità fisica di una persona ma si astiene deliberatamente dal farlo²¹⁰. Vi erano, tuttavia, soggetti od organi giuridicamente obbligati a informare il pubblico ministero di ogni infrazione che costituisce reato penale. Gli esperti contabili e i revisori dei conti, nonché gli avvocati, i notai e gli ufficiali giudiziari, avevano infatti un dovere specifico di comunicare al ministro dell'economia qualsiasi somma e operazione finanziaria sospettata di essere legata a fenomeni corruttivi, al traffico di stupefacenti, alla criminalità organizzata e alle attività terroristiche. Gli stessi doveri gravavano anche su ogni altra persona fisica o giuridica la cui attività professionale concerneva la gestione e il controllo delle attività d'investimento²¹¹. Fatte salve queste eccezioni, la legge statuiva che i dipendenti non potessero essere obbligati dal datore di lavoro a effettuare segnalazioni.

Prima dell'introduzione di norme specifiche, la protezione dei dipendenti che segnalavano condotte illecite era garantita solo in relazione ad alcune fattispecie ben definite. Il Codice del Lavoro, infatti, poneva in capo al lavoratore il dovere di riferire immediatamente al datore di lavoro o a un suo delegato ogni situazione lavorativa che, secondo la sua ragionevole convinzione, avrebbe costituito un pericolo imminente e grave per la sua vita e per la sua salute. Allo stesso modo, il dipendente era tenuto a comunicare ogni eventuale difetto riscontrato nei sistemi di protezione²¹². Questo obbligo era esteso anche ai funzionari pubblici, i quali erano tutelati da eventuali provvedimenti disciplinari e decurtazioni stipendiali qualora si fossero sottratti dall'eseguire una mansione ritenuta dannosa per la loro salute²¹³.

Inoltre, il Codice del Lavoro ammetteva la protezione dei dipendenti che avessero riferito atti ritorsivi dettati da ragioni discriminatorie. In caso di controversia, l'onere della prova ricadeva comunque sul segnalante, il quale avrebbe dovuto presentare tutti gli elementi di fatto utili a comprovare l'esistenza della discriminazione. Alla luce di

²¹⁰ Code pénal, art. 223-6.

²¹¹ Code monétaire et financier, art. L562-2, come in vigore fino al 1° febbraio 2009.

²¹² Code du travail, art. L231-8, comma 1. Questo articolo è stato abrogato dall'Ordonnance n. 2007-329 del 12 marzo 2007.

²¹³ Decreto n. 82-453 del 28 maggio 1982, art. 5-6, come in vigore fino 1° luglio 2011.

questi elementi, il datore di lavoro avrebbe dovuto dimostrare che i provvedimenti disciplinari adottati fossero motivati da ragioni diverse dagli intenti discriminatori²¹⁴.

Da ultimo, il Codice del Lavoro tutelava i dipendenti che avessero riferito episodi di molestia sessuale o morale²¹⁵, intendendo con quest'ultima ogni comportamento mosso contro un lavoratore allo scopo di ledere la sua dignità o la sua integrità psicofisica.

A prescindere dal soggetto al quale veniva sporta, la legge puniva la denuncia presentata in malafede relativa a fatti totalmente o parzialmente errati²¹⁶.

Come si nota, l'ordinamento francese non mancava del tutto di norme in tema di whistleblowing, ma si trattava di disposizioni ricavabili da una pluralità di atti che, anche se considerate assieme, non fornivano un quadro preciso e dettagliato del fenomeno. È interessante notare che anche la Corte di Cassazione si era espressa sulla questione delle segnalazioni, collaborando alla costruzione di un corpus di regole destinate a proteggere colui che segnala irregolarità all'interno dell'azienda nella quale lavora e dimostrando forse una maggiore lungimiranza rispetto al legislatore. Nella fattispecie, i giudici avevano stabilito che la rivelazione da parte di un dipendente a un soggetto terzo di anomalie relative all'impresa non costituisce reato, a condizione che i fatti riportati siano veritieri e che il lavoratore abbia agito in buona fede, senza aver voluto nuocere deliberatamente al datore di lavoro²¹⁷.

Il primo effettivo sforzo del Parlamento per tutelare il segnalatore risale solo al 2007, con l'introduzione della legge n. 1598. Anche in questo caso la protezione del whistleblower costituiva una misura complementare, necessaria per perseguire un obiettivo diverso. L'intento dell'intervento legislativo, infatti, era di dare attuazione alla Convenzione ONU e alle due Convenzioni del Consiglio d'Europa contro la corruzione, colpendo i pubblici ufficiali che si lasciano corrompere e punendo il traffico d'influenze. A questo scopo il ruolo dei segnalatori appariva cruciale al fine di assicurare la scoperta di tali reati e di sanzionarne gli autori. La norma si rivolge a una pluralità di individui, proteggendo non solo i dipendenti, ma anche i candidati a una posizione lavorativa o a un periodo di formazione. Questi soggetti sono coperti nei

²¹⁴ Code du travail, art. L122-45. Questo articolo è stato abrogato dall'Ordonnance n. 2007-329 del 12 marzo 2007.

²¹⁵ Code du travail, artt. L122-46 e L122-49. Questi articoli sono stati abrogati dall'Ordonnance n. 2007-329 del 12 marzo 2007.

²¹⁶ Code pénal, art. 226-10.

²¹⁷ Cour de Cassation, Chambre sociale, 14 marzo 2002.

confronti di una lunga serie di ritorsioni, quali il licenziamento, il demansionamento, l'assegnazione ad altro incarico, la mancata promozione, il trasferimento, il mancato rinnovo del contratto di lavoro e qualsiasi altra misura discriminatoria. Affinché queste tutele si applichino, però, è necessario che i segnalatori abbiano rivelato l'episodio di corruzione al datore di lavoro o alle autorità giudiziarie e amministrative e che la denuncia sia stata sporta in buona fede. Nel rispetto di queste condizioni, qualsiasi rottura del contratto di lavoro dovuta alla segnalazione sarebbe nulla. L'onere della prova ricade, dunque, sul datore di lavoro che è chiamato a dimostrare la mancanza di collegamento tra il provvedimento disciplinare adottato e la denuncia compiuta dal lavoratore²¹⁸. A ben vedere, però, la nuova legge non ha fatto altro che introdurre nel Codice del Lavoro un ulteriore ambito nel quale le segnalazioni sono protette, da aggiungersi ai settori già precedentemente contemplati nel codice.

Oltre alla spinta proveniente dal contesto europeo e internazionale, a sollecitare la protezione dei whistleblower erano anche taluni scandali mediatici²¹⁹, che hanno portato il legislatore ad adottare numerose altre disposizioni in materia. Esse hanno esteso le tutele antidiscriminatorie ai soggetti che segnalano infrazioni relative alla sicurezza sanitaria in ambito farmaceutico²²⁰, che divulgano violazioni in materia ambientale²²¹ e che riferiscono episodi di conflitto d'interessi²²². Tuttavia, questo cumulo di norme non aiutava la chiarezza e aumentava il rischio di incoerenze.

5.4 GLI SVILUPPI RECENTI: LA LEGGE *SAPIN II*

L'adozione della legge n. 2016-1691 del 9 dicembre 2016 (*loi "Sapin II"*) ha tentato di mettere ordine sulla questione e ha riconosciuto per la prima volta l'importanza della cultura della segnalazione all'interno delle aziende. La legge *Sapin II* ha istituito un regime giuridico generale di protezione del segnalatore, proponendone prima di tutto una definizione univoca. Ai sensi della norma, il "lanceur d'alerte" è la persona fisica

²¹⁸ Legge n. 1598/2007, art. 9. Questa norma ha modificato il Codice del Lavoro inserendovi l'art. L1161-1, successivamente abrogato nel 2016.

²¹⁹ Si pensi ad esempio alla frode alimentare scoperta nel 2013, relativa all'utilizzo di carne equina in vari alimenti confezionati.

²²⁰ Legge n. 2012/2001, relativa al potenziamento della sicurezza dei prodotti sanitari.

²²¹ Legge n. 216/2013, relativa all'indipendenza delle perizie in materia di salute e ambiente.

²²² Legge n. 907/2013, relativa alla trasparenza della vita pubblica. L'art. 25, concernente la tutela dei segnalatori di episodi di conflitto d'interessi, è stato successivamente abrogato nel 2016.

che rivela o segnala, in maniera disinteressata e in buona fede, un reato, una violazione grave e manifesta di una legge o di un regolamento o una minaccia per l'interesse pubblico. Al contrario, sono esclusi dal regime di segnalazione così definito i documenti e le informazioni coperti da segreto di Stato, da segreto medico o da segreto relativo al rapporto tra un avvocato e il suo cliente²²³.

In modo più specifico, la legge pone in capo alle persone giuridiche di diritto pubblico o di diritto privato con almeno cinquanta dipendenti, alle amministrazioni statali, ai comuni con più di diecimila abitanti e agli enti pubblici di cooperazione intercomunale l'obbligo di mettere in atto procedure appropriate di raccolta delle segnalazioni formulate dai membri del loro personale o dai collaboratori esterni e occasionali²²⁴. Solo le persone fisiche, quindi, sono ammesse alla denuncia, previsione facilmente comprensibile dal momento che il "lanceur d'alerte" deve aver avuto una conoscenza personale dei fatti riportati che gli permette di assicurare la veridicità di questi ultimi e di assumersi la responsabilità della segnalazione. Le condizioni per l'acquisto dello status di segnalatore, tuttavia, non sono scontate. In effetti, la posta in palio è molto alta: se lo status di "lanceur d'alerte" non è accordato, la persona è destinata a non ricevere alcuna protezione e potrebbe essere oggetto di sanzioni disciplinari, civili o penali. Uno dei principali scopi della legge, quindi, è quello di chiarire ai dipendenti e alle imprese le condizioni per la concessione di questo status, in modo che il segnalatore possa sapere in anticipo se sarà o meno protetto e se l'impresa potrà o meno punire gli eventuali abusi. In primo luogo, il denunciante deve aver avuto una conoscenza diretta e personale dell'episodio riferito e deve aver agito in buona fede, condizione quest'ultima divenuta assai ricorrente in tema di whistleblowing. Va sottolineata, in aggiunta, la connotazione della denuncia come "disinteressata": il "lanceur d'alerte", allora, non soltanto dovrà essere in buona fede, ma non dovrà trarre alcun vantaggio personale dalla segnalazione. In secondo luogo, affinché sia protetto per l'aver divulgato informazioni protette dalla legge, quali ad esempio informazioni sulla fabbricazione, il denunciante dovrà segnalare in modo adeguato e proporzionale alla salvaguardia degli interessi in gioco²²⁵. In assenza di indicazioni più dettagliate, spetta comunque al giudice valutare caso per caso se la segnalazione sia stata opportuna o meno.

²²³ Legge n. 1691/2016, art. 6.

²²⁴ Legge n. 1691/2016, art. 8, comma 3.

²²⁵ Legge n. 1691/2016, art. 7, che aggiunge al Codice Penale francese l'art. 122-9.

Quanto alle modalità di segnalazione, la legge ha disegnato delle procedure di allarme graduali. Il denunciante è tenuto a comunicare la violazione al suo superiore gerarchico, al suo datore di lavoro o a un soggetto designato da quest'ultimo; in caso di disinteresse di questi soggetti, egli è autorizzato a rivolgersi all'autorità giudiziaria, all'autorità amministrativa o agli ordini professionali; solo in ultima istanza, qualora i soggetti precedentemente menzionati siano rimasti inerti per un periodo di almeno tre mesi, il denunciante è legittimato a rendere pubblica la segnalazione²²⁶. In caso di pericolo grave e imminente o in presenza del rischio di un danno irreversibile, l'individuo può scavalcare il livello più basso di segnalazione, comunicando i fatti direttamente agli organi giudiziari e amministrativi e rendendoli pubblici²²⁷. Riconoscendo la complessità della procedura, la legge ha tentato di andare incontro ai lavoratori ammettendoli, in caso di dubbio, a segnalare la violazione al Difensore dei diritti al fine di essere consigliati sul soggetto appropriato a cui rivelare²²⁸.

Nonostante la tortuosità, questo dispositivo arreca notevoli benefici a tutti i destinatari. Da parte sua, infatti, il segnalatore è consapevole dei canali attraverso i quali può agire; dall'altra parte, il datore di lavoro ha l'opportunità di esaminare la segnalazione internamente, prima ancora che essa venga riferita all'esterno. La successione di passaggi fissata dalla legge mostra anche il vantaggio di spingere il datore di lavoro a reagire velocemente, per evitare che le rivelazioni vengano palesate. Le procedure previste, tuttavia, potrebbero anche presentare un inconveniente di non poco conto: il datore, infatti, potrebbe soffocare la denuncia prendendo le misure necessarie a far sparire le prove, prima che la segnalazione venga resa pubblica²²⁹. Non va dimenticato, però, che la legge prevede alcuni salvagente, a cominciare dalla norma che permette al "lanceur d'alerte" di presentare le sue rivelazioni direttamente agli organi giudiziari e amministrativi in caso di pericolo grave e imminente. Per di più, chiunque ostacoli la presentazione di una denuncia ai soggetti deputati è punito dall'art. 8 con la reclusione fino a un anno e con una consistente sanzione monetaria²³⁰.

²²⁶ Legge n. 1691/2016, art. 8, comma 1.

²²⁷ Legge n. 1691/2016, art. 8, comma 2.

²²⁸ Legge n. 1691/2016, art. 8, comma 4.

²²⁹ C. Chapuis, *Dispositif d'alerte dans les entreprises : une mise en œuvre qui soulève des questions*, Dalloz Actualité, 9 novembre 2016.

²³⁰ Legge n. 1691/2016, art. 13, comma 1. La sanzione economica è fissata a euro 15.000.

Una volta definite le condizioni per l'acquisto dello status di "lanceur d'alerte" è necessario comprendere di quali protezioni egli può avvalersi. Una prima, classica, forma di tutela è quella di tipo professionale grazie alla quale il dipendente è garantito contro il licenziamento, il trasferimento e qualunque altro tipo di ritorsione. È prevista, inoltre, un'inversione dell'obbligo della prova a vantaggio del dipendente, cosicché è compito del datore di lavoro dimostrare che il provvedimento disciplinare adottato sia stato determinato da ragioni differenti dalla segnalazione²³¹. L'efficacia di questa tutela è assicurata dalla legge grazie all'attribuzione al lavoratore del diritto di adire il Tribunale del Lavoro qualora il contratto di lavoro venga rotto a causa della rivelazione²³².

Un'ultima questione da affrontare è quella relativa agli impegni che la legge richiede al datore di lavoro. La previsione che il "lanceur d'alerte" debba segnalare in prima istanza a soggetti interni all'azienda determina che quest'ultima debba dotarsi di adeguati meccanismi di segnalazione. A tal riguardo vale la pena ribadire che numerose imprese hanno adottato già da tempo tali dispositivi, quindi per esse la vera incombenza è di garantirne la conformità con la legge. Senonché la *Sapin II* ha fissato un duplice obbligo per le grandi aziende, che presumibilmente procurerà non poche difficoltà pratiche. L'art. 8, come si è già detto, prevede che le persone giuridiche di diritto pubblico e di diritto privato con almeno cinquanta dipendenti, le amministrazioni dello Stato, i comuni con più di diecimila abitanti e gli enti di cooperazione intercomunale adottino procedure adeguate di raccolta delle segnalazioni dei membri del proprio personale e dei collaboratori esterni e occasionali. Inoltre, l'art. 17, con riferimento alle altre misure di lotta contro la corruzione e alle varie violazioni dell'integrità, dispone che i presidenti, i direttori generali e i dirigenti di un'azienda che impiega almeno cinquecento dipendenti, o che appartiene a un gruppo di società la cui azienda madre ha sede in Francia e impiega almeno cinquecento dipendenti, e il cui fatturato è superiore a cento milioni di euro sono tenuti ad adottare misure per prevenire e individuare la commissione, in Francia o all'estero, di atti di corruzione o di traffico d'influenze. I soggetti di cui all'art. 17 sono tenuti a mettere in opera anche canali atti a raccogliere le segnalazioni dei dipendenti relative all'esistenza di azioni o di situazioni contrarie al codice di

²³¹ Legge n. 1691/2016, art. 10, comma 1, che modifica l'art. 1132-3-3 del Codice del Lavoro aggiungendovi il secondo capoverso e modificandone il terzo.

²³² Legge n. 1691/2016, art. 12.

condotta della società. L'articolato degli artt. 8 e 17, quindi, suscita delle perplessità, poiché le grandi aziende sono chiamate da un lato ad adottare idonee procedure di raccolta per le denunce provenienti dal proprio personale e dai propri collaboratori e dall'altro lato a istituire meccanismi di segnalazione interna destinati alla rivelazione da parte dei dipendenti di comportamenti contrari al codice di condotta societario. Per questa ragione, il problema che sembrerebbe porsi per tali società è quello di mettere in azione due distinti dispositivi di allerta oppure di fondere le due procedure in una; soluzione quest'ultima difficilmente praticabile, considerato il diverso oggetto dei due obblighi di segnalazione. Bisogna precisare, tuttavia, che la legge opera un costante richiamo a un futuro decreto governativo che dovrebbe dirimere tutte le incertezze e guidare le imprese all'attuazione della normativa. Occorrerà attendere l'adozione di questo decreto, dunque, per dissipare ogni perplessità.

Al di là di quelli che saranno gli sviluppi futuri, restano aperte altre questioni. Prima di tutto, la gestione delle informazioni è di cruciale importanza per le imprese. Uno dei problemi principali sarà, infatti, quello di assicurare la riservatezza e la protezione dei dati personali del "lanceur d'alerte" e dei soggetti coinvolti. A tal proposito, la legge *Sapin II* richiede che le procedure adottate garantiscano una rigida riservatezza dell'identità dell'autore della segnalazione, delle persone chiamate in causa e delle informazioni raccolte²³³. Gli elementi che potrebbero permettere di identificare il segnalatore non possono essere divulgati, fatta eccezione che all'autorità giudiziaria previo consenso del segnalatore stesso. Allo stesso modo, anche le informazioni che permetterebbero l'identificazione delle persone accusate possono essere comunicate solo all'autorità giudiziaria, una volta accertata la fondatezza delle accuse.

In definitiva, dopo l'approvazione di una lunga serie di leggi settoriali contenenti sparse previsioni sui whistleblower, recentemente l'ordinamento francese è riuscito ad arricchirsi di una legge precisa e dettagliata in materia, dimostrando una crescente attenzione alle pratiche anticorruzione e una rapida diffusione della cultura della segnalazione.

²³³ Legge n. 1691/2016, art. 9.

CAPITOLO 6

LA DISCIPLINA ITALIANA: ALCUNI SPUNTI CRITICI

Al fine di esaminare la normativa italiana in materia di whistleblowing, occorre partire dalla considerazione che essa non si fonda su un interessamento volontario del legislatore, bensì sulle sollecitazioni provenienti dal contesto internazionale ed europeo. L'ingresso "forzoso" della norma nel nostro ordinamento non sviscerisce, tuttavia, il carattere rivoluzionario della disciplina, che ha permesso un cambio di paradigma nella lotta alla corruzione. Grazie all'approvazione della legge n. 190/2012, per la prima volta l'attenzione si è spostata dalla repressione dei fenomeni corruttivi alla loro prevenzione, obiettivo per il quale la tutela del segnalatore appare essenziale. La normativa italiana, tuttavia, non è esente da criticità. Le recenti proposte di modifica stanno cercando di ovviare all'assenza di una protezione effettiva dagli atti ritorsivi e alla mancanza di incentivi economici in favore del denunciante. Come si vedrà, alle buone intenzioni del legislatore spesso non corrispondono azioni concrete, cosicché l'Italia non è ancora pronta per essere considerata un Paese per whistleblower.

6.1 LA DISCIPLINA PRIMA DELLA LEGGE N. 190/2012

Fino al 2012 in Italia mancava una normativa specifica volta a proteggere il dipendente che denuncia un illecito. Nel nostro ordinamento esistevano già disposizioni relative, in senso più o meno lato, al nesso segnalazioni/efficienza delle pubbliche amministrazioni: si trattava, però, di norme quasi sempre indirette, disorganiche e talvolta poco conosciute. Oltretutto, la loro individuazione richiedeva il ricorso alla consultazione di atti normativi molto diversi tra loro, spesso rivolti ad alcune categorie di destinatari predeterminati.

Le principali prescrizioni in materia erano quelle tuttora contemplate nel codice penale il quale, agli articoli 361 e seguenti, fissa in capo a specifici soggetti l'obbligo di denuncia di reato all'autorità giudiziaria. A essere sottoposti a tale vincolo sono in particolare il pubblico ufficiale²³⁴ - cioè colui che concorre alla formazione della volontà dell'ente pubblico, ovvero che è dotato di poteri autoritativi, certificativi o di

²³⁴ Cfr. art. 361 del Codice Penale

rappresentanza esterna dell'ente stesso - e l'incaricato di pubblico servizio²³⁵, ossia il soggetto che, pur svolgendo attività pertinenti allo Stato, non è dotato dei medesimi poteri attribuiti al pubblico ufficiale. Lo scopo di queste disposizioni, tuttavia, non è quello di tutelare il soggetto denunciante, bensì di garantire l'efficace funzionamento dell'amministrazione della giustizia, assicurando che le notizie di reato pervengano tempestivamente all'organo competente. Queste previsioni si sono dimostrate parzialmente inidonee a incentivare e persuadere i destinatari a riferire episodi illeciti di cui sono venuti a conoscenza. Solo in poche occasioni i casi di omessa denuncia sono giunti dinanzi all'autorità giudiziaria²³⁶, sia a causa della difficoltà nel dimostrare che un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio fosse a conoscenza di un episodio di corruzione, sia in virtù dell'esiguità delle sanzioni previste²³⁷.

Risultava, invece, più strutturata e serpeggiante la disciplina relativa alla denuncia degli illeciti nel settore privato. Alcuni importanti principi possono dedursi dalla legge 20 maggio 1970, n. 300, recante "Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento", meglio nota come "statuto dei lavoratori". L'art. 1 di tale legge, nel rispetto dell'art. 21 della Costituzione, assicura al lavoratore la libertà di manifestare il proprio pensiero; libertà che, secondo l'interpretazione comune, può essere allargata anche alla denuncia di condotte illecite o illegittime riscontrate durante l'attività lavorativa. Il diritto d'opinione, però, non è illimitato, poiché nel perimetro di un rapporto di lavoro possono essere fissate in via negoziale delle restrizioni alle libertà del lavoratore. È il caso dell'art. 2104 del codice civile, il quale configurerebbe una sorta di diritto di obbedienza, prescrivendo al dipendente di conformarsi alle disposizioni impartite dal datore circa l'esecuzione e la disciplina del lavoro. Per di più, l'art. 2105 del codice civile, oltre a vietare al lavoratore di trattare affari in concorrenza con l'imprenditore, gli impone l'obbligo di riservatezza, precludendogli la possibilità di "divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa o [di] farne uso in modo da poter recare a essa pregiudizio". I comportamenti posti in

²³⁵ Cfr. art. 362 del Codice Penale

²³⁶ Ad esempio, Corte di Cassazione pen., Sez. VI, sent. 18457 del 19 marzo 2007. Negli ultimi anni il numero di casi è aumentato.

²³⁷ La multa prevista varia tra i 30 e i 516 euro se si tratta di un pubblico ufficiale (art. 361 c.p.), mentre si ferma a un massimo di 103 euro nel caso l'omissione riguardi un incaricato di pubblico servizio (art. 362 c.p.). Sono previste sanzioni più elevate per gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria (art. 361 c.p.).

essere dal lavoratore in violazione di tali obblighi possono portare a sanzioni disciplinari o condurre, nei casi più eclatanti, all'intimazione del licenziamento. Alla luce di vari orientamenti giurisprudenziali, però, il divieto di rendere pubbliche informazioni aziendali non è incondizionato, bensì è mirato a prevenire che imprese concorrenti possano essere favorite dalla divulgazione di notizie. Allo stesso modo, anche gli obblighi di obbedienza e di lealtà non sono assoluti, ma circoscritti ai casi in cui le disposizioni impartite dal datore di lavoro siano legittime, "non potendosi (...) richiedere al lavoratore la osservanza di detti obblighi, nell'ambito del dovere di collaborazione con l'imprenditore, anche quando quest'ultimo intenda perseguire interessi che non siano leciti" (Cass., sez. lav., 16 gennaio 2001, n. 519). In quest'ottica, la segnalazione di atti illeciti da parte di un dipendente si configurerebbe pur sempre come un'inosservanza dei doveri imposti al lavoratore; comportamento tuttavia legittimato e tutelato in quanto volto a salvaguardare un interesse pubblico di rango superiore rispetto all'interesse dell'impresa. Per evitare condotte ritorsive del datore di lavoro nei confronti del lavoratore segnalante, l'art. 18 dello statuto dei lavoratori, poi modificato nel 2012 e nel 2015²³⁸, sancisce la protezione del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo e ne ordina la reintegrazione nel posto di lavoro. Affinché un licenziamento possa essere giudicato inefficace o nullo dal giudice, devono sussistere tre condizioni: che manchi una giusta causa o un giustificato motivo, che il datore di lavoro impieghi presso il luogo sede del licenziamento almeno quindici prestatori di lavoro (o almeno cinque in caso di imprenditore agricolo) e che il lavoratore sia stato assunto con contratto a tempo indeterminato. Nel caso in cui il giudice sancisca l'illegittimità del licenziamento, il datore di lavoro è tenuto a reintegrare il lavoratore nella medesima posizione e con gli stessi compiti, oltre a risarcirlo per i mancati guadagni tra il giorno del licenziamento e quello dell'effettivo reintegro. In alternativa al reintegro, il dipendente è legittimato a chiedere un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale; in questo modo, egli può ottenere la risoluzione del rapporto di lavoro, evitando di tornare in un ambiente potenzialmente ostile. Come si nota dalla lettura dello statuto dei lavoratori, dunque, il soggetto segnalante è tutelato nei confronti dell'ingiusto licenziamento, ma non gode di alcuna forma di protezione contro altre

²³⁸ Le principali modifiche sono state quelle operate dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 e dal D. Lgs. 4 marzo 2015, n. 23

tipologie di ritorsione, quali il trasferimento, il demansionamento, la mancata promozione o il mobbing.

Altre norme relative alla denuncia di illeciti hanno riguardato ambiti specifici, seppure non sia prevista alcuna particolare tutela per il denunciante. È il caso del settore finanziario, che tra la fine degli anni Novanta e i primi anni Duemila ha conosciuto due importanti atti normativi in materia di segnalazione di reati. In primo luogo, l'art. 149, comma 3 del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 ("Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria") fissa in capo al collegio sindacale delle società il compito di comunicare senza indugio alla Banca d'Italia e alla Commissione nazionale per le società e la Borsa (CONSOB) tutte le irregolarità e le violazioni riscontrate nella fase di vigilanza. Per giunta, la CONSOB, l'anno precedente, aveva anche esteso le competenze del collegio sindacale delle società quotate nel senso di impegnarlo ad accogliere e a comunicare anche le segnalazioni effettuate dagli impiegati, oltre che dai soci²³⁹. In secondo luogo, il d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231 ("Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione"), rappresenta il primo atto normativo volto ad architettare un meccanismo di collaborazione e di partecipazione alla prevenzione e al contrasto alle condotte illecite. L'art. 41 impone l'obbligo per alcune categorie di soggetti²⁴⁰ di denunciare all'Unità di informazione finanziaria le operazioni finanziarie sospette che potrebbero configurare ipotesi di riciclaggio di denaro o finanziamento del terrorismo. I successivi artt. 42, 43 e 44 fissano le modalità di denuncia delle operazioni sospette, prevedendo che le segnalazioni effettuate dagli intermediari finanziari, dai professionisti e dalle società di revisione transitino attraverso specifiche figure²⁴¹ - ossia il titolare dell'attività finanziaria (oppure il legale rappresentante o a un suo delegato) e gli ordini professionali - le quali, una volta verificatane la fondatezza e la rilevanza, le trasmettono all'Unità di informazione finanziaria senza comunicare il nominativo del segnalante. L'identità degli individui segnalanti, quindi, deve essere salvaguardata, in

²³⁹ Comunicazione n. DAC/RM/97001574 del 20 febbraio 1997

²⁴⁰ I destinatari dell'obbligo di segnalazione sono individuati agli artt. 10, comma 2, 11, 12, 13 e 14 del d. lgs. 231/2007

²⁴¹ Ai sensi dell'art. 43 i professionisti possono trasmettere la propria segnalazione anche direttamente all'Unità di informazione finanziaria, senza passare per gli ordini professionali.

base all'art. 45, tramite l'adozione di adeguate misure di tutela dirette a garantire la massima riservatezza. Compito delle figure presso le quali transitano le segnalazioni è anche quello di custodire le generalità del segnalante e di comunicarle all'Unità di informazione finanziaria, alla Guardia di finanza e alla Direzione investigativa antimafia nel caso in cui queste ultime le richiedano per lo svolgimento delle loro attività investigative. Al dovere di segnalare le operazioni sospette, si aggiunge in capo ai destinatari del decreto anche l'obbligo segnaletico per vari illeciti amministrativi, in particolare per la violazione delle prescrizioni relative all'utilizzo del contante e dei titoli. Pertanto, se da un lato l'antiriciclaggio è stato il primo settore nel quale si è concretizzato un obbligo di collaborazione attiva per la prevenzione di taluni reati, dall'altro lato esso ha introdotto un obbligo di tutela assoluto dell'identità del denunciante.

Sebbene non si possa negare la rilevanza del complesso di norme appena descritto, la fase genetica della disciplina concernente la tutela del lavoratore che segnala illeciti è da ricercare altrove.

Alcuni autori²⁴² hanno individuato il germe del whistleblowing nel d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 recante "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300". Tale decreto ha introdotto la responsabilità dell'ente per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato posti in essere nel suo interesse o a suo vantaggio da soggetti che rivestono posizioni apicali e da persone sottoposte alla loro direzione o vigilanza. È previsto, tuttavia, l'esonero da tali responsabilità nel caso in cui l'ente si doti di un modello di organizzazione e gestione che preveda "obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli" (art. 6, comma 2, lettera d). In altre parole, affinché l'azienda non sia responsabile, è necessario che gravi sui soggetti interni all'ente l'obbligo di comunicare all'apposito Organismo di vigilanza le condotte illecite commesse dagli apicali e che siano previsti sistemi disciplinari volti a sanzionare l'inosservanza di questa misura. In tal modo, gli obblighi informativi renderebbero più

²⁴² Si vedano: G. Arnone, *whistleblowing e ordinamento italiano: possibili percorsi normativi*, in G. Frascini, N. Parisi, D. Rinoldi, *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Acireale, Bonanno Editore, 2011; C. Bova, *Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti: il "whistleblowing"*, in AA.VV., *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Commento alla legge n. 190/2012 e decreti attuativi*, Roma, Eurilink, 2013

proficuo ed efficace l'operato degli organi di controllo, tanto in una fase fisiologica (cioè di prevenzione di atti illeciti tramite le normali attività di verifica) quanto in un'eventuale fase patologica (ossia di indagine nel caso in cui il reato sia già stato compiuto). Ne consegue che il soggetto maggiormente stimolato a potenziare le procedure di reportistica interna è l'azienda stessa, allo scopo di mettere in moto puntualmente gli organi addetti alla vigilanza ed evitare di incorrere nella responsabilità amministrativa. Il decreto, quindi, ha spinto le società ad adottare modelli organizzativi e gestionali capaci di identificare i potenziali eventi rischiosi per l'organizzazione tramite idonei meccanismi di pianificazione e controllo²⁴³ e di disciplinare le procedure informative e tutti gli altri strumenti volti ad assicurare la trasparenza delle attività. Può dirsi quindi che, esaltando i rapporti interni, il decreto abbia configurato apertamente il dovere informativo come deroga o bilanciamento degli obblighi di fedeltà e correttezza del lavoratore nei confronti del datore di lavoro sanciti dal già citato art. 2105 del codice civile²⁴⁴.

La disciplina introdotta dal decreto non è certamente priva di punti deboli. In prima istanza, mancano precise indicazioni in merito ai soggetti tenuti a effettuare le segnalazioni. Nonostante questa mancanza, si può facilmente ritenere che l'obbligo di informare l'Organismo di vigilanza gravi tanto sulle figure collocate ai livelli apicali - cioè quegli individui che godono di un dominio sull'ente o su una sua unità organizzativa - quanto sui dipendenti, quali che siano il modo e il tempo nei quali sono entrati a conoscenza dell'infrazione; cosicché i modelli adottati dall'azienda devono regolamentare in modo chiaro ed esaustivo le procedure di informazione, in modo da rendere agevole ai soggetti la segnalazione dei comportamenti censurabili. In seconda battuta, la previsione di un obbligo a carico dei lavoratori di per sé difficilmente può bastare ad assicurarsi che gli stessi denunciino un comportamento illecito, essendo difficoltoso accertare che essi abbiano ommesso di segnalare nonostante fossero a conoscenza del fatto. La mancanza di premialità e di incentivi (di carattere economico e non) costituisce, dunque, uno dei fattori che hanno influito e che continuano a influire negativamente sull'efficacia di siffatto provvedimento.

²⁴³ Nel linguaggio economico aziendale, tale modello organizzativo assume il nome di "risk management". Esso può essere definito come l'insieme "di attività, metodologie e risorse coordinate per guidare e tenere sotto controllo un'organizzazione con riferimento ai rischi" (UNI 11230 - Gestione del rischio).

²⁴⁴ Si veda Armone G., *op. cit.*, p. 120

Sebbene non preveda misure specifiche di tutela del whistleblower, una doverosa menzione va fatta anche per il d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (“Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni”). Nel modificare l’art. 60 del d. lgs 165/2001, esso ha istituito presso il Dipartimento della Funzione Pubblica un Ispettorato per la funzione pubblica, dotato di compiti di vigilanza in materia di trasparenza ed efficienza dell’azione amministrativa (art. 71). Tra le varie competenze, questo organo è chiamato ad accogliere le segnalazioni provenienti da dipendenti pubblici o da semplici cittadini e, conseguentemente, a valutare le eventuali irregolarità, ritardi e inadempienze delle amministrazioni pubbliche. Come rimarcato dall’autore del provvedimento, l’allora Ministro per la pubblica amministrazione e l’innovazione Renato Brunetta, la tutela del soffiatore deve essere considerata a pieno titolo uno degli strumenti per contrastare la corruzione²⁴⁵.

In definitiva, le norme riguardanti la tutela del lavoratore che segnala condotte illecite hanno delineato - e per molti versi continuano a delineare - un modello regolativo di tipo strisciante. Esse infatti, ben lontane dall’instaurare una disciplina omogenea, si introducevano nel nostro ordinamento giuridico serpeggiando tra una moltitudine di disposizioni differenti tra loro e talvolta relative a ben altri ambiti.

6.2 LA NUOVA LEGGE ANTICORRUZIONE

I primi sforzi per la tutela dei segnalatori sono stati compiuti in relazione a un ambito ben definito, quale la lotta alla corruzione. L’introduzione di una disciplina che operasse non solo dal lato della repressione ma anche, e soprattutto, da quello della prevenzione non è stato l’esito di un percorso spontaneo, bensì la conseguenza delle reiterate sollecitazioni provenienti dal quadro europeo e internazionale, dovute alla certezza che la corruzione rappresenti un serio ostacolo allo sviluppo economico e alla stabilità delle istituzioni democratiche. L’evidente influenza delle Convenzioni del Consiglio d’Europa del 1999 e della Convenzione di Merida del 2003, tuttavia, non ha diminuito lo spessore dell’intervento del legislatore italiano sottolineato, anzi, dall’OCSE per la

²⁴⁵ Brunetta R., *Tasse occulte. Scacco matto alla corruzione*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 ottobre 2009

quale «*the approval by the Italian Parliament of law n. 190, on november of 2012 (...) is a bold example of how structural reforms can also mobilize renewed efforts to strengthen integrity in the public sector, and thus generate a policy environment more conducive to sustainable growth*»²⁴⁶.

Le premesse della nuova legge risalgono già al 2011, anno nel quale il quarto governo Berlusconi aveva presentato una proposta di legge di iniziativa governativa (C 4434) con la quale intendeva introdurre nuovi strumenti per prevenire e reprimere il fenomeno corruttivo nella pubblica amministrazione. Esso si concentrava su alcuni punti cruciali quali la predisposizione di un piano nazionale anticorruzione e l'implementazione della trasparenza amministrativa. Ciononostante, il disegno di legge mancava di disposizioni che potessero porre rimedio ai limiti esistenti nell'ordinamento italiano in materia di prevenzione della corruzione, come i difetti portati alla luce nel 2011 nel "Joint First and Second Evaluation Round of the Compliance Report on Italy" redatto dal Gruppo di Stati Contro la Corruzione (GRECO). Nel documento veniva evidenziato come taluni settori non avessero ricevuto sufficiente considerazione, in special modo per quel che concerne l'adozione di codici di condotta per i funzionari pubblici, la prevenzione del conflitto d'interessi e la protezione dei segnalatori²⁴⁷. Partendo da questi spunti, il neo-costituito governo Monti aveva dato vita a un comitato di esperti, denominato "Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione", con l'obiettivo di formulare suggerimenti utili a correggere il disegno di legge nel senso di garantire un adeguato riguardo alla prevenzione della corruzione. Tra le proposte concepite, era assai significativa l'introduzione di un'adeguata tutela per il dipendente pubblico che segnala condotte illecite riscontrate nell'esercizio delle proprie funzioni e la previsione di un meccanismo premiale a suo favore. Nell'idea della Commissione, quest'ultimo avrebbe dovuto basarsi sulla «corresponsione di una somma di denaro parametrata in termini percentuali a quella oggetto di recupero a seguito della sentenza di condanna della Corte dei Conti per danno all'erario o danno all'immagine»²⁴⁸. Sebbene il suggerimento

²⁴⁶ OCSE, *Integrity Review of Italy*, 2013, prefazione.

²⁴⁷ Group of States Against Corruption, *Joint First and Second Evaluation Round of the Compliance Report on Italy*, 2011.

²⁴⁸ 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*, 2012, pp. 78-79.

relativo agli incentivi economici in favore del denunciante sia stato accantonato, l'aggiornato disegno di legge C 4434 prendeva in considerazione l'idea di introdurre tutele per il whistleblower, dando quanto meno una parziale risposta alle raccomandazioni della Commissione²⁴⁹. Il termine dell'iter legislativo si è avuto solo il 6 novembre 2012, data nella quale il Parlamento italiano ha approvato la legge n. 190/2012 recante “disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”.

La “legge anticorruzione”, quindi, introduce nell'ordinamento italiano le prime disposizioni mirate a proteggere il segnalatore. L'art. 1, comma 51, della legge modifica il d. lgs. 165/2001 inserendovi l'art. 54-bis e dunque applica i dispositivi di protezione solo ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche. Tuttavia, circoscrivere l'ambito di applicazione soggettivo di questa norma non è agevole, a causa dell'assenza di una specifica definizione delle pubbliche amministrazioni. Un'enumerazione non esauriente, eppure molto rilevante al punto da essere spesso utilizzata dal legislatore come norma di richiamo, è contemplata nel citato d. lgs. 165/2001, secondo il quale «per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300»²⁵⁰. L'esposizione della norma appare disordinata e incoerente in quanto tratta insieme tipologie di amministrazioni molto diverse tra loro, tanto per dimensioni quanto per funzioni; per di più, considerando famiglie di amministrazioni quali gli enti pubblici non economici, la norma rimanda a un'ampia varietà di organismi con riferimento ai quali si presenta la questione della natura, al fine della loro subordinazione al quadro normativo tipico delle pubbliche amministrazioni.

²⁴⁹ Disegno di legge C 4434, art. 4.

²⁵⁰ D. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 1, comma 2.

Il primo comma del nuovo art. 54-bis permette al pubblico dipendente di segnalare le «condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro» all'autorità giudiziaria, alla Corte dei conti o al suo superiore gerarchico. La legge ha preferito accordare al dipendente la facoltà di decidere le modalità di denuncia, lasciandolo libero di avanzare una segnalazione interna all'ente o una denuncia alle autorità competenti. Lo stesso comma stabilisce che, a causa della segnalazione, il dipendente «non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto a una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia». La disposizione sembra particolarmente puntuale ed espressiva; tuttavia, la norma non chiarisce di quali strumenti possano avvalersi i segnalatori per provare che un eventuale provvedimento disciplinare adottato nei loro confronti sia stato determinato dalla denuncia realizzata. Parimenti, non è prevista la costituzione di organi interni deputati alla raccolta e alla gestione delle rivelazioni e non vengono illustrati i mezzi attraverso i quali i soggetti adibiti al controllo possono accertare i comportamenti ritorsivi posti in essere dal datore di lavoro nei confronti del denunciante. Per questo motivo, la questione ha richiesto interventi aggiuntivi, soprattutto da parte dell'Autorità nazionale anticorruzione, così da garantire al segnalatore la libertà di riferire gli illeciti senza timori di ripercussioni sulla propria sfera lavorativa. Un'altra criticità riguarda l'estensione della protezione alle sole informazioni acquisite «in ragione del rapporto di lavoro», formula che lascerebbe presagire l'esclusione dai meccanismi di tutela di quelle segnalazioni concernenti informazioni acquisite sul posto di lavoro in maniera casuale. Qualora l'interpretazione corretta fosse quest'ultima, si delinerebbe una vistosa divergenza con il già citato art. 361 del codice penale, il quale fissa in capo al pubblico ufficiale e all'incaricato di pubblico servizio un obbligo di denuncia di reato. Nonostante queste mancanze, la norma è piuttosto decisa nell'elencare le tre eccezioni alla disciplina in materia di protezione, statuendo che non possa essere tutelato il dipendente che, nell'effettuare la sua segnalazione, si renda responsabile di calunnia, diffamazione o di danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 del codice civile. Quanto invece alla determinazione delle pratiche ritorsive proibite, la norma fa esplicito riferimento a tre di esse, quali le sanzioni, il licenziamento e le misure discriminatorie. Nel risolvere i dubbi interpretativi relativi a cosa vada inteso per «misure discriminatorie», il Piano Nazionale Anticorruzione ha

precisato che con esse «si intende le azioni disciplinari ingiustificate, le molestie sul luogo di lavoro e ogni altra forma di ritorsione che determini condizioni di lavoro intollerabili»²⁵¹.

Il comma 2 dell'art. 54-bis si occupa del problema relativo all'identità di colui che denuncia. La norma stabilisce che il dipendente possa scegliere se rendere nota o meno la propria identità. È previsto, infatti, che «nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non [possa] essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato». Pare ineluttabile, quindi, che in talune precise circostanze l'identità del denunciante possa essere svelata in relazione a un procedimento nei confronti del responsabile della violazione, pregiudicando l'ipotetica volontà del dipendente di restare anonimo. Senonché, la formula in base alla quale la rivelazione dell'identità del denunciante possa verificarsi qualora sia «assolutamente indispensabile» per la difesa dell'incolpato, appare alquanto elusiva ed enigmatica, vista la totale assenza di indizi circa le condizioni e i parametri con i quali vagliare l'indispensabilità della conoscenza del segnalatore. Le incertezze provocate da siffatta previsione non sono da minimizzare, in quanto l'aleatorietà della norma rischierebbe di avere l'effetto di disincentivare il dipendente dall'effettuare una segnalazione qualora la sua identità non fosse adeguatamente protetta.

Il terzo comma attribuisce al Dipartimento per la funzione pubblica il compito di porre rimedio alle misure discriminatorie adottate contro il denunciante. Il Dipartimento è deputato ad accogliere i ricorsi del dipendente e delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le condotte ritorsive sono state poste in essere. Anche in tal caso la disposizione sembra non del tutto precisa, in quanto non definisce gli strumenti a disposizione del Dipartimento per rimediare agli atti ritorsivi eventualmente lamentati dal dipendente. Non è esplicitato, infatti, a quali compiti debba assolvere il Dipartimento non appena recepito il reclamo relativo a una presunta misura discriminatoria intrapresa ai danni di colui che ha denunciato una condotta illecita.

²⁵¹ Piano Nazionale Anticorruzione, Allegato 1, punto B.12.2.

In ultima battuta, il quarto comma annette la denuncia operata dal dipendente al novero degli atti esclusi dal diritto di accesso da parte dei soggetti interessati. Comprensibilmente, la ragione di questa disposizione è quella di proteggere il segnalante. Questo obiettivo, tuttavia, deve essere bilanciato con il principio della trasparenza dell'agire amministrativo che costituisce, ai sensi della "legge anticorruzione", un livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili che lo Stato deve garantire²⁵². Parzialmente in contrasto con questo principio, la norma in questione ha invece preferito escludere il soggetto segnalato dall'accesso agli atti relativi alla denuncia, impedendogli il pieno esercizio del diritto di difesa. A questo proposito, va ricordato che la giurisprudenza si è spesso pronunciata nel senso di una maggiore preminenza del diritto di accesso sul diritto alla riservatezza di soggetti terzi, qualora l'accesso sia indispensabile per esercitare il proprio diritto di difesa²⁵³. Inequivoca, peraltro, appare anche la previsione di cui all'art. 24, comma 7 della legge n. 241/90, per la quale «deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile (...)». Il legislatore della "legge anticorruzione", al contrario, ha preferito essere meno prudente, tutelando in maniera preponderante il segnalatore. È difficile dirsi se questa opzione sia stata impiegata dal legislatore con il chiaro intento di elevare il dipendente denunciante alla qualità di guardiano del corretto svolgimento dell'azione amministrativa; quel che appare più evidente è, invece, l'incongruenza tra il regime di esclusione dal diritto d'accesso in materia di corruzione e il principio della trasparenza, pur innalzato dalla stessa legge 190/2012 da semplice assioma a fulcro dell'agire amministrativo.

Va segnalato, infine, che la disciplina in esame è stata integrata dal D. L. 24 giugno 2014, n. 90 (recante "misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari"), convertito con legge 11 agosto 2014, n. 114. Nel modificare il citato art. 54-bis, il decreto ha istituito l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)²⁵⁴, qualificandola come soggetto preposto a ricevere «notizie e segnalazioni di illeciti, anche nelle forme di cui all'art. 54-bis del decreto

²⁵² Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 15.

²⁵³ Si veda Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 3 febbraio 2011, n. 783.

²⁵⁴ D. L. 24 giugno 2014, n. 90, art. 31, che modifica l'art. 54-bis del d. lgs. 165/2001.

legislativo 30 marzo 2001, n. 165»²⁵⁵. L'ANAC, dunque, è tenuta a gestire non solo le segnalazioni che giungono dai propri dipendenti, ma anche quelle che arrivano dai dipendenti di altre amministrazioni pubbliche, regolando i meccanismi attraverso i quali accogliere e affrontare le denunce.

6.3 IL CONTRIBUTO DEL P.N.A. E DELL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE ALLA DEFINIZIONE DELLE TUTELE A FAVORE DEL DENUNCIANTE

La legge 190/2012 tace con riferimento alle procedure che il dipendente pubblico dovrebbe utilizzare per rivelare una condotta illecita e per denunciare un'eventuale ritorsione. Tuttavia, nell'ambito del Piano nazionale anticorruzione, che costituisce un atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni ai fini dell'adozione di misure preventive contro la corruzione, sono enunciati i caratteri generali che devono ispirare i meccanismi di denuncia istituiti nei vari enti. Le indicazioni del Piano si rivolgono a tutti gli organismi giuridicamente qualificati come amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 1, comma 2 del d. lgs. 165/2001. Essi sono chiamati ad adottare tutte le iniziative e gli accorgimenti tecnici necessari alla tutela del segnalatore e a prevederli tempestivamente nel loro Piano triennale di prevenzione della corruzione. La formula impiegata è piuttosto pragmatica, laddove stabilisce che «ciascuna amministrazione deve prevedere al proprio interno canali differenziati e riservati per ricevere le segnalazioni la cui gestione deve essere affidata a un ristrettissimo nucleo di persone (2/3)»²⁵⁶. Viene fissata, pertanto, la regola per la quale gli enti destinatari del provvedimento devono istituire meccanismi indipendenti di raccolta e trattamento delle informazioni, che non si sovrappongano a dispositivi istituiti con altro scopo. In aggiunta, la previsione di un limitato numero di individui incaricati di processare le segnalazioni persegue l'obiettivo di evitare che le informazioni relative al denunciante e ai fatti contestati vengano a conoscenza di troppi soggetti, garantendo simultaneamente la protezione del dipendente e la normale prosecuzione delle attività amministrative. Il Piano non risparmia ulteriori indicazioni operative inerenti alla protezione dell'identità

²⁵⁵ D. L. 24 giugno 2014, n. 90, art. 19, comma 5.

²⁵⁶ Piano nazionale anticorruzione, punto 3.1.11.

del segnalatore; il documento appare notevolmente attento a questo tema, dispensando suggerimenti chiari e puntuali. Anzitutto, viene richiesto che le procedure di segnalazione utilizzino codici sostitutivi dei dati identificativi del denunciante. Questo accorgimento determina che le informazioni relative al segnalatore siano tenute separate dal contesto della denuncia, affinché quest'ultima possa essere trattata in forma anonima. L'associazione della denuncia all'identità del segnalatore è possibile, quindi, solo nei casi in cui sia strettamente necessaria, ossia qualora sia assolutamente indispensabile per esercitare il diritto di difesa. In secondo luogo, il documento sancisce che nei Piani triennali di prevenzione della corruzione siano previsti «obblighi di riservatezza a carico di tutti coloro che ricevono o vengono a conoscenza della segnalazione e di coloro che successivamente venissero coinvolti nel processo di gestione della segnalazione, salve le comunicazioni che per legge o in base al presente P.N.A. debbono essere effettuate». Partendo dalla consapevolezza che la violazione delle norme del Piano triennale implica una responsabilità disciplinare, il mancato rispetto degli obblighi di riservatezza comporta nei confronti del funzionario l'irrogazione di sanzioni disciplinari, al di là dell'eventuale responsabilità penale e civile.

Le questioni procedurali in tema di whistleblowing sono definite, invece, direttamente dall'Autorità nazionale anticorruzione, dotata di un potere regolatorio in materia di protezione del dipendente che denuncia condotte illecite. Questo potere si inserisce nel contesto delle funzioni di indirizzo esercitate nei confronti delle amministrazioni pubbliche, che comprendono il coordinamento e l'attuazione delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione elaborate a livello nazionale e internazionale, nonché la definizione di norme e metodologie comuni per la prevenzione della corruzione²⁵⁷. Nel rispetto di queste norme, l'ANAC ha redatto una serie di linee guida, un documento di regolazione di portata generale che si propone di fornire un quadro procedurale per il trattamento delle segnalazioni, che tenga in considerazione la necessità di proteggere la riservatezza del denunciante.

Una prima, importante, raccomandazione è legata alla tutela dei dati personali di colui che denuncia. Al riguardo, si è già detto che l'art. 54-bis della “legge anticorruzione”

²⁵⁷ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 4, lettere a-b.

vincola le pubbliche amministrazioni a garantire la confidenzialità dei dati relativi al segnalatore, che deve essere assicurata in tutte le fasi di vita della segnalazione. Chiaramente, la certezza della confidenzialità dei dati del dipendente implica che quest'ultimo riveli la sua identità. La ragione della norma, quindi, è quella di consentire la protezione del denunciante, salvaguardando la sua identità, solo qualora la segnalazione promani da soggetti individuabili e riconoscibili²⁵⁸. Ciò naturalmente non implica che l'Autorità nazionale anticorruzione non possa accogliere anche le segnalazioni anonime, a patto che esse siano circostanziate, dettagliate e verificabili. Queste devono, però, essere trattate mediante canali diversi da quelli utilizzati per la gestione delle altre segnalazioni. Detto altrimenti, le denunce anonime non rientrano tra le fattispecie tutelate ai sensi dell'art. 54-bis, seppure possano essere prese in esame qualora siano precise e accertabili. Nella medesima disciplina non rientrano neppure i soggetti di cui all'art. 361 e 362 del codice penale, ossia i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio, sui quali si pone il dovere di riferire alle autorità preposte i reati (quindi non solo gli episodi di corruzione) di cui hanno avuto notizia nell'esercizio della propria funzione. Ciò non toglie che anche i dipendenti pubblici possano rivolgersi, quando opportuno, all'autorità giudiziaria, in quanto la denuncia effettuata a soggetti interni all'ente o all'ANAC non è sostitutiva di quella effettuata agli organi di giustizia.

Il documento si sofferma anche a operare delle chiarificazioni con riferimento all'oggetto della segnalazione. Come precedentemente affrontato, il comma 1 dell'art. 54-bis sancisce che il dipendente pubblico possa denunciare le condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro. La norma ha aperto il campo a non pochi problemi interpretativi, in special modo relativi al tipo di condotte segnalabili, difficoltà prontamente risolte dall'Autorità. A parere dell'ANAC, le condotte che formano oggetto di questa disposizione e che, quindi, rendono il loro denunciante degno di protezione, abbracciano non solo i reati contro la pubblica amministrazione previsti nel Titolo II, capo I, del codice penale²⁵⁹, bensì anche «le situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati, nonché i fatti in cui

²⁵⁸ ANAC, Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, p. 4.

²⁵⁹ Si tratta dei delitti quali la corruzione per l'esercizio della funzione, la corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio e la corruzione in atti giudiziari.

– a prescindere dalla rilevanza penale – venga in evidenza un mal funzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite, ivi compreso l'inquinamento dell'azione amministrativa *ab externo*»²⁶⁰. I reati denunciabili, quindi, vanno ben oltre la corruzione tipicamente intesa, fino a includere violazioni quali le assunzioni non trasparenti, il mancato rispetto delle norme in materia ambientale, l'inosservanza delle norme sulla sicurezza nel posto di lavoro, gli illeciti in ambito contabile e numerose altre categorie di infrazioni. L'interpretazione fornita dall'Autorità ben si concilia con quanto fissato nel Piano nazionale anticorruzione, per il quale il concetto di corruzione va ampliato a ricomprendere le «varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati»²⁶¹. Le denunce meritevoli di tutela, però, devono essere relative a circostanze apprese dal dipendente «in ragione del rapporto di lavoro», fattispecie quest'ultima che comprende sia quanto acquisito in forza del proprio ufficio sia quanto scoperto durante l'esercizio delle proprie funzioni, dunque anche in modo fortuito. In relazione all'oggetto della denuncia, l'Autorità appare particolarmente larga di tutele, prevedendo che i reati di cui sopra possano essere segnalati dal dipendente anche qualora egli sia stato trasferito presso un'altra amministrazione; in questa circostanza, la segnalazione può essere effettuata direttamente agli organi preposti della nuova amministrazione, la quale è comunque tenuta a comunicare la vicenda all'ANAC o all'ente coinvolto. Non sono degne di tutela, invece, le denunce basate su dicerie o sospetti, in modo da salvaguardare i soggetti eventualmente coinvolti nella segnalazione e da evitare che la pubblica amministrazione interessata debba inutilmente porre in essere azioni ispettive costose e inconcludenti. Tuttavia, considerando l'intento del legislatore di favorire la cooperazione di coloro che operano nelle pubbliche amministrazioni allo scopo di far emergere episodi corruttivi, l'ANAC ha ritenuto che non è indispensabile che il denunciante sia sicuro della veridicità degli episodi segnalati e del responsabile di questi ultimi «essendo invece sufficiente che il dipendente, in base alle proprie conoscenze, ritenga altamente probabile che si sia verificato un fatto illecito nel senso sopra indicato». In quest'ottica è conveniente, pertanto, che i fatti rivelati siano il più possibile

²⁶⁰ ANAC, Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, p. 5.

²⁶¹ Piano nazionale anticorruzione, punto 2.1.

dettagliati e precisi, così da rendere più agevole il compito di accertamento e di verifica da parte dell'ente.

Il pubblico dipendente che denuncia violazioni è salvaguardato dalle sanzioni di ordine disciplinare ed è protetto nei confronti di ogni «misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia». Questa disposizione è fondamentalmente orientata a tutelare il dipendente che, a causa della sua denuncia, corra il rischio di avere pregiudicata la propria posizione lavorativa. Stando a quanto statuito dall'art. 54-bis, comma 1 suddetta protezione, però, incontra un limite nei «casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile». Coerentemente con le raccomandazioni che giungono dal contesto europeo e internazionale, le garanzie fissate dall'art. 54-bis si applicano qualora la condotta del segnalatore non costituisca un reato di calunnia o spergiuro, ossia nel caso in cui essa sia stata adottata in buona fede. Malgrado questo criterio non trovi espressa menzione in nessuna delle già citate norme in materia di whistleblowing, l'Autorità nazionale anticorruzione ha voluto ribadire la rilevanza del principio, operando un'armonizzazione con il diritto internazionale pattizio in tema di segnalazione di episodi corruttivi. I meccanismi di protezione, quindi, non scattano qualora la denuncia riferisca fatti fallaci riportati intenzionalmente o per colpa²⁶². La disposizione è tuttavia incompleta, tacendo sull'occasione nella quale venga meno la protezione che deve essere assicurata. La norma, infatti, opera un rimando alle responsabilità a titolo di calunnia, diffamazione e danno ingiusto, fattispecie che lascerebbe presagire che siffatte responsabilità vadano valutate in sede giudiziale. L'estinzione della garanzia dovrebbe derivare, quindi, dal riconoscimento delle responsabilità in ambito penale o civile e, di conseguenza, necessiterebbe della pronuncia del giudice. Cosciente dell'ambiguità della formulazione della norma e del bisogno di dettare spunti esplicativi per assicurare l'attuazione di essa, l'ANAC reputa che i presupposti per la protezione del segnalatore vengano meno solo in virtù di una sentenza di primo grado che accerti le suddette responsabilità.

Conformemente al comma 2 dell'art. 54-bis, le pubbliche amministrazioni sono chiamate inoltre ad assicurare, con riferimento a un ipotetico procedimento disciplinare

²⁶² ANAC, Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, p. 6.

aperto nei riguardi del denunciato, che l'identità del dipendente resti riservata. La disposizione dona già una precisa avvertenza sancendo che, nel caso in cui la contestazione si basi su «altri elementi e riscontri oggettivi in possesso dell'amministrazione o che la stessa abbia autonomamente acquisito a prescindere dalla segnalazione», l'identità del denunciante non possa essere divulgata senza il suo permesso. Al contrario, qualora le imputazioni che hanno determinato l'avvio del procedimento disciplinare si fondino solamente sulla segnalazione del dipendente, la persona coinvolta nel procedimento è legittimata ad apprendere l'identità del denunciante, anche senza l'assenso di quest'ultimo, purché sia “assolutamente indispensabile” per l'esercizio del proprio diritto di difesa. A tale riguardo, non si può nascondere il timore che l'identificazione delle condizioni che fanno cessare l'anonimato del denunciante possano scoraggiare quest'ultimo a farsi avanti per rivelare le infrazioni di cui è venuto a conoscenza. In mancanza di esplicite previsioni normative e considerata l'importanza della questione, l'Autorità ha optato per il riconoscimento al responsabile dell'ufficio sui procedimenti disciplinari del compito di determinare la sussistenza o meno del requisito dell'indispensabilità circa la rivelazione del nome del denunciante. Che l'istanza venga accolta o rigettata, l'ANAC prevede che la decisione adottata dall'ufficio sui procedimenti disciplinari sia soggetta all'obbligo di motivazione²⁶³. Fatta salva l'eventualità che venga richiesto l'accesso ai dati del segnalatore, appare comunque necessario che l'identità di quest'ultimo resti celata anche al responsabile dell'ufficio sui procedimenti disciplinari, in modo da dare piena attuazione alla tutela della riservatezza di cui al comma 2 dell'art. 54-bis.

6.4 LE PROCEDURE DI SEGNALAZIONE E IL RUOLO DEL RESPONSABILE DELLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE

Il dispositivo per il trattamento delle denunce ha come obiettivo basilare quello di tutelare in ogni momento la riservatezza dei dati relativi al segnalatore, anche con riguardo ai terzi ai quali l'ente dovesse ricorrere per gli accertamenti dei fatti contestati.

²⁶³ ANAC, Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, p. 7.

Il comma 1 dell'art. 54-bis, sancisce che, nel caso in cui il denunciante non si rivolga all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, possa riferire al proprio superiore gerarchico. A questo proposito, l'Autorità ha precisato che il complesso meccanismo di prevenzione e di lotta agli episodi corruttivi si fonda sulla figura del Responsabile della prevenzione della corruzione, il soggetto al quale il legislatore ha assegnato il compito di coordinare tutte le misure preventive all'interno di ogni amministrazione e di mettere a punto il Piano triennale di prevenzione della corruzione²⁶⁴. Relativamente alla sua nomina, l'art. 1, comma 7 della legge 190/2012, richiede che il Responsabile della prevenzione della corruzione venga individuato tra i dirigenti dell'ente. Per garantire il corretto espletamento delle funzioni di prevenzione e di controllo, è comunque previsto che «la scelta ricada su un dirigente che si trovi in una posizione di relativa stabilità, per evitare che la necessità di intraprendere iniziative penetranti nei confronti dell'organizzazione amministrativa possa essere compromessa anche solo potenzialmente dalla situazione di precarietà dell'incarico»²⁶⁵. È stabilito, inoltre, che il ruolo non possa essere assegnato ai dirigenti degli uffici di diretta collaborazione dell'organo di indirizzo politico, al fine di garantire l'imparzialità della sua azione.

Il Responsabile è, quindi, la figura preposta al ricevimento delle segnalazioni, così da porre in essere tutti i rimedi necessari per potenziare il Piano triennale. Dal momento che le pubbliche amministrazioni in molti casi presentano un'elevata complessità organizzativa e una pluralità di livelli gerarchici, l'individuazione del Responsabile quale soggetto cui denunciare direttamente le condotte illecite risponde anche all'esigenza di semplificare le procedure di segnalazione, facilitando il compito del whistleblower. Quest'ultimo, infatti, si trova nella possibilità di segnalare a una molteplicità di soggetti, ai quali rivolgersi in base alle proprie prospettive e alla rilevanza dei fatti appurati. Siffatto meccanismo comporterebbe una sorta di progressione dei livelli ai quali denunciare, in base alla quale il dipendente può rivolgersi al superiore gerarchico qualora l'infrazione riguardi un parigrado, al Responsabile della prevenzione della corruzione qualora l'infrazione riguardi il superiore gerarchico e all'ANAC qualora la violazione sia relativa al Responsabile. Si tratta, tuttavia, di una costruzione astratta, poiché il dipendente è legittimato a

²⁶⁴ Relativamente alla sua individuazione, l'art. 1, comma 7 della legge 190/2012 richiede che il responsabile della prevenzione della corruzione venga individuato tra i dirigenti dell'ente.

²⁶⁵ Dipartimento per la funzione pubblica, Circolare n. 1/2013.

indirizzarsi a uno qualsiasi dei soggetti deputati a ricevere le denunce, in base a quello che egli reputa più adatto e affidabile.

Perché le azioni a salvaguardia della riservatezza siano efficaci, le pubbliche amministrazioni sono tenute a elaborare all'interno dei propri Codici di condotta precisi profili di responsabilità sia per il Responsabile della prevenzione della corruzione sia per i soggetti deputati al trattamento delle denunce. Va ricordato, comunque, che il mancato rispetto da parte dei dipendenti delle norme relative alla prevenzione della corruzione contemplate nell'apposito Piano - e quindi anche delle norme concernenti la tutela della riservatezza del denunciante - ai sensi della legge 190/2012 è già passibile di sanzione disciplinare.

All'interno del Piano triennale le pubbliche amministrazioni sono chiamate a regolare le modalità di trattamento delle denunce illustrandone il ciclo di vita e chiarendo le funzioni di ogni soggetto destinato a prendervi parte. In questo dispositivo il Responsabile della prevenzione della corruzione riveste una posizione chiave, in qualità di agente abilitato a ricevere le denunce e a porre in essere gli atti necessari all'istruzione del processo di accertamento. Negli enti dotati di una maggiore complessità organizzativa, il Responsabile potrà essere affiancato da altri soggetti incaricati di gestire le denunce i quali però, su indicazione dell'Autorità, non sono da scegliere tra i dipendenti preposti agli uffici relativi alle aree di rischio identificate dall'art 1, comma 16 della legge 190/2012²⁶⁶. I funzionari incaricati di gestire le segnalazioni, quindi, non possono essere individuati tra i responsabili dei procedimenti di autorizzazione e concessione, di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, di concessione ed erogazione di sovvenzioni e vantaggi economici e di gestione di concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e per le progressioni di carriera. L'esclusione dei dipendenti preposti a questi uffici è significativa, in quanto si cerca di evitare che le segnalazioni vengano trattate da soggetti operanti nelle aree più a rischio di corruzione e di violazioni di altro genere.

Oltre che da altri soggetti, il responsabile può essere anche affiancato da un gruppo di lavoro, composto da individui dotati di competenze interdisciplinari. A garanzia dell'imparzialità del gruppo, tuttavia, esso deve contemplare obblighi di astensione dei suoi partecipanti allo scopo di evitare situazioni di conflitto d'interessi e non può vedere

²⁶⁶ ANAC, Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, p. 10.

la presenza di membri dell'ufficio sui procedimenti disciplinari²⁶⁷. Per di più, i membri del gruppo di lavoro sono sottoposti ai medesimi vincoli relativi alla tutela della riservatezza e alle medesime responsabilità alle quali è soggetto il Responsabile della prevenzione della corruzione.

Una volta ricevuta la segnalazione, compito del Responsabile è di valutarne la fondatezza, all'occorrenza contattando il denunciante per ottenere precisazioni e chiarimenti. In caso la fondatezza non venga accertata, il responsabile può optare per l'archiviazione della denuncia. In caso contrario, cioè appurata la validità dei fatti riferiti, il Responsabile, eventualmente coadiuvato da una delle persone che lo affiancano, è tenuto a scegliere a chi trasmettere la denuncia tra soggetti quali il dirigente dell'amministrazione interessata, il funzionario addetto all'ufficio sui procedimenti disciplinari, l'autorità giudiziaria, la Corte dei conti, l'Autorità nazionale anticorruzione e il Dipartimento della funzione pubblica, a seconda dei profili di illiceità riscontrati²⁶⁸. Qualora la segnalazione venga inoltrata a soggetti interni all'amministrazione, il Responsabile è tenuto a comunicare esclusivamente il contenuto della denuncia, omettendo qualsiasi informazione che possa permettere il riconoscimento del segnalatore. Solo a questo punto entrano in gioco i soggetti interpellati, i quali saranno chiamati ad adottare i dovuti provvedimenti in base alle rispettive competenze.

Dall'analisi delle procedure di segnalazione sinora affrontate, si nota il ruolo cruciale del Responsabile della prevenzione della corruzione. Tuttavia, le disposizioni a lui relative non sono esenti da problematicità, in particolare di due ordini.

Non si può negare, in primo luogo, che l'identificazione del Responsabile presenti peculiarità differenti a seconda delle dimensioni delle amministrazioni nelle quali egli è chiamato a operare. Fatta eccezione per gli enti locali, nei quali questa figura è ricoperta dal segretario o dal dirigente apicale, la scelta del legislatore è stata di affidare la funzione a un dirigente²⁶⁹, escludendo che il ruolo possa essere ricoperto da soggetti esterni. Le diverse dimensioni delle amministrazioni pubbliche, tuttavia, non necessariamente consentono di designare in qualità di Responsabile della prevenzione della corruzione un dirigente sul quale non ricadano anche le responsabilità

²⁶⁷ *Ibidem.*

²⁶⁸ *Ibidem.*

²⁶⁹ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 7.

amministrative, con il rischio che il soggetto in questione ricopra contestualmente i panni del vigilante e del vigilato. L'unica pista praticabile, ma di fatto non praticata, sarebbe quella di applicare in materia quanto previsto dall'art. 15 della legge 241/1990, il quale prevede che «le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune». Non è certo, tuttavia, che la disposizione appena menzionata possa applicarsi anche in ambito di designazione del Responsabile, con la conseguente necessità di ulteriori interventi legislativi per evitare situazioni di conflitto d'interessi²⁷⁰.

In secondo luogo, nonostante possa avvalersi dell'aiuto di un gruppo di lavoro e di altri soggetti al fine di gestire le segnalazioni, quello del Responsabile rimane un ruolo "unico". Anche nelle amministrazioni più complesse e maggiormente articolate sul territorio, la funzione di Responsabile è concentrata in un unico soggetto, i cui compiti e responsabilità non sono, naturalmente, delegabili. Questa circostanza rende, però, difficilmente controllabile l'attività del dedalo di dipartimenti e uffici che talvolta compongono le amministrazioni. Le difficoltà sono state parzialmente temperate tramite la possibilità di designare dei referenti, che agiscono a livello dipartimentale o territoriale. La loro individuazione deve, tuttavia, essere prevista all'interno del Piano triennale, nel quale devono essere indicate anche le funzioni e le modalità di coordinamento delle loro attività. Il responsabile, pertanto, ha la facoltà di avvalersi della loro collaborazione qualora lo ritenga opportuno, ripartendoli per aree territoriali o istituzionali e attribuendo loro compiti di controllo sull'applicazione del Piano e di denuncia delle eventuali irregolarità. Le funzioni proprie del Responsabile, al contrario, non possono essere delegate, in quanto ciò «comporterebbe una frammentazione della funzione e una diluizione della responsabilità e non sarebbe funzionale all'elaborazione della proposta di piano, che viene configurato dalla legge come documento unitario e onnicomprensivo»²⁷¹. Questo contribuisce a rendere ancora più delicata la sua funzione, soprattutto alla luce della vastità dei suoi compiti e dell'ampiezza delle responsabilità in caso di inadempimento. Il Responsabile, infatti, non va solo incontro a una responsabilità dirigenziale e amministrativa in caso di mancata adozione del Piano

²⁷⁰ Pasqua S., *Riflessioni e proposte sulla prevenzione della corruzione in vista di nuovi interventi del legislatore* in Aa.vv., *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Commento alla legge n. 190/2012 e decreti attuativi*, Eurilink, 2013, p. 11.

²⁷¹ Dipartimento per la funzione pubblica, Circolare n. 1/2013.

triennale²⁷² e di mancato controllo; a lui la norma attribuisce persino situazioni non direttamente imputabili alla sua azione, quali la ripetuta violazione del Piano all'interno dell'ente²⁷³ e la condanna definitiva di un membro dell'amministrazione per una condotta non ravvisata dal Responsabile²⁷⁴. Il complicato ruolo che questa figura ricopre, quindi, non rende azzardata l'idea di una futura riforma, tale da affiancare il Responsabile con soggetti dotati di funzioni e responsabilità specifiche.

Finora si è discusso delle procedure relative alla segnalazione al Responsabile della prevenzione della corruzione. Tuttavia, la legge autorizza il segnalatore a presentare la sua denuncia direttamente all'Autorità nazionale anticorruzione.

L'inoltro diretto all'ANAC presenta delle caratteristiche peculiari e si basa su un sistema informatico di segnalazione introdotto al fine di identificare il segnalante e, allo stesso tempo, di garantire la confidenzialità delle informazioni a lui relative. Il soggetto è, infatti, chiamato ad accreditarsi presso il sistema informatico immettendo i suoi dati e le sue caratteristiche. In particolare, nel sistema elaborato dall'ANAC il denunciante è tenuto a inserire il proprio nominativo - comprovato da copia di un documento di riconoscimento - e le indicazioni circa la sua qualifica, il suo impiego e l'unità amministrativa di appartenenza; dovrà, inoltre, immettere le informazioni relative al fatto, specificando l'ente e il periodo in cui si è verificato e compiendone una descrizione²⁷⁵. Una volta inoltrata, la segnalazione giunge simultaneamente al Presidente dell'Autorità e all'Ufficio vigilanza anticorruzione, per le prime verifiche. In special modo è il dirigente dell'Ufficio ad accertare preventivamente l'identità del denunciante, avvalendosi anche della copia del documento di riconoscimento inviatagli da quest'ultimo. Nel caso la verifica abbia esito positivo, l'iter istruttorio può avere inizio. Nel corso di questa fase, il dirigente dell'Ufficio vigilanza anticorruzione analizza approfonditamente la denuncia, all'occorrenza operando un raffronto con il Piano triennale di prevenzione della corruzione dell'ente coinvolto e interpellandone il Responsabile della prevenzione della corruzione. Al termine dell'iter, il dirigente dell'Ufficio, tenuto conto della valutazione dell'opportunità di proseguire il procedimento espressa dal Consiglio, trasmette la documentazione all'autorità

²⁷² Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 8.

²⁷³ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 14.

²⁷⁴ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 12.

²⁷⁵ In attesa del perfezionamento del sistema informatico, l'ANAC ha predisposto un apposito modulo compilabile online ad opera del segnalatore.

giudiziaria o alla Corte dei conti (qualora venga rivelata l'ipotesi di un reato o di danno erariale), oppure al Dipartimento della funzione pubblica (qualora venga riscontrato un comportamento discriminatorio). A questo riguardo, vale la pena precisare che la norma non si esprime circa la tutela della riservatezza del denunciante nella fase della trasmissione della denuncia dall'ANAC all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti. Per questo motivo, l'inoltro della questione conterrà anche il nominativo del segnalatore prestando attenzione, però, a specificare che il soggetto in questione rientra tra i soggetti la cui riservatezza è tutelata dalla legge²⁷⁶.

6.5 L'IMPATTO DEL SISTEMA DI SEGNALAZIONE NEI RAPPORTI DELL'ANAC E DI TRANSPARENCY INTERNATIONAL

Al fine di verificare l'efficacia delle misure a tutela del denunciante appare essenziale l'esame dei dati numerici e qualitativi delle segnalazioni sottoposte all'attenzione dell'Autorità nazionale anticorruzione. Questo passaggio può essere utile per valutare l'esito delle procedure di denuncia e, soprattutto, le carenze del sistema. Allo stato attuale, non esistono dati completi che tengano conto della generalità delle denunce presentate attraverso uno qualsiasi dei canali di segnalazione. Nonostante questo, si può ricorrere al monitoraggio effettuato dall'ANAC nel 2016, relativo alle denunce ricevute tra il settembre 2014 e il maggio 2016.

Nel periodo di riferimento, all'Autorità è stato sottoposto un totale di 299 segnalazioni provenienti dai dipendenti di amministrazioni e società pubbliche. Il dispositivo ha conosciuto un'evidente crescita rispetto all'anno della sua attivazione, passando dalle 16 denunce degli ultimi quattro mesi del 2014 alle 200 del 2015, fino alle 83 dei primi cinque mesi del 2016. Normalizzando i dati su base mensile, gli ultimi due anni hanno assistito a una media di 17 denunce al mese, in aumento rispetto alle quattro mensili del 2014²⁷⁷. I numeri sembrano indubbiamente modesti se paragonati alla considerevole mole di denunce effettuate negli Stati Uniti e nel Regno Unito; tuttavia, non va dimenticato che in Italia il whistleblowing è un fenomeno molto recente e ancora poco conosciuto. Per queste ragioni la performance italiana non appare totalmente negativa,

²⁷⁶ ANAC, Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, p. 11.

²⁷⁷ A. Corrado (a cura di), *Il whistleblowing in Italia*, 2016, pp. 3-4.

fermo restando che l'efficienza del meccanismo non si misura solo contando il numero di denunce, bensì verificando l'esito di esse.

L'Autorità ha operato anche una scomposizione dei dati con riferimento all'area geografica di provenienza delle denunce. È assai eloquente che la maggior parte delle segnalazioni giunga dalle regioni del sud, dalle quali ne proviene quasi la metà. Dal nord e dal centro Italia, invece, giunge rispettivamente il 29% e il 21% delle denunce²⁷⁸. Questo dato si presta a diversi spunti interpretativi. Da un lato, non si può negare la distribuzione eterogenea della corruzione tra il nord e il sud. Secondo i dati di Transparency International, infatti, la maggioranza degli episodi corruttivi si verifica nel meridione, concentrati in special modo nel settore sanitario²⁷⁹. D'altro canto, il dato percentuale potrebbe evidenziare anche una maggiore sensibilità di quelle regioni verso la lotta al fenomeno corruttivo, che si concretizzerebbe in un numero di denunce ben più elevato rispetto alla media nazionale.

Quanto all'ambito di appartenenza del soggetto che segnala, la categoria prevalente è quella dei dipendenti pubblici, dalla quale nel 2016 proveniva il 71% delle denunce totali. A esse va aggiunta anche una quota sempre crescente di segnalazioni provenienti da soggetti attivi negli enti di diritto privato in controllo pubblico, che si attestavano al 9%. Un dato significativo è, inoltre, la drastica riduzione delle denunce anonime, in due anni scese dal 13% al 3%²⁸⁰, un dato che testimonia una maggiore propensione del segnalatore a esporsi, nonostante i rischi ai quali potrebbe andare incontro.

Gli ambiti nei quali più frequentemente emergono denunce sono quelli della corruzione e della cattiva amministrazione. Tuttavia, questo numero è in netta diminuzione se si pensa che nel 2014 a questo settore si riferiva esattamente la metà delle denunce complessive, mentre nel 2016 circa il 28%. Ciò dimostra una maggiore determinatezza nel segnalare condotte illecite di più ampio genere, quali gli appalti illegittimi (21,1%), atti ritorsivi (15,6%), incarichi e nomine illegittimi (12,2%), conflitto d'interessi (7,8%), concorsi illegittimi (6,7%) e una lunga serie di infrazioni di altra natura. Naturalmente a ognuna di queste tipologie di condotte afferiscono episodi molto diversi tra loro, che assumono un'iterazione differente da periodo a periodo. Nel 2014, ad esempio, le

²⁷⁸ *Ivi*, p. 5.

²⁷⁹ Si veda il rapporto *Corruzione e sprechi in sanità* elaborato da Transparency International Italia e da Risc nel novembre 2013.

²⁸⁰ A. Corrado (a cura di), *Il whistleblowing in Italia*, 2016, pp. 6-7.

pratiche più comunemente segnalate riguardavano le procedure illegittime di appalti e l'indebita attribuzione di concessioni. Già dall'anno successivo, però, si è assistito a una forte differenziazione delle condotte denunciate. Nel 2015, infatti, i fatti segnalati più di frequente hanno riguardato le procedure di reclutamento del personale contrarie alla legge, l'illegittima rendicontazione di fondi comunitari, i conflitti d'interessi, l'utilizzo a fini privati dell'auto di servizio, la falsa timbratura di cartellini e l'uso improprio della carta di credito di un ente pubblico, ai quali vanno sommate decine di altri episodi. Gli illeciti maggiormente contestati nei primi cinque mesi del 2016, invece, si riferivano ad assunzioni irregolari, nomine illegittime, affidamenti di appalti senza gara e procedure illegittime di rilascio di documenti²⁸¹. Certamente le segnalazioni hanno presentato una rilevanza diversa da caso a caso, sebbene il loro rilievo sia sensibilmente aumentato nel tempo. Nel 2014, infatti, l'81% delle denunce presentava una bassa importanza e non comparivano segnalazioni di alto rilievo; nel 2016 le denunce di scarsa rilevanza erano calate al 42%, mentre la porzione restante era costituita da segnalazioni di peso medio o alto²⁸².

Una volta considerate le questioni preliminari relative alle caratteristiche dei denuncianti e dei fatti rivelati, è necessario occuparsi della fase essenziale della procedura, ossia il disbrigo delle pratiche. Dall'analisi di questo passaggio è possibile, infatti, verificare l'efficienza del dispositivo e la capacità di risposta dell'Autorità. A seconda della veridicità e della rilevanza dei fatti riportati, le segnalazioni possono andare incontro a un duplice esito. Esse possono giungere a definizione, ossia all'adozione di atti risolutivi della questione, oppure all'archiviazione, cioè alla loro trasmissione all'archivio qualora risultino infondate. Nel 2014, è stato definito solo il 13% delle denunce, mentre l'81% di esse è stato archiviato. Non tenendo in considerazione il dato relativo alle denunce per le quali l'istruttoria era ancora in corso, nel 2015 l'archiviazione ha riguardato un terzo delle denunce, mentre il 36% di esse era stato già definito. Delle segnalazioni presentate nei primi mesi del 2016, invece, era stato definito il 9% delle pratiche e archiviato il 37%²⁸³. Il dato del 2016, comunque, è fortemente influenzato dalla percentuale di segnalazioni per le quali la fase istruttoria non si era ancora conclusa, per questo i dati vanno presi con la giusta cautela.

²⁸¹ *Ivi*, pp. 11-17.

²⁸² *Ivi*, p. 9.

²⁸³ *Ivi*, p. 18.

Ciononostante, può dirsi che la tendenza mostra come annualmente larga parte delle segnalazioni venga archiviata. I motivi dell'archiviazione possono essere i più disparati, anche se il rapporto elaborato dall'Autorità ha esplicitato le ragioni che nella maggior parte dei casi hanno portato ad archiviare le denunce. L'archiviazione ha riguardato perlopiù le segnalazioni poco circostanziate, quelle provenienti da soggetti non abilitati a ricorrere all'ANAC e quelle di rilevanza penale già all'attenzione dell'autorità giudiziaria. Non sono mancate denunce basate su fatti dei quali il segnalatore non aveva una conoscenza diretta o relativi a fattispecie di rilievo personale sulle quali l'Autorità non ha competenza. Le denunce non archiviate, invece, hanno assistito alla loro definizione. Le ipotesi relative a quest'ultimo caso riguardano l'adozione di provvedimenti da parte dell'Autorità, l'inoltro all'autorità di giustizia o alla Corte dei conti o la presa in carico e gestione della denuncia da parte del Responsabile della prevenzione della corruzione dell'ente di appartenenza del segnalante.

Per ottenere una panoramica più completa dei meccanismi di segnalazione si può ricorrere al rapporto elaborato nel 2017 da Transparency International Italia, che fa riferimento alle segnalazioni raccolte durante il 2015 e il 2016.

Nell'ottobre 2014, l'organizzazione ha istituito un portale online di denuncia, accompagnato l'anno successivo dal servizio "Allerta corruzione"²⁸⁴, il quale offre supporto gratuito ai segnalatori e alle vittime di episodi di corruzione. Sebbene il servizio si limiti a garantire assistenza e quindi non svolga funzioni ispettive o di rappresentanza legale, esso prevede una piattaforma online attraverso la quale i denunciatori possono rivelare episodi di corruzione e infrazioni di altra natura di cui sono venuti a conoscenza. I dati relativi a questo servizio possono fornire, quindi, il quadro delle denunce i cui segnalatori hanno preferito intraprendere una strada diversa da quella "istituzionale", prima di essere guidati dall'organizzazione verso i destinatari appropriati.

Il numero complessivo delle segnalazioni pervenute al portale di Transparency International Italia ha raggiunto, nei primi ventisette mesi di attività, quota 309. Di queste, 147 sono giunte nel 2016, in leggera diminuzione rispetto alle 162 dell'anno

²⁸⁴ Il servizio fa parte del progetto internazionale ALAC (Advocacy and Legal Advice Centres), una piattaforma creata da Transparency International che offre aiuto ai cittadini di 60 Paesi in materia di anticorruzione.

precedente²⁸⁵. Ciò che caratterizza le denunce presentate tramite il portale è che esse sono per la maggior parte anonime. Nel 2016 le segnalazioni il cui autore ha preferito non rivelare il proprio nominativo sono state circa un terzo del totale (92, pari al 63%)²⁸⁶ in netta controtendenza rispetto alle denunce che annualmente pervengono all'ANAC. Bisogna precisare, comunque, che la confidenzialità dei dati del soggetto che denuncia non sempre rende le segnalazioni qualitativamente mediocri. Il portale, infatti, permette ai suoi operatori di interagire con i segnalatori anche se i loro dati risultano crittografati e di interpellarli per approfondire i fatti riferiti.

Vale la pena ricordare che le denunce effettuate tramite la piattaforma giungono non solo dai whistleblower, ma anche dalle vittime degli episodi rivelati e da semplici testimoni che non lavorano per l'ente coinvolto. Va da se che nella categoria dei whistleblower sono compresi anche le vittime e i testimoni, qualora lavorino all'interno dell'ente chiamato in causa.

Le peculiarità del portale consentono di accogliere le denunce provenienti da vari ambiti. Dai dati emerge subito come le tipologie di condotte illecite segnalate siano molto diverse da quelle sottoposte all'attenzione dell'Autorità nazionale anticorruzione. Nel 2016 la gran parte delle denunce ha riguardato episodi di abuso di potere (il 26,8% del totale), quali favoritismi, nepotismo e clientelismo. Altre categorie rilevanti sono state le violazioni contabili (18,9%) e le inefficienze (9,8%), mentre i casi di corruzione denunciati sono stati solo il 5,9% del totale²⁸⁷. La maggioranza delle presunte violazioni aveva avuto luogo all'interno della pubblica amministrazione (69%), mentre solo una segnalazione su quattro era relativa a fatti accaduti all'interno di aziende private²⁸⁸. Tra i settori maggiormente coinvolti spiccavano la sanità e i pubblici uffici che insieme hanno riguardato il 37% delle segnalazioni complessive²⁸⁹.

Dal rapporto di Transparency International Italia relativo all'anno 2016 emerge, infine, un quadro piuttosto preoccupante relativo all'ambito sanitario. Più di un'azienda sanitaria su quattro ha assistito al verificarsi di almeno un episodio di corruzione al suo interno, concernente in particolar modo gli acquisti e le forniture, le liste di attesa e

²⁸⁵ Transparency International Italia, *A voce alta. Un anno di segnalazioni*, 2017, p. 10.

²⁸⁶ *Ivi*, p. 11.

²⁸⁷ *Ivi*, p. 16.

²⁸⁸ *Ivi*, p. 18.

²⁸⁹ *Ivi*, p. 19.

l'assunzione del personale. Inoltre, più della metà delle aziende sanitarie non ha adottato misure idonee a contrastare il verificarsi di episodi corruttivi²⁹⁰.

6.6 LA NUOVA PROPOSTA DI LEGGE SULLA PROTEZIONE DEI SEGNALATORI

Al fine di superare le criticità insite nella normativa in materia di whistleblowing negli ultimi anni sono state elaborate varie proposte di modifica. Tra esse spicca il disegno di legge presentato alla Camera dei Deputati il 15 ottobre 2015 dall'onorevole Francesca Businarolo. Si tratta della proposta di legge AC 3365, denominata "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato"²⁹¹.

Anzitutto occorre osservare come il disegno di legge mirasse a introdurre per la prima volta nel nostro ordinamento una definizione di whistleblowing. Ai sensi dell'art. 1 la legge avrebbe dovuto applicarsi alla «segnalazione di reati o irregolarità nell'interesse pubblico, avvenuti o presunti, all'ente pubblico o privato del quale è dipendente, che può agire efficacemente per rimuoverne le cause». Si tratta a ben vedere di una definizione fortemente onnicomprensiva. La denuncia, infatti, avrebbe potuto riguardare azioni o omissioni, anche solo tentate, di varia natura che diano luogo a fattispecie di responsabilità penale, civile o disciplinare. L'oggetto della segnalazione veniva, dunque, esplicitato ed esteso ai reati e alle irregolarità, rimediando alle incertezze della legge anticorruzione. Sebbene il disegno di legge non operasse un'enumerazione dei possibili oggetti della denuncia, la formula impiegata avrebbe autorizzato a ritenere segnalabili fatti e condotte di rilevanza penale, infrazioni dei Codici di comportamento o di altre disposizioni punibili in via disciplinare, violazioni di leggi o regolamenti, condotte che potrebbero provocare un pregiudizio patrimoniale ai danni dell'ente nel quale il denunciante lavora, condotte che potrebbero arrecare pregiudizio nei confronti

²⁹⁰ *Ivi*, p. 21.

²⁹¹ Nel corso dell'iter legislativo, la proposta di legge in esame è stata abbinata alle proposte AC 1751 e AC 3433.

della salute e della sicurezza dei dipendenti o dei cittadini e condotte che potrebbero arrecare danni all'ambiente²⁹².

Il disegno di legge prediligeva la definizione di whistleblower in senso letterale, prevedendo che la segnalazione potesse essere presentata da colui che lavora nell'amministrazione o nell'azienda privata, nonché dai consulenti, dai volontari, dagli ex dipendenti e dai soggetti che svolgono presso l'ente un periodo di formazione o di tirocinio²⁹³.

La presentazione della denuncia, tuttavia, non sarebbe stata totalmente libera, bensì avrebbe dovuto rispondere a quattro requisiti. In prima istanza, la segnalazione avrebbe dovuto essere effettuata nell'interesse pubblico²⁹⁴, fattispecie che sembrava escludere dall'ambito di applicazione della proposta di legge le segnalazioni effettuate dall'autore con lo scopo di ottenere un vantaggio personale. In secondo luogo, affinché il denunciante potesse essere tutelato era necessario che egli fosse venuto a conoscenza dei fatti riferiti in occasione del rapporto di lavoro, formulazione piuttosto inclusiva che lasciava libero il soggetto di rivelare anche fatti o condotte che abbia appreso in maniera casuale²⁹⁵. Un terzo requisito era quello della buona fede, tale per cui avrebbero potuto essere meritevoli di tutela anche le segnalazioni infondate o erronee purché effettuate senza malizia²⁹⁶. Infine, le denunce non avrebbero dovuto configurare casi di responsabilità per il segnalatore a titolo di calunnia o diffamazione²⁹⁷. La denuncia avrebbe potuto aver luogo anche in forma anonima, a condizione che fosse sufficientemente circostanziata per poterne procedere con l'accertamento.

La previsione delle caratteristiche che la denuncia deve possedere affinché sia tutelabile avrebbe avvicinato la normativa italiana in materia di whistleblowing a quella dei Paesi con una tradizione decennale di protezione dei segnalatori, nei quali un preciso e dettagliato regime di esclusione è un elemento cruciale per evitare abusi.

La proposta di legge ambiva a introdurre un meccanismo di segnalazione graduale, composto da tre diversi livelli. Il denunciante era tenuto a riferire le condotte illecite di cui era venuto a conoscenza prima di tutto agli organi autonomi interni all'ente nel

²⁹² A questo proposito, può vedersi la proposta di legge AC 3365, art. 2, comma 2 nel testo prima dell'abbinamento.

²⁹³ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 3, nel suo testo originario.

²⁹⁴ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 1, lett. a, nel suo testo originario.

²⁹⁵ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 2, nel suo testo originario.

²⁹⁶ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 4, nel suo testo originario.

²⁹⁷ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 5, nel suo testo originario.

quale lavora, per i quali era previsto l'obbligo di processare e valutare la segnalazione²⁹⁸. Qualora questi organi avessero operato una valutazione negativa senza motivato parere, ovvero non fossero ritenuti imparziali dal denunciante, la segnalazione avrebbe potuto essere inoltrata all'autorità di regolamentazione del settore interessato, all'autorità giudiziaria o a quella di polizia²⁹⁹. Infine, una volta espliciti questi passaggi, la denuncia sarebbe stata rivelabile anche al pubblico³⁰⁰.

Il soggetto che effettua la sua segnalazione nel rispetto delle procedure indicate avrebbe visto riconoscersi una serie di tutele, volte ad assicurare che egli non subisse alcun pregiudizio dall'aver presentato la denuncia. Ai sensi dell'art. 14, infatti, il segnalatore non poteva essere licenziato a causa della segnalazione, cosicché in caso di licenziamento l'autorità giudiziaria avrebbe potuto ordinare il reintegro del lavoratore e il pagamento a esso di un risarcimento per gli eventuali danni subiti. L'onere della prova avrebbe gravato sul datore di lavoro, dimodoché sarebbe spettato a quest'ultimo dimostrare che i provvedimenti disciplinari eventualmente adottati nei confronti del segnalatore fossero motivati da ragioni estranee alla denuncia³⁰¹. Per di più, a tutela dell'autore, la segnalazione era sottratta al diritto di accesso così come regolato dalla legge 241/1990.

Un'ultima importante novità sulla quale il disegno di legge puntava era l'introduzione di incentivi economici in favore del denunciante. Qualora la segnalazione avesse avuto buon fine, il suo autore avrebbe avuto diritto a vedersi corrispondere un premio in denaro compreso tra il 15% e il 30% della somma recuperata a seguito della condanna definitiva della Corte dei conti, incentivo che in ogni caso non avrebbe potuto superare i due milioni di euro³⁰².

Nella descrizione della proposta di legge il condizionale è stato d'obbligo, poiché il testo è stato oggetto di ingenti modifiche durante l'esame in commissione. I 17 articoli dei quali il progetto si componeva sono stati sostituiti da due articoli molto corposi, che operano una distinzione tra la disciplina applicabile ai dipendenti pubblici e la disciplina dedicata ai privati. Nello specifico, il nuovo testo ha mirato a novellare l'art. 54-bis del d. lgs. 165/2001 e l'art. 6 del d. lgs. 231/2001.

²⁹⁸ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 8, nel suo testo originario.

²⁹⁹ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 9, nel suo testo originario.

³⁰⁰ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 10, nel suo testo originario.

³⁰¹ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 7, nel suo testo originario.

³⁰² Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 15, nel suo testo originario.

Nel dettare la disciplina relativa ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni³⁰³, il testo modificato ha in primo luogo alterato le procedure di segnalazione, eliminando la gradualità che caratterizzava il meccanismo previsto in origine. La nuova formula prevede, invece, che il dipendente possa segnalare alternativamente al Responsabile della prevenzione della corruzione del suo ente di appartenenza, all'autorità giudiziaria ordinaria o contabile oppure all'Autorità nazionale anticorruzione. Oggetto della segnalazione tornano a essere le condotte illecite di cui il soggetto è venuto a conoscenza in ragione del suo rapporto di lavoro, formula che richiama quella già contenuta all'art. 54-bis del d. lgs. 165/2001. Oltre a tali condotte, il dipendente è legittimato a denunciare anche gli abusi appresi nelle medesime modalità di cui sopra³⁰⁴.

Perché la segnalazione possa meritare protezione anche questa volta è richiesto che essa sia presentata in buona fede. Per la prima volta, però, viene proposta una definizione di questo principio, in virtù della quale «è in buona fede il dipendente pubblico che effettua una segnalazione circostanziata ritenendo altamente probabile che la condotta illecita o di abuso si sia verificata». Nel caso in cui le procedure di accertamento dell'ANAC appurino la mancanza di buona fede o l'infondatezza della segnalazione, il dipendente è soggetto a procedimento disciplinare da parte dell'ente di appartenenza, in conseguenza del quale possono essere irrogate sanzioni che arrivano fino al licenziamento³⁰⁵.

Il testo modificato espone in maniera dettagliata anche le garanzie in favore del dipendente pubblico che segnala. Nell'eventualità venga accertata dall'Autorità nazionale anticorruzione l'adozione di misure ritorsive o discriminatorie, il responsabile di esse sarebbe punito con una sanzione pecuniaria di importo compreso tra i 5.000 e i 30.000 euro, fermi restando gli eventuali altri profili di responsabilità³⁰⁶. Sarebbe salvaguardata, inoltre, anche la riservatezza dell'identità del dipendente sia con riferimento al procedimento penale, sia nell'ambito della fase istruttoria relativa al procedimento dinanzi alla Corte dei conti. La confidenzialità dei dati del segnalatore è

³⁰³ In questa categoria l'art. 1, comma 2 della proposta di legge AC 3365-1751-3433 nel suo testo modificato in commissione, inserisce anche i dipendenti di enti pubblici economici, i dipendenti di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico, ai collaboratori, ai consulenti e ai lavoratori di imprese fornitrici di beni e servizi.

³⁰⁴ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 1, comma 1 nel suo testo modificato in commissione.

³⁰⁵ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 1, comma 8 nel suo testo modificato in commissione.

³⁰⁶ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 1, comma 6 nel suo testo modificato in commissione.

garantita anche nell'ambito del procedimento disciplinare, a meno che la sua rivelazione non risulti assolutamente indispensabile al denunciato per l'esercizio del suo diritto di difesa³⁰⁷. Le tutele contemplate nella proposta di legge non si attiverrebbero, però, qualora fosse accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del denunciante per aver commesso reati di calunnia o diffamazione, ovvero la responsabilità civile per dolo o colpa grave³⁰⁸.

Le correzioni apportate alla proposta di legge hanno portato anche alla modifica del meccanismo premiale in favore del segnalatore. Nel testo non compare più alcuna indicazione utile a determinare l'ammontare dell'incentivo economico, ma ci si limita a demandare la quantificazione del premio ad apposite previsioni contrattuali³⁰⁹.

Per quel che concerne la disciplina delle segnalazioni provenienti dai dipendenti del settore privato, l'art. 2 della proposta di legge ammette a segnalare le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione, di direzione o di controllo dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché le persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di questi soggetti e chiunque a vario titolo collabori con l'ente. In capo a costoro sussiste il dovere di segnalare in modo circostanziato «illeciti che in buona fede ritengono altamente probabile si siano verificati (...) o le violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte»³¹⁰. E' da notare che per i dipendenti privati è previsto un requisito aggiuntivo per la presentazione della denuncia, ossia la precisione e minuziosità di essa. I modelli organizzativi e gestionali dell'ente devono prevedere idonei canali di segnalazione, di cui almeno uno adatto a garantire la riservatezza dell'identità del dipendente. Quest'ultima deve comunque essere salvaguardata in ogni fase di vita della segnalazione, dal suo inoltro alla sua conclusione, fatte salve le eccezioni stabilite dall'ordinamento.

L'infondatezza della segnalazione comporta in capo al denunciante le medesime responsabilità stabilite per il dipendente pubblico. Qualora, invece, la segnalazione risulti fondata, il dipendente è tutelato nei confronti di atti ritorsivi o discriminatori adottati in ragione della segnalazione. Queste possono essere denunciate all'Ispettorato

³⁰⁷ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 1, comma 3 nel suo testo modificato in commissione.

³⁰⁸ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 1, comma 7 nel suo testo modificato in commissione.

³⁰⁹ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 1, comma 9 nel suo testo modificato in commissione.

³¹⁰ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 2 nel suo testo modificato in commissione, che novella l'art. 6 del d. lgs. 231/2001 inserendovi i commi 2-bis, 2-ter e 2-quater.

del Lavoro direttamente dal dipendente o, al suo posto, dall'organizzazione sindacale alla quale appartiene. Tutti gli atti ritorsivi rivolti contro il dipendente risultano, pertanto, nulli, gravando in capo al datore di lavoro l'onere di dimostrare che la loro adozione non abbia alcun collegamento con la segnalazione.

Il disegno di legge così delineato ha ottenuto l'approvazione della Camera dei Deputati il 21 gennaio 2017 e ha iniziato il suo iter al Senato. Il testo che ha incontrato il consenso dei deputati rappresenta un chiaro compromesso tra chi riteneva sufficiente la disciplina già dettata dall'art. 54-bis del d. lgs. 165/2001 e chi proponeva di introdurre misure più incisive. Il maggior pregio della proposta è di operare una vera rivoluzione culturale, grazie alla quale la figura del whistleblower risulta totalmente trasfigurata. Il segnalatore è destinato a non essere più lo spione che tradisce il proprio datore di lavoro o i propri colleghi, ma il guardiano che vigila sul rispetto delle regole. È colui che si espone e si batte per l'interesse pubblico, e proprio per questo viene tutelato dall'ordinamento.

Tuttavia, non si possono tacere alcune problematicità, alcune delle quali assumono ampio rilievo. In primo luogo, sebbene la proposta di legge ambisca a salvaguardare la riservatezza del segnalatore, in sede penale questa non sempre è tutelata, tenuto conto che generalmente il segnalatore è chiamato a rendere testimonianza. Una volta svelata l'identità del denunciante, è estremamente complicato prevedere se le misure di protezione previste dalla legge siano sufficienti a tutelarlo oppure se, al contrario, si accresca il rischio di minacce e ritorsioni.

Infine, la proposta di legge introdurrebbe il principio dell'obbligatorietà della segnalazione anche nei confronti del privato cittadino. Il dovere di denuncia per i pubblici ufficiali è espressamente sancito dal codice penale ed è giustificato dal fatto che, così facendo, lo Stato, per il tramite di un suo dipendente, si autodifende. Il pubblico impiegato, attraverso la sua segnalazione, tutela un interesse dello Stato e, di conseguenza, un proprio interesse. Il nostro ordinamento non contempla, però, un obbligo di denuncia per i privati. Il rischio concreto è che, all'atto pratico, la disposizione in esame possa manifestare profili di incostituzionalità e produrre più danni di quanti cerchi di prevenirne.

CONCLUSIONI

L'analisi delle esperienze nazionali che contemplano la protezione dei segnalatori rivelano che questa può scaturire da una pluralità di atti normativi diversi, tanto dalle leggi onnicomprensive quanto dalle leggi settoriali appositamente costruite. Gli Stati Uniti e il Regno Unito sono esempi piuttosto rappresentativi di una legislazione inclusiva in materia di whistleblowing, esplicitamente rivolta alla salvaguardia dei denuncianti. La normativa britannica, in particolare, in virtù di un solo regime di protezione, garantisce, almeno in linea teorica, una protezione puntuale e completa sia per i dipendenti pubblici sia per quelli privati. L'esperienza statunitense, dal canto suo, presenta una legislazione piuttosto minuziosa e particolareggiata, che distingue regimi diversi a seconda dell'ambito operativo del lavoratore. L'Italia, al contrario, presenta poche sparse forme di tutela previste in disposizioni assai diverse tra loro, sia per natura sia per contenuto.

Al di là delle scelte operate dal legislatore, affinché la protezione del segnalatore sia davvero efficace è necessario che la legislazione sia chiara, che i meccanismi di denuncia siano conosciuti e accessibili e che le sanzioni siano incisive. Alla luce di questi criteri, è possibile operare un raffronto tra la disciplina del denunciante in Italia e quella nelle varie esperienze nazionali precedentemente esposte, in modo da isolare i punti di forza e di debolezza della nostra legislazione.

Un primo significativo parametro di giudizio è quello relativo alla chiarezza e all'inclusività della normativa. Questo ambito viene in rilievo sotto numerosi aspetti.

- In prima istanza, non esiste una definizione di whistleblowing valida per tutti. Ognuno dei Paesi analizzati ne presenta una specifica e dotata di proprie sfumature, differente anche rispetto a quanto raccomandato dagli standard internazionali. Molto eloquente appare, ad esempio, la definizione proposta dal *Public Interest Disclosure Act* britannico, secondo il quale il termine si riferisce a ogni divulgazione che, secondo la ragionevole convinzione del segnalatore, evidenzia reati di carattere penale, civile o amministrativo, errori giudiziari o possibili pregiudizi per l'ambiente, la sicurezza e la salute pubblica³¹¹. A sua volta, la disciplina

³¹¹ Employment Rights Act, sezione 43, lettera b.

recentemente introdotta in Francia dalla legge “*Sapin II*” collega il termine alla rivelazione, eseguita da una persona fisica, circa una violazione grave e manifesta di una legge o di un regolamento o una minaccia per l’interesse pubblico³¹². Tralasciando gli aspetti stilistici e contenutistici, già affrontati in precedenza, quello che rileva è che questi Paesi possiedono una concezione di whistleblowing ben circoscritta, che sceglie con precisione i soggetti ammessi a farvi parte e le qualità di cui questi devono essere in possesso. La ricerca di una simile definizione nel quadro normativo italiano avrebbe, invece, esito negativo. Eppure, il potenziamento dei dispositivi di tutela e la diffusione della pratica della segnalazione non sono indipendenti da un’attenta e oculata identificazione dei loro obiettivi. Un’esplicitazione del perimetro e dei fini del whistleblowing potrebbe produrre l’effetto di sensibilizzare le coscienze e cancellare l’immagine negativa che generalmente gli italiani attribuiscono a chi denuncia.

- Una questione di primaria importanza è relativa alla sorte che spetta a chi effettua segnalazioni infondate o erranee. A questo riguardo, la legislazione più precisa appare quella francese, la quale ammette alla protezione solo le denunce presentate in buona fede e in maniera disinteressata; è richiesto, cioè, che il soggetto che espone la condotta illecita lo faccia senza poterne trarre vantaggi personali. Un discorso parzialmente simile può valere anche per il Regno Unito nel quale, a seconda della tipologia, occorre che la segnalazione possieda i requisiti della buona fede, della veridicità e dell’opportunità. L’assenza di questi elementi, di conseguenza, è destinata a determinare l’archiviazione della denuncia o, al limite, alla riduzione delle tutele previste per il segnalatore. Allo stesso modo, la rivelazione in malafede di fatti fallaci pone in capo al denunciante una responsabilità penale.

La legge anticorruzione italiana, però, non fa alcuna menzione del principio della buona fede, circostanza che rende incerto se il segnalatore sia protetto anche in caso di una denuncia infondata, benché eseguita senza malizia. Una previsione volta a introdurre il principio della buona fede aiuterebbe, senz’altro, a dissipare le ambiguità e potrebbe costituire un valido incentivo a uscire dal silenzio.

³¹² Legge n. 1691/2016, art. 6.

- In molte legislazioni nazionali, l'ambito di applicazione soggettivo delle disposizioni relative al whistleblowing è piuttosto ampio, a ricomprendere categorie di lavoratori che vanno ben oltre i soli dipendenti. Nell'ambito dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), la grande maggioranza dei Paesi presenta norme a tutela tanto dei dipendenti pubblici, quanto dei dipendenti privati. Oltre a questa categoria, talvolta le protezioni si estendono anche ai consulenti, ai fornitori, agli ex dipendenti e ai lavoratori con contratto a termine. In questa cornice, spiccano su tutti la Francia, il Regno Unito e gli Stati Uniti, che mostrano una normativa piuttosto inclusiva. Il legislatore italiano, al contrario, ha preferito tutelare solo i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, lasciando prive di coperture ampie fasce di lavoratori, quali i dipendenti privati, gli appaltatori, gli impiegati a termine e gli ex dipendenti. La rilevanza del fenomeno corruttivo nel settore privato non è stata del tutto trascurata dal legislatore, al punto che recenti interventi normativi hanno riformulato le fattispecie e inasprito il trattamento sanzionatorio³¹³. Tuttavia, non sono stati previsti specifici meccanismi di tutela per i dipendenti privati che segnalano condotte illecite. Considerata la rilevanza degli episodi di corruzione tanto nel settore pubblico quanto in quello privato, potrebbe apparire utile un allargamento delle tutele, ampliando la platea dei soggetti ammessi a segnalare e meritevoli di protezione.
- Gli atti ritorsivi compiuti nei confronti del segnalante vengono generalmente adottati sotto forma di provvedimenti disciplinari o molestie di vario genere. Le norme volte a proteggere colui che denuncia dovrebbero garantire una tutela onnicomprensiva, affinché lo mettano al riparo da una vasta schiera di rappresaglie. Anche riguardo a questo punto, non mancano esempi virtuosi. Il *Public Interest Disclosure Act*, su tutti, dispone che il lavoratore ha il diritto a non subire alcun danno dovuto alla sua denuncia³¹⁴, una formulazione assai inclusiva che assorbe qualunque condotta posta in essere allo scopo di ledere l'integrità psicofisica e la situazione lavorativa dell'individuo. La legge “*Sapin II*” opta, invece, per un'elencazione delle condotte vietate, sancendo che nessuno che abbia segnalato in buona fede possa essere escluso da una procedura d'assunzione o da un periodo di formazione, licenziato, discriminato, trasferito, ricollocato, demansionato o punito

³¹³ Si tratta del d. lgs. 15 marzo 2017, n. 38.

³¹⁴ Employment Rights Act, sezione 47B.

con una mancata promozione o un mancato rinnovo del contratto³¹⁵. La stessa soluzione viene adottata anche dalla legge statunitense laddove, ad esempio, il *False Claims Act* vieta di licenziare, demansionare, sospendere, minacciare o discriminare in altro modo il dipendente che segnala illeciti³¹⁶.

Anche la norma italiana tutela il denunciante, sebbene la legge anticorruzione mostri un'esposizione alquanto vaga. Oltre a proibire il licenziamento, infatti, l'art. 1, comma 51 della legge anticorruzione prevede che il dipendente pubblico non possa essere punito o fatto oggetto di discriminazioni. La formulazione appare sufficientemente comprensiva, tuttavia manca di chiarezza. Una chiarificazione su cosa si debba intendere per "punizioni" e "misure discriminatorie" sarebbe opportuna per evitare una pluralità di interpretazioni.

- Un elemento essenziale per garantire la tutela ai segnalatori e incentivare la denuncia delle violazioni è la confidenzialità dei dati. Nel processo che ha portato il legislatore francese all'adozione di una disciplina in favore del "lanceur d'alerte", quello della riservatezza è stato un presupposto fondamentale. In quest'ottica, la normativa transalpina in materia di segnalazioni risulta una delle più efficaci e puntuali, al punto che le informazioni relative al denunciante (e al denunciato) possono essere comunicate esclusivamente all'autorità giudiziaria³¹⁷. L'obiettivo è perseguito tramite adeguati dispositivi di segnalazione, che garantiscono la riservatezza dell'identità dei soggetti coinvolti durante tutte le fasi del processo di accertamento. Analoghe disposizioni sono previste anche dalla normativa statunitense: in particolare, il *Dodd-Frank Act* prevede che i dati del segnalatore acquisiti dalla Securities and Exchange Commission vengano da quest'ultima conservati in modo tale da garantire la loro totale riservatezza³¹⁸.

Se è fuori discussione che anche la legge italiana anticorruzione sancisce misure dirette a tutelare la confidenzialità dei dati, è altrettanto vero che esistono spazi lasciati scoperti. Si è parlato poc'anzi dell'assenza di norme orientate a regolare il trasferimento delle informazioni concernenti il segnalante dall'ANAC all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti. La presenza di zone d'ombra potrebbe provocare

³¹⁵ Legge n. 1691/2016, art. 10.

³¹⁶ False Claims Act, section 3730, subsection h, paragrafi 1-2.

³¹⁷ Legge n. 1691/2016, art. 9.

³¹⁸ 17 Code of Federal Regulations, § 240.21F-7.

la fuoriuscita di dati sensibili, a grave nocumento del denunciante. Per di più, la previsione di eccezioni alla riservatezza, quale il diritto d'accesso da parte del soggetto denunciato motivato dall'esercizio del proprio diritto di difesa, potrebbe avere un effetto disincentivante sul dipendente, considerando il danno che egli potrebbe subire qualora la sua identità venisse rivelata.

- Le legislazioni nazionali analizzate presentano disposizioni molto differenti in merito all'onere della prova. In linea di massima, però, può dirsi che spetti al datore di lavoro dimostrare l'inesistenza di un collegamento tra la segnalazione e il provvedimento disciplinare adottato nei confronti del denunciante. Questa regola è dovuta soprattutto all'enorme difficoltà per il dipendente di provare che le ritorsioni subite siano dovute al fatto di aver rivelato le violazioni di cui è venuto a conoscenza. Nell'ordinamento statunitense, a prescindere dal settore nel quale il dipendente opera, il datore di lavoro è tenuto a dimostrare, tramite prove chiare e inconfutabili, che avrebbe adottato il medesimo provvedimento disciplinare anche qualora il dipendente non avesse effettuato alcuna segnalazione³¹⁹. Lo stesso criterio è adottato anche in Francia a seguito della modifica operata dalla legge "Sapin II" al Codice del lavoro. Nell'esperienza britannica, il regime è differenziato a seconda che il dipendente lavori o abbia lavorato per il datore per un periodo maggiore o minore di un anno; in quest'ultimo caso, l'onere della prova pesa sul lavoratore, fermo restando che per periodi d'impiego superiori a dodici mesi l'onere grava sempre sul datore di lavoro³²⁰.

La legislazione italiana, invece, non prevede alcun onere della prova. La legge anticorruzione, infatti, non contiene disposizioni volte a definire come il dipendente possa provare di aver subito una ritorsione a causa della denuncia o, viceversa, come il datore di lavoro possa provare il contrario. L'accertamento dei fatti compete, dunque, all'Autorità nazionale anticorruzione la quale, in base ai poteri a essa riconosciuti dalla legge, è competente a valutare le segnalazioni presentate in questo ambito dai dipendenti pubblici.

- La normativa in materia di segnalazioni deve evidenziare i canali attraverso i quali effettuare la denuncia. Questi possono essere i più disparati e possono esplicarsi all'interno o all'esterno dell'ente, con la possibilità di soluzioni ibride. La

³¹⁹ Si veda, ad esempio, 5 U.S. Code § 1214, lettera b, numero 4(B)(ii).

³²⁰ *Brothers of Charity Services Merseyside v. Eledy-Cole*, EAT 661/00 (2002).

legislazione britannica distingue tre differenti canali a seconda del contenuto e della rilevanza delle informazioni raccolte. Essa prevede un meccanismo di segnalazione interno, che consente al dipendente di rivelare i fatti al datore di lavoro; un meccanismo di denuncia esterno, da utilizzare per riferire le violazioni a un ente di regolazione; infine, un meccanismo esterno che permette al dipendente di rivolgersi alle forze dell'ordine, ai media e ai membri del Parlamento. Ciascun livello esige il rispetto di un numero sempre più alto di condizioni, che il segnalatore è tenuto a soddisfare per ricevere protezione. Anche l'esperienza francese mette in mostra un canale di segnalazione a tre livelli e permette al denunciante di ricorrere al datore di lavoro, all'autorità giudiziaria o amministrativa o alla rivelazione pubblica. Il dispositivo, però, è strutturato in modo che il dipendente possa rivolgersi al livello successivo solo qualora il soggetto responsabile del precedente sia rimasto inerte. Infine, nell'ordinamento statunitense sono previste varie possibilità di denuncia, da effettuare all'autorità giudiziaria o alle autorità amministrative a seconda della disciplina applicabile al caso specifico.

La legge anticorruzione, tuttavia, non rispetta questo requisito, non delineando le procedure da seguire in caso di denuncia. La norma in materia si limita a identificare i soggetti deputati alla raccolta delle segnalazioni, senza però fissare un ordine di preferenza e, quindi, lasciando il dipendente libero di rivolgersi al soggetto da lui reputato più idoneo. Vista l'assenza di indicazioni specifiche, l'illustrazione delle procedure di denuncia è spettata all'Autorità nazionale anticorruzione che ha colmato le lacune presenti nella legge.

- Le leggi sulla protezione dei segnalatori generalmente includono un ristoro economico per gli individui che hanno sofferto ritorsioni. La normativa può riferirsi a tutte le conseguenze dirette e indirette e prevedere una riparazione, che può essere di natura economica o consistere nel semplice reintegro del dipendente qualora il pregiudizio sia sanabile tramite l'esercizio del potere ordinatorio. Il ristoro può comprendere anche il risarcimento delle spese sofferte per l'azione legale, come prevede la legislazione statunitense.

In Italia, la disciplina era già regolata dall'art. 18 dello statuto dei lavoratori il quale, nel caso in cui l'autorità giudiziaria avesse deliberato l'illegittimità del licenziamento, imponeva il reintegro del dipendente e il pagamento a quest'ultimo

delle mensilità non corrisposte. Nella normativa anticorruzione non è previsto, però, nessun rimedio specifico per i segnalatori che hanno subito atti ritorsivi, né è imposto al datore di lavoro il pagamento di una sanzione. La previsione di un compenso per il danno arrecato che consenta il recupero delle perdite, economiche o di altro genere, potrebbe rappresentare uno sprone per il dipendente affinché esca dal silenzio.

- Infine, allo scopo di incentivare le denunce molti Paesi hanno introdotto dei meccanismi premiali, che nella maggior parte dei casi conducono all'erogazione di incentivi economici in favore del denunciante. Questa caratteristica è evidente soprattutto nel modello statunitense, nel quale il pagamento di premi è disciplinato da due atti normativi. Il *False Claims Act* ha legittimato il segnalatore a ricevere una porzione della somma recuperata dal governo, variabile a seconda che il procedimento venga portato avanti dal governo o direttamente dal segnalante. Simili provvigioni sono previste anche per i dipendenti dell'industria finanziaria, ai quali il *Dodd-Frank Act* riconosce un premio qualora denunciino frodi contabili e reati bancari. Tuttavia, gli Stati Uniti costituiscono una delle poche eccezioni. Infatti, nella grande maggioranza dei Paesi OCSE siffatti meccanismi premiali non sono contemplati in quanto controversi.

Nell'esperienza italiana, il dibattito relativo all'introduzione di incentivi economici per il segnalante aveva preso avvio grazie a un'importante raccomandazione contenuta nel già citato rapporto del 2013 della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione. Nell'idea della Commissione, il premio avrebbe dovuto fondarsi sull'elargizione di una somma calcolata in base alla sanzione comminata al denunciato dalla Corte dei conti. In realtà, il legislatore ha preferito non accogliere questa proposta, ritenendo probabilmente che l'introduzione di misure premiali avrebbe portato i dipendenti pubblici ad abusare delle procedure di segnalazione. La predisposizione di incentivi economici in favore del whistleblower, tuttavia, potrebbe costituire un utile strumento per l'emersione di episodi di corruzione, tenendo conto che prevenirne gli abusi sarebbe possibile semplicemente ricorrendo a un irrigidimento delle condizioni per accedervi.

Alla luce di quanto visto, non si può non essere compiaciuti per la rivoluzione copernicana operata dalla legge anticorruzione. A quest'ultima va oggettivamente riconosciuto il pregio di aver permesso l'uscita dal lungo torpore che portava il legislatore a intervenire solo a danno già compiuto, radicando giuridicamente la lotta al fenomeno corruttivo mediante strumenti di prevenzione. Le criticità sopra evidenziate, però, rendono la legge inidonea a prevenire gli episodi di corruzione e tanto meno a reprimerli, finendo per vanificare gli sforzi verso un apparato anticorruzione funzionale e incisivo. Né una rinnovata sensibilità della società civile, né la previsione di ricompense per chi segnala, né atteggiamenti più intraprendenti e responsabili del legislatore sono condizioni sufficienti a produrre un'azione amministrativa efficiente e trasparente; la loro assenza, tuttavia, costituisce certamente un potente combustibile per i conflitti a venire.

Bibliografia

AMATO G., *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 27 (3), 2014, 549-607.

ANTONELLI V., *I riflessi del processo di integrazione europea sulle giurisdizioni nazionali: il caso del giudice amministrativo italiano - IV colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali "La partecipazione di Polonia e Italia all'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona"*, Torun, 19-20 settembre 2012.

ARMONE G., *Whistleblowing e ordinamento italiano: possibili percorsi normativi*, in FRASCHINI G., PARISI N., RINOLDI D., *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Acireale, Bonanno, 2011.

BASCELLI M., *Legge 190/2012 (cd. legge anticorruzione): il primo approccio del legislatore italiano ai whistleblowing schemes*, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2, 2013, 35-44.

BASCELLI M., *Possibile ruolo dei whistleblowing schemes nel contesto della corporate e della control governance. Profili di compatibilità con l'ordinamento italiano e, in particolare, con la disciplina in materia di protezione dei dati personali*, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1, 2008, 125-154.

BELSITO V. A., *Il whistleblowing. Tutele e rischi per il soffiatore*, Bari, Cacucci, 2013.

BOESE J. T., *Civil False Claims and Qui Tam Actions*, New York, Wolters Kluwer, 2016.

BOK S., *Whistleblowing and professional responsibilities*, *New York University Education Quarterly*, 11 (4), 1980, 2-10.

BOVA C., *Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti: il “whistleblowing”*, in AA.VV., *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Commento alla legge n. 190/2012 e decreti attuativi*, Roma, Eurilink, 2013.

BOWIE N. E., *Business Ethics*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1982.

BROWN D. & MCKENNA B., *Protecting whistleblowers from victimization*, *Solicitors Journal*, 9 ottobre 1992, 994.

BRUNETTA R., *Tasse occulte. Scacco matto alla corruzione*, *Il Sole 24 Ore*, 17 ottobre 2009

CALLAHAN E. S. & DWORKIN T. M., *Do good and get rich: financial incentives for whistleblowing and the False Claims Act*, *Villanova Law Review*, 37 (2), 1992.

CALLAND R., *Whistleblowing around the world: law, culture and practice*, Cape Town, IDASA, 2004.

CASARTELLI G. & PAPI ROSSI A., *Le misure anticorruzione. Legge 6 novembre 2012, n. 190*, Torino, Giappichelli, 2013.

CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014.

COOPER J. & GREENE D., *Whistleblowers*, *Solicitors Journal*, 20 novembre 1992, 1166.

CULP D., *Whistleblowers: Corporate anarchists or heroes? Towards a judicial perspective*, *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, 13 (1), 1995.

DAOUD E. & SFOGGIA S., *Lanceurs d’alerte et entreprises : les enjeux de la loi Sapin II*, *Actualité Juridique Pénal*, 2, 2017, 71-75.

DAVIS M., *Some Paradoxes of Whistle-Blowing*, *Ethical Treatment of Employees*, 15 (1), 147-155.

DE GEORGE R., *Business Ethics*, New York, Macmillan, 1990.

DEVINE T. M., *The whistleblower protection act of 1989: foundation for the modern law of employment dissent*, *Administrative Law Review*, 51 (2), 1999, 531-579.

DYCK A., MORSE A. & ZINGALES L., *Who blows the whistle on corporate fraud?*, *The Journal of Finance*, 65(6), 2010, 2213-2253.

DUSKA R. F., *Contemporary reflections on business ethics*, Dordrecht, Springer, 2007.

ELLIS E. R., *The epic of New York City: a narrative history*, s. l., Hachette, 2010.

FORTI G., *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, Giuffrè, 2009.

GANDINI F., *Il whistleblowing negli strumenti internazionali in materia di corruzione*, in AA. VV., *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Acireale-Roma, Bonanno, 2011.

GHINI P., *L'utilizzo di un sistema di whistleblowing quale ausilio nella prevenzione delle frodi e dei reati*, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4, 2010, 203-213.

GLEN M. & SHEARER C., *Going After the Whistle-Blowers*, *The Philadelphia Inquirer*, 2 agosto 1983, 11.

GREEN S. P., *I crimini dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale*, Milano, Università Bocconi Editore, 2014.

GOLDBERG D. T., *Tuning in to Whistle Blowing*, *Business and Professional Ethics Journal*, 7 (2), 1988, 85-94.

HARRISON A., *In office and in power*, *Solicitors Journal*, 21 gennaio 1994, 46.

HELMER J. B., *How great is thy bounty: relator's share calculations pursuant to the False Claims Act*, *University of Cincinnati Law Review*, 68 (3), 2000, 737-762.

JANNONE A., *Il whistleblowing e la policy antifrode e anticorruzione: il quadro normativo e le soluzioni operative*, La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, 3, 2016, 217-230.

KOVACIC W. E., *The Civil False Claims Act as a deterrent to participation in government procurement markets*, Supreme Court Economic Review, 6, 1998.

LATTANZI R., *Prime riflessioni sul c.d. whistleblowing : un modello da replicare ad occhi chiusi?*, Rivista italiana di diritto del lavoro, 2, 2010, 335-365.

LIGUORI G., *La disciplina del whistleblower negli Stati Uniti*, La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, 2, 2014, 111-142.

LIGUORI G., *La disciplina del whistleblowing nel Regno Unito*, La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, 3, 2014, 99-117.

LIGUORI G., *La figura del whistleblower in Italia*, La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, 2, 2015, 155-181.

MATTARELLA B. G. & PELISSERO M., *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013.

MATTARELLA B. G., *La prevenzione della corruzione in Italia*, Giornale di diritto amministrativo, 2, 2013, 123-133.

MATTARELLA B. G., *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007.

MERLONI F., MANDELLI L., *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Bagno a Ripoli, Passigli, 2011.

PASQUA S., *Riflessioni e proposte sulla prevenzione della corruzione in vista di nuovi interventi del legislatore*, in AA.VV., *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Commento alla legge n. 190/2012 e decreti attuativi*, Roma, Eurilink, 2013.

PELLEGRINO G., *Etica pubblica. Una piccola introduzione*, Roma, LUISS University Press, 2015.

ROCHE J. M., *The Competitive System, to Work, to Preserve, and to Protect*, Vital Speeches of the Day, maggio 1971, p. 445.

SCARANO C., *La legge n. 190/2012. Aspetti generali e tutela del denunciante*, Diritto della regione, 3, 2012, 1-14.

STURYCZ N. D., *The King and I?: An examination of the interest qui tam relators represent and the implications for future False Claims Act litigation*, Saint Louis University Public Law Review, 28 (2), 2009, 459-494.

Sitografia

ABADIE P., *Le salarié lanceur d'alerte aux États-Unis et en France : pour une articulation harmonieuse entre dissidence et loyauté*, La Revue des droits de l'homme (en ligne), 10, 2016. Disponibile su:

<http://revdh.revues.org/2649> [ultimo accesso: 11 giugno 2017]

ANAC, *Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015*. Disponibile su:

[file:///C:/Users/master/Downloads/Det.n.6_28.04.2015%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/master/Downloads/Det.n.6_28.04.2015%20(1).pdf)

ARTICLE19 & LIBERTY, *Secrets, Spies and Whistleblowers: Freedom of Expression in the UK*, 2009. Disponibile su:

<https://www.article19.org/data/files/pdfs/publications/secrets-spies-and-whistleblowers.pdf>

CHAPUIS C., *Dispositif d'alerte dans les entreprises: une mise en œuvre qui soulève des questions*, Dalloz Actualité, 9 novembre 2016. Disponibile su :

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:sVf-yLpEM6YJ:www.dalloz-actualite.fr/printpdf/flash/dispositif-d-alerte-dans-entreprises-une-mise-en-oeuvre-qui-souleve-des-questions+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=it> [ultimo accesso: 7 maggio 2017]

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*, 2012. Disponibile su:

http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/24/2012_10_22_Rapporto_corruzione_PA.pdf

CORRADO A. (a cura di), *Il whistleblowing in Italia*, 2016. Disponibile su:

<http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Anticorruzione/SegnalazioniIllecitoWhistleblower/SegnalazioneIllecitiTutelaDipendentePubblico/Whistleblower.Italia.dati.1.pdf>

DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, *Circolare n. 1/2013*. Disponibile su:
<http://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/30750.pdf>

DOYLE C., *Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes*, CRS Report for Congress, 2009. Disponibile su: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R40785.pdf>

GRECO, *Joint First and Second Evaluation Round of the Compliance Report on Italy*, 2011. Disponibile su: <https://rm.coe.int/16806c692a>

OCSE, *Integrity Review of Italy. Reinforcing public sector integrity, restoring trust for sustainable growth*, 2013. Disponibile su:
http://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-integrity-review-of-italy_9789264193819-en

PUBLIC CONCERN AT WORK, *Report on the effectiveness of existing arrangements for workplace whistleblowing in the UK*, 2013. Disponibile su:
<http://www.pcaw.org.uk/files/WBC%20Report%20Final.pdf>

PUBLIC CONCERN AT WORK, *The UK whistleblowing report*, 2014. Disponibile su:
<https://www.pcaw.org.uk/files/2014%20Whistleblowing%20Report.pdf>

TRANSPARENCY INTERNATIONAL ITALIA & RISSC, *Corruzione e sprechi in sanità*, 2013. Disponibile su:
https://www.transparency.it/wp-content/uploads/2013/11/21x21_SprechiSanit%C3%A0_ITA.pdf

TRANSPARENCY INTERNATIONAL ITALIA, *A voce alta. Un anno di segnalazioni*, 2017. Disponibile su:
https://www.transparency.it/wp-content/uploads/2017/05/Report_2016_1pag.pdf

U.K. COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE, *Second Report*, 1996. Disponibile su:
<https://www.gov.uk/government/publications/local-public-spending-bodies>

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Acting associate Attorney General Tony West speaks at Pen and pad briefing announcing record civil FY 2012 recoveries*, 2012. Disponibile su: <https://www.justice.gov/opa/speech/acting-associate-attorney-general-tony-west-speaks-pen-and-pad-briefing-announcing-record> [ultimo accesso: 2 maggio 2017]

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Civil Monetary Penalties Inflation Adjustment for 2017*, 2017. Disponibile su: <https://www.federalregister.gov/documents/2017/02/03/2017-01306/civil-monetary-penalties-inflation-adjustment-for-2017> [ultimo accesso: 2 maggio 2017]

U.S. MERIT SYSTEM PROTECTION BOARD, *Blowing the whistle in the federal government: a comparative analysis of 1980 and 1983 survey findings*, 1984. Disponibile su: <https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/08/24/meritrept-10-1984.pdf>

UNODC, *Resource guide on good practices in the protection of reporting persons*, 2015. Disponibile su: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf

UNODC, *Technical guide to the United Nations Convention against corruption*, 2009. Disponibile su: https://www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf

RIASSUNTO

IL WHISTLEBLOWING: ESPERIENZE COMPARATE DI TUTELA DEL DIPENDENTE CHE SEGNALE ILLECITI

Quella del whistleblower, cioè di colui che segnala condotte illecite, non è una scelta operativa semplice, in special modo a causa del senso di isolamento, se non di avversione, che nella maggioranza dei casi viene ad accerchiare chi sembra urtare gli interessi aziendali e, dunque, anche gli interessi dei suoi colleghi. Ancora oggi, la gran parte dei dipendenti è mossa da un profondo senso di lealtà istituzionale (ma anche dal timore di ritorsioni), che talvolta li rende fedeli al datore di lavoro anche di fronte a evidenti reati e violazioni. Di conseguenza il segnalatore, anziché essere visto con ammirazione, viene considerato con freddezza e “gratificato” con l’appellativo di spione o pettegolo. Per di più, nel combattere gli atti ritorsivi eventualmente posti in essere dal suo datore di lavoro, egli è spesso destinato a sostenere ingenti spese legali che, in combinazione con la perdita di guadagni derivante dai provvedimenti disciplinari subiti, comportano rovinose conseguenze finanziarie.

In questa prospettiva emerge con evidenza la complessità del tema, dimostrata anche dall’assenza di una definizione comune di whistleblowing. A ben vedere, si tratta di un termine atecnico che fonda le proprie radici su due immagini: da un lato, quella del poliziotto di strada, che soffia nel proprio fischiello (“blow the whistle”) per evidenziare un’infrazione e per avvertire i presenti del pericolo; dall’altro, quella dell’arbitro che durante gli incontri sportivi suona il fischiello per sanzionare un comportamento scorretto. Pur non trattandosi di un tecnicismo, grazie all’apporto degli ordinamenti di common law è entrato nel gergo giuridico in numerosi ordinamenti nazionali e, persino, nelle organizzazioni internazionali. Va comunque tenuto presente che il suo contenuto, e il relativo ambito applicativo, sono funzionali all’ordinamento giuridico nel quale operano, presentando connotazioni differenti da Paese a Paese.

Al fine di ricavare una definizione soddisfacente, è possibile ricorrere in prima istanza alle norme di diritto internazionale pattizio. Nel contesto degli standard internazionali anticorruzione, la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, adottata a Parigi il 17 dicembre 1997 e modificata nel 2009, si riferisce al fenomeno come «la denuncia da parte di dipendenti del settore pubblico o privato effettuate su basi ragionevoli e in buona fede alle autorità competenti»¹. Nella medesima prospettiva si pone anche la Convenzione contro la corruzione adottata dall'Assemblea Generale il 31 ottobre 2003 e aperta alla firma a Merida tra il 9 e l'11 dicembre dello stesso anno. L'art. 33, nel suggerire agli Stati membri l'adozione di sistemi di protezione delle persone che comunicano informazioni, descrive il whistleblower come «*any person who reports in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities*». La Convenzione si riferisce ai segnalatori come «reporting person»; viene operata, in sostanza, una differenziazione tra i segnalatori e i semplici testimoni, destinando esplicitamente le tutele ai primi. La terminologia utilizzata appare piuttosto calzante, considerando che l'espressione «whistleblower» costituisce un colloquialismo difficile da tradurre efficacemente in tutte le lingue.

Tuttavia, ancora più convincente appare la formula utilizzata dal Consiglio d'Europa, che nella raccomandazione CM/Rec(2014)7 definisce il segnalatore come «*any person who reports or discloses information on a threat or harm to the public interest in the context of their work-based relationship, whether it be in the public or private sector*». Ai sensi della raccomandazione, dunque, l'ambito di applicazione soggettivo della normativa in materia dovrebbe comprendere tutti gli individui che operano nel settore pubblico e privato, indipendentemente dalla natura del loro rapporto di lavoro e dalla loro condizione salariale. L'approccio utilizzato è piuttosto largo poiché arriva a includere anche i lavoratori temporanei, i tirocinanti e i volontari, ferma restando la libertà degli Stati di estendere le tutele anche ad altre categorie di lavoratori.

Ciò che rileva è che tanto gli strumenti internazionali in materia di corruzione quanto quelli europei richiedono, affinché il segnalatore sia meritevole di tutela, che la sua rivelazione rispetti taluni requisiti. Una prima condizione è costituita dalla

¹ Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions), sezione 2, punto IX.

presentazione della segnalazione in buona fede. Pur mancando una definizione univoca di tale principio, può ritenersi che esso consista nella mancanza di malizia nella rivelazione delle informazioni; detto altrimenti, è importante che il soggetto che denuncia sia mosso prevalentemente dall'intenzione di evitare o di porre rimedio a una violazione e non da interessi personali. In secondo luogo è necessario che, nel divulgare le informazioni, il segnalatore abbia la ragionevole convinzione che la condotta denunciata consista in un episodio di corruzione o in un'infrazione di altra natura. Infine, è richiesto che la segnalazione venga presentata in vista dell'interesse pubblico. Va precisato che il contenuto di questi tre principi non è uguale per tutti i Paesi, cosicché questi ultimi hanno la facoltà di adottare uno schema normativo che, nel rispetto del quadro generale disegnato a livello internazionale, tenga conto dei principi giuridici e delle peculiarità del proprio ordinamento.

L'ESPERIENZA STATUNITENSE

Gli Stati Uniti possono vantare una tradizione secolare di protezione dei dipendenti che segnalano condotte illecite. Sebbene il primo intervento specifico in materia risalga al 1912 con l'approvazione del *Lloyd-La Follette Act*, le premesse di tale disciplina sono da ricercare nel *False Claims Act* del 1863, uno degli esempi più risalenti di tutela per i soggetti denunciati. Al pari di gran parte delle esperienze nazionali, anche negli Stati Uniti la disciplina relativa alla tutela dei soggetti che segnalano illeciti è stata il frutto del clamore e dell'indignazione provocati da crimini e misfatti di varia natura. Le frodi non sono ovviamente un fenomeno nuovo e si insinuano con facilità specialmente nelle fasi di mutabilità e di euforia, a cominciare da quelle tipiche dei periodi bellici. Il vero evento scatenante fu l'accertamento di una serie di truffe consumate nei confronti delle truppe dell'Union Army durante la guerra civile americana. In particolare, a destare scalpore furono diverse operazioni commerciali concluse tra l'esercito dell'Unione e alcuni spregiudicati imprenditori i quali, approfittando delle ingenti spese militari sostenute dal governo, avevano colto l'occasione per vendere alle truppe armi difettose, animali da sella malconci e cibo avariato. Le manifestazioni di sdegno coinvolsero ben presto i principali giornali, tra i quali il New York Tribune, il quale arrivò a invocare la pena di morte per gli speculatori². Anche il presidente Lincoln dovette ben presto

² E. R. Ellis, *The epic of New York City: a narrative history*, s. 1., Hachette, 2010.

ammettere che “*few things are so troublesome to the government as the fierceness with which profits in trading are sought*”³. Fu proprio in questo clima che venne adottato il *False Claims Act*, pensato con l’obiettivo di combattere il fenomeno che vedeva imprese e organizzazioni avanzare al governo pretese economiche illegittime, che si concretizzavano specialmente nell’esigere prezzi eccessivamente alti in relazione alla quantità e al valore dei beni e dei servizi forniti.

La legge ha introdotto nell’ordinamento statunitense due disposizioni particolarmente innovative per la tradizione giuridica americana. Prima di tutto, ha modificato le regole relative alla legittimazione giuridica del querelante a intentare una causa. Tradizionalmente, infatti, affinché un soggetto intenda farsi valere dinanzi all’autorità giudiziaria è necessario che egli abbia subito un danno diretto e personale dal reato denunciato. In base a quanto stabilito dal provvedimento è previsto, invece, che il privato cittadino possa intentare, anche a nome del governo, una cosiddetta *qui tam action* nei confronti di coloro che tentino di defraudare lo Stato⁴. L’espressione *qui tam* consiste nell’abbreviazione del latino “*qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*”, cioè “colui che si fa parte in causa sia per il re che per sé stesso”. Una *qui tam action*, quindi, è il processo attraverso il quale un individuo intenta una causa o esercita un’azione legale in nome del governo. In secondo luogo, essendo la legge un potenziale strumento a disposizione del governo per tornare in possesso di consistenti quantitativi di denaro, è stato previsto un meccanismo premiale in favore del segnalatore. A seconda del contributo fornito, a quest’ultimo è riconosciuto il diritto a vedersi corrispondere una ricompensa compresa tra il 15% e il 30% della somma recuperata dal governo grazie alla *qui tam action*⁵.

Le misure introdotte dal *False Claims Act* si sono rivelate particolarmente efficaci, al punto che, stando ai dati forniti dal *Taxpayers Against Fraud Education Fund*, attualmente la legge è il principale strumento di lotta alle frodi in possesso al governo federale e a quelli statali⁶. Analizzando l’ammontare delle risorse recuperate, l’organizzazione ha mostrato come il governo centrale torni in possesso di 15 dollari per ogni dollaro investito nelle attività investigative e persecutorie contemplate nella legge.

³ *Ibidem*.

⁴ False Claims Act, section 3730, subsection b, paragraph 1.

⁵ False Claims Act, section 3730, subsection d, paragraphs 1-2.

⁶ Taxpayers Against Fraud Education Fund, *The 1986 False Claims Act Amendments*, 2011.

Grazie alle azioni legali e agli accordi stipulati tra il governo e i truffatori, dal 1986 a oggi è stato possibile recuperare oltre 40 miliardi di dollari, con soglie annuali che attualmente sfiorano i 5 miliardi⁷.

A ben guardare, l'ordinamento statunitense non presenta una disciplina organica e uniforme in materia di whistleblowing, bensì una pluralità di atti volti a regolare attività specifiche, afferenti tanto al settore pubblico quanto a quello privato. Questo fenomeno può essere interpretato come lo sviluppo inevitabile di numerosi casi di frodi e truffe che hanno danneggiato nel corso dei decenni le istituzioni e le attività economiche americane, rischiando talvolta di generare gravi condizioni di instabilità sociale ed economica. Per questo motivo, la disciplina è stata di volta in volta estesa a un numero crescente di settori, da quello della sanità a quello della salvaguardia dell'ambiente, ed è stata più volte oggetto di modifiche.

Tanto al livello federale quanto a quello statale, il legislatore ha tentato di difendere in special modo il dipendente che rende pubbliche condotte del datore di lavoro che possano mettere a repentaglio una lunga serie di interessi protetti. È proprio in quest'ottica che vanno intesi il *Lloyd-La Follette Act* del 1912, il *Civil Service Reform Act* del 1978 e, soprattutto, il *Whistleblower Protection Act* del 1989. Si trattava, tuttavia, di interventi legislativi rivolti solo ai dipendenti pubblici, che ambivano a proteggerli dagli atti ritorsivi eventualmente posti in essere dal datore di lavoro. L'estensione delle tutele ai dipendenti privati è, invece, un fenomeno assai più recente, che si è concretizzato nell'adozione del *Sarbanes-Oxley Act* nel 2002 e del *Dodd-Frank Act* nel 2010.

Malgrado queste leggi siano state pensate con l'intento di incoraggiare i whistleblower a portare le attività illecite alla conoscenza del governo, vi sono zone ancora scoperte nelle quali le tutele sono scarse, se non addirittura inesistenti. Basti pensare ai settori legati all'intelligence, nei quali il tentativo di divulgare comportamenti illeciti in ambito militare e civile spesso si scontra con l'interesse del governo affinché tali condotte rimangano riservate. Nonostante la presenza di zone prive di protezione, allo stato

⁷ Come annunciato nel dicembre 2012 dal Dipartimento di Giustizia, gli strumenti messi a disposizione dal False Claims Act hanno permesso di recuperare nel 2012 la cifra record di 4,9 miliardi di dollari (<https://www.justice.gov/opa/speech/acting-associate-attorney-general-tony-west-speaks-pen-and-pad-briefing-announcing-record>).

attuale può affermarsi che la gran parte delle attività preveda specifiche procedure attraverso le quali segnalare reati e ottenere tutela da eventuali atti ritorsivi.

LA FIGURA DEL WHISTLEBLOWER NEL REGNO UNITO

Nonostante le norme a protezione dei segnalatori siano state adottate in reazione al clamore provocato da ripetuti illeciti, il Regno Unito viene comunemente ritenuto l'esempio migliore di come la protezione del segnalatore non necessiti di numerosi e complessi atti legislativi affinché sia efficace. Il Regno Unito, infatti, dispone di un unico atto rivolto verso i whistleblower, il *Public Interest Disclosure Act* del 1998, che disciplina al suo interno le forme di protezione destinate sia ai dipendenti pubblici sia a quelli privati. La legge prevede espressamente una definizione di quali rivelazioni siano soggette a tutela. Stando alla sezione 43, lettera b, infatti, sono sottoposte a protezione quelle divulgazioni che, secondo la ragionevole convinzione del segnalatore, evidenziano reati di carattere penale, civile o amministrativo, errori giudiziari o possibili pregiudizi per l'ambiente, la sicurezza e la salute pubblica. Le segnalazioni, tuttavia, vengono disciplinate in modo differenziato a seconda del soggetto al quale vengono inoltrate. Anzitutto, l'atto si focalizza sulle cosiddette *internal disclosures*, cioè le rivelazioni effettuate a soggetti interni all'ambito lavorativo del dipendente. Nel dettaglio, sono protette le divulgazioni effettuate dal lavoratore al suo datore di lavoro, oppure a organi designati da quest'ultimo. Sono tutelate, altresì, le rivelazioni compiute a un ministro, ammesse però solo qualora il segnalatore lavori presso un organismo di nomina ministeriale. Affinché il dipendente che presenta tali segnalazioni sia protetto, è necessario che egli abbia rivelato le informazioni in buona fede, non essendo richiesti requisiti di altro genere. Una seconda tipologia di rivelazioni è costituita dalle *regulatory disclosures*, cioè le segnalazioni effettuate agli organismi di regolazione designati con ordinanza del Segretario di Stato per il commercio e l'industria. Perché la denuncia sia protetta è necessario non solo che sia stata effettuata in buona fede, ma anche che essa si fondi su elementi sostanzialmente veri e che la violazione contestata concerna aree di competenza del soggetto regolatore appellato. Da ultimo, la legge contempla le *wider disclosures*, segnalazioni fatte a una platea di destinatari piuttosto ampia che comprende le forze dell'ordine, i membri del Parlamento, altri soggetti istituzionali e i mezzi di informazione. Questa categoria prescrive prerogative più numerose per i segnalatori, che vanno ben oltre la buona fede e la sostanziale veridicità

delle informazioni rese. Il denunciante, infatti, è tenuto ad avere un motivo valido per effettuare la divulgazione e a non mirare a un vantaggio personale. Per di più, è espressamente richiesto il concorso di alcune condizioni alternative: che il dipendente ritenga ragionevolmente che subirà ritorsioni dal datore di lavoro o da un soggetto di regolazione a causa della denuncia; che il dipendente ritenga ragionevolmente che, qualora segnalasse la violazione al datore di lavoro o a un soggetto di regolazione, le prove potrebbero da questi ultimi essere distrutte o insabbiate; che il denunciante abbia già segnalato invano al datore di lavoro o al soggetto regolatore; infine, che la violazione denunciata sia di eccezionale gravità⁸.

Il *Public Interest Disclosure Act* prevede ampie protezioni per coloro che si espongono per segnalare condotte illecite. La legge, infatti, protegge i dipendenti dal licenziamento, tutelando anche altre categorie di lavoratori che, non essendo licenziabili in quanto non propriamente dipendenti, potrebbero subire ritorsioni di altro genere. La legge non conferisce, invece, alcun diritto di azione nei confronti di rappresaglie compiute da soggetti terzi - quali clienti del datore di lavoro o collaboratori di quest'ultimo - a meno che il datore abbia omesso di proteggere il dipendente da simili azioni. In tempi recenti, inoltre, una modifica operata dall'*Enterprise and Regulatory Reform Act* ha esteso la tutela del lavoratore anche alle ritorsioni poste in essere dai suoi colleghi, introducendo una responsabilità personale di questi ultimi e del datore di lavoro che non abbia adottato adeguate misure preventive. Qualora il dipendente lamenti di aver subito un atto ritorsivo dal datore di lavoro, spetta a quest'ultimo spiegare le ragioni che l'hanno spinto ad adottare quel provvedimento ed eventualmente provare che la condotta seguita non ha legami con la segnalazione del lavoratore. Affinché il dipendente possa trovare ristoro, dunque, è necessario che i giudici ravvisino nella divulgazione la ragione principale del provvedimento disciplinare. Nel caso in cui il Tribunale del Lavoro decida che un dipendente sia stato vittima di ritorsioni, può stabilire a suo favore un indennizzo economico "giusto ed equo", che tenga conto della gravità dell'infrazione contestata e degli eventuali danni subiti dal lavoratore a causa della ritorsione⁹.

Il successo del modello britannico, tuttavia, non si deve esclusivamente alla completezza e alla puntualità della sua normativa, bensì anche alle campagne di sensibilizzazione promosse da varie associazioni, che non solo hanno permesso al

⁸ Employment Rights Act, sezione 43, lettere c-g.

⁹ Employment Rights Act 1996, sezione 49, punti 2-3.

whistleblowing di entrare nell'agenda pubblica, ma anche di diffondere nel Paese un'adeguata cultura della segnalazione. Tra le fondazioni di maggior rilievo in materia di whistleblowing, *Public Concern at Work* può essere considerata a pieno titolo la più nota e intraprendente. Sorta nel 1993, essa mira a rendere il compito del segnalatore meno gravoso, facendo in modo che reati ed episodi di negligenza siano impediti o quantomeno individuati prima che possano cagionare gravi danni. L'obiettivo viene perseguito attraverso linee di consulenza gratuita, canali di monitoraggio per le imprese e attività di influenza politica e di educazione pubblica.

LA PROTEZIONE DEL “LANCEUR D'ALERTE” IN FRANCIA

Almeno fino al 2005, l'esperienza francese ha evidenziato una forte contrarietà al whistleblowing, a lungo considerato pratica riconducibile agli apparati delatori che soffocarono il Paese durante l'occupazione tedesca. Curiosamente, l'interesse francese verso la protezione dei segnalatori ha avuto origine da eventi verificatisi a più di cinquemila chilometri di distanza. I primi sistemi di segnalazione francesi, infatti, hanno preso il via in seguito all'approvazione da parte del Congresso statunitense del *Sarbanes-Oxley Act*, che impone a tutte le società, comprese quelle straniere quotate presso la Borsa di New York, di potenziare i meccanismi di reportistica e di controllo interno. In questo modo, anche le aziende statunitensi operanti in territorio francese avrebbero dovuto adottare appositi dispositivi di segnalazione. Inizialmente contraria, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés aveva mitigato la sua posizione ammettendo tali meccanismi purché rispettassero una serie di requisiti da essa fissati¹⁰. La Commissione, infatti, era preoccupata che i dispositivi di reportistica e di denuncia potessero confliggere con il diritto alla riservatezza tanto del segnalante quanto del segnalato; per di più, vi era il timore che i dipendenti potessero abusare del sistema, approfittando dell'anonimato che esso concedeva loro. Affinché i canali di whistleblowing potessero essere utilizzati, la Commissione aveva richiesto che le procedure di segnalazione fossero facoltative e limitate ai soli ambiti di applicazione del *Sarbanes-Oxley Act*, ossia alla contabilità, alle attività finanziarie e alla lotta alla corruzione. In aggiunta la Commissione aveva espresso la sua netta contrarietà alle

¹⁰ Commission nationale de l'informatique et des libertés, *Document d'orientation adopté par la Commission le 10 novembre 2005 pour la mise en œuvre de dispositifs d'alerte professionnelle conformes à la loi du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, 10 novembre 2005, annesso alla deliberazione n. 2005-305 dell'8 dicembre 2005.

denunce anonime e aveva raccomandato alle aziende interessate di dotarsi di strutture interne per la gestione delle segnalazioni, che garantissero la confidenzialità delle informazioni concernenti le persone coinvolte nella denuncia.

Fatta eccezione per le linee guida fornite dalla Commissione, l'ordinamento francese non prevedeva norme espressamente rivolte al whistleblower, stabilendo, anzi, che nessun dipendente potesse essere obbligato dal datore di lavoro a effettuare segnalazioni. Alcune sparse disposizioni si applicavano ad ambiti specifici, quali la contabilità, l'ambiente e la sicurezza sanitaria nel settore farmaceutico, limitandosi a coprire solo una piccola parte delle possibili segnalazioni.

L'adozione della legge n. 2016-1691 del 9 dicembre 2016 (*loi "Sapin II"*) ha tentato di mettere ordine sulla questione e ha riconosciuto per la prima volta l'importanza della cultura della segnalazione all'interno delle aziende. La legge *Sapin II* ha istituito un regime giuridico generale di protezione del segnalatore, proponendone prima di tutto una definizione univoca. Ai sensi della norma, il "lanceur d'alerte" è la persona fisica che rivela o segnala, in maniera disinteressata e in buona fede, un reato, una violazione grave e manifesta di una legge o di un regolamento o una minaccia per l'interesse pubblico¹¹. Uno dei principali scopi della legge è di chiarire ai dipendenti e alle imprese le condizioni per la concessione dello status di "lanceur d'alerte", in modo che il segnalatore possa sapere in anticipo se sarà o meno protetto e se l'impresa potrà o meno punire gli eventuali abusi. In primo luogo, il denunciante deve aver avuto una conoscenza diretta e personale dell'episodio riferito e deve aver agito in buona fede. Va sottolineata, in aggiunta, la connotazione della denuncia come "disinteressata": il "lanceur d'alerte", allora, non soltanto dovrà essere in buona fede, ma non dovrà trarre alcun vantaggio personale dalla segnalazione. In secondo luogo, affinché sia protetto per l'aver divulgato informazioni protette dalla legge, quali ad esempio informazioni sulla fabbricazione, il denunciante dovrà segnalare in modo adeguato e proporzionale alla salvaguardia degli interessi in gioco. In assenza di indicazioni più dettagliate, spetta comunque al giudice valutare caso per caso se la segnalazione sia stata opportuna o meno.

Quanto alle modalità di segnalazione, la legge ha disegnato delle procedure di allarme graduali. Il denunciante è tenuto a comunicare la violazione al suo superiore gerarchico,

¹¹ Legge n. 1691/2016, art. 6.

al suo datore di lavoro o a un soggetto designato da quest'ultimo; in caso di disinteresse di questi soggetti, egli è autorizzato a rivolgersi all'autorità giudiziaria, all'autorità amministrativa o agli ordini professionali; solo in ultima istanza, qualora i soggetti precedentemente menzionati siano rimasti inerti per un periodo di almeno tre mesi, il denunciante è legittimato a rendere pubblica la segnalazione¹². In caso di pericolo grave e imminente o in presenza del rischio di un danno irreversibile, l'individuo può scavalcare il livello più basso di segnalazione, comunicando i fatti direttamente agli organi giudiziari e amministrativi e rendendoli pubblici¹³. Riconoscendo la complessità della procedura, la legge ha tentato di andare incontro ai lavoratori ammettendoli, in caso di dubbio, a segnalare la violazione al Difensore dei diritti al fine di essere consigliati sul soggetto appropriato a cui rivelare¹⁴.

Nonostante la tortuosità, questo dispositivo arreca notevoli benefici a tutti i destinatari. Da parte sua, infatti, il segnalatore è consapevole dei canali attraverso i quali può agire; dall'altra parte, il datore di lavoro ha l'opportunità di esaminare la segnalazione internamente, prima ancora che essa venga riferita all'esterno. La successione di passaggi fissata dalla legge mostra anche il vantaggio di spingere il datore di lavoro a reagire velocemente, per evitare che le rivelazioni vengano palesate.

Una volta individuate le condizioni per l'acquisto dello status di "lanceur d'alerte", la legge si preoccupa di definire le protezioni delle quali egli può avvalersi. Una prima, classica, forma di tutela è quella di tipo professionale grazie alla quale il dipendente è garantito contro il licenziamento, il trasferimento e qualunque altro tipo di ritorsione. È prevista, inoltre, un'inversione dell'obbligo della prova a vantaggio del dipendente, cosicché è compito del datore di lavoro dimostrare che il provvedimento disciplinare eventualmente adottato sia stato determinato da ragioni differenti dalla segnalazione¹⁵. L'efficacia di questa tutela è assicurata dalla legge grazie all'attribuzione al lavoratore del diritto di adire il Tribunale del Lavoro qualora il contratto di lavoro venga infranto a causa della rivelazione¹⁶.

¹² Legge n. 1691/2016, art. 8, comma 1.

¹³ Legge n. 1691/2016, art. 8, comma 2.

¹⁴ Legge n. 1691/2016, art. 8, comma 4.

¹⁵ Legge n. 1691/2016, art. 10, comma 1.

¹⁶ Legge n. 1691/2016, art. 12.

LA DISCIPLINA ITALIANA

Al fine di esaminare la normativa italiana in materia di whistleblowing, occorre partire dalla considerazione che essa non si fonda su un interessamento volontario del legislatore, bensì sulle sollecitazioni provenienti dal contesto internazionale ed europeo. L'ingresso "forzoso" della norma nel nostro ordinamento non svilisce, tuttavia, il carattere rivoluzionario della disciplina, che ha permesso un cambio di paradigma nella lotta alla corruzione. Grazie all'approvazione della legge n. 190/2012, per la prima volta l'attenzione si è spostata dalla repressione dei fenomeni corruttivi alla loro prevenzione, obiettivo per il quale la tutela del segnalatore appare essenziale.

Fino al 2012 in Italia mancava una normativa specifica volta a proteggere il dipendente che denuncia un illecito. Nel nostro ordinamento esistevano già disposizioni relative, in senso più o meno lato, al nesso segnalazioni/efficienza delle pubbliche amministrazioni: si trattava, però, di norme quasi sempre indirette, disorganiche e talvolta poco conosciute. Oltretutto, la loro individuazione richiedeva il ricorso alla consultazione di atti normativi molto diversi tra loro, spesso rivolti ad alcune categorie di destinatari predeterminati.

Le principali prescrizioni in materia erano quelle tuttora contemplate nel codice penale il quale, agli articoli 361 e 362, fissa in capo a specifici soggetti - nello specifico il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio - l'obbligo di denuncia di reato all'autorità giudiziaria. Lo scopo di queste disposizioni, tuttavia, non è quello di tutelare il soggetto denunciante, bensì di garantire l'efficace funzionamento dell'amministrazione della giustizia, assicurando che le notizie di reato pervengano tempestivamente all'organo competente. Queste previsioni si sono dimostrate parzialmente inidonee a incentivare e persuadere i destinatari a riferire gli episodi illeciti di cui sono venuti a conoscenza. Solo in poche occasioni i casi di omessa denuncia sono giunti dinanzi all'autorità giudiziaria, sia a causa della difficoltà nel dimostrare che un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio fosse a conoscenza di un episodio di corruzione, sia in virtù dell'esiguità delle sanzioni previste.

Risultava, invece, più strutturata e serpeggiante la disciplina relativa alla denuncia degli illeciti nel settore privato. Essa faceva capo in particolar modo alla legge 20 maggio 1970, n. 300 (il cosiddetto "statuto dei lavoratori"), il cui art. 1 assicura al lavoratore la libertà di manifestare il proprio pensiero; libertà che, secondo l'interpretazione comune,

può essere allargata anche alla denuncia di condotte illecite o illegittime riscontrate durante l'attività lavorativa. Questo diritto, però, non è illimitato, poiché nel perimetro di un rapporto di lavoro possono essere fissate in via negoziale delle restrizioni alle libertà del lavoratore. È il caso dell'art. 2104 del codice civile, il quale configurerebbe una sorta di diritto di obbedienza, prescrivendo al dipendente di conformarsi alle disposizioni impartite dal datore circa l'esecuzione e la disciplina del lavoro. Per di più, l'art. 2105 del codice civile, oltre a vietare al lavoratore di trattare affari in concorrenza con l'imprenditore, gli impone l'obbligo di riservatezza, precludendogli la possibilità di "divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa o [di] farne uso in modo da poter recare a essa pregiudizio". I comportamenti posti in essere dal lavoratore in violazione di tali obblighi possono portare a sanzioni disciplinari o condurre, nei casi più eclatanti, all'intimazione del licenziamento.

Alcuni autori hanno individuato il germe del whistleblowing nel d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Tale decreto ha introdotto la responsabilità dell'ente per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato posti in essere nel suo interesse o a suo vantaggio da soggetti che rivestono posizioni apicali e da persone sottoposte alla loro direzione o vigilanza. È previsto, tuttavia, l'esonero da tali responsabilità nel caso in cui l'ente si doti di un modello di organizzazione e gestione che preveda "obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli" (art. 6, comma 2, lettera d). In altre parole, affinché l'azienda non sia responsabile, è necessario che gravi sui soggetti interni all'ente l'obbligo di comunicare all'apposito Organismo di vigilanza le condotte illecite commesse dagli apicali e che siano previsti sistemi disciplinari volti a sanzionare l'inosservanza di questa misura. Il decreto, quindi, ha spinto le società ad adottare modelli organizzativi e gestionali capaci di identificare i potenziali eventi rischiosi per l'organizzazione tramite idonei meccanismi di pianificazione e controllo e di disciplinare le procedure informative e tutti gli altri strumenti volti ad assicurare la trasparenza delle attività. L'assenza di precise indicazioni in merito ai soggetti tenuti a effettuare le segnalazioni e la mancanza di meccanismi premiali, tuttavia, hanno fortemente limitato il carattere innovativo del decreto, influenzando negativamente sulla sua efficacia.

È solo con la legge n. 190/2012 (la cosiddetta "legge anticorruzione") che la disciplina del whistleblowing trova effettivo compimento. Essa permette al pubblico dipendente di

segnalare le «condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro» all'autorità giudiziaria, alla Corte dei conti o al suo superiore gerarchico¹⁷. La legge preferisce accordare al dipendente la facoltà di decidere le modalità di denuncia, lasciandolo libero di avanzare una segnalazione interna all'ente o una denuncia alle autorità competenti. La legge, inoltre, stabilisce che, a causa della segnalazione, il dipendente «non [possa] essere sanzionato, licenziato o sottoposto a una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia». La disposizione sembra particolarmente puntuale ed espressiva; tuttavia, la norma non chiarisce di quali strumenti possano avvalersi i segnalatori per provare che un'eventuale provvedimento disciplinare adottato nei loro confronti sia stato determinato dalla denuncia realizzata. Parimenti, non è prevista la costituzione di organi interni deputati alla raccolta e alla gestione delle rivelazioni e non vengono illustrati i mezzi attraverso i quali i soggetti adibiti al controllo possono accertare i comportamenti ritorsivi posti in essere dal datore di lavoro nei confronti del denunciante. Per questo motivo, la questione ha richiesto interventi aggiuntivi, soprattutto da parte dell'Autorità nazionale anticorruzione, così da garantire al segnalatore la libertà di riferire gli illeciti senza timori di ripercussioni sulla propria sfera lavorativa.

A questo proposito, l'ANAC ha redatto una serie di linee guida, un documento di regolazione di portata generale che si propone di fornire un quadro procedurale per il trattamento delle segnalazioni, che tenga in considerazione la necessità di proteggere la riservatezza del denunciante¹⁸. Le raccomandazioni dell'Autorità nazionale anticorruzione appaiono assai puntuali, vincolando le pubbliche amministrazioni a garantire la confidenzialità dei dati relativi al segnalatore e salvaguardando quest'ultimo da qualsiasi «misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle sue condizioni di lavoro adottata per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia». Questa disposizione è fondamentalmente orientata a tutelare il dipendente che, a causa della sua denuncia, corra il rischio di avere pregiudicata la propria posizione lavorativa. Stando a quanto statuito dalla “legge anticorruzione”, però, suddetta protezione incontra un limite nei «casi di responsabilità a titolo di calunnia o

¹⁷ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 51, che novella il d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 introducendovi l'art. 54-bis.

¹⁸ ANAC, Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015.

diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile». Coerentemente con le raccomandazioni che giungono dal contesto europeo e internazionale, le garanzie fissate dalla legge si applicano qualora la condotta del segnalatore non costituisca un reato di calunnia o spergiuro, ossia nel caso in cui essa sia stata adottata in buona fede. Malgrado questo criterio non trovi espressa menzione in nessuna delle già citate norme in materia di whistleblowing, l'Autorità nazionale anticorruzione ha voluto ribadire la rilevanza del principio, operando un'armonizzazione con il diritto internazionale pattizio in tema di segnalazione di episodi corruttivi. I meccanismi di protezione, quindi, non scattano qualora la denuncia riferisca fatti fallaci riportati intenzionalmente o per colpa.

Nonostante non si possa negare il carattere innovativo della nuova legge, essa non è esente da criticità. In primo luogo, va segnalato che il legislatore italiano ha preferito tutelare solo i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, lasciando prive di coperture ampie fasce di lavoratori, quali i dipendenti privati, gli appaltatori, gli impiegati a termine e gli ex dipendenti. La rilevanza del fenomeno corruttivo nel settore privato non è stata del tutto trascurata dal legislatore, al punto che recenti interventi normativi hanno riformulato le fattispecie e inasprito il trattamento sanzionatorio¹⁹. Tuttavia, non sono stati previsti specifici meccanismi di tutela per i dipendenti privati che segnalano condotte illecite. Considerata la rilevanza degli episodi di corruzione tanto nel settore pubblico quanto in quello privato, potrebbe apparire utile un allargamento delle tutele, ampliando la platea dei soggetti ammessi a segnalare e meritevoli di protezione. Per di più, l'assenza di un meccanismo premiale in favore di chi denuncia può rappresentare un forte disincentivo a rivelare episodi di corruzione. Nell'esperienza italiana, il dibattito relativo all'introduzione di incentivi economici per il segnalante aveva preso avvio grazie a un'importante raccomandazione contenuta nel rapporto redatto nel 2013 della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione. Nell'idea della Commissione, il premio avrebbe dovuto fondarsi sull'elargizione di una somma calcolata in base alla sanzione comminata al denunciato dalla Corte dei conti. In realtà, il legislatore ha preferito non accogliere questa proposta, ritenendo probabilmente che

¹⁹ Si tratta del d. lgs. 15 marzo 2017, n. 38.

l'introduzione di misure premiali avrebbe portato i dipendenti pubblici ad abusare delle procedure di segnalazione.

Le due criticità appena menzionate hanno spinto il Parlamento a intervenire nuovamente in materia. La proposta di legge AC 3365, presentata il 15 ottobre 2015 dall'onorevole Francesca Businarolo, ha tentato di introdurre un sistema premiale per il whistleblower, sancendo il diritto di quest'ultimo a vedersi corrispondere un premio in denaro compreso tra il 15% e il 30% della somma recuperata a seguito della condanna definitiva della Corte dei conti, incentivo che in ogni caso non avrebbe potuto superare i due milioni di euro²⁰. Le modifiche apportate durante i lavori in Commissione, tuttavia, hanno finito per sacrificare questa previsione. All'iter in Commissione, invece, è sopravvissuta la previsione dell'allargamento dell'ambito applicativo delle norme sul whistleblowing anche ai dipendenti privati²¹. Attualmente, la proposta di legge ha terminato il suo percorso alla Camera dei Deputati, la quale ha provveduto all'approvazione, ed è in attesa di essere esaminata dal Senato.

Alla luce di quanto visto, non si può non essere compiaciuti per la rivoluzione copernicana operata dalla legge anticorruzione. A quest'ultima va oggettivamente riconosciuto il pregio di aver permesso l'uscita dal lungo torpore che portava il legislatore a intervenire solo a danno già compiuto, radicando giuridicamente la lotta al fenomeno corruttivo mediante strumenti di prevenzione. Le criticità sopra evidenziate, però, rendono la legge inidonea a prevenire gli episodi di corruzione e tanto meno a reprimerli, finendo per vanificare gli sforzi verso un apparato anticorruzione funzionale e incisivo. Né una rinnovata sensibilità della società civile, né la previsione di ricompense per chi segnala, né atteggiamenti più intraprendenti e responsabili del legislatore sono condizioni sufficienti a produrre un'azione amministrativa efficiente e trasparente; la loro assenza, tuttavia, costituisce certamente un potente combustibile per i conflitti a venire.

²⁰ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 15, nel suo testo originario.

²¹ Proposta di legge AC 3365-1751-3433, art. 15, nel testo modificato in Commissione.