ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 30/01/2016

All'indirizzo http://www.diritto.it/docs/37760-whistleblowing-l-evoluzione-della-disciplina-italiana-ed-una-comparazione-con-gli-stati-uniti-d-america

Autore: Giovanna Cento

Whistleblowing: l'evoluzione della disciplina italiana ed una comparazione con gli Stati Uniti d'America

Whistleblowing: l'evoluzione della disciplina italiana ed una comparazione con gli Stati Uniti d'America

1 Introduzione.

Il 24 Novembre 2012 veniva pubblicato un editoriale intitolato " Sulle resistenze all'interno dell'amministrazione si gioca il successo della legge anticorruzione"[1].

Il professor Marcello Clarich, ordinario di Diritto amministrativo, a pochi giorni dall'approvazione della Legge 6 novembre 2012 n. 190, rubricata " Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", lanciava un messaggio carico di dubbi e speranze e , ancora oggi, attualissimo. Il titolo non lasciava spazio ad equivoci: l'approvazione della legge , in seguito ad un tormentato *iter* parlamentare, avrebbe potuto assumere i connotati del "lieto fine" solo se le disposizioni fossero state recepite ed interiorizzate dai destinatari delle stesse.

Parafrasando, si potrebbe affermare che, per Clarich, almeno parzialmente, il successo della comunemente detta " legge anticorruzione" sarebbe dipeso anche da un cambio di mentalità, se per mentalità si intende, citando Paolo Grossi, " quel complesso di valori circolanti in un'area spaziale e temporale capace […] di costituire il tessuto connettivo nascosto […] e ,pertanto , da cogliersi come realtà unitiva"[2].

In particolare, i dubbi si concentravano sull'efficacia dell'articolo 54-*bis,* introdotto dalla legge 6 novembre 2012 n. 190 nel d.lgs. n. 165/2001[3] , riguardante la delazione legata alla denuncia operata dal *whistleblower*, vale a dire il dipendente pubblico che, in buona fede, segnala un illecito o una irregolarità di cui abbia avuto conoscenza durante lo svolgimento della propria attività lavorativa.

La necessità d'introduzione di uno strumento giuridico che facilitasse l'emersione di condizioni di illiceità era stata ripetutamente stigmatizzata da più di un'autorevole organizzazione internazionale: [4] La previsione di mezzi di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti, conferiva finalmente effettività ad un presidio di legalità la cui efficacia era

---

[1] M. CLARICH, *Sulle resistenze all'interno dell'amministrazione si gioca il successo della legge anticorruzione*, in *Guida al diritto,* n. 47 , 24 novembre 2012, Edizioni Il Sole 24 Ore.

[2] P.GROSSI, *Quaderni Fiorentini*, XXVII, 1998, Giuffrè, p. 381.

[3] *Norme Generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*.

[4] Nazioni Unite, *Convenzione contro la corruzione*, 2005; Consiglio d'Europa, *Convenzione Civile sulla Corruzione*,1999; Consiglio d'Europa, *Convenzione Penale sulla Corruzione*, 1999; Consiglio d'Europa, Assemblea Generale, *Risoluzione 1729* (2010) *sulla Protezione dei whistleblower*; Consiglio d'Europa, Assemblea Generale, *Raccomandazione 1916* (2010) *sulla Protezione dei whistleblower.*

stata lungamente pregiudicata dall'assenza di garanzie destinate a chi , cedendo spontaneamente informazioni rilevanti, si esponeva al rischio di ritorsioni di lieve o consistente entità.

2 *Il whistleblowing negli Stati Uniti d'America:*

2.1: il Sarbanes- Oxley Act

Il termine "*whistleblowing*" ,(da " soffiare il fischietto" , "*to blow the whistle*") , è un'espressione chiaramente presa in prestito dal mondo dello sport. Il *whistleblower* è colui che, al pari di un arbitro, segnala spontaneamente un'irregolarità, riferendo di attività illecite o fraudolente praticate da terzi sul posto di lavoro.

Come suggerisce la stessa terminologia, la figura del *whistleblower* nasce nei Paesi di *Common Law*.

Occorre tuttavia precisare preliminarmente che il minimo comune denominatore del *whistleblowing* statunitense ed italiano , fino a poco tempo fa, era ravvisabile unicamente su di un piano teleologico, cioè nel fatto che venissero sfruttate le "potenzialità" di un osservatore privilegiato della quotidianità lavorativa, al fine di ottenere informazioni utili all' individuazione di condotte non conformi alla legge. Infatti, come si avrà modo di appurare più avanti, fra Stati Uniti d'America ed Italia sussistevano (ed ancora, parzialmente, sussistono) importanti differenze d'approccio, con particolare riguardo alle modalità di strutturazione ed utilizzo di questo affascinante strumento giuridico , oltre che alla determinazione dei suoi destinatari.

Gli Stati Uniti d'America sono indiscutibilmente considerati i pionieri del *whistleblowing*. La prima normativa di cui si ha memoria è il *False Claims Act* [5](1863) , un testo legislativo federale , più volte emendato, che consentiva a un privato cittadino di denunciare un soggetto (*wrongdoer*, malfattore) o una società, ritenuti responsabili della violazione di una legge nell'ambito della stipulazione di un contratto col governo o di un regolamento governativo. Le condotte considerate violazioni ai sensi del *False Claims Act* possono essere raggruppate in quattro macro-categorie: l'avanzamento di false o fraudolente pretese di erogazioni nei confronti del Governo Federale; la presentazione di falsa documentazione o dichiarazione al fine di avanzare pretese di erogazioni nei confronti del Governo Federale; la cospirazione di gruppo finalizzata all'avanzamento di pretese di erogazioni nei confronti del Governo Federale; l'utilizzo di falsa documentazione o dichiarazione al fine di celare, ignorare o diminuire il contenuto di un obbligo di pagamento o di trasmissione di patrimonio (proprietà) al Governo Federale. La revisione del False Claims Act, nel 1986 fu decisiva poiché comportò un significativo incremento delle potenziali ricompense per i segnalatori, oltre che l'allargamento del range di individui autorizzati ad intentare una causa. [6] L'esposizione delle peculiarità di quello che può definirsi il primo baluardo a difesa del whistleblower non è il risultato di un puro esercizio stilistico, ma ha la funzione di testimoniare emblematicamente l'efficace lungimiranza della legislazione americana che, anticipando la drammatica , veloce evoluzione delle modalità corruttive, sempre più raffinate, elaborò una serie di norme il cui punto di forza risiede nella premialità, in ossequio al brocardo latino "*qui tam pro domino rege*

---

[5] Detto anche "Lincoln –Law .

[6] E. Sangrey Callahan,Terry Morehead Dworkin, *Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act* , 37, in Villanova Law Review, 273 (1992).

quam pro se ipso in hac parte sequitur": colui che agisce nell'interesse dello Stato agisce anche per sé stesso.

Oggi, l'evoluto ordinamento giuridico statunitense si è dotato di specifiche normative che hanno il merito (e lo scopo) di approntare una serie di tutele puntuali , ed esaurienti che conferiscono alla figura del *whistleblower* reale dignità giuridica. Ci si riferisce al *Sarbanes-Oxley Act*[7], legge federale emanata nel luglio del 2002 e nata dalla fusione di due diversi disegni di legge proposti dal deputato Mike Oxley e Paul Sarbanes. La normativa mirava ad apportare modifiche in ambito di *corporate governance*, definibile come l'insieme di meccanismi, istituzioni e principi che muovono l'attività d'impresa , determinandone, spessissimo, l'insuccesso o la prosperità.

In particolare, la *section* 806, titolata "*Protection for employees of publicly traded companies who provide evidence of fraud*" emendava il capitolo 73 del Titolo 18 dello *United States Code*.[8]

A beneficiare della norma sono i dipendenti delle *publicly traded companies*, vale a dire delle imprese "a proprietà diffusa" o " frazionata" , il cui modello di riferimento prevede la vendita al pubblico di titoli mobiliari. Nessuno è autorizzato a licenziare (*discharge*), degradare (*demote*), sospendere (*suspend*) , minacciare (*threaten*), molestare (*harass*), o in qualsiasi altra maniera discriminare un dipendente a causa del suo legittimo atto, per aver fornito informazioni o altro tipo di ausilio nell'ambito di un'indagine riguardante qualsiasi condotta che il dipendente reputi costituisca una violazione delle sezioni 1341, 1343, 1344, 1348 o di ogni regolamento o norma della *Securities and Exchange Commission*[9], o, ancora, di ogni disposizione delle leggi federali che puniscono la frode ai danni degli azionisti (*shareholders*).

Le statuizioni fino ad ora elencate hanno validità nel caso in cui l'indagine sia condotta da una *Federal regulatory or law enforcement agency*[10], da qualsiasi membro del Congresso o da qualsiasi commissione del Congresso o, ancora, da un soggetto supervisore, dotato di autorità e sovraordinato rispetto al dipendente (o da qualsiasi altro soggetto che possieda l'autorità di investigare, scoprire e porre fine alla cattiva condotta).

Il *whistleblower* può depositare prove, testimoniare, partecipare, o assistere a un procedimento riferito ad una presunta violazione delle sopra citate sezioni o regolamenti della *Securities and Exchange Commission*, o ogni altra disposizione della legge federale in merito alla frode ai danni degli azionisti.

Chiunque venga licenziato o sia vittima di qualsiasi altra forma di discriminazione può protestare rivolgendosi al Ministro del Lavoro (*Secretary of Labor*) o, qualora il Ministro non abbia raggiunto la decisione finale entro 180 giorni e il ritardo non sia motivato dalla cattiva fede del ricorrente, promuovere un'azione legale innanzi all'appropriata Corte Distrettuale degli Stati Uniti.

Il dipendente uscito vincitore dalla causa ha diritto al reinserimento (*reinstatement*) sul posto di lavoro, con lo stesso grado che avrebbe ricoperto se non fosse stato vittima di discriminazione, oltre che alla restituzione degli arretrati con l'interesse ed un risarcimento per qualsiasi tipo di danno subito a causa della discriminazione, incluse le spese processuali e di consulenza.

E' di fondamentale importanza segnalare la recente decisione della Suprema Corte degli Stati Uniti d'America: Nel marzo 2014, infatti, la disciplina relativa alla tutela del

---

[7] Nota anche come Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002

[8] Le informazioni sono tratte e tradotte integralmente e direttamente dal testo di legge.

[9] La Securities and Exchange Commission è l'ente governativo statunitense analogo alla Consob italiana. Svolge una funzione di vigilanza della borsa valori, tutelando gli investitori , mantenendo equità, ordine ed efficienza sul mercato e favorendo la formazione di capitale.

[10] Qualsiasi agenzia federale con il compito di implementare e favorire l'applicazione della legge.

whistleblower è stata estesa ai dipendenti dei *contractors* privati di *public companies.* Una simile apertura non è affatto irrilevante: incarna, piuttosto, lo spirito dell'intera legge SOX. Il fatto che un già solido e funzionale apparato di tutela venga esteso ad altre "fette" di potenziali *whistleblowers* non rappresenta nient'altro che una tappa del naturale processo di implementazione delle garanzie poste a presidio dell'intero meccanismo dei mercati statunitensi.

2.2: La condotta del whistleblower: un caso concreto.

Per completezza di informazione, è necessario rendere conto dei doveri del *whistleblower*, e, segnatamente, delle condizioni, definite in via giurisprudenziale, che si delineano come presupposto del diritto alla protezione del segnalatore.

Emblematico esempio è il caso Harkness v. C-Bass Diamond[11]. Nel gennaio del 2005 il ricorrente, dipendente della società e operante nel settore legale, venne a conoscenza della cessione , ad opera del presidente e del CEO (*Chief Executive Officer,* amministratore delegato) a un investitore esterno di notizie circa la revisione e re-dichiarazione del bilancio [12] Il segnalatore ritenne necessaria un'indagine, chiedendo direttamente chiarimenti al presidente e all'amministratore delegato, i quali confermarono la circostanza.

Al termine delle indagini, il *whistleblower* ritenne che le condotte sopra esplicitate potessero integrare una violazione della *SOX law*, comunicando le informazioni reperite al presidente del comitato di controllo aziendale (*chair of the company's audit committee*) ma omettendo di verificare i termini di applicazione della legge SOX all'azienda e di consultare lo staff legale della società al fine di definire i contorni della questione.

I rapporti fra i *whistleblower* , il presidente e l'amministratore delegato si deteriorarono. Il dipendente denunciò condotte discriminatorie, affermando di essere stato escluso dai *senior management meetings* e , nella prassi, degradato rispetto alle mansioni affidategli fino a quel momento.

La Corte affermò che, per via dell'incertezza manifestata dal segnalatore circa i termini della violazione , non sufficientemente indagati , lo stesso non avrebbe avuto diritto alla copertura riservata dalla *SOX law* in caso di discriminazioni sul posto di lavoro. Se ne deve dedurre che , nonostante le tutele della *section* 806, le convinzioni del *whistleblower* vengono valutate anche in rapporto alla personale esperienza e preparazione del querelante e in base all'accuratezza delle verifiche poste in essere dallo stesso.

---

[11] (LLC, Case No. 08-CV-231, 2010 U.S. Dist. LEXIS 24380 (D. Md. March 16, 2010).

[12] Restate earnings,: previously reported earnings figures that have been revised to incorporate new information, or new calculation methods.

3 Whistleblowing in Italia: evoluzioni della normativa.

3.1 : L'articolo 54-bis

Quanto appena riportato non deve essere considerato una esauriente sintesi della complessa disciplina del whistleblowing negli Stati Uniti ma solamente un tentativo di delinearne strumentalmente i punti cardine al fine di abbozzare un confronto con la corrispondente normativa italiana.

Non a caso, tale imponente mole di norme aveva costituito un pesante termine di paragone proprio nel 2012, in occasione dell'approvazione della legge 6 Novembre 2012 n. 190 rubricata "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", con la quale veniva introdotto l'articolo 54-bis nel d.lgs. n. 165/2001 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche). L'obiettivo era quello di disciplinare la protezione del dipendente pubblico segnalatore di illeciti. Pur segnando l'inizio di un graduale processo di sensibilizzazione, l'articolo 54-bis sollevò subito aspre critiche, venendo giudicato come un tentativo destinato a rivelarsi inefficace nell'ambito dell'applicazione al caso concreto.

Le critiche abbracciavano vari aspetti della normativa. Qui di seguito un breve elenco:

-L'articolo 54-bis tutelava il whistleblower da tre forme di discriminazione: il licenziamento, le sanzioni e le misure discriminatorie dirette o indirette, non prevedendo, però, in alcun modo, strumenti in grado di incentivare l'attività di denuncia.

-Il comma 2 prevedeva che l'identità del segnalatore potesse essere rivelata qualora fosse " assolutamente indispensabile" per la difesa dell'incolpato. Venne rilevato come l'espressione " assolutamente indispensabile" fosse eccessivamente generica nei termini , dunque facile oggetto di contenziosi interpretativi, oltre che elemento fortemente demotivante per un potenziale whistleblower, a causa della mancanza di una precisa determinazione dei parametri entro i quali la rivelazione dell'identità sarebbe dovuta essere considerata non indispensabile.

- Nonostante fossero stati annoverati i soggetti preposti a raccogliere la segnalazione (l'Autorità Giudiziaria, la Corte dei Conti e il superiore gerarchico), la disciplina non indicava i criteri da rispettare nella scelta del destinatario ne faceva menzione alle modalità della comunicazione.

- La normativa prevedeva che le segnalazioni protette fossero identificabili solo in quelle trasmissioni di notizie acquisite in ragione del rapporto di lavoro e non quelle riguardanti comportamenti riscontrati in occasione del rapporto di lavoro. In tal modo venivano automaticamente escluse dalla protezione le denunce attinenti a fatti conosciuti occasionalmente.

La scelta del legislatore di concentrare la disciplina in un solo articolo e di collocarla all'interno della normativa giuslavorista rinunciando, di fatto, alla creazione di una indipendente normativa, fu valutata da molti come eccessivamente timida , nella convinzione che difficilmente sarebbe stata in grado di imprimere un reale cambiamento. Nel giro di pochi anni, infatti, la necessità di sviluppare una disciplina autonoma, dotata di precisi parametri e previsioni puntuali , divenne più stringente.

3.2 : La proposta di legge sulla protezione del whistleblower.

Il 21 gennaio 2016 la Camera dei deputati ha approvato la nuova legge sul whistleblowing che a breve passerà al vaglio del Senato.

L'obiettivo è quello di implementare la normativa vigente. A beneficiarne saranno gli impiegati pubblici, includendo gli enti pubblici economici e gli enti di diritto privato sotto controllo pubblico, ma anche il settore privato, tramite l'imposizione di obblighi a carico delle società.

Al fine di inquadrare in modo sistematico il contenuto della proposta di legge, è utile stilare un elenco dei punti cardine:

-**La buona fede**: il dipendente pubblico è da considerarsi in buona fede quando effettua una segnalazione circostanziata, nella convinzione che sussista un'alta probabilità che una condotta illecita o di abuso si sia verificata. La buona fede è esclusa quando il segnalante abbia agito con colpa grave. Qualora venga accertato che la segnalazione non è stata effettuata in buona fede, il segnalante è sottoposto a

procedimento disciplinare dall'Ente di appartenenza, al termine del quale, sulla

base di quanto stabilito dai contratti collettivi, può essere irrogata la misura sanzionatoria anche del licenziamento senza preavviso.

-**L'inclusione di figure diverse dal dipendente pubblico:** La disciplina viene estesa anche ai collaboratori e consulenti, stagisti e volontari, con qualsiasi tipo di contratto o di incarico, nonché ai lavoratori e collaboratori a qualsiasi titolo di imprese che forniscono beni o servizi e che realizzano opere in favore della pubblica amministrazione.

-L'identità del segnalante: La proposta di legge pone rimedio all'estrema genericità con cui l'articolo 54-bis individuava i casi in cui l'identità del segnalante va rivelata. Nell'ambito del procedimento penale, l'identità del segnalante è protetta dal segreto nei modi previsti dall'articolo 329 del codice di procedura penale. Nell'ambito della Corte dei Conti, l'identità del segnalante non può essere rivelata fino al termine della fase istruttoria. Nell'ambito del procedimento disciplinare, invece, l'identità del segnalante non può essere rivelata senza che vi sia il suo consenso, a patto che la contestazione dell'addebito disciplinare sia basi su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Nel caso in cui la contestazione si fondi, totalmente o parzialmente, sulla segnalazione, l'identità può essere rilevata qualora la sua conoscenza sia ritenuta assolutamente indispensabile ai fini della difesa dell'incolpato.

-L'iter della segnalazione di misure discriminatorie: L'adozione di misure discriminatorie nei confronti del segnalante viene comunicata all'Autorità Nazionale Anticorruzione dall'interessato o, in alternativa, dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative. L'ANAC informa il Dipartimento della funzione pubblica o gli altri organismi di garanzia per le attività e gli eventuali provvedimenti di competenza. Nel caso in cui sia accertata l'adozione di misure discriminatorie, l'ANAC applica al responsabile una sanzione amministrativa pecuniaria, da 5.000 a 30.000 euro. Le tutele non sono garantite nel caso in cui venga accertata la responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia o diffamazione o la responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave.

-**Premialità:** Qualora venga constatata la fondatezza della segnalazione, al dipendente vengono riconosciute forme di premialità, da definire in sede contrattuale.

4.*Conclusioni*

La ragione per cui si è scelto di incastonare l'analisi della disciplina italiana sul whistleblowing in una prospettiva di comparazione con quella statunitense è finalizzata ad ottenere una visione obiettiva delle evoluzioni normative, che dia la possibilità di cogliere i progressi ma anche di individuare le zone d'ombra.

E' facile constatare come il disegno di legge recentemente approvato dalla Camera dei Deputati presenti una lunga serie di analogie con la disciplina statunitense. La più macroscopica è la scelta di regolamentare le tutele del whistleblower con un apposito disegno di legge, rinunciando dunque all'approccio estremamente sintetico con cui il tema era stato affrontato nell'articolo 54-bis.

In secondo luogo, la presenza di forti punti di contatto con la normativa vigente negli Stati Uniti si rende evidente prendendo in considerazione alcune novità introdotte dal disegno di legge: dall'individuazione di precisi parametri e strumenti utili alla tutela della riservatezza del segnalatore ad una puntuale descrizione dell'iter di valutazione della segnalazione, dall'estensione di parte della disciplina ai dipendenti del settore privato all'introduzione dell'incentivo della premialità.

Naturalmente la normativa non può definirsi totalmente esauriente e potrebbe apparire ancora scarna e caratterizzata, per certi aspetti, da un'eccessiva genericità, soprattutto se confrontata con l'imponente disciplina statunitense che trova un'applicazione capillare grazie al connubio di leggi federali e leggi statali.

E' infine utile ricordare che la disciplina sul whistleblowing ed una mutazione culturale che esalti il senso di responsabilità individuale costituiscono due elementi fortemente interdipendenti. La miglior scommessa per il prossimo futuro sarà, con tutta probabilità, alimentare un circolo virtuoso entro il quale le evoluzioni positive della legislazione in materia di whistleblowing e l'acquisizione di strumenti culturali atti a conferirle ulteriore effettività vadano di pari passo.