

IL WHISTLEBLOWING TRA STATI UNITI, EUROPA E ITALIA

In questi ultimi anni il mondo finanziario è stato protagonista di un ripetersi di scandali internazionali che hanno interessato diversi paesi, compreso il nostro, contribuendo a provocare la crisi economico-finanziaria con cui ci troviamo a fare i conti in questo particolare momento storico.

Parmalat, Enron, WorldCom, sono solo alcuni dei più clamorosi scandali che hanno avuto un'eco e ripercussioni mondiali.

Uno degli insegnamenti a cui si è giunti è stato quello di riscontrare che i primi in grado di intuire e ravvisare eventuali anomalie all'interno di un'impresa, di un ente pubblico o di un'organizzazione no-profit sono coloro che vi operano e lavorano, quindi in condizione privilegiata per conoscere e segnalare irregolarità.

Eppure, indipendentemente dalla gravità del fenomeno riscontrato, spesso i dipendenti non danno voce ai propri dubbi: per paura di ritorsioni, se non addirittura di licenziamento; per la frustrazione che si patirebbe nel vedere che a nulla è valsa la denuncia (tutto resta come prima); oppure ancora per pigrizia, ignoranza, egoismo.

Per cercare di recuperare la fiducia perduta e di evitare il ripetersi di casi simili, negli Stati Uniti, nel gennaio 2002, è stata varata una nuova legge, nota come “Sarbanes-Oxley Act”, con la finalità dichiarata di proteggere gli investitori migliorando l'accuratezza e l'affidabilità delle informazioni offerte dalle aziende e più in generale della loro gestione contabile e finanziaria.

Ebbene, al suo interno questa legge ad un certo punto parla di protezione del c.d. “*whistle-blower*”, letteralmente “soffiatore di fischiello”.

Così come suggerisce il termine – che si fa derivare per lo più dalla segnalazione di un fallo nelle discipline sportive o dal “fischietto” dei poliziotti inglesi quando in passato ravvisavano la commissione di un crimine -, chiunque, internamente o esternamente all'organizzazione in cui lavora, tenti di portare alla luce un errore o un comportamento scorretto, rilevato durante lo svolgimento delle proprie mansioni professionali, è un *whistleblower* (“soffiatore nel fischiello” appunto).

In base alla suddetta normativa statunitense, le aziende devono formare strutture interne di controllo, aperte a ricevere anche la denuncia confidenziale di irregolarità: detta legge contempla, tra i soggetti attivi, tutte le società che hanno titoli quotati nei mercati finanziari statunitensi ed, applicandosi anche alle società estere con titoli quotati nelle borse americane, ha implicazioni di carattere internazionale.¹

Le disposizioni in esame incoraggiano le "fischiate" e impongono le procedure di trattamento di reclami e denunce dei dipendenti in forma confidenziale e anonima, con riferimento alle denunce di irregolarità in tema di revisione contabile e di bilancio.

Con interpretazione estensiva di matrice giurisprudenziale, il "Sox" (così come viene in modo abbreviato definita la legge in America) è stato applicato ad ogni frode societaria, irregolarità e violazione di regole etiche: sono dunque protetti da rappresaglie i "whistleblowers" che chiedono alle proprie imprese di vigilare sulle irregolarità. L'obiettivo è di eliminare la cooperazione illecita che si realizza nelle comunità lavorative, nella forma omissiva e indiretta della inerzia rispetto alle irregolarità compiute da altri dipendenti. E' il fenomeno, frequentemente osservato, in forma empirica della costruzione del "muro del silenzio" intorno ai comportamenti illeciti di pochi individui. In questo caso, infatti, anche qualora manchi un beneficio diretto, gli appartenenti alla comunità tendono ad evitare la cooperazione con gli organi vigilanti e le autorità, per non essere giudicati come delatori.²

Del resto, che negli USA il fenomeno fosse già più volte sperimentato ce lo dimostrano i vari esempi di *whistleblower* che hanno segnalato anomalie, ingiustizie ed illeciti.³

¹ G. PIETROSANTI, "Il whistleblowing: la soffiata in cerca di tutela", in *Guida al lavoro* n. 8/2010, p. 3 e ss.

² Così' G. GOLISANO, "Il whistleblowing nella giurisprudenza Usa: illeciti d'impresa e posizione del lavoratore che li denuncia", in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 10/2006, p. 360

³ M. GAGGI, in "La rivincita dell'America con il fischiotto", *Corriere della Sera* del 4 settembre 2009 ce ne elenca alcuni: "L a prima crisi Wendell Potter, dirigente del gruppo assicurativo Cigna, la visse a metà del 2007 quando, viaggiando in Virginia, vide centinaia di persone disperate in fila sotto il sole per ottenere una visita e qualche cura di base gratuita, offerte da medici volontari. Potter scoprì all' improvviso che la sanità Usa stava naufragando. E capì che le falle più grosse erano proprio quelle provocate dalle assicurazioni che facevano profitti tagliando le terapie. Quando, qualche mese dopo, la Cigna negò un trapianto di fegato a un paziente che poco dopo morì, Potter decise di diventare un whistleblower: letteralmente, uno che usa il fischiotto per denunciare abusi e disfunzioni che avvengono sotto i suoi occhi, una

Anche sul versante della pubblica amministrazione, si sono avuti casi di applicazione del fenomeno al fine di trarne beneficio: è il caso del sindaco di Chicago Richard Daley che, costretto a fare i conti con bilanci disastrosi e per fronteggiare il rischio di bancarotta per le casse comunali, in sintesi così si è rivolto alla gente che lo ha eletto: “Denuncia il tuo vicino che evade le imposte: così noi recupereremo gettito, potremo abbassare le aliquote e tu avrai anche un premio in denaro”; ciò che ne è seguito è stato un bilancio del 2010 che per la prima volta ha previsto un “*Tax Whistleblower Program*”.

“Tentativi di questo tipo, in campo fiscale, sono stati timidamente fatti in passato anche da alcuni Paesi europei. Ci provò anche l' Italia, quando al Ministero delle Finanze c' era Vincenzo Visco. Fu istituito un numero verde, ma l' iniziativa ebbe scarsa fortuna.

Da noi l'evasore viene condannato a parole, ma poi la delazione viene percepita da molti come più riprovevole dell' evasione. La mancanza di ricompense e il timore di rappresaglie hanno fatto il resto. Le cose potrebbero andare diversamente negli Stati Uniti che, come ricordato, dopo la «conquista dell' Ovest», hanno costruito un tessuto civile nelle città appena fondate anche grazie alle taglie che trasformavano i cittadini in «poliziotti aggiunti» nella lotta contro il crimine. La differenza, anche oggi, potrebbe farla proprio la taglia.

Daley non ne ha ancora fissato l' entità, ma si parla del 10-15% del gettito recuperato con la denuncia. Del resto anche attualmente, in alcune circostanze particolari, il governo americano riconosce un premio del 15% a chi, collaborando a un' indagine penale, consente di recuperare capitali frutto di truffe o sottratti allo Stato”⁴.

figura abbastanza diffusa in America e che, a differenza di quanto accade da noi, è protetta dalla legge. Potter, che nel frattempo si è dimesso, ha testimoniato di recente davanti al Congresso e le sue denunce sono servite ai parlamentari che hanno redatto le proposte di riforma della sanità Usa. Altri «dipendenti col fischietto» hanno costretto la Faa, l' authority Usa per il volo, ad ammettere buchi nella sua organizzazione e la Fda a revocare l' autorizzazione alla vendita di farmaci che non erano stati ben testati. Grazie a un altro whistleblower, si è scoperto che la criminalità organizzata ha imparato a sottrarre miliardi al Medicare (la sanità pubblica per gli anziani) facendosi rimborsare cure mai fatte. Sapendo distinguere le denunce reali dalle faide all' interno di un ufficio, quello dei whistleblower è uno strumento di monitoraggio prezioso, soprattutto negli uffici pubblici”.

⁴ M. GAGGI, “*Chicago, spie fiscali per evitare il crac*” , in “*Corriere della Sera*”, 28 ottobre 2009.

Il quadro europeo, come ben si comprende, muove da altre premesse culturali, nonostante i numeri che testimoniano l'importanza che ha questo strumento nell'individuazione delle frodi.

Secondo uno studio del 2007 realizzato dalla società di consulenza KPMG, il 25% degli episodi di frode scoperti su 360 analizzati sono venuti alla luce grazie ad un sistema di denuncia messo in atto dalle imprese. Tuttavia, i sistemi di segnalazione delle frodi interne non sono diffusi in tutti i paesi. Un sondaggio di Ernst & Young, relativo a 13 paesi europei, nel 2007 ha mostrato che solo il 33% delle società intervistate ha affermato di aver messo in pratica un vero e proprio sistema organizzato perché i lavoratori dipendenti riferissero episodi di possibili frodi.⁵

A livello comunitario, gli aspetti di protezione dei *whistleblowers* sono stati affrontati attraverso l'adozione di normative di legge specifiche e, attualmente, sull'argomento esistono due Convenzioni internazionali:

- Convenzione Civile sulla corruzione firmata a Strasburgo il 4 novembre 1999 - all'articolo 9 richiede una protezione adeguata per i dipendenti i quali, in buona fede, denunciino fatti di corruzione;
- Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 3 ottobre 2003 - all'articolo 33 prevede la protezione per le persone che riferiscono su fatti di corruzione.⁶

Sulla base delle suddette Convenzioni, ogni Stato è invitato quindi ad adeguare il proprio sistema giuridico nazionale per proteggere i *whistleblowers*.⁷

⁵ I dati riportati sono tratti dall'articolo "*Frodi: la ICC pubblica le linee-guida per la denuncia del whistleblowing*" in *Newsletter del Comitato italiano della Camera di Commercio Internazionale*, Luglio/Agosto 2008.

⁶ Art. 33, intitolato "*Protezione delle persone che comunicano informazioni*". Ai sensi di tale articolo: "*Ciascuno Stato Parte esamina la possibilità di incorporare nel proprio sistema giuridico le misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati stabiliti dalla presente Convenzione*".

⁷ Con Legge 3 agosto 2009 n. 116, l'Italia ha ratificato la Convenzione dell'ONU contro la corruzione, introducendo norme di adeguamento interno e modifiche al codice penale e al codice di procedura penale. Nonostante la ratifica, non è stato dato seguito al suggerimento di cui all'art. 33 della Convenzione e non sono state pertanto introdotte specifiche norme sul *whistleblowing* e sulle relative procedure di denuncia. Ciò nonostante, l'introduzione di procedure di *whistleblowing* da parte di soggetti privati è assolutamente legittima e ciascun datore di lavoro può procedere in tal senso, pur sempre nel rispetto delle norme del diritto interno.

In data 1 febbraio 2006, poi, il Gruppo dei Garanti europei, costituito ai sensi dell'art. 29 della Direttiva 95/46/CE, ha pubblicato il c.d. "WP117", ossia il "Parere 1/2006 sull'applicazione della disciplina comunitaria in materia di protezione dei dati personali alle procedure informative implementate nei settori attinenti l'attività contabile e dei controlli interni, della revisione, nonché della lotta alla corruzione ed ai crimini bancari e finanziari"⁸.

La finalità espressa dal Parere WP117 è quella di offrire alle persone giuridiche interessate idonee Linee Guida in merito alla corretta adozione ed attuazione al proprio interno dei c.d. *whistleblowing schemes* (traducibile, meno efficacemente, in "procedure di segnalazione di comportamenti illeciti"), alla luce dell'applicazione della disciplina comunitaria in materia di protezione dei dati personali, contenuta principalmente nella direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995⁹.

Per "*whistleblowing schemes*" si intendono le procedure operative implementate all'interno di una azienda che permettono ad un soggetto "segnalante" di far pervenire la notizia a destinazione seguendo uno schema prestabilito e secondo modalità ben precise.

È evidente che, potendo la notizia riguardare comportamenti contrari a disposizioni normative o a regolamenti aziendali compiuti da soggetti operanti all'interno della stessa società, le procedure di cui parliamo costituiscono un validissimo supporto alle funzioni interne classicamente deputate a svolgere attività di *reporting* in direzione dei vertici aziendali.

Altrettanto chiaro è il fatto che l'adozione e l'attuazione delle suddette procedure fanno emergere problematiche ulteriori in relazione al contesto normativo ma soprattutto culturale nel quale si innestano che varia sensibilmente da Stato a Stato all'interno di ciascun membro dell'UE .

Tale diversità è testimoniata dal fatto che in alcuni Paesi membri i *whistleblowing schemes* sono previsti per legge mentre in altri è totalmente assente qualsiasi previsione normativa in materia.

⁸ Il titolo in lingua inglese del "WP117" è "*Opinion 1/2006 on the application of EU data protection rules to internal whistleblowing schemes in the fields of accounting, internal accounting control, auditing matters, fight against bribery, banking and financial crime*", il cui testo integrale è consultabile sul sito web http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/.

⁹ Direttiva attuata con la Legge 31 dicembre 1996 n. 675 ("Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali"), successivamente abrogata e sostituita dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ("Codice in materia di protezione dei dati personali").

I risvolti pratici sono ben rappresentati dalle molte multinazionali che stanno affrontando numerosi problemi concreti derivanti proprio dalla imposizione della “SOX”, nonché dei relativi regolamenti applicativi di Borsa del Nasdaq e del NYSE, alle società quotate statunitensi ed alle loro controllate con sede in Europa, a pena di pesanti sanzioni, di adottare all’interno dei rispettivi comitati di controllo (o *audit committee*) procedure idonee a consentire ai dipendenti di presentare, su base confidenziale ed anonima, rilievi in relazione a questioni contabili, di revisione o di controllo.

Quale conseguenza dell’incertezza circa la compatibilità dei *whistleblowing schemes* con la disciplina comunitaria in materia di protezione di dati personali, i suddetti gruppi societari con sedi sia negli USA, che in Stati membri UE, si trovano attualmente nell’“imbarazzo” di dover scegliere se rischiare sanzioni irrogate dalle autorità di vigilanza europee, per non aver ottemperato alle prescrizioni dettate (ad esempio, ma non solo) in materia di protezione di dati personali nell’attuazione delle menzionate procedure informative, ovvero se rischiare sanzioni dalle autorità di vigilanza di mercato statunitensi, per non aver compiutamente adottato le procedure a presidio degli obblighi informativi previsti nella SOX.

In ordine alle indicazioni fornite dal parere WP117 per rendere i trattamenti di dati personali effettuati per il tramite dei menzionati sistemi di segnalazione conformi ai principi contenuti nella citata direttiva, si può evidenziare, in via del tutto riassuntiva, quanto all’ambito di applicazione, che quest’ultimo, con riferimento ai sistemi di segnalazione, è stato circoscritto ai soli illeciti riguardanti la tenuta della contabilità, i controlli contabili interni, la revisione contabile, la lotta contro la corruzione, la criminalità bancaria e finanziaria.

Quanto ai presupposti di liceità del trattamento, questo può considerarsi lecito ove ricorrano alcuni specifici requisiti individuati dall’art.7 della direttiva, segnatamente riconducibili alla necessità di dare adempimento ad un obbligo legale, ovvero di perseguire un legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi.

Per quanto concerne l’esercizio del diritto di accesso da parte dell’interessato, tale diritto può essere limitato per garantire la tutela dei diritti e delle libertà altrui, con la precisazione che “in nessuna circostanza può essere

permesso al denunciato di avvalersi del suo diritto di accesso per ottenere informazioni sull'identità del denunciante" (salvo malafede di quest'ultimo).

Infine, pur privilegiandosi le denunce nominative, sono ammesse le denunce anonime, purché ricorrano alcune condizioni espressamente indicate e vengano adottate opportune precauzioni (vaglio preventivo di ammissibilità; eventuale trattazione più rapida; etc..).

Attualmente in Italia non esiste alcuna normativa sul *whistleblowing* nè sono state mai fatte proposte di legge in merito. Ancora oggi il *whistleblowing* è una creazione giuridica poco nota tra le istituzioni e solo pochi soggetti "esperti" e alcune grandi aziende ne sono a conoscenza.

Volendo ricercare norme e disposizioni che in qualche modo ci riconducano ai concetti sottesi al *whistleblowing*, e che potrebbero fungere da punto di partenza per una costruzione della fattispecie, ricordiamo l'art. 361 del Codice Penale che prevede una multa per "il pubblico ufficiale, il quale omette o ritarda di denunciare all'Autorità giudiziaria, o ad altra autorità che a quella abbia obbligo di riferirne, un reato di cui abbia avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni". Non esiste però una legge riferita al servizio pubblico contenente norme a protezione dei *whistleblower*.

In questo senso con la Legge 15/2009 il Governo Italiano ha delegato al Ministro per l'Innovazione e la Pubblica Amministrazione la responsabilità ad ottimizzare la produttività del lavoro pubblico e l'efficienza e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni: in base a questa legge il Ministero deve migliorare il controllo sull'amministrazione e le procedure di segnalazione interna potrebbero esservi incluse. Non a caso, infatti il 17 ottobre 2009, in un articolo pubblicato su uno dei maggiori quotidiani nazionali¹⁰, il Ministro ha

¹⁰ R. BRUNETTA, "Tasse Occulte. Scacco matto alla corruzione", in "Il Sole 24 Ore", 17 ottobre 2009 dove sottolinea che "... se un dipendente pubblico è corrotto, risponde davanti alla magistratura per i reati penali commessi, ma il suo dirigente magari un po' troppo distratto, che non ha valutato per nulla il rischio e ha ignorato il rischio di corruzione e non ha adottato, quindi, idonee procedure di prevenzione, ha una responsabilità organizzativa pesante nei confronti sia dell'amministrazione che della società civile ed è giusto che se ne assuma tutte le responsabilità. Sotto il profilo giuridico non c'è molto da fare, ma semplicemente c'è da applicare le norme che già esistono o al limite proporre piccoli aggiustamenti all'apparato giuridico esistente adottando gli stilemi concettuali introdotti con la legge n. 626 del 1994 in materia di sicurezza o con la legge n. 231 del 2001 in materia di responsabilità. Una volta avviato il processo si potranno affiancare altri strumenti per contrastare la corruzione quali la raccolta delle segnalazioni, la tutela dei soffiatori - i cosiddetti *whistleblowing*, coloro che segnalano in anonimato i fatti censurabili -, i patti d'integrità, i supporti formativi di sensibilizzazione, il monitoraggio dei risultati, eccetera."

sottolineato la funzione del *whistleblowing* come strumento essenziale nella lotta contro la corruzione.

Neppure lo Statuto dei Lavoratori annovera norme specifiche per la protezione dei *whistleblower*. Tuttavia l'articolo 20, comma 2 del d.lgs. 81/2008 (conosciuto anche come "Atto Unico sulla Sicurezza"), attribuisce in capo ai lavoratori l'onere di "segnalare immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o al preposto le deficienze dei mezzi e dei dispositivi di cui alle lettere c) e d)¹¹, nonché qualsiasi eventuale condizione di pericolo di cui vengano a conoscenza, adoperandosi direttamente, in caso di urgenza, nell'ambito delle proprie competenze e possibilità e fatto salvo l'obbligo di cui alla lettera f)¹² per eliminare o ridurre le situazioni di pericolo grave e incombente, dandone notizia al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza".

Nell'ambito dei più generali poteri/doveri di attivazione, possiamo ricordare l'art. 2408 del Codice Civile con la sua previsione che "ogni socio può denunciare i fatti che ritiene censurabili al collegio sindacale, il quale deve tener conto della denuncia nella relazione all'assemblea". L'art 149 del d.lgs. 58/1998, al comma 3, impone un obbligo, in capo al Collegio Sindacale, di comunicare "senza indugio alla Consob le irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza" mentre il Codice di Autodisciplina della Borsa Italiana ha sancito, in capo al CDA, la responsabilità di definire le linee guida per la migliore reportistica interna. Ed ancora, la Direttiva Consob n. DAC/RM/97001574 del 20/02/1997 estende al Collegio Sindacale delle società quotate la competenza a ricevere segnalazioni anche dagli impiegati (non solo dai soci).

Certamente da menzionare è il d.lgs.231/2007, la normativa antiriciclaggio che, nell'istituire la UIF (Unità di informazione finanziaria), deputata a ricevere le segnalazioni di operazioni sospette, prevede l'obbligo di attivarsi per segnalare, attraverso procedure più o meno regolamentate, quelle operazioni che, secondo particolari indici di anomalia previsti dalla normativa stessa, potrebbero sottintendere il compimento di possibili reati in questo ambito.

¹¹ Alle lettere c) e d) si legge quanto segue: "c) *utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro, le sostanze e i preparati pericolosi, i mezzi di trasporto, nonché i dispositivi di sicurezza; d) utilizzare in modo appropriato i dispositivi di protezione messi a loro disposizione*".

¹² Alla lettera f) si legge quanto segue: "f) *non rimuovere o modificare senza autorizzazione i dispositivi di sicurezza o di segnalazione o di controllo*".

Ma la normativa cui maggiormente dobbiamo fare riferimento nel momento in cui trattiamo l'argomento in questione è senz'altro il d.lgs. 231/01 e più precisamente l'art. 6 nella parte in cui dispone che : “(...) in relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati , i Modelli di cui alla lettera a) del comma 1 devono rispondere alle seguenti esigenze: (...) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'Organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei Modelli (...)”.

Come si legge nelle “Linee Guida per la costruzione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo *ex* d.lgs. 231/2001” di Confindustria, elaborate a partire dal 2002 e definitivamente approvate dal Ministero della Giustizia nel giugno 2004 (in corso di aggiornamento), la *ratio* sottesa a tale novità normativa sta nel fatto che “l'ampliamento della responsabilità mira a coinvolgere nella punizione di taluni illeciti penali il patrimonio degli enti e, in definitiva, gli interessi economici dei soci, i quali, fino all'entrata in vigore della legge in esame, non pativano conseguenze dalla realizzazione di reati commessi, con vantaggio della società, da amministratori e/o dipendenti”, provocando con ciò “un interesse di quei soggetti (soci, associati, ecc.) che partecipano alle vicende patrimoniali dell'ente, al controllo della regolarità e della legalità dell'operato sociale”.

Senza entrare nel merito dei reati cui si applica la disciplina in esame, ma limitandoci a riscontrare che alle fattispecie originariamente previste negli art. 24 e 25¹³ si è assistito nel corso degli anni ad interventi normativi che hanno esteso il ventaglio dei reati presupposti, notiamo che le suddette Linee Guida di Confindustria, come quelle proposte dall'AIIA (Associazione Italiana *Internal Auditors*) e dall'ABI (Associazione Bancaria Italiana), rappresentano un “suggerimento” metodologico offerto - ai sensi dell'art. 6, comma 3, d.lgs. 231/2001 - dalle associazioni di categoria agli operatori che intendano avvalersi della facoltà loro riconosciuta dal medesimo art. 6, commi 1 e 2, i quali prevedono una possibile forma di “esonero” dalla responsabilità dell'ente se si dimostra, in occasione di un procedimento penale per uno dei reati considerati dalla norma: (i) di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della

¹³ Art. 24: Indebita percezione di erogazioni pubbliche, truffa in danno dello Stato o di altro ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di altro ente pubblico;
Art. 25: Concussione e corruzione

commissione del fatto, Modelli di Organizzazione e di Gestione idonei a prevenire la realizzazione degli illeciti penali in questione; e (ii) di aver affidato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei suddetti Modelli, nonché di curarne l'aggiornamento, ad un organismo dell'ente che sia dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, l'Organismo di Vigilanza.

Ecco che appare allora chiaro che il fine ultimo che l'ente deve prefiggersi è quello di far sì che il Giudice possa arrivare a formulare, innanzi tutto, un giudizio di idoneità positiva circa la corretta formulazione dei Modelli di cui sopra.

Per stabilire le caratteristiche che permettano di considerare "idoneo" un sistema interno occorre far affidamento più che altro alle indicazioni giurisprudenziali che in questi primi dieci anni di applicazione della 231 ci sono giunte, posto che il testo del decreto legislativo stesso ne tratteggia troppo sinteticamente i tratti.

Di sicuro possiamo affermare con certezza che "la società è tenuta da un lato "a scoprire ed eliminare tempestivamente le situazioni di rischio" e d'altro lato, ai sensi dell'art. 17 lett. b), "ad eliminare le carenze organizzative mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi"¹⁴.

Allo stesso tempo è ormai assodato che "I modelli di cui all'art. 6 devono rispondere alle seguenti esigenze: a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. Attraverso l'adozione e l'attuazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi l'ente deve eliminare - come stabilito dall'art. 17 - quelle «carenze organizzative che hanno determinato il

¹⁴ Tribunale di Milano, Giudice per le indagini preliminari, 27 aprile 2004, ordinanza nel procedimento Siemens, in *Le Società*, 2004, 10, 1275.

reato»¹⁵.

Il modello deve dunque prevedere, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio.

A quest'ultimo proposito è sottolineata la necessità che sia supportata l'attività dell'Organismo di Vigilanza mediante la previsione di obblighi di informazione nei confronti di quest'ultimo, obblighi che dovrebbero sostanziarsi nella mappatura all'interno del Modello di un sistema di *reporting* il più efficace possibile, che consenta lo svolgimento dell'attività di indagine ed accertamento propria dell'ODV.

Come si desume dalle perizie giudiziali e dalle pronunce di merito dei Tribunali che hanno affrontato questo tema, l'obbligo, che dovrebbe gravare su dipendenti, direttori, amministratori della società, consisterebbe nel riferire all'organismo di vigilanza notizie rilevanti e relative alla vita dell'ente, a violazioni del modello o alla consumazione di reati.

Il modello "perfetto", oltretutto, dovrebbe indicare concretamente le modalità attraverso le quali coloro che vengano a conoscenza di comportamenti illeciti possano riferire all'organo di vigilanza: i "canali di informazione" cui si riferisce il modello organizzativo per la loro grande rilevanza dovrebbero, poi, essere resi noti - anche tramite la diffusione del modello stesso - ai dipendenti delle società.

La particolare rilevanza della previsione di obblighi di informazione dei dipendenti e amministratori nei confronti dell'organismo di vigilanza è sottolineata anche nelle linee guida elaborate da enti rappresentativi di associazioni le quali hanno altresì cercato di catalogare i dati che dovrebbero essere obbligatoriamente riferiti dai dipendenti all'organo di vigilanza.

Ma l'essere riusciti a costruire delle procedure astrattamente ineccepibili non può bastare: come osservato nella Relazione allo schema del Decreto legislativo 231, infatti, «requisito indispensabile perché dall'adozione del modello derivi l'esenzione da responsabilità dell'ente è che esso venga anche efficacemente attuato: l'effettività rappresenta dunque un punto qualificante ed

¹⁵ Tribunale di Milano, Giudice per le indagini preliminari, 20 settembre 2004, ordinanza nel procedimento IVRI, in *Il Foro Italiano*, 2005, parte II, p. 528.

irrinunciabile del nuovo sistema di responsabilità».

In sintesi è possibile concludere che la rilevanza di un idoneo (ed efficacemente attuato) modello organizzativo è estrema: il modello infatti è criterio di esclusione della responsabilità dell'ente ex art. art. 6 comma 1° ed ex art. 7; è criterio di riduzione della sanzione pecuniaria ex art. 12; consente, in presenza di altre condizioni normativamente previste, la non applicazione di sanzioni interdittive ex art. 17; consente la sospensione della misura cautelare interditta emessa nei confronti dell'ente ex art. 49.

Ecco, dunque, che ricopre un ruolo fondamentale la previsione, da parte di detti modelli, di sistemi di flussi informativi che permettano al personale di riportare casi di violazione di norme da parte di altre persone che lavorano nella società, ossia la predisposizione dei c.d. whistleblowing schemes.

(continua)

(Marco Sargenti)