

**RIVISTA DELLE SOCIETÀ**

Anno LXI Fasc. 5 - 2016

ISSN 0035-6018

Marco Saverio Spolidoro

---

***WHISTLEBLOWER***  
**E GALANTUOMO**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

MARCO SAVERIO SPOLIDORO \*

## ***Whistleblower e galantuomo***

1. Ha destato interesse e perfino una certa ammirazione la storia di Eric Ben-Artzi, già *risk officer* di Deutsche Bank, che è stata pubblicata in prima pagina dal *Financial Times* del 19 agosto 2016 ed è stata ripresa da molti siti di notizie e giornali in tutto il mondo. Nel 2010-2011, con altri due colleghi, Ben-Artzi aveva denunciato, sia internamente sia alla SEC e ad altri simili organismi, alcune irregolarità commesse dalla sua (ex) datrice di lavoro nella contabilizzazione e nella rappresentazione in bilancio di operazioni in derivati. La SEC ha multato la Deutsche Bank nel maggio 2015, applicandole una sanzione di 55 milioni di dollari. Secondo la legislazione americana, ai *whistleblowers* (o “informatori”) che forniscano informazioni “originali”, tali da rendere possibile un’azione di *enforcement*, può essere riconosciuto un premio compreso fra il 10% e il 30% della sanzione incassata dalla SEC, a valere su un apposito fondo, intitolato “Securities and Exchange Commission Investor Protection Fund” (1).

Ben-Artzi e i suoi colleghi avevano chiesto il premio: uno tra i denunciati è però stato escluso per mancanza dei requisiti previsti dalla legge, mentre le domande di Ben-Artzi e del suo altro collega sono state accolte.

(\*) Professore ordinario di Diritto industriale, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

(1) Sul tema, si veda la section 21F del Securities Exchange Act 1934, introdotta nel 2010 dalla section 922 del Dodd-Frank Act. Il paragrafo (a) della disposizione contiene la seguente definizione di *whistleblower*: « (6) WHISTLEBLOWER. - The term ‘whistleblower’ means any individual who provides, or 2 or more individuals acting jointly who provide, information relating to a violation of the securities laws to the Commission, in a manner established, by rule or regulation, by the Commission ». Secondo G.P. MILLER, *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, New York, 2014, 271, la parola *whistleblower* evoca l’immagine di un vigile con il fischietto o di un arbitro di una partita a squadre: malgrado le assonanze, resta il fatto che, nel caso del *whistleblower*, non si tratta di una persona il cui ruolo istituzionale è quello di segnalare violazioni e falli, ma di un volontario che si fa avanti solo perché conosce i fatti e li conosce (di regola) perché li può osservare direttamente.

Senonché Ben-Artzi a questo punto ha cambiato idea e, quando ha avuto notizia di esser destinatario di 8,25 milioni di dollari, cioè della metà del premio, complessivamente pari al 30% della sanzione, ha fatto sapere di non volerlo più incassare. Egli ha spiegato i motivi della sua decisione in un'articolata dichiarazione, pubblicata anch'essa dal *Financial Times*, che termina con l'espressa richiesta che la sua parte del premio sia almeno in parte restituita a Deutsche Bank ed ai suoi azionisti, detraendola dai bonus pagati agli *executives* della banca, con particolare riguardo a quelli che in precedenza erano stati funzionari di alto livello della SEC: a tali condizioni sarebbe lieto di ricevere qualsiasi premio al quale avesse diritto <sup>(2)</sup>.

2. Come ho detto, Ben-Artzi ha fornito un'ampia illustrazione delle ragioni della sua scelta: ne riassumo qui l'essenza. Egli osserva che la Deutsche Bank non è l'autrice delle irregolarità da lui denunciate, bensì la vittima: anzi, per essere precisi, le vittime principali sono secondo lui gli azionisti della banca e i semplici impiegati (*rank-and-file employees*), che oggi stanno perdendo il loro lavoro. Allo stesso tempo, i funzionari di alto livello lasciano le loro cariche con pagamenti di bonus multimilionari, talvolta basati su bilanci artefatti. È motivo di particolare rincrescimento, secondo Ben-Artzi, che la SEC abbia posto la sanzione pecuniaria a carico della società, anziché delle persone fisiche responsabili del fatto illecito, come invece è avvenuto altre volte (Ben-Artzi fa esplicito riferimento ad un caso contemporaneo e a sua detta simile a quello da lui denunciato — tranne che per le dimensioni, molto più contenute — che riguarda Trinity Capital e la sua controllata Los Alamos National Bank, in cui la SEC ha perseguito cinque funzionari d'alto livello). A questo punto, la risposta più ovvia alla domanda circa i motivi della differenza di trattamento sembra essere, dice Ben-Artzi, che i capi legali di Deutsche Bank sono più volte passati alle dipendenze della SEC (e viceversa) prima, durante e dopo il periodo delle illecite attività della banca <sup>(3)</sup>. Vengono fatti i nomi di Robert Rice, nel 2011 capo dei legali della banca incaricati delle investigazioni interne, divenuto *chief counsel* della SEC nel 2013, di Robert Khuzami, capo del dipartimento legale della Deutsche Bank per il Nordamerica, divenuto capo della *enforcement division* della SEC dopo la crisi finanziaria, e del *general counsel* di Deutsche Bank Richard Walker, dimessosi quest'anno, che tempo addietro era capo dell'*enforcement* della SEC. Questi esempi vanno oltre la fisiologica normalità delle "porte girevoli" e, secondo il protagonista della vicenda,

(2) Queste le parole esatte di Ben-Artzi: « I request my share of the award be given to Deutsche and its shareholders, and the amount of money clawed back from the bonuses paid to the Deutsche executives, especially the former top SEC attorneys. I would then be happy to collect any award for which I am eligible ».

(3) « Deutsche's top lawyers "revolved" in and out the SEC before, during and after the illegal activity at the bank ».

sono fonte di grande sdegno (malgrado il fatto, riferito dal giornale, che Khuzami e Rice si siano astenuti dal partecipare al procedimento contro Deutsche Bank), specie se si considera la relazione professionale ventennale tra Khuzami e Rice, da un lato, e l'attuale presidente della SEC, Mary Jo White. Ben-Artzi spiega che, dopo aver ottenuto prestigiose qualificazioni accademiche come matematico ed aver lavorato quale esperto nello studio dei modelli di rischio presso altre banche, tra cui Goldman Sachs, nel 2010 egli era stato assunto da Deutsche Bank come vicepresidente del *market-risk department*, senza essere informato che era già in corso un'indagine interna sulla valutazione esagerata del portafoglio di derivati della banca, ammontante a 120 miliardi di dollari; in pochi mesi si era reso conto che nelle valutazioni c'era qualcosa di molto sbagliato e aveva chiamato la *internal hotline*, con il risultato di avere un colloquio con Rice, che lo aveva informato che il colloquio sarebbe stato coperto dal segreto professionale. Il rifiuto di concordare su questo punto avrebbe portato al licenziamento di Ben-Artzi, che sostiene che la sua carriera a Wall Street ne è stata rovinata (egli è oggi vicepresidente di una società israeliana, Bondit, che offre servizi analitici ai gestori di fondi comuni). Ben-Artzi dice che, al momento di offrire la sua collaborazione alla SEC, la prospettiva del premio è stato un "potente incentivo". I suoi avvocati e la sua ex moglie reclamano la loro parte, per cui egli non è libero di rigettare interamente il pagamento. Tuttavia, benché il denaro gli sia necessario oggi come non mai, egli non vuol partecipare al taglieggiamento delle persone che avrebbe dovuto proteggere nel suo ruolo presso Deutsche Bank.

3. Ovviamente non conosco i dettagli della vicenda e le notizie che ho sono quelle pubblicate: il caso particolare è evidentemente un aneddoto e interessa soltanto perché dà qualche spunto a considerazioni generali. La prima di queste è che la logica della remunerazione del *whistleblower* è puramente utilitaria<sup>(4)</sup>. Che sia utilitaria lo si capisce al volo perché, senza il "potente incentivo" del premio, al quale fa riferimento Ben-Artzi, il denunciante non avrebbe sufficiente stimolo a presentarsi dall'autorità, a parte l'amore per la giustizia, se non forse per un sentimento di vendetta o per qualche altro impulso poco razionale. Premiare la denuncia compensa inoltre, entro certi limiti, i "costi" che il *whistleblower* si addossa a causa della sua scelta di denunciare l'illecito di cui sia venuto a conoscenza: nel caso più comune, quello in cui il denunciante sia al corrente dei fatti in quanto dipendente di un'impresa alla quale si riferiscono le irregolarità denunciate, tali costi comprendono anche aspetti personali, come lo stress psicologico

<sup>(4)</sup> Sul tema dei premi agli informatori esiste un'importante letteratura, ricordata da G. P. MILLER (nt. 1), 277 s. In Italia v. F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 457 ss., con ampi riferimenti.

derivante dalla denuncia <sup>(5)</sup>, e comunque non si limitano alla perdita del posto di lavoro, che di fatto quasi sempre precede la denuncia e, nei pochi casi restanti, quasi inevitabilmente la segue, malgrado la tutela dell'anonimato garantita al segnalante ed i divieti di *retaliation* posti a carico del datore di lavoro denunciato proprio dalla stessa legge che prevede la concessione di premi agli informatori. Ben-Artzi fa riferimento alla sua carriera rovinata, e fa bene, perché malgrado che sia astrattamente possibile una monetizzazione della pubblica simpatia nei suoi confronti, riscontrata dalla lettura dei commenti della stampa <sup>(6)</sup>, questa sembra riferita più alla sua scelta di rinunciare al premio coprendo di vergogna alcuni personaggi di primo piano nel mondo degli affari e la stessa presidente della SEC che alla sua precedente decisione di denunciare le malefatte dell'alta dirigenza di Deutsche Bank. A parità di condizioni, è probabile che in futuro egli troverà dunque con relativa difficoltà chi, come potenziale datore di lavoro, apprezzi la sua dirittura morale più di quanto tema la sua indipendenza di giudizio.

4. Invece, il premio al denunciante non ha sicuramente una giustificazione etica, perché denunciare un vizio non è una virtù particolare di chi denuncia, meritevole come tale di un riconoscimento, per di più di natura economica. Nondimeno, il profilo etico non è estraneo al discorso che ci interessa, perché la figura del denunciante è fenomenicamente prossima alla sua versione negativa ed antipatica, quella del delatore, dalla quale si distingue in base a diversi criteri empirici, tra cui uno, il disinteresse personale di chi sporge la denuncia, è messo in discussione proprio dal fatto che è promesso in cambio un premio che, pur essendo giustificato dalle considerazioni utilitarie sopra descritte, programmaticamente non è commisurato al danno effettivamente subito o che sarà verosimilmente subito, ma all'entità della multa irrogata dalla SEC. La conseguenza è che il premio sarà molto spesso una taglia e che in molte situazioni concrete si potrà dare il caso in cui il *whistleblower* sia sovracompensato. In tali ipotesi egli avrà dunque un interesse personale alla rovina del denunciato che andrà oltre alla prospettiva indennitaria la quale, tuttavia, gioca anch'essa un ruolo non indifferente.

Altro aspetto eticamente degno di attenzione dal punto di vista della differenza tra delatore e *whistleblower*, nei limiti in cui ciò possa interessare il nostro discorso, riguarda il fatto che il delatore rompe un vincolo moralmente rilevante, tradendo per esempio una relazione familiare o di amicizia oppure, comunque, la fiducia in lui riposta dal denunciato, mentre il *whist-*

<sup>(5)</sup> Questi aspetti, non secondari, sono presi talvolta in considerazione nei regolamenti aziendali applicabili: v. più avanti la nota 15.

<sup>(6)</sup> G.P. MILLER (nt. 1), 274, riferisce il caso di Cynthia Cooper che, avendo segnalato una frode all'*Audit Committee* di WorldCom nel 2002, è stata nominata fra le « persone dell'anno » dalla rivista *Time*. Altri pubblici riconoscimenti « morali » sono spettati a Sherron Watkins, che denunciò Enron nel 2001.

*leblower*, se viola un dovere di fedeltà o di riservatezza nei confronti del denunciato, può invocare a proprio vantaggio un'esenzione legale dalla responsabilità che, se non fosse configurabile come adempimento di un dovere giuridicamente più forte, potrebbe essere assimilato all'esercizio di un diritto. A questo proposito, passando dall'etica alla legge, può essere opportuno segnalare che la recentissima direttiva dell'Unione Europea sulla tutela dei segreti aziendali (7) contiene, dopo accese discussioni (che hanno appassionato in particolare il Nord Europa e, tra noi, soprattutto l'oggi euro-parlamentare Sergio Cofferati (8)), una disposizione (l'art. 5) che eccettua dai suoi divieti di rivelazione dei segreti aziendali le denunce di chi riveli una condotta scorretta, un'irregolarità o un'attività illecita, a condizione che il segnalante abbia agito per proteggere l'interesse pubblico generale (9).

(7) Direttiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti (Testo rilevante ai fini del SEE).

(8) Vedine gli interventi al Parlamento Europeo, del 13 e 14 aprile 2016, nei quali egli raccomanda l'approvazione della direttiva, ma anche l'adozione di una direttiva specifica sugli informatori. Dal sito di *formiche.net* traggio la seguente sintesi di Valeria Covato sulle discussioni suscitate dalla direttiva: « Fin da quando fu proposta per la prima volta nel 2013 dalla Commissione europea, il suo contenuto ha provocato l'ira dei Verdi e di alcuni partiti del gruppo della Sinistra europea. L'eurodeputato dei Verdi Pascal Durand ha espresso recentemente il suo rammarico perché "i pochi miglioramenti che abbiamo fatto non hanno cambiato l'essenza di questo disegno di legge". Ciò che preoccupa Durand è soprattutto la difficoltà a difendersi da parte delle piccole testate giornalistiche, visto che le aziende potranno ora appellarsi al segreto commerciale nei confronti di tutta una serie di informazioni rivelate dai giornalisti. "Lo scopo dichiarato era di regolamentare la concorrenza leale tra le imprese, ma a causa delle lobby la legislazione è diventata la regolazione di un diritto generale al segreto commerciale", è la denuncia l'eurodeputato spagnolo di Podemos Miguel Ur, riportata da Lettera 43. L'associazione Corporate Europe Observatory ha definito la direttiva una "minaccia diretta per il lavoro dei giornalisti e delle loro fonti, gli informatori, così come dei dipendenti di una società e anche della libertà di espressione e dei diritti di accesso alle informazioni da parte del pubblico". Francesca de Benedetti su *La Repubblica* ha ricordato che tra i contrari ci sono gli "Snowden" d'Europa come Stéphanie Gibaud, che presiede la piattaforma internazionale dei *whistleblower*: "L'Europa protegge i segreti delle imprese ma non tutela chi come me ha rischiato tutto per denunciare la corruzione". Oppure ancora Julia Reda, segretaria dei Giovani Pirati dal 2013 ed euro-parlamentare dal 2014 per il Partito Pirata tedesco: "Nella direttiva la definizione del segreto è così ampia che saranno di fatto le aziende a decidere cosa è da ritenersi tale — dice — in compenso i *whistleblower* avranno mille difficoltà in più. Così rischiamo di frenare le grandi operazioni verità come LuxLeaks. Io dico no, almeno finché non avremo approvato anche una direttiva per tutelare i *whistleblowers*", è il commento di Reda riportato da Repubblica ».

(9) La disposizione è così formulata: « Gli Stati membri garantiscono che una richiesta di applicazione delle misure, delle procedure e degli strumenti di tutela di cui alla presente direttiva sia respinta qualora la presunta acquisizione, il presunto utilizzo o la presunta divulgazione del segreto commerciale siano avvenuti in uno dei casi seguenti: *omissis (b)* per rivelare una condotta scorretta, un'irregolarità o un'attività illecita, a condizione che il convenuto abbia agito per proteggere l'interesse pubblico generale ». Il considerando 20 recita: « Le misure, le procedure e gli strumenti di tutela previsti dalla presente direttiva non dovrebbero limitare la

5. La remunerazione del *whistleblower*, se messa a carico della società, grava sugli azionisti della medesima e, sia pure in modo assai indiretto, può forse contribuire in modo negativo ad accelerare processi di ristrutturazione che si riverberano negativamente sui dipendenti « normali », come scrive (sicuramente esagerando) Ben-Artzi. Questo però vale a ben vedere e più in generale per tutta la sanzione, non solamente per la parte di essa che, alla fine dei conti, viene assegnata come premio ai denunciatori.

Dal punto di vista utilitaristico (che, come ho spiegato, è il profilo chiave della questione), è dubbio che fare in modo che la sanzione sia pagata — per intero — dai dirigenti della società autori delle violazioni sanzionate o coinvolti nel loro insabbiamento sia realmente efficace dal punto di vista dei soci, soprattutto nel lungo periodo. Infatti non è escluso che i dirigenti, sapendo i rischi che corrono, esigano dalla società retribuzioni ancora più elevate, che annullino l'effetto economico delle sanzioni. La sanzione deve comunque essere accollata alla società, sia per ragioni di praticità, sia perché in definitiva è giusto che i soci (che possono aver tratto beneficio dalle pratiche illecite dei manager) corrano il rischio di subirne in tutto o in parte il peso: costringere la società a rivalersi sui responsabili a titolo di risarcimento dei danni può essere una soluzione in molti casi efficace, ma richiede che si provi che sussistano i presupposti di tale responsabilità, il che non è sempre possibile; e per certe violazioni, escluse ovviamente quelle caratterizzate dal dolo dell'agente <sup>(10)</sup> è ragionevole che si consenta la copertura assicurativa, il cui costo comunque ricade "in senso economico" sulla società, anche quando "formalmente" il contratto è stipulato dal dirigente, che ne paga il premio.

Vi è poi da aggiungere che in certi contesti, ben lontani dal capitalismo manageriale, le vittime di cui si preoccupa Ben-Artzi forse non sono tutti gli azionisti, ma solo quelli che non orientano i manager e che comunque non li scelgono come a loro piace. Gli azionisti che invece esercitino poteri rilevanti rispetto ai manager dovrebbero in qualche modo esserne responsabili. Anzi, non è da escludere che in taluni casi i manager siano anch'essi vittime di qualcuno o di qualcosa più forte di loro.

6. Per quel che riguarda la posizione personale di Eric Ben-Artzi, la decisione di non ritirare o di far comunque restituire agli azionisti di

denuncia delle irregolarità. La tutela dei segreti commerciali, pertanto, non dovrebbe estendersi ai casi in cui la divulgazione di un segreto commerciale serve l'interesse pubblico, nella misura in cui siano rivelate condotte scorrette, irregolarità o attività illecite direttamente pertinenti. Ciò non dovrebbe essere inteso come un impedimento per le competenti autorità giudiziarie ad autorizzare una deroga all'applicazione delle misure, delle procedure e degli strumenti di tutela, laddove il convenuto abbia tutti i motivi per credere, in buona fede, che la sua condotta abbia rispettato i criteri pertinenti di cui alla presente direttiva ».

<sup>(10)</sup> Una lettura interessante, da prendere *cum grano salis*, è quella del breve e spiritoso libretto (76 pagine!) di Sam HARRIS, *Free Will*, Free Press, 2012.

Deutsche Bank la parte a lui spettante del premio non può rispondere razionalmente a una causa utilitaria. Anche se è possibile che un domani i suoi affari trovino giovamento nel clamore suscitato dalla sua decisione e soprattutto dal fatto di renderla pubblica, trovando eco in una prestigiosa testata giornalistica, è tutt'altro che certo — anzi, è alquanto improbabile — che il valore attuale di questo futuro successo (ancora da guadagnare) eguagli il valore attuale del premio già guadagnato.

Anche dal punto di vista etico, non si può dire che le azioni di Ben-Artzi siano dovute in forza di un imperativo morale. I soci sono stati danneggiati da scelte non riferibili a Ben-Artzi e anzi da lui contrastate: dunque non è una regola di giustizia commutativa che gli imponga di riparare un male di cui egli non è autore. Non si può neppure dire che, riparando un danno commesso da altri, egli adempia al principio di equità naturale per cui *nemo locupletari potest cum aliena iactura*, perché la posizione dei soci non sarebbe comunque mutata se egli non avesse né denunciato né chiesto il compenso. La remunerazione della denuncia non è comunque priva di causa perché, senza la denuncia, la SEC avrebbe avuto la possibilità di raggiungere la prova dell'illecito solo affrontando costi maggiori di quelli che sono stati altrimenti necessari.

Invece una possibile interpretazione della vicenda è che Ben-Artzi sia stato mosso dall'esigenza di dimostrare un lato, per così dire, "eroico" del suo carattere. Destinatari di questa ostentazione sembrano soprattutto i *top executives* che, grazie alle porte girevoli, proseguono da vincitori una carriera che egli ha dovuto lasciare da perdente. E magari tra i destinatari della sua "scena madre" ci sono anche l'ex moglie e gli avvocati.

Come che sia, la causa razionale del comportamento di Ben-Artzi sembra appartenere propriamente all'estetica, non a qualche forma di etica o di utilitarismo. Sta di fatto che la posizione del *whistleblower* premiato, in questo caso, è andata stretta a chi la ha indossata, che forse si è sentito un galantuomo o forse ha voluto rendersi più simpatico mostrandosi (sia pure *a posteriori*) disinteressato e trasparente. Tutto ciò non dovrebbe interessarci come pratici o teorici del diritto, sennonché la vicenda mette in rilievo anche alcuni aspetti di competenza del legislatore. Il primo è quello della trasparenza delle azioni di *enforcement* delle Agenzie indipendenti, come la SEC; il secondo è quello dei criteri di applicazione delle sanzioni ai dirigenti, ai soci di controllo e alle società protagoniste di irregolarità amministrative, indipendentemente dal fatto che vi sia stata o no la denuncia di un informatore; e il terzo ed ultimo problema è quello delle *revolving doors* e del dovere, per chi ricopre certe posizioni, di essere come la moglie di Cesare: al di sopra di ogni sospetto <sup>(11)</sup>. In effetti, le frecciate personali di Ben-Artzi hanno una

<sup>(11)</sup> Plutarco, *Vita di Cesare*, 10; alla storia accennano anche Cicerone, *Ad Atticum*, I, 12 e 13 e Svetonio, *Vita Divi Iuli*, 6,2. La presidente della SEC, chiamata in causa da Ben-Artzi,



certa capacità offensiva e lascia perplessi quanto egli riferisce circa la differenza di trattamento tra *top executive* di Deutsche Bank e *top executive* di Los Alamos National Bank. Ci si augura che di tutto ciò vi sia una motivazione tecnica persuasiva, ma fino ad ora, ci informa il *Financial Times*, « la discussione offre una rara opportunità per guardare all'interno dei meccanismi del programma [di remunerazione dei *whistleblowers*], che è avvolto nel segreto »; le richieste di commenti, dirette dai giornalisti a SEC e Deutsche Bank, sono state malauguratamente rigettate (nel caso della SEC per ragioni di confidenzialità). A volte il silenzio potrebbe avere più significato delle parole.

7. Voltando pagina e guardando per un momento a casa nostra, il d.lg. 12 maggio 2015, n. 72 ha introdotto gli artt. 52-*bis* e 52-*ter* nel d.lg. 1 settembre 1993, n. 385 (testo unico delle leggi bancarie o “T.U.B.”) e gli artt. 8-*bis* e 8-*ter* del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (testo unico dell’intermediazione finanziaria o “T.U.F.”) <sup>(12)</sup>. Queste disposizioni danno attuazione alla Direttiva 2013/36/UE (“CRDIV”) che, all’art. 71, prevede che gli Stati membri assicurino che le autorità competenti mettano in atto meccanismi efficaci e affidabili per incoraggiare la segnalazione alle autorità stesse di violazioni potenziali o effettive delle disposizioni nazionali di recepimento della direttiva e del regolamento (UE) n. 575/2013. È previsto che, come minimo, tali meccanismi debbano:

peraltro, è stata anche in passato al centro di polemiche per essere moglie di un avvocato che svolge la sua attività con la Commissione per conto di una grande *firm*: nei casi opportuni ella ovviamente si astiene.

<sup>(12)</sup> Un buon commento di taglio pratico è quello di M. FUMAGALLI-D. DI MAIO, *Whistleblowing: discipline e concrete applicazioni nella prassi operativa delle banche*, in *diritto.bancario.it*, novembre 2015. Accanto alla disciplina del T.U.B. e del T.U.F., per vicinanza di argomento, va ricordata la disciplina pubblicistica del *whistleblowing* che si è avuta con l’introduzione dell’art. 54-*bis* nel Testo Unico del Pubblico Impiego ad opera dell’art. 1, comma 51, della legge 6 novembre 2012, n. 190, recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione” e più nota come “legge anticorruzione” (“Legge Severino”). Su questo tema sono interessanti, anche per noi, i dati forniti alla stampa dall’Autorità Nazionale Anticorruzione-ANAC in un incontro del 22 giugno 2016 e pubblicati nel sito dell’ANAC: la valutazione generale del Presidente Raffaele Cantone (« rimane il fatto che le aspettative del legislatore del 2012 sono andate deluse: l’accoglienza che ha ricevuto il *whistleblowing* nell’ordinamento italiano non è certamente esaltante. Complessivamente, i pubblici dipendenti non avvertono il suo utilizzo come strumento di prevenzione della corruzione, non vogliono creare problemi ai colleghi che potrebbero essere coinvolti in affari illeciti, sono diffidenti sulla possibilità che il sistema possa garantire loro veramente una tutela, ritenendo che per poter funzionare e creare un clima “favorevole” alle segnalazioni ci sia bisogno di assicurare sempre l’anonimato al segnalante ») è confermata da altri esperti che, sulla base di un ricco panorama di esperienze estere, sottolineano la necessità di dare maggiore impulso allo strumento, suggerendo varie misure di sostegno (ma non di incentivazione economica) ai pubblici funzionari e cittadini che denuncino comportamenti illeciti delle pubbliche amministrazioni.

a) garantire la protezione adeguata dei dipendenti degli enti che segnalano violazioni commesse all'interno dell'ente almeno riguardo a ritorsioni, discriminazioni o altri tipi di trattamento iniquo;

b) garantire la protezione dei dati personali concernenti sia la persona che segnala le violazioni sia la persona fisica sospettata di essere responsabile della violazione;

c) assicurare che i dipendenti possano segnalare le violazioni a livello interno avvalendosi di un canale specifico, indipendente e autonomo.

Le disposizioni introdotte nel T.U.B. e nel T.U.F., oltre a regolare, in linea di principio, la ricezione di denunce da parte delle autorità di vigilanza competenti secondo le diverse materie, impongono alle banche e agli altri intermediari finanziari di dotarsi di specifiche procedure per la segnalazione da parte del proprio personale di atti o fatti che possano rappresentare una violazione delle norme sull'attività bancaria (nel caso del T.U.B.) o finanziaria (nel caso del T.U.F.) idonee, in ogni caso, a garantire l'anonimato (entro certi limiti) e la protezione del segnalante contro comportamenti ritorsivi. Manca del tutto la previsione della concessione di premi ai denunciati (che di per sé non risulta esclusa dalla direttiva).

La legge stabilisce che Banca d'Italia e Consob adottino regolamenti attuativi: nel caso delle disposizioni del T.U.B., è competente in particolare la Banca d'Italia, che ha provveduto introducendo — nella Parte Prima, Titolo IV della Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 — il Capitolo 3 (sistema dei controlli interni), di cui va letta la sezione VIII ("sistemi interni di segnalazione delle violazioni"). Invece non è stato ancora emanato il provvedimento congiunto di Consob e Banca d'Italia recante la disciplina attuativa del T.U.F.

La circolare della Banca d'Italia stabilisce che debba essere assicurato che il soggetto preposto alla ricezione, all'esame e alla valutazione della segnalazione non sia gerarchicamente o funzionalmente subordinato all'eventuale soggetto segnalato, non sia esso stesso il presunto responsabile della violazione e non abbia un potenziale interesse correlato alla segnalazione tale da comprometterne l'imparzialità e l'indipendenza di giudizio. I soggetti preposti alla ricezione, all'esame e alla valutazione delle segnalazioni non partecipano all'adozione degli eventuali provvedimenti decisionali, che sono rimessi alle funzioni o agli organi aziendali competenti. Le banche nominano un « responsabile dei sistemi interni di segnalazione » il quale assicura il corretto svolgimento del procedimento e riferisce direttamente e senza indugio agli organi aziendali le informazioni oggetto di segnalazione, ove rilevanti. È consentita l'esternalizzazione delle attività di ricezione, esame e valutazione delle segnalazioni.

La circolare inoltre indica quali siano i contenuti minimi dei sistemi interni di segnalazione. In special modo la circolare si sofferma sulla garanzia

dell'anonimato (su cui si è concentrata anche l'attenzione dei pratici) <sup>(13)</sup> e sul divieto di ritorsioni, la cui insufficienza è tuttavia resa palese proprio dall'enfasi sull'anonimato. Le ulteriori disposizioni di dettaglio fanno pensare che, nel complesso, la disciplina non sia particolarmente idonea a favorire lo sviluppo della prassi del *whistleblowing*. Un qualche (sia pur modesto) rilievo, nel senso di trattenere i potenziali denunciatori, può avere la necessità di indicare nei sistemi interni di segnalazione, quali siano « gli atti o i fatti che possono essere oggetto di segnalazione »: pur essendo evidente lo scopo “paternalistico” della disposizione (permettere al potenziale *whistleblower* di sapere con relativa precisione quando può farsi avanti), essa può avere anche un non voluto effetto intimidatorio, in parte perché suona come un invito a non denunciare violazioni, magari gravi, non rientranti nell'elenco e soprattutto perché l'informatore, quando dubiti se l'informazione in suo possesso rientri o no tra quelle previste, può essere intimidito dal rischio — in caso contrario — di non esser protetto contro le ritorsioni, ai sensi della normativa, e si astenga dunque dall'attivare il meccanismo. Comprensibile, ma non richiesta dalla direttiva e potenzialmente in grado di far decrescere il numero delle denunce, è anche la disposizione per cui deve essere previsto « l'obbligo per il soggetto segnalante di dichiarare se ha un interesse privato collegato alla segnalazione »: infatti, a parte la difficoltà psicologica di ammettere un proprio conflitto di interessi nel momento in cui si denuncia il proprio datore di lavoro o un collega, la rivelazione del conflitto potrebbe facilitare l'identificazione del segnalante, in frontale contraddizione con la tutela dell'anonimato. Utile per incoraggiare le denunce, ma non altrettanto utile quanto lo sarebbe un sistema di premi come quello previsto nella legge federale degli Stati Uniti d'America, è che i sistemi interni debbano stabilire, « nel caso in cui il segnalante sia corresponsabile delle violazioni, un trattamento privilegiato per quest'ultimo rispetto agli altri corresponsabili, compatibilmente con la disciplina applicabile »: purtroppo una simile espressa previsione riguarda evidentemente le sanzioni disciplinari (le uniche di cui possa « disporre » il « sistema interno di segnalazione »), ma lascia intatte le sanzioni civili e penali eventualmente applicabili all'informatore. Nella prospettiva della filosofia *utilitarian*, vi è da temere che gli incentivi a superare l'attrito che ostacola la denuncia da parte di un dipendente non siano sufficienti <sup>(14)</sup>.

8. Anche il commento all'art. 7 del Codice di autodisciplina di Borsa italiana contiene un accenno al nostro tema, in questi termini: « il Comitato

<sup>(13)</sup> Vedi M. FUMAGALLI-D. DI MAIO (nt. 12).

<sup>(14)</sup> M.I. STEINBERG, *Governance, Risk Management and Compliance*, Hoboken, 2011, 50, riferisce che secondo fonti della SEC (febbraio 2011) prima del Dood-Frank Act (che istituisce i premi) la commissione riceveva circa 24 denunce l'anno in media; dopo l'introduzione degli incentivi, il numero delle denunce ricevute sarebbe cresciuto a circa 550.

ritiene che, almeno nelle società emittenti appartenenti all'indice FTSE-MIB, un adeguato sistema di controllo interno e di gestione dei rischi debba essere dotato di un sistema interno di segnalazione da parte dei dipendenti di eventuali irregolarità o violazioni della normativa applicabile e delle procedure interne (c.d. sistemi di *whistleblowing*) in linea con le *best practices* esistenti in ambito nazionale e internazionale, che garantiscano un canale informativo specifico e riservato nonché l'anonimato del segnalante ». Come si vede, nemmeno qui si prevede che debbano essere introdotti meccanismi incentivanti, ma solo che debbano essere evitate persecuzioni, anche se non si esclude che gli incentivi possano essere adottati su base volontaria. In alcuni casi, del resto, sono state previste misure di sollievo per i segnalanti <sup>(15)</sup>.

Nel complesso, anche in Italia, come per la verità nella maggioranza degli altri Stati <sup>(16)</sup>, non sembra aver grande presa l'idea di premiare i *whistleblower* e di incentivarli economicamente <sup>(17)</sup>. Credo però che il solo rigorismo sia irrealistico e inefficiente, vale a dire che non si ottenga molto con soltanto minacciando gravi sanzioni per chi discrimina gli informatori o li maltratta e si vendica di loro, né incrementando le garanzie di anonimato: quanto meno i costi e le difficoltà di queste soluzioni mi sembrano maggiori di quelli che deriverebbero dall'incentivare economicamente i denunciatori o, meglio ancora, da una intelligente combinazione di diverse soluzioni.

Mi permetto di avanzare allora una modesta proposta, vale a dire che, almeno come espressione di autodisciplina, siano le stesse società a svolgere azioni positive a favore di alcuni informatori, mettendone il costo in linea di principio a carico degli autori delle irregolarità. La presenza di questi meccanismi potrebbe giovare alla società non solo sul piano dell'immagine esterna, ma anche in funzione di prevenzione della commissione di illeciti al proprio interno. Sarebbe auspicabile anche che di ciò si tenesse conto nella determinazione delle sanzioni, quando applicabili.

<sup>(15)</sup> Per esempio, nella Global Policy sul *whistleblowing* di Unicredit (vers. 2013), si legge che « Il Segnalante ha il diritto di chiedere il trasferimento in altro ufficio e, laddove necessario, l'assistenza psicologica indipendente in caso di stress derivante dalla Segnalazione. Il Gruppo garantisce, laddove ragionevolmente possibile, il soddisfacimento di dette richieste ».

<sup>(16)</sup> La *2014 OECD Survey on managing conflict of interest in the executive branch and whistleblower protection* (che è peraltro incentrato sulla corruzione e sugli illeciti contro la Pubblica Amministrazione) informa che misure di incentivazione esistono nel 30% degli Stati oggetto dell'indagine.

<sup>(17)</sup> Nei materiali pubblicati dall'ANAC il 22 giugno 2016 (riguardo al *whistleblowing* nel settore pubblico) vi è una relazione di Valli sul già ricordato rapporto dell'OCSE (del 2014), nella quale, a proposito degli incentivi economici agli informatori, si legge: « Anche qui non mancano le obiezioni. Si ritiene, da parte di molti, che le denunce debbano essere motivate esclusivamente dal senso civico del segnalante e dal pubblico interesse perseguito. Si aggiunge anche che gli incentivi finanziari confliggerebbero con quella che dovrebbe essere la motivazione primaria del segnalante, ossia il bene pubblico ».