

**RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI:
PROBLEMATICHE E PROSPETTIVE
DI RIFORMA A VENTI ANNI
DAL D. LGS. 231/2001**

2021 / 1-BIS

Per chi suona il fischietto? Qualche nota sul c.d. paradosso del *whistleblowing* tra «autore» e «osservatore» in "ambito 231".

di Marco Alessandro Bartolucci

di Marco Alessandro Bartolucci

Abstract

Il presente lavoro intende analizzare l'effetto dell'introduzione dell'istituto del c.d. *whistleblowing* nel corpo del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Anzitutto, la ricerca analizza i dati derivanti dall'esperienza eurounitaria e comparata. In secondo luogo, il lavoro muove dall'ormai classico contributo criminologico di Sutherland, secondo cui i comportamenti devianti in ambito economico sono caratterizzati da altissimi valori di serialità e diffusività, a cui segue – logicamente – una bassissima propensione alla denuncia.

All'esito di tale rassegna, si giunge alla conclusione che la criminalità d'impresa presenta più di una similitudine con il crimine organizzato e che l'osservatore presente sulla scena del crimine diviene il principale vettore di emersione dell'illecito.

A questo punto, sviluppando il paradigma sociologico elluliano della c.d. pre-propaganda, i modelli comportamentali para-replicanti così come emergono nel c.d. test di Milgram (modello autoritativo) e il sostrato criminologico ed economico-comportamentale, vengono valorizzati gli aspetti virtuosi del *whistleblower* in astratto.

This paper aims to analyze the effect of the introduction of the whistleblowing institute in the Legislative Decree no. 231 of June 8, 2001.

First of all, the research analyzes data derived from EU and comparative experience. Secondly, this work draws on the classic criminological approach of Sutherland, according to which deviant behaviors in the economic sphere are characterized by very high values of seriality and diffusivity, followed – logically – by a very low propensity to denounce.

Based on this analysis it is concluded that business crime has multiple similarities with organized crime and that the observer on the scene of the crime becomes the main vector for the disclosure of wrongdoing. Lastly, by developing the ellulian sociological paradigm of the pre-propaganda, the para-replicating behavioral models – as they emerge in the Milgram test (authoritative model) – and the criminological and economic-behavioral substrate, the virtuous aspects of the whistleblower are emphasized.

Sommario

1. Premessa e sviluppo della ricerca. - **2.** Il modello positivo eurounitario e comparato. Alla ricerca di una definizione “comune” di *whistleblower*. Cenni. - **3.** *Whistleblowing* e impresa economica, ovvero la “delazione” nel contesto “non intrinsecamente illecito”. - **3.1.** Il reato del colletto bianco è un crimine organizzato. - **3.2.** I soggetti sulla scena del crimine (organizzato) e le fonti della notizia di reato. - **3.2.1.** La non-fonte: l'autore. - **3.2.2.** La fonte esaurita: la persona offesa/vittima - **3.2.3.** La fonte scarsa: le agenzie del controllo formale. - **3.2.4.** La (unica) fonte dalla quale attingere: l'osservatore della scena del crimine. - **4.** *Identikit* del *whistleblower*. - **4.1.** Il profilo sociologico. Il modello elluliano. - **4.2.** Il profilo psicologico. L'esperimento di Milgram. - **4.3.** Il profilo economico. L'equilibrio di Nash. - **5.** Poscritto.

1. Premessa e sviluppo della ricerca

Con l'introduzione – a opera della l. 30 novembre 2017, n. 179 – dei commi 2-bis, 2-ter e 2-quater

all'interno dell'art. 6 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, il legislatore ha esteso in ambito societario-privatistico l'istituto e la disciplina del c.d. *whistleblowing*, già presente nell'ordinamento nazionale con la

promulgazione della l. 6 novembre 2012, n. 190 in ambito esclusivamente pubblico-economico¹. Si tratta di una scelta politico-legislativa in armonia con il *mood* comparato e che ora ha, peraltro, “copertura” eurounitaria con la Direttiva (UE) 2019/1937 del 23 ottobre 2019².

Il presente contributo si pone l’obiettivo anzitutto di analizzare il diritto positivo eurounitario e comparato, al fine di individuare il modello in astratto di *whistleblowing*, il relativo campo di applicazione e le sue principali caratteristiche, con alcuni cenni in relazione alla legislazione romena, irlandese, francese e slovena (cfr., *infra*, par. 2).

In secondo luogo, sulla scorta del condiviso insegnamento secondo cui l’approfondimento criminologico rappresenti il «*ponte tra il mondo astratto e statico del reato-concetto ed il mondo concreto e dinamico del reato-fenomeno*»³, il lavoro si interrogherà sugli aspetti peculiari che hanno condotto il legislatore ad «*aprire gli occhi sul fenomeno delle condotte criminose che trovano nell’impresa collettiva la propria origine unitaria e il centro ispiratore*»⁴: in estrema sintesi, si proverà a valutare l’effettività dell’istituto del *whistleblowing* all’interno dell’impresa economica⁵ (cfr. *infra*, par. 3).

Infine, il lavoro risalirà *in apicibus* alla ricerca della radice comune dell’esperienza sociologica ed economico-comportamentale. Anzitutto, verrà analizzato il c.d. *paradosso del whistleblowing*⁶: coloro i quali hanno meno incentivi a “soffiare il fischiello” (*i.e.*, i dipendenti) sono i soggetti più attivi ed elastici; viceversa, i soggetti che hanno i maggiori incentivi ad agire (*i.e.*, gli apicali) intervengono molto raramente e in modo anelastico. Secondariamente, la ricerca proverà a individuare *a quali condizioni* l’osservatore del reato sia *portato o meno* a “soffiare nel fischiello” (cfr., *infra*, par. 4).

2. Il modello positivo eurounitario e comparato. Alla ricerca di una definizione “comune” di whistleblower. Cenni

Il minimo comun denominatore modellato dalla Direttiva (UE) 2019/1937 definisce *whistleblower* una persona che rende informazioni su violazioni di cui è venuto a conoscenza nell’ambito di attività lavorative⁷; la direttiva fornisce inoltre una protezione per i soggetti che realizzano – in circostanze specifiche⁸ – una divulgazione pubblica di tali violazioni⁹.

È opportuno osservare che non tutti gli stati membri hanno recepito la definizione indicata dalla direttiva. Con riferimento ai paesi continentali ordinamentalmente più “simili” all’Italia¹⁰, le uniche

due nazioni che dispongono di una legge nazionale che disciplina in modo organico il *whistleblowing* sono la Romania e la Repubblica d’Irlanda: il paese balcanico veste la maglia rosa, per usare una metafora ciclistica, poiché la sua legislazione risale addirittura al 2004, mentre il legislatore della seconda isola britannica è intervenuto nel 2017¹¹. A metà strada, invece, si pone la Francia, poiché – sebbene non abbia una legge il cui scopo esclusivo sia quello di proteggere i *whistleblower* – la l. 9 dicembre 2016, n. 1691 (c.d. *loi Sapin 2*), include uno statuto generale in relazione alla disciplina dei “segnalatori” nel settore pubblico e privato.

Principiando dal modello romeno, che si assume come pionieristico in materia, esso tutela il *whistleblower* a condizione che il medesimo sia soggetto del tutto estraneo al reato¹².

In secondo luogo, è previsto un *numerus clausus* di “reati presupposto” per il quale può attivarsi la disciplina di protezione; inoltre, nel settore privato non vi è alcun obbligo (*a contrario*, non vi è alcuna responsabilità – nemmeno disciplinare – nell’omissione penalmente irrilevante della “soffiata”) e il destinatario dell’informazione può essere il superiore gerarchico del soggetto che ha commesso il reato presupposto¹³.

Dal punto di vista della riservatezza, infine, essa è garantita a due condizioni: (*i.*) se la persona coinvolta è il superiore gerarchico o comunque ha responsabilità di controllo, ispezione e valutazione sull’informatore e (*ii.*) se il reato presupposto concerne fatti di corruzione o che riguardano la tutela penale degli interessi finanziari¹⁴.

Per quanto attiene, invece, al modello irlandese, anche in questo caso è il legislatore a definire per quali *offences* (tipicamente delitti di infedeltà contro la collettività, come gli abusi finanziari e le corruzioni) si può attivare la protezione del *whistleblower*¹⁵.

Vi è una presunzione di “verità” di quanto affermato dal soffiatore, che resiste fino al vaglio processuale e trova protezione *equivalente* sia nel settore pubblico che in quello privato¹⁶. Inoltre, è possibile definire il sistema di *reporting* irlandese “multilivello”: fatte salve alcune particolari circostanze, tendenzialmente collegate ai gravi fatti di corruzione, il *whistleblower* deve anzitutto divulgare le informazioni all’interno dell’ente coinvolto e, solo a condizione che ciò risulti impossibile, inopportuno ovvero inefficace, può ricorrere al canale esterno; inoltre, la protezione dell’identità dell’informatore non si applica se la divulgazione è richiesta dalla legge o è essenziale per l’indagine o per prevenire reati, pericoli per la sicurezza pubblica, la salute pubblica o l’ambiente¹⁷.

Con riferimento alle possibili ritorsioni, non sono applicabili le sanzioni giuslavoristiche al soffiatore: il giudice, infatti, può ordinare la reintegrazione di qualsiasi persona che sia stata licenziata, che non abbia ottenuto il rinnovo o che sia stata ricollocata in violazione delle disposizioni di legge che vietano misure di ritorsione; nel settore pubblico, i *whistleblower* hanno il diritto di chiedere il risarcimento dei danni causati illegalmente se sono stati oggetto di misure di ritorsione a seguito della segnalazione¹⁸.

Muovendo ora la lente d'analisi sul modello francese, la principale differenza, che peraltro connota la Francia come *unicum* nei brevi cenni comparati qui esposti, riguarda il *movente* del *whistleblower*: non è sufficiente che egli non sia concorrente nel reato, ma egli deve agire in modo disinteressato, senza che sia immediatamente individuabile un vantaggio – economico ovvero “di posizione” – derivante dalla “soffiata”¹⁹.

Per il resto, il sistema francese presenta molti punti di contatto con il modello irlandese: anche oltralpe, infatti, il *whistleblowing* si applica sia all'impresa pubblica che a quella privata, presenta un sistema di *reporting* a più livelli, trova un sistema di protezione giuslavoristica improntato alla massima garanzia nei confronti delle ritorsioni aziendali e prevede l'inversione dell'onere della prova nei procedimenti giurisdizionali ovvero disciplinari, a condizione che l'informatore dimostri di aver segnalato o aver reso pubblica una dichiarazione e di aver subito un danno. In tal modo si presume che l'effetto pregiudizievole sofferto sia stato il risultato di una ritorsione per la segnalazione stessa, mentre la persona che ha posto in essere la misura pregiudizievole avrà l'onere di dimostrare che la stessa è stata applicata per motivi estranei alla segnalazione²⁰.

Infine, quale ultimo paese oggetto della presente breve rassegna, resta da analizzare il modello sloveno, per alcune peculiarità che lo contraddistinguono. La Repubblica *ex jugoslava*, infatti, prevede l'istituto del *whistleblowing* solo in relazione alle fattispecie di corruzione pubblica, tuttavia con un ambito di protezione molto ampio: esso, infatti, si estende alle aziende pubbliche, all'amministrazione statale nonché alle aziende private²¹.

Anche in questo caso, i flussi di comunicazione sono gestiti attraverso un *report* multilivello, ma applicabile solo ai funzionari pubblici: essi hanno la possibilità di segnalare un comportamento infedele al loro superiore o al responsabile; se non vi è una persona responsabile ovvero se questa non risponde alla segnalazione (che può essere sia per inerzia, ma anche per potenziale responsabilità

penale rispetto al comportamento oggetto della “soffiata”), essa rientra nelle competenze di un'apposita commissione²².

Infine, nel modello sloveno l'identità dell'informatore è secretata, a eccezione dell'ipotesi in cui la stessa sia necessaria per salvaguardare il diritto dell'imputato a un processo equo e se la divulgazione non ponga in pericolo l'informatore o la sua famiglia²³.

Alla stregua del nostro paese, in ambito giuslavoristico sono previste sanzioni pecuniarie nei confronti di coloro i quali abbiano adottato misure di ritorsione nei confronti degli informatori²⁴.

All'esito della breve rassegna appena svolta è, dunque, possibile affermare che, pur nelle *nuance* che caratterizzano i singoli ordinamenti, la disciplina italiana del *whistleblowing* si può sovrapporre negli elementi di maggiore pregnanza al modello positivo eurounitario e comparato.

Raggiunto questo primo obiettivo, è ora necessario analizzare l'istituto nel suo *humus*, al fine di valutarne l'ambientamento e le eventuali “crisi di rigetto”.

3. Whistleblowing e impresa economica, ovvero la “delazione” nel contesto “non intrinsecamente illecito”

Nella penalistica italiana è storicamente noto come alcuni istituti che “privatizzano” porzioni della penalità dal monopolio delle agenzie del controllo formale abbiano portato significative emersioni di fenomeni criminali fino a quel momento mai raggiunte, segnatamente nelle ipotesi criminologiche delle associazioni a delinquere di stampo mafioso e delle associazioni terroristiche²⁵. Tuttavia, i fenomeni appena citati si caratterizzano per un'intrinseca illiceità *ab origine*.

È, viceversa, conquista relativamente recente e comunque oggetto di un vivace dibattito in Italia la possibilità di *equiparare* la criminalità organizzata *tout court* con il tema oggetto di analisi: i reati dei colletti bianchi²⁶.

Sul punto è necessario un breve approfondimento in relazione, dapprima, al *tipo* di fenomeno criminale osservato (cfr., *infra*, par. 3.1.) e, in secondo luogo, alle variabili relative all'emersione/osservazione empirica di tale fenomeno (cfr., *infra*, par. 3.2).

3.1. Il reato del colletto bianco è un crimine organizzato

Con riferimento segnatamente al *tipo* di fenomeno criminale, il soggetto *insider* dell'impresa

nell'ambito della quale si perpetrano illeciti parrebbe soddisfare *perfettamente* le seguenti caratteristiche:

1. *apprendimento*, vale a dire la trasmissione di una cultura orientata all'illegalismo tra i funzionari che nel tempo si succedono nella posizione;
2. *neutralizzazione*, cioè capacità di rielaborare la propria condotta deviante attraverso un'auto-legittimazione (*rectius*, 'auto-assoluzione'), che lo porta a sviluppare (soggettivamente) un atteggiamento e (oggettivamente) un *clima di impunità*, a sua volta fomentato da un'elevatissima "cifra nera"²⁷;
3. *espressività 'differenziale'* (cioè tipica di una c.d. "associazione differenziale", appunto espressiva di valori e forme di comportamento *sotto-culturali*), secondo il noto paradigma mertoniano di *anomia per eccesso di regole* («burocratizzazione»)²⁸.

Approfondendo ancor più l'analisi, il percorso del c.d. *processo differenziale* è scandito dai nove passaggi individuati dal modello sutherlandiano di "criminale dal colletto bianco"²⁹: (1.) il comportamento criminale è un comportamento appreso; (2.) il comportamento criminale è appreso attraverso il contatto con altre persone per mezzo di un processo di comunicazione; (3.) il comportamento criminale è appreso fondamentalmente nell'ambito di gruppi caratterizzati da stretti rapporti interpersonali; (4.) quando si apprende un comportamento criminale si apprendono anche le tecniche di realizzazione del crimine e uno specifico orientamento di motivi, impulsi, razionalizzazione e atteggiamenti; (5.) lo specifico orientamento dei motivi e impulsi è appreso dalle definizioni, favorevoli o sfavorevoli, relative all'ordinamento giuridico; (6.) si diventa delinquenti a causa della prevalenza delle definizioni favorevoli alla violazione della legge rispetto a quelle sfavorevoli; (7.) le associazioni differenziali possono presentare specifiche caratteristiche di frequenza, durata, priorità e intensità; (8.) nel processo di apprendimento del comportamento criminale attraverso l'associazione con modelli criminali e anticriminali sono presenti tutti i meccanismi propri di qualsiasi altro tipo di apprendimento; (9.) il comportamento criminale, ancorché espressione di bisogni e valori generali, non è spiegabile sulla base di questi, dal momento che anche il comportamento non criminale è espressione dei medesimi bisogni e valori³⁰.

All'esito, dunque, del breve approfondimento appena condotto, è possibile affermare che l'*autore* osservato si atteggia alla stregua del "criminale associato"³¹.

Si tratta, a ben vedere, di un *idealtipo*

comportamentale orientato al c.d. paradigma tradizionale weberiano³². È un tipo di agire sociale determinato da un'abitudine acquisita; in particolare, un atteggiamento rigorosamente tradizionale che si pone in antinomia con l'agire basato sul *sensus commune*, dal momento che il comportamento appreso nel passato viene riproposto nel presente attraverso un meccanismo quasi automatico, privo di variabili sopravvenute. La peculiarità di questo modello comportamentale è che la razionalità tradizionale è connotata da due macrocaratteri:

1. rappresenta un *sistema chiuso* di modelli d'azione, impermeabile, per il suo risalente consolidamento, a condizioni innovative che provengono dall'esterno;
2. è, per così dire, storicizzata e, quindi, si sottrae *per se* al contingente e a ogni forma di aggiornamento-adattamento che questo esige³³.

3.2. I soggetti sulla scena del crimine (organizzato) e le fonti della notizia di reato

Giunti a tale conclusione intermedia, è ora necessario indagare le variabili empiriche relative all'*emersione dell'illecito*. Infatti, è stato osservato che la scarsa propensione alla denuncia che storicamente caratterizza i reati dei colletti bianchi – e che si traduce, sul versante criminologico, nelle note difficoltà di misurazione del fenomeno – deriva dal fatto che essi, nell'accezione intesa nel presente lavoro, sono da considerarsi reati «a vittima muta»³⁴.

In questa categoria di illeciti, perlopiù trascurati dalla manualistica tradizionale, manca, per diverse ragioni, un soggetto *disposto a portare il reato a conoscenza dell'autorità*³⁵.

È ora necessario diversificare la ricerca, al fine di poter valorizzare le singole caratteristiche dei soggetti presenti sulla scena del crimine.

3.2.1. La non-fonte: l'autore

Intuitivamente, l'autore raramente può essere considerato una fonte di emersione dell'illecito e, dal punto di vista diacronico, solo nella c.d. criminalità orientata in senso assiologico si possono registrare ipotesi in controtendenza³⁶.

Riassumendo, in estrema sintesi, le motivazioni a sostegno dell'inelasticità dell'autore in relazione all'emersione dell'illecito, è possibile affermare che ciò risieda nel carattere di (a) *serialità* e (b) *diffusività* dei reati d'impresa:

- a) il soggetto infedele, tendenzialmente, ripeterà lo stesso comportamento infinite volte;
- b) i soggetti non infedeli, ma comunque presenti sulla scena del crimine, apprenderanno

progressivamente il comportamento infedele. In definitiva, le variabili di emersione del fenomeno vanno indagate altrove.

3.2.2. La fonte esaurita: la persona offesa/vittima.

Classicamente, la persona offesa/vittima è un volano di emersione della criminalità reale³⁷. Tuttavia, negli illeciti collegati all'attività economica o d'impresa, si assiste a un'espansione lesiva – per così dire – “ritardata”: la vittimizzazione individuale avviene progressivamente e le vittime danneggiate dai comportamenti economicamente infedeli tardano a percepirne l'azione e, di conseguenza, il danno.

Com'è stato osservato, la rappresentazione della criminalità economico-amministrativa si presenta scissa in due versioni: generalmente le notizie si connotano per un alto grado di tolleranza nei confronti di questi atti, avvertiti per lo più alla stregua di ‘peccati veniali’ (di *Kavaliersdelikte*) e la cui persecuzione non trova efficace riscontro e condivisione nella coscienza sociale anche per l'alto tasso di tecnicismo che li contraddistingue. L'impostazione indulgenziale scema del tutto quando questi reati assumono vaste proporzioni, ossia quando coinvolgono numerose vittime, ovvero quando il dissesto economico assume le dimensioni del disastro³⁸.

Ma, a questo punto, è *troppo tardi* e l'emersione del fenomeno criminale ha già raggiunto la sua acme offensiva. Pertanto, anche la vittima/persona offesa non può essere considerata una valida fonte per il controllo empirico degli illeciti.

3.2.3. La fonte scarsa: le agenzie del controllo formale

In un settore “limitrofo” a quello indagato in questa sede (quello degli illeciti nell'ambito della pubblica amministrazione) è stato dimostrato come, a parità di condizioni, le agenzie del controllo formale – e, con particolare riferimento al sistema italiano, i magistrati del pubblico ministero – fossero le principali variabili di emersione del fenomeno criminale³⁹.

Tuttavia, *in subjecta materia*, con riferimento alla realtà statunitense, è stato dimostrato che nella scoperta delle infedeltà d'impresa le agenzie del controllo formale incidono in misura poco o per nulla rilevante: «solo il 5,8% delle scoperte viene ricondotto alle istituzioni che hanno il compito non solo di denunciare le frodi di cui vengano a conoscenza, ma anche di ricercarle, come è il caso della SEC (...). I fallimenti di governance interna di altri paesi non possono trovare una facile soluzione attraverso l'introduzione di istituti americani quali

*la class action o la SEC (che insieme compongono solo l'8,4% dei casi che vengono scoperti da soggetti esterni)*⁴⁰.

Sulla scorta di tali considerazioni, è necessario espungere anche le agenzie del controllo formale dalle variabili empiriche di emersione della criminalità d'impresa.

3.2.4. La (unica) fonte dalla quale attingere: l'osservatore della scena del crimine

A questo punto, si ritiene di aver dimostrato come l'unico soggetto che può svolgere una variabile in relazione all'emersione della criminalità d'impresa (ovvero, a questo punto, nell'impresa) sia l'osservatore della scena del crimine: da qui, l'importanza di un'approfondita analisi dell'istituto del *whistleblowing*.

L'*humus* illecito nel quale si sviluppano i comportamenti devianti oggetto d'analisi, pur non essendo un contesto *intrinsecamente illecito*, può comunque dar luogo al fenomeno del c.d. ‘contagio criminale’⁴¹: i comportamenti devianti sono per loro stessa indole un fattore di diffusione e auto-replicazione, oltre che di ulteriore occultamento, comportando una vicendevole stimolazione della domanda e dell'offerta illecita (per l'appunto, *contagio*), con l'esito di un'uscita degli ‘anticorpi’ dal sistema⁴².

In tempi di pandemia come gli attuali, la metafora è quasi automatica: il contagio, una volta sviluppato su scala nazionale, può porre in pericolo lo stesso «*presupposto della convivenza*»⁴³ all'interno di una società, poiché il singolo soggetto non percepisce il disvalore della propria condotta.

Si parva licet, siamo di fronte alla ‘banalità del male’⁴⁴ già osservata nella filosofia contemporanea: «*la parcellizzazione dei compiti, la divisione degli incarichi tra i diversi uffici, tutto concorre affinché nessuno si senta responsabile dei fatti o degli atti commessi, ma semmai solo di un timbro, di un piccolo passaggio di carte da un ufficio all'altro*»⁴⁵.

Non è un caso che in un recentissimo lavoro è stato osservato che il vero aspetto problematico, discutendo di *whistleblowing* nel contesto d'impresa, era e rimane quello della effettività di tale strumento di controllo⁴⁶: il dato empirico restituisce, infatti, l'assenza o comunque la sporadicità delle segnalazioni, anche in quei contesti di società di grandi dimensioni, in cui il sistema organizzativo appare molto strutturato ed elevato è l'investimento societario nella implementazione dei meccanismi di *compliance*. Dall'esperienza operativa finora maturata, pur in assenza di un completo studio empirico, l'impressione è che il “sistema 231” abbia giocato un ruolo più reattivo che preventivo rispetto alla commissione di fatti illeciti⁴⁷. A tale scarsità di

risultati si aggiunge il paradosso del *whistleblowing* osservato nella letteratura statunitense, vale a dire la proporzionalità inversa tra segnalazioni e ruoli “di prestigio” all’interno della società⁴⁸.

4. Identikit del *whistleblower*

La ricerca approda ora al momento di proposizione del modello ideale di *whistleblower*. Sulla scorta delle argomentazioni spese finora, affinché l’istituto possa svolgere un ruolo proattivo nell’ambito del controllo dell’illiceità del colletto bianco, esso non può prescindere da tre caratteristiche di profilazione: un profilo sociologico, un profilo psicologico e un profilo economico.

4.1. Il profilo sociologico. Il modello elluliano

Dal punto di vista sociologico, al fine di spiegare il paradosso del *whistleblowing* è necessario ripartire *ab origine* dagli studi sulla propaganda, che poi altro non è il *genus* politico della *species* dell’apprendimento differenziale criminologico.

In particolare, ripercorrendo una delle tesi centrali delle ricerche di Jacques Ellul⁴⁹, secondo cui la moderna propaganda non può funzionare senza “istruzione”, il *whistleblower* non può essere un soggetto iperinserito all’interno dell’oligarchia aziendale.

Il sociologo francese, infatti, ribaltava la nozione prevalente – invero un po’ apodittica – secondo cui l’istruzione sarebbe la migliore profilassi contro la propaganda. Al contrario, Ellul sostiene che l’istruzione, o comunque ciò che è comunemente designato con questo termine nel mondo moderno, può divenire uno dei prerequisiti della propaganda. In particolare, il concetto di istruzione nella società contemporanea presenta caratteristiche simili alla c.d. “pre-propaganda”: la formazione delle menti passa attraverso l’immissione di grandi quantità di informazioni “precostituite” da *lobby* di controllo (più o meno grandi), veicolante lungo messaggi positivi⁵⁰. Secondo questo modello, i soggetti iperinseriti socialmente e culturalmente rappresentano – a determinate condizioni – la categoria *più vulnerabile* alla propaganda moderna, per almeno tre ordini di ragioni:

1. assorbono, per il loro ufficio specializzato o per la loro posizione sociale, una grandissima quantità di informazioni non personalmente verificabili;
2. sentono il bisogno impellente di esprimere un’opinione su qualsiasi importante questione di attualità e, pertanto, soccombono facilmente alle opinioni offerte loro dalla propaganda su informazioni che non sono in grado di verificare;
3. si considerano in grado, alla luce della loro

posizione sociale o economica, di “giudicare per conto proprio”⁵¹.

Pertanto, un *whistleblower* efficace deve necessariamente connotarsi per una componente di alterità rispetto al gruppo dirigente o dominante. Egli deve assumere le caratteristiche dell’*outsider* rispetto ai vertici aziendali e solo il quel modo può sviluppare le caratteristiche di “controllore” rispetto al comportamento dell’“autore”.

4.2. Il profilo psicologico. L’esperimento di Milgram

Un secondo elemento di caratterizzazione, in parte collegato all’aspetto sociologico appena osservato, riguarda il profilo psicologico tipico dei sistemi gerarchici, nei quali rientrano le imprese economiche⁵².

In ambito psicologico, il c.d. esperimento o test di Milgram ha contribuito a dimostrare come a determinate condizioni, il gradiente di obbedienza comporta la violazione dei propri principi morali: è il c.d. stato eteronomico, in cui una o più figure autoritarie considerate legittime sono in grado di inibire il soggetto a intraprendere condotte autonome, diventando mero strumento per eseguire ordini. In tal modo, i soggetti dell’esperimento si “autoassolvono” per le loro azioni, poiché esecutori dei voleri di un potere esterno. A ben vedere, siamo nell’ambito della neutralizzazione teorizzata da Sutherland con l’elaborazione del crimine dei colletti bianchi.

Alla creazione dello *stato eteronomico* concorrono tre fattori:

1. percezione di legittimità dell’autorità;
2. adesione al sistema di autorità;
3. le pressioni sociali⁵³.

È stato condivisibilmente osservato che «*il pluralismo è la migliore medicina preventiva contro la possibilità che individui moralmente normali commettano azioni moralmente anormali (...). La voce della coscienza morale individuale si ode meglio nel rumore della discordanza politica e sociale*»⁵⁴.

Ai fini della presente ricerca, affinché il *whistleblower* risulti immune a questi fattori condizionanti/inibenti è necessario che il suo senso critico rispetto all’illecito sia sempre oggetto di valutazione da parte di una pluralità di soggetti estranei alla “cerchia” dell’autore. Tradotto in ottica aziendalistica, il binomio trasparenza-collegialità diventa l’antidoto all’omertà. Impiegando un *calembour* linguistico, non si dovrebbe parlare mai di *whistleblower*, bensì di *whistleblowers*.

4.3. Il profilo economico. L’equilibrio di Nash

Ultimo elemento caratterizzante in astratto il *whistleblower* proviene dall’analisi economica dei

giochi non cooperativi, disciplina che analizza le decisioni individuali di un soggetto in situazioni di conflitto o interazione strategica con altri soggetti rivali (due o più) finalizzate al massimo guadagno di ciascun soggetto⁵⁵.

In particolare, il c.d. equilibrio di Nash rappresenta la chiave di volta di questo ambito del lavoro. Con tale espressione, si intende la situazione “di gruppo” in cui ogni componente fa ciò che è meglio per sé (cioè mira a massimizzare il proprio profitto) prescindendo dalle scelte degli altri. Nell’ambito della teoria dei giochi competitivi non cooperativi, il singolo giocatore può alterare l’equilibrio di Nash per ottenere un risultato migliore *solo se* anche gli altri “giocatori” (alcuni o tutti) si allontanano congiuntamente dall’equilibrio⁵⁶.

Declinando il ragionamento all’interno dell’impresa economica, il *whistleblower* deve avere un interesse immediato nella segnalazione, altrimenti sarà economicamente portato a non soffiare nel fischietto.

Pertanto, un clima di c.d. *revolving door* aziendale, laddove l’impresa si caratterizzi per facilità di accesso e rapidità negli scatti di carriera e di ruoli, rende più semplice la segnalazione dell’illecito.

In particolare, sarebbe opportuno registrare un complessivo interesse del “gruppo” a ottenere il massimo (in termini economici o promozionali): in tal modo, i singoli sfrutterebbero al massimo le loro strategie di profitto, ivi compreso il ricorso alla segnalazione nei confronti di soggetti infedeli o improduttivi.

Viceversa, vertici societari poco mobili o addirittura immobili (e l’impresa familiare rappresenta il *non plus ultra* di questo modello⁵⁷) rappresentano tessuti di coltura inadatti al *whistleblowing*.

5. Poscritto

All’esito della rassegna condotta nel presente

lavoro, si è cercato di valorizzare in astratto le caratteristiche principali affinché il *whistleblowing* possa svolgere un ruolo reale all’interno del sistema giuridico (e anche economico).

L’esperienza, tuttavia, finora ha consegnato un dato empirico di scarsa effettività dell’istituto e anche la comunità scientifica si presenta perlopiù scettica nei confronti delle sue reali possibilità.

In particolare, è stato storicamente – e condivisibilmente – criticato un modello di sistema che ambisca a una «*effettività a ogni costo*» (o *idealtipo di Burgess*)⁵⁸.

Tuttavia, rispetto ai noti problemi di legislazione penale ineffettiva o simbolica, l’introduzione in un sistema ordinamentale del *whistleblowing* non pare presenti particolari effetti collaterali: si tratta, infatti, una tipo di l.p.s. di appello morale (*Appellgesetze*) a ineffettività semplice⁵⁹.

L’unico *side-effect* può essere eventualmente rinvenuto sotto il profilo di oneri d’investimento delle imprese⁶⁰.

Ma a ben vedere anche quest’ultimo aspetto può comportare un contributo comunque virtuoso: una azienda più trasparente tende ad accedere in misura inferiore all’illegalismo e, nella fitta coltre nebulosa della criminalità d’impresa, introdurre un simulacro di luminosità pare comunque un dato prezioso per l’esperienza giuridica contemporanea. In conclusione, come Pete Docter fa dialogare i suoi personaggi in *Soul*: «*Un pesce giovane dice a un pesce più anziano: “Sto cercando l’oceano”. Il pesce anziano risponde: “L’oceano è quello in cui nuoti adesso”. E il pesce giovane: “Ma questa è acqua, io cerco l’oceano”*».

Forse il *whistleblowing* non porterà il sistema di controllo sociale della criminalità d’impresa all’oceano, ma cionondimeno il legislatore dimostra di aver intrapreso un percorso virtuoso. E, quand’anche non dovesse trovarlo, il viaggio avrà comunque il valore di aver tolto il dubbio.

*Molte considerazioni sviluppate in questo contributo provengono dal lavoro svolto dall’autore con la prof. Laura Scomparin e con la dott. Valeria Ferraris nell’ambito del progetto Woodie dell’Università degli Studi di Torino. Il progetto Woodie è finanziato dall’Unione Europea e la presente pubblicazione è stata realizzata con il sostegno finanziario dell’European Union’s Internal Security Fund – Police ai sensi dell’accordo di sovvenzione n. 823799. Il contenuto di questa pubblicazione è di esclusiva responsabilità dell’autore e non può in alcun modo essere considerato come un riflesso del punto di vista della Commissione Europea. L’autore ringrazia la dott. Morena Barbieri, sua prima lettrice, per il prezioso contributo nelle traduzioni.

1 Per i primi commenti all’intervento del legislatore, cfr. F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la “scommessa etica” dell’anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 4, p. 475; R. BORSARI, F. FALAVIGNA, *Whistleblowing, obbligo di segreto e “giusta causa” di rivelazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2018, 2, p. 41; A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, in *Leg. pen.*, 3 giugno 2018.

2 Cfr. A. DELLA BELLA, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in *Sist. pen.*, 6 dicembre 2019; A. F. MASIERO, *La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE. Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante*, in *Arch. pen. web*, 8 giugno 2020.

- 3 Così A. A. CALVI, *presentazione*, XIX, in F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.
- 4 Così F. BASILE, *Diritto penale e criminologia: prove di dialogo*, p. 97, in R. BIANCHETTI (a cura di), *Il contributo della criminologia al sistema penale: alla ricerca del nuovo "volto" della pena. Atti dell'incontro di studio in ricordo del prof. Ernesto Calvanese*, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2015, il quale a sua volta cita G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 186.
- 5 La tecnica legislativa dovrebbe essere sempre vincolata a una verifica di efficienza dello strumento riguardo allo scopo sulla base dei dati empirici disponibili. La c.d. teoria strumentale fomenta un tentativo di mediazione tra tutela necessaria dal punto di vista dello Stato e tutela possibile dal punto di vista della società. Come tipica manifestazione di razionalità orientata allo scopo (*Zweckrationalität*), la norma penale 'giusta' dal punto di vista strumentale deve essere configurata – con orientamento al risultato su base diagnostico-prognostica – per 'costruire l'avvenire' e condizionare e dirigere i comportamenti sociali: si deve prefiggere un 'vaglio di proporzionalità' del mezzo-pena proiettato nel futuro. Conseguentemente, il metodo seguito dal legislatore dovrebbe essere prettamente induttivo, perseguendo il condizionamento sociale attraverso diagnosi, prognosi e verifiche coordinate. Il suo 'atteggiamento spirituale', d'altra parte, è improntato all'"etica della responsabilità" (*Verantwortungsethik*), dal momento che si sottopone volutamente alle 'dure repliche della prassi' mettendo *ab origine* in conto correzioni di tiro indotte dai risultati. In particolare, la 'correttezza' di una legge penale si manifesta su di un duplice piano: *a priori*, per la (i) trasparenza dello scopo e l'accettabilità del mezzo; *a posteriori*, per la (ii) congruenza del risultato (rispetto allo scopo), cfr. l'insuperata analisi di C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1990, p. 434 (ora in *Id.*, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011). Lo stesso illustre Autore ha, recentemente, proseguito il percorso di ricerca con *Id.*, *L'indifferenza costruttiva. Il contributo della sociologia di Theodor Geiger a teoria e prassi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, 2, p. 705. Classicamente, invece, cfr. L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984.
- 6 Cfr. A. DYCK, A. MORSE, L. ZINGALES, *Who blows the whistle on corporate fraud?*, in *Journal of Finance*, 2010, 65, 6, p. 2213, citato da G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. "Doppio standard" e "doppio vincolo" nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, Testo dell'intervento al XXV Convegno di studio Enrico de Nicola *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 14 e 15 marzo 2008, p. 6 (del dattiloscritto).
- 7 Considerando (1).
- 8 Art. 2. *Material scope*.
- 9 Art. 6. *Conditions for protection of reporting persons*.
- 10 Per un recente approfondimento sull'utilità dell'analisi comparatistica – con particolare riferimento al sistema europeo – come "premessa" di ogni ricerca penalistica, Cfr E. BACIGALUPO, *Il metodo comparatistico e l'unità del diritto penale europeo*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO, (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 3.
- 11 Tuttavia, in Irlanda il whistleblower riceveva già protezione prima dell'entrata in vigore della legge, attraverso meccanismi di c.d. *soft-law* (quali accordi di settore), cfr. I. CHALOUAT, C. CARRIÓN-CRESPO, M. LICATA, *Law and practice on protecting whistleblowers in the public and financial services sectors*, Ginevra, 2019, p. 74.
- 12 La disciplina è ricavata dal progetto *Woodie* dell'Università degli Studi di Torino, al cui sito istituzionale si rinvia per ogni approfondimento.
- 13 Cfr. R. DIMITRIU, *The Whistleblowing Policies in Romania's Labour Law*, in *Accounting and Management Information Systems*, 2014, 13, 3, p. 584.
- 14 *Ivi*, p. 593.
- 15 Cfr. sempre progetto *Woodie* dell'Università degli Studi di Torino, *supra*, nt. 12.
- 16 La chiave di volta può essere rinvenuta con la promulgazione del *Bribery Act* britannico del 2010, il quale "equipara" il *corpus* incriminatorio destinato ai pubblici ufficiali anche alla corruzione privata: esso, infatti, si struttura come insieme di norme penali a tutela della concorrenza, stante l'abbandono della tecnica di incriminazione fondata sul c.d. reato proprio: la qualifica di pubblico ufficiale diviene solo una circostanza aggravante e il paradigma comportamentale diviene la corruzione privata, cfr., in lingua italiana, M. LAVACCHINI, *La lotta alla corruzione nel sistema penale inglese*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2014, 1; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, p. 407 e, se si vuole, M. A. BARTOLUCCI, *Dei rapporti e delle interferenze tra la c.d. Direttiva P.I.F. e le norme penali spagnole e italiane in tema di corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 6/2019. Ben più ampia, ovviamente, la letteratura anglosassone: senza alcuna pretesa di completezza, cfr. S. H. DEMING, *Anti-Bribery Laws in Common Law Jurisdictions*, Oxford, 2014; E. O'SHEA, *The Bribery Act 2010. A Practical Guide*, Bristol, 2011, nonché i contributi presenti in J. HORDER, P. ALLDRIDGE (a cura di), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*, Cambridge, 2013. La novella è stata definita "una misura radicale" (così E. O'SHEA, *The Bribery Act 2010*, cit., p. 1) poiché ha abrogato tutta la normativa previgente composta da norme di *common law* e da *statutes* che si erano sovrapposti nel corso degli anni. Per un inquadramento delle fonti del diritto penale inglese, cfr. S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, Padova, 2002, p. 21.
- 17 Cfr. I. CHALOUAT, C. CARRIÓN-CRESPO, M. LICATA, *Law and practice on protecting whistle-blowers*, cit., p. 74.
- 18 *Ivi*, p. 77.

- 19 Cfr. N. STOLOWY, L. PAUGAM, A. LONDERO, *The Whistleblower: An Important Person in Corporate Life? An Answer from Comparative Law*, in *Journal of Business Law*, 2019, 3, p. 168.
- 20 *Ivi*, p. 171.
- 21 Cfr. OECD, *Committing to Effective Whistleblower Protection*, Parigi, 2016, p. 39.
- 22 *Ivi*, p. 42.
- 23 *Ivi*, p. 44.
- 24 Cfr. progetto *Woodie* dell'Università degli Studi di Torino, *supra*, nt. 12.
- 25 Sottolinea l'esistenza di un minimo comun denominatore tra i due fenomeni, consistente nell'obiettivo ultimo della conquista del potere, A. BERIA D'ARGENTINE, *Una riflessione sui fenomeni della criminalità organizzata e del terrorismo*, in Av.Vv., *Studi in onore di Vassalli*, II, Milano, 1991, p. 88. Sul piano empirico, merita sottolineare l'elevato numero di collaboranti fuoriusciti sia dai gruppi terroristici sia dalle associazioni di tipo mafioso, ad onta dello scetticismo mostrato da gran parte della dottrina sulla effettività delle normative premiali rispetto a soggetti che venivano reputati impermeabili a tali sollecitazioni in quanto, rispettivamente, ostili ideologicamente allo Stato "nemico" o culturalmente estranei alla logica cooperativa con lo Stato. I fatti hanno dimostrato, almeno in Italia, che la "sirena premiale" abbia funzionato sia rispetto a tipi d'autore ideologicamente orientati, sia rispetto a tipi d'autore orientati al profitto (ammesso che tale distinzione sia criminologicamente fondata: potrebbe invero obbiectarsi che anche la mafia ha un proprio sistema di valori e che, in ogni caso, anche la ricerca del profitto illecito può incardinarsi in un'ideologia). Anche quest'ultima annotazione porta dunque a ritenere che, dal punto di vista della tenuta del sistema democratico, e tenuto conto delle modalità delittuose e del fine intermedio comuni, mafia e terrorismo ben possono ricevere un trattamento anche premiale analogo, cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, p. 75 (in particolare, nota n. 129).
- 26 La dottrina penalistica, in modo invero leggermente sinusoidale, ha storicamente sottolineato le differenze del 'sistema penale' (nell'applicazione sia in astratto che in concreto) a seconda dell'autore a cui si rivolge: il rinvio è, per tutti, alla classica dicotomia jakobsiana tra *Feindstrafrecht vs. Bürgerstrafrecht* (diritto penale del nemico vs. diritto penale del cittadino, cfr. G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW*, 1985, p. 753. In ambito nazionale, si sottolinea che tale distinzione era già presente in L. FERRAJOLI, *L'imputato come nemico: un topos della giurisdizione dell'emergenza*, in *Dei delitti e delle pene*, 3, 1983, 581, cfr. A. BERNARDI, *Il 'fattore culturale' nel diritto penale*, Torino, 2010, 50, in particolare nota n. 126). In particolare, in relazione al diritto penale del cittadino (versione 'sostanzialistica' della teoria criminologica dei c.c.dd. *white collar crimes*) vi sono autorevoli voci che ritengono tendenzialmente inadeguata la tutela penale nei confronti dei fenomeni aggressivi al sistema economico, cfr. K. TIEDEMANN, *Droit fiscal international et la delinquance des entreprises multinationales*, in *Riv. soc.*, 1976, 801, ma anche E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi di onore di Giorgio Marinucci*, cit., 759. Più in generale, in relazione alle politiche di criminalizzazione internazionale, cfr. M. DELMAS MARTY, *La criminalité économique transnationale: pour une politique criminelle à stratégie diversifiée*, in *Trim. monde*, 1995, 83. Pioneristiche, sul punto, le osservazioni di C. PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, ora in Id., *Diritto penale. Scritti di parte generale*, Milano, 2003, 457.
- 27 La locazione 'cifra nera' (o, anche, 'campo oscuro') – traduzione letterale dal tedesco *Dunkelziffer* e dall'inglese *Dark number* – indica lo scarto, spesso imponente, tra il numero complessivo dei fatti penalmente punibili commessi in un certo periodo di tempo e in un certo territorio e il numero di quelli che giungono effettivamente a conoscenza dell'autorità e, dunque, risultano registrati nelle statistiche criminali, cfr. G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su 'cifre nere' e funzione generalpreventiva della pena*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 53.2
- 28 Cfr. R. K. MERTON, *Teoria e struttura sociale*, Bologna, 1959, 340; per i risvolti penalistici, cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 473. Secondo tale paradigma gli *insider* – qualsiasi sia l'organizzazione presa in esame, purché 'sub-sistemica' in senso luhmanniano – si svincolano dai precetti collettivi per assumerne di propri, sviluppando una *fedeltà* a un impianto normativo, proprio del *sub-sistema*, diverso da quello positivo (diventando, per questa via, rispetto al *Sistema*, *infedeli*).
- 29 Cfr. E. H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, 1987, p. 289 (e, in particolare, p. 305).
- 30 Oltre al rinvio alla nota precedente, cfr. anche E. H. SUTHERLAND, *Principles of Criminology*, Philadelphia, 1947, p. 5, citato da G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 518.
- 31 È possibile "toccare con mano" le conseguenze come sottolineato da M. CAPUTO, *Dalla teoria dei 'segnali di allarme' alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. soc.*, 2015, 5, 905 (e, in particolare, nota n. 83), il quale osserva che «il privilegio del clero di cui godono i colletti bianchi ancora una volta riceve convalide in campo giudiziario, consentendo vie di fuga solitamente negate ad altri tipi di autore».
- 32 Cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (trad. it. *Economia e società*, 1961), Los Angeles, 1922, p. 34.
- 33 Cfr. C. E. PALIERO, *Lezioni del corso di diritto penale progredito*, in C. PERINI, F. CONSULICH (a cura di), *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, Milano, 2006, p. 33.
- 34 Nel senso impiegato da H. J. KERNER, *Verbrechenswirklichkeit und Strafverfolgung. Erwägungen zum Aussagewert der Kriminalstatistik*, Monaco, 1973, p. 27 (trad. ing. *Crime and Prosecution. On the Validity of Crime Statistics*).

- 35 Per un'insuperata analisi della relazione tra reato e vittima e della 'depenalizzazione di fatto', cfr C. E. PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 253.
- 36 Esempi emblematici di questo modello sono le forme di criminalità "religiosa" o "ideologica": dal kamikaze al brigatista, rispetto ai quali l'illegalismo in sé rappresenta un valore (o lo strumento di realizzazione del proprio valore interiorizzato), sicché nessun condizionamento, rispetto a siffatta opzione criminale può derivare da considerazioni di ordine contingente, cfr. C. E. PALIERO, *Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., p. 37.
- 37 Si pensi alla bassissima cifra nera nei reati contro il patrimonio, quasi tutti procedibili a querela della persona offesa.
- 38 Testualmente C. E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 497.
- 39 Cfr. P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia, Percezione sociale e controllo penale*, Bari, 2007, p. 286.
- 40 Cfr. A. DYCK, A. MORSE, L. ZINGALES, *Who blows the whistle on corporate fraud?*, cit., p. 2213.
- 41 Cfr., con riferimento alla corruzione ma ben applicabile anche nel caso di specie, G. FORTI, *Unicità o reperibilità della corruzione sistemica? Il ruolo della sanzione penale in una prevenzione «sostenibile» dei crimini politico-amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 1100.
- 42 Cfr. A. VANNUCCI, *Fenomenologia della tangente: la razionalità degli scambi occulti*, in *Etica degli affari e delle professioni*, 1993, 31. Diffusamente, G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 413.
- 43 I virgolettati sono di W. HASSEMER, *Opinione dissenziente alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio 2008*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2104 (per un approfondimento sul tema in lingua tedesca, cfr. Id., *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Francoforte, 1973, p. 162).
- 44 Il riferimento è a H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, New York, 1963, in cui l'A., sotto forma di diario, racconta le udienze del processo al gerarca nazista Adolf Eichmann, rifugiato nel 1945 in Argentina, prelevato dai servizi segreti israeliani nel 1960 e condannato a morte per impiccagione a Gerusalemme nel 1961.
- 45 V. BIANCONI, *L'esistenza al di là del bene e del male: Hannah Arendt e il processo Eichmann*, in *Tigor: riv. sc. com.*, 2013, p. 60.
- 46 Cfr. M. SCOLETTA, *Il fischietto silente. Ineffettività del whistleblowing e responsabilità da reato della corporation: appunti e spunti per un approccio empirico alla colpa di organizzazione*, atti del convegno *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, Milano, 2020, p. 7 (del dattiloscritto).
- 47 Testualmente M. SCOLETTA, *Il fischietto silente*, cit., p. 8, il quale osserva che «l'assenza di segnalazioni, d'altra parte, contraddice il dato di fatto inconfutabile, messo in evidenza anche dagli studi criminologici, secondo cui — nei contesti organizzativi — sono i dipendenti, inseriti nei gangli operativi e nei processi aziendali della gestione societaria, i soggetti che meglio di ogni altro sono in grado di intercettare le disfunzioni e gli abusi perpetrati in seno all'organizzazione: sul piano teorico, pertanto, un sistema di whistleblowing effettivamente funzionante costituisce quindi il migliore antidoto per un'adeguata strategia di prevenzione degli illeciti d'impresa, la strada maestra che giustamente il legislatore, anche quello europeo, tenta di incentivare e di far percorrere. Occorre allora approfondire le cause dell'ineffettività per poi individuare eventuali possibili rimedi: ed è qui che il sapere interdisciplinare e lo sguardo agli ordinamenti più avanzati nella gestione delle dinamiche del whistleblowing può risultare di fondamentale ausilio. D'altra parte, che proprio questo — cioè quello relativo alle cause della refrattarietà alla segnalazione delle violazioni — sia "il problema", lo dimostra la profusione di studi che, soprattutto negli ordinamenti anglosassoni, da decenni studiano la questione della ineffettività nel tentativo di apportare conoscenze, soprattutto empiriche, che possano contribuire ad apportare correttivi e quindi funzionalità ai vigenti meccanismi di whistleblowing».
- 48 Cfr. A. DYCK, A. MORSE, L. ZINGALES, *Who blows the whistle on corporate fraud?*, cit., p. 2213.
- 49 Cfr. J. ELLUL, *Propaganda: the formation of men's attitudes*, New York, 1962, p. 109.
- 50 Cfr. K. KELLEN, *Introduction*, in J. ELLUL, *Propaganda*, cit., p. X.
- 51 Cfr. J. ELLUL, *Propaganda*, cit., p. 89.
- 52 Cfr. S. MILGRAM, *Obbedienza all'autorità*, Torino, 2003. Lo schema base dell'esperimento prevedeva che ad alcune persone venisse assegnato il ruolo di insegnanti asseritamente per una ricerca sull'apprendimento (in realtà l'esperimento aveva ad oggetto proprio l'insegnante e, dunque, la sua disponibilità a obbedire a ordini disumani): lo sperimentatore chiese loro di somministrare rinforzi negativi, sotto forma di scosse elettriche, a un allievo (un complice dello sperimentatore, un attore chiamato a simulare gli effetti delle scosse che in realtà, ma all'insaputa dell'insegnante, non erano veramente prodotte dall'apparecchio). Il livello delle scosse veniva incrementato ad ogni errore, di 15 volt, dalla prima scossa minima di 15 (indicata sulla macchina come scossa leggera) fino a 450 volt (indicata sulla macchina con la scritta attenzione: scossa pericolosa). A ogni esitazione dell'insegnante lo sperimentatore gli ordinava di continuare a somministrare le scosse: «Non ha altra scelta, deve continuare». Nella versione base dell'esperimento (realizzato in ben 18 varianti) il 65% dei soggetti (26 su 40) mostrò un elevatissimo livello di obbedienza, giungendo a somministrare la scossa massima di 450 volt.
- 53 Cfr. S. MILGRAM, *Obbedienza all'autorità*, cit., p. 119.
- 54 Cfr. Z. BAUMAN, *Modernità e olocausto*, Bologna, 2010, p. 228, citato da G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come*

dislocazione dei confini normativi, cit., p. 39.

55 In tali situazioni le decisioni di uno possono influire sui risultati conseguibili dall'altro/i e viceversa secondo un meccanismo di retroazione, ricercandone soluzioni competitive e/o cooperative tramite modelli che, in particolare nel contesto economico, si riferiscono al caso in cui due o più aziende interagiscono in concorrenza tra loro, cfr. E. CAVAZZUTI, M. PAPPALARDO, M. PASSACANTANDO, *Nash Equilibria, Variational Inequalities and Dynamical Systems*, in *Journal of Optimization Theory and Applications*, 114, 2002, p. 491.

56 È noto infatti che l'equilibrio di Nash può non essere un ottimo di Pareto (o ottimo paretiano) e quindi possano esistere altre combinazioni di strategie che conducano a migliorare il guadagno di alcuni senza ridurre il guadagno di nessuno, o addirittura, come accade nel caso del dilemma del prigioniero, ad aumentare il guadagno di tutti, cfr. E. CAVAZZUTI, M. PAPPALARDO, M. PASSACANTANDO, *Nash Equilibria*, cit., p. 496.

57 Essa rappresenta il modello di maggior sviluppo nel tessuto economico italiano, cfr. A. MINICHILLI, *Proprietà, governo e direzione delle imprese*, Milano, 2012.

58 Cfr. C. E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., p. 477, il quale – in particolare – affronta il tema del c.d. agente provocatore nei reati a contesto illecito, quali traffico di stupefacenti e terrorismo.

59 In tal modo il legislatore persegue le cc.dd. campagne di moralizzazione diffusa e il carattere simbolico si riduce alla pura e semplice inadeguatezza del mezzo impiegato rispetto allo scopo di tutela, C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849.

60 Mette in luce espressamente il punto M. SCOLETTA, *Il fischetto silente*, cit., p. 6, il quale sottolinea che «*benché tanto enfaticamente nella prassi professionale, col malcelato intento di stimolare le imprese a procedere a costosi "aggiornamenti" dei Modelli organizzativi, sarebbe bastato confrontare il contenuto prescrittivo della novella legislativa con i contenuti ormai standardizzati dei MoG per rilevare come quasi tutte le regole introdotte nel 2017 a disciplina del meccanismo di whistleblowing e a tutela dei whistleblower erano già recepite nella prassi organizzativa, proprio grazie alla tecnica dell'autonormazione che caratterizza virtuosamente la metodologia di costruzione dei Modelli organizzativi*».

 **GIURISPRUDENZA PENALE**