

WHISTLEBLOWING:
OPPORTUNITÀ O SEMPLICE ALIBI?

*Davide Auguadri**

No. 28, ottobre 2007

La funzione di Compliance, oramai consolidata anche all'interno degli istituti bancari della piazza finanziaria svizzera, in origine si è designata prevalentemente come una funzione di supporto al management in particolare in relazione a problematiche di lotta al riciclaggio di denaro. Negli anni si è poi assistito ad un graduale ampliamento di compiti e competenze e una sempre maggiore tendenza all'inserimento del Compliance office nel sistema di controllo interno, peraltro dimostrata dall'avvicinamento, anche organico, della funzione all'unità di controllo del rischio. Questo nuovo indirizzo, riscontrabile anche nel profilo specialistico degli stessi Compliance officer, ha permesso, fra le altre cose, di superare la contrapposizione tra le esigenze di performance e quelle di conformità, fortemente riscontrata agli albori della creazione della funzione all'interno delle banche. Le più recenti analisi di Corporate Governance sono infatti unanime nel considerare che solo attraverso un'accurata gestione dei rischi, ed in particolare dei rischi operativi (in relazione ai quali si posiziona anche la figura del Compliance), si garantisce la sopravvivenza dell'azienda. Il Centro di Studi Bancari, in linea con i propri principi, desidera contribuire alla creazione di una cultura di Compliance, non solo mediante l'erogazione di corsi di formazione specialistica, ma anche attraverso la promozione di pubblicazioni tematiche che possono interessare la nostra Piazza finanziaria. I quaderni di ricerca 28, 29 e 30 fanno parte della serie tematica promossa dal Centro di Competenze Compliance e sono stati selezionati tra i lavori di diploma presentati nell'ambito dell'edizione 2006-2007 del corso di Executive Master in Compliance Management.

Il quaderno numero 28 approfondisce la pratica di Whistleblowing - inteso come la denuncia di pratiche aziendali che violino leggi, regolamenti interni, norme o altre disposizioni legali, come pure standard etici- riconosciuto da numerose legislazioni nazionali e implementato autonomamente anche da istituti svizzeri, cercando di rispondere alla domanda a sapere se questa particolare forma di controllo costituisca un alibi o una reale opportunità.

Il quaderno numero 29 tratta in maniera esaustiva il concetto di garanzia di attività irreprensibile, condizione imprescindibile per ottenere e conservare l'autorizzazione ad esercitare l'attività bancaria, e riassume la prassi della Commissione federale delle banche in materia.

Infine, il quaderno numero 30 permette di colmare una lacuna dottrinale in quanto propone un'analisi della portata del Formulario R – che permette all'avvocato di non rivelare il nome del proprio cliente, con riferimento ai fondi depositati in banca in connessione con lo svolgimento della sua attività professionale tradizionale- indicando anche le tendenze previste in relazione alla modifica della Convenzione di diligenza delle banche che sarà effettiva il prossimo anno.

Area di diritto bancario e finanziario

Le idee espresse in questo quaderno sono di natura personale e non riflettono necessariamente le opinioni dei rappresentanti del Centro di Studi Bancari

Indice

INDICE	3
BIBLIOGRAFIA	4
ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI	6
RIASSUNTO DEL LAVORO	7
1 INTRODUZIONE	9
1.1 DEFINIZIONE	9
1.2 ORIGINE.....	10
1.3 PERCHÉ SOFFIARE IL FISCHIETTO?	10
1.4 UN ALIBI?	12
2 WHISTLEBLOWING COME MEZZO CONTRO LA CORRUZIONE	13
2.1 SETTORE PUBBLICO	13
2.2 SETTORE PRIVATO	13
2.3 CORRUZIONE IN SVIZZERA.....	14
3 QUADRO NORMATIVO	15
3.1 A LIVELLO INTERNAZIONALE.....	15
3.1.1 <i>Inghilterra</i>	15
3.1.2 <i>Stati Uniti</i>	16
3.2 SVIZZERA.....	17
4 ULTERIORI ELEMENTI DEL QUADRO GIURIDICO SVIZZERO	19
4.1 OBBLIGHI DEL LAVORATORE	19
4.2 PROTEZIONE DELLA DISDETTA	20
4.3 CASO MEILI	21
4.4 RIFLESSIONE	21
5 CORPORATE GOVERNANCE	23
5.1 L'UTILITÀ DI UNA BUONA CORPORATE GOVERNANCE	23
5.2 IL CASO INGLESE.....	23
6 IL WHISTLEBLOWING NELL'IMPRESA	24
6.1 ORGANIZZAZIONE.....	24
6.2 DIRETTIVA INTERNA SUL WHISTLEBLOWING	24
6.3 WHISTLEBLOWING FORM	25
6.4 FORMAZIONE INTERNA	25
6.5 CONTROLLI.....	26
7 UNO SGUARDO ALLA REALTÀ AZIENDALE SVIZZERA	27
8 CONCLUSIONE	28

Bibliografia

- A.I.I.A.: ASSOCIAZIONE ITALIANA INTERNAL AUDITORS - Internal auditing, standard per la pratica professionale, Milano, 2001 (citato come A.I.I.A.).
- C. F. Alford, Whistleblowers: broken lives and organizational power, Ithaca 2001 (citato come C.F. Alford).
- Commissione Federale delle Banche, Circolare EBK-RS 06/6 sulla sorveglianza e i controlli interni, Berna, 2006.
- “Corporate Governance-Richtlinie” della Swiss Exchange, http://www.swx.com/download/admission/regulation/guidelines/swx_guideline_20020701-1_de.pdf
- Guy Dehn, Whistleblowing to Combat Corruption, in: OECD: PAC/AFF/LMP(2000)1, Paris 2000, http://www.pcaw.co.uk/policy_pub/oecdreport.html (citato come G. Dehn).
- Dieter Deiseroth, Whistleblower-Schutz in den USA: Modell für Deutschland?, <http://www.gabnet.com> (citato come Deiseroth, USA 1997).
- Dieter Deiseroth, Whistleblowing in Zeiten von BSE, Berlin 2001 (citato come Deiseroth 2001).
- Economist Intelligence Unit, Corporate Governance: Business under scrutiny, White Paper, London/New York/Hong Kong 2003 (citato Economist Intelligence Unit).
- Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption, ETS N° 108, <http://conventions.coe.int/treaty/en/reports/html/173.htm> (citato come ETS N°108).
- R. Frank, What Price the Moral High Ground? Ethical Dilemmas in Competitive Environments, Princeton, NJ, 2004 (citato R. Frank).
- Daniela Graser, Whistleblowing – Arbeitnehmeranzeigen im US-amerikanischen und deutschen Recht, München 2000 (citato come D. Graser).
- Zora Ledergerber, Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, 2005
- Anna Myers: Whistleblowing – The UK Experience, in: Richard Calland/Guy Dehn: Whistleblowing around the World: Law, Culture and Practice, Public Concern at Work, London 2003, pag 101 e ss (citato come A. Myers).
- Prof. Daniel Jositsch, in *Lukas Egle*, Spiel mir das Lied der Korruption, Uni Magazin 3/06, <http://www.unipublic.unizh.ch/magazin/wirtschaft/2006/2221.html> (citato come Prof D. Jositsch 2006).
- NZZ: Petzen, denunzieren Missstände aufdecken – Whistleblowing als neue Arbeitnehmer-Tugend, Wirtschaft, 25 ottobre 2006, pag 23 (citato NZZ 2006) <http://www.nzz.ch/2006/10/25/ma/articleEJII2.print.html> .
- OECD, OECD Principles of Good Governance, Parigi 2004, www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf .
- OECD, The OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Parigi 1976/2000, www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf .
- “Public Interest Disclosure Act”, http://pcaw.co.uk/policy_pub/pida.html .
- Price Waterhouse Coopers, Economic Crime Survey 2003, Global Report, [http://www.pwc.com/extweb/pwcpublishings.nsf/docid/e5f30d2c54ef8928802570f30036cd44/\\$file/pwc_crime_survey_2003.pdf](http://www.pwc.com/extweb/pwcpublishings.nsf/docid/e5f30d2c54ef8928802570f30036cd44/$file/pwc_crime_survey_2003.pdf) (citato come PWC Global Report 2003).

- Roberto Provera, Vice presidente di Transparency International Italia, in occasione della Giornata Mondiale contro la Corruzione del 22 novembre 2005, dal titolo: “La corruzione come ostacolo allo sviluppo: politiche, strumenti e strategie per combatterla” (citato come Intervento di R. Provera).
- Public Concern at Work: Public Interest Disclosure Act 1998 (citato come PCaW).
- Rapporto del Consiglio Federale sulla prevenzione della corruzione, ad 99.3388, 16 giugno 2003.
- S. Rosoff – R. Tillman – H. Pontell, Profit Without Honor: White-Collar Crime and the Looting of America, 2006.
- Joyce Rothschild - Terance Miethe, Whistle-blower Disclosures and Management Retaliation, Work and Occupation 26, 1999 (citato come J. Rothschild / T. Miethe)
- Sarbanes-Oxley Act (SOX), novembre 2002, <http://www.sarbanes-oxley.com/section.php>.
- “Swiss Code of Best Practice” di Economiesuisse, <http://www2.eycom.ch/corporate-governance/reference/pdfs/10/en.pdf>.
- Ullin Streiff – Adrian Von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar zur Art. 319-362 CO, 6. A., Zurigo 2006, m.w.H. (citato come U. Streiff – A. Von Kaenel 2006).
- UN Convention against Corruption (UN-CAC, A/58/422).
- UN anti-corruption Toolkit, Vienna, settembre 2004, http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_toolkit_sep04.pdf
- TI Corruption Perceptions Index 2006, http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi
- Magazine Time, articolo del 30.12.2002: <http://www.time.com/time/personoftheyear/2002/>

Elenco delle abbreviazioni

AML	Anti Money Laundering (antiriciclaggio)
ASB	Swissbanking – Associazione Svizzera dei Banchieri
CdA	Consiglio d'Amministrazione
CEO	Chief Executive Officer
CF	Consiglio Federale
CFB	Commissione Federale delle Banche
CIRC	Circolare
CFO	Chief Financial Officer
CO	Codice delle Obbligazioni
CP	Codice Penale
CSRA	Civil Service Reform Act
DTF	Decisioni del Tribunale Federale
MROS	Ufficio di Comunicazione in materia di riciclaggio di denaro
NGO	Non-Governmental Organisation
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
NYSE	New York Stock Exchange
ONU	Organizzazioni delle Nazioni Unite
PCaW	Public Concern at Work
PWC	Price Waterhouse Coopers
PIDA	Public Interest Disclosure Act
RLCG	Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance
SOX	Sarbanes-Oxley Act
TI	Transparency International
ONU	Organizzazione delle Nazioni Unite
OCSE	Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico
UN	Nazioni Unite
SWX	Swiss Exchange
USD	Dollari americani
WPA	Whistleblower Protection Act

Riassunto del lavoro

Se in merito al tema del *whistleblowing* si discute da molto a livello di importanti piazze finanziarie come New York e Londra, altrettanto non si può dire per una realtà locale come la nostra, dove il fenomeno risulta ancora relativamente poco conosciuto.

Pur lavorando in un grosso istituto bancario che adotta procedure interne a protezione dei *whistleblowers* ed avendo spesso la possibilità di leggere articoli e documentazione interna sul *web*, non ho mai avuto l'occasione di poter discutere concretamente la tematica con altri colleghi ed analizzare e capire la portata e le reali implicazioni collegate a questa pratica.

L'obiettivo di questo lavoro è quello di presentare il *whistleblowing* in maniera semplice ma strutturata, in modo che il lettore, procedendo nella lettura, possa facilmente comprendere i concetti chiave legati al tema. Onde evitare che il lavoro risultasse troppo teorico, lo stesso è stato suddiviso in otto capitoli, integrando in ogni capitolo spunti o casi pratici estrapolati dalla copiosa documentazione reperita.

Il capitolo introduttivo fornisce le dovute spiegazioni legate al concetto di *whistleblowing* e di *whistleblower* illustrando quali sono le sue origini e quali le motivazioni che possono spingere il singolo ad effettuare tale scelta. Alla fine di questa parte viene riportato un caso emblematico di *whistleblowing* che prelude alla domanda scelta quale titolo del lavoro stesso: "Opportunità o semplice alibi?"

Il lavoro procede con l'approfondimento di diversi temi, il primo dei quali è la lotta alla corruzione, visto che il *whistleblowing* viene molto spesso indicato quale strumento per combattere tale fenomeno. A questo proposito è interessante riprendere alcuni dati, relativi al nostro paese, stimati dal prof. D. Jositsch in una sua recente pubblicazione (per dettaglio vedi cap. 2.3):

- in Svizzera verrebbe reso noto unicamente un caso di corruzione ogni cento realmente avvenuti;
- in Svizzera vi sarebbero tra i 1000 ed i 2000 casi di corruzione all'anno.

Nel terzo capitolo viene descritto il quadro normativo internazionale al quale è legata questa pratica. Due sottocapitoli sono stati destinati alla descrizione delle normative americane ed inglesi, in quanto questi due Stati, a seguito di diversi scandali ai quali si farà riferimento nella trattazione, sono stati capaci di sviluppare modelli normativi molto avanzati.

Dopo una trattazione riassuntiva del sistema normativo internazionale, vengono affrontate più specificatamente le normative del nostro quadro giuridico ed analizzati in particolare gli obblighi del lavoratore e la protezione della disdetta in Svizzera. In questa parte del lavoro non si poteva non citare il caso *whistleblowing* più eclatante che ha scosso per diversi anni il settore bancario svizzero: il caso Meili.

Il quinto ed il sesto capitolo vengono dedicati alla necessità dell'impresa di dotarsi di una buona *Corporate Governance* che permetta l'elaborazione di chiare procedure interne a supporto dei *whistleblowers*, minimizzando così l'eventualità che una determinata problematica venga resa pubblica prima che internamente non siano state effettuate tutte le verifiche del caso.

A questo proposito vengono segnatamente analizzati i seguenti punti:

- l'organizzazione interna all'impresa;
- le caratteristiche principali di una direttiva interna sul *whistleblowing*;
- l'utilizzo di un "whistleblowing form";
- l'importanza di avere un programma di formazione sul tema;
- il *whistleblowing* quale supporto alle attività di controllo.

Nel settimo capitolo, prendendo spunto dalle informazioni reperite dal codice di condotta pubblicato sul sito internet, vengono messe a confronto sei grosse società svizzere che, essendo quotate alla borsa di New York, devono allinearsi alla regolamentazione prevista da SOX sul tema.

Nella conclusione del lavoro trovano spazio alcune considerazioni scaturite dalle informazioni e dai dati raccolti, rispettivamente dalle esperienze riportate attorno all'argomento da chi già ha avuto modo di occuparsi più da vicino di simili casistiche, le quali portano a dire come difficilmente si possa nella lotta alla corruzione o appoggiare incondizionatamente questo tipo di strumento od opporre allo stesso un rifiuto a priori.

In effetti, è indispensabile tenere in giusta considerazione i differenti aspetti culturali e storici, per esempio degli Stati Uniti e dell'Europa, per capire perché - in casi estremi - in America un *whistleblower* viene festeggiato come una star, mentre in Europa viene considerato una subdola spia.

In ultima battuta viene ripresa la domanda provocatoria esposta quale titolo di questo lavoro di diploma:

Whistleblowing: opportunità o semplice alibi?"

che allo stato attuale può avere più di una risposta a dipendenza del codice di lettura scelto o forse ancora – essendo oggi una risposta chiara prematura – resta in attesa dell'evoluzione futura che ci porterà a capire meglio dove e come sarà tracciata la soglia nelle nostre norme di legge.

1 Introduzione

1.1 Definizione

Whistleblowing:¹

[a] *Bringing an activity to a sharp conclusion as if by the blast of a whistle (Oxford English Dictionary);*

[b] *Raising a concern about malpractice within an organisation or through an independent structure associated with it (UK Committee on Standards in Public Life);*

[c] *Giving information (usually to the authorities) about illegal or underhand practices (Chambers Dictionary);*

[d] *Exposing to the press a malpractice or cover-up in a business or government office (US, Brewers Dictionary);*

[e] *(origins) Police officer summoning public help to apprehend a criminal; referee stopping play after a foul in football.*

Il concetto di **whistleblowing** – letteralmente “*to blow the whistle*” significa “soffiare il fischietto” - è nato negli Stati Uniti ed è inteso come la denuncia di pratiche aziendali che violino leggi, regolamenti interni, norme o altre disposizioni legali, come pure standard etici.

Si possono distinguere due tipi di *whistleblowing*:

- *whistleblowing* interno: quando la denuncia viene effettuata all’interno dell’azienda (sulla base di una procedura definita da una direttiva interna all’impresa). A dipendenza della procedura interna alla società e della sua grandezza, la possibile infrazione può essere notificata ad una delle seguenti istanze: superiore di linea, Compliance, Legal, Internal Audit, Consiglio d’Amministrazione, ecc.
- *whistleblowing* esterno: quando la denuncia viene effettuata direttamente ad un organismo di vigilanza (autorità penali o competenti in materia).

La comunicazione può avvenire sia verbalmente (di persona o tramite specifiche hotlines telefoniche) che per iscritto (lettera, fax o e-mail). Qualora essa sia anonima, l’identità del collaboratore sarà trattata, per quanto possibile, con la massima discrezione (cfr. cap. 6).

Con il termine **whistleblowers** – letteralmente “soffiatori di fischietto” - vengono definiti coloro che denunciano gli illeciti nelle organizzazioni di appartenenza e che solitamente subiscono pesanti conseguenze personali per questa loro decisione² (cfr. cap. 4.1).

Nella letteratura di lingua italiana i termini *whistleblowing* e *whistleblower* potrebbero venir tradotti con i termini “delazione” e “delatore”³. Di fatto però questi termini non sono finora stati tradotti e quindi si usano quelli inglesi.

Il *whistleblowing* è quindi visto come un mezzo a supporto della *Compliance*, ovvero l’ottemperanza delle norme giuridiche esterne nonché delle direttive aziendali da parte del Consiglio d’Amministrazione, della direzione e dei collaboratori; ecco perchè la maggior parte delle aziende ancora il principio del *whistleblowing* nel proprio “codice di condotta”.

Negli ultimi 10 anni il *whistleblowing* è stato formalmente regolamentato in diversi stati, quali: Stati Uniti, Australia, Nuova Zelanda e Regno Unito.⁴

¹ G. Dehn, pag. 12.

² Sul tema, v. ad es. C. F. Alford, pag. 17 ss.

³ Quindi atto o persona che, tradendo la fiducia, denuncia qualcuno alle autorità.

1.2 Origine

I *whistleblowers* iniziarono a farsi conoscere negli Stati Uniti attorno agli anni 1960 – 1970. Fu infatti in quel periodo che la popolazione americana venne scossa da diversi scandali che misero in cattiva luce l'operato delle principali istituzioni⁵.

Il caso più emblematico fu il “Watergate” (1972-1974) che scoppiò grazie alle notizie portate alla luce da due giornalisti del “Washington Post” i quali ebbero informazioni da un misterioso personaggio (che all'epoca venne battezzato “Gola Profonda”) e che portò alla richiesta di impeachment e alle dimissioni dell'allora Presidente Richard Nixon.⁶

Il clima di questi anni tumultuosi facilitò la sensibilizzazione dell'opinione pubblica sull'importanza del *whistleblowing* all'interno delle imprese, ma la vera ondata di popolarità a livello globale si ebbe quando i più grandi scandali finanziari del nostro secolo vennero a galla, ovvero i casi:

Enron⁷, WorldCom e FBI.

In tutti e tre i casi, le malefatte emersero da indiscrezioni interne confidate al pubblico.

I tre *whistleblowers* - tre donne (Cynthia Cooper di *WorldCom*, Coleen Rowley dell'*FBI*, Sherron Watkins di *Enron*) - che avevano avvertito l'esigenza morale di denunciare le gravi irregolarità identificate nelle rispettive organizzazioni vennero elette “*persons of the year*” dal magazine statunitense *Time*⁸ e l'anno 2002 fu definito “*year of the whistleblower*”⁹.

Il riconoscimento conferito a queste tre donne rappresentò un cambiamento significativo di cultura e di attitudine nei confronti del whistleblower in quanto la società capì come fosse importante combattere questi atti di negligenza che possono sfociare in problemi finanziari o di rischio per la sicurezza pubblica.

1.3 Perché soffiare il fischiotto?

Gli studi recenti sul *whistleblowing* hanno messo in luce come questa scelta non sia determinata tanto dalla previsione di un qualche vantaggio materiale personale insito alla denuncia quanto da fattori strettamente individuali, tra i quali predomina un'immagine di se, fortemente radicata, come persona onesta.

Si è recentemente evocato il concetto di “razionalità dell'uomo economico buono”¹⁰, che coinciderebbe in parte con i moventi individuati dagli studi empirici in molteplici casi di *whistleblowing*.

Tale razionalità può portare il soggetto anche a scelte che, sul breve periodo o in determinati contesti, appaiono tanto economicamente irrazionali quanto eticamente apprezzabili. Essa si baserebbe essenzialmente su tre fattori:

- la consapevolezza che scopi etici immediati possono favorire il raggiungimento di obiettivi economici differiti ma più cospicui;
- la soddisfazione personale, valutabile in termini di valore aggiunto, che certe persone provano ad agire eticamente;
- un contesto esterno nel quale una scelta etica, pur economicamente irrazionale, viene socialmente, remunerata.

L'ampiezza di tale situazione è certamente decisiva, ma un ruolo di particolare rilievo compete anche ai gruppi “primari” o “significativi”, come ad es. famiglia, insegnanti, figure autorevoli ecc.

Significativo è un passaggio dell'intervista rilasciata alla rivista *Time* da Cynthia Cooper¹¹ (confronta cap. 1.4) dopo la sua elezione a persona dell'anno 2002 che, alla domanda su che cosa le avesse permesso di denunciare le irregolarità, nonostante l'inerzia dei vertici, rispondeva:

⁴ Prof. D. Jositsch 2006.

⁵ Famosi Whistleblowers del periodo sono: Frank Camps (Caso Ford-Pinto), Deep Throat (Watergate), Frank Serpico (corruzione nella Polizia di New York). Per una lista dettagliata vedi Deiseroth, USA 1997, pag. 2 e ss.

⁶ Nel 2005, l'ex vicedirettore dell'*FBI* rivelò di essere stato “Gola Profonda”, il misterioso informatore che in un buio garage sussurrava informazioni a B. Woodward e C. Bernstein, i due reporter del *Washington Post* che indagavano sullo scandalo Watergate, un mistero che per oltre trent'anni ha ossessionato l'America venne così svelato.
<http://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2005/05/31/AR2005053100655.html>

⁷ Il Caso Enron è forse, anche per la risonanza che ha avuto sugli organi di stampa di tutto il mondo, la migliore (o meglio, la peggiore) manifestazione di come il sistema, di regole e/o di norme posto a tutela del funzionamento dei mercati, e quindi degli investitori, possa dimostrarsi, in ultima istanza, inadeguato a fornire quegli elementi conoscitivi necessari per consentire investimenti sicuri, o quantomeno basati su di una reale consapevolezza della realtà aziendale.

⁸ *Time* del 30.12.2002: <http://www.time.com/time/personoftheyear/2002/>

⁹ *Business Week* online del 16.12.2002: http://businessweek.com/magazine/content/02_50/b3812094.htm

¹⁰ R. Frank

“Penso che dipenda dai valori e dall’etica che si apprendono nel corso della vita. Mia madre ha esercitato un’influenza straordinaria su di me ripetendomi spesso di non lasciarmi mai intimidire e di pensare sempre alle conseguenze delle mie azioni.

[...] Credo che questo possa essere il segnale del risveglio per tutto il paese. Tutti gli americani - insegnanti, madri, padri, professori universitari, dirigenti di società - hanno la responsabilità di dare un contributo e garantire la forza del tessuto etico e morale del paese”.

¹¹ Cynthia Cooper è la persona che ha segnalato le irregolarità di WorldCom, confronta cap. 1.4 .

1.4 Un alibi?

Qui di seguito è riportato un caso emblematico di *whistleblowing*:

“I made a protected disclosure to an employer alleging the company were about to breach a statutory/legal obligation. I did so by making reference to a contract for the sale of a business.

Upon doing so I was injuncted for possessing a confidential document and sued for breach of contract arising from same.

I have since had it confirmed by a forensic accountant that the sale to which the contract related was conducted in circumstances which indicate tax evasion, theft from the shareholders and money laundering.

A solicitor who has been helping me agrees that I did make a protected disclosure however he says that any Whistleblowing claim is weak because I was not injuncted/sued because of the breach I alleged in the protected disclosure, rather because I possessed a confidential document.

My point is that nonetheless the protected disclosure conveyed that I had a document which the company wished to cover up as it was evidence of their wrongdoing. The evidence of the fraudulent behaviour did not emerge till much later so I was not in a position to make it at the time.

It does seem sounds rather unjust that they can escape liability simply because I was unable to at the time identify precisely what it was they were trying to hide.

I know that the law and justice are often at odds, but I would like to verify the solicitors astute observation on the merits of a Whistleblowing claim in that circumstance and if it is that the weight of opinion concurs then so be it.”¹²

¹² <http://www.legalbanter.co.uk/uk-legal-legal-issues-uk/11931-whistleblowing-problem.html>

2 Whistleblowing come mezzo contro la corruzione

Il *whistleblowing* costituisce un campanello d'allarme interno tramite il quale riconoscere in anticipo sviluppi negativi e quindi adottare le appropriate contromisure prima che la propria reputazione risulti intaccata.

Chiaramente il fenomeno del Whistleblowing non deve essere posto in riferimento unicamente ai casi di corruzione ma anche ad altre attività illecite legate all'infrazioni di norme di sicurezza (vedi p.es. nel settore della costruzione di aerei), di diritto ambientale, di evasione fiscale oppure la distruzione di documenti che - se scoperti - possono permettere l'incriminazione di una o più persone¹³.

Considerato comunque lo stretto legame fra *whistleblowing* e lotta alla corruzione, il *whistleblowing* si presenta - secondo l'opinione del Prof. D. Jositsch - come un ottimo strumento per la lotta alla corruzione¹⁴.

2.1 Settore pubblico

Già nel 1997 i partecipanti alla "2nd European Conference of Specialised Services in the Fight against Corruption" denunciavano l'importanza del *whistleblowing* nella lotta alla corruzione:

*"[...] in order to fight corruption effectively, an appropriate system of protection for witnesses and other persons co-operating with the judicial authorities should be introduced, including not only an appropriate legal framework, but also the financial resources needed to achieve the result. Moreover, provisions should be made for the granting of immunity or the adequate reduction of penalties in respect of persons charged with corruption offences who contribute to the investigation, disclosure or prevention of crime."*¹⁵

Spesso però i potenziali *whistleblowers*, per paura di rappresaglie nei loro confronti, rinunciano ad effettuare una segnalazione.

Un'inchiesta effettuata su un campione di 1300 collaboratori del settore pubblico americano ha infatti mostrato come un terzo degli intervistati almeno una volta nel corso della propria vita professionale ha avuto prove di corruzione (o di pratica illegale) ma che più della metà non ha segnalato la propria scoperta, sebbene sapesse di poterlo fare.¹⁶

Gli esperti anticorruzione dell'ONU, con la pubblicazione del "UN anti-corruption Toolkit"¹⁷ (pag. 366) incoraggiano la segnalazione di personale corrotto che utilizza la propria posizione nella struttura pubblica per coprire ogni sorta d'illecito.

Sempre a tale proposito, anche Transparency International da anni si batte per una presa di coscienza sul tema, assumendo concrete iniziative per sensibilizzare i propri associati sulla necessità di adeguare i propri comportamenti ai principi etici che debbono regolare la vita delle istituzioni e delle imprese e sui benefici che scaturirebbero da tali comportamenti¹⁸.

Si sa infatti che il "costo" della corruzione incide pesantemente sulle sorti di tutte le economie nazionali ma questo dato resta comunque un fenomeno difficilmente quantificabile.

2.2 Settore privato

In un'inchiesta sulla criminalità economica svolta nel 2003, la società di revisione Price Waterhouse Coopers ha sostenuto l'implementazione di procedure interne sul *whistleblowing* che non discriminino i collaboratori che ne vogliono fare uso.¹⁹

Sembra però che l'integrazione del *whistleblowing* nella *Corporate Governance* di un'impresa a volte incontri resistenze culturali nonché atteggiamenti ostili da parte del management²⁰.

¹³ Deiseroth 2001, pag 9 3 ss.

¹⁴ Prof. D. Jositsch.

¹⁵ ETS N° 108.

¹⁶ Rothschild/Miethe, pag. 112.

¹⁷ http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_toolkit_sep04.pdf

¹⁸ Intervento di R. Provera.

¹⁹ PWC Global Report 2003, pag 12.

Del resto risulta praticamente impossibile poter sostenere con un calcolo costi-benefici di stampo puramente economico il fatto che l'introduzione di procedure a sostegno del *whistleblowing* possa portare dei benefici. È però interessante notare come le società che in passato sono state vittime delle criminalità economica, grazie all'inserimento di norme interne protettive a favore dei *whistleblowers*, siano riuscite a combattere questo problema²¹.

2.3 Corruzione in Svizzera

In Svizzera, il "Swiss Code of Best Practice" di Economiesuisse e la "Corporate Governance-Richtlinie" della Swiss Exchange valgono quali linee direttrici relative ad una buona Corporate Governance. In nessuno dei due testi sono però contenute raccomandazioni relative al *whistleblowing*.

Molto più attiva e sensibile sul tema risulta essere Transparency International Svizzera che in data 27 marzo 2006 ha attivato una propria hotline telefonica sul tema²². Tramite questo nuovo strumento, TI Svizzera vuole poter fornire consulenza specialistica a *whistleblowers* (che si possono annunciare mantenendo l'anonimato) nel nostro paese.

L'hotline è raggiungibile **ogni mercoledì dalle 10 alle 17** al numero di telefono **031 382 50 44** ed è supportata dal Prof. D. Jositsch del Rechtswissenschaftliches Institut di Zurigo (RWI).

Proprio il prof. D. Jositsch in una sua pubblicazione²³ ha stimato che i valori di copertura della corruzione in Svizzera si posizionano verso il 100%, con un 97% per i dipendenti dello Stato, anche se allo stesso tempo ammette di non poter garantire per le cifre riportate. Queste stime vengono confermate anche dagli esperti del TI i quali asseriscono che dal 97 al 99% dei casi di corruzione rimangono nell'ombra²⁴. Quindi, gli esperti del ramo ritengono che in Svizzera venga reso noto unicamente un caso di corruzione ogni cento realmente avvenuti.

In effetti il Prof. D. Jositsch stima che in Svizzera si verifichino tra i 1000 ed i 2000 casi di corruzione all'anno, sebbene la Svizzera, in base all'indice "TI Corruption Perceptions Index"²⁵, appartenga alla categoria dei paesi da seguire quale esempio.

TI ritiene che in Svizzera vi sia ancora margini di miglioramento, p.es. creando un centro di competenza federale in materia di corruzione ed indebolendo il tabù che colpisce il finanziamento dei partiti politici e delle campagne elettorali.²⁶

²⁰ Economist Intelligence Unit, pag. 24.

²¹ PWC Global Report 2003, pag 15.

²² <http://www.transparency.ch/wDeutsch/index.asp>

²³ Prof. D. Jositsch 2006

²⁴ <http://www.swissinfo.org/ita/swissinfo.html?siteSect=126&sid=6586554&cKey=1143622115000&ty=st>

²⁵ Nel TI Corruption Perceptions Index 2006, la Svizzera occupa la settima posizione. In base all'indice, le nazioni ancor meno corrotte della Svizzera sono: Finlandia, Islanda, Nuova Zelanda, Danimarca, Singapore e Svezia.

²⁶ <http://www.swissinfo.org/ita/swissinfo.html?siteSect=126&sid=7230542&cKey=1162825663000&ty=st>

3 Quadro normativo

3.1 A livello internazionale

A livello internazionale il whistleblowing è ancorato nella convenzione dell'ONU, UN Convention against Corruption (UN-CAC, A/58/422), articolo 33 “*Protection of reporting persons*”:

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

Ulteriori regolamentazioni relative al *whistleblowing* sono menzionate nelle:

- Direttive dell' Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), denominate “The OECD Guidelines for Multinational Enterprises”²⁷ (Parigi 2000) e nei “OECD Principles of Corporate Governance”²⁸ (Parigi 2004);
- Convenzione dell'Unione Europea denominata “Civil Law Convention on Corruption, EST n° 174”²⁹; convenzione che non è stata sottoscritta dalla Svizzera.

3.1.1 Inghilterra

Verso la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, l'Inghilterra è stata scossa da diversi scandali che hanno intaccato la fiducia del popolo inglese verso le grosse imprese private nonché verso le pubbliche istituzioni.

Così facendo è stato costituito il “Whistleblowing-NGO Public Concern at Work”³⁰ il quale nel 1998 ha poi introdotto le prime normative a protezione del Whistleblower³¹.

Il 2 luglio 1999 è stato introdotto il “Public Interest Disclosure Act”³² (PIDA), modello di normativa del Whistleblowing tutt'ora vigente che concentra i propri sforzi sulla prevenzione di pratiche illegali. Molti stati, quali Sudafrica e Giappone, hanno preso il PIDA quale modello di riferimento.

Le principali caratteristiche del PIDA sono le seguenti:

- Le pratiche illegali che rientrano nel campo d'applicazione del PIDA vanno dalle azioni penalmente rilevanti alle mancanze in ambito civile passando per gli errori di giustizia, le minacce per la salute pubblica, l'ambiente e la sicurezza, indipendentemente dal fatto che si tratti o meno d'informazioni riservate³³.
- La protezione del PIDA si estende a tutta la popolazione attiva ad eccezione degli indipendenti, dei collaboratori dell'esercito e dei servizi segreti³⁴.
- Una comunicazione interna che avviene in buona fede (*essentially honestly*) risulta tutelata quando il whistleblower dispone di un fondato sospetto circa il fatto che una pratica illegale abbia avuto od avrà luogo³⁵.
- In base alle stesse condizioni è pure prevista la possibilità di indirizzare la denuncia all'autorità competente (*Regulatory Disclosures*). Tra le autorità che entrano in considerazione possono essere citate: Health and Safety Executive, Inland revenue, Financial Services Authority e Environment Agency³⁶.

²⁷ OECD Guidelines for Multinational Enterprises

²⁸ OECD Principles of Corporate Governance

²⁹ Civil Law Convention on Corruption, EST N° 174: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/174.htm>

³⁰ <http://www.pcaw.co.uk>

³¹ PCaW, pag 6.

³² PIDA è parte integrante del contratto di lavoro inglese, venne infatti inserito quale “Parte 4 A” nel “*Employment Rights Act*” del 1996.

³³ PIDA sezione 43 B.

³⁴ PIDA sezione 43 K.

³⁵ PIDA sezione 43 C.

³⁶ PIDA sezione 43 F.

- L'utilizzo di altri canali quali la polizia, i parlamentari, le associazioni dei consumatori o l'informazione dell'opinione pubblica prevede - oltre alle condizioni poste per le istanze di cui sopra - l'adempimento di uno dei seguenti presupposti³⁷:
 - il whistleblower ha dei validi motivi per temere che una denuncia alle istanze interne od alle autorità formalmente preposte possa comportare delle ritorsioni nei suoi confronti o dei tentativi d'inquinamento o di distruzione delle prove;
 - una denuncia interna od alle autorità preposte abbia già avuto luogo;
 - si tratti di mancanze particolarmente gravi.
- Il PIDA sancisce il diritto dei lavoratori a non essere in alcun modo discriminati³⁸ (sotto forma di licenziamento, degradamento, riduzione di salario o mobbing) a seguito di una denuncia basata su questa normativa. Il *whistleblower* ha la possibilità di intentare una causa di risarcimento presso un tribunale del lavoro. Quale misura cautelativa, in attesa della sentenza, il tribunale su richiesta del *whistleblower*, può inoltre disporre la riassunzione³⁹. (In caso d'interruzione del rapporto di fiducia i tribunali sono però restii nell'ordinare tale misura cautelativa⁴⁰.)
- Il PIDA sancisce l'illegalità di clausole di segretezza nei contratti di lavoro allorché queste violino i principi ivi stabiliti⁴¹.

Il PIDA può essere considerato un esempio di legislazione in ambito di *whistleblowing* in quanto consente di eliminare un'incertezza giuridica statuendo a livello legislativo le condizioni e le istanze del *whistleblowing*.

3.1.2 Stati Uniti

Si può sicuramente affermare che negli Stati Uniti il *whistleblowing* è riconosciuto e accettato come parte integrante della cultura.

Interessante è vedere come il tema sia anche stato trattato in alcuni film di Hollywood come *Serpico*, *Silkwood*, *Marie* ed il più recente "The Insider". In questi film i *whistleblowers* sono spesso considerati come gli eroi della situazione.

Fissato culturalmente ed a livello legislativo già dagli anni trenta, il *whistleblowing* ha conosciuto maggiore notorietà negli anni sessanta e settanta (cfr. casi citati al cap. 1.4).

Nel pensiero giuridico statunitense non ci s'interroga sulla questione a sapere se il *whistleblower* sia degno di protezione o meno, bensì sul come rendere più effettiva possibile tale protezione⁴².

La legislazione americana regola sia il settore privato che quello pubblico. A livello federale troviamo le seguenti norme di protezione:

(a) *First Amendment*⁴³

Si tratta del primo articolo supplementare della Costituzione Americana e garantisce la libertà di espressione.

Se le esternazioni del *whistleblower* vertono su fattispecie di pubblico interesse, quest'ultimo potrà appellarsi al *First Amendment*, consapevole però che la sfera di protezione si limiterà unicamente al settore pubblico⁴⁴.

Il *First Amendment* appartiene alle normative predilette dal *whistleblower* esterno.

(b) *Civil Service Reform Act*⁴⁵

All'epoca della sua introduzione, il *Civil Service Reform Act* (CSRA) mirava ad una ristrutturazione del settore pubblico ed avrebbe dovuto creare delle norme a tutela dei collaboratori che venivano a conoscenza di pratiche illecite.

³⁷ PIDA sezioni 43 F; G, H.

³⁸ PIDA sezioni 47 B, 48 (1A), 103 A.

³⁹ PCaW, pag. 9.

⁴⁰ A. Myers, pag. 110.

⁴¹ PIDA sezione 43 J.

⁴² D. Graser, pag. 105.

⁴³ "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances".

⁴⁴ D. Graser, pag. 264.

⁴⁵ Il CSRA venne introdotto nel 1978, Pub L. 95-454 (1978), 92 Stat. 1111.

Essendo le regole per il *whistleblower* insufficienti, il testo di legge venne poi modificato e sfociò nel *Whistleblower Protection Act*⁴⁶ (WPA).

(c) *Whistleblower Protection Act*⁴⁷

Questa normativa impedisce all'amministrazione federale - in qualità di datore di lavoro - di discriminare i collaboratori che segnalano pratiche illecite proteggendo le segnalazioni legate a casi di azioni illegali, sperpero di mezzi pubblici, amministrazione infedele, abuso d'ufficio nonché di messa in pericolo della salute e della sicurezza pubblica.

Dopo la prima revisione del 1994⁴⁸ ora è in atto il secondo aggiornamento.

(d) *Federal False Claims Act*⁴⁹

Originariamente contenuto nella Legge della Guerra civile del 1863, è stato rivisto nel 1986 e costituisce lo strumento più efficace nella lotta alla truffa all'interno dell'amministrazione federale.

Questa norma consente ai cittadini di citare in giudizio chi si appropria indebitamente di patrimoni nell'ambito di relazioni commerciali con lo Stato.

(e) *Sarbanes-Oxley Act*⁵⁰

Quale reazione agli scandali finanziari che hanno scosso i settori del mondo economico-finanziario americano (Enron, WorldCom e FBI), nell'estate del 2002 il legislatore americano ha promulgato il Sarbanes-Oxley Act (SOX); un imponente e discusso corpus di disposizioni che sono state poi introdotte negli Stati Uniti.

Le nuove regolamentazioni legate a SOX non concernono unicamente le società americane ma tutte le aziende le cui azioni vengono trattate sul mercato borsistico americano o la cui casa madre è quotata negli USA nonché tutte le società di revisione che offrono i loro servizi alle sopraccitate aziende. Le regolamentazioni legate a SOX hanno quindi delle ripercussioni anche su diverse multinazionali svizzere.

La sezione 806 di SOX, denominata "*Protection For Employees Of Publicly Traded Companies Who Provide Evidence Of Fraud*"⁵¹, prevede un potenziamento delle norme protettive dei *whistleblowers*, imponendo alle aziende che vi sottostanno di implementare dei processi che garantiscano ai propri collaboratori la possibilità di segnalare anonimamente determinate fattispecie. Queste segnalazioni possono essere indirizzate indistintamente alle istanze aziendali preposte, alle autorità penali oppure ad un deputato al Congresso.

Quale protezione del collaboratore SOX prevede la sua riassunzione (in caso di licenziamento quale misura di ritorsione), la rifusione del salario dovuto, delle spese processuali e di rappresentanza, nonché il risarcimento dei danni morali.

Una simile protezione della disdetta si spiega con l'esistenza negli Stati Uniti della dottrina "*employment at will*", la quale prevede la possibilità per le parti di sciogliere il rapporto di lavoro in qualsiasi momento senza la necessità di indicare motivi particolari.

3.2 Svizzera

Nel 2003, a seguito di una mozione del Consigliere Nazionale Remo Gysin (del 7 maggio 2003) volta a proteggere i collaboratori che denunciano casi di corruzione, il tema del *whistleblowing* è stato discusso dal Consiglio Federale ed in seguito introdotto nel rapporto del CF sulla prevenzione della corruzione (ad 99.3388 del 16 giugno 2003, pag 4463 e ss).

Dopo lunghe discussioni Il Consiglio Federale ha raccomandato di rifiutare l'iniziativa in quanto il rafforzamento della protezione della disdetta per i *whistleblowers* avrebbe costituito una riforma di fondo del diritto del lavoro svizzero ed avrebbe quindi avuto conseguenze negative sul mercato del lavoro.

Anche l'associazione svizzera dei datori di lavoro non ha visto la necessità d'intervento, sottolineando inoltre il rischio non trascurabile di difficoltà interne, contenziosi giuridici nonché oneri amministrativi supplementari⁵².

⁴⁶ Deiseroth, USA 1997, pag. 11.

⁴⁷ Il WPA venne introdotto nel 1989, Pub. L. 101-12, 103 Stat. 16 (1989), cod. U.S.C.A § 1201.

⁴⁸ Public Law 103-424.

⁴⁹ 31 U.S.C §§3729-3733.

⁵⁰ La normativa prende il suo nome da Paul Sarbens e Michael Oxley.

⁵¹ Per una visione completa di tutte le sezioni di SOX: <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/gwbush/sarbanesoxley072302.pdf>.

⁵² Cfr. www.arbeitsgeber.ch, presa di posizione del 05.04.2006 dal titolo „Kein Anlass für mehr Schutzbestimmungen beim Whistleblowing“.

Il 10 marzo 2006 il Consiglio Federale ha accolto il testo della mozione rielaborato dal Consiglio agli Stati che prevedeva la possibilità di denunciare irregolarità al pubblico solo quale ultima ratio.

Alla luce della forte opposizione scaturita in fase di consultazione, la Commissione Federale delle Banche rinunciò da parte sua a sancire un obbligo d'implementazione del *whistleblowing* per le banche, escludendo quindi il tema dalla Circolare CFB-RS 06/6 del 27.09.2006 sulla sorveglianza e i controlli interni, entrata in vigore lo scorso 1° gennaio 2007.

4 Ulteriori elementi del quadro giuridico svizzero

Vent'anni or sono un collaboratore di Roche informò la Commissione Europea degli accordi sui prezzi sul mercato delle vitamine. Il collaboratore fu licenziato e condannato a 12 mesi di detenzione a seguito della querela sporta dalla Roche⁵³.

Come si presenta la situazione oggi in Svizzera?

4.1 Obblighi del lavoratore

Il *whistleblowing* si trova in contrasto con gli obblighi di segretezza e lealtà del lavoratore nei confronti del suo datore di lavoro. Egli è infatti tenuto a garantire fedelmente gli interessi del datore di lavoro (concetto di diligenza e fedeltà) sanciti dall'art. 321a, cpv 1 del CO:

“Il lavoratore deve eseguire con diligenza il lavoro assegnatogli e salvaguardare con fedeltà gli interessi legittimi del datore di lavoro.”

Denunce verso l'esterno non comportano unicamente dei danni finanziari per l'azienda ma possono portare inoltre ad un (ben maggiore) danno reputazionale.

Vi è dunque da chiedersi se il *whistleblowing* esterno sia conciliabile con gli obblighi di fedeltà del lavoratore stabiliti dalla legge.

Il Tribunale Federale assunse una violazione dell'obbligo di fedeltà nel caso di un lavoratore che - all'insaputa della direzione - di notte aveva girato un filmato all'interno dell'azienda per poi metterlo a disposizione di un'emittente televisiva.

Secondo il Tribunale Federale il *whistleblowing* esterno doveva forzatamente essere preceduto dal ricorso a tutte le possibili istanze interne all'azienda⁵⁴.

Il concetto di diligenza e fedeltà sancito dall'art. 321a del CO riprende inoltre un obbligo di confidenzialità e segretezza, al cpv 4:

“Durante il rapporto di lavoro, il lavoratore non può utilizzare né rilevare fatti di natura confidenziale, segnatamente i segreti di fabbricazione e di affari, di cui ha avuto conoscenza al servizio del datore di lavoro; egli è tenuto al segreto anche dopo la fine del rapporto di lavoro nella misura in cui la tutela degli interessi legittimi del datore di lavoro lo esiga.”

Come confermato dal Tribunale Federale questi obblighi coprono anche la conoscenza di azioni penalmente rilevanti o in qualche modo non consentite a meno che interessi preponderanti da parte di terzi o del pubblico non ne giustifichino la denuncia.

Una violazione dell'obbligo di segretezza non comporta unicamente una responsabilità civile da parte del collaboratore, bensì anche delle conseguenze penali, vedasi i seguenti articoli⁵⁵:

Art. 321e, cpv 1 del CO “Il lavoratore è responsabile del danno che cagiona intenzionalmente o per negligenza al datore di lavoro.”

Art 162 del CP “Chiunque rivela un segreto di fabbrica o commerciale, che aveva per legge o per contratto l'obbligo di custodire, chiunque trae profitto per sé o per altri da questa rivelazione, è punito, a querela di parte, con la detenzione o con la multa.”

Il *whistleblowing* esterno in Svizzera è pertanto consentito in un ambito assai ristretto.

⁵³ Art 162 (Violazione del segreto di fabbrica o commerciale) e art 273 (Spionaggio economico) del CP. Cfr in generale sentenza della Corte della giustizia delle Comunità europee, del 07.11.1985, Rechtssache 145/83, Slg. 1985, 3549 ss.

⁵⁴ DTF 127 III 310 e ss. M.w.H. auf die Rechtslehre.

⁵⁵ DTF 127 III 310 e ss; vedi anche il caso Roche citato in precedenza.

4.2 Protezione della disdetta

I contrari ad una regolamentazione del *whistleblowing* sostengono che il diritto vigente in Svizzera già esclude la disdetta del rapporto di lavoro con il collaboratore interessato.

Si potrebbe infatti affermare che il licenziamento di un *whistleblower* potrebbe costituire una disdetta del rapporto di lavoro esercitata a titolo di ritorsione ("Rachekündigung"); e quindi essere considerata abusiva ai sensi dell'art. 336 cpv 1 lit. d del CO:

“La disdetta è abusiva se data perché il destinatario fa valere in buona fede pretese derivanti dal rapporto di lavoro.”

La dottrina presuppone però che il *whistleblowing* avvenga in base al principio della buona fede. In caso di denuncia verso l'esterno occorre inoltre che questa rispetti il principio della proporzionalità⁵⁶.

Il criterio della buona fede comporta il fatto che per fruire della protezione sancita dall'art. 336 del CO, il collaboratore disponga di motivi validi per ricorrere al *whistleblowing*, ma proprio quest'ultima condizione potrebbe rivelarsi un'arma a doppio taglio per il *whistleblower*.

Se prendiamo per esempio il caso della Germania, vediamo come la dottrina tedesca non esclude che al collaboratore possa venir negata la protezione della disdetta malgrado l'esistenza di un pubblico interesse alla denuncia⁵⁷.

La denuncia di una pratica illegale o contraria alle direttive interne di un'azienda o ancora contraria all'etica potrebbe, in effetti, anche rivelarsi di pubblico interesse ma celare ciò nonostante motivi di carattere personale (ad esempio a seguito di una mancata promozione); in simili casi il criterio della buona fede assume una connotazione centrale e spesso per il collaboratore di un'azienda diventa estremamente difficoltoso "difendersi".

Vi è dunque da chiedersi se il *whistleblowing* debba o meno essere considerato nell'ambito dei motivi degni di protezione da una disdetta abusiva o se non debba essere piuttosto sancito separatamente in una norma che prenda in considerazione sostanzialmente l'esistenza d'interessi pubblici preponderanti (al di là di eventuali interessi personali del collaboratore).

La protezione della disdetta non dovrebbe ovvero essere vincolata dai motivi personali del collaboratore bensì scattare ogni qualvolta sussista un pubblico interesse – preponderante - alla scoperta di pratiche illecite o contrarie all'etica.

In caso contrario l'opinione pubblica verrebbe a conoscenza di simili pratiche unicamente nel caso in cui il collaboratore fondi la sua denuncia su motivi moralmente ineccepibili.

Vi è dunque da chiedersi se il *whistleblowing* può essere considerato nell'ambito degli altri motivi degni di protezione della disdetta o se non debba essere sancito separatamente in una norma che prenda in considerazione una valutazione basata anche sull'esistenza d'interessi pubblici preponderanti.

Per migliorare la protezione dei *whistleblowers* in Svizzera sarebbe quindi necessario creare una legge che prenda in considerazione fattori come:

- l'interesse pubblico predominante (p. es. in caso di corruzione);
- la constatazione che un caso specifico non sarebbe mai venuto alla luce se non grazie alla segnalazione del *whistleblower*;
- il *whistleblower* non aveva e non ha ottenuto alcun vantaggi personale;
- il mantenimento dell'anonimato nel caso in cui venga esplicitamente richiesto dal *whistleblower*.

Questo sarebbe indicato anche in considerazione del fatto che, in caso di disdetta abusiva il rapporto di lavoro risulta comunque interrotto ed il *whistleblower* avrebbe al massimo diritto ad un risarcimento pari a sei mensilità, come definito dall'art. 336a cpv. 2 del CO:

“L'indennità è stabilita dal giudice, tenuto conto di tutte le circostanze, ma non può superare l'equivalente di sei mesi di salario del lavoratore. Sono salvi i diritti al risarcimento del danno per altri titoli giuridici.”

Alla luce delle difficoltà che il collaboratore incontrerebbe nel reperimento di un nuovo impiego, tale risarcimento risulta essere poco equo e come tale disincentiva, di fatto, la pratica del *whistleblowing*.

⁵⁶ U. Streiff – A. Von Kaenel 2006.

⁵⁷ Cfr. Urteil BAG del 03.07.2003, nel: NJW 2004 1547 e ss.

4.3 Caso Meili

Non si può discutere questo tema senza non ricordare il caso di *whistleblowing* più eclatante che ha scosso il settore bancario svizzero dieci anni or sono; il caso Meili⁵⁸.

Christoph Meili era impiegato quale guardiano notturno presso l'Unione di Banche Svizzere (ora UBS SA) a Zurigo e durante un turno di ronda trovò e salvò dal macero documenti comprovanti l'esistenza dei fondi neri ebraici.

La scoperta di Meili alimentò ulteriormente la battaglia iniziata dai rappresentanti della comunità ebraica, la quale voleva chiarire il ruolo delle banche svizzere durante la Seconda Guerra Mondiale.

Meili, confrontato anche a minacce di morte, fuggì negli Stati Uniti con la propria famiglia, dove venne osannato e coccolato dalle organizzazioni ebraiche mondiali. Al momento dei fatti Meili in un'intervista disse:

*“Wenn Gott diese Akten in die Hände gibt, so muss ich etwas damit unternehmen”*⁵⁹.

L'accordo finale, siglato il 12 agosto 1998 per un importo di USD 1.25 miliardi (principalmente pagati da Credit Suisse Group e UBS SA), fu reso possibile grazie alla mediazione dell'allora sottosegretario di Stato Stuart Eizenstat ed il giudice federale Edward Norman.

A Meili ed alla consorte vennero versati USD 325'000 ciascuno dalla corte federale di New York nell'ambito di una transazione giudiziaria.

A dieci anni di distanza Christoph Meili vive ancora in America, ma non nasconde il proprio smarrimento dopo la precipitosa fuga dalla Svizzera e la relativa perdita di tutte le cose più care: famiglia, amici e patria.

In una recente intervista Meili affermò che non rifarebbe più quello che ha fatto in quanto il prezzo da lui pagato è stato troppo alto:

*“Ich hätte einfach nur meinen Job machen und mich nicht in fremde Angelegenheiten einmischen sollen”*⁶⁰.

4.4 Riflessione

Considerando l'incertezza che vige attorno alla protezione della disdetta, l'esigenza dell'anonimità della denuncia così come prevista da SOX riveste un ruolo di fondamentale importanza.

Gli sviluppi giurisprudenziali in Europa – generalmente non positivi quanto quelli statunitensi nei confronti del *whistleblowing*⁶¹ – mettono in discussione la liceità di tali denunce anonime basandosi sostanzialmente sulla legislazione in materia di protezione dei dati.

Riassumendo è possibile affermare che un'azienda può approfittare di una hotline interna per il *whistleblowing* nella misura in cui avrà la possibilità di riconoscere anticipatamente le irregolarità, e quindi sanarle prima che possano causare un danno di reputazione.

Oltre all'ottemperanza dei requisiti giuridici, il successo di una simile hotline dipende dalla capacità della direzione di creare una cultura aziendale che lasci spazio ad una comunicazione aperta e promuova principi d'integrità e di *compliance*. A questo si aggiunge pure la capacità di trattare le denunce con strumenti adatti.

Al fine di garantire una protezione adeguata - sia per il *whistleblower* che per l'azienda - è necessario che l'organizzazione preposta a trattare le denunce interne (come descritto al cap. 6.2. solitamente vi è il coinvolgimento di unità quali: Compliance, Legal o Internal Audit) sia soggetta alla protezione della confidenzialità (ad esempio il segreto professionale degli avvocati).

Indipendentemente da tutte le misure cautelari, tutt'oggi i lavoratori europei devono purtroppo essere consapevoli del fatto che – in base alla percezione culturale in Europa – il *whistleblowing* sicuramente non può essere considerato come un mezzo per favorire la propria carriera.

⁵⁸ caso che scoppiò l'8 gennaio 1997.

⁵⁹ NZZ 2006.

⁶⁰ NZZ 2006.

⁶¹ Vedi per esempio le decisioni prese in Francia dalla Commission National de l'Informatique et de Liberté (CNIL) 2005-110 e 2006-147, http://www.cnil.fr/index.php?id=24&no_cache=1



© Pressdram, 2004

5 Corporate Governance

5.1 L'utilità di una buona Corporate Governance

I principi di *Corporate Governance* dell'OECD, focalizzati sul settore privato citano:

*"[...]a set of relationships between the company's management, its board, its shareholders and the stakeholders. Corporate Governance also provides the structure through which the objectives of the company are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance are determined."*⁶²

Se prendiamo in considerazione il settore privato, vediamo come la *Corporate Governance* permette di elaborare processi e comportamenti che regolino le relazioni interne ed esterne all'impresa, come pure i rapporti con le diverse parti coinvolte.

Nel caso del settore pubblico, tra gli aspetti fondamentali che devono essere tenuti in considerazione, troviamo da una parte l'equilibrio tra indipendenza e controllo statale, mentre dall'altra vi è il bisogno di rispettare la privacy e la riservatezza nei rapporti commerciali.

Come già discusso in precedenza, risulta difficile far adottare ad un'impresa privata misure di protezione per i *whistleblowers*, introducendo quindi misure restrittive in materia di *Corporate Governance* senza intravedere un'utilità a corto termine.

Probabilmente l'utilità principale risiede nel fatto di avere la possibilità di gestire internamente le problematiche identificate prima che queste diventino pubbliche, evitando così rischi di reputazione difficilmente quantificabili.

Ogni impresa dovrebbe quindi analizzare regolarmente il proprio sistema di *Corporate Governance* nonché l'efficienza delle proprie procedure interne introdotte a supporto dei *whistleblowers*. Ciò minimizza l'eventualità che una determinata problematica venga resa pubblica prima che internamente siano state effettuate le verifiche del caso.

5.2 Il caso inglese

Se analizziamo il caso inglese, vediamo come il PIDA, sancendo anche la possibilità di denunciare eventuali mancanze all'opinione pubblica, ha di fatto incentivato l'implementazione di misure di *whistleblowing* interno nelle aziende.

Infatti, secondo l'opinione della "*Whistleblowing-NGO Public Concern at Work*" l'efficacia del PIDA non va misurata in base al numero di denunce inoltrate o all'ammontare dei risarcimenti corrisposti bensì alla creazione di una cultura aziendale nella quale il collaboratore possa portare le proprie osservazioni in modo trasparente e costruttivo senza dover temere ritorsioni o ritorsioni⁶³.

Il fatto che parecchie aziende si siano attivate seriamente al fine di implementare adeguate misure per il *whistleblowing* interno rende lecita la conclusione che l'introduzione del PIDA può essere considerata un successo.

⁶² OECD Principles of Corporate Governance, 2004.

⁶³ PCaW pag 2.

6 Il Whistleblowing nell'impresa

6.1 Organizzazione

Un sistema efficace per raccogliere segnalazioni interne dovrebbe comprendere:

- un “codice di condotta” molto esplicito in cui si ribadisca che comportamenti irregolari non sono ammessi o tollerati dall'organizzazione, unitamente ad una esemplificazione dei tipi di comportamento che rientrano in tale quadro;
- la garanzia assoluta di riservatezza relativamente al personale che decida di inoltrare le proprie segnalazioni;
- un canale che consenta la possibilità di inoltrare le segnalazioni al di fuori della propria linea manageriale;
- sanzioni nei confronti di chi propaga dichiarazioni false o tendenziose;
- un'indicazione del modo corretto con cui, quando indispensabile, sia possibile inoltrare eventuali segnalazioni anche al di fuori dell'organizzazione.

È buona prassi che il management specifichi formalmente e in modo esauriente i percorsi che il personale può seguire per inoltrare internamente le proprie segnalazioni e che siano introdotte solide procedure che assicurino che le segnalazioni inoltrate vengano pienamente prese in considerazione.

Per assistere il personale che decide di manifestare le proprie preoccupazioni, molte organizzazioni hanno pubblicato una direttiva interna sul *whistleblowing*.

6.2 Direttiva interna sul Whistleblowing

Le caratteristiche principali di una direttiva interna sul *whistleblowing* sono le seguenti: ⁶⁴

- L'ambito di copertura della direttiva interna deve comprendere frodi, corruzione e abusi, comportamento criminale o illegale, danni alla salute e alla sicurezza, ecc.
- Di norma, l'organizzazione si impegna a realizzare gli standard massimi e, in particolare, a coinvolgere il personale nell'elaborazione delle procedure da seguire per effettuare segnalazioni in via riservata. L'organizzazione s'impegna a controllare la procedura interna, mantenendo un archivio della documentazione riservata su tutte le questioni affrontate nel quadro della politica di *whistleblowing* e assicurando che verrà costituita un'apposita commissione che riceverà le relazioni contenenti una valutazione dell'efficacia della direttiva interna ed eventuali modalità emergenti.
- L'organizzazione incoraggia i dipendenti ad effettuare le proprie eventuali segnalazioni, magari unitamente ad un collega o altra persona. Dovrebbe essere inserita una promessa di sostegno e di riservatezza, ove possibile. Inoltre, la segnalazione non dovrebbe essere prefigurata come un'infrazione disciplinare che dissuaderebbe il personale dall'esprimere le proprie preoccupazioni. Dovrebbe essere esplicitato l'impegno specifico ad assicurare che chiunque esprimerà le proprie preoccupazioni non subirà ripercussioni negative sulla propria carriera.
- I dipendenti vengono stimolati a segnalare i propri sospetti all'interno dell'organizzazione, anziché sottovalutarne la portata oppure sollevarli all'esterno. La direttiva dovrebbe inoltre sottolineare che, in certi casi, la legge assicura protezione a coloro che, in tutta onestà e ragionevolezza, ritengono sostanzialmente vere le informazioni che rivelano o le affermazioni che fanno.
- Dovrebbe essere previsto un percorso flessibile per effettuare le eventuali segnalazioni. Nella maggior parte dei casi, la comunicazione verrà fatta al proprio capo diretto. Si deve comunque prevedere che la segnalazione possa essere fatta, a discrezione di chi la rivela, direttamente ad unità come: Compliance, Legal o Internal Audit o a un dirigente, o addirittura ad un membro del CdA. Ai dipendenti deve essere data la possibilità di chiedere un incontro riservato, sottolineando che, in tal caso, entrambe le parti dovranno trattare tali contatti con la dovuta riservatezza.
- Deve essere prevista la possibilità che vi possano essere circostanze eccezionali in cui potrebbe essere meglio rivolgersi ad un ente esterno.

⁶⁴ A.I.I.A.

- Si dovrebbe assicurare che tutte le segnalazioni verranno esaminate attentamente ed in modo esauriente e che ad esse faranno seguito azioni opportune. Si deve prevedere un'indagine interna oppure condotta da persone indipendenti che garantisca equità a tutte le parti coinvolte. Se richiesto, l'organizzazione deve fare in modo che la persona che ha fatto la segnalazione venga informata dell'esito dell'indagine e delle azioni intraprese.
- L'organizzazione deve impegnarsi a prendere atto della segnalazione entro breve periodo (p.es. sette giorni), indicando anche il modo ed i tempi in cui si ripropone di affrontare la questione. Qualora si decida di non procedere ad un'indagine, dovranno esserne riferiti i motivi. Si deve assicurare alla persona che ha fatto la segnalazione che, per quanto possibile, verrà informata sull'esito dell'indagine, fermo restando determinati vincoli.

6.3 Whistleblowing Form

Come descritto in precedenza, una segnalazione può avvenire sia verbalmente che per iscritto (lettera, fax, email).

Di norma, le grosse aziende operanti a livello internazionale utilizzano sistemi che facilitano l'anonimato e possono essere utilizzati 24 ore su 24, quali:

- Hotlines telefoniche
- Mailbox

Per la raccolta strutturata delle informazioni viene messo a disposizione del collaboratore un "Whistleblowing Form" sul quale sono riportate alcune domande atte a ricostruire l'accaduto.

Di seguito i punti che il "Whistleblowing-NGO Public Concern at Work"⁶⁵ consiglia d'introdurre nel formulario:

- *Name of person making the report (optional if not submitted on anonymous basis)*
- *Nature of concern/incident (please give as much information as possible)*
- *When did this activity occur? (approx. date)*
- *Is it still occurring?*
- *Has this activity been reported to another person/body either inside or outside the firm?*
- *If yes, please advise to whom and when this report was made*

Se l'impresa dispone di un "Whistleblowing Form", il collaboratore intenzionato ad effettuare una segnalazione può semplicemente compilare il formulario ed inviarlo all'autorità preposta nella direttiva interna (p.es. mailbox whistleblowing).

6.4 Formazione interna

Per creare all'interno delle organizzazioni il clima che rende possibile dire di "no" davanti alle cose alle quali la propria coscienza morale impone una simile risposta, è fondamentale il coinvolgimento del management ("*the leaders set the tone*") nonché l'introduzione di un programma di formazione e sensibilizzazione sul *whistleblowing*.

La formazione dovrebbe venir organizzata su due livelli:

- 1° livello: all'assunzione di un nuovo collaboratore dovrebbe venir organizzata una sessione di formazione, durante la quale si illustrano le principali direttive interne e regolamentazioni esterne alle quali bisogna attenersi nonché i diritti ed i doveri del singolo all'interno dell'azienda. Il *whistleblowing* è sicuramente una tematica da illustrare durante tale intervento di formazione (concetto di base, direttiva interna, Whistleblowing Form).
- 2° livello: con scadenza regolare di 2-5 anni, dovrebbero venir organizzate delle sessioni di formazione tali che il collaboratore sia consapevole delle normative interne ed esterne alle quali deve attenersi o alle quali può far capo. Anche in questi moduli il *whistleblowing* è una tematica da trattare.

⁶⁵ <http://www.pcaw.co.uk>

6.5 Controlli

Il Whistleblowing non è sicuramente da interpretare quale unico strumento utilizzabile per portare alla luce illeciti che vengono svolti all'interno di un'impresa.

Un studio svolto nel 2001 ha mostrato come un terzo dei casi di criminalità economica sia stato scoperto per caso (presso il 32% delle società interpellate) ed unicamente nel 27% dei casi attraverso segnalazioni di *whistleblowers*⁶⁶.

L'introduzione di procedure interne a protezione dei *whistleblowers* permette di supportare le diverse attività di controllo effettuate all'interno dell'impresa, allargandone il proprio spettro.

Non bisogna infatti sottovalutare il fatto che i rischi inerenti lo sviluppo dei moderni assetti finanziari e della complessità e velocità del business aziendale comporta maggiori sforzi nel monitoraggio del sistema globale.

È quindi facile comprendere l'estrema importanza che può avere la segnalazione di un *whistleblower* sia per quanto riguarda l'identificazione di un problema che per la velocità di risoluzione dello stesso.

⁶⁶ PWC Global Report 2003, pag 12.

7 Uno sguardo alla realtà aziendale Svizzera

La seguente tabella fornisce una visione d'insieme su alcune delle principali società svizzere quotate alla NYSE e che quindi devono allinearsi alla regolamentazione prevista da SOX sul *whistleblowing*.

Queste informazioni sono state reperite dal codice di condotta pubblicato sul sito internet delle singole società che fa spesso riferimento ad una direttiva interna sul *whistleblowing*.

	<i>Diritto di notifica del collaboratore</i>	<i>Unità interne coinvolte nella notifica</i>	<i>Formazione prevista ai collaboratori</i>	<i>Notifica anonima possibile</i>	<i>Divieto di discrimi- nazione</i>
Ciba	Si	Compliance	Si	Si	Si
Credit Suisse Group	Si	Legal e Compliance	No	Si	Si
Novartis	Si	Compliance	No	No	Si
Swisscom	Si	General Counsel	No	Si	Si
Syngenta	Si	Compliance	Si	Si	Si
UBS	Si	Superiori, Senior Management, Compliance, Audit Committee	Si	Si	Si

Fonte: www.cibasc.com, www.credit-suisse.com, www.novartis.com, www.swisscom.com, www.syngenta.com, www.ubs.com

Come ci si poteva immaginare, essendo le società indicate quotate alla borsa di New York, i risultati ottenuti sono molto simili.

Tutte le società in questione assicurano il diritto di notifica al collaboratore nonché il divieto di discriminazione.

Per quanto riguarda l'iter procedurale si può vedere come l'unità Compliance sia praticamente sempre coinvolta, spesso quale seconda istanza in collaborazione con il Management.

Informazioni meno precise sono invece reperibili per quanto riguarda la formazione prevista per i collaboratori. Infatti in soli in 3 casi (50%) sul sito internet veniva espressamente menzionato il fatto che vi erano delle formazioni specifiche.

Per quanto riguarda Novartis, sulla homepage non è attualmente presente alcun riferimento alla possibilità d'effettuare una segnalazione anonima.

8 Conclusione

Uno studio americano asserisce che imprese reputate altamente etiche hanno sei volte più probabilità di ottenere fedeltà dai propri dirigenti, mentre il 79% dei dipendenti poco convinti dell'integrità dei propri superiori percepisce come oppressivo o non interessante il lavoro svolto in azienda e prevede di abbandonarlo al più presto⁶⁷.

L'utilizzo di meccanismi di protezione dei *whistleblowers* all'interno di una struttura, sia essa pubblica o privata, offre la possibilità di attestare come la componente etica, la quale promuove a sua volta criteri di trasparenza e di integrità, sia per un'azienda di fondamentale importanza.

Il punto focale è tuttavia costituito dalle modalità con le quali una denuncia da parte di un collaboratore per pratiche illegali, contrarie ai regolamenti o ancora alla morale comune, può trovare concreta applicazione. La sfida maggiore consiste nel riuscire a trovare un giusto equilibrio tra una regolamentazione che garantisca sicurezza ed un sistema che scoraggia le persone ad esporsi. La maggior minaccia per un'organizzazione sarebbe quella di non riuscire a riconoscere e sviluppare questo genere di riforma, abbandonando il *whistleblower* a se stesso, rischiando così anche di danneggiare - magari ingiustamente - la reputazione dell'impresa.

Le considerazioni esposte in precedenza indicano che non può essere preso in considerazione un appoggio incondizionato da un lato, o un rifiuto a priori del sistema di *whistleblowing* dall'altro.

E' indispensabile che siano tenuti in giusta considerazione i differenti aspetti culturali e storici, (vedi l'esempio degli Stati Uniti e dell'Europa) per capire perché - in casi estremi - negli Stati Uniti un *whistleblower* viene festeggiato come una star, mentre in Europa viene considerato come una subdola spia.

Per quanto riguarda la Svizzera, abbiamo visto che se si volesse migliorare la protezione dei *whistleblower* bisognerebbe modificare le singole disposizioni legali che attualmente sono d'intralcio a casi giustificati di *whistleblowing*, nonché creare una legge atta a regolare tutte le modalità in relazione a queste segnalazioni.

Non credo inoltre che le imprese debbano temere una perdita di coesione e produttività per effetto di disposizioni che apprestino un'efficace tutela nei confronti di coloro che decidano di portare allo scoperto le illegalità di cui sono testimoni; specie se una simile tutela si inquadra in un complesso di iniziative tali da attuare efficacemente, ma anche di esprimere chiaramente, l'impegno degli organi dirigenti alla creazione di un clima di integrità in azienda.

Ogni impresa, chinandosi sulla problematica del *whistleblowing*, ha la possibilità di rimettere in discussione la qualità della propria *Corporate Governance* e di conseguenza di rivedere e migliorare le proprie procedure interne aumentando così la possibilità di gestire internamente le problematiche che potrebbero venir identificate da un *whistleblower* prima che queste informazioni diventino di dominio pubblico ed evitare così rischi di reputazione difficilmente quantificabili.

Ma allora è possibile dare una risposta al titolo scelto per questo lavoro di diploma:

“Whistleblowing: opportunità o semplice alibi?”

Ritengo che per tutti noi sia intuitivamente facile considerare il *whistleblowing* un'opportunità all'interno di ogni impresa in quanto lo identifichiamo come una pratica moralmente giustificata; questa può tuttavia facilmente trasformarsi in semplice alibi nella misura in cui non venga considerata come un dovere morale tale da essere protetto dalla legge.

L'evoluzione futura in questo ambito potrà sicuramente aiutarci a capire dove bisognerà tracciare la soglia di diritto.

⁶⁷ S. Rosoff – R. Tillman – H. Pontell.