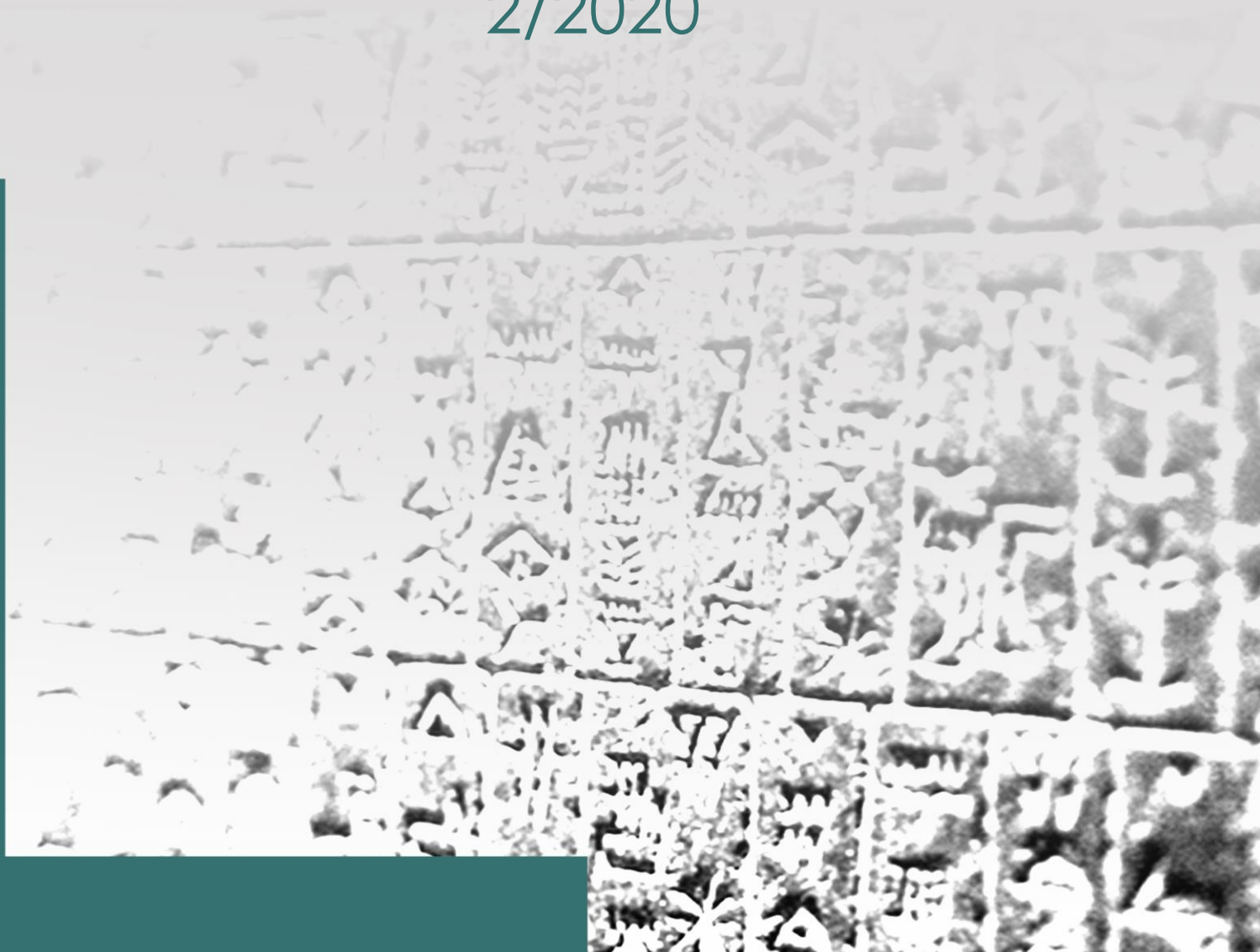


dis
CRIMEN

RIVISTA
2/2020



IL *WHISTLEBLOWING* E IL CONTRASTO DEI REATI CONTRO
LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. NOTE MINIME FRA TEORIA E PRASSI *

SOMMARIO 1. Funzione del *whistleblowing* e distonie. — 2. I fattori di ostacolo al *whistleblowing*. — 2.1. Il timore di subire conseguenze negative. — 2.1.1. (*segue*) il *whistleblower*: ragioni della segnalazione e difformità dal vero. — 2.2. La preoccupazione di recare danno agli interessi dell'ente di appartenenza. — 2.3. Gli effetti derivanti dalla sottovalutazione del disvalore dei comportamenti devianti.

1. Funzione del *whistleblowing* e distonie

Della rilevanza che il *whistleblowing* ha/può avere nel contrastare comportamenti devianti nel settore della pubblica amministrazione (intesa in senso lato) o in quello privato è facile dire: molti (forse la più parte) di tali comportamenti vanno a incrementare la area della c.d. cifra oscura¹, formula che tradizionalmente designa il territorio dei fatti bensì commessi, ma che rimangono ignoti all'accertamento giudiziario².

Sempre procedendo per semplificazioni, la non emersione di tali comportamenti e il loro rimanere comunque al di sotto della soglia che implica una risposta 'istituzionale' (e quindi non necessariamente 'penale' veicolata tramite il processo) derivano da una molteplicità di fattori, dei quali non è possibile qui neppure tentare l'inventario. Fra di essi, due tuttavia sembrano spiccare in modo peculiare, soprattutto

* Si tratta del testo rielaborato della relazione tenuta al Convegno "Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità" organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università Statale di Milano (18-19 novembre 2019) e destinato agli Atti del Convegno.

¹ Per i riferimenti essenziali, cfr. per tutti FORTI, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su 'cifre nere' e funzione generalpreventiva della pena*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 53.

² In proposito, sulla difficoltà di rilevazione e determinazione quali-quantitativa dei fatti latamente corruttivi, v. DAVIGO, MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Bari, 2007. Sotto altro punto di vista, cfr. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfofi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000.

to se li si connette con il tema del *whistleblowing*: ma prima di dar conto di quest'ultimo profilo, conviene una breve precisazione a proposito del termine 'istituzionale' poc'anzi adoperato.

Sebbene la procedibilità del delitto di corruzione fra privati sia ormai d'ufficio (e non più a querela com'era nell'originaria previsione dell'art. 2635 c.c.), non deve sfuggire che nella prassi degli enti privati, di fronte alla scoperta di comportamenti illeciti di rilievo anche penale, non è infrequente una definizione della vicenda secondo modalità – per così dire – 'riservate'. A spiegazione di siffatta opzione viene adottata l'esigenza (talvolta poco plausibile) di non rendere manifesti eventuali deficit organizzativi (che hanno reso possibile l'illecito), ovvero evitare la pubblicizzazione di situazioni che certo non trasmetterebbero un'immagine positiva dell'ente o, infine, l'ancor meno commendevole proposito di limitare per quanto possibile il numero dei soggetti coinvolti. In tali evenienze – che vanno senz'altro comprese fra quelle che compongono la 'cifra oscura' – v'è però una risposta in qualche misura 'sanzionatoria' da parte dell'ente: in presenza di fatti gravi, il responsabile viene in genere 'allontanato' (spesso con il mezzo di una concordata lettera di dimissioni) ovvero subisce sanzioni disciplinari se la gravità è minore, fermo restando che nel complesso finisce con il sopportare conseguenze meno gravose di quelle previste dalle comminatorie di legge.

Tornando ai fattori che contribuiscono alla dimensione ingente della 'cifra oscura' dei reati in discorso, quelli che – come detto – sembrano meritare una particolare attenzione in collegamento con il *whistleblowing* sono connessi, da un lato e più in specifico, alla natura stessa delle condotte devianti costitutive dei reati, dall'altro e più in generale, a una inadeguata (e tuttavia diffusa) percezione dell'effettivo e concreto disvalore di siffatti comportamenti devianti.

La struttura dei reati contro la pubblica amministrazione autorizza una classificazione (semplificata e sintetica, ma non inutile allo scopo che qui interessa) secondo due tipologie morfologiche: per un verso quelli che consistono essenzialmente in un accordo tra il soggetto privato ('il corruttore') e l'agente pubblico ('il corrotto'), all'esito del quale il privato ottiene il vantaggio divisato. Sull'altro versante stanno le figure nelle quali il beneficio perseguito dal privato viene acquisito attraverso atti dispositivi posti in essere dall'agente pubblico in una condizione di errore, nella quale è stato indotto dal soggetto privato.

Detto che i comportamenti del primo tipo rimandano alle fattispecie dei reati di corruzione (genericamente intesi) e che quelli del secondo tipo sono riconducibili

ai modelli della truffa aggravata ovvero della indebita percezione di erogazioni *ex art. 316-ter c.p.*, un tratto comune connette le due distinte tipologie. A ben vedere, infatti, in entrambe le ipotesi vi è una cooperazione dell'agente pubblico, necessaria per il conseguimento dello scopo o del beneficio illecito proscritto dalla singola norma. Nell'un caso la cooperazione è deliberatamente prestata nella consapevolezza della sua dimensione antiggiuridica; nell'altro l'indispensabile contributo eziologico è fornito senza tale consapevolezza, in quanto derivante dallo stato di errore nel quale versa l'agente pubblico in conseguenza della condotta decettiva posta in essere dal soggetto privato.

Riguardate da questo punto di vista, le due forme tipologiche presentano una caratterizzazione bilaterale sul versante dei protagonisti necessari della vicenda illecita, irrilevante essendo – nella prospettiva che qui interessa – che in un caso uno dei soggetti non sia responsabile del fatto criminoso (essendo, propriamente, il *deceptus*), mentre nell'altro sia compartecipe del fatto. È sufficiente un lieve spostamento di prospettiva per cogliere un ulteriore profilo: posta la natura sostanzialmente negoziale delle vicende criminose in discorso, è tanto evidente da sconfinare nell'ovvio notare che la conoscenza della illiceità rimane confinata in un ambito soggettivo estremamente ristretto (due nell'ipotesi dell'accordo corruttivo, addirittura uno soltanto nell'altro caso, versando in un preclusivo stato d'errore l'agente pubblico): situazione che fortemente contribuisce a mantenere in un territorio sommerso tali comportamenti. Il convergente interesse delle due parti dell'accordo negoziale illecito, ovvero la consapevolezza dell'illiceità in capo soltanto all'autore della condotta punibile nelle figure criminose appartenenti all'altra tipologia, per certo non fomentano la circolazione d'informazioni e notizie e, ancor meno, la veicolazione d'esse all'autorità giudiziaria o ad altra che "a quella abbia obbligo di riferirne".

Se quest'ultima constatazione è difficilmente controvertibile in un contesto nel quale il versante privato impegna un solo soggetto, la situazione si presenta ben diversa se a operare in tale versante è un ente collettivo o, comunque, se quest'ultimo è il beneficiario dell'illecito vantaggio che le condotte devianti mirano a perseguire. Ambientato in una più o meno complessa organizzazione (d'impresa) il "fatto" costituente reato (o, quanto meno, i tratti d'esso che impegnano le attività del privato) non si esaurisce nel comportamento di un singolo individuo, ma finisce con il coinvolgere una pluralità di soggetti. E, si badi, tale coinvolgimento ben può limitarsi a una mera conoscenza anche soltanto di profili di irregolarità rispetto a procedure interne, senza doversi necessariamente ipotizzare una piena conoscenza del fatto e del-

la sua dimensione illecita ovvero – e ancor meno – un contributo comportamentale eventualmente rilevante sotto le spoglie dell’art. 110 c.p.

Esemplificando banalmente: si immagini un fatto corruttivo consistente nel pagamento di una tangente per l’acquisizione di un lucroso contratto per un’opera pubblica. Se la provvista necessaria fosse stata reperita attraverso il conferimento di un incarico consulenziale con accordo per la retrocessione extracontabile di parte del compenso, non può sfuggire che anche un simile (e pur semplice) apprestamento richiederebbe in ambito corporativo il contributo di una pluralità di soggetti (con differenti gradi di consapevolezza in ordine non soltanto alla ‘generica’ illiceità, ma anche con riguardo alla tipologia dell’illecito, posto che la mera conoscenza della inesistenza della prestazione professionale descritta nel documento contabile permette di ipotizzare un reato tributario, mentre l’ulteriore consapevolezza in ordine alla destinazione della somma retrocessa sarebbe suggestiva di un fatto corruttivo).

È bastevole rappresentarsi anche poche modeste varianti a siffatto schema esemplificativo per convincersi che al progredire della complessità fa da contrappunto l’ampliarsi del novero dei soggetti che vengono a conoscenza delle condotte illecite ovvero dei comportamenti devianti funzionali alla commissione del fatto costituente reato.

Agevole avvedersi che proprio nell’ambito degli enti collettivi, a cagione della loro articolata struttura organizzativa (per quanto qui d’interesse: con riguardo alle modalità di formazione delle decisioni e di attuazione delle stesse), possono determinarsi – e, in concreto, si determinano – condizioni favorevoli alla ‘uscita’ dagli ambiti ristretti e dai territori riservati delle informazioni concernenti i comportamenti devianti qui in esame. Immediatamente evidente la potenziale portata del *whistleblowing* in siffatti contesti, sol che si consideri il novero delle persone che, all’interno di un’organizzazione complessa, vengono a conoscenza (diretta o anche soltanto indiretta) di elementi significativi inerenti a condotte illecite o a queste ultime prodromiche e funzionali.

In uno scenario di tal genere, sarebbe plausibile aspettativa ipotizzare un considerevole numero di segnalazioni provenienti dal canale del *whistleblowing*, congettura che non sembra tuttavia aver trovato sin qui corrispondenza nei dati della realtà. Sebbene non siano disponibili riscontri ufficiali sul numero e sulla tipologia delle segnalazioni da *whistleblowing* nell’ambito delle società di diritto privato, laddove quelli comunicati da ANAC non presentano una dimensione e una qualità di segnalazioni specialmente marcata, la valutazione complessiva del ritorno informati-

vo derivante dal canale *whistleblowing* non pare avere fino ad oggi fornito un contributo sostanziale – pur avendone la potenzialità – per fronteggiare la criminalità connessa a condotte devianti nei rapporti con la pubblica amministrazione (o anche con il finitimo territorio della corruzione fra privati).

Evidente il profilo distonico di tale situazione (marginalità quantitativa e qualitativa delle segnalazioni) rispetto all'ipotesi di lavoro: il *whistleblower* è soggetto che, soprattutto quando è soltanto a conoscenza del fatto illecito, ovvero dei comportamenti ad esso prodromici o strumentali da altri posti in essere, non dovrebbe subire contropinte a segnalare (fra l'altro: in modo protetto) siffatte circostanze, trattandosi di condotta – quella del *whistleblower* – commendevole in quanto funzionale alla tutela della legalità e di essa rispettosa.

Se dunque la segnalazione del *whistleblower* per un verso si presenta sostenuta (e motivata) da una apprezzabile ragione e, dall'altro, non subisce la contropinta autodifensiva che deriverebbe dal segnalare un fatto del quale si potrebbe essere chiamati a rispondere, può essere opportuno interrogarsi sulle ragioni della cennata distonia e, più precisamente, sui motivi che ostacolano o impediscono le segnalazioni.

2. I fattori di ostacolo al *whistleblowing*

Tre paiono i possibili fattori: la loro seguente enumerazione non intende in nessun modo alludere a una classificazione per grado di rilevanza o anche soltanto per ordine di frequenza. La sequenza è dovuta esclusivamente a comodità espositiva, fermo restando che si tratta di fattori – come si cercherà di mostrare – fra loro strutturalmente connessi e, in qualche misura, interagenti. Enunciando la serie in forma del tutto sintetica, si possono così riconoscere a) il timore di subire conseguenze negative; b) la preoccupazione di recare danno agli interessi dell'ente di appartenenza; c) gli effetti derivanti dalla diffusa sottovalutazione del disvalore dei comportamenti devianti in discorso.

2.1. - *Il timore di subire conseguenze negative*

Conviene dapprincipio prendere in esame il motivo di ostacolo costituito dal cruccio per possibili effetti sfavorevoli che il *whistleblower* stesso potrebbe subire a seguito della segnalazione. Per quanto la disciplina normativa contempli in proposito

presidi sufficientemente rigidi e assumendo che anche l'architettura delle regole interne all'ente assicuri adeguata protezione al *whistleblower*, non può sfuggire come siano le stesse contingenze che permettono la plurima conoscenza delle informazioni rilevanti a consentire di circoscrivere facilmente l'ambito dei possibili autori della segnalazione (e a renderne quindi possibile l'individuazione da parte dei 'controinteressati'). Non senza dimenticare che, nell'eventualità di uno sviluppo giudiziario della vicenda (o anche soltanto disciplinare), è ben probabile che il nominativo del *whistleblower* perda la sua riservatezza.

A tale perdita di riservatezza è poi associabile un ulteriore effetto negativo (e quindi, contro-incentivante): in un contesto di diffusa sottovalutazione del disvalore delle condotte devianti, è tutt'altro che congettura immaginaria l'ipotesi che il *whistleblower* divenga oggetto di critiche da parte dei suoi colleghi o ne subisca l'ostracismo.

Senz'altro corretto sul piano logico e giuridico rispondere che un siffatto timore non ha (non dovrebbe avere) ragion d'essere: presupposta che sia la correttezza fattuale della segnalazione, essa integra un comportamento non soltanto lecito ma addirittura virtuoso in quanto oggettivamente funzionale al rispetto della legge (tanto nell'ipotesi che possa prevenirne la violazione quanto nel caso che possa contribuire all'accertamento dell'illecito commesso, delle conseguenti responsabilità, oltre che a scongiurarne o ridurne gli effetti dannosi).

L'obiezione – qui sintetizzata in modo brusco ma rispettoso dell'essenza della stessa – secondo la quale la disciplina del *whistleblowing* porterebbe i consociati a trasformarsi in un'accollita di delatori, obiezione che sovente s'accompagna con la suggestiva evocazione di regimi che hanno fatto largo uso della denuncia di privati (variamente 'sollecitati') ai fini di controlli polizieschi sul dissenso, è doglianza che tradisce, smarrendola, una differenza sostanziale e determinante. Già sul piano semantico, il termine 'delazione' incorpora una valenza deteriore, in quanto sconta che il comportamento denunciato sia, sul piano assiologico, connotato da valori positivi, immeritevoli di riprovazione: sicché il delatore è tale in quanto tradisce regole e principi meritevoli di rispetto per riferire comportamenti conformi a quelle regole e a quei principi. Ma ciò sconta un giudizio positivo sulle regole e sui principi in concreto violati dal denunciato.

Breve: in uno Stato di diritto, rispettoso nel massimo grado delle libertà individuali, doverosamente aperto a qualunque forma di dissenso, non v'è tuttavia dubbio che, accanto ai diritti fondamentali, al cittadino appartengano anche doveri non elu-

dibili in quanto coesenziali alla sopravvivenza stessa del corpo sociale: ne fornisce immediato riscontro il superiore canone stabilito dall'art. 2 Cost. Senza declamazioni, difficile negare che il semplice rispetto della legge costituisca la base elementare del richiesto "adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Sicché connotare in termini negativi un comportamento che segnala la commissione di un fatto illecito (sull'ovvio presupposto della veridicità e fondatezza della circostanza) trasmette un messaggio assiologicamente ambiguo se non addirittura contrastante con il canone della legalità.

Le notazioni che precedono non significano tuttavia una deliberata negazione dei problemi di carattere psicologico e relazionale che ben possono sorgere quando si tratti di dar corso a una comunicazione che espone altri (in ipotesi: colleghi, conoscenti, finanche amici) alle conseguenze di comportamenti criminosi (comunque commessi). Se tale considerazione è di per sé bastevole a dar conto (o comunque a costituire la base) della insussistenza di un obbligo di segnalazione in capo al soggetto privato (diverso essendo – come noto – il regime in relazione all'agente pubblico), essa non costituisce certo ragion sufficiente per attribuire (anche in modo implicito, allusivo o indiretto) al comportamento del *whistleblower* valenze negative. D'altronde (e con una semplificazione di grana grossa) lo scenario del quale qui si discorre (e nel quale in ipotesi agisce il *whistleblower*: segnalazione di fatti illeciti al cospetto delle regole di uno Stato di diritto) è non soltanto diverso, ma addirittura antipodico rispetto a quelli nei quali la delazione è di per sé riprovevole. Si pensi ai regimi totalitari che utilizzano e fomentano tali meccanismi al fine di controllare e reprimere il dissenso, cioè il libero esercizio di un diritto fondamentale ovvero ai contesti delle sub-culture criminali, nelle quali la veicolazione di informazioni all'esterno del gruppo è fortemente e violentemente osteggiata in quanto capace di minare l'esistenza stessa dell'organizzazione: evidente che nel quadro di tali sub-culture comportamenti del genere di quelli esaminati siano avvertiti come gravemente distonici con i contro-valori di riferimento. Ma – come ognuno vede – si tratta di un contesto antinomico rispetto a quello dello Stato di diritto e dei suoi valori, nel quale si collocano le condotte di *whistleblowing*.

Non sembra allora azzardato concludere che la correttezza logica e giuridica (teorica, dunque) dell'assunto iniziale trovi corrispondenza anche sul piano 'pratico', in ciò potendosi scorgere l'ennesima conferma della conclusiva dimostrazione kan-

tiana circa l'erroneità della contraria credenza per la quale potrebbe esistere discrasia fra quanto è valido in teoria ma non in pratica³.

2.1.1. - (segue) *il whistleblower: ragioni della segnalazione e difformità dal vero*

Riflessione autonoma meritano poi due distinti profili inerenti alla condotta del *whistleblower*.

Sta per un verso il tema dei motivi che spingono alla segnalazione, non necessariamente disinteressati, posto che un tornaconto personale potrebbe esserne alla base (es.: l'aspettativa di subentrare nella posizione del superiore segnalato, di favorire un collega amico, di alterare gli assetti organizzativi a vantaggio di colleghi vicini al *whistleblower*, o anche semplicemente per malanimo o per mera antipatia personale nei confronti del segnalato). Nessun dubbio che le circostanze ora richiamate in via d'esempio, così come qualunque altra attinente ai 'motivi dell'agire', possano giocare un ruolo ai fini dell'apprezzamento della fondatezza della segnalazione, ma altrettanto indubbio che a valere è unicamente il dato della veridicità/correttezza dell'informazione contenuta nella segnalazione stessa. L'intrinseca apprezzabilità ovvero la non commendevolezza delle ragioni della segnalazione si collocano su un piano diverso da quello della sua fondatezza, eccettuato il già notato profilo riguardante la valutazione dell'attendibilità.

Affatto diverso – per altro canto – lo scenario nel quale il *whistleblower* riferisce notizie non corrispondenti al vero. Occorre subito notare che l'esigenza di accreditare il sistema del *wistleblowing*, così come implica la necessità di garantire ogni tutela al *whistleblower* corretto, altrettanto esige quella di dissuadere e di reprimere comportamenti scorretti. L'attuale assetto normativo contempla, sul piano penale, le figure della diffamazione e della calunnia, incriminazioni entrambe che mal si attagliano alle fattispecie concrete, com'è del resto intuitivo posto il diverso retrostante fattuale che tali norme erano (e sono) chiamate a disciplinare. Basti la notazione – puramente esemplificativa – che il delitto di calunnia sconta la destinazione della falsa accusa all'Autorità giudiziaria (o ad altra che abbia obbligo di riferire) di una notizia di reato, mentre il *whistleblower* potrebbe aver (pur falsamente) segnalato a

³ Il riferimento è ovviamente al breve saggio di I. KANT, *Sopra il detto comune: 'questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica'*, 1793, trad. it. G. Solari, in I. KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, trad. it. G. Solari, G. Vidari, ed. a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Torino, 2^a ed., 1965, p. 237 s.

un ente privato la mera violazione di procedure interne soltanto suggestive della commissione di un illecito. Quanto poi alla risposta sanzionatoria, è facile osservare che le norme in discorso presentano un evidente squilibrio, l'una per eccesso, l'altra per difetto.

Considerazioni che paiono suggerire l'intervento di un legislatore avveduto, che, in tale contesto, potrebbe anche rivalutare l'opzione – comunque delicatissima – di prevedere un 'compenso' al *whistleblower*, controbilanciante per un verso le ricadute negative dell'ostracismo al quale rischia di andare incontro e, per altro, segnale-tico dell'apprezzamento di un comportamento rispettoso della legalità.

2.2. - *La preoccupazione di recare danno agli interessi dell'ente di appartenenza*

Il secondo dei fattori, ai quali si è in precedenza fatta allusione per indicare quelli che paiono essere d'impedimento alle segnalazioni del *whistleblower*, ha a che vedere con il tema dei valori, seppure in una visione diversa e più limitata, sin da subito dovendosi avvertire che tale secondo fattore, per la sua stessa conformazione, è destinato a spiegare i suoi effetti essenzialmente qualora il *whistleblower* svolga la propria attività sul versante privato nella dinamica dei reati contro la pubblica amministrazione.

Non è infatti infrequente l'affermazione secondo la quale la condotta illecita tenuta in danno della pubblica amministrazione lo sarebbe stata non già per un beneficio personale ed egoistico dell'autore del reato, bensì nel "superiore interesse" dell'ente di appartenenza. Precisato preliminarmente che la totale assenza di un tornaconto personale è assunto perentorio ma sovente infondato⁴, affermazioni di tal genere, pur nelle loro notevoli e differenziate varianti, sono pur'esse frutto di una non corretta interpretazione di un concetto valoriale, qui costituito dalla nozione di interesse dell'ente collettivo. Soltanto accedendo a una visione peculiarmente ristretta e senza dubbio irrispettosa dell'ovvio presupposto costituito dall'osservanza della legge, si potrebbe infatti discorrere di un interesse della società come riflesso dei benefici economici acquisiti in forza dei reati commessi dagli esponenti o dai dipendenti della stessa.

La formula di un interesse dell'ente derivante da reato sembra trovare apparente accreditamento nel disposto dell'art. 5 d. lgs. 231/01, che annovera tra i criteri im-

⁴ Non è affatto infrequente che all'interesse dell'ente collettivo si affianchi un interesse dell'autore del reato-presupposto: il raggiungimento di risultati operativi può avere riflessi diretti sulla retribuzione, indiretti (ma non meno significativi) sulle prospettive di carriera.

putativi la circostanza che il reato-presupposto sia stato commesso, appunto, nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Ma tale caratterizzazione funzionale a stabilire un criterio di collegamento fra il reato-presupposto commesso dal soggetto qualificato e la (eventuale) responsabilità dell'ente, non autorizza per ciò solo a connotare quell'interesse o quel vantaggio in termini di liceità, sicché se ne possa inferire l'esistenza di uno spazio nel quale è ammissibile il perseguimento di benefici per l'ente attraverso l'impiego di mezzi illegali.

A escludere in modo radicale ogni perplessità e a corroborare, per converso, l'esattezza della notazione generale sulla non concepibilità di un interesse dell'ente derivante da condotte illecite, sta l'impianto normativo del d. lgs. 231/01, essenzialmente volto a conformare l'organizzazione dell'ente stesso e il suo 'agire' alla legalità e che – nello specifico – prevede che il profitto conseguito dall'ente in ragione del reato-presupposto sia destinato a confisca obbligatoria (anche per equivalente).

E se mai un dubbio residuo dovesse permanere, a fugarlo s'incarica l'art. 6 ult. co. d. lgs. cit., per il quale la confisca del profitto è sempre disposta anche nel caso in cui l'ente medesimo sia giudicato non responsabile in quanto ottemperante alle prescrizioni dello stesso art. 6: la previsione del citato ultimo comma dell'art. 6 dimostra in modo definitivo che non è in alcun modo congetturabile un interesse o un vantaggio lecito dell'ente (che comunque possa rimanere nella sua disponibilità) quando il beneficio derivi da un reato. La confisca obbligatoria raggiunge infatti il profitto del reato ottenuto dall'ente (e nella sua disponibilità) pur in assenza di profili di responsabilità riferibili tipicamente alla persona giuridica, che non può in alcun modo avvantaggiarsi del frutto di un fatto illecito (nel caso: il reato-presupposto commesso dal soggetto qualificato nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso secondo la denotazione soltanto ascrittiva dell'art. 5 d. lgs. 231/01).

Le superiori notazioni, se da un lato riguardano specificamente il d. lgs. 231/01, dall'altro soccorrono per una più precisa connotazione dell'interesse al quale conviene aver riguardo nel contesto in discorso. Non questionabile essendo che l'interesse rilevante è quello dell'ente inteso in senso istituzionale nel suo riflettersi su quelli dei soci e, più in generale, degli *stakeholders* (fermo tuttavia che quelli di costoro, ove confliggenti, recedono rispetto a quelli della *personne morale*), altrettanto indubitabile che tale interesse non può essere perseguito con mezzi illeciti, sicché un qualunque beneficio derivante da una siffatta fonte non può costituire ragione giuridicamente apprezzabile per giustificare una condotta intrinsecamente illegale.

Addurre un (preteso) interesse dell'ente a conseguire un vantaggio in modo illecito come fondata ragione per non effettuare segnalazioni equivale ad ammettere l'esistenza di una sorta di atipica scriminante per comportamenti che violano norme sanzionate penalmente: a questo, in sintesi estrema, si riduce l'argomento in precedenza evocato come possibile fattore di contropinta, che, in sostanza, corrisponde alla manifestamente implausibile asserzione che un interesse qualunque di un singolo consociato varrebbe a giustificare la condotta dell'autore del reato quando il beneficiario del provento criminoso sia soggetto diverso dall'autore medesimo. La palese assurdità della conseguenza logica di siffatto argomento consiglia di non attardarsi nella confutazione, se non per la notazione ulteriore che, quando collocati nell'ambito dell'attività d'impresa, i comportamenti costituenti i reati in discorso proiettano i loro effetti anche al di là dell'offesa ai beni giuridici immediatamente protetti dalle specifiche norme incriminatrici, introducendo tali comportamenti elementi distorsivi – in ipotesi anche gravi – sul corretto dispiegarsi della concorrenza fra gli operatori del settore interessato. Esito, quest'ultimo, spiccatamente pernicioso soprattutto in un'economia di mercato.

Sebbene razionalmente infondato, il fattore di ostacolo al quale si è fatto da ultimo cenno sembra possedere una rilevanza significativa in quanto contribuisce a dar corpo ai motivi sovente addotti a spiegazione (talvolta: a giustificazione) delle reazioni negative e dell'ostracismo nei confronti del *whistleblowing*. La ridottissima base informativa in ordine alla dimensione e alla tipologia delle segnalazioni rende inaffidabili estrapolazioni deduttive, ma non sembra del tutto azzardato ritenere il rilievo che la componente ora in discorso (la distorta percezione di 'danneggiare' l'ente di appartenenza che, comunque, ha tratto vantaggio dall'illecito) costituisca una remora non marginale: ciò che troverebbe conferma e nel contempo potrebbe contribuire a fornire spiegazione alla prevalenza fra le segnalazioni di quelle aventi ad oggetto comportamenti scorretti sul luogo di lavoro (molestie, mobbing, discriminazioni, ecc.): comportamenti bensì gravi e riprovevoli, che tuttavia concernono essenzialmente rapporti interpersonali, non direttamente coinvolgenti l'ente come tale.

2.3. - Gli effetti derivanti dalla sottovalutazione del disvalore dei comportamenti devianti

Il terzo fattore di ostacolo alla segnalazione di comportamenti devianti del genere fin qui considerato ha carattere generale e coinvolge un ambito di illeciti che,

pur fortemente connotati in termini di disvalore, non vengono percepiti come tali da vasti strati del corpo sociale. Se si dispone della pazienza e del distacco necessari per vedere al di là delle esternazioni magniloquenti, in genere coincidenti con episodi che la cronaca mediatica porta per ragioni diverse all'attenzione pubblica, per osservare oltre reazioni diffuse e impettite, anch'esse tuttavia legate all'occasione e in genere esaurentesi in manifestazioni superficiali, per ragionare senza fermarsi agli impegni reiterati, che al più hanno prodotto nuovi strumenti normativi, spesso tecnicamente scadenti e raramente informati al canone della funzionalità (e, quindi, ineffettivi e scarsamente efficaci), se dunque l'attenzione si rivolge oltre siffatte sembianze, non è difficile scorgere che di molti dei comportamenti penalmente rilevanti attinenti all'agire economico non viene colta (e condivisa) sia la forte componente negativa sul piano assiologico sia la concreta rilevante portata lesiva⁵.

Si pensi, in via d'esemplificazione, ai fatti d'infedeltà fiscale, che rappresentano nel nostro Paese un fenomeno endemico, diffuso vastamente, certo non accompagnato da una altrettanto diffusa riprovazione, condivisa in modo profondo e convinto. Pure si tratta di comportamenti che, oltre a esprimere il corposo disvalore costituito dal venir meno di un dovere senz'altro riconducibile ai parametri stabiliti dall'art. 2 Cost., determinano conseguenze dannose a vasto raggio (particolarmente sensibili laddove tale forma di devianza ha dimensioni particolarmente corpose come sovente avviene nella dinamica degli enti collettivi) e che, ciononostante, non suscitano la medesima riprovazione o un allarme sociale paragonabile, ad esempio, al furto in appartamento⁶.

Sebbene maggiore rispetto a quella dei reati in materia tributaria⁷ sia la percezione del disvalore dei comportamenti che integrano i reati contro la pubblica amministrazione, nondimeno anche di queste ultime figure l'effettiva concreta valenza negativa sembra essere non adeguatamente avvertita. A deporre in questo senso è lo stes-

⁵ Sul punto, v. le illuminanti notazioni di PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 497. Più in generale si vedano il classico SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, 1987, nonché FORTI, *L'immane concretezza*, cit.

⁶ Evidente la differenza che intercorre fra il concetto di danno alla società derivante da un reato da quella di offesa ai beni del singolo, che pure può essere espressa dall'illecito penale. Ma si osservi che il danno alla società (richiamando la formula di Beccaria per misurare la gravità dell'illecito) è spiccatamente alto quando si verte in materia di reati legati all'attività d'impresa per i riflessi sull'economia e, in ultima analisi, sulla concorrenza, elemento fondante dell'attuale sistema economico.

⁷ Non sfugga tuttavia che spesso i reati tributari si accompagnano in senso strumentale ad alcune fattispecie di reati contro la pubblica amministrazione.

so dato della endemica diffusione del fenomeno, la cui estensione raggiunge anche comportamenti ‘quotidiani’, comuni al rapporto cittadino-agente pubblico, all’interno del quale lo scambio di favori assume le sembianze di una patologica prassi (auto-giustificata secondo modelli stereotipati – “così fan tutti” – ovvero con la modestia dell’utilità data o promessa e del beneficio ricavato). Ferma la indiscutibile differente gravità di una corruzione per l’acquisizione di una lucrosa commessa pubblica rispetto alla corresponsione di poche centinaia di euro a un tecnico comunale per il sollecito rilascio di un provvedimento necessario a un’opera edilizia di modesto rilievo, ancora, per benefici di analoga entità ricevuti da un agente pubblico perché concluda in modo compiacente il controllo sulle condizioni igienico-sanitarie di un bar, non può sfuggire che proprio i comportamenti meno gravi (e tuttavia ben vastamente diffusi) da un lato scontano l’ottundimento della percezione del disvalore intrinseco di tali condotte nel contempo circolarmente rafforzandolo e, dall’altro, contribuiscono, anche fomentando atteggiamenti ‘imitativi’, alla propagazione di un implicito messaggio suggestivo di una (paradossale) ‘normalità’ di condotte invece patologiche⁸.

Quanto ai “danni” derivanti dai fatti corruttivi (tanto in ambito pubblico quanto in quello privato) così come da quelli tuttavia abusivi, è noto che essi non possono essere limitati alla considerazione dei maggiori costi che, sotto diversi profili, la pubblica amministrazione è costretta a sopportare, così come – nella prospettiva della corruzione fra privati – tale considerazione non deve fermarsi all’ente che direttamente subisce il detrimento patrimoniale. Quando commessi nel contesto di attività d’impresa, i fatti illeciti in discorso inducono effetti lesivi anche sul piano della concorrenza, introducendo fattori di alterazione, la cui perniciosità portata travalica il danno patrimoniale subito dal singolo ente ovvero dalla pubblica amministrazione⁹. Componente lesiva la cui quantificazione è ben arduo misurare in termini rigidamente quantitativi, ma che è meritevole di ogni attenzione per i riflessi che tale effetto distorsivo può dispiegare sul sistema delle imprese, nel quale (anche) per tal modo finiscono con l’avvantaggiarsi gli imprenditori meno scrupolosi, maggiormente

⁸ Il tema non è ovviamente quello di sanzionare comportamenti genericamente ‘immorali’, ma di riconoscere la diversa percezione di comportamenti che come tali integrano fattispecie penalmente rilevanti. Sul punto cfr. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del ‘secolo delle paure’*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 3, 1154; ID., *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1447. V. altresì, in particolare sul tema della incriminazione delle condotte immorali, DE MARGLIE, *Punire le condotte immorali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 951

⁹ In proposito, v. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno sguardo sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, 2018.

pronti ad assumere il rischio della commissione di reati per conseguire un profitto a qualunque costo¹⁰.

La ‘non immediatezza’ di tali forme di danno (derivante dalla mancanza di un effetto percepibile dal singolo in modo diretto e temporalmente prossimo al fatto illecito) rappresenta senz’altro un elemento che favorisce la sottovalutazione di un aspetto invece centrale per il riconoscimento del complessivo disvalore delle condotte devianti in discorso. Con una notazione ulteriore riguardante specificamente i comportamenti ambientati nel territorio della pubblica amministrazione: che la ‘cosa pubblica’ (per usare un breviliquio generico e semplificatorio) venga intesa – in specie nel nostro Paese – quasi come una *res nullius* invece che come una ‘cosa di tutti e di ciascuno’ ha a che vedere (per la gran parte almeno) con il rapporto – storicamente complesso e ideologicamente critico – fra Stato-istituzione e cittadino. Non è quella presente la sede per approfondire questa più che sommaria notazione: interessa qui soltanto segnalarla, essendo la problematicità di tale rapporto un fattore ulteriore, che contribuisca alla sottovalutazione del disvalore dei comportamenti in esame¹¹.

Rammentato che le considerazioni qui riassunte, in ordine alla scarsa percezione del disvalore e della concreta portata lesiva delle figure d’illecito delle quali s’è detto, possono essere facilmente estese anche a molte altre figure criminose in materia di diritto penale economico, appare forse non inutile osservare come – secondo quanto s’è anticipato – proprio quest’ultimo fattore interagisca fortemente con gli altri in precedenza illustrati. Un’interazione che, sotto certi aspetti, potrebbe addirittura assurgere a fondamento stesso dei menzionati elementi di ostacolo alle segnalazioni del *whistle-blower* o, quantomeno, fornire ad essi un contributo potente. Ciò appare con suffi-

¹⁰ Illuminante in proposito la notazione di PEDRAZZI, *Droit Communautaire et droit pénal des Etats Membres*, in AA.VV., *Droit Communautaire et droit pénal. Colloque du 25 octobre 1979*, Giuffrè, 1981, 49 ss., ora in ID., *Diritto penale*, I, *Scritti di parte generale*, Giuffrè, 2003, 417, che testualmente insegnava che a essere favoriti “gli imprenditori meno scrupolosi, più pronti ad assumersi il rischio della sanzione penale”. In senso analogo v. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 17, che ricorda come “la ‘gente per bene’ (...) non trova nell’idea del reato come offesa a un bene giuridico alcuna ‘copertura’ per la sua eterna aspirazione a liberarsi dagli impacci del diritto penale”.

¹¹ Gli effetti profondamente deleteri di una situazione di diffusa e non percepita illiceità, con riferimento ai reati contro la pubblica amministrazione, si vedano per tutti FORTI, *Unicità o reperibilità della corruzione sistematica? Il ruolo della sanzione penale in una prevenzione «sostenibile» dei crimini politico-amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 1100; ID., *L’immane concretezza*, cit.; VANNUCCI, *Fenomenologia della tangente: la razionalità degli scambi occulti*, in *Etica degli affari e delle professioni*, 1993, 31; HASSEMER, *Opinione dissenziente alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio 2008*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2104.

ciente evidenza con riguardo al fattore rappresentato dal timore di danneggiare gli interessi dell'ente di appartenenza: tale estremo si basa – come detto – su un distorto apprezzamento del concetto di interesse dell'ente, distorsione sul piano assiologico che trova corrispondenza e trae conforto nella diffusa sottostima sul piano dei valori e della concreta lesività dei comportamenti potenziale oggetto della segnalazione. Sottostima della quale può essere partecipe anche colui che, essendo a conoscenza dell'informazione, tende ad assegnare valore a un interesse che tale non sarebbe (e, per vero, tale non è) comparandolo con un corretto quadro assiologico.

Meno evidente, e tuttavia presente, la valenza della più volte ricordata sottostima valoriale pure con riguardo al fattore costituito dal timore di conseguenze negative per il *whistleblower*. Al cospetto di un universo di valori non esattamente percepito, è sicuramente meno difficile (più facile?) che preoccupazioni di tal genere prendano il sopravvento, potendo siffatta diffusa sottovalutazione minare la convinzione da parte del *whistleblower* di agire in modo corretto, condizione, quest'ultima, che consente di fronteggiare al meglio il timore di cui s'è detto.