

XII CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"LA LIBERTÀ D'IMPRESA"
Roma, 17-18 settembre 2021

ALESSANDRA ROSA

Internal Whistleblowing: competenze e responsabilità di organi ed esponenti nelle società di capitali

SOMMARIO: 1. *L'internal whistleblowing* nel governo delle società di capitali: il problema generale tra libertà d'impresa, finalità d'interesse pubblico e imperatività dei percorsi decisionali. - 1.1. La prospettiva di analisi. - 2. Le legislazioni vigenti in Italia sui sistemi interni di segnalazione delle violazioni: il bilanciamento delle istanze coinvolte. - 2.1. I canali di segnalazione interna tra riserva di legge, deroga ai processi endosocietari, proporzionalità degli assetti. - 3. La disciplina generale e ampia della segnalazione interna nella direttiva UE 2019/1937. - 4. Le prassi organizzative delle società quotate in Borsa Italiana. - 5. Le aree critiche del recepimento della direttiva UE 2019/1937 per il governo delle società di capitali. - 5.1. *L'internal whistleblowing* e la libertà di organizzazione dell'impresa. - 5.1.1. Le competenze nell'istituzione degli assetti. - 5.1.2. I criteri e i contenuti dell'istituzione degli assetti. - 5.2. *L'internal whistleblowing* e la libertà di gestione dell'attività d'impresa. - 5.2.1. Il dovere del seguito alla segnalazione interna. - 5.2.2. Le responsabilità per il seguito alla segnalazione interna. - 5.3. I casi problematici dei segnalanti-esponenti apicali o azionisti. - 6. *L'internal whistleblowing*, l'efficacia delle regole di governo societario e la tutela degli *stakeholder*.

1. *L'internal whistleblowing nel governo delle società di capitali: il problema generale tra libertà d'impresa, finalità d'interesse pubblico e imperatività dei percorsi decisionali.*

L'approvazione della direttiva UE 23 ottobre 2019, n. 1937 e la prossima scadenza del termine per il suo recepimento in Italia¹ riportano e rafforzano l'attenzione di studiosi e operatori sul fondamento e

¹ Il termine scade il 17 dicembre 2021, salva la deroga fino al 17 dicembre 2023 *ex art. 26*, secondo par., direttiva UE 2019/1937 per i soggetti giuridici del settore privato con più di 50 e meno di 250 lavoratori. I principi e i criteri per l'attuazione sono indicati all'art. 23 legge delega 22 aprile 2021, n. 53.

sull'applicazione dei sistemi di *internal whistleblowing*² nelle imprese. Quest'ultimo è infatti un istituto nato in contesti economici, giuridici e culturali – le realtà dei Paesi anglosassoni – distanti da quello nazionale e, in quei contesti, regolato diversamente³. Nel nostro ordinamento esso è stato inizialmente introdotto per prevenire e reprimere la corruzione e l'illegalità nella pubblica amministrazione⁴. Successivamente, con le carenze di governo societario palesate dalla crisi del 2007 e la sollecitazione del legislatore europeo, tale istituto è stato "esportato" nell'organizzazione di intermediari bancari, finanziari e assicurativi per tutelarne la sana e prudente gestione. Esso è stato, quindi, esteso al modello di ogni ente, con la finalità di proteggerne l'integrità ed escluderne la responsabilità per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato⁵. Adesso la direttiva UE 2019/1937 prevede e amplia una disciplina generale e imperativa dei sistemi di segnalazione interna per ogni soggetto giuridico del settore privato con almeno cinquanta lavoratori, allo scopo di rafforzare l'applicazione del diritto e delle politiche dell'Unione nelle aree ove rilevi l'interesse pubblico⁶.

Dal punto di vista dell'analisi giuscommerciale, tra i numerosi e significativi problemi sollevati dalla nuova regolazione, pare di coglierne uno sistematico e attuativo rilevante, collegato al tema del Convegno: quello riguardante le competenze e le responsabilità di organi ed esponenti apicali nelle imprese organizzate in forma di società di capitali nella definizione, gestione ed esito dei flussi informativi inerenti alle segnalazioni interne delle violazioni normative, secondo l'accezione ampia di cui si dirà nel prosieguo. L'essenza dell'aspetto critico deriva, a mio parere, dalla natura e dalla funzione composite - ambigue, sotto alcuni profili - dell'istituto legislativo e dal suo problematico inserimento e coordinamento nella e con la struttura delle società *ex artt. 2325 ss., 2452 ss., 2462 ss., c.c.* Si consideri che i sistemi di *internal whistleblowing* previsti dalla disciplina

² L'espressione inglese viene utilizzata, in questo scritto, quale sinonimo della locuzione italiana «segnalazione interna».

³ Sulle radici e sullo sviluppo delle discipline negli Stati Uniti d'America e nel Regno Unito: S. M. BOYNE, *An Overview of U.S. Whistleblowing Law*, 2013, disponibile in <https://ssrn.com/abstract=2343590>; A. SAHA, *Whistle-Blowing in the United Kingdom*, 2008, disponibile in <https://ssrn.com/abstract=1106544>.

⁴ Art. 1, cinquantunesimo co., l. 6 novembre 2012, n. 190.

⁵ Per i riferimenti normativi, v. par. 2.

⁶ Artt. 1, 2 e 8, terzo par.

nazionale ed europea partecipano, in primo luogo, agli assetti ordinamentali di presidio sul rispetto delle norme poste a tutela d'istanze collettive e sono strumenti di *enforcement*, seppur indiretto, dei poteri di vigilanza delle Autorità pubbliche competenti. Essi concorrono, al contempo, agli assetti dei controlli interni sui rischi nelle imprese societarie, specialmente di grandi dimensioni. I medesimi, d'altra parte, non sono propriamente assimilabili ai processi di fisiologico funzionamento del governo societario. L'iniziativa alla segnalazione delle violazioni non è, per necessità, ascrivibile agli organi, esponenti e funzioni preposti, competenti e responsabili dei controlli; né si esprime nelle sedi e attraverso i canali normali e tipici della società interessata. L'iniziativa può riguardare ogni persona fisica che è parte o collegata all'organizzazione dell'impresa e abbia acquisito informazioni rilevanti nell'ambito della sua attività professionale, indipendentemente dalla natura della stessa. Tale seconda ipotesi parrebbe, anzi, il campo di applicazione caratteristico della direttiva UE 2019/1937⁷.

Le qualità e finalità richiamate sollecitano, allora, l'interesse sul profilo delicato dell'integrazione di queste procedure nell'architettura delle società di capitali e degli effetti di tale integrazione. Da un lato, l'implementazione dei processi in commento assume importanza e utilità soprattutto nelle imprese organizzate in forma capitalistica. Queste ultime sono le destinatarie principali dei nuovi obblighi prescritti dalla normativa UE⁸. E il beneficio all'adeguamento deriva sia dalle dimensioni e dalla natura di tali realtà che implicano, in principio, alee più significative rispetto all'attività d'impresa svolta in forma di società di persone; sia dalla capacità superiore delle stesse di sostenere i costi richiesti dagli adattamenti nei processi; sia dalla loro maggiore esposizione ai rischi reputazionali⁹. Dall'altro, va però evidenziato che sono proprio le imprese societarie *ex* Capi V, VI e VII c.c. a essere già qualificate, in virtù di un ordine imperativo legislativo e statutario, rafforzato dalla regolazione speciale e dalla

⁷ Art. 5, nn. 7) e 9.

⁸ In Italia le società di capitali prevalgono rispetto alle società di persone (nel I trimestre 2021 risultano iscritte 1.806.240 società di capitali e 939.382 società di persone: traggo i dati dal sito *infocamere.it/movimprese*) e costituiscono le forme organizzative di elezione nelle grandi e medie imprese.

⁹ Questi vantaggi potenziali sono rilevati negli ordinamenti che hanno maturato più esperienza: S. R. STUBBEN, K. T. WELCH, *Evidence on the US and Efficacy Internal Whistleblowing Systems*, 2020, 1 ss., 19, consultabile in <https://ssrn.com/abstract=3273589>.

vigilanza, da un'architettura preposta alla prevenzione, segnalazione e sanzione delle violazioni normative. In questa architettura, i compiti e le responsabilità di gestione e controllo dell'attività sono attribuiti a organi e funzioni professionali. La constatazione va naturalmente declinata a seconda del tipo sociale: più rigido, nel caso di s.p.a., in particolare se vigilate o emittenti; più flessibile, nel caso di s.r.l. o, meglio, di alcuni modelli di s.r.l.¹⁰. Una caratteristica resta, però, anche a seguito delle novelle *ex artt.* 375 e 377, primo co., d.lgs. n. 14/2019 e art. 40, primo co., d.lgs. n. 147/2020¹¹: negli schemi legali di società semplice, società in nome collettivo e società in accomandita semplice gli assetti sono definiti, condotti, controllati e disponibili direttamente dai soci, con essenzialità e snellezza¹².

La conseguenza di queste differenze è che l'attuazione delle procedure di *internal whistleblowing* nelle società *ex artt.* 2251, 2291 e 2313 c.c. colma un'organizzazione, in effetti, poco articolata e specializzata nel presidio dei rischi. Nelle società di capitali, la stessa attuazione viene, invece, a completare e interferire con una struttura per sua natura già complessa e definita da salvaguardie e processi tipici, diffusi e dialettici. Essa pone, dunque, questioni ardue sul piano della libertà d'impresa: intesa sia come libertà di organizzazione degli assetti; sia come libertà di gestione dell'attività. Gli interrogativi principali riguardano se e come, nelle società di capitali, gli obblighi generali di istituire canali di segnalazione interna, determinare e amministrare le procedure, dare seguito alle segnalazioni, vengano a incidere: sulle competenze degli organi e degli esponenti apicali;

¹⁰ All'esito degli interventi *ex dd.lgs.* 12 gennaio 2019, n. 14 e 26 ottobre 2020, n. 147, si sta sottolineando l'indebolimento dei diversi tratti tipologici tra s.p.a. e s.r.l. Per due letture recenti: R. SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di 'ingerenza gestoria' dei soci*, in *Riv. soc.*, 2020, 1453 ss.; P. BENAZZO, *Il controllo nelle società di capitali tra diritto 'comune' e codice della crisi d'impresa*, *ivi*, 1551 ss.

¹¹ Meglio, alla luce della novella complessiva: v. A. ZANARDO, *Considerazioni sull'ambito di applicazione degli strumenti di allerta: è davvero così esteso come sembra?*, in *Rivista ODC*, 2020, 127 ss., 133 ss.

¹² L. PISANI, *Le società di persone*, in *Diritto commerciale*, a cura di M. CIAN, Torino, 2017, vol. 3, 71 ss., 72 e 76 e I. CAPELLI, *La gestione delle società di persone dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una prima lettura del nuovo art. 2257, primo comma, c.c.*, in *Rivista ODC*, 2019, 313 ss., 324 e 325.

sul metodo delle scelte di conduzione dell'impresa e sulle discrezionalità consentite; sulle relative responsabilità¹³.

1.1. *La prospettiva di analisi*

L'indagine sarà svolta con l'obiettivo di individuare le principali aree critiche del recepimento, nel nostro ordinamento, della direttiva UE 2019/1937 rispetto ai profili appena indicati. La trattazione sarà introdotta dall'inquadramento dei contenuti normativi ritenuti rilevanti; e terrà in considerazione le soluzioni di disciplina adottate in altri Stati di riferimento e l'autoregolamentazione dalle grandi imprese nazionali.

L'analisi mostrerà come, dopo i primi interventi in ambiti specifici, l'impostazione del legislatore UE e della stessa prassi domestica stia tendendo verso una progressiva latitudine applicativa dell'*internal whistleblowing*. Nella tensione dialettica tra libertà d'impresa, altri diritti e libertà di pari dignità e interesse generale, sottesa alla disciplina in commento, il baricentro si sta spostando in favore dei secondi e del terzo. Ma, come si argomenterà, l'"innesto" cogente e ampio, in alcuni casi indefinito o viceversa troppo frastagliato, dei canali e flussi di segnalazione interna nel funzionamento delle società di capitali può condurre alla moltiplicazione, sovrapposizione e confusione di funzioni e responsabilità nella gestione e nel controllo dell'impresa. Ciò verrebbe a contraddire le commendevoli intenzioni legislative di accelerazione e semplificazione delle denunce di violazioni normative, a fronte di notevoli aggravii organizzativi ed economici¹⁴.

¹³ I riflessi dei sistemi di *whistleblowing* sul governo delle società italiane hanno suscitato l'attenzione della pratica commercialistica: G. MARIA, V. CORTELLAZZI, Corporate governance. *Note in tema di whistleblowing*, in *Riv. dott. comm.*, 2019, 217 ss.; S. FORTUNATO, C. DI NOCCO, Corporate governance. *Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna o «internal investigation»*, in *Riv. dott. comm.*, 2018, 233 ss.; S. FORTUNATO, Corporate governance. *Il whistleblowing nella prospettiva del sistema di controllo interno*, in *Riv. dott. comm.*, 2017, 397 ss. V., nel dibattito giuridico, con più ampio e sicuro rilievo: M.S. SPOLIDORO, *La funzione di compliance nel governo societario*, in *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di G. ROSSI, Milano, 2017, 167 ss.; U. TOMBARI, *Governo societario, compliance e 'indagini interne' nella s.p.a. quotata*, *ivi*, 261 ss.; S. FULCO, M. VENTORUZZO, *Responsabilità civilistiche dei componenti gli organi di amministrazione e controllo e funzione di compliance*, *ivi*, 347 ss.

¹⁴ Il problema dei costi transattivi collegati alla «piena» installazione, promozione e attuazione dei sistemi di *internal-whistleblowing* nel governo societario delle grandi imprese

La tesi di fondo, proposta e sviluppata in base al terreno normativo e pratico, è che, per garantire coerenza ed efficacia dell'istituto rispetto alle finalità ordinarie, sia necessaria un'applicazione dello stesso, nella *governance* delle società di capitali, informata a canoni di stretta tipicità rispetto a quanto dispone il legislatore¹⁵.

2. *Le legislazioni vigenti in Italia sui sistemi interni di segnalazione delle violazioni: il bilanciamento delle istanze coinvolte.*

Si ritiene opportuno subito precisare che le disposizioni legislative attualmente vigenti in Italia mostrano equilibrato rigore nel contemperamento delle posizioni coinvolte dalla materia dell'*internal whistleblowing*. I pur frammentati¹⁶ atti normativi approvati in attuazione della cornice UE risultano, infatti, indirizzati dalla volontà di limitare la libertà d'impresa, soltanto laddove siano implicate istanze di carattere collettivo, specialmente e tipicamente individuate; nel rispetto del principio di legalità che governa l'area¹⁷; in applicazione del criterio della proporzionalità organizzativa.

In questa chiave si possono leggere, innanzitutto, le norme sui «sistemi interni di segnalazione delle violazioni» destinate alle banche, agli altri intermediari e soggetti finanziari e alle imprese di assicurazione¹⁸. Con l'influenza e l'eco della regolazione statunitense sulle società quotate¹⁹,

è evidenziato anche rispetto ad assetti distanti da quelli italiani: S. R. STUBBEN, K. T. WELCH, (nt. 9), 19 e 20.

¹⁵ Si sta già affermando, nella giurisprudenza amministrativa, un'applicazione restrittiva dell'art. 54-bis d.lgs. n. 165/2001: ritenuto eccezionale e derogatorio alla disciplina generale della Pubblica Amministrazione; non suscettibile d'interpretazione «oltre i casi e i tempi» in esso considerati *ex art. 14* disposizioni sulla legge in generale. Così, Cons. St., sez. I, 24 marzo 2020, n. 615; T.A.R. Pescara, sez. I, 4 aprile 2020, n. 121; T.A.R. Napoli, sez. VI, 6 febbraio 2020, n. 580 (le sentenze citate in questo scritto sono state consultate nella banca dati telematica *dejure.it*).

¹⁶ Critico, A. FRIGNANI, *Il whistleblowing in Italia: la nuova legge dimentica la concorrenza (e non solo)*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 393 ss.

¹⁷ Artt. 16 e 52 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; artt. 41, 42 e 47 Cost.

¹⁸ Art. 52-bis d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (t.u.b.), introdotto dall'art. 1, diciottesimo co., d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72; art. 4-undecies d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (t.u.f.), introdotto dall'art. 1, sesto co., d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129; art. 10-*quater* d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (c.a.p.), introdotto dall'art. 1, secondo co., d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68.

¹⁹ La *Section 301, Sarbanes-Oxley Act 2002* ha modificato la *Section A, Securities Exchange Act 1938* (15 U.S.C. 78 f), come segue: «[...] (4) Complaints. Each audit committee shall establish

l'obbligo di adottare procedure dedicate alle segnalazioni interne è strumentale alle finalità della vigilanza pubblica e alla protezione delle posizioni collettive coinvolte nelle attività delle imprese anzidette (depositanti, soggetti finanziati, investitori, assicurati)²⁰. Coerentemente con queste tutele speciali, il dato primario prescrive un'integrazione del sistema dei controlli interni ispirata a tipicità e tassatività: sia sotto il profilo delle persone legittimate alle segnalazioni, che devono rientrare nella nozione di «personale»²¹; sia sotto il profilo delle segnalazioni rilevanti, che devono riferirsi a violazioni delle «norme» disciplinanti le attività riservate. Il legislatore si limita, inoltre, a stabilire le caratteristiche d'idoneità essenziali dei processi, che ripropongono quelle sinteticamente individuate in sede UE²². I sistemi devono garantire riservatezza dei dati; tutela dell'informatore rispetto a condotte ritorsive, discriminatorie o sleali; canali di segnalazione specifici, indipendenti e autonomi.

Un'impostazione analoga è riconoscibile nella disciplina relativa ai processi di segnalazione interna riservata ai soggetti obbligati *ex d.lgs.* 21 novembre 2007, n. 231²³. In quest'ultimo provvedimento l'obbligo di adottare i sistemi di *internal whistleblowing* è giustificato dall'interesse a prevenire il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo; interesse qualificato come rilevante sul piano di «ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica», nonché dell'«integrità del sistema economico e

procedures for (A) the receipt, retention, and treatment of complaints received by the issuer regarding accounting, internal accounting controls, or auditing matters; and (B) the confidential, anonymous submission by employees of the issuer of concerns regarding questionable accounting or auditing matters».

²⁰ La finalità è sottolineata dalla collocazione sistematica delle norme richiamate alla nt. 18: collegate alle disposizioni destinate alle procedure di segnalazione nei confronti di Banca d'Italia, Consob e IVASS (art. 52-*ter* t.u.b., art. 4-*duodecies* t.u.f. e art. 10-*quinqies* c.a.p.).

²¹ Secondo l'art. 1, secondo co., lett. *h-novies*), t.u.b. e la Sezione VIII, nt. 1, Parte I, Titolo IV, Capitolo 3, Disposizioni di vigilanza per le banche approvate con circolare 17 dicembre 2013, n. 285 e successive modificazioni («Disposizioni di vigilanza»), tale nozione comprende «i dipendenti e coloro che comunque operano sulla base di rapporti che ne determinano l'inserimento nell'organizzazione aziendale, anche in forma diversa dal rapporto di lavoro subordinato».

²² Art. 71, terzo par., direttiva UE 26 giugno 2013, n. 36; art. 73, secondo par., direttiva UE 14 maggio 2014, n. 65; art. 65, terzo par., regolamento UE 23 luglio 2014, n. 909; art. 28, quarto par., regolamento UE 26 novembre 2014, n. 1286; art. 41, quarto par., regolamento UE 14 giugno 2017, n. 1129.

²³ Art. 48, introdotto dall'art. 2 d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90.

finanziario»²⁴. La consapevolezza dell'incidenza della regolazione sulla libertà d'impresa ha, poi, condotto il legislatore a formulare una norma che legittima alle segnalazioni solo i «dipendenti» o le «persone in posizione comparabile»; delimita le comunicazioni rilevanti alla violazione delle «disposizioni» per la prevenzione dei reati appena citati; qualifica i connotati minimi dei processi, richiamando la proporzionalità rispetto alla natura e alle dimensioni dell'impresa²⁵.

Anche l'intervento legislativo più recente e generale nella materia in commento segue l'indirizzo severo sin qui evidenziato. Nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 la facoltà, per gli enti, di adottare i canali di segnalazione interna è funzionale all'istanza - ancora di rilievo pubblico - di prevenire il compimento dei reati ivi richiamati. La disciplina si qualifica, inoltre, per due specificazioni meritevoli di attenzione. Le segnalazioni delle condotte illecite o delle violazioni del modello organizzativo devono essere «circostanziate» e «fondate su elementi di fatto precisi e concordanti». Le informazioni devono essere acquisite dalle persone segnalanti «in ragione delle funzioni svolte»²⁶.

2.1. I canali di segnalazione interna tra riserva di legge, deroga ai processi endosocietari, proporzionalità degli assetti.

Emerge, dal quadro normativo, attenzione prudente. Da un lato, il legislatore italiano ha recepito e articolato le disposizioni UE, riconoscendo cittadinanza alla necessità di rafforzare l'efficacia normativa in determinate aree d'interesse pubblico. Dall'altro, lo stesso legislatore ha avvertito che tali sistemi non solo interferiscono con, ma anche derogano ai processi endosocietari ordinari sotto profili essenziali: la comunicazione dell'identità del segnalante; le competenze sulla gestione della segnalazione delle violazioni; le responsabilità inerenti alla stessa²⁷. Nella struttura delle società di capitali, soprattutto attrici dei mercati finanziari, questi aspetti sono imperativi e funzionali a garantire certezza, professionalità e

²⁴ Art. 2 d.lgs. n. 231/2007.

²⁵ Conformandosi all'impostazione UE: art. 61, terzo par., direttiva UE 20 maggio 2015, n. 849; art. 21, secondo par., regolamento UE 20 maggio 2015, n. 847.

²⁶ Art. 6, secondo *bis* co., lett. a), d.lgs. n. 231/2001, introdotto dall'art. 2, primo co., l. 30 novembre 2017, n. 179.

²⁷ V. parr. 5.1, 5.2 e 5.3.

trasparenza delle decisioni e dei soggetti responsabili²⁸. Ciò, va sottolineato, a tutela delle medesime istanze perseguite dell'*internal whistleblowing*.

Si coglie, per tali ragioni, un'impostazione legislativa che delimita i processi di segnalazione interna entro confini precisi²⁹. Questa linea ha implicazioni importanti per l'attività e per le responsabilità degli organi e degli esponenti di vertice. In primo luogo, essa consente agli organi apicali di pianificare e attuare i sistemi di segnalazione interna in modo adeguato e coordinato agli assetti della società³⁰. In secondo luogo, essa legittimerebbe l'attivazione di tali percorsi solo a fronte di informazioni puntuali e riguardanti condotte che rientrano nelle violazioni normative di cui s'è detto. Si eviterebbero, così, aggravii per l'organizzazione e il coinvolgimento delle funzioni di vertice³¹, nel caso di notizie manifestamente infondate o riferite a comportamenti irrilevanti. In merito a questi profili l'uso del condizionale è, tuttavia, d'obbligo alla luce delle scelte degli operatori nazionali, che saranno indicate.

3. La disciplina generale e ampia della segnalazione interna nella direttiva UE 2019/1937.

La direttiva UE 2019/1937 segna un profondo cambiamento di cornice e contenuti normativi. Le evidenze degli Stati con esperienza più significativa non forniscono elementi sufficienti sull'utilizzo e sull'efficacia dei sistemi di *internal whistleblowing*³². Eppure il legislatore UE si è risolto per l'armonizzazione e il rafforzamento della disciplina in quest'ambito, a

²⁸ C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, Milano, 2012, 345 ss.; F. VELLA, G. BOSI, *Diritto ed economia di banche e mercati finanziari*, Bologna, 2019, 192 e 193.

²⁹ Pur con taluni margini di incertezza dei quali si dirà al par. 5.1.2.

³⁰ V. infatti par. 4.

³¹ La «potential liability» degli amministratori è richiamata come uno dei principali problemi e rischi delle procedure di segnalazione interna dalla letteratura anglosassone: S. R. STUBBEN, K. T. WELCH, (nt. 9), 2; E. TSAHURIDU, *Whistleblowing Management is Risk Management*, in *Whistleblowing and Democratic Values*, a cura di D. LEWIS, W. VANDEKERCKHOVE, 2011, 56 ss., 63, consultabile in <https://ssrn.com/abstract=1998293>.

³² S. R. STUBBEN, K. T. WELCH, (nt. 9), 1. Già problematico sull'applicazione dell'istituto, R.E. MOBERLY, *Unfulfilled Expectations: An Empirical Analysis of Why Sarbanes-Oxley Whistleblowers Rarely Win*, 2007, disponibile in <https://ssrn.com/abstract=977802>.

seguito di vicende che hanno segnato il funzionamento di alcune società, con favore dell'opinione pubblica e risonanza giornalistica³³.

Il diverso clima giuridico è anticipato dal lungo preambolo della direttiva, ove si pone enfasi sulla funzionalità dei canali di segnalazione interna rispetto alla tutela del «pubblico interesse» e, più in generale, alla «salvaguardia del benessere della società»³⁴. Il richiamo alla libertà d'impresa si trova formulato soltanto nel penultimo Considerando, neppure accompagnato dalla manifestazione dell'intenzione di ridurre i costi organizzativi per l'adeguamento, invece espressa in altri provvedimenti legislativi più recenti³⁵.

Sono, poi, i contenuti delle nuove disposizioni a incidere sugli aspetti considerati ai paragrafi precedenti. Ancora diversamente dagli sviluppi regolatori d'Oltreoceano³⁶, sembra emergere il favore legislativo per i canali di denuncia interna rispetto a quelli di denuncia alle Autorità³⁷. E sulla base di questa impostazione si estendono i destinatari, gli obblighi e gli effetti della disciplina dei primi.

³³ M. SERAFINI, Whistleblowing, *più tutele per chi denuncia: approvata la direttiva UE*, 16 aprile 2019, in *www.corriere.it*; *L'Europarlamento vara le regole per proteggere i 'whistleblowers'*, 16 aprile 2019, consultabile in *www.repubblica.it*.

³⁴ 1° Considerando direttiva UE 2019/1937.

³⁵ Rispettivamente, 109° Considerando direttiva UE 2019/1937 e primo e secondo par., Proposta di direttiva 21 aprile 2021 COM (2021), 189 final, 2021/0104 (COD), «per quanto riguarda la comunicazione societaria sulla sostenibilità».

³⁶ Negli Stati Uniti d'America si è rafforzata la tutela dei segnalatori d'informazioni sulla violazione di leggi in materia di strumenti finanziari comunicate alla *Security and Exchange Commission*: v. *Section 922*, «Whistleblower protection», *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, 21 luglio 2010, che introduce la *Section 21F*, «Securities whistleblower incentives and protection» nel *Securities Exchange Act 1934* (15 U.S.C. 78a e ss.). Su questo rafforzamento della protezione pubblica nella disciplina americana: BASILE, *Il whistleblowing: una svolta 'istituzionale' negli USA, nuove misure nell'ordinamento italiano e recenti iniziative eurounitarie*, in *Riv. soc.* 2018, 776 ss., 778 e 779; più in generale, G. PETROBONI, *I caratteri speciali dell'amministrazione delle banche negli Stati Uniti. La discussione delle ragioni, la ricerca degli strumenti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, 850 ss., 852. Per un inquadramento utile della proposta di direttiva UE nel contesto internazionale v. anche M.L. PASSADOR, *La proposta di direttiva europea sul whistleblowing*, in *Riv. soc.*, 2018, 1567 ss.

³⁷ Espressamente, art. 7, secondo par., direttiva 2019/1937. Il favore legislativo emerge, inoltre, dal preambolo (47°, 61° e 62° Considerando) ed è sottolineato dalla collocazione sistematica della disciplina sulla «segnalazione interna», che precede - al Capo II - quella sulla «segnalazione esterna» (Capo III).

L'obbligo di istituire canali e procedure di segnalazione interna è prescritto per tutti i soggetti giuridici del settore privato con almeno cinquanta lavoratori³⁸. Ciò, senza possibilità di esenzioni, anzi, con la facoltà degli Stati membri di applicare l'obbligo ai soggetti che non raggiungano la suddetta soglia³⁹.

L'oggetto delle segnalazioni riguarda le informazioni sulle violazioni, effettive o potenziali, del diritto dell'Unione nelle dodici aree individuate dall'art. 2, primo par.⁴⁰. E la latitudine di questo perimetro è accentuata: sia dalle definizioni contenute all'art. 5, primo par., nn. 1) e 2⁴¹; sia dal potere degli Stati membri di estendere le protezioni nazionali ad ambiti o atti non contemplati dalla direttiva⁴²; sia dall'esplicito riferimento alla futura possibilità di ampliare il campo applicativo di quest'ultima⁴³.

Le persone legittimate alle segnalazioni sono i lavoratori *ex artt.* 45 e 49 T.F.U.E. e coloro che, nel contesto lavorativo dell'impresa e indipendentemente dalla natura della loro attività, hanno acquisito informazioni rilevanti, inclusi: gli azionisti e i componenti dell'organo di amministrazione, direzione o vigilanza; i volontari e i tirocinanti; coloro che

³⁸ Art. 8, terzo par., direttiva 2019/1937. Questa soluzione richiama quella già adottata dalla disciplina francese: art. 8, terzo co., *loi* 9 dicembre 2016, n. 1691 e art. 1, primo co., *decret* 19 aprile 2017, n. 564. Sempre in ottica comparata pare significativo sottolineare che l'impostazione UE si mostra non solo più ampia di quella adottata negli Stati Uniti d'America (nt. 19), ma anche più vincolante della legislazione britannica. In quest'ultima, le protezioni dei segnalanti presuppongono «procedure autorizzate» d'*internal whistleblowing* nelle imprese quali *good practice*, non quali obblighi organizzativi (v. *Part IV A, Employment Rights Act* 1996, introdotta ed emendata dal *Public Interest Disclosure Act* 1998 e dall'*Enterprise and Regulatory Reform Act* 2013).

³⁹ Art. 8, settimo par. La soglia non si applica, inoltre, ai soggetti destinatari delle disposizioni specifiche di cui alle parti I.B e II dell'allegato (art. 8, quarto par.).

⁴⁰ Gli ambiti sono: i) appalti pubblici; ii) servizi, prodotti e mercati finanziari e prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo; iii) sicurezza e conformità dei prodotti; iv) sicurezza dei trasporti; v) tutela dell'ambiente; vi) radioprotezione e sicurezza nucleare; vii) sicurezza degli alimenti e dei mangimi e salute e benessere degli animali; viii) salute pubblica; ix) protezione dei consumatori; x) tutela della vita privata e protezione dei dati personali e sicurezza della reti e dei sistemi informativi; xi) interessi finanziari dell'Unione *ex art.* 325 Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea («T.F.U.E.»); xii) funzionamento del mercato interno *ex art.* 26, secondo par., T.F.U.E.

⁴¹ Sul significato atipico e «dinamico» dell'espressione violazione del diritto dell'Unione v. anche 3° e 19° Considerando.

⁴² Art. 2, secondo par.

⁴³ Art. 27, terzo par., direttiva UE 2019/1937.

abbiano concluso il rapporto di lavoro con l'impresa e coloro che, a seguito del processo di selezione o altre fasi delle trattative precontrattuali, non lo abbiano iniziato⁴⁴.

I requisiti minimi dei canali e delle procedure di segnalazione interna sono indicati con dettagli tecnico-operativi, forse anche tenendo conto dei silenzi rilevati in altri ordinamenti⁴⁵; comprendono l'obbligo del seguito diligente alla comunicazione delle informazioni; non prescrivono declinazioni a seconda della natura e delle dimensioni dell'impresa⁴⁶.

Le tutele destinate ai segnalanti in buona fede prevedono, oltre ai divieti di ritorsione e alle misure di sostegno, la garanzia dell'esonero da qualunque tipo di responsabilità per l'acquisizione e per la comunicazione delle informazioni e sanzioni nel caso di inottemperanza della disciplina⁴⁷.

L'impressione ricavabile dalla lettura complessiva della direttiva è che il legislatore UE, a protezione di un indefinito «pubblico interesse»⁴⁸, intenda prescrivere un'architettura dedicata ai sistemi di *internal whistleblowing* robusta ed estesa, che si affianca a quella dei percorsi tipici: come se le inefficienze del funzionamento del sistema dei controlli interni delle imprese societarie costituissero una circostanza strutturale della quale prendere atto; non patologie da rimediare in casi determinati.

Si ritiene tuttavia che questa intenzione legislativa debba essere considerata e attuata, innanzitutto, in virtù dei principi di sussidiarietà e proporzionalità *ex art. 5 T.U.E.* che governano la materia concorrente in commento⁴⁹. Tali principi consentono soluzioni di disciplina armonizzate incidenti sulla libertà d'impresa, nei limiti di quanto strettamente necessario per il conseguimento degli obiettivi pubblici indicati dal legislatore UE⁵⁰ e in termini coerenti con i connotati imperativi della regolazione in ambito nazionale.

⁴⁴ Artt. 4, primo, secondo e terzo par.; 5, primo par., n. 9).

⁴⁵ M.A. CHERRY, *Whistling In The Dark? Corporate Fraud, Whistleblowers, And The Implications Of The Sarbanes-Oxley Act For Employment Law*, 2004, 1029 ss., 1069 ss., consultabile in <https://ssrn.com/abstract=614582>.

⁴⁶ Artt. 8, 9, 16, 17 e 18.

⁴⁷ Rispettivamente, artt. 6, 19, 20, 21, secondo par. e 23.

⁴⁸ Nell'ordinamento britannico, i criteri per individuare il «*public interest*» richiamato dalla *Section 43B Employment Rights Act 1996* sono stati specificati dalla giurisprudenza: v. *Chesterton Global Ltd. & Anor v. Nurmohamed & Anor* [2017], EWCA Civ. 979.

⁴⁹ Cfr., infatti, il richiamo al 108° Considerando direttiva 2019/1937.

⁵⁰ Per tutti L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2014⁵, 415 ss. e 420-422.

4. Le prassi organizzative delle società quotate in Borsa Italiana.

Prima di approfondire i contenuti della direttiva UE 2019/1937 ritenuti maggiormente problematici, è interessante soffermarsi sulla prassi organizzativa nazionale, che rivela le seguenti caratteristiche. In primo luogo, si constata l'adozione di sistemi interni di segnalazione delle violazioni da parte di tutte le società emittenti appartenenti all'indice FTSE-MIB, anche quale conseguenza della raccomandazione già formulata nel Codice di Autodisciplina⁵¹. Si osserva, in secondo luogo, varietà dell'autoregolamentazione. Infine, profilo non meno importante, si nota sensibile ampiezza dei contenuti di autodisciplina⁵².

Le politiche e procedure di gruppo che regolano le segnalazioni interne, indicate quali «strumenti di *governance*» o «*governance and ethics*»⁵³, risultano da un *collage* di documenti di differente natura: sono prescritte nelle linee-guida predisposte *ad hoc*⁵⁴; sono disciplinate o richiamate nei regolamenti dei modelli *ex d.lgs. n. 231/2001* e in quelli per la prevenzione dei reati *ex d. lgs. n. 231/2007*⁵⁵; sono individuate nei rispettivi codici di condotta ed etici⁵⁶.

L'oggetto delle segnalazioni è usualmente esteso. Esso può riguardare non solo le informazioni sui comportamenti illeciti individuati dalla legislazione richiamata; ma anche quelle relative a irregolarità o pratiche non conformi alle procedure di controllo e ai codici interni, tali da recare danno, pure d'immagine, all'impresa e al gruppo di riferimento. Sembrano escluse la tassatività e la tipicità del perimetro e dei contenuti

⁵¹ Cfr. commento all'art. 7, 37, Codice di Autodisciplina 2018. Questa raccomandazione specifica non è stata riproposta nel Codice di *Corporate Governance* 2020.

⁵² Le osservazioni sono formulate avendo considerato i documenti (anche in forma di estratti o sintesi) relativi agli emittenti indicati nell'elenco di Borsa Italiana s.p.a. e pubblicati nei siti internet delle rispettive società alla data dell'11 giugno 2021.

⁵³ Rispettivamente, Telecom Italia s.p.a. e Tenaris s.p.a.

⁵⁴ Cfr. Amplifon s.p.a.; A2A s.p.a.; Atlantia s.p.a.; Azimut Holding s.p.a.; Campari N.V.; Fincobank s.p.a.; Assicurazioni Generali s.p.a.; Inwit s.p.a.; Italgas s.p.a.; Leonardo s.p.a.; Poste Italiane s.p.a.; Prysmian s.p.a.; Snam s.p.a.; Telecom Italia; Unicredit s.p.a.

⁵⁵ Sono stati considerati: Amplifon; Banco BPM s.p.a.; Banca Mediolanum s.p.a.; BPER Banca s.p.a.; Buzzi Unicem s.p.a.; DiaSorin s.p.a.; Eni s.p.a.; Hera s.p.a.; Interpump Group; Intesa Sanpaolo s.p.a.; Mediobanca s.p.a.; Moncler s.p.a.; Nexi s.p.a.; Pirelli & c. s.p.a.; Saipem s.p.a.; Unipol s.p.a.

⁵⁶ Esemplicativi: Enel s.p.a.; Exor N.V.; Assicurazioni Generali; Hera s.p.a.; Intesa Sanpaolo; Italgas; Recordati s.p.a.; Saipem; Tenaris s.p.a.; Unipol s.p.a.

delle notizie rilevanti⁵⁷; a volte si richiama l'interesse per le denunce di azioni scorrette o immorali⁵⁸. Tra le persone legittimate alle segnalazioni sono compresi, insieme ai dipendenti, i componenti degli organi sociali⁵⁹. Vengono inoltre richiamati i terzi, collegati alle società del gruppo contrattualmente o da un interesse rilevante⁶⁰.

I canali e le procedure di segnalazione si sviluppano all'interno della struttura societaria, con un tratto comune: essi non seguono i processi ordinari destinati al rilievo di violazioni, irregolarità o anomalie gestionali, organizzative od operative. In alcuni casi gli organi e le funzioni responsabili sono quelli già presenti nel sistema dei controlli interni dell'impresa⁶¹. In altri casi è prevista la costituzione di comitati o funzioni specificamente dedicati⁶². In altri casi ancora vi è combinazione delle due

⁵⁷ V. gli elenchi esemplificativi nelle politiche di Campari, Leonardo s.p.a., Snam. In alcuni casi si specificano le aree o le fattispecie escluse dai percorsi di segnalazione interna: v. il documento sulle segnalazioni di A2A e Telecom Italia.

⁵⁸ Cfr. Le politiche di Azimut Holding, FinecoBank, Unicredit.

⁵⁹ V. modello *ex d.lgs. n. 231/2001* di Eni e Moncler s.p.a. In alcuni casi si richiamano soltanto i membri degli organi di supervisione strategica, gestione e controllo (v. politiche di Azimut Holding e FinecoBank) o che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo sulla società (modello *ex d. lgs. n. 231/2001* di Recordati). In altri ci si riferisce agli esponenti aziendali (modello *ex d.lgs. n. 231/2001* di Banca Mediolanum) ovvero ai soggetti in posizione apicale (modello *ex d.lgs. n. 231/2001* di Nexi).

⁶⁰ V. nt. 21. Si leggono anche richiami più generici a qualunque terzo (v. modello *ex d.lgs. n. 231/2001* di Banco BPM) o a qualunque soggetto che opera per il conseguimento degli obiettivi della società (v. modello *ex d.lgs. n. 231/2001* di Eni).

⁶¹ È frequente la prassi di indicare, quali responsabili, la funzione di *Internal Audit* (v. segnalazioni di A2A); la funzione di *Compliance* (v. modello organizzativo di Unipol e i processi di segnalazione Generali); il Presidente del collegio sindacale (v. le procedure di Azimut Holding). Altrettanto diffusa è l'indicazione dell'Organismo di Vigilanza *ex d. lgs. n. 231/2001*, che a sua volta può coincidere o meno con il collegio sindacale (v. modello organizzativo di Intesa Sanpaolo) e la determinazione di altra funzione responsabile, qualora la segnalazione riguardi un componente del suddetto organismo (v. modello organizzativo di Mediobanca).

⁶² Nelle procedure di Atlantia si richiama, quale organo collegiale, il *Whistleblowing Team*, costituito dai responsabili delle funzioni di *Internal Audit*, Risorse Umane, Legale e Finanziaria. In quelle di Campari, ci si riferisce al *Whistleblowing Committee*. Nelle procedure di Poste Italiane sono previsti un Comitato *Whistleblowing* della capogruppo e un Comitato *Whistleblowing* delle società del gruppo, presieduti da membri esterni, che non rivestono incarichi o funzioni nel gruppo medesimo.

opzioni⁶³. Il coinvolgimento degli organi amministrativi e di controllo apicali e dei rispettivi componenti è previsto a vario titolo. Generalmente la comunicazione delle segnalazioni interne alle funzioni e agli uffici societari di vertice è subordinata alla rilevanza della notizia e alla gravità della violazione⁶⁴. In alcune realtà, gli esponenti partecipano direttamente ai comitati destinati ai processi di *whistleblowing*⁶⁵. In altre società, l'organo di controllo è competente alla gestione dei sistemi interni di segnalazione⁶⁶. È prassi prescrivere l'obbligo, da parte dei soggetti responsabili, di riferire periodicamente agli uffici di vertice sulle segnalazioni ricevute e sui relativi seguiti ed esiti.

Nei documenti sono, infine, richiamate le tutele legislative previste per i segnalanti⁶⁷.

L'osservazione complessiva mette, dunque, in luce una pratica, riferita alle società di grandi dimensioni, che applica gli obblighi organizzativi dei sistemi di segnalazione interna in termini più ampi di quelli richiesti dalla legislazione vigente. Questa prassi manifesta sensibilità delle imprese nazionali nei confronti dei principi che informano la materia ed è naturalmente anche motivata dalla finalità di beneficiare dell'esonero dalla responsabilità *ex art. 6, primo co., d. lgs. n. 231/2001*. La latitudine prospetta, al contempo, alcune criticità, soprattutto alla luce delle nuove prescrizioni europee. Se, come auspicabile, la normazione di questi processi non è destinata a rimanere soltanto "sulla carta"; allora e come si illustrerà nei paragrafi successivi, le regolazioni richiamate vanno apprezzate in relazione ad alcuni problemi di applicazione nella e di coordinamento con la struttura di governo societario.

5. Le aree critiche del recepimento della direttiva UE 2019/1937 per il governo delle società di capitali.

5.1. L'internal whistleblowing e la libertà di organizzazione dell'impresa.

5.1.1. Le competenze nell'istituzione degli assetti.

⁶³ Nelle *policy* di Amplifon, per esempio, il responsabile della funzione di rischio e *compliance* del gruppo è affiancato dal *Whistleblowing Committee* nominato dall'organo amministrativo.

⁶⁴ V. le procedure di A2A; Azimut Holding; Inwit; BPER Banca; Poste Italiane.

⁶⁵ V. il *Whistleblowing Committee* di Campari al quale partecipa l'amministratore delegato.

⁶⁶ Cfr. nt. 55.

⁶⁷ Cfr. par. 2 e le procedure di A2A; Amplifon; Atlantia; BPER Banca; Poste Italiane; Unicredit; nonché i modelli organizzativi di Banco BPM; Buzzi Unicem; Intesa Sanpaolo.

Nel silenzio della direttiva si prospetta, innanzitutto, la questione degli organi sociali competenti nella definizione degli assetti di segnalazione interna. In proposito merita di essere sottolineato che il legislatore UE introduce un nesso funzionale, stringente e ampio tra i nuovi processi e il presidio efficace e complessivo dei rischi d'impresa⁶⁸.

Alla luce di questa impostazione, in conformità all'art. 2380-*bis*, commi 1 e 3, c.c. e, per le realtà di maggiori dimensioni, in adesione ai principi XIX e XX *sub* art. 6 Codice di *Corporate Governance*, si ritiene che, nelle s.p.a., l'individuazione delle politiche e degli indirizzi degli assetti interni di segnalazione delle violazioni sia riservata alla competenza del consiglio di amministrazione, ove nominato⁶⁹. Pare meno compatibile con la cornice legislativa indicata, la prassi – pure riscontrata in alcune società⁷⁰ – di attribuire l'approvazione delle linee guida soltanto ai componenti esecutivi dell'organo amministrativo o alle funzioni delegate o di *compliance* o *internal audit*. Il ruolo degli amministratori muniti di deleghe o delle funzioni aziendali preposte ai controlli e al rischio di non conformità, per le rispettive attribuzioni esecutive e tecniche, risulta utile, anzi necessario alla formulazione delle proposte organizzative. Ma la capillarità del nuovo sistema di segnalazione interna, i suoi riflessi diffusi per il governo societario, anche nell'impresa di gruppo, e il suo collegamento con gli obblighi *ex* art. 14 d. lgs. n. 14/2019, sembrano postulare, in questa materia, la pianificazione strategica e la decisione collegiali da parte dell'organo apicale⁷¹.

⁶⁸ Cfr. 3°, 33°, 47°, 84° e 108° Considerando direttiva UE 2019/1937.

⁶⁹ Nello scritto ci si riferirà agli organi del sistema di amministrazione e controllo c.d. tradizionale, tenuto conto della sua prevalente diffusione nella prassi. Le considerazioni formulate riguardano, però, anche gli uffici societari omologhi dei sistemi dualistico *ex* artt. 2409-*octies* ss. c.c. e monistico *ex* art. 2409-*sexiesdecies* ss. c.c.

⁷⁰ Cfr. par. 4.

⁷¹ Questa dialettica è già stata indicata da M.S. SPOLIDORO, (nt. 13), 183 e 184, 192 e 193 e U. TOMBARI, (nt. 13), 275 e 276. Per una proposta più aperta, C. PRESCIANI, *Il modello organizzativo ex artt. 6-7 d.lgs. 231/2001*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, 730 ss., 751 ss., la quale riserva, comunque, all'organo amministrativo la presa d'atto e la valutazione di adeguatezza del modello adottato dall'amministratore delegato. La competenza e la responsabilità dell'organo di gestione sono esplicitate nelle discipline settoriali di altri ordinamenti: v. § 25a, primo par., n. 6.3 *Kreditwesengesetz* 9 settembre 1998; raccomandazione A.2 *Deutscher Corporate Governance Kodex* 2019.

Considerazioni analoghe valgono per le imprese strutturate secondo il modello di s.r.l. che operino nei servizi finanziari e siano, perciò, obbligate all'istituzione dei sistemi a prescindere dal numero di dipendenti⁷²; ovvero connotate da uno statuto assimilabile a quello delle s.p.a. in ragione della loro apertura al mercato⁷³. Nelle s.r.l. escluse da questi perimetri e caratterizzate da un'organizzazione più semplice, ma comunque vincolate dalla direttiva UE 2019/1937, si reputa che, ai sensi dell'art. 2475, primo co., c.c., l'implementazione dei canali e delle procedure di *internal whistleblowing* spetti agli amministratori (in via congiunta o disgiunta tra loro, in base a quanto previsto nell'atto costitutivo) oppure all'amministratore unico. Rispetto a questa seconda ipotesi, è utile evidenziare che alcuni ordinamenti di riferimento nella materia investono espressamente anche i poteri e le funzioni societari monocratici della predisposizione dei sistemi di segnalazione interna⁷⁴. In tali fattispecie, come si dirà al paragrafo successivo, la natura più elementare e personalistica dell'amministrazione dell'impresa si rifletterà sui contenuti di attuazione degli assetti.

5.1.2. I criteri e i contenuti dell'istituzione degli assetti.

L'altro problema d'interesse riguarda, appunto, i criteri della progettazione dei sistemi.

In linea generale si osserva che, fermi gli «elementi» essenziali prescritti dagli artt. 7 ss. direttiva UE 2019/1937, il canone legislativo dell'adeguatezza implica che i canali e le procedure vengano declinati, con minore o maggiore complessità, in base alla natura e alle dimensioni dell'impresa organizzata in forma di s.p.a. o di s.r.l.⁷⁵. La normativa europea

⁷² V. nt. 39. Si pensi agli intermediari *ex art.* 106 t.u.b. autorizzati all'esercizio delle attività *ex art.* 18, terzo co., t.u.f.

⁷³ Artt. 2483 c.c. e 26 d.l. n. 179/2012, conv. in l. n. 221/2012.

⁷⁴ Cfr., in Francia, l'art. 17 *loi* 9 dicembre 2016, n. 1691 con riguardo ai compiti di «*présidents*», «*directeurs généraux*» e «*gérants*» di una società con almeno cinquanta dipendenti e i requisiti di fatturato ivi prescritti.

⁷⁵ V. nt. 22 per i riferimenti UE a questo canone. Nella nostra disciplina, v. i novellati artt. 2086, primo co. e 2380-*bis*, primo co. e 2475, primo co., c.c. Sul significato applicativo, in una letteratura vastissima: G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. IRRERA, Bologna, 2016, 41 ss., qualifica l'adeguatezza come «criterio primario di condotta»; V. CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 5 ss., 9 ss., ne sottolinea la natura di «limitazione alla discrezionalità dei

solleva, tuttavia, interrogativi su alcuni punti chiave che possono interessare le decisioni di vertice, indipendentemente dalle caratteristiche o dalle proporzioni della realtà coinvolta.

Una prima questione attiene al perimetro dei sistemi. Nonostante taluni passaggi ambigui⁷⁶, pare che il riferimento alle segnalazioni delle «violazioni del diritto dell'Unione» vada inteso in senso proprio: riferito, cioè, alla violazione degli atti normativi dell'UE e degli atti normativi di recepimento nazionali. A favore di questa tipicità orientano sia la lettera della direttiva UE 2019/1937, sia il suo apprezzamento funzionale e sistematico. Gli artt. 2 e 5, n. 1) richiamano specificamente gli «atti» indicati nell'allegato (direttive e regolamenti) e le «norme» ivi previste. Va, inoltre, rilevato che la compressione della libertà d'impresa richiesta dagli artt. 7 ss. e le misure di protezione garantite ai segnalanti dagli artt. 19 ss. trovano giustificazione e bilanciamento se riferite al pregiudizio di interessi riconosciuti e regolati sul piano legislativo⁷⁷. Si è consapevoli che, anche in virtù di questo criterio ermeneutico, rimangono le incertezze dovute alla latitudine degli àmbiti delle violazioni *ex art. 2* direttiva UE 2019/1937 e a una cornice che non sempre distingue, con chiarezza e nettezza, le fonti del diritto dai provvedimenti amministrativi o di vigilanza di carattere generale⁷⁸. La linea interpretativa proposta indirizza, però, a escludere dal campo applicativo cogente della disciplina UE le denunce di comportamenti rilevanti soltanto sul piano dei codici etici. La stessa suggerisce una pianificazione che mantenga distinti e separati, anche nell'organizzazione dell'impresa, i canali eventualmente destinati alle suddette denunce⁷⁹.

poteri organizzativi»; M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, I, p. 5 ss., pp. 7 e 8, ne valorizza la funzione di «presidio alla libertà d'impresa».

⁷⁶ Cfr. 3°, 19° e 42° Considerando direttiva UE 2019/1937.

⁷⁷ Cfr. i riferimenti normativi indicati alla nt. 17 e la giurisprudenza richiamata alla nt. 15.

⁷⁸ Soprattutto in alcune aree: ho approfondito il profilo in A. ROSA, *L'accesso all'attività bancaria in Italia: una lettura sistematica tra diritto dell'Unione, disciplina nazionale e vigilanza unica*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 830 ss., 849 ss.

⁷⁹ L'intersezione dei piani, riscontrata nella prassi nazionale, è stata importata dalla realtà anglosassone. In quest'ultima, però, la regolazione dei canali di *whistleblowing* nei codici etici va apprezzata alla luce di un contesto ordinamentale, anche di tutele dei lavoratori, meno prescrittivo di quello italiano: R. MOBERLY, L.E. WYLIE, *An Empirical Study of Whistleblower Policies in United States Corporate Codes of Ethics*, 2011, consultabile in <https://ssrn.com/abstract=1961651>.

Ancora sotto il profilo dell'integrazione dei sistemi interni di segnalazione negli assetti societari, una criticità riguarda il rapporto tra i nuovi processi prescritti dalla direttiva UE 2019/1937 e quelli già richiesti nelle imprese e per le finalità di cui s'è detto al par. 2⁸⁰. Sul punto l'art. 3, primo par. della citata direttiva non è limpido: esso sembra escludere l'applicazione della disciplina generale, laddove rilevino norme «specifiche» e imperative sulla segnalazione interna previste negli atti settoriali dell'Unione. Si ritiene, tuttavia, che il tenore dell'articolo vada interpretato alla luce della lettura sistematica della disciplina: dunque, nel senso di includere le materie richiamate – prima fra queste, quella relativa ai sistemi di *internal whistleblowing* nelle banche e negli altri intermediari finanziari – nell'ambito degli artt. 7 ss. Argomentando diversamente, si configurerebbe l'effetto non coerente con il sistema per il quale, proprio nelle aree in cui le esigenze di efficacia del diritto sono maggiormente avvertite per il rilievo pubblicistico dell'attività d'impresa, si applicherebbe una regolazione di *internal whistleblowing* meno stringente e articolata di quella introdotta dalla direttiva in commento.

Questa convergenza di tutele e istanze di efficienza economica e organizzativa consentono e, forse, consigliano di attuare i nuovi processi, assumendo come base quelli già istituiti. I requisiti minimi previsti dall'art. 9 direttiva UE 2019/1937 sono, infatti, più analitici ma coerenti con i principi indicati nelle discipline nazionali vigenti: sia per quanto riguarda le caratteristiche di sicurezza e riservatezza dei canali di segnalazione; sia per quanto riguarda le qualità di «imparzialità» e «diligenza» dei soggetti preposti alla gestione degli stessi. Il che permetterebbe di designare, quali responsabili dei processi *ex art. 7 ss. direttiva UE 2019/1937*, gli organi, le funzioni o i comitati già presenti nella struttura delle società e ricordati al par. 4⁸¹. Vanno, al contempo, ricordate la superiore ampiezza e la natura eterogenea delle materie oggetto di segnalazione *ex art. 2 direttiva UE 2019/1937*, nonché la maggiore latitudine dei soggetti legittimati e dei presupposti delle segnalazioni *ex artt. 4 e 5, primo co., n. 2)*⁸². Alla luce di questi contenuti normativi l'organo amministrativo dovrà valutare la

⁸⁰ Sull'esigenza di modifica e coordinamento delle discipline, v. anche art. 23, primo co., lett. a) e b), l. delega n. 53/2021.

⁸¹ V., oltre alle disposizioni legislative richiamate al par. 2, con chiarezza e precisione la Sezione VIII, Capitolo 3, Titolo IV, Parte I, Disposizioni di vigilanza per le banche.

⁸² Sono considerati rilevanti anche i «fondati sospetti» di violazioni normative.

necessità o l'opportunità di rafforzare l'istruttoria delle denunce, coinvolgendo funzioni specifiche rispetto a quelle già interessate.

Una terza area importante sulla quale, a mio avviso, non vi è piena chiarezza attiene alla relazione tra i processi di *internal whistleblowing* e le procedure endosocietarie tipiche od ordinarie. Il problema ravvisabile – che riguarda il personale dell'impresa e, in modo più significativo, i soggetti con posizioni di vertice o qualificate nell'organizzazione⁸³ – è riferito al lavoratore che viene a conoscenza di informazioni sulle violazioni normative in ragione (non «nell'ambito») delle sue mansioni; deve (non «può») rilevare le inottemperanze; è responsabile di tale comunicazione.

In queste fattispecie si pongono alcuni interrogativi: se i canali di *internal whistleblowing* si aggiungano o siano alternativi ai processi di *reporting* “fisiologici”; se la comunicazione delle violazioni soltanto attraverso i processi ordinari comporti le protezioni prescritte dagli artt. 19 ss. direttiva UE 2019/1937⁸⁴; se vi sia raccordo tra i percorsi di indagine interna avviati attraverso i canali tipici e attraverso le procedure di *internal whistleblowing*. Le legislazioni speciali vigenti e le prassi nazionali considerate non sembrano fornire risposte puntuali e univoche⁸⁵. La direttiva introduce zone d'ombra laddove, all'art. 6, primo co., lett. b), dispone che le «persone segnalanti beneficiano di protezione [...], a

⁸³ Si pensi ai direttori generali *ex art.* 2396 c.c. e a coloro che svolgono le funzioni richiamate all'art. 5, primo co., d.lgs. n. 231/2001. Per la posizione dei componenti degli organi sociali di vertice e degli azionisti v. par. 5.3.

⁸⁴ L'art. 23, primo co., lett. c) l. n. 53/2021 indica la volontà del nostro legislatore di esercitare l'opzione *ex art.* 25, primo par., direttiva 2019/1937: dunque, di introdurre o mantenere disposizioni nazionali più favorevoli per i diritti delle persone segnalanti di quelle previste dalla direttiva stessa.

⁸⁵ Le norme richiamate al par. 2 si limitano a disporre che la «presentazione di una segnalazione non costituisce di per sé violazione degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro» (art. 52-*bis*, terzo co., t.u.b.). Le prassi organizzative ricordate al par. 4, a volte, si riferiscono al canale di *internal whistleblowing* quale «ulteriore meccanismo» di comunicazione delle violazioni; in altri casi, richiamano la possibilità di *reporting*, attraverso le linee ordinarie, al proprio superiore gerarchico; in altri casi ancora, configurano in termini obbligatori l'attivazione dei canali e le procedure di segnalazione interna; in altre fattispecie, escludono dal campo di applicazione delle segnalazioni interne alcune materie o profili (ad esempio, le anomalie operative o le tematiche riguardanti i conflitti di interesse). Nei regolamenti societari considerati le protezioni sono usualmente riconosciute ai «segnalanti» in generale.

condizione che [...] abbiano effettuato una segnalazione internamente a norma» dei canali previsti dall'art. 7.

In conformità agli scopi dichiarati dal legislatore UE e tenendo conto delle soluzioni elaborate negli ordinamenti di riferimento per la materia, si propongono alcuni criteri per la considerazione, anche in sede di autodisciplina, delle situazioni indicate. Nel caso di violazioni di particolari aree o profili normativi, che richiedano o consiglino la sollecitazione diretta e tempestiva dei canali tipici o ordinari, pare consentito escludere la legittimazione all'attivazione dei processi di *internal whistleblowing* o riconoscerla se l'iniziativa attraverso i primi sia risultata infruttuosa⁸⁶. Le tutele legislative in favore dei "segnalanti interni" non dovrebbero comportare effetti discriminatori, soprattutto con riguardo ai divieti di ritorsione, rispetto a coloro che formalizzano le denunce nelle sedi e attraverso i canali endosocietari principali e caratteristici⁸⁷. Si rileva la necessità di uno stretto coordinamento organizzativo tra i due percorsi e il ricongiungimento degli stessi, quanto prima possibile, ai fini dell'eventuale indagine interna⁸⁸. È bene precisare che le letture proposte muovono dalla stima della funzione dei sistemi di segnalazione interna, in termini, sì, di rafforzamento del controllo sui rischi di non conformità; ma su un piano di

⁸⁶ Un esempio può risultare utile. Si consideri un direttore generale che abbia acquisito informazioni su violazioni normative nelle aree indicate dall'art. 2 direttiva 2019/1937 di sua competenza (ad esempio, in materia di tutela della vita privata e di protezione dei dati personali e sicurezza dei dipendenti). In questo caso l'attivazione del sistema di *internal whistleblowing* può risultare meno tempestiva ed efficace rispetto ai flussi tipici, che usualmente prevedono il *report* diretto all'amministratore delegato e/o al consiglio di amministrazione, attraverso la partecipazione alle riunioni consiliari.

⁸⁷ Sono esplicite, in questo senso, sia la legislazione britannica, sia quella francese. Secondo la *Section 43C Employment Rights Act 1996*, la «*qualifying disclosure*» meritevole di protezione è quella comunicata sia al proprio datore di lavoro, sia attraverso le procedure alternative autorizzate. Secondo l'art. 8 *loi* 9 dicembre 2016, n. 1691, la protezione è riservata ai «*lanceurs d'alerte*» che abbiano comunicato la segnalazione a un superiore gerarchico, diretto o indiretto, o a un referente designato da quest'ultimo. Il recepimento della direttiva UE 2019/1937 in Italia pare richiedere una determinazione organica delle tutele riservate ai segnalanti (v. ora art. 52 *bis*, secondo co., lett. *b*), t.u.b. e art. 6, secondo *ter* e secondo *quater* co., d.lgs. n. 213/2001).

⁸⁸ Per questa attenzione già Sezione VIII, Capitolo 3, Titolo IV, Parte I, Disposizioni di vigilanza per le banche. Va detto che l'implicazione pletorica di organi e funzioni nella fase di informazione e analisi preliminari può pregiudicare la snellezza e la sollecitudine delle indagini e degli interventi.

sussidiarietà rispetto ai presidi ordinamentali, statutari e di autoregolamentazione.

Anche seguendo questa linea, rimangono però criticità sistematiche e attuative. Si pensi alla “irresponsabilità” per la segnalazione richiamata dall’art. 12, secondo par., direttiva UE 2019/1937, non riferibile, con questa assolutezza o, meglio, genericità⁸⁹, al dipendente che rilevi e comunichi elementi su violazioni normative, in virtù dei suoi compiti specifici. Si ponga mente alle segnalazioni anonime che – sebbene consentite dall’art. 6, secondo par. della stessa direttiva – non risultano coerenti con le istanze imperative di chiarezza e trasparenza che informano i percorsi decisionali, soprattutto delle s.p.a. e delle s.r.l. emittenti o vigilate⁹⁰.

Un’ultima considerazione meritano i criteri che possono orientare la pianificazione *ex artt.* 7 ss. direttiva UE 2019/1937 nelle imprese strutturate secondo i modelli meno complessi di s.r.l. In queste realtà, la composizione e il funzionamento elementari dell’amministrazione, la sua prossimità alla compagine sociale, l’assenza dell’organo di controllo *ex art.* 2477 c.c.; sono tutti elementi che sollevano dubbi rispetto a una soluzione organizzativa che attribuisca i compiti e la responsabilità della ricezione e gestione delle segnalazioni interne direttamente all’amministratore unico o ad alcuni amministratori. I dubbi sono riferiti non tanto all’esclusione dello svolgimento collegiale di queste attività⁹¹; quanto piuttosto al requisito dell’«imparzialità» prescritto dall’art. 9, primo par., lett. c), direttiva UE 2019/1937. In questa prospettiva, giova ricordare le opzioni, consentite dalla direttiva, di designare, quale «persona» responsabile interna, un soggetto che non sia parte dell’organizzazione sociale; o di delegare la gestione dei canali e delle procedure a soggetti terzi⁹².

5.2. *L’internal whistleblowing e la libertà di gestione dell’attività d’impresa.*

5.2.1. *Il dovere del seguito alla segnalazione interna.*

⁸⁹ Sulla necessità di precisare le espressioni generali del legislatore UE, P. MONTALENTI, Intervento al webinar *La nuova società quotata, tutela degli stakeholders, sostenibilità e nuova governance*, Fondazione CNPDS, 9 aprile 2021.

⁹⁰ Per i costi di questo profilo, già M.S. SPOLIDORO, *Whistleblower e galantuomo*, in *Riv. soc.*, 2016, 953 ss., 962. Nella prassi si rilevano, infatti, esempi di regolamenti che non consentono le segnalazioni interne anonime o incoraggiano le segnalazioni nominative.

⁹¹ Svolgimento consentito dall’art. 9, primo par., lett. c), direttiva UE 2019/1937.

⁹² Art. 8, quinto par., direttiva UE 2019/1937.

L'altro ambito problematico, che emerge dall'attuazione della direttiva UE 2019/1937, riguarda la prescrizione del «seguito» imparziale, competente e diligente alla segnalazione interna. È un dovere specifico della società riferito non solo al riscontro, alla persona segnalante, circa il ricevimento, la gestione e l'esito della comunicazione. Esso riguarda anche la condotta intrapresa dalla società, «allo scopo di valutare la sussistenza dei fatti segnalati e, se del caso, porre rimedio alla violazione [...], anche attraverso azioni come un'inchiesta interna, indagini, l'azione penale, un'azione per il recupero dei fondi o l'archiviazione della procedura»⁹³. Le questioni prospettabili attengono almeno a tre ordini di profili: i soggetti competenti e le modalità di sviluppo di tale azione; l'imputazione della medesima all'organo amministrativo; le responsabilità che ne conseguono per quest'ultimo e per gli altri organi apicali.

Il primo quesito riporta l'attenzione sul significato dell'imparzialità della persona o del servizio richiesta per il seguito *ex art. 9, primo par., lett. c)*, direttiva UE 2019/1937, nel governo di s.p.a e s.r.l. qualificate da maggiore articolazione⁹⁴. Si ritiene che tale requisito, anche alla luce dei connotati d'indipendenza previsti dalla legislazione nazionale⁹⁵, vada precisamente rapportato all'oggetto delle segnalazioni interne: quindi, riguardi l'autonomia di giudizio e l'assenza di conflitti di interesse nell'esame degli illeciti comunicati.

Tale rilievo consente di riconoscere la legittimità, in linea di principio, delle soluzioni organizzative che investano di questa competenza: sia gli organi nominati dall'assemblea o dai soci già preposti alle funzioni societarie di vigilanza sull'osservanza della legge⁹⁶; sia gli organi, i comitati o le funzioni - presenti nell'organizzazione dell'impresa o costituiti *ad hoc* - nominati dal consiglio di amministrazione⁹⁷. Va

⁹³ Cfr. art. 5, primo par., nn. 12) e 13) e 9, primo par., lett. b), c), d), e), f), direttiva UE 2019/1937.

⁹⁴ Per le s.r.l. di minori dimensioni, v. le osservazioni del par. precedente.

⁹⁵ V. par. 2. Un ulteriore argomento a conforto dell'interpretazione proposta nel testo è fornito dal 56° Considerando direttiva UE 2019/1937.

⁹⁶ Tipicamente: il collegio sindacale *ex artt. 2397 e ss. c.c. (spec. art. 2403, primo co., c.c.)*; il consiglio di sorveglianza *ex artt. 2409-duodecies e ss. c.c. (spec. art. 2409-terdecies, primo co., lett. c), c.c.)*; l'organo di controllo *ex art. 2477 c.c.*; l'organo dirigente eventualmente nominato dall'assemblea *ex art. 6 d.lgs. n. 231/2001 (spec. primo co., lett. b)*.

⁹⁷ Il riferimento è: alle funzioni delegate o al comitato esecutivo *ex artt. 2381, secondo co., 2409-novies, primo co., e 2475, sesto co., c.c.*; al comitato per il controllo sulla gestione *ex art.*

puntualizzato che il nesso con l'organo amministrativo non pregiudica l'imparzialità prescritta. Anzi. Il consiglio nel suo *plenum* e ciascuno dei suoi componenti sono i primi obbligati all'adempimento dei doveri imposti dalla legge, dall'atto costitutivo e dallo statuto, ai sensi degli artt. 2392, primo co.⁹⁸ e 2476, primo co., c.c. Sicché, il raccordo costituisce - dovrebbe costituire - maggiore presidio al rispetto della *ratio* della disciplina in commento, anche sotto il profilo della professionalità e dell'incisività delle verifiche.

Talune opzioni della prassi sollecitano riflessioni particolari. Ci si riferisce alle procedure che sembrano configurare poteri d'indagine interna, autonomi rispetto all'attività del consiglio di amministrazione, in capo agli uffici designati a dar seguito alle segnalazioni. L'impostazione si prospetta, ad avviso di chi scrive, compatibile con la cornice normativa e statutaria delle società di capitali interessate, allorché i responsabili siano gli stessi organi sociali (o i rispettivi componenti) già legittimati all'esercizio di propri poteri d'ispezione e controllo, collegiali o individuali⁹⁹. Il problema si pone quando la responsabilità del seguito *ex art. 9* direttiva UE 2019/1937 sia attribuita alla *compliance* o all'*internal audit*: vale a dire, alle funzioni aziendali di controllo che declinano la gestione dell'impresa, soprattutto di grandi dimensioni o vigilata; dipendono gerarchicamente dall'organo amministrativo; svolgono i loro compiti nell'ambito e in esecuzione della pianificazione e della supervisione strategiche degli uffici di vertice¹⁰⁰. In tali fattispecie, l'iniziativa alle verifiche sulle condotte illecite, assunta dalle funzioni di secondo e terzo livello senza l'informazione al e l'impulso del consiglio di amministrazione, non pare conforme allo statuto dei flussi e delle competenze endosocietarie, quale implicato dagli artt. 2380-*bis*, primo co. e 2392, primo co., c.c. e declinato dalla vigilanza e dall'autodisciplina. Giova, inoltre, ricordare che il perimetro delle segnalazioni interne prescritto dalla direttiva UE 2019/1937 non riguarda mere carenze,

2409-*octiesdecies* c.c.; all'organo dirigente nominato dal consiglio di amministrazione *ex art. 6* d.lgs. n. 231/2001; al comitato controllo e rischi *ex art. 6*, raccomandazione 35, Codice *Corporate Governance*. Nelle realtà più complesse sembra preferibile l'opzione della collegialità, a garanzia dei requisiti di ponderazione *ex art. 9* direttiva UE 2019/1937.

⁹⁸ Sulla «competenza» di *compliance* implicita, M.S. SPOLIDORO, (nt. 13), 193.

⁹⁹ V. specialmente nt. 96.

¹⁰⁰ Cfr. Sezione III, Capitolo 3, Titolo IV, Parte I, Disposizioni di vigilanza per le banche; art. 6, specialmente raccomandazione 36 Codice *Corporate Governance*.

anomalie o irregolarità, ma violazioni o elusioni normative che possono pregiudicare l'interesse pubblico. Il che rafforza il ruolo collegiale dell'organo amministrativo nell'assunzione delle misure correttive e delle altre attività necessarie¹⁰¹.

Alla luce di questi argomenti, i processi di *internal whistleblowing* andrebbero articolati in modo che, alle funzioni di conformità o revisione interna, venissero riservati i poteri di "filtro" delle segnalazioni manifestamente infondate e di esame preliminare. L'organo amministrativo dovrebbe contare sulla trasmissione appropriata, anche temporalmente, dei dati relativi agli accertamenti iniziali ed essere competente sull'avvio dell'eventuale indagine interna e sull'indirizzo della stessa¹⁰². Le funzioni preposte al seguito delle segnalazioni dovrebbero curare l'attuazione delle decisioni consiliari. In questa dinamica, al fine di non gravare eccessivamente l'attività dell'ufficio di vertice e assicurare, al contempo, la tempestività degli interventi e la continuità della supervisione organica, rileva decisamente l'iniziativa e il contributo di coordinamento o istruttorio di alcuni amministratori (presidente dell'organo amministrativo, amministratore delegato, amministratori indipendenti) oppure dei comitati interni (primo fra questi, il comitato controllo e rischi)¹⁰³.

¹⁰¹ Sul punto già U. TOMBARI, (nt. 13), 276 e 277. La giurisprudenza di legittimità continua a seguire un'impostazione rigorosa nell'apprezzamento dei doveri di attivazione degli amministratori. Tali doveri si configurano in capo a ogni esponente e indipendentemente dalla titolarità deleghe; sono valutati sotto la «lente della diligenza professionale»; richiedono di «adottare ogni opportuna iniziativa per assicurare che la società si uniformi a un comportamento [...] corretto e trasparente»: rispettivamente, Cass. civ., sez. II, 19 febbraio 2021, n. 4525 e Cass. civ., sez. II, 4 febbraio 2021, n. 2620.

¹⁰² Alla luce di quanto precede si ritiene che – ferma l'informazione tempestiva o urgente per le segnalazioni più rilevanti – il flusso informativo periodico nei confronti dell'organo amministrativo dovrebbe avere una cadenza non superiore a quella prevista dall'art. 2381, quinto co., c.c. (6 mesi) ed essere coordinata a quella prevista dall'art. 9, primo co., lett. f), direttiva UE 2019/1937 per il riscontro ai segnalanti (3 mesi dall'avviso di ricevimento delle comunicazioni).

¹⁰³ Sui poteri del *chief executive officer* e del comitato controllo e rischi di affidare alla funzione di *internal audit* le verifiche in specifiche aree operative, v. art. 6, raccomandazione 34, lett. c) e raccomandazione 35, lett. g), Codice *Corporate Governance*. La letteratura anglosassone misura l'efficacia dei sistemi di *internal whistleblowing* in base al coinvolgimento degli esponenti apicali: S. R. STUBBEN, K. T. WELCH, (nt. 9), 19.

5.2.2. *Le responsabilità per il seguito alla segnalazione interna.*

Le indicazioni formulate vanno apprezzate anche alla luce delle responsabilità configurabili in capo agli amministratori all'esito del recepimento della direttiva UE 2019/1937¹⁰⁴. Le norme europee, infatti, con la cogenza, la latitudine e il dettaglio dei quali s'è detto, interessano i contenuti e l'estensione del regime di responsabilità degli esponenti di vertice sia rispetto alla società; sia rispetto ai creditori, soci o terzi implicati, *uti singuli*, dalle violazioni normative denunciate¹⁰⁵.

Così, l'obbligo d'istituire i canali e le procedure *ex art. 8* direttiva UE 2019/1937 precisa il dovere di assetti adeguati *ex artt. 2086*, secondo co., 2380-*bis*, primo co., 2381, terzo e quinto co. e 2475, primo co., c.c. Il seguito alla segnalazione interna *ex art. 9* direttiva UE 2019/1937 puntualizza, in termini altrettanto imperativi, la diligenza *ex artt. 2392*, primo co., 2394, primo co., 2395, primo co. e 2476, primo e sesto co., c.c. Vanno, poi, considerate le prescrizioni seguenti. Il dovere della società d'inviare l'avviso di ricevimento della segnalazione all'autore della stessa entro sette giorni dal ricevimento¹⁰⁶. Il dovere della società di comunicare al segnalante le informazioni sul *follow-up* alla sua segnalazione e i «motivi» dell'azione prevista o adottata entro un termine ragionevole non superiore a tre mesi¹⁰⁷. Il dovere della società di documentare ogni segnalazione ricevuta e i processi aziendali conseguenti¹⁰⁸. Il dovere della società di conservare la suddetta documentazione per il tempo necessario e proporzionato agli

¹⁰⁴ Le riflessioni in questo par. riguardano anche i componenti degli organi di controllo, pure nelle s.r.l. *ex art. 2477* c.c. (F. INNOCENTI, *Composizione e nuovi poteri/doveri dell'organo di controllo e del revisore nelle s.r.l., tra vecchi e nuovi interrogativi*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 145 ss., 159). Per i sindaci le responsabilità possono essere, anzi, più estese, tenuto conto dell'applicazione giurisprudenziale ampia dei doveri *ex artt. 2403* c.c., 52 t.u.b. e 149 t.u.f. (Cass. civ., sez. II, 26 gennaio 2021, n. 1601; Cass. civ., sez. II, 26 gennaio 2021, n. 1602) e degli obblighi *ex art. 14*, primo co., d.lgs. n. 14/2019. Aveva già rilevato le criticità per i sindaci nel sistema del *whistleblowing*, P. MARCHETTI, *Il crescente ruolo delle Autorità di controllo nella disciplina delle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2016, 33 ss., 45.

¹⁰⁵ V'è poi da considerare l'incidenza dei nuovi obblighi sui criteri di gestione e sulle responsabilità *ex art. 2497*, primo co., c.c.

¹⁰⁶ Art. 9, primo co., lett. b), direttiva UE 2019/1937.

¹⁰⁷ Artt. 5, primo par., n. 13) e 9, primo par., lett. f), direttiva UE 2019/1937. L'obbligo di informazione al segnalante è connotato, in termini anche più qualificati, nel 57° Considerando direttiva UE 2019/1937.

¹⁰⁸ Art. 18, secondo, terzo e quarto par., direttiva UE 2019/1937.

obiettivi della direttiva¹⁰⁹. Pare consentito affermare che l'insieme di queste disposizioni qualifica i criteri normativi d'imputazione organica della conoscenza degli illeciti segnalati in termini quasi oggettivi, affiancandoli a quelli – già estesi – di elaborazione giurisprudenziale¹¹⁰. Lo stesso irrigidisce, inoltre, i canoni legislativi della condotta dovuta a seguito della segnalazione. Dunque, nell'ipotesi in cui si accertasse che la notizia di una violazione normativa non è stata trattata o è stata trattata in modo non diligente nell'impresa, si potrebbero configurare conseguenze gravi per gli esponenti apicali, quali principali destinatari dei doveri appena indicati e responsabili *ex artt.* 2392 ss.

Anche in virtù di questi rilievi si motiva la necessità che l'organo amministrativo sorvegli l'azione del «seguito» alla segnalazione da parte delle funzioni di controllo interno. Il flusso periodico da e verso il consiglio di amministrazione relativo alle denunce interne è funzionale all'assolvimento dell'obbligo di agire informati *ex art.* 2381, sesto co., c.c.¹¹¹. La discussione e la deliberazione consiliari su eventuali approfondimenti da intraprendere all'esito della segnalazione consentono di applicare, con maggiore certezza ed elasticità, il principio dell'insindacabilità delle scelte gestionali discrezionali a decisioni, come quelle in questione, che intersecano responsabilità per profili procedimentali e valutativi¹¹².

5.3. I casi problematici dei segnalanti-esponenti apicali o azionisti.

L'ultimo aspetto critico implicato dall'attuazione della direttiva UE 2019/1937, sul quale si ritiene opportuno soffermarsi, riguarda alcune

¹⁰⁹ Art. 18, primo par., direttiva UE 2019/1937.

¹¹⁰ V. nt. 101 e Cass. civ., sez. II, 18 settembre 2020, n. 19556: «tanto la scelta di agire, quanto quella di non agire [devono risultare] fondate sulla conoscenza della situazione aziendale che [gli amministratori] possono procurarsi esercitando tutti i poteri di iniziativa cognitoria connessi alla carica». Sui criteri per escludere l'ignoranza dei componenti del consiglio di amministrazione in merito ai dati comunicati alla società: v., però, con maggiore articolazione, M. CAMPOBASSO, *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, 2002, p. 397 ss., pp. 419 e 420.

¹¹¹ Per il rilievo già nei processi ordinari, M. VENTORUZZO, (nt. 13), 362 ss.

¹¹² Così anche U. TOMBARI, (nt. 13), 279 e 280. La giurisprudenza di merito si sta indirizzando verso l'applicazione del principio anche alle decisioni organizzative, purché queste ultime siano assunte attraverso un procedimento d'informazione propedeutica. Per una ricognizione e un commento, F. URBANI, *Business judgment rule e decisioni degli amministratori sugli assetti organizzativi, amministrativi e contabili: le prime (articolate) pronunce giurisprudenziali*, in *Riv. soc.*, 2020, 1716 ss.

categorie legittimate ad attivare i canali e le procedure di segnalazione interna: «i membri dell'organo di amministrazione [...] o vigilanza» dell'impresa societaria, «compresi i membri senza incarichi esecutivi» e «gli azionisti»¹¹³.

I dubbi motivati al par. 5.1.2, con riguardo alla coerenza di fondamento e disciplina dei sistemi di *internal whistleblowing* rispetto alla posizione degli esponenti apicali, sono rafforzati da un duplice rilievo. In primo luogo, va ribadito che, nell'ordinamento delle società di capitali, tali cariche hanno, individualmente e collegialmente, il dovere imperativo e tipico di agire nel rispetto della legge e vigilare sul rispetto della legge¹¹⁴. Tenuto conto dell'ampiezza di quest'obbligo, risulta inoltre difficile individuare, tra gli àmbiti altrettanto ampi e rilevanti prescritti dall'art. 2 direttiva UE 2019/1937, quelli sottratti alla sorveglianza specifica di tali funzioni. In secondo luogo, il sistema ordinamentale prescrive sedi, processi e poteri d'intervento cogenti per l'espletamento di tale obbligo e per la rilevazione delle violazioni normative¹¹⁵.

I principali interrogativi sono, perciò, riferiti alla compatibilità del regime di riservatezza sull'identità del segnalante e di esonero da responsabilità per le informazioni segnalate prescritti dalla direttiva UE 2019/1937, e i percorsi endosocietari che, invece, presuppongono e richiedono chiarezza e certezza di competenze e responsabilità in merito alle dichiarazioni formalizzate. Al contempo v'è da chiedersi se la comunicazione attraverso i canali previsti dalla direttiva UE 2019/1937 rilevi ai fini delle disposizioni legislative che declinano distintamente la posizione degli esponenti senza colpa. Si ritiene che la segnalazione interna possa concorrere a integrare le condotte prescritte dagli artt. 2392, secondo co., c.c. Ma, anche alla luce di quanto statuito in giurisprudenza, non pare che la stessa possa comportare effetti equivalenti alle iniziative tipiche e agli adempimenti, pure formali, richiesti per l'esclusione della responsabilità sociale¹¹⁶.

¹¹³ Art. 4, primo par., lett. c), direttiva UE 2019/1937.

¹¹⁴ V. i riferimenti normativi e giurisprudenziali ai parr. 5.2.1 e 5.2.2.

¹¹⁵ Si considerino gli artt. 2381, 2392, 2403-*bis*, 2404, 2405 e 2406 c.c. e i richiami *ex* artt. 2475, sesto co. e 2477, quarto co., c.c.

¹¹⁶ V. art. 2392, terzo co., c.c. e, per la s.r.l., art. 2476, primo co., ult. parte, c.c. Merita richiamo Trib. Palermo, 31 gennaio 2020: per l'esonero dalla responsabilità dei sindaci «è necessario

Per quanto riguarda la legittimazione alle segnalazioni interne da parte degli azionisti, valgono osservazioni in parte differenti, in parte simili a quelle appena svolte. In capo a questi soggetti sono configurabili diritti-poteri partecipativi di supervisione sul rispetto della legge nella conduzione dell'impresa; diritti-poteri non certo qualificati dall'ampiezza, dalla professionalità e dal grado di diligenza prescritto per le cariche apicali. D'altra parte l'ordinamento della s.p.a. stabilisce, anche per i soci, luoghi e strumenti di rilevazione cogente e tipica delle violazioni normative, che dovrebbero rimanere distinti e separati rispetto a quelli di *internal whistleblowing* nell'organizzazione e nel funzionamento concreti dell'impresa¹¹⁷.

Infine, si osserva che l'espressione utilizzata dall'art. 4, primo par., lett. c) - «azionisti» - pare escludere dal campo di applicazione della direttiva UE 2019/1937 i soci appartenenti a modelli diversi dalla s.p.a. Tale richiamo presuppone la grande impresa, quale schema societario di riferimento ed è probabilmente motivato dalla volontà di tutela legislativa, innanzitutto, degli investitori: categoria in posizione assimilabile a quella degli *stakeholder* estranei alla compagine sociale. Va però rilevato che il riferimento normativo consente di includere nel perimetro della direttiva in commento pure gli azionisti di maggioranza, controllo o accomandatari. In questa prospettiva, risulta meno giustificabile l'omesso riconoscimento della legittimazione alla segnalazione interna da parte dei soci di s.r.l., soprattutto di quelli esclusi dall'amministrazione dell'impresa *ex art. 2476, secondo co., c.c.*¹¹⁸.

6. *L'internal whistleblowing, l'efficacia delle regole di governo societario e la tutela degli stakeholder.*

Si può rispondere, in conclusione, agli interrogativi formulati inizialmente. Le norme contenute nella direttiva UE 2019/1937 fondano una disciplina dei sistemi di segnalazione interna delle violazioni del diritto

che gli stessi [...] abbiano esercitato o tentato di esercitare l'intera gamma dei poteri istruttori ed impeditivi affidatigli dalla legge».

¹¹⁷ Si pensi all'art. 2408 c.c. Alcune prassi organizzative sembrano consentire che le denunce al collegio sindacale siano attivate attraverso i canali della segnalazione interna.

¹¹⁸ Per i quali si può argomentare, soprattutto in alcune realtà, la prossimità alla posizione degli azionisti: in termini problematici, G. SCOGNAMIGLIO, *Sull'estensione al gruppo del diritto di informazione ed ispezione del socio di s.r.l.*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, 1 ss., 55.

dell'Unione che restringe significativamente la libertà d'impresa. Esse incidono, sotto i vari profili considerati, sulle competenze e sulle responsabilità organizzative e di azione di organi ed esponenti apicali delle imprese che adottano i tipi delle società di capitali. E il recepimento delle suddette norme nell'ordinamento nazionale pone le diverse problematiche analizzate.

Alla luce delle criticità e dei costi richiesti dall'implementazione sia per il sistema, sia per le singole società, emerge un interrogativo ulteriore: se i nuovi canali e sistemi, come regolati dalla direttiva UE 2019/1937, siano effettivamente funzionali a indirizzare in modo più rapido ed efficace le notizie sulle violazioni in aree d'interesse pubblico, al contempo, proteggendo i segnalatori. La risposta dovrà essere valutata all'esito dell'attuazione legislativa della direttiva e della declinazione pratica, anche in rapporto alle procedure di segnalazione nei confronti delle Autorità. Si può, tuttavia, notare come le questioni approfondite siano ascrivibili a una relazione legislativa non limpida tra i canali e le procedure di segnalazione interna e quelli tipici od ordinari dei modelli nelle società di capitali. Il legislatore europeo introduce disposizioni che implicano ampie aree d'intersezione con la comunicazione e il trattamento fisiologici delle violazioni del diritto nell'organizzazione dell'impresa. La legislazione nazionale vigente, sebbene più restrittiva, non esclude incertezze sotto questo profilo. La prassi è, perciò, intervenuta regolando processi di *internal whistleblowing* articolati e complessi, finalizzati a presidiare il coordinamento con i percorsi ordinari e la risoluzione delle possibili sovrapposizioni. Ma la lettura dei documenti societari non fornisce l'impressione di un funzionamento più diretto, snello e celere di questi meccanismi di denuncia interna.

La riflessione prospettica autorevolmente formulata, che è doveroso richiamare, riguarda dunque la necessità di interventi normativi che non aggiungano regole societarie a quelle già (numerose) esistenti, con il rischio di indebolire la coerenza e l'efficacia del sistema complessivo; ma ritornino ai e ripensino i fondamenti dell'architettura societaria, a protezione delle istanze implicate nell'attività d'impresa emerse e che stanno emergendo¹¹⁹.

¹¹⁹ F. DENOZZA, *Il conflitto di interessi tra soci e altri stakeholders*, in *Conflitto di interessi e interessi in conflitto in una prospettiva interdisciplinare*, a cura di R. SACCHI, Milano, 2020, 457 ss., 475 ss.