

## Prefazione

Il libro di Stefano Maria Corso si occupa della nascita di un nuovo istituto, del suo (discusso) collocarsi nel previgente Diritto del lavoro, del suo adattarsi a passi lenti ad una realtà giuridica che – almeno inizialmente – di esso diffida. Leggendolo, si scopre che non si è di fronte ad una banale (o, comunque, normale) scelta tecnica che ridisegna, precisandolo, il quadro normativo già esistente, ma del portato di un diverso modo di sentire, di pensare, di agire che non si esaurisce in se stesso, ma vuole essere promozionale e cioè capace di trasformare in positivo il rapporto di lavoro e l'ambiente in cui si svolge.

In un quinquennio (2012-2017) l'istituto del *whistleblowing* ha – non senza contrasti e passando attraverso un acceso dibattito parlamentare – convinto il legislatore garantendosi compiuta autonomia di disciplina. Ha consentito a ciascun lavoratore, sia esso dipendente da un datore di lavoro pubblico o privato (con questo riconducendo – almeno parzialmente – ad unità la disciplina tra i due settori), di promuovere attraverso il disvelamento di illeciti un clima di legalità nell'ambiente di lavoro. Ha imposto ripensamenti profondi dell'organizzazione aziendale valorizzando le attività *lato sensu* prevenzionali, ben al di là del pur necessario e rilevante adattamento del codice disciplinare e dei modelli di organizzazione, gestione e controllo di cui al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231. Ha chiamato le organizzazioni sindacali ad un ruolo di collaborazione e supporto diverso da quello tradizionale. Ha dato vita ad un laboratorio di riflessioni, esperienze e proposte che – anche per l'intervento di specifici *input* dell'Unione europea, grazie alla Direttiva UE/2019/1937 – lascia presagire come il processo evolutivo sia appena iniziato e che l'approdo finale è incerto almeno nel *quando*, dovendosi verificare se la potenzialità dell'istituto (sulla carta, dirompente) potrà trovare le attese risposte in un contesto lavorativo capace di assimilarlo e di assicurargli ampi spazi di espressione o, invece, portato solo ad emarginarlo e a ridurlo ad un impulso ideale rimasto tale per le resistenze di una mentalità tradizionale conservatrice.

Il lavoro monografico di Stefano Maria Corso si caratterizza per la ricostruzione storico-normativa (anche con motivate aperture all'esperienza e al-

le scelte operate in altri sistemi giuridici tanto di *common* quanto di *civil law*: Cap. I, §§ 5 e 6) che dà atto dei due pilastri sui quali ha potuto poggiarsi l'istituto del *whistleblowing* (da un lato, la Costituzione e, dall'altro, lo Statuto dei lavoratori) e dell'apporto costruttivo rappresentato dalla contrattazione collettiva e dalla casistica giurisprudenziale, in vista di un obiettivo che, al contempo, era quello della tutela del lavoratore segnalante illeciti o irregolarità e della tutela dell'interesse pubblico attraverso la moralizzazione del profitto e il buon andamento della pubblica amministrazione (Cap. II).

La disamina dell'evoluzione giurisprudenziale – anche alla luce del diverso approccio all'istituto sviluppatosi parallelamente presso la Corte di Strasburgo (Cap. II, § 5) – consente di riconoscere che ci si è mossi nel rispetto del principio di legalità e che non sarebbe corretto parlare di negazione di detto principio in favore di un diritto giurisprudenziale (*judge made law*) assunto al ruolo di *trojan horse* per introdurre di fatto un istituto ignoto se non addirittura osteggiato dal diritto interno (e dal contesto sociale).

Il giudice, in questa peculiare materia, non è mai diventato legislatore (esorbitando dai suoi poteri), ma ha dato un contributo fondamentale a che il legislatore – acquisita consapevolezza del problema – intervenisse ad estrinsecare le soluzioni costituzionalmente compatibili, peraltro già presenti alla riflessione della più attenta dottrina e di cui in questo volume si dà un compiuto resoconto.

Partendo dal costante rilievo pubblicistico assunto nell'ordinamento dalle denunce presentate dai privati quale forma di collaborazione con la giustizia, l'Autore si interroga circa l'incidenza che lo *status* di lavoratore assume sul diritto di segnalare illeciti ed irregolarità di cui si abbia avuto conoscenza sul luogo di lavoro o, comunque, nell'esercizio della prestazione lavorativa (Cap. I).

L'analisi della risposta normativa al problema ontologico del lavoratore *whistleblower*, e cioè quello di non trovarsi da solo a combattere un'ardua battaglia contro i “mulini a vento”, pone in luce la preoccupazione per la tutela della riservatezza del lavoratore segnalante e per la delineazione di un adeguato sistema protettivo da ogni forma di *retaliation*.

Infatti, l'individuazione di un diritto alla segnalazione di illeciti o irregolarità in capo al singolo lavoratore avviene alla luce di un'equilibrata ricostruzione della portata dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. che, a sua volta, si è accompagnata ad un progressivo arricchimento delle tutele riconosciute al *whistleblower* (anche sul piano informativo, formativo e di organizzazione dell'ambiente di lavoro) ed all'estensione della disciplina dal settore pubblico a quello privato (cap. III).

La legge 30 novembre 2017, n. 179 – intorno alla quale ruota l'impegno

ricostruttivo, ricognitivo e rielaborativo della ricerca (Cap. IV) – attinge pertanto alla preesistente ricchezza di norme giuslavoristiche (ad esempio, in materia di misure antidiscriminatorie e antiritorsive) e cerca di trovare soluzioni comuni – o, comunque, più idonee – in relazione alla natura (pubblica o privata) del datore di lavoro, così come cerca di chiarire sul piano sistematico i rapporti con le contigue – ma concernenti ipotesi di segnalazione c.d. “obbligatoria” – previsioni di cui all’art. 20, comma 2, lett. e, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e all’art. 8 del d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62.

Dovendo scegliere tra i molteplici spunti di riflessione per il giuslavorista, va segnalata la lettura innovativa dell’art. 46 Cost., che porta ad affiancare al concetto economico di “collaborazione” del lavoratore “alla gestione delle aziende” un concetto etico che dà contenuto alla “elevazione” sociale del lavoro, indicato nel volume come partecipazione all’affermarsi della cultura della legalità nell’ambiente di lavoro, e che si declina – ad esempio – nel divieto di eseguire un ordine ingiusto e nel considerare estranea alla prestazione lavorativa l’omertà rispetto ad un illecito datoriale o il dare un consapevole contributo materiale al perfezionamento dell’altrui illecito.

Un secondo profilo, opportunamente (e per la prima volta) segnalato, è che il nuovo istituto che si è voluto introdurre non può essere soppresso in via negoziale, evocando un segreto aziendale capace di coprire tutte le condotte datoriali (comprese quelle illecite), né può venir interpretato come applicabile solo nei confronti del datore di lavoro e non nei confronti dei colleghi di lavoro: la legalità in azienda è un valore oggettivo, che non può conoscere una geometria variabile in relazione alla maggiore o minore contiguità al segnalante dell’autore dell’illecito. Viene condivisibilmente evocato il rischio – inseparabile dall’istituto del *whistleblowing* – di creare forme nuove di controllo datoriale, non previste dallo Statuto dei lavoratori, e quindi di delineare un potenziale conflitto con il disposto dell’art. 4 della legge n. 300/1970, ma al contempo viene segnalato che la bontà dell’istituto non può essere contestata sul presupposto di una sua applicazione distorta nella pratica.

Emerge, in altri termini, il più vasto (e controverso) problema dei contenuti e delle forme riconoscibili al controllo sull’esplicazione dell’attività lavorativa, su come distinguere i controlli vietati dalla norma statutaria da quelli necessari (e insopprimibili) per la difesa del patrimonio aziendale, su come conciliare la ferma tutela della dignità del lavoratore (e del lavoro) con l’irrinunciabile contrasto all’impunità per illeciti endoaziendali (rispetto ai quali si conferma, invero, anche in questo peculiare settore l’autonomia tra valutazione giudiziale e disciplinare).

L’entusiasmo per la scelta innovativa operata dal legislatore viene opportunamente temperato, esaminandone alcune vistose criticità. Per il settore

pubblico la tutela della riservatezza del segnalante porta a affermare limiti al diritto di accesso agli atti (art. 1, comma 4, della legge n. 179/2017) che è problematico coordinare con il diritto del segnalato (non di rado esso stesso un lavoratore come il segnalante) di potersi compiutamente difendere nel procedimento disciplinare (Cap. V).

Per converso viene richiamata l'attenzione sulla tutela della riservatezza del dipendente pubblico, il quale può, negando il consenso alla rivelazione, impedire il procedimento disciplinare nei casi in cui il ruolo del *whistleblower* non possa essere nascosto all'incolpato (art. 54-*bis*, comma 3, ultima parte, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, come sostituito con l'art. 1 della legge n. 179/2017). Protezione del segnalante di indubbio contenuto garantistico per quest'ultimo, ma che compromette l'interesse pubblico alla base dello stesso istituto del *whistleblowing* dal momento che ne sterilizza l'efficacia di strumento di "igiene" endoaziendale.

Il quadro si complica ulteriormente se l'illecito segnalato ha rilevanza penale, perché la tutela della riservatezza sull'identità del segnalante non consente alcuna deroga all'obbligo di denuncia di cui agli artt. 361 e 362 c.p. e il segreto sulle indagini preliminari non può essere protratto oltre la chiusura di detta fase (anzi, oltre i termini di cui all'art. 415-*bis* c.p.p.), con ciò consentendo l'emersione di chi sia il segnalante e quale sia la segnalazione. In sostanza, può accadere che la P.A. rinunci al procedimento disciplinare per tutelare la riservatezza del lavoratore segnalante che è destinata – ineludibilmente – a cadere in sede processuale penale.

Non meno problematico si rivela, secondo la ricostruzione qui in commento, il versante privato della disciplina del *whistleblowing*: innanzitutto, la scelta di fondo di imporre un contenuto analitico al modello di organizzazione, gestione e controllo (m.o.g.), ai sensi dell'art. 6, commi 2-*bis*, *ter* e *quater*, del d.lgs. n. 231/2001, non risolve – anzi acuisce – le conseguenze del fatto che l'adozione di detto modello non è obbligatorio per gli enti datori di lavoro nel settore privato. Si delinea un grave *deficit* di tutela per taluni lavoratori, la cui segnalazione di illeciti appare sottratta alla disciplina (e alla garanzia) prevista dagli artt. 2 e 3 della legge n. 179/2017, in risposta alla quale lo studio di Corso prospetta come soluzione "costituzionalmente preferibile" non l'obbligatorietà del m.o.g., ma il riconoscimento delle garanzie anche ai lavoratori privati dipendenti da datori di lavoro che non hanno adottato il m.o.g.

Questa tesi interpretativa convince anche per non lasciare in mano datoriale la scelta circa l'ampiezza dei diritti da riconoscere ai lavoratori e per non consentire il consolidarsi di un sistema di omertà endoaziendale, risultando peraltro condivisibile anche la soluzione proposta come subordinata (sempre nel Cap. IV) secondo cui l'eventuale ritenuta inapplicabilità della

legge n. 179/2017 non può essere invocata per escludere il riconoscimento di quelle (più limitate) garanzie per il lavoratore segnalante già oggetto di una consolidata giurisprudenza precedente le leggi n. 190/2012 e n. 179/2017.

Una soluzione interpretativa non contrastabile con obiezioni di tipo formalistico e, in ogni caso, transitoria e destinata a protrarsi per meno di un biennio, essendo già iniziati a decorrere i tempi concessi al legislatore nazionale per dare attuazione alla Direttiva (UE) 2019/1937 [testo comunitario che non condiziona la tutela del *whistleblower* al m.o.g. adottato (o no) dal datore di lavoro privato] (Cap. VI).

Sempre con riguardo al settore privato, nessuna norma impone al datore di lavoro di rinunciare al procedimento disciplinare per tutelare la riservatezza del segnalante (come può avvenire nel settore pubblico) e nessuna norma obbliga alla apertura del procedimento disciplinare o alla effettiva sanzione del segnalante riconosciuto disciplinarmente responsabile.

Il Cap. IV analizza in dettaglio il contenuto del divieto di atti ritorsivi e della tutela ripristinatoria predisposta dando conto della sistematica “singolarità” della disciplina, spesse volte trascurata. Sotto questo profilo – e per il solo settore pubblico – basti pensare alla reintegrazione nel posto di lavoro del segnalante che sia stato licenziato “a motivo della segnalazione”, ipotesi in merito alla quale il citato art. 54-*bis*, nel comma 7, richiama singolarmente l’art. 2 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (limitatamente a suddetta norma qui applicabile – per espressa volontà legislativa – anche al settore pubblico).

Analogo richiamo non è esplicitato nell’art. 2 della legge n. 179/2017, ma la disciplina non muta (anche per escludere un trattamento *in peius* del dipendente privato), così come non muta il *deficit* di previsione, segnalato come comune al settore pubblico e a quello privato, e cioè la mancanza di un termine *ad quem* per la durata della protezione antiritorsiva del *whistleblower* in un contesto nel quale sarebbe obiettivamente inaccettabile che essa sia *sine die*.

Parimenti validi per entrambi i settori sono i rilievi sull’eventuale scelta del segnalante di auto-proteggersi con l’anonimato (Cap. V): una scelta (non espressamente considerata dalla legge, ma neppure da essa vietata) che non può essere liquidata come portato di un ancora precario recepimento della disciplina della legge n. 179/2017, ma – verosimilmente – come consapevolezza che, come per il passato, l’impegno per la legalità ha un prezzo che non tutti intendono pagare e un beneficio non premiante nemmeno in termini economici, essendo risultata soccombente la proposta – avanzata in sede di lavori preparatori (Cap. III) – di riconoscere un incentivo economico alla segnalazione.

L’ampia ricerca segnala, infine, due profili problematici cui la normativa

vigente non ha dato risposta: il primo è rappresentato dalla mancanza di criteri di scelta tra la segnalazione interna, esterna e pubblica (la lacuna – comune al settore pubblico come a quello privato – non appare colmata dall’art. 3 della legge n. 179/2017 sulla rilevanza dei segreti e su alcuni requisiti richiesti per la loro rivelazione); il secondo è rappresentato dalle dimensioni dell’ente datore di lavoro perché – come viene immediatamente segnalato – l’applicazione della disciplina del *whistleblowing* può risultare meramente teorica in una realtà lavorativa medio-piccola con una organizzazione interna ridotta logicamente all’essenziale e, quindi, inidonea a costituire – con la sua complessità – la prima oggettiva tutela della riservatezza del segnalante.

Conclusivamente, l’Autore offre un importante contributo per la riduzione ad unità (e ragionevolezza) dei plurimi risvolti delle scelte del legislatore (si pensi alla inevitabile diversa regolazione delle segnalazioni “riservate” e di quelle anonime nonché alla tutela – troppo spesso dimenticata – comunque da riconoscersi al lavoratore segnalato) in un momento nel quale il tema rimane ancora poco approfondito in letteratura e ciò non può che essere un proficuo punto di partenza per chi, in futuro, riterrà di misurarsi con questo tema alla luce di evoluzioni, intervenute o semplicemente auspiccate, dello *ius conditum*.

Rimane ferma quella che è ed appariva la percezione iniziale: la disciplina del *whistleblowing*, forse necessaria, certamente opportuna, non è in grado di vivere di vita propria e deve rivelarsi capace di coinvolgere i destinatari del precetto, mutando la chiave di lettura presso l’opinione pubblica e nei luoghi di lavoro: da strumento di biasimata “delazione” a condotta meritevole ai fini della realizzazione di condizioni lavorative eticamente orientate alla dignità della persona e del lavoro.

Appare perciò condivisibile la riflessione secondo cui la riforma attuata nel 2017 o si rivelerà dotata di effettività o non avrà ragione di essere.

Paolo Pascucci