

Il diritto di *whistleblowing* come leva di *capability*

Paolo Tomassetti

1. Premessa

Questo articolo è dedicato alla memoria di Riccardo Del Punta. È un omaggio al contributo inestimabile del suo pensiero allo sviluppo del diritto del lavoro in Italia e non solo. Nella consapevolezza della complessità del tema scelto e senza alcuna pretesa di esaustività, la prima parte dell'articolo offrirà una chiave di lettura sull'apporto dottrinale di Del Punta alla razionalizzazione del *capability approach* (d'ora in avanti, CA) nel diritto del lavoro. Una chiave di lettura che, come si dirà tra breve, si propone di valorizzare i profili di complementarità e di continuità tra i presupposti egualitari del diritto del lavoro classico e la centralità del valore della libertà propria del CA. Sulla scorta di questa prospettiva analitica, i successivi paragrafi saranno dedicati alla elaborazione di una proposta interpretativa del diritto di whistleblowing in ottica di capability, ovvero come diritto capacitante del senso civico della persona, della sua capacità trasformativa del mercato e dell'ambiente sociale in cui vive, attraverso l'esercizio critico della libertà di espressione, sancita dall'art. 10 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 21 della Costituzione italiana. Le conclusioni dell'articolo sono seguite da una postilla, che riporta un ricordo personale del Professor Del Punta, condiviso dall'autore in occasione del convegno "Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Convegno in ricordo di Riccardo Del Punta".

Paolo Tomassetti, University of Milan, Italy, paolo.tomassetti@unimi.it

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Paolo Tomassetti, *Il diritto di whistleblowing come leva di capability*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.68, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 1093-1114, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

2. Il contributo di Del Punta alla razionalizzazione del capability approach nel diritto del lavoro

Come per ogni spinta progressista che ambisca ad imprimere una svolta sostanziale rispetto ad una tradizione, la declinazione del CA nel discorso giuslavoristico pone questioni non poco divisive quando il tipo di rinnovamento prospettato, nel tentativo di promuovere una concezione del lavoro che ponga al centro la libertà della persona di compiere scelte significative nella sfera del mercato e della vita, investe i presupposti fondativi del diritto del lavoro e la sua stessa ragione d'essere sul piano epistemologico. Tra tutte, il profondo ripensamento delle premesse assiologiche e degli obiettivi selettivi del diritto del lavoro, tra i quali risaltano la tutela del lavoratore subordinato in quanto contraente debole e la funzione redistributiva di potere e risorse tra impresa e lavoro.

Si tratta di questioni che diventano tanto più divisive nel momento in cui il discorso di più immediato interesse teorico si traduce in scelte di politica del diritto e opzioni interpretative destinate ad incidere sulla realtà effettuale dei rapporti di produzione e lavoro. Con la conseguenza che le divergenti posizioni dottrinali finiscono per riprodurre la contrapposizione tra riformismo e conservatorismo (Del Punta 2013, 200 e 212), polarizzandosi secondo criteri ideologici che rendono più difficile il confronto sul senso che il CA può assumere nell'ambito di un più generale percorso di riallineamento della nostra materia ai mutamenti del sostrato economico e sociale che ne giustifica l'esistenza nella storia: senza giri di parole, il capitalismo e la divisione capitalistica del lavoro.

Tanto nel confronto internazionale quanto in quello interno, la posizione che Del Punta ha assunto nel merito di questo dibattito è molto più mite e problematizzante di quanto potrebbe apparire ad un primo confronto con i suoi scritti. Nonostante il chiaro *endorsement* verso il potenziale di rinnovamento che il CA può offrire al diritto del lavoro, le conclusioni di Del Punta non si pongono mai nel segno della rottura. E ciò, innanzitutto, in ragione del dialogo sempre vivo che Del Punta non ha mai smesso di intrattenere con chi si è mostrato più reticente nei confronti del CA¹, ovvero che alle istanze di cambiamento che questo approccio intende veicolare si è accostato con spirito critico e scetticismo², in maniera manifestamente avversativa³, fino al punto da considerarle del tutto inutili o finanche regressive⁴.

Il contributo di Del Punta alla razionalizzazione del CA nel diritto del lavoro non ha mai alimentato la polarizzazione di questo dibattito. Anzi, ha concorso a ridimensionarla, pur nel fermo convincimento che la teoria della giustizia tradizionale

¹ Davidov 2016, 65-67. Criticismo costruttivo, anche in dialogo con lo stesso Del Punta, affiora in Davidov 2019, 57-59.

² Collins 2019, con cui Del Punta entra in dialogo nel contributo comparso sullo stesso volume. Sulla scorta di Collins, cfr. Giubboni 2023.

³ Emblematico è il confronto tra Del Punta, Caruso (2016) e Mariucci (2016), in occasione del trentennale di *Lavoro e diritto*.

⁴ Vallebona 2011, a cui Del Punta dedica una breve ma durissima nota critica (Del Punta 2013, 198).

si mostrasse oramai inadatta a fornire un solido fondamento alla materia (Del Punta 2016, 387). La centralità che la libertà viene ad assumere nel palcoscenico dei valori del diritto del lavoro, in Del Punta, non va riconosciuta e legittimata a detrimento dell'uguaglianza, che deve rimanere un principio fondamentale della materia (Del Punta 2016, 404). La capacità trasformativa del CA sta, semmai, nella possibilità di portare a sintesi e chiudere il cerchio tra le premesse normative del pensiero liberale e le istanze egualitarie proprie della socialdemocrazia⁵, con l'ambizione ultima di dare risposta alla crisi di effettività del diritto del lavoro che, lontana dall'essere la conseguenza di una semplice disputa intellettuale, per una fascia sempre più ampia di lavoratori e lavoratrici assume, oggi, i tratti di una moderna questione sociale⁶.

Nella dottrina di Del Punta, la decostruzione dell'alternativa tra il pensiero liberale e l'idea socialdemocratica di giustizia si sviluppa su due piani: quello della *complementarietà* e quello della *continuità* tra i presupposti normativi del diritto del lavoro tradizionale, da un lato, e l'apertura cognitiva offerta dal CA, dall'altro.

Sul piano della *complementarietà*, Del Punta afferma che adottare il CA come fondamento normativo del discorso giuslavoristico «non significa che il diritto del lavoro debba cessare di contrastare la mercificazione del lavoro, di ricercare un equilibrio nel potere contrattuale del datore di lavoro e del lavoratore, e ancora di svolgere una funzione redistributiva in favore dei lavoratori. Questi dovrebbero rimanere obiettivi complementari, posto che il valore principale da perseguire [...] dovrebbe essere la massima valorizzazione delle capabilities dei lavoratori» (Del Punta 2016, 388), da intendersi secondo la concezione filosofica elaborata da Amartya Sen, ovvero come capacità di compiere scelte libere e significative, secondo la propria volontà di essere e di fare (Sen 2010, 241). L'incontro del diritto del lavoro con il CA e con il valore della libertà, scrive Del Punta, potrà essere fruttuoso nella misura in cui consentirà alla nostra materia di riconciliarsi con l'orientamento sociale del pensiero liberale, che rappresenta il «migliore candidato ad ereditare l'ideale socialdemocratico, senza abbandonare in nessun modo il valore della responsabilità sociale e, in particolare, la tradizione egualitaria che ha rappresentato per lungo tempo l'habitat naturale della disciplina [...]» (Del Punta 2016, 405).

Nel pensiero di Del Punta, il CA è funzionale a questo progetto scientifico e culturale. Quello di Sen, infatti, si presenta in Del Punta come il tentativo «più accreditato di rivisitare e riqualificare [...] l'idea di eguaglianza, rendendola compatibile con la nuova centralità del valore della libertà» (Del Punta 2013,

⁵ La stessa concezione seniana di capability «si può considerare, con qualche licenza, il frutto della sintesi tra gli storici concetti [...] di libertà e di eguaglianza» (Del Punta 2013, 206), cui *adde* Del Punta 2019, 99-100 e Del Punta 2020, 36. Di particolare interesse, in questa prospettiva, è la concezione della libertà individuale come impegno sociale (Sen 2007, *passim* e Sen 2014, 6, 282, 284 e *passim*), su cui Perulli 2020, *passim*. *Contra*, Giubboni 2023, che segnala l'assenza nel modello originario del CA della «dimensione assiologico-sostanziale, attenta ai valori sociali e solidaristici di cui è intessuto il diritto del lavoro».

⁶ In questi termini, Routh 2019, 104. Lo stesso Routh aveva già avuto modo di evidenziare come il CA e, più in generale, l'idea di giustizia di Sen non siano affatto in contrasto con il principio di eguaglianza, che anzi ne rappresenta il presupposto (2014, 157-158).

201). Sicché la prospettiva delle *capabilities* e il rilievo che il valore della libertà assume sul piano normativo devono considerarsi integrativi rispetto alle acquisizioni classiche del diritto del lavoro, nella direzione di razionalizzare la complessità e la pluralità del lavoro nel XXI secolo che le chiavi interpretative proprie della dottrina giuslavoristica ortodossa faticano a decifrare.

Il discorso sulla *continuità* appare invece più complesso. Sia per la non pacifica traduzione di un passaggio chiave che Del Punta dedica a questo aspetto nel saggio del 2016, sia perché lo sviluppo dello stesso è rimandato ad ulteriori sforzi di ricerca. Del Punta è tuttavia esplicito nel sostenere che «adottare l'approccio delle *capability* non è soltanto una questione di rimpiazzare i tradizionali presupposti normativi con una nuova e possibilmente più seducente alternativa, posto che tanto le premesse assiologiche quanto le metodologie di analisi e misurazione proprie di questo approccio potrebbero essere intimamente correlate. La elaborazione (chiaramente problematica) di questo aspetto richiederebbe un ulteriore sforzo di ricerca, che presuppone la esistenza di alcune premesse normative condivise» (Del Punta 2016, 384). Questa precisazione può essere intesa, ancora, nel senso della complementarità. Ma può intendersi altresì nel senso che gli stessi presupposti normativi del diritto del lavoro classico possano essere riletti in chiave di *capability*, nella misura in cui concorrano a promuovere la libertà di scelta e l'emancipazione della persona al lavoro. Del resto, osserva Del Punta, laddove le capacità o libertà sostanziali siano limitate da ostacoli economico-sociali, che possono essere rappresentati anche dall'esistenza di relazioni di potere, esse implicano l'esigenza che, parafrasando il secondo comma dell'art. 3 della Cost. italiana, «tali ostacoli siano rimossi tramite un'appropriata azione pubblica» (Del Punta 2013, 208).

Utile al riguardo appare un passaggio di *Lo sviluppo è libertà* in cui Sen spiega che, rispetto all'obiettivo di rendere libera la persona, il mercato non è una istituzione criticabile in sé: lo diventa nel momento in cui consente il «ricorso (non soggetto a vincoli) ad attività che permettono ai più forti di capitalizzare il proprio vantaggio asimmetrico». Questo problema, conclude Sen, non si affronta «sopprimendo i mercati, ma mettendoli in condizione di funzionare meglio, con più equità e in presenza di integrazioni adeguate» (Sen 2014, 146). Del Punta ha contribuito a sistematizzare le implicazioni giuslavoristiche di questa acquisizione non solo sul piano più confortevole del diritto del mercato del lavoro, ma su quello decisamente più inclinato del contratto e del rapporto di lavoro, rispetto al quale si registrano le maggiori resistenti dottrinali verso ogni tentativo di revisione epistemologica che ponga al centro il valore della libertà. Da qui l'opportunità di integrare il CA con la teoria sulla libertà come non-dominio propria del neo-repubblicanesimo⁷, che Del Punta coltiverà ampiamente negli scritti più recenti, nei quali non mancherà di sottolineare come

⁷ Pettit 1997 e Lovet 2010. Sulla teoria della libertà come non-dominio nell'ambito del diritto del lavoro, oltre agli scritti di Del Punta già citati, cfr. Perulli 2020, nonché Cabrelli, Zahn 2017 e i contributi comparsi sul medesimo fascicolo.

quella stessa teoria avesse già ricevuto la benedizione di Sen, riconoscendola in sostanziale armonia con la propria idea di giustizia (Del Punta 2016, 394-395; Del Punta 2019, 93; in questo senso, anche Perulli 2020, 779). In questa prospettiva, le norme che vietano le varie forme di abuso di potere da parte del datore di lavoro, che continuano a rappresentare il nucleo centrale del diritto del lavoro, «possono essere funzionali a *salvaguardare le capabilities dei lavoratori*, le quali si espandono in proporzione alla retrocessione (seppur parziale) di quei poteri» (Del Punta 2019, 94).

3. La funzione capacitante del diritto di *whistleblowing*

All'analisi del problema della complementarità e della continuità tra il CA e i fondamenti normativi del diritto del lavoro classico si presta, con particolare forza esemplificativa, la disciplina euro-unitaria del diritto di *whistleblowing*, per come recepita nel d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24 (d'ora in avanti, d.lgs. n. 24/2023)⁸. Del Punta annovera espressamente il diritto di *voice* nella tassonomia di sua elaborazione sui diritti funzionali a promuovere le *capabilities* dei lavoratori e delle lavoratrici (Del Punta 2016, 392). Tale diritto viene tuttavia declinato nella sua dimensione collettiva, quale equivalente funzionale della libertà sindacale, consistente nella possibilità del lavoratore di aderire (o non aderire) ad un sindacato e partecipare (o non partecipare) all'azione collettiva in difesa dei propri interessi. Ma in realtà anche l'esercizio individuale dei diritti di *voice* può essere interpretato in chiave di *capability* e, in questa prospettiva, il diritto di *whistleblowing* presenta profili di notevole interesse⁹.

Sen richiama a più riprese la centralità dell'etica e della libertà di espressione nella lotta alla corruzione (Sen 2014, 274-278 e *passim*), mettendo in evidenza l'importanza di istituzioni «che aiutino gli individui ad essere cittadini partecipi», in modo da promuovere una idea «dell'opinione pubblica come forza attiva di cambiamento, anziché oggetto passivo e docile di istruzioni, o di un'assistenza elargita dall'alto» (Sen 2014, 281). In uno scritto comparso sull'*International Labor Review*, lo stesso Sen ci ricorda che le vite dei lavoratori sono «condizionate dalle regole e dagli accordi che ne governano l'impiego e il lavoro, ma sono anche influenzate, in ultima istanza, dalle libertà che essi esprimono in quanto cittadini dotati di una *voice* che gli consenta di incidere sulle decisioni politiche e persino sulle scelte istituzionali» (Sen 2000, 125). In questa chiave, il diritto di *whistleblowing* può essere concettualizzato come architrave di un modello

⁸ Per un primo commento sul d.lgs. n. 24/2023, si vedano Allamprese, Tonelli 2023. Commenti sulla Direttiva sono presenti già nelle monografie di Pizzuti 2019, 69-83 e Corso 2020, 323-350, nonché in Vitaletti 2020 e Boscati 2020, 1064-1079. Per un primo tentativo di concettualizzazione del diritto di *whistleblowing* nell'ordinamento italiano, basato sui principi deducibili dalla Costituzione, dal Codice civile, dal diritto antidiscriminatorio e dalla legislazione giuslavoristica, cfr. Carinci 2014.

⁹ Una interpretazione del diritto di *whistleblowing* in chiave di *voice* è offerta da Papa 2022, 181-183.

di «solidarietà cooperativa», funzionale all'emancipazione etica delle persone e alla loro partecipazione democratica alla vita pubblica¹⁰. Non desta stupore che, mentre la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto al diritto di whistleblowing una posizione centrale nello sviluppo delle società democratiche¹¹, in dottrina sia stata data una lettura di questo diritto esattamente in questi termini: in termini, cioè, di valorizzazione del principio di solidarietà sociale (Pizzuti 2019, 202-209), ovvero come forma di collaborazione dei lavoratori alla gestione delle aziende (art. 46, Cost.) e all'obiettivo che l'attività produttiva non si svolga in contrasto con l'utilità sociale (art. 41, c. 2, Cost.), nella direzione di promuovere la elevazione del lavoro in armonia con le esigenze della produzione (Corso 2020, 85-87).

Questa lettura trova riscontro nella Direttiva (UE) 2019/1937 che ha impresso all'istituto una impronta finalistica a vocazione pubblicistica e universale, sensibilmente innovativa rispetto alla previgente disciplina interna. Ai sensi della Direttiva, il diritto di whistleblowing si sostanzia nella segnalazione di una violazione del diritto dell'Unione europea¹², che si sia verificata o che potrebbe verificarsi nell'ambito del contesto lavorativo. La portata universalistica di questo diritto si evince, innanzitutto, sotto il profilo dell'ambito di applicazione soggettivo. Si tratta di un campo di applicazione dalla portata vastissima, che eccede di gran lunga sia l'area della subordinazione, su cui insiste il diritto del lavoro classico, sia l'area del lavoro autonomo¹³ che, in ragione della presunta uguaglianza di potere contrattuale tra committente e prestatore d'opera, è rimasta tradizionalmente esclusa dall'applicazione delle tutele giuslavoristiche¹⁴. La titolarità del diritto di segnalare illeciti senza subire ritorsioni è riconosciuta in capo alla persona, prima che al lavoratore. Ciò che conta non è la qualificazione contrattuale del rapporto di lavoro, ma il «contatto» (Vitaletti 2020, *passim*) ovvero il «collegamento» (Boscati 2020, 1067) della persona con l'organizzazione in cui si è verificata la violazione.

Il carattere personalistico del diritto di whistleblowing si pone in linea di continuità con la nozione di *lavoro personale* abbracciata dall'Unione europea in alcuni ambiti normativi (Perulli 2023), nonché in sostanziale sintonia con la dottrina che ha utilizzato il CA per giustificare letture estensive del campo di

¹⁰ Parafrasando Perulli 2020, 779 e 795.

¹¹ Da ultimo, Sentenza della Grande camera, Halet vs Lussemburgo, ricorso n. 21884/18, 14 febbraio 2023. Ma vedi già Sentenza Guja vs Moldavia, ricorso n. 14277/04, 4, 12 febbraio 2008.

¹² La normativa italiana di recepimento, ovviamente, menziona anche il diritto nazionale. Sul campo di applicazione oggettivo della Direttiva, nonché sulla interpretazione della nozione di «violazione», cfr. Vitaletti 2020, 453-454.

¹³ In favore del whistleblower lavoratore autonomo, la dottrina italiana aveva già dedotto un sistema di tutele contro le ritorsioni dalla normativa antidiscriminatoria (Carinci 2014, 23-25).

¹⁴ Ma si veda la «nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro» segnalata, tra gli altri, da Perulli 2021 e Perulli, Treu 2022.

applicazione del diritto del lavoro¹⁵. I soggetti legittimati all'esercizio del diritto di whistleblowing, difatti, non necessariamente operano sul mercato in una condizione strutturale di squilibrio contrattuale nei confronti della controparte. Neppure reclamano, in linea di massima, misure protettive e redistributive del tipo di quelle previste per il lavoro subordinato. L'estensione del campo di applicazione del diritto di whistleblowing, ben al di là dell'ambito soggettivo già individuato dalla previgente normativa interna¹⁶, sembra piuttosto collegarsi all'obiettivo di promuovere una concezione della libertà di espressione come manifestazione del dovere di solidarietà sociale (Pizzuti 2019, 202-209), rispetto alla quale la posizione professionale del soggetto segnalante si pone in termini strumentali e non costitutivi del diritto (Vitaletti 2020, 449 e 455).

La tutela della libertà di espressione attraverso il diritto di whistleblowing è, a sua volta, strumentale alla tutela di un interesse di natura superindividuale¹⁷. Trattasi di un diritto ascrivibile alle fattispecie normative caratterizzate da un «rapporto di *strumentalità mediata* tra la realizzazione dell'interesse individuale e la soddisfazione dell'interesse generale» (De Luca Tamajo 1976, 27). Il legislatore europeo è invero esplicito nel collegare l'esercizio del diritto di whistleblowing non già alla tutela di un interesse individuale del prestatore di lavoro, bensì alla tutela di un interesse generale e alla conseguente salvaguardia di quello che la Direttiva qualifica come «benessere della società»¹⁸. Sebbene il rapporto tra interesse individuale e interesse generale resti controverso, in ragione della inevitabile porosità tra le due dimensioni (Carinci 2014, 12; Papa 2022, 184), tanto la Direttiva quanto il d.lgs. n. 24/2023 contribuiscono a rendere maggiormente nitido il rilievo pubblicistico del diritto e, di riflesso, il suo profilo funzionale. Oltre all'elenco dettagliato dei comportamenti, degli atti o delle omissioni che devono considerarsi lesivi dell'interesse pubblico¹⁹, indicativo in tal senso è l'art. 1, c. 2, lett. a), d.lgs. n. 24/2023, in forza del quale il diritto di whistleblowing non si applica alle contestazioni, rivendicazioni o richieste legate ad un interesse di carattere personale della persona segnalante che attengano esclusivamente al proprio rapporto di lavoro.

Sia la copertura del campo di applicazione che la finalizzazione ultima della tutela ci portano ad inquadrare il diritto di whistleblowing nel quadro dei diritti funzionali a promuovere le *capabilities* della persona nel contesto lavorativo. La persona del lavoratore in quanto cittadino è sollecitata a svolgere una funzione di presidio di un interesse pubblico che, in ossequio al principio di legalità, vie-

¹⁵ Il riferimento è a Freedland, Kountouris 2011, 29-36 e *passim*. Ma si vedano anche Langille 2019, 129 e Routh 2019, 114-115, il quale tuttavia rimprovera a Freedland e Kountouris di avere escluso l'area del lavoro riproduttivo dalla loro ridefinizione dell'ambito di applicazione del diritto del lavoro, il che appare paradossale nella prospettiva del CA.

¹⁶ In argomento, cfr. Pizzuti 2019, spec. 141-147 e Vitaletti 2019, 497-499.

¹⁷ Per una tassonomia delle relazioni tra interesse generale e interesse dei soggetti cui le norme giuslavoristiche si rivolgono, d'obbligo il rinvio a De Luca Tamajo 1976, 24-39.

¹⁸ Considerando 1, Direttiva.

¹⁹ Art. 2 e allegato al d.lgs. n. 24/2023.

ne a coincidere con la corretta applicazione del diritto dell'Unione europea e del diritto interno. Per contro, il tipo di diritto in questione appare, sotto il profilo teleologico, difficilmente riconducibile ai fondamenti normativi del diritto del lavoro classico. Il riconoscimento del diritto di whistleblowing si giustifica, invece, in relazione alla opportunità che, attraverso l'esercizio della libertà di espressione, la persona possa concorrere liberamente alla promozione di un interesse generale senza che questo comporti una lesione dei propri interessi professionali. Il diritto di whistleblowing è pensato per agire, dunque, in chiave capacitante della libertà di espressione della persona nel contesto lavorativo.

Interpretato in questo modo, il diritto di whistleblowing svolge anche una funzione di tutela della concorrenza, sul presupposto che tanto la violazione del diritto dell'Unione europea quanto la violazione di disposizioni nazionali possano comportare distorsioni della stessa. Non solo. L'esercizio del diritto di whistleblowing può essere funzionale alla promozione finanche di un interesse aziendale o dell'amministrazione²⁰ quando, non di rado²¹, la segnalazione riguarda ipotesi di illeciti compiuti da altri lavoratori (Pizzuti 2019, 250-253). Secondo uno studio che la Commissione europea ha affidato al centro di ricerca Inner City Fund (ICF), in preparazione della proposta di Direttiva, il diritto di whistleblowing può generare vantaggi competitivi per i datori di lavoro e può avere effetti positivi sulla libertà d'impresa, nella misura in cui consenta di individuare tempestivamente irregolarità e pratiche fraudolente, così da attuare i rimedi necessari ad evitare danni reputazionali e/o finanziari (Inner City Fund 2017, 138). In questo senso, oltre a decostruire le categorie oppostive capitale-lavoro, mettendo in discussione il retroterra conflittuale proprio del diritto del lavoro classico, il diritto di whistleblowing e il relativo statuto protettivo sono esemplificativi di come il riconoscimento di tutele in capo alla persona possa «considerarsi, perlomeno a certe condizioni, come *market friendly*, ovvero come un fattore abilitante del mercato e non come una fuga dallo stesso» (Del Punta 2016, qui 397; Del Punta 2019, 101).

4. Dall'universale al selettivo, e ritorno: i profili sostanziali della tutela del whistleblower

Se è vero che dal punto di vista teleologico il diritto di whistleblowing è strumentale al raggiungimento di obiettivi non immediatamente riconducibili ai tradizionali fondamenti normativi del diritto del lavoro, lo stesso non può certo dirsi per il fascio di diritti (e obblighi) coesenziali all'effettivo esercizio del diritto di segnalazione. Senza addentrarsi nell'analisi sistematica degli stessi,

²⁰ Il combinato disposto tra l'art. 1, c. 1, e l'art. 2, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 24/2023, è chiaro al riguardo: la protezione del whistleblower è riconosciuta anche alle persone che segnalino comportamenti, atti od omissioni che ledano «l'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato».

²¹ Si vedano, ad esempio, Tribunale di Milano, Sentenza del 3 febbraio 2022 e Tribunale di Milano, Sentenza del 20 agosto 2023.

particolare rilevanza assume il divieto di qualsiasi forma di ritorsione nei confronti della persona segnalante, in assenza del quale la libertà e la dignità del lavoratore sarebbero esposte ad un serio pregiudizio, posto che «i potenziali informatori sono spesso poco inclini a segnalare inquietudini e sospetti nel timore di ritorsioni»²².

L'art. 19 della Direttiva e l'art. 17, c. 4, d.lgs. n. 24/2023 esemplificano le fattispecie ritorsive censurate, alcune delle quali riguardano la posizione professionale dei lavoratori subordinati (licenziamento, sanzioni disciplinari conservative, mutamento di mansioni, mancato rinnovo del contratto ecc.), altre sono riferibili a categorie di soggetti esclusi dalla tutela giuslavoristica, i quali, insieme ai primi, versano in una comune condizione di vulnerabilità nei confronti del soggetto denunciato (danni reputazionali, inserimento nelle black list, annullamento di una licenza ecc.). Per quanto riguarda i lavoratori subordinati, residuano pochi dubbi che la disciplina del divieto di ritorsione concorra al perseguimento di obiettivi di tipo selettivo, rivolti alla tutela contrattuale degli interessi professionali del soggetto segnalante. Ma lo stesso divieto opera al contempo alla stregua di un fattore abilitante le *capabilities* del lavoratore in quanto persona che, in assenza di quella tutela, non sarebbe libera di esprimere appieno la propria soggettività, di cui l'esercizio della libertà di espressione rappresenta un elemento costitutivo. Sebbene la tutela selettiva riconosciuta ai soggetti segnalanti incida sulla loro posizione contrattuale, dunque, essa non è finalizzata alla promozione di un astratto e generico principio ugualitario: è finalizzata alla concreta tutela di quel principio in funzione di garantire la libertà sostanziale della persona coinvolta nel contesto lavorativo. Da qui l'estensione della tutela anti-ritorsiva anche in favore di soggetti che non lavorano in regime di subordinazione.

Ad analoghe conclusioni si giunge se si considerano le previsioni riguardanti il diritto di riservatezza del soggetto segnalante, nonché le disposizioni in materia di trattamento dei dati personali, la cui disamica sistematica, tuttavia, poco aggiungerebbe al nostro discorso²³. Merita piuttosto sottolineare come il passaggio dal formale riconoscimento del diritto di whistleblowing alla previsione di forme di tutela sostanziali apra il problema cruciale del rapporto tra libertà e uguaglianza, rispetto al quale si legittima (o, per taluni, si delegittima)²⁴ la capacità persuasiva del CA nei riguardi delle giustificazioni classiche del diritto del lavoro. Nel merito, Del Punta osserva che, tradizionalmente, l'obiettivo di compensare lo squilibrio di potere contrattuale attraverso interventi protettivi da parte della legge e della contrattazione collettiva, è stato giustificato attraverso una valutazione empirica che, a ben guardare, è foriera di contraddizioni.

²² Considerando 1, Direttiva.

²³ In argomento, si rimanda a Corso 2020, 277-301, Pizzuti 2019, 157-159, Boscato 2020, 1075-1076 e Papa 2020, 175-177.

²⁴ Cfr. Mariucci, per il quale il CA si presenta come un «tentativo improbabile di ricercare ennesime vie semplici della difficile coniugazione tra libertà e uguaglianza [...]» (2016, 595).

Sebbene il fondamento empirico di questa convinzione rifletta in larga parte la realtà del lavoro in numerosi contesti, ogni valutazione di segno opposto tende ad essere stigmatizzata, con la conseguenza che la debolezza contrattuale del prestatore di lavoro non solo viene ad essere presupposta sempre e comunque, quale attributo strutturale del mercato e del rapporto di lavoro, ma assurge a principio normativo non falsificabile. Ne deriva, conclude Del Punta, che ogni proposito di riallineare il dato empirico della realtà effettuale del lavoro con il dato normativo tende ad essere considerato come manipolativo, ovvero come tentativo di screditare l'identità e le ragioni fondative della materia (Del Punta 2016, 386; Del Punta 2019, 99).

Il processo di razionalizzazione del diritto di whistleblowing nel quadro dell'*acquis* euro-unitario si presta ad una valutazione di segno al meno in parte diverso, tanto sul piano del metodo che del merito. L'iniziativa legislativa della Commissione, infatti, è stata ampiamente informata da ricerche empiriche di taglio sociologico-giuridico che hanno tentato di mettere in luce le cause della reticenza delle persone a segnalare illeciti nel contesto lavorativo. I risultati di queste ricerche indicano che, a prescindere dalla qualificazione contrattuale del lavoratore, la carenza di segnalazioni sembra essere determinata da un insieme di fattori socioculturali, in particolare da percezioni profondamente radicate nei potenziali informatori che producono effetti dissuasivi. Nella consultazione condotta dalla Commissione nel 2017, ad esempio, il timore di conseguenze legali e finanziarie è stata la ragione più frequentemente addotta per la mancata segnalazione di illeciti da parte dei lavoratori, insieme al timore di una cattiva reputazione. Secondo il già richiamato studio che la Commissione europea ha affidato al centro di ricerca ICF, la minore propensione alla segnalazione sarebbe in molti casi condizionata dallo scetticismo circa la utilità della denuncia, nonché da una cultura di lealtà nei confronti del proprio datore di lavoro che limita l'esercizio dei diritti di *voice* (Inner City Fund 2017, 28).

Purtuttavia, il medesimo studio non manca di rilevare come, guardando alle cause profonde del problema, la maggior parte delle motivazioni addotte dai soggetti intervistati possano ascriversi ad un generale timore di ritorsione della persona segnalante. La reticenza nei confronti della denuncia, in altre parole, è sempre (più o meno) direttamente riconducibile allo squilibrio di potere tra segnalante e segnalato, su cui incide in maniera significativa la condizione di vulnerabilità e/o dipendenza economica del primo rispetto al secondo. Si tratta di una acquisizione fatta propria dall'*impact assesment* che ha accompagnato la presentazione della proposta di Direttiva. Richiamando la Raccomandazione del Consiglio Europeo in materia, nella quale la condizione di vulnerabilità economica del soggetto segnalante assurgeva a motivo giustificativo di un intervento pubblicistico di tutela²⁵, la Commissione svela, con un ragionamento controfattuale, la *ratio legis* della Direttiva per quanto concerne il divieto di ri-

²⁵ Council of Europe, *Protection of whistleblowers. Recommendation CM/Rec(2014)7 and explanatory memorandum*, Recommendation CM/Rec(2014)7, 25.

torsione e il relativo statuto protettivo: «quando non c'è uno squilibrio di potere tra il soggetto segnalante e il soggetto segnalato, non c'è bisogno di protezione contro la ritorsione»²⁶.

5. Ulteriori forme di tutela in favore dei soggetti segnalanti

Ciò vale, in modo particolare, con riferimento al rapporto di lavoro subordinato, rispetto al quale la continuità tra tutele selettive e promozione delle *capabilities* del lavoratore affiora con tutta evidenza. Più una persona si confronta con un deficit di potere in una relazione strutturata e gerarchica quale è il rapporto di lavoro subordinato, osserva Del Punta, «minori saranno le capabilities che quella persona possiederà in quel contesto. Ne consegue che proteggere e promuovere le capabilities del lavoratore implica necessariamente proibire tutte le forme di abuso da parte del datore di lavoro [...]. Le capabilities che ne derivano saranno direttamente proporzionate a quella (parziale) limitazione di potere» (Del Punta 2016, qui 395; Del Punta 2019, 90-94; Del Punta 2013, 214). Ma nel momento in cui «la soggezione a un potere sia una condizione incapacitante» (Del Punta 2013, 214), il CA suggerisce di giustificare forme di tutela sostanziali e procedurali anche in favore di soggetti che, pur non operando nella condizione di squilibrio contrattuale tipica del lavoro subordinato, sono comunque esposti a determinate condizioni di vulnerabilità potenzialmente limitative della loro libertà. Una volta abbracciato l'obiettivo di concorrere allo sviluppo delle *capabilities* della persona, in effetti, per la razionalità giuslavoristica non appare più giustificabile «non occuparsi della tutela di tutte le forme di lavoro, che siano subordinate o autonome, formali o informali» (Del Punta 2016, 400).

Di fianco al generale divieto di ritorsione, in questa prospettiva deve essere inquadrata la disposizione del d.lgs. n. 24/2023, in forza della quale le rinunce e le transazioni, integrali o parziali, che abbiano per oggetto i diritti e le tutele previsti per il soggetto segnalante non sono valide, salvo che siano effettuate nelle sedi protette di cui all'art. 2113, c. 4, Codice civile. Come precisato dalle linee guida dell'ANAC, la *ratio* sottesa a questa disposizione è «evitare che il segnalante e gli altri soggetti considerati dalla disciplina possano essere esposti al rischio di dismettere alcuni diritti [...] con il solo scopo di salvaguardare o ottenere l'occupazione, in assenza di una piena consapevolezza circa le norme di legge e i propri diritti o per via di una situazione di squilibrio o «timore», anche sotto il profilo di eventuali ritorsioni»²⁷. Posto che questo rischio non attiene esclusivamente alla posizione del lavoratore subordinato è ragionevole riconoscere la tutela anche in favore di altre categorie di lavoratori.

²⁶ European Commission, *Impact assessment accompanying the document «Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law»*, SWD(2018) 116 final, 8.

²⁷ ANAC, *Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali*, Delibera n°311 del 12 luglio 2023, 48-49.

Se questa previsione si pone in un rapporto di specialità e integrazione rispetto alla norma generale sulle rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 del Codice civile, in ragione della applicabilità della tutela anche ai whistleblowers coinvolti in rapporti non riconducibili alle fattispecie di cui all'art. 409 del Codice di procedura civile²⁸, profili di ulteriore eccezionalità assume la disposizione che, nell'ambito di procedimenti giudiziari aventi ad oggetto l'accertamento dei comportamenti, atti o omissioni di natura ritorsiva, pone a carico del soggetto che ha adottato tali condotte l'onere di provare che le stesse siano state motivate da ragioni estranee alla segnalazione²⁹. Si tratta del meccanismo processuale già introdotto dalla L. 30 novembre 2017, n. 179 (Pizzuti 2019, 154-156; Peruzzi 2020) sia per il pubblico impiego³⁰ che per l'impiego privato³¹, in base al quale una volta che la persona segnalante abbia dimostrato la consequenzialità temporale tra un danno subito e la segnalazione effettuata in conformità ai dettami della normativa vigente, l'onere della prova si sposta sul soggetto che ha compiuto la presunta azione pregiudizievole, al quale spetta dimostrare che il provvedimento adottato non era in alcun modo connesso all'esercizio del diritto di whistleblowing. Non è da escludersi in effetti la circostanza che, per giustificare la legittimità del comportamento adottato, in sede giudiziale vengano addotti motivi diversi dalla segnalazione³², nel qual caso può essere difficile per le persone segnalanti, quale che sia il loro status contrattuale, «dimostrare il nesso tra la segnalazione e la ritorsione, mentre gli autori delle ritorsioni possono disporre di maggiori poteri e risorse per documentare le loro azioni e le loro ragioni»³³.

L'accertamento del carattere ritorsivo del provvedimento censurato e della relativa consequenzialità temporale con la segnalazione di un illecito è affidato all'ANAC, l'Autorità Nazionale Anticorruzione. Ma come ulteriormente precisato dalle linee guida della stessa Autorità, l'intento ritorsivo si presume e, trattandosi di una presunzione di responsabilità, «è necessario che le prove in senso contrario emergano nel contraddittorio con ANAC»³⁴. Una volta accertate l'ammissibilità della comunicazione e la natura ritorsiva dei comportamenti o delle omissioni, ne consegue la loro nullità e l'ANAC avvia il procedimento sanzionatorio, applicando le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 21, d.lgs. n. 24/2023. Spetterà poi al giudice ordinario adottare le misure, anche cautelari³⁵, a tutela del soggetto segnalante, incluso il risarcimento del danno,

²⁸ La disposizione si applica, infatti, a tutti i soggetti rientranti nel campo di applicazione soggettivo del d.lgs. n. 24/2023, art. 3, c. 3, inclusi lavoratori autonomi, liberi professionisti, consulenti, azionisti ecc.

²⁹ Art. 17, c. 2, d.lgs. n. 24/2023 e art. 21, punto 5, Direttiva.

³⁰ Art. 54-bis, c. 7, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

³¹ Art. 6, c. 2-quater, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

³² Tribunale di Bergamo, Sentenza del 7 gennaio 2022.

³³ Considerando 93, Direttiva.

³⁴ Punto 2, terza parte, linee guida ANAC.

³⁵ Il primo provvedimento cautelare d'urgenza reso a favore di un whistleblower è rinvenibile in Tribunale di Milano, Ordinanza del 20 agosto 2023, sebbene il giudice abbia applicato

l'ordine di cessazione della condotta posta in essere in violazione del divieto di ritorsioni e la dichiarazione di nullità degli atti adottati, dalla quale scaturisce, in caso di licenziamento, l'ordine di reintegro. In linea con le acquisizioni già sedimentate sul piano dell'elaborazione dottrinale³⁶, infatti, l'art. 24, c. 3, d.lgs. n. 24/2023, ha opportunamente modificato l'art. 4, l. 15 luglio 1966, n. 604, prevedendo, tra i licenziamenti nulli, anche quelli conseguenti all'esercizio del diritto di whistleblowing. Il medesimo decreto ha previsto, all'art. 19, c. 3, che i lavoratori licenziati a causa della segnalazione, della divulgazione pubblica o della denuncia abbiano diritto a essere reintegrati nel posto di lavoro, ai sensi dell'art. 18, l. 20 maggio 1970, n. 300 o dell'art. 2, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23.

6. Strumenti a presidio della effettività del diritto

La discussione dei profili sostanziali del diritto di whistleblowing conferma, insomma, che il riconoscimento di diritti soggettivi resta un passaggio fondamentale non solo per garantire la libertà di scelta delle persone, ma anche per promuovere il suo effettivo esercizio (Del Punta 2013, 211). Un passaggio fondamentale ma non sufficiente, ci ricorda Del Punta. Perché nella prospettiva del CA, più che il formale riconoscimento dei diritti, ciò che conta è il dato della loro effettività (Del Punta 2016, 389, 392 e 399; Del Punta 2019, 98). Da qui la rilevanza di istituti, procedure e meccanismi istituzionali di tipo promozionale che, valorizzando una declinazione attiva del principio di sussidiarietà, contribuiscano a «mobilitare la conoscenza e il comportamento degli attori coinvolti» (Del Punta 2016, 400).

Accanto alle specifiche competenze para-giudiziali affidate all'ANAC, a questo scopo concorrono talune previsioni di carattere procedurale, tra cui particolare importanza riveste l'obbligo per imprese ed enti pubblici di istituire canali di segnalazione interna³⁷ e per le autorità pubbliche di istituire canali di segnalazione esterna³⁸. Si tratta di procedure e canali istituzionali coesenziali non solo all'effettivo esercizio del diritto di whistleblowing, ma anche alla sua legittima fruizione. Da essi dipende infatti la possibilità di assicurare la riservatezza dell'identità della persona segnalante e delle persone menzionate nella segnalazione, nonché del contenuto della segnalazione e della relativa documentazione³⁹. Trattasi invero di dispositivi attraverso cui il legislatore euro-unitario persegue l'obiettivo di contemperare il diritto del soggetto segnalante e della collettività con gli interessi patrimoniali (reputazionali, di concorrenza

la tutela cautelare generale ex art. 700 c.p.c. e non quella speciale ex art. 19, c. 4, d.lgs. n. 24/2023, poiché tutte le segnalazioni del ricorrente erano antecedenti alla data di entrata in vigore del decreto.

³⁶ Tra i primi contributi in tal senso, cfr. Carinci 2014, 19-20.

³⁷ Artt. 4-5, d.lgs. n. 24/2023.

³⁸ Art. 7, d.lgs. n. 24/2023.

³⁹ Art. 7, c. 1, d.lgs. n. 24/2023.

ecc.) del soggetto pubblico o privato oggetto di segnalazione⁴⁰, sul presupposto che la stessa possa dare luogo a un danno ingiusto (di immagine e di mercato) quando non fosse veritiera⁴¹.

Lo stesso *favor* del legislatore euro-unitario verso la gestione interna della segnalazione, rispetto alle segnalazioni esterne⁴² e alle divulgazioni pubbliche⁴³, risponde ad una logica di sussidiarietà che si può presumere essere maggiormente funzionale al bilanciamento dei diversi interessi in gioco, tra i quali particolare rilievo assume il rapporto tra segreto aziendale e obbligo di fedeltà, da un lato, e libertà di pensiero, dall'altro (Ghera, Valente 2021). Non solo. Il Considerando 47 della Direttiva precisa che il favore verso l'utilizzo dei canali di segnalazione interni è un principio volto a promuovere «una cultura della buona comunicazione e della responsabilità sociale d'impresa all'interno delle organizzazioni nel cui ambito le persone segnalanti sono considerate elementi che contribuiscono in modo significativo all'autocorrezione e all'eccellenza». È questa una tecnica legislativa di tipo promozionale che si pone in sintonia con la logica del CA, le cui premesse assiologiche tendono a ridimensionare il presupposto conflittuale delle relazioni tra impresa e lavoro, assegnando pari importanza agli elementi della fiducia e della collaborazione (Del Punta 2019, 95). Ciò non significa disconoscere la componente conflittuale delle relazioni di lavoro, da intendere in termini di conflitto di interessi tra le parti del contratto e del rapporto. Significa, piuttosto, relativizzarla, riconoscendo e promuovendo la possibilità di modelli organizzativi nel contesto dei quali si possa realizzare un equilibrio, se non un allineamento, tra obiettivi economici e sviluppo della persona, ferma restando la prospettiva che, ove ciò non avvenga, possano intervenire in via sussidiaria dispositivi normativi di natura correttiva. Esemplicative in tal senso sono le previsioni che abilitano il ricorso alla segnalazione esterna e alla divulgazione pubblica qualora «la persona segnalante abbia fondati motivi di ritenere che, se effettuasse una segnalazione interna, alla stessa non sarebbe dato efficace seguito ovvero che la stessa segnalazione possa determinare il rischio di ritorsione»⁴⁴.

⁴⁰ Sul problema del bilanciamento degli interessi sottesi all'esercizio del diritto di whistleblowing, cfr. Carinci 2014, 6-8 e, diffusamente, Corso 2020, *passim* e Pizzuti 2019, 165-193, nonché Ghera, Valente 2021.

⁴¹ Art. 16, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 24/2023.

⁴² Ai sensi dell'art. 6, d.lgs. n. 24/2023, è possibile effettuare una segnalazione esterna soltanto se ricorrono una serie di circostanze (lettere a-d) che impediscono o rendono non effettiva la segnalazione interna.

⁴³ Ai sensi dell'art. 15, d.lgs. n. 24/2023, la persona che effettua una divulgazione pubblica beneficia della protezione contro le ritorsioni qualora abbia previamente effettuato una segnalazione interna o esterna, ovvero se ricorrono altre circostanze (lettere b e c) che impediscono o rendono non effettiva la segnalazione tramite i predetti canali.

⁴⁴ Art. 6, lett. c), d.lgs. n. 24/2023, con riferimento alle condizioni per l'effettuazione della segnalazione esterna.

Come evidenziato nello Staff Working Document della Commissione, d'altro canto, l'intervento legislativo non è di per sé sufficiente ad assicurare l'effettività del diritto di whistleblowing: occorrono misure di sostegno che promuovano l'esercizio di questo diritto azionando le leve della conoscenza, della informazione e della trasparenza⁴⁵. In questa prospettiva si inquadrano le disposizioni del d.lgs. n. 24/2023 che prevedono obblighi di informazione in capo alle imprese e agli enti pubblici sul canale, sulle procedure e sulle condizioni per effettuare le segnalazioni⁴⁶. L'ANAC è deputata a fornire informazioni sull'uso dei canali di segnalazione, nonché sulle misure di protezione⁴⁷. Le medesime informazioni devono essere pubblicizzate sul proprio sito internet, in una sezione dedicata, facilmente identificabile ed accessibile⁴⁸.

Non minore importanza rivestono, in un'ottica di *capability*, le risorse economiche e professionali necessarie a garantire un efficiente funzionamento della infrastruttura istituzionale preposta alla promozione del diritto di whistleblowing. Del Punta riporta sovente l'esempio dei servizi per l'impiego, osservando come «l'efficienza dei servizi per chi cerca lavoro è più importante di ogni solenne proclamazione del diritto al lavoro» (Del Punta 2016, qui 399; Del Punta 2013, 210 e 214). Ma a conclusioni analoghe si giunge con riferimento al diritto di whistleblowing⁴⁹. Si giustificano in questa prospettiva le disposizioni relative alla specifica formazione del personale addetto alla gestione dei canali di segnalazione interna ed esterna⁵⁰, nonché la previsione di una integrazione della dotazione organica dell'ANAC finalizzata ad «assicurare un presidio costante delle procedure e delle attività delineate dal presente decreto»⁵¹. Non solo. Ai sensi dell'art. 20, c. 1, della Direttiva, ai soggetti segnalanti va garantito l'accesso ad una serie di misure di sostegno, tra cui informazioni e consulenze esaustive, indipendenti, gratuite e facilmente accessibili al pubblico sulle procedure e sui mezzi per la protezione dalle ritorsioni e sui diritti della persona coinvolta (lettera a); patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di ulteriori procedimenti e consulenze legali o altri tipi di assistenza legale (lettera c). Nel dare parziale attuazione a questa previsione, l'art. 18, d.lgs. n. 24/2023 ha disposto che, a queste misure possono concorrere gli enti del Terzo Settore che abbiano stipulato convenzioni con ANAC.

⁴⁵ European Commission, *Impact assessment accompanying the document «Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law»*, SWD(2018) 116 final, punto 2.4, lett. c).

⁴⁶ Art. 5, c. 1, lett. e), d.lgs. n. 24/2023.

⁴⁷ Art. 8, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 24/2023.

⁴⁸ Art. 9, c. 1, d.lgs. n. 24/2023.

⁴⁹ Analizzando la previgente disciplina del whistleblowing nel pubblico impiego, Papa segnalava il rischio di ineffettività del diritto, a causa della mancanza di specifiche dotazioni economiche e organiche (2020, 185).

⁵⁰ Artt. 4, cc. 2 e 8, d.lgs. n. 24/2023.

⁵¹ Art. 11, c. 1, d.lgs. n. 24/2023.

7. Conclusioni

In una amichevole ma pungente critica alla lettura che Del Punta ha offerto del CA, Davidov ha posto in evidenza come la stessa, anziché offrire un solido fondamento normativo al diritto del lavoro, rischi di rappresentare nulla più che una griglia descrittiva dei diritti esistenti nella disciplina giuslavoristica, con l'aggiunta della parola *capability* (Davidov 2019, 60). Nell'economia di questo scritto non è possibile rivolgere a questa autorevole critica l'attenzione che merita. All'esito dell'analisi proposta, è tuttavia possibile concludere che non è certo questo il caso per il diritto di whistleblowing. Per come disciplinato nel quadro del diritto euro-unitario, questo diritto non può essere interamente razionalizzato secondo la prospettiva giuslavoristica tradizionale. Riprova ne sono tanto l'ampiezza del campo di applicazione del diritto e del relativo apparato protettivo, quanto la finalizzazione ultima della tutela, quanto le tecniche attraverso cui la stessa si concretizza.

D'altro canto, l'analisi della disciplina euro-unitaria del diritto di whistleblowing mostra come l'utilità del CA stia nel giustificare la dimensione più dinamica del diritto del lavoro, cioè quella che riconosce e promuove la soggettività del lavoratore attraverso l'esercizio delle sue libertà fondamentali (Del Punta 2019, 99; Langille 2019, 130). E nella misura in cui queste libertà si connettono ad un interesse pubblico generale, il loro esercizio deve essere garantito e promosso al livello più alto, attraverso un mix di tutele che, a prescindere dalla qualificazione della natura contrattuale del rapporto, vanno dalla tecnica della inderogabilità a dispositivi di tipo promozionale e incentivante l'esercizio delle libertà sostanziali del lavoratore come persona⁵². Con la conseguenza che, da un lato, l'intervento della norma inderogabile di legge e contrattazione collettiva diventa un mezzo sussidiario allo sviluppo delle *capabilities*, dall'altro, «la disparità di potere perde il rango di base fondazionale del diritto del lavoro, e viene derubricata ad *ostacolo da rimuovere in vista del massimo sviluppo delle capacità dei lavoratori*» (Del Punta 2013, 215).

Il diritto di whistleblowing è ovviamente solo un esempio, del quale resta tutto da verificare il riscontro sul piano della realtà effettuale delle relazioni di lavoro. Ma è un esempio che, pur nella limitatezza e specificità del caso, vale a dare concretezza alla convinzione per cui l'innovazione che il CA può offrire alla cultura giuslavoristica sia da ricercare nello sviluppo di una nuova idea di giustizia, che trovi fondamento nell'impegno attivo dei lavoratori e delle lavoratrici, i quali non siano più considerati soltanto come soggetti deboli da tutelare, bensì come persone capaci di mobilitare la loro autonomia e la loro responsabilità coniugando la dimensione dei diritti con quella dei doveri (Del Punta 2016, 401; Routh 2019, 118). In altre parole, come persone dotate di senso civico, delle quali «l'azione pubblica e quella collettiva debbono sostenere le competenze,

⁵² Il che diventa tanto più rilevante se si considera il dato della tendenziale erosione di uno dei presupposti teleologici della norma inderogabile, ovvero quello «della necessaria coincidenza tra interessi dei lavoratori e interessi generali» (Novella 2009, 399).

lo spirito di iniziativa, la capacità di fare scelte, ergo l'autonomia collegata alla responsabilità» (Del Punta 2020, qui 53).

Se si risale alle origini antiche del diritto di whistleblowing si ritrova esattamente questo: l'obiettivo di «combattere l'illegalità facendo leva sul senso di appartenenza alla collettività dei cittadini e sulla loro disponibilità a divenire non solo esecutori passivi delle norme, bensì protagonisti attuatori dei principi cardinali dell'ordinamento» (Pizzuti 2019, XIII). Da qui l'idea del diritto di whistleblowing come leva di *capability*, che si pone in perfetta consonanza con una lettura costituzionalmente orientata di questo diritto, tesa a riscoprire e valorizzare il rapporto di *complementarità* e *continuità* tra i valori di libertà e di uguaglianza sostanziale proclamati all'art. 3, c. 2, Cost., «dei quali il principio seniano (*rectius*, di derivazione seniana) di «eguale capacità» può considerarsi una sintesi» (Del Punta 2013, 217). Questi due valori, nella lettura qui proposta del pensiero di Del Punta, sono due semicerchi della medesima circonferenza nella quale è racchiusa la ragione d'essere del diritto del lavoro. Per quasi un secolo, nel discorso giuslavoristico il principio di libertà sostanziale è rimasto in filigrana⁵³: il *capability approach* ha consentito a Del Punta non solo di gettare luce sulla parte in ombra della circonferenza, ma di porre le basi per costruire un ponte tra il passato e il futuro del diritto del lavoro.

8. Postilla. Ricordi del dialogo con il Professor Del Punta⁵⁴

Il mio incontro con il Professor Del Punta risale al gennaio del 2017.

In realtà avevo già incontrato il Professore in diverse occasioni, e avevo avuto modo di conoscerlo più da vicino nel suo ruolo di revisore della *DRI (Diritto delle relazioni industriali)*, quando ero redattore capo di quella rivista. Ma lo scambio era rimasto per lo più su un piano formale, sebbene la corrispondenza con lui fosse stata in quel periodo davvero intensa. Del Punta, del resto, era uno dei revisori più sollecitati dalla direzione della rivista. Sia per il grande numero di proposte di pubblicazione su tematiche di sua stretta competenza che i direttori ricevevano all'indomani della c.d. riforma Fornero e nella stagione post *Jobs Act*. Sia per la qualità, la puntualità e lo spirito costruttivo che caratterizzavano i suoi referaggi. Referaggi che anche quando restituivano giudizi severi e negativi, non erano mai un «esercizio di potere»: profondamente rispettosi del pluralismo dottrinale, rappresentavano per l'autore una opportunità di riflessione e miglioramento.

⁵³ Ma beninteso, è sempre stato lì, se è vero che «i diritti del lavoro sono la radice più profonda dei diritti di libertà» (Mariucci 2020, 15). Considerazioni analoghe sono presenti in Perulli 2020.

⁵⁴ La postilla riporta l'intervento tenuto dall'Autore al convegno «Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Convegno in ricordo di Riccardo Del Punta», svoltosi a Firenze, presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Firenze, il 26 gennaio 2024, nella sessione intitolata «Il contributo alla formazione di studiosi e studiose».

L'occasione dell'incontro *scientifico* con Del Punta era stata creata da Michele Tiraboschi. Al Professor Tiraboschi avevo sottoposto a revisione le bozze dei primi capitoli della mia monografia su diritto del lavoro e ambiente (Tomassetti 2018). Tiraboschi sapeva della mia ammirazione verso Del Punta e aveva visto in lui un interlocutore privilegiato per il successivo sviluppo del mio libro. Del Punta non esitò ad accettare, aprendo subito uno spazio di dialogo su un argomento di reciproco interesse, di cui lui era stato un precursore. A Del Punta si deve infatti il primo saggio seminale su tutela della sicurezza sul lavoro e questione ambientale comparso proprio sulla *DRI* nel 1999 (Del Punta 1999). Un saggio che ha rappresentato la stella polare del mio lavoro monografico e che ancora oggi è considerata una pietra miliare per chi continua a cimentarsi sul tema.

Ma non solo per questo Del Punta è stato per me una fonte di ispirazione. Da giovane studioso del diritto del lavoro ero attratto dalla sua instancabile ricerca di un orizzonte di senso della nostra materia. Come per molti giuslavoristi della mia generazione, ero particolarmente affascinato dalla prospettiva filosofica della sua più recente produzione scientifica. Ricordo ancora l'emozione quando il Professore accettò l'invito a presentare, per la prima volta in Italia, il saggio sul *capability approach* (Del Punta 2016) alla scuola di dottorato di ADAPT, a Bergamo. Fu quella l'occasione in cui emerse chiaramente la comune fiducia nelle capacità e nelle possibilità trasformative del diritto del lavoro. Una fiducia non certo velleitaria, ma anzi fondata sul principio di realtà e fortemente condizionata dalla corretta identificazione dell'agenda della materia, o se si vuole, «dei luoghi stessi dove si produce il diritto», come amava dire il Professore, avendo in mente il ruolo della contrattazione collettiva, soprattutto decentrata.

Il seminario di Bergamo fu anche l'occasione per discutere di un'altra comune convinzione: quella che l'analisi tecnica del diritto del lavoro non possa prescindere da una riflessione più ampia sul senso della nostra materia. Sulla funzione del diritto del lavoro nella storia. E quindi sul problema della sua effettività. Sulla effettività delle regole e delle istituzioni che governano il mercato del lavoro e i rapporti tra persona e impresa. Da qui lo sforzo di razionalizzazione del *capability approach* nel diritto del lavoro, che in fondo ha rappresentato in Del Punta il principale tentativo di dare risposta alla crisi di effettività delle istituzioni e delle categorie fondative della nostra materia (Del Punta 2013; Del Punta 2016; Del Punta 2019).

Nonostante l'incoraggiamento verso la sperimentazione, l'innovazione e il contatto con altre discipline, Del Punta ha sempre cercato di sensibilizzarmi sulla opportunità di ricercare spazi di convergenza e continuità tra le istanze di rinnovamento della materia e i presupposti fondativi del diritto del lavoro. La sua stessa enfasi dottrinale sulla libertà della persona, del resto, non si è mai posta in contraddizione con il valore dell'uguaglianza (si veda, in particolare, Del Punta 2013). Dal dialogo su questi aspetti è derivata l'intuizione di leggere il rapporto lavoro e ambiente in un'ottica di *capability*, valorizzando il dato della libertà di scelta della persona, come istanza normativa attraverso cui decostruire la contrapposizione tra tutela del lavoro e tutela dell'ambiente, ma riconoscen-

do al contempo che quando quella contrapposizione si manifesta, ci troviamo di fronte alla più drammatica espressione della comune condizione di mercificazione della persona e della natura.

È impossibile condensare in poche parole il debito scientifico che ho nei confronti di Del Punta. Pur non essendo stato un suo allievo, il Professor Del Punta è stato per me un maestro. Un esempio di leadership. Un punto di riferimento, capace non già di indicare un percorso prescritto o una meta da raggiungere. Ma una persona in grado di innanzitutto di ascoltare. Di ascoltare e di facilitare ciascuno a trovare il proprio percorso, infondendo fiducia, motivazione e passione.

A proposito di passione. Conservo con grande nostalgia e commozione il ricordo di un seminario al quale partecipammo insieme nell'ambito di una conferenza del *Labour Law Research Network* (LLRN) a Santiago del Chile. Eravamo seduti distanti ma uno di fronte all'altro. Era un seminario intitolato «labour of love» – il lavoro che si fa per passione, per amore. L'accesso dibattito verteva sulla zona grigia che esiste tra quello che, come ricercatori, scegliamo di fare per interesse e passione e le scelte obbligate che ci vengono imposte dall'essere parte dell'ordinamento accademico. Dall'essere parte di un percorso professionale privilegiato ma anche fortemente competitivo. Dove spesso si ha l'impressione che «chi si ferma è perduto». Un percorso fatto di compromessi, rinunce, grandi soddisfazioni ma altrettanto grandi frustrazioni.

Anche in quella occasione con il Professore avevamo condiviso una lettura del problema in chiave di antropologia positiva. Una lettura che senza rifuggire dal confronto sui grandi temi del precariato e dello sfruttamento del lavoro in università, mettesse al centro del discorso, ancora una volta, lo sviluppo della persona e il senso del lavoro: il fine ultimo del nostro percorso, perché lo percorriamo e insieme a chi. Del Punta vedeva nel senso del lavoro non solo il principale canale di umanizzazione e liberazione della persona, ma anche una bussola per orientare le nostre scelte e il nostro impegno accademico.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese, A., Tonelli, R. 2023. «Nuove tutele» e occasioni perdute: alcune osservazioni sul d.lgs. n. 24/2023 in materia di whistleblowing.” *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 3: 447-460.
- Boscato, A. 2020. “La disciplina del whistleblowing nel settore privato nella prospettiva dell’attuazione della direttiva comunitaria.” *Argomenti di diritto del lavoro* 5: 1056-1081.
- Cabrelli, D., Zahn, R. 2017. “Theories of domination and labour law: an alternative conception for intervention?.” *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 1: 339-364.
- Carinci, M.T. 2014. “Whistleblowing in Italy: rights and protections for employees.” *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 106/2014*: 1-25.
- Collins, H. 2019. “What Sen’s capability approach offer to labour law?.” In *The capability approach to labour law*, a cura di, Brian Langille, 21-41. Oxford: Oxford University Press.
- Corso, S.M. 2020. *Segnalazione di illeciti e organizzazioni di lavoro*. Torino: Giappichelli.

- Davidov, G. 2019. "The capability approach and labour law. Identifying the areas of fit." In *The capability approach to labour law*, a cura di, Brian Langille, 42-61. Oxford: Oxford University Press.
- Davidov, G. 2016. *A purposive approach to labour law*. Oxford: Oxford University Press.
- De Luca Tamajo, R. 1976. *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*. Napoli: Jovene.
- Del Punta, R. 2020. "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato". In *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, Bruno Caruso, Riccardo Del Punta, e Tiziano Treu, a cura di, 27-62. Bologna: Il Mulino.
- Del Punta, R. 2019. "Is the capability theory an adequate normative theory for labour law?." In *The capability approach to labour law*, a cura di, Brian Langille, 82-97. Oxford: Oxford University Press.
- Del Punta, R., Caruso, B. 2016. "Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta." *Lavoro e diritto* 4: 645-678.
- Del Punta, R. 2016. "Labour law and the capability approach." *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 4: 383-406.
- Del Punta, R. 2013. "Leggendo «The idea of justice», di Amartya Sen." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 2: 197-219.
- Del Punta, R. 1999. "Tutela della sicurezza sul lavoro e questione ambientale." *Diritto delle relazioni industriali* 2: 151-160.
- Freedland, M., Kountouris, N. 2011. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press.
- Giubboni, S. (2023). "Tra capability theory e purposive approach: appunti sulla prospettiva «rimediale» di Riccardo Del Punta." In *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, a cura di, William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri, 603-14. Firenze: Firenze University Press.
- Ghera, E., Valente, L. 2021. "Sulla riforma degli obblighi di segreto contenuta nella legge sul whistleblowing." *Rivista italiana di diritto del lavoro* 3: 245-258.
- Inner City Fund. 2017. *Study on the need for horizontal or further sectorial action at EU level to strengthen the protection of whistleblowers – Final Report*.
- Langille, B. 2019. "What is labour law? Implications of the capability approach." In *The capability approach to labour law*, a cura di, Brian Langille, 122-140. Oxford: Oxford University Press.
- Lovett, F. 2010. *A general theory of domination and justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Mariucci, Luigi. 2020. "Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberismo." In *Biblioteca '20 Maggio' – 1/2020*, 1-17. Catania.
- Mariucci, L. 2016. "Culture e dottrine del giuslavorismo." *Lavoro e diritto* 4: 585-644.
- Novella, M. 2009. *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*. Milano: Giuffrè.
- Papa, V. 2022. "Contrasto alla maladministration e segnalazione di irregolarità: il whistleblowing e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici." In *Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*, a cura di, Bruno Caruso, 161-186. Catania: Biblioteca '20 Maggio' – Collective volumes.
- Pettit, P. 1997. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press.
- Perulli, A. 2023. "Il «lavoro personale» nel prisma del diritto dell'Unione europea." *Rivista italiana di diritto del lavoro* 42: 61-93.
- Perulli, A., Treu, T. 2022. "In tutte le sue forme e applicazioni". *Per un nuovo statuto del lavoro*. Torino: Giappichelli.

- Perulli, A. 2021. *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del Diritto del lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Perulli, A. 2020. "Per una filosofia politica del diritto del lavoro: neo-repubblicanesimo e libertà sociale." *Lavoro e diritto* 4: 773-811.
- Peruzzi, M. 2020. "La prova del licenziamento ritorsivo nella legge 179/17 sul whistleblowing." *Lavoro e diritto* 1: 33-50.
- Pizzuti, P. 2019. *Whistleblowing e rapporto di lavoro*. Torino: Giappichelli, Torino.
- Routh, S. 2019. "The need to become fashionable." In *The capability approach to labour law*, a cura di, Brian Langille, 103-121. Oxford: Oxford University Press.
- Routh, S. 2014. *Enhancing capability through labour law: Informal Workers in India*. Londra: Routledge.
- Sen, A. 2014. *Lo sviluppo è libertà*. Milano: Mondadori.
- Sen, A. 2010. *L'idea di giustizia*. Milano: Mondadori.
- Sen, A. 2007. *La libertà individuale come impegno sociale*. Roma-Bari: Laterza.
- Sen, A. 2000. "Work and rights." *International Labour Review*, 2: 119-128.
- Tomassetti, P. 2018. *Diritto del lavoro e ambiente* (Bergamo: Adapt University Press).
- Vallebona, A. 2011. "Giustizia sociale: Eraclito surclassa Sen." *Argomenti di diritto del lavoro* 3: 481-483.
- Vitaletti, M. 2020. "La direttiva europea in materia di whistleblowing. Effetti e ricadute sulla tutela della «persona» nel diritto del lavoro." *Massimario di giurisprudenza del lavoro* 2: 447-465.
- Vitaletti, M. 2019. "Il lavoratore «segnalante» nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del «whistleblower»." *Diritto delle relazioni industriali* 2: 492-512.