

Nuove linee guida whistleblowing: tutela da misure discriminatorie o ritorsive

Scritto da Interdata Cuzzola | 06/07/2021

Continuando nell'esame delle linee aggiornate sul whistleblowing, in quest'occasione approfondiremo della tutela da misure discriminatorie o ritorsive.

Come è noto, la legge prevede che il *whistleblower* non possa essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro. L'adozione di misure discriminatorie deve essere comunicata ad ANAC per gli accertamenti che la legge le attribuisce e per l'eventuale irrogazione della sanzione amministrativa al responsabile, come previsto dalla legge.

Due sono gli aspetti di carattere generale da indagare preliminarmente:

- chiarire che cosa si intenda per misura discriminatoria o ritorsiva;
- precisare se le misure siano configurabili solo dove l'amministrazione abbia adottato atti o provvedimenti oppure se esse possano consistere anche in comportamenti od omissioni.

In merito al primo aspetto, vengono individuate sia misure sufficientemente tipizzate (sanzione, demansionamento, licenziamento, trasferimento) sia misure indeterminate laddove ci si riferisce a misure "organizzative" aventi effetti diretti o indiretti sulle condizioni di lavoro determinate dalla segnalazione, che producono effetti di discriminazione o ritorsivi nei confronti del segnalante.

In merito al secondo aspetto, alla luce della *ratio* della norma, secondo l'Autorità devono essere inclusi anche comportamenti od omissioni che possono avere effetti discriminatori o ritorsivi, posti in essere dall'amministrazione nei confronti del dipendente/segnalante, volti a limitare e/o comprimere l'esercizio delle funzioni proprie del lavoratore in guisa tale da disvelare un intento vessatorio o comunque da peggiorare la situazione lavorativa.

È necessario che il segnalante fornisca ad ANAC elementi oggettivi dai quali sia possibile dedurre la consequenzialità tra segnalazione effettuata e lamentata ritorsione.

L'ANAC ha indicato un'elencazione di possibili misure ritorsive sussumibile dalla prassi dell'Autorità, destinataria delle comunicazioni di misure ritorsive:

- irrogazione di sanzioni disciplinari ingiustificate;
- proposta di irrogazione di sanzioni disciplinari ingiustificate;
- graduale e progressivo svuotamento delle mansioni;
- pretesa di risultati impossibili da raggiungere nei modi e nei tempi indicati;
- valutazione della *performance* artatamente negativa;
- mancata ingiustificata attribuzione della progressione economica o congelamento della stessa;
- revoca ingiustificata di incarichi;
- ingiustificato mancato conferimento di incarichi con contestuale attribuzione ad altro soggetto;

- reiterato rigetto di richieste (ad es. ferie, congedi);
- sospensione ingiustificata di brevetti, licenze, etc.;
- mancata ingiustificata ammissione ad una procedura e/o mancata ingiustificata aggiudicazione di un appalto (ad esempio, nel caso di un'impresa individuale, già fornitrice della p.a., ove è avvenuto il fatto segnalato, quando si tratta dei soggetti di cui all'art. 54-bis, co. 2, ultimo periodo, del Decreto Legislativo n. 165/2001).
- per i lavoratori e i collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica le ritorsioni possono consistere in: ingiustificata risoluzione o ingiustificato annullamento del contratto di servizi, della licenza o del permesso, ingiustificata perdita di opportunità commerciali determinata dalla mancata ingiustificata ammissione ad una procedura e/o mancata ingiustificata aggiudicazione di un appalto (ad esempio, nel caso di un'impresa individuale, già fornitrice della p.a., ove è avvenuto il fatto segnalato, quando si tratta dei soggetti di cui all'art 54-bis, co.2, ultimo periodo, del Decreto Legislativo n. 165/2001).

Tale elenco consente di comprendere come la casistica dei comportamenti ritorsivi possa essere ampia e variegata.

Le presunte misure discriminatorie o ritorsive devono essere comunicate ad ANAC alla quale è affidato il compito di accertare se la misura ritorsiva sia conseguente alla segnalazione di illeciti ed applicare, in assenza di prova da parte dell'amministrazione che la misura presa è estranea alla segnalazione, una sanzione amministrativa pecuniaria.

Per quanto sopra, l'Autorità ritiene che l'intento ritorsivo debba essere valutato in collegamento alla

Segnalazione; tale intento può desumersi anche dall'infondatezza o dalla pretestuosità delle motivazioni poste a fondamento dell'adozione della misura: il carattere pretestuoso e infondato di tali motivazioni, infatti, può costituire un indizio grave, preciso e concordante della sussistenza dell'intento ritorsivo.

Ulteriori elementi utili a valutare la non casualità della condotta dell'amministrazione rispetto all'ipotesi ritorsiva sono l'assenza di giustificazione per l'adozione del provvedimento ritenuto ritorsivo ovvero la reiterazione del rigetto delle richieste del dipendente.

Il legislatore ha optato per un'inversione dell'onere probatorio, stabilendo al comma 7 dell'art. 54-bis del Decreto Legislativo n. 165/2001 che, laddove il segnalante dimostri di avere effettuato una segnalazione di illeciti di cui all'art 54-bis e di aver subito, a causa della segnalazione, una misura ritorsiva o discriminatoria, l'onere della prova grava sulla persona che ha posto in essere tale misura: è quest'ultima, quindi, che è tenuta a dimostrare che l'azione intrapresa non è in alcun modo connessa alla segnalazione.

La ritorsione non sussiste, ad esempio, allorquando la misura contestata dal segnalante sia motivata da ragioni estranee alla segnalazione ovvero laddove risulti che le misure organizzative, ritenute ritorsive, siano state adottate non solo nei confronti del whistleblower ma anche di altri dipendenti che non hanno presentato segnalazioni di illeciti. Inoltre, l'intento discriminatorio non sussiste anche nella circostanza in cui il presunto responsabile abbia tenuto il medesimo comportamento anche in epoca antecedente alla segnalazione.

Nel caso in cui l'Autorità accerti la natura ritorsiva di atti adottati dall'amministrazione o dall'ente, ne discende che questi sono nulli e ANAC ne dichiara la nullità come previsto dal comma 6 del citato art. 54-bis; in caso di licenziamento, al lavoratore spetta la reintegra nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 2 del Decreto Legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (rubricato in "*Licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale*"). L'ordine di "reintegro" resta di esclusiva competenza della magistratura.

L'atto o il provvedimento ritorsivo può essere oggetto di annullamento in sede di autotutela da parte dell'amministrazione indipendentemente dagli accertamenti di ANAC; semmai, ove ANAC abbia ricevuto la comunicazione di misure ritorsive, l'annullamento in autotutela può essere valutato in sede di procedimento sanzionatorio.

Ai sensi dell'art. 54-bis, commi 1 e 6, l'Autorità svolge gli accertamenti di competenza su eventuali misure ritorsive anche negli enti privati.

Interlocutore dell'Autorità è il rappresentante legale dell'azienda; qualora venga accertata l'adozione di una misura ritorsiva o discriminatoria, ANAC applica al responsabile una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 30.000 euro (art. 1, co. 6, l. 179), considerando responsabile della misura ritorsiva il soggetto che ha adottato il provvedimento ritorsivo o comunque il soggetto a cui è imputabile il comportamento e/o l'omissione.

La responsabilità si configura anche in capo al soggetto che ha suggerito o proposto l'adozione di una qualsiasi forma di ritorsione nei confronti del whistleblower, così producendo un effetto negativo indiretto sulla sua posizione (ad es. proposta di sanzione disciplinare).