

Rubrica legale



a cura di **Mauro Gnaccarini**
Responsabile Ufficio Legale

L'ESERCIZIO DEL DIRITTO DI CRITICA E LA REAZIONE MEDIANTE *STRAINING*

È temibile, offensiva o costruttiva la segnalazione delle criticità rilevate in ASL?

Infine è accaduto. Assai magra la consolazione che può derivare dal “noi l’avevamo detto”. Sono stati necessari diversi anni di rodaggio per accorgersi che mancavano – ovviamente – la preparazione e le competenze necessarie affinché i responsabili di struttura potessero correttamente avviare e concludere i procedimenti disciplinari, così come a loro era stata affidata dal legislatore tale responsabilità nell’ambito di quei procedimenti (la maggioranza) all’esito dei quali sono previste sanzioni fino a dieci giorni di sospensione; un sistema, voluto da Renato Brunetta per “raddrizzare la schiena” anche e soprattutto ai dirigenti pubblici, la cui inefficacia si sta palesando vieppiù.

L’approccio demagogico al problema, già stigmatizzato più volte in questa sede, oltre a determinare altre, importanti e svariate criticità, ha dunque portato il legislatore non già a formare adeguatamente e correttamente i dirigenti, ma a trasferire ogni procedimento disciplinare direttamente all’UPD (Ufficio Procedimenti Disciplinari), così che, mettendosi al riparo da ogni responsabilità,

proprio i Responsabili dei Servizi potessero semplicemente trasferire gli atti agli UPD stessi a ogni “stormir di fronda”. Il resto è storia dell’ultimo triennio. Una congerie di procedimenti disciplinari avviati, spesso anche a fronte di qualunque problematica che “un tempo” sarebbe stata (ben più efficacemente) oggetto di discussione in una riunione di servizio e nel caso di disposizioni anche formali, sicché la bontà dei correttivi necessari potesse essere valutata nell’ambito delle rispettive responsabilità dirigenziali. Ora, invece, la confusione fra la responsabilità dirigenziale e quella disciplinare si moltiplica, nonostante quanto disposto dall’art. 5 comma 2 CCNL 6/5/2010 - sequenza, seppure il dispositivo risulti chiaro e fortemente voluto dai sindacati nel tentativo, purtroppo naufragato, di evitare il peggio. E così, in un contesto caratterizzato da siffatta distorsione, proprio il peggio risulta adesso diffusamente emergere quando un dirigente ritenga di porre all’evidenza situazioni di criticità operativa ovvero ponga in discussione disposizioni date; laddove - in entrambi i casi - l’obiettivo non è

meramente quello di criticare (si tratta invero di un mezzo, come vedremo del tutto lecito), ma è quello di rendere più efficace il lavoro, a vantaggio di tutti i beneficiari delle attività di prevenzione svolte nei dipartimenti a tal fine operanti, agendo così pianamente nell’alveo del dettato costituzionale di cui all’art. 97, con particolare riferimento al secondo comma ove si recita che deve sempre essere assicurato il buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Ci è parso perciò utile analizzare brevemente, in questo numero della nostra rubrica, se e come il diritto di critica possa correttamente essere esercitato dal dirigente dell’Azienda sanitaria, in quale veste e con quali limiti, nonché i profili di illegittima “persecuzione” che in tal caso l’Azienda o chi per essa risulta, con preoccupante frequenza, porre in essere, individuando pertanto anche i mezzi esperibili ove ciò accadesse.

Il funzionamento dell’azienda sanitaria può essere oggetto di critica, anche pubblica, da parte del dipendente, nel nostro caso in veste di dirigente dell’azienda stessa ovvero, in particolare, nella qualità

di quadro sindacale. La giurisprudenza delle magistrature superiori ne ha dato conferma, illustrandone i limiti, e per contro evidenziando come determinati atteggiamenti datoriali, quand'anche non configurassero ipotesi di vero e proprio *mobbing*, possano invece essere ricondotti alla pratica del cosiddetto "straining", specie quando comportamenti vessatori, anche isolati, dovessero risultare emergenti in relazione al summenzionato esercizio del diritto di critica. Senza dimenticare la possibilità della configurazione di un grave comportamento antisindacale, già oggetto di analisi in un precedente numero di questa rubrica (Argomenti 1/2018), del quale questo approfondimento ne risulta perciò, e in un certo senso, seguito e chiosa.

La critica, anche nei confronti dell'azienda e/o della direzione aziendale, in quanto espressione intellettuale della capacità di valutare i risultati di un'attività umana, costituisce un diritto il cui esercizio non può essere negato.

La critica può essere dunque mossa, certamente, anche da parte del dipendente e del dirigente singolo; tanto ha recentemente affermato la Corte di Cassazione (Cass. Sez. Lavoro, sent. n. 17735/2017), con una pronuncia che ha anche definito i limiti di detta critica: il dipendente deve, appunto, limitarsi a difendere la propria posizione soggettiva, senza determinare un pregiudizio per l'azienda, nel rispetto della verità e senza ledere il decoro del datore di lavoro o del superiore gerarchico. Si tratta di non violare «l'obbligo di fedeltà, la cui violazione può rilevare come giusta causa di licenziamento» e che «si sostanzia nell'obbligo di un leale comportamento del lavoratore nei confronti del datore di lavoro e va collegato con le regole di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.». La Corte evidenzia «come il diritto di critica debba rispettare il principio della continenza sostanziale (secondo cui i fatti narrati devono corrispondere a verità) e quello della continenza formale (secondo cui l'esposizione dei fatti deve avvenire misuratamente), precisandosi al riguardo che, nella valutazione del legittimo esercizio del diritto di critica, il requisito della continenza c.d. forma-

le, comportante anche l'osservanza della correttezza e civiltà delle espressioni utilizzate, è attenuato dalla necessità, ad esso connotata, di esprimere le proprie opinioni e la propria personale interpretazione dei fatti, anche con espressioni astrattamente offensive e soggettivamente sgradite alla persona cui sono riferite»; ricorda altresì quanto affermato nel recente passato, allorché la stessa Corte (Cass. 26/10/2016 n.21649) «ha ritenuto correttamente inquadrato nel legittimo diritto di critica l'invio al datore di lavoro di una lettera di denuncia del lavoratore di comportamenti scorretti ed offensivi posti in essere dal superiore gerarchico in proprio danno».

Qualora, invece, il diritto di critica in questione venga esercitato dal quadro sindacale, seppure in un recente caso parte datoriale abbia tentato di perseguire il fatto come giustificato motivo di licenziamento disciplinare, all'esito del giudizio e secondo la Suprema Corte il medesimo quadro risulta invece aver agito nell'ambito di una libera e legittima manifestazione del pensiero. Infatti, ancorché non possa parlarsi in assoluto di una scriminante sindacale che legittimi ogni comportamento svolto all'interno dell'azienda dal lavoratore nell'ambito di una attività sindacale (Cass. n. 24652/2015), l'unico limite che in detto caso la Corte ha posto, con recentissima sentenza, è quello della correttezza formale e del rispetto della dignità umana (Cass. Sez. Lavoro, sent. n. 18176/2018). In tale pronuncia viene evidenziato che «il lavoratore che sia anche rappresentante sindacale se, quale lavoratore subordinato, è soggetto allo stesso vincolo di subordinazione degli altri dipendenti, si pone, in relazione all'attività di sindacalista, su un piano paritetico con il datore di lavoro, con esclusione di qualsiasi vincolo di subordinazione, giacché detta attività, espressione di una libertà costituzionalmente garantita dall'art. 39 Cost., in quanto diretta alla tutela degli interessi collettivi dei lavoratori nei confronti di quelli contrapposti del datore di lavoro, non può essere subordinata alla volontà di quest'ultimo». Quanto ai limiti, la Corte precisa che «l'esercizio, da parte del rappresentante sindacale, del

diritto di critica, anche aspra, nei confronti del datore di lavoro (nella specie, sulla funzionalità del servizio espletato dall'impresa), sebbene garantito dagli artt. 21 e 39 Cost., incontra i limiti della correttezza formale, imposti dall'esigenza, anch'essa costituzionalmente assicurata (art. 2 Cost.), di tutela della persona umana, e sostanziale, nel senso, sopra precisato, e della veridicità (ancorché putativa) dei fatti denunciati. Ne consegue che solo ove tali limiti siano superati con l'attribuzione all'impresa datoriale od a suoi dirigenti di qualità apertamente disonorevoli e di riferimenti denigratori non provati, il comportamento del lavoratore può essere legittimamente sanzionato in via disciplinare». Ove osservati i limiti anzidetti, considerata la pariteticità delle posizioni, la Corte afferma altresì l'irrilevanza della circolazione all'esterno del documento con cui il sindacalista formuli le critiche in esame, allorché non sia stato accertato il carattere diffamatorio o denigratorio dello stesso.

Abbiamo fin qui riportato una sintesi della giurisprudenza rilevante e recente secondo la quale non v'è dubbio che la direzione aziendale e l'organizzazione, ovvero il funzionamento dei servizi possano essere legittimamente oggetto di critica, sia da parte del singolo lavoratore in riferimento al documento che potesse derivarne alla propria posizione soggettiva, sia ed assai più ampiamente da parte del sindacalista che con la critica intenda porre in evidenza qualsiasi disagio esistente o potenziale che i propri iscritti e rappresentati potrebbero trovarsi a patire.

Le diverse vicende poste all'osservazione dell'Ufficio legale del SIVeMP nell'ultimo triennio hanno tuttavia evidenziato come in diverse situazioni, in cui il diritto di critica è stato agito correttamente, l'attore sia immediatamente divenuto bersaglio di indebite reazioni, pure senza considerazione alcuna per l'eventuale ruolo sindacale nel caso svolto. Peggio ancora quando vi sia stata la denuncia, da parte dei suddetti attori (in entrambe le vesti) di fatti potenzialmente rilevanti sotto il profilo penale alla competente A.G. nei con-

fronti di uno o più soggetti della parte datoriale.

Ebbene, proprio nei casi dell'ultimo tipo (che assurgono ad emblema), sempre la Suprema Corte, e ancora assai recentemente, ha escluso che il denunciante possa essere perseguito, nemmeno qualora la denuncia non trovasse accoglimento alcuno presso l'Autorità giudiziaria. La Corte (Cass. Sez. Lavoro, sent. n. 22375/2017) ha affermato che non può integrare giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento una denuncia del tipo menzionato, salvo che venga provato l'intento calunnioso e dunque la consapevolezza dell'insussistenza dell'illecito; e comunque tale dolo non può ritenersi dimostrato dal mero fatto che le accuse mosse si rivelino infondate.

In altri e più frequenti casi, l'esercizio del diritto di critica, ancorché nei limiti e alle condizioni indicate, ha comunque determinato reazioni vessatorie, quale l'attivazione di uno o più procedimenti disciplinari; con contestazione di presunti fatti di gravissimo rilievo comportamentale, poi esitati in provvedimenti di archiviazione o tutt'al più di censura all'evidenza ben poco supportata da congrua motivazione (senonché, ben si sa come la censura consenta alla parte datoriale di emettere "serenamente" e comunque un provvedimento che, data la lievità e salvo pervicace reiterazione, non sarà nemmeno oggetto di ulteriori impugnazioni). In altri casi ancora sono state disposte mobilità illegittime, palesemente persecutorie, o formulate valutazioni negative, in tal caso ancora confondendo, in modo davvero grave, i diversi piani della responsabilità disciplinare e di quella dirigenziale.

Nei casi citati viene quindi spesso chiesto di valutare, nell'ipotesi di perseguire i comportamenti datoriali vessatori, se gli stessi possano integrare la fattispecie di *mobbing*. E, in tal caso, ci si trova nella difficoltà di provare l'intento persecutorio e l'unicità dell'intento lesivo delle condotte tenute, così come richiesto da recente e comunque consolidata giurisprudenza sempre della Suprema Corte (*ex multis*: Cass. Sez. Lavoro, sent. n. 21328/2017). Tale difficoltà

può però essere oggi superata grazie all'individuazione di una nuova figura giurisprudenziale, posta già al vaglio della Corte di Cassazione che, sempre con pronuncia assai recente, ne ha riconosciuto e confermato la specifica rilevanza giuridica: lo *straining* (Cass. Ordinanza n. 3977/2018). Si tratta di una forma attenuata di *mobbing*, valutabile anche qualora non si configurassero i succitati elementi tipici del *mobbing* stesso. Lo *straining* sussiste quando anche una singola condotta vessatoria abbia minato l'integrità psico-fisica del lavoratore, rendendo giustificata la pretesa risarcitoria fondata sull'art. 2087 c.c. Il lavoratore ne dovrà chiaramente e in ogni caso allegare prova, ma in questo caso è evidente come l'onere probatorio a carico del lavoratore stesso risulti notevolmente ridotto rispetto alla prova che è necessario produrre affinché venga riconosciuto il danno da *mobbing*. Data l'importanza di questa evoluzione giurisprudenziale riportiamo perciò ancora alcuni stralci dell'Ordinanza: la Corte nel procedimento in esame ha respinto le istanze di parte datoriale, che sostenevano essere stata creata arbitrariamente una nuova fattispecie, giacché «*non integra violazione dell'art. 112 c.p.c. l'aver utilizzato la nozione medico-legale dello straining anziché quella del mobbing perché lo straining altro non è se non una forma attenuata di mobbing nella quale non si riscontra il carattere della continuità delle azioni vessatorie. Azioni che, peraltro, ove si rivelino produttive di danno all'integrità psico-fisica del lavoratore, giustificano la pretesa risarcitoria fondata sull'art. 2087 c.c.*»; è stato poi aggiunto che «*al principio di diritto enunciato il Collegio intende dare continuità perché dell'art. 2087 c.c. questa Corte ha da tempo fornito un'interpretazione estensiva, costituzionalmente orientata al rispetto di beni essenziali e primari quali sono il diritto alla salute, la dignità umana e i diritti inviolabili della persona, tutelati dagli artt. 32, 41 e 2 Cost.*». Non meno rilevante è quanto la Corte ha aggiunto circa l'estensione delle condotte lesive che il lavoratore potrebbe invero trovarsi a subire: «[...]

l'ambito di applicazione della norma è stato, quindi, ritenuto non circoscritto al solo campo della prevenzione antinfortunistica in senso stretto, perché si è evidenziato che l'obbligo posto a carico del datore di lavoro di tutelare l'integrità psicofisica e la personalità morale del prestatore gli impone non solo di astenersi da ogni condotta che sia finalizzata a ledere detti beni, ma anche di impedire che nell'ambiente di lavoro si possano verificare situazioni idonee a mettere in pericolo la salute e la dignità della persona»; sicché «la responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 c.c. sorge, pertanto, ogniqualvolta l'evento dannoso sia eziologicamente riconducibile ad un comportamento colposo, ossia o all'inadempimento di specifici obblighi legali o contrattuali imposti o al mancato rispetto dei principi generali di correttezza e buona fede, che devono costantemente essere osservati anche nell'esercizio dei diritti».

In definitiva, e nell'intento – come detto – di chiosare sul tema, dobbiamo ancora una volta richiamare l'attenzione sull'assenza, in molte amministrazioni, di un approccio alle criticità che consideri quale valore aggiunto la denuncia aperta di tali situazioni critiche, così che possano essere conseguentemente messi in discussione l'organizzazione e il funzionamento stesso del servizio oggetto di attenzione, con la finalità di individuare le migliori pratiche atte ad evitare che la medesima criticità si ripeta aumentando la possibile inefficacia e/o inefficienza del sistema se non anche il rischio di *malpractice*. Insomma, una vera volontà di miglioramento della pubblica amministrazione sanitaria, che crediamo non possa certamente passare attraverso i contenziosi che, inevitabilmente, si moltiplicano quando viene imposta la sostituzione del diritto di critica, correttamente esercitato e gestito, con un deresponsabilizzante difensivismo dirigenziale, espressione in sé di un sostanziale fallimento gestionale, cui non può conseguire altro che un peggior andamento della pubblica amministrazione. Drammaticamente il contrario di quanto richiesto dalla stessa Carta costituzionale.