

Rubrica legale



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

La rubrica di questo numero propone due temi di attualità che vedono, per un verso consolidarsi gli orientamenti giurisprudenziali a fronte di una chiara difficoltà a conseguire la legittimazione a rivolgersi al Giudice, per altro verso invece un'ancora incredibile incertezza, in materia di giurisdizione competente, che potrebbe minare la legittima aspirazione a rivolgersi al giudice da parte di chi ritenesse non corretto a proprio danno lo svolgimento di un concorso per la direzione di struttura complessa. Nel primo caso viene analizzata una recentissima ordinanza della Suprema Corte in materia di "straining" (Cassazione Civile, Sez. Lav., 19 ottobre 2023, n. 29101), figura particolare, affine ma non identica al mobbing, di peculiare odiosità e pur tuttavia sempre più frequente anche nelle pubbliche amministrazioni sanitarie.

Nel secondo caso, l'Avv. Michela Russo - Studio legale Zuccarello - Monacis che assiste il SIVeMP a livello nazionale - analizza se e con quali limiti, data la nuova procedura di nomina dei direttori di struttura complessa in vigore (Legge n. 118 del 27 agosto 2022 art. 20 co. 1), la cd. "Legge Concorrenza 2021" riconsegna al Giudice Amministrativo (TAR) la competenza in caso di impugnazione degli atti diretti all'affidamento dell'incarico di direzione di struttura complessa.

LA CORTE DI CASSAZIONE RICONOSCE E PUNISCE LO "STRAINING"

Le persecuzioni sul lavoro: difficili da provare ma certamente da punire

Il caso paradigmatico che si vuole qui esaminare riguarda un lavoratore demansionato ed emarginato fino a subire anche un trasferimento persecutorio e un attacco ischemico; il quale ha perciò promosso causa nei confronti del datore di lavoro per veder riconosciuto non solo l'inquadramento superiore e le correlate differenze retributive e contributive, ma anche e soprattutto il danno derivante dalla persecuzione posta in atto dalla dirigente sovraordinata.

In tale caso la vicenda è giunta all'esame della Suprema Corte poiché la Corte d'Appello, pur avendo riconosciuto l'inquadramento superiore e la correlata parte economica, non ha riconosciuto la sussistenza di una situazione "mobbizzante" nella condotta di parte datrice ritenendo (come da Ordinanza citata) che "andasse negata l'illiceità della stessa trattandosi di un episodio isolato che esulava dalla

sistematicità di una condotta vessatoria persecutoria o discriminatoria reiterata e protratta nel tempo, con una chiara finalità che deve sussistere per poter qualificare come mobbizzante la condotta del datore di lavoro". In effetti, secondo consolidata giurisprudenza, il mobbing sussiste, come già anche evidenziato in questa rubrica, quando le condotte vessatorie datoriali abbiano un carattere volontariamente ripetuto e sistematico, protratto nel tempo e tale per cui il nesso causale fra le medesime condotte e la sussistenza di danni sia provato. Si tratta certamente di una figura di illecito datoriale la cui prova è - purtroppo - quasi sempre impossibile, stante pure la frequente assenza di testimoni che tendenzialmente (e vigliaccamente) non si assumono la responsabilità di supportare il soggetto vessato. Fortunatamente, tuttavia, dottrina non solo giuridica ma anche "sanitaria" (sviluppatasi specie in

sede peritale) e conseguente giurisprudenza hanno riconosciuto come pure un solo fatto persecutorio possa essere valutato quale illecito produttivo di danno risarcibile, nei termini che l'Ordinanza in esame pone in rilievo, sicché qui di particolare interesse. L'Ordinanza n. 29101/2023 pone dunque in evidenza come una condotta anche solo produttiva di stress possa essere valutata come fatto illecito. Nel caso in esame, inoltre, è stato accertato che il superiore teneva condotte stressogene se non anche vessatorie pure con diversi altri dipendenti, i quali evidentemente, perlomeno non tutti, non si sono sottratti dal confermare tali comportamenti. La Corte d'Appello, qualificando come isolata la condotta vessatoria del superiore, considerato che in un caso il dipendente ebbe pure un attacco ischemico (e chissà che cosa doveva accadere per valutare la gravità della condotta?!), la derubricava incredibilmente e

perfino come non meritevole di apprezzamento. La Corte di Cassazione ha invece ritenuto ben diversa la qualificazione della condotta, sia in riferimento a quanto precede sia e soprattutto perché “*al di là della tassonomia e della qualificazione come mobbing e straining, quello che conta in questa materia è che il fatto commesso, anche isolatamente, sia un fatto illecito ex art. 2087 c.c. da cui sia derivata la violazione di interessi protetti del lavoratore al più elevato livello dell’ordinamento (la sua integrità psicofisica, la dignità, l’identità personale, la partecipazione alla vita sociale e politica)*”. La Corte d’Appello risulta pertanto non aver considerato la gravità della violazione dei succitati “interessi protetti”; atteso che “*la reiterazione, l’intensità del dolo, o altre qualificazioni della condotta sono elementi che possono incidere eventualmente sul quantum del risarcimento ma è chiaro che nessuna offesa a interessi protetti al massimo livello costituzionale come quelli in discorso può restare senza la minima reazione e protezione rappresentata dal risarcimento del danno*”. In altri termini, aggiunge la Suprema Corte, secondo il consolidato orientamento della medesima (da ben considerare, tra le tante, le sentenze nn. 7844/2018, 12164/2018, 12437/2018,

18164/2018, 16580/2022, 33428/2022), “*se viene accertato lo straining e non il mobbing la domanda di risarcimento del danno deve essere comunque accolta*”. Difatti lo straining “*rappresenta una forma attenuata di mobbing perché priva della continuità*”, ma qualora venga accertato deve comunque essere accolta la richiesta di risarcimento del conseguente danno poiché l’illecito senza dubbio sussiste in ragione di una necessaria lettura dell’art. 2087 del Codice Civile costituzionalmente orientata. E tanto il Giudice deve fare - sempre secondo la Cassazione - anche quando non sia stata espressamente formulata l’istanza risarcitoria quale danno dovuto a straining piuttosto che a mobbing.

È bene saperlo: i comportamenti vessatori saranno anche difficili da provare, specie in caso di mobbing, ma ciò non può pregiudicare la tutela dell’integrità psicofisica e morale del lavoratore, tanto che anche un solo evento, purché rilevante in quanto produttivo di un danno provabile, ne configura la perseguibilità in quanto “straining”, figura di origine anglosassone consolidatasi in sede giurisprudenziale anche nel nostro Paese. Tenuto pure conto, in ultimo, che ove il datore di lavoro, portato a conoscenza dei fatti, non intervenisse

tempestivamente per correggere le illecite condotte del vessatore, allora anch’esso potrebbe essere chiamato a rispondere della propria responsabilità contrattuale; nondimeno potrebbe divenire oggetto di valutazione anche la possibile violazione delle norme poste a tutela della sicurezza sul lavoro: atteso che proprio il D.lgs. 81/2008 s.m. e i. dispone al primo comma dell’art. 28 l’obbligo, in capo al datore di lavoro, di monitorare ogni situazione anche solo potenzialmente “stressogena”, nel contesto della specifica valutazione dei rischi collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell’Accordo Europeo dell’8 ottobre 2004.

Tutto quanto precede non autorizza tuttavia a ritenere esercitabile qualsiasi contenzioso in relazione ai plurimi contrasti “bagatellari” che sui luoghi di lavoro vengono - nostro malgrado - vieppiù in luce. Anche perché il sistema disciplinare conservativo di “Brunettiana memoria” ha con tutta evidenza già incentivato a dismisura contenziosi altrimenti evitabili; stante che, come più volte osservato in questa stessa rubrica, si tratta di previsioni avulse rispetto alla qualifica dirigenziale propria dei sanitari operanti nell’ancor più deprecabile contesto “privatizzato” delle amministrazioni sanitarie.

ANCORA NESSUNA CHIAREZZA SUL GIUDICE COMPETENTE NEI CONCORSI RIGUARDANTI I CONCORSI PER LA DIREZIONE DELLE STRUTTURE COMPLESSE

La “Legge Concorrenza 2021” riapre le porte del TAR con la nuova procedura di nomina dei direttori di struttura complessa?

Avvocato Michela Russo
Studio legale Zuccarello - Monacis

Con la Legge Concorrenza 2021, entrata in vigore il 27 agosto 2022, è stata modificata la procedura di nomina dei direttori di struttura complessa, ovvero dei cd “primari”: in precedenza l’art. 15 D.Lgs n. 502/1992

prevedeva un meccanismo improntato sulla scelta fiduciaria da parte del Direttore Generale tra una terna di candidati, individuati all’esito della procedura di valutazione, mentre con il nuovo comma 7 bis è stata introdotta una vera e

propria procedura concorsuale. L’attuale disciplina prescrive che la Commissione Valutativa (che oggi, per garantire l’imparzialità deve essere composta dal Direttore sanitario e da altri tre direttori di struttura complessa nella

medesima disciplina dell'incarico da conferire, dei quali almeno due responsabili di strutture complesse in regioni diverse da quella ove ha sede l'azienda interessata alla copertura del posto, sorteggiati da un elenco nazionale) attribuisce a ciascun candidato un punteggio complessivo secondo criteri fissati preventivamente in base al profilo ricercato, e agli esiti del colloquio; al termine della procedura, la Commissione redige la graduatoria dei candidati.

Con il nuovo procedimento non è lasciato alcun margine discrezionale al Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria, il quale deve procedere alla nomina del candidato che ha conseguito il miglior punteggio.

L'attuale iter di nomina di direttore di struttura complessa riapre il dibattito sulla giurisdizione in tema di impugnazione dei relativi provvedimenti: occorre, infatti, chiedersi se la modifica normativa ora segnalata, che introduce un vero e proprio concorso, riapra le porte dei TAR allorché si ravvisi l'illegittimità di tale nomina dirigenziale.

A deporre in tal senso, ad avviso di chi scrive, è proprio la giurisprudenza formatasi nel vigore della precedente normativa.

La Suprema Corte di Cassazione, chia-

mata in più occasioni a dirimere il quesito in ordine alla giurisdizione in subiecta materia, aveva ritenuto sussistente la giurisdizione del Giudice Ordinario per le controversie in tema di conferimento di incarichi dirigenziali de quibus, e ciò sul presupposto che la fase di nomina da parte del Direttore generale, avente carattere prevalentemente fiduciario, fosse dominante rispetto all'intero percorso della selezione e ritenendo dunque che la relativa procedura non fosse assimilabile ad un concorso (così Cass. Civ. Sez. Unite, sent. 6 marzo 2020, n. 6455; id. Cass. Civ. Sez. Unite, 7 dicembre 2016, n. 25048; Cass. Sez. Unite 4 luglio 2014, n. 15304).

Se, quindi, ante-riforma a far propendere per la giurisdizione del giudice ordinario era la natura dell'atto di nomina da parte del Direttore, il quale poteva far ricadere la scelta non solo sul primo in graduatoria, ma anche sul secondo o sul terzo, seppur con la dovuta motivazione, con il nuovo meccanismo di nomina dei "primari" si dovrebbe ritenere sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, essendo la stessa vincolata all'esito della procedura concorsuale.

Sulla questione, al momento, non si registra ancora un orientamento da parte della giurisprudenza, trattandosi di una

disposizione normativa di recente introduzione.

L'unica sentenza che affronta il tema di cui trattasi è del TAR Piemonte -Torino (n. 1149/2022) che, tuttavia, depone a favore della giurisdizione del giudice ordinario.

Il TAR Piemonte – Torino, chiamato a giudicare della legittimità di una procedura per l'attribuzione di un incarico di direzione di struttura complessa, sotto il vigore della nuova normativa, ha recentemente dichiarato il proprio difetto di giurisdizione: il TAR fonda la propria decisione sull'assunto che la procedura di nomina introdotta con il nuovo comma 7 bis del Dlgs. n. 502/1992 non sia un vero e proprio concorso pubblico e ciò perché sarebbe priva di vere e proprie prove. Inoltre, sempre secondo il Giudice Amministrativo piemontese, sia la procedura di cui trattasi che l'atto di nomina del Direttore generale avrebbero natura di atti organizzativi assunti con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro privato ai sensi dell'art. 5 d.lgs. n. 165/2001 e, come tali, sarebbero soggetti alla giurisdizione del giudice ordinario.

Per risolvere la questione della giurisdizione non resta che attendere l'evolversi della giurisprudenza.

