

Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2008, n. 2515 - “Mobbing e discriminazione: onere della prova”

Autore: Staiano Rocchina

In: Giurisprudenza commentata

La condotta di mobbing del datore di lavoro, ravvisabile in ipotesi di comportamenti materiali o provvedimenti contraddistinti da finalità di persecuzione e di discriminazione, indipendentemente dalla violazione di specifici obblighi contrattuali, deve essere provata dal lavoratore. A tal fine valenza decisiva è assunta dall'accertamento dell'elemento soggettivo e, cioè, dalla prova dell'intento persecutorio.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione. - 1. Il prof. *****, ricercatore confermato a tempo pieno, all'epoca dei fatti per cui è causa, prestava servizio quale medico oncologo responsabile della terapia citostatica presso l'Istituto di Chirurgia toracica dell'Azienda Ospedaliera Universitaria della Seconda Università degli Studi di Napoli (in prosieguo A.O.U.).

Nel quadro di una vasta manovra per garantire la migliore qualità delle prestazioni erogate e la sicurezza dei lavoratori, il commissario straordinario dell'A.O.U., con nota n. 2450 del 13 luglio 2004, individuò l'unità ospedaliera di Oncoematologia pediatrica e quella di Ematologia quali punti centralizzati di preparazione di farmaci antitumorali.

Con nota n. 3172 del 13 ottobre 2004 - indirizzata a numerose unità ospedaliere fra cui quella di Chirurgia toracica - il medesimo organo dispose la temporanea sospensione della somministrazione dei farmaci antitumorali, consentendo solo la prosecuzione dei trattamenti in corso per garantire la continuità terapeutica; tutto ciò al dichiarato scopo di procedere ad urgenti interventi di adeguamento delle sale degenza e somministrazione.

Con nota n. 817 del 14 febbraio 2005, il direttore generale dell'A.O.U. dispose in modo che all'interno dell'unità ospedaliera di Chirurgia toracica, in via interinale ed esclusivamente per garantire la continuità assistenziale ai pazienti in trattamento, la produzione dei farmaci in questione continuasse ad avvenire al piano terra Padiglione 2 emilato ovest; in alternativa veniva messo a disposizione il locale di somministrazione presso il d.a.s di Medicina interna ubicato al 2° piano emilato ovest.

Con nota della direzione sanitaria Presidio Centro Storico - emessa in pari data - al dichiarato fine di

programmare l'assistenza dei 10 pazienti in trattamento con antitumorali presso il servizio di Chirurgia toracica, si richiedeva al direttore del relativo servizio l'invio degli schemi terapeutici dei pazienti con i relativi cicli terapeutici; siffatta richiesta era sostanzialmente conforme al precedente ordine di servizio impartito dalla direzione sanitaria A.U.P. n. 547/Z del 24 settembre 2004, a mezzo della quale si disciplinavano, fra l'altro, gli adempimenti a carico delle unità ospedaliere deputate a somministrare i farmaci antitumorali.

1.1. Successivamente, con note del 9 maggio, 15 settembre e 23 settembre 2005 - indirizzate a tutti i sanitari che usufruivano dei locali ubicati al piano terra del Padiglione 2 emilato ovest, fra cui il prof. D.V. - il direttore generale disponeva che tali locali venissero sgomberati onde consentire l'esecuzione dei lavori (successivamente appaltati e consegnati) di realizzazione dell'ufficio accettazione del Centro unico di prenotazione (in prosieguo c.u.p.); giova precisare che la scelta di utilizzare gli spazi in questione era stata effettuata dopo aver acquisito il consenso dei primari delle unità operative ubicate all'interno degli edifici cui appartenevano le stanze da ristrutturare (cfr. decreto 14 febbraio 2005).

A seguito di pressanti richieste e proteste prof. D.V., onde consentire a quest'ultimo di svolgere la propria attività didattica e di ricerca venivano messi a sua disposizione altri locali ubicati al piano terra dell'ex Istituto di Biologia della SUN (cfr. nota del 27 settembre 2005).

Nel presupposto di essere rimasto vittima di una manovra persecutoria e di aver subito seri danni psico-fisici, il prof. D.V. ha diffidato, in data 10 e 14 febbraio 2006, sia l'A.O.U. che la Seconda Università di Napoli (in prosieguo S.U.) a risarcire in forma specifica e per equivalente tutti i danni subiti.

L'A.O.U. riscontrava la richiesta di risarcimento del danno con lettera del 24 aprile 2006, limitandosi ad allegare una relazione, riepilogativa dei fatti, redatta dal direttore sanitario del Presidio Centro Storico.

2. Con ricorso proposto davanti al T.a.r. della Campania nei confronti sia dell'A.O.U. che della S.U., il prof. D.V.:

a) ha chiesto l'annullamento: I) della nota del direttore generale del 24 aprile 2006 e dell'allegata relazione del direttore sanitario; II) di tutti gli atti d'impugnazione a partire dal provvedimento di accentramento della produzione dei farmaci antitumorali del 13 luglio 2004;

b) ha proposto domanda di risarcimento, in forma specifica e per equivalente, di tutti i danni subiti, patrimoniali e non.

3. L'impugnata sentenza:

a) ha respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso per omessa tempestiva impugnazione dei provvedimenti del 2004 e del 2005, sotto il duplice presupposto che ogni lavoratore ha un vero e proprio diritto soggettivo al rispetto delle proprie mansioni e che è da ritenersi ormai superata la regola della c.d.

pregiudiziale amministrativa;

b) nell'ipotesi che la domanda di risarcimento del danno sia stata formulata ex art. 2043 c.c. ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo;

c) ha accertato l'esistenza di una fattispecie di illecito demansionamento e di mobbing attribuibile in via esclusiva all'A.O.U. con ciò escludendo la legittimazione passiva della S.U.;

d) ha condannato l'amministrazione al risarcimento del danno professionali ed esistenziale per un importo pari ad euro 166.493;

e) ha respinto, perché non provata, la domanda di risarcimento del danno biologico connesso all'intervenuto demansionamento ed al mobbing;

f) ha condannato l'amministrazione alla refusione delle spese di lite.

4. Con ricorso ritualmente notificato e depositato l'A.O.U. ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza del T.a.r. contestando, nella sostanza, tutte le statuizioni sfavorevoli (ed implicitamente anche quelle inerenti la giurisdizione del giudice amministrativo e la legittimazione passiva della S.U.).

5. Si costituiva il prof. ***** deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto; con il medesimo atto ha proposto appello incidentale autonomo per ottenere la corresponsione del danno biologico, un aumento di quanto liquidato a titolo di danno morale ed esistenziale, la distrazione delle spese di lite in favore dei difensori che si erano dichiarati antistatari; infine, ha interposto anche appello incidentale condizionato all'ipotesi che venisse riconosciuta la responsabilità solidale o esclusiva della S.U.

6. Con ordinanza di questa sezione n. 6660 del 18 dicembre 2007 è stata accolta la domanda di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza "... con particolare riguardo alla mancata considerazione da parte del T.A.R. della rilevanza che assumono nella fattispecie gli atti autoritativi di organizzazione, adottati nell'interesse pubblico dell'amministrazione".

La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 15 aprile 2008.

7. L'appello principale dell'A.O.U. è fondato e deve essere accolto.

7.1. Con il primo mezzo si deduce la necessità del rispetto della regola della c.d. pregiudizialità amministrativa.

Come emerso dalla ricostruzione in fatto dianzi operata, la lesione della sfera giuridica dell'appellato scaturisce in via immediata e diretta dal complesso dell'attività organizzatoria - culminata nei

provvedimenti del 2004 e 2005 - che l'amministrazione ha posto in essere per soddisfare rilevanti interessi pubblici; risulta per tabulas che tali provvedimenti siano stati sicuramente conosciuti dal ***** nel corso del 2005, in data antecedente alla diffida proposta nel febbraio 2006 ed al successivo ricorso.

Nell'ambito del pubblico impiego non contrattualizzato, di regola, l'attività gestionale dell'amministrazione si svolge attraverso provvedimenti autoritativi espressione di funzione pubblica, nei confronti dei quali campeggiano posizioni soggettive aventi consistenza di interesse legittimo.

Nel caso di specie è indubbio che gli atti contestati dall'appellato abbiano natura autoritativa, esprimendo le scelte discrezionali - tecniche ed amministrative - degli organi preposti alla cura di rilevanti interessi pubblici.

Conseguentemente, per ottenere il risarcimento dei danni discendenti dall'asserito demansionamento, risalente ai su detti provvedimenti, questi ultimi avrebbero dovuto essere tempestivamente impugnati ed annullati.

Sul punto la sezione aderisce alla tesi della c.d. pregiudizialità amministrativa e rinvia, a mente dell'art. 9, l. n. 205 del 2000, alle recenti conclusioni cui è giunta l'adunanza plenaria di questo Consiglio (cfr. 22 ottobre 2007, n. 12) che recepisce integralmente.

La tesi sostenuta dal T.a.r. è errata anche sotto un altro connesso profilo.

Il presupposto del riconosciuto demansionamento è stato individuato nella violazione delle norme sancite dagli artt. 52, d.lgs. n. 165 del 2002 e 2103 c.c.

Ma tali norme non trovano applicazione nei confronti del personale pubblico non contrattualizzato che rimane disciplinato dai rispettivi ordinamenti di settore (art. 3, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001 in relazione ai docenti e ricercatori universitari).

In ogni caso, dall'esame del contenuto dei provvedimenti sopra descritti (e di tutta la restante documentazione) non si evince la prova dell'esistenza della volontà persecutoria dell'amministrazione e di una effettiva dequalificazione professionale dell'appellato.

Per completare la disamina di tale aspetto, la sezione prende posizione su un particolare episodio illustrato dall'odierno appellato per suffragare la tesi del demansionamento.

Con sentenza irrevocabile del T.a.r. Campania n. 3836 del 5 luglio 2001 il prof. D.V., all'epoca dei fatti appartenente ai ruoli del personale universitario, ottenne l'equiparazione al dirigente di II livello ex art. 31, d.P.R. 761/1979.

Egli ravvisa l'ostilità dell'amministrazione perché nei fatti non gli sarebbe mai stata riconosciuta tale

equiparazione.

La sezione esclude che l'amministrazione abbia posto in essere una attività contra legem negando il riconoscimento della specifica professionalità in quanto l'appellato, avendo superato apposito concorso, veniva nominato, sul calare del 2001, ricercatore confermato ed inserito nei relativi ruoli fuoriuscendo dall'area dirigenziale del personale sanitario contrattualizzato, con la conseguente inapplicabilità del giudicato in questione. Del resto non risulta che sia stato utilmente azionato giudizio di ottemperanza al giudicato in questione.

7.2. Con il secondo mezzo si eccepisce, fra l'altro, la mancanza della prova dell'elemento psicologico indispensabile per configurare in concreto una fattispecie di mobbing.

Anche tale mezzo è fondato.

L'impugnata sentenza (pagina 27) ha ravvisato l'elemento psicologico nella "consapevole sottoutilizzazione della professionalità del ricorrente, nonostante le reiterate richieste dello stesso di poter svolgere le proprie mansioni, e nel comportamento negligente tenuto nella predisposizione della struttura organizzativa, in maniera tale da prescindere dall'apporto della professionalità del ricorrente stesso".

E" da premettere in fatto che le "reiterate richieste" sono state parzialmente accolte dall'amministrazione nei limiti dei vincoli scaturenti dal rispetto: a) della più vasta manovra di riorganizzazione e accorpamento del servizio di preparazione dei farmaci antiblastici; b) della realizzazione dei nuovi uffici accettazione del ***** In ogni caso, l'attività didattica e quella medica (più strettamente diagnostica ed assistenziale) non sono state apprezzabilmente incise.

In diritto la tesi sostenuta dal primo giudice si infrange contro le acquisizioni della giurisprudenza della Corte Suprema (cfr. sez. lav., 6 marzo 2006, n. 4774).

Ai fini della configurabilità della condotta c.d. mobizzante occorre fornire, inter alios, la prova del disegno persecutorio.

La condotta di mobbing del datore si ravvisa in ipotesi di comportamenti materiali o di provvedimenti contraddistinti da finalità di persecuzione e di discriminazione con connotazione emulativa e pretestuosa, indipendentemente dalla violazione di specifici obblighi contrattuali.

Assume una valenza decisiva l'accertamento dell'elemento soggettivo della fattispecie illecita.

Ma nel caso di specie tale disegno persecutorio non è stato provato.

Per quanto sopra riferito, non si possono desumere elementi di prova dell'intento persecutorio dalla illegittimità dei provvedimenti di riordino del servizio di produzione dei farmaci antiblastici e di

realizzazione del c.u.p. perché tali atti non sono stati impugnati.

Del pari non sono state provate condotte personali dei superiori dell'appellato che manifestassero il connotato della vessatorietà, delle minacce, della violenza, delle ingiurie e così via.

8. Scendendo all'esame dell'appello incidentale autonomo del prof. D.V.a la sezione osserva quanto segue.

8.1. L'inconfigurabilità dell'an della pretesa risarcitoria da demansionamento esime il collegio dall'esame della richiesta di ampliarne il quantum liquidato dal T.a.r. a titolo di danno patrimoniale professionale ex art. 2087 c.c.

Sul punto l'appello incidentale è improcedibile per carenza di interesse.

8.2. Per quanto concerne il riconoscimento della lesione del diritto alla salute, esso, se ricollegato al demansionamento in un ottica di inadempimento contrattuale, deve essere negato per le ragioni esposte in precedenza.

Qualora, viceversa, si intenda la domanda di risarcimento del danno alla salute come proposta, in via autonoma, a mente degli artt. 2043 c.c. e 28 Cost. la stessa è inammissibile difettando la giurisdizione del giudice amministrativo.

Come noto, la linea di demarcazione fra la giurisdizione del giudice amministrativo e quella del giudice ordinario, in materia di lesione dell'integrità psicofisica del pubblico dipendente non contrattualizzato, corre sul crinale della natura dell'azione esperita.

Mentre la proposizione dell'azione contrattuale, legata alla violazione degli obblighi sanciti dall'art. 2087 c.c., è attratta alla cognizione del giudice amministrativo, quella aquiliana, legata solo occasionalmente al rapporto di lavoro, è devoluta al giudice ordinario (cfr. Cons. stato, sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4825; Cass., sez. un., 7 febbraio 2006, n. 2507; sez. un., 14 dicembre 1999, n. 900).

Non si è mancato di osservare, in proposito, che tale criterio di riparto mantiene la sua validità, anche in presenza della generica deduzione, da parte dell'attore, della inosservanza dell'art. 2087 c.c. o delle altre disposizioni normative strumentali alla protezione delle condizioni di lavoro, trattandosi di una deduzione neutra (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4825).

Infine, qualora si dovesse valorizzare il riferimento effettuato dal privato all'art. 28 Cost. (in disparte ogni considerazione sulla assenza, in quanto non evocata nel presente giudizio, della persona fisica titolare dell'organo che avrebbe cagionato il danno), dovrebbe declinarsi la giurisdizione del giudice amministrativo in adesione al costante orientamento della Corte Suprema secondo cui la responsabilità dei funzionari e degli amministratori rispetto ai terzi segue la disciplina propria il cui archetipo è costituito dagli artt. 22 e 23 d.P.R. n. 3 del 1957, giacché in questi casi l'azione risarcitoria si fonda sulla

deduzione di un fatto illecito extracontrattuale fra privati (cfr. Cass., sez. un., 13 giugno 2006, n. 13659; sez. un., 27 novembre 2002, n. 16827).

8.3. La domanda in questione risulta comunque infondata nel merito poiché il prof. ***** non ha provato la condotta illecita ed il nesso di causalità con i lamentati eventi dannosi.

9. In conclusione l'appello principale deve essere accolto, mentre quello incidentale autonomo del prof. ***** deve essere in parte dichiarato improcedibile ed in parte infondato e respinto nella sua globalità; tanto esime il collegio dall'esame del gravame incidentale condizionato.

Nell'andamento del giudizio e nella complessità delle questioni affrontate il collegio ravvisa giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese di ambedue i gradi di giudizio.

P.Q.M. - Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe:

- accoglie l'appello principale e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado;
- respinge l'appello incidentale;
- dichiara integralmente compensate fra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa

<https://www.diritto.it/cons-stato-sez-v-27-maggio-2008-n-2515-mobbing-e-discriminazione-onere-della-prova/>