

Dipendente pubblico sottoposto ad accertamento medico-legale sulla personalità in ragione della sua presunta omosessualità

di G. Leotta - 18 Novembre 2024

L'antefatto

Sulla base di quanto appreso a seguito di una segnalazione, l'amministrazione penitenziaria avvia un procedimento disciplinare nei confronti di un dipendente a cui viene contestato di aver rivolto *avances* a sfondo sessuale nei confronti di alcuni detenuti di sesso maschile.

Nell'ambito dell'istruttoria che segue vengono rivolte al lavoratore domande "ambigue" sul suo orientamento sessuale e sono persino disposti accertamenti psichiatrici presso la competente commissione medica con l'indento di indagare la sua personalità in ragione di una possibile inidoneità alla mansione specifica derivante dalla presunta omosessualità.

Sebbene il procedimento disciplinare venga archiviato per mancanza di prova del fatto contestato, il lavoratore, deriso ed emarginato dai suoi colleghi, chiede e ottiene il trasferimento presso un'altra sede (molto distante da quella in cui stava prestando servizio) temendo che la propria famiglia scopra quanto stava accadendo.

Della questione viene interessato il Tar Piemonte al quale il lavoratore, con apposito ricorso, domanda: i) il risarcimento del danno morale derivante dall'essere stato sottoposto, senza valide ragioni, ad accertamenti psichiatrici circa la propria "personalità" finalizzati a chiarire le cause, in senso psichico, della condotta oggetto dell'incolpazione poi rivelatasi infondata; ii) il risarcimento del danno esistenziale per essere stato deriso ed emarginato dai suoi colleghi, per aver vissuto una forte situazione di stress temendo che la sua famiglia fosse informata di quello che succedeva e, in ragione di ciò, per essere stato costretto a chiedere il trasferimento.

La decisione del Tar Piemonte, Sez. III, 9 aprile 2024, n. 353

Con la sentenza in commento, il giudice amministrativo piemontese accerta la sussistenza del danno morale e lo liquida in via equitativa nella misura di euro diecimila, ma considera sfornita di prova la domanda relativa al danno esistenziale e, pertanto, la rigetta.

La pronuncia non chiarisce a che titolo l'amministrazione venga dichiarata responsabile; non indica in maniera esplicita, cioè, se la responsabilità ascritta sia contrattuale o aquiliana.

Tuttavia, il fatto che la domanda risarcitoria discenda da una condotta riconducibile all'esercizio di poteri di gestione del rapporto di lavoro dovrebbe far propendere per la responsabilità del primo tipo. D'altronde, se la giurisprudenza amministrativa ha precisato che la responsabilità in cui incorre l'amministrazione per l'esercizio delle sue funzioni pubbliche è inquadrabile in quella da fatto illecito (da ultimo, Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7), non può essere tratto in dubbio che, in maniera diversa, laddove essa abbia agito esercitando i poteri del datore di lavoro lo "schema" di riferimento debba essere rappresentato dalle regole sulla responsabilità contrattuale.

Né su tale conclusione può interferire in alcun modo il combinato disposto desumibile dagli artt. 3 e 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 il cui effetto è limitato alla individuazione del giudice titolare della giurisdizione, non impattando affatto sul diritto applicabile.

Il *fatto costituente l'inadempimento* viene identificato nella colpevole violazione «*di regole cautelari di condotta di diligenza e prudenza che devono ispirare l'amministrazione nella sottoposizione dei propri dipendenti a valutazioni mediche connotate da elevato grado di "invasività", quali quelle che attengono alla sfera della personalità e dell'orientamento sessuale*».

L'*eventus damni* (lesione di una situazione soggettiva meritevole di tutela) viene individuato nella sottoposizione del ricorrente ad un colloquio con il medico competente e, in seguito, ad un accertamento psichiatrico, al fine di fare chiarezza sulla sua personalità in assenza di elementi concreti che consentissero di ritenere anche solo possibile che egli fosse affetto da un disturbo della stessa.

In relazione al danno morale, il *nesso di causalità* viene accertato applicando il principio probatorio del "più probabile che non" così ritenendo che «*il ricorrente abbia patito una sofferenza interiore derivante dall'essersi visto attribuire lo "stigma" di un disturbo della personalità da parte dei superiori gerarchici (con la conseguente sottoposizione a visita psichiatrica) senza che sussistesse alcun elemento indiziario che deponesse in tale direzione e suggerisse l'opportunità di espletare approfondimenti medico-legali*». Di conseguenza, attesa l'impossibilità di fornire mediante gli ordinari mezzi istruttori la prova dell'entità del pregiudizio, la liquidazione del danno viene effettuata in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., senza però fornire alcuna indicazione del parametro applicato in concreto.

In ragione dell'applicazione del medesimo principio probatorio, il *nesso di causalità* viene però ritenuto non sussistente (e la relativa domanda rigettata) con riferimento al danno esistenziale giacché non sarebbe possibile escludere che le conseguenze pregiudizievoli lamentate siano state cagionate da fattori causali alternativi e, più precisamente, non sarebbe possibile escludere che esse siano derivate dalla diffusione di informazioni relative al procedimento disciplinare anziché dagli indebiti accertamenti sanitari a cui il ricorrente è stato sottoposto.

Considerazioni critiche

Ad un'attenta lettura la decisione in commento sembra però ancorata a presupposti giuridici errati giacché richiama la violazione da parte del datore di lavoro di "*regole cautelari di condotta di diligenza e prudenza*" che, a dire il vero, non appaiono riconducibili al contenuto del sinallagma contrattuale ma, casomai, al più generale principio costituzionale di buon andamento che però attiene all'azione dell'amministrazione nell'esercizio di poteri di natura pubblicistica.

Sebbene non sia dato conoscere come il ricorrente abbia articolato e motivato le proprie domande giacché la decisione ne contiene solo una descrizione sommaria, si ritiene che, in maniera più corretta e in applicazione del brocardo *iura novit curia*, la decisione avrebbe dovuto richiamare il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175 e 1375), l'obbligo di sicurezza gravante sul datore di lavoro (art. 2087 cod. civ.), il divieto di effettuare indagini su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale

del lavoratore (art. 8 st. lav.) e il divieto di atti e comportamenti discriminatori (art. 3 Cost., art. 15 st. lav., direttiva 2000/78/CE attuata dal d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, legge 10 aprile 1991, n. 125).

Pertanto, il *fatto costituente l'inadempimento* avrebbe dovuto coincidere con la violazione di tali principi/obblighi/divieti attuata attraverso la già descritta condotta (ovverosia con gli indebiti accertamenti sanitari a cui il dipendente è stato sottoposto).

Se ciò, sul piano dell'esito processuale, non ha impattato sulla domanda relativa al danno morale, va evidenziato che, con riferimento al danno esistenziale, il Tar sembra aver ritenuto non provata la sussistenza del nesso causale, e di conseguenza rigettato la domanda, sulla base della regola (probabilmente applicata in maniera inconsapevole) della "prevalenza relativa" della probabilità – e non invece, come affermato, in ossequio a quella del "più probabile che non" – secondo cui «*se vi sono più enunciati sullo stesso fatto che hanno ricevuto conferma probatoria, la regola della prevalenza relativa – sempre secondo l'impostazione dottrinarica di cui sopra – implica che il giudice scelga come "vero" l'enunciato che ha ricevuto il grado relativamente maggiore di conferma sulla base delle prove disponibili*» (v. Cass. 6 luglio 2020, n. 13872).

Detto in altri termini, è stato ritenuto più probabile che le conseguenze pregiudizievoli lamentate dal lavoratore (ambiente lavorativo nocivo/stressogeno e conseguente costrizione al trasferimento) fossero state causate dalla diffusione di notizie circa l'esistenza e l'oggetto del procedimento disciplinare anziché dalla sua indebita sottoposizione ad accertamenti sanitari.

Il ragionamento non convince perché separa due elementi tra loro intimamente connessi da un rapporto causa-effetto; infatti, secondo la narrazione dei fatti contenuta nella decisione, sembrerebbe che gli accertamenti sanitari siano stati disposti in connessione o, quantomeno, in occasione del procedimento disciplinare.

Per altro verso, la "fuga di notizie" a cui la decisione allude non avrebbe di certo potuto essere imputata al lavoratore giacché, utilizzando il meccanismo delle presunzioni semplici pacificamente ammesso dalla giurisprudenza per la prova del danno non patrimoniale (v., di recente, Cass. 24 agosto 2023, n. 25191), avrebbe dovuto ritenersi che egli non avesse alcun interesse a diffondere informazioni sensibili sul proprio conto (tant'è che ha spiegato l'azione risarcitoria).

Ne sarebbe dovuto derivare che, in assenza di prova contraria (non offerta dall'amministrazione), la responsabilità della diffusione di notizie relative e/o connesse al procedimento disciplinare avrebbe dovuto essere ascritta in via presuntiva al datore di lavoro nella sua veste di "gestore" della procedura disciplinare (se non altro per *culpa in vigilando*) con conseguente accoglimento anche della domanda relativa al danno esistenziale da liquidarsi, anche in tal caso, su base equitativa ma tenendo conto dell'impatto devastante provocato dal trasferimento.

Riflessioni conclusive

Ancora una volta la Magistratura amministrativa dimostra di non essere "tagliata" per l'applicazione del diritto civile e del diritto del lavoro.

Allorquando vengono in rilievo questioni che possono condurre ad una incisiva stigmatizzazione dell'*agere* amministrativo, vieppiù se in settori delicati, e/o a pesanti condanne sul piano risarcitorio, sembra come se il sistema di giustizia amministrativa agisca con la finalità di rendere meno gravosa, o addirittura escludere, la sanzione. Si ha l'impressione che, in presenza di una accertata lesione di un diritto, certe decisioni siano concepite con l'intento di "proteggere" la pubblica amministrazione anziché con l'obiettivo applicare correttamente la tutela prevista dall'ordinamento.

Nel caso di specie, ad esempio, la lesione del danno morale viene quantificata in termini che sembrano molto contenuti (euro diecimila) rispetto all'entità della stessa e, per altro verso, si arriva addirittura ad escludere la risarcibilità del danno esistenziale, la cui quantificazione sarebbe potuta potenzialmente essere di ben più elevata entità.

Forse è arrivato il momento di sottrarre alla giurisdizione amministrativa la tutela dei diritti soggettivi, specie di quelli fondati sul rapporto di lavoro.

Giuseppe Leotta, dottore di ricerca e avvocato in Roma

Visualizza il documento: [Tar Piemonte, sez. III^a, 9 aprile 2024, n. 353](#)