

**Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecnica risarcitoria
di Domenico Garofalo**

professore associato - Università di Bari

SOMMARIO

Premessa:

Sezione I - Il fondamento normativo della tutela;

- 1 - Tutela del lavoratore e invocabilità delle clausole generali;
 - 1.1 - La tutela speciale del lavoratore subordinato;
 - 1.2 - L'abuso del diritto;
 - 1.3 - Le clausole generali di correttezza e buona fede;
 - 1.4 - L'applicazione delle clausole generali nell'evoluzione del diritto del lavoro;
 - 1.5 - Il canone della "ragionevolezza";
- 2 - La teoria della "congruenza causale" dei poteri imprenditoriali;
- 3 - La tutela della dignità morale e della libertà personale del lavoratore subordinato;

Sezione II - Il mobbing nell'elaborazione giurisprudenziale:

- 1 - Premessa;
- 2 - Le possibili manifestazioni del mobbing;
- 3 - Mobbing e fattispecie tipiche;
 - 3.1- Dequalificazione;
 - 3.2 - Trasferimento illecito;
 - 3.3 Molestie sessuali;
 - 3.4 Discriminazione;
 - 3.5 Licenziamento ingiurioso;

Sezione III - La tecnica risarcitoria:

- 1- Responsabilità contrattuale versus responsabilità extracontrattuale;
- 2 - Il danno risarcibile: il confine mobile della tutela;
 - 2.1 - Il danno patrimoniale;
 - 2.2 - Il danno non patrimoniale o morale ex art. 2059 c.c.;
 - 2.3 - Il danno biologico;
 - 2.4 - Il danno biologico da mobbing: il danno psichico;
 - 2.5 - Il danno esistenziale: la tutela della persona oltre il danno morale e il danno biologico;
- 3- Il mobbing come tecnopatìa non tabellata.

Premessa

Il fenomeno del mobbing all'interno del rapporto di lavoro subordinato, con tendenze espansive anche nell'area del lavoro autonomo [1], appannaggio sino a qualche anno fa della scienza medica, ha fatto prepotentemente irruzione nell'ambito del diritto ed in special modo del diritto del lavoro; ne sono significativa dimostrazione l'abbondante riflessione dottrinale sul tema nonché l'ormai diffusa elaborazione giurisprudenziale [2]. Senza assumere posizioni critiche nei confronti di entrambe, va messo in evidenza la variabilità di riferimenti normativi e di tecniche di tutela, ai quali si attinge nel momento in cui si accorda tutela al lavoratore che sia rimasto vittima di tale fenomeno, una volta individuato.

Si vuole, pertanto, tentare una qualche sistemazione della materia sotto i due profili richiamati, ai quali si ispira la scansione del presente contributo, sintetizzabile in tre interrogativi: il primo è quando ricorre il mobbing; il secondo, quali siano i riferimenti normativi; il terzo, quale tutela risarcitoria è accordabile a chi ne sia rimasto vittima.

Nel dare una risposta a questi quesiti, si finisce con l'impattare con una realtà quale quella del mobbing che è innanzitutto un fenomeno e, quindi, come tutte le realtà fenomeniche, è rinvenibile e osservabile nella società con strumenti "empirici" o quantomeno, estranei, in prima battuta, al mondo giuridico.

La particolarità del fenomeno in esame è evidente sin dall'etimologia del nome, mutuato addirittura dall'etologia per individuare il comportamento di alcune specie animali, consistente nel circondare minacciosamente un membro del gruppo al fine di allontanarlo dal gruppo stesso [3]. Trasposto nell'antropologia, il termine mobbing, dal verbo inglese "tomob" viene variamente tradotto nella lingua italiana con "fare ressa, affollarsi intorno a, assalire in massa o in modo tumultuoso, accerchiare, circondare, assediare, attaccare", laddove il sostantivo inglese individua la folla eccitata o in tumulto, la moltitudine disordinata.

Nell'ambito dell'organizzazione aziendale, il termine è associato propriamente alle diverse angherie e pratiche di vessazione, persecuzione, ritorsione e violenza psicologica messe in atto deliberatamente e ripetutamente nel tempo dal datore di lavoro o dai superiori, ma anche da colleghi di pari livello o subalterni, nei confronti di un soggetto designato, tali da porlo in una condizione di estremo disagio caratterizzata da isolamento e terrore psicologico, che può danneggiare l'equilibrio psico-fisico del soggetto anche fino a comprometterlo gravemente.

Orbene, a parte l'analisi del dato fenomenico calata nell'esperienza giurisprudenziale, che sarà oggetto di un'apposita sezione del presente contributo, ciò che preme rilevare è lo sforzo di comprendere il mobbing in una categoria giuridica onde definire normativamente la questione e tentare di apprestare una tutela contro di esso. Si è resa opportuna all'uopo una disamina storico-sistematica degli strumenti elaborati dal legislatore per tutelare il lavoratore rispetto al potere datoriale per verificare, soprattutto sotto il profilo metodologico, se tra questi ce ne siano alcuni utilizzabili per la materia in oggetto.

Quest'ultima, infatti, è caratterizzata da una molteplicità di possibili eventi lesivi, che a volte molto difficilmente sono sussumibili in fattispecie giuridiche note, e non configurandosi come reati non sono perseguibili con gli strumenti tradizionali.

Occorre, in altri termini, analizzare entro quale istituto giuridico sia possibile sussumere la condotta datoriale lesiva della dignità e libertà del lavoratore che, per così dire, sfugga a qualunque tipizzazione e quali strumenti di tutela esistano rispetto ad essa.

Ciò si rende necessario perché non c'è abitudine condita una previsione che giuridifichi il fenomeno; è, pertanto, dal sistema esistente che si deve attingere per tutelare il lavoratore sia subordinato che autonomo.

SEZIONE I – IL FONDAMENTO NORMATIVO DELLA TUTELA

1- TUTELA DELLAVORATORE E INVOCABILITÀ DELLE CLAUSOLE GENERALI

1.1- LA TUTELA SPECIALE DEL LAVORATORE SUBORDINATO

Tutta la disciplina del contratto di lavoro è pervasa dalla consapevolezza della asimmetria o disuguaglianza tra i due contraenti. È assunto storico che, attesa l'inferiorità tecnico funzionale del lavoratore rispetto al datore di lavoro, il legislatore si è preoccupato di intervenire a riequilibrare le posizioni contrattuali, donde il favor laboris come criterio guida per "supportare" il contraente debole.

Tale asimmetria permea e condiziona tutto il diritto del lavoro e caratterizza quest'ultimo rispetto al diritto civile. A cominciare dalla fonte costitutiva del rapporto di lavoro, il contratto, si rinvengono differenze sostanziali.

Nel diritto civile il contratto non solo è l'atto costitutivo del rapporto, ma è anche la fonte primaria del regolamento negoziale, tant'è che la parola contratto ha tradizionalmente un significato bivalente, indica sia l'accordo delle parti (art. 1321 c.c.), sia il rapporto giuridico che dall'accordo prende regola, per il quale - dispone l'art. 1372 c.c. - l'accordo ha forza di legge. Nel diritto del lavoro, invece, il contratto impegna la prestazione di lavoro, crea l'obbligazione di lavorare, ma non la governa: essa è regolata prevalentemente da fonti eteronome, (legge e contratto collettivo). Il rapporto di lavoro nasce dal contratto ma non si identifica con esso.

Premessa, quindi, l'eteronomia della disciplina del contratto di lavoro, si possono osservare varie tecniche normative volte a comprimere e limitare la sfera datoriale, come ambito di espressione di un potere privato.

A) Una prima forma è rinvenibile nella tutela antidiscriminatoria, affidata a diverse norme (si possono richiamare gli articoli 4 L. 604/1966, 15 e 16 dello Statuto dei Lavoratori, 3 della L. 108/1990, nonché le leggi n. 903/1977 e n. 125/1991 sulla protezione del lavoro femminile).

Si tratta di una fattispecie che ha registrato significative evoluzioni, ma che è rimasta ancorata ad una tipizzazione dei motivi (che non significa necessariamente tassatività) o più correttamente, aderendo alla concezione "oggettiva" di atto discriminatorio, dei fattori di ingiusta discriminazione. L'affermarsi di un'accezione "oggettiva" di discriminazione, avente riguardo non ai moventi soggettivi dell'agente ma alla lesione del bene tutelato, ha, d'altra parte, allontanato questa normativa sia strutturalmente che funzionalmente, da quella dell'art. 1345 c.c. (motivo illecito), che rimane invocabile in ipotesi residuali, come quella del licenziamento intimato per ritorsione contro un'azione giudiziaria intentata dal lavoratore.

B) Un secondo filone normativo è quello connesso a fattispecie in cui la legittimità dell'esercizio di alcuni poteri datoriali è subordinata alla sussistenza di una giustificazione. Il riferimento è anzitutto al licenziamento [4], sia individuale (artt. 1 e 3 della L. 604/1966) sia collettivo (art. 24 L. 223/1991). Un altro esempio significativo è quello del trasferimento del lavoratore da una unità produttiva ad un'altra, che dopo la novella dell'art. 2103 c.c., ad opera dell'art. 13 Stat.lav., può essere disposto soltanto "per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive".

In una posizione differenziata si colloca, invece, la disciplina delle mansioni (v. ancora l'art. 2103 c.c.), che possono essere variate dal datore di lavoro soltanto a condizione di rispettare la professionalità acquisita dal lavoratore; è stata qui impiegata una tecnica più rigida, ancorata al concetto di "equivalenza professionale", le cui maglie sono state allargate dalla più recente evoluzione normativa e giurisprudenziale solo a fronte di particolari situazioni (v. ad es. il demansionamento, legittimo, della lavoratrice madre, del lavoratore eccedentario e del disabile).

C) Una tecnica limitativa più recente è quella della procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali [5]. Essa consiste nella previsione di limiti procedimentali al valido esercizio del potere, che si sostanziano in diritti di controllo, variamente calibrati dal punto di vista

contenutistico, attribuiti alle organizzazioni sindacali e/o agli organismi di rappresentanza dei lavoratori nell'impresa. L'incidenza limitativa è quindi meramente indiretta, giacché il nucleo sostanziale del potere non viene intaccato ma semplicemente sottoposto, nel momento del suo esercizio, ad una serie di obblighi strumentali di natura procedurale, che hanno lo scopo di far sì che venga tenuto adeguatamente conto degli interessi dei potenziali destinatari dell'atto, e, segnatamente della possibilità di adozione di soluzioni alternative. L'esempio più importante di questo modello di tutela è offerto dal licenziamento collettivo, per il quale la L. 223/1991 ha finalmente predisposto, sulla falsa riga delle esperienze europee e dei dettami della normativa comunitaria, una moderna e sofisticata rete procedurale, particolarmente incisiva anche dal punto di vista sanzionatorio, in quanto qualsiasi violazione della procedura va immediatamente ripercuotersi sulla legittimità di ciascun atto di recesso. Lo stesso dicasi per la coeva disciplina in tema di trasferimento d'azienda ex art. 47, L. n. 428/90, come recentemente modificato dal d.lgs. n. 18/2001.

1.2- L'ABUSO DEL DIRITTO

Dalla disamina, appena accennata, si evince che il diffondersi di previsioni normative volte alla limitazione del potere datoriale ha comportato lo scarso utilizzo, anche teorico, della categoria giuridica dello "abuso del diritto". Non meraviglia, pertanto, che proprio nel diritto del lavoro, questa categoria giuridica abbia trovato uno sviluppo limitato.

Se è vero che "dove comincia l'abuso, finisce il diritto", è altrettanto indubbio che quanto più l'ordinamento si spende sul terreno della limitazione delle principali posizioni di potere negoziale, tanto meno si manifestano tendenze rivolte alla rivitalizzazione della concezione dell'abuso [6]. Anche un diritto così poco simpatetico verso l'autonomia negoziale individuale, come il diritto del lavoro, rischierebbe una crisi da sovraccarico regolativo (a danno dell'imprenditore) ove si affiancasse, ai limiti già previsti da disposizioni espresse di legge o di contratto collettivo, quell'ulteriore "mina vagante" rappresentata da un principio che consentisse di ritenere illeciti, sulla base di criteri non meglio identificati, comportamenti astrattamente conformi a diritto, in quanto rispondenti al regime positivo di un dato istituto [7].

La categoria giuridica dell'abuso del diritto, oltre ad essere, per così dire, residuale nell'ambito del diritto del lavoro per la intrinseca rigidità di quest'ultimo, pone irrisolti problemi di delimitazione del contenuto della categoria medesima.

Non vi è dubbio che il diritto del lavoro rappresentasse potenzialmente, un terreno ideale di sperimentazione per la teoria dell'abuso del diritto, dal momento che il diritto del lavoro nasce proprio dall'esigenza di riequilibrare strutturalmente una situazione di sostanziale disparità negoziale.

Si era pertanto, portati a ritenere che vi fosse sintonia tra tale diritto ed una teoria concepita per temperare il principio individualistico dell'assoluta sovranità del privato [8].

Si consideri, sul punto, che nei primi decenni di sviluppo del principio suddetto, dalla codificazione del '42 sino alla seconda metà degli anni '60, il rapporto di lavoro ha continuato ad essere caratterizzato da poteri e/o diritti potestativi assolutamente liberi ed insindacabili, che la concezione dell'abuso avrebbe potuto intaccare.

Lo sviluppo della teoria rispetto al rapporto di lavoro non si è verificata soprattutto perché i tentativi di erodere il potere datoriale, pur rifacendosi all'abuso come orizzonte generale, si erano concentrati, al fine di individuare correttivi al principio ultraliberale recato dall'art. 2118 c.c., sull'estensione ai negozi unilaterali della nullità del contratto per illiceità del motivo determinante, nonché sull'assunto della diretta precettività di norme di principio, come quelle degli artt. 4 e 41, co. 2, della Carta Costituzionale.

A frenare lo sviluppo della teoria dell'abuso del diritto ha contribuito la diffidenza a concepire un principio generale siffatto, avente forza di regola iuris, ed operante al di là degli ambiti

specifici dell'art. 833 c.c., in tema di proprietà, e dei principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1173, 1337, 1366, 1375 c.c, in tema di obbligazioni e contratti e, una sorta di resistenza ideologica ad assegnare al principio una valenza autonoma ed ulteriore rispetto alle ipotesi di violazione della legge positiva [9].

In realtà, i meriti del principio dell'abuso del diritto si possono osservare sia sul piano storico sia su quello della teoria generale del diritto.

Infatti, dal punto di vista storico, esso rappresenta, in una mirabile sintesi, il senso profondo di una tendenza evolutiva degli ordinamenti giuridici continentali all'erosione della sfera di libertà e di diritti soggettivi e dei diritti potestativi in particolar modo, e di conseguenza, al controllo giudiziale degli atti dei privati.

Ancora, sul piano della teoria generale, si deve osservare il riconoscimento pieno dell'abuso. Infatti, il nucleo originario attorno al quale è sorto e si è sviluppato il concetto di abuso, e cioè il diritto di proprietà, permea di sé tutto il contenuto di esso e le sue successive applicazioni. Rispetto alla assolutezza del diritto di proprietà, l'abuso ne rappresenta il limite; per questo motivo, il potere, la signoria, si può configurare solo nella forma prevista dalla legge. È legittimo ciò che il diritto consente e tale ambito costituisce sia il limite che la sfera di competenza del diritto stesso. Per contro, ciò che non è espressamente previsto come legittimo e lecito, è vietato.

Il potere è sottoposto ad un regime binario permesso-vietato, lecito-illecito.

Nella visione della "legittimazione", infatti, la logica del potere segue una legge di inclusione-esclusione: affermare, cioè, che è permesso o non è impedito solo l'esercizio di facoltà che rientrano nell'ambito conformato e riconosciuto di una sfera di competenza; e, al contempo, affermare che non è permesso o è impedito l'esercizio di facoltà che siano oggetto di un divieto espressamente contemplato. Indi, la logica della soppressione sviluppa l'idea che è "normale" solo ciò che a priori è dato o configurato.

Per il pensiero giuridico della tradizione romanistica, la relazione di dominio assunta nella forma della proprietà, come diritto anche di abusare della cosa propria fino a che ciò sia tollerato dall'ordinamento, costituisce dunque lo schema fondamentale delle varie forme di legittimazione dell'azione giuridicamente rilevante [10].

È evidente che trasponendo le stesse conclusioni nel diritto del lavoro, che, come vedremo in seguito (infra), si caratterizza per la regolamentazione dei poteri datoriali, almeno di alcuni, si debba svuotare oltremodo l'utilizzo della categoria giuridica dell'abuso con la conseguenza che tutto quanto non venga esplicitamente proibito e inibito al datore di lavoro, è a lui consentito. In realtà il concetto stesso di potere ha subito un'evoluzione di notevole portata.

Si affaccia, pertanto, una nuova immagine del potere, una concezione moderna, appunto. Il diritto non è più soltanto nel divieto, nella legge che prescrive un ordine preventivamente teso ad escludere competenze non legittimate dalla tecnica usuale dell'attribuzione di un diritto soggettivo. Quest'ordine privilegia l'azione intesa come mezzo di tutela delle competenze "legittimate". Compare una nuova logica del potere. Non si mette in dubbio che il potere debba esercitarsi nella forma del diritto. Pertanto, nel pensiero e nell'analisi giuridica, la critica si fa ancora sulla base del postulato che il potere, per sua essenza, si esprime pur sempre in forme di principi che giustificano l'azione.

Ma nelle analisi contemporanee ha preso posto una nuova concezione del potere. L'idea del potere essenzialmente centrato sul comando e sull'osservanza di contenuti e limiti fissati a priori è assolutamente estranea ai nuovi procedimenti di potere. Questi funzionano, infatti, creando omogeneità e normalizzazione, anziché distinzioni ed esclusioni; di conseguenza si esprimono in strategie che assumono la forma del controllo, attraverso tecniche molto più complesse del semplice effetto di "divieto."

Accanto allo schema del divieto come limite ai diritti soggettivi, si pongono altre forme del controllo dell'azione riconosciuta e dei limiti della libertà d'azione.

Come è naturale, l'evoluzione è lenta, anche se visibile, costretta in formule che fanno coesistere il pensiero e l'ideologia dei diritti soggettivi accanto ai presupposti di una funzionalità oggettiva incentrata su regole d'azione. La linea, in breve, è contrassegnata da alcune fasi fondamentali, che mettono in luce due relazioni essenziali nelle quali il concetto di potere assume un doppio ruolo: da una parte continua ad essere utilizzato come mezzo per spiegare le nuove esigenze della realtà; dall'altra, le situazioni di potere interessano ancora come condizioni costitutive di sfere soggettive. Le due relazioni che si formano, perciò, dietro lo schermo del concetto di potere producono, rispettivamente le seguenti conseguenze: 1) un'apertura ai valori sociali e umani espressi dalle istanze solidaristiche, che trovano la loro naturale sede normativa in più disposizioni del testo costituzionale; 2) una valutazione dello scopo del riconoscimento del diritto, partendo dal presupposto che il diritto deve esercitarsi secondo lo scopo per cui è stato riconosciuto e non in contrasto. Quindi, il concetto di potere conserva, dalla sua origine, il senso di un concetto fondamentale ai fini della legittimazione dell'azione, che gli assicura un potenziale critico-razionale nell'analisi dell'azione dei soggetti e delle sue sfere di delimitazione. Ma viene impiegato in modo funzionalistico e pragmatico, per renderlo compatibile con valutazioni di stampo non soggettivistico (ad esempio, con la funzione di regole organizzative come sono le istanze di socialità, di solidarietà e, in questo ambito, di buona fede). Si assiste, pertanto, a livello applicativo, allo spostamento della generica libertà d'azione verso la considerazione della finalità normativamente rilevante (ratio), cui deve essere indirizzato l'esercizio del diritto [11]. E tale passaggio è ancora più evidente se lo si applica ai diritti obbligatori, in cui il rapporto debitore-creditore, la dualità, nel contratto di lavoro in particolare data dalla polarizzazione datore-lavoratore, costituisce, esso stesso, il limite all'esercizio del diritto di entrambe le parti. Se, infatti, per quanto riguarda i diritti assoluti di cui la proprietà è quello per eccellenza, il rapporto con la res trova il suo limite negli atti d'emulazione (art. 833 c.c.), i diritti relativi hanno una conformazione diversa e per esempio il mobbing può rappresentare l'applicazione di quel concetto di limite funzionale al potere datoriale di cui si è parlato sopra.

Diventa, a questo punto, essenziale la valutazione della condotta datoriale e la verifica di quanto rientri nel legittimo esercizio dei poteri del datore (esercizio del diritto) e quanto da questo "debordi" e sia illegittimo (abuso del diritto).

1.3- LE CLAUSOLE GENERALI DI CORRETTEZZA E BUONA FEDE

Perché la categoria dell'abuso del diritto non rimanga astratta, e per valutare la legittimità della condotta datoriale onde verificare il limite tra uso e abuso del diritto del datore, si possono richiamare gli strumenti che tradizionalmente sono stati utilizzati nel diritto del lavoro soprattutto per introdurre nuovi vincoli ai poteri imprenditoriali, in zone della materia che erano state lasciate scoperte dalla normativa positiva.

Lo strumento principale impiegato a tale scopo è rappresentato dalla valorizzazione delle clausole generali di correttezza e buona fede [12], come fonte di obblighi integrativi del regolamento negoziale, e non soltanto come criteri di valutazione del buon adempimento, grazie al quale sono stati recuperati al controllo giudiziale atti ritenuti per tradizione insindacabili, come le promozioni a scelta (soprattutto nel settore bancario) ed i trasferimenti a domanda.

E' opportuno precisare, che le opzioni teoriche che si sono confrontate a proposito della clausola generale di buona fede sono sostanzialmente due; secondo la prima, la buona fede è fonte di integrazione del contratto [13]; l'altra considera detta clausola come criterio di verifica della correttezza dell'adempimento" [14].

L'art. 1175 c.c. impone a ciascun contraente di comportarsi in modo da non ledere l'interesse dell'altro oltre i limiti della legittima tutela dell'interesse proprio. Il principio di correttezza e buona fede, il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo dell'interesse del creditore", operando, quindi, come un criterio di reciprocità, una volta collocato nel quadro di valori introdotti dalla Costituzione, deve essere inteso come una

specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 Cost. [15]. La rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra parte, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali e da quanto espressamente stabilito dalle singole disposizioni di legge.

In particolare, nel rapporto di lavoro è rintracciabile in capo al datore di lavoro l'esercizio di un potere privato e discrezionale. E' assunto indubitabile sul punto che la parte è tenuta secondo buona fede ad esercitare i suoi poteri discrezionali in modo da salvaguardare l'utilità della controparte compatibilmente con il proprio interesse o con l'interesse per il quale il potere è stato conferito[16].

1.4- L'APPLICAZIONE DELLE CLAUSOLE GENERALI NELL'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DEL LAVORO

Per capire la portata che il concetto di buona fede ha avuto nella scienza giuridica e nella pratica del diritto, occorre avere una visione diacronica che consente, pertanto, di cogliere, unitamente alla dimensione dogmatico-concettuale del principio, le differenti "condizioni d'uso" della buona fede oggettiva [17], vale a dire i suoi concreti modelli operativi, variabili a seconda delle mutevoli politiche applicative e interpretative cui il principio di buona fede è sottoposto[18].

Alle origini del diritto del lavoro, quando il rapporto di lavoro era inquadrato nel *genus locativo*, rientrando quindi nei *negotia bonae fidei*, la "buona fede" ha assolto ad una funzione integrativa della normativa assicurando l'equità delle posizioni contrattuali. Ed è proprio da tale principio che si è ricavato l'obbligo per il datore di assicurare una tutela forte nei confronti della persona del lavoratore.

Nel periodo post-corporativo, invece, la clausola ha avuto il compito di arricchire, per così dire, le previsioni legali e contrattuali esistenti, anche se si è assistito in questa fase all'utilizzazione unilaterale del principio onde gravare il prestatore di ulteriori doveri come quello di custodia e di preparazione all'adempimento.

Le motivazioni di siffatta utilizzazione sono intrinseci alla concezione squisitamente fiduciaria e personalistica del rapporto di lavoro che giustifica la richiesta al lavoratore di "collaborare fedelmente".

Stante l'implicazione della persona del lavoratore, il limite dell'apprezzabile sacrificio che presiede a delimitare l'impegno richiesto *ex fide bona*, non consente di modificare l'ampiezza o la consistenza dell'obbligazione assunta dal lavoratore; anzi, il limite dell'apprezzamento del sacrificio dovrà necessariamente arretrare al cospetto di un patrimonio personale incompressibile, costituzionalmente tutelato e preminente rispetto alle esigenze aziendali cui la "fedeltà" appare funzionale.

L'ulteriore sviluppo della clausola di buona fede vede focalizzarsi il suo uso intorno al potere direttivo ed organizzativo del datore di lavoro.

Il principio, pertanto, diventa il limite del potere imprenditoriale esercitato sia rispetto all'altro contraente nello svolgimento del rapporto di lavoro, sia nelle scelte prettamente organizzative e gestionali nel proprio ambito produttivo.

In questo caso, il principio della buona fede assume la funzione di controllo distinto ed autonomo, *id est* ulteriore rispetto alle altre disposizioni; dall'altro lato, esso agisce, in mancanza delle stesse, a tutela dei soggetti sottoposti alle posizioni di potere privato..

Quindi, attraverso l'impiego della buona fede, nell'ambito del diritto del lavoro, si verifica la congruità del comportamento dei contraenti, rispetto al programma negoziale, ma si valuta, anche, il rispetto che ciascun contraente ha avuto della sfera giuridica altrui.

Per il lavoratore, si tratterà di non "impattare" in modo diatonico con il contesto produttivo ed organizzativo; il datore, per contro, dovrà, organizzare e dirigere preservando l'integrità della persona del lavoratore.

Tale principio è stato fatto proprio dalla giurisprudenza [19] che rinviene un vero e proprio principio di parità di trattamento nel rapporto di lavoro tale da caratterizzare le condotte dei contraenti e dalla cui violazione deriverebbe la violazione degli obblighi di buona fede, onde la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni derivati.

La giurisprudenza, però, non trae da ciò, l'esistenza di obbligazioni autonome in capo al datore di lavoro, utilizzando le clausole di buona fede come richiamo ad un generico comportamento che il datore deve tenere.

In realtà, la funzione precipua della buona fede è proprio quella di generare obblighi integrativi o accessori del regolamento contrattuale, diretti, quindi, ad arricchire il contenuto dell'obbligazione, riequilibrando, in tal modo, la dimensione mercantile del rapporto obbligatorio a favore di quella "sociale" e di governo della discrezionalità privata.

A questo punto, è possibile condurre la valutazione della condotta datoriale attraverso i due parametri della "proporzionalità" e della "giustificazione" nell'uso del potere.

La proporzionalità significa adeguatezza tra la misura adottata e lo scopo cui essa è rivolta; o ancora, coerenza fra le scelte imprenditoriali e le finalità specifiche cui le stesse sono preordinate. La prossimità con la teoria dell'abuso del diritto è qui evidente.

Ma l'esigenza di proporzionalità può tradursi, in un'accezione più pregnante, in criterio giuridico di ponderazione degli interessi e di riequilibrio di posizioni soggettive sperequate. In questo senso la proporzionalità esige adeguatezza e ragionevolezza nell'uso del potere. Vengono così in considerazione quei comportamenti che pur non ascrivibili "classicamente" alle obbligazioni gravanti sul datore di lavoro, tendono a preservare, in un'ottica di solidarietà sociale, tutta la sfera del lavoratore comprendendo, in essa, evidentemente, interessi e posizioni che altrimenti difficilmente raggiungerebbero la "soglia" della rilevanza giuridica.

Si vuol dire, in altri termini, che la buona fede non solo assurge a parametro valutativo della condotta dei contraenti, e in particolar modo per ciò che in questo caso più interessa, del datore di lavoro, ma permette di stigmatizzare la lesività di condotte altrimenti considerate inoffensive, arginando, in qualche modo, il potere imprenditoriale.

Diventano, pertanto, "indagabili" le scelte in materia di potere disciplinare e di promozioni.

Con riguardo al primo è stato affermato che non basta il rispetto delle forme procedurali stabilite dalla legge (art. 7 Stat. Lav.) o dalla contrattazione collettiva e l'applicazione del criterio della proporzionalità (art. 2106 c.c.), ma occorre anche l'osservanza delle regole di correttezza secondo il principio generale di cui all'art. 1175 cc.. Ora, l'osservanza delle regole di correttezza nell'esercizio del potere disciplinare vuol dire, appunto, che non bisogna abusare del potere per sacrificare la posizione del dipendente oltre quanto sia richiesto dall'infrazione commessa [20]. Gli estremi di un esercizio del potere non conforme alle regole di correttezza possono riscontrarsi, ad es., quando nei confronti di un dipendente venga adottato un criterio di massima severità generalmente non adottato rispetto agli altri, o quando la sanzione sia applicata con modalità tali da renderla moralmente più penosa o da screditare il dipendente, sia pure nel solo ambiente di lavoro [21].

Con riguardo alla materia delle promozioni, le nomine a posti di particolare importanza e responsabilità richiedono un potere largamente discrezionale, che deve comunque essere esercitato con l'osservanza delle regole di correttezza. In relazione all'obbligo di correttezza, l'esercizio del potere si presta ad essere sindacato quando la promozione venga rifiutata in base a motivazioni false o irrilevanti o quando la scelta tra più aspiranti disattenda i criteri in base ai quali il datore di lavoro dichiara di voler procedere.

L'operatività delle regole di correttezza ex art. 1175 c.c. è stata richiamata da una certa giurisprudenza anche all'interno delle relazioni sindacali, tutelate dall'art. 28 Stat. lav.. La fattispecie riguardava il mancato coinvolgimento all'interno di una procedura di mobilità di un'organizzazione sindacale che aveva perso, a seguito del referendum abrogativo del 1995, la rappresentatività ex art. 19 lett. b), L. n. 300/70. Tale comportamento era stato riconosciuto come antisindacale in quanto violativo del canone della correttezza ex art. 1175 c.c., esteso oltre l'ambito della disciplina dei contratti all'interno delle relazioni sindacali [22].

1.5- IL CANONE DELLA "RAGIONEVOLEZZA"

La pertinenza del discorso appena condotto è percepibile laddove si ponga mente al fatto che la doglianza che spesso si rivolge al comportamento del datore di lavoro è quella dell'arbitrarietà, intesa nel senso di condotta avulsa da qualsiasi motivazione, disancorata da parametri certi onde la possibilità che si percepisca come discriminatoria. A ben guardare, la disparità che il lavoratore può lamentare nell'agire della controparte datoriale, costituisce uno dei terreni più impervi in cui è facile "scivolare", tentati o da eccessive preoccupazioni garantiste volte a restringere il più possibile i margini di libertà del datore, o mossi, al contrario, da intenti di protezione della sfera di libera iniziativa privata (art. 41 Cost.).

Corollario delle considerazioni suesposte è che inevitabilmente anche in ambito squisitamente privatistico, quale è quello del rapporto di lavoro, emergono beni costituzionalmente tutelati facenti capo ad entrambi i soggetti coinvolti. Conseguentemente, è possibile "esportare" anche nel rapporto di lavoro, come ormai avviene per tutti i rapporti privatistici, la ponderazione degli interessi contrapposti propria dell'ambito pubblicistico. Di qui, l'inopportunità di integrazioni degli obblighi contrattuali che onerino eccessivamente le parti le cui obbligazioni dedotte in contratto sono, molto spesso, già sufficientemente disciplinate, vincolate e sanzionate nel caso di inadempimento.

Emerge con evidenza, comunque, un ulteriore parametro di valutazione della condotta dei contraenti e in particolare del datore di lavoro e cioè quello di ragionevolezza.

Infatti, specie in giurisprudenza, si è assistito ad una sostanziale identificazione funzionale fra le clausole generali e il principio della parità di trattamento, tradizionalmente ritenuto non acquisito dall'ordinamento positivo (per l'inesistenza di norme che vadano al di là della previsione di specifici divieti di discriminazione, nonché per l'inattitudine del principio costituzionale di uguaglianza a calarsi, con piena operatività di effetti, nella realtà dei rapporti interprivati). In sostanza, il principio della buona fede oggettiva è servito alla giurisprudenza per assoggettare il potere imprenditoriale, ove non altrimenti vincolato, ad un dovere di imparzialità e ragionevolezza. Ad esempio la Cassazione ha statuito ex art. 1175 c.c. che anche nell'ipotesi di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro deve osservare i criteri di scelta previsti per i licenziamenti collettivi, determinandosi altrimenti un'illeceità dell'atto risolutorio [23]. Sin qui, peraltro, il dovere di imparzialità era stato "ragionevolmente" circoscritto nell'ambito di limiti di natura strumentale, aventi ad oggetto meri oneri di esternazione, e se del caso di prova, dei motivi (in senso oggettivo) degli atti sottoposti a controllo.

Queste aperture indirette verso il principio paritario hanno, probabilmente, preparato il terreno per quell'improvvisa escalation del quadro giurisprudenziale che è stata innescata dalla sent. n. 103 del 1989 della Corte Costituzionale, la quale ha ritenuto che una regola imperativa di parità sia direttamente deducibile dal dettato costituzionale; non, però, dagli artt. 3 e soprattutto 36 Cost., che alcuni autori avevano cercato in passato di valorizzare a tal fine [24], bensì dall'art. 41 co. 2 Cost., secondo cui l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con la "dignità umana". Da tale principio deriverebbe, secondo la Corte, che "il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con l'ordinamento", per cui "sono tollerabili disparità e differenziazioni di trattamento, sempre che siano giustificate e comunque ragionevoli".

Di avviso contrario è stata, poi, la Corte di Cassazione che con una serie di pronunce, non solo ha affermato l'inesistenza di una regola di parità e ha criticato un certo impiego massimalistico

delle clausole generali, ma ha radicalmente negato l'attitudine delle stesse adoperare come fonte di obblighi integrativi del regolamento contrattuale [25].

Può, ora, rassegnarsi una prima conclusione

La disamina effettuata dimesso in evidenza l'interrelazione tra le clausole generali e la categoria dell'abuso del diritto. Se infatti, si propende per il principio della legalità, come fa la Cassazione, e dell'imprescindibilità di una mediazione legislativa dei valori costituzionali, si restringe la possibilità di fare ricorso all'abuso del diritto; a quest'ultimo, viceversa, può farsi ricorso se si parte dalla necessità di arginare il potere imprenditoriale affinché questo non venga esercitato in modo arbitrario [26]. Lo spazio naturale di riferimento concettuale e di operatività dell'abuso nei rapporti obbligatori è uno spazio individualistico, o più esattamente interindividuale. L'abuso si inserisce nelle situazioni di supremazia negoziale, al fine di correggerle e temperarle in un senso che suona come ripristino di un'effettiva parità negoziale. Ma allora all'utilizzabilità di tale categoria potrebbe obiettarsi che il diritto del lavoro, su questo terreno, è già abbastanza coperto di garanzie, in forza dell'azione congiunta di legge e contrattazione collettiva.

2 - LA TEORIA DELLA "CONGRUENZA CAUSALE" DEI POTERI IMPRENDITORIALI

La valutazione degli atti compiuti dal datore di lavoro nell'ambito dell'esercizio dei propri poteri, può essere condotta sulla scorta delle clausole, di portata generale, di correttezza e buona fede, ma anche attraverso la verifica della congruenza causale dell'esercizio dei poteri dell'imprenditore. Tale teoria, di matrice giurisprudenziale, ha fatto il suo ingresso nei primi anni '80 per censurare alcuni comportamenti datoriali in materia di concorsi, di assunzione o promozione nell'ambito di enti pubblici economici, di licenziamento [27] etc.

Si è trattato, in questi casi, di valutare la corrispondenza dell'atto alla funzione assegnatagli dall'ordinamento.

E' evidente che il principio in questione riecheggia gli istituti pubblicistici dell'eccesso e sviamento di potere e ciò, ha comportato le critiche della dottrina che ha contestato la trasposizione degli stessi nell'ambito privatistico.

In realtà, proprio partendo dall'istituto dell'abuso del diritto, si è arrivati alla formulazione di un principio di adeguatezza causale che ha portato alla configurazione degli atti datoriali da astratti a "causali" [28]. E ciò inevitabilmente comporta che intanto gli atti del datore sono legittimi nella misura in cui siano dotati di una sufficiente adeguatezza rispetto al fine.

Questo principio ha una portata notevole perché ammette una sorta di controllo e censura per quei comportamenti altrimenti "incontrollabili" e "incontrollati".

Sulla scorta di questo ragionamento, si arriva ad affermare che le limitazioni ai poteri dell'imprenditore, molto diffuse, non sono rimaste esterne al contratto, ma sono arrivate, dall'interno, ad incidere sulla sua struttura obbligatoria e sono, in quanto tali, suscettibili di un sindacato giudiziale [29].

Tuttavia, va sottolineato che ammettere un sindacato degli atti datoriali, sulla scorta di un vaglio di adeguatezza causale tale per cui essi si bipartirebbero in causali e astratti, non tiene in debito conto che ciascun atto datoriale è dotato di una propria tipicità. E, quest'ultima non rileva ai fini di una valutazione, per così dire, assiologica o del "dover essere", rilevando, essa, esclusivamente dal punto di vista dell'essere giuridico.

La valutazione di merito può, pertanto, riguardare i motivi oggettivi dei singoli atti, essi, comunque, sindacabili.

Premessa, quindi, la funzione interpretativa delle clausole di buona fede, e di quella "sussidiaria" del principio dell'abuso, e ribadita la preoccupazione da una parte, di assicurare un controllo di quegli atti che sfuggono alle maglie dell'obbligazione del datore di lavoro e, d'altra parte, di non onerare eccessivamente quest'ultimo di obblighi sfumati e non definiti e definibili, sarebbe interessante entrare nella causalità del contratto per verificare la lesività o meno della condotta.

3 - LA TUTELA DELLA DIGNITA' MORALE E DELLA LIBERTA' PERSONALE DEL LAVORATORE SUBORDINATO

A diverse conclusioni può pervenirsi percorrendo la strada che tenga conto della tutela della dignità morale e della libertà personale del lavoratore subordinato.

Se è pur vero che il diritto del lavoro costituisce materia in cui il potere privato del datore di lavoro subisce una serie di limitazioni ex lege o ex contractu, è pur vero che tali vincoli non possono essere considerati come "risolutivi" dell'asimmetria contrattuale tra lavoratore e datore. E' infatti coesistente alla posizione del datore di lavoro la superiorità tecnico-funzionale da cui promana la titolarità di un potere privato il cui esercizio non può essere sottratto ad una misurazione e valutazione alla luce dei canoni classici di correttezza e buona fede ex art. 1175c.c. Tutto quanto travalichi i limiti del legittimo esercizio del diritto a latere dato ricostituisce abuso del diritto e lesione della sfera privata del lavoratore al quale, pertanto, non può essere sottratta la possibilità di "difendersi" nell'ambito di un rapporto ontologicamente "vulnerato"[30].

L'intima consapevolezza di ciò è alla base di gran parte della c.d. legislazione sociale che ha via via integrato la normativa del Codice civile in materia.

Ma ancor più, la disciplina codicistica è stata integrata dalle norme dello Statuto dei Lavoratori (spec. artt. 1-13) le quali, perseguendo l'obiettivo di tutelare la libertà e la dignità del lavoratore, hanno introdotto una serie di limiti, più o meno penetranti, all'esercizio dei poteri datoriali, pur lasciando immutata la struttura formale degli stessi e perciò il quadro sistematico delineato nel Codice Civile.

Si consideri anche l'art. 28 Stat. lav. che appresta uno strumento processuale specifico per il soggetto sindacale nel caso in cui il datore di lavoro "ponga in essere comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero", cioè due diritti costituzionalmente tutelati dalla Costituzione, (artt. 39 e 40 Cost).

La stessa tipologia di azione, a difesa di un diritto costituzionalmente garantito, è prevista dall'art. 15 L. 903/1977 nel caso in cui venga posto in essere "un qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando anche in via indiretta i lavoratori in ragione del sesso ... o ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa".

Un altro esempio si rinviene, ancora, nell'art. 42 L. 40/1998, a tutela dell'immigrazione, che prevede un'azione speciale, definita appunto, "azione civile contro la discriminazione". La condotta stigmatizzata dalla disposizione normativa suddetta si verifica "quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi". In questo caso, il giudizio ordinario che segue, necessariamente, la fase sommaria, potrà avere ad oggetto, oltre ai provvedimenti sommari emessi, la condanna del "convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale".

Tutti gli esempi soprarichiamati evidenziano una particolare tecnica normativa, in ambito lavoristico, volta all'individuazione di condotte lesive di diritti di rango costituzionale, apprestando, in tal modo, una tutela molto pregnante, al punto da essere "anticipata" al momento dell'esposizione al pregiudizio. In altri termini, si ritiene di scorgere in queste fattispecie, delle ipotesi in cui il concetto di danno è in re ipsa, per il solo fatto di aver esposto il soggetto tutelato al rischio del danno stesso. Si potrebbe pensare, a questo punto, di far ricorso a questi esempi per definire i margini di tutela nel caso di mobbing, e, ancor prima, i confini del concetto di danno.

Fermo restando questo quadro, si può dire che lo Statuto ha notevolmente ristrette le facoltà attribuite all'imprenditore per controllare e, quindi, punire il lavoratore che disattende le disposizioni impartite. E' così stato modificato l'assetto dei poteri previsto dal Codice, depotenziando l'autorità del datore di lavoro come capo dell'impresa.

Seguendo questa prospettiva, si può affermare, anticipando quanto si andrà sviluppando in seguito, che lo Statuto dei Lavoratori, ed, in particolare, gli artt. 1-6 posti a tutela della dignità morale e della libertà della persona del lavoratore, sia l'antesignano della tutela per il danno da mobbing.

Alla luce di quanto si è argomentato, anche l'art. 2087 c.c. assume un valore ancora più pregnante di quanto già non gli fosse riconosciuto.

La formulazione dell'art. 2087, infatti, è tale che ad esso si può condurre non solo il generale principio del *neminem laedere*, ma altresì ogni elemento che includa l'obbligo del datore di lavoro di comportarsi nei riguardi dell'altra parte secondo il generale dovere di correttezza di cui all'art. 1175 c.c. [31].

La prospettiva dell'inquadramento nell'art. 2087 c.c. della responsabilità datoriale rende realizzabile, inoltre, la protezione dei beni attinenti alla personalità dell'individuo, i quali difficilmente possono essere ricompresi tra i beni della vita cui fanno riferimento le tradizionali nozioni di danno patrimoniale o danno alla salute.

In questo modo, siffatta prospettiva si configura particolarmente adeguata alle più diverse e sottilmente sfumate ipotesi di vessazione sul lavoro catalogabili come mobbing. Infatti, il carattere generale, ma non generico, dell'art. 2087 c.c. consente di sanzionare comportamenti non tipizzati, destinati a ledere la sfera psichica della persona e di ricostruire in una prospettiva unitaria comportamenti altrimenti già sanzionati da singole norme [32]. L'utilizzo siffatto della disciplina codicistica è consentito dal carattere "personalistico" del diritto del lavoro che ha attuato una "correzione del modello antropologico del codice civile" [33] e ha allargato l'attenzione del legislatore civile, tradizionalmente concentrata sulla tutela dei patrimoni degli individui nei rapporti di scambio, sia verso i problemi della giustizia distributiva, sia verso i problemi della vita materiale e, progressivamente, di tutti i valori della persona. Pertanto, l'art. 2087 c.c. può essere considerato il prototipo del recepimento positivo dell'orientamento dottrinario che ha proposto la costruzione, nel diritto generale delle obbligazioni, della categoria dei doveri di protezione, fondata sull'art. 1175 c.c..

Tale lettura dell'art. 2087 c.c. potrebbe portare a soluzione il problema dell'esistenza o meno di un diritto del lavoratore a ricevere nel corso del rapporto un'adeguata formazione, il cui costo sia a carico del datore di lavoro, che lo tenga indenne dal rischio di desuetudine professionale. Da più parti si è ipotizzata l'inerenza alla causa del contratto di lavoro di un obbligo formativo in capo al datore di lavoro, ovviamente fuori della fattispecie del contratto, speciale, a contenuto formativo [34]. Sennonché, tale tentativo si infrange sulla difficoltà di reperire il referente normativo di siffatto obbligo [35]. Probabilmente, ha ragione Mario Napoli, che di questa teoria della formazione quale effetto naturale del contratto di lavoro, è stato il primo sostenitore [36], allorché riconduce la formazione professionale nella specie dei diritti della persona del lavoratore, deducendo l'obbligo in capo al datore di fornirla, da quello più generale del rispetto della personalità del lavoratore.

Oltre a quelli protetti dall'art. 2087 c.c., la L. 300/1970 ha esteso la tutela del contratto di lavoro ad altri interessi, inerenti alla sfera più intima della persona del lavoratore e riassunti nel concetto di "libertà e dignità del lavoratore". Essi sono rilevanti, come già detto (sopra), come limite, tecnicamente atteggiato in varia forma, del potere direttivo e di controllo dell'imprenditore. Le norme contenute nel titolo I dello Statuto dei lavoratori contribuiscono alla precisazione teoretica, mediante l'identificazione di una serie di figure concrete, della clausola generale elaborata dalla dottrina civilistica più recente sotto il nome di "diritto (generale) della personalità". L'incidenza e, più in generale l'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile risulta, a partire da quanto innanzidetto, evidente. Altrettanto evidente, però, emerge la necessità, quando si discute di rapporto di lavoro, di attingere al patrimonio civilistico esistente sia per codificare la realtà fenomenica, altrimenti disancorata da categorie certe, sia per evitare prese di posizioni ideologizzate e, quindi, aprioristiche. E' da considerare, infatti, a tal proposito che la dottrina del diritto del lavoro avverte sempre di più l'esigenza,

tipicamente civilistica, che la traduzione dei giudizi di valore in giudizi di dover essere proceda per la via, e sotto il controllo, di una corretta concettualizzazione sistematica.

Può quindi formularsi una seconda conclusione. La disamina teorica svolta può essere da ausilio nel tentativo di definire il fondamento e i limiti concettuali del mobbing. Se è vero, infatti, che la categoria giuridica nella quale sussumere i comportamenti "mobbizzanti" è verosimilmente quella dell'abuso del diritto e i parametri che soccorrono nella valutazione della condotta datoriale sono le clausole di correttezza e buona fede ed ancor prima, un generale principio di ragionevolezza, si deve altresì considerare che il mobbing più che residuale, può considerarsi categoria riassuntiva di tutti i comportamenti strumentalmente finalizzati all'illecito.

Si vuol dire che, in alcuni casi, il datore di lavoro o con comportamenti perfettamente conformi alla legge e quindi teoricamente privi di antigiuridicità, o con condotte socialmente riprovevoli ma prive di una sanzione giuridica o con comportamenti violativi di norme e già sanzionati autonomamente, può perseguire finalità "altre" e ulteriori, in genere identificabili con l'espulsione del lavoratore, spingendolo alle dimissioni (e ciò accade prevalentemente nell'impiego privato) ovvero con la sua emarginazione nell'ambiente di lavoro (è quanto accade prevalentemente nell'impiego pubblico) [37].

La ratio della tutela contro il mobbing è da rinvenire, pertanto, nella volontà di perseguire e punire quelle condotte che abbiano un quid pluris di antigiuridicità rispetto a quelle tipizzate o già ex se sanzionate dal legislatore o individuarne altre "atipiche" ma tutte ugualmente lesive della dignità della persona del lavoratore e volte alla realizzazione di finalità illecite. L'elemento persecutorio e intrinsecamente illecito del mobbing, cioè il quid pluris di offensività, giustifica, peraltro, il risarcimento del danno "ulteriore" (rispetto alla oggettiva vulnerazione del rapporto contrattuale) arrecato al lavoratore.

SEZIONE II – ILMOBBING NELL'ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE

1-PREMESSA

Individuati i possibili riferimenti normativi della tutela accordabile a chi rimanga vittima del fenomeno, si procede, ora, all'individuazione di quest'ultimo attingendo all'abbondante casistica giurisprudenziale.

Mutuato dall'etologia[38], come già detto, per applicarlo al campo delle relazioni umane dallo svedese Heinemann negli anni '70 (che lo utilizzò per definire i comportamenti violenti tra i bambini a scuola, oggi riconducibili al bullismo), applicato dal tedesco Leymann ai comportamenti degli adulti nel mondo del lavoro, studiato e diffuso in Italia dallo psicologo del lavoro Harald Ege, il mobbing è stato da quest'ultimo definito come una situazione lavorativa di conflittualità sistematica, persistente ed in costante progresso in cui una o più persone vengono fatte oggetto di azioni ad alto contenuto persecutorio da parte di uno o più aggressori in posizione superiore, inferiore o di parità, con lo scopo di causare alla vittima danni di vario tipo e gravità. Il mobbizzato si trova nella impossibilità di reagire adeguatamente a tali attacchi e a lungo andare accusa disturbi psicosomatici, relazionali e dell'umore che possono portare anche a invalidità psico-fisiche permanenti di vario genere e percentualizzazione [39].

Tale definizione comprende quelli che, secondo l'autore, sono i sette criteri fondamentali per l'individuazione della figura e cioè 1) l'ambiente lavorativo; 2) la frequenza; 3) la durata; 4) il tipo di azioni; 5) il dislivello tra gli antagonisti; 6) l'andamento a fasi successive; 7) l'intento persecutorio.

Analizzando il problema dal punto di vista gius-lavoristico, si rileva che per le condotte che trovano comunque una regolazione positiva, con la configurazione consolidata della loro illiceità e del connesso obbligo risarcitorio (quali la dequalificazione e il trasferimento illegittimo, il licenziamento ingiurioso, le molestie sessuali e gli atti discriminatori), il ricorso al termine mobbing potrebbe essere fonte di equivoci [40].

Al concetto di mobbing spetterebbe, pertanto, uno spazio ridotto, nel quale ascrivere le condotte che, senza rientrare in una preesistente ipotesi tipica, consistano in una persecuzione reiterata, frazionata in più iniziative, il cui succedersi provochi un danno ingiusto.

In base a questa teorizzazione, elementi distintivi del mobbing sarebbero un comportamento non tipizzato, consistente in azioni ripetute, anche diverse, e la funzionalità di tali azioni alla persecuzione[41].

In ogni caso, l'illegittimità non può essere fatta derivare dal semplice verificarsi del danno (anche se biologico ed accertato sul piano medico-legale).

Sul prestatore di lavoro ricade, dunque, non solo la prova del danno e del nesso di causalità, ma anche la prova del dolo (potendosi utilizzare le presunzioni, fondate su circostanze gravi, precise e concordanti).

E' evidente l'insidia sottesa ad un fenomeno così strutturato e cioè l'inclinazione della protezione di tipo risarcitorio verso una dimensione sanzionatoria, più che riparatoria in senso stretto, dissuadendo il datore di lavoro dal porre in essere comportamenti contrastanti con le libertà dei dipendenti, laddove il risarcimento presuppone sempre una preesistente posizione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento e non vuole realizzare in modo coattivo la felicità dei dipendenti [42]. La funzione del diritto del lavoro non è, infatti, quella di definire gli strumenti di organizzazione dell'azienda, bensì quella di delimitare dall'esterno il potere dell'impresa, il quale viene in considerazione nel sistema del diritto del lavoro solo per i suoi vincoli, non per il suo fondamento primo, collocato nella libertà di iniziativa economica.

Si deve, tuttavia, ritenere che il mobbing viene a configurarsi più che come una categoria giuridica di carattere residuale, come uno strumento mirato ad individuare la tipologia di responsabilità del datore di lavoro.

Sotto tale angolo prospettico, il mobbing va inteso come insieme di azioni ripetute nel tempo, complessivamente illegittime (anche se singolarmente lecite) poiché finalizzate alla emarginazione o espulsione del soggetto.

Cosicché, il datore di lavoro che voglia liberarsi di un dipendente sgradito (si pensi ad un lavoratore reintegrato o al cambio di gestione aziendale), attuando il mobbing lo induce alle dimissioni, e ciò al fine di evitare le strettoie del regime della tutela reale.

Non è un caso, infatti, che il mobbing venga denunciato quasi esclusivamente nelle grandi aziende, molto spesso negli istituti bancari o nella Pubblica Amministrazione (ancora oggi connotata da clientelismo), avendo il piccolo imprenditore la possibilità di liberarsi di un lavoratore semplicemente licenziandolo, a fronte della sopportabilità del sistema sanzionatorio all'uopo previsto (la c.d. tutela obbligatoria di cui all'art. 8 della legge 604/66).

Questa è la chiave di lettura per la disamina che segue, strutturata in sequenza casistica.

2- LE POSSIBILI MANIFESTAZIONI DEL MOBBING

Bossing aziendale nella pubblica Amministrazione ad opera di un dirigente del servizio. La Pubblica Amministrazione ha il dovere di intervenire per rimuovere le situazioni di persecuzione sul posto di lavoro ad opera del dirigente del servizio sovraordinato alla lavoratrice, concretandosi in accuse infondate e caluniose per attività svolte sul lavoro, aggressioni verbali continue, illegittime sottrazioni di mansioni [43].

Incompatibilità ambientale e allontanamento del dirigente. Ai fini della revoca anticipata dell'incarico dirigenziale, l'incompatibilità ambientale non assume più un autonomo rilievo nella disciplina del rapporto di pubblico impiego, come accadeva nella vigenza del T.U. n. 3/1957, bensì va considerata nell'ambito delle ragioni organizzative e tecniche dell'amministrazione, di talché, il contrasto o disaccordo tra dirigente e addetti dell'ufficio, senza un'indagine approfondita sulle ragioni di tale situazione e sulla riconducibilità della stessa al dirigente, non

può integrare gli estremi dell'incompatibilità ambientale tale da giustificare un provvedimento organizzativo di allontanamento del dirigente stesso [44].

Differenza tra mobbing e molestie nell'ambito della Pubblica amministrazione. La distinzione è venuta in emergenza in un caso in cui il ricorrente (funzionario di Dogana) ha chiesto di accertare le molestie subite (vessazioni e persecuzioni) da parte della Direzione della Amministrazione Finanziaria – Dogana di Como. Il Giudice del Lavoro ha respinto il ricorso, non essendovi stata prova di un danno dipendente dall'attività e dall'ambiente di lavoro, sottolineando la differenza tra mobbing e molestie, anche ai fini dell'onere probatorio. Il primo consisterebbe in atti che, presi singolarmente, sono apparentemente leciti, ma, collettivamente, mirano ad emarginare un dipendente ed espungerlo dall'azienda; il mobbing richiede, quindi, la dimostrazione del dolo. Le molestie, viceversa, sono illecite anche singolarmente, e possono costituire reato, non richiedendo la prova di tale illiceità [45].

Comportamenti offensivi e mortificanti, al ritorno da un lungo periodo di malattia. In materia la Suprema Corte ha statuito che l'incivile comportamento del datore di lavoro o dei preposti, reiterato nel tempo, rende giustificabile una reazione anche scomposta da parte del dipendente.

Nel caso di specie, la lavoratrice, al ritorno da un lungo periodo di malattia, era stata sottoposta a più riprese e in presenza dei colleghi a iniziative vessatorie, offensive e mortificanti da parte del datore di lavoro e di un preposto, sfociate anche nell'adibizione a mansioni dequalificanti, che avevano suscitato in lei uno stato di collera e mortificazione tali da giustificare una sua reazione)[46].

Mobbing e molestie morali. Il mobbing aziendale, per cui sarebbe configurabile la responsabilità contrattuale del datore di lavoro, potrebbe comprendere una serie di atti, ciascuno dei quali è formalmente legittimo ed apparentemente inoffensivo; inoltre deve essere attuato con dolo specifico, quale volontà di nuocere e infastidire o svilire un compagno di lavoro [47], al fine del suo allontanamento dall'impresa [48].

E' configurabile il mobbing in azienda nell'ipotesi in cui il dipendente sia oggetto ripetuto di soprusi da parte dei superiori, volti ad isolarlo dall'ambiente di lavoro e, nei casi più gravi, ad espellerlo, con gravi menomazioni della sua capacità lavorativa e dell'integrità psichica[49].

Mobbing e delitto di maltrattamenti. Commettono il delitto di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p., il datore di lavoro e/o il preposto che realizzino nei confronti dei lavoratori ripetute e sistematiche vessazioni atte a produrre in essi uno stato di abituale sofferenza fisica e morale [la condanna viene inferta a due persone: il capo-gruppo responsabile di zona per vendite porta a porta di prodotti per la casa, per aver maltrattato, con atti di vessazione fisica e morale, i giovani sottoposti alla sua autorità nello svolgimento dell'attività lavorativa (art. 572c.p.), e per aver, con i medesimi atti, costretto tali giovani a intensificare l'impegno lavorativo oltre il tollerabile (art.610 c.p.), nonché il titolare della ditta, sempre ai sensi dell'art. 610 c.p., anche per non aver impedito, ex art. 2087c.c., la perpetrazione di tali vessazioni da parte del capo-gruppo][50].

Pratiche vessatorie del datore di lavoro nell'esercizio arbitrario e illegittimo dei poteri gerarchici, direttivi ed organizzativi. La fattispecie del mobbing verticale è stata individuata nell'assoggettamento a turni di lavoro stressanti di una guardia giurata, dipendente di un Istituto privato di vigilanza, ritenuta (a seguito di giudizio medico non considerato dal datore di lavoro) parzialmente inidonea alle mansioni, per aver subito un infarto del miocardio. Al datore di lavoro è stata inflitta una condanna a sei mesi di reclusione per lesioni personali colpose [51].

Carico di lavoro sproporzionato. La giurisprudenza ha ricondotto al mobbing anche le scelte organizzative del lavoro, considerando in violazione dell'art. 2087 c.c. la richiesta di un impegno eccessivo del lavoratore, cui sia assegnato un carico troppo esteso di lavoro, tale da eccedere la normale tollerabilità secondo le regole di comune esperienza, ovvero al quale sia

stato assegnato un carico eccessivo di lavoro usurante. Va, quindi, risarcito, secondo le regole della responsabilità contrattuale, il danno alla salute (nella specie, infarto cardiaco) derivante al lavoratore dall'eccessivo impegno lavorativo dovuto alla sostituzione di un collega protrattasi per lungo tempo, allo svolgimento di lavoro straordinario e festivo ed alla rinuncia al godimento delle ferie[52].

Dipendenti costretti ad accettare trattamenti retributivi deteriori. Nel caso in cui i titolari, amministratori, capi squadra di più aziende operanti nel settore delle imprese di pulizia abbiano posto in essere un sistema estorsivo generalizzato nei confronti dei dipendenti, costretti ad accettare trattamenti retributivi deteriori e non corrispondenti alle effettive prestazioni lavorative, non avendo alternative di possibilità occupazionali in considerazione della diffusione del fenomeno nel contesto del settore, è configurabile il delitto di estorsione di cui all'art. 629 c.p. (senza che l'accordo tra datore di lavoro e dipendente in violazione dei minimi retributivi escluda la sussistenza dei presupposti della estorsione, in quanto anche uno strumento legittimo può essere usato per scopi diversi, integrando una minaccia ingiusta, perché ingiusto è il fine a cui tende)[53].

"Invito" alle dimissioni, per ritorsione del fatto che il convivente, ex dipendente dell'azienda, era andato a lavorare presso una azienda concorrente. Tale invito aveva prodotto nella lavoratrice una prolungata sindrome depressiva reattiva, accompagnata, durante la malattia, dall'assunzione di altra lavoratrice a tempo indeterminato nonché dall'assegnazione, al rientro dalla malattia, di incombenze diverse e dequalificate, con il risultato di ottenere le richieste dimissioni [54]. L'invito alle dimissioni non è in sé illecito, ma tale può divenire quando sia accompagnato da atteggiamenti intimidatori[55].

Nel caso in cui il lavoratore abbia rassegnato le dimissioni in seguito alla condotta mobbizzante, potrà ottenere l'annullamento delle stesse solamente se saranno riscontrati i presupposti dell'incapacità naturale ex art. 428 c.c. [56] o del vizio della volontà, dato dalla violenza morale ex art. 1434 c.c., anche nelle forme della minaccia illegittima di esercitare una facoltà (generalmente il licenziamento) per condizionare la volontà del lavoratore ed ottenere un vantaggio ingiusto (art. 1438 c.c.), vale a dire un effetto abnorme e diverso rispetto a quello raggiungibile con l'esercizio della facoltà[57].

Richiesta reiterata all'INPS dell'effettuazione di visite mediche domiciliari di controllo dello stato di malattia del lavoratore. A fronte di stato morboso, attestato da certificato del medico curante, ed oggetto di controlli precedenti, il datore di lavoro aveva reiterato a più riprese la richiesta di visite mediche domiciliari di controllo, senza che ne ricorressero i presupposti, avendo il medico fiscale sempre confermato la prognosi. Tale comportamento aveva determinato un aggravamento della malattia, tale da portare ad una invalidità permanente, corrispondente ad una riduzione della capacità lavorativa pari al 20%[58].

Partecipazione obbligatoria, sanzionabile in caso di diniego, ad un corso di autovalutazione delle attitudini individuali finalizzato all'espulsione di alcuni lavoratori. Il corso tende ad una indagine su aspetti della personalità di determinati lavoratori al fine di renderli consapevoli della loro inadeguatezza all'organizzazione aziendale e della loro conseguente inutilità nella medesima [59].

Comminazione reiterata, immotivata e quindi illegittima di sanzioni disciplinari. La fattispecie riguarda un dipendente al quale dalla reiterazione immotivata di sanzioni disciplinari sia derivato un danno psichico, risarcibile a prescindere dall'annullamento delle singole sanzioni [60].

Mortificazioni personali e professionali, accompagnate dall'assegnazione di benefici immeritati a soggetti di pari grado della vittima. Trattasi di fattispecie di dequalificazione a seguito di lottizzazione politica dei posti di lavoro con conseguente psicosi del soggetto colpito che ha condotto quest'ultimo all'afonia [61].

3- MOBBING E FATTISPECIE TIPICHE

Tra le fattispecie "tipiche" di mobbing si collocano quei comportamenti direttamente posti in essere dal datore di lavoro o da esso non contrastati, la cui illegittimità è tipizzata dalla legge.

3.1-Dequalificazione

Il comportamento datoriale di illegittima dequalificazione può manifestarsi in vari modi; la casistica giurisprudenziale analizza le seguenti ipotesi.

- La sottrazione di compiti e responsabilità caratteristiche delle mansioni svolte [62].
- Il sistematico disconoscimento dei diritti derivanti dalla propria qualifica [63].
- il demansionamento con destinazione a mansioni inferiori nel caso di lavoratore [64], reintegrato in azienda a seguito di ordine del giudice, per licenziamento ingiustificato; ovvero la progressiva assegnazione a mansioni inferiori ed il successivo trasferimento ad altra sede di un dipendente di banca [65] o di un dirigente di banca [66]; la revoca dell'incarico dirigenziale con assegnazione a mansioni di posizione professionale non equivalente[67]; l'affidamento di incarichi dequalificanti; il graduale svuotamento delle mansioni affidate [68].

Nell'ipotesi di assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori, fuori dei casi consentiti dalla legge, è unanimemente riconosciuto il diritto del lavoratore a ottenere il risarcimento del danno, attingendosi ai principi generali in tema di responsabilità contrattuale, in assenza di una norma specifica sul tema, salva la recente previsione contenuta nell'art. 23 co. 6 del d. lgs 10/09/2003 n.276 che pone a carico dell'utilizzatore "l'eventuale risarcimento del danno derivante dall'assegnazione a mansioni inferiori". La norma si segnala oltre che per l'esplicita previsione di una fattispecie risarcitoria, come detto assente nella disciplina generale del rapporto di lavoro, altresì per il recepimento di un recente orientamento della Cassazione che esclude una automatica ("eventuale risarcimento") risarcibilità del danno in assenza di prova da parte del lavoratore [69].

·L'affiancamento di altro soggetto, soprattutto nei casi di dipendenti altamente qualificati e a cui sono affidate funzioni dirigenziali da svolgere in autonomia, formalmente con finalità di assistenza, sostanzialmente per controllare e isolare il soggetto non più gradito e per svilirne l'attività[70];

·La totale inattività per lunghi `periodi [71]. Tale situazione può sostanziarsi nella sottrazione di tutte le mansioni attribuite al dipendente con sua totale inoperosità) [72] ovvero nel confinamento in forzata inattività dopo la reintegra in azienda a seguito di ordine del giudice [73]; e ancora nella forzata inattività decennale [74]; nella progressiva e completa inattività coatta [75].

3.2- TRASFERIMENTOILLECITO

·Altro comportamento tipico è quello del trasferimento illegittimo con demansionamento e vessazioni morali [76].

3.3- MOLESTIESESSUALI

La riconduzione delle molestie sessuali alle discriminazioni in genere (legge 125/91),non è esente da critiche, soprattutto sotto il profilo della sua validità generale; pur senza voler rinnegare la fondamentale portata (in termini giuridici e culturali) del riconoscimento della natura discriminatoria delle molestie sessuali, si deve infatti, segnalare il carattere non omogeneo, ma ancora dubitativo e aperto, di questa complessa operazione qualificatoria [77].

In dottrina si rileva [78]che il fenomeno delle molestie sessuali sui luoghi di lavoro è diventato un evento giuridicamente rilevante solo a partire dalla metà degli anni '80, per merito delle

istituzioni comunitarie che, nell'ambito dei piani di sviluppo della parità di trattamento e delle pari opportunità fra uomini e donne nel mondo del lavoro, hanno dato un decisivo impulso all'analisi empirico-statistica del dato sociale e alla sua espressa condanna giuridica, con individuazione delle sanzioni appropriate e previsione di procedure formali e informali di denuncia [79] Se, pertanto, si interpretassero i comportamenti datoriali alla luce della nozione di molestie sessuali adottata in sede comunitaria, la quale ricomprende la molestia ambientale (cioè l'instaurazione, nell'ambiente di lavoro, di un clima intimidatorio, ostile o umiliante), si coglierebbe il nesso tra i singoli episodi, ravvisando un filo conduttore unico[80].

Nel caso di molestie sessuali, determinanti le dimissioni per giusta causa della lavoratrice, a quest'ultima vanno riconosciuti il danno esistenziale e quello morale extracontrattuale per atti di libidine molesta [81]; secondo altri quello biologico [82].

Pronunciandosi nell'ipotesi di licenziamento per giusta causa di una lavoratrice a seguito di diffamazione a mezzo stampa del preposto, che lede il rapporto di fiducia con l'azienda, non essendo state dimostrate le accuse di mobbing [83], la Corte di Cassazione, ha enunciato un interessante principio secondo cui le molestie sessuali, poste in essere sia dal datore di lavoro sia dai suoi stretti collaboratori, nei confronti dei lavoratori soggetti al rispettivo potere gerarchico costituiscono uno dei comportamenti più detestabili fra quelli che possono ledere la personalità morale e, come conseguenza, l'integrità psico-fisica dei prestatori d'opera subordinati, e, come già riconosciuto dalla precedente giurisprudenza, fanno sorgere per il datore di lavoro una vera e propria responsabilità contrattuale, essendo stato sostenuto che l'obbligo previsto dalla disposizione contenuta nell'art. 2087 c.c. "non è limitato al rispetto della legislazione tipica della prevenzione, ma - come si evince da una interpretazione della norma in aderenza a principi costituzionali e comunitari - implica anche il divieto di qualsiasi comportamento lesivo della integrità psico-fisica dei dipendenti, qualunque ne siano la natura e l'oggetto e, quindi, anche nel caso in cui siano posti in essere atti integranti molestie sessuali nei confronti dei lavoratori" [84].

3.4-DISCRIMINAZIONE

Si segnala un'interessante pronuncia su un comportamento discriminatorio e antisindacale.

Una lavoratrice, componente della RSA, il giorno dopo aver affisso un comunicato nella bacheca sindacale veniva aggredita dal dirigente aziendale incaricato di gestire i rapporti collettivi e fatta oggetto di espressioni ingiuriose a sfondo sessuale. Il sindacato proponeva ricorso ex art. 28 Stat. Lav., ritenendo che tale comportamento fosse mirato ad ostacolare l'esercizio dell'attività sindacale. Il Giudice del lavoro ha accolto il ricorso, disponendo come misura risarcitoria l'affissione in bacheca del provvedimento di condanna, ed una inibitoria consistente nella temporanea assegnazione del dirigente colpevole ad altri incarichi, con ciò attuando una singolare tutela in forma specifica[85].

3.5- LICENZIAMENTO INGIURIOSO

Si è ritenuto offensivo il licenziamento che, per la forma o le modalità con le quali sia stato adottato, per le conseguenze sociali o morali che ne derivano, per le espressioni contenute o richiamate nell'atto di recesso, sia lesivo della personalità morale del lavoratore. Tale licenziamento obbliga il datore di lavoro al risarcimento del danno in base al combinato disposto degli artt. 41 co. 2 Cost. e 2043 c.c., essendo ravvisabile un danno-evento, derivante dalla semplice violazione della dignità umana e direttamente risarcibile, prescindendo da una effettiva diminuzione patrimoniale del soggetto lesa o dall'esistenza di un danno morale, rilevante solo nell'ipotesi di reato (2059 c.c.) [86].

SEZIONE III – LA TECNICA RISARCITORIA.

1-RESPONSABILITA' CONTRATTUALE VERSUS RESPONSABILITA' EXTRACONTRATTUALE

La dottrina maggioritaria rinviene nell'art. 2087 cc. il fondamento giuridico della tutela contro il mobbing, considerando, conseguentemente, la responsabilità del datore/mobber quale responsabilità contrattuale. Quest'ultima consegue all'inosservanza di un obbligo del datore di lavoro, previsto finanche dalla Costituzione come limite al diritto di libertà di iniziativa privata nell'esercizio dell'impresa (art. 41, co. 1 e 2 Cost.). Tale limite si sostanzia nell'obbligo di non recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, e, posto in relazione agli artt. 32 co. 1 Cost. e 2087 c.c., nell'obbligo del datore di lavoro di adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore. Una volta dimostrata la sussistenza dell'inadempimento, non occorre, a norma dell'art. 1218 c.c., che il lavoratore dimostri, a differenza di quanto previsto nell'ipotesi di responsabilità aquiliana, anche la sussistenza della colpa del datore inadempiente [87].

Così intesa, dunque, la norma dell'art. 2087 c.c., appronta un diaframma ben preciso fra gli obblighi contrattuali inerenti al sinallagma ed ogni altra manifestazione di supremazia datoriale che a quel sinallagma non sia funzionale. In tale contesto normativo, il fenomeno del mobbing verticale si configura, allora, come obbligo del datore di lavoro di rispettare la personalità del proprio dipendente evitando ogni comportamento che, pur formalmente corretto, possa risolversi in una forma di pressione o di "accerchiamento". In definitiva, si può affermare che nel rapporto lavorativo è vietato ogni comportamento datoriale che realizzi una compromissione della personalità del lavoratore [88].

Da segnalare, inoltre, chela giurisprudenza ritiene così generale il principio espresso dall'art. 2087 c.c. da imporre al datore di lavoro un comportamento attivo. Egli deve approntare le misure di sicurezza finalizzate a tutelare l'integrità fisica del lavoratore e deve porre in essere tutti gli accorgimenti necessari a tutelarne la personalità morale [89].

In tale contesto, addirittura, il datore di lavoro che sia a conoscenza che un proprio dipendente realizzi nei confronti di un altro dipendente comportamenti vessatori o finanche comportamenti riconducibili a fattispecie delittuose di estrema gravità (molestie sessuali o atti di libidine molesta) è tenuto a porre in essere, secondo il tradizionale criterio "della massima sicurezza fattibile", quanto necessario per impedire il reiterarsi del comportamento illecito [90], e risponde in solido con l'autore dei fatti delittuosi ex art. 2049 c.c., ricorrendo una situazione di occasionalità necessaria tra la posizione lavorativa attribuita all'autore dei fatti delittuosi e il compimento dei medesimi [91].

Deve, peraltro, essere rilevato che parte della giurisprudenza ha ritenuto che a carico del datore di lavoro si realizza un'ipotesi di combinazione di responsabilità contrattuale, per il danno provocato alla salute, e aquiliana per omessa vigilanza sui dipendenti, derivante direttamente dall'art. 2087 c.c., oltre che dal combinato disposto degli artt. 32 Cost. e 2043 c.c., fondanti un obbligo per il datore di lavoro di tutelare il lavoratore non solo sotto il profilo antinfortunistico, ma anche sotto quello psicofisico [92].

Invocare le due forme di responsabilità realizza, secondo i sostenitori di questa teoria [93], una più efficace tutela del lavoratore, in termini di prescrizione (dieci anni anziché cinque come previsto in caso di responsabilità extracontrattuale) nonché di ripartizione dell'onere della prova, dovendosi applicare il regime più favorevole, cioè quello connesso alla responsabilità contrattuale [94]. Ove il lavoratore promuova un'azione di risarcimento fondata sulla responsabilità contrattuale, deve dimostrare il fatto lesivo, ossia l'inadempimento; il danno in concreto ricevuto, nonché il nesso di causalità tra inadempimento e danno, rimanendo esonerato dalla prova della sussistenza della colpa o del dolo del datore di lavoro; prova richiesta, invece, ai fini della responsabilità extracontrattuale [95]. Spetterà, tuttavia, al datore, in tali frangenti dimostrare di avere ottemperato all'obbligo di sicurezza posto a suo carico e che l'inadempimento è stato determinato da causa a lui non imputabile ovvero che il

lavoratore ha concorso ad aggravare i danni non usando la normale diligenza (art. 1227 co. 2 c.c.)[96].

Non vi è dubbio che il lavoratore è tenuto ad assolvere un onere probatorio molto rilevante, quanto alla sussistenza del nesso di causalità fra il danno patito, in sede psicofisica, e i comportamenti persecutori che vengono imputati al datore di lavoro per la propria azione o omissione. Innanzitutto, perché non è detto che nel caso in cui le azioni mobbizzanti siano provate, possano concretamente rivestire l'efficacia piena di condicio sine qua non, ovvero di causa esclusiva dell'evento dannoso (stante la probabile e prevedibile "concausalità" con aspetti fisio-patologici della vittima). In secondo luogo, non è assolutamente certa la dimostrabilità delle condotte mobbizzanti laddove tale risultato debba necessariamente raggiungersi a mezzo di prova per testi, specie allorquando i testimoni individuati possano essere in qualsiasi forma (spettatori o coautori) coinvolti nel mobbing lamentato.

Ove al contrario si invochi la responsabilità extracontrattuale, il lavoratore deve provare la condotta datoriale che ha determinato il danno, il nesso causale e la colpevolezza dell'agente [97].

In dottrina, si discute della cumulabilità, sempre a danno del datore di lavoro, delle regole ricavabili dai due tipi di responsabilità, rendendo al contempo più ampio il danno e meno rilevante l'elemento psicologico [98].

Anche quest'ultimo argomento rafforza la tesi di quanti sostengono che sia preferibile un unico inquadramento della responsabilità e del danno sotto la più stringente e comprensibile qualificazione contrattuale, considerato inoltre che la peculiarità della disciplina lavoristica, sotto il doppio profilo della tassatività ed inderogabilità, consente probabilmente di argomentare l'inammissibilità del concorso [99].

Secondo quanto disposto in via generale dall'art. 1225 c.c., anche la responsabilità contrattuale del datore di lavoro è limitata, quanto al danno risarcibile, ai soli danni prevedibili.

La giurisprudenza, in particolare, ha già avuto modo di chiarire che la responsabilità diretta del datore per la lesione alla salute del lavoratore, secondo quanto disposto dall'art. 2087 c.c., è esclusa quando sono eccezionali, inevitabili ed assolutamente imprevedibili le conseguenze che in concreto scaturiscono dalla condotta tenuta in azienda. Infatti, per accertare se una condotta umana sia causa di un determinato evento, è necessario stabilire un confronto tra le conseguenze che, secondo un giudizio di probabilità ex ante, essa era idonea a provocare e le conseguenze in realtà verificatesi, le quali, ove non prevedibili e inevitabili, escludono il rapporto eziologico tra il comportamento umano e l'evento, sicché, per la riconducibilità dell'evento ad un determinato comportamento, non è sufficiente che tra gli stessi sussista un rapporto di conseguenza, occorrendo invece che tale rapporto integri gli estremi di una sequenza costante, secondo un calcolo di regolarità statistica, per cui l'evento appaia come una conseguenza normale dell'antecedente [100].

Da questo punto di vista, la tutela accordata al lavoratore potrebbe sembrare limitativa in confronto a quella garantita, invocandosi la responsabilità aquiliana, in relazione alla quale tale nesso eziologico non presenta la stessa pregnanza.

D'altra parte, viene correttamente ricordato che il limite della prevedibilità non è operante nel caso in cui l'inadempimento del datore sia accompagnato da dolo e, quindi, che è possibile riconoscere la responsabilità del datore sia nell'ipotesi in cui la lesione procurata al lavoratore è ascrivibile ad una condotta propria del datore, sia quando la lesione è conseguenza di una consapevole omissione del suo dovere di protezione.

Intanto, la sempre maggiore consapevolezza e conoscenza del fenomeno mobbing e la sensibilizzazione rispetto alle lesioni prodotte sulla persona sottoposta a vessazioni nei luoghi di lavoro, riducono di fatto in modo significativo il margine di operatività dei limiti stabiliti dall'art. 1225 c.c.. Peraltro siffatti limiti di prevedibilità e prevenibilità della condotta lesiva del

singolo mobber non sembrano seriamente invocabili, quanto meno nei casi di mobbing orizzontale. Infatti, la prima pronuncia che ha sanzionato il comportamento aggressivo tenuto da un superiore gerarchico nei confronti di un dipendente [101] ha fatto proprio questo orientamento, abbandonando ogni diffidenza circa la tutela della salute psichica, colpita nell'ambito del rapporto di lavoro. Secondo tale sentenza, non è più consentito negare che il sorgere di patologie, a seguito di continui e reiterati atti perturbanti, che giungono a realizzare vessazioni nei riguardi del lavoratore, lungi dal rappresentare un esito eccezionale ed inaspettato, costituisce la "normale", dunque prevedibile, conseguenza di tali condotte [102].

Di seguito, una importante pronuncia della Corte di Cassazione ha chiarito che il contenuto dell'obbligo ex art. 2087 c.c.: "non può ritenersi limitato al rispetto della legislazione tipica della prevenzione, riguardando altresì il divieto, per il datore di lavoro, di porre in essere, nell'ambito aziendale, comportamenti che siano lesivi del diritto all'integrità psicofisica del lavoratore"[103].

Per completezza, bisogna dare atto che la giurisprudenza maggioritaria ritiene che sul datore di lavoro gravano sia il generale obbligo del *neminem laedere*, espresso dall'art. 2043 c.c., la cui violazione è fonte di responsabilità extra-contrattuale, sia il più specifico obbligo di protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore sancito dall'art. 2087 c.c., ad integrazione ex lege delle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro, la cui violazione è fonte di responsabilità contrattuale; sicché, il danno biologico - inteso come danno all'integrità psicofisica della persona in sé considerato, a prescindere da ogni possibile rilevanza o conseguenza patrimoniale della lesione - può essere in astratto conseguente sia all'una che all'altra responsabilità [104]. La riconduzione delle conseguenze risarcitorie all'una ovvero all'altra tipologia di responsabilità determina, come già prima detto, diversi regimi prescrizione e probatori.

Sotto quest'ultimo profilo, diventa imprescindibile accertare se il mobbing consegua alla violazione di un obbligo contrattuale ovvero a quello del *neminem laedere*[105].

Rileva, a tal fine, il comportamento datoriale. Se, infatti, si trasferisce senza motivazione tecnica, si demansiona, si esclude dal processo produttivo o dall'accesso alla carriera si viola un obbligo di natura squisitamente contrattuale, o meglio, si viola, il principio generale dell'affidamento nell'esecuzione del contratto, sia pur esso un contratto di lavoro.

Se invece, si verificano comportamenti al limite della legalità che nulla hanno a che fare con obblighi imposti contrattualmente al datore di lavoro o riconducibili a condotta propria dei dipendenti di pari grado che agiscono autonomamente [ad es. isolamento del soggetto, atteggiamento ostile dei colleghi, esclusione dalle piccole abitudini quotidiane (pausa caffè, saluto)], ci si è chiesto se soccorra l'art. 2087 c.c. o non si debba invocare l'art.2043 c.c.

La disposizione contenuta nell'art. 2087 c.c., considerata norma di chiusura, a compendiare tutta la normativa legislativa e contrattualistica che impone misure di sicurezza dirette ad evitare ogni lesione all'integrità fisica del lavoratore, è stata, ormai per consolidata giurisprudenza, di merito e di legittimità, interpretata nel senso più ampio che la lettura consente. Ne consegue che la responsabilità extracontrattuale, alla luce dei principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., può concorrere con quella contrattuale ex art.2087 c.c., qualora la condotta violi diritti fondamentali del lavoratore e l'azione si attui mediante il rapporto di lavoro e indipendenza dello stesso; a fronte di una condotta plurioffensiva è in potere del soggetto danneggiato di avvalersi,alternativamente, dell'una o dell'altra azione predisposta dalla legge [106].

Il principio che sembra ora applicato in materia di mobbing dalla Suprema Corte con riferimento all'onus probandi è quello di una rigorosa certificabilità e dimostrabilità del nesso causale [107], sempre più difficile specie laddove il lavoratore vittima si trovi a lamentare danni derivatigli da una serie di comportamenti di ridotte dimensioni spazio-temporali se presi ciascuno singolarmente, ma assai rilevanti se visti, nell'ottica di una continuità e forse di una

"programmaticità" in serie degli stessi, perciò stesso idonei a rivestire le caratteristiche di un'unica ripetuta condotta mobbizzante.

2 – IL DANNO RISARCIBILE: IL CONFINE MOBILE DELLA TUTELA

Nella categoria del danno alla persona rientrano, in generale, tutti i danni originati da una lesione dell'integrità psico-fisica e che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana. Il diritto al risarcimento del danno alla persona così come affermato dalla stessa Corte Costituzionale trova fondamento nell'art. 2 Cost. [108].

All'interno di questa categoria vi sono due grandi insiemi, individuati in base alle conseguenze prodotte dalle lesioni [109].

2.1 – IL DANNO PATRIMONIALE

Un primo insieme riguarda i danni patrimoniali, ossia quelli che incidono sul reddito del soggetto, e comprende il danno emergente ed il lucro cessante.

Il danno emergente consiste in una diminuzione del patrimonio relativa a beni o situazioni di vantaggio di cui il soggetto era titolare precedentemente al verificarsi dell'evento lesivo conseguente al fatto illecito.

Il lucro cessante, invece, va inteso quale accrescimento patrimoniale in concreto pregiudicato o impedito dal fatto illecito [110].

2.2 – IL DANNO NON PATRIMONIALE O MORALE EX ART. 2059 C.C.

Il secondo insieme, per certi aspetti più complesso, riguarda i danni non patrimoniali e comprende tutti gli ingiusti turbamenti dello stato d'animo o gli squilibri o le riduzioni delle capacità intellettive della vittima.

L'art. 2059 c.c. stabilisce che il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge. Esso si sostanzia nel transeunte turbamento psicologico, nelle sofferenze spirituali, nei turbamenti dello stato d'animo, danno-conseguenza della lesione sofferta dal soggetto offeso.

Orbene, intorno a questa lapidaria disposizione codicistica, si è sviluppato un acceso dibattito ed è intervenuta più volte la Corte Costituzionale, chiamata più volte a valutare se l'art. 2059 c.c. violasse gli artt. 3 e 24 Cost. nella parte in cui, in correlazione con quanto disposto dall'art. 185 c.p., limita la risarcibilità dei danni non patrimoniali a quelli derivanti da fatti illeciti costituenti reato. Nello statuire che la norma non infrange la Costituzione, la Corte dichiara che le limitazioni poste dall'art. 2059 cc rientrano nella discrezionalità del legislatore. Le argomentazioni della Corte Costituzionale vengono messe in discussione oltre che dalla dottrina anche dalla Cassazione [111], che, dopo aver stabilito la natura non patrimoniale del danno biologico, esclude in materia l'applicabilità dell'art. 2059 c.c. (da riferire soltanto al danno morale) e fa applicazione dell'art. 2043 che, nel riferirsi al danno ingiusto, viene a ricomprendere sia l'ipotesi del danno patrimoniale, sia quella del danno non patrimoniale. Il fondamento di questa opzione interpretativa, è da rintracciare nel combinato disposto degli artt. 32 Cost. e 2043 c.c. che ha permesso di affermare che, dovendosi certamente ricomprendere il diritto alla salute tra le posizioni subiettive tutelate dalla Costituzione, non sembra dubbia la sussistenza dell'illecito, con conseguente obbligo della riparazione, in caso di violazione del diritto stesso.

Nell'ambito del diritto del lavoro, il risarcimento del danno genericamente morale, nel senso di non patrimoniale, è stato accordato in connessione diretta con fenomeni ricondotti esplicitamente alla figura del mobbing soltanto di recente, a seguito della emersione del nuovo fenomeno attraverso la doppia pronuncia del Tribunale di Torino [112].

In realtà, anche prima di questa pronuncia, la giurisprudenza, riconoscendo in capo al datore di lavoro che aveva abusato del potere di effettuare controlli sulla malattia del lavoratore, il reato di lesioni personali, aveva accordato la tutela ex art. 2059 cc. [113]. Anche nel caso di demansionamento, superando i limiti dell'art. 2059 cc, viene riconosciuta la risarcibilità del danno morale connesso alla violazione del diritto del lavoratore a non subire modificazioni in pejus delle proprie mansioni, in quanto la dequalificazione comporta comunque e nella minore delle ipotesi, la lesione di un interesse puramente morale del lavoratore, dedotto in contratto ai sensi degli artt. 1374 e 2103 c.c. [114]. Ancora in tema di dequalificazione, va segnalata la rilevanza assunta dai "motivi abbietti" (nel caso di una lottizzazione partitica), al fine di prospettare la lesione della dignità e libertà del lavoratore [115]. Il danno morale è altresì risarcibile nelle ipotesi di responsabilità del datore nella determinazione dell'infortunio sul lavoro [116].

Il risarcimento del danno morale è stato ovviamente riconosciuto anche per la particolare ipotesi delle molestie sessuali [117].

2.3 - IL DANNO BIOLOGICO

Questa tipologia di danno consiste nella menomazione dell'integrità psico-fisica della persona in quanto tale e ricorre allorché il comportamento illecito modifichi in senso peggiorativo il modo di essere del soggetto, arrecando molteplici riflessi pregiudizievoli riguardo alle sue funzioni naturali. E' ormai dato acquisito in giurisprudenza che il risarcimento del danno biologico prescinde da ogni riferimento all'attitudine del soggetto a produrre reddito, in quanto "la menomazione dell'integrità psico-fisica del soggetto costituisce quindi danno integralmente risarcibile di per se stesso". L'autonomia del danno biologico rispetto alle altre eventuali conseguenze dannose ed il principio costituzionale della sua integrale e non limitabile risarcibilità, determinano l'impossibilità di considerare esauriente non soltanto una tutela risarcitoria limitata alle perdite o riduzioni del reddito, effettive o potenziali, conseguenti alla menomazione dell'integrità psico-fisica, ma anche una tutela risarcitoria che prenda in considerazione soltanto quanto riguarda l'attitudine a svolgere attività produttive di reddito[118].

Il danno biologico si caratterizza, altresì, per la sua duplice dimensione: dal punto di vista "statico", rappresenta la diretta diminuzione del benessere e della integrità psico-fisica, a prescindere da qualsiasi ulteriore "ricaduta" negativa sulla vita del soggetto leso; sotto il profilo "dinamico", ricomprende anche le conseguenze negative che la lesione porta alle attività della vita quotidiana, attraverso le quali, in concreto, si manifesta l'efficienza psico-fisica del soggetto danneggiato[119].

2.4 – IL DANNO BIOLOGICO DA MOBBING: IL DANNO PSICHICO

Gli effetti pregiudizievoli del mobbing sulla salute della vittima, riguardano soprattutto il piano psichico e psicosomatico del soggetto. La rilevanza giuridica della componente psichica dell'integrità personale è già presente nella definizione di danno biologico data da Corte Cost. n. 184/1986 laddove si parla di "menomazione dell'integrità psicofisica dell'offeso": in tale sintetica espressione deve leggersi il riconoscimento di entrambe le componenti del bene salute, quella fisica e quella psichica. La lesione psichica, dunque, ha una sua autonoma rilevanza; essa rappresenta una delle forme in cui può manifestarsi il danno biologico.

Come avviene per la lesione fisica, anche ai fini del riconoscimento del danno biologico di natura psichica è dunque necessaria la prova della effettiva menomazione della salute, dell'insorgere di una patologia, ossia il concreto peggioramento del modo di essere della persona a causa di un disturbo psichico, determinato da una lesione psichica, cioè da un'ingiusta turbativa del suo equilibrio psichico[120].

Appare evidente come si possano, in concreto, presentare difficoltà nella individuazione del danno psichico ovvero di quello morale. Si tenga presente sul punto che il danno psichico, come "specie" del danno biologico richiede, ai fini della sua configurabilità, la sussistenza in

concreto non di una mera sofferenza o turbamento, ma di una vera patologia e dunque di una lesione alla salute.

2.5 – IL DANNO ESISTENZIALE: LA TUTELA DELLA PERSONA OLTRE IL DANNO MORALE E IL DANNO BIOLOGICO

La tutela apprestata col risarcimento del danno non patrimoniale, e cioè di quello morale e di quello biologico, lascia però un vuoto di tutela, una sorta di "zona d'ombra"; l'art. 2059 cc non risulta, infatti, la norma più adatta a propiziare un'estensione dell'area di tutela della persona per lesioni a carattere non patrimoniale, almeno fino a quando resterà dominante l'interpretazione tradizionale che vuole quale presupposto indefettibile della risarcibilità del danno morale, la rilevanza penale della condotta dell'agente [121]. D'altronde, le più recenti indicazioni normative e giurisprudenziali sul danno biologico, escludono ogni possibilità di ampliamento delle maglie di questa figura oltre i limiti della lesione alla salute, intesa come menomazione psicofisica in senso stretto, medicalmente accertata.

Proprio dall'esperienza maturata in tema di danno biologico e per colmare la "lacuna" di tutela della persona, presente nell'ordinamento, la dottrina più recente, seguita anche dalla giurisprudenza più attenta, ha elaborato la categoria del danno esistenziale, che consiste nella modificazione peggiorativa dell'insieme delle attività realizzatrici della persona, nell'alterazione di quell'universo di azioni, consuetudini, affezioni, attraverso cui l'individuo costruisce la propria identità, la propria esistenza[122].

I fautori di questa nuova figura di danno intendono dare con essa una risposta risarcitoria e, dunque, una tutela a "quel sommerso di mali ingiusti, sofferenze ignote all'ufficialità della responsabilità civile che aspetta di entrare nelle aule e finora esclusi dall'ambito di tutela apprestata dal danno morale e dal danno biologico"[123].

La tesi della risarcibilità del danno esistenziale affonda certamente le sue radici nella giurisprudenza in tema di danno biologico: con il danno esistenziale si vuol espandere ad ogni aspetto dell'esistenza quello che è stato fatto per la salute, attraverso l'elaborazione della categoria del danno biologico. Al pari di questo, il danno esistenziale è sicuramente qualificabile come di natura non patrimoniale.

Esso, inoltre, viene a colmare lo spazio rimasto ancora aperto tra danno patrimoniale e non, risarcibile quest'ultimo a seguito della creazione del danno biologico. Infatti, Corte Cost. n. 184/1986 citata, ha dichiarato che l'art. 2043 cc., correlato all'art. 32 Cost., va necessariamente esteso fino a ricomprendere il risarcimento, non soltanto dei danni in senso stretto patrimoniali, ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana, in considerazione del primario rango costituzionale del diritto alla salute. Il danno esistenziale intende offrire tutela e protezione a tutte le ipotesi in cui la persona sia offesa in relazione ad un altro diritto di rango costituzionale, riconosciuto alla persona.

Il danno esistenziale si profila come una vera e propria nozione di "chiusura", ricomprensiva in sé la tutela risarcitoria di tutti i diritti costituzionalmente garantiti, diversi dal diritto alla salute indipendentemente dalle ricadute patrimoniali che il soggetto possa lamentare.

Risulta evidente, infatti, che la lesione subita dal lavoratore mobbizzato non potrà ricevere piena tutela, per quanto attiene al danno non patrimoniale, attraverso il risarcimento del danno morale e di quello biologico: da un lato, non è infrequente che condotte pur offensive e non iure non siano riconducibili, tuttavia, anche solo astrattamente, a fattispecie di reato (come si richiede, invece, secondo la tradizionale interpretazione data dell'art. 2059 cc); dall'altro, va osservato come non sempre, fortunatamente, in chi subisce condotte vessatorie insorge una vera e propria malattia, presupposto necessario, per il risarcimento del danno biologico[124].

Nonostante la difficoltà concreta di rintracciare gli elementi necessari per la risarcibilità, non si può negare che la persona ha subito un pregiudizio ingiusto, una lesione ad un bene primario dell'esistenza, che richiede una riparazione[125].

La figura del danno esistenziale, pertanto, utilizzando il combinato disposto degli artt. 2043 cc. e 2 e ss. Cost., garantisce il risarcimento non solo dei danni in senso stretto patrimoniali ma di tutti i danni che potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana [126]. Poiché le norme costituzionali attributive dei diritti fondamentali della persona, sono pienamente e direttamente operanti anche nei rapporti tra privati (c.d.drittwirkung), non è ipotizzabile limite alcuno alla risarcibilità della correlativa lesione ex art. 2043 cc. [127].

Il riconoscimento del danno esistenziale è stato consacrato dalla Cassazione che ha disposto il risarcimento in un caso di mancata concessione di ferie e di riposi ai dipendenti di un'azienda di trasporti [128]. La Corte, nella fattispecie, ha stabilito che il mancato godimento delle ferie "può consistere nella lesione dell'integrità psico-fisica, cioè nel danno alla salute o danno biologico in senso stretto, oppure in quello che più genericamente si designa come "danno esistenziale", al fine di coprire tutte le compromissioni delle attività realizzatrici della persona umana (ad es. impedimenti alla serenità familiare, al godimento di un ambiente salubre e di una situazione di benessere, al sereno svolgimento della propria vita lavorativa)".

La S.C. ha distinto tra "lesione dell'integrità fisica o psichica", intesa come patologia oggettiva, che si accerta secondo precisi parametri medico-legali, e "pregiudizio esistenziale" che senza ridursi al mero patema d'animo interno, richiama tuttavia disagi e turbamenti di tipo soggettivo. Ha affermato quindi, che tale distinzione "non vale ad escludere il c.d. danno esistenziale dall'ambito dei diritti inviolabili, poiché non è solo il bene alla salute a ricevere una consacrazione costituzionale sulla base dell'art. 32 Cost., ma anche il libero dispiegarsi delle attività dell'uomo nell'ambito della famiglia o di altra comunità, che riceve considerazione costituzionale ai sensi degli artt. 2 e 29 Cost.; pertanto, tanto i pregiudizi alla salute, quanto quelli alla dimensione esistenziale, sicuramente di natura non patrimoniale, non possono essere lasciati privi di tutela risarcitoria, sulla scorta di una lettura costituzionalmente orientata al sistema della responsabilità civile" [129].

Nel passaggio dal danno biologico al danno esistenziale, bisogna però rilevare che secondo parte della dottrina [130], il ricorso al danno in re ipsa deve essere inteso come strumento tecnico utile a sganciare il discorso dalle "strette patrimonialistiche" e non come strumento per favorire una risarcibilità automatica. Ogni opzione a favore della risarcibilità automatica del c.d. danno minaccia, più o meno recisamente, sostanziali snaturamenti dell'istituto in questione, proprio perché risulta "calpestato" il cardine intorno al quale ruota l'intero sistema dei fatti illeciti, le cui forme rimediale sono destinate a non poter operare se non in funzione di neutralizzazione delle perdite sofferte concretamente dalla vittima [131].

Per completezza, si deve aggiungere che in dottrina si registrano posizioni molto critiche sull'opportunità del ricorso alla categoria giuridica del danno esistenziale, sull'assunto che essa nata dalla c.d. crisi della danno alla persona e finalizzata ad aggirare gli angusti limiti dell'art. 2059 c.c., potrebbe, in realtà condurre, ad una proliferazione delle domande di risarcimento[132]. Nel nostro ordinamento, il sistema risarcitorio attuale del danno alla persona sub specie di danno patrimoniale ha oggi raggiunto un grado di elaborazione tale da consentirgli di assicurare un'effettiva risposta alle esigenze di giustizia sostanziale; in questi casi, pertanto, attese le contraddizioni insite nella costruzione del danno esistenziale occorrerebbe, secondo tale impostazione, riscoprire, per così dire, il danno patrimoniale onde evitare ipotesi di concessione di risarcimenti eccessivi per casi di scarsa rilevanza.

In realtà, l'indagine condotta sul tipo di danno, si interseca con quella condotta sulla norma invocabile a tutela del lavoratore. Sia in un caso che nell'altro si è cercato di "allargare" le maglie dei costrutti giuridici onde addivenire ad una maggiore risarcibilità del danno, anche, pertanto, in quelle ipotesi non tipizzate e non fornite di offensività tale da essere dall'ordinamento riconosciute e, in quanto tali, punite.

3- IL MOBBING COME TECNOPATIA NON TABELLATA

Ulteriore forma di tutela in favore del lavoratore che abbia subito mobbing, può realizzarsi con l'attrazione di quest'ultimo nella sfera delle tecnopatie non tabellate. Già prima dell'intervento adesivo a tale soluzione da parte dell'INAIL, si era auspicato, de iure condendo, la ricomprensione del mobbing tra le malattie professionali [133], invocandosi, da un lato, le conoscenze acquisite, nel corso dell'ultimo decennio, dalla medicina legale e, dall'altro, gli orientamenti più recenti della Corte Costituzionale, giacché nel mobbing propriamente inteso, sussisterebbe quella violazione degli interessi tutelati dagli artt. 2087 e 2043cc, in collegamento con gli artt. 2, 3, 4, 32, 35, 37 e 41 Cost.[134].

Ovviamente, ai fini della classificazione del fenomeno come tecnopatia, dovranno ricorrere i requisiti specificatamente indicati negli artt. 2 e 3 DPR n.1124/1965 [135].

In primo luogo, deve ricorrere l'attinenza causale dell'ambiente lavorativo (causa o circostanza concomitante).

In secondo luogo, "le lesioni da mobbing" devono essere suscettibili di specifica valutazione medico-legale, secondo i noti criteri che sostanziano il rapporto di causa-effetto (efficienza lesiva, criterio cronologico, criterio topografico, continuità fenomenologica, esclusione di altre cause).

Ove la patologia sofferta dal mobbizzato risultasse diretta conseguenza dei comportamenti persecutori subiti sul lavoro, il mobbing potrebbe ottenere la qualificazione di malattia professionale non tabellata e, in tale veste, risultare indennizzabile. D'altra parte, non potrà essere seriamente opposto neppure il diritto di rivalsa dell'INAIL nei confronti del datore di lavoro, responsabile dell'evento lesivo, stante il collegamento del mobbing con l'attività lavorativa, sia sotto il profilo cronologico sia sotto quello topografico, una volta che siano accertate sussistenti le condizioni richiamate, in caso di mobbing sia verticale (agire intenzionale) che orizzontale.

A tale opzione interpretativa ha recentemente aderito l'INAIL, che ha accolto per la prima volta la richiesta di indennizzo per "sindrome da mobbing" (malattia professionale non tabellata) proveniente da un dipendente di un'azienda privata, posizione poi confermata con delibera del C. di A. 26 luglio 2001.

Si è, quindi, raggiunta una terza ed ultima conclusione

L'analisi dei riferimenti normativi richiamabili nonché delle tecniche di tutela invocabili in caso di mobbing conduce ad una singolare conclusione e cioè l'impossibilità di accordare prevalenza all'una piuttosto che all'altra delle varie soluzioni prospettate, tutte astrattamente percorribili, rimettendosi al lavoratore la scelta della norma da invocare e della tutela da reclamare, con l'assunzione, in base alla scelta fatta, delle conseguenze che ne derivano in termini di onere probatorio e di soddisfazione (id est risarcimento) conseguibile; l'uno e l'altro rimessi verosimilmente alla scelta del difensore, onerato di una preparazione in materia che consenta la scelta più opportuna in relazione alla specificità della fattispecie affidata al suo patrocinio.

© Copyright 1998-2002. Franco Carinci. All rights reserved. Bologna, 15/03/2001 .
www.labourlaw.it - Rivista edita, diretta e stampata, in conformità alle leggi n. 62/2001, n.
47/1948 e n. 374/'39, da Franco Carinci, via S. Margherita n. 2, Bologna.
Per commenti e suggerimenti scrivere a webmaster@labourlaw.it.