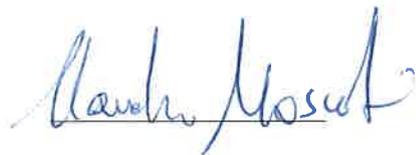


Università degli Studi "Roma Tre"
Scuola Dottorale Internazionale "Tullio Ascarelli"
Sezione "Diritto Privato per l'Europa"
XXIV Ciclo

***Mobbing a danno del datore di lavoro: gli incerti
confini tra una responsabilità contrattuale ed
extracontrattuale. Una giustizia negata o un diritto
inesistente?***

Candidato:

Dott.ssa Claudia Moscati



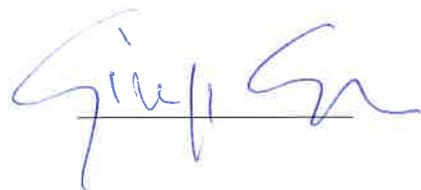
Tutor:

Chiar.mo Prof. Salvatore Mazzamuto



Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi



*Il mobbing a danno del datore di lavoro.
Gli incerti confini tra una responsabilità
contrattuale ed extracontrattuale.
Una giustizia negata o un diritto inesistente?*

Indice

Prefazione.....p. 4

Capitolo I

IL MOBBING

1. Definizione e classificazione della fenomenologia del *mobbing*.....p. 7
2. Linee e tendenze storico evolutive.....p. 18
3. Il *mobbing* nella giurisprudenza: casi pratici.....p. 26
4. Ricostruzione morfologica della figura: elementi oggettivi (luogo di lavoro; reiterazione e spazio temporale; effetto espulsivo); elementi soggettivi (la condotta del *mobber*; stato di soggezione del *mobbizzato*).....p. 33

Capitolo II

“L’ESPERIENZA ITALIANA TRA ORDINAMENTO E COSTITUZIONE”

1. I principi costituzionali a tutela del lavoro.....p. 49
2. Cenni al rapporto di lavoro subordinato nel codice civile: norme fondanti e rapporto contrattuale.....p. 61
3. (*Segue*) Compressione dell’autonomia individuale. Contrattazione collettiva e “favor” per il lavoratore.....p. 66

Capitolo III

PROSPETTIVE DI TUTELA DEL DATORE DI LAVORO

1. Una nuova prospettiva di lettura del rapporto di lavoro in chiave di inversione del potere contrattuale delle parti.....p. 76
2. Comportamento abusivo del Lavoratore: gli strumenti ordinari di tutela (sanzioni disciplinari; licenziamento).....p. 83
3. I comportamenti illegittimi del lavoratore non sanzionabili: un’ipotesi di *mobbing* a danno del datore di lavoro?.....p. 91

4. Responsabilità contrattuale o extracontrattuale.....	p. 103
a) Su una responsabilità contrattuale.....	p. 104
b) Su una responsabilità extracontrattuale.....	p. 111
5. I doveri di protezione.....	p. 116
6. Conclusioni.....	p. 121
Bibliografia.....	p. 124

PREFAZIONE

Per affrontare adeguatamente gli argomenti di cui ai successivi capitoli, appare opportuno premettere quale sia il senso della domanda che costituisce il titolo e l'oggetto del presente lavoro: *“il mobbing a danno del datore di lavoro. Gli incerti confini tra una responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Una giustizia negata o un diritto inesistente?”*.

Una affermazione di questo tipo è quanto mai provocatoria e richiede che si spieghino bene le modalità della ricerca che sarà condotta poiché il significato della stessa induce l'interprete a rivedere convinzioni radicate nelle realtà normative e fattuali del diritto civile e del diritto lavoro.

La complessità del presente lavoro attiene proprio al superamento della comune concezione della figura del lavoratore quale soggetto debole del rapporto contrattuale e all'affermazione, per converso, che anche il datore di lavoro, nell'ambito di quel rapporto, possa rivestire il ruolo di soggetto debole.

In particolar modo, l'attenzione dell'interprete dovrà spostarsi non sul soggetto, quale ad esempio il lavoratore o il datore di lavoro, che tiene un determinato comportamento, ma sul contesto ove il danno si verifica, nonché sulle condotte qualificanti l'illecito e sugli strumenti di tutela esistenti nel nostro ordinamento.

Alquanto suggestiva è apparsa, a parere di chi scrive, la ricostruzione che del *mobbing* è stata fatta da autorevole

dottrina⁽¹⁾ attraverso la seguente metafora: “*l’aggressione fisica di un gruppo di animali per allontanare dal branco un animale isolato, per la quale è stata adottata l’espressione di «mobbing» trova un doloroso riscontro nelle relazioni tra gli uomini. Dove tende ad assumere, al di là delle manifestazioni occasionali di violenza materiale, la forma insidiosa della persecuzione psicologica*” .

Ad una attenta lettura, il paragone tra il mondo umano e il mondo animale sembra portare il lettore a individuare gli indici rilevatori del fenomeno del “*mobbing*” nei termini, molto generali, che seguono:

a) esistenza di un luogo – il luogo di lavoro - ove si svolgono le “*relazioni tra gli uomini*”, inteso come luogo di convivenza di persone unite tra di loro per il perseguimento di obiettivi, ovvero interessi;

b) esistenza di un comportamento aggressivo, consistente in una condotta persecutoria reiterata nel tempo, che si concretizza in una “*forma insidiosa di persecuzione psicologica*” e non in “*manifestazioni occasionali di violenza materiale*”⁽²⁾;

c) esistenza di un intento espulsivo del *mobbizzante* volto in prima battuta ad ottenere l’isolamento della vittima, ma invero mirante all’espulsione della stessa dal luogo ove si tengono le relazioni tra gli uomini;

d) irrilevanza, ai fini dell’individuazione del soggetto *mobbizzante*, del ruolo ricoperto nelle relazioni tra gli uomini.

⁽¹⁾ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito del mobbing*, in Riv. It. dir. lav., 2004, 04, p. 489

⁽²⁾ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito*, loc. cit.

Sulla scorta di queste considerazioni, il presente lavoro, partendo dall'analisi della Costituzione che (...) "*tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni*" (art. 35 Cost.) e passando in rassegna le principali norme codicistiche in tema di diritto del lavoro, si prefigge l'obiettivo di costruire una teoria del mobbing disancorata dallo schema relazionale tipico delle parti nel rapporto di lavoro, con il fine di verificare se sussista - o meno - la possibilità di una costruzione dogmatica astratta di "*mobbing a danno del datore di lavoro*".

Se poi i comportamenti tenuti dal lavoratore in danno del datore di lavoro, analoghi a quelli ravvisabili nella fattispecie tradizionale di *mobbing*, possano essere ricompresi nella costruzione del fenomeno sin qui operata da dottrina e giurisprudenza non è dato sapere *a priori*.

Certo è, tuttavia, che tali comportamenti, riscontrabili nella pratica, devono trovare una collocazione sistematica nell'ordinamento giuridico interno. E' tale collocazione che il presente lavoro mira a fornire.

Capitolo I

IL *MOBBING*

1. Definizione e classificazione della fenomenologia del *mobbing*.
2. Linee e tendenze storico evolutive. 3. Il *mobbing* nella giurisprudenza: casi pratici. 4. Ricostruzione morfologica della figura: elementi oggettivi (luogo di lavoro; reiterazione e spazio temporale; effetto espulsivo); elementi soggettivi (la condotta del *mobber*; stato di soggezione del *mobbizzato*).

1. *Definizione e classificazione della fenomenologia del mobbing.*

La prima difficoltà che l'interprete incontra nell'affrontare lo studio del *mobbing* è quella di rintracciare, stante l'assenza di una specifica previsione legislativa, una nozione unitaria di tale fattispecie.

Va detto, infatti, che sia in ambito internazionale che nazionale il *mobbing* rappresenta una creazione prettamente dottrina⁽³⁾ e giurisprudenziale, non avendo il nostro legislatore provveduto a tipizzare tale figura, nonostante fosse stato richiesto

⁽³⁾ *Ex Multiis*, hanno parlato di *mobbing*, L. BATTISTA, *Persona, lavoro e mobbing*, Libreria Forense, Roma, 2005; D. GAROFALO, "Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecnica risarcitoria", in *Partecipazione agli scritti in memoria di Massimo D'Antona*, vol II, Giuffrè 2004; H. HEGE, *Il mobbing in Italia. Introduzione al Mobbing culturale*, Pitagora Editrice, Bologna, 1997; Id., *I numeri del mobbing. La prima ricerca italiana*, Pitagora Editrice, Bologna 1998; S. MAZZAMUTO, *Il Mobbing*, Giuffrè, Milano, 2004; TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 251; CACCAMO, MOBIGLIA, *Mobbing, tutela attuale e recenti prospettive*, in *DPL*, ins. 2003, n. 18.

agli Stati membri, con delibera del Consiglio d'Europa del 2000, di dotarsi di una specifica disciplina del fenomeno⁽⁴⁾.

Si suole parlare di *mobbing* quale concetto giuridico a contenuto indeterminato⁽⁵⁾ mancando, appunto, ogni indicazione da parte del nostro legislatore – ovvero della contrattazione collettiva – volta a fornire una tipizzazione di quei comportamenti illeciti e ingiusti qualificabili come “mobbizzanti” e tenuti all'interno dell'ambito lavorativo.

Alla luce di tali mancanze normative, si è ritenuto che l'opera dell'interprete debba passare inevitabilmente per una ricognizione dei singoli comportamenti al fine di verificare se, in concreto, gli stessi abbiano o meno gli estremi del danno e della sua ingiustizia. Al centro di tale ricerca, ovviamente, vi sono tutte quelle condotte incidenti sulla reputazione del lavoratore, sui suoi rapporti nel luogo di lavoro e sulla produttività ed efficienza della prestazione lavorativa.

A livello prettamente generale si potrebbe affermare che il *mobbing* esiste solo se esiste una dimensione lavorativa caratterizzata da comportamenti ingiusti e illegittimi compiuti da colleghi e/o superiori che minino la dignità e personalità di un lavoratore fino ad arrivare ad effetti negativi e distorsivi dell'attività produttiva e relazionale dello stesso.

Prima di procedere ad una disamina dei ragionamenti della nostra dottrina e della nostra giurisprudenza che hanno portato alla costruzione del cd. *mobbing*, è doveroso chiarire come sotto tale fenomeno vengano ricondotti alcuni comportamenti umani

⁽⁴⁾ M. RINALDI e P. SPAZIANI, *Il danno al lavoratore sul posto di lavoro*, Giuffrè Editore, 2011, p. 63 ss.

⁽⁵⁾ R. STAIANO, “*Mobbing comportamenti e tutele processuali*”, Maggioli Editore, 2012, p. 23.

che sono stati studiati prendendo quale diretto riferimento il mondo animale.

E, invero, è proprio dallo studio dell'etologia che si è tratto spunto per collocare, nell'ambito delle relazioni umane, gli atteggiamenti di chi, alla stregua di un "*gruppo di animali che si accaniscono contro uno di essi per espellerlo dal branco*"⁽⁶⁾, inveisce, con i comportamenti più disparati, contro un soggetto che presta la propria opera nell'ambito del medesimo luogo di lavoro, con il fine di emarginarlo dal contesto di riferimento.

Il *mobbing*, dunque, prima ancora che una valenza giuridica, ha una pregnante valenza sociale ed è quindi nel contesto delle relazioni tra uomini che ne deve essere approfondita la costruzione e esaminato il valore⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Così M. RINALDI e P. SPAZIANI, *Il danno*, cit., p. 65, che riportano il pensiero di C. Lorenz.

⁽⁷⁾ In tal senso, A. CONSOLETTI, *Mobbing e discriminazioni sul luogo di lavoro, analisi e strumenti di tutela*, Giappichelli Editore, 2010, p. 5. L'Autore richiamando il pensiero di Harald Ege sulla definizione di *mobbing* afferma: "(...) la scelta di indirizzare il fenomeno del mobbing verso l'analisi contemporanea, è dovuta a tre fattori: il comportamento della vittima, il comportamento del mobber e l'ambiente. Il mobbing è un fenomeno sociale e in quanto tale non si origina da sé, ma è fatto, subito o favorito da esseri umani, con le loro paure, insicurezze, crudeltà e difetti".

Dello stesso avviso, R. STAIANO, *Mobbing comportamenti*, cit., p. 7 ss. L'Autore parlando di *mobbing* definisce lo stesso identificandolo quale "male sociale sempre esistito" anche se posto all'attenzione di sociologi, dottrina e giurisprudenza da solo un ventennio.

Ancora. Non è mancato chi in dottrina (si veda S. BONINI, "*Il mobbing analisi giuridica interdisciplinare*", in Atti del Convegno tenutosi a Trento l'8 novembre 2007, CEDAM, 2009, p. 40) ha giustamente sottolineato come il *mobbing* sia un fenomeno antico per "il suo ontologico annidarsi nella miseria dell'animo umano". In tal senso, si veda U. SALVESTRONI, *Dignità del lavoro, della famiglia e mobbing*, in *Dir. Famiglia*, 2005, 03, p. 1074, il quale afferma: "i moderni sviluppi economico-sociali hanno posto in luce, com'è inevitabile in ogni umano comportamento, acute contraddizioni, che attenuano certamente l'accennato riscatto, fino a compromettere la dignità della persona umana, frutto della redenzione. Si va sempre più diffondendo, infatti, il fenomeno della "molestia morale" o mobbing, anche nelle formazioni sociali"

L'espressione, esistente da tempo a livello di sistema, è stata introdotta anche in Italia, in una nuova accezione, alla fine del ventesimo secolo dallo psicologo del lavoro Harald Ege per indicare una particolare figura di illecito (a danno del lavoratore) che ricorre ogni qual volta vi sia quella forma di terrore psicologico che si verifica sul posto di lavoro attraverso comportamenti aggressivi e vessatori ripetuti nel tempo da parte di colleghi o superiori⁽⁸⁾. In particolare, in tale accezione di mobbing non è data rilevanza al singolo e specifico comportamento causativo del danno – che non è tipizzato dalla legge – bensì a un numero e a un tipo non identificato di comportamenti⁹ – tenuti sul posto di lavoro con il fine di realizzare un illecito – che, come è stato giustamente posto in evidenza da autorevole dottrina⁽¹⁰⁾, sono semplicemente riassunti, in via induttiva, nella macrocategoria dei comportamenti mobbizzanti. Il *mobbing*, dunque, non costituisce una categoria

⁽⁸⁾ H. HEGE, *Il mobbing in Italia*. cit.; Id., *I numeri del mobbing. La prima ricerca italiana*, cit.

⁽⁹⁾ N. GHIRARDI, *La fattispecie mobbing ancora al vaglio della Cassazione*, in Riv. it. dir. lav., 2012, 1, p. 59. L'Autore sottolinea la problematicità dello studio del *mobbing* in quanto l'assenza di una definizione "di fatto mobbizzante" fa sì che lo stesso possa comporsi "di una serie di atti o comportamenti di natura diversa, illegittimi in sé per sé (come nel caso di demansionamento ex art. 2103 c.c.), ma anche "neutri" o astrattamente legittimi, se considerati singolarmente".

⁽¹⁰⁾ D. GAROFALO, "Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecnica risarcitoria", cit.

L'Autore nel ricondurre i comportamenti "mobbizzanti" nella categoria giuridica dell'abuso del diritto definisce il *mobbing* quale "categoria riassuntiva di comportamenti strumentalmente finalizzati all'illecito" e sottolinea giustamente come " (...) in alcuni casi, il datore di lavoro o con comportamenti perfettamente conformi alla legge e quindi teoricamente privi di anti-giuridicità, 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).

residuale, nella quale ritrovare tutti i comportamenti illeciti posti in essere nel luogo di lavoro e che non siano altrimenti tipizzati da norme, bensì una categoria generale riassuntiva di tutti quei comportamenti che presentano un *quid pluris* rispetto a quanto già tutelato da norme di legge⁽¹¹⁾. L'elemento innovativo del *mobbing* non è quindi quello di aver dato un nome specifico alle pratiche vessatorie, persecutorie ed espulsive a danno del lavoratore che non sono altrimenti tutelate, ma quello di aver dato rilevanza giuridica al danno che da tali pratiche è causato, al fine di fornire strumenti di tutela al soggetto mobbizzato⁽¹²⁾.

Partendo dal dato sociale, il termine *mobbing* è stato utilizzato nella psicologia del lavoro come sinonimo idoneo a individuare tutti quei comportamenti che, reiterati nel tempo, siano rivolti a danneggiare la salute e la personalità del lavoratore.

Si è parlato così di conflittualità sistematica⁽¹³⁾, ove un soggetto – il lavoratore – diviene “vittima” di azioni persecutorie ad opera di un collega (cd. *mobbing* orizzontale) o di un superiore (cd. *mobbing* verticale), finalizzate all'isolamento – se non anche all'espulsione – dal posto di lavoro.

Gli effetti che a seguito di tali comportamenti si producono progressivamente in capo al mobbizzato sono i seguenti:

- a) perdita di autostima: il mobbizzato inizia con il tempo a non credere in se stesso e nelle proprie capacità, nonché a sentirsi a disagio e inidoneo al ruolo che ricopre nel luogo di lavoro;

⁽¹¹⁾ D. GAROFALO, *Mobbing e tutela*, cit.

⁽¹²⁾ S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa e Diritto Privato*, 2003, p. 627.

⁽¹³⁾ Così M. RINALDI e P. SPAZIANI, *Il danno*, loc. cit., p. 65.

- b) perdita di eterostima: così come il mobbizzato perde la fiducia in se stesso, al pari inizia a trasmettere ai colleghi di lavoro l'idea di non essere in grado di svolgere i propri compiti, minando la fiducia in lui riposta;
- c) stato di soggezione e paralisi: il mobbizzato, sopraffatto da turbamenti psicologici e dall'ormai ostile ambiente in cui opera, non riesce più a svolgere il proprio lavoro in armonia e a produrre i risultati voluti dal datore di lavoro, non trovando al contempo modo di reagire positivamente e uscire dal "*baratro oscuro della sua condizione*".

Nell'ambito della ricostruzione del fenomeno del *mobbing* gli studiosi hanno ipotizzato l'esistenza di diverse fasi in cui si articola il complesso processo che porterà il mobbizzato in quello stato di malessere e soggezione che può arrivare al risultato finale della sua emarginazione ovvero allontanamento dal posto di lavoro.

Uno degli indici rilevatori affinché possa parlarsi di *mobbing* è rappresentato dallo spazio temporale nel quale si manifestano i comportamenti vessatori, in quanto la loro frequenza e durata differenziano un semplice conflitto dal *mobbing* vero e proprio⁽¹⁴⁾. In dottrina, è stato infatti giustamente evidenziato – sulla scorta delle ricerche condotte dallo psicologo del lavoro H. Leymann – come in ambito lavorativo possano riscontrarsi quotidianamente dei "conflitti" tra i soggetti che operano nella stessa attività produttiva che non sempre si concretizzano in comportamenti illegittimi "mobbizzanti", meritevoli di sanzione. Ciò accade, ovviamente, per il semplice motivo che in ogni luogo

⁽¹⁴⁾ AA.VV., *Il mobbing aspetti psicologici e giuridici*, Sistemi Editoriali, 2007, p. 20 ss.

di relazioni umane – come nel caso di specie il luogo di lavoro – inevitabilmente si riflette la personalità dei singoli, dando luogo a scontri caratteriali e comportamentali.

Al fine di superare la difficoltà di tracciare il labile confine tra le semplici situazioni di conflitto e il *mobbing* vero e proprio, lo studioso Harald Ege, nel ricostruire quei comportamenti qualificabili come vessatori e pertanto “mobbizzanti” a danno di un lavoratore, ha quindi individuato una schema tipico rappresentato da una sequenza di sei fasi dalle quali sfocerebbe una fattispecie identificabile in un danno e come tale definibile “*Mobbing*”.

Prima di illustrare le risultanze a cui è pervenuto Harald Ege nello scandire i momenti in cui si realizza una condotta mobbizzante, è doveroso ricordare come l’Autore abbia mutuato nell’esperienza italiana quanto – nei paesi scandinavi – aveva ipotizzato H. Leymann per spiegare la processualità del fenomeno del *mobbing* quale fattispecie caratterizzata da un progressivo susseguirsi di fasi⁽¹⁵⁾. In particolar modo, Leymann ha ipotizzato quattro momenti in cui si sviluppano le condotte vessatorie qualificabili come *mobbing*, e precisamente:

1. prima fase o fase del conflitto quotidiano. In questo *step* si assiste ad un primo mutamento delle relazioni intersoggettive nell’ambito lavorativo, dovuto all’intervento di fattori esterni alle relazioni medesime, ma che sono in grado di influenzarle e alterarle. Si pensi, ad esempio, alla promozione del collega che altera i rapporti di forza all’interno del luogo di lavoro e che

⁽¹⁵⁾ sempre AA.VV., *Il mobbing aspetti psicologici*, cit., p. 24.
Per un approfondimento cfr. H. LEYMANN, “*The definition of mobbing at work*”, *The mobbing Encyclopaedia*, [http:// www.leymann.se](http://www.leymann.se).

può causare gelosie e/o invidie in coloro che precedentemente erano pariordinati. In tale fase siamo ancora nell'ambito così definito di "conflitto" naturale, che, tuttavia, se non adeguatamente e prontamente risolto può causare malessere nel soggetto "vittima dei piccoli scontri" e progredire nella successiva seconda fase.

2. Seconda fase o fase di inizio del terrorismo psicologico. Tale *step* è stato definito da alcuni autori come fase di "*maturazione del conflitto*"⁽¹⁶⁾ in quanto si assiste al compimento di atti e fatti continuativi e sistematici volti a danneggiare il soggetto a cui sono rivolti. Il lavoratore, isolato e denigrato, comincerà a sentirsi a disagio e inidoneo alle proprie mansioni con conseguente incapacità di reazione. Superiori e/o colleghi lo emargineranno, non fornendo informazioni o aggiornamenti sullo sviluppo dell'attività produttiva, ovvero assegneranno al lavoratore incarichi insignificanti e umilianti. Gli psicologi del lavoro ritengono che in tale stadio il lavoratore ricorrerà all'ausilio di prodotti farmacologici richiedendo giorni di malattia nella convinzione che, così facendo, potrà attenuare il senso di malessere generato "dal luogo fisico di lavoro" ove si esplica la sua attività.
3. Terza fase o fase degli errori e degli abusi da parte della Direzione del Personale. In tale fase il conflitto, da semplice malessere interiore vissuto segretamente e intimamente dal lavoratore, viene esternalizzato nel contesto lavorativo. E così, da un lato l'ufficio della Direzione del personale – notato un calo qualitativo e quantitativo nell'attività produttiva del

⁽¹⁶⁾ sempre AA.VV., *Il mobbing aspetti psicologici*, cit., p. 25.

lavoratore – effettuerà i primi accertamenti sulle continue assenze dal luogo di lavoro; dall'altro, il lavoratore manifesterà il suo disagio riferendo le condotte vessatorie, denigratorie, tenute da colleghi o superiori. Le istanze del lavoratore non verranno ascoltate né presi i dovuti provvedimenti, alla luce, anche, delle testimonianze degli altri colleghi che, nella personalità del lavoratore, quale soggetto fragile e debole, individuavano l'unica causa del malessere.

4. Quarta fase o fase dell'esclusione dal luogo di lavoro. In tale fase al lavoratore iniziano ad essere assegnati incarichi di scarso rilievo senza che viceversa gli venga riconosciuta alcuna gratifica. Si può quindi arrivare ad una vera e propria dequalificazione a cui consegue il malessere generale del lavoratore e uno stato psicologico che può sfociare in seri disturbi depressivi e psicosomatici che lo costringono a rivolgersi a specialisti. All'estremo di tale fase si può arrivare al licenziamento o “alle spontanee dimissioni del lavoratore”⁽¹⁷⁾.

Da tale ricostruzione Harald Ege⁽¹⁸⁾ ha tratto spunto per approfondire ogni singola fase e procedere ad ulteriori suddivisioni fino a giungere ad individuare sei momenti

⁽¹⁷⁾ Nella fase conclusiva dello schema strutturale ipotizzato da H. Leymann, sono state segnalate le seguenti conseguenze a cui il lavoratore, così vessato, può andare incontro: “*demansionamento nelle attività lavorative con incarichi di minore importanza; trasferimento ad altra sede o continui spostamenti; periodo di lunga malattia o ricovero in clinica psichiatrica; prepensionamento; procedura di invalidità; comparsa di una forte carica aggressiva; comparsa di manie ossessive; sviluppo di comportamenti criminali; suicidio; soppressione dell'aggressore*”. Cfr. sempre AA.VV., *Il mobbing*, loc. cit.

⁽¹⁸⁾ Cfr. H. EGE, *I numeri del mobbing*, loc. cit.; Id., *Il mobbing in Italia*, loc. cit.; Id., *Che cos'è il terrore psicologico sul posto di lavoro*, Bologna, 1996; Id., *Al centro della persecuzione*, cit., p. 27.

caratterizzanti il *mobbing* – oltre la fase per così dire di “*pre-mobbing*” o condizione zero – che qui di seguito si schematizzano:

- a) condizione zero: il lavoratore si trova dinanzi ad un cd. conflitto quotidiano connaturato dal suo essere “uomo” all’interno di una società di “altri uomini”. In tale condizione si verifica una “*forma di conflitto fisiologico considerato normale ed accettato nelle organizzazioni*⁽¹⁹⁾”, in quanto il lavoratore compete con altri lavoratori nell’ottica di una lotta di tutti contro tutti, i quali sopportano reciprocamente l’inquietudine e l’eventuale instabilità fisiologica⁽²⁰⁾;
- b) prima fase: si individua la vittima e iniziano i primi comportamenti contro di essa. In particolar modo, si assiste ad un passaggio dal conflitto fisiologico, inteso quale generalizzata lotta di “tutti contro tutti”, al conflitto mirato, indirizzato in una specifica lotta di “noi contro di te”;
- c) seconda fase: è il momento di inizio del *mobbing* vero e proprio. La vittima inizia a subire ripetute vessazioni e si verifica la prima rottura dell’armonia lavorativa. In questa fase si ritiene che la vittima – ignara di essere qualificata tale – non accusi ancora la patologia da *mobbing*, ma disagio e malessere;
- d) terza fase: il lavoratore comincia da accusare problemi psicosomatici;
- e) quarta fase: il lavoratore manifesta la sua patologia all’esterno con conseguente perdita qualitativa e quantitativa della propria attività produttiva, alla quale si associa l’inerzia ovvero l’abuso

⁽¹⁹⁾ Cfr. AA.VV., *Il mobbing aspetti psicologici*, cit., p. 26.

⁽²⁰⁾ S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing*, cit., p. 632.

da parte dell'amministrazione del personale consistente nel non reprimere le condotte dei colleghi della vittima. Spesso, infatti, oltre ai reiterati e costanti comportamenti vessatori dei colleghi, è la stessa amministrazione ad abusare della vittima costringendola a "sopportare" anche continui richiami per l'acclarato deficit lavorativo;

f) quinta fase: il lavoratore perde la propria autostima, colpevolizzandosi dei comportamenti aggressivi ricevuti e della costante perdita di produttività; i suoi malesseri psicosomatici si tramutano in disperazione. *"L'azienda è tutta contro di lui⁽²¹⁾"*.

g) sesta fase: il lavoratore subisce l'espulsione dall'ambito lavorativo. A causa del susseguirsi delle cinque fasi precedentemente indicate, la vittima – paralizzata nel suo malessere – è incapace di reagire e arriva all'epilogo di abbandonare il posto di lavoro per dimissioni volontarie ovvero per prepensionamento ovvero per licenziamento. In molti casi, dall'abbandono del posto di lavoro non si assiste ad un contestuale affievolimento dei sintomi di malessere dell'ex lavoratore, ma si riscontrano manie ossessive che possono, seppur in rare ipotesi, anche sfociare in suicidio ovvero omicidio.

Da quanto appena esposto, dottrina e giurisprudenza hanno preso consapevolezza del fenomeno del *mobbing* quale possibile "piaga sociale" nello sviluppo delle relazioni tra gli uomini e della conseguente attività produttiva⁽²²⁾. L'interprete, ancora oggi, è

⁽²¹⁾ A. CONSOLETTI, *Mobbing e discriminazioni*, cit., p. 6.

⁽²²⁾ R. STAIANO, *Mobbing comportamenti*, cit., p. 7. L'Autore giustamente afferma: *"la sindrome da mobbing è un male sociale sempre esistito, tuttavia è*

chiamato a rispondere alle istanze di tutela che le “vittime” in ambiente lavorativo chiedono di ricevere.

Tale obiettivo è alla base del presente lavoro, il quale si prefigge di trovare un’ipotetica risposta dinanzi alle mutate esigenze di una realtà sociale e lavorativa che vive l’oggi e immagina il domani in una dimensione sempre più dinamica.

2. *Linee e tendenze storico-evolutive.*

Nel proseguire la trattazione sulla diffusione del fenomeno del *mobbing* quale realtà sociale, meritevole di tutela, non ci si può esimere dal ripercorrere le linee guida tracciate dallo *ius commune*⁽²³⁾.

Si ricorda, in tal senso, la Carta comunitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori – Strasburgo, 9 dicembre 1989 – ovvero la Risoluzione del Parlamento sul rispetto dei diritti dell’uomo nell’Unione Europea del 1997, nella quale si riconoscono diritti ricompresi nell’ampia concezione del diritto del lavoro e si affrontano tematiche inerenti alla violenza nei luoghi di lavoro⁽²⁴⁾.

Propedeutico a qualsiasi ricognizione è il riconoscimento – contenuto nella Carta dei Diritti fondamentali, come proclamata dal Consiglio della Commissione e dal Parlamento dell’Unione Europea a Nizza 7.12.2000 – della persona umana quale punto di

solo da più di un ventennio che il mobbing si è posto all’attenzione dei sociologi, psicologi del lavoro, psichiatri e magistratura, evidenziando l’esigenza di proteggere la persona sul luogo di lavoro, sotto il profilo sociale, etico e morale”.

⁽²³⁾ Si veda S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing*, cit., p. 633.

⁽²⁴⁾ A. CONSOLETTI, *Mobbing e discriminazioni* cit., p. 15 .

riferimento dell'azione comunitaria, dal quale si costruisce la categoria dei cd. "*diritti della seconda e terza generazione*"⁽²⁵⁾.

Accanto ai diritti comuni e tradizionali di eguaglianza e libertà, si affiancano – in considerazione della Carta dei Diritti fondamentali – quelli del diritto all'integrità fisica e psichica della persona, il diritto al lavoro, la parità tra i sessi, il divieto di abuso del diritto, la libertà d'impresa, etc.

Per rintracciare, però, nella storia evolutiva del nostro sistema, riferimenti normativi alla tutela degli odierni comportamenti mobbizzanti, non si può non menzionare il Trattato istitutivo della Comunità Europea nel quale già si rinviene un corpo di norme rivolte ad arginare "*il disvalore giuridico delle pratiche vessatorie ed abusive sul luogo di lavoro*"⁽²⁶⁾.

Merita menzione l'art. 137 (*ex art. 118*) del Trattato istitutivo della Comunità Europea il quale richiede agli Stati membri di

⁽²⁵⁾ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Le basi costituzionali di un diritto privato europeo*, in *Europa e Diritto Privato*, 2003, p. 21 ss. In particolare, l'Autore evidenzia l'innovazione dell'art. 1 relativo a "*la dignità umana*" quale canone interpretativo e creativo rispetto all'intero testo della Carta. Applicando tale criterio interpretativo allo studio, oggetto del presente lavoro, esso assume valenza pregnante in considerazione dell'art. 3 – riferito al "*diritto all'integrità della persona*" - per il quale si configura una responsabilità civile e il conseguente risarcimento del danno in caso di violazione dell'integrità fisica e psichica dell'individuo, nel caso alla nostra attenzione anche nei confronti "del lavoratore", ovvero dell'art. 15 quale enunciazione del "*diritto di lavorare*". Da tale menzione si può ipotizzare una costituzionalizzazione, nella Carta dei Diritti fondamentali, del rapporto di lavoro teso a tutelare e a garantire, oltre al primario diritto alla salute, l'ulteriore specificazione dell'integrità fisica e psichica dell'individuo anche nell'ambito in cui esplica la propria attività lavorativa.

⁽²⁶⁾ S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing*, cit., p. 635. L'Autore evidenzia l'importanza avuta dal Trattato istitutivo della Comunità Europea così come affermato negli orientamenti della Corte di Giustizia della Comunità Europea, per i quali le disposizioni sull'ambiente di lavoro, sicurezza, etc., andrebbero letti alla luce della considerazione complessiva di *tutti quei fattori fisici e di altra natura in grado di incidere sulla salute e sicurezza del lavoratore nel suo ambiente di lavoro*".

apportare una specifica disciplina volta a favorire l'ambiente di lavoro (si pensi, ad esempio, alla tutela sulla sicurezza sul lavoro) nonché la persona del lavoratore (in tal senso si ricorda, ad esempio, il dovere di informazione e consultazione dei lavoratori ovvero la rappresentanza collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro).

Oltre a quanto sopra detto sull'importanza dei principi dettati dalla Carta europea e dai Trattati in ambito lavorativo, nello sviluppo della tutela del *mobbing* assume particolare rilevanza l'intervento offerto in ambito comunitario attraverso l'emanazione di specifiche Direttive.

Si riportano schematicamente, qui di seguito, alcune delle Direttive comunitarie che hanno affrontato "*lato sensu*" i principi chiave per l'elaborazione dottrina e giurisprudenziale di quello che oggi è divenuto il fenomeno del *mobbing*:

1. direttiva 76/2007/CEE, relativa all'uguaglianza tra uomo e donna nell'impiego, nella formazione, nella promozione professionale e nelle condizioni di lavoro;
2. direttiva 89/391/CEE, inerente il miglioramento delle misure a salvaguardia della sicurezza e della salute dei lavoratori nell'ambiente di lavoro;
3. direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, che ha portato all'emanazione del D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Tale provvedimento ha una duplice valenza in quanto da un lato ha rappresentato un importante punto di svolta nella lotta contro le discriminazioni legate alla religione, età, convinzioni personali, orientamento sessuale, *handicap*;

dall'altro ha avuto lo scopo di tutelare l'accesso al lavoro e a favorirlo mediante anche la previsione di un'adeguata informazione e prevenzione sul disagio da questo causato⁽²⁷⁾.

4. Risoluzione A5-0283/2001 (2001/2339(INI)) del Parlamento Europeo assunta il 20 settembre 2001, che costituisce il primo documento ufficiale nel quale, in maniera programmatica, si delineano le linee guida da seguire in tema di *mobbing* al fine di prevedere misure idonee contro tale fenomeno di cui sempre più lavoratori risultano esserne vittime⁽²⁸⁾. Il contenuto della Risoluzione è suddiviso in due parti:

a) ricostruzione delle cause del fenomeno e analisi delle sue conseguenze. In particolar modo, il Parlamento Europeo, dopo aver rilevato come il fenomeno del *mobbing* sia un “grave problema nel contesto della vita professionale” e relazionale⁽²⁹⁾ dell'individuo, ne evidenzia la gravità dei danni che comportano effetti devastanti sulla salute fisica e psichica del lavoratore.

b) esortazione agli Stati membri, alle parti sociali e alle istituzioni comunitarie, di definire un programma per colmare

⁽²⁷⁾ A. CONSOLETTI, *Mobbing e discriminazioni*, cit., p. 16.

⁽²⁸⁾ Si è stimato, in base ad un sondaggio della Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro (Fondazione di Dublino), che in un arco temporale di un anno, almeno l'8% dei lavoratori dell'Unione Europea, pari all'incirca a dodici milioni di persone, ha subito comportamenti vessatori e abusivi nel luogo di lavoro. Si è ritenuto, infatti, che in molti degli Stati membri il fenomeno non venga neanche dichiarato ovvero dichiarato solo in parte e che a causa delle differenze giuridiche e culturali dei singoli sistemi non vi sia unitarietà di strumenti di tutela.

⁽²⁹⁾ In particolar modo, non si può trascurare che i danni da *mobbing* hanno ripercussioni – per la vittima – non solo nella sua sfera lavorativa che lo conducono ad un abbandono forzoso dal posto di lavoro, ma anche nella sua sfera familiare. Si pensi ad esempio, alla necessaria sottoposizione del mobbizzato a cure farmacologiche o psicoterapeutiche che coinvolgono inevitabilmente i prossimi congiunti dello stesso.

la propria legislazione per favorire la lotta contro il *mobbing* e le molestie sessuali sul posto di lavoro, di fornire un'esaustiva e specifica nozione della fattispecie e di adottare misure idonee per la sua prevenzione e repressione.

5. Direttiva 2006/54/CE del 5 luglio 2006, relativa alla parità di trattamento tra uomini e donne nell'ambiente di lavoro. L'ordinamento comunitario ha ritenuto che la discriminazione mediata o immediata in base al sesso degli individui costituisca la premessa del *mobbing*. Sono stato rintracciati, infatti, gli elementi sostanziali della fenomenologia del *mobbing* nei comportamenti illegittimamente compiuti, in maniera fisica o verbale, in relazione al sesso di una persona. Si pensi ad esempio alla predisposizione di diverse condizioni – in base al sesso – per la concessione di permessi ai lavoratori. Tali comportamenti si sostanziano in una violazione della dignità dell'individuo, creando in ambito lavorativo un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo.

Al di là del rilievo che la Comunità Europea ha riservato al *mobbing*, tracce di legislazione in materia si rinvengono altresì negli ordinamenti interni dei principali Stati membri, alcuni dei quali hanno iniziato a prendere in considerazione l'argomento già prima dell'intervento comunitario del 2001.

Al fine di fornire al lettore una breve panoramica degli interventi dei Paesi Europei si riporta, schematicamente, l'indicazione di quanto fatto in tema di una normativa *antimobbing* nei singoli paesi:

a) Svezia: è stato il primo paese ad occuparsi, in maniera incisiva, del fenomeno del *mobbing* adottando un codice

comportamentale delle relazioni sociali nei luoghi di lavoro, entrato in vigore il 31 marzo 1994. L'obiettivo di tale normativa è quello di prevenire gli eventi di violenza psicologica in ambito lavorativo che possano indurre la cd. "mentalità del capro espiatorio" realizzando, nel caso concreto, la fattispecie del *mobbing*.

Nell'ottica di prevenzione, la norma svedese, ha previsto la nascita di una nuova figura professionale: l'osservatore di reparto⁽³⁰⁾.

b) Norvegia: ha previsto all'interno della legge sulla tutela dell'ambiente di lavoro del 1977 una specifica disposizione a tutela del *mobbing*⁽³¹⁾.

c) Francia: rappresenta il secondo paese europeo ad aver adottato una delle leggi più organiche in materia di *mobbing* ("*harcèlement moral*") e ad aver accolto l'invito della Risoluzione A5-0283/2001 (2001/2339(INI)) del Parlamento Europeo nell'adottare misure idonee alla prevenzione e repressione dei comportamenti mobbizzanti. Si tratta della legge del 17 gennaio 2002, n. 73, che ha il merito di aver previsto l'inversione dell'onere della prova e aver introdotto un'apposita fattispecie di reato.

Sotto il primo profilo, si rileva, come la normativa in questione abbia previsto che l'attore (*rectius*: il lavoratore) debba addurre elementi di fatto che lascino supporre di aver subito

⁽³⁰⁾ Sempre AA.VV., *Il mobbing aspetti psicologici*, cit., p. 141.
Per una disamina dettagliata sulla direttiva svedese cfr. A. CONSOLETTI, *Mobbing e discriminazioni*, cit., p. 201 ss.

⁽³¹⁾ AA.VV., *Il mobbing aspetti psicologici*, loc. cit., ove si segnala l'introduzione nella legge del 24 giugno 1994, n. 41, della garanzia per i lavoratori di "non essere esposti a molestie o ad altri comportamenti sconvenienti..."

comportamenti vessatori (cd. prova indiziaria dalla quale il giudice potrà desumere l'esistenza di vessazioni), mentre spetterà al convenuto (*rectius*: datore di lavoro e/o collega) dimostrare che i suoi comportamenti non si sostanziano in alcuna molestia morale.

Sotto il secondo profilo, il legislatore francese ha introdotto nella sezione intitolata "*harcèlement moral*" l'art. 222-33-2 il quale sanziona con la pena della reclusione fino ad un anno, o dalla multa di 15.000 euro: "*il fatto di molestare gli altri attraverso comportamenti ripetuti aventi per oggetto o per effetto una degradazione delle condizioni di lavoro suscettibili di ledere i suoi diritti e la sua dignità, di alterare la sua salute fisica o mentale o di compromettere il suo avvenire professionale*".

d) Spagna: il legislatore spagnolo è intervenuto all'interno della legislazione esistente, sulla prevenzione dei rischi da lavoro, per introdurre richiami sul "*acoso moral*" che potrebbe tradursi come "bullismo" sul posto di lavoro e prevedendo la sua prevenzione come obbligazione a carico del datore di lavoro.

e) Germania: nell'esperienza tedesca il fondamento di una tutela per i danni da *mobbing* è contenuto nella Costituzione Federale, la quale sancisce i solenni principi di dignità umana (§ 1), libera espressione della personalità umana, diritto alla vita, diritto all'incolumità fisica e alla libertà personale (§ 2).

Il codice tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch*) poi nel § 618 prevede l'obbligo di adottare idonee misure di sicurezza per evitare al debitore danni alla vita o alla salute³².

(³²) S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing*, cit., p. 640.

E ancora. Oltre ai principi surrichiamati, è doveroso segnalare le norme speciali contenute nella *Betriebsverfassungsgesetz* del 23 dicembre 1988, ove si prevede il ricorso a misure di cura e di assistenza preventiva da parte dell'imprenditore e del consiglio d'azienda⁽³³⁾. Merita menzione, altresì, l'ulteriore intervento del 1996 realizzato attraverso gli accordi tra azienda e sindacati volti a garantire e favorire un clima positivo all'interno del luogo di lavoro basati su un reciproco impegno e una costante collaborazione tra gli stessi.

f) Austria: nel Piano d'azione per la parità uomo-donna del 1998 si rinviene un esplicito richiamo al *mobbing* ove lo stesso, insieme ad espressioni denigratorie e alle molestie sessuali, viene ritenuto comportamento lesivo della dignità dell'individuo nel luogo di lavoro.

g) Inghilterra: l'ordinamento inglese mediante il *Protection from Harassment Act* del 1997 prevede una tutela sanzionatoria per il cd. *bullying at work* la cui peculiarità è rappresentata dalla conoscenza o conoscibilità del carattere molesto della condotta posta in essere. Le sanzioni sono costituite oltre che dalla pena detentiva della reclusione, dall'obbligo del risarcimento del danno a carico del datore di lavoro per le perdite patrimoniali e morali subite⁽³⁴⁾.

Si ricorda anche la particolare importanza rivestita dal *Dignity at Work Bill* nel quale viene riconosciuta una responsabilità del

⁽³³⁾ Per un'attenta disamina cfr. P. MASCIOCCHI, "Il sistema di prevenzione dei reati e degli infortuni in tema di sicurezza, Maggioli Editore, 2009, p. 224 ss.

⁽³⁴⁾ M.GENTILE, *Il mobbing. Problemi e casi pratici nel lavoro pubblico*, Giuffrè, 2009, p. 148. L'autore ricorda il contributo offerto verso una tutela contro il mobbing dal *Sex Discrimination Act* del 1977 e *Health and Safety at work Act* del 1974.

S.MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing*, cit., p. 641.

datore di lavoro ogni qual volta un lavoratore venga esposto con atti ovvero con omissioni, nel luogo di lavoro, a molestie che violino la sua dignità.

3. *Il Mobbing nella giurisprudenza: casi pratici.*

Come accennato nei paragrafi che precedono, il *mobbing* è istituto di origine dottrina e giurisprudenziale⁽³⁵⁾. Per una corretta e adeguata identificazione dei suoi elementi costitutivi, non si può dunque prescindere dall'analisi di alcuni esemplificativi casi pratici che facciano comprendere il fenomeno nelle sue linee essenziali e ne colgano la reale portata sociale.

Solo dall'attenta analisi pratica, infatti, è possibile risalire al minimo denominatore che accomuna le diverse ipotesi in cui si è parlato di *mobbing* e compiere un'efficace riscontro del suo atteggiarsi secondo le sei fasi già descritte nel precedente paragrafo.

Invero, dall'analisi dei casi che, nel tempo, sono stati portati all'attenzione dei Tribunali e delle Corti italiane, è agevole evincere che la condotta che si traduce in *mobbing* consta di due elementi: un elemento oggettivo e un elemento soggettivo. Il primo attiene al lato *esterno* del rapporto tra le parti e concerne le modalità in cui i comportamenti mobbizzanti si esplicano all'interno dell'ambiente di lavoro; il secondo attiene al lato *interno* del rapporto tra soggetto mobbizzante e soggetto mobbizzato e concerne il particolare atteggiamento psicologico dell'uno nei confronti dell'altro.

⁽³⁵⁾ Cfr., il precedente par.1.

In particolare, si è detto che *“elementi caratterizzanti della nozione di “mobbing”, in tal senso specificata, sono dunque l’oggettività della condotta vessatoria [e] la intenzionalità dello scopo persecutorio o discriminatorio (anche se eventualmente attuato con singoli atti ciascuno di per sé lecito) (...)”*⁽³⁶⁾.

Analizzando dapprima il lato oggettivo della condotta, tra i comportamenti che la giurisprudenza⁽³⁷⁾ ha ritenuto integrare la fattispecie di mobbing troviamo i seguenti:

- Riduzione ingiustificata dell’ambito di autonomia operativa del lavoratore, che si risolve in una mortificazione sul piano professionale e in un susseguirsi di attacchi sul piano personale; demansionamento e privazione di compiti rilevanti nell’ambito delle mansioni del lavoratore;
- Inflizione di umiliazioni e sofferenze morali ingiustificate;
- brusca interruzione della carriera professionale, senza alcuna apparente, né reale giustificazione;
- Atti sistematicamente diretti alla esasperazione del lavoratore, quali, ad es., continua negazione di ferie e permessi, privazione di collaboratori, ecc.;
- Continua e perdurante negazione immotivata delle richieste del lavoratore, quali richieste di mobilità, di ottenimento di qualifica superiore;
- Adozione di provvedimenti disciplinari strumentale alla denigrazione del lavoratore, mediante amplificazione id situazioni di irregolarità minore;

⁽³⁶⁾ Trib. Pescara, sez. lav., 13.03.2012.

⁽³⁷⁾ Cfr. *ex multis* Cass., 20 marzo 2009, n. 6907; Cass., 28 agosto 2007, n. 18262; Trib Agrigento 1 febbraio 2005; Trib. Pinerolo, 2 aprile 2004; Trib. Trieste, 10 dicembre 2003; Trib. Tempio Pausania, 10 luglio 2003.

Come si può notare, si tratta di comportamenti eterogenei, a contenuto non predeterminato, ma tutti adottati nella medesima direzione: l'exasperazione e persecuzione del lavoratore nell'ambito del luogo di lavoro.

È in tal senso che viene quindi in rilievo il profilo soggettivo del *mobbing*, quale l'elemento psicologico necessario perché ricorra la figura. In buona sostanza, il comportamento datoriale, lungi dall'essere un comportamento giustificato dalla repressione della condotta illegittima del lavoratore – cosa che, se condotta nell'alveo delle norme e del procedimento disciplinare individuato da leggi e contrattazione collettiva, sarebbe più che lecita – deve avere un intento discriminatorio e/o persecutorio di un determinato soggetto che miri a non farlo più sentire parte del contesto lavorativo in cui opera.

La condotta mobbizzante, infine, perché possa ricorrere l'ipotesi di *mobbing*, deve essere reiterata nel tempo in quanto, in caso contrario, sarebbe *ictu oculi* difficile riscontrare nel comportamento datoriale quell'intento espulsivo tipico del momento oggettivo che è stato appena evidenziato. In particolare, si è detto testualmente che, *“ai fini dell'integrazione del mobbing, è necessaria la sussistenza di sistematici e reiterati comportamenti ostili idonei a comportare la completa emarginazione del lavoratore, non essendo sufficiente un semplice contrasto, sebbene molto acceso, verificatori tuttavia in un limitatissimo arco temporale”*⁽³⁸⁾.

Ovviamente, a quanto appena detto, va aggiunto che non potrebbe aversi *mobbing* senza il sussistere di un “(...)

⁽³⁸⁾ Trib. Perugia, sez. lav., 28.03.2012.

pregiudizio all'integrità psicofisica del lavoratore ed il nesso causale fra la condotta come sopra descritta e il pregiudizio sofferto dal lavoratore” medesimo, in quanto non avrebbe senso per il nostro ordinamento ipotizzare un problema di tutela del lavoratore qualora lo stesso non venga in alcun modo danneggiato.

Una recente sentenza della Corte di Cassazione ha adeguatamente riassunto quanto appena illustrato precisando che: *“Per mobbing si intende comunemente una condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico, sistematica e protratta nel tempo, tenuta nei confronti del lavoratore nell'ambiente di lavoro, che si risolve in sistematici e reiterati comportamenti ostili che finiscono per assumere forme di prevaricazione o di persecuzione psicologica, da cui può conseguire la mortificazione morale e l'emarginazione del dipendente, con effetto lesivo del suo equilibrio fisiopsichico e del complesso della sua personalità. Ai fini della configurabilità della condotta lesiva del datore di lavoro sono, pertanto, rilevanti: a) la molteplicità di comportamenti di carattere persecutorio, illeciti o anche leciti se considerati singolarmente, che siano stati posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro il dipendente con intento vessatorio; b) l'evento lesivo della salute o della personalità del dipendente; c) il nesso eziologico tra la condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico e il pregiudizio all'integrità psicofisica del lavoratore; d) la prova dell'elemento soggettivo, cioè dell'intento persecutorio (...)”⁽³⁹⁾.*

⁽³⁹⁾ Cass. civ., sez. lav., 31 maggio 20122, n. 12048.

In linea con i principî appena enunciati si è quindi sviluppata una ormai cospicua casistica che ha, di volta in volta, accertato o negato la qualificazione di *mobbing* ai comportamenti portati all'attenzione dei giudicanti⁽⁴⁰⁾. Ai fini della presente ricerca appare utile una breve disamina di alcune sentenze che, a parere di chi scrive, esemplificano in maniera puntuale il ricorrere o meno della condotta mobbizzante, facendo leva sull'esistenza o sulla mancanza dei singoli elementi qualificanti della medesima, come sopra individuati.

In particolare, ponendo l'attenzione sulla circostanza della necessità di reiterazione nel tempo e dell'esistenza di un intento provocatorio, il TAR della Basilicata⁽⁴¹⁾, con riferimento all'ipotesi di *mobbing* a danno di un pubblico dipendente, ha respinto l'istanza di tutela basata sull'esclusiva circostanza che il dipendente sarebbe stato illegittimamente trasferito in una diversa sede di servizio, con conseguente danno morale, biologico ed esistenziale, per essere restituito al luogo di provenienza solo a seguito dell'annullamento del provvedimento datoriale. In tale ipotesi, infatti, ad avviso del Tribunale adito, le circostanze addotte dal ricorrente – la mera esistenza di un provvedimento illegittimo di trasferimento perdurato un anno – non sarebbero di per sé sufficienti ad integrare il requisito della discriminazione e/o persecuzione ai danni del dipendente. Peraltro, si può aggiungere che a questa considerazione che il solo trasferimento, quale unico comportamento illegittimo allegato dalla parte, non sembra poter da solo integrare gli estremi del *mobbing* che invece

⁽⁴⁰⁾ Per la quale si prenderanno a riferimento principalmente le sentenze dei giudici di merito, data la funzione istituzionalmente nomofilattica della Suprema Corte di Cassazione.

⁽⁴¹⁾ TAR Potenza Basilicata, sez. I, sent. 10 gennaio 2012, n. 6

richiede una condotta complessivamente illegittima. E ciò a maggior ragione ove si pensi che l'illegittimità del trasferimento è tutelata da norme specifiche dell'ordinamento giuslavoristico e, quindi, nell'applicazione corretta di tali norme può quindi trovare autonomo rimedio.

Ancora, sempre in tema di pubblico impiego, interessante appare una pronuncia del Consiglio di Stato⁽⁴²⁾ che ha ritenuto sussistere una fattispecie di *mobbing* nel caso del professore che, a seguito della soppressione di un istituto universitario, è rimasto privo di assegnazione, non potendo così svolgere appieno le proprie mansioni e subendo un estremo disagio logistico e organizzativo per ben due anni a causa dell'estremo ritardo dell'adozione dei dovuti provvedimenti da parte della P.A. In tale ipotesi il Consiglio ha ravvisato *mobbing* per violazione di obblighi contrattuali della P.A. che ha protratto l'inadempienza – consistente nel non metter il professore nella condizione di svolgere adeguatamente il proprio ruolo – per due anni, così determinando un danno all'immagine e alla salute dello stesso.

Facendo leva sulla mancanza dell'elemento soggettivo volto all'esclusione del lavoratore dal luogo di lavoro, il Tribunale di Perugia ha invece ritenuto non sussistere ipotesi di *mobbing* nel caso di assegnazione a funzioni differenti del lavoratore a causa di sopravvenuta inidoneità fisica a quelle precedentemente svolte. Una tale circostanza, infatti, non sarebbe di per sé sola idonea ad integrare la fattispecie *mobbing* se non “accompagnata” dalla creazione di una situazione lavorativa di conflittualità

⁽⁴²⁾ Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2008, n. 1739.

sistematica, volta all'emarginazione – prima psicologica e poi fisica – del lavoratore.

E ancora, evidenziando l'aspetto della necessaria reiterazione dei comportamenti di carattere persecutorio, la Corte di Cassazione ha giudicato corretta la *“sentenza del giudice di merito che abbia escluso ogni intento persecutorio o emulativo in episodi marginali e isolati, consistiti nel lancio della retribuzione sul tavolo e nella consegna di questa in un sacco di monetine, verificatisi in tempi successivi all'inizio della manifestazione delle patologie asseritamente collegate al “mobbing”, quando la lavoratrice non andava più a lavorare e si recava in azienda soltanto allo scopo di ritirare la retribuzione”*⁽⁴³⁾.

Infine, riassumendo ancora i generali presupposti al ricorrere dei quali può dirsi esistente il *mobbing*, sempre la Suprema Corte di Cassazione ha statuito che *“può esservi condotta molesta e vessatoria o, comunque mobbing, anche in presenza di atti di per sé legittimi cosicché non ogni demansionamento così come non ogni altro atto illegittimo dà luogo, a cascata, a mobbing. Affinché ciò avvenga è necessario che le diverse condotte, alcune o tutte di per sé legittime, si ricompongano in un unicum, essendo complessivamente e cumulativamente idonee a destabilizzare l'equilibrio psico-fisico del lavoratore. Ciò non toglie che tali condotte, esaminate separatamente e distintamente possano essere illegittime e anche integrare fattispecie di reato”*⁽⁴⁴⁾.

Questo *excursus* – seppur breve – da un'idea al lettore della complessità della fattispecie dinanzi alla quale ci troviamo che, lungi dall'essere esaminata con il solo riferimento a condotte

⁽⁴³⁾ Cass. Civ., sez. lav., 31 maggio 2011, n. 12048.

⁽⁴⁴⁾ Cass. pen., sez. VI, 8 marzo 2006, n. 31413.

astratte e linee guida generali, deve essere guardata, di volta in volta, con la lente di chi, partendo dal dato empirico, cerca di ricostruirne una teoria generale.

4. Ricostruzione morfologica della figura: gli elementi oggettivi e gli elementi soggettivi della condotta mobbizzante.

Partendo dal presupposto del *mobbing* quale fattispecie priva di una condotta tipizzata e basandosi su parte dei rilievi giurisprudenziali di cui al paragrafo precedente, la dottrina ha incentrato lo studio della fenomenologia del *mobbing* analizzando gli elementi oggettivi e soggettivi in presenza dei quali un dato comportamento concretizza una fattispecie illecita nelle relazioni tra i consociati⁽⁴⁵⁾.

E' doveroso premettere che, a prescindere da qualsiasi classificazione di elementi oggettivi o soggettivi che è stata ipotizzata e che anche nel presente lavoro si procede ad analizzare – seppur in chiave diversa della dottrina tradizionale – non si può parlare di *mobbing*, se non valutando tale ripartizione classificatoria nel suo complesso⁽⁴⁶⁾. Il *mobbing*, infatti, non

⁽⁴⁵⁾ H. EGE, *Al centro della persecuzione*, cit., p. 17. L'Autore nel cercare di trovare un comune denominatore per tutti quei comportamenti ritenuti come mobbizzanti ha individuato sette parametri rappresentati rispettivamente da: 1) ambiente; 2) frequenza; 3) durata; tipo di azioni; 4) dislivello tra gli antagonisti; 5) andamento secondo fasi successive; 6) andamento secondo fasi; 7) intento persecutorio.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. N. GHIRARDI, *La fattispecie mobbing*, cit., il quale riportando alcuni orientamenti giurisprudenziali afferma: "(...) Proprio per queste peculiari caratteristiche, la giurisprudenza ha affermato che, da un lato, è necessario dare rilievo a ogni singolo elemento in cui il comportamento si manifesta (assumendo rilievo anche la soggettiva angolazione del comportamento, come costruito e destinato ad essere percepito dal lavoratore, e, dall'altro, è necessario che i singoli

potrebbe esistere se non fossero considerati nel suo insieme: il luogo, il tempo, la condotta e l'effetto.

Riprendendo, le fila del discorso, e solo con lo scopo di semplificare la ricostruzione del fenomeno, si rileva che dal punto di vista oggettivo, affinché si possa parlare di *mobbing*, assumono rilevanza i seguenti elementi:

a) **il luogo ove si realizza un dato comportamento.**⁽⁴⁷⁾ Dai fiumi di inchiostro che sono stati utilizzati per spiegare la fenomenologia del *mobbing* appare di tutta evidenza come lo stesso sia ipotizzabile esclusivamente se esiste un ambito lavorativo.

Basti pensare ad esempio alla normativa introdotta in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro e che viene comunemente riconosciuta come uno degli interventi del nostro legislatore a tutela del *mobbing* e che non avrebbe avuto senso qualificarla tale se non con l'obiettivo di tutelare un dato comportamento in un ambiente ben preciso.

In particolar modo, appare quanto mai scontato come non si possa parlare di *mobbing* all'interno ad esempio di altri luoghi come potrebbe essere l'ambito familiare ove le relazioni umane vengono esplicate nel luogo-casa.

E ancora.

Nella nostra realtà di soggetti in relazione con altri soggetti si manifestano indubbiamente svariate situazioni in cui un individuo

elementi siano poi oggetto di una valutazione non limitata al piano atomistico, bensì elevata al fatto nella sua articolata complessità e nella sua strutturale unitarietà".

⁽⁴⁷⁾H. EGE, *Al centro della persecuzione*, ult. cit. L'Autore sottolinea come il luogo acquisti rilevanza al fine del riconoscimento del tipo di persecuzione posto in essere e che pertanto è uno dei sette parametri per riconoscere un certo tipo di conflitto come *mobbing*.

è ipoteticamente “sopraffatto-vessato” da altri individui. In ciascuna di tali ipotesi, il luogo della sopraffazione riveste un ruolo qualificante la fattispecie. E così, ad esempio, accade per il bullismo nelle scuole ovvero del nonnismo all’interno delle caserme.

Pertanto, alla luce di tali considerazioni – seppur il concetto di luogo appaia come elemento presupposto nei ragionamenti di giurisprudenza e dottrina – non sembrerebbe azzardato ritenere che l’ambiente (luogo di lavoro), ove si realizza un dato comportamento, sia un elemento oggettivo indefettibile per ricondurre tale condotta nel fenomeno del *mobbing*.

b) **ripetitività della condotta.** In dottrina viene data fondamentale importanza, nella ricostruzione di una teoria del *mobbing*, al lasso temporale in cui si esplica un dato comportamento nell’ambiente lavorativo. Il tempo rappresenta il requisito essenziale⁽⁴⁸⁾ per differenziare un comportamento quale “mero conflitto” – componente ricorrente nelle relazioni tra gli uomini – da un comportamento quale “indice di *mobbing*”.

E’ necessario, infatti, valutare il complesso schema persecutorio che un soggetto ha posto in essere in maniera costante e reiterata⁽⁴⁹⁾. Alcuni autori ritengono che i

⁽⁴⁸⁾ In senso contrario, A. VALLEBONA, *Mobbing: qualificazione, oneri probatori e rimedi*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 2, il quale ritiene che un eventuale illecito ex art. 2087 c.c. potrebbe configurarsi anche attraverso un solo atto persecutorio isolato e istantaneo.

⁽⁴⁹⁾ M. RINALDI e P. SPAZIANI, *Il danno*, cit., p. 67. Esaustive, in tal senso, appaiono le considerazioni di questi due Autori, che qui di seguito si riportano: “*Va, quindi, rimarcato che non costituisce mobbing la situazione solo temporaneamente conflittuale, non insolita nell’ambito delle relazioni interpersonali che si intrecciano sui luoghi di lavoro, ma solo quelle che per frequenza e durata determinano una insostenibilità psicologica che conduce al crollo dell’equilibrio psico-fisico del soggetto sfociando in vere e proprie patologie*”.

comportamenti debbano essere protratti in un arco temporale non inferiore a sei mesi⁽⁵⁰⁾ con cadenza settimanale ovvero ripetuti più volte nel mese.

Secondo altri, invece, partendo dall'analisi di differenti figure, tipo lo *straining* (stress forzato sul posto di lavoro)⁽⁵¹⁾ non sarebbe ipotizzabile ricostruire il fenomeno del *mobbing* sulla base di elementi come la sistematicità e ripetitività dei comportamenti e pertanto sarebbe riduttivo prevedere – tra i requisiti del comportamento mobbizzante – un periodo minimo di durata degli stessi⁽⁵²⁾.

Un altro autore, R. STAIANO, *Mobbing comportamenti*, cit., p. 30, sottolinea che “*ebbene, proprio quella sistematica, ripetuta aggressione di carattere psicologico compiuta per un apprezzabile periodo di tempo consente di dare significatività oggettiva a quei comportamenti enucleandoli dalla indeterminatezza che assumono all'interno dei rapporti interpersonali*”. Chiarisce poi l'Autore come non sempre comportamenti definiti come “atipici” possano dare luogo al fenomeno di *mobbing*, in quanto nella pratica anche un atto tipico, ad esempio un atto di trasferimento, può – se ripetuto insieme ad altri atti – dare oggettività a quella situazione e tradursi in un comportamento illegittimo. Rileva, infine, come l'elemento della sistematicità del comportamento non rappresenti solo il parametro per qualificare lo stesso illegittimo, ma anche per valutare se il danno del lavoratore sia la diretta conseguenza di quell'ossessivo e illegittimo comportamento.

⁽⁵⁰⁾ In giurisprudenza è stato evidenziato come il lasso di tempo da considerare, ai fini della qualificazione di un comportamento come *mobbizzante*, debba essere sufficientemente apprezzabile e valutabile: cfr. Trib. Milano, 26.04.2004, *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2004, 1308.

⁽⁵¹⁾ Lo *straining* alla stregua del *mobbing* è un fenomeno che si manifesta all'interno dell'ambito lavorativo, ma si differenzia da quest'ultimo in quanto è sufficiente, per la sua configurazione, che ci sia stata anche una sola condotta che protragga, però i suoi effetti nel tempo. Si pensi ad esempio al demansionamento.

⁽⁵²⁾ In tal senso, S. SCARPONI, “*Il mobbing analisi giuridica interdisciplinare*” in *Atti del convegno tenutosi a Trento l'8 novembre 2007*, Cedam 2009, p. 14, che sostiene come al fine della qualificazione di un comportamento, quale comportamento illecito, avrebbe rilevanza pregnante l'intensità vessatoria a prescindere dalla reiterazione dello stesso. Si possono ipotizzare, infatti, condotte di per sé vessatorie e tese ad emarginare il lavoratore, quali ad esempio minaccia del licenziamento o blocco della carriera, per le quali l'indice rilevatore sarebbe l'intenzionalità di porre in essere la condotta.

Invero, a parere di chi scrive, seppur appaia condivisibile la teoria che ritiene la necessarietà della reiterazione dei comportamenti illegittimi nel tempo ai fini della configurazione del *mobbing* non sembra potersi individuare alcun preciso riferimento e/o arco temporale di esplicazione dei medesimi⁽⁵³⁾.

E infatti, la condotta mobbizzante deve essere valutata nel suo complesso, sicché l'elemento temporale va posto in stretta relazione con l'intensità della medesima⁽⁵⁴⁾.

Potranno quindi riscontrarsi comportamenti mobbizzanti anche nella reiterazione di condotte illegittime per un periodo inferiore ai sei mesi individuate spesso in dottrina⁵⁵, purchè dette condotte mirino univocamente e con forza alla persecuzione del lavoratore.

Oltre ai due elementi sopra indicati e che vengono comunemente esaminati dagli studiosi del fenomeno del *mobbing*, a mio sommo avviso dal punto di vista oggettivo andrebbe considerato l'ulteriore elemento dell'effetto espulsivo e/o

⁽⁵³⁾ In tal senso, N. SAPONE, "Il *mobbing* è un agire irrazionale", in Giur. merito, 3, p. 689. L'Autore commentando la sentenza del Trib. Trapani, Sez. Lavoro, 7 luglio 2009 (il caso sottoposto all'attenzione del Giudice di Prime Cure era rappresentato dall'illegittimità di quattro deliberazioni nei confronti di un dirigente sanitario del presidio ospedaliero, il quale veniva sottoposto a continue variazioni dei suoi incarichi nonché a trasferimenti di sede), che ha rigettato la richiesta dell'attore di risarcimento del danno da *mobbing*, ha evidenziato come la frequenza dei comportamenti non sia uno degli elementi essenziali per qualificarlo.

La valenza operativa del *mobbing* consisterebbe nel rendere illecito un atto che "atomisticamente considerato, è neutro o legittimo", nel quale si ravvisi "l'esistenza di una strategia, quale attacco ripetuto, duraturo con il fine specifico di isolare o espellere il lavoratore". E' necessario, infatti, valutare se nel caso concreto sia stato superato il confine che separa il conflitto fisiologico da quello patologico, in quanto non tutte le tensioni sul luogo di lavoro integrano una fattispecie mobbizzante.

⁽⁵⁴⁾ Cass., Sez.Un., 4 maggio 2004, n. 8438; Cass., 29 settembre 2005, n. 19053; Cass., Sez. Un., 12 giugno 2006, n. 13537.

⁽⁵⁵⁾ R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito del mobbing*, in Riv. it. dir. lav., 2004, 04, p. 496.

isolante. Infatti, se da una parte tale elemento rileva sotto il profilo soggettivo quale condotta finalizzata all'emarginazione, dall'altra l'emarginazione rappresenterebbe anche il dato oggettivo dell'allontanamento e/o isolamento del soggetto dal luogo di lavoro.

In tale ottica, l'analisi valutativa dovrebbe quindi essere spostata sull'effetto prodotto e non sullo scopo perseguito, perchè un conto è parlare dell'intenzionalità di espellere, isolare, allontanare il soggetto dall'ambito lavorativo, altro è il suo concreto allontanamento o isolamento.

In proposito, si ricorda che tale elemento ricorre in maniera pressoché univoca nelle descrizioni fornite da dottrina e giurisprudenza, come ad esempio nel caso di trasferimento del lavoratore in un luogo di lavoro isolato all'interno del quale lo stesso si trova nell'impossibilità oggettiva di svolgere le proprie ordinarie mansioni.

Con ciò non si vuol dire che, ai fini del ricorrere del *mobbing*, si ritenga imprescindibile l'espulsione fisica del lavoratore dal luogo di lavoro, bensì più semplicemente che in ogni caso è necessaria la produzione di un effetto configurabile come "espulsione psicologica" dalle relazioni che ivi si svolgono.

Dal punto di vista dell'elemento soggettivo assumono invece fondamentale importanza:

c) la condotta mobbizzante⁽⁵⁶⁾. In dottrina è stato segnalato come il fenomeno del *mobbing* esuli dalla semplice violazione di

⁽⁵⁶⁾ A. VALLEBONA, *Mobbing senza veli*, in Dir. relaz. ind. 2005,04, p. 1051. L'Autore nel segnalare l'impossibilità di definire il fenomeno del *mobbing* in relazione "multiformi modalità persecutori e possibili nei casi della vita" afferma che "l'idea di valorizzare ai fini definitivi l'elemento soggettivo della condotta lesiva, non solo, come si vedrà è incompatibile col diritto vigente, ma

obbligazioni contrattuali ovvero dal porre in essere comportamenti espressamente disciplinati e sanzionati da norme di legge.

Come già evidenziato, infatti, non sempre la condotta mobbizzante si sostanzia nella violazione di specifiche disposizioni normative, in quanto tale fenomeno – delineato nei contorni – rimane tutt’oggi “vuoto” a livello di contenuti.

Non a caso si è soliti parlare del *mobbing* come categoria atipica di fatti, atti e omissioni, dai quali, in presenza di determinate e ulteriori caratteristiche, un determinato comportamento diviene illecito e di conseguenza perseguibile, anche qualora rappresenti l’esercizio di un diritto ovvero di una facoltà.

I casi al vaglio della nostra giurisprudenza sono stati e si presentano ancora oggi come i più disparati e sempre più differenti.

In linea generale, però, quando si parla di condotta mobbizzante si ritiene, nell’accezione comune del giurista, che un individuo – all’interno dell’ambito lavorativo – potrebbe porre in essere un qualsiasi comportamento nella consapevolezza e con l’obiettivo di ledere la sfera altrui⁽⁵⁷⁾. Ovviamente, parlando di

condizionerebbe ogni tutela alla difficile prova di tale elemento. Quello che conta, invece, è l’oggettività della condotta (..) Il mobbing si caratterizza per la sistematicità e durata della condotta persecutoria, che può consentire la configurazione di un illecito anche se non sono tali i singoli atti in sé considerati”.

⁽⁵⁷⁾ N. SAPONE, *il mobbing*, loc. cit. L’Autore evidenzia come, oltre alla pluralità di atti illegittimi, il mobbing sia caratterizzato dall’intento persecutorio che rappresenta il collante tra atto (comportamento) e fatto (evento danno). Ai fini della configurabilità della condotta lesiva sarebbero, pertanto, rilevanti i seguenti elementi: “a) la molteplicità di comportamenti di carattere persecutorio, illeciti o anche leciti se considerati singolarmente, che siano posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro il dipendente con intento vessatorio; b) l’evento lesivo della salute o della

sfera altrui ovvero di qualsiasi comportamento non si intende in questa sede fare riferimento al brocardo generale del *neminem laedere*. Infatti, ai fini della qualificazione di un comportamento come mobbizzante vi è un *quid pluris* rappresentato dal rapporto tra i soggetti e dal voler rivolgere la propria azione verso un fine specifico: denigrare, isolare, allontanare o espellere un soggetto di pari grado ovvero di grado inferiore e, perché no, di grado superiore⁽⁵⁸⁾.

Più precisamente, nella valutazione di un comportamento ai fini del fenomeno e della patologia da *mobbing* il *quid pluris* – rispetto al generale concetto di cui all’art. 2043 c.c. – sarebbe rappresentato dall’**idoneità offensiva della condotta posta in essere nel luogo di relazioni già esistenti (luogo di lavoro)**. Non ogni comportamento negativo, inoltre, può essere qualificato tale, ma solo quello che si sostanzia in una condotta finalizzata alla persecuzione e discriminazione.

In giurisprudenza è stato affermato che l’elemento di volta, ai fini dell’interpretazione di un comportamento quale condotta mobbizzante, sarebbe rappresentato dalla pretestuosità dell’atto e dalla sua idoneità lesiva dei beni della persona⁽⁵⁹⁾. L’elemento

personalità del dipendente; c) il nesso eziologico tra la condotta del datore o del superiore gerarchico e il pregiudizio all’integrità psico-fisica del lavoratore; d) la prova dell’elemento soggettivo, cioè dell’intento persecutorio”.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Trib. Trapani, Sez. Lavoro, 7 luglio 2009, in cui il giudice ha ritenuto che il *quid pluris* rinvenibile nella strategia vessatoria non consista nella presenza di uno specifico fine di isolare o espellere il lavoratore, essendo sufficiente il fine di danneggiarlo.

⁽⁵⁹⁾ Così Trib. Milano, Sez. Lav., 29 febbraio, 2008 n. 925, che ha evidenziato come le ipotesi di *mobbing* realizzate attraverso comportamenti datoriali illegittimi devono avere le seguenti caratteristiche: a) finalità illecita del motivo vessatorio; b) idoneità lesiva; c) pretestuosità dell’azione attraverso una monodirezionalità della stessa; d) reiterazione nel tempo. In presenza

caratterizzante, pertanto, non sarebbe rintracciabile nella legittimità o illegittimità di per sé considerata degli atti di gestione nel rapporto di lavoro, ma nel disegno complessivo di vessazione psicologica, sistematica e reiterata nel tempo, tale da esplicitare una valenza persecutoria del comportamento⁽⁶⁰⁾.

Per cercare di fornire al lettore alcuni esempi di azioni che potenzialmente potrebbero essere poste in essere a danno di un lavoratore, si riporta sommariamente la classificazione formulata da H. Leymann che ha individuato cinque categorie-tipo⁽⁶¹⁾:

- limitazione nelle relazioni umane che possono sostanziarsi in continui ammonimenti, interruzioni nel discorso, critiche immotivate. In tali occasioni il lavoratore potrebbe non sentirsi adeguato rispetto alle mansioni che svolge in quanto ogni cosa detta viene contraddetta ovvero ogni sua prestazione viene contestata. Si potrebbe addirittura parlare di “ansia da prestazione”;
- costante isolamento: si realizza, ad esempio, nei continui trasferimenti del lavoratore dal luogo di lavoro ovvero nella coalizione tra colleghi che si concretizza in un emarginare la

degli elementi suindicati la fattispecie realizzata sarebbe ricostruibile come una forma di “*abuso del diritto*”.

Così ancora TAR Genova Liguria, Sez. II, 11 dicembre 2012, n. 1629, che ha introdotto un nuovo parametro valutativo della condotta mobbizzante, attraverso un giudizio di verosimiglianza. Si riporta il testo della massima: “(...) *La sussistenza di una condotta mobbizzante deve dunque essere esclusa qualora la valutazione complessiva dell'insieme di circostanze addotte (e che ovviamente siano accertate nelle loro materialità, pur se idonea a palesare singulatim elementi ed episodi di conflitto sul luogo di lavoro, non consenta di individuare, secondo un giudizio di verosimiglianza, il carattere unitamente persecutorio e discriminante nei confronti del singolo del complesso delle condotte poste in essere sul luogo di lavoro*”.

⁽⁶⁰⁾ Per un approfondimento sulla definizione di persecuzione, cfr. H. EGE, *Al centro della persecuzione*, cit., p. 12

⁽⁶¹⁾ Sul tema cfr. M.RINALDI, P.SPAZIANI, *Il danno*, loc. cit.

vittima mediante la mancata informazione su fatti e/o elementi importanti nell'esplicazione della sua attività lavorativa;

- cambiamento di mansioni: il lavoratore viene esautorato dalle sue mansioni ovvero viene adibito a svolgere attività irrilevanti;
- attacchi alla reputazione: il lavoratore è fatto oggetto di pettegolezzi ovvero è sottoposto a ridicolizzazioni;
- violenza o minaccia di violenza: il lavoratore è costretto a sopportare, in casi limite, violenza fisica o sessuale.

Si ricorda, inoltre la particolare importanza rivestita dalla sentenza del Tribunale di Torino del 30 dicembre 1999, la quale ha affrontato incisivamente la rilevanza giuridica del fenomeno affermando che *“il mobbing, designante in etologia il comportamento di talune specie di animali, solite circondare minacciosamente un membro del gruppo per allontanarlo, è riscontrabile nelle aziende quando si versa in presenza di numerosi soprusi da parte dei superiori ed, in particolare, di pratiche dirette ad isolare il dipendente dall'ambiente di lavoro e, nei casi più gravi, a espellerlo; pratiche il cui effetto è quello di intaccare gravemente l'equilibrio psichico del prestatore, menomandone la capacità lavorativa e la fiducia in se stesso e provocandone la catastrofe emotiva, depressione e talora persino il suicidio”*⁽⁶²⁾.

Senza voler entrare nell'ambito di una classificazione di potenziali e possibili comportamenti dai quali desumere una condotta orientata al fine di nuocere, non è mancato chi – alla

⁽⁶²⁾ Cfr. anche Trib. Torino, Sez. lav., 16 novembre 1999, 732.

luce della legislazione nazionale e comunitaria e partendo dalla nozione di molestie sessuali – ha qualificato la condotta mobbizzante quale comportamento indesiderato. Specificando ulteriormente che l'azione del cd. *mobber* deve essere posta in essere con la consapevolezza di compiere la stessa in maniera sgradita per il soggetto a cui è diretta.

Da quanto sopra si potrebbe quindi sostenere che, nell'ottica dell'interpretazione complessiva del comportamento mobbizzante, la condotta vada esaminata non solo partendo dal punto di vista del soggetto agente che pone in essere:

- un comportamento potenzialmente idoneo ad arrecare un'offesa,
- con intenzionalità dell'azione e consapevolezza della sua illegittimità;

ma anche dal punto di vista del soggetto *target* della condotta medesima e della percezione che lo stesso ha dell'attacco rivolto nei suoi confronti.

La condotta dell'agente, infatti, è strettamente collegata con lo stato psicologico del soggetto che subisce l'effetto dell'azione.

E' così necessario, per parlare di *mobbing*, altresì analizzare il senso di malessere suscitato nel mobbizzato.

Tralasciando per un momento tale aspetto, è tuttavia opportuno qui evidenziare come, quanto all'atteggiarsi della condotta, si sia molto dibattuto in dottrina sulla necessità, ai fini della qualificazione di una data condotta quale condotta mobbizzante, che la stessa presenti semplicemente "idoneità offensiva" ovvero sia accompagnata dall'"intenzionalità offensiva" del *mobber*.

Secondo un primo orientamento, per il ricorrere di un comportamento mobizzante sarebbe sufficiente che la condotta posta in essere dal datore di lavoro o dal collega sia astrattamente idonea a realizzare la persecuzione psicologica nei confronti del lavoratore.

Per converso, con altro orientamento, si ritiene comportamento mobizzante solo quello in cui la condotta del *mobber* sia indirizzata verso il “mobbizzato” con intenzionalità offensiva, ossia con una finalità vessatoria. In tale ricostruzione il *mobbing* sarebbe ricompreso nella categoria dei fatti illeciti di dolo i quali sarebbero, appunto, accomunati da un elemento soggettivo aggravato rispetto alla colpa.

Quanto a quest’ultima ricostruzione della condotta mobbizzante la giurisprudenza appare tuttavia divisa. E, infatti, secondo alcuni orientamenti il dolo richiesto per la configurazione della fattispecie sarebbe generico e consistente nella semplice “volontà di danneggiare il lavoratore”; secondo altri, invece, dovrebbe concretizzarsi in uno specifico intento di estromissione o emarginazione di quest’ultimo. In un caso, si parla dell’esistenza dell’*animus nocendi*, nell’altro di *animus expellendi*⁽⁶³⁾.

Ai fini della presente ricerca, senza addentrarsi ulteriormente nell’analisi degli orientamenti appena riportati, è rilevante segnalare che – come si spiegherà *infra* – la previsione della

⁽⁶³⁾ Cfr. R. ROMANI, “*Mobbing ed elemento soggettivo*”, in Resp. Civ. e prev., I, 2012, p. 139.

Sulla natura oggettiva della condotta R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito*, cit., p. 503. Per una disamina giurisprudenziale sul tema cfr. Trib. Trieste, 10 dicembre 2003; Cass. Sez. Un. Civ. 4 maggio 2004, n. 8438; Trib. Marsala, 5 novembre 2004; Trib. Bari, 28 aprile 2005;

sufficienza dell'*animus nocendi* potrebbe rappresentare la chiave di volta per l'interprete per superare la difficoltà di ipotizzare il c.d. *mobbing* a danno dello datore di lavoro. La sufficienza dell'*animus nocendi* potrebbe infatti consentire il superamento del principale problema della costruzione di tale fattispecie, rappresentato dall'impossibilità per il lavoratore di "espellere" un soggetto, quale il datore di lavoro, che è all'apice della piramide gerarchica dell'attività produttiva: appare difatti finanche impensabile l'idea di allontanare ovvero espellere chi è il "proprietario" del luogo ove si esplica l'attività lavorativa.

d) la patologia da mobbing.

Nel cercare di definire gli effetti che in dottrina sono stati indicati con l'unitario concetto di "sintomatologia" da *mobbing* non si può non partire dalla classificazione delle sei fasi ipotizzate da H. Ege, in quanto nella loro descrizione, ben si comprende il nascere e l'evolversi dello stato di malessere e di inquietudine vissuto dal soggetto "mobbizzato"⁽⁶⁴⁾.

Si parte, infatti – tralasciando qui l'analisi della condizione "zero" quale fase connaturata alla vita quotidiana dell'individuo – da un iniziale senso di disagio che il lavoratore percepisce nella sua sfera personale quale passaggio da una condizione per così dire di serenità e di equilibrio a una di inquietudine, per arrivare infine a un vera e propria sofferenza. I danni che il soggetto potrà accusare alla fine di tale processo potranno essere sia psichici che fisici e perdurare per un lasso di tempo indefinito⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁴⁾ Per una disamina più approfondita cfr. il paragrafo 1 del presente capitolo.

⁽⁶⁵⁾ Si ritiene che la scomparsa della patologia da *mobbing* non vada di pari passo con la cessazione dei comportamenti mobbizzanti. Non basterà, infatti, per il lavoratore ai fini della cessazione dei sintomi ricevere una tutela risarcitoria ovvero allontanarsi dal posto di lavoro. Non è difficile, anzi, che la

In linea generale, l'*iter* psicologico del malessere è rappresentato – come si è detto – da un iniziale disagio nel quale il lavoratore è ancora incredulo della situazione che si è creata o che si sta creando. La prima fonte di pensiero in tale momento sarà un personale senso di inadeguatezza all'ambiente lavorativo circostante, la cui causa sarà rinvenuta non in fattori esterni – intesi quale comportamento del collega o del superiore “contro di te” – ma nello stesso modo di essere del lavoratore⁽⁶⁶⁾.

Si potrebbe, pertanto, affermare, che la percezione del lavoratore rispetto a tale fase si sostanzia in un sovvertimento della realtà oggettiva rispetto ai comportamenti tenuti in suo danno.

Successivamente a tale fase e dinanzi alla persistenza di atteggiamenti ostili che si fanno più frequenti e incisivi, il lavoratore prenderà consapevolezza della realtà: si dirà: “sono contro di me”, ma non riuscirà a trovare conforto nello stesso ambiente di lavoro (indifferenza od omertà della stessa Direzione del Personale) né ad attenuare o superare l'incisività negativa di tali condotte. Siamo, ora, dinanzi allo sfociare della patologia e il lavoratore si riconosce inerme rispetto al suo manifestarsi e si sente isolato nel suo stesso ambiente lavorativo⁽⁶⁷⁾.

In tale fase, l'attività lavorativa del mobbizzato subisce una costante riduzione della produttività, dovuta o alla perdita di

sofferenza del lavoratore possa permanere anche lontano dal luogo in cui si sono verificate le condotte, causa di quel malessere.

⁽⁶⁶⁾ In sintesi, in tale primordiale fase, il lavoratore vive legato a un proprio senso di colpa, giustificando i comportamenti del superiore o dei colleghi alla luce di “sue mancanze” o negligenze. In maniera semplicistica si potrebbe affermare che la causa di tali comportamenti sia rappresentata (per il lavoratore) dalle caratteristiche della sua personalità: “non sono gli altri a sbagliare, ma sono io che sbaglio”.

⁽⁶⁷⁾ R. ROMANI, “*Mobbing ed elemento soggettivo*”, ult. cit.. L'Autore qualifica gli effetti sul mobbizzato quali disturbi di adattamento e nei casi più gravi di disturbi post-traumatici da stress.

autostima ovvero agli ostacoli sovrapposti nella stessa da colleghi e/o superiori ovvero a continue e sempre più frequenti assenze per malattia.

In giurisprudenza si è statuito come dalla condotta mobbizzante debba conseguire per il lavoratore “*una mortificazione morale e l'emarginazione del dipendente, con effetto lesivo del suo equilibrio psico-fisico e del complesso della sua personalità*”(68) ovvero debba intaccare “*gravemente l'equilibrio psichico del prestatore, menomandone la capacità lavorativa e la fiducia in se stesso e provocandone la catastrofe emotiva, depressione e talora persino il suicidio*”(69).

Effettuata tale breve disamina degli elementi caratterizzanti il *mobbing* e chiarito come gli stessi debbano essere interpretati come complesso unitario nella configurazione della fattispecie, è doveroso accennare alle diverse tipologie di *mobbing* a seconda della posizione assunta dal “*mobber*” rispetto al “*mobbizzato*”(70).

Nell'ambiente di lavoro, l'ipotesi più frequente è stata individuata nel cd. *mobbing* verticale o “*bossing*” che si concretizza in una forma di vessazione strategica e programmatica compiuta dai vertici dirigenziali per la riduzione o razionalizzazione del personale. In tale ricostruzione il *mobber* si trova in una posizione sopraordinata rispetto al *mobbizzato*.

Questa tipologia di *mobbing* è sicuramente la più diffusa e si realizza principalmente all'interno delle realtà aziendali.

(68) Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 31 maggio 2011, n. 12048.

(69) Cfr. Trib. Torino, Sez. Lav., 30 dicembre 1999.

(70) Così Trib. Pinerolo, Sez. lav., 3 marzo 2004; in dottrina espressioni analoghe sono state utilizzate da R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito*, cit., p. 494; S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing*, cit., p. 632.

In linea di principio e astratta, la nostra dottrina e giurisprudenza ha individuato, però, altre due tipologie: il cd. *mobbing orizzontale*, ove il *mobber* è nella stessa posizione del mobbizzato – ad es., i comportamenti vessatori sono posti in essere ad opera di colleghi – e il cd. *mobbing ascendente*, ove il *mobber* è in una posizione di inferiorità rispetto al mobbizzato⁽⁷¹⁾. E' proprio tale ultima ipotesi, la fattispecie che si intende esaminare – seppur con particolare riferimento al mobbing perpetrato ai danni del datore di lavoro e non del semplice sovraordinato – con il presente lavoro.

⁽⁷¹⁾ A. CONSOLETTI, *Mobbing e discriminazioni*, cit., p. 35 s. L'Autore si pone esplicitamente il seguente interrogativo: "anche i dirigenti possono essere vittime di mobbing?" E dopo aver dato una risposta affermativa chiarisce la difficoltà di rintracciare le modalità utilizzate per esautorare "il capo" dei poteri decisionali e gestionali.

Capitolo II

**“L’ESPERIENZA ITALIANA TRA
ORDINAMENTO E COSTITUZIONE”**

1. I principi costituzionali a tutela del lavoro. 2. Cenni al rapporto di lavoro subordinato nel codice civile: norme fondanti e rapporto contrattuale. 3. (*Segue*) Compressione dell’autonomia individuale. 4. (*Segue*) La contrattazione collettiva e il *favor* per il lavoratore.

1. *Breve ricostruzione dei principi costituzionali a tutela del lavoro e irrilevanza dei ruoli.*

Nel tentativo di ricostruire la fattispecie del cd. *mobbing* a danno del datore di lavoro non ci si può esimere da una sommaria ricostruzione – non essendo questa la sede per una trattazione più approfondita – dei principi della Carta Costituzionale nei quali il lavoro è stato eletto a fondamento dello Stato Repubblicano italiano (art. 1, primo comma, Cost.)⁽⁷²⁾.

Uno dei principi cardine che si è sviluppato nell’ambito del diritto del lavoro è rappresentato dal riconoscimento di un generale concetto di diritto di eguaglianza all’interno dell’ordine economico e sociale, il quale, in via approssimativa, potrebbe essere interpretato come: a) parità di tutti gli individui nel lavoro, con le medesime condizioni di trattamento; b) salvaguardia della dignità della persona umana senza distinzione alcuna.

⁽⁷²⁾ Cfr. P. LAMBERTUCCI, *Il diritto al lavoro tra i principi costituzionali e discipline di tutela: brevi appunti*, in Riv. it. dir. lav., 2010, p. 91.

L'art. 3 della nostra Costituzione, infatti, recita: *“Tutti i cittadini hanno pari dignità e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”*.

In dottrina, è stato giustamente affermato come il principio di eguaglianza sia stato introdotto nella scienza giuridica come *“strumento di affermazione di uniformità, in situazioni concrete dove le scienze umane assumono ad oggetto di studio una grande varietà di casi”*⁽⁷³⁾. Tale concetto è inevitabilmente legato alla semplice rappresentazione delle realtà fattuali, ove nelle relazioni tra gli uomini è insito il concetto di differenziazione, essendo tanto più svariate le situazioni personali e le condizioni delle persone. Si afferma, infatti, che la scienza del diritto è tesa *“a trasformare situazioni normali”* – rappresentate appunto da una situazione in partenza di per sé differenziata – *“in fattispecie normate”*. In poche parole, il compito del legislatore e

⁽⁷³⁾ Cfr. A. OCCHINO, *La questione dell'eguaglianza nel diritto del lavoro* in Riv. it. dir. lav., 2011, p. 95. L'Autore si pone una serie di interrogativi sulle possibili interpretazioni del canone del principio di uguaglianza, tra i quali colpisce il seguente: *“Le forme contrattuali sono neutre alla persona: la personalizzazione dei rapporti di lavoro (fondata sulla <<inseparabilità del lavoro dall'uomo>>, anzi <<della promessa del lavoro>> dalla persona <<tutta quanta>> del lavoratore) si concilia con il principio di eguaglianza sul presupposto che non si diano forme contrattuali diverse a seconda delle posizioni economiche delle parti?”*.

dell'interprete dovrebbe essere rivolto principalmente a limare tali differenze sino ad annullarle.

Ricollegando tale costruzione alla branca del diritto del lavoro viene altresì evidenziato come, in tale campo, l'eguaglianza non si riferisca unicamente a una eguaglianza di persone, ma inevitabilmente anche a un'eguaglianza di promesse: il soggetto-lavoratore, nell'ambito dello stesso rapporto di lavoro, dovrebbe essere tutelato ("in base ai principi di eguaglianza") nella sua espressione lavorativa⁽⁷⁴⁾.

Tale costruzione si ricollega perfettamente, a parere di chi scrive, alla stessa formulazione dell'art. 3 della nostra Costituzione, soprattutto con riferimento al riconoscimento dell'eguaglianza degli uomini e della pari dignità "*senza distinzione di condizioni personali e sociali*"⁽⁷⁵⁾.

In poche parole, ogni individuo, a prescindere dall'ambiente, dal ruolo rivestito, etc. ha il diritto di essere salvaguardato e tutelato in maniera uniforme rispetto ai suoi consociati. Per quello che qui interessa, nell'interpretazione della locuzione *condizioni*

⁽⁷⁴⁾ Cfr. sempre A. OCCHINO, *La questione*, loc. cit., alla nota 66, per una visione più completa di tale ragionamento. L'Autore, altresì, sottolinea l'inseparabilità dell'uomo dal lavoro ove la promessa lavorativa dovrebbe essere garantita, ugualmente, a tutte le persone.

⁽⁷⁵⁾ C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedamo, 1969, p., 934, il quale giustamente afferma che "*nel testo dell'art. 3 particolare significato assume il riferimento alla <pari dignità sociale> che sta a fondamento del principio e consente di intenderne le implicazioni, in quanto espressione del pregio ineffabile della persona umana come tale, quale che sia la posizione rivestita nella società*". Da quanto appena detto, appare quanto mai chiaro come il costituente non abbia voluto intendere alcuna differenziazione in base ai lavoratori.

Si ricorda quanto evidenziato in dottrina sul tema, ove si sottolinea che nonostante la volontà dell'Assemblea Costituente fosse quella di realizzare uno "Stato uniclasse", alla luce delle altre disposizioni costituzionali non si può dimenticare né disconoscere il ruolo esercitato e rivestito dai lavoratori subordinati. Cfr. P. LAMBERTUCCI, *Il diritto al lavoro*, loc. cit.

personali e sociali si potrebbe ricomprendere anche il concetto di posizione rivestita da un soggetto nell'ambito del proprio contesto lavorativo. Dal che – a mio sommesso avviso – non si dovrebbe fare distinzione alcuna nella tutela offerta all'individuo-lavoratore in ragione del diverso ruolo ricoperto nel luogo di lavoro. Si fa qui espresso riferimento alle figure del lavoratore e del datore di lavoro, non potendosi dalla norma citata alcuna irragionevole discriminazione nel grado di protezione agli stesso offerto⁽⁷⁶⁾.

Se è vero che, nella lingua italiana, la definizione di lavoratore, nel significato di “*chi esercita un'attività lavorativa per trarne sostentamento*”⁽⁷⁷⁾, è una definizione onnicomprensiva di ogni soggetto che esplica un'attività al fine di trarne un profitto economico per vivere, è altrettanto vero che la stessa debba riferirsi anche al datore di lavoro.

Lo stesso datore di lavoro, infatti, seppur al vertice di un'ipotetica scala gerarchica nell'ambito lavorativo da lui stesso creato, esercita tale attività per lo stesso fine per il quale la esercita il lavoratore⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁶⁾ A. OCCHINO, *la questione*, loc. cit., si pone un altro interessante interrogativo: “(...) *Nei principi fondamentali l'art. 3 è preceduto non senza significato dagli articoli 1 e 2. Intanto il principio di eguaglianza è congegnato sulla persona declinata negli insiemi dei cittadini e dei lavoratori (entrambi nominati nel fatidico secondo comma dell'art. 3), quasi a sancire l'unità concettuale del principio egualitario e di quello lavorista; e così rispondendo al richiamo della sineddoche lavoro-persona dell'art. 1?*”

⁽⁷⁷⁾ A. GABRIELLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Edizioni Hoepli online (www.grandidizionari.it).

⁽⁷⁸⁾ In tal senso, P. LAMBERTUCCI, *Il diritto al lavoro*, loc. cit., il quale sottolinea come potrebbe anche apparire condivisibile la tesi di “*chi ha rilevato come il proclamato fondamento della Repubblica “sul lavoro” evoca una nozione ampia, perché abbraccia ogni attività (facere) di partecipazione positiva del singolo al soddisfacimento dei bisogni della collettività, la quale si contrappone ad ogni situazione di rendita di posizione, non provvista di analogo valore fondante della Repubblica*”. Subito dopo, però, l'Autore fa

In linea generale, si potrebbe quindi sostenere che un conto è parlare di differenziazione di ruoli come potenziale asimmetria di poteri contrattuali nel rapporto di lavoro che dovrebbe essere colmata; un altro è ipotizzare una differenziazione *ex art. 3* della Costituzione solo in virtù del soggetto che esplica l'attività lavorativa.

Da quanto sopra detto, si potrebbe affermare che la tutela che dovrebbe essere riconosciuta all'individuo (cittadino) sia una tutela priva della previsione di una differenziazione dei ruoli nel mondo del lavoro e che dovrebbe essere diretta a garantire sia la partecipazione "*all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*" (art. 3, comma 2, Cost.) attraverso l'esercizio dell'attività lavorativa, sia la dignità nello stesso ambito in cui si esplica tale attività.

In sostanza, il surrichiamato art. 3, così come formulato nel suo insieme, deve essere interpretato come principio volto a garantire: 1) l'"*eguaglianza formale*", che si risolve nel riconoscimento di una parità di trattamento – di tutti i cittadini – davanti alla legge (primo comma); 2) l'"*eguaglianza sostanziale*", che richiede all'ordinamento giuridico di intervenire sulle situazioni di fatto che in concreto impediscano l'effettiva realizzazione della prima (secondo comma).

Continuando la rassegna delle norme costituzionali riferibili al diritto del lavoro, l'art. 4 della Costituzione è stato considerato la norma di costituzionalizzazione dello stesso in quanto statuisce che "*La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro*

presente come il legislatore costituzionale abbia dato particolare importanza al carattere subordinato del lavoro mediante il collegamento con il diritto di sciopero e il principi di eguaglianza sancito proprio dall'art. 3 della Costituzione.

e promuove le condizioni che tendono effettivo questo diritto". Tale ulteriore dettato costituzionale dovrebbe essere la conferma di come "tutta l'attività produttiva" – intesa in un significato omnicomprensivo di attività realizzata da entrambe le parti del rapporto di lavoro (datore di lavoro e prestatore di lavoro) – sia a fondamento del nostro ordinamento e non come principio di differenziazione di ruoli, per il quale dovrebbe essere concepita una differente tutela. Si fa qui espresso riferimento a quanto evidenziato dalla dottrina giuslavoristica per la quale il nostro ordinamento sarebbe strettamente collegato al concetto di lavoro subordinato. Il prestatore di lavoro, nella visione tradizionale, essendo alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore (art. 2094 c.c.) per svolgere un'attività produttiva di risultato, si troverebbe in uno stato di soggezione che manifesta tutta la sua debolezza tanto sul piano socio-economico quanto sul piano contrattuale⁽⁷⁹⁾.

In sostanza, il lavoratore, sottoposto all'altrui potere direttivo e gestionale, è costretto, per mantenere la propria occupazione e la retribuzione necessaria al proprio sostentamento, a sopportare comportamenti ovvero compromessi ingiusti. E' proprio nell'ingiustizia di tali comportamenti che verrebbe, pertanto, ricondotto, dalla nostra dottrina, l'ambito di operatività del principio di *eguaglianza sostanziale* sancito dal secondo comma dell'art. 3 della Costituzione.

A parere di chi scrive, senza voler in alcun modo sovvertire le radicate convinzioni su cui si basa la nostra legislazione del lavoro, dalla ricostruzione letterale delle norme di cui ai citati

⁽⁷⁹⁾ A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli Editore, 2001.

artt. 1, 3 e 4 della Costituzione dovrebbero, al contrario, desumersi i seguenti ed inequivocabili principi:

- a) affermazione, alla base del nostro ordinamento, di un generale principio ispiratore di tutela del lavoro, quale riconoscimento di tale diritto a tutti i cittadini (art. 1 Cost.). Difatti, è stato giustamente rilevato che la proclamazione “*L’Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro*” ha inteso riconoscere la preminenza di ogni attività lavorativa nel sistema dei diritti-doveri spettanti ai cittadini⁽⁸⁰⁾;
- b) riconoscimento dell’eguaglianza formale e pari dignità dei cittadini senza distinzione di condizioni personali e sociali. Parlando di condizioni personali e sociali non si può non ricomprendere il ruolo rivestito dal cittadino all’interno anche dell’ambito lavorativo. Infatti, parlare di condizioni personali e sociali dell’individuo comporta necessariamente un’opera di estrapolazione dello stesso dalla sua individualità per ricondurlo in una società reale. Non è più l’uomo come singolo, ma l’uomo nelle relazioni, nelle quali non si può escludere l’ambito in cui questo esercita un’attività produttiva. La teoria dell’eguaglianza formale per la quale “*tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge*” impone al legislatore, ovvero all’interprete, di considerare tale eguaglianza in tutti i campi in cui si esplica la personalità dell’uomo. Pertanto la tutela che dovrebbe essere garantita – senza distinzione di sesso, razza (...) condizioni personali e sociali – ai fini della stessa uguaglianza dovrebbe riguardare – con riferimento all’ambito lavorativo – sia il datore di lavoro che il lavoratore. Difatti, se

⁽⁸⁰⁾ G. PESCATORE, F. FELICETTI, G. MARZIALE, *Costituzione e leggi sul processo costituzionale e sui referendum*, Giuffrè, 1984, p. 5.

un dato comportamento viene configurato come illegittimo dalla legge e dalla stessa sanzionato, non si può escludere *a priori* la sua applicabilità anche nei confronti di un soggetto – quale ad esempio il datore di lavoro – che per condizioni personali o sociali (intese come ruolo rivestito nel piano organizzativo) rivesta una posizione sovraordinata nel rapporto di lavoro.

L'opera di ricostruzione interpretativa dell'art. 3 della Costituzione quindi non dovrebbe partire dalla concezione del lavoratore quale soggetto debole del rapporto contrattuale per il quale sarebbe necessario garantire tanto un'eguaglianza formale che sostanziale, ma dalla generale proclamazione dell'eguaglianza di tutti i cittadini.

In astratto si dovrebbe pertanto affermare che il prestatore di lavoro e il datore di lavoro debbano essere garantiti in egual misura attraverso l'applicabilità del principio di eguaglianza formale come sancito dal primo comma dell'art. 3 Cost. L'eventuale opera di correzione di specifiche diseguaglianze sarà una tutela successiva da garantire – nel caso specifico – qualora i diversi ruoli rivestiti sfocino in un abuso di posizione dominante.

Per converso, il processo interpretativo della nostra dottrina si muove dalla considerazione che già in partenza il lavoratore subordinato subisce delle discriminazioni e ricollega, pertanto, la garanzia prevista dalla norma citata come “specificazione in ordine alla necessità di rendere effettiva per lo stesso

[lavoratore subordinato] il diritto al lavoro”⁽⁸¹⁾ (art. 3, secondo comma, Cost. “rimuovere gli ostacoli”).

In realtà, in una ricostruzione siffatta, sembrerebbe non darsi rilevanza all’ulteriore e fondamentale principio sancito dalla nostra Costituzione sui “doveri inderogabili” di “solidarietà politica, economica e sociale” che l’uomo deve rispettare “sia come singolo sia nelle formazioni sociali” (art. 2 Cost.).

Dal chiaro dettato costituzionale, infatti, si dovrebbe desumere che anche le formazioni sociali in cui convive l’essere umano, quali ad esempio il luogo dove si esercita l’attività lavorativa, siano espressione della sua personalità che deve essere realizzata e tutelata mediante il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio della persona umana. Tale norma, in sostanza, ha elevato a regola fondamentale dello Stato italiano il valore di quei sommi beni che appartengono all’uomo nei suoi rapporti come singolo e collettività⁽⁸²⁾.

Il principio solidaristico così enunciato dovrà trovare sicuramente applicazione sia nei confronti dell’uomo quale lavoratore sia quale datore di lavoro. In sostanza anche tale norma, alla stregua della presente ricostruzione di cui all’art. 3 Cost., non ha inteso concepire una differenziazione nel dovere di solidarietà in base al soggetto, ma, al contrario, ne ha sancito una generale inderogabilità come specifica imposizione

⁽⁸¹⁾ P. LAMBERTUCCI, *Il diritto al lavoro*, loc. cit.

⁽⁸²⁾ Sempre, P. LAMBERTUCCI, *Il diritto al lavoro*, loc. cit., affrontando la tematica del dibattito costituzionale sul diritto al lavoro riporta l’osservazione di Costantino Mortati sull’interpretazione dell’art. 1 cost.: “*nel lavoro si realizza, pertanto, la sintesi fra il principio personalistico (che implica la pretesa all’esercizio di un’attività lavorativa) e quello solidarista (che conferisce a tale attività carattere doveroso)*”.

(“dovere”) nei confronti di ogni uomo come singolo o come individuo nelle formazioni sociali.

c) riconoscimento per tutti i cittadini del diritto al lavoro e promozione delle condizioni per renderlo effettivo (art. 4, primo comma, Cost.). Tale norma riconosce l'importanza sociale del lavoro nel quale “tutta l'attività produttiva” – intesa in un significato onnicomprensivo di attività realizzata da entrambe le parti del rapporto di lavoro (datore di lavoro e lavoratore) – è alla base del fondamento del “progresso materiale o spirituale” del nostro Stato⁽⁸³⁾.

Fermo restando quanto precede, nella breve panoramica costituzionale del “diritto del lavoro” quale realtà generalizzata, senza un'apparente distinzione di ruoli tra prestatore e datore di lavoro, potrebbe rivestire particolare importanza anche il primo comma dell'art. 35 Cost. che introduce le norme relative ai rapporti economici, sancendo, nella norma di apertura del Titolo III, che “*la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni*”.

Dall'interpretazione letterale della norma si dovrebbe, anche in tale caso, poter desumere che la tutela accordata sia una tutela generalizzata di ogni attività produttiva di risultato e che è rivolta al conseguimento del “progresso materiale o spirituale della società” (art. 4 Cost.). Dal che si potrebbe altresì desumere, che i soggetti destinatari di tale tutela siano indistintamente il

⁽⁸³⁾ C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., p. 943. Sottolinea che “*l'art. 2 cost. nell'estendere la garanzia dei diritti fondamentali alle <formazioni sociali ove si svolge la personalità degli uomini> ha voluto non solo proteggerne la costituzione ed il funzionamento, ma anche assicurare che nel loro interno i rapporti si svolgano in modo da non contraddire alle esigenze di coloro che ne fanno parte, quali trovano protezione precisamente nei diritti medesimi.*”.

prestatore e il datore di lavoro, quali “esecutori di un’attività” che contribuisce al progresso materiale e spirituale della società.

Senonché è stato posto in evidenza come l’art. 35 Cost. rappresenterebbe una tutela costituzionale esclusivamente rivolta al lavoratore, stante la specifica previsione dell’art. 41 Cost. che garantirebbe “l’iniziativa economica privata” del datore di lavoro⁽⁸⁴⁾.

Tale differenziazione di applicabilità di norme in base al destinatario – prestatore ovvero datore di lavoro – non appare condivisibile.

In primo luogo, la stessa formulazione dell’art. 35 Cost. ha una portata ampia nella quale rientra la categoria omnicomprensiva di lavoro “in tutte le sue forme ed applicazioni”. Non si comprende, allora, perché dovrebbe essere esclusa la figura del datore di lavoro quando l’attività produttiva di risultato venga dallo stesso esercitata nella “forma di lavoro autonomo”. Anche volendo ricondurre, infatti, la portata della norma al solo lavoro subordinato alla luce della successiva previsione di cui al secondo comma, per il quale [la Repubblica] *“cura la formazione e l’elevazione professionale dei lavoratori”*, il risultato interpretativo risulta invariato. La domanda che si pone l’interprete è la seguente: se si fosse voluto circoscrivere la portata applicativa del dettato costituzionale al solo lavoro subordinato, perché non è stato sancito che “la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni, curando la formazione e l’elevazione professionale dei prestatori di lavoro?”

E ancora.

⁽⁸⁴⁾ C. Cost., 15 dicembre 1967, n. 141, in *Giur. cost.*, 1967, 1671; e in *Foro it.*, 1968, I, 8.

Perché il terzo comma nel promuovere e favorire gli accordi e le organizzazioni internazionali parla di “diritti del lavoro” in termini generali?

Ricondurre la portata dell’art. 35 Cost. al solo lavoratore, in considerazione della specifica previsione dell’art. 41 Cost. “sull’iniziativa economica privata”, potrebbe quindi non essere sufficiente per escludere la previsione di una tutela generale del lavoro in tutte le sue forme, comprensiva della forma del lavoro autonomo.

Difatti, un conto è la proclamazione di una tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni, un conto è la specificazione dell’iniziativa economica privata quale possibilità di indirizzare liberamente la stessa. Specificazione ancora più pregnante è contenuta nel secondo comma dell’art. 41 Cost. per il quale l’iniziativa economica privata “*non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*”.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si può sostenere che, qualora le norme surrichiamate (artt. 3, 4 e 35 Cost.) fossero riconducibili solo al lavoratore e non contenessero viceversa alcuna garanzia anche per il datore di lavoro, potrebbero porsi i seguenti quesiti: “i diritti inviolabili dell’individuo (art. 2 Cost.), garantiti e riconosciuti sia come singolo sia nelle formazioni sociali, nei quali rientra senz’altro il diritto alla dignità umana, non sono riconosciuti anche al datore di lavoro in quanto tale?⁽⁸⁵⁾”; “la precisazione che il datore di lavoro debba svolgere

⁽⁸⁵⁾ Cfr. in tal senso P. GRECO, “*Il contratto di lavoro*”, in Trattato di Diritto Civile ital. Diretto da F. Vassalli, Utet 1939, p. 4, che, pur scrivendo antecedentemente all’entrata in vigore della Costituzione, sottolinea

la propria attività senza ledere la dignità umana (art. 41 Cost.), comporta per converso che il lavoratore, nell'esercizio della stessa, possa lederla?"

La risposta a tali interrogativi non può che essere negativa in base alla proclamazione solenne che "L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro" (art. 1 cost.).

2.- Cenni al rapporto di lavoro subordinato: norma fondante e rapporto contrattuale.

Come già illustrato nei precedenti paragrafi lo studio del diritto del lavoro ha incentrato la sua attenzione su quella parte dell'ordinamento che, ispirato ai principi costituzionali, tutela in tutte le sue forme ed applicazioni (art. 35 cost.) il lavoro dell'uomo inteso come attività produttrice di risultato e che è rivolta al conseguimento del "progresso materiale o spirituale della società" (art. 4 cost.).

In tale contesto, la dottrina, ha rilevato la pregnante rilevanza della figura del lavoratore quale parte debole del rapporto di lavoro alla luce del dettato dell'art. 2094 c.c.

Dalla definizione fornita dal nostro legislatore, quale "è *prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante*

l'importanza del "lavoro umano" per il diritto del lavoro, facendo presente come il lavoro sia una forma generale dell'attività umana. Tale attività infatti, ad avviso dell'Autore, comincerebbe a produrre i suoi effetti ancor prima di uscire dalla "sfera strettamente individuale" per "l'appagamento di ogni bisogno dell'uomo, anche indipendentemente da qualche attinenza con la sua vita di relazioni sociali. Sotto questo aspetto la protezione che l'ordine giuridico accorda al lavoro non si dissocia, anzi si confonde con la generica protezione della personalità umana".

retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore", la dottrina ha fatto discendere, quale tratto caratterizzante la subordinazione del lavoratore, "l'apparente" e ampio concetto di potere direttivo esercitato dall'imprenditore (datore di lavoro). In poche parole, il lavoratore sarebbe limitato nella sua libertà di iniziativa in quanto assoggettato a tale potere. Si tratterebbe, in tal caso infatti, non solo di una subordinazione del lavoratore che è tecnico-funzionale alla collaborazione nell'attività dell'impresa, ma anche di una subordinazione di tipo personale in quanto il lavoratore riceve ed esegue ordini e direttive impartite dal suo superiore gerarchico (imprenditore/datore di lavoro)⁽⁸⁶⁾.

Il concetto di potere direttivo, così come definito da tale norma, è strettamente collegato al concetto di "mutevolezza" dello stesso, il quale potrà riempirsi di contenuti in base alle esigenze organizzative aziendali⁽⁸⁷⁾ e porta necessariamente l'interprete a fare un parallelismo sul contenuto e sull'essenza

⁽⁸⁶⁾ Così L. RIVA-SANSEVERINO, *Del Lavoro*, in Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, 1986, p. 238. L'Autore afferma giustamente come l'attività lavorativa del lavoratore sia vincolata nel realizzare l'interesse dell'imprenditore secondo le direttive tecniche e disciplinari dallo stesso impartite ed evidenzia come lo scopo finale della prestazione del lavoratore rimanga estranea alla causa del contratto di lavoro. Lo scopo a cui è diretta l'attività del lavoratore rappresenta l'obiettivo che altri – l'imprenditore – si è prefissato di raggiungere.

⁽⁸⁷⁾ In particolare, si fa riferimento al riconoscimento *ex art. 2094 c.c. in capo* all'imprenditore/datore di lavoro, di un potere da esercitare nei confronti del sottoposto (cd. "potere direttivo" che non è delineato a livello di contenuti). Infatti gli ordini che il datore di lavoro potrà impartire potranno essere sempre diversi in base all'evolversi dell'attività produttiva, la quale richieda che la stessa venga esplicitata – in un determinato momento storico – con modalità differenti rispetto al passato. Con tali affermazioni, non si intende in alcun modo fare riferimento alla disciplina delle mansioni: le mansioni rimangono immutate, i loro contenuti di effettivo esercizio, si modificano.

dell'accordo delle parti nei contratti in generale (art. 1321 c.c.) e nei contratti di lavoro.

In dottrina, tale parallelismo, è stato così definito: *“Nel diritto civile il contratto non solo è l'atto costitutivo del rapporto, ma è anche la forma primaria del regolamento negoziale, tant'è che la parola contratto ha tradizionalmente un significato bivalente, indica sia l'accordo delle parti (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 (...)(⁸⁸)”* .

Da quanto sopra, si evince che il contratto di diritto civile si attaglia come contratto nel quale l'accordo delle parti ha carattere preminente, teso a “costituire, regolare o estinguere” un rapporto giuridico patrimoniale delineandone i suoi contenuti(⁸⁹). L'oggetto del contratto rappresenta, infatti, uno degli elementi essenziali dello stesso (art. 1325 c.c.), il quale deve essere *“determinato o determinabile”* (art. 1346 c.c.). Le parti, pertanto, nella formazione dell'accordo non solo manifestano la loro volontà di aderire o meno a un dato schema contrattuale che abbia

(⁸⁸) D. GAROFALO, *Mobbing e tutela*, op. cit. *Partecipazione agli scritti in memoria di Massimo D'Antona*, II, Giuffrè 2004, p. ____
In tale senso si veda anche L. RIVA-SANSEVERINO, *“Del Lavoro”*, loc. cit. L'Autore evidenzia come il ricorso alle categorie del diritto comune, per definire il rapporto obbligatorio nel diritto del lavoro, non risulti “appagante”, in quanto il primo è fondato sull'autonomia contrattuale dei singoli, il secondo al fine di realizzare “un'eguaglianza sostanziale” intende *condizionare tale autonomia, con particolare riferimento e valorizzazione dell'autonomia collettiva o sindacale*”.

(⁸⁹) R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e Giuseppe Branca, Zanichelli, 1970, 24 ss. Sempre per una ricostruzione della nozione dell'accordo in senso civilistico cfr. R. SACCO, *Il contratto*, in Trattato di Diritto Civile a cura di F. Vassalli, Utet, 1975.

forza di legge tra loro, ma determinano anche gli stessi requisiti – l’oggetto – e le modalità per la sua esecuzione.

Nel contratto di lavoro, invece, si ritiene che il lavoratore quale soggetto “situato in un contesto di diffusa disoccupazione e privo di redditi diversi dalla retribuzione” aderisca ad una volontà e ad un accordo predisposto dal datore di lavoro⁽⁹⁰⁾.

Si è sostenuto, infatti, che il principio di eguaglianza formale dei contraenti e quindi della neutralità del contenuto dell’accordo del contratto di lavoro non trovi, nello stesso, applicazione, in quanto la particolare posizione rivestita dal lavoratore nel processo produttivo è una posizione sostanzialmente debole. Il lavoratore vive attraverso la retribuzione dell’attività prestata e pertanto per vivere deve inserirsi inevitabilmente nel processo produttivo creato e diretto dall’imprenditore (datore di lavoro)⁽⁹¹⁾. Sarebbe quest’ultimo a detenere una posizione di forza tanto nella formazione dell’accordo contrattuale quanto nell’esecuzione dell’obbligazione quale prestazione del lavoratore di collaborare nell’impresa (“sotto la direzione”). La volontà del lavoratore all’interno del rapporto contrattuale si ridurrebbe, in tale ricostruzione, unicamente nell’accettare l’oggetto del contratto (ossia la prestazione che deve eseguire) e l’importo

⁽⁹⁰⁾ A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, I, Cedam 2010, 4, parlando dello scopo del diritto del lavoro afferma: “nasce per proteggere il lavoratore subordinato contro la sua stessa libertà negoziale, abbandonando il mito liberistico della eguaglianza formale dei contraenti e della conseguente naturale equità del contenuto del contratto (“qui dit contractuel dit juste”) per prendere atto della diseguaglianza sostanziale delle parti che impone interventi correttivi esterni a tutela del più debole”. E, ancora “Di solito è il lavoratore ad accettare la proposta del datore di lavoro”.

⁽⁹¹⁾ A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, Il Rapporto di Lavoro, Cedam, 2011, p. 75 ss. Così si è espressa anche la cd. “teoria istituzionale-comunitaria”, per la quale la fonte del rapporto di lavoro non sarebbe neanche rintracciabile nel contratto bensì nell’inserzione di fatto del lavoratore nell’impresa.

della propria retribuzione. Tale debolezza del lavoratore subordinato diverrebbe più incisiva ogni qualvolta aumenti la disoccupazione generale, in quanto per la stessa attività aumenteranno le offerte di lavoro dei prestatori d'opera e il datore di lavoro, avrà in tale contesto, una svariata gamma di scelta tra i diversi lavoratori.

Tale costruzione, quanto mai generale, non appare condivisibile alla luce degli svariati interventi di fonti esterne o eteronome che hanno cercato di attenuare la cd. asimmetria del potere contrattuale nel rapporto di lavoro, prevedendo limiti a quello che all'origine poteva essere ipotizzato come un potere direttivo senza confini del datore di lavoro e prevedendo dei correttivi di "riempimento" dello stesso contenuto del contratto⁽⁹²⁾.

⁽⁹²⁾ R. SCOGNAMIGLIO, *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in Riv. it. dir. lav., 2007, p. 379. Per comprendere l'ipotetica configurazione di un potere del datore di lavoro senza confini, tornano alla mente le parole utilizzate dall'Autore nel ricostruire la storia del diritto del lavoro. In particolare, lo stesso sottolinea come, con l'avvento della prima rivoluzione industriale, la spinta di fattori sociali e politici porta a un ampio riconoscimento dell'autonomia contrattuale, quale strumento attraverso il quale i privati possono regolamentare i propri rapporti patrimoniali. Prosegue l'Autore affermando che *"diventano protagonisti nel mondo dell'Economia e del lavoro i possessori del capitale, fattore indispensabile per l'iniziativa e la gestione delle imprese commerciali di cui assumono la supremazia e i comuni lavoratori, che, disponendo soltanto delle proprie energie psico-fisiche, versano in una condizione di grave inferiorità e debolezza nei confronti delle controparti, gli imprenditori e in generale i datori di lavoro"*. In termini, A. VALLEBONA, *Istituzioni*, loc. cit, rileva come la legge o la contrattazione collettiva, tese a determinare le condizioni di lavoro, *"riporta[no] ad equità il contenuto di un contratto tra soggetti in posizione di diseguaglianza sostanziale"*.

3. (Segue) *Compressione dell'autonomia individuale. Contrattazione collettiva e "favor" per il lavoratore.*

È opinione diffusa che il diritto del lavoro si fondi “*nella peculiare tutela attribuita dall'ordinamento giuridico ai lavoratori subordinati, per riscattarli dalla condizione di inferiorità e debolezza in cui versano nei confronti del datore di lavoro e all'interno della collettività nazionale*⁽⁹³⁾”.

Tale idea prende le mosse dalla considerazione dell'esistenza di fonti esterne o eteronome che in un certo senso si sono poste rispetto al “contratto di lavoro” come sovraordinate alla volontà delle parti e che hanno reso il lavoratore soggetto informato e forte nella contrattazione⁹⁴.

A tal proposito si fa espresso riferimento alla legge e alla contrattazione collettiva in materia che ha riconosciuto una più incisiva tutela del lavoratore.

In dottrina, del resto, non è mancato chi ha segnalato la necessità, per lo studioso del diritto del lavoro, di sottrarsi agli effetti suggestivi e fuorvianti della concezione contrattuale, rilevando come il contratto di lavoro sia essenzialmente sottratto all'autonomia delle parti⁽⁹⁵⁾.

In tal senso, approfondendo quanto già detto nel primo paragrafo del presente capitolo, basti pensare all'art. 36 della Costituzione che ha fissato i criteri per le condizioni minime di

⁽⁹³⁾ R. SCOGNAMIGLIO, *La natura*, loc. cit.

⁽⁹⁴⁾ Sul punto cfr., U. PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, in Tr. Dir. civ. diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Vallardi, Milano, 1971, p. 93 ss.

⁽⁹⁵⁾ R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito*, cit., p. 489. L'Autore rileva come la mancanza dell'autonomia individuale delle parti nel contratto di lavoro renda incerta la possibilità di poter applicare le norme che regolano la disciplina generale del contratto.

trattamento economico (dei lavoratori), riconoscendo il diritto del lavoratore ad una retribuzione «proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro» ovvero ad assicurare per sé e per la sua famiglia «un'esistenza libera e dignitosa».

Analizzando la portata costituzionale di tale norma, si può affermare che la sua previsione ha carattere precettivo, si inserisce nel quadro della disciplina dei diritti personali del lavoratore e si sostanzia come diritto irrinunciabile.

Si riconosce al lavoratore il diritto soggettivo a una retribuzione *proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro* e si tratta di un riconoscimento di immediata applicazione. E' necessario, infatti, un mero giudizio di accertamento dell'esistenza di un rapporto nel quale il lavoratore abbia prestato la propria attività. Una retribuzione proporzionata e sufficiente dovrà essere riconosciuta al lavoratore anche qualora la sua attività non sia formalizzata in un contratto, come ad esempio le ipotesi del cd. "lavoro nero". E Infatti, anche in tal caso, per il lavoratore sarà sufficiente dimostrare l'esistenza di un rapporto di lavoro sottostante ed ottenere la garanzia *ex art. 36* della Costituzione. E, in tal senso, depone altresì l'art. 2126 c.c.⁽⁹⁶⁾, ove prevede che anche in caso di annullamento o nullità del contratto di lavoro, il prestatore abbia comunque diritto alla retribuzione qualora il lavoro sia stato prestato con violazione di norme a sua tutela⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁶⁾ Che testualmente recita: *"La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa. Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione.*

⁽⁹⁷⁾ Cfr., E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Giappichelli, 2012, p.173, il quale evidenzia che il lavoratore subordinato che esegue una determinata

Si può quindi pacificamente affermare che con tale garanzia il Costituente ha inteso tutelare la persona del lavoratore e della sua famiglia e non la parità delle prestazioni nel rapporto sinallagmatico di lavoro.

Per converso, dal punto di vista prettamente civilistico, la retribuzione rappresenta l'obbligazione principale del datore di lavoro e la causa tipica di scambio di tale contratto (contratto di lavoro subordinato) nel quale il lavoratore presta la sua attività lavorativa e il datore di lavoro corrisponde il relativo compenso.

E' stato giustamente osservato che la corrispettività tra prestazione lavorativa e retribuzione è "*una corrispettività sui generis*", in quanto la legge prevede di rispettare una misura minima della stessa (retribuzione) ovvero la conservazione del reddito del lavoratore anche nelle ipotesi in cui lo stesso si trovi nell'impossibilità momentanea di eseguire la propria attività lavorativa (ad esempio, malattia, maternità, permessi per assistenza a persone portatrici di *handicap*)⁽⁹⁸⁾. In poche parole, non sempre la retribuzione corrisponde alla quantità e all'esecuzione concreta, come sopra detto, dell'attività lavorativa.

prestazione di lavoro ha diritto alla retribuzione anche in assenza di un valido titolo in modo analogo di quanto accadrebbe se il contratto fosse stato validamente stipulato.

⁽⁹⁸⁾ A. VALLEBONA, *Istituzioni*, cit., p. 323. Quanto appena detto merita una precisazione. Alla luce dell'art. 36 Cost. è innegabile come la retribuzione sia strettamente collegata con la quantità e qualità dell'attività prestata. Sarebbe infatti impensabile concepire la stessa retribuzione alla luce degli scatti di anzianità ovvero l'impossibilità per il datore di lavoro di prevedere premi di produttività qualora l'attività lavorativa del lavoratore sia aumentata qualitativamente a livello di produttività. In poche parole, la retribuzione, si muove progressivamente con l'attività lavorativa, ma vi sono ipotesi particolari in cui la stessa sarà comunque dovuta al lavoratore a prescindere dalla coincidenza della corrispettività della prestazione. Sul principio di proporzionalità, si ricorda l'incidenza della disciplina collettiva – come confermata dall'art. 2103, comma 1, c.c. – che prevede retribuzioni più alte per le mansioni superiori svolte.

Oltre a quanto appena richiamato, si pensi alle condizioni di trattamento dei lavoratori che sono già fissate dalla legge ovvero dalla contrattazione collettiva – ad es., *ex art. 2071 c.c.*, il contratto collettivo deve indicare qualifiche e mansioni dei prestatori di lavoro – al fine di garantire, a seconda della categoria aziendale, un livello minimo ed eguale (di trattamento) per i dipendenti.

La disciplina collettiva ha quindi il preciso compito di individuare le diverse tipologie di qualifiche che il lavoratore potrà assumere nell'organizzazione aziendale e stabilire il corrispettivo trattamento (art. 96, primo comma, disp. att. cod. civ.). Il datore di lavoro e il lavoratore non potranno, consensualmente o unilateralmente, prevedere degli inquadramenti peggiorativi rispetto alle mansioni (e la qualifica, pertanto raggiunta) svolte dal lavoratore, in quanto in caso contrario la relativa pattuizione è nulla. La *ratio* di tale previsione è quella di riequilibrare la posizione di debolezza del lavoratore che, per necessità di trovare gli strumenti per il suo sostentamento, possa accettare un qualifica non rispondente all'attività prestata. Si può, in sostanza, affermare che il lavoratore venga tutelato dalla sua stessa libertà di scelta nel prestare il proprio consenso a un inquadramento inferiore rispetto alle mansioni effettivamente svolte e che corrispondono, nella disciplina collettiva, a una diversa categoria (si pensi, ad es., come impiegato anziché come quadro).

Sul punto è necessario svolgere, una breve disamina, sulla disciplina del mutamento di mansioni nell'ambito di un rapporto

di lavoro, come regolata dall'art. 2103 c.c. che testualmente dispone:

“Mansioni del lavoratore

Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, e l'assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi. Egli non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Ogni patto contrario è nullo”.

Tale norma ha l'effetto di configurare un generale potere datoriale “limitato nei contenuti” che consente, ai fini della adeguata gestione e organizzazione tecnico-produttiva dell'azienda, di mutare l'originaria assegnazione di un dipendente allo svolgimento di determinate mansioni (c.d. *ius variandi*), con il chiaro divieto di peggioramento della posizione dallo stesso acquisita e della irriducibilità della retribuzione.

Nell'ambito della propria discrezionalità, il datore di lavoro è dunque libero esclusivamente nell'adibire il dipendente allo svolgimento di mansioni di livello superiore, o quantomeno equivalente a quelle già svolte, non potendo viceversa – e salve

determinate eccezioni di cui alla normativa speciale⁽⁹⁹⁾ – adibirlo allo svolgimento di mansioni di livello inferiore a quello acquisito o ridurne la retribuzione.

Ai fini del corretto esercizio dello *ius variandi* da parte del datore di lavoro, l'equivalenza delle mansioni svolte dal dipendente coinvolto nel mutamento deve essere valutata in concreto, prendendo quale riferimento non solo le declaratorie di livello descritte nel contratto collettivo applicato, bensì i compiti effettivamente svolti dal dipendente nello svolgimento dell'attività lavorativa, prima e dopo l'intervenuta modifica.

E così, a titolo esemplificativo e non esaustivo, si potrà parlare di equivalenza di mansioni quando, per effetto dello svolgimento dei nuovi compiti affidati, non venga meno il patrimonio

⁽⁹⁹⁾ Sulla portata limitata del potere discrezionale del datore di lavoro sul mutamento di mansioni, si riporta l'art. 4, comma 11, della L. 223/1991 sui licenziamenti collettivi, nell'ambito delle disposizioni sulla procedura di mobilità, che – in deroga all'art. 2103 c.c., prevede testualmente: “*Gli accordi sindacali stipulati nel corso delle procedure di cui al presente articolo, che prevedano il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti, possono stabilire, anche in deroga al secondo comma dell'articolo 2103 del codice civile, la loro assegnazione a mansioni diverse [nдр: quindi anche inferiori] da quelle svolte.*” Anche in tal caso, si evidenzia come la determinazione del contenuto della prestazione lavorativa sia sottratta all'autonomia delle parti. Infatti, seppur *ratio* della deroga di cui all'art. 2103 c.c. sia quella di “salvare il lavoratore” (riassorbimento dei lavoratori eccedenti), ciò appare possibile – solo ed esclusivamente – con l'intervento di fonti eteronome (*rectius*: intervento dei sindacati).

Nel senso del *favor* per il lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, pur in presenza di peggioramento delle condizioni contrattuali individuali, si è peraltro pronunciata in più casi anche la giurisprudenza che, nell'ipotesi di accertata crisi aziendale, ha ammesso la possibilità per il datore di lavoro di adibire il dipendente a mansioni inferiori purché ricorrano le seguenti condizioni:

- i) non sussista alternativa se non il licenziamento per giustificato motivo oggettivo;
- ii) vi sia il consenso del lavoratore;
- iii) non vi siano ulteriori mansioni equivalenti a quelle precedentemente svolte cui adibire il lavoratore;
- iv) vi sia l'accordo dei sindacati.

professionale acquisito dal lavoratore⁽¹⁰⁰⁾ ovvero quando le nuove mansioni assegnate si risolvano in una specializzazione ulteriore che abbia quale fondamento il patrimonio professionale già acquisito. E, ancora, quando il lavoratore, per lo svolgimento delle nuove mansioni affidategli, necessiti della medesima competenza, in termini qualitativi, richiesta per le mansioni precedentemente espletate, ovvero quando le nuove mansioni cui egli sia adibito consentano un arricchimento di tali competenze, con conseguente crescita professionale.

Corollario di quanto precede è che potranno dirsi non equivalenti anche mansioni afferenti alla medesima categoria e al medesimo livello di inquadramento contrattuale e, viceversa, potranno essere ritenute equivalenti mansioni afferenti a diverse categorie e diversi livelli.

Da quanto sopra, emerge come il ruolo del datore di lavoro – esautorato dalla scelta di definire liberamente il trattamento del lavoratore – sarebbe confinato nell'impartire al prestatore di lavoro le modalità di esecuzione della prestazione ovvero a indicare lo scopo a cui questa è diretta, per cui, verrebbe da domandarsi la reale portata dell'art. 2094 c.c., ove il lavoratore (è) *“alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”*. Infatti, dinanzi alla rigidità dell'art. 2103 c.c. si potrebbe affermare che il potere direttivo del datore di lavoro sia, appunto, vincolato al *“binario delle mansioni per le quali è stato assunto il lavoratore ovvero a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquistato o a quelle equivalenti”*.

Ma ancora.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr., Cass., 29.10.2008, n. 24293; Cass. 31.05.2010, n. 1328.

Un'ulteriore conferma della limitazione dell'autonomia delle parti nella determinazione del contenuto della prestazione lavorativa si riscontra nella previsione di cui all'art. 2113 c.c., a mente del quale:

“Le rinunzie e le transazioni (1966), che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 del codice di procedura civile, non sono valide.

L'impugnazione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data della rinunzia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima.

Le rinunzie e le transazioni di cui ai commi precedenti possono essere impugnate con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, del lavoratore idoneo a renderne nota la volontà.

Le disposizioni del presente articolo non si applicano alla conciliazione intervenuta ai sensi degli articoli 185, 410, 411, 412ter e 412quater del codice di procedura civile”.

Ai sensi della richiamata norma, le uniche ipotesi di validità di accordo delle parti in deroga al divieto di demansionamento ovvero di transazioni su diritti del lavoratore risultano dunque essere quelle in cui l'accordo stesso sia stato raggiunto – in concomitanza alla definizione di un pregresso contenzioso – dinanzi alle preposte sedi istituzionali, quali la sede giurisdizionale, amministrativa (Direzione Provinciale del

Lavoro), sindacale (secondo le procedure eventualmente previste nei singoli CCNL) o arbitrale⁽¹⁰¹⁾.

Ferma restando la breve panoramica normativa di cui sopra, si ritiene che l'art. 2077 c.c. possa rappresentare la massima espressione di alcuni degli interventi correttivi esterni alla volontà delle parti.

Tale disposizione statuisce che:

“I contratti individuali di lavoro tra gli appartenenti alle categorie alle quali si riferisce il contratto collettivo devono uniformarsi alle disposizioni di questo.

Le clausole difformi dei contratti individuali, preesistenti o successivi al contratto collettivo, sono sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo, salvo che contengano speciali condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro”⁽¹⁰²⁾

Dalla lettura del citato art. 2077 c.c. nonché delle ulteriori norme sopra riportate si potrebbe, pertanto, affermare che nel rapporto di lavoro la limitazione all'autonomia delle parti – nella determinazione del contenuto della prestazione lavorativa – si muova su tre binari: 1. preventiva imposizione dei criteri. Si tratta dell'obbligo per il datore di lavoro di uniformare il contenuto del contratto individuale alle disposizioni contenute nei

⁽¹⁰¹⁾ Sul punto cfr. A. VALLEBONA, *Istituzioni*, vol. II, cit. p. 835. L'Autore riconduce l'inderogabilità dell'art. 2113 c.c. alla tutela che il nostro ordinamento riserva al lavoratore al fine di “evitare” che possa disporre liberamente dei diritti maturati nel rapporto di lavoro. Infatti, in assenza di una specifica disciplina, come quella dettata dalla suindicata norma, “(...)il datore di lavoro, consapevole della inutilità della imposizione in via preventiva di una disciplina peggiorativa, potrebbe far valere la sua forza successivamente, inducendo il lavoratore a disporre, con una rinuncia o una transazione, dei diritti già sorti per effetto di norme inderogabili”.

⁽¹⁰²⁾ Si ricorda peraltro che tale norma ha una tal forza che si impone anche nel caso di parti del contratto di lavoro che non aderiscano alle associazioni di categoria che hanno sottoscritto i CCNL di riferimento.

contratti collettivi; 2. sostituzione di diritto delle clausole difformi (art. 1339 c.c.). Rappresenta un'ulteriore limitazione all'autonomia privata individuale in quanto il contratto rimane in vita, ma produce gli effetti previsti dalla legge o dal contratto collettivo; 3. derogabilità in melius delle condizioni. Si riconosce che la fonte più favorevole per il lavoratore prevalga indistintamente sulla legge ovvero sulla contrattazione collettiva ovvero sui contratti individuali.

Capitolo III

PROSPETTIVE DI TUTELA DEL DATORE DI LAVORO

1. Una nuova prospettiva di lettura del rapporto di lavoro in chiave di inversione del potere contrattuale delle parti. 2. Diligenza del prestatore di lavoro e obbligo di fedeltà. 3. Comportamento abusivo del Lavoratore: gli strumenti ordinari di tutela (sanzioni disciplinari; licenziamento). 4. I comportamenti illegittimi del lavoratore non sanzionabili: un'ipotesi di *mobbing* a danno del datore di lavoro? 5. Responsabilità contrattuale o extracontrattuale. 6. I doveri di protezione. 7. Conclusioni.

1. Una nuova prospettiva di lettura del rapporto di lavoro in chiave di inversione del potere contrattuale delle parti.

Dalla panoramica normativa e costituzionale delineata nel secondo capitolo sono emersi i seguenti elementi:

1. il lavoro è uno dei fondamenti dell'ordinamento italiano (art. 1 cost.);
2. la parità di tutti i soggetti che operano nell'ambito lavorativo è assicurata agli individui nel lavoro attraverso la previsione delle medesime condizioni di trattamento e il riconoscimento della dignità della persona umana senza distinzione alcuna (art. 3 cost.);
3. il riconoscimento del diritto al lavoro di tutti i cittadini (primo comma, art. 4 cost.) i quali – secondo le proprie possibilità e la propria scelta – devono concorrere al progresso materiale o spirituale della società (secondo

comma, art. 4 Cost.). Tale norma dovrebbe essere interpretata come riconoscimento di ogni attività lavorativa a prescindere da una suddivisione dei ruoli. Il diritto al lavoro e la promozione delle condizioni per rendere effettivo tale diritto devono essere riconosciute indistintamente al prestatore e al datore di lavoro;

4. l'esistenza di un generalizzato dovere ("inderogabile") di "solidarietà politica, economica e sociale" che ogni uomo deve rispettare "sia come singolo sia nelle formazioni sociali" (art. 2 cost.);
5. la tutela del lavoro in "tutte le sue forme ed applicazioni" (art. 35 Cost.). Il dettato costituzionale viene generalmente interpretato, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, quale tutela rivolta esclusivamente al lavoratore subordinato stante la specifica previsione dell'art. 41 Cost. a tutela dell'iniziativa economica privata e che viene ricondotta quale garanzia del datore di lavoro .
6. il diritto del lavoro ricollega la ricostruzione delle dinamiche del rapporto di lavoro al ruolo di debolezza rivestito dal lavoratore subordinato che presta la propria attività lavorativa « *alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore* » (art. 2094 c.c.);
7. nel contratto di lavoro, diversamente che per il contratto di diritto civile di cui all'art. 1321 e 1325 c.c., la manifestazione di volontà e l'accordo delle parti (datore di lavoro e lavoratore) non si basa sul "principio di eguaglianza formale dei contraenti" e sulla "neutralità del contenuto dell'accordo". Il lavoratore, infatti, per assicurare per sé e per

la sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa presta la propria attività lavorativa dietro retribuzione del datore di lavoro "sottoponendosi" al suo potere direttivo e limitando così la sua stessa libertà d'iniziativa. La sottoposizione al potere direttivo del datore di lavoro è l'elemento qualificante il vincolo di subordinazione del lavoratore e la posizione di debolezza all'interno del rapporto di lavoro;

8. l'esistenza di fonti esterne o eteronome sovraordinate rispetto alla volontà delle parti che fissano principi e criteri direttivi per definire il contenuto della prestazione lavorativa. Ad esempio, la fissazione di criteri per le condizioni minime di trattamento economico dei lavoratori che devono rispettare il diritto del lavoratore a ricevere una retribuzione «proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro» ovvero ad assicurare per sé e per la sua famiglia «un'esistenza libera e dignitosa»;
9. la vincolatività delle mansioni – per tutta la durata di esecuzione del rapporto di lavoro – per le quali il lavoratore è stato assunto, salvo che si tratti di mansioni superiori ovvero equivalenti alle ultime effettivamente svolte. Tale disciplina risulta inderogabile attraverso la semplice manifestazione del consenso del lavoratore⁽¹⁰³⁾. Si ritiene che la *ratio* dell'art. 2103 c.c. sia quella di tutelare il lavoratore anche contro la sua stessa volontà – al fine di mantenere la propria occupazione – di accettare mansioni inferiori rispetto alle qualifiche raggiunte.

⁽¹⁰³⁾ Sulla previsione di ipotesi specifiche in deroga all'art. 2103 c.c. si rimanda al capitolo secondo, paragrafo 3, nota 98.

10. l'invalidità di rinunce e transazioni effettuate dal lavoratore in relazione ai propri diritti, salvo il caso di specifiche deroghe come illustrato *supra*, attraverso – anche in tal caso – l'intervento di parti esterne allo specifico rapporto contrattuale in essere⁽¹⁰⁴⁾;
11. necessaria uniformità del contenuto dei contratti individuali alle disposizioni della contrattazione collettiva e applicazione di diritto delle stesse in caso di difformità. Le uniche deroghe a tale principio sono rappresentate dall'eventuale previsione di condizioni più favorevoli per il lavoratore (art. 2077 c.c.).

Una siffatta ricostruzione, a parere di chi scrive, trova la sua ragion d'essere nella generale concezione del lavoratore quale soggetto debole del rapporto contrattuale, per la quale attraverso correttivi normativi (legge ovvero contrattazione collettiva), si è cercato di ridurre, fino ad eliminare, l'asimmetria dei poteri contrattuali dello stesso rapporto di lavoro.

Dinanzi all'intervento "garantista" del legislatore, si può dire, che aumentano le tutele per il lavoratore, ma diminuisce il contenuto del potere direttivo del datore di lavoro e l'autonomia delle parti registra una evidente compressione.

Infatti, nella formulazione delle norme e nella loro interpretazione si tralascia di considerare che sa da un lato emerge con tutta evidenza l'intervento del legislatore nel senso del riconoscimento di diritti in favore del lavoratore, dall'altro a

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. secondo capitolo, paragrafo 3, pp. 73 ss.

tale riconoscimento corrisponde sempre la progressiva imposizione o limitazione nei confronti del datore di lavoro.

Si pensi ad esempio al citato art. 36 Cost. il quale da un lato riconosce il diritto irrinunciabile del lavoratore a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro, prevedendo delle condizioni minime di trattamento (cd. principio di sufficienza della retribuzione), dall'altro impone al datore di lavoro il rispetto del principio della proporzionalità e sufficienza delle stesse [condizioni di trattamento, *rectius*: retribuzione].

Tale imposizione si manifesta in maniera più evidente nelle ipotesi di conservazione dei livelli di reddito del lavoratore in quei casi in cui lo stesso versi in una temporanea impossibilità di eseguire la prestazione lavorativa (a titolo esemplificativo, malattia, maternità, *etc.*).

Ma ancora.

Il rovescio della medaglia, infatti, può essere ravvisato in ognuna delle fattispecie normative sopra indicate, delle quali si schematizza, qui di seguito a titolo esemplificativo, la contrapposizione tra diritto-lavoratore/dovere-datore di lavoro:

- art. 2071 c.c.: da un lato è prevista la garanzia del lavoratore ad essere adibito a quelle mansioni e ricoprire la rispettiva qualifica come individuate dalla contrattazione collettiva per quella data categoria, dall'altro l'obbligo del datore di lavoro di assumere il lavoratore per lo svolgimento di quelle mansioni e inquadrarlo correttamente nel livello di appartenenza⁽¹⁰⁵⁾;

⁽¹⁰⁵⁾ Le categorie formulate dalla contrattazione collettiva sui livelli dei lavoratori, fanno sì che il datore di lavoro non potrà – per esigenze organizzative, salvo i casi eccezionali già individuati nel paragrafo 3, capitolo secondo – assumere con la qualifica di impiegato un lavoratore che svolga le mansioni di quadro. In caso contrario, anche alla luce della diretta

- art. 2103 c.c. : accanto al diritto del lavoratore di essere adibito alle “*mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquistato ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte*” corrisponde il divieto per il datore di lavoro di peggioramento della posizione acquisita dal lavoratore e conseguente irriducibilità della retribuzione⁽¹⁰⁶⁾;
- art. 2077 c.c.: riconoscimento per il lavoratore di una derogabilità in *melius* delle condizioni contrattuali al quale corrisponde l’obbligo per il datore di lavoro di uniformare il contenuto del contratto individuale alle disposizioni del contratto collettivo. In caso contrario, le disposizioni difformi saranno sostituite di diritto (arg. *ex art.* 1339 c.c.), con produzione degli effetti previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva.

applicazione dell’art. 36 Cost., il lavoratore potrà con un’azione di mero accertamento far riconoscere ed ottenere la giusta retribuzione per l’attività effettivamente prestata, salva comunque la nullità dell’eventuale patto contrario *ex art.* 2103 c.c.

⁽¹⁰⁶⁾ La formulazione dell’art. 2103 c.c. rappresenta, a parere di chi scrive, il paradosso di riconoscere al datore di lavoro un potere (potere direttivo *ex art.* 2094 c.c.) senza effettivo potere. Infatti, la rigidità di tale norma impone al datore di lavoro di esercitare il proprio potere direttivo vincolato al “binario delle mansioni per le quali è stato assunto il lavoratore ovvero a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito o a quelle equivalenti. Tale potere, denominato **jus variandi**, è ancorato al divieto per il datore di lavoro di assegnare a mansioni inferiori (cd. demansionamento) il lavoratore. L’incongruenza delle norme appena citate si sostanzia da un lato nella previsione del datore di lavoro di esercitare il suo potere direttivo modificando le mansioni del lavoratore dinanzi alle mutate esigenze lavorative, e dall’altro nel divieto di adibire il lavoratore a mansioni inferiori così come confermato dalla comminata nullità di eventuali pattuizioni contrarie. In buona sostanza, si potrebbe affermare che l’ambito nel quale il datore di lavoro riesca ancora ad indirizzare, almeno apparentemente, la sua autorità e autonomia risiede essenzialmente nell’eterodirezione dell’attività lavorativa.

Da quanto sopra detto, si potrebbe affermare che la tradizionale concezione del ruolo di forza del datore di lavoro e di debolezza del lavoratore si scontra, oggi giorno, con l'esistenza nel rapporto di lavoro di due dimensioni: una statica riferita al datore di lavoro costretto a sottostare a una sempre e più pregnante rigidità del sistema normativo e una dinamica riferita al lavoratore, nella quale, quest'ultimo, nell'esercizio della sua attività lavorativa procede, per così dire, sempre in avanti. Ci si riferisce, oltre ai casi appena esposti, anche alla tutela reale (*ex art. 18 Statuto dei Lavoratori*, come più volte modificato; reintegra del lavoratore sul posto di lavoro, risarcimento del danno e indennità) ovvero alla tutela obbligatoria (*ex art. 8 L. 604/66* così come successivamente modificato; riassunzione del lavoratore ovvero indennità dalle 2,5 alle ormai 14 mensilità) riconosciuta al lavoratore nel caso del suo illegittimo licenziamento.

Da quanto sopra detto appare verosimile domandarsi se una siffatta e quasi esclusiva rilevanza e tutela del ruolo del lavoratore all'interno del rapporto di lavoro sia o no compatibile con l'accezione comune di soggetto debole del rapporto stesso o se, dinanzi all'odierno scenario lavorativo, il datore di lavoro possa legittimamente avanzare la richiesta a che venga "riconosciuta la sua debolezza".

A questo punto, l'interprete, nell'interrogarsi sulla fondatezza di un'inversione dei ruoli si deve porre inevitabilmente l'ulteriore quesito sull'esistenza o meno, nel rapporto di lavoro, di un'asimmetria contrattuale tra le parti. Si fa, in tal senso, espresso riferimento alla possibilità che a seguito della supremazia di una

delle parti contrattuali (lavoratore) - per diversità di posizione (intesa in questo caso nel *favor* per il lavoratore) – si possano configurare in concreto comportamenti abusivi all'interno del rapporto contrattuale ovvero comportamenti incidenti sul regolamento stesso del contratto per i quali è necessario rintracciare adeguati strumenti di tutela.

2. *Comportamento abusivo del lavoratore: gli strumenti ordinari di tutela (sanzioni disciplinari, licenziamento).*

La prospettiva di inversione dei ruoli tra datore di lavoro e lavoratore – o quantomeno di equiparazione del loro rapporto in punto di *forza contrattuale* – evidenziata nel primo paragrafo del presente capitolo, consente di fare un ulteriore passo verso la comprensione di quali siano i comportamenti che, ad avviso di chi scrive, potrebbero essere sussunti nella categoria di condotte *lato sensu* mobbizzanti a danno del datore di lavoro.

Si è già chiarito come, poiché il datore di lavoro, oltre ad essere *impiegato* nella sua stessa attività, ne è il *titolare*, non possa ricercarsi, tra le caratteristiche essenziali della condotta posta in essere dal lavoratore in suo danno, quella della presenza di un *animus excludendi*⁽¹⁰⁷⁾. Si è quindi ipotizzato che, in punto di elementi della condotta, il fine sufficiente cui dovrebbe tendere l'azione del lavoratore per la configurazione del *mobbing* sia quello di nuocere al datore di lavoro, procurandogli danno (c.d. *animus nocendi*). Orbene, su questi elementi si tornerà nei

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. capitolo I, paragrafo 4.

paragrafi che seguono, ove più compiutamente si cercherà di costruire la fattispecie qui astrattamente ipotizzata. Tale costruzione, tuttavia, non può che passare per un'analisi *a contrario* di quei comportamenti che, in quanto considerati da apposite norme di legge o della contrattazione collettiva, non possono assurgere a indici rivelatori della fattispecie considerata.

Tale necessità trae origine dalla ovvia considerazione che il datore di lavoro, in quanto tale, ha determinati poteri – direttivi e sanzionatori – volti espressamente a indirizzare la condotta del lavoratore e a *punire* gli abusi di quest'ultimo. È evidente infatti come l'ordinamento italiano contempra strumenti di tutela generale che, se diligentemente usati, consentono al datore di lavoro da un lato di prevenire, dall'altro di evitare comportamenti illegittimi del dipendente.

Orbene, se quanto appena detto da un lato sembra costituire una pregiudiziale contraria alla possibilità di costruire la fattispecie del *mobbing* a danno del datore di lavoro, giacché quest'ultimo appare tutelato di per sé dalla titolarità *ex lege* di un potere disciplinare; dall'altro, tuttavia, consente proprio di intravedere lo spiraglio nel quale è possibile muoversi per individuare quella determinata condotta che, non tutelata dagli ordinari strumenti legislativi, sia comunque illegittima e meritevole di considerazione negativa ad opera dell'ordinamento. E ciò a maggior ragione ove si pensi che, in ogni caso, il provvedimento disciplinare adottabile dal datore di lavoro e finanche il licenziamento, pur incidendo sull'esecuzione della prestazione e, eventualmente, rescindendo definitivamente il rapporto di lavoro, non hanno di per sé capacità di ristoro

dell'eventuale pregiudizio subito dal datore di lavoro che non sia direttamente ricollegabile all'inadempimento del contratto.

Come noto, i riferimenti fondamentali per il sistema sanzionatorio nell'ordinamento italiano si ritrovano negli artt. 2104, 2105 e 2106 del codice civile, nonché nell'art. 7 ss. della l. 20 maggio 1970, n. 300 (Statuto dei Lavoratori), che a sua volta rimanda, per la massima sanzione del licenziamento, alle norme della L. 15 luglio 1966, n. 604.

In particolare, senza pretese di alcuna esaustiva trattazione sul punto, che non è oggetto del presente lavoro, gli artt. 2104 c.c.⁽¹⁰⁸⁾ e 2105 c.c.⁽¹⁰⁹⁾ pongono rispettivamente, a carico del lavoratore, il c.d. obbligo di diligenza nell'esecuzione della prestazione e il c.d. obbligo di fedeltà. Il successivo art. 2106 c.c.⁽¹¹⁰⁾ ricollega alla violazione di tali obblighi il potere del datore di lavoro di irrogare sanzioni disciplinari. L'art. 7 del citato Statuto dei Lavoratori⁽¹¹¹⁾ individua poi il procedimento

⁽¹⁰⁸⁾ Che testualmente recita: "Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende."

⁽¹⁰⁹⁾ Che testualmente recita: "Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio."

⁽¹¹⁰⁾ Che testualmente recita: "L'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo alla applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione."

⁽¹¹¹⁾ Che testualmente recita: "Le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti. Esse devono applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano."

che deve essere seguito per l'irrogazione di tali sanzioni, rimandando, per l'individuazione delle medesime, a quanto stabilito dai CCNL, nonché rinviando alla L. 604/1966 per ciò che concerne il licenziamento.

Brevemente, e limitatamente a quanto di interesse per la presente trattazione, principi fondamentali in materia di sanzioni disciplinari sono quello della immediatezza delle contestazione – per il quale non deve passare un eccessivo lasso di tempo tra l'infrazione disciplinare e la sua contestazione al lavoratore – nonché della proporzionalità della sanzione – per il quale ogni sanzione adottata non può essere eccessiva rispetto alla

Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa.

Il lavoratore potrà farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato.

Fermo restando quanto disposto dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, non possono essere disposte sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro; inoltre la multa non può essere disposta per un importo superiore a quattro ore della retribuzione base e la sospensione dal servizio e dalla retribuzione per più di dieci giorni.

In ogni caso, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa.

Salvo analoghe procedure previste dai contratti collettivi di lavoro e ferma restando la facoltà di adire l'autorità giudiziaria, il lavoratore al quale sia stata applicata una sanzione disciplinare può promuovere, nei venti giorni successivi, anche per mezzo dell'associazione alla quale sia iscritto ovvero conferisca mandato, la costituzione, tramite l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, di un collegio di conciliazione ed arbitrato, composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro scelto di comune accordo o, in difetto di accordo, nominato dal direttore dell'ufficio del lavoro. La sanzione disciplinare resta sospesa fino alla pronuncia da parte del collegio.

Qualora il datore di lavoro non provveda, entro dieci giorni dall'invito rivoltagli dall'ufficio del lavoro, a nominare il proprio rappresentante in seno al collegio di cui al comma precedente, la sanzione disciplinare non ha effetto. Se il datore di lavoro adisce l'autorità giudiziaria, la sanzione disciplinare resta sospesa fino alla definizione del giudizio.

Non può tenersi conto ad alcun effetto delle sanzioni disciplinari decorsi due anni dalla loro applicazione.”.

violazione perpetrata dal lavoratore. In via generale, grazie anche alle elencazioni confluite nei CCNL e alla copiosa giurisprudenza formatasi sul tema, si può operare una distinzione tra sanzioni conservative e sanzioni espulsive, queste ultime consistenti nel licenziamento disciplinare e non potendo viceversa mai consistere in diversi definitivi mutamenti del rapporto di lavoro (ad es. mutamento di mansioni), le prime consistenti nel rimprovero verbale, rimprovero scritto, multa, sospensione dal lavoro e sospensione dalla retribuzione⁽¹¹²⁾.

Generalmente, il datore di lavoro che si trova ad affrontare una situazione di scarso rendimento o comportamento illecito del lavoratore ha, dunque, nel rispetto dei principi sopra individuati, tutti gli strumenti idonei per reagire e indirizzare nuovamente l'attività lavorativa verso la direzione da lui prescelta. L'utilizzo di tali strumenti potrà portare o alla conservazione del rapporto di lavoro con rinnovata sintonia ovvero alla sua definitiva cessazione, ove l'inadempimento sia così grave da dar luogo ad un licenziamento per giustificato motivo soggettivo – al ricorrere del presupposto del *notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro*⁽¹¹³⁾ – o a un licenziamento per giusta causa – al ricorrere di una *causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto* – ipotesi anch'esse ricondotte dalla giurisprudenza nell'alveo dei provvedimenti disciplinari⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹²⁾ Per una compiuta trattazione del tema cfr. A. VALLEBONA, Breviario, cit., p. 265 ss.

⁽¹¹³⁾ In tal senso dispone l'art. 3 della l. 604/1966.

⁽¹¹⁴⁾ Invero si è tanto discusso, con particolare riferimento al licenziamento per giusta causa, sulla riconducibilità del medesimo ad un provvedimento di natura disciplinare. Tuttavia, la giurisprudenza prevalente, sulla scorta dell'opportunità di assicurare al lavoratore la più ampia tutela possibile, ha

Il comportamento del lavoratore dovrà dunque essere indirizzato al buon rendimento e finalizzato al raggiungimento dell'interesse perseguito dal datore di lavoro. Così, non saranno tollerati e potranno essere sanzionati – quando arrechino pregiudizio all'attività lavorativa – comportamenti consistenti, a titolo meramente esemplificativo, nell'abbandono del posto di lavoro⁽¹¹⁵⁾, nell'insubordinazione⁽¹¹⁶⁾, nel rifiuto di eseguire prestazioni dovute per contratto⁽¹¹⁷⁾, nella violazione dei doveri di segretezza⁽¹¹⁸⁾ e di fedeltà⁽¹¹⁹⁾, ecc.

In sostanza dunque ogni comportamento che non vada nel solco del rispetto dei doveri di diligenza professionale e di fedeltà potrà essere adeguatamente represso dal titolare dell'attività lavorativa.

È evidente, quindi, che alcuni comportamenti che, nel caso tipico del *mobbing*, sono considerati dalla giurisprudenza quali indici rivelatori di una condotta mobbizzante a danno del lavoratore, se posti in essere da quest'ultimo non possano essere ricondotti alla fattispecie di *mobbing* a danno del datore di lavoro che qui si ipotizza, poiché rientranti nell'alveo di quei comportamenti sanzionabili quali violazione dei generali doveri di diligenza e fedeltà.

Così, per fare un esempio concreto, si ricorda che è comunemente considerato indice di condotta mobbizzante a

infine optato per la soluzione positiva. *Ex multis*, cfr. Cass. 23 ottobre 2000, n. 13959; Cass. S.U. 1 giugno 1987, n. 4823; Cass. 7 luglio 2004, n. 12526; Cass. 7 settembre 1993 n. 9390; Cass. 4 marzo 1993, n. 2596.

⁽¹¹⁵⁾ Cass. 23 marzo 2005, n. 6241.

⁽¹¹⁶⁾ Cass. 15 aprile 2009, n. 8939; Cass., 18 marzo 2009, n. 6569.

⁽¹¹⁷⁾ Cass. 9 maggio 2005, n. 9576.

⁽¹¹⁸⁾ Cass. 25 ottobre 2001, n. 13188.

⁽¹¹⁹⁾ Cass. 29 novembre 2007, n. 24907.

danno del lavoratore il comportamento del datore di lavoro consistente in una continua denigrazione del dipendente, che sfoci in una pressione psicologica per questi insostenibile, con la produzione di tutti quegli effetti che si sono già individuati nel primo capitolo del presente lavoro. Ebbene, tale comportamento denigratorio, se posto in essere dal lavoratore in danno del datore di lavoro, assume invero connotati del tutto differenti. Ed infatti, come confermato da una recente sentenza della Suprema Corte di Cassazione⁽¹²⁰⁾, il lavoratore che denigra il datore di lavoro diviene lavoratore *infedele* e, come tale, è passibile di provvedimenti disciplinari che possono arrivare perfino al licenziamento. E invero, se certamente sussiste un diritto di critica nei confronti del datore di lavoro a opera del dipendente⁽¹²¹⁾, altrettanto è vero che, quando l'esercizio di tale diritto si spinge oltre il consentito e si traduce in gratuite offese, il legame fiduciario intercorrente tra datore di lavoro e lavoratore può venir meno, con conseguente legittimità del licenziamento di quest'ultimo. D'altronde, la giurisprudenza ormai consolidata ritiene che, dato lo specifico assetto degli interessi delle parti nel rapporto di lavoro, il comportamento del dipendente vada valutato non con riferimento al semplice brocardo dell'*alterum non laedere*, bensì con riferimento ai ben più pregnanti obblighi di collaborazione, correttezza, buona fede, lealtà e, soprattutto, fedeltà, tutti da considerare nella valutazione della legittimità della causa di recesso dal rapporto⁽¹²²⁾. E così "*viola il disposto*

⁽¹²⁰⁾ Cass. 17 settembre 2009, n. 20048.

⁽¹²¹⁾ Che trova il massimo fondamento nella generale libertà di manifestazione del pensiero sancita dall'art. 21 Cost.

⁽¹²²⁾ O. MAZZOTTA, *Diritto di critica e contratto di lavoro*, nota a Cass. 25 febbraio 1986, in Foro it., 1986, I, p. 1879.

dell'art. 2105 c.c. e lede la fiducia che il datore di lavoro deve poter riporre nel lavoratore la denuncia che, concretizzatasi nella diffusione di notizie non veritiere, abbia determinato una lesione del decoro dell'impresa suscettibile di provocare con la caduta della sua immagine anche un danno economico”⁽¹²³⁾.

In considerazione di quanto precede e alla luce della genericità delle nozioni di diligenza e fedeltà di cui agli artt. 2014 e 2015 c.c., nelle quali possono essere fatti rientrare gran parte dei comportamenti illegittimi posti in essere dal lavoratore, con conseguente passibilità di apposita sanzione, appare dunque lecito domandarsi che spazio residui per la costruzione della teoria del c.d. *mobbing* a danno del datore di lavoro.

La risposta certamente non è agevole, ma può ricercarsi avendo a mente tutti quei comportamenti del lavoratore che, non sostanziandosi in ipotesi prese a riferimento dalla normativa appena ricordata e dai richiamati CCNL, abbiano comunque l'effetto di recare quel pregiudizio psicofisico alla persona del datore di lavoro che è stato individuato nel secondo capitolo del presente lavoro.

In altre parole, se non può certamente ricondursi alla ricercata fattispecie della condotta mobbizzante a danno del datore di lavoro il singolo comportamento del lavoratore che sia sanzionabile secondo le comuni regole appena ricordate, sembra possibile ricondurre a tale ipotesi l'insieme di comportamenti che, non costituendo illecito disciplinare, abbiano comunque l'effetto di creare, nell'ambito lavorativo, questa volta in pregiudizio del

⁽¹²³⁾ V. NUZZO, *Quando denunciare il datore di lavoro rende “infedele” il lavoratore*, nota a Cass., 17 settembre 2009, n. 20048, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2010, I, p. 352.

datore di lavoro, quel malessere psicologico che è stato individuato quale indice determinante della fattispecie del *mobbing*. Su tali comportamenti – invero di ardua identificazione – si tornerà nel corso del presente lavoro.

3. *I comportamenti illegittimi del lavoratore non sanzionabili: un'ipotesi di mobbing a danno del datore di lavoro?*

Affrontate preliminarmente le questioni sulla rilevanza del diritto al lavoro quale diritto garantito e riconosciuto a livello costituzionale a tutti i cittadini (siano prestatori o datori di lavoro) e sulla possibilità di ipotizzare – nello scenario legislativo odierno – un'inversione dei ruoli di forza all'interno del rapporto di lavoro, la difficoltà, a questo punto, del presente lavoro sta nell'individuazione – in concreto – di condotte poste in essere dal lavoratore e qualificabili come “mobbizzanti” a danno del datore di lavoro.

La prima difficoltà concreta che si incontra è rappresentata, infatti, dall'assenza nella nostra giurisprudenza e dottrina di casi pratici qualificabili come “*mobbing*” a danno del datore di lavoro (*rectius: mobbing* ascendente). Difatti, seppur a livello teorico sia stata ammessa l'esistenza di comportamenti persecutori provenienti dal basso, tale menzione viene fatta esclusivamente per elencare le diverse tipologie di *mobbing*: il *mobbing verticale*, ove il *mobber* si trova in una posizione sopraordinata rispetto al mobbizzato, il *mobbing orizzontale*, ove il *mobber* è nella stessa posizione del mobbizzato e il *mobbing* è ad opera di altri colleghi,

e il *mobbing ascendente*, ove il *mobber* è in una posizione di inferiorità rispetto al mobbizzato⁽¹²⁴⁾.

Viceversa, di *mobbing* a danno del datore di lavoro si è iniziato a parlare nelle scienze psicologiche.

Così, si legge in alcuni articoli di psicologi:

“Il mobber è in una posizione inferiore rispetto a quella della vittima. Accade quando l'autorità di un capo viene messa in discussione da uno o più sottoposti, in una sorta di ammutinamento professionale generalizzato. In effetti, nelle situazioni di mobbing dal basso sono solitamente più di uno, a volte anche tutti gli operai o i colleghi di un certo reparto, che attuano una vera e propria ribellione contro il capo che non accettano.

La vittima si trova quanto mai in una condizione di isolamento totale e devastante, inoltre essendo il numero dei suoi delatori piuttosto alto, anche il suo tentativo di discolpa risulta arduo; l'ufficio del personale finirà col dare credito alla maggioranza delle voci.

Questa forma di mobbing ha radici molto simili tra le culture. I casi di mobbing dal basso sono comunque abbastanza rari; nell'area tedesca si stima che ricoprano una percentuale dl 10% del totale di tutti i casi di mobbing, in Italia la percentuale è addirittura minore, infatti, se l'antipatia verso il capo è un

⁽¹²⁴⁾ Così, Trib. Pinerolo, Sez. lav., 3 marzo 2004. In dottrina espressioni analoghe sono state utilizzate, a titolo esemplificativo, da R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito*, cit., p. 494; S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing*, cit., p. 632; A. CONSOLETTI, *Mobbing e discriminazioni*, cit., p. 35.

fenomeno molto diffuso, non altrettanto si può dire dell'aperta manifestazione di questo sentimento⁽¹²⁵⁾”.

Orbene, ad avviso di chi scrive, questa opinione rappresenta un primo passo verso la direzione dell'emersione di fatto del *mobbing* a danno del datore di lavoro. E, infatti, così come è accaduto per la costruzione teorica tradizionale del cd. *mobbing* discendente, allo stesso modo si assiste oggi ad una prima considerazione da parte degli psicologi del fenomeno del *mobbing* ascendente. E ciò è ancor più vero se si considera che, come appena rilevato, lo studio del fenomeno non si è limitato ad una costruzione dogmatica da parte delle scienze psicologiche, ma si è spinto fino alla realizzazione di vere e proprie statistiche numeriche che, seppur confinano l'ipotesi a poco più che una rarità, danno un'indefettibile traccia della sua esistenza.

A questo punto, chiarito⁽¹²⁶⁾ come la maggior parte dei comportamenti posti in essere dal lavoratore nell'esecuzione della sua prestazione rientrano nella generale formulazione delle nozioni di diligenza e fedeltà di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c. e rilevano sotto il profilo sanzionatorio, bisogna valutare in concreto se la costruzione astratta di *mobbing* ascendente possa “farsi strada” nel nostro ordinamento, se per la stessa sia necessario dare un differente *nomen iuris*, se gli strumenti strettamente connessi al rapporto contrattuale – licenziamento e sanzioni disciplinari – siano utilizzabili e sufficienti a dare il giusto ristoro all'eventuale danno patito dal datore di lavoro e se

⁽¹²⁵⁾ Cfr., ad es., http://www.stopmobbing.org/article.php3?id_article=10; <http://www.infofamiglia.it/mobbing.html>.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. il precedente par. 2.

si possano ipotizzare comportamenti vessatori a danno del datore di lavoro.

Senza voler cadere in una duplicazione di argomentazioni, svolte nei precedenti paragrafi, sotto il primo profilo “*mobbing* ascendente nel nostro ordinamento”, si sottolinea quanto segue: a) a livello teorico è stato ammesso da dottrina e giurisprudenza; b) a livello pratico è stato oggetto delle statistiche delle scienze psicologiche; c) a livello legislativo non si riscontrano specifiche norme dalle quali ricondurre un determinato comportamento del lavoratore nella fenomenologia del *mobbing*, ma al tempo stesso non si può neanche escludere il contrario, essendo il diritto al lavoro uno dei principi cardine dello stato italiano.

La mancanza di una specifica disciplina potrebbe rappresentare il primo motivo ostativo a una risposta positiva a tale quesito.

Nel nostro ordinamento, infatti, non esiste una regolamentazione precisa come quella prevista in favore del lavoratore *ex art. 2087 c.c.* che, relativo “alla tutela delle condizioni di lavoro”, viene comunemente interpretato come norma fondante per giustificare la fenomenologia del *mobbing* e per qualificare la responsabilità del datore di lavoro.

Senonché, dinanzi alla mancanza di una simile norma a tutela del datore di lavoro, si deve comunque sottolineare che – almeno a livello teorico – stante la formulazione dei principi costituzionali, come approfonditi nei precedenti paragrafi, in caso di violazione dei valori quali, l’integrità fisica (*rectius*: salute psico-fisica del datore di lavoro) e la personalità morale, anche il datore di lavoro ha il diritto a ricevere un’adeguata tutela.

La peculiarità, infatti, dei comportamenti mobbizzanti è rappresentata, non solo dalla condotta posta in essere e dalle sue modalità, ma dall'effetto dannoso per la salute psico-fisica del soggetto che rimane "vittima" di tali comportamenti.

Alla luce di quanto precede, si ritiene, ad avviso di chi scrive, che nel nostro ordinamento non esistano motivi ostativi a che il *mobbing* ascendente possa trovare adeguata tutela.

Se il datore di lavoro, infatti, venga minato nel suo diritto alla salute o lo stesso sia violato per comportamenti illegittimi posti in essere nei suoi confronti, è innegabile il riconoscimento di una tutela risarcitoria azionabile verso il lavoratore.

Quanto al secondo profilo, quale "differente *nomen iuris*" di comportamenti a danno del datore di lavoro, si rileva come il fenomeno del *mobbing* sia caratterizzato da: a) luogo di lavoro; b) comportamenti vessatori; c) reiterazione nel tempo; d) scopo (isolare, emarginare, danneggiare, espellere); e) danno alla salute psico-fisica. Tali caratteristiche possono senz'altro riscontrarsi anche con riferimento a comportamenti provenienti dal basso, con l'unica differenza che a livello di scopo, qualora si aderisca all'orientamento giurisprudenziale di una condotta posta in essere con lo specifico intento di emarginare la vittima, sarebbe impensabile concepire un'espulsione del datore di lavoro dal luogo di cui egli stesso è proprietario e/o titolare. A livello teorico, però, anche tale fattispecie potrebbe riscontrarsi nella pratica. Si pensi ad esempio alla vecchia concezione di studio legale, anziano avvocato e segretaria, ove dinanzi ai reiterati e continui comportamenti vessatori da parte di quest'ultima, il

datore di lavoro paralizzato nel suo malessere e incapace di reagire decida di chiudere la propria attività.

Senza voler arrivare a tale estremizzazione, si ritiene che essendo il *mobbing* una fattispecie indefinita nella sostanza – in assenza di una specifica previsione legislativa è stato sottoposto e sarà sottoposto all’attenzione della nostra giurisprudenza uno svariato numero di condotte qualificabili come mobbizzanti – ma delimitata unicamente nei contorni, qualora il danno alla salute psico-fisica venga prodotto nella sfera del datore di lavoro anche tale ipotesi possa essere ricondotta nell’ampia concezione di tale fenomeno.

Con riferimento al terzo profilo quale “gli strumenti strettamente connessi al rapporto contrattuale sono utilizzabili e sufficienti a dare il giusto ristoro”, si sottolinea, come ampiamente argomentato nei precedenti paragrafi, quanto segue:

a) le attività concrete poste in essere dal lavoratore e qualificabili come *mobbing*, non coincidono necessariamente con l’inadempimento della prestazione;

b) rigidità del sistema di licenziamento – limite per il datore di lavoro al suo esercizio – rappresentata dalla formulazione della nozione di “giusta causa” o “giustificato motivo” (art. 1 L. 604/66 e art. 2119 c.c.) ovvero la nozione di giustificatezza, intesa come ragionevolezza del provvedimento datoriale, costruita dalla contrattazione collettiva;

c) il recesso da parte del datore di lavoro, quale fattispecie che esplica i suoi effetti sulla prosecuzione del rapporto di lavoro, non procura al datore di lavoro ristoro ai danni psico-fisici sofferti dallo stesso. Infatti, un conto è l’eliminazione della

situazione che crea il danno – licenziamento del lavoratore che con la sua condotta crea la condizione di mobbizzato per il datore di lavoro – un'altra è l'eliminazione e il ristoro degli effetti dannosi della condotta.

Da quanto sopra, si potrebbe sommariamente concludere che gli strumenti quali il licenziamento non siano sempre gli strumenti utilizzabili e sufficienti per tutelare il datore di lavoro dinanzi ai danni sofferti.

Da ultimo, prima di rintracciare altre forme di tutela previste dal nostro ordinamento che saranno affrontate nel successivo paragrafo, è necessario rispondere all'ulteriore quesito sulla possibilità concreta di "ipotizzare comportamenti vessatori a danno del datore di lavoro".

Preliminarmente, ai fini di un miglior inquadramento delle possibili fattispecie qualificabili come *mobbing* ascendente, è necessario, per ricostruire la fattispecie, equiparare la posizione del superiore gerarchico che esercita un potere direttivo e organizzativo verso i sottoposti della sua area di appartenenza (si pensi ad esempio alla figura dei dirigenti) con la posizione rivestita dal soggetto all'apice di una piramide gerarchica dell'attività di impresa e proprietario/titolare della stessa⁽¹²⁷⁾.

Con riferimento alla prima costruzione, in dottrina è stato sostenuto che anche i dirigenti possono essere vittime di

⁽¹²⁷⁾ E' doveroso in questo caso sottolineare la diversità delle due figure del datore di lavoro in senso stretto e del Dirigente in quanto in tale ultimo caso il lavoratore riceve dallo stesso ordini e direttive per l'esecuzione della sua prestazione, ma il vincolo di subordinazione nascente dal contratto di lavoro è legato alla figura del datore di lavoro in senso stretto. Pertanto, anche se nella sostanza le due figure datoriali si pongono in una posizione apicale rispetto al lavoratore, nella realtà vengono equiparate nel presente lavoro solo per fini meramente classificatori del cd. *mobbing* ascendente.

mobbing⁽¹²⁸⁾, “con l’avvertenza che le modalità in questo caso sono sicuramente più raffinate e sofisticate, con la finalità di procedere all’estromissione del «capo», procedendo a esautorarlo dei poteri decisionali e gestionali”.

Secondo l’Autore in un primo momento il dirigente si troverebbe emarginato ovvero privato di tutte quelle informazioni necessarie all’attività gestionale; a seguito di tali condotte da parte dei sottoposti, la sua posizione privilegiata di “dirigente” registrerà una progressiva diminuzione di credibilità e di vantaggi che potrà portare anche il blocco della carriera. Dinanzi a tali comportamenti il dirigente potrà richiedere tanto un risarcimento dei danni per la professionalità lesa e per i danni psico-fisici quanto per la perdita di *chances* e del posto di lavoro. Potrà richiedere, altresì, il danno biologico per le malattie psico-fisiche insorte a seguito dei comportamenti mobbizzanti⁽¹²⁹⁾.

In linea generale si ritiene che un caso di scuola di *mobbing* a danno del dirigente sia rappresentato dalla figura del “nuovo Capo” che si inserisce in una concezione organizzativa consolidata da radicate abitudini gestionali e gerarchie di gruppo.

In tale contesto, l’arrivo di un nuovo organizzatore del personale mina gli equilibri delle figure che hanno consolidato un ruolo di guida nel gruppo. Infatti, caratteristica dei *mobbers* è che si tratta di persone radicate nell’ambiente lavorativo e che grazie alla stima degli altri colleghi mettono in atto vere e proprie azioni contro il dirigente individuabili nella continua critica al suo operato, nel mancato riconoscimento del ruolo rivestito,

⁽¹²⁸⁾ A. CONSOLETTI, *Mobbing e discriminazioni*, cit., p.35.

⁽¹²⁹⁾ Per un ipotesi giurisprudenziale sul tema cfr., N. SAPONE, nota a Trib. Trapani, 7 luglio 2009, ove tuttavia non è stata riscontrata nel caso concreto la fattispecie in esame.

alimentazione di un gioco di pettegolezzi ed ironie per discreditarne la figura dirigenziale, che parte dalla mancata collaborazione dell'apparato. I *mobbers* creano con i loro comportamenti "una rete di sfiducia", verso il dirigente, tale da rendergli difficoltoso – se non impossibile – avviare e mantenere il proprio ruolo all'interno dell'ambiente lavorativo.

La fattispecie su esaminata, seppur da un lato rileva ai fini della qualificazione e dell'esistenza di comportamenti vessatori provenienti dal basso, non può essere esaustiva per rispondere al quesito se sia possibile ipotizzare comportamenti vessatori a danno del datore di lavoro. La difficoltà reale di configurare una specifica fattispecie a danno del datore di lavoro nell'ipotesi appena prospettata risiede nella non coincidenza tra dirigente e lavoratore con le parti del rapporto di lavoro. Seppur è vero che il dirigente impartisce ordini e direttive al lavoratore è altrettanto vero che il vincolo di subordinazione nascente dal rapporto sottostante è riferito ad un soggetto che è sovraordinato e differente rispetto alla figura del dirigente stesso.

Infatti, un conto è parlare di *mobbing* ascendente in termini generali di comportamenti provenienti dal basso e un conto è parlare di *mobbing* a danno del datore di lavoro ove solo in tale ipotesi vi è la coincidenza tra le parti del rapporto di lavoro (datore di lavoro/lavoratore) e la titolarità dei poteri direttivi e organizzativi è in capo al soggetto "proprietario/titolare" della stessa attività d'impresa.

Esclusa, almeno a prima vista, la configurabilità di comportamenti vessatori a danno del datore di lavoro nei comportamenti posti in essere contro un dirigente, si pone

all'attenzione un fenomeno quotidiano rappresentato dalle dinamiche del gioco del calcio anche se non vi sono apparenti precedenti in sede di giustizia sportiva riferibili alla fattispecie del cd. *mobbing* ascendente.

Preliminarmente è necessario evidenziare alcune particolarità della disciplina del rapporto sportivo, come regolamentato dalla L. 91/1981, in quanto prevedono: 1) l'obbligo per lo sportivo di rispettare le direttive tecniche impartite al fine di realizzare lo scopo agonistico; 2) la cessione del contratto prima della scadenza del termine, salvo il consenso della parte; 3) il divieto del patto di non concorrenza o di limitazione alla libertà professionale dello sportivo dopo la scadenza del contratto.

Da quanto sopra emerge chiaramente come nel diritto sportivo assuma pregnante rilevanza il conseguimento dello scopo agonistico e come la figura del giocatore debba essere tutelata nella sua professionalità attraverso il principio della libera concorrenza.

A questo punto, premessa l'importanza fondamentale dello scopo agonistico a cui è diretta la prestazione del giocatore si potrebbero ipotizzare alcuni comportamenti posti in essere dallo stesso a danno della società-datore di lavoro⁽¹³⁰⁾.

Dinanzi alla risonanza mediatica del gioco del calcio e delle trattative tra giocatori e società in vista della scadenza contrattuale⁽¹³¹⁾, si potrebbe configurare la fattispecie del

⁽¹³⁰⁾ In tal senso, si veda S.MAZZAMUTO, "Mobbing e Diritto Sportivo" in Europa e Diritto Privato, 03, 2008, p. 563. L'Autore ammette la possibilità di comportamenti vessatori del giocatore nei confronti della società anche se avverte come simili fattispecie non siano approdate in sede di giustizia sportiva.

⁽¹³¹⁾ La scadenza del contratto rappresenta uno dei momenti fondamentali tra giocatore e società per la determinazione del "prezzo" della prestazione

mobbing a danno del datore di lavoro – in relazione ad un giocatore particolarmente qualificato – attraverso tali comportamenti:

- a) minacce di non rinnovare il contratto con la società, in mancanza di un proporzionale aumento del compenso, e di firmarlo per converso con altra determinata squadra alla stessa antagonista;
- b) mancata partecipazione ad allenamenti o gare ufficiali o amichevoli per continue e reiterate malattie;
- c) progressiva intenzionale riduzione della propria efficienza;
- d) divulgazione agli altri giocatori di informazioni sulla trattative e sulle percentuali di aumento.

Con tali comportamenti l'effetto che il giocatore potrebbe realizzare si può schematizzare come segue:

1. coartazione psicologica nei confronti della società/datore di lavoro al fine specifico di ottenere un aumento del compenso, non avendo in tal caso la società/datore di lavoro altre alternative per rinnovare il contratto ad un giocatore "estremamente qualificato";
2. mancanza di armonia tra gli altri giocatori; insoddisfazione dei tifosi; malessere della società. Il gioco del calcio, infatti, si presenta come un gioco di squadra ove ognuno degli undici giocatori in campo indirizza la propria prestazione concatenandola con quella altrui. Se la prestazione di uno dei giocatori viene meno, per continue assenze ovvero per diminuzione del livello di efficienza, di

agonista ed è in tale ipotesi che possono verificarsi comportamenti vessatori, da entrambe le parti, rivolti ad ottenere la più vantaggiosa pattuizione economica.

conseguenza la prestazione degli altri diviene più faticosa e difficile da realizzare. Ma ancora. Intorno al fenomeno calcistico vi sono svariati interessi quali ad esempio “la passione” dei tifosi che si dimostra con la visione delle partite o con l’acquisto di *gadget* della propria squadra, ovvero le quotazioni in borsa della società calcistica (si fa riferimento in tal caso, alle squadre di calcio Juventus, Lazio e Roma);

3. reiterazione della condotta del giocatore che potrà “danneggiare” la società-datore di lavoro per la perdita di punti nella classifica del campionato o per la riduzione della presenza dei tifosi alle gare ufficiali o per la perdita di della quotazione delle azioni in borsa (nei casi di cui sopra).

Alla luce di quanto sopra, a prima vista, si potrebbe ipotizzare una responsabilità contrattuale del giocatore per non aver rispettato l’obbligo specifico dello scopo agonistico e per essersi reso inadempiente nell’adempimento della sua prestazione.

Senonché, la prova di un siffatto inadempimento potrebbe non essere di facile allegazione, in quanto da un lato, si potrebbe giustificare tale comportamento da parte del calciatore adducendo che si è assentato dalle gare ufficiali per malattia; dall’altro, le minacce avvengono generalmente solo a livello verbale e comunque i danni subiti dalla società sono il risultato delle dinamiche di un gioco di squadra. Senza contare che la riduzione di efficienza in campo non è oggettivamente misurabile con strumenti diversi dalla semplice osservazione di un calo di rendimento.

Dal punto di vista dei comportamenti e ai fini di identificare nella fattispecie suindicata il *mobbing* si rileva che: a) i comportamenti sono avvenuti sul luogo di lavoro (*rectius*: lo stadio); b) sono caratterizzati dalla reiterazione della condotta; c) si tratta di azioni moleste e/o discriminanti; d) hanno determinato un dislivello contrattuale, quale conseguenza della debolezza della società rispetto al giocatore; infatti, per la realizzazione dello scopo agonistico la società è in uno stato di vera e propria soggezione rispetto alla richiesta economica del giocatore; e) progressivo malessere della società rappresentato da tutte quelle conseguenze negative sopraindicate; f) intenzionalità della condotta da parte del giocatore che per realizzare il proprio fine danneggia volutamente la società.

Da quanto appena detto, appare quanto mai scontato porsi il seguente interrogativo: “la società calcistica o meglio il datore di lavoro dinanzi a comportamenti, non qualificabili come inadempimento dell’obbligazione contrattuale, ma come condotte mobbizzanti, quali strumenti di tutela e ristoro ha a sua disposizione?”

4. Responsabilità contrattuale o extracontrattuale

Prima di poter procedere all’individuazione degli strumenti di tutela azionabili dal datore di lavoro nei confronti del lavoratore, è necessario procedere a una breve disamina sulla natura della responsabilità caratterizzante il comportamento illegittimo.

Stabilire in concreto se gli ipotizzabili comportamenti vessatori compiuti dal lavoratore costituiscano un illecito contrattuale o extracontrattuale non è di pronta e facile soluzione⁽¹³²⁾.

Non potendo, però, in questa sede affrontare analiticamente tutte le problematiche sottese essendo innumerevoli i contributi dottrinari in materia, si cercherà di delineare sinteticamente i passaggi più rilevanti ai fini della qualificazione giuridica del danno prodotto dal comportamento del lavoratore e della conseguente tutela a favore del datore di lavoro.

Preliminarmente, sarà indispensabile analizzare, brevemente, gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari sulla natura della responsabilità da *mobbing* con riferimento alla posizione del lavoratore per procedere, successivamente, a una comparazione della stessa nei confronti della posizione rivestita dal datore di lavoro e per individuare di conseguenza la natura della relativa tutela.

a) Su una responsabilità contrattuale.

In primo luogo, si deve sottolineare, che per l'ipotesi del cd. *mobbing* a danno del datore di lavoro, non si riscontra nel nostro

⁽¹³²⁾ A. RUSSO, *Il mobbing nell'esperienza comparata. Il mobbing tra esigenze preventive e tecniche risarcitorie. Profili comparati.*, in Dir. relaz. Ind. 2006, p. 1051. L'Autore rileva come in tema di *mobbing* si sia sovrapposta o tentato di sovrapporre la visione tra diritto civile e diritto del lavoro – oltre a profili di diritto penale – riproponendo i tradizionali temi “*quali il rapporto tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale, fino a comprendere la questione, che a dire il vero non aveva bisogno di ulteriore impulso, sulla risarcibilità del danno non patrimoniale*”.

ordinamento una regolamentazione specifica di tutela come quella prevista in favore del lavoratore *ex art. 2087 c.c.* per la tutela delle condizioni di lavoro⁽¹³³⁾.

Come già detto, dinanzi all'evoluzione storica ed economica dello Stato italiano si è posta l'esigenza per il nostro legislatore di prevedere una tutela incisiva nei confronti del lavoratore, nella quale fosse ricompresa la tutela della sua sfera personale nell'accezione più ampia del termine. Sotto la spinta di individuare rimedi giuridici in grado di comprendere e proteggere il lavoratore nella sua sfera personale si è passati per un processo di valorizzazione della responsabilità civile al fine di ricomprendere l'atipicità delle condotte qualificabili come vessatorie.

In dottrina⁽¹³⁴⁾ è stato giustamente evidenziato come la fenomenologia del *mobbing* non costituisca una categoria a sé stante di danno e nemmeno un elemento di differenziazione dello stesso. Pertanto, non potendo parlare di specialità del diritto del lavoro quale qualificazione del danno al lavoratore e dovendo rintracciare nei tradizionali criteri di risarcibilità una razionalizzazione delle norme esistenti, l'art. 2087 c.c. potrebbe

⁽¹³³⁾ S. MAZZAMUTO, *Mobbing e diritto sportivo*, cit., p. 563. L'Autore nel collegare i comportamenti da *mobbing* nella formulazione della tutela delle condizioni di lavoro *ex art. 2087*, testualmente afferma: "la duttilità della fattispecie del *mobbing* discende dall'ancoraggio all'obbligo di protezione dell'art. 2087 c.c., che mette in campo tutta la forza di conformazione e di valutazione a posteriori del rapporto obbligatorio che è proprio della buona fede, sicchè la sussistenza di una condotta mobbizzante prescinde dall'accertamento della violazione di uno o più obblighi legali incombenti sull'autore della condotta vessatoria, anche se non si può escludere che in quel variegato patch-work che è il *mobbing* si inseriscano anche specifiche condotte illecite, come di frequente avviene nel caso in cui la condotta di *mobbing* annoveri anche fatti di demansionamento, di licenziamento senza giusta causa o di condotta antisindacale".

⁽¹³⁴⁾ A. RUSSO, *Il mobbing nell'esperienza comparata*, cit., p. 1052.

essere interpretato, non come criterio alternativo di responsabilità, bensì come obbligo inderogabile di tutela. In tal senso si potrebbe parlare di “specialità” con riferimento alla struttura dell’obbligazione nascente dal rapporto di lavoro, quale obbligazione accessoria di sicurezza, che specifica il generale criterio di integrazione del contratto *ex art. 1374 c.c.*, in un ambito estraneo alla dimensione delle conseguenze e ancorato alla valutazione dell’esatto adempimento dell’obbligazione datoriale. Non si può comunque trascurare come l’art. 2087 c.c. si ponga come generale concetto di responsabilità contrattuale differenziato rispetto alla responsabilità aquiliana, in termini di prescrizione, prova e prevedibilità del danno. Si ritiene, infatti, che la differenziazione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale non risieda nella previsione o meno di una tutela risarcitoria bensì nella presumibilità del pregiudizio stesso. Si rileva, altresì, come la questione della non patrimonialità dei danni (da responsabilità contrattuale) patiti dal lavoratore abbia trovato il proprio fondamento dall’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c., seppur non possa negarsi un’astratta deducibilità dai principi generali dell’art. 1218 c.c. coordinati con l’art. 2087 c.c.

In tal senso, si parla in dottrina di mancanza di autonomia della responsabilità contrattuale ai fini della qualificazione del danno e di una implicita derivazione della nozione di antigiuridicità della lesione dal brocardo del *neminem laedere*, tipico della responsabilità aquiliana.

Da quanto appena esposto, si chiarisce sempre in dottrina che ai fini della configurazione della responsabilità contrattuale non è

rilevante il problema sull'applicabilità o no dell'art. 2059 c.c., bensì la constatazione che qualsiasi tesi orientata all'individuazione della teoria del danno per violazione contrattuale, passa necessariamente dalla disciplina del danno da fatto illecito¹³⁵. Infatti, in assenza di una tipizzazione legislativa della lesione contrattuale non si spiegherebbe altrimenti *“come potrebbe avere autonoma rilevanza la lesione di interessi rispetto a medesime lesioni non realizzate in un determinato assetto contrattuale. Il riferimento è per esempio al mobbing subito dai lavoratori subordinati ancorchè coordinati e continuativi e quindi al di fuori del campo di applicazione dell'art. 2087 c.c. ...⁽¹³⁶⁾”*.

In poche parole, si afferma in dottrina, da un lato, che la nozione di danno morale è strettamente connessa con il sistema della responsabilità per fatto illecito ai sensi degli artt. 2043 e 2059 c.c., dall'altro, che nel rapporto di lavoro assume fondamentale importanza la figura della persona del lavoratore, con la conseguenza che, rientrando nel concetto di “persona” i valori costituzionalmente garantiti, è necessario un ampliamento di tutela del pregiudizio immateriale anche nel sistema della responsabilità contrattuale.

L'art. 2087 c.c. si pone pertanto come norma di tutela del bene protetto dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore, ove per la tutela della sicurezza e della salute non si

⁽¹³⁵⁾ In tema di fatti illeciti e conseguente responsabilità, cfr. DE CUPIS A., *I fatti illeciti*, Vallardi, Milano, 1970, p. 3 ss.

⁽¹³⁶⁾ Per un più analitico approfondimento, cfr. A. RUSSO, *Il mobbing nell'esperienza comparata*, loc. cit.

chiede il semplice rispetto delle regole tecniche di prevenzione, ma la realizzazione di adeguati ambienti lavorativi⁽¹³⁷⁾.

Ancora, in dottrina, è stata segnalata la necessità di riscoprire la centralità dell'art. 2087 c.c. nel sistema della responsabilità contrattuale stante la preminenza dell'adempimento dell'obbligazione di sicurezza rispetto al rimedio del risarcimento del danno⁽¹³⁸⁾.

In conclusione, seguendo l'orientamento della dottrina maggioritaria, la responsabilità da *mobbing* per i danni subiti dal lavoratore ha natura di responsabilità contrattuale, essendo l'art. 2087 c.c. il fondamento giuridico della relativa tutela. Il datore di lavoro, pertanto, sarebbe responsabile – alla luce anche dei limiti costituzionali dell'art. 41, comma 2, Cost. e stante il principio della tutela della salute ex art. 32, comma 1, Cost. – per la violazione dell'obbligo di non recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

⁽¹³⁷⁾S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing*, cit., p. 646 ss. L'Autore afferma che "L'opzione per la tutela contrattuale si ricava dal collegamento con l'obbligo di protezione previsto a carico del del datore di lavoro ex art. 2087 c.c., il quale –come s'è già ricordato – impone all'imprenditore di adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie per garantire l'integrità fisica e la personalità morale dei dipendenti e specifica così nella materia lavoristica la clausola generale di buona fede".

⁽¹³⁸⁾ P. LAMBERTUCCI, *Il Diritto al lavoro*, loc. cit. In tal senso anche R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito*, cit., p. 493, che nel definire la nozione di *mobbing* afferma: la nozione giuridica di *mobbing* "si può ricondurre sotto il profilo formale alla responsabilità contrattuale del datore per violazione dell'obbligo, ex art. 2087 cit. di garantire l'integrità psico-fisica, la dignità e la professionalità del lavoratore anche da parte degli altri lavoratori (senza dover seguire, giova osservarlo incidentalmente, il percorso fuori quadro e inutilmente defatigante degli istituti a tutela del contraente adempiente delle azioni di risoluzione e risarcimento del danno a norma dell'art. 1453 c.c., o per un altro verso di tutela del consumatore contraente forte perché possa resistere all'imposizione di clausole vessatorie), e alla responsabilità extracontrattuale, ex artt. 2043 e 2049 c.c., dei dipendenti, che pongono in essere fatti persecutori o se ne rendano complici, nonché per tali fatti dello stesso datore".

Per converso, parte della giurisprudenza, ha ricondotto il comportamento mobbizzante, causa-effetto del danno alla salute, nell'alveo della lesione di un diritto assoluto, qualificando in tal modo il comportamento del datore di lavoro *ex art.* 2043 c.c. in concorso con l'eventuale responsabilità da inadempimento⁽¹³⁹⁾.

In sostanza il datore di lavoro – ci si riferisce soprattutto alle ipotesi di *mobbing* orizzontale – sarebbe responsabile dal punto di vista contrattuale per il danno provocato alla salute e responsabile dal punto di vista extracontrattuale per omessa vigilanza sui dipendenti *ex artt.* 2087 c.c., 32 Cost. e 2043 c.c. per non aver tutelato la salute psico-fisica del lavoratore⁽¹⁴⁰⁾.

L'orientamento giurisprudenziale appena citato, a parere di chi scrive, non appare convincente.

La specifica previsione dell'art. 2087 c.c., infatti, non può che costituire un'obbligazione contrattuale per il datore di lavoro che non ha adottato *le misure necessarie* a salvaguardia della salute psico-fisica del lavoratore, con la conseguenza che dovrà risarcire il danno, alla luce degli artt. 2,32, 36, 41 Cost.

Una pari tutela, come già detto, non è riconosciuta al datore di lavoro. Infatti, le norme che richiamano gli obblighi del lavoratore nell'esercizio della sua attività lavorativa, esulano da qualsiasi riferimento a una tutela dell'«integrità fisica e della personalità morale del datore di lavoro».

Si fa espresso riferimento all'art. 2104 c.c., “diligenza del prestatore di lavoro”, che si sostanzia nell'esatto e scrupoloso

⁽¹³⁹⁾ M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano 2004, p. 468.

⁽¹⁴⁰⁾ A titolo esemplificativo, cfr. Cass. 17 luglio 1995, n. 7768, in *Giur. it.*, 1996, I, 1110; Cass. 21 dicembre 1998, n. 12763, in *Nuova giur. lav.*, 1999, 187; Cass. 20 gennaio 2000, n. 602, *Rep. Giust. Civ.*, 2000, voce “Lavoro (rapporto di)”, n. 1121.

adempimento delle mansioni assegnate, e all'art. 2105 c.c., "obbligo di fedeltà", quale comportamento leale teso alla salvaguardia degli interessi economici del datore di lavoro.

In tale ipotesi, seppur il comportamento "scorretto del lavoratore" rilevi in termini di inadempimento contrattuale per il quale il datore di lavoro potrà comminare sanzioni disciplinari fino ad avvalersi del licenziamento, i possibili comportamenti mobbizzanti – come ampiamente argomentato nei precedenti paragrafi – possono non essere coincidenti con la violazione delle obbligazioni suindicate. Oltretutto, si deve sottolineare che, anche qualora i comportamenti vessatori compiuti dal lavoratore si sostanzino nella violazione degli artt. 2104 e 2015 c.c., la tutela contrattuale conseguente a tale violazione, quale il procedimento sanzionatorio ovvero il licenziamento, non è sufficiente a dare ristoro ai danni psico-fisici causati al datore di lavoro.

Pertanto, in assenza di una specifica previsione di un obbligo contrattuale del lavoratore di salvaguardare, nell'esercizio delle proprie mansioni, l'integrità fisica e la personalità morale del datore di lavoro, l'unico apparente strumento di tutela per il datore di lavoro sarebbe nel ricondurre il danno da *mobbing* nell'alveo della clausola generale dell'art. 2043 c.c.

b. *Su una responsabilità extracontrattuale*⁽¹⁴¹⁾

In linea generale, parlando di responsabilità extracontrattuale, lo studioso del diritto ravvisa nella previsione normativa dell'art. 2043 c.c. i seguenti elementi⁽¹⁴²⁾:

- a) un comportamento antiggiuridico⁽¹⁴³⁾ che si sostanzia in “*qualunque fatto doloso o colposo*” ove i requisiti del dolo e della colpa sono necessari ai fini della valutazione

⁽¹⁴¹⁾ Per una disamina approfondita sull'argomento, cfr. M. BARCELLONA, *La responsabilità extracontrattuale*, Utet, 2011.

⁽¹⁴²⁾ Cfr., G. ALPA, *La responsabilità civile*, in Trattato di Diritto Civile, Giuffrè, 1999, p. 91 ss. L'Autore segnala come l'individuazione di elementi ai quali ricondurre l'applicabilità dell'art. 2043 c.c. sia richiesta all'interprete al fine di ricondurre una fattispecie all'illecito e comminare di conseguenza la relativa sanzione. Quanto alla presenza di tali elementi rileva poi come gli stessi vengano da alcuni definiti come “requisiti” (secondo R. De Ruggiero) da altri come “presupposti” (secondo G. Stolfi). A prescindere, però, dal termine utilizzato, per l'interpretazione della struttura dell'illecito e per comprendere la complessità del dibattito dottrinario sulla “responsabilità extracontrattuale”, si segnala come oltre a differenze terminologiche vi siano differenze sostanziali nell'individuazione del numero di tali elementi dell'atto illecito. A tal proposito, si riporta testualmente quanto evidenziato dall'Autore: “*secondo Stolfi essi sono solo tre: (i) violazione di un diritto altrui; (ii) responsabilità soggettiva (colpa o dolo); (iii) danno. Secondo De Ruggiero, sono quattro: (i) violazione del diritto; (ii) comportamento positivo; (iii) danno; (iv) volontarietà e imputabilità*”. Tale differente classificazione degli elementi suindicati rileva sotto il profilo della qualificazione di determinate fattispecie come “responsabilità oggettiva”, sia sotto il profilo dell'individuazione del diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo.

Sul tema anche, A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Giappichelli, 2010, p. 3 ss.

⁽¹⁴³⁾ Per comportamento antiggiuridico si intende una condotta contraria all'ordinamento, quale fatto illecito, che può consistere tanto in un *facere* quanto in un comportamento omissivo.

Al riguardo, è doveroso segnalare come dalla formulazione generica dell'art. 2043 c.c. dell'illecito si è molto dibattuto in dottrina sulla riconduzione dello stesso alle categorie di “atto”, “comportamento”, “fatto”. L'interprete avverte, infatti, che a seconda della riconduzione dell'illecito nei concetti giuridici suindicati, varia la valutazione degli elementi costitutivi la sua struttura. E' stato pertanto riscontrato come “*la connotazione dell'illiceità è attribuita nei testi normativi italiani al fatto, e da parte della dottrina all'atto*” e tale differenziazione troverebbe la sua ragion d'essere in una visione prettamente culturale piuttosto che strutturale. Per un approfondimento, cfr. G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 91 ss.

dell'illeceità della condotta, in quanto solo in presenza del requisito soggettivo si ritiene che maturi la responsabilità del soggetto. In sostanza, oltre a un comportamento posto in essere in violazione di un diritto ovvero di un interesse protetto, l'art. 2043 c.c. richiede che il soggetto ponga in essere tale comportamento con dolo o con colpa;

- b) l'esistenza di un evento dannoso. In particolare, dal dettato legislativo, si evince come la responsabilità del soggetto sia strettamente collegata alla produzione di un danno ingiusto. In caso contrario non esisterebbe l'illecito civile.

Dal punto di vista dell'"ingiustizia" dell'evento dannoso prodotto si può affermare che lo stesso si sostanzia in un disvalore nei diritti e/o interessi del singolo che sono *a priori* protetti da norme di legge;

- c) l'obbligazione risarcitoria *ex art. 1173 c.c.*⁽¹⁴⁴⁾ Il fatto illecito, infatti, produttivo del danno è fonte dell'obbligazione risarcitoria per il soggetto che l'ha prodotto.

Volendo trasporre i principi generali di cui sopra alla fattispecie analizzata in tale lavoro, si rileva quanto segue.

In dottrina parlando di *mobbing* si è sottolineato come la "*communis opinio*" abbia individuato nei comportamenti mobbizzanti "*tutti i requisiti tipici dell'illecito extracontrattuale*" e definito l'evento lesivo quale "danno alla professionalità, danno alla salute e danno esistenziale"⁽¹⁴⁵⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ L'art. 1173 c.c. testualmente recita: "*le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico*".

⁽¹⁴⁵⁾S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing*, cit., p. 659 ss. L'Autore segnala come in merito alla costruzione della fattispecie del *mobbing* e in

Si è già detto come la nostra giurisprudenza abbia ravvisato, nei danni da *mobbing*, una responsabilità concorrente¹⁴⁶: da un lato la responsabilità contrattuale del datore di lavoro per inadempimento all'obbligo *ex art. 2087 c.c.* della tutela delle condizioni di lavoro (*rectius*: tutela dell'“*integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*”); dall'altro, una responsabilità extracontrattuale per la violazione del dovere generico del *neminem laedere*. In tal caso, si è soliti parlare di cumulo dell'azione *ex contractu* e azione *ex delicto* in quanto il fatto alla base del danno e della rispettiva pretesa risarcitoria è qualificabile tanto come inadempimento quanto come fatto illecito¹⁴⁷). La *ratio* classificatrice di tale azioni risiederebbe nella diversità dei beni tutelati in quanto nella responsabilità contrattuale l'oggetto della tutela sono i diritti di credito, mentre nella responsabilità aquiliana i diritti assoluti. Pertanto, nel caso di concorso tra le due azioni, come ipotizzate da parte della dottrina e della giurisprudenza, la condotta posta in essere dal *mobber* viola contemporaneamente sia i diritti derivanti dal rapporto contrattuale sia i diritti assoluti del soggetto quali, ad es., la sua persona.

relazione alla responsabilità civile non possa riscontrarsi un'ulteriore lesione di beni giuridici già tutelati dal legislatore ovvero dalla giurisprudenza. Pertanto, la fenomenologia del *mobbing* assumerebbe rilevanza solo in relazione all'individuazione del comportamento materiale posto in essere, ma a livello di conseguenze le risposte di tutela sono già presenti nel nostro ordinamento.

⁽¹⁴⁶⁾ La Corte di Cassazione è intervenuta anche in merito al riparto di giurisdizione qualora si tratti di azione contrattuale ovvero extracontrattuale, per una disamina cfr., Cass., Sez. Un., 4 maggio 2004, n. 8438; Cass., Sez.Un.Civ., 12 giugno, 2006, n. 13537; Cass., Sez.Un.Civ., 27 novembre 2007, n. 24625.

⁽¹⁴⁷⁾R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G.Visentini, Milano, 1983, p. 115 ss.

Alla luce di quanto precede e ritornando all'obiettivo del presente lavoro (*“il mobbing a danno del datore di lavoro. Gli incerti confini tra una responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”*) si deve rilevare – almeno in linea di principio – come a livello normativo non vi sia alcuno ostacolo a che il comportamento “mobbizzante” del lavoratore possa essere tutelato sotto il profilo di una responsabilità extracontrattuale.

Partendo dal presupposto della formulazione dell'art. 2043 c.c. quale clausola generale di un'obbligazione risarcitoria derivante dal compimento di *“qualunque fatto doloso e colposo”*, si potrebbe affermare che la stessa si presti facilmente a essere utilizzata per tutte quelle figure atipiche in cui rientrano senza dubbio i comportamenti mobbizzanti.

A questo punto, cercando di rintracciare, in concreto, gli elementi del *mobbing* riscontrabili nella formulazione di cui all'art. 2043 c.c. si sottolineano le seguenti similitudini.

i) Parlando di *mobbing* è stato già chiarito come lo stesso – stante la mancata previsione legislativa di una sua nozione – si può configurare come qualsiasi comportamento “non tipizzato”, ma idoneo a ledere la sfera psico-fisica della vittima. In tal senso, la varietà delle ipotesi, in cui nel caso concreto può rintracciarsi un comportamento mobbizzante, può essere sussunta nella dizione generale dell'art. 2043 c.c. di *“qualunque fatto”*;

ii) nel *mobbing* assume rilevanza l'elemento soggettivo della condotta sia che si ipotizzi come semplice “idoneità offensiva” o “intenzionalità dell'azione”. Così nella responsabilità extracontrattuale, ai fini di un'obbligazione risarcitoria,

“qualunque fatto” dovrà essere compiuto con “colpa o dolo” del soggetto agente;

iii) la condotta mobbizzante potrà essere sanzionata solo nel caso in cui nella sfera psico-fisica del mobbizzato si sia realizzato un danno. Parimenti si è già rilevato come l’esistenza di un illecito civile *ex art. 2043 c.c.* è strettamente collegato al verificarsi dell’evento-danno (...“*cagioni ad altri un danno ingiusto*”);

iv) come il danno-conseguenza del comportamento mobbizzante rileva sotto il profilo della persona del lavoratore così il danno derivante dalla responsabilità aquiliana, si è sostenuto, rileva sotto il profilo che investe la violazione dei diritti assoluti del soggetto.

Senonché, a parere di chi scrive, tale costruzione – seppur a livello teorico fondamentale per superare l’assenza di una specifica previsione normativa ai sensi dell’art. 2087 c.c. in favore del datore di lavoro, dalla quale ricollegare l’esistenza di una tutela in caso di *mobbing* ascendente – non è esente da critica.

Nella ricostruzione della teoria sulla responsabilità extracontrattuale non si può trascurare che il fatto illecito *ex art. 2043 c.c.*, produttivo di un danno ingiusto e fonte dell’obbligazione risarcitoria ai sensi dell’art. 1173 c.c.⁽¹⁴⁸⁾, è rappresentato da *qualunque* fatto, compiuto da soggetti per i quali l’ordinamento non prevede una qualifica specifica.

L’art 2043 si fonda, infatti, sul concetto di estraneità dei soggetti (“*cagiona ad altri*” ovvero “*colui che ha commesso*”), in

⁽¹⁴⁸⁾Cfr., E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, cit., p. 160

quanto il rapporto obbligatorio tra danneggiato e danneggiante viene a esistenza solo nel momento in cui si verifica il danno fonte dell'obbligazione.

Nel caso di danni da "*mobbing*", per converso, non si può configurare la rilevanza di una comportamento ingiusto se non all'interno del rapporto di lavoro tra datore di lavoro e lavoratore.

Infatti, come già chiarito nel quarto paragrafo del primo capitolo, la fenomenologia del *mobbing* esiste solo se esiste un ambito lavorativo e un rapporto di supremazia ovvero di subordinazione tra il mobber e il mobbizzato.

In conclusione, si potrebbe affermare che la strada per la costruzione di una responsabilità extracontrattuale degli eventuali comportamenti *mobbizzanti* compiuti dal lavoratore dovrebbe essere esclusa.

5. I doveri di protezione

Alla luce delle considerazioni di cui ai paragrafi che precedono, per le quali in linea di principio il comportamento mobbizzante nei confronti del datore di lavoro potrebbe non essere facilmente riconducibile nell'alveo dell'una o dell'altra categoria di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, con il presente lavoro ci si pone nuovamente l'interrogativo di quali siano gli strumenti a tutela del datore di lavoro.

Partendo dal presupposto, più volte richiamato, dell'assenza di una specifica norma quale l'art. 2087 c.c. dalla quale far derivare una responsabilità contrattuale del lavoratore, nonché

dall'impossibilità di ricondurre la responsabilità del lavoratore-mobber nell'alveo del 2043 c.c. che presuppone l'estraneità dei soggetti coinvolti nell'illecito, si potrebbe tentare di trovare una soluzione facendo ricorso alla ricostruzione di matrice dottrinaria degli *interessi di protezione*⁽¹⁴⁹⁾.

La teoria degli interessi di protezione parte dalla considerazione che in un qualsivoglia rapporto obbligatorio si debba distinguere tra dovere mercantile e dovere sociale, con il primo intendendosi il dovere dell'esatto adempimento della prestazione dedotta in contratto e finalizzata allo scambio e/o al servizio; con il secondo intendendosi il dovere di rispettare interessi ulteriori, anch'essi afferenti al rapporto contrattuale, e tutelati in via generale dagli obblighi di diligenza e di buona fede.

Invero, il nostro codice civile con la formulazione dell'art. 1218 c.c. garantisce al creditore della prestazione – in misura tra l'altro superiore a quanto fatto da ordinamenti stranieri⁽¹⁵⁰⁾ – l'esatto adempimento da parte del debitore, pena il risarcimento del danno. La formulazione della norma in termini di "esatto" adempimento consente di ritenere che nell'obbligazione dedotta in contratto non sia ricompresa solo ed esclusivamente la mera prestazione di *dare* o *facere*, bensì anche la garanzia che tale prestazione soddisfi l'interesse primario del creditore. L'adempimento non esatto comporta la possibilità di richiedere

⁽¹⁴⁹⁾Cfr., A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, 1988, pp. 116 ss.; S.MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing*, cit., p. 646 ss; MENGONI, "Obbligazioni di mezzo e di risultato", in Riv. dir. comm., 1954, p. 369; R.SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Tratt. Dir. civ. Grosso-Santoro Passarelli, Milano, 1961, p. 266; Id. *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Noviss. Dig. It, XV, Torino, 1968, p.670.

⁽¹⁵⁰⁾

un ristoro pecuniario per equivalente, non ammettendo viceversa il nostro ordinamento azioni positive volte da ottenere l'adempimento in natura⁽¹⁵¹⁾).

Orbene una tale impostazione non darebbe tuttavia conto, ad avviso dei sostenitori della teoria dell'esistenza dei doveri di protezione, di interessi ulteriori che, pur non essendo direttamente collegati alla sfera mercantile del rapporto obbligatorio, hanno rilevanza sociale. Si tratta di tutti quegli interessi, la mancata soddisfazione dei quali darebbe sostanzialmente luogo a un adempimento senza soddisfazione del creditore, con frustrazione della funzione economico-individuale del contratto.

Tali interessi, dunque, pur non direttamente correlati con l'esecuzione della prestazione principale dedotta in contratto, rivestirebbero un tale rilievo da meritare apposita tutela.

Tutela che, tuttavia, non avrebbe particolare forza se fosse relegata nei confini dell'illecito aquiliano e che dunque deve essere ricondotta nell'ambito dell'inadempimento contrattuale, con ogni conseguenza in termini di vantaggio per il danneggiato. D'altronde, la riconduzione nell'alveo della responsabilità contrattuale troverebbe fondamento nella considerazione che, seppur non direttamente attinenti alla sfera mercantile, gli interessi di cui si discute e che devono essere tutelati sono

⁽¹⁵¹⁾ Invero il nostro ordinamento contempla alcune ipotesi specifiche in cui è ammessa la possibilità di richiedere l'adempimento in natura. Si tratta, ad es., delle ipotesi di cui all'art. 2932 c.c., relativa all'esecuzione forzata degli obblighi di contrarre. Tuttavia, tali fattispecie vengono in rilievo principalmente in casi di mancanza totale di adempimento da parte del debitore e non nei casi di adempimento inesatto, ove non esistono strumenti – se si escludono le particolari previsioni del codice del consumatore ove è prevista l'ipotesi di sostituzione del bene difettoso – per rimediare al mancato soddisfacimento dell'interesse del creditore.

comunque ad essa strettamente collegati e non sorgono se non in dipendenza e in funzione del rapporto obbligatorio tra le parti.

Nell'ambito del rapporto di lavoro, si è già più volte evidenziato nel corso del presente scritto, vi sono innumerevoli interessi che ruotano intorno alla prestazione lavorativa e al raggiungimento dei complessivi obiettivi imprenditoriali e/o professionali del datore di lavoro. Ci si riferisce in particolare a tutti gli interessi che vengono in rilievo solo ed esclusivamente in funzione del rapporto di lavoro e non viceversa a quelli che traggono dal medesimo la mera occasione della loro esistenza.

L'ordinamento sembra prendere in considerazione tali interessi nel già citato art. 2087 c.c., che tuttavia, come è evidente, si riferisce solo ed esclusivamente alla tutela del lavoratore e non contempla, viceversa, la necessità di una tutela anche del datore di lavoro. E' nell'alveo del 2087 c.c. che comunemente, come già ampiamente evidenziato, si riconduce la fattispecie del *mobbing* a danno del lavoratore. Non altrettanto può dirsi, viceversa per l'ipotesi qui formulata di *mobbing* a danno del datore di lavoro.

Tuttavia, l'art. 2087 c.c., e la ricostruzione che, partendo da esso, è fatta del *mobbing* da parte della prevalente dottrina in chiave di responsabilità contrattuale⁽¹⁵²⁾, costituiscono inequivocabile indici del fatto che anche l'eventuale responsabilità da *mobbing* a danno del datore di lavoro vada ricondotta nell'alveo della responsabilità contrattuale. D'altronde, non avrebbe senso – né in punto di costruzione dogmatica né in

⁽¹⁵²⁾ A. VALLEBONA, *Mobbing senza veli*, cit., p. 1052. Appare molto interessante quanto affermato dall'Autore sulla natura della condotta mobbizzante, nei termini che segue: "la riconduzione del *mobbing* a norme specifiche di disciplina del rapporto e/o al ricordato obbligo generale di tutela della persona del lavoratore ne impone la qualificazione come inadempimento contrattuale".

punto di rimedi – che eguali comportamenti, posti in essere nello stesso luogo, con le medesime caratteristiche e nell’ambito del medesimo rapporto tra le parti, trovino differente collocazione sistematica e forma di tutela per il solo fatto di provenire da soggetti differenti.

Se quanto appena detto risponde al vero, è dunque proprio per il tramite della teoria degli interessi di protezione che può ricondursi anche la tutela del datore di lavoro nell’ambito della dinamica del rapporto contrattuale con il lavoratore. In buona sostanza, l’interesse alla salute psico-fisica del datore di lavoro potrebbe considerarsi meritevole di tutela e ad esso farebbe fronte, nella sfera del prestatore di lavoro, un equivalente dovere di protezione.

Una tale impostazione, riequilibrando le posizioni del datore e del prestatore di lavoro in chiave di generali obblighi di tutela della posizione altrui, avrebbe peraltro il vantaggio di porsi in linea con i generali doveri di solidarietà immanenti nel nostro ordinamento e sanciti nell’art. 2 cost. che recita: *“la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”*.

In buona sostanza, nell’ambito del rapporto di lavoro, a prescindere dagli obblighi principali di esecuzione della prestazione lavorativa e del pagamento del corrispettivo – che pongono datore e prestatore sui due piani differenti – sarebbe comunque presente quel dovere di considerazione dell’altrui

persona e dell'altrui interesse, che, ad avviso di chi scrive, non può mancare in qualsivoglia rapporto obbligatorio.

5. Conclusioni

Dal ragionamento sin qui svolto è possibile trarre alcune – seppur sommarie – conclusioni.

Si è cercato di costruire una fattispecie di *mobbing* al contrario che, piuttosto che danneggiare – come nella visione comune il lavoratore – si rivolga al datore di lavoro, arrecando a questi pregiudizio.

Una tale costruzione, come evidenziato, mina la tradizionale concezione, radicata nel diritto del lavoro, che vede nel prestatore di lavoro il soggetto debole del rapporto contrattuale.

Invero, ad avviso di chi scrive, tale ultima concezione non è di per sé errata, ma ha trovato ragion d'essere – e quindi si è sviluppata – in un periodo storico del nostro Paese in cui, a seguito della seconda guerra mondiale e con il boom economico postbellico, non esistevano ancora, a fronte della grande libertà lasciata ai datori di lavoro, adeguate tutele per i prestatori di lavoro. Una tale situazione, ha, infatti, dato grande spazio alle istanze dei sindacati che, nel tempo, sono riusciti a ricondurre in equilibrio una situazione che, effettivamente non era di parità.

Oggi, tuttavia, la realtà moderna è assai differente. E infatti, da un lato l'evoluzione industriale ed economica ha limitato – pur sempre nel rispetto dell'art. 41 Cost. – l'operatività degli imprenditori/datori di lavoro, ponendo a loro “carico” molteplici

norme limitative e impositive di obblighi; dall'altro, la crescente tutela del lavoro subordinato assicurata dalla normativa nonché dalla contrattazione collettiva nazionale ha garantito ai prestatori di lavoro di raggiungere – almeno in molte ipotesi – una vera e propria condizione di equivalenza di forza con il datore di lavoro.

Appare dunque necessario parlare di tutela del lavoro in generale, senza distinzione alcuna tra coloro che del rapporto di lavoro sono le singole parti. D'altronde ciò sembra possibile, come già ampiamente illustrato in precedenza parlando del dettato costituzionale, anche alla luce della nostra carta fondamentale dei diritti che, letta al passo con i tempi, non può che fornire, nell'ampia considerazione che ha del lavoro, strumenti generali di tutela.

Con ciò non si vuole dire che la posizione di forza del datore di lavoro e del lavoratore nell'ambito del rapporto contrattuale sia sempre equivalente, bensì che, a fronte delle certamente più numerose ipotesi di maggior forza datoriale, ve ne siano altre di equivalenza o di addirittura di maggior forza del prestatore di lavoro. E che dunque, così come nelle prime ipotesi potrebbe ravvisarsi, al ricorrere di tutti i requisiti tipici del comportamento, un *mobbing* a danno del prestatore di lavoro, allo stesso modo nelle seconde sembra possibile ipotizzare un *mobbing* questa volta ascendente ai danni del datore di lavoro.

Di ciò iniziano a dar conto le scienze sociali, quali la psicologia.

Di ciò si ritiene debba iniziare a prendere atto la scienza giuridica, seppur con tutte le limitazioni di indagine dovute alla scarsa esistenza, nella pratica, di ipotesi studiate e documentate.

Si è quindi tentato, nella breve ricostruzione dell'ipotesi di *mobbing* a danno del datore di lavoro, di dare qualche indicazione sull'impostazione sistematica che lo studio della fattispecie potrebbe seguire. Invero, si è perfettamente consci che, nell'ambito del *mobbing* come tradizionalmente inteso, le teorie che riconducono la responsabilità datoriale nell'alveo della responsabilità contrattuale o extracontrattuale sono state ampiamente sviluppate e studiate, con implicazioni ben più ampie di quanto descritto nel presente lavoro. Tuttavia, ci si è altresì resi conto, nell'esame della costruzione teorica della fattispecie, di non avere alcun caso pratico *accertato* a disposizione per completare induttivamente la puntuale riconduzione del fenomeno alle categorie dogmatiche del nostro ordinamento giuridico.

Il presente lavoro cerca di porsi dunque quale punto di partenza per l'approfondimento di un fenomeno che oggi è difficile da inquadrare e ricostruire approfonditamente in quanto è ancora un'ipotesi rara nel nostro ordinamento giuridico, ma che in futuro potrebbe assumere un ruolo assai rilevante. Nel permanere, dunque, dell'incertezza della qualificazione di una fattispecie – ancora non determinata nei suoi confini – quale responsabilità contrattuale o extracontrattuale, ci sembra di poter affermare l'esistenza del diritto alla tutela del datore di lavoro nei confronti del lavoratore-mobber. Diritto che, tuttavia, ancora non è sufficientemente delineato nei suoi contorni e nel suo atteggiarsi perché sia adeguatamente indagato.

Bibliografia

- AA.VV., *Il mobbing aspetti psicologici e giuridici*, Sistemi Editoriali, 2007
- AMATO F. - CASCIANO M.V. - LAZZERONI L. - LOFFREDO A., *Il Mobbing. Aspetti lavoristici: nozioni, responsabilità, tutele*, Giuffrè Editore, Milano, 2002;
- ATTANASIO A., *Difficile la configurazione dei comportamenti vessatori in materia di mobbing*, nota a T.A.R. Lazio, sez. II bis, 19 dicembre 2006, n. 14604, in *Il merito*, 2007;
- BARCELLONA, *La responsabilità extracontrattuale*, Utet, 2011.
- BATTISTA L., *Persona, lavoro, mobbing*, Libreria Forense, Roma, 2005
- BATTISTELLI F., *Anatomia del nonnismo: cause e misure di contrasto del "Mobbing" militare*, Franco Angeli, Milano, 2000;
- BONA M. - MONATERI G. - OLIVA U., *La responsabilità civile nel mobbing*, IPSOA, 2002;
- BONA M. - MONATERI G. - OLIVA U., *Mobbing: vessazioni sul lavoro*, Giuffrè Editore, 2000;
- BONINI S., *Il mobbing analisi giuridica interdisciplinare*, in Atti del Convegno tenutosi a Trento l'8 novembre 2007, CEDAM, 2009.
- CARRETTIN S. - RECUPERO N., *Il mobbing in Italia. Terrorismo psicologico nei rapporti di lavoro*, Edizioni Dedalo, Bari, 2001;
- CONSOLETTI A., *Mobbing e discriminazioni sul luogo di lavoro, analisi e strumenti di tutela*, Giappichelli Editore, 2010.
- DE CUPIS A., *I fatti illeciti*, Vallardi, Milano, 1970.
- DE FALCO G. - MESSINEO A. - MESSINEO F., *Mobbing: diagnosi, prevenzione e tutela legale*, EPC Libri, Roma, 2003;

- DE LUISE E. *Il Mobbing. La tutela esistente, le prospettive legislative e il ruolo degli organi di controllo*, Gruppo Editoriale Esselibri Simone, Napoli, 2003;
- DI LEMBO V., *Osservazioni in tema di "mobbing"*, in *Giur. Merito* 2007;
- DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, 1988
- DI PAOLA L., *Una interessante pronuncia della Cassazione in tema di obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, nota a Cass., 16 gennaio 2001, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001;
- DURANTI D., *L'Attività sportiva come prestazione di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.* 1983, I.
- EGE H., *Al centro della persecuzione*, FrancoAngeli, Milano, 2010;
- EGE H., *I numeri del mobbing. La prima ricerca italiana*, Pitagora Editrice, Bologna 1998
- EGE H., *Che cos'è il terrore psicologico sul posto di lavoro*, Pitagora Editrice, Bologna, 1996;
- EGE H., *Il Mobbing estremo*, Collana Prima, Pubblicazione a cura dell'Associazione Prima, Bologna, 1997;
- EGE H., *Il Mobbing in Italia. Introduzione al Mobbing culturale*, Pitagora Editrice, Bologna, 1997;
- FEDERICI A., *Mobbing: quando il lavoratore vorrebbe licenziare il datore di lavoro?*, nota a Cass., sez. lav., 25 maggio 2006, n. 12445, in *Riv. Giur. Lav.*, II, 2006;
- FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, Milano 2004;
- GABRIELLI A., *Vocabolario della lingua italiana*, Edizioni Hoepli online (www.grandidizionari.it).
- GALLOTTI D. – CUSMAI E., *Mobbing*, Editrice IANUA, Roma, 2001;

GAROFALO D., *Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecnica risarcitoria*, in Partecipazione agli scritti in memoria di Massimo D'Antona, vol II, Giuffrè 2004.

GAROFALO D., *Partecipazione agli scritti in memoria di Massimo D'Antona*, II, Giuffrè 2004.

GENTILE M., *Il mobbing. Problemi e casi pratici nel lavoro pubblico*, Giuffrè, 2009.

GHEZZI – ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, 1995;

GHIRARDI N., *La fattispecie mobbing ancora al vaglio della Cassazione*, in Riv. it. dir. lav., 2012,

GRECO P., *Il contratto di lavoro*, in Trattato di Diritto Civile ital. Diretto da F. Vassalli, Utet 1939

LAMBERTUCCI P., *Il diritto al lavoro tra i principi costituzionali e discipline di tutela: brevi appunti*, in Riv. it. dir. lav., 2010.

LEYMANN H., *The definition of mobbing at work*, The mobbing Encyclopaedia, <http://www.leymann.se>

MAIER E., *Il mobbing e lo stress organizzativo*, Il Ponte Vecchio, 2002;

MASCIOCCHI P., *Il sistema di prevenzione dei reati e degli infortuni in tema di sicurezza*, Maggioli Editore, 2009.

MAZZAMUTO S., *Mobbing e Diritto Sportivo*, in Europa e Diritto Privato, 03, 2008;

MAZZAMUTO S., *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in Europa e Diritto Privato, 2003.

MAZZOTTA O., *Diritto di critica e contratto di lavoro*, nota a Cass. 25 febbraio 1986, in Foro it., 1986, I.

MENGONI L., *Obbligazioni di mezzo e di risultato*, in Riv. dir. comm., 1954

MEUCCI M., *Danni da mobbing e loro risarcibilità*, Ediesse, Roma, 2003;

MORTATI C., *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, 1969;

MOSCATI E., *La disciplina generale delle obbligazioni*, Giappichelli, 2012.

NUZZO V., *Quando denunciare il datore di lavoro rende "infedele" il lavoratore*, nota a Cass., 17 settembre 2009, n. 20048, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2010, I

OCCHINO A., *La questione dell'eguaglianza nel diritto del lavoro* in Riv. it. dir. lav., 2011,

PAOLUCCI L., *La volontà lesiva quale elemento costitutivo dell'illecito datoriale: una corretta applicazione dell'art. 2087 c.c.?*, nota ad App. Firenze, sez. lav., 26 maggio 2009, in Riv. It. Dir. Lav., II, 2010;

PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1965;

PESCATORE G., FELICETTI F., MARZIALE G., *Costituzione e leggi sul processo costituzionale e sui referendum*, Giuffrè, 1984.

PESSI R., *Il potere direttivo dell'imprenditore ed i suoi nuovi limiti dopo la legge 20 maggio 1970 n. 300*, in Riv. dir. lav., I, 1973;

PESSI R., *Lezioni di Diritto del Lavoro*, Torino, 2005;

PESSI R., *Valori e regole costituzionali*, Roma, 2009;

PIETROSANTI G., *La dequalificazione lavorativa come forma di mobbing*, in Il civilista, 2007;

PRIOLA, *Doveri preparatori della prestazione ed obbligo positivo di fedeltà*, nota a Cass., 5 dicembre 1990, n. 11657, in Riv. it. dir. lav, 1991;

PROSPERETTI U., *Il lavoro subordinato*, in Tr. Dir. civ. diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Vallardi, Milano, 1971

R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Tratt. Dir. civ. Grosso-Santoro Passarelli, Milano, 1961

R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Noviss. Dig. It, XV, Torino, 1968;

RESELLI R., *La denuncia contro il datore di lavoro, tra uso e abuso del diritto: un caso di mobbing al contrario*, nota a Cass., 20 giugno 2003, n. 9908, in Riv. it. dir. lav., 2004;

RIGUZZI S., *Il mobbing. Violenze morali e persecuzioni psicologiche sul lavoro*, Edizioni Cierre, Roma, 2001;

RINALDI M. E SPAZIANI P., *Il danno al lavoratore sul posto di lavoro*, Giuffrè Editore, 2011.

RIVA-SANSEVERINO L., *Del Lavoro*, in Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, 1986.

ROMANI R., *Mobbing ed elemento soggettivo*, in Resp. Civ. e prev. 2012, I.

ROPPO V., *Il contratto*, in tratt. Dir. priv. A cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011;

RUSSO A., *Il mobbing nell'esperienza comparata. Il mobbing tra esigenze preventive e tecniche risarcitorie. Profili comparati.*, in Dir. relaz. Ind. 2006;

SACCO R., *Il contratto*, in Trattato di Diritto Civile a cura di F. Vassalli, Utet, 1975.

SALVESTRONI U., *Dignità del lavoro, della famiglia e mobbing*, in Dir. Famiglia, 2005, 03.

SAPONE N., *Il mobbing è un agire irrazionale*, in Giur. merito, 3, 2010.

- SAPONE N., *La discriminazione è componente essenziale del mobbing?*, in *Giur. merito*, 9, 2011.
- SCARPONI S., *Il mobbing analisi giuridica interdisciplinare* in *Atti del convegno tenutosi a Trento l'8 novembre 2007*, Cedam 2009.
- SCOGNAMIGLIO R., *A proposito di mobbing*, in *Riv. It. dir. lav.*, 2004, 04
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e Giuseppe Branca*, Zanichelli, 1970.
- SCOGNAMIGLIO R., *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007
- STAIANO R., *Mobbing comportamenti e tutele processuali*, Maggioli Editore, 2012.
- VACCARI M., *Le molestie ai danni del lavoratore: tra discriminazioni e "mobbing"*, nota a Trib. Ariano Irpino, 3 febbraio 2004, in *Giur. Merito* 2007;
- VALLEBONA A. *Mobbing: qualificazione, oneri probatori e rimedi*, in *Mass. giur. lav.*, 2006
- VALLEBONA A., *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli Editore, 2001
- VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro*, I, Cedam 2010
- VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, *Il Rapporto di Lavoro*, Cedam, 2011;
- VALLEBONA A., *Mobbing senza veli*, in *Dir. relaz. ind.*, 2005.